

## AUFSÄTZE

Annette Guckelberger

## Verfassungsrechtliche Probleme einer allgemeinen Kindergartenpflicht

Seit dem nur mittelmäßigen Abschneiden von Schüler/-innen deutscher Schulen bei internationalen Leistungsvergleichsuntersuchungen ist die frühkindliche Bildung vermehrt in den Fokus der allgemeinen Aufmerksamkeit gerückt.<sup>1</sup> Zwischenzeitlich sprechen sich diverse Personen und Stellen für eine allgemeine Kindergartenpflicht aus. Beispielhaft sei auf den Koalitionsvertrag zwischen den saarländischen Landesverbänden von CDU, FDP und Bündnis 90/Die Grünen verwiesen, wonach das letzte Kindergartenjahr zu einem „obligatorischen Schulvorbereitungsjahr“ weiterentwickelt werden soll.<sup>2</sup> Auf ihrem 24. Parteitag in Leipzig beschloss jüngst die CDU, mittelfristig das letzte Kindertagesstättenjahr verpflichtend und beitragsfrei, ggf. als Vorschuljahr, zu gestalten.<sup>3</sup> Im Januar 2011 forderte der baden-württembergische SPD-Spitzenkandidat, Nils Schmid, die Einführung einer Kindergartenpflicht ab drei Jahren, da die ersten Lebensjahre für die persönliche, soziale und sprachliche Entwicklung eines Kindes entscheidend seien.<sup>4</sup> Trotz erheblicher Unterschiede im Detail, insbesondere was die Dauer der Kindergartenpflicht anbetrifft, scheint die Einführung einer solchen nur noch eine Frage der Zeit zu sein.

Demgegenüber wird den rechtlichen Grenzen, die sich insbesondere aus dem Grundgesetz für die Einführung einer allgemeinen Kindergartenpflicht ergeben, nur selten nachgegangen. Weil sich die höchsten Gerichte aber immer wieder mit der Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Schulpflicht (Stichwort: Homeschooling) befassen müssen,<sup>5</sup> ist schon jetzt zu prognostizieren, dass es bei der allgemeinen Kindergartenpflicht kaum anders sein wird. Mancher mag nun auf Österreich verweisen, wo es seit September 2010 aufgrund einer Vereinbarung nach § 15a B-VG landesweit eine allgemeine Kindergartenpflicht gibt. Nach dieser sollen Kinder im letzten Jahr vor der Schulpflicht zum Besuch von geeigneten institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen im Umfang von mindestens 16 bis 20 Stunden an mindestens vier Tagen pro Woche verpflichtet werden, um allen beste Bildungsmöglichkeiten und Startchancen unabhängig von ihrer sozioökonomischen Herkunft zu bieten.<sup>6</sup> Abgesehen davon, dass die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland anders als in Österreich sind,<sup>7</sup> brauchte der Österreichische Verfassungsgerichtshof jüngst nur deshalb nicht zur dortigen neuen Rechtslage inhaltlich Stellung nehmen, weil die Antragsteller keine

1 Voet, H. F., Zur Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Kindergartenpflicht im letzten Jahr vor dem Eintritt in die Grundschule, Hamburg 2011, S. 5; s. auch Guckelberger, A., Kindergärten als kostenintensive Einrichtungen – Wer zahlt?, SGB 2010, S. 1; Schmitt, S., Zur Frage der Vereinbarkeit einer Kindergartenbesuchspflicht mit der Verfassung, insbesondere mit dem Grundrecht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder, Hamburg 2011, S. 43 f.

2 Neue Wege für ein modernes Saarland. Den Fortschritt gestalten. Koalitionsvertrag für die 14. Legislaturperiode des Landtags des Saarlandes (2009-2014), S. 6.

3 24. Parteitag der CDU Deutschlands Nov. 2011, Beschluss Bildungsrepublik Deutschland, S. 13.

4 S. dazu den Artikel „Baden-Württemberg: SPD fordert Kindergartenpflicht ab drei Jahren“ in der Welt online v. 28.1.2011. S. auch die Forderung von Sarrazin, T., Deutschland schafft sich ab, München 2010, S. 328.

5 S. aus letzter Zeit etwa BVerfG BayVBl. 2006, 633; BVerwG NVwZ 2010, 525.

6 ÖsterBGBI. I Nr. 99/2009; näher zur Rechtslage in Österreich Voet, H. F. (Anm. 1), S. 19 ff.

7 So auch Schmitt, S. (Anm. 1), S. 30.

Befreiung von der Besuchspflicht beantragt hatten und ihr Rechtsbehelf deshalb unzulässig war.<sup>8</sup> Anlässlich der Beschwerde aus der Steiermark wies er dabei auf die beträchtlichen Ausnahmemöglichkeiten hin, etwa wegen unzumutbarer Belastung des Kindes aus medizinischen Gründen oder zu weiter Entfernung der Einrichtung vom Wohnort, wenn das Kind von einer Tagesmutter/einem Tagesvater im Ausmaß von mindestens 20 Stunden betreut oder festgestellt wird, dass die Verpflichtung durch die Betreuung im Rahmen der häuslichen Erziehung erfüllt wird.<sup>9</sup>

## 1 Ausgangsbefund

Während in anderen europäischen Ländern die vorschulische Erziehung oftmals in den Bildungsbereich integriert ist<sup>10</sup> und in einzelnen Ländern eine (Vor-)Schulbesuchspflicht für diese Einrichtungen besteht,<sup>11</sup> herrscht in Deutschland seit langer Zeit das Konzept des Kindergartens vor.<sup>12</sup> Als sein Namensgeber wird regelmäßig der Pädagoge *Friedrich Fröbel* genannt, der gegen 1840 im thüringischen Bad Blankenburg eine Werkstatt zur Herstellung seiner Spielgaben und einen Spielkreis für Kinder gründete.<sup>13</sup> Bis dato wird der Kindergarten dem Sozialbereich zugeordnet.<sup>14</sup> Dabei wird der traditionelle Begriff des Kindergartens heute in den §§ 22 ff. SGB VIII gar nicht mehr verwendet, sondern von der Förderung von Kindern „in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege“ gesprochen. Im allgemeinen Sprachgebrauch hat sich jedoch bei Tageseinrichtungen für Kinder vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt die Bezeichnung „Kindergarten“ eingebürgert.<sup>15</sup>

In der Vergangenheit wurde der Kindergarten weniger als eine Bildungseinrichtung verstanden.<sup>16</sup> Selbst wenn der heutige Förderauftrag der Kindertageseinrichtungen gem. § 22 Abs. 3 S. 1 SGB VIII nunmehr die „Erziehung, Bildung und Betreuung“ umfasst, lässt sich aus dieser Reihenfolge nicht zwangsläufig entnehmen, dass der Stellenwert dieser drei Elemente in der vom Gesetzgeber gewählten Reihenfolge auf alle Kindertageseinrichtungen gleichermaßen zutreffen müsste.<sup>17</sup> Wenn sich die Einrichtungen ausweislich § 22 Abs. 3 S. 3 SGB VIII bei ihrer Förderung am Alter und Entwicklungsstand des Kindes ausrichten sollen, liegt es jedenfalls nicht fern, dass z. B. bei Kleinstkindern dem Betreuungselement im Vergleich zur Bildung ein höherer Stellenwert zukommen kann. § 22 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII, wonach Kindertageseinrichtungen die Erziehung und Bildung in der Familie „unterstützen und ergänzen“, verdeutlicht, dass der Staat in den Kindertageseinrichtungen momentan keinen eigenen Erziehungsauftrag wahrnimmt.<sup>18</sup> Er leitet diesen vielmehr vom Erziehungsrecht der Eltern ab,<sup>19</sup> die über das Ob und das Ausmaß des Kindergartenbesuchs ihres Kindes entscheiden.<sup>20</sup>

8 ÖsterVerfGH, Entsch. v. 5.10.2011, Geschäftszahl G75/11; Entsch. v. 6.10.2011, Geschäftszahl G83/11.

9 ÖsterVerfGH, Entsch. v. 5.10.2011, Geschäftszahl G75/11.

10 S. dazu Voet, H. F. (Anm. 1), S. 17 ff.

11 In Luxemburg besteht eine Schulbesuchspflicht ab dem 4. Lebensjahr, s. Art. 7 Loi du 6 février 2009 relative à l'obligation scolaire, JO 2009, S. 2979 ff. Zu weiteren Ländern Schmitt, S. (Anm. 1), S. 27 ff.

12 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 17.

13 So der Artikel „Kindergarten“ in Wikipedia, abgerufen am 1.12.2011.

14 Guckelberger, A. (Anm. 1), SGB 2010, S. 1; Schmitt, S. (Anm. 1), S. 20.

15 Guckelberger, A. (Anm. 1), SGB 2010, S. 1; Voet, H. F. (Anm. 1), S. 3; ähnlich Schmitt, S. (Anm. 1), S. 20.

16 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 18; auch Niehues, N./Rux, J., Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, Rn. 212.

17 Zur Voranstellung der „Erziehung und Bildung“ Voet, H. F. (Anm. 1), S. 38 ff.

18 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 5; ebenso der Artikel „Kindergarten“ in Wikipedia (Anm. 13).

19 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 5; ebenso der Artikel „Kindergarten“ in Wikipedia (Anm. 13).

20 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 11; s. auch Richter, I., Der Übergang vom Kindergarten in die Grundschule, RdJB 2009, S. 242, 243.

Im Unterschied zu Ländern, die den Kindergarten dem Schulwesen zuordnen, ist es nach dem bisherigen deutschen Kindergartenkonzept viel eher möglich, kein 100%iges Versorgungsangebot vorhalten zu müssen und von den Eltern Beiträge für den Kindergartenbesuch zu verlangen.<sup>21</sup> Unter Hinweis auf den Angebotscharakter der Tageseinrichtungen in Form von Kindergärten und die Freiwilligkeit des Kindergartenbesuchs judizierten mehrere Gerichte, dass sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG kein Anspruch auf den Besuch eines Kindergartens ergibt.<sup>22</sup> Deshalb wird seit 1996 für Kinder ab dem vollendeten dritten Lebensjahr ein derartiger Anspruch einfachgesetzlich vorgesehen.<sup>23</sup> Wegen der noch aufzuzeigenden Grundrechtsrelevanz müsste eine Kindergartenpflicht vom Parlamentsgesetzgeber mit aller Deutlichkeit angeordnet werden.<sup>24</sup> Von ihm wäre u. a. zu regeln, ab wann die Pflicht einsetzt und für welche Zeiten sie gilt.

Die Zahl der eine Kindertageseinrichtung besuchenden Kinder ist in Deutschland kontinuierlich gestiegen.<sup>25</sup> Laut dem Bildungsbericht 2010 gehen seit 2008 bundesweit über 95 % der 4- bis 5-jährigen Kinder in eine Kindertageseinrichtung. Nahezu alle Eltern von Kindern in diesem Alter würden sich freiwillig für die Kindertagesbetreuung entscheiden.<sup>26</sup> Abgesehen davon, dass zunehmend beide Elternteile berufstätig sind, dürften diese außerordentlich hohen Zahlen auf entsprechende Anreizmaßnahmen der Bundesländer für eine Inanspruchnahme dieser Angebote zurückgehen, die z. B. Eltern zumindest im letzten Jahr vor der Einschulung ihres Kindes von Kindergartenbeiträgen freistellen.<sup>27</sup>

## 2 Motive für die Forderungen nach einer allgemeinen Kindergartenpflicht

Die allgemeine Kindergartenpflicht bezieht sich auf alle Kinder im entsprechenden Alter, ohne dass besondere Gründe für die Anordnung des Kindergartenbesuchs bestehen, also z. B. unabhängig von ihrer Herkunft oder ihrem Beherrschen der deutschen Sprache.<sup>28</sup> Bei einer allgemeinen Kindergartenpflicht müssten auch diejenigen Kinder, die bislang vor der Grundschule nicht in den Kindergarten gingen, zwingend eine derartige Kindertageseinrichtung besuchen. Konnten die Eltern bisher selbst entscheiden, ab welchem Lebensalter und in welchem Umfang der Kindergarten besucht werden soll, verlieren sie diese Befugnis bei einer allgemeinen Kindergartenpflicht. Während die Eltern bislang nicht zu erklären brauchten, warum ihr Kind trotz freiwilliger Anmeldung zeitweilig nicht den Kindergarten besucht hat, werden sie bei einer Kindergartenpflicht die Nichteinhaltung vorgeschriebener Anwesenheitszeiten begründen bzw. entschuldigen müssen. Damit dürfte zugleich auf das Betreuungspersonal in den Kindergärten ein Mehraufwand zukommen. Denn bei einer Pflicht muss die Einhaltung der Besuchszeiten festgehalten und kontrolliert werden.

21 S. zu diesem durchaus nicht unbedeutenden Unterschied Voet, H. F. (Anm. 1), S. 18.

22 OVG Frankfurt/Oder NVwZ-RR 1997, 555, 556; VGH Mannheim NVwZ 1986, 1040, 1041.

23 § 24 Abs. 1 S. 1 SGB VIII, s. BGBl. 1995 I, S. 1775 f.

24 Dazu Voet, H. F. (Anm. 1), S. 100.

25 Schmitt, S. (Anm. 1), S. 21.

26 Nationaler Bildungsbericht 2010, S. 49; ähnlich Hüskens, K./Walter, M./Wolf, K., Wahlfreiheit bei der Kinderbetreuung oder Kindergartenpflicht für alle?, in: Bühler-Niederberger, D./Mierendorff, J./Lange, A., Kindheit zwischen fürsorglichem Zugriff und gesellschaftlicher Teilhabe, 2010, S. 183, 185; Schmitt, S. (Anm. 1), S. 21.

27 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 11, welche auf den nachfolgenden Seiten die getroffenen Anreizmaßnahmen vorstellt.

28 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 3.

Da heute ca. 30 % der Kinder bei der Einschulung über einen Migrationshintergrund und etwa 15 % aller einzuschulenden Kinder über unzureichende sprachliche Kompetenzen verfügen, überdies die Anforderungen an die Leistungsfähigkeit im späteren Erwerbsleben infolge der Globalisierung und Europäisierung wachsen, die sozialen Unterschiede zwischen den Familien größer werden sowie sich die Ehe- und Familienstrukturen – man denke nur an die gestiegene Zahl der Alleinerziehenden oder beiderseits erwerbstätigen Eltern – gewandelt haben, wird heute eine stärkere Vorverlegung der staatlichen Bildungsangebote in den frühkindlichen Bereich für notwendig erachtet.<sup>29</sup> Auch hat sich zwischenzeitlich in verschiedenen Wissenschaftsgebieten, wie der Entwicklungspsychologie und modernen Hirnforschung, die Erkenntnis durchgesetzt, dass Kinder schon in jungen Jahren in ihren kognitiven Entwicklungen angeregt und gefördert werden können und sollen.<sup>30</sup> Nach den Internationalen Grundschul-Lese-Untersuchungen 2001/2006 hatten Kinder, die länger als ein Jahr eine vorschulische Einrichtung besucht hatten, in den meisten Ländern eine höhere Lesekompetenz. Auch erzielten 15-Jährige mit einem längeren Kindergartenbesuch bei der PISA-Studie 2003 in Mathematik, Lesen und Naturwissenschaften bessere Ergebnisse.<sup>31</sup> Nach neueren Studien soll bei Kindern der Spracherwerb, dem eine Schlüsselrolle für den Lese-lernprozess, aber auch für das mathematische Denken beigemessen wird,<sup>32</sup> mühelos nur bis zur Erreichung etwa des sechsten Lebensjahres gelingen.<sup>33</sup>

Als zentrales Argument für die allgemeine Kindergartenpflicht wird regelmäßig die dort erfolgende Sprachförderung genannt.<sup>34</sup> Kinder, die in ihrem familiären Umfeld nicht ausreichende Möglichkeiten zur Erreichung eines angemessenen Sprachniveaus vorfinden, könnten das für den Schulbesuch nötige Mindestmaß an deutscher Sprache im Zuge des vorgeschriebenen Kindergartenbesuchs erlernen.<sup>35</sup> Müssen alle Kinder eine gewisse Mindestzeit in den Kindergarten gehen, erhofft man sich davon außerdem eine Verbesserung ihrer Sozialkompetenz und ihres Gruppenverhaltens<sup>36</sup> sowie eine bessere Integration insbesondere von Kindern aus Migrantenfamilien.<sup>37</sup> Alle Kinder, auch solche aus schwierigen oder sozial schwachen familiären Verhältnissen, sollen auf diese Weise gleiche Startchancen für ihren weiteren Bildungs- und Lebensweg erhalten.<sup>38</sup> Schließlich verspricht man sich von einer Kindergartenpflicht positive Effekte für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie sowie die Bevölkerungsentwicklung.<sup>39</sup>

Da zwischenzeitlich über 90 % der Kinder im Alter von 4 bzw. 5 Jahren den Kindergarten besuchen, wird nicht völlig ohne Grund die Frage nach der Notwendigkeit einer allgemeinen Kindergartenpflicht aufgeworfen.<sup>40</sup> Da nicht zu erwarten ist, dass bei einem kostenfreien Betreuungsangebot alle Eltern ihre Kinder tatsächlich zumindest im letzten Jahr vor der Einschulung in den Kindergarten schicken, kann nur eine Kindergartenpflicht dazu führen, dass alle Kinder in die Ta-

29 Weitere Nachweise dazu bei *Brosius-Gersdorf, F.*, (Inwieweit) Steht Art. 7 I GG einer Vollkommunalisierung von Schulangelegenheiten entgegen?, *Der Landkreis* 2011, S. 233, 242; s. auch *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 8 sowie die Zahlenangaben von *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 41 f. zu den kindlichen Sprachdefiziten.

30 *Niehues, N./Rux, J.* (Anm. 16), Rn. 231; eingehend *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 36 ff.

31 Nationaler Bildungsbericht 2008, S. 57; s. auch *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 45.

32 *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 38 ff. m.w.N.

33 *Hoffmann, J.*, Verfassungsfragen einer Kindergartenpflicht, *ZKJ* 2006, S. 436, 437; *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 39.

34 *Hoffmann, J.* (Anm. 33), *ZKJ* 2006, S. 436 f.; *Niehues, N./Rux, J.* (Anm. 16), Rn. 233; *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 45.

35 *Hoffmann, J.* (Anm. 33), S. 437; *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 45; *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 1, 8.

36 *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 8.

37 *Hoffmann, J.* (Anm. 33), S. 437.

38 *Hoffmann, J.* (Anm. 33), S. 437; *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 45 ff.; *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 1, 8.

39 *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 47 f.; *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 9.

40 Nationaler Bildungsbericht 2010, S. 49; ablehnend auch *Hüsken, K. u. a.* (Anm. 26), S. 200.

gesseinrichtung gehen.<sup>41</sup> Weiterhin wird geltend gemacht, auch bei einem auf Freiwilligkeit basierenden Besuch des Kindergartens in Höhe von 96 % würden manche Kinder diesen allenfalls sporadisch besuchen.<sup>42</sup> Dies wäre empirisch zu belegen.

In der politischen Debatte wird meistens angenommen, dass gerade Kinder mit dem größten Förderbedarf, d. h. Kinder aus bildungsfernen Schichten oder aus Familien, in denen nicht Deutsch gesprochen wird, dem Kindergarten fernbleiben oder ihn nur gelegentlich besuchen.<sup>43</sup> Eine im Jahre 2010 veröffentlichte Studie ergab demgegenüber, dass der größte Teil der Kinder, die vor der Einschulung keinen Kindergarten besuchen, keinen Migrationshintergrund hat und sich aus allen sozialen Schichten zusammensetzt.<sup>44</sup> Es wurden diverse Gründe festgestellt, warum die Eltern eine häusliche Betreuung vorziehen, etwa weil man kein passendes Betreuungsangebot gefunden oder sich aufgrund der Kosten gegen eine Kindertagesbetreuung entschieden hat. Als weitere Gründe wurden Negativerfahrungen mit derartigen Einrichtungen oder die Weigerung des Kindes genannt. Wieder andere wollen ihr Kind lieber selbst erziehen oder sehen es als selbstverständlich an, dass es zu Hause bleibt.<sup>45</sup> Zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Kindergartenpflicht ist es wichtig, auf ausreichend verlässliche empirische Studien zurückgreifen zu können.<sup>46</sup>

Zweifel an einer allgemeinen Kindergartenpflicht werden auch im Hinblick auf die Sanktionierung von Verstößen gegen diese angemeldet. Man solle nur an die unangemessenen Folgen für das äußerst junge Kind denken, wenn es gegen den Willen seiner Eltern unter Polizeizwang in den Kindergarten gebracht würde.<sup>47</sup> Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass sich ein Großteil der Eltern bei der Aufstellung einer solchen Kindergartenpflicht einsichtig zeigen und das Kind mit Blick auf dessen Wohl in die Kindertageseinrichtung schicken wird, ohne dass Zwangsmaßnahmen nötig werden. Für die wenigen Fälle, in denen sich die Eltern nicht einsichtig zeigen, sind geeignete und angemessene Reaktionsmöglichkeiten zu entwickeln. Denkbar wäre z. B. die Verhängung eines Zwangsgeldes. Die staatlichen Stellen müssen sich in dieser Hinsicht, wie nachher noch zu zeigen sein wird, in besonderem Maße vom Wohl des Kindes leiten lassen und gegebenenfalls von einer zwangsweisen Vollstreckung absehen.

### 3 Kindergartenpflicht und Grundrechte

Eine allgemeine Kindergartenpflicht greift einerseits in die Grundrechte der Kinder ein.<sup>48</sup> Auf deren Seite wird ihr Persönlichkeitsrecht<sup>49</sup> und, soweit für das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1

41 Hüskens, K. u. a. (Anm. 26), S. 197.

42 S. dazu den Artikel „Wir brauchen ein Deutschland-Abi“, Interview mit Annette Schavan, in Cicero Online vom 27.10.2011.

43 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 52; Schavan, A. (Anm. 42); s. auch Hüskens, K. u. a. (Anm. 26), S. 184; Schmitt, S. (Anm. 1), S. 22.

44 Hüskens, K. u. a. (Anm. 26), S. 198.

45 Hüskens, K. u. a. (Anm. 26), S. 187 ff. Zu weiteren Gründen Schmitt, S. (Anm. 1), S. 124 f. (Kindergarten ist extrem weiblich dominiert, die Angst vor Ansteckungen mit Kinderkrankheiten oder die Sorge, ein eher schüchternes und zurückhaltendes Kind könnte im Kindergarten von den anderen ausgegrenzt werden).

46 S. auch Schmitt, S. (Anm. 1), S. 22; Voet, H. F. (Anm. 1), S. 167.

47 Schmitt, S. (Anm. 1), S. 175 f.; dazu auch Hüskens, K. u. a. (Anm. 26), S. 199; zum zwangsweise erwirkten Schulbesuch Thurn, O./Reimer, F., Homeschooling als Option?, NVwZ 2008, S. 718, 720.

48 Zum Grundrechtseingriff Schmitt, S. (Anm. 1), S. 59 f., 129 ff.; Voet, H. F. (Anm. 1), S. 96 ff., 151, 174 ff.

49 S. dazu Schmitt, S. (Anm. 1), S. 127 ff.; Voet, H. F. (Anm. 1), S. 113 f.

GG Raum bleibt, ihre allgemeine Handlungsfreiheit tangiert.<sup>50</sup> Neuerdings soll nach dem BVerfG der elterlichen Pflicht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch ein Grundrecht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern korrespondieren.<sup>51</sup> Andererseits ist bei einer allgemeinen Kindergartenpflicht das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bedeutsam. Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die allgemeine Handlungsfreiheit gegenüber Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG leichter einschränkbar sind, das Kindesgrundrecht aus der zuletzt genannten Grundgesetzbestimmung in Akzessorietät zur Pflicht der Eltern zu sehen ist<sup>52</sup> und dem Kindeswillen im Verhältnis zu seinen Eltern um so geringeres Gewicht zukommt, je jünger das Kind ist,<sup>53</sup> soll im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen die Vereinbarkeit der allgemeinen Kindergartenpflicht mit dem Elternrecht stehen.

### 3.1 Das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das „natürliche“ Recht der Eltern und „zuvörderst“ die ihnen obliegende Pflicht. Während die „Pflege“ sich vor allem auf das körperliche Wohlergehen bezieht, meint der Begriff der „Erziehung“ die Sorge um die seelisch-geistige Entwicklung des Kindes, insbesondere seine (Aus-)Bildung.<sup>54</sup> Wesentlicher Baustein des Elternrechts ist der Umgang der Eltern mit dem Kind: „Die persönliche Beziehung zu seinen Eltern, ihre Pflege, Hilfe wie Zuwendung tragen wesentlich dazu bei, dass sich das Kind zu einer Persönlichkeit entwickeln kann, die sich um ihrer selbst geachtet weiß und sich selbst wie andere zu achten lernt.“<sup>55</sup> „In der Kommunikation mit seinen Eltern kann das Kind Zuneigung erfahren, von diesen lernen und Impulse wie Ratschläge erhalten, was ihm Orientierung gibt“ und zu seiner Meinungsbildung beiträgt.<sup>56</sup>

Aufgrund der engen sozialen und personalen Verbundenheit<sup>57</sup> wird davon ausgegangen, dass die Eltern die Kindesinteressen am besten wahrnehmen.<sup>58</sup> Dies ist der Grund, weshalb Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die Erziehung des Kindes primär in ihre Verantwortung legt.<sup>59</sup> Die Eltern dürfen grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen über die Gestaltung der Pflege und Erziehung ihres Kindes nach ihren Vorstellungen entscheiden.<sup>60</sup> Auf diese Weise können sie ihre familiäre Tradition, religiöse Bindung und kulturelle Eigenart an ihre Nachkommen weitergeben.<sup>61</sup> Zugleich wird in effektiver Weise der Boden für die Entstehung von Individualität, Meinungsbildung und Wertpluralität in der demokratischen Gesellschaft des Grundgesetzes geschaffen.<sup>62</sup> Nach Meinung von *Burgi* kann das Kind am besten zur Selbstbestimmung und Eigenständigkeit erzogen werden, wenn bereits die Eltern ihre Erziehung in Freiheit gestalten dürfen.<sup>63</sup>

50 S. dazu *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 129 ff.; *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 140 ff. und zur Frage eines Eingriffs in die Freiheit der Person, S. 131 ff.; s. zur Verletzung des Gleichheitssatzes *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 185 ff.

51 BVerfGE 121, 69, 93; näher dazu *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 170 ff.; a. A. *Burgi*, M., in: Friauf, K. H./Höfling, W., Berliner Kommentar zum GG, 22. Erg.-Lfg. XII/07, Art. 6 Rn. 98.

52 Zu Letzterem *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 173.

53 BVerfG FamRZ 2008, 1737, 1738; FamRZ 2009, 1389.

54 *Burgi*, M. (Anm. 51), Art. 6 Rn. 111; *Guckelberger*, A., Ganztagschule und elterliches Erziehungsrecht, RdJB 2006, S. 11, 13.

55 BVerfG FamRZ 2008, 2185, 2186. S. auch BVerfG NVwZ 2009, 387, 388 f.; NJW 2011, 1793, 1797.

56 BVerfGE 121, 69, 95.

57 S. dazu BVerfG NJW 2008, 2835; *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 70 f.; *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 91 f.

58 BVerfG FamRZ 2009, 1897; NJW 2010, 2333, 2334; *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 70.

59 BVerfG NJW 2010, 2333 f.; ZKJ 2011, 133 f.

60 BVerfG NJW 2010, 2333 f.; ZKJ 2011, 133 f.

61 *Guckelberger*, A. (Anm. 54), RdJB 2006, S. 11, 13.

62 *Burgi*, M. (Anm. 51), Art. 6 Rn. 110.

63 *Burgi*, M. (Anm. 51), Art. 6 Rn. 108.

Weil das Kind in jungen Jahren für sich selbst noch keine Verantwortung tragen kann und zu Schaden käme, wenn man ihm keine Hilfe zuteil lassen würde, dürfen die Eltern für das Kind Entscheidungen treffen, seine Interessen wahrnehmen und auf seine Persönlichkeitsentfaltung maßgeblich und zuvörderst Einfluss nehmen.<sup>64</sup> Die Eltern bestimmen Ziele, Inhalte, Mittel und Methoden der Kindeserziehung.<sup>65</sup> Dazu gehört z. B. die Auswahl der Lektüre für das Kind<sup>66</sup> oder das Recht zur Förderung seiner Sprachkompetenz.<sup>67</sup> Wie das BVerfG jüngst im Zusammenhang mit dem Elterngeld klargestellt hat, können Ehepaare nach ihren Vorstellungen zwischen einer Doppel- oder Einverdienerehe wählen und dürfen Eltern ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen planen und verwirklichen. Sie bestimmen aufgrund ihrer Erziehungsverantwortung, ob und in welchem Entwicklungsstadium des Kindes dieses überwiegend von einem Erziehungsteil allein, von beiden gemeinsam oder von einem Dritten betreut werden soll.<sup>68</sup> Die Einbeziehung Dritter in die Pflege und Erziehung des Kindes führt nicht dazu, dass diese Träger des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG werden. Eine solche Delegation kann nicht zur Entlassung der Eltern aus ihrer Verantwortung führen.<sup>69</sup>

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vermittelt den Eltern ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in das Erziehungsgeschehen.<sup>70</sup> Da dieses Grundrecht den Eltern zugleich ein Recht im Interesse des Kindes vermittelt, bildet das Kindeswohl die oberste Richtschnur für die Erziehung.<sup>71</sup> Mit den Worten des BVerfG kann eine Verfassung, die wie das Grundgesetz die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertesystems stellt, bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen niemandem Rechte an der Person eines anderen – hier also dem Kind – einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und seine Menschenwürde respektieren.<sup>72</sup> Daher muss die Erziehung durch die Eltern altersgemäß erfolgen und auf die zunehmende Fähigkeit des Kindes zur eigenen Willensbildung und zum selbständigen Handeln Rücksicht nehmen.<sup>73</sup>

Weil die Pflege und Erziehung des Kindes für die Eltern zugleich eine zuvörderste Pflicht beinhaltet, können die Eltern für sich keine negative Freiheit in Anspruch nehmen.<sup>74</sup> Sie müssen sich um die Pflege und Erziehung des Kindes kümmern. Aufgrund der sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebenden primären Elternverantwortung nimmt es die Verfassung grundsätzlich in Kauf, wenn einem Kind durch die Entscheidungen seiner Eltern, etwa bei der Schulwahl, Nachteile entstehen, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben erfolgenden Erziehungsentscheidung oder Bestenauslese unter Umständen vermieden worden wären.<sup>75</sup> Parallel zu dem „natürlichen“ Elternrecht geht das Grundgesetz davon aus, dass die Eltern und die sozioökonomischen Verhältnisse grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko des Kindes gehören.<sup>76</sup>

64 BVerfGE 121, 69, 93.

65 BVerfGE 107, 104, 117; v. *Coelln, Ch.*, in: Sachs, M., GG, 6. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 59, 63; *Müller-Terpitz, R.*, Vätermomente und Kindergartenpflicht – wie viel Staat trägt die Familie?, JZ 2006, S. 991, 994; *Schmahl, S.*, Die Ganztagschule im Spannungsfeld von elterlichem Erziehungsrecht, staatlichem Bildungsauftrag und Kindeswohl, DÖV 2006, S. 885, 888; *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 56; *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 93.

66 BVerfGE 7, 320, 323 f.; 83, 130, 139.

67 BVerfGE 98, 218, 252; *Burgi, M.* (Anm. 51), Art. 6 Rn. 117.

68 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 9.11.2011 – 1 BvR 1853/11.

69 BVerfGE 121, 69, 97.

70 S. nur BVerfGE 31, 194, 204 f.; 56, 363, 381.

71 BVerfG NJW 2010, 2333 f.; ZKJ 2011, 133, 134.

72 BVerfGE 121, 69, 92.

73 BVerfG FamRZ 2008, 1737, 1738.

74 OVG Koblenz NVwZ-RR 2005, 722, 723; *Pieroth, B.*, in: Jarass, H. D./ders., GG, 11. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 36; *Robbers, G.*, in: von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, Ch., Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Rn. 208.

75 BVerfG FamRZ 2009, 1897; NJW 2010, 2333, 2334; *Robbers, G.* (Anm. 74), Art. 6 Rn. 148.

76 BVerfG NJW 2010, 2333, 2335.

### 3.2 Fällt der Kindergarten unter das Schulwesen i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG?

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ließe sich eine allgemeine Kindergartenpflicht am leichtesten realisieren, wenn der Kindergarten unter Art. 7 Abs. 1 GG gefasst werden könnte. Denn dieser räumt dem Staat einen *eigenständigen Erziehungsauftrag* ein, der dem elterlichen Erziehungsrecht *gleichberechtigt* gegenübersteht.<sup>77</sup> Auch wenn die allgemeine Schulpflicht vom Grundgesetz nicht explizit vorgegeben wird, setzt es deren Einführbarkeit durch die für das Schulwesen zuständigen Länder indirekt voraus.<sup>78</sup>

#### 3.2.1 Staatlicher Erziehungsauftrag in der Schule

Ziel des staatlichen Erziehungsauftrags ist die Vermittlung von Wissen und die Erziehung der Kinder zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit.<sup>79</sup> Darüber hinaus führt der Schulbesuch zur Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger/-innen, die gleichberechtigt und verantwortungsbewusst gegenüber dem Ganzen an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben können und über soziale Kompetenzen im Umgang mit anderen verfügen.<sup>80</sup> Gelebte Toleranz, Durchsetzungsvermögen und Selbstbehauptung einer von der Mehrheit abweichenden Überzeugung lassen sich in der Alltagserfahrung des regelmäßigen Schulbesuchs gut einüben.<sup>81</sup> Die allgemeine Schulpflicht vermittelt allen Kindern einen gleichen Zugang zur Ausbildung, zum Beruf und bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zum Studium.<sup>82</sup> Schließlich hat der Staat ein immenses Interesse am Erwerb ausreichender Kenntnisse und Fähigkeiten seiner Bevölkerung, da sich nur so die Funktionsfähigkeit eines hochentwickelten und differenzierten Gemeinwesens aufrechterhalten lässt.<sup>83</sup>

Während der Schulzeit obliegt Staat und Eltern eine gemeinsame Erziehungsaufgabe, nämlich die Heranbildung der *einen* Persönlichkeit des Kindes zu einem selbstverantwortlichen Glied innerhalb der Gesellschaft.<sup>84</sup> Aufgrund seines eigenständigen Erziehungsauftrags darf der Staat in der Schule eigene Erziehungsziele verfolgen, muss dabei aber Neutralität und Toleranz gegenüber den elterlichen Erziehungsvorstellungen aufbringen.<sup>85</sup> Kollidiert die staatliche Erziehung mit dem Elternrecht, ist nach der BVerfG-Rechtsprechung der jeweilige Konflikt durch eine Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter im Einzelfall nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz zu lösen.<sup>86</sup> Wie das BVerwG kürzlich entschieden hat, kommt das Elternrecht zwar innerhalb der Schulpflicht zur Geltung, kann sich dieser gegenüber aber grundsätzlich nicht durchsetzen. Denn die Einschätzung, die bloße staatliche Kontrolle über den häuslichen Unterricht sei weniger wirksam als der regelmäßige Besuch einer öffentlichen Schule, könne angesichts der mit dem Schul-

77 BVerfGE 34, 165, 183; 47, 46, 71 f.; *Broosch, M.*, Ganztagschule und Grundgesetz, 2007, S. 75; *Brosius-Gersdorf, F.* (Anm. 29), S. 239.

78 OVG Bremen, Urt. v. 3.2.2009 – OVG 1 A 21/07.

79 BVerfG BayVBl. 2006, 633, 634.

80 BVerfG BayVBl. 2006, 633, 634; NVwZ 2008, 72, 73; s. auch *Broosch* (Anm. 77), S. 116 ff.

81 BVerfG BayVBl. 2006, 633, 634.

82 BVerfGE 34, 165, 189; *Bumke, C.*, Die Ganztagschule, NVwZ 2005, S. 519, 521; *Guckelberger, A.* (Anm. 54), RdJB 2006, S. 11, 14; *Langenfeld, C.*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 241 f.; kritisch gegenüber diesem Aspekt *Broosch, M.* (Anm. 77), S. 124 ff.

83 *Langenfeld, C.* (Anm. 82), S. 244 f.; *Schmahl, S.* (Anm. 65), DÖV 2006, S. 885, 889.

84 BVerfGE 34, 165, 183; OVG Bremen, Urt. v. 3.2.2009 – OVG 1 A 21/07.

85 BVerfG BayVBl. 2006, 633, 634; NJW 2009, 1351, 1352.

86 S. nur BVerfGE 93, 1, 21; BVerfG NJW 2009, 1351, 1352; kritisch *Broosch, M.* (Anm. 77), S. 82 ff.



besuch angestrebten sozialen und staatsbürgerlichen Kompetenz der Kinder nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden.<sup>87</sup>

### 3.2.2 Anforderungen an eine Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG

Nach Art. 7 Abs. 1 GG unterliegt das gesamte Schulwesen der Aufsicht des Staates. Der Begriff der „Aufsicht“ wird dabei weit verstanden. Sie umfasst den Auftrag zur Organisation, Leitung und Planung des Schulwesens.<sup>88</sup> Dem staatlichen Gestaltungsbereich unterfallen z. B. die organisatorische Gliederung der Schule, das inhaltliche und didaktische Programm der Lernvorgänge und das Setzen von Lernzielen einschließlich der Entscheidung, ob und inwieweit diese Ziele von den einzelnen Schülern erreicht wurden.<sup>89</sup> Für die Auslösung des Anwendungsbereichs des Art. 7 Abs. 1 GG ist nicht die Titulierung der fraglichen Institution als „Schule“ ausschlaggebend. So herrscht Einigkeit, dass die Schulaufsicht des Art. 7 Abs. 1 GG nicht für die ebenfalls im Grundgesetz genannten Hochschulen gilt.<sup>90</sup> Auch private Musikschulen, in denen Kindern das Musizieren beigebracht wird, oder Volkshochschulen werden zu Recht nicht mit Art. 7 Abs. 1 GG in Verbindung gebracht.<sup>91</sup> Wann eine der Schulaufsicht des Staates unterliegende Schule vorliegt, ist vielmehr ausgehend vom Sinn und Zweck dieser Grundgesetznorm unter Berücksichtigung ihrer inhaltlichen Ausgestaltung zu bestimmen.<sup>92</sup>

Unter Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG ist nur eine organisierte, auf eine gewisse Dauer angelegte Einrichtung zu verstehen, in der unabhängig vom Wechsel der Schüler und Lehrer durch planmäßiges gemeinsames Lernen in mehreren Fächern bestimmte Bildungs- und Erziehungsziele verfolgt werden.<sup>93</sup> Teilweise wird als weiteres Merkmal genannt, dass eine Schule die Erlangung staatlich anerkannter Abschlüsse und Zeugnisse ermöglichen müsse.<sup>94</sup> Wird eine Grundschule renoviert und eine Klasse während der Dauer dieser Arbeiten in Räumlichkeiten des angrenzenden Kindergartens untergebracht, wird keiner Zweifel daran haben, dass die Kinder trotz ihrer anderen räumlichen Unterbringung weiterhin der allgemeinen Schulpflicht unterliegen. Deshalb ist der Feststellung zuzustimmen, dass Schule im Verfassungssinne nicht alles sein muss, was unter dem Dach dieser Einrichtung stattfindet.<sup>95</sup> Umgekehrt muss nicht alles außerhalb der Schulräume aus dem Regelungsbereich des Art. 7 GG herausfallen.<sup>96</sup>

87 BVerwG NVwZ 2010, 525, 526; zur Schulpflicht auch *Richter*, I. (Anm. 20), RdJB 2009, S. 242, 247.

88 BVerfGE 59, 360, 377; eingehend zur „Aufsicht“ in Art. 7 GG *Broosch*, M. (Anm. 77), S. 110 ff.

89 BVerfGE 34, 165, 182; 45, 400, 415; 59, 360, 377.

90 BVerfGE 37, 314, 320; *Schmitt-Kammler*, A./Thiel, M., in: Sachs, M., GG, 6. Aufl. 2011, Art. 7 Rn. 7.

91 Zu den Volkshochschulen *Geis*, M.-E., in: Friauf, K. H./Höfling, W., Berliner Kommentar zum GG, 11. Erg.-Lfg. XII/04, Art. 7 Rn. 13.

92 Ebenfalls für die Maßgeblichkeit der inhaltlichen Ausgestaltung *Hoffmann*, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 442; *Voet*, H. F. (Anm. ), S. 119; für ein funktionales Verständnis des Schulbegriffs *Brosius-Gersdorf*, F. (Anm. 29), S. 239; für eine Auslegung unter Einbeziehung der Art. 7 Abs. 2–5 GG *Robbers* (Anm. 74), Art. 7 Rn. 55.

93 *Heckel*, H., Deutsches Privatschulrecht, Berlin/Köln 1955, S. 218; BVerfGE 75, 40, 77; *Uhle*, A., in: Epping, V./Hillgruber, Ch., Beck'scher Online-Kommentar zum GG, Stand: 1.10.2011, Art. 7 Rn. 7; *Niehues*, N./Rux, J. (Anm. 16), Rn. 6; *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 65; *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 118.

94 *Uhle*, A. (Anm. 93), Art. 7 Rn. 7; s. auch BVerfG, Kommpraxis BY 2011, 407; in diese Richtung auch *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 67; zur Möglichkeit verbaler Zeugnisse BVerwG NJW 1982, 250 f.

95 Für ein Abgehen vom dem Erfordernis der Schule als „feste Stätte“ *Brosius-Gersdorf*, F. (Anm. 29), S. 239 f.; a. A. die Definition von *Heckel*, H. (Anm. 93), S. 218.

96 *Brosius-Gersdorf*, F. (Anm. 29), S. 240. Ob eine Zusammenfassung einer Schule und einer anderen Einrichtung unter einem Dach möglich ist, hängt vom jeweils maßgeblichen Landesrecht ab.

### 3.2.3 Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Kindergartenpflicht

Der Staat könnte sich problemlos auf seinen Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG berufen, wenn er z. B. im Hinblick auf die gestiegenen Anforderungen an die Kenntnisse und Kompetenzen, denen junge Menschen heute genügen müssen, die Zeit für den Schulbesuch verlängern und im Zuge dessen die Schulpflicht um ein Jahr vorverlegen würde.<sup>97</sup> Der Gesetzgeber verfügt in dieser Hinsicht über einen Gestaltungsspielraum, weil sich dem Grundgesetz keine genauen zeitlichen Vorgaben zum Beginn und über die Dauer der Schulpflicht entnehmen lassen.<sup>98</sup> Auch wenn man sich dazu entschließen sollte, dieses 0. Schuljahr zur Erleichterung der Umstellung der Kinder von ihrer bisherigen Lebensweise auf die Schule im Kindergarten abzuhalten,<sup>99</sup> wäre Art. 7 GG einschlägig, wenn es für dieses Jahr genau festgelegte Fächer gäbe, die in einem vorgegebenen zeitlichen Rhythmus den Kindern durch Grundschullehrer/-innen in Unterrichtsform beigebracht würden.<sup>100</sup>

Bei der momentan diskutierten Kindergartenpflicht möchte man jedoch unter weitgehender Beibehaltung des bisherigen Kindergartenkonzepts nur bewirken, dass alle Kinder in diese Kindertageseinrichtung gehen. Bis vor kurzem bestand Einigkeit, dass Kindergärten von ihrer Ausrichtung her nicht die inhaltlichen Kriterien einer Schule i.S.d. Art. 7 Abs. 1 GG erfüllen.<sup>101</sup> Zur Begründung wurde und wird meistens darauf verwiesen, dass es für den Kindergarten kein zusammenhängendes Lehrprogramm gibt, das mehrere, auf die Allgemeinbildung ausgerichtete Lehrfächer umfasst,<sup>102</sup> und/oder dort kein Unterricht erteilt wird.<sup>103</sup> Einige Autoren wollen zwischenzeitlich den Kindergarten bzw. Kindertageseinrichtungen nicht mehr generell vom Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 1 GG ausklammern. Sie machen die Subsumtion dieser Einrichtung unter den Schulbegriff von der konkreten Ausgestaltung des dortigen Betreuungs- und Bildungsangebots abhängig.<sup>104</sup>

Betrachtet man die Argumente für die Einführung einer allgemeinen Kindergartenpflicht, wird regelmäßig die im Kindergarten erfolgende Sprachförderung und das soziale Miteinander der Kinder sowie dessen „neue“ Bildungsfunktion betont. Allerdings stehen nach der momentanen Kindergartenkonzeption in dieser Einrichtung nach wie vor die spielerische Bildung und das spielerische Lernen im Vordergrund, während für die Schule das didaktische Lernen kennzeichnend ist.<sup>105</sup> Im Kindergarten gibt es bislang keine Lernfächer mit aufeinander aufbauenden Lektionen und kein zusammenhängendes Unterrichtsprogramm auf der Grundlage geschlossener, fächerorientierter Lehrpläne.<sup>106</sup> Die zwischenzeitlich in den einzelnen Bundesländern für den Kindergar-

97 So Müller-Terpitz, R. (Anm. 65), JZ 2006, S. 991, 996; s. auch Schmitt, S. (Anm. 1), S. 179 ff. Zu den Gründen, warum eine Vorverlagerung der Schulpflicht weniger in Erwägung gezogen wird, Niehues, N./Rux, J. (Anm. 16), Rn. 234 f.

98 Schmitt, S. (Anm. 1), S. 180; s. auch BVerfGE 75, 40, 77; Bader, J., Verfassungsrechtliche Probleme der Kindergartenbesuchspflicht, NVwZ 2007, S. 537, 541; Schmahl, S. (Anm. 65), DÖV 2006, S. 885, 891. Sollte sich unmittelbar aus der Landesverfassung ein genaues Alter für den Beginn der Schulpflicht des Kindes ergeben, müsste diese angepasst werden.

99 Voet, H. F. (Anm. 1), S. 129; zum Einschnitt für die Kinder VG Bremen, Urt. v. 24.2.2010 – 1 K 1797/09.

100 S. dazu auch Hoffmann, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 442; Voet, H. F. (Anm. 1), S. 117.

101 Ohne Begründung Müller-Terpitz, R. (Anm. 65), JZ 2006, S. 991, 996; Pieroth, B. (Anm. 74), Art. 7 Rn. 2; Sodan, H., in: ders., GG, 2. Aufl. 2011, Art. 7 Rn. 2.

102 Uhle, A. (Anm. 93), Art. 7 Rn. 8; Hoffmann, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 442; Schmahl, S. (Anm. 65), DÖV 2006, S. 885, 891.

103 Broosch, M. (Anm. 77), S. 132; Geis, M.-E. (Anm. 91), Art. 7 Rn. 13; Robbers, G. (Anm. 74), Art. 7 Rn. 55.

104 So Kotzur, M., in: Stern, K./Becker, M., Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 7 Rn. 7; Schmitt-Kammler, A./Thiel, M. (Anm. 90), Art. 7 Rn. 8; i. E. auch Brosius-Gersdorf, F. (Anm. 29), S. 242.

105 Schmitt, S. (Anm. 1), S. 66 ff.; s. auch Voet, H. F. (Anm. 1), S. 71.

106 Schmitt, S. (Anm. 1), S. 67.

ten erlassenen Bildungspläne<sup>107</sup> sind oftmals nicht an den Bezeichnungen der Schulfächer ausgerichtet, sondern im Sinne einer ganzheitlichen Förderung an den Entwicklungsgebieten des Kindes wie Sinne, Körper, Sprache, Denken, Gefühl und Mitgefühl, Sinn, Werte orientiert.<sup>108</sup> Selbst wenn manche Bildungspläne einzelne Erziehungs- und Bildungsbereiche beschreiben,<sup>109</sup> sind sie weitaus weniger konkret als Lehrpläne für Schulen.<sup>110</sup> Außerdem fungieren die Pläne oft nur als „Orientierungshilfe“ und es fehlt ihnen häufig die rechtliche Verbindlichkeit.<sup>111</sup>

Letztlich wird man die rechtliche Würdigung, ob eine Kindertageseinrichtung die Kriterien einer Schule i. S. d. Art. 7 Abs. 1 GG erfüllt, immer an den Gegebenheiten des jeweiligen Bundeslandes prüfen müssen. So kommt etwa *Schmitt* in ihrer Dissertation zu dem Ergebnis, dass viele Bundesländer von einer flächendeckenden Implementierung der Bildungspläne in den Kindergärten noch weit entfernt sind.<sup>112</sup> Erste Evaluationsergebnisse in einzelnen Bundesländern hätten ergeben, dass sich nur rund die Hälfte der Kindergärten mit den Plänen befasst und sich die Beschäftigung zumeist darauf beschränkt hätte, den Text zu lesen und im Team zu besprechen.<sup>113</sup> Solange man aber nicht mit einer einigermaßen sicheren Verlässlichkeit feststellen kann, dass die für die Kindergärten vorgesehenen Bildungspläne auch tatsächlich umgesetzt werden, kann allein die Existenz dieser Pläne nicht bewirken, dass Kindergärten nunmehr als Schulen einzustufen sind.<sup>114</sup>

Legt man die hier vorgenommene Charakterisierung zugrunde, überwiegt zurzeit im Kindergarten das spielerische Element. Bei diesen Kindertageseinrichtungen steht weiterhin die Vermittlung sozial-emotionaler Lebensbereiche im Vordergrund.<sup>115</sup> Selbst wenn einzelne Kinder oder Gruppen zu bestimmten Zeiten eine Sprachförderung erhielten, bliebe der weitere Tagesablauf weitestgehend ihrer Gestaltung überlassen.<sup>116</sup> Auch wird dort bislang nicht in bestimmten Zeitabständen das Erreichen der in den Bildungsplänen vorgesehenen Lernziele überprüft.<sup>117</sup> Da nach der Ausgestaltung des Art. 7 GG für die Annahme einer „Schule“ der Unterricht<sup>118</sup> und ordentliche Lehrfächer<sup>119</sup> kennzeichnend sind, was auch die Unterrichtung durch wissenschaftlich ausgebildete Lehrkräfte<sup>120</sup> erklärt, wird man bei einer Gesamtbetrachtung Kindergärten in ihrer momentanen Ausprägung nicht als Schule i.S.d. Art. 7 GG qualifizieren können.<sup>121</sup> Selbst wenn das BVerfG die Integrationsfunktion und das Miteinander in der Schule betont, handelt es sich dabei nur um eine Facette der Schule, die es nicht rechtfertigt, die in der Schule erfolgende Wissensvermittlung völlig auszublenden und alle Einrichtungen als Schule anzusehen, unabhängig davon, ob sie in der Mehrzahl allgemein- oder berufsbildende Fächer anbieten.<sup>122</sup> Nur wenn man der hier abgelehnten Auffassung folgt, wäre – was bislang überhaupt nicht geschieht – zu diskutieren, wie sich die

107 Eingehend dazu *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 49 ff.

108 *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 66; z. B. Orientierungsplan für Bildung und Erziehung in baden-württembergischen Kindergärten, Fassung vom 15.3.2011, S. 47.

109 Eingehend dazu *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 51 ff.

110 *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 56, 68 f.

111 *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 52 ff. unter Verweis auf die Aussagen in den einzelnen Bildungsplänen, die einen Impuls geben oder eine Orientierungshilfe geben sollen oder empfehlenden Charakter haben.

112 *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 162.

113 *Schmitt, S.* (Anm. 1), S. 165.

114 I. E. auch *Hoffmann, J.* (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 442.

115 *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 72.

116 *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 70 f.

117 S. dazu *Voet, H. F.* (Anm. 1), S. 67 f.

118 Art. 7 Abs. 2 Religionsunterricht.

119 Art. 7 Abs. 3 S. 1 Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach.

120 Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG.

121 So *Robbers, G.* (Anm. 74), Art. 7 Rn. 55; s. auch schon *Guckelberger, A.* (Anm. 54), RdJB 2006, S. 11, 22.

122 So *Brosius-Gersdorf, F.* (Anm. 29), S. 239 f.

diversen Träger der Kindergärten<sup>123</sup> zur Vorgabe des Art. 7 Abs. 5 GG verhalten, dass das Grundgesetz „private Volksschulen“ nur unter sehr strengen Voraussetzungen und ausnahmsweise als zulässig erachtet. Denn in den ersten Schuljahren sollen alle Kinder unabhängig von ihrer Weltanschauung, ihrem Bekenntnis und ihrer Herkunft zusammen unterrichtet werden.<sup>124</sup>

### 3.3 Einführung einer allgemeinen Kindergartenpflicht aufgrund Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG?

Eine allgemeine Kindergartenpflicht könnte bei der bisherigen Ausgestaltung des Kindergartens nur über Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eingeführt werden. Art. 6 Abs. 3 GG ist nicht maßgeblich. Im Falle eines halbtägigen Kindergartenbesuchs erfolgt keine tatsächliche Herausnahme des Kindes aus der Familiengemeinschaft und verbleibt den Eltern noch ausreichend Zeit für den Umgang mit ihrem Kind, so dass keine Trennung von den Eltern i.S.d. Art. 6 Abs. 3 GG vorliegt.<sup>125</sup> Im Übrigen dürfte ein solch gravierender Eingriff in das Elternrecht nur unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erfolgen. Der Staat muss vor einem solchen Schritt Möglichkeiten prüfen, ob man nicht durch helfende, unterstützende Maßnahmen eine (Wieder-)Herstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der Eltern erreichen und eine Trennung des Kindes vermeiden kann.<sup>126</sup>

Wie man an Art. 6 Abs. 3 GG sehen kann, kann der Staat unabhängig vom Verschulden der Eltern<sup>127</sup> bei einem schwerwiegenden Fehlverhalten sowie einer erheblichen Gefährdung des Kindeswohls aufgrund seines Wächteramts nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG einschreiten.<sup>128</sup> Regelmäßig wird dafür eine nachhaltige Gefährdung des geistigen, körperlichen oder seelischen Wohls des Kindes verlangt.<sup>129</sup> Die Befugnis aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG darf nur in Anspruch genommen werden, wenn sich das Verhalten der Eltern bei weitester Anerkennung ihrer Selbstverantwortlichkeit nicht mehr als Pflege und Erziehung werten lässt.<sup>130</sup> Nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit berechtigt den Staat zur Übernahme der Erziehung des Kindes anstelle der Eltern aufgrund seines Wächteramts. Weil das Grundgesetz ihnen die primäre Entscheidungszuständigkeit hinsichtlich des Kindeswohls zugewiesen hat, ist es nicht Aufgabe des Staates, gegen den Willen der Eltern auf eine den Fähigkeiten des Kindes entsprechende Förderung zu dringen.<sup>131</sup> Da sich das staatliche Wächteramt auf die Wahrnehmung der im Interesse des Kindeswohls vorgesehenen elterlichen Pflege und Erziehung bezieht, stellt dieses den Richtpunkt für den Auftrag des Staates dar.<sup>132</sup>

Ausgehend von diesen Parametern ist die Erwägung, durch eine allgemeine Kindergartenpflicht für eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu sorgen, kein relevantes Ziel für eine Einschränkung des Elternrechts aufgrund von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG. Denn insoweit geht es um ge-

123 Zur Trägerpluralität auch *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 72 f.; s. §§ 3, 4 und § 25 SGB VIII.

124 VG Bremen, Urt. v. 24.2.2010 – 1 K 1797/09.

125 *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 70 ff.; *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 105. S. auch BVerfG NJW 1968, 2233, 2234 f.; *von Coelln*, Ch. (Anm. 65), Art. 6 Rn. 88.

126 BVerfG NJW 2010, 2333, 2334; ZKJ 2011, 133, 134; s. auch *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 76.

127 *Burgi*, M. (Anm. 51), Art. 6 Rn. 156; *Robbers*, G. (Anm. 74), Art. 6 Rn. 245.

128 S. auch BVerfG NJW 2009, 663, 664.

129 BVerfG NJW 2011, 3355, 3356; ZKJ 2011, 133, 134.

130 BVerfG NJW 1968, 2233, 2235; s. auch *Brosius-Gersdorf*, F., Demografischer Wandel und Familienförderung, Tübingen 2011, S. 451.

131 BVerfG FamRZ 2008, 2185, 2186 f.; NJW 2010, 2333, 2335.

132 BVerfG NJW 1968, 2233, 2235; *Broosch*, M. (Anm. 77), S. 69; *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 77; *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 100 f.

sellschafts- und sozialpolitische Ziele, nicht aber um das Wohl des Kindes.<sup>133</sup> Ein solcher Bezug ist allein bei der Argumentation auszumachen, dass durch den Kindergartenbesuch die Sprach- und soziale Kompetenz sowie die Schulfähigkeit der Kinder gefördert werden soll.<sup>134</sup> Was die Beurteilung der Geeignetheit der Kindergartenpflicht zur Zielerreichung angeht, kann diese nicht bereits deshalb verneint werden, weil die Fremdbetreuung mit negativen Effekten für das Kindeswohl verbunden ist. Dies gilt jedenfalls, wenn das Kind ein gewisses Alter erreicht hat und die Kindertageseinrichtung über einen bestimmten Qualitätsstandard verfügt.<sup>135</sup> Da der Gesetzgeber bei der Beurteilung der Geeignetheit einer Maßnahme über einen Beurteilungsspielraum verfügt, dürfte man trotz geltend gemachter Zweifel, ob allein durch den Kindergartenbesuch die Sprachkompetenz der Kinder besser wird, angesichts einiger bejahender Studien über diesen Punkt hinwegkommen.<sup>136</sup> Bedenklich ist eine auf Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG abgestützte allgemeine Kindergartenpflicht aber vor allem deshalb, weil der Staat aufgrund seines Wächteramts nur über eine subsidiäre Erziehungsfunktion verfügt. Bevor zum Zwang gegriffen wird, ist zuerst zu prüfen, ob nicht Eltern von Kindern mit einer für ihr Alter unzulänglichen Sprachkompetenz darin unterstützt werden können, wie sie dieses Problem gemeinsam mit dem Kind besser bewältigen können.<sup>137</sup>

Jedenfalls dürfte eine allgemeine, auf Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG abgestützte Kindergartenpflicht an der Angemessenheit scheitern. Wie man an der Formulierung sehen kann, dass der Staat über die Betätigung der Eltern bei der Pflege und Erziehung wacht, wird diese Norm in aller Regel dann relevant, wenn im Einzelfall erhebliche Missstände bei der Erziehung eines einzelnen Kindes zu verzeichnen sind, denen dann, nicht anders als im Falle des Art. 6 Abs. 3 GG, durch Maßnahmen im Einzelfall zu begegnen ist.<sup>138</sup> Schon 1958 entschied das BVerfG, dass der Gesetzgeber mit generellen Verboten in das elterliche Erziehungsrecht höchstens eingreifen darf, wenn individuelle Maßnahmen nicht ausreichen, generelle Maßnahmen also das gebotene und adäquate Mittel zur Abwehr von Kindeswohlgefährdungen sind.<sup>139</sup> Eine allgemeine Besuchspflicht des Kindergartens dürfte nur statuiert werden, wenn mit dessen Nichtbesuch typischerweise solche Nachteile verbunden wären, die zu einer Kindeswohlgefährdung bei der Mehrzahl aller Kinder führen. Dafür wären tragfähige empirische Studien nötig, die belegen, dass Kinder ohne Kindergartenbesuch in ihrer Sprach- und Sozialkompetenz deutlich gegenüber Kindergartenkindern zurückliegen. Vieles deutet darauf hin, dass dieser Nachweis bei der momentanen Ausgestaltung des Kindergartens nicht gelingen wird.<sup>140</sup> Zwar mag der Nichtbesuch eines Kindergartens für manches Kind nachteilig sein. Dies allein reicht jedoch nicht aus, damit der Staat von seinem Wächteramt Gebrauch machen darf.<sup>141</sup> Angesichts der Vielzahl von Eltern, die ihre Kinder bislang freiwillig in den Kindergarten schicken und der großen Zahl von Kindern, die keine sprachliche Förderung benötigen, erscheint eine allgemeine Kindergartenbesuchspflicht als unangemessene Beschränkung des Elternrechts.<sup>142</sup>

133 *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 79 f.; dazu auch *Bader*, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 538.

134 *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 79 f.

135 Näher zum Aspekt Fremdbetreuung und Kindeswohl *Brosius-Gersdorf*, F. (Anm. 98), S. 456 ff.

136 Eingehend dazu *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 80 ff.; ohne jegliche Bedenken *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 100 f.; für Ungeeignetheit *Bader*, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 539.

137 *Müller-Terpitz*, R. (Anm. 75), JZ 2006, S. 991, 996; näher zu derartigen unterschwelligen Unterstützungsmaßnahmen *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 97 ff.

138 BVerfGE 7, 320, 323.

139 BVerfGE 7, 320, 324; zum Nachrang auch *Bader*, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 538.

140 So auch *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 110.

141 So auch *Bader*, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 538; *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 115 f.; *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 102 f.; i. E. *Burgi*, M. (Anm. 51), Art. 6 bei Fn. 743; s. auch *Broosch*, M. (Anm. 77), S. 72.

142 So auch *Bader*, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 538 f.; *Müller-Terpitz*, R. (Anm. 65), JZ 2006, S. 991, 997; *Schmitt*, S. (Anm. 1), S. 111; *Voet*, H. F. (Anm. 1), S. 104; gegen eine Abstützbarkeit auf das Wächteramt auch *Hoffmann*, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 441.

### 3.4 Allgemeine Kindergartenpflicht aufgrund „Vorwirkungen“ des Art. 7 Abs. 1 GG?

Bislang wird kaum diskutiert, ob sich aus Art. 7 Abs. 1 GG und dem dahinter stehenden Interesse an einem funktionsfähigen Schulbetrieb nicht Vorwirkungen auf den außerschulischen Bereich ergeben können. Dass sich hierzu nur selten Äußerungen finden, könnte darauf zurückgehen, dass sich der Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 1 GG nach seinem Wortlaut auf das Schulwesen bezieht.<sup>143</sup> Zunehmend mehren sich aber Stimmen, wonach der Staat aufgrund von Art. 7 Abs. 1 GG obligatorische Sprachfördermaßnahmen im Vorschulalter vorschreiben darf. Weil der staatliche Erziehungsauftrag in der Schule über Kommunikation erfolge, dürfe die Beherrschung der Sprache bei der Einschulung vorausgesetzt werden. Soweit die obligatorische Sprachförderung in einem sachlichen Zusammenhang zum staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag in der Schule stehe, könne dieser mangels abschließender Umschreibung im Grundgesetz auch solche Maßnahmen umfassen, welche die für alle Kinder verbindliche Grundschule erst dazu in die Lage versetzen, ihre Aufgabe wahrzunehmen.<sup>144</sup>

Legt man diesen Ansatz zugrunde, wäre zu überlegen, ob nicht aufgrund solcher Vorwirkungen des staatlichen Erziehungsauftrags eine allgemeine Kindergartenpflicht eingeführt werden könnte. Dem steht Art. 7 Abs. 6 GG zur Aufhebung der „Vorschulen“ nicht entgegen. Denn aus historischer Perspektive sind damit nur solche Einrichtungen gemeint, in denen Kinder gegen Zahlung eines Schulgelds anstelle der Volksschule unterrichtet wurden, um später eine höhere Schule besuchen zu können.<sup>145</sup> Richtigerweise wird man eine Abstützung der Kindergartenpflicht in der momentanen Konzeption aufgrund Vorwirkungen des Art. 7 Abs. 1 GG verneinen müssen. Denn bislang wird keine verbindliche gesetzliche Regelung in Erwägung gezogen, welche Mindestkompetenzen in deutscher Sprache die Kinder während des obligatorischen Kindergartens erwerben müssen.<sup>146</sup> Im Übrigen würde eine solche Regelung allein nicht den Erwerb der nötigen Sprachkompetenzen gewährleisten. Wichtige Faktoren sind darüber hinaus die personelle Ausstattung, die Ausbildung der Erzieher/-innen sowie die Entwicklung einer speziellen Didaktik.<sup>147</sup> Im Moment dürften diese Faktoren bei einer Vielzahl von Kindergarteneinrichtungen nicht in ausreichendem Maße vorhanden sein. Insoweit sei nur auf den Nationalen Bildungsbericht 2010 verwiesen, wonach hochschul ausgebildete Fachkräfte in Kindertageseinrichtungen immer noch die Ausnahme sind und es Hinweise für eine „auffällige Kluft“ zwischen der fachpolitischen und öffentlichen Debatte sowie den Realitäten in diesen Einrichtungen geben würde.<sup>148</sup>

Damit bleibt nur noch das Argument des Erwerbs der Sozialkompetenz und der Integration der Kinder übrig, um in größerem Maße einen Zusammenhang zwischen Kindergartenpflicht und Schulwesen herstellen zu können. Da Art. 7 Abs. 1 GG auf das Schulwesen zugeschnitten ist und außerhalb der Schule die Hauptverantwortung für die Erziehung bei den Eltern liegt, müssen die Vorwirkungen des staatlichen Erziehungsauftrags eng gehandhabt werden und sich auf solche Maßnahmen beschränken, die für die Funktionsfähigkeit des Grundschulunterrichts unerlässlich sind. Dazu müsste der Nachweis gelingen, dass ohne einen Kindergartenbesuch aller Kinder die Defizite im Umgang untereinander so groß sind, dass die staatlichen Erziehungsziele in den ersten

143 Zweifelnd Uhle, A. (Anm. 93), Art. 7 Rn. 20; ablehnend Bader, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 542.

144 So Depenheuer, O., Spracherziehung als Staatsaufgabe, in: FS für Horn, N., 2006, S. 1051, 1059; so auch Niehues, N./Rux, J. (Anm. 16), Rn. 239; Schmitt, S. (Anm. 1), S. 106; Schmitt-Kammler, A./Thiel, M. (Anm. 90), Art. 7 Fußn. 65.

145 Hoffmann, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 442 f.; Müller-Terpitz, R. (Anm. 65), JZ 2006, S. 991, 996.

146 So auch Niehues, N./Rux, J. (Anm. 16), Rn. 233, die den Kindergarten dann als Schule ansehen. Zur Notwendigkeit einer Regelung zum Erwerb der deutschen Sprache Bader, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 539.

147 S. auch Bader, J. (Anm. 98), NVwZ 2007, S. 537, 539; dazu auch Schmitt, S. (Anm. 1), S. 48

148 Nationaler Bildungsbericht 2010, S. 55.

Schuljahren infrage gestellt werden. Hierfür bedürfte es entsprechender empirischer Studien. Angesichts der hohen Zahl der Kinder, die freiwillig in den Kindergarten gehen, sowie den für Kinder im Alltag vielfältig bestehenden Möglichkeiten, mit anderen Personen umzugehen, tut man sich mit dem Argument schwer, der Kindergartenbesuch sei aus Gründen der Schulfähigkeit der Kinder geradezu geboten. Da die Kinder bei der Einschulung noch sehr jung sind, ist nicht recht einzusehen, warum sie schon vor der Einschulung den Umgang miteinander zwingend in einer anderen Einrichtung erlernen müssen. Denn die Schule zielt ja u. a. darauf ab, dass die Kinder dort gewisse Kompetenzen erst erwerben. Die Vorwirkungen des Art. 7 Abs. 1 GG können keinesfalls so weit wie der staatliche Erziehungsauftrag in der Schule gehen. Geht man von etwas mehr als 20 Unterrichtsstunden pro Woche im ersten Grundschuljahr aus, mutet es jedenfalls befremdlich an, wenn eine Kindergartenpflicht von wöchentlich 16–20 Stunden auf Vorwirkungen des Art. 7 Abs. 1 GG abgestützt werden könnte. Soll die Kindergartenpflicht bereits mit dem dritten Lebensjahr einsetzen, ist die Entfernung zum Schulbeginn zu groß, um sie mit Vorwirkungen des Art. 7 Abs. 1 GG begründen zu können.

#### 4 Fazit

Die Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Kindergartenpflicht hängt in erheblichem Maße von Ablauf, inhaltlicher Konzeption und Personalausstattung des Kindergartens ab. Die momentan diskutierte Kindergartenpflicht, bei der das bisherige Konzept des Kindergartens weitestgehend fortgeführt werden soll, ist verfassungsrechtlich problematisch. Denn soweit sich kein Zusammenhang zum staatlichen Erziehungsauftrag in der Schule herstellen lässt, kommt dem elterlichen Erziehungsrecht der Vorrang zu. Um auf der sicheren Seite zu stehen, müsste zur Einführung einer solchen Kindergartenpflicht das Grundgesetz geändert werden,<sup>149</sup> wofür eine Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates nötig ist (Art. 79 Abs. 2 GG). Die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG stünde nicht entgegen, wenn den Eltern ausreichend Zeit für den Umgang mit ihrem Kind verbleibt.<sup>150</sup> Darauf müsste bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung geachtet werden. Im Falle einer Verfassungsänderung wird zu diskutieren sein, ob man die Kindergartenpflicht besser bei Art. 6 GG oder Art. 7 GG verorten soll.<sup>151</sup>

Von der inhaltlichen Ausgestaltung des Kindergartens hängt es auch ab, wer für den Erlass der einfachgesetzlichen Regelungen zuständig ist. Das BVerfG hat sich bislang auf den Standpunkt gestellt, dass die fürsorgerischen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens untrennbar miteinander verbunden sind und diese Kindertageseinrichtung nach ihrem Schwerpunkt der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die öffentliche Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) unterliegt.<sup>152</sup> Da der Bund aufgrund dieses Kompetenztitels Regelungen nur unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erlassen darf, an denen es jedoch im Hinblick auf den Kindergartenbesuch fehlen dürfte,<sup>153</sup> sind die Länder für den Erlass der einfachgesetzlichen Vorschriften zuständig. Je mehr das letzte Kindergartenjahr vor der Einschulung entweder als Schule

149 Schmitt, S. (Anm. 1), S. 139 ff.

150 Hoffmann, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 336, 443; Schmitt, S. (Anm. 1), S. 144 ff.

151 Für eine Verortung bei Art. 6 GG Hoffmann, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 443; Schmitt, S. (Anm. 1), S. 141.

152 BVerfGE 97, 332, 342; Hoffmann, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 438 f.; Schmitt, S. (Anm. 1), S. 156 ff.; a. A. Bay-VerfGH BayVBl. 1977, 81, 82 f.; Brosius-Gersdorf (Anm. 29) S. 241; Voet, H. F. (Anm. 1), S. 76 f., da im Falle einer Besuchspflicht das fürsorgerische Element zurücktrete.

153 Schmitt, S. (Anm. 1), S. 166 ff.; Voet, H. F. (Anm. 1), S. 79 ff. a. A. Hoffmann, J. (Anm. 33), ZKJ 2006, S. 436, 439.

oder als eine für den späteren Schulbesuch unerlässliche Voraussetzung konzipiert wird, desto mehr rückt der Kindergartenbesuch in die Nähe der Schule. Wegen der Schwerpunktverlagerung sind dann die Länder ebenso wie für den herkömmlichen Schulbereich kraft ihrer Kulturhoheit (Art. 70 Abs. 1 GG) regelungsbefugt. Sollte im Interesse der Einführung einer allgemeinen Kindergartenpflicht Art. 6 bzw. 7 GG geändert werden, könnte sich zur Vermeidung diesbezüglicher Rechtsstreitigkeiten eine ausdrückliche Regelung der Gesetzgebungskompetenz anbieten, indem z. B. von der Kompetenz des Bundes für die öffentliche Fürsorge im Klammerzusatz nicht nur das Heimrecht, sondern auch der Bereich des (obligatorischen) Kindergartenbesuchs ausgenommen werden würde. Auch muss, wie dies in Österreich geschehen ist, bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Kindergartenpflicht vermehrt über dem Verfassungsrecht geschuldete Ausnahmemöglichkeiten nachgedacht werden.

*Verf.: Prof. Dr. Annette Guckelberger, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universität des Saarlandes, Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken, E-Mail: a.guckelberger@mx.uni-saarland.de*

*Hermann Rademacker*

## Schulabsentismus – Handlungsbedarf und Handlungsmöglichkeiten

### 1 Handlungsebenen

Handlungsbedarf und Handlungsmöglichkeiten zur Vermeidung oder Reduzierung von Schulabsentismus zeigen sich sowohl auf der bildungspolitischen und auf der kommunalen Ebene wie auch auf der Ebene der Einzelschule. Auf der bildungspolitischen Ebene geht es darum, den gesetzlichen Auftrag der Schulen, das Recht auf Bildung für alle jungen Menschen wie auch das gesellschaftliche Interesse an der Bildung und Erziehung der nachwachsenden Generation einzulösen, das sich in Deutschland in der gesetzlichen Schulpflicht, in vielen anderen Ländern in einer gesetzlichen Unterrichtspflicht ausdrückt. Schulpflicht bedeutet, dass es zur öffentlichen Schule, die auch in privater Trägerschaft geführt werden kann, außer in besonderen Ausnahmefällen keine Alternative in Form eines durch die Familien realisierten Bildungsangebots (Hausunterricht, heute oft unterstützt durch Fernunterricht; andere nicht-öffentliche private Bildungseinrichtungen) gibt, wie sie in den Staaten, die nur eine Unterrichtspflicht kennen, besteht.

Angesichts der fortschreitenden Entwicklung zur Bildungsgesellschaft gewinnen der Schulerfolg und seine Gefährdung durch Schulversäumnisse an gesellschaftspolitischer Bedeutung. Gesellschaftliche Teilhabe und soziale Integration sind heute in bisher nicht gekanntem Maß von Bildung abhängig. Dabei meint Bildung keineswegs nur schulische Bildung, aber auf diese und ihren Ausweis durch Zertifikate kann kaum verzichtet werden. Dies zeigt sich besonders im Übergang von der Schule in Ausbildung<sup>1</sup>. Aber auch weit darüber hinaus wird Bil-

<sup>1</sup> Gaupp, N./Lex, T./Reißig, B./Braun, F., Von der Hauptschule in Ausbildung und Erwerbsarbeit: Ergebnisse des DJI-Übergangspanels. Bundesministerium für Bildung und Forschung, Berlin 2008. Solga, H., Ohne Abschluss in die Bil-