



## **Sachverhalt**

### **– Bezuschusste Betreuung –**

Wenige Monate vor Ende der aktuellen Legislaturperiode möchte die Bundesregierung noch ein Gesetz einbringen, welches den jungen Familien in Deutschland die selbstständige Betreuung ermöglicht und diesen Ansatz unterstützt. Sie entwirft daher das Betreuungsgeldgesetz (BGG), dessen Entwurf durch die die Regierung tragende Fraktion in den Bundestag eingebracht und auch in diesem beraten wird.

Während der Beratungen bringt der Abgeordnete H der Regierungskoalition bei der Vorstellung des Entwurfs in der ersten Lesung die näheren Gründe des BGG vor: Die Familien Deutschlands müssen angemessen unterstützt werden, wenn sie keinen Betreuungsplatz trotz Anspruchs gem. § 24 Abs. 2 SGB VIII erhalten. Schließlich kommen möglicherweise hohe Kosten auf sie zu, wenn beide Elternteile berufstätig sind und ein:e Tagesvater:mutter oder ähnliche Betreuungskonzepte genutzt werden müssen. Genau dann muss jedoch für eine echte Wahlfreiheit in den Angeboten gesorgt werden, die allen Familien unabhängig von ihrem Einkommen zustehen soll. Die Flexibilität des Familienlebens dürfe nicht durch mangelnde Unterstützung seitens des Staates behindert werden. Außerdem spricht für eine Umsetzung des BGG, dass es bereits Landesgesetze in den Ländern X, Y und Z zu dieser Situation gibt und somit eine ungleiche Regelungslandschaft in Deutschland besteht.

Hinzu kommt, dass die Umsetzung des BGG nicht isoliert, sondern im Gesamtpaket mit den Umsetzungen durch das Kinderförderungsgesetz – wodurch neben dem Ausbau von Kindertagesstätten auch der Anspruch gem. § 24 Abs. 2 SGB VIII umgesetzt wurde – zu sehen ist. Die Absicht für das untrennbare Gesamtpaket habe bereits bei Inkrafttreten des Kinderförderungsgesetzes im Jahr 2008 bestanden. Die gemeinsam verabschiedete Agenda dürfe mithin nicht ignoriert werden.

Nach den zwei Beratungstagen im Bundestag ergibt die Abstimmung trotz einer regen Diskussion ein positives Ergebnis von 535 Ja-Stimmen und 200 Nein-Stimmen. Auch die nachfolgende Behandlung durch den Bundesrat erfolgt reibungslos: Der Bundesrat beschließt einstimmig, keine Einwände gegen das BGG zu erheben und verkündet: „Wir stimmen dem



## **LEO Repetitorium Staatsrecht I**

Juristenfakultät Universität Leipzig

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

Erlass des Betreuungsgeldgesetzes ausdrücklich zu. Ein derartiges Gesetz ist im Interesse aller Länder.“ Kurz darauf wird das BGG durch die zuständigen Organe ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet.

Frau M beantragt Betreuungsgeld auf Grundlage des BGG bei der zuständigen Behörde. Diese gewährt M das Betreuungsgeld nicht. Daraufhin wendet sich M an das zuständige Sozialgericht und macht geltend, dass sie nach dem BGG einen Anspruch auf das Betreuungsgeld habe.

Die in dem Fall zuständige Kammer des Sozialgerichts ist zwar der Ansicht, dass M nach dem BGG einen Anspruch auf Betreuungsgeld hätte, hält das BGG jedoch für verfassungswidrig. Sie ist der Ansicht, dass dem Bund die Zuständigkeit zum Erlass des BGG fehle. Es gebe bereits einen einklagbaren Anspruch auf einen Kindertagesstättenplatz gibt. Anstatt die Familien bei der eigenen Betreuung zu bezuschussen, wäre es hilfreicher gewesen, den Ausbau von Kindertagesstätten zu fördern. Mithin könne die Kammer nicht nachvollziehen, wie die finanzielle Unterstützung der öffentlichen Fürsorge diene. Es bestand zudem keine Gefahr, dass Familien in den Ländern, in denen es keine Regelungen für ein Betreuungsgeld gab, deutlich schlechter gestellt waren. Zudem übersah der Gesetzgeber, dass es für eine Vielzahl von Familien keiner Unterstützung bedarf. Jene, die über ausreichende Mittel verfügen, könnten das Betreuungsgeld ebenso einfordern wie mittellose Familien. Die Kammer sieht deshalb die Regelungshoheit der Länder, die zugleich für Regelungsvielfalt zuständig ist, als verletzt an. Außerdem ist sie der Ansicht, dass der Bundesrat seine Kompetenzen überschritten hat.

Das Sozialgericht beschließt daher das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des BB einzuholen.

### **Aufgabe: Wie wird das BVerfG entscheiden?**

**Bearbeitungsvermerk:** Gehen Sie auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein. Die Bearbeitung der Begründetheit ist auf eine formelle Prüfung zu beschränken.



## Gliederung

### – Bezuschusste Betreuung –

A.	Zulässigkeit .....	1
I.	Vorlageberechtigung .....	1
II.	Prüfungsgegenstand .....	1
III.	Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit .....	2
IV.	Entscheidungserheblichkeit .....	2
V.	Ordnungsmäßigkeit des Antrags .....	2
VI.	Ergebnis .....	2
B.	Begründetheit .....	2
I.	Formelle Verfassungsmäßigkeit .....	3
1.	Gesetzgebungskompetenz .....	3
a)	Grundsatz: Art. 70 Abs. 1, 30 GG .....	3
b)	Ausschließliche Bundeskompetenz, Art. 71, 73 GG .....	3
c)	Konkurrierende Bundeskompetenz, Art. 72, 74 GG .....	3
aa)	Vorliegen eines Titels aus dem Kompetenzkatalog .....	3
bb)	Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG .....	4
(1)	Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG .....	4
(2)	Wahrung der Rechtseinheit, Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG .....	6
(3)	Wahrung der Wirtschaftseinheit, Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG .....	6
cc)	Ergebnis .....	7
d)	Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen .....	7
e)	Ergebnis .....	8
Beginn	Hilfsgutachten .....	8
2.	Gesetzgebungsverfahren .....	8
a)	Initiativverfahren .....	8
aa)	Initiativberechtigung .....	9
bb)	Zuleitungsverfahren .....	9
b)	Beratung und Beschlussfassung im Bundestag .....	10



c) Verfahren im Bundesrat .....	11
3. Form.....	11
Ende Hilfsgutachten .....	11
4. Zwischenergebnis .....	11
II. Zwischenergebnis.....	12
C. Gesamtergebnis und Entscheidung des BVerfG .....	12



## Lösung

### – Bezuschusste Betreuung –

**Anmerkung:** Der Fall basiert auf den kompetenziellen Problemen bei der Umsetzung des Betreuungsgeldes durch das Betreuungsgeldgesetz vom 15.02.2013, welches durch das BVerfG hinsichtlich der §§ 4a bis 4d für nichtig erklärt wurde, BVerfGE 140, 65.

Das BVerfG wird gemäß § 82 I i.V.m. § 78 BVerfGG das BGG für nichtig erklären, wenn die durch das Sozialgericht angeregte konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG i.V.m. §§ 13 Nr.11, 80 ff. BVerfGG zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Zunächst müsste die Vorlage zulässig sein.

##### I. Vorlageberechtigung

Das Sozialgericht müsste gemäß Art. 100 I GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG vorlageberechtigt sein. Vorlageberechtigt und -verpflichtet sind gemäß Art. 100 I GG Gerichte. Gericht i. S. d. Art. 100 I GG ist jeder sachlich unabhängige Spruchkörper, den ein formelles Gesetz mit den Aufgaben eines Gerichts betraut und als Gericht bezeichnet.<sup>1</sup> Das Sozialgericht erfüllt diese Voraussetzungen (vgl. § 1 und § 2 SGG) und wird als solches durch eine Kammer (vgl. § 12 I SGG) repräsentiert. Das Sozialgericht ist mithin vorlageberechtigt.

##### II. Prüfungsgegenstand

Weiter bedarf es eines zulässigen Prüfungsgegenstandes. Zulässiger Prüfungsgegenstand sind nach Art. 100 I GG „Gesetze“. Hierunter zählt grundsätzlich nur formelles und nachkonstitutionelles Bundes- oder Landesrecht. Bei dem BGG handelt es sich um ein formelles und nachkonstitutionelles Bundesgesetz. Ein tauglicher Prüfungsgegenstand liegt damit ebenfalls vor.

---

<sup>1</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.01.1957 – 1 BvL 4/54 = BVerfGE 6, 55 (63).



### III. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Das Gericht müsste gemäß Art. 100 I GG von der Verfassungswidrigkeit des vorgelegten Gesetzes überzeugt sein („hält“). Bloße Zweifel reichen nicht aus.<sup>2</sup> Die zuständige Kammer des Sozialgerichts hält das BGG für verfassungswidrig. Somit ist die genannte Voraussetzung erfüllt.

### IV. Entscheidungserheblichkeit

Weiterhin müsste die Frage der Wirksamkeit des vorgelegten Gesetzes entscheidungserheblich sein. Entscheidungserheblichkeit ist gegeben, wenn das Gericht bei Gültigkeit der Norm anders zu entscheiden hätte als bei ihrer Ungültigkeit. Vorliegend stünde der M bei Gültigkeit des BGG ein Anspruch auf das Betreuungsgeld zu. Ist das BGG jedoch ungültig, könnte das Gericht der M keinen Anspruch auf Betreuungsgeld zusprechen. Demnach ist die Frage, ob das BGG wirksam ist, entscheidungserheblich.

### V. Ordnungsmäßigkeit des Antrags

Mangels entgegenstehender Angaben kann davon ausgegangen werden, dass das Gericht die Formvorschriften der §§ 23 I, 80 II BVerfGG gewahrt hat.

**Anmerkung:**

*Eine Frist ist nicht einzuhalten.*

### VI. Ergebnis

Die Vorlage ist zulässig.

### B. Begründetheit

Die Vorlage ist begründet, wenn das BGG in formeller oder materieller Hinsicht gegen das Grundgesetz verstößt.

---

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 05.04.1989 – 2 BvL 1/88, 2 BvL 2/88, 2 BvL 3/88 = BVerfGE 80, 54 (59).



## I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste der Bund nach den Kompetenzregelungen des Grundgesetzes zuständig gewesen und der Entwurf verfassungsgemäß beschlossen, gegengezeichnet, ausgefertigt und verkündet worden sein.

### 1. Gesetzgebungskompetenz

Zunächst müsste eine Kompetenz des Bundes bestehen.

#### a) Grundsatz: Art. 70 Abs. 1, 30 GG

Grundsätzlich liegt die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 70 Abs. 1, 30 GG bei den Ländern. Im Rahmen einer ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gem. der Art. 71, 73 bzw. 72, 74 GG kann jedoch der Bund für den Erlass des Gesetzes zuständig sein.

#### b) Ausschließliche Bundeskompetenz, Art. 71, 73 GG

Eine ausschließliche Bundeskompetenz ist nicht ersichtlich.

#### c) Konkurrierende Bundeskompetenz, Art. 72, 74 GG

##### aa) Vorliegen eines Titels aus dem Kompetenzkatalog

Als möglicher Kompetenztitel im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz kommt lediglich Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG – die öffentliche Fürsorge – in Betracht. Ein Fall der öffentlichen Fürsorge ist gegeben bei der kollektiven Unterstützung der individuellen Bedürftigkeit.<sup>3</sup> Sie betrifft daher oftmals Bereiche, die durch eine sog. „klassische Fürsorge“<sup>4</sup> geprägt sind, z. B. Altenpflege<sup>5</sup> oder Maßnahmen des Jugendschutzes und der Jugendpflege (Betreuung, politische Bildung, usw.)<sup>6</sup>. Dabei muss die Bedürftigkeit entweder bereits vorliegen oder durch eine besondere Situation mit zumindest potentieller Bedürftigkeit gegeben sein; ein abstraktes Vorliegen reicht hier allerdings aus.<sup>7</sup> Eine potentielle Bedürftigkeit ist bereits

---

<sup>3</sup> Seiler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 74 Rn. 23.

<sup>4</sup> Unter der klassischen (öffentlichen) Fürsorge ist jegliche Förderung und Unterstützung einzuordnen, welche der sozialen Sicherung dient - vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 74, Rn. 114; Mroczynski, in: ders., SGB I, 6. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30.

<sup>5</sup> BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 106, 62 (133).

<sup>6</sup> Ewer, NJW 2012, 2251 (2251).

<sup>7</sup> Ewer, NJW 2012, 2251 (2251).



dann gegeben, wenn Bereiche von einer nur typisierend bezeichneten und nicht notwendig akuten Bedarfslage gezeichnet sind, welche mit besonderen Belastungen der Lebenssituation einhergehen.<sup>8</sup> Der Begriff der öffentlichen Fürsorge ist also insgesamt weit auszulegen.<sup>9</sup> Als Beispiele für Regelungen zum Zwecke der Fürsorge auf dem Gebiet der Erziehung und Kinderbetreuung können jene Normen zur Förderung von Kindern geschaffene Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (§§ 22 ff. SGB V) dienen.<sup>10</sup>

Zweck des BGG ist die Förderung von Familien, welche keinen Kita-Platz dem Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII entsprechend erhalten haben und die Betreuung des Kindes selbst vornehmen müssen. Mit dem Betreuungsgeld soll die potentielle (finanzielle) Belastung aufgehoben oder zumindest abgemildert werden. Der hier betroffenen Personengruppe bzw. dem Lebenssachverhalt (junge Familien ohne Betreuungsplatz) droht eine potentielle Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit, welche der Fürsorge entspricht. Mithin kann das Gebiet der Kinderbetreuung allgemein der klassischen Fürsorge zugeordnet werden. Im Ergebnis ist daher die „öffentliche Fürsorge“ i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu bejahen.

## **bb) Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG**

Zusätzlich zum Kompetenztitel des Art. 74 GG müssen die besonderen Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein, da es sich bei dem möglichen Kompetenztitel um einen der in Art. 72 Abs. 2 GG genannten handelt. Daher sind nachfolgend die einzelnen Varianten anzusprechen.

### **(1) Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG**

Ein Gesetz dient der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, wenn die unterschiedlichen Lebensverhältnisse in den Ländern durch unterschiedliche Regelungen zu einer Bedrohung oder Belastung des bundesstaatlichen Sozialgefüges führen, z. B. Divergenz oder ähnliche Phänomene.<sup>11</sup> Das Sozialgefüge stellt dabei den Inbegriff aller Sozialfaktoren dar, die das menschliche Dasein beeinflussen.<sup>12</sup> Die divergierende Entwicklung muss konkret vorliegen

---

<sup>8</sup> BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65.

<sup>9</sup> BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 4, 5/92 = BVerfGE 88, 203 (329 f.); BVerfG, Beschl. v. 10.03.1998 – 1 BvR 178/97 = BVerfGE 97, 332 (341); Ewer, NJW 2012, 2251 (2251).

<sup>10</sup> So ähnlich BVerfG, Urt. v. 07.07.1992 – 1 BvL 51/86, 50/87, 1 BvR 873/90, 761/91 = BVerfGE 87, 1 (33 f.) zum Kindererziehungsleistungsgesetz.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 106, 62 (144).

<sup>12</sup> Ewer, NJW 2012, 2251 (2253).





oder sich deutlich abzeichnen.<sup>13</sup> Nicht ausreichend sind rein regionale Unterschiede.<sup>14</sup> Daraus resultiert das Bedürfnis der Regelung durch den Bund i. S. e. Erforderlichkeit.<sup>15</sup> Die Maßnahme in Form des Gesetzes muss sich sowohl zur Gefahrenbeseitigung eignen (Stufe 1) als auch der Eingriff durch die Maßnahme notwendig sein (Stufe 2).<sup>16</sup> Die Schwelle für eine Bundeskompetenz ist daher hoch und nur in Ausnahmefällen überschreitbar.<sup>17</sup>

Vorliegend bestehen bereits vereinzelte Regelungen durch die Länder X, Y und Z, welche auf die Regelungsvielfalt zurückzuführen sind. In diese soll der Bund gerade nicht i. S. d. Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG eingreifen: Der Zweck des Art. 72 Abs. 2 GG sei gerade die Stärkung der Position der Länder.<sup>18</sup> Die Regelung durch den Bund stellt nur eine Ausnahme dar, entsprechend des Wortlautes der Norm. Dass in drei Ländern bereits Regelungen existieren, führt daher nicht zur Notwendigkeit des Einschreitens durch den Bund.

Konkrete Gefahren für Eltern ohne Betreuungsplatz sind ebenfalls nicht gegeben: Eine bloße Verbesserung der bestehenden Lebenssachverhalte durch finanzielle Unterstützung dient zwar der Fürsorge, ist aber nicht hinreichend erforderlich zur Gefahrenbeseitigung.

Mithin führt die gleiche Finanzierung ungleicher Lebenssachverhalte nicht zur Herstellung gleicher, sondern hier vielmehr zur Unterstützung ungleicher Sachverhalte.<sup>19</sup> Dies zeigt sich insbesondere in der doppelten Unterstützungsmöglichkeit für Einwohner:innen in den Ländern mit bereits bestehender landesrechtlicher Regelung.<sup>20</sup> Würden die Landes- und die Bundesregelungen nebeneinander fortbestehen, käme es in den Bundesländern X, Y und Z zu einer doppelten Begünstigung und damit zu einem Ungleichgewicht auf Bundesebene.

Ferner ergibt sich keine Erforderlichkeit aus einer Verpflichtung zur Gewährleistung eines individuellen Betreuungsangebots durch den Staat i. S. e. grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Wenn die Eltern die bewusste Entscheidung für heimische Betreuung der Kinder treffen, entspricht dies der Grundrechtsausübung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG und zugleich

---

<sup>13</sup> BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65.

<sup>14</sup> Seiler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 72 Rn. 12.

<sup>15</sup> Seiler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 72 Rn. 14.2.

<sup>16</sup> So Ewer, NJW 2012, 2251 (2254).

<sup>17</sup> Ewer, NJW 2012, 2251 (2252).

<sup>18</sup> So auch Ewer, NJW 2012, 2251 (2253).

<sup>19</sup> So am Beispiel erläuternd Ewer, NJW 2012, 2251 (2252 f).

<sup>20</sup> So auch BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65.



einem Verzicht der öffentlich geförderten Kinderbetreuung, schließlich steht Letztere allen offen.<sup>21</sup>

In der Gesamtschau sind daher die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG nicht erfüllt. Andere Ansicht vor dem Hintergrund der BVerfG-Entscheidung kaum vertretbar.

## (2) Wahrung der Rechtseinheit, Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG

**Aufbautechnischer Hinweis:** Art. 72 Abs. 2 Var. 2 und 3 GG können auch gemeinsam geprüft werden. Da zwischen beiden Varianten jedoch unterschiedliche Schwerpunkte bestehen, eignet sich hier eine getrennte Prüfung.

Gesetze zur Wahrung der Rechtseinheit haben den Zweck, eine Rechtszersplitterung sowie daran anknüpfende problematische Folgen zu verhindern.<sup>22</sup> Die Vielfalt einzelner landesrechtlicher Regelungen soll jedoch nicht beschnitten werden. Schutzgut ist mithin die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung, nicht die formale Einheitlichkeit derselben.<sup>23</sup>

Vorliegend erscheint eine einheitliche Regelung überflüssig, da schon keine Rechtszersplitterung durch Gesetze in den Ländern X, Y und Z herrscht. Hier besteht, insbesondere durch Art. 72 Abs. 2 GG geschützt, eine Vielfalt und Regelungshoheit der Länder i. S. d. Art. 70 Abs. 1, 30 GG, welche vorrangig ist. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz. Daher liegt auch Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG nicht vor.

## (3) Wahrung der Wirtschaftseinheit, Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG

Ein Gesetz zur Wahrung der Wirtschaftseinheit liegt vor, wenn sich die unterschiedlichen Regelungen der Länder auf die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraumes auswirken, Letztgenannte also durch bundeseinheitliche Regelungen zu erhalten ist.<sup>24</sup> Bundeseinheitliche Regelungen können sich hierbei auch auf einen Wirtschaftssektor beschränken.<sup>25</sup> Die Umsetzung

---

<sup>21</sup> BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65.

<sup>22</sup> BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 106, 62 (144).

<sup>23</sup> Seiler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 72 GG Rn. 13 f. Dafür spricht auch der Wortlaut der „Einheit“ ≠ Einheitlichkeit.

<sup>24</sup> BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 106, 62 (144).

<sup>25</sup> Seiler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 72 Rn. 14.1 f.



des BGG wirkt sich jedoch nicht entscheidend auf die Funktionsfähigkeit oder andere Eigenschaften des Wirtschaftsraumes aus. Mithin war das Betreuungsgeld zu keiner Zeit Voraussetzung für das Bestehen des Wirtschaftsraumes.<sup>26</sup> Das BGG dient damit auch nicht der Wahrung der Wirtschaftseinheit i. S. d. Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG.

### **cc) Ergebnis**

Eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 72 Abs. 1, Abs. 2 GG liegt damit nicht vor

### **d) Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen**

Möglicherweise könnte sich der Bund hier jedoch auf eine der ungeschriebenen Gesetzgebungskompetenzen berufen. Anhand der inhaltlichen Nähe und des ähnlichen Regelungskomplexes des Kinderförderungsgesetzes oder des Elterngeldgesetzes könnte hier die Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs in Betracht kommen.

Diese ist sodann gegeben, wenn der Bund eine ausdrücklich zugewiesene Materie nicht regeln kann, ohne eine weitere Materie zugleich mitzuregeln, der Übergriff in eine Materie, für die der Bund nicht zuständig ist, also eine unerlässliche Voraussetzung darstellt.<sup>27</sup> Zwar besteht eine Bundeskompetenz für das KinderförderungsgG gem. Art 74 Abs. 1 Nr. 7, 72 Abs. 1, Abs. 2 GG, jedoch musste der Bereich der heimischen Kinderbetreuung nicht zwangsläufig mit geregelt werden. Der Gegenstand des Kinderförderungsgesetzes, die Einrichtung und der Ausbau von Kindertagesstätten einschließlich eines Rechtsanspruchs auf einen Betreuungsplatz, besteht unabhängig von einer heimischen Betreuungsmöglichkeit. Der Übergriff in eine weitere Materie ist daher nicht notwendig. Mithin besteht zu den Regelungen zum Elterngeld kein inhaltlicher Bezug, da diese nur Lohnersatzleistungen darstellen und nicht unmittelbar der Fürsorge i. S. e. Jugendpflege dienen.<sup>28</sup> Eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs entfällt somit.

---

<sup>26</sup> BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65.

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65 mwN.

<sup>28</sup> Vgl. Ewer, NJW 2012, 2251 (2255).



Anstatt einen eigenständigen, ungeschriebenen Kompetenztitel zu entwickeln, ist es ebenfalls vertretbar, das Modell des untrennbaren Gesamtkonzepts auch im Rahmen des Sachzusammenhangs anzusprechen.

Möglicherweise könnte aber unter dem Stichwort des untrennbaren Gesamtkonzepts ebenfalls eine ungeschriebene, dem Sachzusammenhang ähnliche Kompetenz bestehen. Sollte diese Erwägung möglich sein, so müssten die Förderinstrumente (hier: Betreuungsgeld und Kinderförderungsgesetz zur Umsetzung der Kita-Plätze) in einem sachlichen Unteilbarkeitsverhältnis stehen. Fehlt eines der Instrumente, müsse die Tragfähigkeit der Gesamtkonstruktion zumindest gefährdet sein. Wegen der Nähe sind daher Grundsätze der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs anzuwenden.<sup>29</sup> An einer Gesetzgebungskompetenz für das Kinderförderungsgesetz fehlt es zwar nicht, jedoch besteht kein starker inhaltlicher Zusammenhang zwischen den Gesetzen, insbesondere ersichtlich an dem großen Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten beider Gesetze. Überdies kommt die Förderung nach dem Kinderförderungsgesetz unmittelbar den Kindern in Form der Betreuung zu, nach dem BGG nur mittelbar über die Eltern in finanzieller Form. Eine Untrennbarkeit besteht damit auch nicht, wie teilweise in der Diskussion im Bundestag erwähnt.

### e) Ergebnis

Damit fehlt es insgesamt an einer Gesetzgebungskompetenz für den Bund bzgl. des BGG. Das BGG ist mithin formell verfassungswidrig.

**Anmerkung:** Die folgende Prüfung ist daher hilfsgutachtlich vorzunehmen, da schon aus dem Mangel der Kompetenz die formelle Verfassungswidrigkeit folgt.

---

## Beginn Hilfsgutachten

---

### 2. Gesetzgebungsverfahren

#### a) Initiativverfahren

Zunächst müsste das Initiativverfahren verfassungsgemäß durchlaufen worden sein.

---

<sup>29</sup> BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 = BVerfGE 140, 65.



## aa) Initiativberechtigung

Initiativberechtigt sind gem. Art. 76 Abs. 1 GG die Bundesregierung, der Bundesrat sowie die Mitte des Bundestages. Vorliegend reicht die die Regierung tragende Fraktion den Entwurf zur Beratung ein, sodass einzig die Zuordnung zur „Mitte des Bundestages“ möglich erscheint. Die Verfassung erläutert den Begriff an keiner Stelle, weshalb auf § 76 Abs. 1 GOBT als Auslegungshilfe zurückzugreifen ist.<sup>30</sup> Gemäß § 76 Abs. 1 GOBT ist unter der Mitte des Bundestages das Einreichen durch eine Fraktion oder mindestens fünf Prozent der Abgeordneten zu verstehen. Da vorliegend eine Fraktion den Entwurf zum BGG einreicht, wurde die Initiative durch ein berechtigtes Organ eingebracht.

## bb) Zuleitungsverfahren

In der Regel werden gem. Art. 76 Abs. 2, Abs. 3 GG durch die Zuleitung des Entwurfs die jeweils anderen, in Art. 76 Abs. 1 GG genannten Organe beteiligt und um Stellungnahme gebeten. Abs. 2 und 3 regeln das Zuleitungsverfahren jedoch nur für Gesetzesinitiativen durch den Bundesrat oder die Bundesregierung. Fraglich ist daher zunächst, ob das Einbringen eines Regierungsentwurfs durch die die Regierung tragende Fraktion, ohne diesen an den Bundesrat zuzuleiten, eine zulässige Verfahrenspraxis oder aber eine unzulässige Umgehung des Bundesrates „im ersten Durchgang“ darstellt.<sup>31</sup> Gegen ein solches Vorgehen spricht die ungleiche Beteiligung der Organe. Würden sie nicht ordnungsgemäß am Gesetzgebungsverfahren beteiligt, könnten ihre Einwände und Änderungsbegehren zum Entwurf nicht gehört werden.<sup>32</sup> Der Verfahrensverstöß begründet jedoch nicht unmittelbar die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, sondern nur beim Vorliegen folgender Voraussetzungen: Erstens muss ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes und nicht bloß gegen solche der Geschäftsordnungen vorliegen, zweitens müssen die Vorschriften zwingend bzw. wesentlich sein und nicht nur reine Ordnungsvorschriften.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Kaum vertretbar ist es hingegen, § 76 Abs. 1 GOBT als Verengung des Wortlautes der Verfassung zu sehen und damit die Verfassungswidrigkeit der GOBT festzustellen. So *Mann*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 76, Rn. 10 f. Zur Problematik ausführlich *Elicker*, JA 2005, 513 (513 f).

<sup>31</sup> *Nolte*, JURA 2000, 158 (160).

<sup>32</sup> So bei einer Umgehung des Bundesrates *Dietlein*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 76 Rn. 32.

<sup>33</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.05.1977 – 2 BvR 705/75 = BVerfGE 44, 308 (313).



Die Zuleitungspflicht wird vorliegend aus Art. 76 II, III GG hergeleitet. Es handelt sich somit um Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes.

Gegen die Wesentlichkeit der Bestimmung spricht jedoch, dass die potenziell verletzten Organe erst später bindend in das Gesetzgebungsverfahren einbezogen werden, z. B. durch Art. 77 Abs. 2a, Abs. 3 GG. Ihnen steht damit noch eine ausreichende Möglichkeit der Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren zu. Die Zuleitungspflicht ist somit eine reine Ordnungsvorschrift.

Eine fehlende Beteiligung im ersten Durchgang ist daher zwar als Verfahrensverstöß zu werten, dieser kann jedoch keine Verfassungswidrigkeit des BGG begründen.

Das BGG ist damit in diesem Punkt trotz des Verfahrensverstößes formell verfassungsgemäß.

**Anmerkung:** Eine andere Ansicht ist hier ebenso vertretbar, sofern in der Argumentation darauf abgestellt wird, dass hinsichtlich des Bundesrates der „erste Durchlauf“ eine entscheidende Rolle spielt. Schließlich kann bereits dann der Bundesrat auf den Entwurf einwirken, die spätere Arbeit am Entwurf also vereinfachen und Änderungen bereits vor Beschluss durch den Bundestag einbringen. In der Folge ist dann allerdings das Gesetz an dieser Stelle bereits formell verfassungswidrig, die weitere Prüfung daher in einem (weiteren) Hilfsgutachten vorzunehmen.

## b) Beratung und Beschlussfassung im Bundestag

Des Weiteren müsste der Entwurf des BGG im Bundestag ordnungsgemäß beraten und beschlossen worden sein. Dies bestimmt sich nach Art. 77 Abs. 1 GG. Während bezüglich der Beschlussfassung keine Zweifel ersichtlich sind, könnte jedoch die Anzahl der Sitzungen im Bundestag problematisch sein. Der Wortlaut des Art. 77 GG schweigt hierzu und spricht lediglich von der Beschlussfassung. Aus dem Demokratieprinzip folgt jedoch die Notwendigkeit der intensiven Befassung mit der Vorlage.<sup>34</sup> Die genaue Anzahl der Lesungen ist dagegen nicht davon umfasst.<sup>35</sup> Anhaltspunkt kann also auch hier nur die GOBT sein, in welcher der Bundestag die eigene Verwaltungs- und Verfahrenspraxis gem. Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt.<sup>36</sup> Gemäß § 78 Abs. 1 Alt. 1 GOBT sind drei Beratungen der Regelfall, Ausnahmen ergeben sich jedoch beispielsweise aus § 78 Abs. 1 Alt. 2 GOBT oder § 81 Abs. 1

<sup>34</sup> So Dietlein, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 77 Rn. 8.

<sup>35</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68 = BVerfGE 29, 221 (234).

<sup>36</sup> Brocker in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 47. Ed. 2021, Art. 40 Rn. 23.



S. 1 GOBT. Vorliegend ist das BGG nach nur zwei Beratungen beschlossen worden und liegt somit außerhalb des Regelfalls des § 78 Abs. 1 1 Alt. 1 GOBT. Eine geeignete Ausnahmeregelung ist soweit nicht ersichtlich. Damit liegt ein Verstoß gegen die GOBT vor. Ein solcher Verstoß führt allerdings mangels ausdrücklicher Regelung im GG nicht gleichzeitig zu einem Verfassungsverstoß.<sup>37</sup> Dies wäre lediglich dann der Fall, wenn einzelne Organe übergangen würden. Erst dann könnte ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip angenommen werden. Da dies hier jedoch nicht der Fall ist, ergibt sich damit, dass das BGG auch in diesem Punkt verfassungsgemäß ist.

### c) Verfahren im Bundesrat

Des Weiteren müsste die Vorlage des BGG auch nach der Beschlussfassung verfassungsgemäß durch den Bundesrat bestätigt worden sein. Die Handlungsweise des Bundesrates hängt jedoch davon ab, ob es sich bei dem vorliegenden Gesetz um ein Einspruchs- oder Zustimmungsgesetz handelt. Der Fall des Einspruchsgesetzes stellt dabei den Regelfall dar; Zustimmungsgesetze bedürfen einer ausdrücklichen Regelung.<sup>38</sup> Da keine ausdrückliche Zustimmungsbedürftigkeit durch das GG ersichtlich ist, kommt vorliegend nur die Möglichkeit des Einspruchs durch den Bundesrat in Betracht. Hiervon hat der Bundesrat allerdings keinen Gebrauch gemacht, woraus üblicherweise gem. Art. 78 Var. 3 GG das Zustandekommen des Gesetzes resultiert.

Das BGG ist damit verfassungsgemäß i. S. d. Art. 78 Var. 3 GG zustande gekommen.

### 3. Form

Sowohl die Gegenzeichnung durch das zuständige Organ als auch die Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und die Verkündung im Bundesgesetzblatt sind ordnungsgemäß erfolgt, Art. 58, 82 Abs. 1 GG.

---

**Ende Hilfgutachten**

---

### 4. Zwischenergebnis

Das BGG ist damit mangels Gesetzgebungskompetenz bereits formell verfassungswidrig.

---

<sup>37</sup> So auch BVerfG, Beschl. v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68 = BVerfGE 29, 221 (234).

<sup>38</sup> Vgl. der Wortlaut des Art. 77 Abs. 2a sowie 3 GG, welcher von der Erforderlichkeit der Zustimmung spricht.



## **II. Zwischenergebnis**

Die Vorlage des Sozialgerichts ist begründet.

## **C. Gesamtergebnis und Entscheidung des BVerfG**

Die Vorlage ist zulässig und begründet. Das BVerfG wird das BGG gemäß § 82 I i.V.m. § 78 BVerfGG für nichtig erklären.