

Dagmar Felix

## Das neue Elterngeld – ein probates Mittel im Kampf gegen den demografischen Wandel?

### 1 Einführung

Das Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG), das schon vor seinem In-Kraft-Treten<sup>1</sup> heftigem Gegenwind ausgesetzt<sup>2</sup> war, hat am 1.1.2008 seinen ersten Geburtstag gefeiert – Zeit für eine juristische Bilanz.

Das BEEG enthält zwei verschiedene Regelungsinstrumentarien: Der erste Teil (§§ 1–14 BEEG) enthält sozialrechtliche Vorschriften über die Gewährung des Elterngeldes; der zweite Teil regelt den Anspruch auf Elternzeit (§§ 15–21 BEEG) und damit arbeitsrechtliche Fragen. Das Gesetz hat das seit dem 1.1.1985 geltende Bundeserziehungsgeldgesetz<sup>3</sup> (BErzGG) abgelöst, wobei es für die Anwendbarkeit der jeweiligen Normenkomplexe allein auf den Tag der Geburt des Kindes ankommt<sup>4</sup> – diese Stichtagsregelung wurde jüngst vom Bundessozialgericht (BSG) für verfassungsgemäß erachtet.<sup>5</sup> Während die arbeitsrechtlichen Vorschriften im Wesentlichen inhaltsgleich übernommen wurden,<sup>6</sup> hat der Gesetzgeber mit dem neuen Elterngeld einen grundlegenden Paradigmenwechsel vollzogen, der nicht nur unter Juristen, sondern auch in den Medien für heftige Diskussion gesorgt hatte.<sup>7</sup> Auch der folgende Beitrag beschränkt sich vor diesem Hintergrund auf das Elterngeld als Sozialleistung. Dabei soll es nicht darum gehen, den zahlreichen Einführungen zum Elterngeld<sup>8</sup> eine Weitere hinzuzufügen; vielmehr soll die Gesamtkonzeption der neuen Sozialleistung kritisch hinterfragt werden.

1 Das als Art. 1 des Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes vom 11.12.2006 (BGBl. I, S. 2748) enthaltene BEEG ist am 1.1.2007 in Kraft getreten.

2 Hierzu *Scheiwe, K./Fuchsloch, C.*, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, S. 37.

3 Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub vom 6.12.1985 (BGBl. I, S. 2154).

4 Für vor dem 1.1.2007 geborene Kinder gilt das BErzGG bis Ende 2008 fort.

5 BSG v. 23.1.2008 – B 10 EG 3/07 R zu § 27 BEEG (vgl. auch schon SG München v. 11.7.2007 – S 30 EG 34/07 sowie SG Aachen v. 11.12.2007 – S 13 EG 27/07).

6 BT-Dr. 16/1889, S. 2. Bezuglich der arbeitsrechtlichen Regelungen kann auf die vorhandene Kommentarliteratur zum BErzGG verwiesen werden. Vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz v. 13.12.2007 – 10 Sa 500/07 zur Urlaubsabgeltung nach Elternzeit. Zu „Zweifelsfragen zum Recht der Elternzeit“ *Brunn, P.*, BB 2008, S. 330 und 386.

7 Hierzu etwa *Seiler, C.*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129.

8 Einführungen zum Thema finden sich bei *Birk, U.-A.*, Das neue Elterngeld nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), ZFSH/SGB 2007, S. 3; *Richter, R.*, Das Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit, DStR 2006, S. 32; *Brosius-Gersdorf, F.*, Elterngeld nach dem BEEG – Rechtsnatur, Anspruchsvoraussetzungen, Leistungsumfang, FPR 2007, S. 334; *Glock, J./Wollschläger, L.*, Das neue Elterngeld, AuA 2007, S. 296; *Kossens, M.*, Überblick über das neue Elterngeld, WzS 2007, S. 107; *Ballof, F.*, Das neue Elterngeld, ESTB 2007, S. 115; *Düwell, F.*, Das Gesetz zur Einführung des Elterngeldes, FA 2007, S. 44; *Nebe, K.*, Das neue Elterngeld, STREIT 2007, S. 74; *Voelzke, T.*, Das Elterngeld, jurisPR-SozR 1/2007, Anm. 4; vgl. auch *Götsche, F.*, Das Elterngeld im Unterhaltsrecht, FamRB 2007, S. 120 sowie *Klatt, M.*, Anrechenbarkeit von Elterngeld bei Unterhaltsansprüchen, FRP 2007, S. 349. Berechnungsbeispiele finden sich bei *Scholz, H.*, Das neue Elterngeld, FamRZ 2007, S. 7, 9.

Dass der Staat Familien finanziell unterstützt, ist nicht neu. Der nach wie vor gültige Begriff<sup>9</sup> des Familienlastenausgleichs hat im Sozialrecht eine lange Tradition. So kann allein das staatliche Kindergeld auf eine über 50jährige Tradition zurückblicken;<sup>10</sup> auch in der Sozialversicherung finden sich familienfreundliche Komponenten, deren Existenz teilweise sogar in das vorletzte Jahrhundert zurückreicht.<sup>11</sup> Allerdings hat sich die Art und Weise des Familienlastenausgleichs gerade in den letzten Jahren drastisch verändert. Während es bislang primär um eine finanzielle Unterstützung von Familien ging,<sup>12</sup> wird in jüngerer Zeit das – auch von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) angestoßene – Bestreben des Gesetzgebers um eine gezielte Familienpolitik deutlich. Hintergrund dieser Neuorientierung ist die demografische Entwicklung der letzten Jahrzehnte.<sup>13</sup> Das zugrunde liegende Problem ist seit langem bekannt: In allen Ländern Westeuropas liegen die Geburtenziffern unter 2,1 Kindern je Frau – dem Wert, der nötig wäre, um eine stabile Bevölkerungsentwicklung zu garantieren. Deutschland belegt mit einer Kinderzahl von 1,31 Kindern je Frau einen der schlechtesten Plätze innerhalb der Europäischen Union.<sup>14</sup> Diese Erkenntnis beschwört in der Medienberichterstattung geradezu düstere Visionen von einem „Land ohne Kinder“<sup>15</sup> herauf; mit Blick auf die erforderliche Nachwuchssicherung verengt sich gerade im Sozialrecht der Blick auf das Kind als Objekt staatlicher Förderung. Diese immer stärker werdende Tendenz im Sozialrecht hat mit dem Elterngeld einen neuen Höhepunkt erreicht.

Im Folgenden soll die Neuausrichtung des aus Steuermitteln des Bundes gewährten<sup>16</sup> und selbst steuerfreien<sup>17</sup> Elterngeldes in Abgrenzung zum bislang gezahlten Erziehungsgeld zunächst anhand der maßgeblichen Normen dargestellt werden. Anschließend wird zu klären sein, ob die neue Sozialleistung mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

## 2 Leistungsvoraussetzungen für das Elterngeld

Die grundlegenden Leistungsvoraussetzungen für das Elterngeld entsprechen weitgehend den bislang geltenden Regelungen des BErzGG.<sup>18</sup>

9 Im Steuerrecht hat der Gesetzgeber den Begriff des „Familienleistungsausgleichs“ geprägt, der das Alternativmodell von Kindergeld/Kinderfreibeträgen beschreibt (§ 31 EStG); dieser Aspekt ist jedoch nur ein Mosaikstein im großen Bild des Familienlastenausgleichs, der in den verschiedensten Teilrechtsordnungen Transferleistungen des Staates an Paare mit Kindern beinhaltet (hierzu ausführlich *Felix, D.*, Familienlastenausgleich, in: Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl. 2005, S. 1517).

10 Ausführlich hierzu *Seewald, O./Felix, D.* in: Wickenhagen/Krebs, BKGG, Einführung Rn. 44 ff.

11 Zur Entwicklung der Familienversicherung *Kruse, U./Kruse, S.*, GKV – Die Familienversicherung im Grenzbereich des Solidarprinzips, Sozialer Fortschritt 2000, S. 192, 193; vgl. auch *Peters, K.* in: Kasseler Kommentar, § 10 Rn. 3.

12 So auch § 6 SGB I.

13 Hierzu auch *Hartwig, J.*, Demografischer Wandel: Chance für eine integrierte Finanz- und Sozialplanung in Städten und Gemeinden, NDV 2008, S. 74.

14 Vgl. der Bericht der Hochrangigen Gruppe über die Zukunft der Sozialpolitik in der erweiterten Europäischen Union (Europäische Kommission 2004, S. 18).

15 So etwa der *Stern*, Heft Nr. 27 vom 30.6.2005, S. 28.

16 § 12 Abs. 2 BEEG.

17 Vgl. § 3 Nr. 67 EStG; das Elterngeld unterliegt jedoch dem Progressionsvorbehalt (*Richter, R.*, Das Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit, DStR 2006, S. 32, 33).

18 Grundlegend zum Elterngeld vgl. *Fuchsloch, C./Scheiwe, K.*, Leitfaden Elterngeld, München 2007 und *Kettl-Römer, B.*, Elterngeld, Planegg 2007; vgl. auch *Wiegand, B.*, BEEG, Berlin 2007; *Böttcher, I.* Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Frankfurt 2007 sowie *Schwitzky, C.*, Das neue Elterngeld, Regensburg 2007.

## 2.1 Territorialitätsprinzip

Der Anspruch auf Elterngeld orientiert sich zunächst am Territorialitätsprinzip. Insoweit besteht kein Unterschied zum Erziehungsgeld.<sup>19</sup> Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich nur derjenige, der einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. § 1 Abs. 1 Nr. 1 BEEG knüpft insoweit an die in § 30 Abs. 3 S. 1 und 2 SGB I enthaltenen Legaldefinitionen an, wobei in § 1 Abs. 2 BEEG Ausnahmen normiert sind. Bezüglich der Ansprüche von Ausländern hat der Gesetzgeber in der Neufassung verstärkt an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit angeknüpft, nachdem das BVerfG die Vorgängerregelung für nichtig erklärt hatte.<sup>20</sup>

## 2.2 Betreuung und Erziehung von Kindern

Wer Elterngeld beansprucht, muss mit seinem Kind in einem Haushalt leben und dieses Kind selbst betreuen und erziehen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BEEG).<sup>21</sup> Der Familienstand des Anspruchsberechtigten ist ohne Belang. Das gemeinsame Leben in einem Haushalt setzt die Existenz einer gemeinsamen Wirtschafts- und Lebensgemeinschaft zwischen Anspruchsberechtigtem und Kind voraus. Mit Betreuung sind vor allem Pflege und Versorgung des Kindes, mit Erziehung die Einflussnahme auf die Entwicklung des Kindes durch pädagogische Maßnahmen gemeint, wobei der Gesetzgeber schon mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG zu Recht davon abgesehen hat, insoweit inhaltliche Vorgaben zu machen. Die Betreuungs- und Erziehungsleistung hat der Anspruchsberechtigte persönlich zu erbringen, wobei allerdings Dritte einen Teil der Tätigkeit übernehmen dürfen.

## 2.3 Verzicht auf Erwerbstätigkeit

Neben der Betreuung und Erziehung des Kindes darf der Anspruchsberechtigte gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 BEEG nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang erwerbstätig sein.<sup>22</sup> Durch diese Regelung, die auch schon im BErzGG normiert war,<sup>23</sup> soll sichergestellt werden, dass der Pflege und Betreuung Vorrang vor der Erwerbstätigkeit eingeräumt wird.<sup>24</sup> Der Begriff der Erwerbstätigkeit ist im BEEG nicht definiert; er meint allgemein eine auf Gewinn oder sonstige Erzielung von Einkommen gerichtete Tätigkeit; dabei ist unerheblich, ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig ausgeübt wird.<sup>25</sup> Nicht als Erwerbstätige anzusehen sind Hausfrauen oder Personen, die lediglich zur Unterstützung von Familienangehörigen, etwa im Rahmen der Pflege, tätig werden. Schulbesuch und Studium sind keine Erwerbstätigkeit.

19 § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BErzGG.

20 BVerfGE 111, S. 176; vgl. auch Werner, B., Anspruchsberechtigung von Ausländern auf Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss sowie auf das neu geschaffene Elterngeld, InfAuslR 2007, S. 112.

21 Die Regelung entspricht § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BErzGG.

22 Hierzu im Detail § 1 Abs. 6 BEEG.

23 § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BErzGG.

24 BT-Dr. 16/1889, S. 18.

25 Zur Möglichkeit des gleichzeitigen Bezugs von Elterngeld und Gründungszuschuss vgl. Zorn, A., Existenzgründung und Kinderbetreuung – Ist der gleichzeitige Bezug von Elterngeld und Gründungszuschuss möglich?, NZS 2007, S. 580.

### 3 Leistungsberechnung

Die wesentliche Neuerung des BEEG gegenüber dem BErzGG und der damit verbundene bereits oben angesprochene Paradigmenwechsel bildet die Ausgestaltung der Sozialleistung „Elterngeld“. Während das bisherige Erziehungsgeld an eine Bedürftigkeitsprüfung geknüpft war, stellt das Elterngeld primär eine Entgeltersatzleistung dar. Die Konzeption des Elterngeldes dient als Steuerungsmaßnahme, um die Gründung von Familien in allen sozialen Schichten zu fördern und damit dem demografischen Wandel Einhalt zu gebieten.<sup>26</sup> Prägnant sind hier die Ausführungen in der Gesetzesbegründung: „Moderne Familienpolitik hat auf die Tatsache zu reagieren, dass Männer und Frauen sich immer später und seltener für Kinder entscheiden. Das Alter der Mütter bei der Geburt des ersten Kindes hat sich in Deutschland in Ost und West seit 1980 um fast fünf Jahre erhöht. Bei verheirateten Müttern liegt es jetzt bei knapp 30 Jahren. Oft werden Familiengründungen aufgeschoben, bis es zu spät dafür ist.“<sup>27</sup>

Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass das Erziehungsgeld „die beschriebenen Schwierigkeiten nicht zufrieden stellend vermeiden konnte“<sup>28</sup>; das neue Elterngeld zielt darauf ab, dass „Lebensentwürfe mit Kindern verwirklicht werden“<sup>29</sup> können. Worin sich das Elterngeld vom Erziehungsgeld vor diesem Hintergrund konkret unterscheidet, soll im Folgenden dargestellt werden.

#### 3.1 Zur Ausgestaltung des Erziehungsgeldes

Die Höhe des Erziehungsgeldes ist in § 5 BErzGG geregelt.<sup>30</sup> Danach beträgt das monatliche Erziehungsgeld in Abhängigkeit der Dauer, für die es beantragt wird, entweder 300 € (Regelbetrag für die Zahlung bis zur Vollendung des 24. Lebensmonats) oder 450 € (Zahlung bis zur Vollendung des 12. Lebensmonats; so genanntes Budget). Die Leistung des Erziehungsgeldes ist in zweifacher Hinsicht an eine Bedürftigkeitsprüfung geknüpft. Das Einkommen der Eltern ist zunächst bezogen auf den Leistungszeitraum von der Geburt bis zur Vollendung des sechsten Lebensmonats zu prüfen. Gemäß § 5 Abs. 3 BErzGG entfällt der Anspruch auf den Regelbetrag in den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes, wenn das Einkommen bei nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten 30.000 € und bei anderen Berechtigten 23.000 € übersteigt. Für den Anspruch auf das Budget gelten Einkommensgrenzen von 22.086 € bzw. 19.086 €. Vom Beginn des siebten Lebensmonats an verringert sich das Erziehungsgeld, wenn das Einkommen bei Ehegatten 16.500 € und bei anderen Berechtigten 13.500 € übersteigt; die maßgeblichen Beträge werden gemäß § 5 Abs. 3 S. 4 um jeweils 3.140 € für jedes weitere Kind des Berechtigten oder seines Ehegatten erhöht, für das – jedenfalls grundsätzlich – ein Anspruch auf Kindergeld besteht. Der Regelbetrag vermindert sich um 5,2 % des Einkommens, das die maßgeblichen Grenzen übersteigt; für das Budget beträgt die Minderung 7,2 %. Dem Begriff des Einkommens kommt damit für das Erziehungsgeld maßgebliche Bedeutung zu. Er ist in § 6 BErzGG normiert. Für die Berechnung des Erziehungsgeldes im ersten Lebensjahr des Kindes ist das Einkommen im Kalenderjahr vor der Geburt des Kindes maßgeblich, wobei das Einkommen des Bezugsberechtigten, der während des Bezugs von Erziehungsgeld gar nicht erwerbstätig ist, unberücksichtigt bleibt.

26 So ausdrücklich Brosius-Gersdorf, F., Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates – Progressive Staffelung bei der Familienförderung und demografischer Wandel in Deutschland, NJW 2007, S. 177, 182.

27 BT-Dr. 16/1889, S. 15.

28 BT-Dr. 16/1889, S. 15.

29 BT-Dr. 16/1889, S. 15.

30 Hierzu Becker, U., in: Buchner/Becker, MuSchG/BErzGG, § 5 Rn. 1 ff.

Für das zweite Lebensjahr gilt dann das Einkommen im Jahr der Geburt des Kindes. Aufgrund der in § 5 Abs. 3 BErGG genannten Beträge kommen so genannte „besser verdienende“ Eltern gar nicht in den Genuss des Erziehungsgeldes; die ab dem siebten Lebensmonat geltenden Beiträge sind so gering angesetzt, dass bei einem erheblichen Anteil der Eltern das Erziehungsgeld gemindert wird bzw. vollständig wegfällt.<sup>31</sup> Angesichts der Tatsache, dass in Deutschland häufig jedenfalls ein Elternteil nach der Geburt eines Kindes seine Erwerbstätigkeit vorübergehend aufgibt oder deutlich einschränkt, erleben Paare aller Einkommensgruppen, bei denen beide Partner zuvor erwerbstätig waren, die Frühphase der Familiengründung in Konsequenz der gesetzlichen Konzeption mit deutlichen Einkommenseinschränkungen. Das Erziehungsgeld hatte damit – gerade für bestimmte soziale Schichten – eine zu geringe Steuerungswirkung. Bereits die Höhe der maximal gezahlten Beträge – 300 € bzw. 450 € – eröffnete keinen finanziellen Anreiz für eine Familiengründung.

### 3.2 Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung

Vollständig anders konzipiert ist das Elterngeld, das die schwedische Elternversicherung zum Vorbild hat.<sup>32</sup> Führte bislang ein zu hohes Einkommen zur Kürzung des Anspruchs oder gar zum Anspruchsverlust, orientiert sich das Elterngeld in gleichsam umgekehrter Richtung am bisherigen Einkommen: Je höher das bisherige Einkommen, umso höher nunmehr der sozialrechtliche Anspruch.<sup>33</sup>

§ 2 BEEG regelt, in welcher Höhe Elterngeld gezahlt wird,<sup>34</sup> wobei – anders als bislang – keinerlei Bedürftigkeitsprüfung stattfindet. Der Gesetzgeber hat das Elterngeld als Einkommensersatzleistung konzipiert und bestimmt in § 2 Abs. 1 BEEG, dass Elterngeld in Höhe von 67 % des in den zwölf Kalendermonaten vor dem Monat der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit gezahlt wird.<sup>35</sup> Als Höchstbetrag ist ein Betrag von 1800 € monatlich angesetzt.<sup>36</sup> Was als Einkommen aus Erwerbstätigkeit gilt, bestimmt § 2 Abs. 1 S. 2 BEEG, der auf § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 EStG sowie die Absätze 7 bis 9 des § 2 BEEG verweist. Der für das Elterngeld maßgebliche Einkommensbegriff für abhängig Beschäftigte wird in Absatz 7 bestimmt; das Einkommen aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit wird nach steuerrechtlichen Grundsätzen ermittelt und nach Maßgabe von § 2 Abs. 8 und 9 BEEG berücksichtigt. Wird die Erwerbstätigkeit nach der Geburt des Kindes nicht vollständig aufgegeben, ist § 2 Abs. 3 BEEG zu beachten. Bei der Berechnung des Elterngeldes wird das Einkommen aus Teilzeitarbeit nach der Geburt, die maximal 30 Stunden in der Woche betragen darf, mit berücksichtigt. Der Anspruchsberechtigte erhält dann 67 % der Differenz zwischen dem durchschnittlichen Einkommen vor der Geburt (maximal 2700 €) und dem durchschnittlich erzielten Einkommen nach der Geburt. Das Min-

<sup>31</sup> Vgl. auch Becker, U., in: Buchner/Becker, MuSchG/BErGG, § 5 Rn. 14 ff.

<sup>32</sup> Hierzu vgl. auch Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit, Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik, Siebter Familienbericht, 2005, Thesen und Ergebnis „Familien und Familienpolitik im europäischen Vergleich“ und „Zukunftsszenarien“, vgl. auch BT-Dr. 16/1360, S. XXXII, sowie Scheiwe, K./Fuchsloch, C., Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, S. 37, 39. Zu den Unterschieden vgl. aber auch Seiler, C., Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 131.

<sup>33</sup> Zur Anrechnung anderer Sozialleistungen auf das Elterngeld vgl. § 3 BEEG. Das Verhältnis zu anderen Sozialleistungen ist in § 10 BEEG bestimmt (hierzu Wiegand, B., BEEG, § 10 Rn. 5 ff.).

<sup>34</sup> Vgl. insoweit auch schon SG Münster v. 25.9.2007 – S 2 EG 26/07.

<sup>35</sup> Zum so genannten Elterngeldrechner des zuständigen Ministeriums vgl. unter [www.bmfsfj.de/Elterngeldrechner](http://www.bmfsfj.de/Elterngeldrechner).

<sup>36</sup> Zur Begründung BT-Dr. 16/1889, S. 20.

destelterngeld beträgt gemäß § 2 Abs. 5 BEEG jedenfalls 300 €. Dieser Betrag wird ausgezahlt, wenn in den zwölf Monaten vor der Geburt überhaupt kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielt wurde. § 2 Abs. 5 BEEG ist damit insbesondere für Hausfrauen oder -männer, Studenten und Arbeitslose relevant. Der Betrag von 300 € entspricht dem Regelsatz des bislang gezahlten Erziehungsgeldes. Gering verdienende Eltern erhalten gemäß § 2 Abs. 2 BEEG ein erhöhtes Elterngeld, wobei als Geringverdiener gilt, wer im Jahr vor der Geburt durchschnittlich weniger als 1000 € verdient hat. Der maßgebliche Prozentsatz von 67 % erhöht sich für je 2 €, um die das maßgebliche Einkommen den Betrag von 1000 € unterschreitet, um 0,1 %. Im Einzelfall können 100 % erreicht werden.<sup>37</sup> § 2 Abs. 4 BEEG normiert den so genannten Geschwisterbonus, den Familien mit mehr als einem Kind erhalten können; § 2 Abs. 6 BEEG regelt die Erhöhung des Elterngeldes bei Mehrlingsgeburten. Elterngeld kann gemäß § 4 Abs. 1 BEEG in der Zeit vom Tag der Geburt bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats des Kindes bezogen werden. Ein Elternteil allein kann höchstens 12 Monate Elterngeld beziehen (§ 4 Abs. 3 S. 1 BEEG). Der Gesetzgeber gewährt allerdings zwei zusätzliche Monate, wenn auch der andere Elternteil mindestens zwei Monate lang Elterngeld bezieht; es werden damit so genannte Partnermonate (§ 4 Abs. 2 S. 3 BEEG) als Bonus gewährt.<sup>38</sup> Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber insbesondere Vätern die Möglichkeit eröffnen, eine aktiver Rolle in der Familie zu übernehmen und ihnen auch gegenüber Dritten die Entscheidung erleichtern, sich eine Zeitlang der Betreuung ihres neugeborenen Kindes zu widmen.<sup>39</sup> In Ausnahmefällen kann jedoch auch ein Elternteil allein für die volle Dauer von 14 Monaten Elterngeld beziehen. Da in allen Fallgestaltungen, in denen das Elterngeld – ob an einen oder beide Elternteile – über 14 Monate hinweg gewährt wird, eine Minderung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit als Tatbestandsvoraussetzung normiert ist, kommen arbeitslose Paare oder so genannte Studentenehepaare nicht in den Genuss der über einjährigen Bezugsdauer. Die Eltern können die Anzahl der Monatsbeträge – mit Ausnahme der zwei Partnermonate – grundsätzlich frei untereinander aufteilen (§ 4 Abs. 2 S. 4 BEEG). § 6 S. 2 BEEG eröffnet den Eltern eine verlängerte Bezugsdauer bei hälftiger Auszahlung, so dass sich der Auszahlungszeitraum verdoppelt.

### 3.3 Gewinner und Verlierer der Reform

Betrachtet man die gesetzliche Konzeption des Elterngeldes im Zusammenhang, so wird schnell deutlich, dass es Gewinner, aber auch Verlierer der Reform gibt. Mit dem Elterngeld fördert der Staat die Familien nicht gleichermaßen; vielmehr liegt dem Elterngeld ein elitärer Steuerungsansatz zugrunde, der durch eine umgekehrt soziale, förderungsprogressive Staffelung gekennzeichnet ist.<sup>40</sup> Das Elterngeld steigt mit zunehmendem Einkommen an. Gewinner der Reform sind damit diejenigen Paare, bei denen bis zur Geburt des Kindes beide Eltern berufstätig waren. Während sie bislang maximal 300 bzw. 450 € erhalten und gegebenenfalls eine Minderung des Erziehungsgeldes fürchten mussten, gibt das BEEG nunmehr einen Anspruch auf 67 % des bisherigen Erwerbseinkommens desjenigen Elternteils, der um der Betreuung des Kindes willen seine Erwerbstätigkeit aufgibt bzw. reduziert. Für diese Gruppe von Eltern eröffnet zudem die

<sup>37</sup> Zu Berechnungsbeispielen vgl. *Wiegand, B.*, BEEG, § 2 Rn. 10.

<sup>38</sup> Zu den „Kombinationsmöglichkeiten bei Inanspruchnahme von Elterngeld durch beide Eltern“ vgl. *Schramm, B.*, FPR 2007, S. 342.

<sup>39</sup> BT-Dr. 16/1889, S. 16; zu Ausnahmefällen, in denen auch ein Elternteil für volle 14 Monate Elterngeld beziehen kann, vgl. § 4 Abs. 3 S. 3 und 4 BEEG.

<sup>40</sup> So treffend *Brosius-Gersdorf, F.*, Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates – Progressive Staffelung bei der Familienförderung und demografischer Wandel in Deutschland, NJW 2007, S. 177, 178.

rechtzeitige Wahl der Steuerklasse erhebliche – und in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstandende<sup>41</sup> – Manipulationsmöglichkeiten.<sup>42</sup> Auch diejenigen Eltern, die über durchschnittliche monatliche Einkommen von weniger als 1000 € verfügen und damit gemäß § 2 Abs. 2 BEEG unter Umständen Anspruch auf Elterngeld in Höhe von bis zur 100 % ihres bisherigen Einkommens haben, können von der Neuregelung profitieren. Eindeutiger Verlierer der Reform sind dagegen die Alleinverdienerinnen im unteren Einkommensbereich sowie die sozial schwachen Familien, die Einkommen zwischen 0 und 300 € im Monat erzielen. Sie haben zwar Anspruch auf das Mindestelterngeld in Höhe von 300 €, der Bezugszeitraum hat sich jedoch im Vergleich mit dem Erziehungsgeld schlicht halbiert.

## 4 Zur Bewertung des Elterngeldes

### 4.1 Allgemeine Kritik

Selten wurde eine Sozialleistung zur Förderung von Familien bereits im Vorfeld so intensiv diskutiert und ebenso heftig kritisiert wie das neue Elterngeld. Dabei bezog sich die Kritik nicht nur auf die Stichtagsregelung,<sup>43</sup> sondern war grundsätzlicher Natur: Die Politik hoffte die Gut- und Besserverdienden; das Elterngeld wirke „eugenisch“, weil es darauf abziele, Geburten in ganz bestimmten sozialen Schichten zu befördern.<sup>44</sup> Durch die so genannten Partnermonate mische sich der Staat auf unzulässige Art und Weise in das Familienleben seiner Bürger ein.<sup>45</sup> Nach einer groß angelegten und ihrerseits nicht ohne Kritik gebliebenen Werbekampagne<sup>46</sup> ist es nunmehr – jedenfalls in der öffentlichen Diskussion – eher ruhig geworden um das Elterngeld.

Verständnis- und Akzeptanzprobleme bereitet das Elterngeld schon allein deshalb, weil der Gesetzgeber nach eigener Aussage unterschiedliche Zielsetzungen verfolgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung geht es vor allem um die besondere Bedeutung der elterlichen Betreuungs- und Erziehungsleistung und die Schaffung eines familiären Schonraums<sup>47</sup> – diese Sichtweise rechtfertigt allerdings keine Differenzierung nach der Art der Erziehungsleistungen und dem bisherigen Einkommen der Eltern.<sup>48</sup> Die ebenfalls genannte Zielsetzung der dauerhaften Sicherung der wirtschaftlichen Existenz der Familien<sup>49</sup> kann das Elterngeld angesichts der gewählten Förderungsdauer nicht verwirklichen – insoweit bleibt das BEEG den Beleg einer verbesserten Vereinbarkeit von Familie und Beruf schuldig.<sup>50</sup> Die angestrebte Unterstützung nicht erwerbstätiger Eltern<sup>51</sup> wurde – jedenfalls im Vergleich zum bisherigen Erziehungsgeld – eher eingeschränkt. Bleibt noch die Unterstützung der Familie insoweit, als „Eltern … das Leben mit Kindern nach eigenen

41 Das Sozialrecht kennt – anders als das Steuerrecht (§ 42 AO) – keine Norm, die entsprechende Gestaltungen verbietet.

42 Hierzu *Schramm, B.*, Kombinationsmöglichkeiten bei Inanspruchnahme von Elterngeld durch beide Eltern, FPR 2007, S. 342, 343, die zu Recht auch auf die Risiken bei plötzlich geänderten Lebensumständen hinweist.

43 Hierzu BSG v. 23.1.2008 – B 10 EG 3/07 R, B 10 EG 4 07/R und B 10 EG 5/07 R.

44 Vgl. etwa sueddeutsche.de/deutschland/artikel/977/74903: „Hofierung der Besserverdienden“.

45 Hierzu *Scheiwe, K./Fuchsloch, C.*, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, S. 37, 38 m.w.N. – dort auch zu „Vatermonaten“ im internationalen Vergleich (aaO., S. 39).

46 Hierzu www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,502566,00.html: „Gratisreklame für die Ministerin von der Ministerin“.

47 BT-Drs. 16/1889, S.2.

48 *Seiler, C.*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 133.

49 BT-Dr. 16/1889. S. 2.

50 Ebenso *Seiler, C.*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 133 f.

51 BT-Dr. 16/1889, S. 2.

Vorstellungen ... gestalten“ wollen; vor diesem Hintergrund erscheinen die Partnermonate, die nur gewährt werden, wenn auch der andere Elternteil – in der Regel der Vater – seine Erwerbstätigkeit einschränkt, zumindest überraschend. Hinzu kommt, dass die eigentliche Zielsetzung des Elterngeldes – die Bekämpfung des demografischen Wandels – in der Liste der explizit genannten Ziele gar nicht erscheint, aber dennoch das Gesetz maßgeblich prägt.

Nun ist die intransparente Vermengung verschiedener und unter Umständen inkompatibler Zielsetzungen<sup>52</sup> durch den Gesetzgeber gerade im Kontext der Familienförderung nicht neu. Man denke nur an die Verlagerung des Kindergeldes vom Sozial- in das Steuerrecht durch Schaffung des § 31 EStG, der steuerrechtliche und sozialrechtliche Zielsetzungen vermischt und so für den Bürger nicht mehr erkennen lässt, inwieweit das staatliche Kindergeld ein Geschenk des Staates oder aber die bloße Erstattung zuviel gezahlter Steuern darstellt.<sup>53</sup>

Man mag dem Gesetzgeber vorwerfen, gute oder schlechte Gesetzgebung zu betreiben – weit aus schwerer wiegt jedoch der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit von Normen, der im Kontext des Elterngeldes laut wurde. Auch so weitreichende Kritik ist im Kontext des Familienlastenausgleichs allerdings keine Seltenheit: So wird etwa die Reform des Beitragsrechts in der gesetzlichen Pflegeversicherung<sup>54</sup> zu Recht als verfassungswidrige Umsetzung<sup>55</sup> eines seinerseits nicht überzeugenden Urteils des Bundesverfassungsgerichts<sup>56</sup> bemängelt.

## 4.2 Zur Verfassungsmäßigkeit des Elterngeldes

### 4.2.1 Kompetenzrechtliche Fragen

Im Kontext des Elterngeldes stellt sich bereits die Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit des BEEG. Der Gesetzgeber stützt seine Kompetenz auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG: Der Begriff der „öffentlichen Fürsorge“ umfasse im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip die öffentliche Hilfe bei wirtschaftlicher Notlage sowie vorbeugende Maßnahmen, die künftige Fürsorgemaßnahmen vermeiden helfen, und Ausgleichsmaßnahmen für andere als wirtschaftliche Notlagen.<sup>57</sup> Zuzustimmen ist dem Gesetzgeber darin, dass der fragliche Kompetenztitel nicht eng ausgelegt wird;<sup>58</sup> angesichts der Tatsache, dass das Elterngeld als erwerbsbezogene Lohnersatzleistung aber gerade nicht an einen durch die Betreuung des Kindes verursachten Bedarf im Bezugszeitraum und noch weniger an die tatsächliche Hilfebedürftigkeit des Empfängers anknüpft, dürfte die Herleitung einer Kompetenz insoweit jedenfalls fraglich sein. Auch die Prüfung des Art. 72 Abs. 2 GG erfordert hier eine Art von großzügiger Auslegung, die jedenfalls seit der Verschärfung der Norm im Jahre 1994<sup>59</sup> kaum noch vertretbar sein dürfte.<sup>60</sup>

52 Seiler, C., Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 133 f.

53 Kritisch Felix, D., Familienleistungsausgleich – eine Aufgabe des Steuerrechts?, in: Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung (Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag), 2004, S. 621.

54 § 55 Abs. 3 SGB XI.

55 Ausführlich und mit guter Begründung hierzu Ruland, F., Das BVerfG und der Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung, NJW 2001, S. 1673.

56 BVerfGE 103, S. 242.

57 BT-Dr. 16/1889, S. 16.

58 BVerfGE 88, S. 203, 329 f.; BVerfGE 97, S. 332, 341; Seiler, C., Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129 f.

59 Hierzu Degenhart, C. in: Sachs, GG, 4. Aufl. München 2007, Art. 72 Rn. 2 ff.

60 Zutreffend daher Seiler, C., Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 130.

#### 4.2.2 Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

In materieller Hinsicht ergeben sich Bedenken gegen die Konzeption des Elterngeldes zunächst im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, wobei vor allem der gleichheitsrechtliche, teilweise aber auch der freiheitsrechtliche Aspekt des Grundrechtsschutzes in Frage steht. Angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber das Elterngeld geschaffen hat, um Ehe und Familie durch geeignete Maßnahmen zu fördern<sup>61</sup> und ihm dabei ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht,<sup>62</sup> mag dies auf der ersten Blick überraschen. Konkret stellen sich jedoch zunächst zwei Fragen: Einerseits ist zu klären, ob das Grundgesetz zu einer egalitären Familienförderung in dem Sinne zwingt, dass eine Staffelung von Sozialleistungen, wie sie beim Elterngeld vorgenommen wurde, als unzulässig zu werten ist. Andererseits darf bei aller Förderung der Familie der freiheitsrechtliche Ansatz von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG nicht aus dem Blick geraten – und dieser könnte sowohl durch die Grundkonzeption des Elterngeldes als auch durch die Schaffung der so genannten Partnermonate betroffen sein.

Beginnen wir mit der ersten Frage. Dabei ist zunächst festzustellen, dass dem deutschen Recht eine einkommensbezogene Staffelung weder in der Eingriffs-<sup>63</sup> noch in der Leistungsverwaltung<sup>64</sup> fremd ist. Das Elterngeld ist aber durch eine gleichsam umgekehrte Staffelung gekennzeichnet, die allenfalls für das Sozialversicherungsrecht typisch ist, bei dem die Beitragszahlung in Abhängigkeit von der Höhe der gezahlten Beiträge entsprechend unterschiedliche Anwartschaften begründet. Diese umgekehrte Staffelung der Sozialleistung führt zu einer differenzierten Familienförderung, die allenfalls vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber nur zwischen den Zeilen angesprochenen Zielsetzung erklärbar ist: Wenn das Elterngeld der demografischen Entwicklung durch ein Anreizsystem für alle gesellschaftlichen und sozialen Schichten – angesprochen werden in der Gesetzesbegründung insbesondere die Akademikerinnen<sup>65</sup> – entgegenwirken will, liegt ein Lohnersatzmodell nahe, das seinerseits zu einer Besserstellung von Doppelverdienern bzw. Alleinerziehenden gegenüber der gleichsam „klassischen“ Einverdienerhe führt. Zu hinterfragen wäre insoweit allerdings bereits die Berechtigung des Regelungsziels: Angesichts der freiheitsrechtlichen Dimension auch von Art. 6 Abs. 1 GG ist es nicht damit getan, auf ein „verfassungskräftig fundiertes Ziel“<sup>66</sup> zu verweisen. Auch wenn man davon ausgehen darf, dass die demografische Entwicklung Konsequenzen für sämtliche Bereiche in Staat und Gesellschaft haben wird, wird man sich doch fragen müssen, inwieweit Elternschaft für den Staat instrumentalisiert werden darf.<sup>67</sup> Ganz unabhängig von dieser grundlegenden Frage zum Verständnis von Art. 6 Abs. 1 GG gerät der Gesetzgeber aber auch in Konflikt mit dem von ihm gewählten Kompetenztitel:<sup>68</sup> Wenn es um öffentliche Fürsorge geht, müsste der erziehungsbedingte Bedarf im Leistungszeitraum maßgeblich sein; eine Förderung bestimmter und als „wertvoll“ erachteter Kinder dürfte insoweit nicht mehr gedeckt sein.

61 BVerfGE 62, S. 323, 329.

62 BVerfGE 48, S. 346, 366.

63 So hat etwa das BVerfG eine finanzielle Staffelung von Kindertagengebühren als mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar bewertet (BVerfGE 97, S. 332).

64 Das BVerfG hat in seinem bekannten Kindergeldbeschluss (BVerfGE 82, S. 60, 79 ff.) explizit festgestellt, dass eine Minderung des Kindergeldes für besserverdienende Eltern aus sozialrechtlicher Sicht geradezu gewollt ist.

65 BT-Dr. 16/1889, S. 15: 39 % der 35–39jährigen Frauen sind kinderlos.

66 So Brosius-Gersdorf, F., Das Elterngeld als Einkommensersatzleistung des Staates – Progressive Staffelung bei der Familienförderung und demografischer Wandel in Deutschland, NJW 2007, S. 177, 181.

67 Kritisch zu Recht Schuler-Harms, Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht, Habilitationsschrift Hamburg 2003, Manuskript, S. 294 f.

68 Hierzu unter 4.2.1.

Der freiheitsrechtliche Grundgehalt von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG ist relevant auch für die Beantwortung der zweiten Frage. Mit den so genannten Partnermonaten versucht der Gesetzgeber auf die Aufteilung der Erziehungsverantwortung zwischen den Eltern einzuwirken. Die Regelung des § 4 Abs. 2 und 3 BEEG soll sicherstellen, dass auch der andere Elternteil, in der Regel der Vater, einen Teil der Erziehungsleistung übernimmt; es hat den Anschein, als wolle der Gesetzgeber zu einem „richtigen“ Familienleben erziehen.<sup>69</sup> Ob sich dies mit der Verpflichtung des Staates vereinbaren lässt, gegenüber der innerfamiliären Aufteilung von Familien- und Erwerbsarbeit die gebotene Neutralität zu wahren,<sup>70</sup> ist auch unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG jedenfalls zweifelhaft.

Der Aspekt staatlicher Neutralität – wiederum verbunden mit dem Vorwurf der nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung – wird schließlich auch im Vergleich staatlicher Unterstützung verschiedener Familienmodelle über die Teilrechtsordnungen hinweg relevant. Wer nach der Geburt des Kindes auf die eigene Betreuung und Erziehung seines Kindes verzichtet – verstanden im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 BEEG<sup>71</sup> – und weiterhin in erheblichem Umfang erwerbstätig ist, hat keinen Anspruch auf Elterngeld. Allerdings räumt der Staat steuerpflichtigen Eltern, die ihr Kind nicht selbst betreuen, sondern Betreuungsleistungen Dritter in Anspruch nehmen, Steuervorteile ein – und jedenfalls ein Teil dieser Kosten ist steuerlich absetzbar. Der Gesetzgeber hat das steuerliche Instrumentarium rückwirkend zum 1.1.2006 insoweit mit dem Ziel der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit<sup>72</sup> neu geordnet.<sup>73</sup> Dabei wurde die bis dahin einheitliche Regelung des § 33c EStG a.F. aufgehoben und durch teilidentische Regelungen an verschiedenen Stellen im EStG neu geregelt.<sup>74</sup> Soweit Einkünfte erzielt werden, gelten die §§ 4 f. und 9 Abs. 5 EStG. Gemäß § 4 f. S. 1 EStG können Aufwendungen für die Betreuung eines zum Haushalt des Steuerpflichtigen gehörenden Kindes zwischen der Geburt und der Vollendung des 14. Lebensjahres durch Dritte, die wegen Erwerbstätigkeit anfallen,<sup>75</sup> zu zwei Dritteln von der Steuer abgesetzt werden, wobei als Höchstgrenze ein Betrag von 4000 € jährlich pro Kind festgelegt ist.<sup>76</sup> Berücksichtigt werden entsprechende Kosten „wie Betriebsausgaben“ (§ 4 f. S. 1 EStG) bzw. Werbungskosten (Verweis auf § 4 f. EStG in § 9 Abs. 5 S. 1 EStG). Soweit Kinderbetreuungskosten nicht erwerbsbedingt sind, sieht § 10 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 8 EStG den Abzug von Aufwendungen als Sonderausgaben vor.<sup>77</sup> Denkbar ist zudem in bestimmten Fallkonstellationen die Anwendung von § 35a EStG (Steuerermäßigung bei Aufwendungen für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse und für die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen).<sup>78</sup>

69 So zutreffend *Seiler, C.*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 132.

70 BVerfGE 61, S. 319, 47, vgl. auch schon BVerfGE 6, S. 55, 81 f.

71 Dass eine Betreuung und Erziehung von Kindern auch neben einer vollzeitigen Berufstätigkeit möglich ist, wird niemand ernsthaft in Frage stellen wollen.

72 So BT-Dr. 16/643, S. 9.

73 Art. 1 des Gesetzes zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung vom 26.4.2006 (BGBl. I 2006, S. 1091 ff.).

74 *Mellinghoff, R.* in: Kirchhof, EStG, 7. Aufl., § 4 f. Rn. 2.

75 Hierzu *Scholz, H.*, Die Neuregelung der steuerlichen Förderung von Kinderbetreuungskosten und ihre Auswirkungen auf den Unterhalt, FamRZ 2006, S. 737, 738.

76 Bei Zusammenleben der Elternteile ist Voraussetzung für den Abzug eine Erwerbstätigkeit beider Elternteile (§ 4 f. Abs. 1 S. 2 EStG).

77 Der harschen Kritik von *Mellinghoff, R.* in: Kirchhof, EStG, 7. Aufl., § 4 f. Rn. 2, der feststellt, dass diese Reform „eindrucksvoll die gegenwärtige Unfähigkeit des Gesetzgebers“ demonstriert, „das Einkommensteuerrecht systematisch und folgerichtig auszugestalten“, kann nur zugestimmt werden.

78 Hierzu *Fischer* in: Kirchhof, EStG, 7. Aufl. § 35 Rn. 6.

Bildet man nun als Vergleichsgruppen Elternpaare, bei denen beide vor der Geburt des Kindes berufstätig waren, sich aber nach der Geburt einmal für die Betreuung durch ein Elternteil, das andere Mal durch eine Fremdbetreuung entscheiden, ist die unterschiedliche staatliche Familienförderung – bezogen auf das erste Lebensjahr des Kindes – eklatant: Die Eltern, die ihr Kind selbst betreuen, erhalten im Idealfall maximal 1800 € im Monat, also 21.600 € im Jahr, während die Fremdbetreuung sich lediglich mit einem steuerlichen Abzugsbetrag von maximal 4000 € jährlich auswirkt. Diese Diskrepanz zwischen sozial- und steuerrechtlicher Familienförderung lässt Zweifel an der verfassungsrechtlich gebotenen Neutralität des Staates erkennen: Jedenfalls mittelbar-faktisch<sup>79</sup> wird eine bestimmte Form des Familienlebens diskriminiert, oder anders formuliert: Die Freiheitsbetätigung in Richtung der „klassischen“ Rollenverteilung wird privilegiert mit der Konsequenz, dass Doppelverdienerfamilien jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen weniger Geld zur Verfügung haben als Alleinverdienerfamilien, die ihr Kind selbst betreuen.<sup>80</sup> Angesichts der Tatsache, dass das BVerfG es als Aufgabe des Staates ansieht, „die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern“<sup>81</sup>, lassen sich sachliche Gründe für diese ungleiche Familienförderung – jedenfalls bei Beachtung der üblichen „political correctness“ – weder mit den Strapazen der elterlichen Betreuung noch mit dem Kindeswohl rechtfertigen.<sup>82</sup>

Insgesamt ist festzuhalten, dass die verfassungsrechtliche Kritik am neuen Elterngeld ernst zu nehmen ist. Ob Gerichte in der Praxis diese Bedenken teilen oder auf den zunehmend als Leerformel verwandten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verweisen,<sup>83</sup> ist naturgemäß eine andere Frage.

## 5 Fazit

Der Familienförderung kommt derzeit in Deutschland ein hoher Stellenwert zu. In einer Zeit, in der die Benachteiligung von Familien kritisiert und eine verstärkte Förderung eingefordert wird, fehlt es allerdings – das ist in der Tat erstaunlich – an validen Daten, die das Ausmaß von Transferleistungen zugunsten der Familie und damit auch eventuelle Förderungsdefizite belegen könnten.<sup>84</sup> Das neue Elterngeld hat sich zum 1.1.2007 insoweit in eine kaum noch zu überschauende Fülle und Vielfalt von Leistungen und Vergünstigungen eingefügt.<sup>85</sup> Die maßgeblichen Regelungen dürften nur noch den jeweiligen Experten überhaupt bekannt sein; eine Gesamtbewer-

79 Hierzu *Brosius-Gersdorf, F.*, Elterngeld und steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten, JZ 2007, S. 326, 331.

80 Zu ausführlichen Berechnungsbeispielen *Brosius-Gersdorf, F.*, Elterngeld und steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten, JZ 2007, S. 326, 334.

81 Hierzu ausführlich *Brosius-Gersdorf, F.*, Elterngeld und steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten, JZ 2007, S. 326, 330 m.w.N.

82 Zutreffend *Brosius-Gersdorf, F.*, Elterngeld und steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten, JZ 2007, S. 326, 335 f.

83 Selbst das unstreitig in Art. 6 Abs. 1 GG verankerte Verbot der Schlechterstellung der Ehe gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften (hierzu *Schmitt-Kammmer, A.*, in: *Sachs, GG*, 4. Aufl. München 2007, Art. 6 Rn. 32) wird in jüngerer Zeit mit eher fadenscheinigen Begründungen verletzt (hierzu im Kontext der Familienversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung *Felix, D.*, Die Familienversicherung auf dem Prüfstand – verfassungsrechtliche Bemerkungen zu § 10 Abs. 3 SGB V, NZS 2003, S. 624).

84 Zutreffend *Rosenschon, A.*, Familienförderung in Deutschland: Eine Bestandsaufnahme, Institut für Weltwirtschaft Kiel, 2001.

85 So zu Recht *Jung, E.*, Das Verhältnis des Elterngeldes zu anderen Sozialleistungen mit Familienbezug, SGb 2007, S. 449, 450.

tung, die über alle Teilrechtsordnungen hinweg sämtliche familienrelevanten Regelungen in den Blick nehmen müsste, erscheint als ein fast aussichtloses Unterfangen. Dies gilt umso mehr, als ständige Reformen der Familienförderung schon fast an der Tagesordnung sind.<sup>86</sup> So überrascht es nicht, dass die politischen Akteure selbst den Überblick verloren zu haben scheinen: Während das zuständige Ministerium noch im Dezember 2006 von 145 familienpolitischen Leistungen mit einem Gesamtwert von rund 184 Milliarden € sprach,<sup>87</sup> wurde diese Aussage wenig später korrigiert: Lediglich 43,86 Milliarden € könnten als „tatsächliche Familienförderung“ bezeichnet werden.<sup>88</sup> Man mag die Einsetzung des Kompetenzzentrums familienbezogene Leistungen durch das BMFSFJ begrüßen; ob eine Konzentration und Zusammenführung familienpolitischer Leistungen – gegebenenfalls in einer „Familienkasse neuen Typs“, die mehr Transparenz und die Grundlage für eine gerechtere und zielgenauere Familienförderung schaffen könnte<sup>89</sup> – tatsächlich erfolgt, bleibt abzuwarten.

Inwieweit das neue Elterngeld, das offenbar die Geburt besonders „wertvoller Kinder“ fördern soll,<sup>90</sup> sich tatsächlich als Erfolg erweist<sup>91</sup> – so manche Schlagzeile der jüngsten Zeit weckt entsprechende Hoffnungen<sup>92</sup> – wird sich zeigen. Unabhängig von der Tatsache, dass „Schrumpfen“ unter Umständen auch Chance sein kann<sup>93</sup> und jedenfalls bei globaler Betrachtung der Kampf gegen die demografische Entwicklung andernorts Verständnislosigkeit herbeiführen dürfte, darf bei aller Familienförderung die freiheitsrechtliche Dimension von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG nicht aus dem Blick geraten. Eine Familienförderung, die die innerfamiliäre Aufteilung von Erwerbs- und Betreuungslasten auch nur mittelbar beeinflusst, ist verfassungsrechtlich bedenklich.

Und schließlich ist ein Letztes zu bedenken: In allen Bereichen des Sozialrechts – und dies gilt gerade auch für den Familienlastenausgleich, dessen prinzipielle Rechtfertigung nicht in Frage steht – ist eine Rückbesinnung auf die eigentliche Zielsetzung der jeweiligen Sozialleistung erforderlich. Dabei geht es weder um die Aufkündigung staatlicher Verantwortung für die soziale Sicherheit des Einzelnen – hier stehen einer Begrenzung und Minderung des staatlichen Aufgabenbestandes nicht nur Art. 20 Abs. 1 GG,<sup>94</sup> sondern auch Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 2 GG als staatliche Schutzpflicht entgegen.<sup>95</sup> Der Staat sollte sich aber an dem das gesamte Sozialrecht prägenden Gedanken der Subsidiarität orientieren,<sup>96</sup> der nicht nur das Fürsorge<sup>97</sup>- und das Sozial-

86 Vgl. etwa zu § 6a BKGG, durch den die eigentlich klare Trennung von sozial- und steuerrechtlichem Kindergeld dogmatisch wieder aufgehoben wurde (hierzu *Felix, D.*, Kindergeldrecht, 2005, Einführung Rn. 15), *Wild, K.* Ein Weg aus der Kinderarmut – Der Kinderzuschlag gemäß § 6a BKGG, ZFSH/SGB 2005, S. 136.

87 Hierzu auch den Titelbericht in: Der Spiegel vom 26.2.2007, S. 52, 53.

88 Hierzu die Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Arbeitsvorhaben des Kompetenzzentrums familienbezogene Leistungen, NDV 2008, S. 12.

89 Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Arbeitsvorhaben des Kompetenzzentrums familienbezogene Leistungen, NDV 2008, S. 12 f.

90 So *Seiler, C.*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 131.

91 Der Maßnahmenkatalog bisheriger Familienpolitik wurde von der Sachverständigenkommission als „unüberschaubar und intransparent“ bezeichnet (hierzu *Düwell, F.*, Übersicht über das Gesetz zur Einführung des Elterngeldes, juris-ArbR 2/2007, Anm. 6).

92 Vgl. etwa [www.abendblatt.de/datum/2008/03/01/853672.html](http://www.abendblatt.de/datum/2008/03/01/853672.html).

93 So *Gründinger, A.* in: Generationengerechtigkeit 2007, 4.

94 Hierzu *Zacher, H.* in: Handbuch des Staatsrechts, Band I, Rn. 1045 ff.

95 Zur Privatisierung im Sozialrecht *Perlitius, C.*, Frage nicht, was der Staat für Dich tun kann, Forum Recht 2002, 87 ff.

96 Zum Sozialrecht als Recht, das tatsächliche Defizite ausgleichen soll, vgl. schon *Zacher, H.*, Zur Anatomie des Sozialrechts, SGb 1982, S. 329.

97 *Wahrendorf, V.*, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 2. Aufl. München 2008, § 2 Rn. 3 ff.

versicherungsrecht<sup>98</sup> beeinflusst, sondern auch im Bereich des Familienlastenausgleichs zumindest mit bedacht werden sollte. Eine zu weitgehende Förderung mag sich auch hier eines Tages als kontraproduktiv erweisen.

Verf.: Prof. Dr. Dagmar Felix, Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg, E-Mail: dagmar.felix@jura.uni-hamburg.de

---

98 In diesem Kontext ist die immer wieder aktuell werdende Debatte um die Verfassungsmäßigkeit der Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze in der Sozialversicherung zu sehen (hierzu schon *Sodan, H.*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 346 f.). Zur negativen Vereinigungsfreiheit als Schutz vor Einbeziehung in die Sozialversicherung *Kaltenborn, M.*, Negative Vereinigungsfreiheit als Schutz von Einbeziehung in die Sozialversicherung?, NZS 2001, S. 300.