

Die Zuständigkeiten des Bundes im Bereich der familien- und schulergänzenden Kinderbetreuung

Rechtsgutachten

im Auftrag
der Jacobs Foundation, Zürich

Zusammenfassung

(von Teil V des Gutachtens)

A. Politischer, sozioökonomischer und statistischer Kontext

1. **Vereinbarkeit von Beruf und Familie sowie Gleichstellung von Frau und Mann insbesondere in Bezug auf den Zugang zum Berufsleben.** – Aus dem ersten Teil des Gutachtens, das einen Überblick über den politischen, sozioökonomischen und statistischen Kontext der Problematik vermittelt, lassen sich drei für die rechtliche Analyse nützliche Feststellungen und Lehren ableiten.

Erstens scheint die Elternschaft, also die Geburt von Kindern, die Ungleichheit zwischen Frau und Mann zu vergrössern. Laut den Statistiken betrifft die Schwierigkeit, das Berufs- und Familienleben miteinander in Einklang zu bringen, vor allem die Mütter. Die Väter sind davon nur ganz am Rande tangiert.

Des Weiteren werden die individuellen und familiären Entscheidungen der Paare – und der Frauen – in Bezug auf die Berufstätigkeit massgeblich durch die Sozialpolitik beeinflusst. Dabei fällt vor allem ins Gewicht, ob die Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben durch bestehende Massnahmen gefördert wird. Eine in dieser Hinsicht aktive Politik ermutigt Paare somit dazu, eher egalitäre Praktiken zu wählen. Hingegen bewegt eine weniger interventionistische Politik Paare tendenziell dazu, sich mit der traditionellen Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern zu begnügen. Im internationalen Vergleich zeichnet sich die Schweiz durch eine eher bescheidene Familienpolitik aus. Das gilt ganz besonders für die familien- und schulergänzende Kinderbetreuung. Dies animiert Paare dazu, das traditionelle Modell zu wählen, wonach sich die Väter primär auf den Beruf und die Mütter auf die Kinderbetreuung konzentrieren. Die mangelhaften familienergänzenden Betreuungsmöglichkeiten stellen sogar offenbar einen der Gründe für den Fortbestand dieses eher traditionellen Modells dar.

Die familienergänzenden Betreuungsmöglichkeiten sind jedoch eine wesentliche Voraussetzung für die Integration und Reintegration der Mütter in den Arbeitsmarkt. Daher besteht ein Hauptziel der Gleichstellungspolitik heute darin, die Vereinbarkeit zwischen Berufs-

und Familienleben zu verbessern. Dieses Ziel wird häufig auch volkswirtschaftlich begründet. Dabei wird insbesondere das Argument angeführt, man müsse das Potenzial der einheimischen qualifizierten Arbeitskräfte bestmöglich nutzen und daher die Berufstätigkeit und Beschäftigung von hochqualifizierten Müttern fördern. Vor diesem Hintergrund erachtet der Bundesrat diese Massnahmen als ein Mittel, um Mütter dazu zu ermutigen, mehr zu arbeiten und Teilzeit- in Vollzeitstellen umzuwandeln. Dies würde sich positiv auf die Gleichstellung von Frau und Mann in der Paarbeziehung auswirken.

80% der Mütter sind berufstätig. Insofern können die Strukturen der familien- und schulergänzenden Kinderbetreuung – zusätzlich und/oder parallel zur traditionellen Familienpolitik – unter die Massnahmen subsumiert werden, welche die Gleichstellung von Frau und Mann im Allgemeinen und in Bezug auf den Zugang zum Berufsleben im Besonderen gewährleisten sollen.

In der Behördenpraxis und der Rechtslehre wurde die familien- und schulergänzende Kinderbetreuung stets als Massnahme des Familienschutzes und der Familienpolitik angesehen. Diese Verbindung muss heute jedoch offensichtlich differenzierter betrachtet werden. In Bezug auf die Beseitigung der Ungleichheiten zwischen Frau und Mann räumt die Lehre diesen Massnahmen tatsächlich eine wesentliche Rolle bei der Eliminierung der Rollenstereotypen der Geschlechter ein. Denn sie geben den Frauen die nötigen Instrumente an die Hand, um sich ohne Sorge um die Kinderbetreuung vollumfänglich in den Arbeitsmarkt zu integrieren und Vollzeit zu arbeiten, wenn sie dies möchten. Die Existenz von Kinderbetreuungseinrichtungen scheint somit eine notwendige Voraussetzung zu sein, um dem Recht der Frauen auf Arbeit effektiv Rechnung zu tragen. Dabei scheinen diese Massnahmen heute gleichermassen in die Bereiche Arbeitnehmerinnen- und Familienschutz zu fallen.

Im Rahmen des vorliegenden Rechtsgutachtens geht es somit um die Untersuchung der Frage, ob eine solche Verbindung zum Schutz der Arbeitnehmerinnen aus juristischer und verfassungsrechtlicher Sicht gezogen werden kann.

B. Rechtliche Analyse

1. Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz von 2001

2. **Mögliche Anwendung von Art. 110 Abs. 1 Bst. a.** – In einem 2001 ergangenen Rechtsgutachten vertrat das Bundesamt für Justiz folgende Ansicht: Insoweit Art. 34ter Abs. 1 Bst. a der Bundesverfassung von 1874 als verfassungsmässige Grundlage für das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann dienen konnte, könnte Art. 110 Abs. 1 Bst. a der neuen Bundesverfassung¹ ebenfalls als ausreichende verfassungsmässige Grundlage zur Ergreifung von Massnahmen im Sinne der parlamentarischen Initiative Fehr betrachtet werden, sofern diese Massnahmen die Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Berufsleben betreffen.

Vor diesem Hintergrund folgte das Bundesamt in seinem Gutachten, dass die Bundesverfassung in Art. 116 Abs. 1 dem Bund eine Förderungskompetenz einräume. Diese berechtige den Bund, im Sinne der parlamentarischen Initiative Fehr zu handeln. Laut dem Bundesamt sei es ausserdem denkbar, sich auf Art. 110 Abs. 1 der Bundesverfassung als Zuständigkeitsnorm zu berufen.

¹ Dieser übernimmt den früheren Art. 34ter Abs. 1 Bst. a praktisch unverändert

2. Analyse der Lehre und Praxis im weiteren Zeitverlauf: Erkenntnisse und Beurteilung

3. **Einleitende Bemerkungen.** – Auf Grundlage einer Analyse der im Zeitverlauf nach dieser Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz beobachteten Lehre und Praxis lässt sich sagen, dass in der Lehre keine expliziten, spezifischen und präzisen Aussagen über die im vorliegenden Gutachten aufgeworfenen Fragen zu finden sind.

Dennoch lassen sich auf Grundlage dieser Analyse einige nützliche und relevante Feststellungen treffen, die im Folgenden wiedergegeben werden.

4. **Art. 116 Abs. 1 Bundesverfassung.** – Zunächst ist es unbestritten und unbestreitbar, dass Art. 116 Abs. 1 Satz 2 Bundesverfassung eine explizite, klare Grundlage für eine – in der aktuellen Bundesgesetzgebung vorgesehene – Unterstützung des Bundes in Bezug auf familien- und schulergänzende Kinderbetreuung durch Dritte wie etwa Kantone, Gemeinden oder sonstige – auch privatrechtliche – Institutionen schafft.

Diese Unterstützung muss aus verfassungsrechtlicher Sicht an keine zeitlichen Bedingungen geknüpft, also nicht zeitlich begrenzt werden. Erfolgt eine solche zeitliche Begrenzung, geschieht dies aus politischen Gründen, nicht aber aus verfassungsrechtlichen Erwägungen.

Allerdings wird diese Kompetenz dadurch eingeschränkt, dass es sich lediglich um eine Unterstützungs- bzw. Förderungskompetenz handelt, womit sie in zweifacher Hinsicht begrenzt ist: Zum einen verfügt der Bund über keine allgemeine Gesetzgebungskompetenz in der Familienpolitik als solcher und darf somit Gesetze nur insoweit erlassen, als dies für die Regelung der Unterstützungsmassnahmen für die Familien (Bedingungen für die finanzielle Förderung und weitere damit verbundene Sachverhalte) erforderlich ist. Und zum anderen darf der Bund nur intervenieren, um die von Dritten ergriffenen Massnahmen zu fördern. Mit anderen Worten: Sein Handeln ist subsidiär, und die Kompetenz des Bundes ersetzt nicht die kantonalen Kompetenzen.

5. **Art. 41 und Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung.** Ebenso klar und weithin – oder sogar einhellig – anerkannt ist, dass weder Art. 41 über die Sozialziele noch Art. 8 Abs. 3 Satz 2 über den Auftrag zur Realisierung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung zwischen Frau und Mann als Vorschriften zu verstehen sind, die dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz einräumen. Vielmehr formulieren beide Vorschriften verbindliche Aufträge an den Bund und die Kantone, bestimmte sozial- und gleichstellungspolitische Ziele zu verfolgen.

Faktisch beziehen sich diese Vorschriften durch ihren Inhalt auf Massnahmen für die familien- und schulergänzende Kinderbetreuung und schliessen diese ein, was auch in der Rechtslehre so gesehen wird. Gleichwohl räumen sie – zumindest alleine betrachtet – keine Gesetzgebungskompetenzen ein.

Was den Art. 41 betrifft, resultiert dies ausdrücklich aus dem Wortlaut der Vorschrift (Art. 41 Abs. 3) selbst sowie aus der Systematik des Verfassungstextes und der Vorarbeiten, wie dies das Bundesamt für Justiz im Übrigen bereits 2001 dargelegt hat. Die aktuelle Position der Lehre weicht hiervon nicht ab, wobei sie Art. 41 nur eine relativ beschränkte normative Bedeutung beimisst. Auf Art. 41 wird in der Praxis übrigens so gut wie nie als Grundlage für Bundesgesetze Bezug genommen.

Bezüglich Art. 8 Abs. 3 Satz 2 lässt sich dieselbe Schlussfolgerung aus der Tatsache ziehen, dass allgemein das Gesetz beauftragt wird, für rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen. Damit ist nach einhelliger Meinung der Rechtslehre sowohl das kantonale und das kommunale Gesetz als auch das Bundesgesetz zu verstehen. Daraus folgt wiederum, dass diese

Bestimmung – zumindest alleine – keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes begründet. Dies resultiert auch aus der Systematik des Verfassungstextes.

Gleichwohl lässt sich in Bezug auf Art. 8 Abs. 3 feststellen, dass der in Satz 2 dieser Bestimmung enthaltene Auftrag, der im Übrigen durch verschiedene für die Schweiz verbindliche internationale Verpflichtungen gestützt wird, deutlich zwingender und verbindlicher ist als die aus Art. 41 resultierenden Aufträge. Somit erscheint es nicht ausgeschlossen, dass Art. 8 Abs. 3 herangezogen werden könnte, um zusammen mit einer (anderen) verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsnorm eine mögliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu bekräftigen.

Hierzu ist es übrigens in der Praxis im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann gekommen, das sich – neben anderen Rechtsnormen der Bundesverfassung – insbesondere auf deren Art. 8 Abs. 3 stützt. Gegen einen solchen Gebrauch wurde vonseiten der Rechtslehre – abgesehen von einigen Ausnahmen – nicht wirklich protestiert.

6. **Art. 110 Abs. 1 Bst. a Bundesverfassung.** – Die Antwort auf die im vorliegenden Gutachten aufgeworfene Hauptfrage, ob Art. 110 Abs. 1 Bst. a Bundesverfassung auch die oder eine verfassungsmässige Grundlage für ein Bundesgesetz über die familien- und schulergänzende Kinderbetreuung darstellen kann, ist weniger eindeutig.

Das Bundesamt für Justiz hat dies in seinem Rechtsgutachten vom 25. Oktober 2001 angenommen, ohne die Problematik vollumfänglich zu behandeln. Und die Rechtslehre gibt keine konkrete Antwort auf diese Frage.

Ohne sich lange damit aufzuhalten, räumen zwar alle Autoren ein, dass – faktisch aufgrund ihres Inhalts – die a priori sehr weit gefasste Vorschrift theoretisch Massnahmen wie die familien- und schulergänzende Kinderbetreuung einschliessen bzw. sich darauf beziehen kann bzw. könnte. Und mehrere Autoren führen diese Massnahmen in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf. In der Lehre wird aber betont, dass die dem Bund durch diese Vorschrift übertragene Kompetenz einerseits auf die unselbstständige Erwerbstätigkeit und andererseits – zumindest aus Sicht einiger Autoren – auf das «Arbeitsverhältnis» oder besser gesagt auf die Beziehung zwischen dem Staat und den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern bzw. dem Staat und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern beschränkt bzw. begrenzt ist.

Daher kann man sich fragen, ob dies ein Hindernis oder eine Einschränkung für eine auf dieser Verfassungsvorschrift gründende Gesetzgebungskompetenz darstellt. Oder anders formuliert, ob die diesbezügliche Gesetzgebung auf unselbstständige Erwerbstätige und das alleinige, eng definierte Ziel des «Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer» begrenzt werden müsste.

Die Praxis der Bundesbehörden und insbesondere des Gesetzgebers liefert hierzu einige Anhaltspunkte. Zunächst lässt sich feststellen, dass der Art. 110 Abs. 1 Bst. a recht häufig als Grundlage für relativ unterschiedliche Gesetze herangezogen wird. Dies geschieht aber meistens in Kombination mit anderen Verfassungsgrundlagen, insoweit diese Gesetze neben dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer noch andere öffentliche Interessen verfolgen. Damit rückt die ausschliessliche Beschränkung auf die «unselbstständige Erwerbstätigkeit» und den «Schutz» der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein wenig in den Hintergrund.

Dies gilt abgesehen vom *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann* zum Beispiel für das *Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen* von 2007 und das *Bundesgesetz über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz)* von 2000 sowie für ältere Gesetze wie das *Bundesgesetz über den Strassenverkehr* von 1958.

Der Art. 110 Abs. 1 Bst. a Bundesverfassung wurde somit in der Praxis recht häufig als eine von mehreren Verfassungsgrundlagen für Bundesgesetze herangezogen, bei denen es nicht hauptsächlich oder prioritär (und mitunter sogar ganz und gar nicht) um die Regelung von Fragen ging, die eng mit den Arbeitsverhältnissen (ausschliesslich von unselbstständigen Erwerbstätigen) verknüpft waren oder primär auf den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abzielten. Allerdings diente der Art. 110 in all diesen Fällen zur Begleitung und Unterstützung einer anderen hauptsächlich Verfassungsgrundlage, insofern die betreffende Massnahme oder Gesetzgebung neben ihrem Hauptziel eine – meist nebengeordnete – Dimension enthielt, bei der es um den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ging

3. Schlussfolgerungen und Antworten auf die gestellten Fragen

7. **Weiterreichende Kompetenz des Bundes auf Grundlage von Art. 116 Abs. 1, Art. 110 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung.** – In Anbetracht des Vorstehenden erscheint es uns im Einklang mit den (allerdings nicht ins Detail gehenden) Ausführungen des Bundesamtes für Justiz in seinem Rechtsgutachten vom 25. Oktober 2001 möglich bzw. zumindest nicht ausgeschlossen, neben Art. 116 Abs. 1 andere Rechtsnormen der Bundesverfassung heranzuziehen, darunter insbesondere eine Kombination aus Art. 110 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 3, um eine Kompetenz des Bundes zu begründen, welche den Rahmen der aktuellen, ausschliesslich auf Art. 116 Abs. 1 beruhenden Kompetenz überschreitet.

Unserer Ansicht nach ist es somit nicht ausgeschlossen, dass sich die gesetzgeberischen Massnahmen des Bundes zusätzlich oder parallel zu Art. 116 Abs. 1 auch auf Art. 110 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung stützen könnten.

Hierfür spricht gewissermassen auch der Umstand, dass das *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann* auf mehreren Verfassungsartikeln gründet, die jeweils einen Teil des Gesetzes «abdecken». So dient Art. 110 Abs. 1 Bst. a als Grundlage für das öffentliche Arbeitsrecht (und den öffentlichen Dienst der Kantone und Gemeinden), Art. 122 für das Privatrecht des Arbeitsvertrags und Art. 173 Abs. 2 für das Personalrecht des Bundes. Und schliesslich unterstützt Art. 8 Abs. 3 das übergeordnete Ziel des Gesetzes, namentlich die Konkretisierung der von der Verfassung geforderten Gleichstellung der Geschlechter.

Ähnlich stellt sich die Situation beim *Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen* dar, das sowohl den allgemeinen Schutz der Gesundheit als auch den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bezweckt und auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b und Art. 110 Abs. 1 Bst. a Bundesverfassung gründet. Weitere Beispiele sind das *Chemikaliengesetz* sowie das *Strassenverkehrsgesetz*, die zum Teil ebenfalls auf Art. 110 Abs. 1 Bst. a und auf weiteren Verfassungsvorschriften basieren.

8. **Bedingungen und Einschränkungen für eine derartige Ausweitung der Kompetenz des Bundes** – Diese Möglichkeit ist indes an bestimmte Bedingungen und Einschränkungen geknüpft, die eng mit dem Ziel und dem konkreten Gegenstand der in Erwägung gezogenen Gesetzgebung verbunden sind.

Das heisst als erstes, dass die in Erwägung gezogene Regelung mit dem Arbeitsrecht – grundsätzlich dem der unselbstständigen Erwerbstätigen² – und mit dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne von Art. 110 Abs. 1 Bst. a verbunden sein muss. Besagte Regelung hat somit darauf abzielen, die Bedingungen dieser Arbeitnehmerinnen und

² Im weiteren Sinne betreffen die in Erwägung gezogenen Massnahmen gewissermassen durch Reflexwirkung nebenbei auch den Schutz von Selbstständigerwerbenden.

Arbeitnehmer bzw. das Verhalten der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zu regeln. Dies träfe zum Beispiel auf folgende Fälle zu:

- Massnahmen, welche durch Sensibilisierungskampagnen oder finanzielle Unterstützungsprogramme darauf abzielen, die Unternehmen zu ermutigen oder sogar zu verpflichten, familien- und schulergänzende Kinderbetreuungsplätze zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu schaffen;
- Massnahmen zur Regelung des Status von Personen, die im Bereich der familien- und schulergänzenden Kinderbetreuung arbeiten, namentlich um für sie – und speziell für die im informellen Sektor arbeitenden Personen – die Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen zu garantieren³; sowie
- Massnahmen für die Verwendung der Finanzhilfen des Bundes zur Verringerung der Tarife von familien- und schulergänzenden Kinderbetreuungsplätzen zugunsten berufstätiger Eltern, um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu erleichtern⁴.

Auf Grundlage der genannten Bedingung ist es unserer Meinung nach somit denkbar, Art. 110 Abs. 1 Bst. a Bundesverfassung zusätzlich und parallel zu Art. 116 Abs. 1 heranzuziehen, um den sachlichen Anwendungsbereich einer Bundesregelung über die familien- und schulergänzende Kinderbetreuung so zu erweitern, dass die betreffende Gesetzgebung durch Massnahmen aus dem Bereich des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ergänzt werden könnte, welche auf eine Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie und somit auf die Konkretisierung des Verfassungsauftrags zur Gleichstellung von Frau und Mann abzielen.

Die Vorstellung, den Art. 110 Abs. 1 Bst. a als ausschliessliche oder hauptsächliche Rechtsgrundlage einer Bundesgesetzgebung im Bereich der familien- und schulergänzenden Kinderbetreuung heranzuziehen, erscheint indes heikler. Das hiesse sich vorzustellen, dass alleine schon die Existenz von Betreuungsplätzen in ausreichender Zahl als notwendige Massnahme zur Gleichstellung von Frau und Mann bezüglich des Zugangs zu einer Berufstätigkeit unter den Schutz der Arbeitnehmer und ganz besonders der Arbeitnehmerinnen zu subsumieren wäre und somit in den Anwendungsbereich von Art. 110 Abs. 1 Bst. a fiel. Auch wenn die im ersten Teil des vorliegenden Gutachtens dargelegten faktischen, statistischen und sozialpolitischen Daten klar in diese Richtung zu sprechen scheinen, wäre eine solche Rechtsvorstellung zweifelsohne ein bedeutender Schritt. Denn dies würde zu einer erheblichen Erweiterung der bisherigen Auslegung insbesondere von Art. 110 Abs. 1 Bst. a Bundesverfassung führen. Dabei ist anzumerken, dass eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 110 bei der Verabschiedung des *Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann* in der Realität bereits vorgesehen – und von der Rechtslehre und -praxis angenommen – worden ist.

Neuenburg, den 18. Januar 2021

Pascal Mahon

Bathsheba Huruy

³ Eine ähnliche Wirkung hatte seinerseits das Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (SR 822.41) erzielt.

⁴ Dies forderte zum Beispiel das Postulat Kathrin Bertschy, 19.4343, *Finanzhilfen des Bundes für die familienergänzende Kinderbetreuung direkt für die Verbilligung der Kita-Tarife erwerbstätiger Eltern verwenden*, welches im September 2019 im Nationalrat eingereicht wurde.