

Christian Seiler

Staatlich gewährleistete Kinderbetreuung als Instrument zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Familie und Beruf sind häufig nicht einfach zu vereinbaren. Namentlich die Betreuung kleiner Kinder stellt Eltern vor große Herausforderungen. Sie hierbei zu unterstützen zählt daher zu den wichtigsten gesellschaftspolitischen Anliegen der Gegenwart.¹ Der Gesetzgeber hat diesem Befund in den letzten Jahren zunehmend Rechnung getragen und die Grundlagen für einen erheblichen Ausbau der öffentlichen Betreuungsinfrastruktur gelegt (I.). Diese politisch begrüßenswerte Entwicklung auch verfassungsrechtlich einzuordnen setzt voraus, sich zunächst Rechenschaft über die mit ihr angestrebten Zwecke und die dahinter stehenden Schutzgüter abzulegen (II.). Auf dieser Grundlage lassen sich dann einige Folgerungen für die nähere Ausgestaltung staatlicher Kinderbetreuungsangebote ziehen (III.).

1 Der Ausbau der Kinderbetreuungsangebote im Überblick

Bund, Länder und Gemeinden unternehmen seit einigen Jahren beachtliche Anstrengungen, die staatliche oder staatlich geförderte außerfamiliäre Kinderbetreuung auszubauen.² Auch wenn über den Erfolg dieser Bemühungen letztlich die jeweilige Haushaltslage entscheiden dürfte, lohnt doch ein Blick auf die einschlägigen Vorschriften.

1.1 Kompetenzrechtlicher Rahmen

Die maßgeblichen Rechtsgrundlagen der staatlich gewährleisteten Kinderbetreuung finden sich vor allem im Landesrecht, wobei sich die Gesetzeslage in den einzelnen Ländern zum Teil erheblich unterscheidet. Der Bund kann insofern nur auf der Grundlage und in den Grenzen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG für das Gebiet der „öffentlichen Fürsorge“ tätig werden. Die Kinder- und Jugendhilfe³ und mit ihr die Kinderbetreuung unterfallen diesem weit⁴ ausgelegten Begriff, jedenfalls sofern letztere im Schwerpunkt nicht Bildungszwecken dient, für die ausschließlich die Länder zuständig wären.⁵ Vorauszusetzen ist allerdings gemäß Art. 72 Abs. 2 GG, dass ein Bundesgesetz zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ oder zur „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen In-

1 Siehe zum Folgenden bereits *Christian Seiler*, Verfassungsfragen zur staatlichen Unterstützung der elterlichen Erziehung, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 43 (2009), S. 7 ff.

2 Siehe das Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiFöG) vom 10.12.2008, BGBl. 2008 I, S. 2403 ff., im Anschluss an das (vor der Föderalismusreform I ergangene) Tagesbetreuungsausbaugesetz vom 27.12.2004, BGBl. 2004 I, S. 3852 ff.

3 Vgl. BVerfGE 22, 180 (212 f.) (Jugendhilfe).

4 BVerfGE 88, 203 (329 f.) (Schwangerschaftsabbruch); E 97, 332 (341) (Kindergartengebühren).

5 BVerfGE 97, 332 (341 f.) (Kindergartengebühren). Siehe insbesondere S. 342: „Der Schwerpunkt des Kindergartenswesens ... ist nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung. Der vorschulische Bildungsauftrag steht hinter dieser dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück.“ Ebenso OVG Berlin, NJW 1982, S. 954 (954 f.); OVG Münster, NVwZ 1995, S. 191 (192). Anders BayVerfGH, BayVBl. 1977, S. 81 (82 f.); *Josef Isensee*, DVBl. 1995, S. 1 (5 f.): Der Kindergarten unterfalle als Bildungseinrichtung Art. 70 Abs. 1 GG und damit der Länderzuständigkeit.

teresse“ erforderlich ist⁶, was nicht mit einer sachlichen Richtigkeit des Norminhaltes zu begründen, sondern aus einem erhöhten Bedürfnis an Bundeseinheitlichkeit herzuleiten ist. Insofern kann durchaus in Frage gestellt werden, ob eine bloße Verschiedenheit der Kinderbetreuungsangebote in den Ländern (namentlich im Ost-West-Vergleich) bereits durchgreifende Nachteile für gesamtstaatliche Interessen, insbesondere für die hier im Vordergrund stehende Gleichwertigkeit (nicht Einheitlichkeit) der Lebensverhältnisse⁷ mit sich bringt. Jedenfalls dürfte der Bund den Ausbau der staatlich gewährleisteten Kinderbetreuung als wesentliche Umgestaltung und Erweiterung der bisherigen Aufgabendefinition wegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht den Kommunen auferlegen, so dass zumindest für diese Frage ergänzende Ländergesetze notwendig blieben.

1.2 Bundesgesetzliche Mindeststandards

Auf dieser Grundlage hat der Bund in §§ 22 ff. SGB VIII lediglich Mindeststandards des Kindergartenwesens geregelt. Begrifflich abzugrenzen sind dabei die Tageseinrichtung (§§ 22 Abs. 1 S. 1, 22a SGB VIII), also Kinderkrippe, Kindergarten und Kinderhort, und die Kindertagespflege (§§ 22 Abs. 1 S. 2, 23 SGB VIII), oft auch Tagesmutter genannt. Seit 1.8.2013 hat jedes Kind im bundesrechtlich verbrieften Minimum ab dem vollendeten ersten Lebensjahr einen Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Tagespflege, ab dem vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt auf den Besuch einer Tageseinrichtung (§ 24 SGB VIII). Für jüngere Kinder ebenso wie für Schulkinder ist, ohne dass ein einklagbarer Anspruch hierauf bestünde, im Ergebnis jeweils ein bedarfsgerechtes Angebot vorzuhalten. Die näheren Einzelheiten hierzu, insbesondere die pflegerischen und pädagogischen Anforderungen an die Kinderbetreuung und nicht zuletzt den für ihre Qualität ausschlaggebenden Betreuungsschlüssel, legen die Länder fest (§ 26 SGB VIII). Sie regeln grundsätzlich auch die Finanzierung der Tageseinrichtungen (§ 74a SGB VIII).

1.3 Umsetzung auf Länder- und Gemeindeebene

Der Vollzug der §§ 22 ff. SGB VIII und damit die – erst annähernd bewältigte – Aufgabe, entsprechende Kinderbetreuungsangebote vor Ort bereitzustellen, obliegt gemäß Art. 84 Abs. 1 GG den Ländern als eigene Angelegenheit. Sie reichen diese Aufgabe regelmäßig an ihre Kommunen weiter, die deshalb (neben den freien Trägern, insbesondere den auf diesem Gebiet stark engagierten Kirchen⁸) üblicherweise Träger der örtlichen Betreuungseinrichtungen sind. Die Gemeinden wiederum erheben im Einklang mit § 90 SGB VIII Gebühren für die Inanspruchnahme ihrer Dienstleistungen („Kostenbeiträge“) und refinanzieren sich so anteilig (bei allerdings zunehmender Tendenz landesgesetzlicher Gebührenbefreiungen insbesondere im letzten Kindergartenjahr). Den restlichen Aufwand trägt, weil die erhobenen Gebühren durchgängig hinter den angefallenen Kosten zurückbleiben, der Steuerzahler. Im Regelfall staffeln die Kommunen zudem die Gebühren für ihre örtlichen Einrichtungen unterhalb der Kostenobergrenze einkommensabhängig

6 Grundlegend hierzu BVerfGE 106, 62 (135 ff.) (Altenpflege); bestätigend BVerfGE 111, 226 (246 ff.) (Juniorprofessur); E 112, 226 (243 ff.) (Studiengebühren).

7 Gemessen an der strengen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mögen an dieser Stelle Zweifel erlaubt sein. Denn die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse sei „erst dann bedroht, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“; BVerfGE 106, 62 (144) (Altenpflege).

8 Ausführlich zu diesem Themenkreis *Burkhard Kämper*, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft.

und erzeugen über diese sozialstaatlich gerechtfertigte Verschonung Bedürftiger eine indirekt umverteilende Wirkung.⁹

2 Ziele und Zwecke der außerfamiliären Kinderbetreuung

In der öffentlichen Diskussion werden oft undifferenziert verschiedene Zwecke der außerfamiliären Kinderbetreuung erörtert, die sich teils sinnvoll ergänzen, teils aber auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander stehen können.

2.1 Gesamtgesellschaftliche Anliegen

Als politisch vermutlich wirkungsmächtigstes, allerdings nur selten ausdrücklich benanntes Motiv, die außerfamiliäre Kinderbetreuung zu fördern, dürfte das angesichts des zunehmenden Fachkräftemangels drängende Interesse der Wirtschaft, genauer der Arbeitgeber, anzusehen sein, die im Vergleich zu Männern noch immer niedrigere Erwerbsquote von Frauen zu erhöhen. Da die innerfamiliäre Erziehung als faktisches Haupthindernis ihrer Berufstätigkeit angesehen werden kann, liegt es aus ökonomischer Perspektive nahe, die Eltern und speziell die häufiger betroffenen Mütter zumindest teilweise von der Erziehungsaufgabe zu entlasten und diese möglichst gesellschaftlichen Trägern zu überantworten, also insbesondere das Betreuungsangebot zu verbessern. Allerdings dürfte diesem legitimen Kollektivanliegen im Konfliktfall kein Vorrang gegenüber der grundrechtlich abgesicherten Persönlichkeitsentfaltung sowohl der Eltern als auch des Kindes beigemessen werden. Art. 6 Abs. 1 GG schützt auch die autonome innerfamiliäre Aufteilung von Familien- und Erwerbsarbeit. Art. 6 Abs. 2 GG überantwortet das Kindeswohl primär den Eltern. In einem etwaigen Widerstreit dieser Grundrechte mit arbeitsmarktpolitischen Interessen müssten letztere also nachrangig bleiben.

Ähnliches gilt für den oft behaupteten ursächlichen Zusammenhang von staatlichen Kinderbetreuungsangeboten und demographischer Entwicklung¹⁰, das heißt letztlich für das öffentliche Interesse am Bestand des Staatsvolkes der Bundesrepublik Deutschland, das allenfalls im Gleichklang mit den Eltern- und Kindesrechten beachtlich sein kann (nicht aber umgekehrt gegen einzelne Familien gerichtet werden dürfte, die ja, vor allem bei größerer Kinderzahl, bereits ihren Beitrag zur Problemlösung geleistet haben). Im Übrigen ist an dieser Stelle eine gewisse Skepsis hinsichtlich der behaupteten Evidenz eines solchen Zusammenhanges angebracht. Die als Beleg angeführten Ländervergleiche krankten nicht nur an einer gelegentlich zielgerichteten Auswahl der Vergleichsländer, indem sie sich etwa auf Frankreich und Skandinavien konzentrieren, aber die angelsächsischen Länder übergehen, obwohl auch diese trotz geringerer staatlicher Infrastrukturangebote höhere Geburtenraten aufweisen (wie z. B. Irland als kinderreichstes Land Europas).

9 BVerfGE 97, 332 (346 f.) (Kindergartengebühren): Es ist (unterhalb einer kostenorientierten Obergrenze) „grundsätzlich gerechtfertigt, schon bei der Bemessung des Entgelts auf soziale Gesichtspunkte Rücksicht zu nehmen und die Gebührenbelastung nach der Leistungsfähigkeit abzustufen“ (S. 347); abgabenrechtlich bestätigt (außerhalb des Kindergartenwesens) durch BVerfGE 108, 1 (18) (Rückmeldegebühr Baden-Württemberg).

10 Vgl. *Frauke Brosius-Gersdorf*, Demographischer Wandel und Familienförderung, S. 93 ff. (dort mit Blick auf die Gleichstellung der Geschlechter als vermutetem Schlüssel zur Erhöhung der Geburtenrate). – Allgemein gegen eine bevölkerungspolitische Instrumentalisierung der Familienpolitik *Heinz Lampert*, Priorität für die Familie, S. 186 ff.; dagegen sieht *Peter Häberle*, Verfassungsschutz der Familie, S. 2 f., 46, einen untrennbaren Zusammenhang von Familien- und Bevölkerungspolitik; vorsichtig in diesem Sinne auch *Matthias Pechstein*, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, S. 69 ff.

Vor allem aber erwecken rein statistische Vergleiche von Ländern mit in vielerlei Hinsicht unterschiedlichen Bedingungen methodische Bedenken, sofern sie nur eine denkbare Teilursache herausgreifen und dadurch andere erhebliche Faktoren ausblenden. Aussagekräftiger ist dagegen der Binnenvergleich eines Staates mit ansonsten homogenen Bedingungen. Und dieser lehrt für Deutschland, dass sich die Geburtenrate nicht nach der Quantität der Betreuungsangebote richten muss. Denn im regionalen Vergleich übersteigen die Geburtenraten in den östlichen Bundesländern jene im Westen trotz deutlich größerer Betreuungskapazitäten nicht. Und im intertemporären Vergleich lässt sich kein spürbarer Einfluss des in den vergangenen Jahren bereits beachtlichen Ausbaus der Kinderbetreuungsangebote auf das Geburtenverhalten erkennen.

Insgesamt zeigt sich, dass Kollektivinteressen den Ausbau der staatlichen Kinderbetreuung nur bedingt stützen. Ihr Gewicht ist schon für sich betrachtet schwach. Beachtlich werden sie zudem nur, wenn sie mit gleichgerichteten Eltern- und Kindesbelangen zusammenfallen. Im Ergebnis können Allgemeinwohlanliegen höchstens ein begleitendes Motiv des Ausbaus der staatlichen Kinderbetreuung darstellen.

2.2 Gleichberechtigte Persönlichkeitsentfaltung von Müttern und Vätern

Stärkeres Gewicht haben dagegen die Eigeninteressen der Eltern. Hervorzuheben ist insofern die Persönlichkeitsentfaltung von Müttern und Vätern in Gestalt der Möglichkeit zur erfolgreichen Teilhabe am Berufsleben (Art. 12 GG), die als Verfassungsgut neben den gleichrangigen Familienschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) tritt und möglichst mit ihm in Einklang zu bringen ist, so dass nicht der tatsächliche Gebrauch der einen Freiheit zum faktischen Hinderungsgrund der anderen wird. Aus diesem Grund ist dem Verfassungsgebot zur Familienförderung auch ein legislativ konkretisierungsbedürftiger Auftrag zu entnehmen, Grundlagen für die gleichzeitige Vereinbarkeit ebenso wie für die lebensphasenabhängige Durchlässigkeit von Familie und Beruf (oder Ausbildung) bei jeweils größtmöglicher Wahlfreiheit zu schaffen.¹¹ Geeignetes Handlungsinstrument hierzu ist nicht zuletzt ein hinreichendes Angebot an Kinderbetreuungsmöglichkeiten.¹²

Verstärkend tritt das Gleichberechtigungsgebot nach Art. 3 Abs. 2 GG¹³ hinzu. Diese Vorschrift gewinnt, auch wenn sie alle Frauen gleichermaßen schützt, besondere Bedeutung für Mütter, weil die typischen geschlechtsspezifischen Benachteiligungen der Gegenwart eher sie als kinderlose Frauen treffen. Dabei geht es weniger um nach Abs. 2 S. 1 untersagte Ungleichbehandlungen durch den Staat als um faktische gesellschaftliche Hindernisse, deren Ursachen dem Staat zwar nicht zuzurechnen sind, auf deren Beseitigung hinzuwirken er aber durch den normativ offenen Handlungsauftrag aus Abs. 2 S. 2 verpflichtet ist. Als solche tatsächliche Erschwernisse erweisen sich, soweit die gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben als Ausschnitt des Schutzgehalts von Art. 3 Abs. 2 GG berührt ist, die Schwierigkeiten, Familie und Beruf zu vereinbaren. Das Gleich-

11 Grundlegend – mit Blick auf die zugleich das ungeborene Leben schützende Entschärfung etwaiger Konfliktsituationen – BVerfGE 88, 203 (260 f.) (Schwangerschaftsabbruch); bestätigend BVerfGE 99, 216 (234) (Betreuungsbedarf). Siehe auch *Margit Tünnemann*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und die Förderung der Kindererziehung im Rahmen des staatlichen Kinderleistungsausgleichs, S. 29 ff.; zu den hieran anknüpfenden Handlungsmöglichkeiten bereits *Rolf Birk* sowie *Maximilian Fuchs*, Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?, Gutachten E und F zum 60. Deutschen Juristentag; hierzu *Franz Ruland*, NJW 1994, S. 2049 ff.

12 Vgl. BVerfGE 97, 332 (347 f.) (Kindergartengebühren).

13 Vgl. bereits BVerfGE 10, 59 (66 ff.) (elterliche Gewalt).

berechtigungsgebot spricht somit ebenso wie der Familienschutz für einen Ausbau der Kinderbetreuungsangebote.

An dieser Stelle zeigt sich, dass der gemeinschaftsbezogene Familienschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) und die individuelle Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 GG), anders als gelegentlich angenommen zu werden scheint, keineswegs in einem Widerstreit stehen. Sie ergänzen sich dem Grundsatz nach sinnvoll und weitgehend spannungsfrei, vor allem weil ersterer die Autonomie des Familieninternums abschirmt, also grundsätzlich jede und damit auch eine geschlechtsspezifische staatliche Steuerung des Familieninternums untersagt.¹⁴ Ebenso kann der über eine bloße Gleichbehandlung hinausweisende Verfassungsauftrag zur auch tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) im Lichte der Freiheitsrechte nur auf eine individuelle Chancen-, nicht aber kollektive Ergebnisgleichheit abzielen. Er beschränkt sich deshalb auf die Herstellung geeigneter äußerer Rahmenbedingungen, ohne die autonome Entscheidung über Art und Weise ihrer Inanspruchnahme einzuschränken. Maßnahmen, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf erleichtern, müssen, anders gewendet, stets die Neutralität gegenüber persönlichen Lebensentscheidungen wahren.¹⁵

2.3 Das Kindeswohl als ausschlaggebendes Kriterium

All diese berechtigten Erwägungen dringen indes noch nicht zum eigentlichen Kern der Fragestellung durch. Hauptperson der Kinderbetreuung ist das Kind. Es ist selbst Zweck, nie Mittel zum Zweck, folglich auch um seiner selbst willen zu betreuen. Aus diesem Grund dürfen Allgemeinwohlanliegen und elterliche Interessen weder den rechtlichen Primärzweck noch den Ausgestaltungsmaßstab der staatlich gewährleisteten Kinderbetreuung bilden. In den Mittelpunkt zu rücken ist vielmehr das Kindeswohl.

Ausschlaggebendes Leitmotiv staatlichen Handelns auf diesem Gebiet kann somit, wenn und weil der Bund auf der Grundlage und damit auch in den Grenzen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG tätig wird, nur der fürsorgerische Charakter der Kinderbetreuung sein. Der Blick richtet sich damit auf ihre Relevanz für die Entwicklung und Entfaltung der kindlichen Persönlichkeit, nicht zuletzt durch die Möglichkeit spielerischer Begegnung mit Gleichaltrigen (vgl. den offenen Förderungsauftrag des § 22 Abs. 3 SGB VIII). Dagegen könnte der öffentlichen Kinderbetreuungseinrichtungen zugeschriebene Bildungseffekt mangels einer entsprechenden Bundeskompetenz nicht tragender Beweggrund der im SGB VIII bundesgesetzlich geschaffenen Rechtslage sein¹⁶,

14 So hat das Bundesverfassungsgericht Gleichberechtigungs- und Neutralitätsgebot gemeinsam zur Ablehnung väterlicher Vorrechte bei der Erziehung herangezogen; BVerfGE 10, 59 (66 ff., 80 ff.) (elterliche Gewalt). Zum prinzipiellen Gleichklang von Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 6 GG ferner BVerfGE 3, 225 (241 f.) (Gleichberechtigung); E 6, 55 (81 f.) (Haushaltsbesteuerung); E 21, 329 (353) (Witwerversorgung); E 37, 217 (250) (Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen); E 53, 257 (296) (Versorgungsausgleich); E 76, 1 (45) (Familiennachzug); E 104, 373 (384 ff.) (Ausschluss von Familiendoppelnamen); E 105, 1 (10 ff.) (Familienarbeit).

15 Insbesondere wäre dem Staat jede zielgerichtete Einflussnahme auf das von den Eltern in gleichberechtigter Freiheit und wechselseitiger Verantwortung auszugestaltende Verhältnis von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit verboten. Siehe im Einzelnen BVerfGE 6, 55 (81 f.) (Haushaltsbesteuerung) bei ausdrücklichem Ausschluss auch mittelbarer Einflussnahmen; ferner BVerfGE 21, 329 (353) (Witwerversorgung); E 48, 327 (338) (Familiennamen); E 61, 319 (346 f.) (Alleinerziehende); E 87, 234 (258 f.) (Arbeitslosenhilfe); E 99, 216 (234) (Betreuungsbedarf); E 105, 1 (10 f.) (Familienarbeit). Vgl. auch *Christian Seiler*, FamRZ 2006, S. 1717 ff.

16 § 22 Abs. 3 SGB VIII ist, soweit er auch die „Bildung“ des Kindes anstrebt, entsprechend eng auszulegen. Gemeint ist keine Bildung im schulischen Sinne, sondern letztlich ein im Kontext der übrigen Aussagen dieser Vorschrift zu entfaltender Beitrag zur Persönlichkeitsbildung des Kindes.

was nicht ausschließt, diese landesgesetzlich um begleitende Bildungsmaßnahmen anzureichern. Wollte der Bund jedoch die bildungspolitische Bedeutung der Kinderbetreuung in den Vordergrund gerückt wissen, müsste er auf eine eigene Regelung verzichten und diese dem für den Bildungsbereich alleinzuständigen Landesgesetzgeber überlassen.

Es bleibt jedoch die Frage nach der Definitionsmacht zur letztverantwortlichen Bestimmung des Kindeswohls. Das Grundgesetz trifft hier eine eindeutige Entscheidung und überantwortet den Eltern in Art. 6 Abs. 2 GG die primäre Erziehungsverantwortung.¹⁷ „Pflege und Erziehung der Kinder“ sind ihr „natürliches Recht“ und die „zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. Das Grundgesetz spricht damit eine (konkret widerlegbare) Regelvermutung für die Bereitschaft und Eignung von Eltern zur bestmöglichen Sorge für ihr Kind aus, weil sein Wohl niemandem so sehr am Herzen liegt wie ihnen.¹⁸ Ob und inwieweit dem individuellen Wohl ihres Kindes durch eine inner- oder außerfamiliäre Kinderbetreuung am besten Rechnung getragen wird, ist folglich grundgesetzlich nicht vor-, sondern der elterlichen Entscheidung aufgegeben.¹⁹

Zur Klarstellung: Das Elternrecht ist, obwohl die subjektive Berechtigung hier in eins fällt, von den eigennützigen Rechten der Eltern abzugrenzen. Denn es berechtigt nicht nur, sondern verpflichtet sie auch.²⁰ Eltern müssen ihre Kinder erziehen, genießen also keine negative Freiheit.²¹ Der Staat darf sie umgekehrt grundsätzlich nicht aus ihrer Erziehungsverantwortung entlassen. Diese für ein Grundrecht einzigartige Inpflichtnahme der Freiheitsberechtigten erklärt sich durch die besondere soziale Funktion ihres Freiheitsgebrauchs, die nicht der Persönlichkeitsentfaltung der Berechtigten, sondern der Persönlichkeitsbildung des Kindes dient. Das Elternrecht ist also uneigennützig dienendes, drittbegünstigendes Recht. Dieser sowohl berechtigende wie verpflichtende Charakter des Art. 6 Abs. 2 GG bedingt eine gewisse Asymmetrie²² beider Aussagen: Das „ob“ der Elternpflicht ist dem Grunde nach unverfügbar, das „wie“ seiner Ausübung, also die Auswahl der konkreten Erziehungsziele, -inhalte und -mittel dagegen freiheitlich disponibel.²³ Der Staat hat die elterliche Erziehungskonzeption prinzipiell hinzunehmen und dürfte keinesfalls versuchen,

17 Hierzu *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14 (1980), S. 54 ff.; *Hans-Uwe Erichsen*, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt; *Bernd Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG; *Wolfram Höfling*, Elternrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, HStR, Band VII, 3. Auflage, § 155, Rdnr. 1 ff.; *Matthias Jestaedt*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rdnr. 1 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes; *Christian Seiler*, Verfassungsfragen zur staatlichen Unterstützung der elterlichen Erziehung, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 43 (2009), S. 7 (12 ff.); *Hans F. Zacher*, Elternrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, HStR, Band VI, 2. Auflage, § 134, Rdnr. 1 ff.

18 BVerfGE 59, 360 (376) (Schülerberater): Das Elternrecht „beruht auf dem Grundgedanken, daß in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“. Vgl. auch BVerfGE 24, 119 (150) (Adoption): „Der Verfassungsgeber geht davon aus, daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.“

19 BVerfGE 99, 216 (234) (Betreuungsbedarf) betont demgemäß „die Aufgabe des Staates, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern. Die Kinderbetreuung ist eine Leistung, die auch im Interesse der Gemeinschaft liegt und deren Anerkennung verlangt (vgl. BVerfGE 87, 1 (38 f.); 88, 203 (258 f.)). Der Staat hat dementsprechend dafür Sorge zu tragen, daß es Eltern gleichermaßen möglich ist, teilweise und zeitweise auf eine eigene Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung ihrer Kinder zu verzichten wie auch Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit miteinander zu verbinden.“

20 BVerfGE 24, 119 (143 f.) (Adoption); E 59, 360 (376 f.) (Schülerberater) („Grundrecht und Grundpflicht zugleich“); vgl. auch BVerfGE 121, 69 (89 ff.) (Umgangspflicht).

21 *Matthias Jestaedt*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rdnr. 29.

22 *Matthias Jestaedt*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rdnr. 30.

23 Vgl. BVerfGE 59, 360 (376) (Schülerberater); E 60, 79 (88) (Entzug des Sorgerechts). Vgl. ferner BVerfGE 7, 320 (323 f.) (Erziehung zur Freikörperkultur).

das Kindeswohl zu „optimieren“.²⁴ Der derart dienende Freiheitscharakter des elterlichen Erziehungsrechts trägt schließlich selbst seine eigenen Grenzen in sich: Es endet dort, wo das Kind bereits zum eigenverantwortlichen Freiheitsgebrauch imstande ist (was für die Entscheidung über den Kindergartenbesuch nicht in Betracht kommt)²⁵, und findet zudem (erst) bei evidenten Kindeswohlgefährdungen im staatlichen Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG)²⁶ eine äußere Schranke.

3 Folgerungen für die nähere Ausgestaltung der Kinderbetreuung

3.1 Angebotscharakter der staatlich gewährleisteten Kinderbetreuung

Die staatlich gewährleistete Kinderbetreuung muss vor diesem Hintergrund immer freiheits-erweiterndes Angebot an die Eltern bleiben, auf dessen Annahme der Staat nicht drängen dürfte. Hieran anknüpfend entscheiden die Eltern unter den sich ihnen konkret bietenden Rahmenbedingungen und an den je individuellen Bedürfnissen ihres Kindes orientiert, ob und inwieweit sie es inner- oder außerfamiliär betreut wissen wollen, das heißt auch ab welchem Lebensalter und in welchem Umfang eine Betreuung durch Dritte in Betracht kommt, wer diese Aufgabe unter welchen Bedingungen übernimmt und welche Erziehungsziele dabei auf welche Art und Weise anzustreben sind.²⁷ Mit dieser Maßgabe bleibt es unschädlich, die Kinderbetreuung zugleich als Instrument zur Verwirklichung weiterer, aber nachrangiger Nebenzwecke einzusetzen, insbesondere um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern, aber auch um den Interessen der Wirtschaft entgegenzukommen. Auf Länderebene dürfte die Kinderbetreuung ergänzend auch für Bildungszwecke genutzt werden.

Angesichts dessen stellt sich die immer wieder aufgeworfene Frage einer allgemeinen Kindergartenpflicht²⁸ weder *de lege lata* noch *de lege ferenda*. Diesseits der auf Art. 7 Abs. 1 GG zu stützenden allgemeinen Schulpflicht (deren Beginn allenfalls zeitlich etwas vorverlagert werden könnte) ließe sich ein gesetzlicher Zwang zur Fremdbetreuung wohl kaum mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbaren.

Der stattdessen notwendig einzufordernde Angebotscharakter der staatlich gewährleisteten Kinderbetreuung sollte sich vorzugsweise auch in einer programmatischen Vielfalt niederschlagen, insbesondere hinsichtlich der zu vermittelnden Erziehungsinhalte. Wünschenswert ist nicht zuletzt eine gewisse Trägervielfalt, die den Eltern eine Auswahl zwischen unterschiedlich ausgerichteten Anbietern erlaubt, um so die staatsferne Pluralität elterlicher Erziehungskonzeptionen abbilden und sichern zu können. Die Beteiligung namentlich kirchlicher, aber auch sonstiger nichtstaatlicher Träger am Ausbau der öffentlichen Betreuungsinfrastruktur ist daher zu begrüßen.

Der optionale Charakter der außerfamiliären Kinderbetreuung veranlasst schließlich auch rechtspolitische Empfehlungen zur Gebührenstruktur (vgl. hierzu die Rahmennorm des § 90 SGB VIII).

24 BVerfGE 60, 79 (94) (Entzug des Sorgerechts): Es gehöre nicht zur Ausübung des Wächteramtes, gegen den Willen der Eltern für eine bestmögliche Förderung des Kindes zu sorgen.

25 Siehe BVerfGE 59, 360 (387) (Schülerberater); vgl. auch BVerfGE 80, 81 (90) (Erwachsenenadoption).

26 Ausführlich hierzu *Matthias Jestaedt*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rdnr. 162 ff., 171 ff.

27 Siehe BVerfGE 99, 216 (231 f.) (Betreuungsbedarf).

28 Befürwortend jüngst *Stefanie Salaw-Hanslmaier*, ZRP 2013, S. 143 ff., die sogar erwägt, aus § 1 Abs. 1 SGB VIII eine Rechtspflicht zum Kindergartenbesuch herzuleiten (mit dem Argument „traumhafter Renditen von bis zu 50 %“ auf die staatliche Investition); kritisch hingegen *Johann Bader*, NVwZ 2007, S. 537 ff.

Für einkommensschwache Eltern besteht die reale Möglichkeit einer Inanspruchnahme der staatlichen Kinderbetreuungsangebote nur bei entsprechend niedrigen Gebühren, was eine bevorzugende Verschonungssubvention rechtfertigt, wenn nicht sogar verlangt.²⁹ Für wohlhabende Eltern ist eine (vollständige oder zumindest weitgehende) Gebührenbefreiung dagegen weder durch das Kindeswohl noch aus sozialstaatlichen Gründen angezeigt.³⁰ Die verbreitete Praxis gestaffelter Kindergartengebühren hat daher (vorbehaltlich ihrer näheren Ausgestaltung) durchaus ihre Berechtigung. Umgekehrt besteht aber jedenfalls keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, den über die übliche anteilige Gebührenverschonung zugewandten geldwerten Vorteil³¹ bei Nichtinanspruchnahme des Betreuungsangebotes (insbesondere im Säuglings- oder Kleinkindalter) monetär auszugleichen. Zwar mag man hierin nicht ohne Grund ein Gebot ausgleichender Gerechtigkeit und eine Erleichterung der gleichwertigen elterlichen Entscheidung für eine anderweitige, insbesondere innerfamiliäre Kinderbetreuung sehen. Jedoch verfügt der Gesetzgeber insofern über den im Rahmen der Leistungsverwaltung üblichen weiten Gestaltungsspielraum, den differenzierend auszugestalten ihm die Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf (oder Ausbildung) sowie der offene Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG³² gestatten.

3.2 Folgepflicht zur Qualitätssicherung

Die intensive politische Diskussion um die ausreichende Verfügbarkeit staatlich gewährleisteter Betreuungsangebote hat einen anderen Aspekt der Diskussion zu Unrecht in den Hintergrund gerückt: die Frage nach den materiellen Rahmenbedingungen der in den Einrichtungen zu leistenden Kinderbetreuung. Die Maßstabsfunktion des Kindeswohles verlangt hingegen einen Perspektivenwechsel. Es genügt nicht, allein auf die Quantität der Betreuungskapazitäten zu achten, die für die Frage der elterlichen Erwerbstätigkeit im Vordergrund steht. Mindestens ebenso wichtig ist ihre Qualität, deren Verbesserung mit dem Ausbau der öffentlichen Betreuungsinfrastruktur Schritt halten muss, ihm richtigerweise sogar vorausgehen sollte.

Das Grundgesetz regelt diesen Fragenkreis nicht unmittelbar, ist der Staat doch (außerhalb des in Art. 7 GG verankerten Schulwesens) nicht selbst zur Pflege und Erziehung der Kinder berufen. Wenn er jedoch den Eltern anbietet, ihnen die originär familiäre Aufgabe der Betreuung kleiner Kinder teilweise abzunehmen, wenn er also auf diese Weise mit ihrem Einverständnis einen Teilbereich der Erziehungsaufgabe an sich zieht, begründet er damit ein schutzwürdiges Vertrauen der letztverantwortlichen Eltern in die Güte der erbrachten Betreuungsleistungen. Den Staat trifft dann eine abgeleitete Garantenpflicht für den ihm anvertrauten Ausschnitt des Kindeswohles, der er – unter dem Vorbehalt des faktisch wie fiskalisch Möglichen – angemessen nachkommen muss.

Aus dieser abgeleiteten Garantenstellung lassen sich praktische Konsequenzen für die nähere landesrechtliche³³ Ausgestaltung der Betreuungsangebote herleiten, die allerdings nur im unverzichtbaren Minimum verfassungsfest sein dürften, im Übrigen rechtspolitischer Natur bleiben: Die

29 In diesem Sinne auch BVerfGE 97, 332 (348) (Kindergartengebühren).

30 BVerfGE 97, 332 (348) (Kindergartengebühren): Unbeschadet der Zulässigkeit sozial gestaffelter Gebühren sei eine „umfassende Bezuschussung der Kindergärten, die allen Eltern ungeachtet ihrer Einkommensverhältnisse gleichmäßig zugute kommt, ... zur Sicherung ihrer allgemeinen Zugänglichkeit nicht erforderlich“.

31 Vgl. BVerfGE 97, 332 (348 f.) (Kindergartengebühren): Den mit nicht kostendeckenden Entgelten belasteten Eltern werde „im Ergebnis aus Haushaltsmitteln der Gemeinde ein Vermögensvorteil zugewendet“.

32 Hierzu oben 2.2.

33 Das Bundesrecht enthält hierzu in § 22 SGB VIII nur abstrakte Vorgaben und überlässt damit gemäß § 26 SGB VIII alles Nähere dem Landesrecht.

Kinderbetreuung darf sich nicht auf eine bloße Beaufsichtigung der Kinder beschränken, sondern muss einen positiven Beitrag zur Persönlichkeitsbildung und -entfaltung des Kindes leisten. Bedeutung hat dies namentlich für den Betreuungsschlüssel, das heißt für das nach wie vor verbesserungswürdige Verhältnis von qualifiziertem Betreuungspersonal und zu betreuenden Kindern. Erforderlich ist ferner eine angemessene Aus- und Fortbildung von Erzieherinnen und Tagesmüttern. Auch sollte die Finanzierungsstruktur nicht allein an das bloße Vorhandensein von Betreuungskapazitäten („Objektförderung“), sondern – gegebenenfalls neben einer Planungssicherheit schaffenden Grundausstattung – an die Zahl der tatsächlich betreuten Kinder (häufig missverständlich „Subjektförderung“ genannt) anknüpfen. Auf diese Weise würde das Vertrauen der Eltern in eine konkrete Einrichtung zum Verteilungsmaßstab der Finanzmittel erstarken, so dass die bereits aus inhaltlichen Gründen geforderte Trägervielfalt³⁴ über wettbewerbliche Elemente mit Anreizen zur Qualitätssteigerung verbunden würde.

Angemerkt sei, dass das im SGB VIII grundgelegte, landesrechtlich zu ergänzende Kinder- und Jugendhilferecht grundsätzlich der richtige Ort ist, um all diese Fragen zu beantworten. Es hebt sich damit von der anderen Materie ab, die zuletzt ebenfalls eingesetzt wurde, um die außerfamiliäre Betreuung von Kindern zu fördern. Angesprochen ist das Einkommensteuerrecht, das in § 10 Abs. 1 Nr. 5 EStG einen (umfangmäßig gedeckelten) Sonderausgabenabzug für Kinderbetreuungsaufwendungen vorsieht.³⁵ Diese Vorschrift denkt – der naturgemäß andersartigen Teleologie dieses Rechtsgebietes geschuldet – ausschließlich monetär und formuliert folgerichtig keine Qualitätserwartungen an die Kinderbetreuung. Da sie zudem nur Erwerbende (nach Maßgabe ihres Einkommens) einbeziehen kann, aber beispielsweise Studierende und ihre Kinder ausnehmen muss, spricht einiges dafür, die staatliche Förderung der außerfamiliären Kinderbetreuung ganz aus dem Steuer- in das für nichtmonetäre gesellschaftliche Anliegen zielgenauere Sozialrecht zu überführen.³⁶

3.3 Einordnung in den finanzverfassungsrechtlichen Rahmen

Abschließend lohnt, weil sich über die Finanzierung staatlichen Handelns politisch Einfluss auf die finanzierten Inhalte nehmen lässt, noch ein Blick auf die föderale Aufteilung der Zuständigkeiten zur Finanzierung staatlicher Kinderbetreuungsangebote. Art. 104a Abs. 1 GG verpflichtet Bund und Länder auf eine generelle Trennung der Finanzierung ihrer jeweiligen Aufgaben. Da dieses Konnexitätsprinzip die Kosten nicht an die Gesetzgebungs-, sondern (wegen des im Vollzug steuerbaren Aufwands) an die regelmäßig den Ländern zustehende Verwaltungskompetenz knüpft³⁷, obliegt es auch allein den Ländern, den bundesgesetzlich eingeforderten Ausbau der Betreuungsinfrastruktur zu finanzieren und deren laufende Kosten zu tragen. Dem Bund ist es dagegen prinzipiell verwehrt, ihnen diese Belastungen auch nur anteilig abzunehmen. Die vorliegend einzig in Betracht kommende Ausnahme von dieser Regel, Art. 104a Abs. 3 GG, greift nur bei (zumeist ermessensfreien, daher kostenmäßig weitgehend gesetzlich vorprogrammierten) Geldleistungen. Für geldwerte Sach- oder Dienstleistungen (mit unter Umständen weiteren Spielräumen zu kostenträchtigen landesbehördlichen Entscheidungen) findet sich hingegen keine parallele Regelung zur Kostenübernahme, so dass es beim Grundsatz ausschließlicher Finanzierung durch die Län-

34 Siehe soeben 3.1.

35 Zur Vorgängernorm des § 4f EStG *Christian Seiler*, DStR 2006, S. 1631 ff.

36 Zur generellen Ungeeignetheit des Steuerrechts als Instrument sozialpolitischer Steuerung *Christian Seiler*, NZS 2007, S. 617 ff.

37 BVerfGE 26, 338 (389 f.) (Bundeseisenbahn).

der bleibt. Im Gegenteil, als man den für Sach- oder Dienstleistungen einschlägigen Abs. 4 von Art. 104a GG im Rahmen der Föderalismusreform neu formulierte, verzichtete man bewusst auf eine solche Regelung³⁸ und hatte dabei, wie die Materialien³⁹ eindeutig zu erkennen geben, insbesondere die staatlich gewährleistete Kinderbetreuung vor Augen. Die Länder sind also nur durch das Erfordernis einer Zustimmung des Bundesrates gegen die Auferlegung kostenintensiver Betreuungspflichten geschützt.

Der Bundesgesetzgeber hat vor diesem Hintergrund den Ausweg gesucht, die außerfamiliäre Kinderbetreuung in eine Investition in die „Förderung des wirtschaftlichen Wachstums“ im Sinne von Art. 104b Abs. 1 Nr. 3 GG umzuwidmen, und unter Berufung auf diese Kompetenznorm⁴⁰ das Sondervermögen „Kinderbetreuungsausbau“ eingerichtet⁴¹, aus dem den Ländern von 2008 bis 2013 Finanzhilfen für Investitionen in Tageseinrichtungen und Tagespflege⁴² gewährt worden sind. Diese nicht weiter erläuterte Bewertung der Kleinkindbetreuung als im Schwerpunkt wachstumsfördernder Natur steht jedoch nicht nur in einem Spannungsverhältnis zur gleichzeitigen Inanspruchnahme der eher wirtschaftsfernen Gesetzgebungskompetenz für die „öffentliche Fürsorge“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG)⁴³, sondern übergeht vor allem die notwendig am Maßstab von Kindeswohl und Elternrecht auszurichtende materielle Primärfunktion der Kinderbetreuung, die auch kompetenzrechtlich nicht unberücksichtigt bleiben sollte. Insgesamt kann eine derartige Berufung auf das Kind als bloßer Wirtschaftsfaktor nicht überzeugen. Das Sondervermögen „Kinderbetreuungsausbau“ übersteigt mithin, mag sein Anliegen auch noch so berechtigt sein, die Finanzierungskompetenzen des Bundes.⁴⁴

Verf.: Prof. Dr. Christian Seiler, Eberhard Karls Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen, E-Mail: seiler@jura.uni-tuebingen.de

38 Siehe *Ulrich Häde*, JZ 2006, S. 930 (935); *Hans-Günter Henneke*, NdsVBl. 2008, S. 1 (7). Ebenso zur vorherigen Rechtslage *Josef Isensee*, DVBl. 1995, S. 1 (7).

39 Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes; BT-Drucksache 16/813, S. 18 (im unmittelbaren Kontext der von Abs. 4 geregelten Zustimmungsbedürftigkeit): „In diesem weiten Verständnis schließt das Merkmal der Sachleistungen auch die Regelungen zur Schaffung von Tagesbetreuungsplätzen für Kinder im Kinder- und Jugendhilferecht ein. Die Bereitstellung von Tagesbetreuungsplätzen beinhaltet ein Bündel von staatlichen Sach- und vergleichbaren Dienstleistungen, wie Räumlichkeiten und deren Ausstattung sowie die Betreuungs- bzw. Erziehungsleistung.“

40 Begründung des Entwurfs zum Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Kinderbetreuungsausbau“, BT-Drucksache 16/6596, S. 3; wohl zustimmend der Interessenvertreter der Kommunen *Hans-Günter Henneke*, NdsVBl. 2008, S. 1 (7 f.).

41 Artikel 1 des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Kinderbetreuungsausbau“ und zur Entfristung des Kinderzuschlags vom 18.12.2007, BGBl. 2007 I, S. 3022 f.

42 Artikel 3 des Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz) vom 10.12.2008, BGBl. 2008 I, S. 2403 (2407 f.). Art. 104b GG wird bemerkenswerterweise ausdrücklich im Gesetzestext genannt.

43 Siehe oben I.1. – Die Finanzierungskompetenz nach Art. 104b Abs. 1 Nr. 3 GG setzt zusätzlich zum wachstumsfördernden Zweck der Investition voraus, dass der Bund auch über die Gesetzgebungskompetenz für den fraglichen Sachbereich verfügt. Die Gesetzesbegründung verweist hierzu ohne weitere Erläuterungen auf die Bundeszuständigkeit für die „öffentliche Fürsorge“, Begründung des Entwurfs zum Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Kinderbetreuungsausbau“, BT-Drucksache 16/6596, S. 3.

44 Auch die zur Abdeckung laufender Betriebskosten gedachte Neufestsetzung der Umsatzsteueranteile von Bund und Ländern (Art. 106 Abs. 4 GG) durch Artikel 2 des Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz) vom 10.12.2008, BGBl. 2008 I, S. 2403 (2407) erscheint gemessen an den Maßstäben von BVerfGE 101, 158 (220) (Finanzausgleich) nicht unbedenklich; anders *Hans-Günter Henneke*, NdsVBl. 2008, S. 1 (8).