

# Examensklausur: Eine Frage des Glaubens?

## Strafbarkeit des Homeschoolings im Lichte des Grundgesetzes

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Mayser**, Gießen\*

*Die vorliegende Klausur beruht auf zwei Kammerbeschlüssen des BVerfG zur Strafbarkeit des Homeschoolings. Während die erste Entscheidung von 2006 vor allem das Verhältnis der Schulpflicht zum religiösen Erziehungsrecht der Eltern in den Blick nahm<sup>1</sup>, widmete sich die zweite Entscheidung von 2014 der Gesetzgebungskompetenz für die Straftatbestände in den Landesschulgesetzen und dem Doppelbestrafungsverbot.<sup>2</sup> Die Klausur wurde im Wintersemester 20/21 im Rahmen des UniRep-Examensklausurenkurses der Justus-Liebig-Universität Gießen gestellt. Der Notendurchschnitt betrug 6,77 Punkte und die Durchfallquote lag bei 12 %. Die beste Bearbeitung wurde mit 15 Punkten bewertet.*

### Sachverhalt

A und B haben neun gemeinsame Kinder. Sie unterrichteten bereits die fünf ältesten Kinder im eigenen Haushalt. Die von ihnen zu Hause unterrichteten Kinder erhielten allesamt gute bis sehr gute staatliche Schulabschlüsse und meisterten den Berufseinstieg erfolgreich. Nachdem A und B ihren drei nächstälteren Kindern (das Älteste von ihnen war 11 Jahre alt) ebenfalls den Schulbesuch verweigert hatten, wurden sie jedoch wegen dauernder Entziehung anderer von der Schulpflicht wiederholt gem. § 182 Abs. 1 des hessischen Schulgesetzes (HessSchulG) zu Geldstrafen verurteilt. Dennoch hielten A und B diese drei Kinder auch nachfolgend vom Schulbesuch ab. Angebote der Schule, ihre Sorgen auf einem Elternabend zu besprechen, oder die Möglichkeit, ihre Kinder auf eine anerkannte Privatschule zu schicken, die mehr im Einklang mit ihren Erziehungsvorstellungen steht, nahmen A und B nicht wahr. Das AG Fritzlar verurteilte A und B im verfahrensgegenständlichen Ausgangsverfahren – erneut – wegen dauernder Entziehung anderer von der Schulpflicht in drei Fällen gem. § 182 Abs. 1 HessSchulG jeweils zu einer Gesamtgeldstrafe von 140 Tagessätzen zu je fünf Euro. A und B legten daraufhin Berufung ein. Nach umfassender Durchführung einer neuen Hauptverhandlung wurde die Berufung jedoch durch das Urteil des LG Kassel verworfen. Auch die Revision von A und B blieb erfolglos. In seinem Beschluss legte das OLG Frankfurt a.M. dar, dass es beim Urteil des LG Kassel keine materiellen Rechtsfehler zu ihrem Nachteil erkennen konnte.

A und B erheben nun form- und fristgerecht eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG gegen ihre erneute Verurtei-

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Herrn Prof. Dr. Bernhard Kretschmer an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er dankt Herrn Prof. Dr. Kretschmer herzlichst für die Betreuung und Beratung während dieses spannenden Ausflugs in das öffentliche Recht genauso wie den Wiss. Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Stefanie Droll, Vanessa Ehnes, Felix Leidinger und Christopher Giogios.

<sup>1</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2015, 44.

lung. Die Entscheidungen der Fachgerichte und mittelbar die Strafnorm des § 182 Abs. 1 HessSchulG verletzen sie in ihren Grundrechten. Der Entschluss, ihre Kinder zuhause zu unterrichten, beruhe auf „festgefügt und unumstößlichen“ Glaubens- und Gewissensgründen. A und B sehen sich aufgrund ihres Glaubens verpflichtet, bei der Kindererziehung den Maßstäben und Vorgaben der Bibel wortgetreu zu folgen und ihre Kinder von Einflüssen fernzuhalten, die wie der am Bild sexueller Freizügigkeit orientierte Sexualunterricht, die Vermittlung der Evolutionstheorie oder die Ausrichtung der Schule auf einen Werte- und Meinungspluralismus dazu verleiteten, den Geboten Gottes zuwiderzuhandeln. Außerdem sei § 182 Abs. 1 HessSchulG unwirksam, weil der Bund für das Strafrecht zuständig sei. Jedenfalls könne das Land Hessen mit seiner Regelung nicht die Voraussetzungen des § 171 StGB unterlaufen. Darüber hinaus fühlen sich A und B aufgrund ihres Wohnortes in Hessen diskriminiert, da die Entziehung von der Schulpflicht nicht in ganz Deutschland strafbar sei. In der Tat haben außer Hessen nur Bremen<sup>3</sup>, Hamburg<sup>4</sup>, Mecklenburg-Vorpommern<sup>5</sup> und das Saarland<sup>6</sup> vergleichbare Straftatbestände für die Entziehung anderer von der Schulpflicht geschaffen. In allen anderen Bundesländern wird die Entziehung von der Schulpflicht nur als Ordnungswidrigkeit geahndet. Schließlich könne es doch nicht sein, dass man sie mehrmals wegen derselben Sache bestrafe.

### Aufgabe

Wird die Verfassungsbeschwerde von A und B Erfolg haben? Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen (ggf. hilfsgutachterlich) einzugehen.

### Bearbeitervermerk

#### § 67 HessSchulG

(1) Die Eltern sind dafür verantwortlich, dass die Schulpflichtigen am Unterricht und an den Unterrichtsveranstaltungen der Schule regelmäßig teilnehmen. Sie sind verpflichtet, die Schulpflichtigen bei der zuständigen Schule an- und abzumelden, erforderlichenfalls zur Entscheidung über die Schulaufnahme vorzustellen und sie für den Schulbesuch angemessen auszustatten. [...]

(2) [...]

#### § 182 HessSchulG

(1) Wer einen anderen der Schulpflicht dauernd oder hartnäckig wiederholt entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.

---

<sup>3</sup> § 66 Abs. 1 BremSchulG.

<sup>4</sup> § 114 Abs. 1 HmbSchulG.

<sup>5</sup> § 140 Abs. 1 MVSchulG.

<sup>6</sup> § 17 Abs. 4 SaarlSchulpflG.

(2) Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Antragsberechtigt ist die untere Schulaufsichtsbehörde. Der Antrag kann zurückgenommen werden.

### § 171 StGB

Wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer Person unter sechzehn Jahren gröblich verletzt und dadurch den Schutzbefohlenen in die Gefahr bringt, in seiner körperlichen oder psychischen Entwicklung erheblich geschädigt zu werden, einen kriminellen Lebenswandel zu führen oder der Prostitution nachzugehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

### Lösungsvorschlag

Die Verfassungsbeschwerde hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit des BVerfG

Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG ist das BVerfG für Verfassungsbeschwerden zuständig.

#### II. Beschwerde- und Prozessfähigkeit

Beschwerdefähig ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann“, d.h. jeder, der Träger von Grundrechten ist. Als natürliche Personen deutscher Staatsangehörigkeit (Art. 116 Abs. 1 GG) sind A und B beschwerdefähig, weil sie Träger sämtlicher Grundrechte sind. Zudem sind sie fähig, eigene Prozesshandlungen selbst vorzunehmen, mithin prozessfähig. Sie sind analog § 64 VwGO, §§ 59 ff. ZPO Streitgenossen.

#### III. Beschwerdegegenstand

Zulässige Beschwerdegegenstände einer Verfassungsbeschwerde sind gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG Akte der öffentlichen Gewalt. A und B wenden sich gegen eine Gerichtsentscheidung, einen Akt der Judikative. In einem solchen Fall ist grundsätzlich die letztinstanzliche Entscheidung zulässiger Gegenstand der Verfassungsbeschwerde<sup>7</sup>, also der Beschluss des OLG Frankfurt a.M. Zusätzlich können sich A und B gegen das Urteil des LG Kassel wenden, da dessen Tenor vom OLG aufrechterhalten wurde. Zu beachten ist allerdings, dass das Urteil des AG Fritzlar kein tauglicher Beschwerdegegenstand ist. Wegen der neuen Hauptverhandlung vor dem LG Kassel ist es prozessual überholt und entbehrt daher einer Beschwerde gegenüber A und B.<sup>8</sup>

*Hinweis:* Inzidenter Prüfungsgegenstand einer Urteilsverfassungsbeschwerde ist auch die gesetzliche Grundlage. Ein unmittelbarer Angriff gegen § 182 Abs. 1 HessSchulG ist nicht möglich, da die Frist des § 93 Abs. 3 BVerfGG abgelaufen ist.

<sup>7</sup> Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (948).

<sup>8</sup> BVerfG NVwZ 2006, 583; BVerfG NJW 2015, 44 m.w.N.

### IV. Beschwerdebefugnis

A und B müssten gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt sein.

#### 1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Das sind A und B, wenn die Möglichkeit besteht, dass sie in ihren eigenen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt sind. Möglich ist eine Grundrechtsverletzung, wenn sie nicht von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>9</sup>

#### a) Art. 6 Abs. 2. S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG

In Frage kommt, dass A und B durch die strafrechtliche Verurteilung in ihrem religiösen Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG verletzt sind. Handelt es sich bei § 182 Abs. 1 HessSchulG um ein verfassungswidriges Gesetz, weil der Bund durch § 171 StGB gem. Art. 72 Abs. 1 GG abschließend von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, entbehrt ihre Verurteilung einer gesetzlichen Grundlage. Nicht ganz fernliegend erscheint zudem, dass die Strafbewehrung der Entziehung von der Schulpflicht angesichts der verfassungsrechtlichen Bedeutung des religiösen Erziehungsrechts ein unverhältnismäßiges Mittel ist, das möglicherweise Ausnahmen für den religiös motivierten Heimunterricht vorsehen muss. Bei der Anwendung des § 182 Abs. 1 HessSchulG ist sorgfältig zu prüfen, ob die Strafgerichte den Glaubens- und Gewissenskonflikt von A und B hinreichend berücksichtigt haben.

#### b) Art. 103 Abs. 3 GG

Ebenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen ist, dass die erneute Verurteilung von A und B gegen das Doppelbestrafungsverbot gem. Art. 103 Abs. 3 GG verstößt, zumal sich A und B auf eine einheitliche und fortwirkende Glaubens- bzw. Gewissensentscheidung berufen und das BVerfG im Falle der gewissensgeleiteten und fortwirkenden Ersatzdienstverweigerung eine wiederholte strafrechtliche Verurteilung als unzulässig erachtet hat.<sup>10</sup>

#### c) Art. 3 Abs. 1 GG

Der Umstand, dass die Entziehung von der Schulpflicht nicht in allen Bundesländern strafbar ist, vermag hingegen keine Zweifel an der Vereinbarkeit des § 182 Abs. 1 HessSchulG mit Art. 3 Abs. 1 GG zu begründen. Art. 3 Abs. 1 GG schützt lediglich vor rechtlich relevanten Ungleichbehandlungen. Rechtlich relevant ist sie nur, wenn sie durch den gleichen Hoheitsträger in seinem eigenen Kompetenzbereich erfolgt.<sup>11</sup> Auf dem Hoheitsgebiet von Hessen gilt die Strafvorschrift des § 182 Abs. 1 HessSchulG jedoch ausnahmslos für alle Bürger. Dass verschiedene Bundesländer für ihr Staatsgebiet jeweils unterschiedliche Regelungen treffen, sieht der Föderalismus gerade vor.

<sup>9</sup> Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 232.

<sup>10</sup> BVerfGE 23, 191 (203).

<sup>11</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47); BVerfG NJW 79, 127 (158); BVerfG NJW 21, 54 (68); Muckel, JA 2015, 315 (316).

## d) Art. 11 Abs. 1 GG

Auch der objektiven Wertentscheidung des Art. 11 Abs. 1 GG widerspricht die abweichende Gesetzeslage in den Bundesländern nicht. Denn weder von seiner Zielsetzung noch von seiner Wirkung her kommt § 182 Abs. 1 HessSchulG einem strikten Verbot des Nehmens von Aufenthalt oder Wohnsitz in Hessen gleich.<sup>12</sup> Wenn eine Regelung allgemein gilt und nicht gezielt die Freizügigkeit bestimmter Personen oder Personengruppen treffen soll, greift sie nicht in den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 GG ein.<sup>13</sup>

## 2. Eigene, unmittelbare und gegenwärtige Beschwer

Ferner muss der Beschwerdeführer geltend machen, dass er selbst, unmittelbar und gegenwärtig durch den Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten beschwert ist.<sup>14</sup> Durch das Urteil des LG Kassel wurden A und B mit einer sie belastenden Geldstrafe belegt. Es ist auch nach wie vor in Kraft, da es durch den Beschluss des OLG Frankfurt a.M. aufrechterhalten wurde. Durch die gerichtlichen Entscheidungen sind A und B mithin selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen.

## V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Den Rechtsweg haben A und B gem. der Vorgabe des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG ausgeschöpft. Der Grundsatz der Subsidiarität steht der Verfassungsbeschwerde auch nicht entgegen.

## VI. Ordnungsgemäßer Antrag und Frist

Die §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG und § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG sind eingehalten worden – bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen beträgt die Frist einen Monat.

## VII. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Verfassungsbeschwerde zulässig ist.

## B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn A und B tatsächlich in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt sind. Dabei prüft das BVerfG nicht jeden einfachen Rechtsverstoß, sondern beschränkt sich auf die Kontrolle der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

## I. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG

A und B könnten in ihrem religiösen Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG verletzt sein.

## 1. Schutzbereich

Als leibliche Eltern der drei schulpflichtigen Kinder sind sie vom persönlichen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG umfasst.<sup>15</sup> In sachlicher Hinsicht bezieht sich der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auf die Erziehung. Das meint die Sorge für die geistige und seelische Entwicklung des Kindes, also seine Bildung und Ausbildung sowie die Vermittlung von Werten und Grundhaltungen.<sup>16</sup> In Verbindung mit Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ist auch die religiöse und weltanschauliche Erziehung umfasst.<sup>17</sup> Die Eltern haben das Recht, ihren Kindern die Lehren ihrer Religion oder Weltanschauung zu vermitteln und darauf hinzuwirken, dass ihre Kinder die Vorgaben ihrer Religion erfüllen.<sup>18</sup> Zudem haben die Eltern das Recht, ihre Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten, die ihnen schädlich erscheinen.<sup>19</sup> A und B berufen sich darauf, dass es ihnen wegen „festgefügt und unumstößlicher“ Glaubens- und Gewissensgründe verwehrt ist, ihre Kinder zur Schule zu schicken. Sie wollen ihre Kinder von Einflüssen, die nicht im Einklang mit den Geboten Gottes stehen, fernhalten. An der Ernsthaftigkeit ihres Vorbringens oder der Qualifizierung ihrer Überzeugungen als Glauben i.S.v. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG bestehen keine Zweifel. Eine Überlagerung des religiösen Erziehungsrechts von A und B durch das Selbstbestimmungsrecht ihrer drei schulpflichtigen Kinder kommt wegen deren geringen Alters nicht in Betracht, da die Kinder – in Anlehnung an § 5 S. 1 RelKEG (Vollendung des 14. Lebensjahres) – noch nicht religionsmündig sind.<sup>20</sup> Hinzu kommt, dass der Sachverhalt keine Grundrechtskollision zwischen dem Elternrecht und dem Selbstbestimmungsrecht der Kinder andeutet, weil er über die Einstellung der Kinder gegenüber dem Schulbesuch schweigt. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass es sich bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG um eine treuhänderische (fremdnützige) Freiheit handelt.<sup>21</sup> Das elterliche Erziehungsrecht dient der Grundrechtsverwirklichung der Kinder, die noch nicht selbst in der Lage sind, ihre Freiheiten zu verwirklichen. Inhärente Grenze ist somit das Kindeswohl. Handlungen, die dem Kindeswohl zuwiderlaufen sind nicht vom Schutzbereich des elterlichen Erziehungsrechts gedeckt. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass A und B mit dem Verbot des Schulbesuchs den

<sup>15</sup> Grundsätzlich sind die natürlichen Eltern Grundrechtsträger. Besteht jedoch eine rechtliche Elternschaft so geht diese der natürlichen Elternschaft vor, vgl. *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 6 Rn. 46.

<sup>16</sup> *Franz/Günther*, JuS 2007, 716 (719); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 256.

<sup>17</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 8); *Rademacher/Janz*, Jura 2008, 223 (225); *Hufen*, Staatsrecht, Bd. 2, 8. Aufl. 2020, § 22 Rn. 11.

<sup>18</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 8); BVerfGE 41, 29 (47 f.); *Reimer/Thurn*, JuS 2008, 424 (427).

<sup>19</sup> BVerfGE 93, 1 (17); *Rademacher/Janz*, Jura 2008, 223 (225).

<sup>20</sup> *Ipsen*, Staatsrecht, Bd. 2, 23. Aufl. 2020, Rn. 378; *Reimer/Thurn*, JuS 2008, 424 (426 f.); *Hufen* (Fn. 17), § 22 Rn. 18.

<sup>21</sup> BVerfGE 59, 360 (377); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 142.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47).

<sup>13</sup> BVerfGE 134, 242 (325); ähnlich *Pieroth*, JuS 1985, 81 (85).

<sup>14</sup> BVerfGE 53, 30 (48); *Hillgruber/Goos* (Fn. 9), Rn. 268; *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 182.

Bereich einer am Kindeswohl orientierten Erziehung verlassen haben. Zum einen kommt den Eltern bei der Einschätzung des Kindeswohl ein großer Spielraum zu.<sup>22</sup> Zum anderen läuft das Verbot des Schulbesuchs keinen Rechtspositionen mit „objektivierbaren“ Inhalt<sup>23</sup> entgegen, wie der Menschenwürde, dem Leben, der Unversehrtheit oder der Freiheit der Person. Das Verhalten von A und B ist daher vom Schutzbereich des religiösen Erziehungsrechts gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG gedeckt.

### 2. Eingriff

Ein Eingriff ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.<sup>24</sup> Die Schulpflicht macht es A und B zumindest teilweise unmöglich, ihre Kinder ihren Glaubensvorstellungen entsprechend zu erziehen, weil die Kinder mit Anschauungen konfrontiert werden, die sich nicht im Einklang mit den religiösen Überzeugungen von A und B befinden. Die Strafnorm des § 182 Abs. 1 Hess-SchulG und das auf ihm beruhende Gerichtsurteil verstärken diesen Eingriff, da sie A und B eine Geldstrafe auferlegen.

### 3. Rechtfertigung

Der Eingriff in das Grundrecht von A und B ist jedoch gerechtfertigt, wenn er sich innerhalb der Schranken des Grundrechts hält.

#### a) Schranken des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG

Ein Teil der Literatur leitet aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG – dem staatlichen Wächteramt – einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt ab.<sup>25</sup> Andererseits wird Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht angesehen.<sup>26</sup> Jedenfalls dort, wo das staatliche Wächteramt nicht eingreift, weil die Eltern ihre Erziehungs- und Pflegeaufgabe grundsätzlich erfüllen, kann und muss der Staat auf kollidierendes Verfassungsrecht zur Rechtfertigung seiner Eingriffe zurückgreifen.<sup>27</sup> Wohl auch wegen seines Bezugs zu Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG legt das BVerfG beim religiösen Erziehungsrecht der Eltern den strengen Maßstab verfassungsimmanenter Schranken an.<sup>28</sup> Zwar ist bei Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG selbst umstritten, ob Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV hinsichtlich der Religions-

ausübung ein Vorbehalt zugunsten der allgemeinen Gesetze zu entnehmen ist.<sup>29</sup> Die h.M. vertritt aber mit zutreffender Begründung, der Stellung des Art. 140 GG in den Schlussbestimmungen und dessen Überlagerung durch Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG, dass es sich bei der Glaubensfreiheit um ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht handelt.<sup>30</sup> Aber auch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte sind durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt. Eine solche Schranke des elterlichen Erziehungsrechts ist die Aufsicht des Staates für das Schulwesen gem. Art. 7 Abs. 1 GG. Schulaufsicht meint dabei alle staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Überwachung des Schulwesens. Aus Art. 7 Abs. 1 GG lässt sich ein staatlicher Erziehungsauftrag ableiten<sup>31</sup>, der durch die Schulpflicht konkretisiert wird.<sup>32</sup> Der Staat darf unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele verfolgen, muss dabei aber Neutralität wahren und Toleranz gegenüber den erzieherischen Vorstellungen der Eltern aufbringen.<sup>33</sup> Bei der Kollision von Verfassungsrecht – hier dem elterlichen Erziehungsrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG und dem staatlichen Erziehungsauftrag gem. Art. 7 Abs. 1 GG – müssen die Verfassungsgüter im Rahmen der praktischen Konkordanz in einen schonenden Ausgleich gebracht werden.<sup>34</sup> Der Staat unterliegt aber bei Beschränkungen des elterlichen Erziehungsrechts selbst Schranken. Wie bei allen Grundrechten müssen Eingriffe auf einer verfassungsmäßigen, gesetzlichen Grundlage beruhen und deren Anwendung sich in verfassungskonformer Weise vollziehen. Das heißt zunächst: § 182 Abs. 1 HessSchulG müsste formell und materiell verfassungsmäßig sein.

#### b) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 182 Abs. 1 Hess-SchulG

§ 182 Abs. 1 HessSchulG ist formell verfassungsgemäß, wenn das Land Hessen für den Erlass zuständig war und das nach der Landesverfassung vorgesehene Gesetzgebungsverfahren bzw. die Form eingehalten hat. Die Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten vollzieht sich nach den Art. 70 ff. GG. Gem. Art. 70 Abs. 1 GG sind Länder für die Gesetzgebung zuständig, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Für das Schulwesen ist dem Bund keine Gesetzgebungskompetenz zugewiesen, aus Art. 7 Abs. 1 GG lässt sich eine Zuständigkeit des Bundes nicht ableiten. Deshalb sind die Länder für das Schulwe-

<sup>22</sup> *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 146.

<sup>23</sup> Vgl. *Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 71.

<sup>24</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, Rn. 294.

<sup>25</sup> *Coelln* (Fn. 23), Art. 6 Rn. 76; *Epping* (Fn. 14), Rn. 526.

<sup>26</sup> BVerwG NJW 1982, 1400 (1411); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Fn. 21), Art. 6 Rn. 171; *Büscher/Glasmacher*, JuS 2015, 513 (514).

<sup>27</sup> So wohl auch *Franz/Günther*, JuS 2007, 716 (719); *Reimer/Thurn*, JuS 2008, 424 (427); eine Rechtfertigung der Schulpflicht auf Grundlage des Wächteramts ablehnend *Lucius*, Homeschooling, 2017, S. 198.

<sup>28</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 9).

<sup>29</sup> So BVerwG NJW 2001, 1225 (1226); *Epping* (Fn. 14), Rn. 319 m.w.N.

<sup>30</sup> BVerfGE 33, 23 (29 ff.); 93, 1 (21); *Hufen* (Fn. 17), § 22 Rn. 26; a.A. *Epping* (Fn. 14), Rn. 319 m.w.N.

<sup>31</sup> BVerfGE 41, 29 (44).

<sup>32</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 9); *Kramer*, JuS 2009, 1090 (1091); *Rademacher/Janz*, Jura 2008, 223 (225); *Ipsen* (Fn. 20), Rn. 360; a.A. *Beaucamp*, DVBl 2009, 220 (220 ff.); *Wallrabenstein*, in: Reimer, Homeschooling, 2012, S. 67 (82).

<sup>33</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 10).

<sup>34</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 10); BVerfG NVwZ 2003, 1113; *Franz/Günther*, JuS 2007, 716 (719); *Kramer*, JuS 2009, 1090 (1091); *Rademacher/Janz*, Jura 2008, 223 (225).

sen zuständig, insbesondere die Statuierung der Schulpflicht.<sup>35</sup> Nun ließe sich vertreten, der Straftatbestand des § 182 Abs. 1 HessSchulG sei als Annexkompetenz oder Kompetenz kraft Sachzusammenhang wie die durch ihn bewehrte Schulpflicht dem Schulwesen und damit der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder zuzuordnen.<sup>36</sup> Die h.M. geht jedoch einen anderen Weg.<sup>37</sup> In Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG verleiht das Grundgesetz dem Bund die Zuständigkeit für das „Strafrecht“. Ist eine Regelung mehreren Gebieten zuzuordnen, schlägt das BVerfG sie dem Gebiet zu, auf dem der Schwerpunkt der Regelung liegt.<sup>38</sup> Doppelzuständigkeiten gibt es nicht.<sup>39</sup> Die h.M. legt den Begriff des Strafrechts weit aus. Der Bundesgesetzgeber könne Straftatbestände auch dort schaffen, wo ihm sonst durch den Zuständigkeitskatalog des Grundgesetzes Grenzen gezogen seien.<sup>40</sup> Dem liegt ein an der Rechtsfolge, nämlich der Strafbarkeit des betreffenden Verhaltens, orientierter Strafrechtsbegriff zugrunde. Daher ist § 182 Abs. 1 HessSchulG nicht der Zuständigkeit für das Schulwesen, sondern der Zuständigkeit für das Strafrecht zu unterstellen.

Allerdings gehört das Gebiet des Strafrechts zur konkurrierenden Gesetzgebung. Bei dieser sind die Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG solange und soweit zuständig, wie der Bund nicht von seiner Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Die Frage, ob und inwieweit dies durch den Bund erfolgt ist, kann im Einzelnen schwierig zu entscheiden sein. Die Antwort ergibt sich in erster Linie aus dem Bundesgesetz selbst, in zweiter Linie aus dem hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner aus der Gesetzgebungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien.<sup>41</sup> Jedenfalls liegt ein Gebrauchmachen nicht nur dann vor, wenn der Bund eine Regelung getroffen hat. Auch in einem absichtsvollen Unterlassen kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit zu sehen sein.<sup>42</sup> Die Länder dürfen sich mit diesem absichtsvollen Unterlas-

sen nicht in Widerspruch setzen, auch wenn sie die Regelungslücke für unpassend erachten.<sup>43</sup>

Eine abschließende Regelung des Strafrechts allein in der Kodifikation des Strafgesetzbuches zu erblicken und Landesstrafrecht nur im Rahmen der Vorbehalte des Art. 4 Abs. 2–5 EGStGB zuzulassen, ist in dieser Absolutheit nicht sinnig.<sup>44</sup> Es würde die große Bedeutung, die strafrechtliche Sanktionen im Verwaltungsstrafrecht haben, außer Acht lassen. Der Bund selbst hat sein Strafrecht bei weitem nicht abschließend im StGB geregelt. Zudem muss es den Ländern möglich sein, die von ihnen erlassenen Regelungen mit Strafe zu bewehren. Sinnvoller ist es – in Hinblick auf das StGB – eine Abgrenzung anhand einzelner seiner Abschnitte oder Vorschriften vorzunehmen. In § 171 StGB hat der Bundesgesetzgeber grobe Verletzungen der Fürsorge- und Erziehungspflicht gegenüber Schutzbefohlenen unter sechzehn Jahren unter Strafe gestellt. Eine grobe Verletzung der Erziehungspflicht kann in dem wiederholten und hartnäckigen Entzug vom Schulbesuch durchaus erblickt werden.<sup>45</sup> Anders als der Tatbestand des § 182 HessSchulG setzt der Tatbestand des § 171 StGB aber zusätzlich voraus, dass der Schutzbefohlene in die Gefahr gebracht wird, in seiner körperlichen oder psychischen Entwicklung erheblich geschädigt zu werden, einen kriminellen Lebenswandel zu führen oder der Prostitution nachzugehen. Anhand des § 171 StGB ließe sich der Bundeswille möglicherweise dahingehend verstehen, dass die Verwirkung einer Strafe bei groben Verletzungen der Erziehungspflicht eben von jener Gefahrbewirkung abhängig sein solle. Ein Verhalten, das nicht diese Gefährlichkeit aufweist, hätte dann strafflos zu bleiben. Eine solche Auslegung im Sinne eines absichtsvollen Unterlassens ist jedoch abzulehnen: Das BVerfG misst der Frage maßgebliche Bedeutung bei, ob durch den Bundesstrafatbestand und den Landesstrafatbestand dieselben Rechtsgüter geschützt werden.<sup>46</sup> Geschütztes Rechtsgut des § 171 StGB ist sowohl das körperliche Wohlergehen als auch die sittliche und geistige Entwicklung des Schutzbefohlenen unter 16 Jahren.<sup>47</sup> Demgegenüber bezweckt § 182 Abs. 1 HessSchulG allein die Durchsetzung der landesrechtlich geregelten allgemeinen Schulpflicht.<sup>48</sup> Anders als § 171 StGB dient § 182 Abs. 1 HessSchulG daher (auch) dem Allgemeininteresse. Da die beiden Vorschriften unterschiedliche Rechtsgüter schützen, ist nicht von einem absichtlichen Unterlassen, sprich einem Gebrauchmachen des Bundes i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG auszugehen. Das Land Hessen war also zum Erlass des § 182 Abs. 1 HessSchulG zuständig. Weitere Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit von § 182

<sup>35</sup> Kramer, JuS 2009, 1090 (1091).

<sup>36</sup> So im Ergebnis Rademacher/Janz, Jura 2008, 223 (225); das Pressestrafrecht als Annex zum Pressewesen einordnend Groß, NStZ 1994, 312 (312 f.); vgl. ferner Dreher, NJW 1952, 1282; Patzig, DÖV 1956, 261 (265).

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (45); BVerfGE 23, 113 (124); 26, 246 (258); 110, 141 (174); BVerfG NVwZ 2010, 247 (248); Herbst, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, 2014, S. 243; Dannecker/Pfaffendorf, NZWiSt 2012, 212 (213); Maiwald, ZRP 2006, 18 (19 f.).

<sup>38</sup> BVerfGE 138, 261 (274); 97, 332 (341 f.).

<sup>39</sup> BVerfGE 36, 193 (203); 61, 149 (204); 106, 62 (114); ebenso Degenhart, in: Sachs (Fn. 23), Art. 70 Rn. 62; Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 58.

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (45); BVerfG NVwZ 2010, 247 (248); BVerfGE 23, 113 (124); 26, 246 (258).

<sup>41</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (45); BVerfG NVwZ 2010, 247 (248); BVerfGE 113, 348 (371).

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (45); BVerfG NVwZ 2010, 247 (248); BVerfGE 138, 261 (280).

<sup>43</sup> BVerfGE 113, 348 (371 f.).

<sup>44</sup> BVerfG NVwZ 2010, 247 (248).

<sup>45</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (45); Rinio, FPR 2007, 467 (468).

<sup>46</sup> BVerfGE 98, 265 (312); BVerfG NJW 2015, 44 (45); BVerfG NVwZ 2010, 247 (248).

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (45); Ritscher, in: Joecks/Miebach, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 171 Rn. 2; Bosch/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 171 Rn. 1.

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (45); Muckel, JA 2015, 315 (316).

Abs. 1 HessSchulG bestehen nicht. Die Vorschrift ist formell verfassungsgemäß.

*c) Materielle Verfassungsmäßigkeit von § 182 Abs. 1 HessSchulG*

§ 182 Abs. 1 HessSchulG müsste auch materiell verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig sein. Bei der hier gebotenen Abwägung im Rahmen der praktischen Konkordanz kommt der Schulpflicht gegenüber dem (religiösen) Erziehungsrecht der Eltern grundsätzlich kein Vorrang zu – der in Art. 7 Abs. 1 GG verankerte staatliche Erziehungsauftrag und das elterliche Erziehungsrecht sind gleichgeordnet.<sup>49</sup>

*aa) Legitimer Zweck*

Die Strafvorschrift des § 182 Abs. 1 HessSchulG dient der Durchsetzung der Schulpflicht. Die Schulpflicht selbst verfolgt als Konkretisierung des staatlichen Erziehungsauftrags das Ziel der Wissensvermittlung und der Integration der Schüler in die Gesellschaft.<sup>50</sup> Sie soll zur charakterlichen Bildung der Kinder beitragen und die Entwicklung zu verantwortungsbewussten, toleranten Staatsbürgern fördern.<sup>51</sup> Die Schulpflicht und der sie schützende § 182 Abs. 1 HessSchulG verfolgen daher einen legitimen Zweck.<sup>52</sup>

*bb) Geeignetheit*

Eine gesetzliche Verpflichtung wie die Schulpflicht ist nur verhältnismäßig, wenn sie geeignet ist, die mit ihr intendierten Ziele zu erreichen. Man könnte einwenden, dass Kinder ohnehin, selbst wenn sie keine Schule besuchen, mit anderen Überzeugungen konfrontiert werden, z.B. durch Nachbarn, Freunde, Verwandte oder Medien, und der Schulbesuch nicht zuverlässig dazu führt, tolerante und demokratiefähige junge Menschen heranzuziehen.<sup>53</sup> Toleranz gegenüber Andersdenkenden lässt sich aber jedenfalls besser verwirklichen, wenn der Kontakt zu anderen nicht nur gelegentlich erfolgt, sondern Teil einer mit dem regelmäßigen Schulbesuch verbundenen Alltagserfahrung ist.<sup>54</sup> Die Schulpflicht und der mit ihr verbundene § 182 Abs. 1 HessSchulG sind daher zur Verwirklichung des staatlichen Erziehungsauftrags, im Besonde-

ren der Ausprägung von Rücksicht gegenüber anderen Mitgliedern der Gesellschaft, geeignet.<sup>55</sup>

*cc) Erforderlichkeit*

Als milderer, gleichwirksames Mittel wäre denkbar, dass das Land Hessen Zuwiderhandlungen – wie andere Bundesländer auch – nur als Ordnungswidrigkeit ahndet. Allerdings kommt dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Frage, ob eine (Straf-)Vorschrift erforderlich ist, ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.<sup>56</sup> Dafür ist zu sehen, dass Strafvorschriften eine größere Abschreckungswirkung zukommt als Ordnungswidrigkeiten, sodass es sich bei letzteren nicht per se um ein gleichwirksames Mittel handelt. Dass der Landesgesetzgeber seinen Beurteilungsspielraum überzogen hat, ist nicht zu erkennen.

*dd) Angemessenheit (Praktische Konkordanz)*

Die Schulpflicht müsste auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewinn stehen, den die Erfüllung dieser Pflicht für den staatlichen Erziehungsauftrag erwarten lässt.<sup>57</sup> Die Schulpflicht dient dazu, religiös oder weltanschaulich motivierte „Parallelgesellschaften“ zu verhindern und Minderheiten zu integrieren.<sup>58</sup> Integration von Minderheiten ist kein einseitiger Prozess. Sie setzt nicht nur voraus, dass sich die Mehrheit für die Teilhabe von religiösen und weltanschaulichen Minderheiten am gesellschaftlichen Zusammenleben öffnet, sie verlangt auch, dass sich Minderheiten nicht selbst ausgrenzen und sich einem Dialog mit Andersdenken und Andersgläubigen verschließen.<sup>59</sup> Dagegen werden zwar gewichtige Gründe angeführt: Zum einen setze der Begriff der „Parallelgesellschaft“ voraus, dass es so etwas wie eine „Zentralgesellschaft“ gebe, die sich in einer pluralistischen Demokratie gerade nicht herstellen lasse.<sup>60</sup> Zum anderen sei nicht klar, warum die Entstehung von „Parallelgesellschaften“ per se negativ sein soll, da eine solche „Parallelgesellschaft“ ihre Probleme nicht notwendig in die „Zentralgesellschaft“ externalisiere.<sup>61</sup> Entscheidend ist jedoch, dass die konkurrierenden Interessen beim ausschließlichen Heimunterricht nicht zu gegenseitig optimaler Wirksamkeit gelangen. Es wäre nicht im Sinne eines Ausgleichs im Rahmen der praktischen Konkordanz, wenn Eltern aus Glaubensgründen ihren Kindern den Schulbesuch kategorisch vorenthalten und die mit der Schulpflicht beabsichtigten Ziele vollständig ver-

<sup>49</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47); *Muckel*, JA 2015, 315 (316).

<sup>50</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 16) *Hufen*, JuS 2015, 763 (764); *Avenarius*, NZFam 2015, 342 (344).

<sup>51</sup> *Kramer*, JuS 2009, 1090 (1091); *Rademacher/Janz*, Jura 2008, 223 (226); *Avenarius*, NZFam 2015, 342 (344).

<sup>52</sup> BVerfG NVwZ 2003, 1113; *Reimer/Thurn*, JuS 2008, 424 (429).

<sup>53</sup> *Beaucamp*, DVBl 2009, 220 (223).

<sup>54</sup> BVerfG NVwZ 2003, 1113; BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 16); *Reimer/Thurn*, JuS 2008, 424 (429); krit. *Hanschmann*, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, S. 381 (386 ff.); *Spiegler*, in: *Reimer*, Homeschooling, 2012, S. 55 (64 f.).

<sup>55</sup> *Rademacher/Janz*, Jura 2008, 223 (225); zu den Problemen der Sanktionen bei der Bekämpfung des Homeschoolings vgl. *Spiegler* (Fn. 54), S. 55 (60 f.).

<sup>56</sup> BVerfGE 146, 71 (126); 117, 163 (189).

<sup>57</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 17); BVerfG NVwZ 2003, 1113.

<sup>58</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47); BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 18); BVerfG NVwZ 2003, 1113.

<sup>59</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 18); *Rademacher/Janz*, Jura 2008, 223 (226).

<sup>60</sup> *Beaucamp*, DVBl 2009, 220 (223); *Hanschmann* (Fn. 54), S. 381 (389).

<sup>61</sup> *Hanschmann* (Fn. 54), S. 381 (389) m.w.N.

eiteln könnten.<sup>62</sup> Hingegen macht der Schulbesuch es den Eltern in der Regel nicht unmöglich, ihre Kinder trotzdem ihrem Glauben entsprechend zu erziehen.<sup>63</sup> Ein Recht darauf, dass die eigenen Kinder vollständig von fremden Glaubensüberzeugungen oder Ansichten abgeschottet werden, zumal in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, gewährt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nicht.<sup>64</sup> Die Schulpflicht ist demnach ein angemessenes Mittel zur Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags.

Bei der Durchsetzung der Schulpflicht dürfen die Länder auch auf strafrechtliche Sanktionsnormen zurückgreifen.<sup>65</sup> Jedoch muss bei der Anwendung der Strafnorm die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, insbesondere der Glaubensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG, berücksichtigt werden. Die Pflicht aller öffentlichen Gewalt, die ernste Glaubensüberzeugung zu respektieren, muss jedenfalls dann zu einem Zurückweichen des Strafrechts führen, wenn der konkrete Konflikt zwischen einer nach allgemeinen Anschauungen bestehenden Rechtspflicht und einem Glaubensgebot den Täter in eine seelische Bedrängnis bringt, der gegenüber sich die Bestrafung, die ihn zum Rechtsbrecher stempelt, als eine übermäßige Reaktion darstellen würde.<sup>66</sup> Der Tatbestand des § 182 Abs. 1 HessSchulG knüpft jedoch nicht an durch Glaubenshaltungen bestimmte Verhaltensweisen an, sondern allgemein an die Pflicht der Eltern, für den Schulbesuch ihrer Kinder Sorge zu tragen. Den Umständen des Einzelfalls kann ausreichend Rechnung getragen werden, etwa im Wege der Opportunität nach den §§ 153, 153a StPO, gem. § 59 StGB oder bei Stellung des zur Strafverfolgung erforderlichen Strafantrags gem. § 182 Abs. 2 HessSchulG.

#### ee) Zwischenergebnis

Aus alledem ergibt sich, dass § 182 Abs. 1 HessSchulG materiell verfassungsgemäß ist.

#### d) Verfassungsmäßige Anwendung des § 182 Abs. 1 HessSchulG

Da die Verfassungsbeschwerde eine Gerichtsentscheidung angreift, gilt es klarzustellen, dass es sich beim BVerfG um keine Superrevisionsinstanz handelt. Die Verfassungsbeschwerde ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf. Möglich muss daher eine spezifische Verletzung von Grundrechten sein. In Betracht kommt hier, dass die ordentlichen Gerichte bei der Verurteilung von A und B deren Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG fehlerhaft angewendet und der Bedeutung und Tragweite im Rahmen der verfas-

sungsrechtlichen Rechtfertigung verkannt haben. Das LG Kassel und das OLG Frankfurt a.M. haben Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG allerdings in ihre Erwägungen einbezogen und sind zu einem nachvollziehbaren Ergebnis gelangt, insbesondere haben sie die Ausstrahlungswirkung des elterlichen Erziehungsrechts von A und B und deren gewissensgeleitete Entscheidung hinreichend in den Blick genommen. Dass sich A und B auf „festgefügte und unumstößliche“ Glaubens- und Gewissensgründe berufen, steht einer strafrechtlichen Verurteilung nicht entgegen. Der bewusste Verstoß gegen Strafnormen ist im Lichte der Glaubens- und Gewissensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nicht als Mittel der Wahl, sondern nur als letzter Ausweg hinzunehmen.<sup>67</sup> Indem A und B ihren Kindern den Besuch aller Schulfächer verbieten, auch derjenigen, die religiös und weltanschaulich neutral sind, wie Mathematik und Fremdsprachen, haben sie jedenfalls ein unverhältnismäßiges Mittel gewählt, um ihren Glaubens- und Gewissenskonflikt aufzulösen. Außerdem ließen sie naheliegende Möglichkeiten ungenutzt, ihren subjektiv empfundenen Konflikt zwischen ihrem Glauben und dem Rechtsgebot selbst aufzulösen, indem sie sich nicht an den angebotenen Elternabenden beteiligten oder sich nach einer anderen, anerkannten (Privat-)Schule umsahen.<sup>68</sup> A und B sind die strafrechtlichen Konsequenzen daher zumutbar. Auch die guten bis sehr guten Schulabschlüsse ihrer älteren Kinder vermögen daran nichts zu ändern.<sup>69</sup> Selbst ein mit erfolgreichen Ergebnissen einhergehender Hausunterricht, wie er von A und B praktiziert wurde, kann nicht verhindern, dass den Kindern der Dialog mit Andersdenkenden und -gläubigen verwehrt wird, und ist deshalb ungeeignet, die in einer Schulklasse gelebte Toleranz gegenüber einem breiten Meinungsspektrum nachhaltig zu fördern.<sup>70</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Die Anwendung des § 182 Abs. 1 HessSchulG durch das LG Kassel und das OLG Frankfurt ist demnach aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Der Eingriff in den Schutzbereich des religiösen Erziehungsrechts gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ist gerechtfertigt. Das Grundrecht ist nicht verletzt.

## II. Art. 103 Abs. 3 GG

Wegen der erneuten Verurteilung von A und B könnten die Fachgerichte gegen das Verbot der Doppelbestrafung gem. Art. 103 Abs. 3 GG verstoßen haben, da das Verhalten von A und B auf einem einheitlichen und fortwirkenden Entschluss beruht.

### 1. Schutzbereich

Art. 103 Abs. 3 GG beinhaltet den Grundsatz „ne bis in idem“. Demnach darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der

<sup>62</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 19); Rademacher/Janz, Jura 2008, 223 (226).

<sup>63</sup> BVerfG NVwZ 2003, 1113.

<sup>64</sup> BVerfG NVwZ 2003, 1113; BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 23); Wallrabenstein (Fn. 32), S. 67 (80); Reimer/Thurn, JuS 2008, 424 (429).

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (46); BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 22).

<sup>66</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 13).

<sup>67</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 13).

<sup>68</sup> BVerfG BeckRS 2009, 38783 (Rn. 24 ff.); BVerfG NJW 2015, 44 (48).

<sup>69</sup> Muckel, JA 2015, 315 (316).

<sup>70</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47).

allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Allgemeine Strafgesetze sind alle Straftatbestände, unabhängig davon, ob sie dem Kern- oder Nebenstrafrecht, dem Bundes- oder Landesrecht angehören.<sup>71</sup> Die erneute Verurteilung von A und B müsste allerdings wegen derselben Tat erfolgt sein. Tat meint hierbei den geschichtlichen – und damit zeitlich und sachverhältnissmäßig begrenzten – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.<sup>72</sup> Die geschichtlichen Vorgänge, die den wiederholten Verurteilungen von A und B zugrunde lagen, sind zeitlich nicht identisch und voneinander abgrenzbar, da sie unterschiedliche Tatzeiträume betreffen. Die willkürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts ist darin nicht erkennbar.<sup>73</sup> Möglicherweise hätten die Gerichte bei A und B aber berücksichtigen müssen, dass ihre Entscheidung, die Kinder nicht zur Schule zu schicken, auf eine einmal getroffene Glaubens- und Gewissensentscheidung zurückzuführen ist. Eine Gewissensentscheidung ist jede ernste, sittliche, das heißt an den Kategorien von „gut“ und „böse“ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.<sup>74</sup> Bei A und B liegt jedoch der Sonderfall vor, dass A und B ihre Kinder dem Unterricht entziehen, indem sie ihnen den Besuch der Schule verbieten. Der Schwerpunkt des strafrechtlichen Vorwurfs liegt hier auf einem aktiven Tun, nicht einem Unterlassen.<sup>75</sup> Dieses Tun muss immer wieder bestätigt werden. Selbst wenn man von einem Unterlassen ausgehen würde, so wäre die Gewissensentscheidung von A und B von vielschichtigen Faktoren abhängig, z.B. den äußeren Rahmenbedingungen des Unterrichts, des sich ändernden Fächerkanons und der individuellen Entwicklung des jeweiligen Kindes, und damit in mehrfacher Hinsicht teilbar. Für die Eltern stellt sich daher immer wieder neu die Frage, ob und inwieweit sie es mit ihrem Gewissen vereinbaren können, dass ihr Kind am Unterricht teilnimmt.<sup>76</sup> Die Fachgerichte durften daher davon ausgehen, dass der Normbefehl der Schulpflicht immer wieder aktualisiert wird und die Schulpflicht jedes einzelnen Kindes mehrfach verletzt und der Verstoß mehrfach sanktioniert werden kann. Das tatbestandliche Verhalten von § 182 Hess-SchulG ist insofern einer wiederholten Befehlsverweigerung vergleichbar, deren mehrfache Ahndung das BVerfG trotz

einer Gewissensentscheidung für verfassungsrechtlich zulässig erachtet<sup>77,78</sup>. Zu unterscheiden sind diese Fälle von der auf einer Gewissensentscheidung beruhenden, wiederholten Nichtbefolgung der Einberufung zum Ersatzdienst. Das BVerfG nimmt an, dass es sich bei der wiederholten Ersatzdienstverweigerung um dieselbe Tat handelt.<sup>79</sup> Denn der Ersatzdienstverweigerer sieht sich immer mit derselben Frage konfrontiert.<sup>80</sup> Zwar handelt es sich bei der Schulpflicht wie beim Ersatzdienst um eine höchstpersönliche Pflicht, jedoch trifft erstere vorrangig die schulpflichtigen Kinder, nicht die Eltern. Gem. § 67 Abs. 1 HessSchulG sind die Eltern lediglich dafür verantwortlich, dass die schulpflichtigen Kinder regelmäßig am Unterricht teilnehmen, bei der zuständigen Schule angemeldet sind, zur Schulanmeldung vorgestellt sowie für den Schulbesuch angemessen ausgestattet werden.

## 2. Zwischenergebnis

Art. 103 Abs. 3 GG ist mithin nicht durch die mehrfache Verurteilung von A und B verletzt.

## C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde von A und B ist zwar zulässig, aber mangels einer Verletzung ihrer Grundrechte bzw. grundrechtsgleichen Rechte nicht begründet.

<sup>71</sup> Aust/Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 212; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 21.

<sup>72</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47); Muckel, JA 2015, 315 (316); Degenhart (Fn. 39), Art. 103 Rn. 77; Aust/Nolte (Fn. 71), Art. 103 GG Rn. 203.

<sup>73</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47).

<sup>74</sup> BVerfGE 23, 191 (205).

<sup>75</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (48); Rinio, FPR 2007, 467 (469).

<sup>76</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (48); Muckel, JA 2015, 315 (317); Degenhart (Fn. 67), Art. 103 Rn. 78; Schulze-Fielitz (Fn. 71), Art. 103 Abs. 3 Rn. 20.

<sup>77</sup> BVerfGE 28, 264 (279 f.).

<sup>78</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (48).

<sup>79</sup> BVerfGE 23, 191 (203 ff.).

<sup>80</sup> BVerfG NJW 2015, 44 (47).