Übungsfall 1: *Hamburg gegen das Betreuungsgeld*

Sachverhalt

***Anmerkung*: Der Fall orientiert sich an der BVerfG Entscheidung vom 25. Juli 2015 zum Betreuungsgeld, weist jedoch einige Abwandlungen auf**

Der Bundestag beschließt im Februar 2013 ein neues Gesetz. Die neuen §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) sehen vor, dass Eltern eines Kindes in der Zeit vom 15. bis zum 36. Lebensmonat ihres Kindes einkommensunabhängig Betreuungsgeld in Höhe von 150 € monatlich beziehen können, sofern das Kind keine öffentliche Kindertagesstätte besucht oder eine Kinderpflege in Anspruch genommen wird.

Weil die Legislaturperiode sich dem Ende zuneigt, der Bundestag das Gesetz aber noch vor Ablauf der Legislaturperiode verabschieden möchte, wird das Verfahren beschleunigt, wo es nur geht. Deshalb leitet die Bundesregierung den Gesetzesentwurf dem Bundestag und dem Bundesrat gleichzeitig zu. Der Bundesrat äußert sich zunächst nicht zu dem Entwurf.
Der Bundestag berät den Gesetzesentwurf dann im Rahmen einer ersten Lesung. Da der Entwurf auf allgemeine Zustimmung stößt, wird im Anschluss gleich über ihn abgestimmt. Bei der Abstimmung sind von den 622 Bundestagsabgeordneten nur 280 anwesend. Darauf weist jedoch keiner der Abgeordneten hin. 260 der anwesenden Abgeordneten stimmen schließlich für den Entwurf. Das Gesetz wird daraufhin ausgefertigt und verkündet.

Der Senat der Hansestadt H, der zugleich Landesregierung des Bundeslandes H ist, ist mit dem Gesetz ganz und gar nicht einverstanden. Das Gesetz sei regelrecht in jeglicher Hinsicht verfassungswidrig. Zunächst habe der Bund überhaupt nicht die Zuständigkeit zum Erlass des Gesetzes besessen. Jedenfalls sei der Erlass nicht erforderlich gewesen. Selbst wenn sich zwar grundsätzlich ein Kompetenztitel aus der öffentlichen Fürsorge ergeben könne, so wäre ein Erlass einer bundesstaatlichen Regelung aus verschiedenen Gründen nicht erforderlich. Insbesondere sei die Regelung nicht zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich. Bayern, Sachsen und Thüringen hätten bereits vor der Bundesregelung eigene Landeserziehungsgeldregelungen besessen und die Eltern in diesen Bundesländern können nun sogar das doppelte Betreuungsgeld (vom Bund und den Ländern) beziehen. Dies sei ja wohl geradezu kontraproduktiv bei der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet. Das Problem, dass in vielen Ländern zu wenige Betreuungsplätze vorhanden seien, könne das Betreuungsgeld auch nicht lösen, weil es viel zu niedrig bemessen sei, um einen Mangel an Betreuungsplätzen tatsächlich ausgleichen zu können. Außerdem sehe doch bereits § 24 Abs. 2 SGB VIII einen einklagbaren Leistungsanspruch auf einen öffentlich geförderten Betreuungsplatz vor. Jedenfalls aus diesem Grund sei die Bundesregelung doch komplett überflüssig.

Zudem könne es ja wohl nicht sein, dass der Gesetzentwurf dem Bundestag und dem Bundesrat gleichzeitig zugeleitet worden sei. Das Grundgesetz habe klare Verfahrensvorschriften, die bestimmen, dass ein Gesetzentwurf der Bundesregierung zunächst dem Bundesrat zuzuleiten ist.

Dagegen könne man doch nicht einfach je nach Belieben verstoßen, nur weil es gerade schnell gehen müsse. Die GO BT gebe klare Vorschriften vor, wie das Gesetzgebungsverfahren abzulaufen habe. Nach § 78 Abs. 1 S. 1 GO BT werden Gesetzesentwürfe in drei Beratungen beraten und erst im Anschluss daran über sie abgestimmt. Schließlich sei den Abgeordneten genügend Bedenkzeit zuzubilligen und außerdem könne es ja wohl immer mal sein, dass einige Abgeordnete bei der ersten Lesung verhindert seien. Diese müssten zumindest die Möglichkeit haben, an einer der anderen drei Sitzungen teilzunehmen und schließlich abzustimmen.
Die absolute Höhe sei es jedoch, dass von 622 Bundestagsabgeordneten lediglich 280 anwesend waren und davon 260 für das Gesetz stimmten. Dies sei ja nicht einmal die Mehrheit aller Bundestagsabgeordneten, die bei 311 Abgeordneten liege. Der Bundestag sei doch eine Vertretung des Volkes und könne seine Aufgabe nur dann wahrnehmen, wenn auch die absolute Mehrheit für Gesetzesentwürfe stimmen würde. Stimme lediglich die einfache Mehrheit aller Anwesenden für das Gesetz, so verstoße dies gegen die Verfahrensregeln des Grundgesetzes.

Die Landesregierung von H hält die Neuregelungen aus den genannten Gründen für nichtig. Sie beantragt deshalb schriftlich beim Bundesverfassungsgericht, die §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen.

Hat der Antrag der Landesregierung von H vor dem BVerfG Aussicht auf Erfolg?

Anlage

§§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes

§ 4a Berechtigte

(1) Anspruch auf Betreuungsgeld hat, wer

1. die Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 Nummer 1 bis 3, Absatz 2 bis 5, 7 und 8 erfüllt und

2. für das Kind keine Leistungen nach § 24 Absatz 2 in Verbindung mit den §§ 22 bis 23 des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Anspruch nimmt.

(2) Können die Eltern ihr Kind wegen einer schweren Krankheit, Schwerbehinderung oder Tod der Eltern nicht betreuen, haben Berechtigte im Sinne von Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 1 Absatz 4 einen Anspruch auf Betreuungsgeld abweichend von Absatz 1 Nummer 2, wenn für das Kind nicht mehr als 20 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats Leistungen nach § 24 Absatz 2 in Verbindung mit den §§ 22 bis 23 des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Anspruch genommen werden.

§ 4b Höhe des Betreuungsgeldes

Das Betreuungsgeld beträgt für jedes Kind 150 Euro pro Monat.

§ 4c Anrechnung von anderen Leistungen

Dem Betreuungsgeld oder dem Elterngeld vergleichbare Leistungen, auf die eine nach § 4a berechtigte Person außerhalb Deutschlands oder gegenüber einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung Anspruch hat, werden auf das Betreuungsgeld angerechnet, soweit sie den Betrag übersteigen, der für denselben Zeitraum nach § 3

Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 auf das Elterngeld anzurechnen ist. Stehen der berechtigten Person die Leistungen nur für einen Teil des Lebensmonats des Kindes zu, sind sie nur auf den entsprechenden Teil des Betreuungsgeldes anzurechnen. Solange kein Antrag auf die in Satz 1 genannten vergleichbaren Leistungen gestellt wird, ruht der Anspruch auf Betreuungsgeld bis zur möglichen Höhe der vergleichbaren Leistung.

§ 4d Bezugszeitraum

(1) Betreuungsgeld kann in der Zeit vom ersten Tag des 15. Lebensmonats bis zur Vollendung des 36. Lebensmonats des Kindes bezogen werden. Vor dem 15. Lebensmonat wird Betreuungsgeld nur gewährt, wenn die Eltern die Monatsbeträge des Elterngeldes, die ihnen für ihr Kind nach § 4 Absatz 2 und 3 zustehen, bereits bezogen haben. Für jedes Kind wird höchstens für 22 Lebensmonate Betreuungsgeld gezahlt.

(2) Für angenommene Kinder und Kinder im Sinne des § 1 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 kann Betreuungsgeld ab dem ersten Tag des 15. Monats nach Aufnahme bei der berechtigten Person längstens bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes bezogen werden. Absatz 1 Satz 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

(3) Für einen Lebensmonat eines Kindes kann nur ein Elternteil Betreuungsgeld beziehen. Lebensmonate des Kindes, in denen einem Elternteil nach § 4c anzurechnende Leistungen zustehen, gelten als Monate, für die dieser Elternteil Betreuungsgeld bezieht.

(4) Der Anspruch endet mit dem Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung entfallen ist.

(5) Absatz 1 Satz 2 und Absatz 3 gelten in den Fällen des § 4a Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 1 Absatz 3 und 4 entsprechend. Nicht sorgeberechtigte Elternteile und Personen, die nach § 4a Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 1 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 und 3 Betreuungsgeld beziehen können, bedürfen der Zustimmung des sorgeberechtigten Elternteils.

§ 24 SGB VIII

(1) Ein Kind, das das erste Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist in einer Einrichtung oder in Kindertagespflege zu fördern, wenn
1. diese Leistung für seine Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit geboten ist oder
2. die Erziehungsberechtigten
a) einer Erwerbstätigkeit nachgehen, eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder Arbeit suchend sind,
b) sich in einer beruflichen Bildungsmaßnahme, in der Schulausbildung oder Hochschulausbildung befinden oder
c) Leistungen zur Eingliederung in Arbeit im Sinne des Zweiten Buches erhalten.
Lebt das Kind nur mit einem Erziehungsberechtigten zusammen, so tritt diese Person an die Stelle der Erziehungsberechtigten. Der Umfang der täglichen Förderung richtet sich nach dem individuellen Bedarf.

(2) Ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, hat bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

Lösungsvorschlag

Denkbar ist im vorliegenden Fall ein Normenkontrollantrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG vor dem BVerfG. Der Antrag von H hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist zuständig für abstrakte Normenkontrollen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG.

II. Antragsgegenstand, § 76 Abs. 1 BVerfGG

Im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle kann gemäß § 76 Abs. 1 BVerfGG *Bundesrecht* oder *Landesrecht* verfassungsgerichtlich überprüft werden. Konkreter Antragsgegenstand im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist nach § 76 Abs. 1 BVerfGG die Prüfung der Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz (Nr. 1 Var. 1) oder mit sonstigem Bundesrecht (Nr. 1 Var. 2), oder die Prüfung der Gültigkeit nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder Landes das Recht als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder Bundesrecht nicht angewendet hat (Nr. 2).

1. **Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz**
   Im vorliegenden Fall beantragt H die Überprüfung einer bundesgesetzlichen Regelung (der §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes) am Grundgesetz. Mithin ist Antragsgegenstand gemäß § 76 Abs. 1 BVerfGG eine Rechtsnorm des Bundes, die gegen das Grundgesetz verstoßen könnte.

2. **Recht sind alle formellen und materiellen Gesetze**
   Überprüfbar im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle sind alle formellen und materiellen Bundes- oder Landesgesetze. Vorliegend handelt es sich bei den §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes um formelle Bundesgesetze.

3. **Verkündung des Gesetzes**
   Das Gesetz muss bereits verkündet worden sein, eine vorbeugende Normenkontrolle ist nicht möglich. Die §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes sind bereits ausgefertigt und verkündet worden.
   [*Anmerkung*: Eine Ausnahme davon bilden Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen, sofern nur noch die Ausfertigung und Verkündung durch den Bundespräsident fehlen.]

4. **Zwischenergebnis**
   Die §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes sind formelle

Bundesgesetze und stellen als solche einen tauglichen Antragsgegenstand dar.

III. Antragsberechtigung, § 76 Abs. 1 BVerfGG

Die Landesregierung H müsste antragsberechtigt sein. Antragsberechtigt sind gemäß § 76 Abs. 1 BVerfGG die Bundesregierung (Var. 1), eine Landesregierung (Var. 2) oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages (Var. 3). Die Landesregierung von H ist folglich gemäß § 76 Abs. 1 Var. 2 BVerfGG antragsberechtigt.

[*Anmerkung*: Die abstrakte Normenkontrolle ist ein objektives, nicht kontradiktorisches Verfahren. Im Unterschied zu kontradiktorischen Verfahren mit mehreren Beteiligten, wird bei der abstrakten Normenkontrolle deshalb von *Antragsberechtigung* und nicht von *Beteiligtenfähigkeit* gesprochen. Gemäß § 77 BVerfGG kann anderen Organen aber Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden.]

IV. Antragsgrund, § 76 Abs. 1 BVerfGG (objektives Klarstellungsinteresse)

[*Anmerkung*: Häufig wird an dieser Stelle auch *Antragsbefugnis* verwendet. Weil der Antragsteller aber kein subjektives Recht geltend macht, ist es passender, von einem *Antragsgrund* auszugehen.]

Der Antragsteller müsste einen Antragsgrund vorweisen. Ein Antragsgrund liegt nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG vor, wenn der Antragsteller das Gesetz für nichtig hält (oder nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG, wenn der Antragsteller das Gesetz für gültig hält).

1. **Objektives Verfahren**
   Die abstrakte Normenkontrolle ist ein objektives Verfahren. Eine subjektive Rechtsverletzung des Antragstellers ist nicht notwendig.
2. **Wortlautdivergenz: Meinungsverschiedenheiten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) vs. „für nichtig halten" (§ 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG)**
   Der Wortlaut des § 76 Abs. 1 BVerfGG und der des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG divergieren. So fordert der § 76 Abs. 1 BVerfGG, dass der Antragsteller das Gesetz „für nichtig hält", während Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes genügen lässt.
   a) **tvA: § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ist eine Konkretisierung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, bloße Zweifel genügen daher nicht**
      Contra: Das einfache Recht kann das Verfassungsrecht nicht ohne entsprechenden Vorbehalt beschränken.
   b) **tvA: § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ist verfassungswidrig, weil sein Wortlaut dem des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG widerspricht**
      Pro: Der Wortlaut des § 76 Abs. 1 Nr. 1 („für nichtig halten") ist eindeutig und ist keiner verfassungskonformen Auslegung zugänglich.
   c) **hM: Das BVerfGG ist im Lichte des Grundgesetzes verfassungskonform auszulegen, auch Zweifel sind ausreichend**
   d) **Streitentscheid entbehrlich**
      Im vorliegenden Fall kann jedoch ein Streitentscheid dahinstehen, weil die Landesregierung von H das Gesetz ohnehin für nichtig hält und somit die höheren Voraussetzungen des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG vorliegen.

V. Form

Die Schriftform des § 23 Abs. 1 BVerfGG wurde gewahrt.
[*Anmerkung*: Eine Frist besteht bei der Abstrakten Normenkontrolle nicht.]

VI. Zwischenergebnis

Der Antrag der Landesregierung von H ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn das Gesetz mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht vereinbar ist. Konkret wäre dies der Fall, wenn die §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes gegen das Grundgesetz verstoßen würden. Weil das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ein objektives Verfahren ist, prüft das BVerfG das gesamte objektive Verfassungsrecht.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

1. Kompetenz

Der Bund müsste die Kompetenz zum Erlass des Gesetzes besessen haben. Kompetenzregelungen finden sich im Grundgesetz neben vereinzelten speziellen Kompetenzvorschriften vor allem in den Art. 70 GG bis Art. 74 GG.
Nach Art. 70 Abs. 1 GG, einer besonderen Ausprägung des in Art. 30 GG niedergelegten allgemeinen Grundsatzes, haben grundsätzlich die Länder die Kompetenz zur Gesetzgebung. Der Bund hat nur dann die Gesetzgebungskompetenz, wenn sich diese aus einer der Vorschriften der Art. 71 bis Art. 74 GG oder einer speziellen Grundgesetzregelung ergibt. Die Kompetenzvermutung zugunsten der Länder muss also durch eine entgegenstehende Bundeskompetenz widerlegt werden.

[*Exkurs*:
Unterschieden wird zwischen ausschließlicher und konkurrierender Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen finden sich vor allem in den Art. 71 und Art. 73 GG, aber auch in anderen Grundgesetzbestimmungen wie etwa dem Art. 105 Abs. 1 GG. Die konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen finden sich in den Art. 72 und Art. 74 GG. Unterschieden wird erneut zwischen Kernkompetenzen (Grundregel: All jene Nummern des Art. 74 GG, die nicht in Art. 72 Abs. 2 aufgelistet sind), Bedarfskompetenzen bzw. Erforderlichkeitskompetenzen (Art. 72 Abs. 2 GG) und Abweichungskompetenzen (Art. 72 Abs. 3 GG). Darüber hinaus bestehen noch ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen des Bundes (Kompetenz kraft Natur der Sache, Kompetenz kraft Sachzusammenhang und Annexkompetenz).]

Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob der Bundesgesetzgeber die Kompetenz zum Erlass der §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes besaß.

a. **Ausschließliche Bundeskompetenz,** Art. 71, 73 GG
Ein ausschließlicher Kompetenztitel für den Erlass der §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes ist nicht einschlägig.

b. **Konkurrierende Bundeskompetenz**, Art. 72, 74 GG
In Betracht kommt eine konkurrierende Kompetenz des Bundes.
aa) **Kernkompetenz**
Die in Art. 74 Abs. 1 GG aufgezählten Sachgebiete mit Ausnahme der in Art. 72 Abs. 2 GG genannten darf der Bund jederzeit und ohne weitere Voraussetzungen bundesgesetzlich regeln. Eine Kernkompetenz des Bundes ist jedoch im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

bb) **Bedarfskompetenz / Erforderlichkeitskompetenz**
Indes könnte dem Bund eine Bedarfskompetenz zustehen.
Vorliegend könnte die Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, die **öffentliche Fürsorge** einschlägig sein. Die öffentliche Fürsorge ist weit auszulegen und ist dann einschlägig, wenn eine besondere Situation zumindest potentieller Bedürftigkeit besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Erziehen Eltern ihre Kinder zuhause und geben sie nicht in eine Kindertagesstätte, so ist eine Bedürftigkeit für ein derartiges Betreuungsgeld zumindest potentiell gegeben. Mit dem Betreuungsgeld wollte der Gesetzgeber auf die Belastung von Familien mit Kleinkindern und die damit verbundene Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit reagieren.
Weil es sich bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG um eine Bedarfskompetenz handelt, wäre diese jedoch nur dann wirklich einschlägig, wenn eine bundesgesetzliche Regelung gemäß Art. 72 Abs. 2 GG aus den dort genannten Gründen auch **erforderlich** wäre. Die in Art. 72 Abs. 2 GG geregelten Sachgebiete darf der Bund nur dann regeln, wenn ein Erfordernis einer bundesgesetzlichen Regelung besteht. Eine derartige Erforderlichkeit muss am Maßstab des Art. 72 Abs. 2 GG genau geprüft werden. Sind die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nicht erfüllt, so ist die erlassene Regelung formell verfassungswidrig.

(1) **Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet**
Zunächst ist zu prüfen, ob die Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet nach Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG erforderlich sein könnte.

(a) **Definition**
Ein Erfordernis der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse besteht, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet. Das bloße Ziel, bundeseinheitliche Regelungen in Kraft zu setzen, genügt hierfür nicht.

(b) **Vergleich mit Landeserziehungsgeldregelungen**
Das Betreuungsgeld gab es vor der bundesstaatlichen Regelung nur in Bayern, Sachsen und Thüringen. Dies führt jedoch nicht zu einer erheblichen Schlechterstellung von Eltern in jenen Ländern, die solche Leistungen nicht gewähren. Ohnehin könnte das Betreuungsgeld ein bundesweit gleichwertiges Förderungsniveau von Familien mit Kleinkindern schon deshalb nicht herbeiführen, weil keine Anrechnungsvorschrift bezüglich bereits bestehender Landesregelungen existiert, so dass Eltern neben dem Bundesbetreuungsgeld in den drei genannten Ländern weiterhin zusätzlich das Landeserziehungsgeld beziehen könnten (BVerfG, Rn. 37).

(c) **Alternative zur Inanspruchnahme von Betreuung durch Dritte**
BVerfG Rn. 38:
Die Gewährung von Betreuungsgeld ist nicht deshalb nach Art. 72 Abs. 2 GG zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich, weil der Ausbau der Kindertagesbetreuung von Bund und Ländern seit Jahren gefördert und damit diese Form der frühkindlichen Betreuung bereits durch finanzielle Leistung unterstützt wird, so dass es einer Alternative zur Inanspruchnahme von Betreuung durch Dritte bedürfte. Das Merkmal der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse zielt auf den Ausgleich spezifisch föderaler Nachteile der Einwohner einzelner Länder. zur Vermeidung daraus resultierender Gefährdungen des bundesstaatlichen Sozialgefüges, nicht aber auf den Ausgleich sonstiger Ungleichheiten. Wenn die Kleinkindertagesbetreuung durch Dritte stärker gefördert wird als die Betreuung von Kleinkindern im häuslichen Umfeld, so liegt darin jedenfalls kein spezifisch föderaler Nachteil.

(d) **Erforderlichkeit aus schutzrechtlicher Dimension der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 GG**
BVerfG Rn. 39:
Aus den Grundrechten ergibt sich nicht, dass die Gewährung von Betreuungsgeld zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich wäre. In der Begründung des Gesetzentwurfs wurden die schutzrechtliche Dimension des Art. 6 Abs. 1 GG und die Verpflichtung des Staates hervorgehoben, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern. Konkrete Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen lassen sich jedoch aus dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, die Pflege- und Erziehungsleistung der Eltern zu unterstützen, nicht herleiten. Der Bundes- und die Landesgesetzgeber sind verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, eine Leistung der hier in Rede stehenden Art zu gewähren.

(e) **Erhebliche Unterschiede zwischen den Ländern**

BVerfG Rn. 40-43:

Der in der Begründung des Gesetzentwurfs angeführte Umstand, dass bis heute zwischen den Ländern erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Verfügbarkeit öffentlicher und privater Angebote im Bereich der frühkindlichen Betreuung bestehen, vermag die Erforderlichkeit der Einführung des Betreuungsgeldes zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse ebenfalls nicht zu begründen.

Das Betreuungsgeld ist nicht als Ersatzleistung für den Fall ausgestaltet, dass ein Kleinkind keinen Platz in einer Betreuungseinrichtung erhält. Der Anspruch auf Betreuungsgeld setzt nach § 4a BEEG nicht voraus, dass kein öffentlich geförderter Betreuungsplatz verfügbar ist; vielmehr genügt die Nichtinanspruchnahme auch dann, wenn ein Betreuungsplatz vorhanden ist. Das Betreuungsgeld könnte etwaige Engpässe bei der Verfügbarkeit von Betreuungsplätzen auch nicht beheben, da es nicht den gewünschten Betreuungsplatz schafft, sondern eine alternative Förderung bietet, die zudem angesichts der Höhe des Betreuungsgeldes zur Finanzierung eines privaten Betreuungsplatzes bei Weitem nicht ausreichte. Entsprechend hat auch die Bundesregierung schriftlich ausgeführt und in der mündlichen Verhandlung nochmals betont, dass das Betreuungsgeld weder geeignet noch darauf angelegt sei, Unterschiede bei der Verfügbarkeit der Betreuungsplatzangebote im Bereich der frühkindlichen Bildung zu beseitigen. Das Betreuungsgeld habe vielmehr Anerkennungsfunktion.

Vor allem aber ist der Zugang zu öffentlich geförderten Betreuungseinrichtungen für Kleinkinder seit dem Jahr 2013 rechtlich so ausgestaltet, dass jedem Kind, dessen Eltern einen öffentlich geförderten Betreuungsplatz wünschen, ein solcher Platz auch zur Verfügung gestellt werden muss. Nach § 24 Abs. 2 SGB VIII besteht diesbezüglich ein einklagbarer Leistungsanspruch, der nicht unter Kapazitätsvorbehalt gestellt ist. Danach kann das Betreuungsgeld von vornherein nicht auf die Schließung einer Verfügbarkeitslücke gerichtet sein. Dieses Ziel wird vielmehr unmittelbar und effektiv mit der Durchsetzung des Leistungsanspruchs der Eltern verfolgt.

(f) **Zwischenergebnis**

Im Ergebnis lässt sich eine Erforderlichkeit der Regelung nach Art. 72 Abs. 2 GG zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet nicht annehmen.

(2) **Wahrung der Rechtseinheit**

Die Regelung könnte nach Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich sein. Ein Erfordernis der Wahrung der Rechtseinheit besteht, wenn eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.

Eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen bei Nichtregelung besteht nicht. Die Erforderlichkeit liegt deshalb auch zur Wahrung der Rechtseinheit nicht vor.

(3) **Wahrung der Wirtschaftseinheit**
Die Regelung könnte zuletzt nach Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich sein. Ein Erfordernis der Wahrung der Wirtschaftseinheit ist anzunehmen, wenn die bestehenden Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.
Auch derartige Nachteile für die Gesamtwirtschaft sind nicht anzunehmen.

c. **Zwischenergebnis**
Der Bund besaß keine Kompetenz zum Erlass der §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes. Mithin sind die Regelungen bereits wegen Verstoß gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes formell verfassungswidrig.

2. **Verfahren**
Im Übrigen könnte das Zustandekommen der §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes auch gegen die Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes verstoßen haben. Das Gesetzgebungsverfahren für Bundesgesetze besteht aus einem Initiativverfahren (Art. 76 GG), einem Hauptverfahren (Art. 77 ff GG) und einem Abschlussverfahren (Art. 82 GG).

a) **Initiativverfahren**
aa) **Initiativberechtigung**
Gemäß Art. 76 Abs. 1 GG sind die Bundesregierung, die Mitte des Bundestages und der Bundesrat initiativberechtigt. Die Bundesregierung war also nach Art. 76 Abs. 1 Var. 1 GG zur Initiative berechtigt.

bb) **Problem: Initiative wird gleichzeitig dem BTag und Brat zugeleitet und nicht zuerst dem Brat**
Problematisch könnte im vorliegenden Fall aber sein, dass der Gesetzesentwurf gleichzeitig dem Bundestag und dem Bundesrat zugeleitet wurde. Gemäß Art. 76 Abs. 2 GG sind Gesetzesvorlagen der Bundesregierung zunächst dem Bundesrat zuzuleiten, der dazu Stellung nehmen kann („Erster Durchgang"), bevor sie beim Bundestag eingebracht werden.

(1) **Verstoß**
Im vorliegenden Fall wurde die Gesetzesvorlage jedoch direkt dem Bundestag und dem Bundestag gleichzeitig zugeleitet. Ein Verstoß gegen den Art. 76 Abs. 2 GG liegt deshalb grundsätzlich vor.

(2) **Fehlerfolge**

Fraglich ist indes, ob der Verstoß auch beachtlich ist und wie sich dieser auf die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes auswirkt.[1]

(a) **tvA: Der Verstoß führt zu einer Verfassungswidrigkeit des Gesetzes**

Pro: Die **systematische Auslegung** und die differenzierte Struktur des Art. 76 Abs. 2 GG könnten für eine Beachtlichkeit des Verstoßes sprechen, weil die Fälle, in welchen ein Verstoß gegen Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG unbeachtlich ist, ausdrücklich aufgezählt werden.
Nach Art. 76 Abs. 2 S. 4 GG kann die Bundesregierung selbst bei Eilbedürftigkeit nicht dem Bundesrat und dem Bundestag gleichzeitig zuleiten, sondern allenfalls die Vorlage nach nur drei Wochen „Bearbeitungszeit" für den Bundesrat auch in den Bundestag einbringen und die Bundesratsstellungnahme später nachreichen.

Pro: **Vergleich mit dem Verwaltungsrecht**
Zudem findet sich im Grundgesetz keine Norm (wie §§ 45, 46 VwVfG), nach der sich Verstöße im Gesetzgebungsverfahren nicht oder nur bedingt auf die Gültigkeit des Gesetzes auswirken. Dies könnte bedeuten, dass im Verfassungsrecht im Vergleich zu dem Verwaltungsrecht jeder Verstoß im Gesetzgebungsverfahren beachtlich ist.

Pro: **Der Einfluss des Bundesrates muss sichergestellt werden**
Den Bedenken des Bundesrates kann im zweiten Durchgang unter Umständen im Vermittlungsverfahren nicht mehr in vollem Umfang Rechnung getragen werden. Die unterbliebene frühe Beteiligung wirkt sich also zumindest potentiell auf den Inhalt des Gesetzes aus. Beeinflusst ein Verfahrensfehler ein Gesetz auch inhaltlich, dann spricht einiges dafür, den Verfahrensverstoß „durchschlagen" zu lassen. Zusätzlich könnte angeführt werden, dass ohne die Sanktion der Verfassungswidrigkeit das Recht des Bundesrates auf frühzeitige Beteiligung schwieriger durchsetzbar und damit entwertet wäre.

(b) **hM: Verfahrensfehler, die keine Auswirkung auf den Inhalt des zustandegekommenen Rechtsaktes haben, sind für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes selbst ohne Belang**

Pro: **Dienende Funktion des Verfahrensrechts**
Das Grundgesetz und allgemein das öffentliche Recht in Deutschland geht lediglich von einer dienenden Funktion des Verfahrensrechtes aus. Das Verfahren ist vor allem Mittel zum Zweck zum Erlass von

[1] Vergleiche zu einer sehr schönen ausformulierten Darstellung des Problems: *HeidelPräp!* Fall 1 zum Staatsorganisationsrecht. An diesem Fall orientieren sich auch die folgenden Argumente.

verfassungsmäßigen Gesetzen. Ist ein Gesetz materiell verfassungsgemäß, so könnte also die formelle Verfassungswidrigkeit grundsätzlich irrelevant sein.

Pro: Der **Wortlaut** des Art. 76 Abs. 2 GG schreibt zwar vor, dass Gesetzesvorlagen dem Bundesrat zuzuleiten *sind*, was die Nichtigkeitsfolge zwar nahelegt, aber auch für die gegenteilige Auslegung offen ist.

Pro: **Systematische Auslegung**
Die Stellungnahme des Bundesrates bindet den Bundestag nicht und der Bundesrat ist auch nicht verpflichtet, eine Stellungnahme abzugeben. Bei Initiativen aus der Mitte des Bundestages ist die frühe Beteiligung des Bundesrates überhaupt nicht vorgesehen.
Das Grundgesetz selbst nimmt also in Kauf, dass (manche) Gesetzesvorlagen im Bundestag ohne den frühen Einfluss des Bundesrates behandelt werden. Der Verstoß gegen die Vorlagepflicht kann daher zumindest nicht als gravierende Verletzung eines wichtigen Verfassungsgrundsatzes betrachtet werden.

Pro: **Sinn und Zweck** des Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG
Der Bundesrat hat im Rahmen des „zweiten Durchgangs" stets die Möglichkeit, das Vermittlungsverfahren einzuleiten (bei Einspruchsgesetzen) oder seine Zustimmung zu verweigern (bei Zustimmungsgesetzen). Damit ist hinreichender Einfluss des Bundesrates auf den Inhalt der Gesetzgebung sichergestellt. Eine Mitwirkung des Bundesrates wird lediglich auf einen späteren Zeitpunkt verschoben.

(c) **Zwischenergebnis**
Der Verstoß gegen Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG ist nicht von Relevanz.

b) **Hauptverfahren**

aa) **Problem: weniger als 3 Lesungen**
Gleichwohl könnte das Gesetz auch im übrigen verfassungswidrig sein, weil lediglich eine Lesung im Bundestag erfolgte und sodann über den Entwurf abgestimmt wurde.

(1) **Keine Grundgesetz-Regelung**
Das Grundgesetz in seinen Verfahrensvorschriften trifft keine Aussage darüber, in wie vielen Beratungen ein Gesetzesentwurf behandelt werden muss.

(2) **Verstoß gegen § 78 Abs. 1 S. 1 GO BT**
Demgegenüber enthält § 78 Abs. 1 S. 1 Geschäftsordnung des Bundestages

(GO BT) jedoch eine Regelung über die Beratungen über einen Gesetzesentwurf. Gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 GO BT werden Gesetzentwürfe grundsätzlich in drei Beratungen behandelt. Im vorliegenden Fall erfolgte indes nur eine Beratung. Ein Verstoß gegen die GO BT liegt folglich vor.

(3) **Fehlerfolge**
Fraglich ist, wie sich ein Verstoß gegen die GO BT auswirkt und ob dieser die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zur Folge haben kann.[2]

(a) **Innenwirkung der GO BT**
Bei der Geschäftsordnung des Bundestages handelt es sich um eine autonome Satzung, die nur die Mitglieder des Bundestages bindet und grundsätzlich keine Außenwirkung hat. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der GO BT kann deshalb für sich genommen grundsätzlich nicht zur Ungültigkeit eines Gesetzes führen. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG wird nur die förmliche Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem *Grundgesetz* geprüft.

(b) **Impliziter Verstoß gegen das Grundgesetz**
Gleichwohl kann sich ein Verstoß gegen das Grundgesetz implizit ergeben, wenn ein Verstoß gegen die GO BT gleichzeitig eine Verletzung der Beteiligungsrechte der Abgeordneten aus Art. 20 Abs. 2 GG und Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zur Folge hat. Denn selbst wenn einzelne Vorgaben der Geschäftsordnung als solche verfassungsrechtlich nicht zwingend sind, kann doch ein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Vertrauen der Abgeordneten auf die Einhaltung dieser Vorschriften entstehen.
Die Rechte der Abgeordneten bestehen sowohl aus dem **Abstimmungsrecht** im Bundestag nach Art. Art. 42 Abs. 2 GG („Mehrheit der abgegebenen Stimmen") als auch aus dem **Beratungsrecht** nach Art. 42 Abs. 1 GG („verhandelt"). Durch das verkürzte Verfahren könnte es an einer effektiven Beratung fehlen.

Pro: Üblicherweise werden die Gesetzesvorlagen in der ersten Sitzung nur in die Ausschüsse verwiesen. Abgeordnete, denen es nicht möglich ist, an der ersten Beratung teilzunehmen könnten deshalb in ihrem Vertrauen auf die zweite Lesung verletzt sein und ihnen könnte die Möglichkeit genommen werden, Stellung zu der Gesetzesvorlage zu beziehen.

Contra: Es gibt kein schutzwürdiges Vertrauen auf eine zweite Beratung eines Gesetzesentwurfs.
Der Wortlaut des § 80 Abs. 2 S. 1 GO BT sieht die Möglichkeit vor, auf Antrag einer Fraktion oder fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages mit einer Zweidrittelmehrheit der anwesenden Mitglieder zu beschließen, dass die zweite Beratung unmittelbar im Anschluss an die erste erfolgen kann.

[2] Auch dieses Problem orientiert sich an HeidelPräp! Fall 1 zum Staatsorganisationsrecht.

Ein Verstoß gegen das Grundgesetz durch unmittelbare Abstimmung nach der ersten Lesung liegt folglich nicht vor.

bb) **Problem: Beschlussfähigkeit des Bundestages: Einfache Mehrheit oder absolute Mehrheit notwendig?**
Indes könnte das Gesetz im übrigen verfassungswidrig sein, weil lediglich 280 der insgesamt 622 Bundestagsabgeordneten überhaupt anwesend waren und davon nur 260 Abgeordnete für den Gesetzesentwurf gestimmt haben.
Es stellt sich die Frage, ob diese einfache Mehrheit der Anwesenden ausreicht, oder ob vielmehr die absolute Mehrheit aller Bundestagsmitglieder, mithin 311 Stimmen, erforderlich gewesen wären.

Ein wirksamer Gesetzesbeschluss setzt voraus, dass der Bundestag bei der Abstimmung über das Gesetz beschlussfähig war. Die Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Abgeordneten ist im Grundgesetz nicht vorgeschrieben. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG setzt lediglich generell einen Beschluss des Bundestages voraus. Die Regelung der Beschlussfähigkeit ist wiederum der Geschäftsordnung überlassen.

(1) **Kein Verstoß gegen § 45 Abs. 1 GO BT**
Nach § 45 Abs. 1 GO BT ist der Bundestag beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder anwesend sind. Der Begriff der Mehrheit ist in Art. 121 GG definiert als die Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl.
Mit nur 280 von 622 Abgeordneten war der Bundestag daher zur Zeit der Abstimmung nicht gemäß § 45 Abs. 1 GO BT beschlussfähig. Allerdings lässt sich dennoch nicht einfach im Umkehrschluss sagen, dass der Bundestag in diesem Fall nicht beschlussfähig ist. Gemäß § 45 Abs. 2 GO BT muss vielmehr die Beschlussunfähigkeit des Bundestages in einem besonderen Verfahren festgestellt werden. Solange dieses Verfahren nicht durchgeführt worden ist, gilt der Bundestag nach der GO BT als beschlussfähig. Vorliegend hat keiner der Abgeordneten die Feststellung der Beschlussunfähigkeit angeregt. Ein Verstoß gegen die Geschäftsordnung liegt damit nicht vor.

(2) **Impliziter Verstoß gegen das Grundgesetz?**
Gleichwohl könnte ein impliziter Verstoß gegen das Grundgesetz vorliegen. So wie ein Verstoß gegen die GO BT aus den dargelegten Gründen jedenfalls nicht ohne Weiteres zugleich einen Verfassungsverstoß impliziert, so bedeutet umgekehrt die Übereinstimmung eines Beschlusses mit der GO BT noch nicht zwingend, dass er auch verfassungskonform ist.
Es erscheint fraglich, ob eine Beschlussfassung mit derart geringer Beteiligung mit dem **Prinzip der repräsentativen Demokratie** vereinbar ist.

Pro: Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt, dass für einen Beschluss des Bundestages die Mehrheit der abgegeben Stimmen erforderlich ist, soweit das

Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Mit 260 Stimmen der 280 Anwesenden wurde die Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewahrt.

Contra:
Das Demokratieprinzip verlangt, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Um die im System der repräsentativen Demokratie getroffenen Entscheidungen an das Volk rückzukoppeln und demokratisch legitimieren zu können, ist grundsätzlich die Mitwirkung aller Abgeordneten bei der Willensbildung des Parlaments gefordert.

Pro:
Im Zuge der unvermeidlichen Spezialisierung und Arbeitsteilung fallen die Sachentscheidungen ohnehin typischerweise in den **Ausschüssen**. In ihnen vollzieht sich ein wesentlicher Teil des Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses des Bundestages. Die Auffassungen der Abgeordneten, die der Schlussabstimmung fernbleiben, fließen zudem über die **Fraktionen** in die parlamentarische Willensbildung ein. Unter diesen Umständen spricht eine Vermutung für eine ausreichende Repräsentation.

Contra:
Ausschussberatungen haben im vorliegenden Fall gar nicht stattgefunden. Ein wesentlicher Teilabschnitt der parlamentarischen Entscheidungsbildung fehlt also vollständig.

Pro:
Der Bundestag ist ein Arbeitsorgan. Aufgabe der Abgeordneten ist es nicht nur, sich an Gesetzesbeschlüssen zu beteiligen, sondern ebenfalls die Rückbindung zum Volk durch Besuche im Wahlkreis und Veranstaltungen mit den eigenen Wählern zu sichern. Deshalb liegt es in der Natur der Sache, dass nicht immer bei jedem Gesetzesbeschluss alle Abgeordneten der Abstimmung beiwohnen können.

Im Ergebnis wird ein Verstoß gegen das Prinzip der repräsentativen Demokratie aufgrund geringer Beteiligung an dem Gesetzesbeschluss abgelehnt.

cc) **Zwischenergebnis**
Die Fehler im Gesetzgebungsverfahren sind nicht beachtlich. Die Verstöße gegen Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG und gegen § 78 Abs. 1 S. 1 GO BT haben für sich genommen nicht die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zur Folge. Ein Verstoß gegen das Prinzip der repräsentativen Demokratie scheidet ebenfalls aus. Gleichwohl ist das Gesetz bereits wegen Verstoß gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes formell verfassungswidrig.

c) **Abschlussverfahren**
Fehler im Abschlussverfahren sind nicht ersichtlich.

3. **Form**
Auch ein Formfehler ist nicht einschlägig.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit
Es ist nicht ersichtlich, dass die Regelungen auf materieller Ebene gegen das Grundgesetz verstoßen könnte. Weil das Gesetz jedoch bereits formell verfassungswidrig ist, ändert auch eine materielle Verfassungsmäßigkeit nichts mehr an seiner Verfassungswidrigkeit.

C. Entscheidung
Gemäß § 78 S. 1 BVerfGG erklärt das BVerfG das Gesetz für nichtig, wenn es zu der Überzeugung kommt, dass das Gesetz mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist. Im vorliegenden Fall verstoßen die Regelungen der §§ 4a-d des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes, weshalb die Regelungen formell verfassungswidrig sind. Das BVerfG wird diese deshalb für nichtig erklären.

[*Anmerkung*: Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 21.07.2015 das Betreuungsgeld wegen Verstoß gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes für formell verfassungswidrig erklärt. Die Probleme aus dem Gesetzgebungsverfahren waren im Originalfall nicht vorhanden, sondern wurden diesem Fall aus didaktischen Gründen hinzugefügt.]