

III. Föderalismus

Nachdem es im vorherigen Abschnitt um die Inklusion in staatliche Institutionen und die Frage, *wer* eigentlich in den staatlichen Institutionen und demokratischen Prozessen präsent ist, ging, soll nun der Thematisierung der Geschlechterbeziehungen im Mehrebenensystem und damit der Frage nach dem *was* nachgegangen werden. Während die politische Geschlechterungleichheit im herrschenden Verfassungsdiskurs kaum als Problem identifiziert wird, wird die föderale Kompetenzordnung überhaupt nicht unter diesem Gesichtspunkt diskutiert.¹³⁵

Helen Irving argumentiert jedoch, dass sich die Verfassungswissenschaft auch mit der geschlechtlichen Codierung und den gender-relevanten Effekten föderaler Strukturen auseinandersetzen müsse.¹³⁶ Sie interessiert sich dafür, wie sich die föderale Machtverteilung zwischen den Ebenen auf die Geschlechterbeziehungen auswirkt. Analytische Differenzierungen für die Geschlechterrelevanz verschiedener föderaler Systeme – gegenübergestellt werden regelmäßig die USA, die Schweiz und die Bundesrepublik – hat sie bisher jedoch nicht formuliert. Sie fokussiert vielmehr die gemeinsamen Dynamiken. So gibt es eine Reihe geteilter Strukturmerkmale föderaler Ordnungen. Der Föderalismus zeichnet sich durch die Verbindung zweier Staatsebenen aus: es existieren der Gesamtstaat und die Gliedstaaten. Die Bundesverfassung regelt die Machtverteilung zwischen den Ebenen, insbesondere die Gesetzgebungskompetenzen, die Verwaltung und die Verteilung der Finanzmittel. Die Gliedstaaten und der Gesamtstaat nehmen wechselseitig aufeinander Einfluss: Die Teilstaaten sind an der Willensbildung des Gesamtstaats beteiligt, der Gesamtstaat kann wiederum über seine Bundeskompetenzen und seine Finanzmacht auf die Teilstaaten einwirken. Die Verteilung der Zuständigkeiten – sei es für die Gesetzgebung, die Verwaltung oder die Finanzen – ist in föderalen Verfassungsordnungen daher entscheidend für die Machtverteilung zwischen den Ebenen.

Die Beantwortung der Frage, ob duale Staatlichkeit nun vor- oder nachteilhaft für die Geschlechtergleichheit ist, hängt vom jeweiligen Kontext und Fall ab. Das föderale Mehrebenensystem kann rechtspolitisch

¹³⁵ »Why federalism is a feminist issue«, so ein Titel von *Irving*, *Adelaide Law Review* 2007, 159. Ein Hinweis auf *Irving* findet sich bei *Baer*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2013, 107. Eine differenzfeministische Interpretation des Schweizer Föderalismus verfolgt *Kägi-Diener*, *Herausforderung Gender*. Sie parallelisiert z. B. das föderale Treueprinzip mit »fraulichen Werten«, S. 108, 139, ebenso entspreche das föderale Integrationsprinzip weiblichen Denkweisen, S. 112, 140.

¹³⁶ *Irving*, *Adelaide Law Review* 2007, 159; *Irving*, *Gender and the Constitution*, S. 83 ff.; *Irving*, in: *Williams*, *More than Rights*.

sowohl eine Chance als auch eine Hürde sein. Die Vielzahl an legislativen und judikativen Akteuren bietet für soziale Bewegungen mehrere Anknüpfungspunkte, um Anliegen in die staatlichen und rechtlichen Institutionen einzuspeisen. Auch wird föderalen Ordnungen ein gesteigertes Innovationspotential zugesprochen. Einzelne Landesgesetzgeber oder Gerichte können eine Vorreiterfunktion einnehmen und neue Politiken oder rechtliche Maßstäbe formulieren. Durch Domino- oder naming&shaming-Effekte können andere Teilstaaten sich unter Druck gesetzt sehen nachzuziehen. Zudem können mobile Betroffene ein *forum shopping* betreiben und sich die für sie günstigen rechtlichen Rahmenbedingungen in den verschiedenen Gliedstaaten suchen.¹³⁷ Diese Pluralität von Akteuren und Foren kann sich für marginalisierte Themen jedoch auch kontraproduktiv auswirken, müssen doch die rechtspolitischen Kämpfe an einer Vielzahl von Stellen ansetzen und können nicht gebündelt auf wenige Akteure und Ebenen zielen. Auch können die Länder gegen progressive Bundesmaßnahmen oder der Bund gegen progressive Landesmaßnahmen mit eigenen Initiativen gegensteuern und versuchen diese zu unterlaufen.

Die deutsche Verfassungswissenschaft diskutiert den deutschen Föderalismus unter staats-theoretischen oder fiskalischen Perspektiven und thematisiert unterschiedliche Politikfelder in diesem Zusammenhang, wie etwa Medien, Umwelt und Kultur.¹³⁸ Das Geschlechterverhältnis bildet jedoch eine diskursive Lücke. Daher soll hier der Versuch unternommen werden, die föderale Kompetenzordnung unter dem Gesichtspunkt der Ungleichheitsachse Geschlecht zu untersuchen: Wer ist zuständig für die Regulierung der Geschlechterbeziehungen? Wer hat die Definitionsmacht über diese? Wie schlägt sich dies in der rechtlichen Maßstabbildung nieder?

In einem ersten Schritt sollen die wesentlichen Merkmale des als kooperativ bezeichnete deutschen Föderalismus skizziert und erste Verbindungen zu Geschlechterfragen anhand der in der politikwissenschaftlichen Literatur diskutierten Themen gezogen werden (1.). Anschließend wird auf die angelsächsische Diskussion um die geschlechtliche Codierung der

¹³⁷ Irving, *Gender and the Constitution*, S. 83 ff.

¹³⁸ So z. B. in aktuellen Veröffentlichungen zum Föderalismus: Keller, Vorgaben föderaler Ordnungen für das Ausmaß und die Grenzen finanzieller Solidarität in der Europäischen Union; Schaller, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat; Hildebrandt/Wolf, Die Politik der Bundesländer. Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Bundesstaat. Im Handbuch zum Föderalismus gibt es Beiträge zu zahlreichen Themen, aber keinen zu den Geschlechterbeziehungen, Härtel, Handbuch Föderalismus. Auch die feministische Forschung diskutiert dies nicht, z. B. Hohmann-Dennhardt u. a., Geschlechtergerechtigkeit; Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft.

Gesetzgebungskompetenzen eingegangen und die Relevanz für die deutsche Verfassungspraxis anhand von Eilentscheidungen zu einer Bevorzugungsregel aus Nordrhein-Westfalen demonstriert (2.). In einem dritten Schritt werden die Konflikte um Kindererziehung und die Erwerbstätigkeit von Müttern im Mehrebenensystem nachgezeichnet (3.).

1. Grundgesetzliche Kompetenzordnung

1.1 Länder als Gegengewichte zum Bund

Die föderale Kompetenzordnung sieht im Grundgesetz kein klar abgegrenztes, sondern ein kooperatives Machtgefüge zwischen dem Bund und den sechzehn Ländern vor.¹³⁹ Durch verschiedene institutionelle Mechanismen sind die zwei Staatsebenen aufeinander bezogen und miteinander verzahnt. Sie sind daher zu einer kontinuierlichen gemeinsamen Entscheidungsfindung gezwungen.¹⁴⁰ Fritz Scharpf hat dafür den Begriff der Politikverflechtung geprägt.¹⁴¹

Das Wiederaufgreifen einer föderalen Staatsorganisation nach dem Zweiten Weltkrieg entsprach nicht nur der deutschen Staatstradition, sondern lag im Interesse der Alliierten an einer nachhaltigen Demokratiesicherung, sollte doch die politische Macht beim Bund begrenzt werden. Dementsprechend bilden die Länder ein wesentliches Gegengewicht in der föderalen Ordnung, etwa über die Beteiligung der Landesregierungen am Gesetzgebungsverfahren durch den Bundesrat oder die Ausführung der Bundesgesetze durch eigene Umsetzungsgesetze und die eigenen Landesverwaltungen.¹⁴²

Die Länder verfügen darüber hinaus über eine eigenständige Staatsqualität und Verfassungsautonomie, die allein durch die Homogenitätsklausel in Art. 28 Abs. 1 GG begrenzt wird.¹⁴³ Untereinander koordinieren sich

¹³⁹ Rudolf, in: Isensee/Kirchhof, § 141 Kooperation im Bundesstaat; Klein, in: Härtel, § 17 Der Bundesstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; Schlüter, in: Detterbeck/Renzsch/Schieren, Föderale Kompetenzverteilung am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland.

¹⁴⁰ Zum Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens, BVerfGE 81, 310 (337), Kalkar II (1990); 106, 1 (27), Oberfinanzdirektion (2002).

¹⁴¹ Scharpf, in: ders./Reissert/Schnabel, Politikverflechtung; Benz u. a., Varianten und Dynamiken der Politikverflechtung im deutschen Bundesstaat.

¹⁴² Isensee, in: ders./Kirchhof, § 126 Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz; Starck, in: Härtel, § 1 Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre.

¹⁴³ BVerfGE 13, 54 (77 f.), Neugliederung Hessens (1961).

die Länder horizontal über die Instrumente der Staatsverträge, Mustergesetze, Fachministerkonferenzen und Konferenzen der Ministerpräsidenten.

1.2 Gesetzgebung, Verwaltung und Finanzen

Das Grundgesetz schreibt den Ländern die allgemeine Kompetenz der Gesetzgebung zu, soweit das Grundgesetz dem Bund diese nicht ausdrücklich zuweist (Art. 30, Art. 70 GG). Das Grundgesetz trennt dabei nicht strikt zwischen Bundes- und Länderkompetenzen, sondern verzahnt die Ebenen über die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 72 GG) sowie über die Zustimmungs- und Einspruchsverfahren (Art. 50, 77, 78 GG). So ist der Bundesrat als Vertretung der Länderregierungen an über der Hälfte der Bundesgesetzgebungsverfahren beteiligt. Die Europäische Union fügt eine weitere Ebene hinzu. Nach Art. 23 GG nehmen die Länder auch an den europäischen Rechtsetzungsverfahren über den Bundesrat Einfluss. Die verzahnte Gesetzgebung bietet den Ländern eine Chance auf Opposition und setzt die Bundes- und Landesebenen in Verhandlungszwänge.

Zwar liegen die kompetenzrechtlichen »Schwergewichte« beim Bund,¹⁴⁴ dennoch führen die Länder die Gesetze aus und verfügen dabei regelmäßig über einen weiten Umsetzungsspielraum (Art. 83 GG). Die Art und Weise der Durchführung kann daher je nach Bundesland erheblich variieren.

Nicht nur die Kompetenzverteilung hinsichtlich der Gesetzgebung und Verwaltung, sondern auch der Steuerverbund führt dazu, dass Bund und Länder aufeinander bezogen sind. Die Finanzverfassung weist dem Bund die primäre Kompetenz der Steuererhebung zu (Art. 105 GG). Dabei ist zu unterscheiden zwischen Steuern, die dem Bund oder den Länder zustehen (Trennsystem, Art. 106 Abs. 1, 2 GG) und Steuern, die zwischen den beiden Ebenen aufgeteilt werden (Gemeinschaftsteuern, Art. 106 Abs. 3 GG). So teilen sich Bund und Länder die Einkommen- und Körperschaftsteuer je zur Hälfte. Die Verteilung der Umsatzsteuer wird einfachgesetzlich durch ein Bundesgesetz, das die Zustimmung des Bundesrates erfordert, bestimmt. Die Gemeinden erhalten über die Länder Anteile von der Gemeinschaftsteuer und können selbst die Gewerbesteuer sowie örtliche Aufwands- und Verbrauchsteuern, wie etwa die Hundesteuer, erheben (Art. 106 Abs. 5–7 GG).¹⁴⁵

Nach Art. 104a GG tragen der Bund und die Länder gesondert die Ausgaben für ihre Aufgabenwahrnehmung. Daher sind die Möglichkeiten

¹⁴⁴ Zur Tendenz der Unitarisierung *Klein*, in: Härtel, § 17 Der Bundesstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 488.

¹⁴⁵ *Starck*, in: Härtel, § 1 Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre, S. 49.

des Bundes, sich finanziell an der Aufgabenerfüllung der Länder (und Kommunen) zu beteiligen eng begrenzt. Über Art. 104b Abs. 1 GG kann der Bund z.B. Investitionskosten tragen, soweit ihm die Gesetzgebungskompetenz zukommt, und kann auf diese Weise finanzielle Anreize setzen, dass die Länder in bestimmten Bereichen aktiv werden. Möchte sich der Bund an Betriebskosten beteiligen, dann geht dies nur indirekt, z.B. über eine für die Länder vorteilhafte Verteilung der Umsatzsteuer, wobei diese nicht an bestimmte Zwecke gebunden werden kann und es daher in den Händen der Länder liegt, wie sie diese verausgaben.¹⁴⁶

Da der kooperative Föderalismus als Leitbild in die Kritik geraten ist, er sei zu ineffizient und zu träge, wird inzwischen das Leitbild eines Wettbewerbsföderalismus forciert. Danach sollen die Länder mehr Eigenverantwortung übertragen bekommen und mit dem Ziel der Effizienzsteigerung stärker in Konkurrenz zueinander gesetzt werden.¹⁴⁷ Der Steuerverbund ist folglich durch zwei Prinzipien geprägt: das Prinzip der Finanzautonomie der Länder, das nach dem Leitbild des Wettbewerbsföderalismus gestärkt werden soll, und das Prinzip der bundesstaatlichen Solidarität, das im Zuge des Finanzausgleichs die unterschiedlichen Finanzstärken der Länder wiederum ausgleichen soll.

1.3 *Bottom-up: Institutionalisierung von Gleichstellungspolitik*

In der politikwissenschaftlichen Literatur wird auf die geschlechterrelevante Dynamik des deutschen Föderalismus hinsichtlich der Institutionalisierung von Gleichstellungspolitik aufmerksam gemacht.¹⁴⁸ Während die deutsche autonome Frauenbewegung lange Zeit den Staat als patriarchale Institution ablehnte und sich auf Distanz hielt, hat seit den 1980ern eine »Verstaatlichung der Frauenfrage« stattgefunden, die auf kommunaler Ebene mit der Einrichtung von Gleichstellungsbüros begann.¹⁴⁹ Initiiert wurden diese Entwicklungen durch sozialdemokratische und grüne Kommunal- und Landesregierungen. Das erste Frauenbüro wurde 1976 in Köln eröffnet. Über eine naming&shaming-Politik folgten sukzessive auch konservativ regierte Kommunen und Länder, wenn auch zurückhaltender in der Bereitstellung von Personal und Budget.

¹⁴⁶ Am Beispiel von Kindertagesstätten *Stoy*, *Föderale Vielfalt im unitarischen Sozialstaat*, S. 93 f.

¹⁴⁷ Zum Wettbewerbsföderalismus m.w.N. *Bauer*, Art. 20 (Bundesstaat), in: *Dreier, Grundgesetz Kommentar*, Bd. 2, Rn. 32 ff.; *Guckelberger*, in: *Härtel, Bildung und Föderalismus*.

¹⁴⁸ *Lang*, *German Studies Review* 2010, 517; *Lang/Sauer*, *The Journal of Federalism* 2012, 68; *Kamenitsa/Geißel*, in: *Lovenduski/Baudino*, *WAPs and Political Representation in Germany*.

¹⁴⁹ *Krautkrämer-Wagner*, *Die Verstaatlichung der Frauenfrage*.

Der Bund zog 1986 nach und schaffte eine ministerielle Zuständigkeit. Das Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend wurde um »Frauen« erweitert. Inzwischen existieren über 1.900 Gleichstellungsbüros verbunden über die Bundesarbeitsgemeinschaft kommunaler Frauenbüros auf lokaler Ebene und stellen Gelder für örtliche Geschlechterprojekte bereit.

Der föderale Finanzausgleich hat es zudem auch ärmeren Ländern ermöglicht, Geschlechterpolitik zu betreiben. Es ist jedoch zu beobachten, dass im Rahmen von finanzieller Sparpolitik und dem neuen Leitbild des Wettbewerbsföderalismus marginalisierte Politiken unter finanziellen Einbußen zu leiden haben. So wurden in den letzten Jahren sowohl die Budgets als auch die Personalausstattung von Gleichstellungsbüros zum Teil stark gekürzt.¹⁵⁰

Das deutsche föderale System bot also die Chance, dass sich Gleichstellungspolitik in einer bottom-up-Dynamik institutionalisieren konnte. Diese wurde zunächst auf der lokalen Ebene initiiert, breitete sich horizontal in den Ländern und von unten nach oben bis zur Bundesebene aus und führte zur flächendeckenden Schaffung von Ministerien für Fraueneangelegenheiten, Gleichstellungsgesetzen und Frauenförderplänen im öffentlichen Dienst.¹⁵¹

Nachdem über diese bottom-up-Entwicklung auf Bundesebene ein »Frauenministerium« entstanden ist, wirkt dieses inzwischen top-down an der Gleichstellungspolitik der Länder mit. So kann der Bund etwa über seine fiskalische Macht finanzielle Anreize setzen. Sabine Lang weist dieser Kompetenz eine wichtige Funktion zu: »Without federal steering capacity, some Länder might still be string advocates for women but others would not spend their tight education budget on gender advancement.«¹⁵² Ein Beispiel für finanzielle Steuerung ist das Professorinnenprogramm, das auf einer Vereinbarung zwischen Bund und Ländern zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in Wissenschaft und Forschung an deutschen Hochschulen nach Art. 91b Abs. 1 Nr. 2 GG beruht, und für das Bund und Länder von 2008 bis 2012 gemeinsam 150 Mio. Euro zur Verfügung gestellt haben. Das Programm wurde noch einmal bis 2017 verlängert und erneut mit 150 Mio. Euro ausgestattet. Inzwischen wurden über 500 Professorinnen über das Programm berufen.¹⁵³

¹⁵⁰ Lang, *German Studies Review* 2010, 517 (519 ff.); Lang/Sauer, *The Journal of Federalism* 2012, 68 (73, 78).

¹⁵¹ Kamenitsa/Geißel, in: Lovenduski/Baudino, *WAPs and Political Representation in Germany*, S. 115 ff.

¹⁵² Lang, *German Studies Review* 2010, 517 (526).

¹⁵³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 500. Frau im Professorinnenprogramm berufen.

2. Geschlechtliche Codierung der Gesetzgebungskompetenzen

2.1 In den USA: *What is truly national?*

In der angelsächsischen verfassungswissenschaftlichen Literatur wird über die geschlechtlich codierte Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen diskutiert. Die Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen könnte als rein technisches Detail oder als rationale Entscheidung betrachtet werden, dennoch ist die Beobachtung der angelsächsischen Autorinnen aufschlussreich, dass sich bei der Analyse der Gesetzgebungskompetenzen die Trennlinie privat-öffentlich zeigt: So seien in der föderalen Ordnung der Vereinigten Staaten Themen, die als maskulin imaginiert werden, der nationalen Ebene zugeordnet, während die Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung der Privatsphäre und feminin assoziierter Themen bei den Gliedstaaten liege. Daher wird eine Identifizierung von öffentlich/männlich/national und privat/feminin/regional in der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen gesehen und geschlussfolgert, dass weibliche Subjektpositionen und Lebenserfahrungen als nicht-nationale, weniger wichtige Angelegenheiten gedeutet und aus dem »nationalen Interesse« herausdefiniert werden.¹⁵⁴

Die geschlechtliche Differenz zwischen national/maskulin und regional/feminin wurde anhand des Rechtsfalls Morrison aus dem Jahr 2000 diskutiert.¹⁵⁵ Dieser Fall zeigt, dass auch bei der Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen die Geschlechterbeziehungen relevant werden können. In dieser Entscheidung erklärte der *U.S. Supreme Court* section 13981 *Violence Against Women Act* (VAWA) wegen fehlender Bundeskompetenz für verfassungswidrig. Section 13981 VAWA begründete einen bundesweiten zivilrechtlichen Anspruch für Opfer häuslicher und sexualisierter Gewalt. Damit reagierte der *Congress* auf den fehlenden Schutz von Betroffenen von häuslicher und sexualisierter Gewalt durch unzureichende Regelungen der Gliedstaaten. Er stützte den VAWA überwiegend auf den *Commerce Clause* (article 1, section 8, clause 3 Verfassung der USA). Dieser ermächtigt den *Congress* dazu, die Grenzen der Gliedstaaten überschreitenden Handel zu regulieren. Auf den *Commerce Clause* bezog sich der *Congress* seit den 1930er Jahren regelmäßig für Gesetzesvorhaben, die nur im weitesten Sinne etwas mit Handel oder grenzüberschreitendem Verhalten

154 MacKinnon, Harvard Law Review 2000, 135; Resnik, The Yale Law Journal 2001, 619; Goldfarb, Fordham Law Review 2002, 57; Irving, Adelaide Law Review 2007, 159.

155 United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

zu tun haben. Substantielle ökonomische Effekte des regulierten Verhaltens wurden als ausreichend erachtet, um die Kompetenz aus dem *Commerce Clause* herzuleiten.¹⁵⁶

Da sich Gewalterfahrungen schwerwiegend auf die Erwerbstätigkeit, die Studierfähigkeit, die Mobilität sowie die psychische und physische Gesundheit von Frauen auswirken können, argumentierte der *Congress* für seine Regelungskompetenz mit dem *Commerce Clause* in Verbindung mit dem *Equal Protection Clause*. Diese Folgen zeigten sich auch bei der Betroffenen Christy Brzonkala im konkreten Fall. Sie war von zwei Collegestudenten vergewaltigt worden. Nachdem das uniinterne Verfahren zu keiner Suspendierung der Verletzer führte, brach sie ihr Studium ab und klagte zivilrechtlich nach dem VAWA.

Die Mehrheit des *U.S. Supreme Court* lehnte die Begründung des *Congress* jedoch ab, weil der VAWA die Grenzen zwischen »what is truly national and what is truly local« verwische.¹⁵⁷ Gewalthandlungen seien nicht von ökonomischer Natur. Auch könne der *Equal Protection Clause* daran nichts ändern, weil dieser nur staatliche Akteure binde und allein die Staaten für die antidiskriminierungsrechtliche Regulierung des Privaten zuständig seien. Daher liege bei Gewalt gegen Frauen als nicht-nationaler Angelegenheit eine rein gliedstaatliche Kompetenz vor.¹⁵⁸

Catharine A. MacKinnon kritisiert an dieser Entscheidung die einseitige Maßstabsbildung aufgrund einer maskulinen Perspektivität, die das föderale Gleichgewicht in den Vordergrund stelle, sich nicht auf Gewalterfahrungen als relevantes soziales Problem einlasse und die wirtschaftlichen Nachteile, die Frauen aufgrund von Gewalterfahrungen erleben, als nicht-ökonomisch abwerte.¹⁵⁹ Durch die Einordnung von geschlechtsspezifischer Gewalt als nicht-ökonomischer Angelegenheit wäre es dem Gericht konträr zu früherer Rechtsprechung nicht auf die ökonomischen Effekte angekommen. Zudem habe es sich damit den Rückgriff auf den Präzedenzfall *Heart of Atlanta Motel* versperrt, nach dem über den *Commerce Clause* gleichheitsrechtliche Gesetzgebung gestützt werden kann. Stattdessen habe der *U.S. Supreme Court* den *Congress* für unzuständig für die Regulierung des Privaten erklärt und damit die gleichheitsfeindliche Rechtsprechung der Reconstruction-Zeit

¹⁵⁶ Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111 (1942) (Getreideanbau für den Eigenbedarf); Heart of Atlanta Motel, 379 U.S. 241 (1964) (rassistische Diskriminierung durch Hotels); Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964) (rassistische Diskriminierung durch Restaurants); Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005) (Verbot von Marihuana). Anders demgegenüber United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995) (Waffenbesitz in Schulumgebung), dazu Irving, *Adelaide Law Review* 2007, 159 (162 ff.).

¹⁵⁷ United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000), 618.

¹⁵⁸ Ebenda, S. 619 ff., 627.

¹⁵⁹ MacKinnon, *Harvard Law Review* 2000, 135 (146 ff.).

revitalisiert: »White supremacy may be more visible behind the precedents of the past, federalism their foil, than male supremacy is behind the same fig leaf today.«¹⁶⁰ Sie kommt daher zum folgenden Schluss: »Government is constructed to be sensitive to the dominance of some men over other men by formal institutions. It is not created to be wary of the dominance of men over women by means seen as informal or noninstitutionalized.«¹⁶¹ Dementsprechend existiere weder im Verfassungstext noch in der Verfassungspraxis eine Doktrin, die parallel zu den föderalen *states' rights* die verfassungsrechtliche Berücksichtigung weiblicher Lebenserfahrungen und Interessen erfordere.¹⁶²

Nicht nur die maskuline Perspektivität der Maßstabsbildung, sondern auch das zum Ausdruck gebrachte Föderalismusverständnis führte zu Kritik. Der in der Entscheidung formulierte kategoriale Föderalismus, nach dem Lebensbereiche exklusiv dem Gesamtstaat oder den Gliedstaaten zugeordnet werden, wurde insbesondere von Judith Resnik, Sally Goldfarb und Helen Irving als zu restriktives Föderalismusverständnis kritisiert.¹⁶³ Nach Resnik sei es beispielsweise nicht möglich, bestimmte Lebensbereiche eindeutig einer Ebene zuzuordnen. Anstatt dieses kategorialen Verständnisses von Föderalismus müsse ein vielschichtiger Föderalismusbegriff verfolgt werden, um die Regulierung der Geschlechterbeziehungen angemessen thematisieren zu können.¹⁶⁴ Die Autorinnen schlagen unterschiedliche Lösungsansätze vor, die jeweils auf Kontext und Erforderlichkeitsvoraussetzungen, ähnlich einem Subsidiaritätsprinzip, abstellen. Goldfarb schlägt z. B. einen *rational basis test* für die Bestimmung der Kompetenzen vor, nach dem danach gefragt werden müsse, ob eine *rational basis* für die nationale Gesetzgebung besteht, weil die Angelegenheit über die einzelstaatliche Fähigkeit zur Problemlösung hinausgeht.¹⁶⁵

2.2 Im Grundgesetz

Die beschriebene Trennung von national/maskulin und regional/feminin lässt sich auch in der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung wiederfinden. Um die Staatsqualität der Länder zu begründen, werden das Recht

¹⁶⁰ Ebenda, S. 168.

¹⁶¹ Ebenda, S. 172.

¹⁶² Ebenda, S. 174.

¹⁶³ Resnik, The Yale Law Journal 2001, 619; Goldfarb, Fordham Law Review 2002, 57; Irving, Adelaide Law Review 2007, 159.

¹⁶⁴ Resnik, The Yale Law Journal 2001, 619 (619 ff.).

¹⁶⁵ Ebenda, S. 622 ff., 670 ff. (*multi-faceted federalism*); Goldfarb, Fordham Law Review 2002, 57 (138 ff.) (*rational basis test*); Irving, Adelaide Law Review 2007, 159 (171 ff.) (*contextual federalism*).

der Kultur und das Recht der Bildung als deren Kernaufgaben genannt. Kultur und Bildung gelten als weiche und feminin codierte Themen.

Zwar sind die Länder darüber hinaus auch für die innere Sicherheit zuständig, u. a. für das Polizeirecht und Strafvollzugsrecht, dennoch verfügt der Bund fast ausschließlich über maskulin codierte Kompetenzen. Die vierzehn Titel der ausschließlichen Gesetzgebung in Art. 73 Abs. 1 GG betreffen u. a. die Bereiche Verteidigung, Staatsangehörigkeit, Währung, Handel, Infrastruktur, Waffen und Kernenergie. Die 43 Titel der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 GG weisen ebenso wenig weiblich definierte Bereiche auf. Stattdessen wird die konkurrierende Gesetzgebung u. a. für wirtschaftsrechtliche, eigentumsrechtliche und gefahrenabwehrrechtliche Themen vorgesehen. Als Ausnahmen könnte man möglicherweise die sozialstaatlichen Kompetenzen für die öffentliche Fürsorge (Nr. 7) und die Ausbildungshilfe (Nr. 13) ansehen.

In den Kompetenztiteln des Bundes manifestiert sich der historische Ausschluss des Weiblichen aus der politischen Öffentlichkeit. Als Teil des Privaten bzw. der Familie waren die Geschlechterbeziehungen keine öffentliche Angelegenheit. Will der Bund heute die Geschlechterbeziehungen regulieren, dann muss er dies über die in Art. 73 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 genannten Sachbereiche tun. Den Bereich der reproduktiven Rechte hat der Bund beispielsweise über das Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1) und über die gesetzliche Krankenversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12) geregelt. Das Ehe- und Scheidungsrecht fällt unter das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1) und der Mutterschutz und die Anrechnung von Kindererziehungszeiten in der Alterssicherung unter das Arbeitsrecht und die Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Die Abwesenheit von frauenspezifischen Kompetenztiteln führt aber zu Schwierigkeiten, wenn der Bund die Reproduktionsordnung hinsichtlich der Kindererziehung und Kinderbetreuung regulieren will. Für das Elterngeld und die öffentliche Kinderbetreuung bleibt allein die öffentliche Fürsorge, die an die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 72 Abs. 2 GG geknüpft ist und eine sozialstaatliche anstatt eine geschlechtergerechte Perspektive nahelegt.

Bevor dies eingehender (in Abschnitt 3.) erörtert wird, sollen nun föderale Kompetenzkonflikte, die die Regulierung der Geschlechterbeziehungen betreffen, anhand von Eilentscheidungen aus Nordrhein-Westfalen zu einer Bevorzugungsregelung dargestellt werden.

2.3 *In der Rechtspraxis – Eilentscheidungen aus NRW*

Die Pointe der kritischen Auseinandersetzung mit dem Fall Morrison ist, dass auch bei föderalen Kompetenzstreitigkeiten die Perspektivität der Maßstabbildung reflektiert und die konkreten Geschlechterbeziehungen berücksichtigt werden sollten. Eilentscheidungen, die im Jahr 2016 von

nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichten getroffen wurden, können dies für den deutschen Kontext illustrieren.

Bei den Entscheidungen ging es um die Kompetenz für eine Bevorzugungsregel nach dem Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen. Zum 1. Juli 2016 ist § 19 Abs. 6 nordrhein-westfälisches Landesbeamtengesetz (LBG NRW) in Kraft getreten, der in den Sätzen 2 und 3 eine Bevorzugungsregel mit Öffnungsklausel formuliert: »Beförderungen sind nach den Grundsätzen des § 9 des BeamStG vorzunehmen. Frauen sind bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Von einer im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Sinne von Satz 2 ist in der Regel auszugehen, wenn die jeweils aktuelle dienstliche Beurteilung der Bewerberin und des Mitbewerbers ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.«¹⁶⁶ Das Verwaltungsgericht Düsseldorf – und im Anschluss daran das Verwaltungsgericht Arnsberg – hielt die Bevorzugungsregel wegen fehlender Landeskompetenz für formell verfassungswidrig und erteilte daher eine einstweilige Anordnung zugunsten eines Konkurrenten der beförderten Beamtin.¹⁶⁷

Das Fehlen der Landeskompetenz begründet das Verwaltungsgericht Düsseldorf, indem es § 9 BeamStG als formales Differenzierungsverbot interpretiert. Zwar handele es sich beim Beamtenrecht nach Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG um den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, sodass die Länder eigene Regelungen treffen dürften, dennoch habe die Bundesgesetzgebung mit der Formulierung in § 9 BeamStG abschließend geregelt, dass Ernennungen nach dem Leistungsprinzip ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen sind. Für eine landesrechtliche Regelung, die für Ernennungen auf das Geschlecht abstelle, sei daher kein Raum. Daher sei die Norm formell verfassungswidrig.¹⁶⁸

In der Maßstabsbildung geht das Gericht nicht darauf ein, dass besondere Gleichheitssätze auf unterschiedliche Weise interpretiert werden können, es selbst den formalen Gleichheitsmaßstab anwendet und an diesem proaktive Gleichstellungsmaßnahmen regelmäßig scheitern. Eine materiale Perspektivität hätte zu einem anderen Ergebnis geführt.

¹⁶⁶ Dienstrechtsmodernisierungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen v.

14.6.2016, GV NRW 2016 Nr. 18, S. 309, berichtigt in GV NRW Nr. 24, S. 642.

¹⁶⁷ VG Düsseldorf, Beschluss v. 5.9.2016, 2 L 2866/16; VG Arnsberg, Beschluss v. 19.9.2016, 2 L 1159/16; *Froese u.a.*, DÖV 2017, 261.

¹⁶⁸ VG Düsseldorf, Beschluss v. 5.9.2016, 2 L 2866/16, Rn. 18 ff.; anders zur vorherigen Regelung OVG NRW, Beschluss v. 26.8.2010, 6 B 540/10.

In einer materialen Perspektive ist § 9 BeamtStG nicht als formales Differenzierungs-, sondern als materiales Diskriminierungsverbot zu verstehen, das eine diskriminierungsfreie Ernennungspraxis gewährleisten soll. Nur eine materiale Perspektive verweist auf die asymmetrische Realität, in der männlichen Bewerbern der Vorzug gegeben wird, weil sie Männer sind und Frauen wegen ihres Geschlechts regelmäßige Erfahrungen von Diskriminierung machen. Das Diskriminierungsverbot soll daher verhindern, dass Frauen wegen ihres Geschlechts nicht ernannt bzw. befördert werden. Es verbietet allerdings nicht, Frauen, sofern sie unterrepräsentiert sind, im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GG und unter Achtung des Leistungsgrundsatzes aus Art. 33 Abs. 2 GG zu fördern und daher an das Geschlecht anzuknüpfen. Hätte das Gericht einen materialen anstatt einen formalen Maßstab verfolgt, dann läge mit § 9 BeamtStG keine abschließende Regelung vor, vielmehr würde § 19 Abs. 6 LBG NRW der Zielrichtung der Bundesnorm entsprechen und für Nordrhein-Westfalen konkretisieren. Eine Landeskompetenz könnte daher bei einer materialen Maßstabsbildung durchaus bejaht werden.

Für die Bewertung, ob im Fall der konkurrierenden Gesetzgebung eine abschließende Regelung vorliegt, ist also ein Verständnis der relevanten Normen erforderlich. Das Verwaltungsgericht thematisiert die Alternative zu einem streng formalen Differenzierungsverbot jedoch gar nicht. Ebenso wenig rezipiert es die Nachtarbeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Bevorzugungsregelungen im öffentlichen Dienst. Beide Rechtsprechungslinien sind über die Kommentarliteratur leicht zugänglich.

Die methodische Dethematisierung dieser einschlägigen Rechtsprechungspraxis setzt sich in der materiellen Bewertung der Norm fort. Unter Hinzuziehung von bundes- und oberverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung hält das Verwaltungsgericht Düsseldorf einen Verstoß gegen das Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG für möglich, da nicht mehr sichergestellt sei, dass der leistungsstärkste Bewerber ernannt werde; daher sei die Qualität des öffentlichen Dienstes gefährdet.¹⁶⁹ Obwohl es sich beim Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG ebenso wie bei Art. 33 Abs. 2 GG um ein verfassungsrechtliches Gebot handelt und § 19 Abs. 6 S. 3 GG auf die Durchsetzung von Art. 3 Abs. 2 GG gerichtet ist, geht das Gericht mit nur zwei Sätzen darauf ein: »Zwar ist die Förderung der Gleichberechtigung in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG grundrechtlich verankert. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz ist aber nicht darauf gerichtet, die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Vergabe öffentlicher

¹⁶⁹ VG Düsseldorf, Beschluss v. 5.9.2016, 2 L 2866/16, Rn. 6 ff., 41.

Ämter generell einzuschränken.«¹⁷⁰ Materiell-rechtlich zeigt sich in der kurzen Abhandlung, dass dem verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsauftrag keine relevante Bedeutung im Vergleich zum Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG zugesprochen wird. Es zeigt sich außerdem die hartnäckige Vorstellung, dass es bei Bevorzugungsregelungen um eine leistungsunabhängige Privilegierung von Kandidatinnen gehe.

Zwar handelt es sich um eine Eilentscheidung, die nicht auf eine umfassende rechtliche Würdigung zielt, dennoch fällt auf, dass das Gericht oberverwaltungsgerichtliche und bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Leistungsprinzip, aber keine einschlägige europäische und verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Gleichberechtigung der Geschlechter zur Kenntnis nimmt, um eine demokratisch erlassene Norm für verfassungswidrig zu erklären.

Die methodische Dethematisierung der asymmetrischen Geschlechterbeziehungen für die föderale Maßstabsbildung ist nicht nur in der Mehrheitsmeinung von Morrison, sondern auch in dieser Entscheidung offensichtlich. Sie verweist auf eine maskuline Perspektivität, die sich als Normalität derart in die Rechtskultur eingeschrieben hat, dass sich Maßstabsbildung selbst bei offensichtlichen Geschlechterfragen losgelöst von den existierenden Geschlechterbeziehungen – und im Fall des Verwaltungsgerichts Düsseldorf losgelöst von einschlägiger Rechtsprechung – vollziehen kann. Auch bei föderalen Kompetenzkonflikten kann sich also die geschlechtliche codierte Normalität manifestieren.

3. Kompetenzkonflikte um das Ernährermodell

Im letzten Abschnitt des Kapitels soll es um föderale Kompetenzkonflikte am Beispiel des Ernährermodells gehen. Mit diesem Beispiel soll aufgezeigt werden, dass im Mehrebenensystem um die Reproduktionsordnung gestritten wird. Dafür werden zunächst die Strategien der drei beteiligten Akteure – der Europäischen Union, des Bundes und des Freistaats Bayern – im Ringen um die Zukunft des Ernährermodells nachgezeichnet (3.1.), um dann auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, u. a. anhand des Urteils zum Betreuungsgeld, einzugehen (3.2.).

3.1 *Europäische Impulse – Bundesinitiativen – Bayerische Gegeninitiativen*

In Westdeutschland dominierte bis in die 1990er Jahre das Leitmotiv des Alleinernährermodells, nach dem ein männlicher Haupternährer die

¹⁷⁰ Ebenda, Rn. 42.

Existenzgrundlage der Familie erwirtschaftete und die Hausfrau sich um den Haushalt, die Kinder und die Alten kümmerte. Es zeichnete sich durch eine kaum bestehende öffentliche Infrastruktur für die Betreuung von Kindern, eine geringe Erwerbstätigkeit von Frauen bzw. Müttern sowie steuer- und sozialrechtliche Anreize gegen weibliche Erwerbsarbeit aus. Kinderbetreuung war daher eine private Angelegenheit, für die der Staat nur subsidiär im Sinne der Kinder- und Jugendnothilfe als verantwortlich galt. Es bestand dementsprechend eine institutionelle Trennung zwischen Bildung, die als staatliche Aufgabe definiert wurde, und Kindererziehung und -betreuung, die durch die Familien zu organisieren war.¹⁷¹

Das Modell wurde schon in den 1960er Jahren von der Frauenbewegung kritisiert, konnte sich aber im Kontext konservativer Wohlfahrtsstaatlichkeit, maskulin bestimmter Politik und Systemkonkurrenz in Westdeutschland lange erhalten. Seit den europäischen Impulsen der 1990er und 2000er Jahre und dem neuen Leitbild der »nachhaltigen Familienpolitik« des Bundesministeriums für Familien, Senioren, Frauen und Jugend, das Renate Schmidt als neue Bundesministerin 2002 ausrief, ist jedoch ein Wandel zu beobachten. Wesentliche Bestandteile sind der Ausbau der öffentlichen frühkindlichen Kinderbetreuung sowie neue Elternzeit- und Elterngeldregelungen. Die gestiegene Erwerbstätigkeit von Frauen und die rechtlichen Reformen haben das alte Ernährermodell daher inzwischen als ein Zuverdienerinnenmodell, teilweise auch ein Zweiverdiener*innenmodell, modernisiert.¹⁷²

Auch wenn die neuen Modelle zu einer eigenständigen ökonomischen Existenz von Frauen und damit potentiell zur Umverteilung zwischen den Geschlechtern beigetragen haben, bleibt Sorgearbeit kulturell feminisiert.¹⁷³ Frauen haben nun zwar die Chance – wie Männer – erwerbstätig zu sein, aber dennoch bleibt die Privilegierung der (Voll-)Erwerbsarbeit. Die maßgeblichen Stichworte der gegenwärtigen Diskussion um die Erwerbstätigkeit von Frauen lauten daher auch in Deutschland nicht »weibliche Emanzipation« oder »geschlechtergerechte Ökonomie«, sondern »demografischer Wandel« und »weibliches Humankapitalpotential«.¹⁷⁴ Mit dem demografischen Wandel hatte bereits Renate Schmidt ihre neue Familienpolitik als Gleichstellungspolitik begründet. Auch im ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung von 2011 heißt es einleitend: »Angesichts des demografischen Wandels und der

171 *Leitner*, Wohlfahrtsstaat und Geschlechterverhältnis im Umbruch.

172 *Rüling*, in: Auth/Buchholz/Janczyk, Ausbau der frühkindlichen Betreuung in Deutschland und England, S. 198 f.; *Lepperhoff*, *Zeszyty Pracy Socjalnej* 2014, 55.

173 *Fraser*, *Social Justice in the Age of Identity Politics*, S. 57 ff.

174 So auch *Lang*, *German Studies Review* 2010, 517 (524).

rasanten Entwicklungen, die Unternehmen in internationalen Märkten und im Wettbewerb zu bewältigen haben, stellt die Nutzung des weiblichen Erwerbspersonenpotenzials eine Kernaufgabe der Zukunft dar. Für die wirtschaftliche Entwicklung hat die Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben daher einen zentralen Stellenwert. Eine gleichberechtigte Teilhabe am Erwerbsleben entspricht angesichts veränderter Rollenbilder und ökonomischer Notwendigkeiten im Haushalt aber auch den Wünschen von Frauen.¹⁷⁵ Dabei, dies wird bei der Umstellung vom einkommensunabhängigen Erziehungsgeld auf das Elterngeld als Lohnersatzleistung deutlich, geht es insbesondere um die Geburtenfreudigkeit und erhöhte Erwerbsquote von qualifizierten Frauen. Dieser »Mittelschichtsfeminismus« wurde von der Bundesministerin Ursula von der Leyen von 2005 bis 2009 weiter vorangetrieben, insbesondere durch den Ausbau der frühkindlichen Betreuungsstrukturen.

Während sich liberale Akteure wie die Europäische Kommission oder die ehemaligen Bundesfamilienministerinnen für eine Transformation des Ernährermodells stark gemacht haben, versuchen konservative Akteure, insbesondere die bayerische CSU, am traditionellen Ernährermodell festzuhalten. Der Streit um die »Neuordnung« der Geschlechterbeziehungen findet daher in einem Mehrebenensystem statt: Durch europäisches *Soft Law* und Richtlinien setzte die Europäische Union Impulse (3.1.1), der Bund erließ Gesetze über die konkurrierende Gesetzgebung der öffentlichen Fürsorge und setzte über seine Finanzmacht Anreize (3.1.2), die Länder nutzten ihren Handlungsspielraum bei der Durchführung der Bundesgesetze und konnten, wie etwa der Freistaat Bayern, über ihre Gesetzgebungskompetenz eigene Ziele verfolgen (3.1.3).

3.1.3 Europäische Union: Soft Law und Richtlinien

Wesentliche Impulse für eine Gleichstellungspolitik im Arbeitsleben kamen *top-down* durch die Europäische Union. Nach der Europäischen Wachstums- und Beschäftigungsstrategie wird eine Frauenerwerbstätigkeit von 75 Prozent bis 2020 angestrebt.¹⁷⁶ Als Teil dieser Strategie wurden vom Europäischen Rat die »Barcelona-Ziele« im Jahr 2002 formuliert. Sie forderten die Mitgliedstaaten auf, Hemmnisse zu

175 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Neue Wege – Gleiche Chancen, S. 109; ähnlich Europäische Kommission, Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern, S. 8.

176 Europäische Kommission, Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010–2015, S. 4. »Europa-2020« (2010) hat als Europäische Wachstums- und Beschäftigungsstrategie die »Lissabon-Strategie« (2000) abgelöst, Europäische Kommission, EUROPA 2020; dazu Maier, in: Bauhardt/Çağlar, Die wirtschaftspolitischen Leitlinien der Europäischen Union.

beseitigen, »die Frauen von einer Beteiligung am Erwerbsleben abhalten« und daher bestrebt zu sein, den Ausbau der Kinderbetreuung für 33 Prozent der unter Dreijährigen und 90 Prozent der über Dreijährigen bis 2010 voranzutreiben.¹⁷⁷ Kinderbetreuung wurde von der Europäischen Union als »zentrales Element der Vereinbarkeitspolitik« verstanden, da ansonsten »der vor großen ökonomischen und demografischen Herausforderungen stehenden europäischen Wirtschaft erhebliches produktives Potenzial verloren« gehe.¹⁷⁸ Für die deutsche Familienpolitik als Gleichstellungspolitik stellt Julia Lepperhoff daher fest: »Nicht zuletzt diese Zielvorgaben auf europäischer Ebene trugen dazu bei, einen Wandel in der Familienpolitik Deutschlands einzuleiten.«¹⁷⁹

Nicht nur bei der öffentlichen Kinderbetreuung, sondern auch für die Elternzeitregelungen kamen wesentliche Impulse von der europäischen Ebene. Die geschlechtliche Arbeitsteilung war in der konservativen Bonner Bundesrepublik rechtlich durch fehlende Elternzeit- und Elterngeldregelungen institutionalisiert. Seit 1979 gab es den erweiterten Mutterschaftsurlaub für erwerbstätige Mütter, von dem Väter allerdings ausgeschlossen waren, sodass nur Frauen zugunsten der Kinderbetreuung aus dem Erwerbsleben ausscheiden konnten.¹⁸⁰

Die Europäische Kommission strebte Anfang der 1980er Jahre die Harmonisierung der Elternzeitregelungen an und schlug 1983 eine Richtlinie über Elternurlaub vor.¹⁸¹ Dabei verfolgte die Kommission keine geschlechter-, sondern eine wirtschaftspolitische Argumentation. Harmonisierte Elternzeitregelungen seien für einen fairen Wettbewerb erforderlich.¹⁸² Der Richtlinienvorschlag scheiterte jedoch. Da sich die Mitgliedstaaten auch in den darauf folgenden Jahren nicht über Elternzeitregelungen einigen konnten, griff die Kommission 1995 auf die mit

177 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes Europäischer Rat (Barcelona) 15. und 16. März 2002, S. 12.

178 *Europäische Kommission*, Umsetzung der Barcelona-Ziele auf dem Gebiet der Betreuungseinrichtungen für Kinder im Vorschulalter, S. 2; ähnlich *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Brüssel) 23./24. März 2006, S. 12.

179 Lepperhoff, *Zeszyty Pracy Socjalnej* 2014, 55 (58).

180 Gesetz zur Einführung eines Mutterschaftsurlaubs v. 25.6.1979, BGBl. I 1979, S. 797. Zu den gescheiterten Versuchen von Vätern, Mutterschaftsurlaub gerichtlich durchzusetzen *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, S. 297 ff.

181 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Elternurlaub und Urlaub aus familiären Gründen, KOM (83) 686 endg., von der Kommission dem Rat vorgelegt am 24. November 1983, Abl. C 333/6 v. 9.12.1983, S. 6.

182 MacRae, in: Haussman/Sawer/Vickers, *Multiple Policy Scales and the Development of Parental Leave Policy in Germany*, S. 135.

dem Protokoll zur Sozialpolitik zum Maastrichter Vertrag und dem beigefügten Sozialabkommen eingeführte Möglichkeit zurück, die europäischen Sozialpartner einzuladen, über geeignete Regelungen zu beraten und eine Rahmenvereinbarung zu beschließen (Art. 3, Art. 4 Sozialabkommen – inzwischen Art. 151 ff. AEUV). Dieser Prozess mündete in der Verabschiedung der Richtlinie 96/34 im Jahr 1996, die nun neben weiteren Mindeststandards ein individuelles Recht aller Arbeitnehmer*innen vorsieht, Elternurlaub von mindestens drei Monaten zu nehmen.¹⁸³

3.1.2 Bund: Bundeselterngeld und öffentliche Kinderbetreuung

Im westdeutschen Kontext wurde, befördert durch den europäischen Diskurs um die Elternurlaub-Richtlinie, zum 1. Januar 1986 das Gesetz zur Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub eingeführt.¹⁸⁴ Dieses sah Ansprüche auf Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub von einem Jahr geschlechtsneutral vor, sodass nun jedenfalls in der Theorie auch Väter die Kinderbetreuung nach der Geburt übernehmen konnten. Dennoch forcierte das Gesetz das konservative Ernährermodell.¹⁸⁵ So wurde das Gesetz damit begründet, dass das Erziehungsgeld es erleichtern solle, dass ein Elternteil sich für die Betreuung des Kindes in der ersten Lebensphase entscheide und die »Erziehungskraft der Familie« auf diese Weise gestärkt werde.¹⁸⁶ Dementsprechend war das Erziehungsgeld nicht existenzsichernd. Es betrug 600 DM monatlich und war daran geknüpft, das Kind selbst zu betreuen und keiner Erwerbsarbeit oder nur einer Teilzeitarbeit von maximal 19 Stunden wöchentlich nachzugehen. Ab dem siebten Monat wurde das Erziehungsgeld abhängig vom Familieneinkommen gezahlt. Die Bezugsdauer betrug zunächst ein Jahr und wurde 1993 auf zwei Jahre verlängert.

Die rot-grüne Bundesregierung flexibilisierte das Bundeserziehungsgeldgesetz in einer Neufassung vom 1. Dezember 2000.¹⁸⁷ Das Bundeserziehungsgeld konnte nun budgetiert werden, d. h. Eltern konnten entscheiden, ob sie ein höheres Erziehungsgeld für ein Jahr oder ein niedrigeres Erziehungsgeld für zwei Jahre beziehen wollten. Zudem durfte

183 Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, Abl. L 145 v. 19.6.1996, S. 4.

184 BGBl. I 1985, S. 2154; *MacRae*, in: Haussman/Sawer/Vickers, Multiple Policy Scales and the Development of Parental Leave Policy in Germany, S. 134 ff.

185 *Fuchsloch*, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer, Frauenförderung durch Elterngeld, S. 378 ff.

186 BT-Drucks. 10/3792, S. 1.

187 BGBl. I 2000, S. 1664.

neben dem Erziehungsurlaub bis zu 30 Stunden die Woche gearbeitet werden, wobei bestimmte Einkommensgrenzen nicht überschritten werden durften.

Heather MacRae macht in ihrer Analyse der deutschen Parlamentsdebatten darauf aufmerksam, dass durch die europäische Diskussion und die Verabschiedung der Richtlinie zum Elternurlaub ein diskursiver Rahmen entwickelt worden war, der die Reform des Erziehungsgeldes beförderte: »In the parliamentary discussions that followed [dem rot-grünen Regierungswechsel 1998, CR], numerous federal actors, in particular the political parties, adopted much of the rhetoric and discourse around leave that had been used at the European level. That created the discursive space for a new policy frame.«¹⁸⁸

Das Erziehungsgeld wurde durch das Elterngeld unter Federführung der Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Ursula von der Leyen zum 1. Januar 2007 abgelöst. Dieses soll die Erwerbstätigkeit von Frauen, im Sinne der europäischen Barcelona-Ziele, stärken und Anreize für eine aktivere Vaterschaft setzen.¹⁸⁹ Dazu wurde von einer familieneinkommensabhängigen Sozialleistung auf eine individuelle Entgeltersatzleistung umgestellt. Die Höhe des Elterngeldes bemisst sich nun nach dem Nettoeinkommen der betreuenden Person und soll Anreize setzen, dass einerseits auch qualifizierte Frauen (mehr) Kinder bekommen und durch die verkürzte Bezugsdauer von zwölf Monaten zügig in den Arbeitsmarkt zurückkehren, und dass andererseits verstärkt die regelmäßig besser verdienenden Väter die Kindererziehung übernehmen. Es werden 65–67 Prozent des Nettoeinkommens, mindestens 300 Euro und maximal 1800 Euro für zwölf Monate gezahlt. Sofern das andere Elternteil auch mindestens zwei Monate Elternzeit nimmt, erhöht sich die Bezugsdauer auf vierzehn Monate. Diese Reform lässt sich als durch den Bund initiierte Abkehr vom Alleinernährermodell und die Hinwendung zu einem Zuverdienerinnen- oder Zweiverdiener*innenmodell deuten.

Nicht nur beim Elterngeld und der Elternzeit sondern auch beim Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung kamen seit den 1990er Jahren die wesentlichen Initiativen vom Bund. Mit der Einführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes wurden im Jahr 1990 erstmals Rahmenbedingungen für die öffentliche Kinderbetreuung durch das Bundesrecht festgelegt (§§ 22 ff. Achten Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe).¹⁹⁰ Danach haben die Länder die Aufgabe, auf den gleichmäßigen Ausbau der

188 MacRae, in: Haussman/Sawer/Vickers, Multiple Policy Scales and the Development of Parental Leave Policy in Germany, S. 136.

189 Gesetz zur Einführung des Elterngeldes v. 5.12.2006, BGBl. I 2006, S. 2748; Neufassung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes v. 27.1.2015, BGBl. I 2015, S. 33.

190 Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts v. 26.6.1990, BGBl. I 1990, S. 1163.

Einrichtungen und Angebote hinzuwirken. Seit 1996 besteht zudem ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz ab dem Alter von drei Jahren.

Die Durchführung der Kinder- und Jugendhilfe erfolgt durch Landesrecht. Daher existieren sechzehn verschiedene Ausführungsgesetze, die die Sicherung der Qualität, den Personalschlüssel, den zeitlichen Umfang des Angebots sowie die Finanzierung festlegen, sodass die öffentliche Kinderbetreuung regional stark differiert. Um Transparenz zu schaffen, gibt es den »Länderreport frühkindliche Bildungssysteme«, der über den jeweiligen Status quo berichtet.¹⁹¹

Trotz der Länderverpflichtung auf den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuungsstrukturen hinzuwirken, stand der Ausbau lange Zeit nicht weit oben auf der Agenda vieler (West-) Länder. Da der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz bereits bei einem Halbtagesplatz, also einer Betreuungszeit von vier Stunden, erfüllt ist, existierte in Westdeutschland kein flächendeckendes ganztägiges Betreuungsangebot. Ebenso fehlte es massiv an Krippenplätzen für die unter Dreijährigen.¹⁹² Daher wurde auch hier unter Federführung von Bundesfamilienministerin von der Leyen ein Strategiewechsel initiiert. Der Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuungsstrukturen insbesondere für die unter Dreijährigen wurde durch zwei Gesetzesinitiativen forciert. Durch das Tagesbetreuungsausbaugesetz von 2005 und das Kinderförderungsgesetz von 2008 wurden die Länder zu einem stufenweisen Ausbau verpflichtet.¹⁹³ Auf diese Weise sollten bis 2010 KiTa-Plätze für 20 Prozent der unter Dreijährigen und bis 2013 für 30 Prozent der unter Dreijährigen erreicht werden. Zusätzlich wurde mit dem Kinderförderungsgesetz ein Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz für Kinder ab einem Jahr eingeführt.¹⁹⁴

Diese Initiative stieß allerdings auf Widerstand. Konservative Länder, wie etwa Bayern und Baden-Württemberg, wehrten sich mit dem Verweis, Kinderbetreuung sei als Teil des Bildungswesens Ländersache. Daher entschied sich der Bund dafür, finanzielle Anreize zu setzen. Grundgesetzlich darf sich der Bund nicht direkt an der Aufgabenfinanzierung der Länder und Kommunen beteiligen, er kann aber Investitionskosten mitfinanzieren (Art. 104b Abs. 2 GG). Bund und Länder einigten sich

191 Bock-Famulla, in: Härtel, Frühkindliche Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungssysteme in den Bundesländern, S. 304.

192 Lepperhoff, Zeszyty Pracy Socjalnej 2014, 55 (60 f.).

193 Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder v. 27.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3852; Gesetz zur Förderung der Kinder unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege v. 10.12.2008, BGBl. I 2008, S. 2403.

194 Zu den rechtlichen Entwicklungen Blome, in: Gerlach, Öffentliche Kinderbetreuung in Deutschland, S. 198 ff.; Stoy, Föderale Vielfalt im unitarischen Sozialstaat; Lepperhoff, Zeszyty Pracy Socjalnej 2014, 55.

darauf, dass die Länder die KiTa-Betreuungsplätze bis 2013 um 750.000 Plätze, also um etwa 35 Prozent erhöhen, im Gegenzug richtete der Bund ein Sondervermögen in Höhe von 2,15 Mrd. Euro ein.¹⁹⁵ Da es sich um hohe Beträge handelt, war dies für die Länder nicht unerheblich: »The Länder were confronted with two carrots – sizeable co-financing of investments, public prestige – and two sticks – the loss of these funds in case of non-compliance and a commitment to sustain an enhanced infrastructure after the federal government’s initial seed money.«¹⁹⁶, so Sabine Lang.

Das Sondervermögen wurde im Jahr 2012 noch einmal um 580,5 Mio. Euro und im Jahr 2014 um 550 Mio. Euro aufgestockt, um weitere KiTa-Plätze zu finanzieren. Für das Jahr 2017 wurden weitere 220 Mio. Euro und für das Jahr 2018 100 Mio. Euro vorgesehen. Im Jahr 2021 soll das Sondervermögen wieder aufgelöst werden. Da sich der Bund nach der Finanzverfassung nicht an Betriebskosten der Ländern beteiligen darf, wurde zusätzlich eine Umverteilung der Umsatzsteuer von 1,85 Mrd. Euro bis 2013 und ab 2014 um 770 Mio. Euro jährlich zugunsten der Länder als mittelbare finanzielle Beteiligung des Bundes an der öffentlichen Kinderbetreuung vereinbart, wobei die Länder auf diesen Zweck nicht verpflichtet werden können.¹⁹⁷

Der Historie entsprechend bestehen weiterhin erhebliche Unterschiede zwischen Ost- und Westdeutschland. So weisen die Landkreise im Westen durchschnittlich für 28,1 Prozent der unter Dreijährigen einen KiTa-Platz auf, demgegenüber die Landkreise im Osten für 51,8 Prozent. Die höchste Quote hat der brandenburgische Landkreis Spree-Neiße mit 61,8 Prozent, die niedrigste der bayerische Landkreis Berchtesgadener Land mit 14,3 Prozent.¹⁹⁸

3.1.3 Freistaat Bayern: Landeserziehungsgeld und Betreuungsgeld

Für die deutsche Entwicklung kamen nicht nur wesentliche diskursive und rechtliche Impulse von der europäischen und der bundesdeutschen Ebene, vielmehr erhielt sie Gegenwind durch konservativ regierte Länder. Da die Länder ebenso über die Kompetenz verfügen, sozialstaatliche

195 Die Rechtsgrundlagen sind das Kinderbetreuungsfinanzierungsgesetz v. 18.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3022 und die Verwaltungsvereinbarung Investitionsprogramm »Kinderbetreuungsfinanzierung« 2008–2013 (Sondervermögen Kinderbetreuungsbaus) zwischen Bund und Ländern.

196 Lang, German Studies Review 2010, 517 (525).

197 Stoy, Föderale Vielfalt im unitarischen Sozialstaat, S. 93 f.

198 Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Kindertagesbetreuung regional 2016, S. 9; Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Fünfter Bericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, S. 6.

Leistungen anzubieten, können sie bei der Unterstützung von Eltern über Bundesregelungen hinausgehen. So hat beispielsweise der Freistaat Bayern 1989 ein Ländernerziehungsgeldgesetz erlassen, um die zwei durch den Bund finanzierten Jahre um ein drittes zu ergänzen.¹⁹⁹ Das Landeserziehungsgeld wurde auch nach der Umstellung auf das Bundeselterngeld beibehalten. So kann in Bayern nach Bezug des Bundeselterngeldes für das erste Kind 150 Euro für weitere sechs Monate, ab dem zweiten Kind 200 Euro für weitere zwölf Monate bezogen werden. Durch diese finanziellen Anreize konterkariert der Freistaat die bundesrechtlichen Reformen, die auf eine kürzere Elternzeit beider Elternteile und den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung setzen. Dies ist das erklärte Ziel des Freistaats Bayern: Das Landeserziehungsgeld »dient der Wahlfreiheit und ist insofern das Gegenstück zum Ausbau der Kinderbetreuung.«²⁰⁰

Im Zuge der zweiten Großen Koalition konnte die CSU darüber hinaus das Betreuungsgeld als finanzielle Anerkennung für Erziehungsarbeit auf Bundesebene durchsetzen. Es ist Teil der bayerischen Gegeninitiative der »Wahlfreiheit«. Das Betreuungsgeldgesetz, das parallel zum Rechtsanspruch auf einen KiTa-Platz zum 1. August 2013 in Kraft trat, sah vor, dass Eltern in der Zeit vom 15. bis zum 36. Lebensmonat Betreuungsgeld in Höhe von 150 Euro unabhängig von einer Erwerbstätigkeit der Eltern erhalten, sofern sie weder öffentlich geförderte Tageseinrichtungen noch Kindertagespflege in Anspruch nehmen.²⁰¹ Nach dem das Bundesverfassungsgericht das Bundesbetreuungsgeld im Juli 2015 für nichtig erklärte, weil dem Bund die Gesetzgebungskompetenz dafür fehle, verkündete der Ministerpräsident des Freistaats Bayern, das Betreuungsgeld auf Landesebene fortzuführen zu wollen. Der Bayerische Landtag verabschiedete etwa ein Jahr später das Landesbetreuungsgeld.²⁰²

Die politischen Auseinandersetzungen um Elternzeit, Elterngeld und entprivatisierte Kinderbetreuung zeigen also die widersprüchlichen Dynamiken eines föderalen Mehrebenensystems. So leistete insbesondere der Freistaat Bayern Widerstand gegen die durch die Europäische Union und die Bundesebene forcierte Abwendung vom Ernährermodell.

199 Landeserziehungsgelder existierten in Thüringen bis 2015, in Baden-Württemberg bis 2012 und in Mecklenburg-Vorpommern bis 2002. Derzeit existiert es noch in Sachsen.

200 *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen*, Bayerisches Landeserziehungsgeld, S. 6. Seit dem 1.8.2018 abgelöst vom Landesfamiliengeld: Bayerisches Familiengeldgesetz v. 24.7.2018, GVBl. S. 613, 622.

201 Gesetz zur Einführung eines Betreuungsgeldes v. 15.2.2013, BGBl. I 2013, S. 254.

202 Bayerisches Betreuungsgeldgesetz v. 24.6.2016, GVBl. 8/2016, S. 94.

3.2 Gesetzgebungskompetenzen

Wie bereits oben dargestellt, besteht für den Bund, wenn es um die Regulierung des Ernährermodells geht, allein die Möglichkeit, seine Gesetzesinitiativen auf die öffentliche Fürsorge gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu stützen. Die folgenden Ausführungen zur öffentlichen Kinderbetreuung (3.2.1) und zum Betreuungsgeld-Urteil (3.2.2) zeigen, dass dies keine verfassungsrechtlich unumstrittene Vorgehensweise ist. Die Schwierigkeiten des Bundes, eine geeignete Kompetenz für die Regulierung des Ernährermodells zu finden, speist sich, so die These, aus dem historischen Ausschluss des Weiblichen aus der Öffentlichkeit. Geschlechterbeziehungen sind in diesem Sinne nicht verfassungsrechtlich für die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes relevant gewesen. Als Alternative zur öffentlichen Fürsorge wird abschließend das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) interpretiert als geschlechtergerechte Ökonomie vorgeschlagen (3.2.3).

3.2.1 Öffentliche Kinderbetreuung

Die öffentliche Kinderbetreuung weist seit ihrer Entstehung im 19. Jahrhundert eine zweifache Zielsetzung auf: Kindernothilfe und Bildung.²⁰³ Im deutschen Kontext wurde öffentliche Kinderbetreuung vor allem als sozialstaatliche Fürsorge für Kinder, deren Familien die Betreuung nicht gewährleisten konnten, betrachtet. So wurde in der Weimarer Republik 1922 das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz erlassen, das die öffentliche Kinderbetreuung als staatliche Fürsorge für elternlose, bedürftige oder vernachlässigte Kinder verstand.²⁰⁴ An diese Tradition knüpfte die Bonner Republik mit der Übernahme des Weimarer Gesetzes, 1961 umbenannt als Jugendwohlfahrtsgesetz, an.²⁰⁵ Demgegenüber verfolgte die Deutsche Demokratische Republik die Schaffung staatlicher Kinderbetreuung, um Frauenerwerbsarbeit und sozialistische Erziehung zu gewährleisten. Kinderbetreuung war daher Teil des Bildungswesens.²⁰⁶ In der Deutschen Demokratischen Republik waren folglich etwa 90 Prozent der Frauen erwerbstätig und etwa 84 Prozent der unter Dreijährigen und 90 Prozent der über Dreijährigen in staatlichen Einrichtungen betreut. In Westdeutschland gingen demgegenüber nur 12 Prozent der unter Dreijährigen und 60 Prozent der über Dreijährigen in eine öffentliche

203 Blome, in: Gerlach, Öffentliche Kinderbetreuung in Deutschland, S. 204 ff.

204 Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt v. 9.7.1922, RGBl. I 1922, S. 633.

205 Bekanntmachung der Neufassung des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt v. 11.8.1961, BGBl. I 1961, S. 1205.

206 Blome, in: Gerlach, Öffentliche Kinderbetreuung in Deutschland, S. 205.

Einrichtung.²⁰⁷ Die ostdeutsche Entprivatisierung von Sorgearbeit wurde im Zuge der Wiedervereinigung nicht übernommen, sondern als »Aufbewahrungsanstalten« kritisiert.²⁰⁸

Da die Abkehr vom klassischen Ernährermodell durch den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung in den letzten Jahren verstärkt durch den Bund vorangetrieben wurden, stellt sich die Frage nach seiner Gesetzgebungskompetenz. Das Changieren zwischen öffentlicher Fürsorge und Bildungswesen setzt sich hier fort. Je nachdem wie staatliche Kinderbetreuung eingeordnet wird, lägen unterschiedliche Kompetenzen vor.²⁰⁹

Als Teil der öffentlichen Fürsorge kann der Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG die Kinderbetreuung regulieren. In diesem Sinne hatte das Bundesverfassungsgericht 1967 bei einer Entscheidung über die Jugendhilfe die öffentliche Fürsorge weit interpretiert und diese nicht nur auf individuelle Bedürftigkeit von Jugendlichen, sondern auch auf die generelle und präventive Förderung aller Jugendlichen bezogen, da es sich bei der Jugendfürsorge um ein Gebiet handele, das eng mit der Jugendpflege und der praktischen Jugendarbeit verzahnt sei.²¹⁰ Daran anschließend verstand das Gericht in einer Entscheidung zu Kindergartengebühren den Begriff der öffentlichen Fürsorge abermals weit und sah in der Kinderbetreuung eine Angelegenheit, die genau wie die Jugendpflege »Entwicklungsschwierigkeiten« begegne und »Gefährdungen« vorbeuge: So hilft die Kindergartenbetreuung »den Eltern bei der Erziehung, fördert und schützt die Kinder und trägt dazu bei, positive Lebensbedingungen für Familien mit Kindern zu schaffen. Für das spätere Sozialverhalten der Kinder ist diese zumeist erste Betreuung außerhalb des Elternhauses in hohem Maße prägend.«²¹¹ Zugleich stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass Kindergärten auch Bildungseinrichtungen seien und ihnen gesetzlich ein Bildungsauftrag zukomme: »Dieser Bildungsbezug entzieht die Regelung aber nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die fürsorglichen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens sind untrennbar miteinander verbunden. Der Schwerpunkt des Kindergartenwesens, von dem in einem solchen Fall die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz abhängt (...), ist nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung

207 Zahlen nach *Lang*, German Studies Review 2010, 517 (524).

208 Ebenda.

209 *Reith*, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich, S. 84 ff. m.w.N. zum Meinungsstand in der Literatur und Rechtsprechung. Reith geht davon aus, dass der Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge weiterhin einschlägig ist, S. 109.

210 BVerfGE 22, 180 (213), *Jugendhilfe* (1967).

211 BVerfGE 97, 332 (341), *Kindergartengebühren* (1998).

sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung. Der vorschulische Bildungsauftrag steht hinter dieser dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück.«²¹²

Versteht man öffentliche Kinderbetreuung demgegenüber ausschließlich oder überwiegend als bildungspolitische Angelegenheit, dann läge die Kompetenz allein bei den Ländern und der Bund könnte keinerlei Gesetzgebung, und auch keine Investitionsförderung, in diesem Bereich erlassen.²¹³ Da die bildungspolitische Bedeutung außerhäuslicher Kinderbetreuung, insbesondere für Kinder aus bildungsfernen und migrierten Familien, verstärkt hervorgehoben wird, könnte eine Verschiebung der Gesetzgebungskompetenz an die Länder zukünftig nicht ausgeschlossen sein.

Darüber hinaus ist erstaunlich, dass die gesellschafts- und rechtspolitischen Debatten weibliche Erwerbstätigkeit als primäres Ziel öffentlicher Kinderbetreuung ausweisen, dass sich dies jedoch nicht in gleicherweise in der Diskussion um die Kompetenztitel niederschlägt. Es geht bei öffentlicher Kinderbetreuung nicht nur um Kinder(not)hilfe oder Bildung, sondern auch um Geschlechtergerechtigkeit. Für die Durchsetzung der Geschlechtergerechtigkeit gibt es im Grundgesetz aber keinen Kompetenztitel. Stattdessen wird Gleichstellungspolitik auf Bundesebene auf verschiedene Gegenstandsbereiche gestützt. Die Einführung des Anspruchs auf einen Kindergartenplatz zum 1. Januar 1996 zeigt, dass dies zu wenig plausiblen Begründungen für die Bundeskompetenz führen kann. Da nach dem Ende der Deutschen Demokratischen Republik auch der Schwangerschaftsabbruch erneut geregelt werden musste, wurde für die Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz auch auf die strafrechtliche Kompetenz des Bundes zurückgegriffen und argumentiert, dass Kindergartenplätze Anreize setzen können, eine Schwangerschaft nicht abzubrechen – ein aus heutiger Sicht schwer nachvollziehbarer Begründungsversuch für die Bundeskompetenz.²¹⁴

Um die Dimension der Geschlechterungleichheit sichtbar zu machen, wäre zu überlegen, ob die eingetretenen Pfade der öffentlichen Fürsorge und des Bildungswesens nicht zu verlassen sind und stärker auf das Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu setzen ist.

²¹² Ebenda, S. 342.

²¹³ Für eine landesrechtliche Bildungskompetenz argumentiert BayVerfGH, Entscheidung v. 4.11.1976, Vf. 18-VII-73. Für einen historischen Überblick über die begrenzten Befugnisse des Bundes im Bildungswesen sowie Argumente aus der Literatur *Guckelberger*, in: Härtel, Bildung und Föderalismus, S. 222 ff.; auch *Reith*, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich.

²¹⁴ Gesetzesentwurf zum Schwangeren- und Familienhilfegesetz, BT-Drucks. 12/2605, S. 4 f.; *Harms*, RdJB 1996, 99; *Isensee*, DVBl. 1995, 1.

Möglicherweise könnte dies ein alternativer Kompetenztitel für die Regulierung der öffentlichen Kinderbetreuung sein, da es um die ökonomische Existenzsicherung von Eltern durch Erwerbsarbeit, insbesondere von Frauen und Alleinerziehenden, geht. Eine Argumentation, die die Erwerbsarbeit von Eltern als Sinn und Zweck von öffentlicher Kinderbetreuung betont, verfolgt das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Betreuungsgeld. Zwar scheint hier eine wirtschaftsliberale Argumentation zu dominieren, die auf das Humankapitalpotential von Eltern und die bundesdeutsche Wettbewerbsfähigkeit zu setzen scheint, jedoch könnte diese als Anknüpfungspunkt für eine Maßstabsbildung dienen, die Wirtschaft als geschlechtergerechte Ökonomie interpretiert. Auf das Urteil zum Betreuungsgeld und die Alternative der geschlechtergerechten Ökonomie wird nun vertiefter eingegangen.

3.2.2 Betreuungsgeld

Die Gesetzgebungskompetenz ist nicht nur bei der Regulierung der öffentlichen Kinderbetreuung, sondern auch beim Betreuungsgeld umstritten. Während die öffentliche Kinderbetreuung Alternativen zur Betreuung durch die Familie eröffnet und daher das Ernährermodell modifiziert, setzt das Betreuungsgeld gegenteilige Akzente und wird ausgezahlt, wenn Familien die Kinderbetreuung privat organisieren. Damit wertet es familiäre Sorgearbeit zwar auf, verstärkt im gegenwärtigen Kontext von femininer Sorgearbeit aber die traditionelle Zuständigkeit von Frauen für die Kindererziehung. Dies legen die im Urteil zitierten Zahlen des Statistischen Bundesamtes nahe: In 94,6 Prozent der Fälle wurde das Betreuungsgeld von Müttern in Anspruch genommen. Die Bezugsdauer betrug durchschnittlich 19,7 von 22 Monaten. Auffällig ist auch, dass deutlich mehr Anträge in den alten (425.865) als in den neuen Bundesländern (29.456) gestellt wurden, was möglicherweise mit der stärkeren Erwerbstätigkeit von Frauen und den besseren Betreuungsmöglichkeiten in Ostdeutschland zusammenhängt.²¹⁵

Das Betreuungsgeld war nicht nur geschlechterpolitisch, sondern auch klassen- und migrationspolitisch umstritten. Gerade einkommensschwache Bevölkerungsgruppen könnten in den zusätzlichen 150 Euro monatlich einen Anreiz sehen, ihre Kinder in den ersten Jahren selbst zu betreuen und damit Bildungschancen in der KiTa zu verpassen. Aus diesen Gründen initiierte die Hansestadt Hamburg ein abstraktes Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und argumentierte über

²¹⁵ BVerfGE 140, 65 (72), *Betreuungsgeld* (2015); Rixen, NJW 2015, 3136; Lenze, NVwZ 2015, 1658.

die streitige Kompetenz hinaus, dass das Betreuungsgeld gegen Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG verstoße.²¹⁶

Auf diese Ungleichheitsachsen und die Bedeutung der Grundrechte ging das Gericht in seiner Entscheidungsbegründung jedoch nicht ein. Indem es die Verfassungswidrigkeit bereits auf formeller Ebene festmachte, umschiffte es diese Fragen.

Das Bundesverfassungsgericht stützte sein Urteil allein auf die formale Verfassungswidrigkeit des Betreuungsgeldes und erklärte das Betreuungsgeld mangels Gesetzgebungskompetenz für nichtig. Um dies zu begründen, setzte sich das Gericht ausführlich mit der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der Regulierung der Reproduktionsordnung auseinander.

Für die Kompetenz des Bundes zieht das Bundesverfassungsgericht den Titel der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG heran, da die Geburt von Kindern in der Regel zu einer ökonomischen Belastung von Eltern führe und daher auch ohne Einzelfallprüfung eine präventive finanzielle Unterstützung geleistet werden könne. Damit erklärt das Bundesverfassungsgericht die öffentliche Fürsorge zum allgemeinen Familienförderkompetenztitel und interpretiert die öffentliche Fürsorge erneut weit. Die Kompetenz des Bundes lässt das Gericht jedoch an den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG scheitern.

Das Gericht prüft die verschiedenen Begründungen, die im Gesetzesentwurf genannt wurden, detailliert durch und kommt zu dem Schluss, dass keiner der Gesetzeszwecke der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit dienen könne oder dafür geeignet oder erforderlich sei.²¹⁷

Nach der ersten Alternative des Art. 72 Abs. 2 GG besteht eine Bundeskompetenz, wenn die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse bedroht ist. Dies soll dann der Fall sein, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern erheblich auseinanderentwickelt haben und das Sozialgefüge im Bundesstaat wesentlich bedroht wird. Während die Gesetzgebung das Betreuungsgeld allein auf diese Alternative stützt, sieht das Bundesverfassungsgericht diese nicht als einschlägig an. Zum einen bestehe aufgrund der Landeserziehungsgelder, die damals noch von drei Ländern gezahlt wurden, bereits eine föderale Pluralität, die aber zu keinem Auseinanderdriften der Lebensverhältnisse geführt habe. Zum anderen sei der Ausbau der frühkindlichen Kinderbetreuung kein föderaler Nachteil, den es durch eine finanzielle Leistung wie das Betreuungsgeld

²¹⁶ BVerfGE 140, 65 (73), *Betreuungsgeld* (2015); Sacksofsky, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages zum Thema »Einführung eines Betreuungsgeldes«.

²¹⁷ BVerfGE 140, 65 (78 ff.), *Betreuungsgeld* (2015); Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Betreuungsgeldes, BT-Drucks. 17/9917, S. 8 f.

auszugleichen gelte. Auch sei das Betreuungsgeld nicht dafür geeignet, die differierende Verfügbarkeit von Kinderbetreuungsplätzen in den Ländern auszugleichen, da es weder als Ersatzleistung für den Fall, dass kein Betreuungsplatz verfügbar ist, ausgestaltet sei, noch ausreichend hoch sei, um einen privaten Betreuungsplatz zu finanzieren. Schließlich könnten die Gesetzesziele der flächendeckenden Wahlfreiheit zwischen privater und öffentlich geförderter Kinderbetreuung und der sozialen Akzeptanz von privater Betreuung nicht ausreichen, um die fehlende Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse zu begründen.

Auch die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im Sinne der zweiten Alternative des Art. 72 Abs. 2 liegen nach dem Bundesverfassungsgericht nicht vor.²¹⁸ Während die Rechtseinheit gegen eine das Zusammenleben erheblich erschwerende Rechtszersplitterung gerichtet ist, zielt die Wirtschaftseinheit auf die Überwindung von Hindernissen für den Verkehr im Bundesgebiet. Für das Vorliegen einer Bundeskompetenz müssen nicht unerheblich problematische Entwicklungen in Bezug auf die Rechts- oder Wirtschaftseinheit zu erwarten sein. Aufgrund der bereits bestehenden Landeserziehungsgelder kann das Gericht solche Folgen weder für die Rechtseinheit noch für die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft erkennen.

Ein solcher Gesetzeswille sei nicht durch die Gesetzgebung verfolgt gewesen. Hier differenziert das Gericht zwischen dem Betreuungsgeld und dem öffentlichen Ausbau der Betreuungsplätze mit Blick auf die Erwerbstätigkeit von Eltern: »Während beim Kinderförderungsgesetz unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit maßgeblich auf den Zusammenhang zwischen Kinderbetreuungsmöglichkeit und Möglichkeiten der Beteiligung von Eltern am Arbeitsleben abgestellt und damit an die Bedeutung der Regelungen als Arbeitsmarkt- und Wirtschaftsfaktor angeknüpft wurde, fördert das hier zu beurteilende Betreuungsgeld die Erwerbsbeteiligung von Eltern nicht.«²¹⁹ Da das Bundeselterngeld Eltern ermöglichen solle, im ersten Lebensjahr eines Kindes eine Auszeit zu nehmen und daher Interesse an einer einheitlichen Regelung für den gesamten Arbeitsmarkt bestehe, könne dafür eine Kompetenz aus der Rechts- und Wirtschaftseinheit hergeleitet werden: »Die Ausgestaltung der Elternzeit und der damit eng zusammenhängenden Elterngeldleistungen haben unmittelbaren Einfluss auf die Erwerbsbeteiligung von Eltern und die damit korrespondierenden Anforderungen insbesondere an die Arbeitgeber, sich auf diese Auszeiten einzustellen. Hiervon ist der gesamte deutsche Arbeitsmarkt betroffen. Eine andernfalls zu erwartende Regelungsvielfalt auf Länderebene und die damit verbundene Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen

²¹⁸ BVerfGE 140, 65 (87 ff.), *Betreuungsgeld* (2015).

²¹⁹ Ebenda, S. 89.

können im Hinblick auf die gewünschten positiven Wirkungen für Familien nicht hingenommen werden.«²²⁰ Mangels positiver Effekte auf die Erwerbstätigkeit von Eltern oder auf den Arbeitsmarkt, sei das Betreuungsgeld für die Rechts- und Wirtschaftseinheit nicht erforderlich.

Schließlich lehnt das Bundesverfassungsgericht die Argumentation der Gesetzgebung ab, es handele sich beim Betreuungsgeld um ein Gesamtkonzept, das bereits dem Kinderförderungsgesetz zugrunde liege und sich mit der besonderen Lebenssituation von jungen Familien beschäftige; daher läge wie beim Kinderförderungsgesetz eine Kompetenz aus Art. 72 Abs. 2, 2. Alt GG vor.²²¹ Das Bundesverfassungsgericht sieht dies anders und argumentiert, dass bei selbstständigen Leistungen ein Verknüpfungswille nicht ausreichend sei und für jede Leistung daher eine Kompetenz vorliegen müsse; jedenfalls läge kein plausibler Sachzusammenhang zwischen dem Ausbau der Kinderbetreuung und dem Betreuungsgeld vor. Eine nicht justiziable Verknüpfungskompetenz sei unzulässig, da die Gesetzgebung es dann in der Hand hätte, die Voraussetzungen aus Art. 72 Abs. 2 GG zu umgehen.

Diese verfassungsrechtliche Bewertung sei auch nicht deswegen zu ändern, weil es sich beim Betreuungsgeld nur um eine Geldleistung handele. Sie beeinträchtige dennoch die landespolitischen Gestaltungsspielräume. So hatte z. B. die Landesregierung Niedersachsen in ihrer Stellungnahme darauf hingewiesen, dass das Bundesgesetz die lands- und kommunalpolitischen Förderangebote konterkariere: »Die bislang gewonnen Erkenntnisse lassen den Schluss zu, dass das Betreuungsgeld in einigen Ländern – sicherlich in Abhängigkeit von der konkreten Bevölkerungszusammensetzung – die Gestaltungsmöglichkeiten für die Förderung der Erziehung und Betreuung von Kindern unter drei Jahren berührt (...) und damit keine in kompetenzrechtlicher Hinsicht neutrale Regelung ist.«²²²

3.2.3 Recht der Wirtschaft als geschlechtergerechte Ökonomie

Sowohl bei der Diskussion um die richtige Gesetzgebungskompetenz für den Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung als auch beim Betreuungsgeld fällt auf, dass bei der Verhandlung der Kompetenzen ungleiche Geschlechterbeziehungen als wesentliches Moment dieser Regelungen nicht benannt werden. Während bei der öffentlichen Kinderbetreuung die Kompetenz aus Perspektive der Kinder diskutiert wird, erörtert das

220 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, BT-Drucks. 16/1889, S. 16 f.

221 BVerfGE 140, 65 (91 ff.), *Betreuungsgeld* (2015).

222 Ebenda, S. 98.

Bundesverfassungsgericht beim Betreuungsgeld die Kompetenz aus Sicht der erwerbstätigen Eltern und des Arbeitsmarktes. Zwar könnte man Eltern als Synonym für Mütter lesen, dennoch bleibt Gleichstellung auf diese Weise in föderalen Kompetenzstreitigkeiten unbenannt.

Darüber hinaus ist der Begriff der öffentlichen Fürsorge zu überdenken. Die öffentliche Fürsorge ist eigentlich auf ökonomische Notsituationen gerichtet. Zwar führen Kinder und auch die private oder öffentliche Kinderbetreuung zu finanziellen Mehrbelastungen von Eltern und stellen für Alleinerziehende regelmäßig ein Armutsrisiko dar, dennoch liegen die Ursachen in der gegenwärtigen ökonomischen Ordnung, die der Versorgung des Nachwuchses keinen Platz einräumt und die reproduktive von der produktiven Sphäre abgespalten hat. Zu überlegen wäre daher, ob nicht ein re-formulierter Begriff der Wirtschaft eine relationale Perspektive, die auch die Geschlechterbeziehungen in föderalen Kompetenzstreitigkeiten benennbar werden lässt, eröffnen könnte. Erste Ansätze dafür lassen sich in der dargestellten Maßstabsbildung zum Betreuungsgeld finden. Die Wirtschaftseinheit begründe, so das Bundesverfassungsgericht, eine Regulierungskompetenz des Bundes für die Erwerbsbedingungen von Eltern. Diese Argumentation könnte dahingehend weiterentwickelt werden, dass sie weniger auf Wettbewerbsfähigkeit und Arbeitgeber*inneninteressen als auf eine geschlechtergerechte Ökonomie zielt.

Mit dem Begriff der geschlechtergerechten Ökonomie könnte über den Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) eine Maßstabsbildung aus Sicht ungleicher Geschlechterbeziehungen entwickelt werden. Geschlechtergerechte Ökonomie meint das systematische Zusammendenken von Reproduktion und Arbeitswelt und versteht Sorgearbeit nicht als das Andere von Erwerbsarbeit.²²³ Dafür bedürfte es eines Ökonomiebegriffs, der Ökonomie nicht unabhängig von Reproduktion denkt und versteht, dass das Leitbild der (Voll-)Erwerbstätigkeit konstitutiv mit Geschlechterungleichheit verbunden ist.

223 Biesecker/Hofmeister, in: Bauhardt/Çağlar, Im Fokus: Das (Re)Produktive.