

Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung

EBERHARD EICHENHOFER

- I. Einleitung
- II. Ehe, Familie und Sozialstaat
 - 1. Begriffsbestimmungen
 - a) Ehe
 - b) Familie
 - c) Sozialstaat
 - 2. Auswirkungen von Ehe und Familie auf den Sozialstaat
 - a) Ehe und sozialrechtliche Aufgaben
 - b) Familie und sozialstaatliche Aufgaben
 - c) Familie ermöglicht den Sozialstaat
 - 3. Leistungen des Sozialstaats an Ehe und Familie
 - a) Sozialrechtlicher Schutz der Ehe
 - b) Familienförderung
 - c) Übernahme von Familienrisiken
 - d) Sozialstaat und Funktionsausfälle der Familie
- III. Leitmotive sozialrechtlichen Schutzes für Ehe und Familie
 - 1. Familienförderung – Teil sozialrechtlicher Bedarfsdeckung
 - 2. Ehe- und Familienförderung als eigenes Ziel des Sozialrechts
 - 3. Welches Bild leitet familienförderndes Sozialrecht?
 - a) Der historische Ausgangspunkt – das Familienernährer-Modell
 - b) Mögliche Rechtfertigungen für familienförderndes Sozialrecht
 - c) Erklärungsansätze für Familienförderung
 - d) Was trägt das familienfördernde Sozialrecht letztlich?
- IV. Zeitgenössisches Menschenbild von Familien- und Sozialrecht
 - 1. Familie – Von Notwendigkeit zum Akt individueller Entscheidung
 - 2. Politische Gestaltung individueller Entscheidungen über Familiengründung und -erweiterung
 - 3. Familienförderndes Sozialrecht als Nachteilsausgleich und Infrastrukturschaffung
- V. Fazit

I. Einleitung

„Menschenbild“ und „Sozialmodell“ sind dem westdeutschen Juristen aus der Nachkriegszeit vertraute Begriffe. Das BVerfG gab dem „Menschenbild des Grundgesetzes“¹ als zugleich autonomes und gemeinschaftsgebundenes Individuum Kontur. Der Begriff „Sozialmodell“ wurde von dem unvergessenen Franz

1 Erstmals BVerfGE 4, S. 7, 15; ferner 12, S. 45; 50, S. 51; 166, S. 175.

Wieacker² in seiner Abhandlung „Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft“ (1953) entfaltet – als Kürzel für die gesellschaftliche Wirklichkeit, auf die alles Recht einer Epoche hin entworfen und von der dieses umgekehrt geprägt wird. Das ist der Horizont auch dieses Symposiums. Welchem Menschenbild folgen das zeitgenössische Familien- und Sozialrecht und welches Sozialmodell prägt und trägt beide Gebiete?

Die Stellung von Ehe und Familie in der zeitgenössischen Sozialrechtsordnung entzieht sich jeder simplifizierenden Antwort. Ob die Ehe mehr als schlichte Privatsache, nämlich öffentlich zu fördern sei, ist höchst umstritten. Auch der Sinn von Familie ist unklar: Lastesel des Sozialstaats oder Hätschelkind einer verstaubten Sozialmoral? Den einen hat sich der Staat der Familienerziehung fernzuhalten; den anderen hat er im eigenen Interesse gerade die Familie zu schützen.³ Denn in ihr wächst die nachfolgende Generation heran, die den alle Sozialleistungssysteme tragenden Generationenvertrag aufrecht zu erhalten und fortzuführen hat. Ist der Sozialstaat auf die Familie aber kategorisch angewiesen, muss er ihre Entfaltung als Basis seiner Nachhaltigkeit befördern.⁴

Die öffentliche Förderung der Familie ist nicht neu. Johann Heinrich Gottlob von Justi schrieb schon 1760 in seinem Werk „Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten oder ausführliche Vorstellung der gesamten Polizeywissenschaft“⁵: „Ein Staat, der den Anwuchs seiner Einwohner befördern will, muss seinen jungen Leuten, die Mittel erleichtern, sich verheiraten und ihre eigene Haushaltung anfangen zu können. [...] es fehlt hieran in allen Ländern.“

Um die Ausgangsfrage zu beantworten, ist zunächst zu bestimmen, was Ehe und Familie für den Sozialstaat und umgekehrt dieser für jene leisten (II). Daran soll sich die Erörterung anschließen: Welche Leitmotive tragen den sozialrechtlichen Schutz für die Familie (III)? Danach wird die Annäherung an die grundsätzliche Frage versucht: Welches Menschenbild und Sozialmodell leiten das geltende Familien- und Sozialrecht (IV); was kann insbesondere aus dem familienschützenden Sozialrecht zur Beantwortung der Grundsatzfrage gewonnen werden (V)?

2 FRANZ WIEACKER, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, in: DERS., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 9, als die „wandelbaren Wirklichkeitsbedingungen des Rechts“.

3 JÜRGEN BORCHERT, Renten vor dem Absturz? – Ist der Sozialstaat am Ende?, 1993; THORSTEN KINGREEN, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, S. 938.

4 KIRSTEN SCHEIWE, Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht, 1999.

5 Königsberg 1760, Nachdruck 1965, § 256, S. 221.

II. Ehe, Familie und Sozialstaat

1. Begriffsbestimmungen

Der Sozialstaat schützt Ehe und Familie. Umgekehrt sind beide Voraussetzungen für den sich auf ein „elargiertes Familienethos“⁶ gründenden Sozialstaat. Die Wechselbeziehungen zwischen Familie und Sozialstaat⁷ werden wie die sozialstaatliche Sicherung der Ehe behandelt.⁸ Einst galt die Ehe als historische und systematische Voraussetzung der Familie. Diese Sicht widerspricht aber dem zeitgenössischen Verständnis von Familie. Dieses anerkennt Familienbeziehungen in wie außerhalb der Ehe⁹ als rechtlich gleichstehend und -wertig. Die Ehe ist danach für die Familie nicht mehr wie einst deren Ausgangs- wie Angelpunkt, Basis und Halt.

a) Ehe

Auch dem Sozialstaat gilt grundsätzlich als Ehe, was das Bürgerliche Recht als diese bestimmt: eine auf Lebenszeit geschlossene, grundsätzlich unauflösbare Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, welche durch regelmäßig volljährige Eheleute begründet wird (§§ 1353, 1303 BGB).

Der nach deutschem Recht geschlossenen Ehe steht die nach dem Recht eines anderen Staates geschlossene Ehe gleich, soweit das deutsche Internationale Privatrecht dieses zum anwendbaren Eherecht beruft und dem deutschen entspricht (§ 34 I SGB I). Der deutschen Ehe entspricht auch ein Recht, welches dem Mann (wie der Frau?) die Mehrehe erlaubt. Dies folgt aus § 34 II SGB I, wonach für den Fall der Mehrehe eine (ehezeit-)anteilige Aufteilung einer Witwen-(wie Witwer-?)Rente vorgesehen ist. Der rechtsgültigen In- oder Auslandshe steht in sozialrechtlicher Hinsicht auch eine „hinkende Ehe“ gleich. Sie wird durch das gemeinsame Personalstatut der Eheleute zwar anerkannt, aber mangels Wahrung der Inlandsform (§ 1310 BGB) im Inland für ungültig erachtet. Diese Gleichstellung folgt entgegen dem deutschen Internationalen Privatrecht (Art. 13 III EGBGB) aus dem von Art. 6 I GG verbürgten Schutz der Ehe.¹⁰

6 ARNOLD GEHLEN, *Moral und Hypermoral*, 1986, S. 135, 142.

7 Dazu eingehend EBERHARD EICHENHOFER, *Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten*, 64. DJT (2002), *Teilgutachten B*.

8 Vgl. dazu: HANS F. ZACHER, *Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung*, in: DERS., *Abhandlungen zum Sozialrecht*, 1993, S. 555.

9 JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5. Aufl. 2005, § 48 I 5.

10 BVerfGE 61, S. 323 ff.

Die Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare gilt nicht als Ehe; aber die zentralen sozialrechtlichen Normen für Eheleute – Familienversicherung bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit, Hinterbliebenenversorgung sowie Versorgungsausgleich – werden inzwischen auf die Lebenspartnerschaft erstreckt. Das Sozialrecht unterscheidet sich insoweit von dem Recht der betrieblichen Altersversorgung im öffentlichen Dienst, wo der BGH eine solche Gleichstellung verwarf.¹¹ Nichteheleiche Lebensgemeinschaften Verschiedengeschlechtlicher stehen der Ehe sozialrechtlich dagegen regelmäßig¹² nicht gleich. Sie werden allerdings der Ehe jedenfalls dann gleichgestellt, wenn an das Bestehen einer Ehe sozialrechtliche Nachteile geknüpft sind.¹³ Diese werden regelmäßig kraft Gesetzes auf die als Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft geführte nichteheleiche Lebensgemeinschaft erstreckt.

In der Arbeitsförderung zeichnet sich jedoch in der Rechtsprechung eine Angleichung ab, insoweit der Eintritt der Sperrzeit wegen freiwilliger Arbeitsplatzaufgabe wegen eines wichtigen Grundes ausgenommen wird, wenn ein nichteheleicher Lebenspartner eine Arbeitsstelle aufgibt, um zu seinem Lebenspartner zu ziehen. Diese für Eheleute entwickelte Regel gilt nach der jüngeren Rechtsprechung¹⁴ auch für nichteheleiche Lebenspartner, einerlei ob sie gemeinsame Kinder haben oder nicht.

b) Familie

Wenn von „Familie“ gesprochen wird, so ist damit die aus Eltern und Kind(ern) bestehende tatsächliche Gemeinschaft gemeint, unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung und Ordnung. Diese Begriffsbildung folgt dem Verfassungsrecht (Art. 6 I GG), dem ebenfalls die durch Abstammung wie Übernahme elterlicher Verantwortung begründete Gemeinschaft zwischen Eltern

11 Urteil vom 14.2.2007 – IV ZR 267/04 = FamRZ 2007, S. 805–808; anders zur berufsständischen Versorgung: EuGH, 1.4.2008 – C-267/06 (Maruko): Ausschluss wäre Diskriminierung des Partners im Hinblick auf die sexuelle Identität.

12 Vgl. zuletzt BVerfG, Urteil vom 28.2.2007–1 BvL 5/03 = FamRZ 2007, S. 529 (Unterschiedliche Kostentragung bei der künstlichen Befruchtung durch Krankenkassen für Eheleute und nichteheleiche Partner). Ausnahme: Die Ausnahmen mehrten sich aber, z. B. bei der Verhängung einer Sperrzeit wegen Berufswechsels des Ehepartners oder auch im Rahmen des § 116 VI SGB X. Beim Familienprivileg gibt es viele Stimmen, welche die Erstreckung der für die Ehe geltenden Vorschriften auf die nichteheleiche Lebensgemeinschaft bevorzugen. Vgl. auch die Einbeziehung des nichteheleichen Lebenspartners in Gewaltopferentschädigung, falls dieser gemeinsame Kinder versorgt (BVerfGE 112, S. 50).

13 PETER UDSCHING, Sozialrecht, in: RAINER HAUSMANN/GERHARD HOHLOCH (Hrsg.), Das Recht der nichteheleichen Lebensgemeinschaft: Handbuch, 1999, S. 495.

14 BSG, 17.10.2002 – B 7 AL 96/00 R; BSG, 29.4.1998 – B 7 AL 56/97R = SozR 3–4100 Nr. 119.

und Kind als Familie gilt.¹⁵ Elterliche Verantwortung findet in der Übernahme elterlicher Sorge seinen regelmäßigen, indes nicht notwendigen Ausdruck. Zum Kreis der Familienangehörigen zählen auch die nicht-sorgeberechtigten Eltern. Ihr Eltern-Status verpflichtet sie zum Unterhalt gegenüber und berechtigt zum Umgang mit dem Kind. Familie ist als Gemeinschaft zu wechselseitiger Bedarfsdeckung, Unterstützung und Hilfe darauf angelegt, ein Kind durch Erziehung schließlich zur Selbständigkeit zu führen.

c) Sozialstaat

Der Sozialstaat¹⁶ ist die zeitgenössische Organisationsform von Staatlichkeit. Sie findet sich demgemäß europa-¹⁷, ja weltweit. Der Sozialstaat nimmt danach umfassend gestaltend auf die Lebensbedingungen seiner Bewohner Einfluss. Er schützt sie namentlich vor den elementaren Lebensrisiken: Krankheit und Pflegebedürftigkeit, Alter, Erwerbsunfähigkeit, Arbeitsunfall und Berufskrankheiten sowie Arbeitslosigkeit. In Gestalt der Sozialversicherung wird für diese „sozialen Risiken“ soziale Vorsorge gewährleistet. Ferner erhalten die Opfer von Gewaltverbrechen und Personen, die für die Allgemeinheit ein Sonderopfer erbracht haben, die dabei erlittenen Personenschäden durch die soziale Entschädigung ausgeglichen. Schließlich befördert der Sozialstaat die Chancengleichheit durch Einrichtungen sozialer Förderung (Ausbildungs- und Arbeitsförderung, Familienlastenausgleich und Wohnungsförderung) und gewährt jedermann bei Armut die zur Existenzsicherung nötige Hilfe. Kinder und Jugendliche haben ein spezielles Recht auf Erziehung, das nicht auf das Familienrecht zu beschränken ist, sondern auch einen öffentlich-rechtlichen Gehalt aufweist. Es wird durch die Einrichtungen der Jugendhilfe verwirklicht und entfaltet. Die Jugendhilfe löst namentlich den Anspruch des Art. 6 II GG ein, wonach der Staat über die Wahrnehmung von Elternrecht und -pflicht wacht. Ein Element der sozialstaatlichen Ordnung stellt auch die Besteuerung dar. Sie wird in die weiteren Betrachtungen einbezogen, weil sie den öffentlichen Schutz der Familie berührt.

15 BVerfGE 10, S. 59, 66; 80, S. 81, 90; ROLF GRÖSCHNER, in: HORST DREIER (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 6, Rn. 67.

16 Vgl. zu dem von diesem hervorgebrachten Sozialrecht: EBERHARD EICHENHOFER, Sozialrecht, 6. Aufl. 2007; vgl. auch ERNST STEINDORFF, Anspruchsgesellschaft im Wohlfahrtsstaat, in: KARLMANN GEISS u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Peter Mailänder, 2006, S. 381; OKKO BEHREND, Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive, in diesem Band.

17 Vgl. EBERHARD EICHENHOFER, Geschichte des Sozialstaats in Europa, 2007.

2. Auswirkungen von Ehe und Familie auf den Sozialstaat

Wenn der Frage nachgegangen wird, was die Ehe und Familie für den Sozialstaat wie umgekehrt der Sozialstaat für die Ehe und Familie „leisten“, so sollen nicht nur die ökonomischen Transfers¹⁸, sondern sämtliche rechtlichen Auswirkungen betrachtet werden, die von der Ehe wie Familie auf den Sozialstaat wie umgekehrt vom Sozialstaat auf die Ehe und Familie ausgehen.

a) Ehe und sozialrechtliche Aufgaben

Die Ehe begründet die wechselseitige Unterhaltspflicht unter den Ehegatten (§ 1360 BGB): „Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance“ (Art. 212 Code Civil). Diese Pflicht besteht während der Ehe (§ 1360 BGB) und setzt sich auch bei Getrenntleben und im Falle der Scheidung fort, falls aus ehebedingten Gründen der Ehegatte nicht zur Sicherung seines Lebensbedarfs auf eine Erwerbsarbeit verwiesen werden kann (§§ 1569–1580 BGB). Weil die Ehe zur wechselseitigen Deckung des Lebensbedarfs die Eheleute verpflichtet, geht die familienrechtliche Einstandspflicht generell der Einstandspflicht des Staates vor. Ein Motiv für den Gesetzgeber, die Lebenspartnerschaft unter gleichgeschlechtlichen Paaren einzuführen, war auch die potentielle Entlastung von staatlicher Einstandspflicht.¹⁹

b) Familie und sozialstaatliche Aufgaben

Familie und Sozialstaat stimmen in ihrer generellen Ausrichtung überein, den Bedürftigen zu schützen und dessen Bedarf zu befriedigen, ihn vor Risiken zu bewahren und bei deren Verwirklichung beizustehen, und schließlich durch Erziehung und Bildung Kinder und Jugendliche bei Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu unterstützen.²⁰ Familienunterhalt und Sozialhilfe zielen gemeinsam auf die Bedarfsdeckung. Unterhaltsansprüche umfassen den Schutz vor sozialen Risiken, den grundsätzlich die Sozialversicherung gewährleistet. Eine Berufsausbildung ist kraft Unterhaltsrechts geschuldet (§ 1610 II BGB²¹). Die öffentliche Ausbildungsförderung (BAföG) begründet einen eigenen sozialrechtlichen Anspruch. In der Gemeinsamkeit ihres Auftrages, den Schwachen zu

18 Vgl. BMFSFJ, Familienbezogene Leistungen und Maßnahmen des Staates, 2006.

19 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 9), § 42 II 19.

20 FRANZ RULAND, Familiärer Unterhalt und Leistungen sozialer Sicherheit, 1973.

21 BGH, 17.5.2006 – XII ZR 94/04; eventuell unter Einschluss von Lehre und Studium (BGH FamRZ 1991, S. 320), auch eine Zweitausbildung, falls Scheitern der Erstausbildung vorhersehbar (BGH FamRZ 1993, S. 105 f.); vgl. dazu auch die Ausführungen von VOLKER LIPP, Funktion und Bedeutung des Unterhaltsrechts, in diesem Band.

schützen,²² bestehen mithin zahlreiche Parallelen zwischen dem Familien- und Sozialrecht.

Beide Gebiete ergänzen deshalb einander. Bei Kindergeld wie der Besteuerung von Eltern wird deren Unterhaltungspflicht gegenüber Kindern berücksichtigt. Kindergeldrecht fördert die Unterhaltsgewährung durch öffentliche Transfers; im Steuerrecht bleibt typischer Unterhaltsbedarf bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit unberücksichtigt; das die Unterhaltsansprüche von Kindern sichernde Einkommen wird von der Besteuerung der Eltern freigestellt.²³ Durch den sozialrechtlichen Unterhaltsvorschuss stellt der Staat den Kindesunterhalt sicher, falls der unterhaltspflichtige Kindsvater den Unterhalt schuldig blieb. Im Gegenzug geht der Barunterhaltsanspruch des Kindes gegen den pflichtverگessenen Unterhaltsschuldner kraft Gesetzes auf das den Unterhaltsvorschuss vorleistende Jugendamt über (§ 7 UnterhVG). Leistungen nach dem BAföG sichern die Hochschulausbildung für Kinder, die kraft Familienrechts einzig mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Eltern keine weiterführende Ausbildung beanspruchen und damit durchlaufen könnten.

c) Familie ermöglicht den Sozialstaat

Darüber hinaus ermöglicht die Familie den Sozialstaat. Die Familie erzieht die Nachkommen und schafft damit die Erfahrungen für ein solidarisches Leben durch Zusammenleben in und Erziehung zu gegenseitiger Rücksichtnahme oder in den Worten der deutschen katholischen Bischöfe²⁴: „Die Familie ist die wichtigste soziale Gesellschaft des Dialogs, des Unterhalts, des gegenseitigen Beistandes und des Zusammenlebens.“ Namentlich die umlagefinanzierte soziale Vorsorge durch Beiträge, die Renten-, Krankenbehandlungs- und Pflegeleistungen, welche primär der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Generation zuteil werden, überträgt die Solidarität von der Familie in die Gesellschaft („elargiertes Familienethos“). In dem Maße wie die erwerbstätige Generation durch Beiträge die Ansprüche der vorangegangenen Generation finanziert, erwirbt diese selbst mögliche Ansprüche auf künftige Leistungen. Diese haben die den derzeitigen Erwerbstätigen nachfolgenden Generationen zu erwirtschaften. Namentlich die Systeme sozialer Vorsorge sind deswegen nur dauerhaft nach-

22 EIKE VON HIPPEL, Schutz des Schwächeren, 1982.

23 DAGMAR FELIX, Familienlastenausgleichsrecht, in: FRANZ RULAND/BERND BARON VON MAYDELL, Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, Rn. 30 ff., 70 ff.; die Pflicht besteht sogar für alle im Inland aufenthaltsberechtigten Eltern, auch die aus humanitären Gründen im Inland „geduldeten“ ausreisepflichtigen Eltern (BVerfGE 111, S. 160, 176 – für Kinder- und Erziehungs- (jetzt: „Eltern“-)geld).

24 DIE DEUTSCHEN BISCHÖFE – KOMMISSION FÜR GESELLSCHAFTLICHE UND SOZIALE FRAGEN, Das Soziale neu denken, 2003, S. 23.

haltig gesichert, soweit sich die erwerbstätige Bevölkerung hinlänglich erneuert.²⁵

Familienpolitik rückt deshalb zunehmend in das Blickfeld der allgemeinen Sozialpolitik.²⁶ Diese wird durch die steigende Lebenserwartung der Bevölkerung wie den Rückgang der Geburten herausgefordert. Damit droht der „demographische Motor“²⁷ des Sozialstaats ins Stottern, gar Stocken zu geraten. Die Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit wird darüber zu einem Ziel der Alterssicherung.

Der „Generationenvertrag“ ist nicht auf eine Solidarleistung zwischen zwei Generationen zu beschränken, sondern vielmehr übergreifend auf die dauerhafte Abfolge der Generationen angelegt. Soziale Sicherung ist auf Familien zentral angewiesen. Daher wird nicht nur in der Pflegeversicherung,²⁸ sondern womöglich auch der Rentenversicherung – so jedenfalls ein rechtspolitischer Vorschlag²⁹ – die für die langfristige Bestandserhaltung im Sinne von Nachhaltigkeit der Systeme sozialer Sicherung erbrachte Reproduktionsleistung der Familie durch sozialversicherungsrechtliche Beitragsentlastung kompensiert werden.³⁰ Nach dem dies für die Pflegeversicherung vorsehenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. April 2001³¹ soll die Sozialversicherung nämlich auf zwei Gattungen von „Beiträgen“ aufbauen, einem finanziellen und einem reproduktiven. Nur falls beide „geleistet“ würden, sei das System nach-

-
- 25 ULRICH BECKER, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, S. 929; FRANZ RULAND, Die Interdependenzen zwischen Rentenversicherungsträger und familiärem Unterhalt, in: VERBAND DEUTSCHER RENTENVERSICHERUNGSTRÄGER (Hrsg.), Interdependenzen in der sozialen Sicherung, FNA Jahrestagung 2004, S. 71 ff.
- 26 Kommission der Europäischen Gemeinschaft vom 16. März 2005, Angesichts des demographischen Wandels – eine neue Solidarität zwischen den Generationen, KOM (2005), 94 endg.
- 27 Ebd. (Anm. 26), 5.
- 28 BVerfGE 103, S. 242; vgl. dazu die Erhöhung des Beitragssatzes für Kinderlose ab 1. Januar 2005 auf 1,95 % statt der sonst üblichen 1,7 % (KiBG v. 15. 12. 2004, BGBl I, S. 32, 99); KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938.
- 29 KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938.
- 30 ULRICH BECKER, Generationengerechtigkeit als juristisches Problem, in: VERBAND DEUTSCHER RENTENVERSICHERUNGSTRÄGER (Hrsg.), Generationengerechtigkeit, FNA Jahrestagung 2003, S. 56 ff.; UWE DIEDERICHSEN, Generationengerechtigkeit und Unterhaltsrecht, ebd., S. 105 ff.
- 31 BVerfGE 103, S. 242; dazu FRANZ RULAND, Das BVerfG und der Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung, NJW 2001, S. 1673, 1675; HEINZ ROTHGANG, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, SF 2001, S. 121, 125; WINFRIED SCHMÄHL/HEINZ ROTHGANG/HOLGER VIEBROK, Berücksichtigung von Familienleistungen in der Alterssicherung, DRV-Schriften, Bd. 65, 2006.

haltig. Also sei es aus Gleichheitsgründen (Art. 3 I GG) geboten, den Versicherten ihre reproduktive Leistung bei der Beitragserhebung zu entgelten.³²

3. Leistungen des Sozialstaats an Ehe und Familie

a) Sozialrechtlicher Schutz der Ehe

Die Kranken- und Pflegeversicherung sehen für den (nicht-)erwerbstätigen Ehegatten die Familienversicherung vor. Auf Grund solcher Sicherung vermag ein Ehegatte seine Bedarfe auf Vorsorge bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit zu befriedigen. Der andernfalls zu gewährende Ehegattenunterhalt – beim Scheidungsunterhalt unter Einschluss der Kosten für eine angemessene Versicherung für Krankheit und Pflegebedürftigkeit – zählen zum Lebensbedarf und sind damit Gegenstand der Unterhaltspflicht (vgl. § 1578 II BGB). Diese Last wird während des Bestehens der Ehe von der Sozialversicherung getragen – eine gezielte Förderung von Ehe.³³

Witwen- und Witwerrente der Unfall- und Rentenversicherung treten an die Stelle eines todesbedingt entfallenden Unterhaltsanspruchs. Deren Höhe mit 60 % der Versichertenrente – für Hinterbliebene ab dem Geburtsjahr 1962 55 % mit Kinderzuschlägen von 5 % für jedes Kind – liegt regelmäßig nach langer Versicherungsdauer über dem familienrechtlich geschuldeten Unterhalt. Sie tritt oft ergänzend zu einer Erwerbsminderungs- oder Altersrente aus eigener Versicherung hinzu. Diese Gestaltung bevorzugt die Ehe gegenüber den nichtehelichen Lebensgemeinschaften, was rechtspolitisch umstritten ist.

Eine genuin sozialrechtliche Funktion erfüllt der im BGB geregelte Versorgungsausgleich. Er teilt im Scheidungsfall die sozial-, privat- und beamtenrechtlichen Anrechte auf Vorsorge bei Erwerbsminderung, im Alter und Todesfall hälftig unter die Ehegatten auf. Wegen der zentralen Bedeutung der Rentenversicherung in der gegenwärtigen deutschen Alterssicherung (die sie in Zukunft – wenn auch in vermindertem Umfang – behalten dürfte), hat der Versorgungsausgleich vor allem für die von den Ehegatten während der Ehezeit erworbenen Rentenanswartschaften und -anrechte Bedeutung. Der Versorgungsausgleich entspricht dem Zugewinnausgleich. Seit 2002 steht den Ehegatten in der gesetzlichen Rentenversicherung als Alternative zur Hinterbliebenenversorgung das „Rentensplitting“ zu. Damit werden die während der Ehezeit erworbenen Rentenanswartschaften beider Ehegatten als deren gemeinsame Rechtsstellung je hälftig zugeordnet. Die Ehe begründet damit Teilhabe an den Rentenrechten des anderen Ehegatten. Dieses für Ehegatten bestimmte

32 KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938.

33 Vgl. rechtspolitisch gefordert von EICHENHOFER (Anm. 7), B 49 f.; in der Gesundheitsreform 2009 soll die Mitversicherung auf die unterhaltsabhängigen Kinder beschränkt sein, die Kosten sollen zunehmend aus Steuermitteln aufgebracht werden.

Regelungsmodell wurde inzwischen auch auf die Lebenspartner erstreckt. Der Versorgungsausgleich erklärt auch, dass die Inhaltskontrolle von Eheverträgen maßgebend davon bestimmt wird, ob während und nach der Ehe der Schutz bei Krankheit und im Alter hinlänglich gewährleistet ist.³⁴

b) Familienförderung

Der Sozialstaat hat die Familie durch den öffentlichen Ausgleich der Familienleistungen zu fördern (§ 6 SGB I). Dieser Begriff bezeichnet einerseits die Familienarbeit der Eltern und andererseits den öffentlichen Transfer, welcher den gewährten Bar- und Naturalunterhalt entgilt.³⁵ Die wichtigsten Ausprägungen dieser Forderung sind ein arbeitsrechtlicher Mutterschutz, die bei der gesetzlichen Krankenversicherung angesiedelte Mutterschaftsversicherung, das Eltern- und Kindergeld, der Kinderfreibetrag bei der Einkommenssteuer, die öffentlichen Einrichtungen der Kinderbetreuung einschließlich der Betreuung der Schüler bis hin zur Ausbildungsförderung.

Mutterschutz und Mutterschaftsversicherung, den Schutz des GG für Mütter verwirklichend (Art. 6 IV GG), bewahren Mutter und Kind vor den durch die Erwerbsarbeit drohenden Gesundheitsgefahren, gewährleisten eine angemessene Betreuung von Mutter und Kind während der Schwangerschaft sowie bei und nach der Entbindung und schützen das Einkommen der Mutter während der Schwangerschaft und unmittelbar nach der Niederkunft. Durch das Kindergeld beteiligt sich die Allgemeinheit an den Unterhaltspflichten der Eltern. Es ist daher wie die Waisenrente zum Unterhalt zu verwenden.³⁶ Leben die Eltern getrennt und leistet ein Elternteil den Bar-, der andere dagegen den Naturalunterhalt, so sichert § 1612b BGB durch Anrechnung des hälftigen Kindergeldes auf den Unterhaltsanspruch, dass beide Eltern am Kindergeld zu gleichen Teilen teilhaben. Unterhält ein Elternteil das Kind allein, gebührt ihm auch das volle Kindergeld.

Für Bezieher hoher Einkommen³⁷ tritt der Kinderfreibetrag an die Stelle des Kindergeldes. Er bezweckt wie das Kindergeld die öffentliche Förderung von Kindesunterhalt, geschieht indes statt durch Transfer durch Steuerverchonung. Durch das Jugendhilferecht werden Einrichtungen der Kinderbetreuung zum

34 BGH, 25.5.2005 – XII ZR 221/02 = NJW 2005, S. 2391; BGH, 11.2.2004 – XII ZR 265/02 = FamRZ 2004, S. 601.

35 WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT FÜR FAMILIENFRAGEN, *Gerechtigkeit für Familien*, 2001, S. 18, 80 ff., 226 ff.

36 BGH, 30.8.2006 – XII ZR 138/04; 26.10.2005 – XII ZR 34/03; BGH FamRZ 1981, S. 542 f.

37 § 31 S. 4 EStG: „Kinderfreibeträge greifen dann, wenn das Kindergeld nicht genügt, um die steuerliche Freistellung des Existenzminimums sowie des Betreuungs- und Erziehungs- oder Ausbildungsbedarfs zu erreichen.“

Gegenstand gemeindlicher Aufgaben. Umfang und Ausstattung der Einrichtungen sind zwar in das Ermessen der Gemeinde gestellt. Für Kinder über drei Lebensjahren besteht aber ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz (jedenfalls halbtags). Kinderbetreuungseinrichtungen könnten unentgeltlich bereitgestellt werden; es ist aber auch eine einkommensabhängige finanzielle Beteiligung der Eltern an den Betriebskosten statthaft.

Für die Eltern der Neugeborenen besteht seit zwei Jahrzehnten ein arbeitsrechtlicher Freistellungsanspruch zur Wahrnehmung von Erziehungsaufgaben (Elternzeit) verbunden mit einem sozialrechtlichen Einkommensersatz. Dieser belief sich bis 2006 auf monatlich 300 € und wurde für zwei Jahre ab Niederkunft gezahlt (bei Inanspruchnahme für ein Jahr belief er sich auf 450 €). Seit 2007 besteht das für wenigstens 12 Monate, bei zweimonatiger Inanspruchnahme durch den Vater für 14 Monate gezahlte Elterngeld.³⁸ Dieses ist – im Unterschied zum vormaligen „Erziehungsgeld“ – einkommensabhängig; es ersetzt 67% des durch die vorübergehende Arbeitsplatzaufgabe entfallenden Nettoeinkommens bis zu 1.800 €. Es soll die als unzureichend erachtete Bereitschaft und Neigung zur Familiengründung oder -erweiterung der überdurchschnittlich bezahlten Beschäftigten wecken oder erhöhen.

c) Übernahme von Familienrisiken

Die deutsche Sozialversicherung bezieht die Familienangehörigen der Versicherten in den Schutz der Sozialversicherung ein und berücksichtigt sie bei der Sozialleistungsgewährung. Die in Kranken- und Pflegeversicherung errichtete Familienversicherung schützt die minderjährigen, behinderten oder in Berufsausbildung befindlichen Kinder der Versicherten sowie bei Nichterwerbstätigkeit die Ehegatten kraft Gesetzes. Ihnen stehen die gleichen Behandlungsansprüche wie den Versicherten zu; mangels eigener Erwerbstätigkeit sind sie indes nicht zum Einkommensersatz berechtigt. Diese Sicherung wird für die Kinder beginnend ab 2009 mit steigender Tendenz durch Steuern finanziert.³⁹ Beim Bezug des Arbeitslosengeldes I hängt vom Familienstand des Arbeitslosen die Höhe der Leistung ab.⁴⁰ Unterhaltspflichten gegenüber Kindern berechtigen insoweit zu höheren Sozialleistungen.

Die gesetzliche Renten- und Unfallversicherung sehen für Ehepartner und minderjährige, behinderte und in Ausbildung befindliche Kinder eine Hinterbliebenenversicherung vor. Damit wird der zu Lebzeiten des Versicherten be-

38 KIRSTEN SCHEIWE, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, S. 37; MARIA WERSIG, Gleichstellungspolitischer Durchbruch oder Kompromisspaket? Die Einführung des Elterngeldes, in: KIRSTEN SCHEIWE (Hrsg.), Soziale Sicherungsmodelle revisited, 2007, S. 131.

39 So schon EICHENHOFER (Anm. 7), S. 49 f.

40 § 129 SGB III.

stehende Unterhaltsanspruch durch Sozialversicherung ersetzt.⁴¹ Die rentenrechtliche Abgeltung von Kindererziehungszeiten⁴² sichert jeden Kinder erziehenden Versicherten für die Geburt eines nach 1992 geborenen Kindes in Höhe von drei Entgeltpunkten (EP). Kindererziehung zählt rentenrechtlich wie Erwerbsarbeit – und zwar konkret in Höhe von drei Jahren des Durchschnittseinkommens der Versicherten. Bei einem aktuellen Rentenwert 2006 von 26,13 € West und 22,97 € Ost für jedes Kind eine monatliche Rente von 69 € bis 78 € pro Versichertem. Außerdem hat der überlebende Elternteil bei der Hinterbliebenenversorgung einen Anspruch auf höhere Hinterbliebenenrente als er sie ohne die Erziehung von Kindern hätte.

d) Sozialstaat und Funktionsausfälle der Familie

Der Sozialstaat handelt für Eltern, die ihren Aufgaben gegenüber ihren Kindern nicht nachkommen: die bedeutendste und zentrale Aufgabe zeitgenössischer Familienpolitik.⁴³ Das Jugendhilferecht flankiert die Familienerziehung, stellt ergänzende Leistungen der Kinderbetreuung und Hortunterbringung bereit und leistet damit einen originären Beitrag zur Kindererziehung.

Das Sozialrecht sichert die Bedarfsdeckung, falls das Kind keinen Unterhalt beziehen kann.⁴⁴ Dies geschieht durch den Unterhaltsvorschuss, bei Arbeitslosigkeit durch die Grundsicherung für Arbeitsuchende zugunsten der sie Erziehenden und bei Arbeitsunfähigkeit der Eltern (namentlich Krankheit, Behinderung, Alter oder Übernahme einer anderen Unterhaltspflicht, die eine Erwerbstätigkeit nicht erwarten lässt). Stets sind vorrangig Familienunterhaltspflichtige dem aushelfenden Sozialleistungsträger zum Ausgleich verpflichtet.⁴⁵ Der familienrechtliche Anspruch geht kraft Gesetzes auf den vorleistenden Sozialleistungsträger über und eröffnet dem Sozialleistungsträger einen Rückgriff gegen den familienrechtlichen Schuldner.

41 URSULA RUST, Familienlastenausgleich in der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung, 1990.

42 FRIEDHELM HASE, VSSR 1996, S. 44 ff.; DERS., Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 192 ff., 254 ff.; KLAUS MICHAELIS, Familienleistungen in der Rentenversicherung, DRV 1997, S. 696.

43 Vgl. dazu auch EVA SCHUMANN, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in diesem Band; Beiträge von PETER WHITEFORD/WILLEM ADEMA, Combating Child Poverty in OECD Countries – Is Work the Answer? *European Journal of Social Security*, 8 (2006), p. 235–256; PETRA HOELSCHER, What works? Preventing and reducing poverty and social exclusion among children in Europe, ebd., p. 257.

44 WOLFGANG GITTER/JUTTA HAHN-KEMMLER, Die Verdrängung des Zivilrechts durch das Sozialrecht – dargestellt am Unterhaltsrecht, *SGb* 1979, S. 195; DIETER MARTINY, Unterhaltsrang und -rückgriff, 2000.

45 DIETER MARTINY, Verwandtenunterhalt für erwachsene Kinder und alte Eltern, in: SABINE BERGHAHN (Hrsg.), *Unterhalt und Existenzsicherung*, 2007, S. 55 ff.

Der Rückgriff ist ausgeschlossen, falls die Sozialleistung das Ergebnis von Eigenvorsorge des Berechtigten ist. Dann zählt die Leistung unterhaltsrechtlich als das Einkommen des potentiell Unterhaltsberechtigten. Die Sozialleistung deckt den Bedarf und schließt den Unterhaltsanspruch damit aus. Nur ausnahmsweise ist eine durch Eigenvorsorge erworbene Sozialleistung wegen ihrer Funktion als immaterielle Entschädigung nicht als Einkommen zu werten. Dies gilt neben den Grundrenten nach dem BVG insbesondere für das Pflegegeld.⁴⁶ Die Unterhaltspflicht gegenüber einem Elternteil entfällt auch bei Vermögen – etwa ein Teilhaberecht in einer ungeteilten Erbengemeinschaft. Sie schafft die Möglichkeit der Bedarfsdeckung für die Eltern.⁴⁷

Im Übrigen sind die Kinder bei Gewährung von Elternunterhalt zwar zum Einsatz des eigenen Vermögens verpflichtet. Allerdings steht ihnen ein die Eigenvorsorge sichernder Selbstbehalt für Altersvorsorgeaufwendungen zu, der die Eigenaufwendungen für die Rentenversicherung umfasst und bei fehlender Versicherungspflicht gleichwertige Vorsorgeaufwendungen in Höhe von 5 % des Bruttoeinkommens rechtfertigt.⁴⁸ Beide Sozialleistungen: Grundsicherung und Sozialhilfe, welche wesentlich bei Bedürftigkeit gewährt werden, treten hinter die aus dem Unterhaltsrecht begründete Einstandspflicht zurück; diese geht also der sozialrechtlichen Einstandspflicht vor.⁴⁹ Die rechtlich unterschiedlich begründeten Einstandspflichten stimmen aber weder in den Voraussetzungen noch Folgen überein, noch ist der Vorrang des Familienrechts gegenüber dem Sozialrecht eindeutig bestimmt.

So kennt das Sozialrecht Begriffsbildungen wie namentlich die Bedarfsgemeinschaft (Einsatzgemeinschaft) in Sozialhilfe- und Grundsicherungsrecht (§§ 7 II SGB II, 19 I 2 SGB XII), bei denen eine faktische oder genauer gesagt: freiwillige und von der Rechtsordnung anerkannte⁵⁰ Unterhaltsgewährung in Wirtschaftseinheiten unterstellt wird, obgleich eine familienrechtliche Unterhaltspflicht nicht besteht (nämlich namentlich im Verhältnis unter nichtehelichen Lebenspartnern und im Verhältnis zwischen Stiefeltern und -kindern).⁵¹ Außerdem kennt vornehmlich das Grund- und Sozialhilferecht Regressbe-

46 BGH, 1.3.2006 – XII ZR 157/03 (Ausnahme §§ 13 VI 2, 37 SGB X).

47 BGH, 23.11.2006 – 12 ZR 155/03.

48 BGH, 17.5.2006 – XII ZR 98/04; 14.1.2004 – XII ZR 149/01 = FamRZ 2004, S. 792; 19.2.2003 – XII ZR 17/00 = FamRZ 2003, S. 860; BGHZ 154, S. 247, 258 f.

49 HARALD SCHOLZ, Widersprüche zwischen Unterhaltsrecht und Sozialrecht und ihre Bedeutung für die Praxis, FamRZ 2004, S. 751.

50 Vgl. dazu VOLKER LIPP, Funktion und Bedeutung des Unterhaltsrechts, in diesem Band.

51 FRANK KLINKHAMMER, Änderungen im Unterhaltsrecht nach „Hartz IV“, FamRZ 2004, S. 1909; CLAUDIA SCHMIDT, SGB II und Auswirkungen auf das Unterhaltsrecht, FamRZ 2005, S. 290, 295 ff.; MARTIN STREICHER, Die Bedeutung des Arbeitslosengeldes II für die Berechnung von Kindesunterhaltsansprüchen, FuR 2005, S. 438; ThürLSG, 8.3.2005 – L 7 AS 112/05 ER = NZS 2005, S. 662.

schränkungen im Hinblick auf Unterhaltspflichten von Verwandten zweiten und dritten Grades, Verwandten ersten Grades bei Schwangerschaft oder Unterhaltsgewährung für ein unter sechs Jahre altes Kind oder auf ein Einkommen von jährlich über 100.000 €. Allerdings ist diese Beschränkung nur für einzelne Unterhaltspflichten (Kinder gegenüber Eltern, aber nicht Eheleute) und nur hinsichtlich einzelner subsidiärer Sozialleistungen (vgl. §§ 33 SGB II, 93 f. SGB XII) vorgesehen.⁵²

III. Leitmotive sozialrechtlichen Schutzes für Ehe und Familie

Ein Gesamtüberblick, wo und wie der Sozialstaat die Ehe und Familie schützt und unterstützt, hilft noch nicht die Ausgangsfrage zu beantworten: Aus welchen Beweggründen nimmt sich der Sozialstaat der Ehen und Familien schützend an?

1. Familienförderung – Teil sozialrechtlicher Bedarfsdeckung

Soweit Kindesunterhalt durch Unterhaltsvorschuss befriedigt wird, erklärt sich das öffentliche Einschreiten aus dem durch Sozialrecht vermittelten und verwirklichten Auftrag zur Bedarfsdeckung. Denn die öffentliche Leistung soll den pflichtvergessenen Unterhaltsschuldner nicht entlasten, sondern vielmehr den andernfalls unbefriedigten Lebensbedarf des Kindes decken. Deshalb tilgt der Unterhaltsvorschuss nicht den Unterhaltsanspruch, sondern dieser geht auf den vorleistenden Träger über, der so beim Unterhaltsschuldner Rückgriff nehmen kann.

Andere angeführte Sozialleistungen sollen ebenfalls die Elementarbedarfe decken. Die Familienversicherung in Kranken- und Pflegeversicherung schützt den Menschen als ein verletzliches Wesen. Sie wird aufgrund versicherungspflichtiger Beschäftigung des Elternteils oder Ehegatten abgeleitet begründet, weil den Familienversicherten gegenüber dem Versicherten privatrechtliche Unterhaltsansprüche zustehen, die auch den Schutz vor sozialen Risiken umfassen. Die Familienversicherung von Kranken- und Pflegeversicherung ermöglicht dem Versicherten somit die Erfüllung der Unterhaltspflicht aufgrund von Ehe, Lebenspartnerschaft sowie Elternschaft. Ist der Bedarf des Unterhaltsberechtigten sozialrechtlich befriedigt, so wird ein andernfalls privatrechtlich zu deckender Bedarf mittelbar beseitigt. Dessen Einbeziehung in den sozialrechtlichen Schutz gleich dem Versicherten entzieht der privatrechtlichen

⁵² MAXIMILIAN FUCHS, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?, JZ 2002, S. 785, 791 (plädiert für eine umfassende Begrenzung).

Unterhaltspflicht die Grundlage. Das Sozialrecht befähigt damit den Unterhaltspflichtigen, seiner Unterhaltspflicht zu genügen.⁵³

Kindergeld und steuerlicher Kinderfreibetrag bestehen – bei allen Unterschieden in Konstruktion und Wirkung – auf der prinzipiellen Anerkennung von Familienunterhaltspflicht und -gewährung als eines die Sozialleistung oder Steuerverschonung rechtfertigenden Grundes. Die Erfüllung der Familienunterhaltspflicht wird so sozialrechtlich gefördert. Dieser Gedanke leitet auch die Bemessung von Arbeitslosengeld I und Arbeitslosengeld II. Dieses anerkennt als bedarfsabhängige Leistung privatrechtliche Unterhaltspflichten als sozialrechtlicher Ausgleichs- und Förderungstatbestand noch weit stärker als das einkommensbezogen bemessene Arbeitslosengeld I (was erklärt, dass namentlich kinderreiche Bezieher von Arbeitslosengeld I ergänzend Sozialgeld – Arbeitslosengeld II – beziehen).

Der sozialrechtlich zu sichernde Bedarf ist nicht mit dem elementaren physischen oder psychischen Existenzminimum gleichzusetzen, sondern verlangt nach einer Berücksichtigung auch jener Belastungen, die sich aus der Stellung des Sozialleistungsempfängers als Ehegatte oder Elternteil ergeben. Gerade hierin findet das Menschenbild des GG als eines gemeinschaftsgebundenen Individuums seine unmittelbare Anerkennung.

2. Ehe- und Familienförderung als eigenes Ziel des Sozialrechts

In Familien- wie Hinterbliebenenversicherung, Versorgungsausgleich wie Renten-Splitting liegt die gezielte Förderung der Ehe. Sie fand ihre Rechtfertigung einst in der Vorstellung, dass die Ehe zwar niemals als naturnotwendige, indes als gesellschaftliche und sozialetische und daher rechtliche Voraussetzung für das Entstehen von Familie angesehen wurde. Die Förderung der Ehe war aus deren sozialer Bestimmung als Voraussetzung jeglicher Familie begründet.

Es ist daher fraglich, ob die sozialrechtliche Förderung der Ehe auch gerechtfertigt ist, wenn sie nicht die Familiengründung bezweckt. Die Einbeziehung der Lebenspartnerschaft in den sozialrechtlichen Schutz der Ehe zeigt, dass der Gesetzgeber den traditionellen Nexus von Ehe und Familie nicht mehr herstellt. Denn die sozialrechtliche Schutzbedürftigkeit der Lebenspartnerschaft wurde aus der wechselseitigen Übernahme von Solidarpflichten begründet.⁵⁴ Reicht die Übernahme dieser Verpflichtungen aus, so wäre der sozialrechtliche Schutz bereits aus der Solidarität der Eheleute zu rechtfertigen und so losgelöst von einer aus der Ehe hervorgehenden Familie begründbar. Rechtspolitisch wird dieser Erwägung entgegengehalten, angesichts knapper öffentlicher Mittel

53 URSULA RUST, Historische Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung von Familienleistungen in der Sozialversicherung, VSSR 1996, S. 103.

54 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 9), § 42 II 19.

müsse der Hauptakzent in der Familien- und nicht der Eheförderung liegen. Die Ehe solle nur noch während der Phase aktiver Kindererziehung geschützt werden, dagegen sollten die Eheleute in einem späteren Lebensabschnitt aus dem sozialrechtlichen Schutz herausfallen.

Dies erscheint im Sinne einer gezielten Familienförderung indes als höchst problematisch, endet doch die Familienbindung nicht mit der Volljährigkeit der Kinder.⁵⁵ Deshalb ist die einseitige Förderung der Ehe auch unter dem Gesichtspunkt der für das Sozialrecht kennzeichnenden Typisierung und Abstraktion zu sehen und daraus auch zu begründen.

Namentlich im zeitgenössischen Jugendhilferecht⁵⁶ (SGB VIII) – aber keineswegs auf dieses Teilgebiet beschränkt – wird sichtbar, dass dem zeitgenössischen Sozialrecht vielmehr ein – über die Bedarfsdeckung, den Schutz vor sozialen Risiken und die soziale Entschädigung hinausgehender – spezieller Auftrag zur Familienförderung zugrunde liegt. Dieser reicht über die angestammte Jugendhilfe heute weit hinaus. Denn er formt die Erziehung eines Kindes durch seine Eltern umfassend institutionell aus. Das Recht auf Erziehung eines Kindes erscheint in diesem Denken ein dem Kind gegen seine Eltern zustehendes Recht und nicht wie von Art. 6 II GG konzipiert als Recht der Eltern gegenüber oder gar an den eigenen Kindern – ganz ebenso wie die Rechtsstellung eines Kindes statt wie hergebracht aus der Perspektive der Eltern gegenüber „ihren Kindern“ aus derjenigen des Kindes bestimmt wird. Diese Anschauung liegt der UN-Kinderrechtskonvention⁵⁷ (1989) zugrunde. Nach deren Umsetzung in Deutschland wurden zahlreiche Änderungen des deutschen Kindschaftsrechts nötig, die ähnlich zuvor auch vom BVerfG⁵⁸ eingefordert worden waren. Das geltende Sozialrecht zeigt, dass zur Verwirklichung des Kindesrechts auf Erziehung zahlreiche öffentlich-rechtliche Regelungen bestehen.

Zu diesen zählen zunächst die Kinder- und Jugendhilfe. Diese wird beim Fehlen oder Ausfall elterlicher Erziehung neben der Vormundschaft durch öffentliche Stellen oder regelmäßig an deren Stelle tretende freie Träger tätig, um den Erziehungsanspruch des Kindes zu verwirklichen. Hinzu kommen die für alle Kinder und Jugendlichen bestehenden Ansprüche auf Kinderbetreuung, die sich zugleich – namentlich angesichts vieler Familien mit einem Kind –, als Teil des staatlichen Bildungsauftrags begreifen und rechtfertigen lassen. Dieser Schutz reicht über die vielfältigen Maßnahmen der Hortbetreuung, Jugend- und

55 Ganz ebenso wie volljährige Kinder ihren Eltern unterhaltspflichtig sind.

56 Vgl. dazu JOHANNES MÜNDER/BRITTA TAMMEN, Einführung in das Kinder- und Jugendhilfegesetz KJHG/SGB VIII, 3. Aufl. 2002, S. 26 ff.; DERS., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe, 5. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 54 ff.

57 BGBl II 1992, S. 121.

58 GRÖSCHNER (Anm. 15), Art. 6, Rn. 65 ff.

Jugendsozialarbeit, welche als außerfamiliäre Angebote die Familienerziehung ergänzen und begleiten sollen.

Der Aufgabenkreis der Kinder- und Jugendhilfe wird durch die weiteren dargelegten sozialrechtlichen Institutionen umgeben, welche die Grundlagen der Familienerziehung schaffen: Familienversicherung in Kranken- und Pflegeversicherung und die Hinterbliebenensicherung der überlebenden Ehegatten und unterhaltsabhängigen Kinder, Kindergeld, Mutterschutz und Elterngeld bis zu den Kindererziehungszeiten im Rentenversicherungsrecht (bei Erwerb eigener Rechte wie in der Hinterbliebenensicherung).

3. Welches Bild leitet familienförderndes Sozialrecht?

a) Der historische Ausgangspunkt – das Familienernährer-Modell

Ausgangsbasis zeitgenössischen familienfördernden Sozialrechts war das traditionelle Familienbild: die für die bürgerliche Familie wie auch die Industriearbeiterschaft⁵⁹ gegen Ende des 19. Jahrhunderts typisch gewordene Rollenverteilung zwischen dem der Erwerbsarbeit nachgehenden Mann und der sich Kindern und Haushalt widmenden Frau.⁶⁰ Deren Stellung erinnert an jenes von Friedrich Schiller in dem „Das Lied von der Glocke“ gezeichnete sprichwörtliche Bild: „Und drinnen waltet/Die züchtige Hausfrau/Die Mutter der Kinder/Und herrscht weise/Im häuslichen Kreise/Und lehret die Mädchen/Und wehret den Knaben/Und reget ohn' Ende/Die fleißigen Hände/Und mehrt den Gewinn/Mit ordnendem Sinn.“

Die ökonomische Teilung von Erwerbs- und Nichterwerbsarbeit entsprach der innerfamiliären Aufgabenteilung zwischen Mann und Frau. Diese Trennung war der historische Ausgangspunkt des familienfördernden Sozialrechts. Gerade dem deutschen wie anderen kontinentalen konservativen Wohlfahrtsstaaten gereichten die gesellschaftliche Arbeitsteilung von entgelteter Erwerbsarbeit und unentgeltlicher Familienarbeit und damit die Arbeitsteilung von Mann und Frau zur Voraussetzung, dasselbe Muster herrschte aber auch in den anderen Wohlfahrtsstaatsmodellen zunächst vor. Hinterbliebenenversorgung wie das zunächst nur kinderreichen Familien gezahlte Kindergeld beruhten auf ihr ebenso wie, dass die Witwenrente zunächst uneingeschränkt, die Witwenrente dagegen nur unter der Bedingung gezahlt wurde, dass die verstorbene versicherte Ehefrau den Ehemann vor ihrem Ableben überwiegend unterhielt. Das Kin-

59 GERHARD ALBERT RITTER/KLAUS TENFELDE, Arbeiter im deutschen Kaiserreich 1871–1914, 1992, S. 501 ff. (typisch war aber der Zuverdienst der Arbeiterfrau).

60 DIANE SAINSBURY, Gender, Equality and Welfare States, Cambridge University Press 1996, p. 46 et sequi; KIRSTEN SCHEIWE, Soziale Sicherungsmodelle zwischen Individualisierung und Abhängigkeiten, KJ 2005, S. 127–151.

dergeld fand seine Basis in dem Gebot der katholischen Soziallehre nach familiengerechter Entlohnung.⁶¹

Ein letztes Mal fand sich das traditionelle Familienmodell in der Ausgestaltung der Kindererziehungszeit (1986) in der Rentenversicherung. Diese wurde in vollem Umfang nur demjenigen Elternteil gutgeschrieben, der keine versicherungspflichtige Erwerbstätigkeit ausübte. Falls während der Zeit der Kindererziehung Erwerbsarbeit geleistet wurde, so wurden die hierdurch erworbenen Rentenrechte auf die Kindererziehungszeiten mindernd angerechnet. Damit wurde die Familienarbeit nur als vollwertig anerkannt, wenn sie traditionellem Muster ehelicher und familiärer Rollenverteilung gemäß anstelle der Erwerbsarbeit ausgeübt wurde.

Dieser Regelungsansatz stand im Einklang mit dem bis 1976 geltenden Eherecht, wie es bis dahin im Bürgerlichen Recht niedergelegt war.⁶² Dessen Prinzip, dass der Mann erwerbstätig zu sein und die Ehefrau den Haushalt zu führen und die Kinder zu erziehen habe, wurde der heraufkommenden, Frauenarbeit ermöglichenden wie fordernden Dienstleistungsgesellschaft aber nicht mehr gerecht. Seither gilt im Eherecht für die Aufgabenverteilungen in der Ehe die Selbstbestimmung durch die Eheleute. Im Einklang damit wurde das Kindergeldrecht von einer vormals auf Arbeitnehmer mit mehreren Kindern beschränkten Sozialleistung auf alle Einwohner, auch diejenigen, deren Inlandsaufenthalt nur vorübergehend geduldet ist,⁶³ für sämtliche Kinder erweitert (1974). Kinderfreibeträge kamen hinzu, wurden wieder abgeschafft, um in neuem Gewand wieder eingeführt zu werden. Die Bezugsvoraussetzungen für Witwen- und Witwerrenten wurden geschlechtsneutral gefasst und einander angeglichen, wodurch die Hinterbliebenenrente des Ehegatten zu einer von sonstigen Einkommen abhängigen Fürsorgeleistung wurde.⁶⁴ Schließlich missbilligte das BVerfG an der gesetzlichen Ausgestaltung der Kindererziehungszeit, dass die Erziehungsleistung erwerbstätiger Eltern geringer als diejenige von nichterwerbstätigen Eltern rentenversicherungsrechtlich bewertet wurde. Die Kindererziehungszeit der erwerbstätigen Eltern ist deswegen als „additive“ Kindererziehungszeit zu behandeln, kommt also auch der/dem neben der

61 Der Arbeitsmarkt vermochte dieses Anliegen indes aus prinzipiellen Gründen nicht zu verwirklichen, hätte doch die an einen Arbeitgeber gerichtete Pflicht zur Zahlung höherer Löhne an Familienväter als an Kinderlose zu Wettbewerbsnachteilen der Familienväter gegenüber Kinderlosen geführt. Deshalb wurde der Familienlastenausgleich zum Gegenstand sozialer Umverteilung in Gestalt der Sozialversicherungen, weil damit soziale Belange in Wettbewerbsneutralität unter den Gesicherten verwirklicht werden konnten.

62 ELISABETH BECK-GERNSHEIM, Die Kinderfrage heute. Über Frauenleben, Kinderwunsch und Geburtenrückgang, 2006.

63 BVerfGE 111, S. 160, 176.

64 BVerfGE 97, S. 241, 284 f.

Kindererziehung Erwerbseinkommen beziehenden Versicherten zugute.⁶⁵ Das familienfördernde Sozialrecht vergibt heute also im Grundsatz keine Prämien mehr auf das traditionelle Familienmodell,⁶⁶ mit Ausnahme bei der Kinderbetreuung in Westdeutschland, die trotz vermehrter Anstrengungen noch immer nicht ein annähernd bedarfsdeckendes Niveau erreicht hat. Es beruht jedoch nach wie vor auf dem Vorrang der Familien- vor der Sozialverantwortung. Insbesondere bei den bedarfsabhängigen Sozialleistungen, die bei Bedürftigkeit des Berechtigten gewährt werden, hat die familienrechtlich begründete Unterhaltspflicht Vorrang gegenüber der Einstandspflicht des Staates.⁶⁷ Dem geltenden Sozialrecht wohnt folglich nicht mehr ein bestimmtes und es bestimmendes Familienleitbild inne. In der politischen Diskussion ist die Sicherung der Wahlfreiheit für die Ausgestaltung des Familienlebens unter den Eltern sogar zu einer eigenständigen sozialpolitischen Maxime geworden. In der jüngsten Sozialgesetzgebung deutet sich allerdings ein deutlicher Wandel zu einem auf Vollbeschäftigung beider Elternteile zielenden Leitbild ab.

b) Mögliche Rechtfertigungen für familienförderndes Sozialrecht

Wenn das familienfördernde Sozialrecht den Eltern die volle Wahlfreiheit zur Gestaltung ihres Familienlebens gewährt, so fragt sich, aus welchen Gründen dies normativ geschehen kann. Eine solche Familienpolitik sucht die Folgen der „strukturellen Rücksichtslosigkeit von Wirtschaft und Staat gegenüber dem Tatbestand der Elternschaft“ zu überwinden.⁶⁸

Der von der Bundesregierung im August 2005 vorgelegte 7. Familienbericht „Familien zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit“⁶⁹ plädiert zur Überwindung für eine lebenslaufbezogene, nachhaltige, drei Zielen verpflichtete Familienpolitik: 1. der horizontalen Gleichheit von Familien und Nichtfamilien, 2. der Chancengleichheit von Kindern unterschiedlicher familiärer Herkunft und 3. der Gleichheit der Geschlechter in Beruf und Familie.⁷⁰ Die Familienpolitik habe danach den rechtlichen und sozialen Rahmen für die Entfaltung von Familienleben zu setzen.⁷¹ Familie sei aus dem Zusammenwirken aller Mitglieder zu verstehen und müsse angesichts nicht familiärer Alternativen und Optionen anziehender als bisher werden.⁷² In das Familienleben müsse stärker

65 BVerfGE 94, S. 241; dazu MICHAELIS (Anm. 42), DRV 1997, S. 699.

66 FUCHS (Anm. 52), JZ 2002, S. 793 ff.

67 Dazu kritisch SCHEIWE (Hrsg.) (Anm. 38).

68 FRANZ XAVER KAUFMANN, Zukunft der Familien im vereinigten Deutschland, 1995, S. 11.

69 Ebd., S. 429 ff.

70 Ebd., S. 427.

71 Ebd., S. 429.

72 Ebd., S. 431.

die Nachbarschaft und Gemeinde einbezogen werden.⁷³ Die ökonomische Basis familiären Lebens sei besser als bisher zu sichern.⁷⁴ Das Elterngeld sei dafür ein geeignetes Instrument.⁷⁵ Die Hinwendung zu Kindern und Pflegebedürftigen dürfte in der ökonomischen Arbeitswelt nicht ihrerseits zur knappen Ressource werden.⁷⁶ Eine stärkere Zeitsouveränität in der Familienphase sei zu wünschen.⁷⁷ Bemühungen zur Überwindung der Kinder- und Familienarmut sollten sich auf die Stärkung der Sozialkompetenzen für die Eltern konzentrieren.⁷⁸

c) Erklärungsansätze für Familienförderung

Die englischen Familiensoziologen Jonathan Bradshaw/Naomi Finch⁷⁹ bieten vier diskussionswürdige Erklärungen für die sozialpolitische Förderung von Familien an. Es sind dies die Theorien der postmateriellen Werte (post-materialist values theory), vernünftigen Wahl (rational choice theory), Geschlechtergleichheit (gender equity theory) und Risikovermeidung (risk aversion theory).

Nach der Theorie postmaterieller Werte sei die nicht entgeltete Familienarbeit der Erwerbsarbeit durch Sozialrecht gleichzustellen. Nichterwerbstätigkeit sei ökonomisch wertvoll, Kindererziehung bringe den Nachwuchs hervor und voran und trage damit zur Bildung und Entfaltung des „Humankapitals“ bei. Dieser Beitrag müsse sozialrechtlich eigenständig anerkannt werden.

Die Theorie der vernünftigen Wahl sieht in den öffentlichen Geld- wie Dienstleistungen für Familien einen Beitrag zur Senkung der familienbedingten Kosten der Lebensführung und Kinderbetreuung: der wirtschaftlichen Lasten von Familiengründung oder -erweiterung. Diese Theorie sieht also in den „Familienlasten“ und nicht deren Leistungen das tragende Motiv der Förderung.

Nach der Theorie der Geschlechtergleichheit soll das Sozialrecht die durch Schwangerschaft, Geburt und Kindererziehung bedingte Benachteiligung der Frau gegenüber dem Mann im Erwerbsleben ausgleichen und auch auf die Beteiligung der Männer an der Familienerziehung hinwirken. Die Anerkennung von Familienarbeit gleich der Erwerbsarbeit soll Frauen in ihren spezifischen Erwerbsbiographien schützen.⁸⁰

73 Ebd., S. 432.

74 Ebd., S. 435.

75 Ebd., S. 436.

76 Ebd., S. 444.

77 Ebd., S. 468 ff.

78 Ebd., S. 293 ff.

79 DIES., Can Policy influence Fertility, in: HAN EMANUEL (Ed.), Ageing and the Labour Market: Issues and Solutions or Are There? 2006, p. 151 et sequ.

80 EVELYNE HUBER/JOHN D. STEPHENS, Development and Crisis of the Welfare State, 2001, p. 27 et sequ.

Nach der Risikovermeidungstheorie ist Elternschaft mit Verhaltensänderungen und unabsehbaren ökonomischen Belastungen verknüpft. Als ein das Leben der Eltern tiefgreifend veränderndes Geschehen werde Elternschaft heute vorherrschend als bewusst und gezielt getroffene Lebensentscheidung von einer wachsenden Zahl von Menschen gescheut. Der Sozialstaat solle deshalb durch Förderungsangebote: Steuervorteile, Geld- und Dienstleistungen – das mit Elternschaft verbundene Einkommensrisiko tragbar machen und die Wahrnehmung familiärer Aufgaben erleichtern.

In der deutschen Debatte erscheint als weiteres Argument, das aus der Konstruktion des Generationenvertrages als Basis sozialer Sicherung gewonnen und durch die Rechtsprechung des BVerfG auch jedenfalls partiell anerkannt wird, dass der Generationenvertrag Reproduktion und Familiengründung voraussetze.⁸¹ Im Duktus der vorangegangenen Erklärungsmuster wäre diese Überlegung als Theorie zur Abstützung sozialer Sicherung (Social security theory) zu bezeichnen.

d) Was trägt das familienfördernde Sozialrecht letztlich?

Gewiss berühren sich die angeführten fünf Erklärungen und nichts zwingt dazu, die letztlich tragende zu identifizieren, um daraus alle Regelungen schlüssig zu erklären. Eine Kumulation von Erklärungsansätzen ist möglich und jeglicher einseitigen Erklärung sogar vorzuziehen, wenn dadurch das geltende Recht umfassender als ein einzelner Erklärungsansatz gedeutet werden könnte. Die fünf Erklärungsansätze erfüllen ihren Wert also vor allem in ihrer heuristischen Funktion.

Ein starkes Motiv allen familienfördernden Sozialrechts macht die Theorie postmaterieller Werte deutlich. Das Recht erkennt elterliche Erziehung als wesentlichen Beitrag zur sozialen Bestandserhaltung an, fördert und ersetzt sie, falls die Eltern ausfallen. Die Familienpolitik erscheint ebenso wie die Bildungs- oder Umweltpolitik als Mittel der Zukunftsgestaltung. Familienförderung rückt damit in den Kontext des aktivierenden, investiven oder vorsorgenden Sozialstaats. Dieser sieht seinen zentralen Gegenstand nicht im Ausgleich eingetretener, sondern der Vermeidung künftiger sozialer Schäden. Er wirkt gesellschaftsgestaltend, um präventiv soziale Benachteiligungen zu unterbinden. Das allgemeine Motiv der Zukunftssorge lässt sich auch auf die Zukunftssicherung sozialer Sicherheit übertragen, so dass als erster Beweggrund für die Eigenständigkeit sozialrechtlicher Familienförderung das Motiv der Zukunftsgestaltung – einschließlich der Sicherung der Nachhaltigkeit sozialer Sicherung – auszumachen ist.

81 KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938; BORCHERT (Anm. 3).

Eine solche Erklärung reicht freilich nur hin, aber nicht zu. Denn sie setzt den ganz und gar schiefen Akzent, dass die Familien aus Gründen der sozialen Sicherung entstehen und sich entfalten müssten, was jene gegenüber dieser fundamental entwertete. Sie ist ferner bedenklich, weil sie nicht hinreichend erklärt, warum die familiären Leistungen gerade jüngst stark ausgebaut worden sind, oder sich jedenfalls die Bekundungen zu deren Ausbau jüngst mehrten.

Das Leitmotiv dafür klingt in den Theorien der vernünftigen Wahl und Risikovermeidung deutlich an. Beide Ansätze befördern die Einsicht, dass Familiengründung und -erweiterung von deren Anwärtern inzwischen als ein eigenes soziales Wagnis wahrgenommen werden, dessen Tragung auch sozialrechtlich zu gewährleisten ist. Kindergeld für alle Kinder unabhängig von der gesellschaftlichen Stellung der Eltern, umfassende Kinderbetreuung, Familienkrankenhilfe und selbst Beitragsvergünstigungen für Eltern in der Pflegeversicherung sowie das Elterngeld lassen sich als Ausdruck des Bemühens verstehen, die wirtschaftlichen Folgen des Kinderkriegens wie -habens gesellschaftlich zu lindern, d. h. tendenziell öffentlich zu tragen. Der von den Familien geleistete reproduktive Beitrag, der bis in die 1920er Jahre als etwas ganz und gar Natürliches und Normales aufgefasst der Privatsphäre zugeordnet und damit der öffentlichen Sphäre entrückt war, drängt so zunehmend in das Zentrum sozialpolitischer Anstrengungen. Sozialrechtliche Anreize zur Familiengründung und -erweiterung und die Verminderung von Einkommensrisiken für die junge Familie sollen die inzwischen bewusst und umfassend kontrollierte und kontrollierbare Entscheidung für und gegen Kinder in eine bestimmte Richtung lenken.⁸² Auch ein frauenpolitisches Motiv ist im Spiel und gewinnt namentlich im Diskurs auf EU-Ebene im Rahmen der dort betriebenen Sozialpolitik ein entscheidendes Gewicht⁸³: Eine wachsende Zahl junger Frauen möchte nicht länger auf die Familienarbeit verwiesen sein, sondern stattdessen gleichberechtigt am Erwerbsleben teilhaben. Zugleich möchte sie sich nicht vor die Alternative zwischen Erwerbsarbeit und Familie gestellt sehen, sondern beides verknüpfen. Das kann nur gelingen, wenn dies die gleichberechtigte Teilhabe der Männer an der Familienarbeit nach sich zieht.

82 Vgl. dazu auch 7. Familienbericht, Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit, August 2005, S. 427 ff.; BECK-GERNSHEIM (Anm. 62).

83 KOMMISSION DER EG vom 16.3.2005, Grünbuch „Angesichts des demografischen Wandels – eine neue Solidarität zwischen den Generationen“, KOM (2005) 94 endg.

IV. Zeitgenössisches Menschenbild von Familien- und Sozialrecht

1. Familie – Von Notwendigkeit zum Akt individueller Entscheidung

Deutlicher als noch vor wenigen Jahrzehnten wird sichtbar: Entstehung und Entfaltung der Familie sind heute weder als Notwendigkeit, noch als Normalität im Lebenszyklus, sondern vielmehr als das Ergebnis einer bewussten Entscheidung für oder gegen ein Leben mit Kindern zu begreifen. Da dieses in jedem Fall arbeits- und sorgenreich ist, freilich auch – vielleicht gerade dadurch? – zum Lebensglück der Eltern beiträgt, ist Familiengründung und -erweiterung anders als noch vor wenigen Generationen zu einem Akt bewusster Entscheidung geworden. Dieser durch die medizinische Beherrschbarkeit der menschlichen Reproduktion ermöglichte Wandel stellt auch das Recht vor neue, vor dem unbekannte Herausforderungen.

2. Politische Gestaltung individueller Entscheidungen über Familiengründung und -erweiterung

Weil Familiengründung und -erweiterung individuell beherrschbar geworden sind, stiegen auch die Bestrebungen zur öffentlichen Beeinflussung dieser Entscheidung. Jede offiziöse staatliche Propagierung von Kinderreichtum ist jedenfalls in Deutschland historisch diskreditiert, weil sie Leben utilitaristisch begreift und damit missdeutet, sie liefere gerade deshalb dem freiheitlichen Verständnis von Ehe und Familie zuwider. Deshalb kommen als staatliches Steuerungsmedium in erster Linie sozialstaatliche Mittel als bewusst gesetzte öffentliche Anreize in Betracht. Jede Vergabe von Vorteilen für Familien gegenüber Kinderlosen setzt sich dem Vorwurf aus, sich anheischig zu machen, zutiefst illiberal das Reproduktionsverhalten von Paaren staatlich zu beeinflussen.

Im Rahmen einer wesentlich von der EU inspirierten, auf Ausweitung von Erwerbsarbeit zielenden Beschäftigungspolitik, weil nur bei einer deutlich höheren als der gegenwärtigen Beschäftigungsrate der Sozialstaat strukturell erhalten werden kann, erscheint vor allem eine Mobilisierung und Ausschöpfung des Erwerbspotentials von Frauen nötig. Vor diesem Hintergrund⁸⁴ erscheint selbst das zeitweilige vollzeitige Hausfrauendasein als nicht mehr tragbarer Luxus („luxury of full-time housewifery“). Es sollen also zureichende Anreize gesetzt werden, damit für Frauen die Ausübung bezahlter Erwerbsarbeit in der

84 GÖSTA ESPING-ANDERSEN, A Child-Centred Social Investment Strategy, in: DERS. (Ed.), *Why we need a new Welfare State?*, 2002, p. 26; Vgl. zu den Bemühungen der EG-Politik Mitteilung der Kommission, Sozialpolitische Agenda (2005) 33 endg.; Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Reports – A Roadmap for equality between women and men (COM/2006/92 final); European pact for gender equality Bulletin EU, p. 18.

Phase der Familienerziehung auch hinlänglich ein- und erträglich erscheint; namentlich darf die Kindererziehung nicht mit Armutsrisiken oder wirtschaftlichen Einbußen (opportunity costs) verbunden sein.⁸⁵ Dies gelingt durch eine Kombination aus Beschäftigungs- und Einkommenssicherungspolitik.⁸⁶

3. Familienförderndes Sozialrecht als Nachteilsausgleich und Infrastrukturschaffung

Familienförderndes Sozialrecht ist deshalb primär darauf auszurichten und angesichts der knappen Ressourcen zu öffentlicher Mittelvergabe wohl auch sinnvoll zu beschränken, Familiengründung und -erweiterung ökonomisch zu unterstützen, so dass sich die damit notwendig verbundenen Nachteile in Grenzen halten, auf dass die Eltern die verbleibenden ökonomischen Nachteile durch das Glück des Kinderhabens mehr als aufgewogen ansehen und sich daher für ein Kind oder Kinder entscheiden. Der Staat hat im Übrigen für eine zeitgemäße Infrastruktur zu sorgen, welche Männern und Frauen die Vereinbarkeit von Erwerbs- und Familienarbeit ermöglicht. Dieses Recht wird in Art. 33 Charta der Grundrechte der EU inzwischen auch als soziales Grundrecht anerkannt.

Es findet in die deutsche Debatte damit allmählich ein aus Skandinavien kommender Ansatz⁸⁷ Eingang, Familienfragen aus einem die drei Rechtsdisziplinen Familien-, Arbeits- und Sozialrecht verbindenden Blickwinkel zu betrachten. Diese Erweiterung der Perspektive erklärt sich daraus, dass sich Familiengründung und -entfaltung heute endgültig aus der traditionellen Einbettung in die Privatheit der bürgerlichen Kleinfamilie gelöst hat – wo sie freilich erst ausgangs des 19. Jahrhunderts ihre Rückzugsposition gefunden hatte – und zu einem umfassenden Teil einer auf die Erschließung sämtlicher Erwerbspotentiale sichernden Gesellschaftspolitik zu werden im Begriff steht. Das Familienrecht sichert die Autonomie der Eltern bei der Gründung und Entfaltung der Familien. Das Arbeitsrecht hat – hinsichtlich Entlohnung wie Arbeitszeitgestaltung – umfassend die Bedingungen für die Erfüllung der Familienunterhaltungspflichten zu schaffen; das Sozialrecht hat die Bedingungen familiären Lebens zu sichern, auftretende Belastungen auszugleichen und die Betreuungsinfrastruktur für Kinder und Jugendliche bereitzustellen,⁸⁸ damit so zugleich die Arbeitsgesellschaft

85 Ebd., p. 46.

86 Ebd., p. 50; vgl. auch DERS., *Towards the Good Society, once Again*, in: ebd., p. 1, 5 et sequ.

87 KRISTIN KETSCHER, *The Danish Social Welfare System*, in: BØRGE DAHL/TORBEN MELCHIOR/DITLEV TAMM (Hrsg.), *Danish Law in European Perspective*, 2002 (2nd ed.), p. 299 (306).

88 Dabei wird das Defizit auch in den Ländern beklagt, die hierzulande als Vorbild gelten: DOMINIQUE MÉDA, *Ça va mal, ne changeons rien. L'emploi féminin est pénalisé par le manque de structures d'accueil pour les jeunes enfants*, *Le Monde* 22 février 2007, p. 19.

als ökonomische Basis des Sozialstaats erhalten, entfaltet und gestärkt werden kann. Die wachsende öffentliche Verantwortung für die Familie ist die Folge einer Gleichstellungspolitik, welche die volle Integration der Frauen in das Erwerbsleben erstrebte und darin auch sichtbare Erfolge verzeichnete.

V. Fazit

Nach den verschiedenen Erklärungsansätzen familienfördernden Sozialrechts ist anzunehmen, dass eine Gesellschaft, welche nicht die Kosten der Kindererziehung wenn nicht weithin übernimmt, so doch sich daran substantiell beteiligt, in der Zukunft weniger Kinder als möglich zu erwarten hat.⁸⁹ Mit Heraufkunft der Dienstleistungsgesellschaft wird Frauenerwerbstätigkeit nicht nur möglich, sondern nötig. War der traditionelle Wohlfahrtsstaat auf den Produktionsarbeiter und Alleinverdiener ausgerichtet, in dem die Frau vom Mann nahezu unbeschränkt abhing,⁹⁰ steht die Sicherung der Gleichbehandlung der Geschlechter – notfalls auch mittels konkreter und zielgerichteter Fördermaßnahmen für Frauen – im Mittelpunkt heutigen sozialpolitischen Bemühens.⁹¹ Der Akzent liegt nicht mehr auf der Beseitigung noch vorhandener Benachteiligungen, sondern in gezielten Maßnahmen, um den Frauen die volle Entfaltung ihrer beruflichen Möglichkeiten zu sichern.⁹²

Die Ehe wandelt sich von einer einst für wirtschaftliche Teilhabe unverzichtbaren Institution zu einer Option der persönlichen Lebensgestaltung.⁹³ Wenn Frauenerwerbstätigkeit der sozialen Ausgrenzung und Armut entgegenzuwirken vermag, fordert eine frauenfreundliche Politik auch die auf Erwerbsbeteiligung der Frau als Mutter zielende Politik.⁹⁴ Allerdings müssen – nicht nur wegen begrenzter Ressourcen, sondern auch um der Wahrung der Unterschiede in den Lebensverläufen von Frauen und Männern willen – die Grenzen beachtet bleiben, welche der Sozialpolitik bei dem Versuch einer „Vermännlichung weiblicher Lebensverläufe“⁹⁵ gezogen sind.⁹⁶

Das so aus sozial-, frauen- und familienpolitischen Beweggründen rekonstruierte Menschenbild des zeitgenössischen Familien- und Sozialrechts ist als das Ergebnis eines in den letzten Jahrzehnten eingetretenen fundamentalen

89 BRADSHAW/FINCH (Anm. 79), p. 151 et sequ, 155.

90 ANNEMETTE SORENSEN/SARA McLANAHAN, Married Women's Economic Dependency 1940–1980, 93 *American Journal of Sociology*, (1987) p. 659–686.

91 GÖSTA ESPING-ANDERSEN, A New Gender Contract, in: DERS. (Anm. 84), p. 68–70.

92 Ebd., p. 70.

93 Ebd., p. 71.

94 Ebd., p. 94.

95 Female life course masculinisation.

96 Ebd., p. 95.

ökonomischen, sozialen und kulturellen Wandels zu begreifen. Er bezieht seine wesentlichen Impulse aus den Rechtsgebieten der Gleichheit von Mann und Frau, aller Kinder sowie einem Kindschaftsrecht, das die Rechte und Pflichten der Eltern als Reflex der Rechte des Kindes begreift und das Elternrecht damit vom Kinde her denkt.⁹⁷

Im Übergang von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft wird damit die einst männlich zentrierte Arbeitswelt endgültig überwunden. Sozialrecht, das historisch die Ehefrauen und Kinder des Familienernährers durch abgeleitete Ansprüche auf Familien- und Hinterbliebenensicherung schützte, steht zunehmend vor der Aufgabe, die Familie als Lebensform erst eigentlich zu ermöglichen und sie in ihrer Entfaltung zu sichern. Es überwindet damit seine tradierte und im Recht der Jugendhilfe seit Jahrzehnten ausgebildete Rolle, in Erfüllung des staatlichen Wächteramts (Art. 6 II GG) über die elterliche Erziehung bei drohenden Versäumnissen und Erziehungsversagen zum Schutz des Kindes intervenierend einzugreifen. Staatliche Politik geht heute darüber weit hinaus: Durch Kinder- und Elterngeld, Kinderbetreuung und arbeitsrechtliche Normen zur Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit wird so Familienpolitik zu einem integralen Element der Gesellschaftspolitik, die ebenso wie die Bildungs- und Beschäftigungspolitik die institutionellen Voraussetzungen für eine die Erwerbsbeteiligung aller erwerbsfähigen Frauen und Männer sichernde Entwicklung zu schaffen hat. Dies bedeutet, Menschen durch üppigen sozialen Transfer umfassend zu befähigen, was sie einst ganz ohne diesen vermochten: Kinder zu bekommen und sie aufzuziehen!

97 HANS F. ZACHER, Das Wichtigste: Kinder und ihre Fähigkeit zu leben. Anmerkungen zur intergenerationellen Solidarität, in: GERHARD IGL/THOMAS KLIE (Hrsg.), Das Recht der älteren Menschen, 2007, S. 95–130; DERS.: Universale Menschenrechte und die Wirklichkeit der globalen Welt – Das Beispiel der Kinderrechte, ZIAS 2007, 66–90.