

Schulpflicht und Entscheidungsfreiheit in Deutschland und Italien

von

**Mathilde Grünfelder
Klaus Füber**

2014

Die Autoren

Mathilde Grünfelder ist Jurastudentin an der Universität Trient (Italien), Absolventin in Verfassungs- und Verwaltungsrecht und Praktikantin in der Rechtsanwaltskanzlei Füßer & Kollegen in Leipzig (Deutschland).

Klaus Füßer ist Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Verwaltungsrecht in Leipzig (Deutschland).

Empfohlene Zitierweise

Dieses Working Paper sollte wie folgt zitiert werden:

Mathilde Grünfelder & Klaus Füßer, *Schulpflicht und Entscheidungsfreiheit in Deutschland und Italien*, <http://www.fuesser.de/de/home.html>.

Copyright

© 2014 Mathilde Grünfelder, Klaus Füßer.

Die Autoren danken für die wertvolle Zusammenarbeit:
Prof. Fulvio Cortese, Professor für Verwaltungsrecht an der Universität Trient;
Prof. Jens Woelk, Professor für Vergleichendes Verfassungsrecht an der Universität Trient; allen Mitarbeitern der Rechtsanwaltskanzlei Füzser & Kollegen für die freundliche Unterstützung.

Schulpflicht und Entscheidungsfreiheit in Deutschland und Italien

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	9
I. Vergleich der schulrechtlich einschlägigen Verfassungsnormen	10
1. Deutsches Schulverfassungsrecht.....	10
1.1. Art. 7 I GG und der staatliche Schulauftrag.....	10
1.1.1. Definition und Bedeutung der staatlichen Schulaufsicht: Begründung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags	11
1.1.2. Das gesamte Schulwesen.....	11
1.1.3. Legitimation und Pflicht des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags..	13
1.1.4. Umfang und Grenzen des staatlichen Bildungs- und Erziehungsanspruchs: Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität.....	13
1.2. Das Recht auf Bildung.....	14
1.2.1. Reichweite des Rechts auf Bildung.....	15
1.3. Das Recht auf Bildung im europäischen Recht	16
1.3.1. Die europäische Grundrechtecharta	16
1.3.2. Die europäische Menschenrechtskonvention.....	17
1.3.3. Die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Recht auf Bildung	18
1.4. Das elterliche Erziehungsrecht und seine untypische Prägung.....	18
1.4.1. Das elterliche Erziehungsrecht und das staatliche Wächteramt.....	19
1.5. Staatlicher und elterlicher Erziehungsauftrag: These der Gleichrangigkeit.....	20
1.5.1. Unterrichtsinhalte weltanschaulicher Natur. Gestaltung des Schulwesens..	21
2. Italienisches Schulverfassungsrecht.....	22
2.1. Der staatliche Bildungsauftrag.....	23
2.1.1. Vorab zur Begrifflichkeit „istruzione“	24
2.1.2. Die allgemeinen Normen über die Bildung nach Art. 33 I itVerf	24
2.1.3. Umfang des staatlichen Bildungsauftrags.....	25
2.1.4. Verfassungsgeschichtlicher Hintergrund	26
2.2. Das soziale Recht auf Bildung.....	27
2.2.1. Das Recht auf (obligatorische) Bildung.....	27
2.2.1.1. Das Recht auf (obligatorische) Bildung.....	29
2.2.1.2. Die Unentgeltlichkeit der obligatorischen Bildung.....	30
2.2.2. Das Recht auf (höhere) Bildung	30
2.3. Das Recht auf Bildung im europäischen Recht	31
2.4. Das elterliche Grundrecht zum Erhalt, Bildung und Erziehung der Kinder	32
2.4.1. Die staatliche Kontrollbefugnis nach Art. 30 I itVerf	33

2.5.	Das elterliche Bildungs- und Erziehungsrecht und der staatliche Bildungsauftrag	33
2.5.1.	„Educazione“ als alleinige Aufgabe der Eltern.....	34
2.5.2.	Die freie Lehrtätigkeit nach Art. 33 I itVerf und die Erziehung	35
2.5.3.	„Istruzione“ als Aufgabe der Eltern und des Staates	35
3.	Vergleich.....	37
3.1.	Das elterliche Grundrecht und der staatliche Schulauftrag.....	37
3.1.1.	Kritik an der Trennung von Erziehung und Bildung in der italienischen Rechtslehre.....	38
3.2.	Die Gewährleistung staatlicher Schulen - Art. 7 I GG gegen Art. 33 II itVerf.....	40
3.2.1.	Die vorherrschende Auffassung: die Organisation des öffentlichen Schulwesens als Staatsaufgabe	41
3.2.2.	Kritik	42
II.	Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen	44
1.	Deutschland.....	44
1.1.	Das Prinzip der Bundesstaatlichkeit und die föderale Staatsform.....	44
1.2.	Die Aufteilung der staatlichen Befugnisse: die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung.....	44
1.2.1.	Die Kulturhoheit der Länder und ihre ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über das allgemeine Schulwesen	45
1.2.1.1.	Harmonisierung der einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Länder	45
1.2.2.	Die Zuständigkeiten des Bundes auf den Gebieten der Bildung und Ausbildung.....	46
1.3.	Das Fehlen von materiell-rechtlichen Gesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union	46
1.4.	Die Verwaltungskompetenzen nach dem Grundgesetz	47
1.5.	Die Schulverwaltung im Freistaat Sachsen	47
1.5.1.	Die staatliche Schulaufsicht und ihre Ausübung durch die Schulaufsichtsbehörden	48
1.5.1.1.	Die Schulaufsichtsbehörden.....	48
1.5.2.	Der Vorbehalt des Gesetzes	49
1.5.3.	Die Kommunen als Schulträger des öffentlichen Schulwesens.....	49
1.5.3.1.	Die Aufgaben der Kommunen.....	49
1.6.	Das kommunale Selbstverwaltungsrecht und das Spannungsverhältnis zur staatlichen Schulhoheit.....	50
1.6.1.	Die Schulnetzplanung	50
1.7.	Der Schulleiter	51
2.	Italien.....	51
2.1.	Die Staatsform	51
2.2.	Die verfassungsrechtliche Gesetzgebungsordnung über das Bildungssystem.....	52
2.3.	Die verfassungsrechtliche Verwaltungskompetenzordnung	53

2.4.	Die Europäischen Union und der Bereich der Bildung und der beruflichen Ausbildung	53
2.5.	Die Schulverwaltungsreform.....	54
2.5.1.	Zuständigkeiten von Staat, Regionen, territorialen Gebietskörperschaften und Schuleinrichtungen.....	54
2.6.	Die fehlende Umsetzung der Schulverwaltungsreform und der Verfassungsreform	55
2.6.1.	Rezentralisierende Tendenzen und Fazit.....	56
2.7.	Die Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofs	57
2.7.1.	Die Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse zwischen dem Staat und den Regionen. Teilweise Kritik an der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs.....	57
2.7.2.	Die Definition der allgemeinen Normen, des Mindestleistungsniveaus und der wesentlichen Grundsätze der Bildung	58
III.	Homeschooling	59
1.	Deutschland.....	59
1.1.	Das Phänomen <i>Homeschooling</i>	59
1.1.1.	<i>Homeschooling</i> : Begriff und Definition.....	59
1.1.2.	Aktualität des Themas: Zahlen und aktuelle Ereignisse.....	60
1.1.3.	Europäischer Vergleich.....	61
1.1.4.	Die Heterogenität der Beweggründe für <i>Homeschooling</i>	62
1.1.5.	Ursprung des Phänomens des <i>Homeschoolings</i> in Deutschland unter sozialwissenschaftlichem Gesichtspunkt	63
1.2.	Rechtsfragen im Zusammenhang mit <i>Homeschooling</i>	64
1.2.1.	Die Rechtslage in Bezug auf das <i>Homeschooling</i> . Die allgemeine Schulpflicht als Schulbesuchspflicht.....	64
1.2.1.1.	Verstoß gegen die allgemeine Schulpflicht und ihre Durchsetzung.....	65
1.2.1.2.	Nur objektive Ausnahmetatbestände von der allgemeinen Schulpflicht	66
1.2.2.	Grundrechtliche Spannungsverhältnisse.....	66
1.2.3.	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: die zulässige Beschränkung der elterlichen Grundrechte durch die Schulpflicht.....	67
1.2.3.1.	Drei Argumentationslinien des Bundesverfassungsgerichts. Klage vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.....	68
1.2.4.	Vorab: Kritik am Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Verfassungsfragen noch ungeklärt	68
1.2.4.1.	Das Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung über das Recht des Staates eine ausnahmslos geltende Schulbesuchspflicht festzulegen	69
1.2.5.	Die Relevanz nach der Frage des Ranges der Schulpflicht.....	70
1.2.6.	Die rechtliche Qualität des elterlichen Grundrechts nach Art. 6 I 1 GG.....	70
1.2.6.1.	Das elterliche Erziehungsrecht und die elterliche Glaubensfreiheit nach Art. 4 GG: vorrangige Anwendung des elterlichen Erziehungsrechts	71

1.2.7. Art. 6 I GG: Das Elternrecht und das staatliche Wächteramt: ein Verhältnis der Akzessorietät.....	72
1.2.7.1. Die Pflicht der Eltern zu einer am Kindeswohl orientierten „guten“ Erziehung: ethische Pflicht.....	73
1.2.7.2. Das staatliche Wächteramt nach Art. 6 II 2 GG: keine Grundlage für eine absolute Schulpflicht.....	74
1.2.8. Die Grundlage der Schulpflicht: der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag nach Art. 7 I GG.....	75
1.2.8.1. Wortlaut und Zweck des Art. 7 I GG.....	75
1.2.8.2. Historische Auslegung des Art. 7 I GG.....	75
1.2.8.3. Systematische Auslegung des Art. 7 GG.....	76
1.2.9. Die völkerrechtlichen Maßgaben zur Schulpflicht.....	76
1.2.9.1. Die Europäische Menschenrechtskonvention.....	77
1.2.9.2. Das Europäische Gericht für Menschenrechte. Urteil „Konrad“ vom 11. September 2006.....	78
1.2.10. Die Fortsetzung der Begründung des Kammerbeschlusses von 2003 des Bundesverfassungsgerichts.....	79
1.2.10.1. Soziale Kompetenz. Nochmal: Interpretationsprimat für das Kindeswohl der Eltern.....	80
1.2.10.2. Staatsbürgerliche Kompetenz. Der Freiheitsstaat des Grundgesetzes und die Notwendigkeit sozialer Integration.....	80
2.1.10.3. Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes.....	81
1.2.11. Der Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Urteil „Konrad“.....	82
1.2.12. Allgemeine Kritikpunkte der Begründungen des Bundesverfassungsgerichts. Mangel an empirischen Beweisen und unangemessene Verwendung des Begriffs „Parallelgesellschaften“.....	82
1.2.13. Art. 7 IV, V GG.....	83
2. Italien.....	84
2.1. Der verfassungsrechtliche Rahmen des <i>Homeschooling</i> in Italien.....	84
2.1.1. Istruzione parentale: Begriff und Zahlen, Aktualität des Themas.....	84
2.1.2. Gründe für <i>Homeschooling</i>	85
2.1.3. Die Schulpflicht in Italien: Verfassungsrang. Die allgemeine Schulpflicht als Schulbesuchspflicht.....	85
2.1.3.1. Die Auslegung nach dem Wortlaut.....	86
2.1.3.2. Die teleologisch-historische Auslegung.....	86
2.1.3.3. Die teleologische Auslegung.....	87
2.1.3.4. Die systematische Auslegung.....	87
2.1.4. Das elterliche Recht auf Erziehung und Bildung und die staatliche Pflicht zur Festsetzung der allgemeinen Normen über die Bildung.....	88
2.1.4.1. Das Ziel des elterlichen Bildungsrechts und des staatlichen Bildungsauftrag.....	89
2.1.5. Die Europäische Menschenrechtskonvention.....	90
2.2. Die einfachgesetzliche Regelung des <i>Homeschooling</i>	90

2.2.1. <i>Homeschooling</i> in Italien: legalisiert aber reguliert	90
2.2.1.1. Die Regelung in Italien unter Ausnahme der Provinz Trient	91
2.2.1.2. Die zweckmäßigen Kontrollen.....	92
2.2.1.3. Die rechtliche Wirksamkeit der ministeriellen Rundschreiben.....	93
2.2.1.4. Die Regelung des <i>Homeschooling</i> in der autonome Provinz Trient.....	95
2.2.1.5. <i>Homeschooling</i> in der Praxis der Provinz Trient.....	96
3. Die Regelung des Homeschooling in der autonomen Provinz Trient – Ein Modell für Deutschland?.....	97
Schlussfolgerungen.....	99

Einleitung

Die folgende Ausarbeitung setzt sich das Ziel einzelne Aspekte des deutschen und italienischen Schulrechts miteinander zu vergleichen. Im Mittelpunkt der Analyse steht dabei das Verhältnis der staatlichen Schulpflicht zum elterlichen Erziehungsrecht vor dem Hintergrund des Themas *Homeschooling*.

Den Ausgangspunkt stellt die Auseinandersetzung mit einigen rechtlichen Grundfragen und Grundlagen dar. Zunächst werden die einschlägigen Verfassungsnormen behandelt, in erster Linie der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag, seine Bedeutung sowie sein Geltungsumfang; das Recht auf Bildung, seine Begründung und Reichweite, auch in Bezugnahme auf die Europäische Menschenrechtskonvention; des Weiteren das elterliche Erziehungsrecht und sein Verhältnis zum Staat, insbesondere in Bezug auf den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag in der Schule. Am Ende werden die bemerkenswertesten Unterschiede der zwei Länder hervorgehoben und dargestellt. Zum einen das rechtliche Verhältnis zwischen Erziehung und Bildung und zum anderen die Pflicht zur Errichtung eines öffentlich-staatlichen Schulsystems.

In einem zweiten Schritt werden die Gesetzgebungs- und Verwaltungsbefugnisse untersucht. Die Kulturhoheit der Länder und eine klare deutsche Gesetzgebung stehen dabei einer komplexen und größtenteils nicht umgesetzten italienischen Kompetenzordnung gegenüber.

Anschließend widmet sich die Arbeit, nach einer kurzen Darstellung des Phänomens *Homeschooling*, den immanenten rechtlichen Fragen, die mit dem Thema in Verbindung stehen. Entlang der Untersuchung eines Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts werden der rechtliche Rang der Verankerung der Schulpflicht sowie die Rechtfertigungsgrundlage ihrer Auslegung als eine absolute Schulbesuchspflicht vor dem Hintergrund eines deutschen freiheitlichen Staats, der das elterliche Erziehungsrecht als rechtlich verbindlich anerkennt, kritisch beleuchtet.

Anschließend an die Erörterung der verfassungsrechtlichen Lage bezüglich der Schulpflicht und des elterlichen Bildungsrechts, folgt die Darstellung der *Homeschooling*-Regulierung in Italien, unter besonderer Bezugnahme auf die Regelung der autonomen Provinz Trient.

Abschließend wird das Regelungsmodell der Provinz Trient als Lösungsvorschlag einer möglichen Legalisierung in Deutschland unterbreitet.

I. Vergleich der schulrechtlich einschlägigen Verfassungsnormen

1. Deutsches Schulverfassungsrecht

Art. 7 GG ist der zentrale Artikel des deutschen Schulverfassungsrechts und lautet:

„(1) Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates.

(2) Die Erziehungsberechtigten haben das Recht, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen.

(3) Der Religionsunterricht ist in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach. Unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechtes wird der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt. Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verpflichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen.

(4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist.

(5) Eine private Volksschule ist nur zuzulassen, wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt oder, auf Antrag von Erziehungsberechtigten, wenn sie als Gemeinschaftsschule, als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht.

(6) Vorschulen bleiben aufgehoben.“

1.1. Art. 7 I GG und der staatliche Schulauftrag

Nach Art. 7 I GG steht das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates. Obwohl sich Art. 7 GG im ersten Teil des Grundgesetzes „Die Grundrechte“ befindet, handelt es sich bei Art. 7 I GG um eine an den Staat adressierte organisationsrechtliche Verfassungsnorm, nicht um ein

Grundrecht der Staatsbürger. Staat bedeutet, je nach Kompetenz, Bund oder Land, Gesetzgeber oder Exekutive¹.

1.1.1. Definition und Bedeutung der staatlichen Schulaufsicht: Begründung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags

Nach der Definition des Bundesverwaltungsgerichts erstreckt sich die staatliche Schulaufsicht über die Gesamtheit der staatlichen Aufgaben und Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens².

Die Verfassungsnorm begründet also das Vollrecht des Staates über die Schulen. Auf der Grundlage dieses Vollrechts nimmt der Staat einen eigenen Erziehungs- und Bildungsauftrag für sich in Anspruch³. Diesen Anspruch verfolgt er nicht nur durch die Organisation des Schulsystems in Schulstufen und Schulformen, sondern insbesondere durch die Bestimmung von Erziehungs- und Bildungszielen sowie deren Durchsetzung mittels der Schulpflicht⁴. Die Schulpflicht, ebenso wie die Bestimmung der einzelnen Erziehungs- und Bildungsziele, sind im Grundgesetz nicht explizit normiert, aber in vielen Landesverfassungen ausdrücklich vorgesehen⁵. Nach den Schulgesetzen beginnt die Schulpflicht im Alter von sechs Jahren und dauert im Regelfall zwölf Jahre, schöpft also die Zeit bis zur Volljährigkeit aus⁶.

1.1.2. Das gesamte Schulwesen

Nach Art. 7 II GG gilt die Aufsicht des Staates gegenüber dem gesamten Schulwesen, d.h. Schulen jeder Art und Trägerschaft. Das deutsche Schulwesen gliedert sich, je nach staatlicher⁷ sonstiger Verwaltungs- oder privater Trägerschaft, in staatlich öffentliche, nichtstaatlich öffentliche und private Schulen. Öffentliche Schulen unterteilen sich

1 *Schmitt-Kammler/Thiel*, in: *Sachs*, GG-Komm., 6. Aufl. (2011), Art. 7 Rdnr. 16.

2 BverwG, Urt. v. 15.07.1974 – VII C 12.74 – BverwGE 47, 201 (204).

3 *Schmitt-Kammler/Thiel*, in: *Sachs*, siehe Fn. 1, Rdnr. 22.

4 *Rux/Niehues*, Schulrecht, 5. Aufl. (2013), Rdnr. 137.

5 Beispiel: Art. 102 I 2 SächsVerf, Art.129 I BayVerf.

6 *Döbert*, in: *Kopp/Reuter*, Die Bildungssysteme Europas, Bd. 46 (2010), S. 160 (175).

7 Es wird vorweggenommen, dass aufgrund der verfassungsgesetzlich bestimmten Kompetenzordnung, die Länder als „staatliche“ Träger gelten.

ihrerseits weiter, je nach Bildungsziel, in allgemeinbildende und berufsbildende Schulen⁸.

Je nach Trägerschaft gestaltet sich die staatliche Schulaufsicht jedoch verschiedenartig. Während die staatliche Schulaufsicht gegenüber öffentlichen Schulen in maßgebenderer Art und Weise eingreift und u.a. die Entscheidung über Schließung, Verlegung, Zusammenfassung und Nicht-Errichtung von Schulen, Zeugnis- und Notenerteilung, Festlegung von Ausbildungsgängen und Unterrichtszielen⁹ zum Gegenstand hat, begrenzt das in Art. 7 IV GG begründete Grundrecht der Privatschulfreiheit die staatliche Schulaufsicht gegenüber Privatschulen¹⁰. In Bezug auf Privatschulen beschränkt sich die staatliche Schulaufsicht insbesondere auf die normative Festlegung von Anforderungen und deren administrativen Vollzug bei der Zulassung dieser Schulen, der Beaufsichtigung des Unterrichtsgeschehens und der Anerkennung von Befähigungsnachweisen¹¹.

Privatschulen teilen sich in zwei Typen, nämlich Ersatzschulen und Ergänzungsschulen. Erstere sind private Schulen, die vom Staat genehmigt sind, während letztere einer Zulassung durch den Staat entbehren. Dementsprechend kann an ersteren die Schulpflicht erfüllt werden, an letzteren nicht. Während sich bezüglich den Ergänzungsschulen die staatliche Schulaufsicht lediglich auf die Sicherstellung der allgemeinen gesetzlichen und polizeirechtlichen Anforderungen, wie etwa Gesundheitsschutz, Jugendschutz, Sicherheit und Ordnung begrenzt, gestaltet sind die staatliche Schulaufsicht hinsichtlich Ersatzschulen intensiver, da der Fortbestand der Genehmigungsanforderungen für die Zulassung durch nachträgliche Kontrollen sichergestellt werden muss.

Ersatzschulen gliedern sich weiter in zwei Unterkategorien. Je nach Gleichstellung der Zeugnisse an jene der staatlichen Schulen, unterscheidet man zwischen anerkannten und nicht anerkannten Ersatzschulen. Anerkannte Ersatzschulen werden zusätzlich einer Kontrolle über die Einhaltung der staatlichen Prüfungs- und Versetzungsvorschriften unterzogen¹².

8 *Badura*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Komm., 70. Ergänzungslieferung (2013), Art. 7 Rdnr. 11.

9 *Schmitt-Kammler/Thiel*, in: *Sachs*, siehe Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, Rdnr. 17.

10 *Avenarius*, in: *Avenarius*, Schulrecht, 8. Aufl. (2010), S. 288 (317).

11 *Badura*, in: *Maunz/Dürig*, siehe Fn. 8, Rdnr. 4.

12 *Avenarius*, in: *Avenarius*, siehe Fn. 10, S. 288 (298).

1.1.3. Legitimation und Pflicht des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags

Die Schulpflicht und der staatliche Bildungs- und Erziehungsanspruch gegenüber Kindern und Jugendlichen erscheint auf den ersten Blick als ein schwerwiegender Eingriff in das in Art. 2 I GG begründete Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. In Anbetracht der Tatsache, dass soziale Stellung und materieller Wohlstand in der modernen Gesellschaft jedoch maßgeblich von dem Bildungs- und Ausbildungsniveau abhängen, muss konstatiert werden, dass der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag zur Verwirklichung dieses Persönlichkeitsentfaltungsrechts sogar, im Gegenteil, unentbehrlich ist und der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag somit nicht nur ein Recht, sondern sogar eine Pflicht des Staates darstellt. Der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag erlangt damit nicht nur volle Legitimation, sondern sogar Pflichtcharakter.

Gleichzeitig bedingt das Grundrecht auf Selbstentfaltung Inhalte und Werte der staatlichen Erziehungs- und Bildungsziele, wodurch eine willkürliche Ausgestaltung des staatlichen Bildungs- und Bildungsauftrags ausgeschlossen ist. Schulen müssen Kindern und Jugendlichen zum einen die nötigen Kenntnisse und Fertigkeiten vermitteln, denen sie auf ihren weiteren Berufs- und Ausbildungsweg entsprechend den Anforderungen bedürfen. Zum anderen Werte und soziale Kompetenzen, die ein stabiles und friedliches Zusammenleben innerhalb einer pluralistischen Gesellschaft sicherstellen¹³. Dem staatlichen Bildungs- und Bildungsauftrag kommt somit zum Ziele der gesellschaftlichen Integration eine große Bedeutung zu¹⁴.

Schließlich muss ein Bildungsniveau gewährleistet werden, das junge Erwachsene dazu befähigt im demokratischen Entscheidungsprozess auf mündige Art und Weise mitzuwirken¹⁵.

1.1.4. Umfang und Grenzen des staatlichen Bildungs- und Erziehungsanspruchs: Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität

Die Bedeutung des Art. 7 I GG vervollständigt sich durch einen Blick auf die Verfassungsgeschichte. Der Wortlaut des Art. 7 I GG wurde

13 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 138-150.

14 *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber*, Beck'scher Online-Komm. GG, 21. Edition (2014), Art. 7 Rdnr. 14.

15 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 151-156.

von der Vorreiterverfassung, Art. 144 WRV übernommen. Der Grundsatz der staatlichen Schulaufsicht wurde dort erstmals explizit statuiert, um die bis dahin übliche kirchliche Aufsicht über die Schulen zu unterbinden und die religiöse und weltanschauliche Neutralität des öffentlichen Schulwesens sicherzustellen¹⁶. Aus dem heute in Art. 4 GG verankerten Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität des Staates ergeben sich Umfang und Grenzen des staatlichen Erziehungs- und Bildungsanspruchs.

Während die reine Vermittlung von Wissen, Kenntnissen und Fertigkeiten unbedenklich ist, ist der Umgang mit religiösen und weltanschaulichen Unterrichtsinhalten heikler. Religiöse oder weltanschauliche Werte dürfen nur in rein informierender und darstellender Weise behandelt werden. Eine Vermittlung dieser Werte in dafür werbender Form und anhand Darstellungen mit Wahrheitsanspruch verstößt gegen das Verfassungsprinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität und Nicht-Identifikation des Staates¹⁷.

Art. 7 II-V GG enthalten jedoch Ausnahmen des in Art. 7 I GG normierten Grundsatzes der staatlichen Schulaufsicht und des damit eng in Verbindung stehenden Neutralitätsgebots. Die Privatschulfreiheit nach Art. 7 IV GG beispielsweise bewirkt, dass private Einrichtungen zwar grundsätzlich der Aufsicht des Staates unterstellt sind, aber nicht zur religiös-weltanschaulichen Neutralität verpflichtet sind¹⁸.

1.2. Das Recht auf Bildung

Das Recht auf Bildung ist im Grundgesetz nicht explizit begründet, ergibt sich jedoch auf der Grundlage des Art. 7 GG i. V. m. Art. 2 I GG und dem darin begründeten Freiheitsrecht – „[...]Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“ – sowie i. V. m. dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG – „Jeder Mensch ist vor dem Gesetz gleich“ – und dem Sozialstaatsgebots des Art. 20 I GG – „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“. Viele Landesverfassungen gewährleisten das Recht auf Bildung außerdem explizit¹⁹. Daraus ergeben

16 *Klöpfer*, Verfassungsrecht Grundrechte, 2010, S. 423.

17 *Schmitt-Kammler/Thiel*, in: *Sachs*, siehe Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, Rdnr. 22-28.

18 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 828.

19 Beispiele: Art. 29 II SächsVerf: „Alle Bürger haben das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Bildungseinrichtungen“; Art. 29 I BbgVerf „Jeder hat das Recht auf Bildung“.

sich nach der deutsche Rechtslehre jedoch keine, zumindest originären subjektiven Teilhabe- oder Leistungsansprüche von Kindern oder Eltern, da es sich nämlich ausschließlich um Staatszielbestimmungen und Aufgabennormen handle²⁰.

1.2.1. Reichweite des Rechts auf Bildung

Grundsätzlich wird zwischen derivativen, d.h. abgeleiteten und originären, d.h. ursprünglichen Teilhaberechten unterschieden. Auf der Grundlage des Grundgesetzes und der Landesverfassungen ergibt sich ein Recht auf Bildung lediglich im Sinne eines Anspruchs auf gleiche Teilhabe an den schon vorhandenen Bildungseinrichtungen²¹. Angesichts der Tatsache, dass die Aufnahmekapazitäten der einzelnen Schulen meist begrenzt sind, reduziert sich dieses Recht in der Praxis oft auf den Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Zugang der vom Schüler bzw. seiner Eltern gewünschten Schule²².

Dabei konnten sich „originäre“ Teilhabe- und Leistungsrechte, die einen Anspruch auf die Bereitstellung bestimmter Einrichtungen gegenüber dem Staat begründen, bis heute nicht durchsetzen²³. Dies rechtfertigte das Bundesverfassungsgericht mehrfach auf der Grundlage des Art. 7 I GG und der darin begründeten erheblichen Gestaltungsfreiheit des Staates²⁴. Der Staat ist zwar nach dem Grundgesetz dazu verpflichtet, ein effektives und gerechtes Bildungswesen zu garantieren, es ist jedoch Aufgabe insbesondere des Gesetzgebers Mittel und Wege für dessen Verwirklichung zu bestimmen. Subjektive Rechte des Einzelnen lassen sich folglich unmittelbar nur aus den erlassenen Gesetzen in Ausführung dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtungen des Staates ableiten²⁵. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen anders nicht zu verwirklichen sind, wie zum Beispiel bei der Privatschulfinanzierung²⁶.

Nur eine Minderheit der Rechtslehre vertritt die Auffassung, dass es sich bei dem Recht auf Bildung, insbesondere bei der expliziten Ge-

20 *Badura*, in: *Maunz/Dürig*, siehe Fn. 8, Rdnr. 2-5.

21 *Avenarius*, in: *Avenarius*, siehe Fn. 10, S. 1 (32f).

22 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 190.

23 *Avenarius*, in: *Avenarius*, siehe Fn. 10, S. 1 (32-33).

24 BverfG, Urt. v. 22.06.1977 – 1 BvR 799/76 –, BverfGE 45, 400 (417).

25 *Avenarius*, in: *Avenarius*, siehe Fn. 10, S. 1 (32-33)

26 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 186.

währleistung der Landesverfassungen nicht nur um reine Programmätze handle. Durch die Ratifikation des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, die ein Recht auf Bildung ausdrücklich normiert, sei die Auslegung als ein subjektives und somit justiziables Recht auf Bildung, das lediglich der Konkretisierung durch die Gesetzgeber und durch die Verwaltung bedarf, geboten²⁷.

1.3. Das Recht auf Bildung im europäischen Recht

Das Recht auf Bildung sowie auf berufliche Aus- und Weiterbildung ist nach Art. 14 I EU-GRCharta jeder Person gewährleistet und umfasst, nach Absatz zwei, die Möglichkeit unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen. Das Recht auf Bildung wird noch deutlicher garantiert durch Art. 2 1.ZP EMRK, wonach es niemandem verwehrt werden darf.

Beide Dokumente gewährleisten ebenso das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihrer eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen. Die EU-GRCharta steht außerdem für die Freiheit der Schulgründung ein.

1.3.1. Die europäische Grundrechtecharta

Nach Art. 6 I EUV ist die europäische Grundrechtecharta den Verträgen gleichgeordnet, hat also primärrechtlichen Rang und findet somit vorrangige Anwendung in den EU-Mitgliedstaaten. Gemäß Art. 52 III EU-GRCharta haben die Rechte der europäischen Grundrechtecharta, die den Rechten der europäischen Menschenrechtskonvention und ihren Zusatzprotokollen entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der Menschenrechtskonvention verliehen werden. Dank dieser Norm, entfaltet auch ein Teil der Grundrechte der europäischen Menschenrechtskonvention unmittelbare Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten. Art. 14 I EU-GRCharta wird dieselbe Bedeutung wie dem Art. 2 1. ZP EMRK beigemessen, wobei seine Tragweite umfassender ist, da auch auf die berufliche Aus- und Weiterbildung Bezug genommen wird²⁸.

Der Anwendungsbereich der europäischen Grundrechtecharta in den Mitgliedstaaten ist jedoch nur begrenzt. Gemäß Art. 51 EU-GRCharta binden die Grundrechte, die, im Falle des Art. 53 III EU-GRCharta,

27 a.a.O, Rdnr. 187f.

28 *Streinz/Michl*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Auflage (2012), Art. 52 EU-GRCharta, Rdnr. 9.

Menschenrechtskonventionskonform ausgelegt werden müssen, die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts, d.h. wenn die Mitgliedstaaten Normen ausführen oder anwenden, denen eine Kompetenz der europäischen Union entspricht. Da die Europäische Union nach Art. 165 und 166 AEUV über keinerlei materiellrechtlichen Zuständigkeiten im Bereich der Bildung und der beruflichen Ausbildung verfügt²⁹, ist die verbindliche Wirkung des Rechts auf Bildung nach Art. 14 I EU-GRCharta gegenüber den Mitgliedstaaten zweifelhaft³⁰.

1.3.2. Die europäische Menschenrechtskonvention

Mit Art. 6 II EUV hat sich die Europäische Union ausdrücklich dazu verpflichtet, der europäischen Menschenrechtskonvention beizutreten. Das Beitrittsverfahren wurde bis zum heutigen Zeitpunkt jedoch noch nicht eingeleitet. Mit dem Inkrafttreten der Beitrittsübereinkunft werden die Grundrechte der europäischen Menschenrechtskonvention zu einem integrierenden Bestandteil des Unionsrechts und, sofern das Abkommen eindeutige Verpflichtungen enthält, deren Wirkung nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängt, unmittelbare Wirkung entfalten und somit Anwendungsvorrang bezüglich der nationalen Rechte haben³¹.

Bis dahin gelten die Grundrechte der europäischen Menschenrechtskonvention, neben den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, nach Art. 6 III EUV in Form allgemeiner Grundsätze als Teil des Unionsrechts. Sowohl in Deutschland als auch in Italien wird eine Auslegung des Art. 6 III EUV, wonach die europäische Menschenrechtskonvention durch diese Norm bereits primärrechtlichen Rang erhalten habe, überwiegend abgelehnt. Die europäische Menschenrechtskonvention ist somit, außerhalb der Fälle, in denen die Rechte der Grundrechtecharta entsprechen und bei Anwendung des Unionsrecht, nicht als direkt anwendbares und vorrangiges Unionsrecht anzusehen. Dies hat der italienische Verfassungsgerichtshof in seinem Ur-

29 Dies sei vorweggenommen.

30 *Streinz*, in: *Streinz*, siehe Fn. 28, Art. 14 EU-GRCharta, Rdnr. 6f.

31 *Obwexer*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, 115 (143).

teil 80/2011³² explizit bestätigt³³. Ebenso das Bundesverfassungsgericht im Görgülü-Beschluss von 2004³⁴.

Daraus folgt schließlich, dass das in Art. 2 ZP I EMRK garantierte Recht auf Bildung keine bindende Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten in Fällen der Anwendung von rein internen Recht entfaltet. Die europäische Menschenrechtskonvention entfaltet bis zum Zeitpunkt des Beitritts der Union in den Mitgliedstaaten also weiterhin jenen Rang, der ihr durch das Ratifikationsgesetz verliehen wurde. Sowohl der deutsche³⁵ als auch der italienische³⁶ Verfassungsgerichtshof haben der Konvention einen höheren Rang als einfaches Gesetz beigemessen, nicht jedoch Verfassungsrang.

1.3.3. Die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Recht auf Bildung

Auch wenn Art. 14 bzw. Art. 2 1. ZP EMRK bei Bestehen einer Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union bindende Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten entfalten würden, wird das Recht auf Bildung von dem Gerichtshof für Menschenrechte bisweilen dahingehend ausgelegt, dass lediglich das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu bestehenden schulischen Einrichtungen gewährleistet wird, und kein Individualrecht mit entsprechendem Erfüllungsanspruch³⁷.

1.4. Das elterliche Erziehungsrecht und seine untypische Prägung

Nach Art. 6 II 1 GG sind die Pflege und die Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.

Das elterliche Grundrecht nach Art. 6 II 1 GG ist gegenüber anderen Grundrechten von untypischer Prägung. Während es einerseits die Freiheit der Grundrechtsträger zur elterlichen Erziehungstätigkeit schützt, kann diese Freiheit andererseits nicht schrankenlos ausgeübt werden³⁸. Zum ersten sind die Eltern dazu verpflichtet, ihre Erziehungstätigkeit am

32 itVerfGH, Urt. v. 11.03.2011, n.80 – Giur. cost. 2011, 1224 (1232).

33 *Woelk*, Der Schutz von EMRK- und Unionsgrundrechten in Italien, ZöR 2013, 531 (553).

34 BverfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BVR 1481/04 – zitiert nach juris, dort Orientierungssatz 1a.

35 BverfG, Urt. v. 26.03.1987 – 2 BVR 589/79 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 35.

36 itVerfGH, Urt. v. 24.10.2007, n.349 – Giur. cost. 2007, 3535 (3552).

37 *Bitter*, in: *Karpenstein/Mayer*, EMRK (2012), Art. 2 ZP I, Rdnr. 12.

38 *Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 50.

Wohle des Kindes zu orientieren. Die Anerkennung des elterlichen Erziehungsrechts ist nur darin gerechtfertigt, dass das Kind des Schutzes bedarf. Nach Aussage des Bundesverfassungsgerichts ist das Wohl des Kindes als oberste Richtschnur für die Gesamtheit der Pflege- und Erziehungsarbeit anzusehen³⁹. Aus diesem Grund spricht man beim Elternrecht auf von einem treuhänderischen Recht⁴⁰.

Zum zweiten ist das elterliche Grundrecht nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht. Das Bundesverfassungsgericht spricht von Elternverantwortung⁴¹. Daraus ergibt sich, dass die Eltern gegenüber dem Staat nicht das Recht haben, auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder zu verzichten⁴². Es gibt somit kein negatives Pendant des Erziehungsrechts wie bei der negativen Religionsfreiheit⁴³.

1.4.1. Das elterliche Erziehungsrecht und das staatliche Wächteramt

Das elterliche Erziehungsrecht, ist, wie sich aus dem Wortlaut der Verfassungsnorm ergibt, ihr „natürliches Recht“. Es ist somit kein vom Staate verliehenes Recht, sondern von diesem als bereits vorhandenes Recht anerkannt⁴⁴. Da die Erziehung im Interesse des Kindes und nicht im Interesse des Staates erfolgt, haben die Eltern gegenüber dem Staat keinerlei Rechenschaftspflicht. Sie sind also grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen⁴⁵. Dies gilt innerhalb eines sehr begrenzten Wächteramts des Staates. Gemäß Art. 6 II 2 GG darf der Staat in die Kindererziehung erst dann eingreifen, wenn ein Versagen der Eltern vorliegt.

Das heißt jedoch nicht, dass den Eltern eine willkürliche Entscheidungsmacht über die Erziehung des Kindes zuteilwird. Was dem Wohl des Kindes entspricht ist zwar im Grundgesetz nicht durch festgeschriebene Erziehungsziele definiert, trotzdem ergibt sich aus dem Menschenbild, das dem Grundgesetz zu Grunde liegt, welchem Leitmotiv die Erziehung folgen muss. Dabei gilt Art. 2 GG als zentrale Richt-

39 BverfG, Urt. v. 09.02.1982 – 1 BvR 845/79 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 64.

40 *Saladin*, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: *FS Hans Hinderling*, 1976, S. 175 (199).

41 BverfG, Urt. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 71.

42 *Böckenförde*, Elternrecht, in: *Geiger*, Essener Gespräche, Bd. 14 (1980), S. 54 (68).

43 *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Komm, 70. Ergänzungslieferung (2013), Art. 4, Rdnr. 78.

44 BverfG, siehe Fn. 39– zitiert nach juris, dort Rdnr. 64.

45 a.a.O. , Rdnr. 64.

schnur: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt [...]“. Die Erziehung muss den Zweck haben, dass das Kind sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickelt⁴⁶.

1.5. Staatlicher und elterlicher Erziehungsauftrag: These der Gleichrangigkeit

Aus Art. 6 II 1 i V m. Art. 7 I GG geht jedoch hervor, dass die Eltern über kein Erziehungsmonopol verfügen⁴⁷.

Während der Staat im Rahmen seines staatlichen Wächteramts nach Art. 6 II 2 GG, lediglich eine sehr begrenzte Kontrollbefugnis hat⁴⁸, kommt ihm im Rahmen des staatlichen Erziehungsauftrags nach Art. 7 I GG hingegen ein umfassendes Erziehungs- und Bildungsrecht zu⁴⁹. Ebenso wie das Elternrecht, ist der staatliche Erziehungsauftrag innerhalb der Schule auf das Wohl des Kindes ausgerichtet, hat also genauso dienenden Charakter⁵⁰. Gemeinsam müssen sie das Ziel verfolgen, das Kind, gemäß dem Menschenbild des Grundgesetzes, zu einer verantwortungsvollen Persönlichkeit der Gesellschaft heranzuziehen. Dies macht es unentbehrlich das Verhältnis zwischen dem staatlichen Erziehungsauftrag und dem elterlichen Erziehungsrecht zu definieren.

Grundsätzlich werden grundrechtliche Normkollisionen nach der Methode der praktischen Konkordanz gelöst. Demnach müssen verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt und beiden Gütern Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können⁵¹.

Diesem Auslegungsprinzip entsprechend, vertritt die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die These der Gleichrangigkeit zwischen dem staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag und dem elterliche Erziehungsrecht⁵². Dies bedeutet, dass der Staat und die Eltern ihre

46 *Erichsen*, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, 1985, S. 39-41.

47 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 159.

48 *Erichsen*, siehe Fn. 46, S. 41.

49 BverfG, Urt. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 60.

50 *Jastaedt*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. (2005), § 156 Rdnr. 44.

51 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), Rdnr. 72.

52 Zum ersten Mal sehr ausführlich dargestellt im sogenannten „Förderstufen-Urteil“: BverfG, Urt. v. 06.12.1972 – 1 BvR 230/70, 1 BvR 95/71 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 81.

Rechtspositionen einerseits gegenseitig respektieren müssen und andererseits gegenseitig beschränken können⁵³. Da die Erziehung ein das gesamte Umfeld des Kindes umfassender, einheitlicher und konstanter Prozess ist⁵⁴, muss die Pflicht zur Erziehung des Kindes, die Eltern wie Staat betrifft, gemeinsam, in einem sinnvoll aufeinander bezogenen Zusammenwirken von Schule und Elternhaus erfüllt werden⁵⁵.

1.5.1. Unterrichtsinhalte weltanschaulicher Natur. Gestaltung des Schulwesens

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, kann in Bezug auf den Umfang und den Grenzen des elterlichen Erziehungsrechts konkret zwischen zwei grundsätzlichen Aspekten des Schulwesens unterschieden werden.

Hinsichtlich Unterrichtsinhalten religiöser, weltanschaulicher, ethischer oder politischer Natur, bezüglich derer nicht bereits das staatliche Neutralitätsgebot Zurückhaltung und Objektivität fordert, ist die Schule dazu verpflichtet, die Verantwortung der Eltern für den Gesamtplan der Erziehung ihrer Kinder zu achten und für die Vielfalt der Anschauungen in Erziehungsfragen soweit offen zu sein, als es sich mit einem geordneten staatlichen Schulsystem verträgt. Insbesondere dürfen die durch die elterliche Erziehung vermittelten Grundanschauungen durch die schulische Erziehung nicht zunichte gemacht werden⁵⁶.

Was jedoch die Gestaltung des Schulwesens, insbesondere die Organisation des Schulwesens nach Schularten und Schulstufen, die Festlegung von Unterrichtsinhalten und -methoden sowie die Ausgestaltung des Berechtigungswesens anbelangt⁵⁷, d.h. die Definition der Lernziele sowie die Entscheidung über die Erreichung dieser Ziele von den Schülern⁵⁸, bleiben von dem elterlichen Verantwortungsbereich grundsätzlich ausgeschlossen.

Damit bestätigt sich das Fehlen eines elterlichen Anspruchs auf eine bestimmte Ausgestaltung des Schulsystems. Die Verwirklichung elter-

53 *Badura*, in: *Maunz/Dürig*, siehe Fn. 8, Rdnr. 23.

54 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 159

55 BverfG, siehe Fn. 39 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 39.

56 BverfG, siehe Fn. 52, – zitiert nach juris, dort Rdnr. 82.

57 *Avenarius*, in: *Avenarius*, siehe Fn. 10, S. 325 (335).

58 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 166.

licher Erziehungswünsche wird jedoch durch die in Art. 7 IV GG gewährleistete Privatschulfreiheit garantiert, welche eine freie Wahl zwischen öffentlichen und privaten Einrichtungen und somit eines breiten Angebots an Schuldesigns ermöglicht.

Schlussendlich verbleibt auch die Bestimmung des Bildungswegs des Kindes innerhalb der Entscheidungsmacht der Eltern. Der Staat darf nicht „den ganzen Werdegang des Kindes regeln wollen“, sondern muss „im Rahmen seiner finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten ein Schulsystem“ bereitstellen, „das den verschiedenen Begabungsrichtungen Raum zur Entfaltung lässt, sich aber von jeder Bewirtschaftung des Begabungspotentials freihält“⁵⁹.

2. Italienisches Schulverfassungsrecht

Die einschlägigen Artikel der italienischen Verfassung zum Thema Schule sind im Wesentlichen Art. 33 und 34 itVerf. Sie befinden sich im zweiten Titel „Ethisch-Soziale Verhältnisse“ des ersten Teils „Rechte und Pflichten der Bürger“ der Verfassung.

Artikel 33

- (1) Die Kunst und die Wissenschaft sind frei, und frei ist ihre Lehre.
- (2) Die Republik erläßt die allgemeinen Richtlinien über den Unterricht und errichtet staatliche Schulen aller Gattungen und Stufen.
- (3) Körperschaften und Einzelpersonen haben das Recht, ohne Belastung des Staates Schulen und Erziehungsanstalten zu errichten.
- (4) In der Festsetzung der Rechte und Pflichten der nichtstaatlichen Schulen, welche die Gleichstellung beantragen, muß ihnen das Gesetz volle Freiheit und ihren Schülern eine Schulbehandlung zusichern, die jener der Schüler in den Staatsschulen gleichwertig ist.
- (5) Für die Zulassung zu den verschiedenen Gattungen und Stufen der Schulen, für den Abschluß derselben und für die Befähigung zur Berufsausübung ist eine Staatsprüfung vorgeschrieben.
- (6) Die höheren Bildungsanstalten, Hochschulen und Akademien haben das Recht, sich innerhalb der durch Staatsgesetz festgelegten Grenzen eine eigenständige Ordnung zu geben.

Artikel 34

59 BverfG, siehe Fn. 52, – zitiert nach juris, dort Rdnr. 83.

- (1) Die Schule steht jedermann offen.
- (2) Der Unterricht in den Grundschulen muß acht Jahre lang erteilt werden, ist obligatorisch und unentgeltlich.
- (3) Die fähigen und verdienstvollen Schüler haben, auch wenn sie mittellos sind, das Recht, die höchsten Studiengrade zu erreichen.
- (4) Die Republik verwirklicht dieses Recht durch Stipendien, Familienbeihilfen und andere Maßnahmen, die durch Wettbewerbe gewährt werden müssen^{60, 61}

2.1. Der staatliche Bildungsauftrag

Nach Art. 33 II itVerf erlässt die Republik die allgemeinen Normen über die Bildung und errichtet staatliche Schulen aller Gattungen und Stufen⁶². Diese Verfassungsnorm begründet den Bildungsauftrag des Staates. Dieser wird zum einen über die Pflicht zum Erlass der allgemeinen bildungsrechtlichen Normen und zum anderen über das Recht bzw. die Pflicht mit eigenen Schuleinrichtungen dem Bildungsanspruch Genüge zu tun erfüllt⁶³. Es ist also ebenso Pflicht wie auch Recht des Staates, ein vollständiges staatliches Bildungssystem, mit Schulen aller Gattungen und

60 Übersetzung siehe unter: http://lexbrowser.provinz.bz.it/doc/de/cdri-1948/verfassung_der_republik_italien.aspx?view=1 (Stand: 16.11.2014).

61 Italienische Version:

Art.33. L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. E` prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.

Art.34. La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso.

62 Frei übersetzt. Im Folgenden, da der Rückgriff auf die Übersetzung der Autonomen Provinz Bozen-Südtirol, da oft ungenau übersetzt, nicht angemessen erscheint, wird die Autorin frei übersetzen.

63 *Crisafulli*, La scuola nella costituzione, Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1956, 45 (63).

Stufen zu normieren aber auch zu verwirklichen, zu organisieren und zu leiten⁶⁴.

Daraus folgt nicht nur, dass der Staat die Bildung nicht völlig den Privatpersonen überlassen darf, sondern auch, dass die staatlichen Einrichtungen über jene Organisation und Kapazität verfügen müssen, die es erlaubt die Gesamtheit der schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen aufzunehmen, ohne dass ein Teil dazu gezwungen ist, Privatschulen zu besuchen, anstatt diese aus freien Stücken zu wählen⁶⁵.

2.1.1. Vorab zur Begrifflichkeit „istruzione“

In der Übersetzung der italienischen Verfassung durch die Provinz Bozen-Südtirol, wird der italienische Begriff „istruzione“ des Art. 33 II itVerf („La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione [...]“) ins Deutsche mit „Unterricht“ übersetzt. Diese Übersetzung ist meiner Meinung nach irreleitend und unvollständig. Ich berufe mich dabei in erster Linie auf die Definition von „istruzione“ des italienischen Verfassungsgerichtshofs. Demnach haben „istruzione“ und „insegnamento“ nicht die gleiche Bedeutung. „Istruzione“ ist das umfassende Resultat nach dem das „insegnamento“, also der Unterricht im Sinne der Lehrtätigkeit, strebt, und durch eine Vielzahl an systematischen und in sich koordinierten Lehreinheiten erzielt wird⁶⁶. Außerdem wird „das Recht auf Bildung“ in den europäischen Dokumenten, wie beispielsweise in Art. 14 EU-GRCharta in der italienischen Fassung immer mit „istruzione“ übersetzt.

2.1.2. Die allgemeinen Normen über die Bildung nach Art. 33 I itVerf

Mit „Republik“, welche die allgemeinen Normen zur Bildung erlässt, ist der Staat als Zentralstaat gemeint⁶⁷. Dies bestätigt explizit der Verfassungsgerichtshof, wonach „Republik“ nach Art. 33 II itVerf nicht die Einheit der staatlichen Befugnisse die im Rechtssystem verteilt sind identifiziert, sondern lediglich jene des Zentralstaats, da nur dieser Ausdruck der Gesamtheit der Gemeinschaft ist⁶⁸. Dies geht auch aus Art. 33 II i. V. m. Art. 117 II itVerf hervor, der die Bereiche der aus-

64 *Fontana*, in: *Bifulco/Celotto/Olivietti*, Comm. alla Cost., banca dati ipertestuale 2008, Art. 33.

65 *Mura*, in: *Branca*: Rapporti etico-sociali Artt. 29-34, 1976, S. 227 (235).

66 itVerfGH, Urt. v. 1.02.1967, n.7 – Giur. cost. 1967, I, 56 (66).

67 *Crisafulli*, siehe Fn. 63, 45 (63).

68 itVerfGH, Urt. v. 13.07.1995, n.290 – Foro ital. 1994, I, 1122 (1125).

schließlichen Gesetzgebung des Staates normiert und im Buchstaben n) den übereinstimmenden Ausdruck „allgemeine Normen über die Bildung“ verwendet⁶⁹. Dies bedeutet schlussendlich auch, dass die allgemeinen Normen per Gesetz erlassen werden müssen⁷⁰.

Was den Inhalt und die Reichweite der allgemeinen Normen zur Bildung anbelangt, fallen nach Meinung eines Teils der Rechtslehre in erster Linie die Gliederung des Bildungssystems nach Gattungen und Stufen, wie nach Art. 33 II itVerf bereits explizit vorgesehen ist, aber auch die Festlegung der Lehrbefähigungsvoraussetzungen des Lehrpersonals darunter. Weiter der für den Zugang zu gewissen Berufen und Karriereaufbahnen vorausgesetzte Bildungsgrad, die Prüfungen, die ein gewisses Bildungsniveau nachweisen, die Normen, die die Erfüllung der Schulpflicht sicherstellen und die Bestimmung der Unterrichtsfächer⁷¹. Inhalt und der Reichweite der „norme generali“ ist unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses der Gesetzgebungsbefugnisse zwischen Staat und Regionen seit der Verfassungsreform 2001 ein relevantes und schwieriges Thema geworden.

2.1.3. Umfang des staatlichen Bildungsauftrags

Die Pflicht der Republik die allgemeinen bildungsrechtlichen Normen zu erlassen und der darauf basierende staatliche Bildungsauftrag beschränken sich nicht allein auf das öffentliche Schulwesen. Nach Art. 33 II i. V. m. Art. 33 III itVerf umfasst das italienische Schulsystem staatliche sowie nichtstaatliche Schulen. Die Bildung ist kein exklusives Gut des Staates, sondern ist ein öffentliches Gut, ein Interesse der Gemeinschaft, das durch öffentliche wie private Subjekte verwirklicht werden kann.

Seit dem Gesetz des 10. März 2000, Nr. 62⁷², das das in Art. 33 IV itVerf gewährleistete Recht auf Beantragung der Gleichstellung nicht staatlicher Schulen umsetzt, spricht man vom sogenannten „öffentlichen integrierten Bildungssystem“ („sistema pubblico integrato dell'istruzione“), das sich aus staatlichen Schulen sowie gleichgestellten Schulen, die gebietskörperschaftlicher, also öffentlicher wie priva-

69 *Vecchio*, in: *Barone/Vecchio*, Il diritto all'istruzione come "diritto sociale", 2012, S. 122.

70 *Crisafulli*, siehe Fn. 63, 45 (63).

71 *Mastropasqua*, Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano, 1980, S. 56.

72 L. 10 marzo 2000, n. 62, Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione.

ter Trägerschaft sein können, zusammensetzt. Durch die Anerkennung der Gleichstellung wird die Tätigkeit nicht-tstaatlicher Schulen als öffentlicher Dienst qualifiziert. Daneben gibt es die privaten, nicht gleichgestellten Schulen, an denen die Schulpflicht nicht erfüllt werden kann und keine gültigen Zeugnisse erlassen werden dürfen⁷³. Bildung ist eine Aktivität mit sozialem, der Allgemeinheit dienendem Zweck, der rechtlich nur in der Verantwortung des Staates, also der öffentlichen Gewalt liegen kann⁷⁴. Aus diesem Grunde wird die Gesamtheit des öffentlichen bzw. öffentlich-integrierten Schulsystems, unabhängig der öffentlichen oder privaten Trägerschaft der einzelnen Einrichtungen, von den allgemeinen bildungsrechtlichen Normen nach Art. 33 II itVerf erfasst. Die allgemeinen Normen zur Bildung sind also jene Normen, die für die Anerkennung gültiger Studientitel beachtet werden müssen⁷⁵.

2.1.4. Verfassungsgeschichtlicher Hintergrund

Auch die Normratio des staatlichen Bildungsauftrags erschließt sich nicht zuletzt aus dem verfassungsgeschichtlichen Hintergrund. Die Bildungsaufgabe des Staates wurde in der italienischen Verfassung aus der Notwendigkeit heraus normiert, die Rolle des Staates gegenüber des bis dahin herrschenden kirchlichen Bildungsmonopols zu bekräftigen und letzten Endes die Schulpluralität und die Wahl zwischen privaten, bis dahin meist konfessioneller Natur, und staatlichen Schule sicherzustellen⁷⁶.

Im Gegensatz zu Deutschland wurde die staatliche Bildungsaufgabe nicht bereits in der Vorläuferverfassung, dem Albertinischen Statut (Statuto Albertino), erfasst. Doch schon im Königreich Sardinien wurde 1847 ein Ministerium für öffentliche Bildung ernannt und das sogenannte „Casati“-Gesetz, das erste Gesetz, das die allgemeine Schulpflicht einführt, erlassen. Die Geltung dieses Gesetzes wurde nach der italienischen Einigung 1861 auf das gesamte italienische Königreich ausgedehnt⁷⁷. In der Norm spiegelte sich schließlich die Debatte der verfassungsgebenden Versammlung wieder, in deren Mittelpunkt

73 *Falanga*, La scuola pubblica in Italia, 2013, S. 35-45.

74 *Pototschnig*, Insegnamento istruzione scuola, 1961, S. 61.

75 So auch schon: *Crisafulli*, siehe Fn. 63, 45 (66f).

76 *Fontana*, in: *Bifulco/Celotto/Olivietti*, siehe Fn. 64, S. 20.

77 *Falanga*, siehe Fn. 73, S. 15.

vor allem die Frage des Verhältnisses zwischen privater und staatlicher Schulen stand⁷⁸.

2.2. Das soziale Recht auf Bildung

Das Recht auf obligatorische Bildung (*diritto all'istruzione*) und das Recht auf höhere Bildung (*diritto allo studio*), die jeweils in Art. 34 I und Art. 34 II itVerf begründet sind, sind typische soziale Rechte⁷⁹. Soziale Rechte sind Rechte die an eine Leistung der öffentlichen Verwaltung gebunden sind und sich durch ein „Programm des aktiven Eingriffs“ („programma di intervento attivo“) konkretisieren⁸⁰.

Das „*diritto all'istruzione*“ und das „*diritto allo studio*“ werden in Gesetzen⁸¹, Rechtsprechung sowie von einem Teil der Rechtslehre oftmals als Synonyme verwendet. Ein anderer Teil der Rechtslehre hingegen unterscheidet das, wortwörtlich übersetzte „Recht auf Bildung“ und das „Recht auf das Lernen“ als Rechte unterschiedlicher geschichtlich-rechtlicher Natur. Während das „Recht auf Bildung“ in Art. 34 II itVerf begründet ist und sich auf die obligatorische elementare Bildung bezieht, begreift sich das „Recht auf das Lernen“, welches auf Art. 34 III itVerf beruht, als das Recht das Lernen fortzusetzen und bezieht sich somit auf das Recht der weiterführenden, also der höheren Bildung nach der Schulpflicht⁸². Eine diese zwei Positionen versöhnende Rechtslehre, vereint das Recht auf obligatorische Bildung und das Recht auf höhere Bildung als Elemente eines weitreichenderen, umfassenderen Begriffs, nämlich des „sozialen Rechts auf Bildung“⁸³.

2.2.1. Das Recht auf (obligatorische) Bildung

Ähnlich wie in Deutschland, wird das Recht auf Bildung in der italienischen Verfassung nicht explizit erwähnt, ist jedoch in den Regionalsta-

78 *Cassese*, in: *Branca*, *Rapporti etico-sociali* Artt. 29-34, 1976, S. 210 (215).

79 *De Marco*, *La pubblica istruzione*, 2007, S. 41-44.

80 *Baldassarre*, *Diritti sociali*, in: *Enc. Giur.*, IX (1989), S. 11.

81 Einige Regionalstatuten gewährleisten das „Recht auf Bildung“ andere das „Recht zu Lernen“, meinen damit aber dasselbe.

82 *Falanga*, siehe Fn. 73, S. 29.

83 *Fagnani*, *Il diritto all'istruzione. Stato di attuazione e finanziamento del sistema nella prospettiva del federalismo fiscale*, S. 31. Siehe unter: https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/168884/168711/phd_unimi_R08132.pdf

tuten (statuti regionali) oft ausdrücklich festgeschrieben⁸⁴. Seit 2005 schreibt auch Art. 3 der Gesetzesverordnung des 15. April 2005, Nr. 76 explizit fest, dass die Republik allen das Recht auf Bildung und berufliche Ausbildung zusichert⁸⁵.

Auf Verfassungsebene garantiert Art. 34 I itVerf, dass die Schule jedermann offensteht. Aus Art. 34 I-II i. V. m. Art. 33 II itVerf, Grundsatz des staatlichen Schulauftrags, und i. V. m. Art. 2 itVerf, Grundsatz des Schutzes der Persönlichkeitsrechte (principio personalista) sowie Art. 3 itVerf, Gleichheitsgrundsatz (principio dell'eguaglianza), leitet sich nach der herrschenden Meinung das Recht des Einzelnen auf Bildung ab. Zum einen, ist das Recht auf Bildung eines der in Art. 2 itVerf unverletzlichen Rechte des Menschen, sei es als Einzelperson, sei es innerhalb der gesellschaftlichen Gebilde, in denen sich seine Persönlichkeit entfaltet, die die Republik anerkennt und gewährleistet. Zum anderen ist die allgemein gewährleistete Schuldienstleistung ein Mittel zur Verwirklichung der in Art. 3 II itVerf begründeten materiellen Gleichstellung der Staatsbürger, wonach es Aufgabe der Republik ist, die Hindernisse wirtschaftlicher und sozialer Art zu beseitigen, die durch eine tatsächliche Einschränkung der Freiheit und Gleichheit der Staatsbürger der vollen Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und der wirksamen Teilnahme aller Arbeiter an der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gestaltung des Landes im Wege stehen.

Angesichts dieses verfassungsrechtlichen Bezugsrahmens⁸⁶ ist das Recht auf Bildung nicht nur als universelles, sondern auch als subjektives Recht (diritto soggettivo) zu verstehen⁸⁷. Nach Auffassung eines Teils der italienischen Rechtslehre, stehe dem Einzelnen ein subjektives Recht auf Bildung nicht nur in Bezug auf die Einschreibung in eine bereits existierende Schule zu, sondern auch darüber hinaus. Das heißt auch trotz möglicher wirtschaftlicher und sozialer Hindernisse in der Republik. Die Beseitigung derartiger Hindernisse ist nämlich nach dem materiellen Gleichstellungsgrundsatz in Art. 3 II itVerf genau Aufgabe

84 Beispiel: Art. 14 I Statuto regionale Toscana „La regione persegue, tra le finalità prioritarie: a) [...] il diritto [...] all'istruzione“.

85 D.lgs. 15 aprile 2005, n. 76, Definizione delle norme generali sul diritto-dovere all'istruzione e alla formazione, a norma dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 28 marzo 2003, n. 53.

86 Auslegungsgrundsatz der systematischen Interpretation.

87 *Falanga*, siehe Fn. 73, S. 16-20.

des Staates⁸⁸. Nach Auffassung eines anderen Teils der Rechtslehre, müsse hingegen zwischen der Öffnung der Schule und der Zulassung an eine bereits existierende Schule unterschieden werden. Während in Bezug auf die Einschreibung in eine schon errichtete Schule ein subjektives Recht bestehe, bestehe hinsichtlich der Entscheidung ob und wann die Schuldienstleistung verrichtet wird, kein subjektives Recht, sondern lediglich ein Interesse (interesse legittimo), so wie gegenüber jeder anderen Leistung der öffentlichen Verwaltung⁸⁹. Auch das subjektive Recht hinsichtlich der Einschreibung in eine schon errichtete Schule, ist jedoch an die konkrete Möglichkeit der Durchführbarkeit, d.h. die konkrete Existenz verfügbarer Plätze gebunden⁹⁰.

Nach einer systematischen und fortgeschrittenen verfassungsrechtlichen Auslegung ist die erste These, das heißt die Bildung als subjektives Recht zu bevorzugen⁹¹. Der italienische Verfassungsgerichtshof hat jedoch bisher nur in Bezug auf die willkürliche Verweigerung der Schuleinschreibung ein direkt einforderbares und gerichtlich einklagbares Recht aller Bürger anerkannt⁹².

2.2.1.1. Das Recht auf (obligatorische) Bildung

Nach Art. 34 II itVerf muss die elementare Bildung für acht Jahre lang erteilt werden, ist obligatorisch und unentgeltlich. Diese Norm begründet explizit die Schulpflicht, welche seit Art. 1 DCXXII des Gesetzes des 24. November 2006, Nr. 286 für zehn Jahre, d.h. bis zum 16. Lebensjahr des Schulpflichtigen vorgeschrieben ist. Der Gesetzgeber darf die achtjährige Schulpflicht erhöhen, aber nicht senken⁹³. Das Recht auf Bildung entspricht also auch einer Pflicht des Einzelnen zur Bildung. Sei es die Pflicht, sei es die Unentgeltlichkeit gründen auf dem Recht des Einzelnen auf Bildung, womit die volle Entfaltung der Persönlichkeit und die materielle Gleichstellung nach Art. 3 itVerf gewährleistet werden⁹⁴.

88 *Pototschnig*, Istruzione (diritto alla), in: Enc. Dir., XXIII (1973), S. 96-99.

89 *Daniele*, Legislazione scolastica italiana, 1963, S. 101f.

90 *Mura*, in: *Branca*, siehe Fn. 65, S. 227 (252).

91 *Fontana*, in: *Bifulco/Celotto/Olivietti*, siehe Fn. 64, S. 12.

92 itVerfGH, siehe Fn. 66, Giur. cost. 1967, I, 56 (67).

93 *Sandulli*, Istruzione, in: *Cassese*, Dizionario di diritto pubblico, 4. Vol. (2006), S. 3305 (3309).

94 *Poggi*, in: *Bifulco/Celotto/Olivietti*, Comm. alla Cost., banca dati ipertestuale 2008, Art. 34.

2.2.1.2. Die Unentgeltlichkeit der obligatorischen Bildung

Wenn die Unentgeltlichkeit nicht nur als Mittel zur Erfüllung der Schulpflicht, sondern darüber hinaus als Voraussetzung zur freien und vollständigen Entwicklung der Persönlichkeit der Kinder und Jugendlichen und zur Verwirklichung des materiellen Gleichheitsgrundsatzes angesehen wird, muss daraus folgen, dass nicht nur die nötigen Strukturen im Sinne von Räumlichkeiten, Lehrkörper und all dem, was die Organisation des Schulwesens an sich betrifft, unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden müssen, sondern all die Leistungen und Mittel, wie beispielsweise Bücher, Schultransport etc., die zur Sicherstellung der effektiven Gewährleistung des Rechts auf Bildung notwendig sind⁹⁵.

Der Verfassungsgerichtshof vertritt jedoch in Bezug auf die Unentgeltlichkeit seit jeher die restriktivere Auslegung, wonach es notwendig sei die Umsetzung dieses Rechts mit den Möglichkeiten des Staatshaushalts abzuwägen⁹⁶. Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Bildung innerhalb der schulpflichtigen Jahre gilt auch in Bezug auf nichtstaatliche Schulen, an denen die Schulpflicht erfüllt werden kann. Dies bestätigte der italienische Verfassungsgerichtshof erstmals in einer Entscheidung von 1994⁹⁷, wo es um die unentgeltliche Zurverfügungstellung von Schulbüchern ging.

2.2.2. Das Recht auf (höhere) Bildung

Gemäß Art. 34 III itVerf haben die fähigen und verdienstvollen Schüler, auch bei Mittellosigkeit das Recht, die höchsten Studiengrade zu erreichen. Aus dieser Verfassungsnorm wird das Recht auf höhere, der Schulpflicht nachfolgenden Bildung (*diritto allo studio*), abgeleitet. Nach Art. 34 VI itVerf verwirklicht die Republik dieses Recht durch Stipendien, Familienbeihilfen und anderen Maßnahmen, die durch Wettbewerbe gewährt werden müssen. Nach Auffassung eines Teil der Rechtslehre werde durch Art. 34 IV itVerf der Staat dazu verpflichtet finanzielle Unterstützungsmaßnahmen bereitzustellen um somit den Fähigen und Verdienstvollen, trotz ihrer Mittellosigkeit, gleiche Chancen für den Eintritt in die Berufswelt zu garantieren wie den Nicht-

95 Poggi, in: *Bifulco/Celotto/Oliviatti*, siehe Fn. 94, S. 16.

96 itVerfGH, Urt. v. 21.06.1996, n.208 – *Foro ital.* 1996, I, 2613 (2615).

97 itVerfGH, Urt. v. 30.12.1994, n.454 – *Foro ital.* 1995, I, 750 (752).

Mittellosen. Dadurch verwirkliche die Norm den Grundsatz der materiellen Gleichstellung aller Bürger nach Art. 3 II GG⁹⁸.

Tatsächlich verkennt diese Rechtslehre, dass diese Norm gerade die materielle Gleichstellung der Bürger nicht bedient. Während die Bemittelten zur höheren Bildung ohne weiteres Zugang haben, ist er den Mittellosen nur unter der Voraussetzung guter Leistungen gewährleistet. Wie von einer anderen Rechtslehre richtig erkannt, gilt für das Recht der obligatorischen Bildung das Prinzip der Universalität, während für die höhere Bildung das Selektionsprinzip gilt⁹⁹.

Wie schon in Bezug auf das Recht auf (obligatorische) Bildung, beteuert die aktuelle Rechtslehre, dass es sich um ein subjektives Recht aller fähigen und verdienstvollen Schüler handelt¹⁰⁰. Tatsächlich jedoch hängt die Sicherstellung finanzieller staatlicher Leistungen von den normativen Bestimmungen und von der Existenz und Bereitstellung der nötigen Summen durch den Staatshaushalt ab¹⁰¹.

Heute wird aus dem Gesetz, das die Schulpflicht bis zum 16. Lebensjahr vorsieht, jedoch deutlich, dass die obligatorische Schulbildung auf die Erlangung des Abiturs oder einer mindestens dreijährigen Berufsausbildung innerhalb des achtzehnten Lebensjahres abzielt¹⁰². Dementsprechend ist ein Teil der Rechtslehre der Auffassung, dass die Republik das Recht auf Bildung und Ausbildung bis zum achtzehnten Lebensjahr gewährleistet, dem die Pflicht der Kinder und Jugendlichen zur Bildung und Ausbildung entspricht¹⁰³.

2.3. Das Recht auf Bildung im europäischen Recht

Das gewährleistete Recht auf Bildung der europäischen Menschenrechtskonvention und seine Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gilt natürlich auch für Italien. Die Auslegung der Reich-

98 *Camerlengo*, in: *Bartole/Bin*, Comm. breve alla cost., 2. Aufl. (2008), Art. 34 S. 345.

99 *Poggi*, in: *Bifulco/Celotto/Oliviatti*, siehe Fn. 94, S. 19.

100 *Falanga*, siehe Fn. 73, S. 28.

101 *Camerlengo*, in: *Bartole/Bin*, siehe Fn. 98, S. 345.

102 Art. 1, co. 622, l. 24 novembre 2006, n. 286 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria: „L'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria ed è finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età.“

103 *Caretti*, I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali, 2005, S. 445.

weite des Rechts auf Bildung des italienischen Verfassungsgerichts steht somit im Einklang mit der Interpretation des Gerichtshofs für Menschenrechte.

2.4. Das elterliche Grundrecht zum Erhalt, Bildung und Erziehung der Kinder

Nach Art. 30 I itVerf ist es Pflicht und Recht der Eltern, die Kinder zu erhalten, zu bilden und zu erziehen. Ebenso wie das elterliche Erziehungsrecht des Grundgesetzes, berechtigt Art. 30 I itVerf nicht zu einer willkürlichen Ausübung des elterlichen Freiheitsrechts¹⁰⁴. Zum einen ist das elterliche Grundrecht nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht, ein „officium“, womit ausgeschlossen ist, dass den Eltern freisteht ihrer Erziehungsaufgabe nicht nachzukommen¹⁰⁵. Zum anderen ist das elterliche Grundrecht ein dem Zweck nach gebundenes Recht. Art. 30 I itVerf wird von der Rechtslehre und der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs dahingehend ausgelegt, dass das Interesse des Kindes, der sogenannte *favor minoris*, ausschließliche Grundlage jeglichen Rechts und Pflicht der Eltern ist¹⁰⁶.

Zwar enthält die italienische Verfassung keinerlei Vorschriften zum Inhalt der elterlichen Aufgaben. Dies wäre von Verfassungs wegen auch unzulässig. Gemäß Art. 29 I itVerf anerkennt die Republik die Rechte der Familie als natürliche, auf der Ehe gründende Gemeinschaft an. Nach herrschender Meinung darf der Staat, auf Grundlage des Art. 29 I i. V. m. Art. 30 itVerf, den Eltern keine Anordnungen oder Weisungen bezüglich ihrem elterlichen officium geben¹⁰⁷.

Art. 30 itVerf fügt sich jedoch in eine Verfassungsordnung ein, die sich auf die Pfeiler des Art. 2 und Art. 3 itVerf stützt¹⁰⁸. Daraus resultiert, dass um dem Interesse des Kindes gerecht zu werden, die gesamte erzieherische Tätigkeit (d.h. Erhalt, Erziehung und Bildung) die vollständige Entwicklung der Persönlichkeit und zentral die Fähigkeit zur Selbstbestimmung fördern muss¹⁰⁹. Art. 2 itVerf i. V. m. mit dem Prinzip der Gleichberechtigung aller Menschen nach Art. 3 itVerf, sowie anderen Freiheitswerten der Verfassung, wie die Religionsfreiheit nach Art. 19,

104 Bessone, in: *Branca*, Rapporti etico-giuridici Artt.29-34, 1976, S 86 (104).

105 Salerno, in: *Crisafulli/Paladin*, Comm. breve alla Cost., 1990, Art. 30 S. 211.

106 Belvedere, Potestà dei genitori, in: Enc. Giur., XXIII (1990), S. 2.

107 Bessone, in: *Branca*, siehe Fn. 104, S. 86 (103).

108 Bergonzini, in: *Bartole/Bin*, Comm. breve alla Cost., 2008, Art. 30 S. 312.

109 Belvedere, siehe Fn. 106, S. 5.

die freie Meinungsäußerung nach Art. 21 und die Versammlungsfreiheit nach Art. 49 , gelten verpflichtend als Teil des Erziehungsprogramms¹¹⁰. Unerlässlich ist auch die Vermittlung der fundamentalen Werte des Zusammenlebens der Gemeinschaft, in der das Kind aktiv teilnehmen wird. Dabei ist der Respekt der Rechte anderer von besonderer Bedeutung¹¹¹.

2.4.1. Die staatliche Kontrollbefugnis nach Art. 30 I itVerf

Gegenüber der verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines regelrechten Statuts der Kinder- und Jugendrechte¹¹², drückt sich das Elternrecht in einem Anspruch auf die Interpretation der Kindesinteressen aus und in der Wahl der Methoden, die die Eltern für am geeignetsten halten, um das Kindesinteresse zu verwirklichen. Dies gilt vor allen Dingen im Verhältnis zum Staat. Es gilt nämlich das Prinzip der Nicht-Einmischung des Staates in das Eltern-Kind-Verhältnis¹¹³. Aus Art. 29 und Art. 30 iVerf resultiert nämlich, dass die Familie bevorzugt über die gesamtzieherische Förderung der kindlichen Persönlichkeit entscheidet¹¹⁴.

Art. 30 II itVerf schreibt vor, dass es dem Staat obliegt, für das kindliche Wohl Sorge zu tragen, wenn die Eltern dazu nicht im Stande sind. Endzweck dieser Norm ist wieder das vorrangige Interesse des Kindes¹¹⁵. Der Eingriff des Staates in die Beziehung zwischen Eltern und Kind gilt jedoch nur als Ausnahme¹¹⁶. Der Staat nimmt lediglich eine subsidiäre Rolle für die Erfüllung der elterlichen Pflichten ein¹¹⁷.

2.5. Das elterliche Bildungs- und Erziehungsrecht und der staatliche Bildungsauftrag

Die italienische Verfassung erkennt den Eltern, anders als das Grundgesetz, nicht nur das Recht an ihre Kinder zu „educare“ (erziehen), sondern auch das Recht sie zu „istruire“ (bilden). Dagegen ist der Staat gemäß Art. 33 II itVerf nur ausdrücklich dazu berechtigt die allgemeinen Normen über die „istruzione“ (Bildung) zu erlassen.

110 *Bessone*, in: *Branca*, siehe Fn. 104, S. 86 (106).

111 *Bucciante*, Potestà dei genitori, in: Enc. Dir., XXXIV (1990), S. 784.

112 *Bessone*, siehe Fn. 104, S. 86 (87).

113 *Belvedere*, siehe Fn. 106, S. 2.

114 *Salerno*, in: *Crisafulli/Paladin*, siehe Fn. 105, S. 211.

115 *Belvedere*, siehe Fn. 106, S. 2.

116 *Salerno*, in: *Crisafulli/Paladin*, siehe Fn. 105, S. 212.

2.5.1. „Educazione“ als alleinige Aufgabe der Eltern

Das Schulverfassungsrecht ist von drei Begriffen geprägt: Lehrtätigkeit „insegnamento“, Bildung „istruzione“, und Schule „scuola“. Das Verhältnis dieser Begriffe zueinander wird dahingehend ausgelegt, dass während die Lehrtätigkeit eine Form der Meinungsäußerung und eine Aktivität von individueller und persönlicher Natur sei, sei die Bildung das Resultat einer Reihe von in sich koordinierten Lehreinheiten und die Schule, das Mittel zur Bildung, eine Organisation, die vor allem aus Subjekten, also Lehrbefähigten besteht¹¹⁸.

Da die schulrechtlich einschlägigen Verfassungsnormen keinen Bezug auf die „educazione“, sondern lediglich auf die „istruzione“ nehmen, schließt ein Teil der Rechtslehre aus Art. 33 und Art. 34 i. V. m. Art. 30 itVerf, dass die Erziehung alleinige, private Aufgabe der Eltern sei¹¹⁹.

Während unter „istruzione“ jene Tätigkeit verstanden werde, die die kulturelle und intellektuelle Entwicklung des Kindes betreffe und sich in der Vermittlung technischer und wissenschaftlicher Fertigkeiten konkretisiere, durch die das Kind die Eignung erlange, sich in die Arbeitswelt zu integrieren, beziehe sich „educazione“ auf die moralische und charakterliche Entwicklung, mit besonderem Augenmerk auf die soziale Integration des Kindes, die vor allem die Weitergabe von Lebens- und Verhaltenswerten zum Gegenstand habe¹²⁰.

Dem Staat bliebe die Aufgabe zur Erziehung in der Schule als institutionelles Ziel untersagt. Als Rechtfertigung wird dargeboten, dass der Staat keinen Erziehungsauftrag haben dürfe, da die Idee eines ethischen Staates, der eine eigene Kultur und ein eigenes Erziehungsmodell aufzwingt, abzulehnen sei. In Bezug auf die „educazione“ habe der Staat nur eine sehr begrenzte Rolle, die auf Art. 9 itVerf beruht. Die Republik habe nämlich die Pflicht die Kultur zu fördern, sowie nach Art. 31 I itVerf den Familien, beim Erfüllen ihrer Aufgaben, finanziell zu

117 *Bergonzini*, siehe Fn. 108, S. 314.

118 *Potoschnig*, siehe Fn. 74, S. 405-444.

119 a.a.O., S. 74.

120 *Belverdere*, siehe Fn. 106, S. 4.

unterstützen. Eine Erziehungsaufgabe des Staates entstehe nach Art. 30 II itVerf erst mit dem Versagen der Eltern¹²¹.

2.5.2. Die freie Lehrtätigkeit nach Art. 33 I itVerf und die Erziehung

Dass der Staat kein institutionelles Ziel zur Erziehung haben darf, bedeute nach der Ansicht der herrschenden Meinung jedoch nicht, dass die Schule kein Ort der „educazione“ sei. Viel mehr stehe die Erziehung sehr viel enger mit der „insegnamento“, der Lehrtätigkeit des Lehrers in Zusammenhang.

Im schulischen Bereich nehme der Lehrer während seiner Lehrtätigkeit automatisch eine erzieherische Rolle ein. „Educare“ schließe immer eine interpersonelle Komponente ein, da im Vermittlungsprozess der Beitrag des Erziehers eine bedeutsame Rolle spiele. Die Lehrtätigkeit gehe unweigerlich mit der Vermittlung von Wertvorstellungen einher, da sie Ausdruck der Persönlichkeit des Lehrers sei¹²².

Die Freiheit der Lehrtätigkeit erfahre in Art. 33 I itVerf selbstständigen Schutz und Anerkennung. Sie sei Ausdrucksform des Rechts auf freie Meinungsäußerung der einzelnen Lehrperson. Die Lehrfreiheit gelte auch dann, wenn die Lehrtätigkeit sich im Rahmen einer Schulanstalt, die eigene institutionelle Zwecke verfolge, und sich in einem Mittel zur Bildung konkretisiere, abspiele¹²³.

Es folge aus dem ausschließlichen elterlichen Erziehungsrecht, dass die Schule als Ort der Erziehung nur nach den Vorstellungen der Eltern erziehen dürfe. Doch die Verfassung schütze auch die freie Lehrtätigkeit. Eltern bliebe jedoch die Entscheidungsmacht dahingehend, eine Privatschule zu wählen, in der, im Gegensatz zur öffentlichen Schule, die Lehrer nach besonderen Kriterien der erzieherischen Vorstellungen ausgewählt werden¹²⁴.

2.5.3. „Istruzione“ als Aufgabe der Eltern und des Staates

Das Recht zu bilden ist nach der italienischen Verfassung sei es den Eltern, sei es dem Staat anerkannt. Nach der Auslegung der herrschen-

121 *Spina*, *Educazione e istruzione nei rapporti tra scuola e famiglia*, Riv. Giur. Scuola 1/1974, 1 (14-18).

122 a.a.O., S. 4-14.

123 *Pototschnig*, siehe Fn. 74, S. 23.

124 *Spina*, siehe Fn. 121, 1 (16f).

den Meinung haben Staat und Eltern, jeder für sich, einen jeweils in Art. 30 I und Art. 33 II itVerf eigenständig begründet liegenden, selbstständigen und essentiellen Bereich innerhalb dessen sie ihre Bildungsaufgabe wahrnehmen dürfen und müssen. Der staatliche Bildungsauftrag und die darin gerechtfertigte Schulpflicht und das elterliche Bildungsrecht stehen nicht in einem Verhältnis der Vor- oder der Nachrangigkeit zueinander. Durch die Schulpflicht werde die elterliche Bildung der Kinder und Jugendlichen durch eine zusätzliche und weitere Bildung ergänzt und entwickelt¹²⁵.

Der Staat habe in Bezug auf seinen Bildungsauftrag, im Gegensatz zu seiner Kontrollbefugnis nach Art. 30 II GG, ein eigenständiges, wenn auch nicht exklusives Recht und kein subsidiäres Recht¹²⁶. Dies macht es unentbehrlich den Umfang und die Grenzen dieser Rechte, sowie ihr Verhältnis zueinander zu definieren.

Fest steht, dass sich die staatliche Bildungsaufgabe ihren Grundsätzen nach an der Verfassung orientieren muss. So wie für das elterliche officium, gilt der oberste Wert des Kindesinteresses ebenso für den Staat. Dies ergibt sich aus dem in der Verfassung herausgearbeiteten *favor minoris*, aber auch zwingend aus dem Recht auf Bildung.

Was das Verhältnis zwischen Eltern und Staat in Bezug auf die schulische Bildung anbelangt, so werden in der Rechtslehre verschiedene Auslegungen vertreten. Eine Mindermeinung vertritt die Aussage wonach die Bildung alleinige Aufgabe der Eltern sei, während es dem Staat nur obliege, die Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe bereitzustellen und zu regeln¹²⁷. Nach dieser Auffassung hat der Staat somit im Bereich der Bildung dieselbe subsidiäre Aufgabe, wie im Bereich der Bildung.

Nach Auffassung der herrschenden Rechtslehre hingegen, beschränke sich das elterliche Recht ihre Kinder zu bilden auf die Privatschulfreiheit (*diritto della scuola*), womit das in Art. 33 III itVerf geschützte Recht zu Errichtung von Schulen der Privatpersonen gemeint ist, sowie auf die Wahl zwischen verschiedenen, öffentlichen wie privaten Schulen¹²⁸.

125 *Pototschnig*, siehe Fn. 74, S. 51.

126 *Spina*, siehe Fn. 121, 1 (23).

127 *Esposito*, *La costituzione italiana*, 1954, S. 137f.

128 So wie behauptet von *Crisafulli*, siehe Fn. 63, 45 (71).

Eine dritte Auffassung, die sich grundsätzlich in die herrschenden Meinung eingliedert, steht dafür ein, dass sich das elterliche Recht zudem in eine Reihe von Rechten und Pflichten in Bezug auf die Einfügung der Eltern in die Kollegialorgane der Schulleitung konkretisiere¹²⁹.

Nach Meinung der Autorin liegt dem eben definierten Verhältnis zwischen elterlichem und staatlichem Recht, wonach innerhalb des schulischen Bereichs die Erziehung ausschließliche Aufgabe der Eltern und die Bildung vorrangige Aufgabe des Staates sei, eine grundsätzliche Unglaubwürdigkeit und Fehlerhaftigkeit zugrunde – sogleich unten näher erläutert –, die jeglichen Versuch, dieses Verhältnis auf tatsächliche Fälle mit Grenzcharakter anzuwenden, scheitern lässt. Dies zeigt nicht zuletzt ein Urteil des italienischen Kassationsgerichtshof, der in Bezug auf den Sexualunterricht in der Schule, dem staatlichen Anspruch stattgegeben hat, die Schulprogramme auch gegen die erzieherischen Richtlinien der Familien durchzusetzen¹³⁰.

3. Vergleich

3.1. Das elterliche Grundrecht und der staatliche Schulauftrag

In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem elterlichen Erziehungsrecht nach Art. 6 II 1 GG und dem staatlichen Wächteramt nach Art. 6 II 2 GG bzw. nach Art. 30 I GG und dem staatlichen Kontrollrecht nach Art. 30 II GG lassen die deutsche sowie die italienische Rechtsordnung identische Konklusionen zu. Kurzum, findet das elterliche Erziehungsrecht seine Rechtfertigungsgrundlage im Schutz und Wohl des Kindes, an dessen Interesse sich jegliche elterliche Entscheidung orientieren muss. Die Eltern sind grundsätzlich frei von der Einmischung des Staates, der erst eingreift, wenn ein Versagen der Eltern zu Tage tritt. Wenn letzteres nicht auftritt, bleibt die Entscheidung darüber, was dem Wohl des Kindes entspricht, ausschließlich den Eltern überlassen. Der Staat nimmt nur eine akzessorische, subsidiäre Rolle ein.

Was das Verhältnis zwischen dem elterlichen Grundrecht und dem staatlichen Schulauftrag anbelangt verfügt der Staat, auf der Grundlage des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags nach Art. 7 I GG bzw. des staatlichen Bildungsauftrags nach Art. 33 I itVerf über weitreichendere Rechte.

129 *Spina*, siehe Fn. 121, 1 (29).

130 itKassGH, Beschl. v. 15.1.2008, n.2656 – Foro it. 2008, I, 1914 (1914).

3.1.1. Kritik an der Trennung von Erziehung und Bildung in der italienischen Rechtslehre

Erziehung und Bildung und „educazione“ und „istruzione“ sind Begriffe die sowohl im Deutschen als auch im Italienischen nach den Definitionen des alltäglichen Sprachgebrauchs in etwa dieselben Bedeutungen aufweisen. Zwar stimmt es, dass die Übersetzung dieser Begriffe von einer Sprache in die andere nicht immer wortwörtlich erfolgen kann, und oft nicht ohne den Rückgriff auf weitere, „neutralere“ Begriffe auskommt. Nichtsdestotrotz trifft es auf beide Sprachen zu, dass die Begriffe oft als Synonyme verwendet werden und zudem, dass man auf dasselbe Ergebnis kommt, wenn die Wortbedeutungen voneinander abgegrenzt und zueinander definiert werden. Während unter Erziehung nur die Einwirkungen charakterformender Art verstanden werden und für die Orientierung im sozialen Umfeld relevant ist, wird Bildung mit der Förderung der geistigen Fähigkeiten gleichgesetzt¹³¹.

Trotzdem ist es schwer, ja fast unmöglich die beiden Begriffe klar, entschieden und ohne die gegenseitige Einflussnahme sprachlich und konzeptionell voneinander zu trennen.

Noch schwieriger erscheint es, die beiden Begriffe im rechtlichen Sinne voneinander zu trennen. Sowohl die deutsche, als auch die italienische Verfassungsordnung stützen sich, wie im bisherigen Verlauf der Arbeit bereits deutlich geworden ist, auf dem fundamentalen Grundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit, der jeweils in Art. 2 GG und Art. 2 itVerf begründet ist. Die vollständige Persönlichkeitsentfaltung des Kindes und darin die zentrale Entwicklung der Fähigkeit zur Selbstbestimmung und der Fähigkeit zur sozialen Integration – Werte, die beiden Verfassungsordnungen als, wie es die deutsche Rechtslehre ausdrückt, „Menschenbild“ vorausgeht und somit zwingend Programm des Großziehens ist – sind die obersten Ziele, die die Verfassungen sei es der elterlichen Erziehungstätigkeit, sei es der staatlichen Bildungstätigkeit – die sich beide am höchsten Richtwert des Kindeswohls orientieren – zugrunde liegen.

Die Entwicklung der Persönlichkeit, als Gesamtergebnis, erfolgt zwangsweise in einem Zusammenspiel sowohl der Erziehung, Einwirkung auf den Charakter, als auch der Bildung, Förderung der geistigen Fähigkeiten.

131 *Handschell*, Die Schulpflicht vor dem Grundgesetz, 2012, S. 139.

So wurde in Bezug auf das elterliche Grundrecht nach Art. 6 I GG, das nur von Pflege und Erziehung spricht, nicht aber von Bildung, zurecht darauf hingewiesen, dass auch der Bereich der schulischen Bildung grundsätzlich dem Schutzbereich des elterlichen Grundrechts unterfällt. Art. 6 I GG liege nämlich ein weiter Erziehungsbegriff zugrunde. Da die Erziehung als Gesamtverantwortung für die Entwicklung des Kindes zu verstehen ist, können davon nicht von vornherein bestimmte Bereiche ausgenommen werden¹³².

In Bezug auf das italienische Rechtssystem wurde die unauflöbliche Verflochtenheit zwischen der Persönlichkeitsentwicklung, der Erziehung und der Bildung von einer Mindermeinung richtig erkannt. So sei die Erziehung nicht nur die Aufgabe der Eltern, sondern unweigerlich auch jene der schulischen Bildung¹³³. Wie von der mehrheitlichen Rechtslehre richtig erkannt wurde, nimmt schon allein der Lehrer unweigerlich eine erzieherische Rolle ein, da die Erziehung untrennbar mit der Lehrtätigkeit verbunden ist. Dabei wurde es jedoch vernachlässigt zu sagen, dass der Lehrer von der Schule, also dem Staat¹³⁴, in seiner erzieherischen Arbeit abhängig ist – allein schon deshalb, da der Staat das Unterrichtsprogramm bestimmt. Die freie Lehrtätigkeit der Lehrperson begrenzt sich somit auf den staatlich vorgegebenen Rahmen¹³⁵. Lehrer und Schule getrennt voneinander zu sehen, ist somit unmöglich. Unabhängig vom Verhältnis zwischen Schule und Lehrer, ist es sowohl das Ziel des Lehrers, als Erziehungsperson (denn für ihn kann, trotz seiner freien Lehrtätigkeit nichts anderes als für die Eltern gelten), sei es das institutionelle Ziel der Schule – von Verfassungen wegen – die volle Entwicklung der Persönlichkeit der Schüler zu fördern. Zur Verwirklichung dieses Ziels könne eine Abwägung und eine Koordinierung zwischen Bildung und Erziehung, Schule und Eltern nicht umgangen werden, so der italienische Kassationsgerichtshof¹³⁶ in einem Fall, der als emblematisches Beispiel dafür gilt, dass Erziehung und Bildung zum Ziele der vollständigen Persönlichkeitsentwicklung nicht voneinander getrennt werden können, nämlich der Sexualunterricht. Der Sexualunterricht umfasst nämlich nicht nur biologisch-anatomische Unterrichts-

132 a.a.O. S. 139.

133 *Bonamore*, L'educazione della persona 'percorso' privilegiato per la lettura della costituzione, Dir. Fam. e Pers. 1983, 1149 (1155-1158).

134 Natürlich sprechen wir hier im Rahmen der staatlichen Schule.

135 *Mura*, in: Branca, siehe Fn. 65, S. 227 (248).

136 itKassGH, siehe Fn. 130 – Foro it. 2008, I, 1914 (1914).

inhalte, sondern berührt auch ethische, moralische und psychologische Aspekte und somit die erzieherische Sphäre¹³⁷.

Es ist daher adäquat auch im italienischen Rechtssystem von einem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag auszugehen, oder den Bildungsauftrag so weit auszulegen, dass er auch erzieherische Aspekte miteinschließt. Erst auf dieser Basis kann ein Verhältnis zwischen elterlichem und staatlichem Recht angemessen definiert werden.

3.2. Die Gewährleistung staatlicher Schulen - Art. 7 I GG gegen Art. 33 II itVerf

Während Art. 33 II itVerf die Republik explizit dazu verpflichtet Schulen aller Gattungen und Stufen zu errichten, d.h. den Bürgern ein staatliches Schulsystem zur Verfügung zu stellen, enthält Art. 7 I GG keine vergleichbare Vorschrift. In Italien schließt nicht nur der Wortlaut des Art. 33 II itVerf ein vollständig in privater organisatorischer Hand liegendes Schulwesen von vorne herein kategorisch aus. Auch die italienische Rechtslehre legt die Norm dahingehend aus, dass die Republik sich in der Ausführung ihrer Verpflichtung zum Bildungsauftrag nicht darauf beschränken darf lediglich Leistungen von Privatpersonen nach ihrer Angemessenheit und Qualität zu überwachen¹³⁸. Dagegen ist in Deutschland eine Gestaltung des öffentlichen Schulsystems nach dem Modell der formellen Privatisierung zumindest nach dem Wortlaut des Art. 7 I GG – der den Staat lediglich dazu verpflichtet das Schulwesen zu beaufsichtigen, nicht aber ein von ihm organisiertes öffentliches Schulsystem bereitzustellen – theoretisch denkbar.

Öffentliche Aufgabe, was Aufgaben sind, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist¹³⁹, können nach der deutschen Staatsaufgabenlehre sowohl von privaten, als auch von staatlichen Trägern wahrgenommen werden¹⁴⁰.

Aus der Gesamtschau, d.h. aus der systematischen Auslegung des Art. 7 GG würden im Falle eines privaten öffentlichen Schulsystems bestimmte Standards resultieren, die der Staat in Bezug auf ein privatisiertes öffentliches Schulsystem in jedem Fall zu gewährleisten verpflichtet

137 *Bianchin*, Diritto dei genitori di istruire i propri figli e libertà di insegnamento: quid iuris per l'educazione sessuale nelle scuole pubbliche?, Dir. Fam. e Pers. 2008, 1768 (1771).

138 *Sandulli*, in: *Cassese*, siehe Rdnr. 93, S. 3305 (3307).

139 *Peters*, in: FS Nipperdey II, 1965, S. 877 (879).

140 *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Jus Publicum/29. Band (1998), S. 137.

wäre. Die Kriterien, die private Ersatzschulen nach Art. 7 IV ,V GG für die Genehmigung berücksichtigen müssen, müssten in jedem Fall auch für das öffentlich-privatisierte Schulsystem gelten: erstens die Sicherstellung eines bezüglich der finanziellen Möglichkeiten der Eltern diskriminierungsfreien Zugang zum Bildungssystem, zweitens die Gewährleistung einer angemessenen Qualität des Bildungsangebots.

3.2.1. Die vorherrschende Auffassung: die Organisation des öffentlichen Schulwesens als Staatsaufgabe

Nur eine Minderheit vertritt die Ansicht das Grundgesetz statuiere auf der Grundlage der Art. 2 I und Art. 20 I GG allein die Gewährleistung einer Mindestbildung, erhalte aber keine Vorgaben dazu, wie der Staat dieses Ziel zu erfüllen habe, und somit möglicherweise auch über ein reines Privatschulsystem¹⁴¹.

Die herrschende Meinung hingegen vertritt die Auffassung, Art. 7 I GG begründe¹⁴², bzw. voraussetze¹⁴³ die staatliche Schulhoheit, d.h. ein umfassendes Bestimmungsrecht des Staates über das Schulwesen. Zweck der Schulverfassungsnorm sei es die Pflicht des Staates zur Bereitstellung eines hinreichend ausgebauten Schulwesens zu begründen¹⁴⁴. Nach der historischen Auslegung kommt man zum selben Ergebnis. Die staatliche Schulaufsichtsbefugnis in Art. 144 WRV, die fast unverändert ins Grundgesetz übernommen wurde, wurde nicht lediglich als Kontrollbefugnis, sondern auch als Recht zur Leitung und Verwaltung des Schulwesens verstanden¹⁴⁵. In dieselbe Richtung äußert sich die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die staatliche Schulaufsicht auch und insbesondere die Organisation des öffentlichen Schulwesens umfasse¹⁴⁶. Weiter enthalten viele Landesverfassungen Regelungen zur staatlichen Schulaufsicht die oftmals ausdrücklicher die Organisation des Schulwesens beinhaltet¹⁴⁷. Doch vor allem die weite Auslegung wonach die Gesamtheit der Orga-

141 *Tangermann*, Homeschooling aus Glaubens- und Gewissensgründen, ZevKR 51/2006, 393 (410).

142 *Schmitt-Kammler/Thiel*, in *Sachs*: siehe Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, Rdnr. 16.

143 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 832.

144 *Jestaedt*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. (2005), § 156 Rdnr. 40.

145 *Landé*, Schule in der Reichsverfassung, 1929, S. 64.

146 BverfG, Beschl. v. 26.2.1980 – 1 BvR 684/78 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 34.

147 Beispiel: § 58 SächsSchulG

nisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens nicht nur das Recht des Staates sei, sondern auch eine Pflicht, dieses Recht in Anspruch zu nehmen – Pflicht die, wie schon gezeigt wurde, auf dem Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 GG gründet – nehme das Schulwesen eine Sonderstellung gegenüber anderen Bereichen der öffentlichen Verwaltung ein und stünde der Möglichkeit der formellen Privatisierung des Schulwesens entgegen¹⁴⁸.

Die Gestaltung des öffentlichen Schulwesens wird demnach also als eine Staatsaufgabe definiert.

3.2.2. Kritik

Nach der Definition der Staatsaufgabenlehre sind Staatsaufgaben solche, auf die der Staat nach der geltenden Verfassungsordnung, also nach Maßgabe der Verfassung zugreift¹⁴⁹. Dabei enthalten die Rechtsätze des Grundgesetzes, aus denen sich Staatsaufgaben ableiten lassen – so auch bei der staatlichen Schulaufsicht –, kaum konkrete Vorgaben, sodass die Erfüllung ein Tätigwerden des Gesetzgeber erfordert, der für die Ausgestaltung selbst einen entsprechend großen Spielraum hat.

Gesetzgeber sind im Bereich des Schulrechts nach der geltenden Kompetenzordnung die Länder. Die Länder sind an die Normen ihrer Verfassungen gebunden, d.h., sofern vorgesehen, auch an die Pflicht zur Organisation des öffentlichen Schulsystems. Staatsaufgaben lassen sich jedoch nur sehr begrenzt aus Kompetenznormen ableiten, weil Kompetenzen dem Staat bzw. einzelnen Untergliederungen lediglich Handlungsbefugnisse einräumen¹⁵⁰. Darüber hinaus gelten die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte gegen den Staat, sondern beauftragen den Staat auch mit Schutzpflichten und der Aufgabe, für die Verwirklichung der Grundrechte – bezüglich des Schulwesens insbesondere des Art. 2 und Art. 3 GG – hinreichende Voraussetzungen zu schaffen¹⁵¹.

Genau für die Realisierung dieser Grundrechte könnte ein öffentliches Schulwesen in privater Trägerschaft in Verbindung mit einer hinreichenden Kontrolle der obengenannten Standards ein sehr effektiveres

148 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 823f.

149 *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, 1988, Rdnr. 137.

150 *Kreuter*, Die Befugnisse des Bundes zur Verwaltung der Wasserstraßen, 2014, S. 137-139.

151 a.a.O., S. 137.

Modell darstellen als das öffentlich-rechtliche Bildungssystem. Man denke allein an die extreme finanzielle Belastung eines staatlich organisierten Schulwesens für die Staatshaushaltskassen und an die daraus resultierenden Einschränkungen für die innovative Entwicklung des Bildungssystems.

Der Staat könnte und müsste seine verfassungsrechtlich gewährleistete staatliche Schulaufsicht weiterhin durch sein Auftreten als „Steuerungsstaat“¹⁵² ausüben und anhand unterschiedlicher Einflussinstrumente die Handlungsprämissen der privaten Akteure bedingen und so das öffentliche Interesse eines diskriminierungsfreien und qualitativen Bildungssystems wahren.

Außerdem lassen sich zureichende Aussagen darüber, welche Tätigkeitsfelder Gegenstand staatlichen Engagements sein sollen oder müssen, weder auf normativer noch auf staatstheoretischer Grundlage treffen, da insbesondere eine gesicherte Staatsaufgabenlehre in Deutschland fehlt¹⁵³.

152 *Hermes*, siehe Fn. 140, S. 139.

153 a.a.O., S. 135f.

II. Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen

1. Deutschland

1.1. Das Prinzip der Bundesstaatlichkeit und die föderale Staatsform

Deutschland ist nach Art. 20 I GG eine Bundesrepublik und ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Die Bedeutung dieser Norm liegt in erster Linie in der Begründung der föderalen Staatsform der Bundesrepublik. Demgemäß umfasst der Bundesstaat einen Zentralstaat, die Bundesrepublik und Gliedstaaten, die 16 Länder. Die staatlichen Befugnisse, d.h. Rechtssetzung, Vollzug und Rechtsprechung, deren Summe die Staatsgewalt ergibt, sind zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten verteilt. Die Länder verfügen folglich über eigene Staatsgewalt und gelten als Staaten. In Übereinstimmung mit ihrer Staatsqualität, verfügen die Länder über Verfassungsautonomie. Es fehlt ihnen jedoch an Souveränität, zumal der Umfang der staatlichen Befugnisse der Länder, d.h. ihr Wesensgehalt durch das Grundgesetz, die Verfassung des Zentralstaats, bestimmt ist. Innerhalb dieser Sphäre jedoch verfügen sie über eigene, nicht vom Bund abgeleitete, originäre Staatsgewalt¹⁵⁴. Der föderale Staatsaufbau bildet ein im höchsten Maße identitätsstiftendes Element der Bundesrepublik Deutschland und wird deshalb durch die auf Art. 79 III GG beruhende Ewigkeitsklausel geschützt und gilt somit als unveränderlich¹⁵⁵.

1.2. Die Aufteilung der staatlichen Befugnisse: die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung

Nach der in Art. 30 GG begründeten Grundregel der Kompetenzverteilung liegen die staatlichen Befugnisse grundsätzlich bei den Ländern, es sei denn, das Grundgesetz überträgt sie explizit dem Bund. Dieser Grundsatz gilt für die in Art. 70 ff. GG geregelte Gesetzgebung, sowie für die in Art. 83 ff. GG geregelte Verwaltung. Diese Systematik der Kompetenzverteilung ist Ausdruck der eben beschriebenen Staatsqualität der Länder¹⁵⁶.

154 Art. 28 I 1 GG: „Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen“.

155 *Degenhart*, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 27. Auflage (2011), S. 8.

156 a.a.O., S. 176-179.

1.2.1. Die Kulturhoheit der Länder und ihre ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über das allgemeine Schulwesen

Auf der Grundlage des Art. 7 i. V. m. Art. 30 und Art. 70 ff. GG, die die Gesetzgebungskompetenzen regeln, gelten die Länder als ausschließliche Träger der Kulturhoheit¹⁵⁷, was nach Aussage des Bundesverfassungsgerichts das Kernstück ihrer Eigenstaatlichkeit ist¹⁵⁸.

Das allgemeine Schulwesen bildet eine Materie der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder. Darauf weist seit der Föderalismusreform 2006 ausdrücklich Art. 23 VI GG hin¹⁵⁹. Es ergibt sich jedoch aus Art. 30 GG und der fehlenden Zuständigkeit des Bundes. Da das Schulwesen keinen Kompetenztitel der Art. 73 oder 74 GG bezeichnet und somit weder unter die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes noch unter die konkurrierende Gesetzgebung zwischen Bund und Länder fällt, verbleibt die Zuständigkeit allein bei den Ländern.

Die kulturhoheitliche Gestaltungsfreiheit der Länder ist jedoch nicht unbegrenzt. Einschränkungen ergeben sich in erster Linie aus dem Grundgesetz, den organisationsrechtlichen Vorgaben für das Schulwesen der Landesverfassungen und schließlich aus dem in Art. 18 II GG begründeten Selbstverwaltungsrecht der Kommunen¹⁶⁰.

1.2.1.1. Harmonisierung der einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Länder

Aus der Kulturhoheit der Länder resultiert eine Vielgestaltigkeit im deutschen Schul- und Bildungswesen. Die 1948 begründete Ständige Konferenz der Kultusminister in der Bundesrepublik Deutschland, ein Beratungs-, Empfehlungs- und Beschlussgremium, hat erheblich dazu beigetragen das Schulwesen der Länder in ihren Grundzügen in Übereinstimmung zu bringen. Vor allem ist die generelle Gleichförmigkeit des Schulrechts aber auch der Verdienst der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welches die Bedeutung des Grundgesetzes für das Schulrecht herausgearbeitet hat¹⁶¹.

157 *Badura*, siehe Fn.8, Rdnr. 26.

158 BVerfG, Urt. v. 26.03.1957 – 2 BvG 1/55 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 173.

159 Art. 23 VI GG: „Wenn im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder auf den Gebieten der schulischen Bildung, der Kultur oder des Rundfunks betroffen sind [...]“.

160 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 93.

161 *Avenarius*, in: *Avenarius*, siehe Fn.10, S. 23-26.

1.2.2. Die Zuständigkeiten des Bundes auf den Gebieten der Bildung und Ausbildung

Anders als in Bezug auf das allgemeine Schulwesen, wo dem Bund keine Zuständigkeiten eingeräumt wurden, verfügt er innerhalb der konkurrierenden Gesetzgebung über umfangreiche Regelungskompetenzen im Bereich der beruflichen Ausbildung. Dies ergibt sich aus den Kompetenztitel Nr. 11 „das Recht der Wirtschaft [...]“ sowie aus Nr. 19 des Art. 74 GG „[...] Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe [...]“. Allerdings erstrecken sich diese Gesetzgebungskompetenzen ausschließlich auf den berufsspezifischen Teil der Ausbildung an den Berufsschulen, nicht jedoch auf die allgemeinen Unterrichtsinhalte und auf den erzieherischen Gehalt der Schule.

In Bezug auf die allgemeine Bildungspolitik der Länder besitzt der Bund durch die Gesetzgebungsbefugnisse im Bereich des Sozialrechts, insbesondere dem Kinder- und Jugendhilferechts, nur mittelbaren Einfluss¹⁶².

1.3. Das Fehlen von materiell-rechtlichen Gesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union

Der Bereich der Bildung und der beruflichen Ausbildung sind nicht Gegenstand der gemeinsamen europäischen Unionspolitik. Nach Art. 165 IV und 166 IV AEUV ist die Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich der Bildung und der beruflichen Ausbildung unzulässig. Die Bestimmung der Lehrinhalte, die Gestaltung des allgemeinen und beruflichen Bildungssystems sowie die Förderung der Vielfalt der Kulturen bleiben in der alleinigen Verantwortung der Mitgliedstaaten. In anderen Worten besitzt die Union keinerlei materiell-rechtliche Zuständigkeiten auf diesem Gebiet.

Die Union verfügt lediglich über eine unterstützende und ergänzende Funktion der nationalen Bildungspolitiken. Aufgabe der Union ist es primär die Kooperation und Kollaboration zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern¹⁶³. Bezugsgrundlage des Vorgehens der Union ist das im Jahr 2000 in Lissabon definierte strategische Ziel des Europäischen Rats, die Union zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten

162 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 92.

163 *Fagnani*, siehe Fn. 83, S. 62.

Wirtschaftsraum der Welt zu formen. Beabsichtigt wird damit einheitliche Bestrebungen für die Mitgliedstaaten festzulegen. Deren Umsetzung bleibt jedoch innerhalb ihrer freien Gesetzgebungsbefugnisse¹⁶⁴.

1.4. Die Verwaltungskompetenzen nach dem Grundgesetz

Art. 83 GG regelt die gesetzesakzessorische Verwaltung, d.h. die Verwaltung in Ausführung von Bundesgesetz. Der Vollzug der Bundesgesetze steht in der Regel den Ländern zu, es sei denn das Grundgesetz verweist ausdrücklich auf den Bund. Gemäß dem Staatlichkeitsprinzip der Länder sind hierbei die Länderverwaltungen den Bundesorganen nicht hierarchisch nachgeordnet, sondern agieren in eigener Angelegenheit.

Gründet die gesetzesakzessorische Verwaltung auf Landesgesetz, ergibt sich aus der schon genannten Grundsatznorm des Art. 30 GG, die aufgrund des Fehlens einer expliziten Regelung Anwendung findet, dass der Vollzug der Landesgesetze nur den Ländern selbst obliegen kann. Schließlich resultiert aus Art. 30 GG, da die Norm auf die Ausübung der gesamten staatlichen Befugnisse Bezug nimmt, dass sich die Regelungszuständigkeit der Länder auch auf die nicht gesetzesakzessorische Verwaltungstätigkeit, d.h. die Verwaltung, die nicht aus dem Vollzug eines Gesetzes besteht, erstreckt¹⁶⁵.

1.5. Die Schulverwaltung im Freistaat Sachsen

Das Schulwesen ist, wie bereits erläutert, Sache der Länder. Wegen den Unterschieden der Schulsysteme der 16 Ländern, beschränke ich mich auf die Darstellung der Schulverwaltung eines Bundeslandes, nämlich des Freistaats Sachsen. Die Schulverwaltung des Freistaats Sachsen wird in erster Linie im Sächsischen Schulgesetz geregelt. Die Schulverwaltung einbezieht mehrere Ebenen der Verwaltung, die jeweils verschiedene Aufgabenbereiche wahrnehmen: das Land, dem schon nach Art. 7 I GG i. V. m. Art. 103 SächsVerf die staatliche Schulaufsicht obliegt und diese durch eine hierarchisch strukturierte Schulaufsichtsbehörde gewährleistet; die Kommunen, d.h. Gemeinden, Kreise und kreisfreie Städte, die die öffentlichen Schulen tragen; und schließlich die Schulleiter, die die einzelnen Schulen leiten und verwalten¹⁶⁶.

164 a.a.O., S. 64.

165 *Degenhart*, siehe Fn. 155, S. 193-195.

166 Die Schulleiter bilden jedoch keine separate Verwaltungsebene. Sie repräsentieren die unterste Verwaltungsebene der Sächsischen Bildungsagentur.

1.5.1. Die staatliche Schulaufsicht und ihre Ausübung durch die Schulaufsichtsbehörden

Die staatliche Schulaufsicht umfasst gemäß § 58 SächsSchulG die Gesamtheit der staatlichen Aufgaben zur inhaltlichen, organisatorischen und planerischen Schulgestaltung. Dazu gehören vor allem die Entscheidungen über Schulstrukturen und Schularten, die Festlegung der Bildungs- und Erziehungsziele und die Ausarbeitung der Lehrpläne.

Der staatliche Aufgabenbereich umfasst aber auch die Schulaufsicht im engeren Sinne, worunter die Beratung, die Förderung sowie die Beaufsichtigung der Schulen verstanden werden. Darin inbegriffen sind insbesondere die Fachaufsicht¹⁶⁷ über die Unterrichts- und Erziehungsarbeit in den Schulen, die Dienstaufsicht über die Schulleiter und die Lehrer, die nach § 40 SächsSchulG im Dienste des Freistaats Sachsen stehen, sowie die Aufsicht über die Erfüllung der dem Schulträger obliegenden Aufgaben¹⁶⁸.

1.5.1.1. Die Schulaufsichtsbehörden

Die staatliche Schulaufsicht erfolgt durch die in § 59 SächsSchulG genannten Schulaufsichtsbehörden: dazu zählen, auf unterer Ebene, die Sächsische Bildungsagentur¹⁶⁹, der die oben genannte Schulaufsicht im engeren Sinne zusteht und das Staatsministerium für Kultus, die oberste Schulaufsichtsbehörde, die ihrerseits die Dienst- und Fachaufsicht gegenüber der sächsische Bildungsagentur ausübt¹⁷⁰.

Die Schulaufsichtsbehörden erlassen Verwaltungsvorschriften zur Konkretisierung, Interpretation und Ergänzung der gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen. Diese stellen im Grunde präventive Aufsichtsmaßnahmen dar, beruhen also auf ihren Aufsichtsbefugnissen¹⁷¹.

167 Umfasst die Fragen der Zweckmäßigkeit und der Rechtmäßigkeit des schulischen Handelns.

168 *Runck/Adolf/Link/Pfeffer/Schulte*, SächsSchG-Komm., 7. Aufl. (2013), § 58 S. 195-197.

169 Die Bildungsagentur ist keine, wie ihr Name vermuten lässt, unabhängige Verwaltungskörperschaft.

170 *Runck/Adolf/Link/Pfeffer/Schulte*, siehe Fn. 168, S. 195-199.

171 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 986.

1.5.2. Der Vorbehalt des Gesetzes

Wie das Bundesverfassungsgericht mehrmals festgestellt hat, müssen jedenfalls die organisatorischen Grundstrukturen des Schulwesens und der einzelnen Schulen durch Gesetz festgelegt werden¹⁷². Dazu gehört beispielsweise die Einführung von Schulen, in denen die klassische Differenzierung nach Bildungsgängen modifiziert oder aufgehoben wird¹⁷³ (z.B. Gesamtschulen) sowie die Regelung über die Errichtung, Zusammenlegung oder Auflösung von Schulen¹⁷⁴.

1.5.3. Die Kommunen als Schulträger des öffentlichen Schulwesens

Gemäß § 22 I SächsSchulG sind die Gemeinden grundsätzlich Schulträger der allgemeinbildenden Schulen und die Landkreise sowie die Kreisfreien Städte der berufsbildenden Schulen. Seit 2004 kann den Landkreisen, entsprechend den Vorschriften des Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit, auch die Schulträgerschaft der allgemeinbildenden Schulen übertragen werden. In Zeiten allgemeiner Finanzengpässe und des Schülerrückgangs ist die kommunale Kooperation gemäß § 22 IV SächsSchulG sogar verpflichtend. § 22 I SächsSchulG konkretisiert das in Art. 28 II GG begründeten Recht der Selbstverwaltung der Kommunen. Nur in seltenen Fällen, insbesondere bei besonderen pädagogischen Anforderungen, kann die Schulträgerschaft gemäß § 22 III SächsSchulG auch direkt von dem Freistaat Sachsen übernommen werden.

1.5.3.1. Die Aufgaben der Kommunen

Gemäß § 23 SächsSchulG tragen die Gemeinden und Kreise sowohl den Sachbedarf, d.h. die Kosten für die Errichtung von Schulgebäuden, der Lehr- und Lernmittel und der sonstigen erforderlichen Ausstattung, als auch den Aufwand für das nichtlehrende Personal. Auch die Kosten für die Schülerbeförderung tragen die Landkreise oder die Kreisfreie Stadt, in deren Gebiet sich die Schule befindet. Dagegen sind Schulleiter und Lehrer Landesbedienstete, unterstehen damit dem Land und werden von diesem finanziert.

Der Freistaat Sachsen ist nach Art. 87 I SächsVerf dazu verpflichtet es sicherzustellen, dass die kommunalen Träger der Selbstverwal-

172 BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 132.

173 HessStGH, Beschl. v. 23.10.1991 – P. St. 1130 e. V.

174 BVerfG, siehe Fn. 52, zitiert nach juris, dort Rdnr. 104.

tung, insbesondere durch den kommunalen Finanzausgleich¹⁷⁵ sowie durch ein System von Landeszuschüssen¹⁷⁶, ihre Aufgaben erfüllen können.

1.6. Das kommunale Selbstverwaltungsrecht und das Spannungsverhältnis zur staatlichen Schulhoheit

Art. 28 II 1 GG gewährleistet den Kommunen das Selbstverwaltungsrecht, d.h. das Recht alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Art. 28 GG ist auch eine Staatsorganisationsnorm, die die Kommunen als Elemente des Staatsaufbaus der Länder definiert. Einschränkungen der kommunalen Selbstverwaltung sind grundsätzlich möglich, da diese nur im Rahmen bzw. nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet ist, d.h. der gesetzlichen Ausgestaltung bedarf und folglich dem Gesetz untergeordnet ist. Auch in Bezug auf das Schulrecht kommt der staatlichen Schulhoheit grundsätzlich Vorrang zu. Geschützt ist nur der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung, den der Gesetzgeber nicht beschränken darf. Den Kommunen bleibt damit vor allem die Zuständigkeit für die örtliche Schulentwicklungsplanung und Schulnetzplanung¹⁷⁷.

1.6.1. Die Schulnetzplanung

§ 23a SächsSchulG beauftragt die Landkreise und die Kreisfreien Städte mit der Aufstellung von Schulnetzplänen für ihr Gebiet. Diese werden im Benehmen mit den einzelnen Schulträgern des Gebiets getroffen und müssen von der obersten Schulaufsicht genehmigt werden. Ziel des Schulnetzplans ist es, gemäß § 23a I SächsSchulG die planerische Grundlage für die Verwirklichung eines Bildungsangebots zu schaffen, das alle Bildungsgänge umfassen, regional ausgeglichen und unter zumutbaren Bedingungen erreichbar sein muss. Gemäß § 3 SchulnetzVO enthält der Schulnetzplan erstens, eine mittel- und langfristige Schulbedarfsprognose, auf dessen Grundlage unter Berücksichtigung der schon vorhandenen Schulen und der Entwicklung der Schülerzahlen die Standorte der Schulen für einen Zeitraum von fünf und zehn Jahren unter Angabe der Schularten, die an jedem Standort vorhanden sein sollen, ausgewiesen werden. Zweitens, eine langfristi-

175 Danach wird den Gemeinden, abhängig von ihrer Finanzkraft, eine finanzielle Grundversorgung zuteil.

176 *Runck/Adolf/Link/Pfeffer/Schulte*, siehe Fn. 168, § 21 S. 73-83.

177 *Rux/Niehues*, siehe Fn. 4, Rdnr. 934.

ge Zielplanung, in der die Maßnahmen zur jährlichen Erfüllung des Standortplans bestimmt werden. Nach § 23a V SächsSchulG müssen Entscheidungen über Einrichtung, Änderung und Aufhebung von Schulen nach § 24 auf der Grundlage eines genehmigten Schulnetzplans erfolgen.

1.7. Der Schulleiter

Gemäß § 41 SächsSchulG bestimmt die oberste Schulaufsichtsbehörde für jede Schule einen Schulleiter und einen Stellvertreter, die zugleich Lehrer an der Schule sind. Die Aufgaben des Schulleiters sind in § 43 SächsSchulG bestimmt. Zum einen vertritt er die Schule im Verhältnis zu Dritten nach außen. Da die Schule jedoch eine Anstalt des öffentlichen Rechts ohne Rechtspersönlichkeit ist und folglich selbstständig keine Rechtsgeschäfte abschließen kann, handelt der Schulleiter nach außen entweder als Vertreter des Schulträgers oder des Freistaates Sachsen. Im Innern hat er die Weisungsberechtigung gegenüber den Lehrern und die Aufsicht über die an der Schule tätigen, nicht im Dienst des Freistaates stehenden Mitarbeiter.

Der Schulleiter hat damit eine besondere „Scharnierfunktion“: einerseits unterliegt er als Schulorgan der Aufsicht der Schulaufsichtsbehörde und andererseits besitzt er selbst Weisungsbefugnisse gegenüber den Lehrkräften und dem restlichen Schulpersonal¹⁷⁸. Darüber hinaus trägt der Schulleiter gleichzeitig die Verantwortung für die Pflichterfüllung der Lehrer. Diese Verantwortung und die direkt darauf beruhende Weisungsbefugnis des Schulleiters – der seinerseits von den höheren Behörden weisungsabhängig ist – sind eine Ausprägung der staatlichen Schulaufsicht. Auf der Weisungsgebundenheit und der Aufsicht gegenüber allen nachgeordneten Stellen beruht die volle Verantwortung des Staates für den Erziehungs- und Bildungsauftrag¹⁷⁹.

2. Italien

2.1. Die Staatsform

Italien ist nach Art. 1 itVerf eine demokratische Republik. Die Republik prägen gemäß Art. 5 itVerf die Grundsätze der Einheit, der örtlichen Selbstverwaltung und der Dezentralisierung der Verwaltung.

178 a.a.O., Rdnr. 991.

179 Runck/Adolf/Link/Pfeffer/Schulte, siehe Fn. 168, § 41,42 S. 159-166.

Art. 114 itVerf, die durch die Verfassungsreform 2001¹⁸⁰ neuverfasste Umsetzung des Art. 5 itVerf, bestimmt in Absatz eins, dass die Republik aus Gemeinden, Provinzen, Großstädten mit besonderem Status, Regionen und dem Staat besteht und bestätigt in Absatz zwei für Gemeinden, Provinzen, Großstädte mit besonderem Status und Regionen, die Körperschaften mit eigenen Statuten, Befugnissen und Aufgaben sind, das Autonomieprinzip.

Die italienische Staatsform kann, obwohl sich die Republik in mehrere Staatsebenen gliedert, die gemäß Art. 114 I itVerf gleichen Verfassungswert haben, nicht als föderal bezeichnet werden. Die in Art. 114 I itVerf aufgezählten Körperschaften bilden zwar die Republik, die ihrerseits deren Zusammenfassung, den Gesamtstaat repräsentiert, aber keine der anderen Körperschaften als der Staat verfügen über vorkonstitutionelle, d.h. originäre, nicht von der Verfassung abgeleitete Staatsgewalt¹⁸¹. Es handelt sich jedoch auch nicht um einen zentralisierten Staat. Was aus der 2001 veränderten Verfassung resultiert, ist die eigentümliche Staatsform eines polyzentrischen Regionalstaats. Ein, wie in Art. 5 itVerf vorgesehener, einheitlicher Staat, dem alle Staatlichkeit zukommt, der sich jedoch mehrfach, gemäß Art. 114 itVerf gliedert, und seinen einzelnen Komponenten Autonomie zusichert¹⁸².

2.2. Die verfassungsrechtliche Gesetzgebungsordnung über das Bildungssystem

Mit der Verfassungsreform 2001 wurde erstmals das bis dahin traditionell geltende Gesetzgebungsmonopol des Staates im Bereich der Bildung und des Schulwesens gebrochen¹⁸³. Gemäß Art. 117 II itVerf Buchstabe n) und m) fallen die „allgemeinen Bestimmungen über die Bildung“ sowie die „Festsetzung der wesentlichen Leistungen im Rahmen der bürgerlichen und sozialen Grundrechte“ – zu denen, wie bereits erläutert wurde, das Recht auf Bildung zählt – unter die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Staates. Die restlichen Gesetzgebungsbefugnisse im Bereich der Bildung verteilen sich gemäß Art. 117 III itVerf nach den Regeln der konkurrierenden Gesetzgebung zwischen Staat und Regionen. Während der

180 L.Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, „Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione“.

181 *Demuro*, in: *Bifulco/Celotto/Olivietti*, Comm. alla Cost.: banca dati ipertestuale 2008, Art. 114.

182 a.a.O., Art. 144.

183 *Cocconi*, Le regioni nell'istruzione dopo il nuovo Titolo V, Le Reg. 5/2007, 725 (726).

Staat die „wesentlichen Grundsätze“ festlegt, erlassen die Regionen die Detailbestimmungen¹⁸⁴. Der Kompetenztitel enthält jedoch eine wichtige Fortsetzung: „Bildung, unbeschadet der Autonomie der Schuleinrichtungen und unter Ausschluss der theoretischen und praktischen Berufsausbildung“. Daraus folgt, dass die „theoretische und praktische Berufsausbildung“ Restkompetenz, also ausschließliche Kompetenz der Regionen ist. Aber auch bezüglich dieser Rechtsmaterie kann der Staat dank seines „Passepartouts“ des Art. 117 II m) itVerf eingreifen und das Mindestleistungsniveau bestimmen¹⁸⁵.

2.3. Die verfassungsrechtliche Verwaltungskompetenzordnung

Die Verwaltungskompetenzen im Bereich der Bildung verteilen sich auf ein komplexes System von Verwaltungsebenen. Die Verwaltungsbefugnisse sind gemäß Art. 118 I itVerf grundsätzlich den Gemeinden, als Körperschaften, die den Bürgern am nächsten stehen, zuerkannt bzw. direkt den schulischen Einrichtungen, die gemäß Art. 117 III itVerf über eine funktionelle Autonomie verfügen. Nur wenn es unter Berücksichtigung der in Art. 118 I itVerf festgelegten Prinzipien der Subsidiarität¹⁸⁶, der Differenzierung¹⁸⁷ und der Angemessenheit¹⁸⁸ erforderlich ist, werden die Verwaltungskompetenzen den Provinzen, Großstädten mit besonderem Status, Regionen oder dem Staat zugewiesen.

2.4. Die Europäischen Union und der Bereich der Bildung und der beruflichen Ausbildung

Wie bereits im Rahmen der Darstellung Deutschlands gezeigt wurde, verfügt die Europäische Union über keinerlei Regelungsbefugnisse im Bereich der Bildung und der Ausbildung, womit eine Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene dieser Bereiche bisweilen ausgeschlossen ist.

184 Die italienische konkurrierende Gesetzgebung entspricht der deutschen Rahmengesetzgebung, die durch die Föderalismusreform 2006 – nicht zuletzt aufgrund der immer wieder auftauchenden Problematik, wie detailreich das staatliche Rahmengesetz sein darf und somit die eigentliche Gesetzgebungskompetenz der Länder einschränken darf – abgeschafft.

185 *Sandulli*, Il sistema nazionale di istruzione, 2003, S. 102f.

186 Subsidiarität bedeutet, dass die höhere Verwaltungsebene nur dann eingreift, wenn die Verwaltungsebene, die näher am Bürger ist, die Aufgabe nicht erfüllen kann.

187 Differenzierung bedeutet, dass bei der Verleihung von Verwaltungsfunktionen die Verwaltungstüchtigkeit der Körperschaften beachtet werden müssen, welche demografisch, territorial und strukturell verschieden sein können.

188 Angemessenheit bedeutet, dass die Verwaltungsfunktionen nur Körperschaften anvertraut werden dürfen, die ausreichend effizient sind.

2.5. Die Schulverwaltungsreform

Die Schulverwaltung wurde bereits durch eine Reihe von Gesetzen, die Ende der 1990er Jahren erlassen wurde, reformiert. Diese hatten die Verfassungsreform 2001, zumindest bezüglich der Verwaltungskompetenzordnung, schon größtenteils vorweggenommen und, aufgrund der detailreicheren Bestimmungen über die einzelnen Zuständigkeiten der verschiedenen Verwaltungsebenen, im Vorfeld schon zum Teil konkretisiert. Dazu gehören insbesondere das Gesetz des 15. März 1997, Nr. 59¹⁸⁹ und das gesetzesvertretende Dekret des 31. März 1998, Nr. 112¹⁹⁰ über die Übertragung zentraler Verwaltungskompetenzen an die Regionen und die Gebietskörperschaften, das Dekret des Präsidenten der Republik des 8. März 1999, Nr. 275¹⁹¹ über die Schulautonomie und das gesetzesvertretende Dekret des 30. Juli 1999, Nr. 300¹⁹² über die gesamte Umstrukturierung des Verwaltungsapparats.

2.5.1. Zuständigkeiten von Staat, Regionen, territorialen Gebietskörperschaften und Schuleinrichtungen

Zusammenfassend, ergeben sich aus der Verfassung und den Gesetzen für die einzelnen Verwaltungsebenen folgende Zuständigkeiten. Das Ministerium für Bildung, Universität und Forschung legt die Grundsätze bezüglich der Schulnetzorganisation fest sowie die Mindestleistungsniveaus und überwacht und überprüft das Schulsystem¹⁹³. Die Regionen nehmen dagegen Planungs- und Programmierungsaufgaben bezüglich ihres eigenen Territoriums wahr, v.a. hinsichtlich des Schulnetzes und des Bildungsangebots und übernehmen darüber hinaus die Verwaltung der Bildungsdienstleistungen¹⁹⁴. Die territorialen Gebietskörperschaften, d.h. die Provinzen und die Gemeinden kollaborieren einerseits mit den

189 L. 15 marzo 1997, n. 59 „Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa“.

190 D.lgs. 31 marzo 1998 „Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59“.

191 D.P.R. 8 marzo 1999, n. 275 „Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche, ai sensi dell'art. 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59“.

192 D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 „Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59. Was die Struktur des staatlichen Verwaltungsapparats anbelangt, wurden weitere Normen erlassen, zuletzt das Decreto del Presidente della Repubblica 17/2009“.

193 *Sandulli*, in: *Cassese*, siehe Fn. 93, S. 3305 (3313).

194 *Gigante*, *L'istruzione*, in: *Cassese*, *Trattato di diritto amministrativo*, 2. Aufl. (2003), S. 779 (791).

Regionen für die Umsetzung der Planungs- und Programmierungsaufgaben und haben andererseits eine Unterstützungsfunktion gegenüber den schulischen Einrichtungen¹⁹⁵. Darüber hinaus verfügen sie über die Befugnisse Schulen zu errichten, zusammenzuschließen, anzugliedern und zu schließen. Sie sind außerdem damit beauftragt Benutzungspläne für Schulgebäude und Schulausstattungen zu erstellen¹⁹⁶. Die Schulinrichtungen verrichten die schulischen Dienstleistungen im technischen Sinne und flechten, dank ihrer Rechtspersönlichkeit und ihrer, seit 2001 auch auf Verfassungsebene anerkannten funktionellen Autonomie, Beziehungen zu den territorialen Gebietskörperschaften sowie zu der Gemeinschaft und ihrer Gesellschaftsgruppen. Der wichtigste Ausdruck der Autonomie ist die Planung des Bildungsangebots, in der sich die kulturelle Identität der Schule widerspiegelt¹⁹⁷.

2.6. Die fehlende Umsetzung der Schulverwaltungsreform und der Verfassungsreform

Obwohl nun schon über ein Jahrzehnt seit dem Erlass der Gesetze der Schulverwaltungsreform und der Verfassungsreform vergangen ist, wurden die Weichen für eine Umsetzung immer noch nicht gestellt. Verantwortlich für die fehlende Verwirklichung der Dezentralisierung der Bildung ist hauptsächlich die anhaltende Untätigkeit des staatlichen Gesetzgebers. Dabei sind zwei Versäumnisse besonders gravierend.

Zum ersten besteht der peripheren Apparat der Zentralverwaltung auf den Territorien der Regionen und der territorialen Gebietskörperschaften weiter fort¹⁹⁸. Das Ministerium für Bildung, Universität und Forschung verfügt also weiterhin über einen zentralen und einen peripheren Verwaltungsapparat. Letzterer umfasst v.a. die regionalen und provinziellen Schulabteilungen, die immer noch Aufgaben wahrnehmen, die längst den Regionen, den Provinzen sowie den Schulanstalten übertragen wurden¹⁹⁹. Auch die territorialen Kollegialorgane, die in allen regionalen Schulabteilungen eingesetzt sind und sich aus Vertretern des Staats, der Regionen, der Gebietskörperschaften und der Schulanstalten zusammensetzen,

195 *Sandulli*, in: *Cassese*, siehe Fn. 93, S. 3305 (3313).

196 *Pellizzari*, L'organizzazione dell'amministrazione scolastica e della scuola statale, in: *Cortese*, Tra amministrazione e scuola, S. 41 (59).

197 *Sandulli*, in: *Cassese*, siehe Fn. 93, 3305 (3313-3315).

198 *Rinaldi*, Istituzioni scolastiche e autonomie territoriali, in: *Cortese*, Tra amministrazione e scuola, 2014, S. 113 (118-120).

199 *Sandulli*, in: *Cassese*, siehe Fn. 93, S. 3305 (3314).

werden ihrer Aufgabe, die Verwaltung auf den verschiedenen Ebenen zu koordinieren nicht gerecht.

Zum zweiten hat der Staat die notwendigen Ressourcen, v.a. in Form von Geldmitteln und Personal, nach wie vor nicht an die Regionen und die Gebietskörperschaften übertragen²⁰⁰. Es ist klar, dass solange die finanziellen Ressourcen in der Hand des Staates liegen, viele der neu errungenen Befugnisse der unteren Verwaltungsebenen ins Leere laufen.

2.6.1. Rezentralisierende Tendenzen und Fazit

Bei den wenigen Eingriffen des staatlichen Gesetzgebers seit der Verfassungsreform 2001 müssen sogar „rezentralisierende“ Tendenzen festgestellt werden.

Zum einen wurde der Verwaltungsapparat des Ministeriums, während er eigentlich vereinfacht werden sollte, noch komplexer²⁰¹. Zum anderen blockiert der staatliche Gesetzgeber die Entwicklung einer eigenständigen regionalen Gesetzgebung im Bereich der Bildung. Erstens umgeht der staatliche Gesetzgeber seine Aufgabe, die verfassungsrechtlichen Begriffe „allgemeine Normen über die Bildung“ und „Mindestleistungsniveaus“ näher zu bestimmen – wozu jedoch der Verfassungsgerichtshof einen wichtigen Beitrag geleistet hat – und nimmt sich somit das Recht heraus diese Kompetenzen weit auszulegen und auf diese Weise den Regionen Regelungsspielraum zu entziehen²⁰². Zweitens werden die Regionen durch den fehlenden Erlass der wesentlichen Grundsätze im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung daran gehindert ihre Detailbestimmungen zu erlassen²⁰³. Auch der italienische Verfassungsgerichtshof hat die Trennlinie zwischen Gesetzgebungsbefugnisse des Staates und der Regionen nicht klar definiert.

Zieht man ein Fazit, muss festgestellt werden, dass der Staat nicht nur die Grundzüge des Schulsystems bestimmt und dieses von oben lenkt und dirigiert, so wie Verfassung und Gesetze dies vorschreiben, sondern nach wie vor das Bildungssystem stark reglementiert und direkt

200 *Rinaldi*, in: *Cortese*, siehe Fn. 198, S. 113 (118-120).

201 D.P.R. 11 agosto 2003, n. 319, „Regolamento di organizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca“.

202 *Sandulli*, in: *Cassese*, siehe Fn. 93, S. 3305 (3314).

203 *Sandulli*, Sussidiarietà ed autonomia scolastica nella lettura della Corte costituzionale, *Istituz. Fed.* 4/2004, 543 (554-556).

verwaltet²⁰⁴. Dies steht zweifelsohne im Widerspruch zu der neuen Verfassungsordnung und die Umsetzung der Verfassungsreform wird erhebliche Veränderungen dieses Systems mit sich bringen²⁰⁵.

2.7. Die Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofs

Infolge der Untätigkeit des staatlichen Gesetzgebers hat der italienische Verfassungsgerichtshof mehrmals die Gelegenheit genutzt, die verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten sowie die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Begrifflichkeiten im Bereich der Bildung konkreter zu definieren. Obwohl es sich um wichtige Entscheidungen handelt, bleibt klar, dass das Eingreifen des italienischen Verfassungsgerichtshofs keine organische, klare Gesetzgebung ersetzen kann. Insbesondere das Finanzmanagement und die Übertragung von Ressourcen verlangen nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers²⁰⁶.

2.7.1. Die Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse zwischen dem Staat und den Regionen. Teilweise Kritik an der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs

Mit dem Urteil 13/2004 klärte der Verfassungsgerichtshof erstmals auf klare und determinierte Art und Weise die Trennlinie zwischen den Gesetzgebungsbefugnissen von Staat und Regionen. Die Schulnetzplanung sei der Kernbereich der Gesetzgebungsrechte der Regionen und bewirke, dass alle Bereiche, die mit der Schulnetzplanung eng in Verbindung stehen, wie beispielsweise die Verteilung des Personals auf die Schulen, den Regionen zustehen. Der Staat dürfe, so der Verfassungsgerichtshof weiter, in der Schulnetzplanung und in der gesamten Verwaltung der schulischen Dienstleistungen lediglich die Grundsätze bestimmen²⁰⁷. Die spätere Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zum Thema wurde jedoch zu Recht als inkonsequent kritisiert. So ließ es der Verfassungsgerichtshof beispielsweise im Urteil 200/2009 zu, dass der Staat innerhalb seiner ausschließlichen Gesetzgebungsbe-

204 *Sandulli*, siehe Fn. 185, S. 87.

205 *Gigante*, in: *Cassese*, siehe Fn. 194, S. 779 (798).

206 *Poggi*, La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del titolo V. Poche prospettive e molti problemi, in: *Bombardelli/Cosulich*, L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie, 2005, S. 37 (56).

207 itVerfGH, Urt. v. 13.01.2004, n.13 – Giur. cost. 2004, 218 (224).

fugnisse auch rein organisatorische Aspekte des Bildungssystems, wie die Planung der territorialen Schulorganisation, regeln durfte²⁰⁸.

2.7.2. Die Definition der allgemeinen Normen, des Mindestleistungsniveaus und der wesentlichen Grundsätze der Bildung

Im Urteil 200/2009 formulierte der Verfassungsgerichtshof erstmals eine abstrakte Definition der in der ausschließlichen Zuständigkeit des Staates liegenden allgemeinen Normen über die Bildung. Es seien jene Normen, die die tragenden Strukturen des nationalen Bildungssystems definieren und die, primär zum Ziele der Gleichbehandlung der Benutzer der Bildungsdienstleistungen, auf einheitliche und gleichförmige Art und Weise auf dem gesamten Staatsterritorium angewendet werden müssen²⁰⁹.

Im Urteil 387/2007 legte der Verfassungsgerichtshof die inhaltliche Begrenzung der in der ausschließlichen Gesetzgebung des Staates liegenden Bestimmungen der Mindestleistungsniveaus fest. Der Staat dürfe im Rahmen dieser Normen nur die strukturellen und qualitativen Leistungsstandards erlassen. Weder dürfe er bestimmen, welche Körperschaften die Leistungsniveaus sicherstellen müssen²¹⁰, noch, so im Urteil 248/2006, dürfe er mit den Bestimmungen der Mindestleistungsniveaus eine Materie insgesamt regeln²¹¹.

Im Urteil 92/2011 bestimmte der Verfassungsgerichtshof hingegen die Bedeutung der wesentlichen Grundsätze über die Bildung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Es seien jene Normen, die einheitliche Bedingungen in Bezug auf die Inanspruchnahme der Bildungsdienstleistung sicherstellen, aber einerseits nicht auf die essentielle Struktur des Bildungssystems zurückzuführen seien und andererseits das Tätigwerden des regionalen Gesetzgebers benötigen, um verwirklicht zu werden²¹².

208 *Rinaldi*, in: *Cortese*, siehe Fn. 198, S. 113 (122-124).

209 itVerfGH, Urt v. 2.07.2009, n.200 – Giur. cost. 2009, 2316 (2324).

210 itVerfGH, Urt. v. 17.07.2007, n.387 – Giur. cost. 2007, 2827 (2828).

211 itVerfGH, Beschl. v. 27.10.2006, n.248 – Giur. amm. 2006, III, 425 (425).

212 itVerfGH, Urt. v. 9.03.2011, n.92 – Giur. cost. 2011, 1331 (1343).

III. Homeschooling

1. Deutschland

1.1. Das Phänomen *Homeschooling*

1.1.1. *Homeschooling*: Begriff und Definition

Homeschooling, im wissenschaftlichen Zusammenhang zutreffender als „home education“²¹³ bezeichnet, und ins Deutsche oftmals mit „Heimunterricht“, „Hausunterricht“, „Bildung zu Hause“ oder „familiäre Beschulung“ übersetzt²¹⁴, beschreibt das Phänomen der Unterrichtung von Kindern im häuslichen Umfeld von den eigenen Eltern, anstatt in der Schule von professionellen Lehrkräften²¹⁵.

Die Ausübungsweisen des *Homeschooling* sind so unterschiedlich, wie es pädagogische, didaktische und weltanschauliche Vorstellungen gibt, die der elterlichen Bevorzugung des Hausunterrichts gegenüber der Schule zugrunde liegen. *Homeschooling* ist ein weiter und eher unspezifischer Begriff. Die Homeschooling-Bewegung teilt sich ihrerseits in verschiedene Strömungen, wie beispielsweise das Unschooling, welche durchstrukturierten Unterricht ablehnt und den Grundsatz des freien Lernens ausübt²¹⁶. Einige *Homeschooling*-Richtungen folgen den Theorien von Pädagogen und Theoretikern, wie Ivan Illich, österreichischer Philosoph und Gründer der Deschooling-Bewegung, welche der Monopolisierung von Wissen und Studientiteln durch die Institution Schule kritisiert²¹⁷, oder Helmuth Stücher, der nach jahrelangen Kampf gegen die deutschen Behörden in die USA ausgewandert ist und Begründer der christlich orientierte „Philadelphia-Schule“ ist. Viele *homeschooler* haben sich in Netzwerke zusammengeschlossen und einige

213 Obwohl diese Arbeit wissenschaftliche Absichten hat, wird im Verlauf aufgrund der weiteren Verbreitung der Begriff Homeschooling verwendet.

214 Reimer, „Homeschooling“: Ausgangspunkt, Terminologie, Fragestellung, in: Reimer, Homeschooling, Bedrohung oder Bewährung des freiheitlichen Rechtsstaats?, 2012, S. 9 (12).

215 Lange, Asyl für die deutschen Homeschooler in den USA – ein „Präzedenzfall“ für die Aufhebung der Schulpflicht in Deutschland? Siehe unter: <http://community.beck.de/gruppen/forum/bildungsrecht/asyl-fuer-deutsche-homeschooler-in-den-usa-%E2%80%93-ein-%E2%80%9Epraezedenzfall%E2%80%9C-fuer-die-aufhebung-der-schulpflicht> (9.9.2014).

216 Reimer, in: Reimer, siehe Fn. 214, S. 9 (12).

217 Buch zur Theorie: Illich, Deschooling Society, 1971.

befolgen, auf der Grundlage derselben erzieherischen Ideologie, gemeinsame Studienpläne für ihre Kinder²¹⁸. Was den Rahmen des Hausunterrichts betrifft, kann die elterliche Beschulung ein Kind oder mehrere Kinder, wie Geschwisterkinder oder Kinder anderen *homeschooler*-Familien, zum Gegenstand haben²¹⁹.

1.1.2. Aktualität des Themas: Zahlen und aktuelle Ereignisse

Die deutsche Rechtsordnung kennzeichnet sich durch eine sehr strikte Schulpflichtregelung, die einen Anspruch auf *Homeschooling* grundsätzlich ausschließt. Es gibt jedoch Elternpaare, die ihre Kinder, häufig beschränkt auf die Jahre des Grundschulalters, unter persönlicher Aufsicht und nach den eigenen pädagogischen und weltanschaulichen Überzeugungen und Ansichten unterrichten möchten.

Die Erforschung des *Homeschooling* steht in Deutschland erst am Anfang²²⁰. Fest steht, dass die Erscheinung des *Homeschooling* in Deutschland, wie in den anderen europäischen Ländern²²¹, lediglich eine Minderheit betrifft und somit als eine Randerscheinung gilt. Durch die faktische Illegalisierung, gibt es in Deutschland kaum offizielle Statistiken, die über das Phänomen Aufschluss geben. Da sich Familien nur im Verborgenen über die Schulpflicht hinwegsetzen, ist die Anzahl der Kinder, die Hausunterricht erhalten, schwierig zu bestimmen. Geschätzt wird die Zahl der *homeschooler*-Fälle, die von den Behörden unentdeckt bleiben oder geduldet werden, ausgehend von den Mitgliederzahlen von vorhandenen Netzwerken und Gruppierungen einschließ-

218 <http://www.philadelphia-schule.de/html/programm.html> (Stand: 16.11.2014).

219 Aufschluss über das Homeschooling-Panorama geben verschiedene Netzwerke und Blogs, siehe unter: <http://www.hausunterricht.org>, <http://www.homeschooling.de/>, <http://www.philadelphia-schule.de>, <http://www.netzwerk-bildungsfreiheit.de/>, <http://www.bvnl.de/>.

220 *Lange*, Asyl für die deutschen Homeschooler in den USA – ein „Präzedenzfall“ für die Aufhebung der Schulpflicht in Deutschland?, siehe unter: <http://community.beck.de/gruppen/forum/bildungsrecht/asyl-fuer-deutsche-homeschooler-in-den-usa-%E2%80%93-ein-%E2%80%9Epraezedenzfall%E2%80%9C-fuer-die-aufhebung-der-schulpflicht> (9.9.2014).

221 Beispielsweise in Österreich, wo Hausunterricht legal ist, befanden sich im Jahr 2010/2011 2.216 Kinder in Hausunterricht, d.h. deutliche weniger als 0,5 % der schulpflichtigen Kinder. Siehe die Angaben des Unterrichtsministeriums unter: http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_07837/fname_218766.pdf. Ausnahmen bilden jedoch das Vereinigte Königreich und Frankreich, wo das Phänomen weiter verbreitet ist.

lich einer Dunkelziffer, auf 500-800 Kinder, andere Quellen sprechen von bis zu 3000 Kindern²²².

Im Jahr 2006 kritisierte Vernor Munoz, UN-Sonderberichterstatter für das Recht auf Bildung, in seinem Abschlussbericht über die Lage in Deutschland die Bundesrepublik aufgrund ihrer strikten Schulpflichtregelung. Der Costaricaner beanstandete in seinem Bericht, dass Bildung in Deutschland mit Schulbesuch gleichgesetzt werde. Er merkte an, dass nicht der Besuch einer bestimmten Art von Bildungseinrichtung, sondern das Wohl des Kindes im Mittelpunkt stehen sollte. Auch *Homeschooling* würde ein geeignetes Mittel hierzu darstellen²²³.

Für Aufsehen sorgte ebenso die Entscheidung eines Immigrationsrichters in Memphis, Tennessee, der am 26. Januar 2010 einer Familie aus Baden-Württemberg, nachdem deutsche Behörden Maßnahmen gegen die Eltern aufgrund der Schulpflichtverweigerung ergriffen hatten, Asyl in den schon seit langer Zeit²²⁴ *homeschooling*-freundlichen Vereinigten Staaten gewährleistete.

1.1.3. Europäischer Vergleich

Im europäischen Vergleich befindet sich Deutschland in einer Außen-seiterposition²²⁵. Irland, Großbritannien, Spanien, Frankreich, Schweiz, Österreich, Dänemark, Norwegen, Finnland und Schweden und Italien sind nur einige der europäischen Länder, in denen das Recht auf *Homeschooling* einfachgesetzlich wenn nicht sogar verfassungsgesetzlich²²⁶ ausdrücklich gewährleistet ist²²⁷. In England und Wales bestimmt der Education Act von 1996, dass Kinder ihre „compulsory education“ entweder durch den regulären Besuch einer Schule oder

222 *Spiegler*, Home Education in Deutschland, 2008, S. 163.

223 *Munoz*, Report of the Special Rapporteur on the right of education, Ziffer 62. http://www.netzwerk-bildungsfreiheit.de/pdf/Munoz_Mission_on_Germany.pdf (Stand: 16.11.2014).

224 Entscheidend war das Urteil *Wisconsin v. Yoder* der U.S. Supreme Court aus dem Jahr 1972. Einer Amish-Familie wurde das Recht gewährt, aufgrund ihrer religiösen Überzeugungen ihre Kinder aus der Schule fernzuhalten.

225 *Tangermann*, „Homeschooling“ aus Glaubens- und Gewissensgründen, ZevKR 51 (2006), 393 (397).

226 Betrifft nur Österreich und Irland, siehe jeweils Art. 17 Staatsgrundgesetz (bildet zusammen mit der EMRK, die in Österreich ebenfalls in Verfassungsrang steht, den österreichischen Grundrechtskatalog) und Art. 42 Irische Verfassung.

227 *Hanschmann*, „Homeschooling“ Rigides Verfassungsrecht auf unsicherem Grund, in: FS Brun-Otto Bryde, 2013, S. 381 (385)

anderweitig erfüllen können²²⁸. In Frankreich regelt der Code de l'éducation, dass die „instruction obligatoire“ in öffentlichen oder privaten oder in den Familien durch die Eltern erfüllt werden kann. In Schweden ist der Hausunterricht seit 2010 nur noch unter außergewöhnlichen Umständen erlaubt²²⁹. Auch in den meisten Kantonen der Schweiz wird der Hausunterricht an bestimmte Voraussetzungen gebunden, beispielsweise wird in Zürich ein Lehrerdiplom eines Elternteils verlangt²³⁰.

Auch im internationalen Vergleich mit Ländern westlicher Kultur stimmt dieser Vergleich überein. So ist *Homeschooling* sowohl in den USA²³¹ als auch in Kanada legal.

1.1.4. Die Heterogenität der Beweggründe für *Homeschooling*

Die Gründe, die Eltern zur Entscheidung bewegen, ihr Kinder zu Hause unterrichten zu wollen, sind heterogen und vielschichtig. Neben religiösen Überzeugungen und der Befürchtung, die Möglichkeit der Vermittlung bestimmter Glaubenswerte würde durch den Schulbesuch zu stark eingeschränkt, stehen ebenso häufig andere Motive im Vordergrund. Diese reichen vom Anliegen individueller Förderung des Kindes mit Lese-Rechtsschreibstörung²³² oder mit speziellem Begabungsprofil, über den generellen Wunsch nach besserem und effektiverem Ler-

228 Duty of parents to secure education of children of compulsory school age.

The parent of every child of compulsory school age shall cause him to receive efficient full-time education suitable (a) to his age, ability and aptitude, and (b) to any special educational needs he may have, either by regular attendance at school or otherwise.

229 Siehe unter: <http://www.hslda.org/hs/international/sweden/201007070.asp>

230 Siehe die verschiedenen Anforderungen der Kantone unter: www.zg.ch/behoerden/direktion-fur-bildung-und-kultur/amt-fur-gemeindliche-schulen/inhalte-ags/schulaufsicht/dokumente-schulaufsicht/dokumente-privatschulen-private-schulung/downloads/schulinfo-2011-12-nr.-2-neues-phaenomen-homeschooling/download

231 In den USA befinden sich derzeit ca. 1,5 Mio. Kinder in Hausunterricht, fast 3 % der schulpflichtigen Kinder. Siehe die Statistiken des National Center of Education Statistics: <http://nces.ed.gov/fastfacts/display.asp?id=91>.

232 VG Würzburg, Urt. v. 11.06.2008 – W 2 K 07/1511.

nen²³³, bis hin zur Vermeidung von Schulmobbing²³⁴ und der Erkrankung an psychosomatischen Leiden oder Schulangst²³⁵.

Zum Teil liegt der Beweggrund in der Annahme das Umfeld schade der Entwicklung des Kindes, zum Teil wird schlechthin ein alternativer Weg bevorzugt, ohne dass Berührungsängste oder Negativabgrenzungen im Spiel sind²³⁶. *Homeschooling*-begehrende Eltern verbindet die Kritik, die Bildungsstruktur sei starr und auf die gleichzeitige Beschulung von vielen Schülern optimiert, was den individuellen Lebensentwurf beträchtlich einschränke²³⁷.

Angesichts dieser Mannigfaltigkeit des *homeschooler*-Panoramas wird die Haltung von Behörden und Gerichten oft als undifferenziert und pauschalisierend kritisiert²³⁸. Vor allem die Darstellung, es handle sich bei den *homeschooler*-Familien um religiöse Fundamentalisten sei nicht nur einseitig, sondern auch stigmatisierend²³⁹.

1.1.5. Ursprung des Phänomens des *Homeschoolings* in Deutschland unter sozialwissenschaftlichem Gesichtspunkt

Sozialwissenschaftlich betrachtet liegt der Ursprung der *Homeschooling*-Bewegung in Deutschland in den sechziger und siebziger Jahren. In diesen Jahrzehnten, die sich durch einen bedeutsamen gesellschaftlichen Veränderungsprozess kennzeichnen, vollzog sich ein wesentlicher Wertewandel. Autoritätsstrukturen wurden immer häufiger nicht mehr als gegeben hingenommen, sondern hinterfragt. In den neuen pädagogischen Theorien, wurde eine antiautoritäre, auf Emanzipation zielende Erziehung zum Ideal²⁴⁰. Von diesem Umbruch blieb auch das Bildungswesen nicht unbeeinflusst, was zugleich Reformen erfuhr.

233 OVG Bremen, Urt. v. 3.02.2009 – 1 A 21/07.

234 VG Ansbach, Beschl. v. 12.12.2006 – AN 2 S 06.01862.

235 *Spiegler*, Homeschooling in Deutschland und die Herausforderung einer angemessenen rechtlichen Beurteilung, in: *Reimer*, Homeschooling, Bedrohung oder Bewährung des freiheitlichen Rechtsstaats?, 2012, S. 55 (57-58).

236 *Reimer*, in: *Reimer*, siehe Fn. 214, S. 9 (10).

237 *Spiegler*, in: *Reimer*, siehe Fn. 235, S. 55 (57-58).

238 *Reimer*, Homeschooling als Option? - Allgemeine, nicht absolute Schulpflicht, NVwZ 2008, 720 (721).

239 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 108.

240 *Spiegler*, siehe Fn. 222, S. 145-147.

Ab den 1980er Jahren rieben sich zunehmend zwei Gruppen aus sehr unterschiedlichen Milieus am Bildungssystem. Auf der einen Seite die Progressiven und Alternativen, denen die Schule trotz der Bildungsreformen der vorhergehenden Jahrzehnte immer noch zu starr und autoritär war. Auf der anderen Seite die Konservativen, meist christlicher Orientierung, denen es im Gegenteil zu liberal und antiautoritär wurde. So unterschiedlich diese Gesellschaftskräfte auch waren, teilten sie denselben Wunsch nach weniger staatlichen Einfluss im Bildungsbe-
reich und trafen sich bei der gleichen Alternative, dem *Homeschooling*²⁴¹.

Heute besteht eine Entwicklungstendenz dahingehend, dass die Bewegung immer diverser wird und Mitglieder fast aller sozialen Schichten miteinschließt²⁴². Immer öfter ist die Bevorzugung von Hausunterricht nicht mehr ideologisch begründet, sondern basiert auf ganz pragmatischen Gründen, wie beispielsweise, Lernschwächen oder Mobbing²⁴³. In Zukunft mag die Skepsis an der inhaltlichen Qualität staatlicher Bildungsangebote dazukommen, z.B. mit Blick auf sehr lange Schulwege, Zweifeln an der wirklich guten Qualifikation der Lehrpersonals, denkbaren schulorganisatorischen (Not-)Lösungen angesichts zukünftiger fiskalischer und demografischer Entwicklungen (Gemeinschaftsschulen mit klassenübergreifenden Unterricht, Schulinternate etc.).

1.2. Rechtsfragen im Zusammenhang mit *Homeschooling*

1.2.1. Die Rechtslage in Bezug auf das *Homeschooling*. Die allgemeine Schulpflicht als Schulbesuchspflicht

Wie schon erläutert wurde, ist das Schulrecht, gemäß Art. 30 i. V. m. Art. 70 GG mangels Bundeszuweisung Sache der Länder. Die Länderschulgesetze sehen keine explizite Gestattung des *Homeschooling*, zumindest aus subjektiven Gründen, vor. Genauso wenig ist das *Homeschooling* Gegenstand eines direkten Verbots²⁴⁴. Sämtliche Bundesländer sehen aber in den Länderverfassungen oder in den Schulge-

241 *Spiegler*, Kann Ordnungswidrigkeit Bildung sein? - Das Spannungsfeld zwischen Home Education und Schulpflicht in Deutschland aus soziologischer Perspektive, RdJB 1/2005, 71 (71).

242 *Spiegler*, siehe Fn. 222, S. 165.

243 a.a.O., S. 162.

244 *Tangemann*, siehe Fn. 225 393 (400f).

setzen²⁴⁵ eine allgemeine Schulpflicht vor. In ganz Deutschland wird die Schulpflicht durch den regelmäßigen Besuch öffentlicher oder anerkannter privater Schulen erfüllt.

Ihrem Inhalt nach handelt es sich dementsprechend nicht um eine reine „(Be-)Schulpflicht“, sondern vielmehr um eine „Schulbesuchspflicht“²⁴⁶.

1.2.1.1. Verstoß gegen die allgemeine Schulpflicht und ihre Durchsetzung

Schulpflichtig sind alle Kinder und Jugendliche, die in einem Bundesland ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben²⁴⁷. Zur Erfüllung der Schulpflicht sind nicht nur die Kinder und Jugendlichen verpflichtet, die den Unterricht und in der Regel auch die Schulveranstaltungen zu besuchen haben, sondern auch die Eltern, die ihre schulpflichtigen Kinder anmelden und zum Schulbesuch anhalten müssen. Bei einer Verweigerung des Schulbesuchs, liegt ein Verstoß gegen die Schulpflicht vor.

Für diese Fälle sehen die meisten Schulgesetze eine Durchsetzung im Wege des Schulzwangs vor, eine besondere Art der Verwaltungsvollstreckung. Der Schulzwang besteht in der zwangsweisen Zuführung der Schulpflichtigen zur Schule. Zum Teil werden auch Zwangsgelder, sei es gegen die Kinder, sei es gegen die Eltern verhängt²⁴⁸. Unabhängig davon stellen Verstöße gegen die Schulpflicht auch Ordnungswidrigkeiten dar. In einigen Ländern gilt die Entziehung von der Schulpflicht sogar als eine Straftat der Eltern²⁴⁹. In letzter Konsequenz droht den Eltern wegen Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB die vollständige oder teilweise²⁵⁰ Entziehung des Sorgerechts.

245 Nur Berlin, Rheinland-Pfalz und das Saarland enthalten keine Vorschrift zur Schulpflicht in ihren Verfassungen.

246 *Tangermann*, siehe Fn. 225, 393 (403).

247 Beispiel: § 26 I 1 SächsSchulG; einige stellen nur auf den gewöhnlichen Aufenthalt ab, Beispiel: Art. 35 I 1 BayEUG; andere nur auf den Wohnsitz, Beispiel: § 41 I SchulG BE.

248 *Habermalz*, Geldbuße und Schulzwang, RdJB 2/2001, 218 (219).

249 Beispiel: § 114 Schulgesetz HH.

250 Meist werden das Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht zur Regelung schulischer Angelegenheiten entzogen und auf das Jugendamt als Ergänzungspfleger übertragen. So beispielsweise in OLG Koblenz, Beschl. v. 11.5.2005 – 13 WF 282/05 .

1.2.1.2. Nur objektive Ausnahmetatbestände von der allgemeinen Schulpflicht

Die gesamten²⁵¹ Landesschulgesetze enthalten allgemein gehaltene Befreiungstatbestände von der Schulpflicht, die eine Befreiung vom Ermessen der zuständigen Schulaufsichtsbehörde abhängig machen. Der Sinngehalt dieser Gesetze ist, dass die Loslösung von der Schulpflicht grundsätzlich verboten ist, da für schädlich gehalten. Nur wenn die Befreiung ausnahmsweise nicht schädlich ist, wird die Befreiung gestattet²⁵².

Die Befreiungstatbestände der Bundesländer erfordern gemeinhin einen „besonderen Fall“²⁵³ oder einen „besonderen“²⁵⁴ bzw. „wichtigen Grund“²⁵⁵. In der Praxis anerkannte Befreiungstatbestände sind die Erkrankung des Schülers, durch die er für längere Zeit nicht in der Lage ist, den Schulweg auf sich zu nehmen. Auch Kinder deren Eltern aus beruflichen Gründen ständig unterwegs sind, wie z.B. Schausteller oder Binnenschiffer werden typischerweise befreit²⁵⁶. Im Endeffekt kommen nur objektive Hinderungsgründe für die Befreiung von der Schulpflicht in Betracht. Subjektive Gründe, so wie religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen erfahren keine Berücksichtigung²⁵⁷. In anderen Worten wird die allgemeine Schulpflicht in Deutschland als absolute Schulbesuchspflicht verstanden²⁵⁸.

1.1.2. Grundrechtliche Spannungsverhältnisse

Homeschooling wirft wesentliche grundrechtliche Spannungsverhältnisse auf. Gemäß Art. 6 II GG haben die Eltern das natürliche Recht zur Pflege und Erziehung der Kinder. Gleichzeitig begründet Art. 7 I GG einen staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag. Dieser wird nach ständiger Rechtsprechung der Gerichte über die Schulpflicht verwirk-

251 Mit Ausnahme von Bayern und Thüringen.

252 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht 2010, § 9 Rdnr. 55.

253 Beispiel: § 76 I 1 SchulG BW, § 57 II SchulG BR, § 63 IV SchulG ND.

254 Beispiel: § 41 III 3 SchulG BE.

255 Beispiel: § 36 IV 1 SchulG BB, § 39 II 1 SchulG HH.

256 *Bolde*, Staatliche Veranstaltung Schule 2010, S. 155.

257 *Hebeler/Schmidt*, Schulpflicht und elterliches Erziehungsrecht – Neue Aspekte eines alten Themas?, NVwZ 2005, 1368 (1369).

258 *Geuer*, Schulpflicht ohne Unterrichtsbesuch, VR 9/2011, 298 (299).

licht²⁵⁹. Ein Konfliktverhältnis entspringt, wenn Eltern den staatlichen Erziehungsanspruch als unvereinbar mit den eigenen Erziehungsvorstellungen ansehen. Der Zwiespalt verschärft sich, wenn den Eltern bei einer Schulverweigerung der Entzug des Sorgerechts droht²⁶⁰.

Ein weiteres Spannungsverhältnis fügt sich hinzu, wenn die Ablehnung der Schule mit Gründen religiöser Überzeugungen zusammenhängt. Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet das Grundrecht der Religionsfreiheit nach Art. 4 i. V. m. Art. 6 II 1 GG den Eltern, ihre Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln, die die Eltern für richtig halten, sowie nicht geteilte Ansichten von ihren Kindern fernzuhalten²⁶¹.

1.2.3. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: die zulässige Beschränkung der elterlichen Grundrechte durch die Schulpflicht

Zweifelsohne stellt die Schulpflicht einen intensiven Eingriff des Staates in die Rechte seiner Bürger, sei es der Eltern, sei es der Kinder, dar²⁶². Zum Verhältnis zwischen der Schulpflicht und den elterlichen Grundrechten nach Art 6 II 1 GG und Art. 4 GG hinsichtlich des Themas *Homeschooling* äußerten sich die deutschen Gerichte bisher in „monolithischer und unzweideutiger Haltung“²⁶³; am ausführlichsten das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluss von 2003, mit dem eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung aufgenommen wurde, da es sich, nach Aussage des Bundesverfassungsgerichts, um schon wiederholt entschiedene Rechtsfragen handelte. Die Entscheidung wurde der Kammer zum Beschluss übergeben. Kammerbeschlüssen kennzeichnen sich dadurch, dass in ihnen Fälle von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung oder mit maßgeblich neuen Grundrechtsfragen nicht abgehandelt werden. Der Kammer waren somit grundrechtsdogmatisch die entscheidenden Weichen bereits gestellt.

Im Urteilsfall ging es um ein Ehepaar, das, unter Angabe religiöser Gründe, eine Befreiung von der Schulpflicht für seine Kinder beantragt

259 BVerfG, siehe Fn. 52 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 85 („Förderstufen“-Urteil).

260 *Spiegler*, siehe Fn. 241, 71 (74).

261 BVerfG, Urt. v. 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 35 („Kruzifix“-Urteil).

262 *Ennuschat*, Völker- europa- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Schulpflicht, RdJB 3/2007, 271 (282).

263 *Reimer*, in: *Reimer*, siehe Fn. 214, S. 9 (10).

hatte. Durch die Verweigerung der Befreiung sahen sie sich in ihrem elterlichen Erziehungsrecht und in ihrer Glaubensfreiheit verletzt. Die Kammer klärte, dass es sich um eine Frage der praktischen Konkordanz zwischen den Grundrechten der Eltern und dem staatlichen Erziehungsauftrag handelte. Eine Befreiung von der Schulpflicht sei nicht geboten, da *die Pflicht zum Besuch der staatlichen Schule dem legitimen Ziel der Durchsetzung des staatlichen Erziehungsauftrags diene und dazu auch geeignet und erforderlich sei*²⁶⁴. Die Schulbesuchspflicht beschränkte somit zulässigerweise die elterlichen Grundrechte.

1.2.3.1. Drei Argumentationslinien des Bundesverfassungsgerichts. Klage vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Das Bundesverfassungsgericht verfolgt in der Urteilsbegründung insgesamt drei Argumentationslinien für die Rechtfertigung einer Schulpflicht absoluten Charakters: die zulässige Einschränkung der einschlägigen elterlichen Grundrechte durch den staatlichen Erziehungsauftrag nach Art. 7 I GG, die Notwendigkeit der Schulpflicht für die Entwicklung sozialer Fähigkeiten und zuletzt, die Erforderlichkeit der Schulpflicht für die Ausbildung staatsbürgerlicher Kompetenzen.

Die folgende Analyse wird die einzelnen Argumentationslinien voneinander trennen und nacheinander untersuchen.

Darüber hinaus erhob das gleiche Ehepaar – ebenso erfolglos – Individualbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts. Auf dieses Urteil („Konrad“) wird im Verlauf immer wieder Bezug genommen.

1.2.4. Vorab: Kritik am Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Verfassungsfragen noch ungeklärt

Wie schon erörtert wurde, sehen die Länder die Schulpflicht, durch die Verfassung oder die Schulgesetze, ausdrücklich vor. Keine explizite Normierung der Schulpflicht lässt sich hingegen auf der Ebene des Grundgesetzes finden. Aus dem Kammerbeschluss wird jedoch deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht die implizite Verankerung der Schulpflicht auf Verfassungsebene als gegeben voraussetzt. Dabei stützt sich das Gericht auf die Argumentation, die es schon für das

264 BverfG, Beschl. v. 20.4.2003 – 1 BvR 436/03 - zitiert nach juris, dort Rdnr. 6f.

grundlegende „Förderstufen“-Urteil herausgearbeitet hatte: der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag wird durch die allgemeine Schulpflicht konkretisiert und beschränkt in zulässiger Weise die elterlichen Grundrechte²⁶⁵.

Was das Bundesverfassungsgericht jedoch verkannte ist, dass es im „Förderstufen“-Urteil die Schulpflicht nur in Bezug auf die Pflicht zum Besuch einer neu eingeführten Förderstufe – nicht in Bezug auf die Pflicht zum Schulbesuch an sich – gerechtfertigt hatte. Die Konstellation der Verfahren unterschied sich daher maßgeblich.

Im „Förderstufen“-Urteil definiert das Verfassungsgericht das Elternrecht in Bezug auf das staatliche Recht zur Schulorganisation und Schulgestaltung des öffentlichen Schulwesens, das heißt das Elternrecht in Bezug auf den staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag in der Schule. In diesem Zusammenhang klärte das Bundesverfassungsgericht, dass die Gestaltung des Schulsystems nur dem Staat obliege – ohne Anspruch auf Mitwirkung oder Mitgestaltung der Eltern²⁶⁶.

- 1.2.4.1. Das Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung über das Recht des Staates eine ausnahmslos geltende Schulbesuchspflicht festzulegen

Im Beschluss von 2003 haben die Eltern jedoch nicht ihre Rechte in der Schule geltend gemacht, sondern gegen die Schule. Diese Konstellation wirft eine ganz andere und neue Rechtsfrage auf: wo und inwiefern das Grundgesetz ein Recht des Staates begründet, eine ausnahmslose Schulbesuchspflicht festzusetzen. Eine Rechtsfrage mit ungeklärter, grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung, derer sich das Bundesverfassungsgericht selbst und nicht die Kammer annehmen musste. Ohne die Darstellung der verfassungsrechtlichen Herleitung eines solchen Rechts, erweiterte das Kammergericht den staatlichen Erziehungsauftrag nach Art. 7 I GG im Sinne einer Pflicht der Eltern das Schulwesen in Anspruch zu nehmen²⁶⁷. Kurzum, wurde die Lösung über das elterliche Abwehrrecht

265 BverfG, siehe Fn. 52 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 85.

266 Im „Förderstufen“-Urteil wurde, wie schon gezeigt wurde, die sogenannte These der Gleich-rangigkeit zwischen elterlichem und staatlichem Erziehungsauftrag aufgestellt.

267 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 168-175.

in der Schule auf das Problem des elterlichen Abwehrrechts gegen die Schule übertragen²⁶⁸.

Dabei hätte die Rechtssache eine auf der Verfassung basierende Rechtfertigung der Schulpflicht erfordert. Dies soll im Folgenden versucht werden.

1.2.5. Die Relevanz nach der Frage des Ranges der Schulpflicht

Wie gezeigt wurde, ist die landesrechtliche Ausgestaltung der Schulpflicht absolut und steht dem *Homeschooling* streng entgegen.

Letzter Maßstab für die Schulpflicht ist jedoch das Grundgesetz. Landesrecht, einschließlich Landesverfassungsrecht, das dem Grundgesetz widerspricht, ist gemäß Art. 31 GG unwirksam²⁶⁹.

Ein Eingriff in das auf Art. 6 II 1 GG beruhende Grundrecht der Eltern für die Pflege und die Erziehung ihrer Kinder, ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Staat durch eine Vorschrift des Grundgesetzes dazu berechtigt ist, eine Schulpflicht festzulegen und diese so auszugestalten, dass eine Befreiung zum Zwecke des *Homeschooling* nicht möglich ist²⁷⁰.

1.2.6. Die rechtliche Qualität des elterlichen Grundrechts nach Art. 6 I 1 GG

Art. 1 III GG sieht vor, dass die Grundrechte des Grundgesetzes Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Durch die Norm wird der Vorrang des Grundgesetzes, der bereits in Art. 20 III GG allgemein festgelegt ist, für den Bereich der Grundrechte wiederholt²⁷¹. Die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt die unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit des Elternrechts nach Art. 6 II 1 GG²⁷².

268 *Wallrabenstein*, Homeschooling - verfassungsrechtliche Vorgaben, in: *Reimer*, Homeschooling, Bedrohung oder Bewährung des freiheitlichen Rechtsstaats?, 2012, S. 67 (70).

269 *Korioth*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Komm., 70. Ergänzungslieferung (2013), Art. 31 Rdnr. 8.

270 *Handschell*, siehe Fn. 131 ,S. 140, 150.

271 *Herzog/Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Komm., 70. Ergänzungslieferung (2013) , Art.20 III Rdnr. 25.

272 BverfG, siehe Fn. 52 – zitiert nach *juris*, dort Rdnr. 85 („Förderstufen“-Urteil.) Hier hat das Bundesverfassungsgericht geklärt, dass sich das Elternrecht aus Art. 6 II 1 GG - im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung - zu einer individualrechtlichen Position verfestigt hat.

Die Beschränkung des Grundrechts der Eltern ist nur verfassungsgemäß, wenn sie durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt ist, was seinerseits, da eine explizite Vorschrift ja fehlt, Grundlage für eine absolute Schulpflicht bilden muss²⁷³.

Als unmittelbar verfassungsrechtliche Schranken des elterlichen Erziehungsrechts kommen theoretisch nur das staatliche Wächteramt oder die staatliche Schulaufsicht in Betracht, die jeweils in Art. 6 II 2 GG bzw. Art. 7 I GG begründet sind.

1.2.6.1. Das elterliche Erziehungsrecht und die elterliche Glaubensfreiheit nach Art. 4 GG: vorrangige Anwendung des elterlichen Erziehungsrechts

Art. 4 I GG schützt die Freiheit des Glaubens und der Weltanschauung aller Bürger. Art. 4 II GG dient der Verwirklichung dieser Freiheit, des religiösen Denkens, indem er die ungestörte Religionsausübung, die Sphäre des religiösen Tuns, gewährleistet²⁷⁴. Letztere umfasst nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die religiöse Erziehung²⁷⁵.

Die Glaubensfreiheit unterliegt, ebenso wie das elterliche Erziehungsrecht, als Grundrecht nur verfassungsimmanenten Schranken, d.h. eine Beschränkung kommt nur dann in Betracht, wenn diese zum Schutz solcher Rechtsgüter erforderlich ist, die in der Verfassung selbst verankert sind und dem Staat zur Beachtung aufgegeben sind²⁷⁶.

Ein Eingriff in die Grundrechtsposition der Glaubensfreiheit der Eltern muss jedoch nicht geprüft werden²⁷⁷. Die religiöse Erziehung fällt nämlich bereits in den Schutzbereich des elterlichen Erziehungsrechts, wie das Bundesverfassungsgericht ebenfalls bestätigt hat²⁷⁸. Eine parallele Anwendung der beiden Grundrechte würde, durch die unterschiedlichen Grundrechtsschranken zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Der staatlicher Eingriff in die Religionsfreiheit ist dann gerechtfertigt, wenn die in Art. 2 I, II GG geschützten Rechte

273 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 152.

274 *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Komm., 70. Ergänzungslieferung (2013), Art. 4 Rdnr.64.

275 a.a.O., Rdnr. 101.

276 a.a.O., Rdnr. 111.

277 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 147f.

278 BverfG, Urt. v. 17.12.1975 – 1 BvR 63/68 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 56.

anderer, gefährdet sind²⁷⁹. Unter Berufung der Kindesinteressen könnte bei Anwendung der Religionsfreiheit ein Eingriff des Staates leichter gerechtfertigt werden.

Da in der Verantwortung der Eltern, gemäß § 1666 I BGB, das körperliche, geistige und seelische, also umfassende Wohl des Kindes liegt, ist es nicht sinnvoll die religiös-weltanschauliche Erziehung von anderen Aspekten der Erziehung abzugrenzen und einer anderen und separaten verfassungsrechtlichen Prüfung zu unterstellen. Somit wird Art. 6 II 1 GG der Vorrang eingeräumt²⁸⁰.

Eine parallele Anwendung der beiden Grundrechte wie im Kammerbeschluss von 2003 des Bundesverfassungsgerichts ist somit abzulehnen.

1.2.7. Art. 6 I GG: Das Elternrecht und das staatliche Wächteramt: ein Verhältnis der Akzessorietät

Wie schon im Verfassungsvergleich gezeigt wurde, kennzeichnet sich das Grundrecht der Eltern nach Art. 6 II 1 GG gegenüber anderen Grundrechten durch einen eigentümlichen Charakter. Zum einen müssen sich die Eltern bei der Ausübung ihres Freiheitsrechts zur Pflege- und Erziehungstätigkeit am Wohl des Kindes, und nur daran orientieren. Zum anderen ist das Erziehungsrecht der Eltern, wie aus der Verfassungsnorm hervorgeht, ihr „natürliches Recht“ und somit nicht ein vom Staat anvertrautes Recht. Letzteres führt dazu, dass die Eltern grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen sind²⁸¹. Insgesamt wird aus dieser Prägung des elterlichen Grundgesetzes abgeleitet, dass ihnen grundsätzlich die Entscheidung über die Art der Erziehung obliegt und gleichzeitig das Interpretationsprimat dessen, was dem Wohle des Kindes entspricht²⁸².

Auch die Ausgestaltung des staatlichen Wächteramts des Art. 6 II 2 GG ist durch die enge Verbindung zu Satz eins eigentümlich. Der Staat gilt einerseits zwar als Erfüllungsgarant für die elterliche Pflicht zur Erziehung und somit für das Kindeswohl als Endzweck, aber gleichzeitig auch für die Möglichkeit der Eltern die Erziehungsverantwortung wahrzunehmen. Das staatliche Wächteramt muss die elterli-

279 Herzog, in: *Maunz/Dürig*, siehe Fn. 274, Rdnr. 115.

280 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 147f.

281 BverfG, siehe Fn. 39 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 64.

282 *Erichsen*, siehe Fn. 46, S. 51f.

che Erziehungstätigkeit also grundsätzlich schützen und sogar fördern²⁸³. Es verhält sich somit akzessorisch zum elterlichen Erziehungsrecht, dessen Vorrang gilt²⁸⁴.

Ein Eingriff des Staates ist gemäß Art. 6 II 2 GG nur dann gerechtfertigt, wenn die Eltern ihr Recht zur Kindererziehung missbrauchen, also auf eindeutige Weise gegen das Wohl des Kindes handeln. Von Missbrauch wird nur innerhalb enger Grenzen gesprochen und zwar, wenn die Eltern ihre Aufgabe gar nicht wahrnehmen oder nur auf offensichtlich unzureichende Art und Weise²⁸⁵. Davon wird erst ausgegangen – mit der Folge, dass sich das staatliche Wächteramt gegen die Eltern kehrt und eingreift – wenn sich die Eltern mit der Wahl ihrer Erziehungsziele nicht mehr im Vorstellungskreis dessen halten, was in der Gesellschaftsordnung als noch tragbar anerkannt wird²⁸⁶.

Dies ist seinerseits durch das Menschenbild des Grundgesetzes geprägt²⁸⁷. Dementsprechend muss die Erziehung dem Ziel nach ausgerichtet sein, dass sich das Kind zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickelt. Die Verfassung enthält nur ein Leitbild aus dem sich lediglich grundsätzliche Vorgaben für die Erziehung ableiten lassen²⁸⁸.

1.2.7.1. Die Pflicht der Eltern zu einer am Kindeswohl orientierten „guten“ Erziehung: ethische Pflicht

Erziehen die Eltern ihre Kinder aus Sicht des Staates nicht „optimal“, aber hält sich die elterliche Erziehung innerhalb dieser grundsätzlichen verfassungsgesetzlichen Vorgaben zum Menschenbild, hat der Staat keinerlei Recht in das Elternrecht einzugreifen²⁸⁹. Das Grundgesetz geht zwar von einer am Kindeswohl orientierten, und somit „guten“ Erziehung aus, macht diese jedoch nicht nur einer verfassungsrechtlich erzwingbaren Pflicht. Die elterliche Pflichtaufgabe zu einer „guten“ Erziehung hat im Grunde nur ethischen Charakter²⁹⁰.

283 *Böckenförde*, siehe Fn. 42, S. 54 (75).

284 *Handeschell*, siehe Fn. 131, S. 157.

285 *Böckenförde*, siehe Fn. 42, S. 54 (75).

286 a.a.O., S. 54 (66).

287 *Ericksen*, siehe Fn. 46, S. 41.

288 *Böckenförde*, siehe Fn. 42, S. 54 (65).

289 BverfG, Urt. v. 17.02.1982 – 1 BvR 188/80 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 43 i.V.m. 51.

290 *Böckenförde*, siehe Fn. 42, S. 54 (76).

Dieser Regelung liegt die Grundentscheidung für die Familie als Kernorganisation der Gesellschaft zugrunde²⁹¹.

1.2.7.2. Das staatliche Wächteramt nach Art. 6 II 2 GG: keine Grundlage für eine absolute Schulpflicht

Das staatliche Wächteramt kann nur dann als Grundlage für eine Schulpflicht im Sinne einer Schulbesuchspflicht gelten, wenn eine Kindeswohlgefährdung schon daraus resultiert, dass das Kind nicht in der Schule, sondern zu Hause von den Eltern unterrichtet wird.

Davon scheint ein Beschluss aus dem Jahr 2007 des Bundesgerichtshofs entschieden auszugehen. Das Versäumnis der Eltern für den Schulbesuch ihres Kindes hinreichend Sorge zu tragen, stelle eine Gefährdung des geistigen und seelischen Wohls des Kindes dar, auch wenn sie es stattdessen selbst unterrichten²⁹².

Wie jedoch gezeigt wurde, kann im Rahmen des staatlichen Wächteramts keine „optimale“ Erziehung verlangt werden. Eine Kindeswohlverletzung muss grundsätzlich ausgeschlossen werden, solange die Eltern alle wesentlichen Gegenstände der Schulausbildung vermitteln, die es dem Kind – gemäß dem Menschenbild des Grundgesetzes – erlauben seine Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft zu entfalten.

Dazu gehört zum einen die hinreichende Vermittlung von Wissen, die das Kind später zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung befähigt, zum anderen die Förderung von sozialen Kompetenzen, die eine gesellschaftliche Integration sicherstellen.

Während die Eltern nicht über das „ob“ der Vermittlung dieser Inhalte bestimmen können, so aber über die Art und Weise. Denn wie schon gezeigt wurde, obliegt die Entscheidung darüber, wie das Wohl des Kindes am besten gefördert wird, den Eltern, im Rahmen ihres Interpretationsprimats.

Das staatliche Wächteramt ist somit keine Grundlage für die Schulpflicht²⁹³.

291 *Erichsen*, siehe Fn. 46, S. 51f.

292 BGH, Urt. v. 11.09.2007 – XII ZB 41/07 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 13.

293 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 150-155.

1.2.8. Die Grundlage der Schulpflicht: der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag nach Art. 7 I GG

Während in der Rechtslehre Einigkeit über die Ableitung von Art. 7 I GG, obwohl wörtlich nur von „Aufsicht“ gesprochen wird, eines staatliche Bildungs- und Erziehungsrecht besteht, herrscht Divergenz bezüglich der Begründung der Schulpflicht im selben Artikel des Grundgesetzes. Während ein Teil der Rechtslehre zusammen mit der Rechtsprechung davon ausgeht, die Schulpflicht diene der Verwirklichung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag und sei somit auf Grundlage des Art. 7 I GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt²⁹⁴, plädiert ein anderer Teil der Rechtslehre für die Nicht-Verankerung der Schulpflicht auf grundgesetzlicher Ebene.

1.2.8.1. Wortlaut und Zweck des Art. 7 I GG

Die Schulaufsicht nach Art. 7 I GG wird von der herrschenden Meinung regelmäßig als die Befugnis des Staates zur inhaltlichen und organisatorischen Ausgestaltung des Schulwesens definiert. Auf der Grundlage dieser Auslegung kann die Ausdehnung des Schulaufsichtsbegriffs auf die Pflicht der Bürger zur Inanspruchnahme des Schulwesens nur auf gezwungene Art und Weise erfolgen²⁹⁵. Eine solche Pflicht lässt sich auch nicht aus dem Zweck des Art. 7 I GG, nämlich der Pflicht des Staates zur Bereitstellung eines hinreichend ausgebauten Schulwesens, ableiten. Zurecht wurde der Vergleich zu anderen verfassungsrechtlich verankerten sogenannten Staatsaufgaben gezogen. So ist der Bürger nicht zur Inanspruchnahme des Eisenbahnnetzes verpflichtet, nur weil der Staat gemäß Art. 87e I GG zur Eisenbahnverwaltung verpflichtet ist²⁹⁶.

1.2.8.2. Historische Auslegung des Art. 7 I GG

Während das Bundesverfassungsgericht, wie schon gesehen, nicht gebührend dazu Stellung nahm woraus ein staatliches Recht zur Festsetzung der Schulpflicht resultiere, unternahm der Verfassungsgerichtshof Baden Württemberg, Richter a quo bezüglich des Beschlusses von 2003, den Versuch die Ablehnung von der Befreiung der Schulpflicht zum Zwecke des Hausunterrichts auf dem Wege der

294 *Thurn*, Homeschooling als Option? - Das Recht auf Schulbesuch, NVwZ 7/2008, 718 (718).

295 *Heinz*, Elternrecht und deutsche Schulgesetze, NWVBI 2007, 128 (132).

296 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 180.

historischen Auslegung zu rechtfertigen. Die Schulpflicht, die durch den Art. 145 1 WRV, Vorreiterartikel des heutigen Schulverfassungsrechts ausdrücklich normiert wurde, liege auch heute noch dem Art. 7 I GG „unausgesprochen“ zu Grunde²⁹⁷. Zurecht erwidert die Rechtslehre kritisch, dass dem Grundgesetz im Bereich der Erziehung eine ganz andere Prägung eigen sei als der Weimarer Reichsverfassung. Insbesondere aufgrund des epochalen Neuanfangs nach dem Untergang des Dritten Reichs, der im Grundgesetz ein Symbol findet, sei es abwegig von rechtlicher Kontinuität zu sprechen²⁹⁸.

Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, in der die Schulpflicht an sich als Diskussionsthema nicht vorkommt, könne ebenso wenig davon zeugen, dass die Grundrechtsväter von einer Schulpflicht ausgegangen seien²⁹⁹.

1.2.8.3. Systematische Auslegung des Art. 7 GG

Die Schulpflicht ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus der historischen Auslegung. Auch eine Herleitung der Schulpflicht durch die systematische Auslegung des Art. 7 GG muss letztlich ausgeschlossen werden. Art. 7 II GG bestimmt, dass die Eltern das Recht haben, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen. Dies bedeutet nur, dass die Eltern über die Teilnahme ihrer Kinder an anderen Unterrichtsfächern nicht zu entscheiden haben. Dies betrifft jedoch nicht die Frage, ob ein Kind überhaupt zur Schule gehen muss.

Art. 7 IV, V GG gewährleistet die Privatschulfreiheit und die Wahl zwischen öffentlichen und privaten Schulen. Dies sagt jedoch nichts über eine Pflicht darüber aus, sich für eine der beiden Schulformen entscheiden zu müssen.

1.2.9. Die völkerrechtlichen Maßgaben zur Schulpflicht

Die wichtigsten völkerrechtlichen Verträge hinsichtlich des Rechts auf Bildung, Schulpflicht und Elternrechte – explizite Bezugnahmen auf das *Homeschooling* werden nicht vorgenommen – sind die Europäische Menschenrechtskonvention sowie der Internationale Pakt über wirt-

297 VGH-BW, Urte. v. 18.06.2002 – 9 S 2441/01 – zitiert nach juris, dort Rdnr. 19.

298 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 179.

299 *Beaucamp*, Dürfte ein Bundesland die Schulpflicht abschaffen?, DVBl 2009, 220 (222).

schaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt)³⁰⁰. Beide Verträge gelten in Deutschland im Rang eines höherrangigen Bundesgesetzes³⁰¹ bzw. eines Bundesgesetzes und könnten somit als Rechtfertigungsgrundlage der landesrechtlichen Schulbesuchspflichten bzw. als Grundlage eines elterlichen Rechts auf *Homeschooling* dienen.

Der UN-Sozialpakt sieht neben dem auf Art. 13 III UN-SP beruhenden gleichen Freiheitsrecht der Eltern auch die Pflicht zum Grundschulbesuch in Art. 13 II a) vor. Dabei muss jedoch auf die englische und französische Version des Paktes hingewiesen werden. Dort wird nicht, wie in der deutschen Version, von „Schule“ gesprochen sondern von „primary education“ bzw. „enseignement primaire“. Daraus ergibt sich nur, dass ein hinreichender Unterricht gewährleistet sein muss. Dieser könnte jedoch auch außerhalb der institutionellen Einrichtung Schule erfolgen.

1.2.9.1. Die Europäische Menschenrechtskonvention

Art. 2 1.ZP EMRK, wie schon im ersten Kapitel erläutert wurde, enthält keine explizite Vorgabe zur Schulpflicht. Die Norm enthält zum einen eine Garantie für das Recht auf Bildung, zum anderen ein Freiheitszugeständnis an die Eltern, ihre Kinder in religiöser und sittlicher Hinsicht nach Maßgabe ihrer eigenen Überzeugungen zu erziehen. Die Bedeutung der elterlichen Gewährleistungen für das *Homeschooling* in der Literatur ist umstritten. Während weitgehend Einigkeit darüber herrscht, dass die Europäische Menschenrechtskonvention einer in den Vertragsstaaten festgeschriebenen allgemeinen Schulpflicht nicht im Wege steht³⁰², herrscht dagegen Dissens über die Frage, ob die Norm – in den Vertragsstaaten, in denen eine allgemeine Schulpflicht im Sinne einer Schulbesuchspflicht geregelt ist – einen „Rettungsanker“ für begehrende Familien darstelle, also ein Recht auf *Homeschooling* begründe. Während ein Teil der Rechtslehre – solange dadurch das Recht des Kindes auf Bildung gewährleistet bleibt – darauf plädiert³⁰³, äußert sich ein anderer Teil dazu ablehnend. Die Europäische Menschenrechtskonvention verpflichtet zum Zwecke der Verwirklichung des Rechts auf Bildung so-

300 Wie schon gesehen, ist die Europäische Grundrechtecharta nicht einschlägig.

301 In Bezug auf die EMRK wurde schon erläutert, dass ihr ein besonderer Rang zukommt. Sie ist höherrangig als Bundesgesetz, dem Grundgesetz jedoch untergeordnet.

302 U.a. *Reimer*, siehe Fn. 238, 720 (722).

303 *Tangermann*, siehe Fn. 225, 393 (413).

gar zur Schulpflicht und jedenfalls sei das Elternrecht des Art. 2 2 1.ZP EMRK als Recht in der Schule, nicht gegen die Schule konzipiert³⁰⁴.

1.2.9.2. Das Europäische Gericht für Menschenrechte. Urteil „Konrad“ vom 11. September 2006

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte äußerte sich in seinem *Homeschooling*-Urteil „Konrad“ zum Thema Schulpflicht zurückhaltend. Es stehe im Ermessen der Vertragsstaaten, das sie bei der Festlegung und Auslegung von Regelungen für die Bildungssysteme haben, ob sie die Möglichkeit von *Homeschooling* vorsehen oder dies im Rahmen der Regelung über die Schulpflicht ausschließen. Art. 2 1.ZP EMRK beinhalte jedenfalls die Möglichkeit, dass der Staat eine Schulpflicht im Sinne einer Schulbesuchspflicht festlege.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nahm jedoch eindeutig Stellung bezüglich des Dreiecksverhältnisses zwischen dem kindlichen Recht auf Bildung, dem elterlichen Erziehungsrecht und dem staatlichen Erziehungsrecht. Art. 2 II 1.ZP EMRK erkenne sowohl die Rolle des Staates in der Erziehung des Kindes an, als auch das Recht der Eltern, die einen Anspruch auf Achtung ihrer religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen bei Erziehung und Unterrichtung ihrer Kinder haben. Darüber hinaus unterstrich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass Satz zwei des Art. 2 1.ZP EMRK im Zusammenhang mit Satz eins zu verstehen sei. Die Gewährleistung des Rechts auf Bildung sei die dominierende Bestimmung des gesamten Artikels. Daraus folge, dass nur diejenigen Überzeugungen der Eltern geachtet werden müssen, die nicht im Widerspruch zu dem Recht des Kindes auf Bildung stehen. Dies bedeute, dass Eltern ihren Kindern das Recht auf Bildung nicht aufgrund ihrer Überzeugungen verwehren dürfen. Vor allem Kinder sehr jungen Alters, die die Folgen der Entscheidungen der Eltern für ihren Bildungsweg nicht einschätzen und selbst keine autonomen Entscheidungen für sich fällen können, betreffe der Schutz ihres Rechts auf Bildung besonders³⁰⁵.

304 *Maruhn*, Hausunterricht zwischen Bildungsrecht und Elternrecht. „Homeschooling“ im Lichte der EMRK, in: *Reimer*, Homeschooling, Bedrohung oder Bewährung des freiheitlichen Rechtsstaats?, 2012, S. 99 (103).

305 EGMR, Urt. v. 11.09.2006 – 35504/03 – zitiert nach *coe.int*, dort unter Rechtliche Würdigung, I.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ging nicht so weit aus dieser Interpretation eine staatliche Schulpflicht abzuleiten, beteuerte jedoch, dass die Entscheidungen der deutschen Behörden und Gerichte zu einer Ablehnung von Hausunterricht sorgfältig begründet und keine Fehleinschätzungen seien.

Er legitimierte somit das Primat der staatlichen Schulpflicht vor dem Elternrecht unter Bezugnahme auf die Begründungen des Bundesverfassungsgerichts, ohne eine eigenständige Argumentation für die Rechtsfertigung der Schulpflicht zu entwickeln.

1.2.10. Die Fortsetzung der Begründung des Kammerbeschlusses von 2003 des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigte die Schulpflicht nicht nur auf dem Wege des staatlichen Erziehungsauftrags nach Art. 7 I GG – wie gezeigt wurde auf unzulängliche Art und Weise – sondern zusätzlich anhand zwei weiterer Begründungsstränge: die Erforderlichkeit der Entwicklung von staatsbürgerlichen Kompetenzen sowie von sozialen Kompetenzen. *Der staatliche Erziehungsauftrag richte sich nicht nur auf die Vermittlung von Wissen, sondern genauso auf die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilnehmen können. Zweitens könne auch die soziale Kompetenz im Umgang mit Andersdenkenden, gelebte Toleranz, Durchsetzungsvermögen und Selbstbehauptung einer von der Mehrheit abweichenden Überzeugung effektiver eingeübt werden, wenn mit der Gesellschaft und den in ihr vertretenen unterschiedlichen Auffassungen nicht nur gelegentlich stattfinden, sondern Teil einer mit dem regelmäßigen Schulbesuch verbundenen Alltagserfahrung seien.*

Die Allgemeinheit habe nämlich ein berechtigtes Interesse daran, der Entstehung von religiös oder weltanschaulich motivierten „Parallelgesellschaften“ entgegenzuwirken und Minderheiten auf diesem Gebiet zu integrieren. Integration setze dabei nicht nur voraus, dass die Mehrheit der Bevölkerung religiöse oder weltanschauliche Minderheiten nicht ausgrenze, sie verlange vielmehr auch, dass diese sich selbst nicht abgrenzen und sich einem Dialog mit Andersdenkenden und -gläubigen nicht verschließen. Für eine offene pluralistische Gesell-

*schaft bedeutet der Dialog mit solchen Minderheiten eine Bereicherung*³⁰⁶.

1.2.10.1. Soziale Kompetenz. Nochmal: Interpretationsprimat für das Kindeswohl der Eltern

Die Notwendigkeit der Entwicklung sozialer Kompetenzen kann nicht als verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Schulpflicht dienen, da, wie schon festgestellt wurde, die Entscheidungen zur Förderung der Persönlichkeit, einschließlich der Förderung der sozialen Kompetenzen, im Rahmen des Interpretationsprimat für das Kindeswohl – innerhalb der Grenzen des Menschenbildes des Grundgesetzes – den Eltern liegt³⁰⁷. Ganz unabhängig davon, ist die Frage nach der Entwicklung sozialer Kompetenzen von Kindern, die zu Hause unterrichtet werden im Gegensatz zu Kindern, die in der Schule unterrichtet wurden im Grunde eine empirische Frage. Studien aus verschiedenen Ländern, in denen *Homeschooling* erlaubt ist, haben ergeben, dass Kinder, die zu Hause unterrichtet wurden besser oder zumindest nicht schlechter als Schüler öffentlicher Schulen abschneiden³⁰⁸.

1.2.10.2. Staatsbürgerliche Kompetenz. Der Freiheitsstaat des Grundgesetzes und die Notwendigkeit sozialer Integration

Das Argument des Bundesverfassungsgerichts von der Notwendigkeit zur Entwicklung staatsbürgerlicher Kompetenzen verleiht der Schulpflicht im Vergleich zu den anderen Begründungen einen grundsätzlich neuen Sinn und Zweck.

Während im Rahmen der Erwägungen bezüglich dem Verhältnis zwischen dem Elternrecht und dem staatlichen Erziehungsauftrags die Schulpflicht in Funktion des Kindeswohls gilt, wird die Schulpflicht im dritten Argument durch ein Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erziehung des Kindes gerechtfertigt: Kinder und Jugendliche müssen mit den nötigen Voraussetzungen zur Teilnahme

306 BverfG, siehe Fn. 264– zitiert nach juris, dort Rdnr. 7f.

307 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 187.

308 *Spiegler*, in: *Reimer*, siehe Fn. 235, S. 55 (59). Spiegler weist jedoch darauf hin, dass ausländische Studien deren methodische Vorgehensweisen nicht hinreichend deutlich sind, kritisch gelesen werden müssen.

im demokratischen Prozess der Willensbildung ausgestattet werden, was sie erst zu Staatsbürgern mache³⁰⁹.

2.1.10.3. Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes

Diese Argumentation ist jedoch unvereinbar mit dem der Verfassung vorausliegenden Staatsverständnis eines freiheitlichen Staates der die Grundrechte als unmittelbar rechtlich verbindlich ansieht³¹⁰. Die geltende freiheitliche demokratische Verfassungsordnung lehnt jeden Selbstzweck zur Bewahrung und Förderung der staatsapparatischen Funktionalität ab. Staat und Demokratie sind nur ein Mittel zum letztendlichen Ziel der Verfassungsordnung: die freie Selbstentfaltung des Einzelnen. Dieses Staatsverständnis verdeutlicht sich vor allem in der auf Art. 1 I GG beruhenden Menschenwürde, zentrales Prinzip der Verfassungsordnung³¹¹. Sie besteht in der Möglichkeit zur Selbstbestimmung des Menschen und wird durch die einzelnen Grundrechte des Grundgesetzes konkretisiert³¹².

Will der Staat also die soziale Integration und somit die Demokratie fördern – wie im Schulwesen im Rahmen seiner Schulaufsicht nach Art. 7 I GG – darf er das nur innerhalb der Berücksichtigung der Grundrechte. Das bedeutet, dass ein Eingriff in die Grundrechte unzulässig ist, wenn die jeweilige Verfassungsvorschrift das nicht ausdrücklich vorsieht. Die Grundrechte würden ansonsten ihre Relevanz und ihren Wert verlieren, denn sie verleihen den Bürgern gerade das Recht anders zu sein als die Mehrheitsgesellschaft und sich in ihre Verhaltensweisen nicht einzureihen³¹³.

Genau diese Implikation der Grundrechte – was allen westlichen Demokratien gemein ist – hat die U.S. Supreme Court in ihrer *Homeschooling*-Entscheidung *Wisconsin v. Yoder* aus dem Jahre 1972 richtig erfasst. Das Gericht erkannte, dass solange die religiöse Minderheit nicht mit den Interessen und Rechten anderer in Konflikt gerate, der Staat auch ein nach den Glaubensregeln geführtes

309 *Handschell*, siehe Fn 131, S. 188f.

310 a.a.O., S. 193.

311 *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Komm., 70. Ergänzungslieferung (2013), Art. 1 Rdnr. 1-4.

312 *Handschell*, siehe Fn. 131, S. 193.

313 *Uhle*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. (2005), § 82 Rdnr. 3, 83.

Leben fernab von der Mehrheitsgesellschaft dulden müsse, auch wenn er es als einen Irrweg ansieht³¹⁴.

Nach diesem Grundrechtsverständnis hat ein Teil der deutschen Rechtslehre richtigerweise erkannt, dass den Eltern von Verfassung wegen nicht verboten ist, ihre Kinder sogar im Sinne einer politischen Ideologie oder Religion zu erziehen, die mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht konform ist, solange gemäß der Grundrechtsschranken des Grundgesetzes, genauer des Art. 6 II 1 GG, die Erziehung geeignet ist, dass sich das Kind zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickelt³¹⁵.

1.2.11. Der Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Urteil „Konrad“

Wie schon angedeutet wurde, legitimierte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Primat der Schulpflicht vor dem Elternrecht unter Bezugnahme der Begründung des Bundesverfassungsgericht, vor allem in Bezug auf die Integrationsfunktion, die dem staatlichen Schulwesens in einem demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen zustehe. Art. 2 II 1.ZP EMRK sei auch darauf gerichtet den Pluralismus in der Erziehung zu gewährleisten, der für den Erhalt der demokratischen Gesellschaft im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention wesentlich sei³¹⁶.

1.2.12. Allgemeine Kritikpunkte der Begründungen des Bundesverfassungsgerichts. Mangel an empirischen Beweisen und unangemessene Verwendung des Begriffs „Parallelgesellschaften“

Allgemein wurde an der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zurecht der Mangel an Nachweisen zur Verdeutlichung der angebrachten Argumente empirischer Natur kritisiert. Wenn soziologische, pädagogische oder psychologische Argumente in grundrechtsbeschränkenden Entscheidungen, wie dem Kammerbeschluss von 2003, als maßgebend angeführt werden, müssen diese auch plausibilisiert werden³¹⁷. Werden empirische Zusammenhänge geltend gemacht, wie beispiels-

314 „There can be no assumption that today's majority is „right“ and the Amish and others like them are „wrong“. A way of life that is odd or even erratic but inferes with no rights or interests of others is not to be condemned because it ist different [...]“.

315 *Wißmann*, Kulturelle Differenz und Prozeduren der Integration, RdJB 2/2008, 153 (159).

316 EGMR, siehe Fn. 305 – zitiert nach *coe.int*, dort unter Rechtliche Würdigung, I.

317 *Hanschmann*, siehe Fn. 131, S. 381 (385).

weise die Notwendigkeit der schulischen Erziehung für die kindliche Entwicklung bezüglich sozialer und staatsbürgerlicher Kompetenzen, so müssen diese auch hinreichend, dem aktuellen Wissensstand gemäß, belegt werden³¹⁸.

Dasselbe gilt für die Verwendung des Begriffs „Parallelgesellschaften“, der, wie von den Autoren Janßen und Polat treffend formuliert wurde, längst zur „Phrase mutiert“ ist, „derer man sich unreflektiert bedient“³¹⁹. In den Medien würde der Begriff, fernab jeder wissenschaftlichen Definition³²⁰, als Beschreibung der Gefahr gesellschaftlicher Desintegration verwendet und häufig mit einer fremdkulturellen „Bedrohung“ in Verbindung gebracht³²¹. Dabei haben sich religiöse oder sonstige Minderheiten in Deutschland bislang noch keineswegs zu Parallelgesellschaften im tatsächlichen Sinne etablieren können³²². Der Begriff „Parallelgesellschaften“³²³ wurde somit, vor allem angesichts der Verwendung durch das oberste Verfassungsorgan der Bundesrepublik Deutschland, eindeutig unsachgemäß und inadäquat eingesetzt.

1.2.13. Art. 7 IV, V GG

Die Argumentationslinie der Gefahr sozialer Desintegration hält gegenüber einer weiteren Tatsache nicht stand. Während es religiösen oder weltanschaulichen Minderheiten nicht erlaubt ist, von der Möglichkeit des *Homeschooling* Gebrauch zu machen, so ist es ihnen gemäß Art. 7 IV GG jedoch nicht verboten private Ersatzschulen, insbesondere, die sich gemäß Art. 7 V GG auf eine bestimmte Religion oder Weltanschauung stützt, zu gründen und ihre Kinder dort zu unterrichten. Eltern haben das Recht ihre Kinder in separate Schulen zu schicken, in denen sie nur mit Kindern in Berührung kommen, die dieselbe religiöse

318 *Spiegler*, in: *Reimer*, siehe Fn. 235, S. 55 (64).

319 *Janßen/Polat*, Soziale Netzwerke türkischer Migrantinnen und Migranten, APUZ (Aus Politik und Zeitgeschichte) 1-2/2006, <http://www.bpb.de/apuz/30011/soziale-netzwerke-tuerkischer-migrantinnen-und-migranten?p=all> (Stand: 16.11.2014).

320 Nach der Definition von Thomas Meyer charakterisieren sich parallelgesellschaftliche Strukturen anhand von fünf Indikatoren: ethische und/oder religiöse Homogenität, Abgrenzung gegenüber der Mehrheitsgesellschaft, formal freiwillige Segregation, siedlungsräumliche Segregation und Verdopplung der mehrheitsgesellschaftlichen Institutionen, so Langer, „Parallelgesellschaften“: Allgemeine Schulpflicht als Heilmittel?, KritV 2007, 277 (277f.).

321 a.a.O., 277 (277).

322 *Langer*, siehe Fn. 320, 277 (277f.).

323 Den der Kammerbeschluss im Übrigen auch unter Anführungszeichen setzt.

oder weltanschauliche Erziehung erhalten, aber nicht ihre Kinder selber zu unterrichten. Dabei dürfte die Gefahr einer sozialen Desintegration bei diesen Privatschulen um einiges größer sein als beim Hausunterricht. Der Staat behält sich zwar das Genehmigungsrecht dieser Schulen vor, darf in dessen Rahmen jedoch nur Lehrziele, aber kein Erziehungsmodell vorgeben³²⁴.

Außerdem wurde in der Debatte um das *Homeschooling*, angesichts der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der freien Privatschulgründung gefolgert, dass kein Bedürfnis für Hausunterricht bestehe, da die Eltern die Möglichkeit haben, eine ihren Erziehungsvorstellungen entsprechende Schulerziehung sicherzustellen³²⁵. Zurecht wurde dem entgegengehalten, dass bestehende Privatschulen in der Regel nur ein ganz bestimmtes pädagogisches Profil anbieten, und die Gründung von Privatschulen nur mit einem hohen organisatorischen sowie finanziellen Aufwand möglich ist.

2. Italien

2.1. Der verfassungsrechtliche Rahmen des *Homeschooling* in Italien

2.1.1. Istruzione parentale: Begriff und Zahlen, Aktualität des Themas

Homeschooling ist in Italien, wie in vielen anderen europäischen Ländern, legal. Der Begriff „*Homeschooling*“ oder „Home education“ ist in der *homeschooler*-Szene zwar durchaus geläufig, bevorzugt verwendet wird jedoch der Ausdruck „*istruzione parentale*“ („elterliche Bildung“). Darüber hinaus drücken weitere Begriffe, wie „Hausbildung“ („*istruzione in casa*“), „familiäre Bildung“ („*istruzione familiare*“), „familiäre Schule“ („*scuola familiare*“) oder auch „väterliche Schule“ („*scuola paterna*“) dasselbe Konzept der häuslichen Unterrichtung durch die Eltern aus.

Obwohl *Homeschooling* in Italien nicht nur legalisiert, sondern darüber hinaus, wie im Verlauf gezeigt wird, auch reguliert ist, gibt es auf ministerieller Ebene keine Statistiken, die über die Anzahl der Kinder, die sich zur Zeit in Hausunterricht befinden, Auskunft geben³²⁶. Von

324 Rux/Niehues, siehe Fn. 4, Rdnr. 957f.

325 Fetzer, Die Zulässigkeit der Schulpflicht nach Art 7 Abs 1 Grundgesetz, RdJB 1993, 91 (95).

326 Dies wurde mir nach expliziter Anfrage am Ministerium für Bildung, Universität und Forschung bestätigt.

Homeschooling-Netzwerken wird die Zahl italieweit jedoch auf ungefähr 1000 Kinder geschätzt³²⁷. Einzig die Provinz Trient verfügt über offizielle Daten. Im Schuljahr 2014/2015 befinden sich 0,06 % aller schulpflichtigen Kinder des ersten Schulzyklus (d.h. bis 13 Jahre) in Hausunterricht. Jugendliche *homeschooler* des zweiten Schulzyklus (ab 13 bis 16 Jahre) gibt es derzeit in der Provinz Trient keine³²⁸.

Es sei vorausgesagt, dass das Thema *Homeschooling* in Italien bisher keine Aufmerksamkeit erfahren hat. Hausunterricht war weder jemals Streitgegenstand vor italienischen Gerichten, noch setzte sich die italienische Rechtslehre mit dem Thema auseinander.

Die folgende Ausführung wird sich daher vor allem auf die Beschreibung der italienischen *Homeschooling*-Regelung sowie auf ihre verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen beziehen. Schließlich wird die italienische Regelung als mögliche Lösung für ein *homeschooling*-bejahendes, aber gesetzlich geregeltes Modell in Deutschland vorgeschlagen.

2.1.2. Gründe für *Homeschooling*

Auf diversen Internetblogs³²⁹ und Netzwerken³³⁰ können die Gründe, die italienische Familien zur Option *Homeschooling* antreibt, nachvollzogen werden. Die Motivationen sind, wie erwartet, ähnlich heterogen wie in Deutschland: religiöse, gesundheitliche sowie pädagogische Gründe stehen einer Hinnahme des Schulsystems entgegen. Sie reichen von der Vermeidung von Schulmobbing über die effektivere Vermittlung von Wissen über die Unzufriedenheit pädagogischer Grundvorstellungen über das Lernen und das Lehren in der Schule.

2.1.3. Die Schulpflicht in Italien: Verfassungsrang. Die allgemeine Schulpflicht als Schulbesuchspflicht

Im Gegensatz zu Deutschland, ist die Schulpflicht in Italien auf Verfassungsebene, Art 34 II itVerf explizit festgeschrieben.

327 Siehe <http://www.controscuola.it/faq/> (Stand: 16.11.2014).

328 Information erhalten durch das Amt des Studentenverzeichnisses (Ufficio Anagrafe Studenti) der Autonomen Provinz Trient.

329 <http://www.controscuola.it/>.

330 <http://educazioneparentale.org/>, <https://istruzioneefamiliare.wordpress.com/>.

2.1.3.1. Die Auslegung nach dem Wortlaut

Dass es sich bei dieser Bestimmung nicht um die Festsetzung einer Pflicht zum Schulbesuch nach deutschem Vorbild handelt, könnte sich bereits aus der wörtlichen Auslegung ergeben. Die Norm setzt nicht die Pflicht zur Schulpflicht, *obbligo scolastico*, fest als vielmehr, dem Wortlaut nach, zur Bildungspflicht: „L`istruzione inferiore [...] è obbligatoria [...]“. Gemäß dieser Interpretation, würde die Verwendung des Ausdrucks Bildungspflicht die Art der Beschulung grundsätzlich offen lassen, die auch mittels *Homeschooling* zugelassen werden müsste. Die italienische Verfassungsordnung würde sich, von dieser Interpretation ausgehend, hinsichtlich des *Homeschoolings* grundsätzlich neutral verhalten, sie stünde der Gestattung von *Homeschooling* jedenfalls grundsätzlich nicht entgegen.

Auch an diesem Punkt muss wieder Kritik an der unpräzisen Übersetzung der Provinz Bozen-Südtirol geübt werden. Dort wird Art. 34 II itVerf wie folgt übersetzt: „Der Unterricht in den Grundschulen [...] ist obligatorisch [...]“³³¹. Keine Frage, dass diese Übersetzung nicht wortgetreu und somit verfälschend ist.

Die Frage ist jedoch, ob diese Übersetzung im Sinne einer Unterrichtsbesuchspflicht nicht dem Ergebnis einer historisch-teleologischen Auslegung bzw. einer systematischen Auslegung der Verfassungsnorm entspricht.

2.1.3.2. Die teleologisch-historische Auslegung

Der zweckmäßig-historischen Auslegung nach muss die verfassungsrechtliche Schulpflicht in Italien wohl als eine Schulbesuchspflicht ausgelegt werden. Die Einführung der gesetzlichen Schulpflicht – zum ersten Mal, wie schon erwähnt wurde, durch das Gesetz „Casati“ im Jahre 1859, die durch viele weitere Gesetze immer weiter erhöht wurde bis sie schließlich 1984 Eintritt in die italienische Verfassung fand – Hand in Hand mit dem Auf- und Ausbau eines staatlich-öffentlichen Schulsystems. Wie der Historiker Francesco de Vivo schrieb, beruhte das Interesse und somit die Grundlage der Einführung der Schulpflicht und des öffentlichen Schulsystems seit jeher auf wirtschaftlichen Rechtfertigungen. So wurde den Bürgern durch der Schulpflicht ein höherer Bildungsstan-

331 Siehe unter: http://lexbrowser.provinz.bz.it/doc/de/cdri-1948/verfassung_der_republik_italien.aspx?view=1 (Stand: 16.11.2014).

dard ermöglicht mit dem Ziel einer Verbesserung der beruflichen Leistungen und damit letzten Endes zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Staates³³².

2.1.3.3. Die teleologische Auslegung

Diesem Argument muss man zurecht entgegensetzen, dass der teleologisch-historische Aspekt des Ursprungs der Schulpflicht aufgrund einer sich unstrittig grundlegend veränderten Gesellschafts-Wirtschafts- und auch vor allen Dingen Verfassungslage heute nicht mehr als auslegungsentscheidend angesehen werden kann.

Wie die deutsche Verfassungsordnung, begründet ebenso die italienische Verfassungsordnung einen freiheitlichen Staat. Dies resultiert explizit aus Art. 2 itVerf „Die Republik anerkennt und garantiert die unverletzlichen Rechte des Menschen, sei es als Einzelperson, sei es innerhalb der gesellschaftlichen Gebilde [...]“. An diesem Grundpfeiler der italienischen Verfassungsordnung muss eine rein teleologische Betrachtungsweise der heutigen verfassungsrechtlichen Schulpflicht eigentlich festgemacht werden. So sagt Art. 2 itVerf, wie das deutsche Pendant, nichts anderes als dass jeglicher Eingriff des Staates, also auch bei der Festlegung der Schulpflicht, nicht zu seinem Selbstzweck erfolgen darf, sondern einzig ein Mittel zur Verwirklichung der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen.

Diese Auslegung ist jedoch nicht entscheidend für die Auslegung einer Schulpflicht als Schulbesuchspflicht. Der Endzweck des Kindeswohls kann und muss nämlich gleichwohl von Staat und Eltern, in jeglicher Erziehungs- und/oder Bildungsrolle, die sie gegenüber den Kindern einnehmen, als verfassungsrechtlich vorgegebenes Erziehungsprogramm gelten.

2.1.3.4. Die systematische Auslegung

Zuletzt führt jedoch die systematische Auslegung des Art. 34 itVerf zwangsläufig zum Ergebnis, dass es sich bei der Schulpflicht um eine Bildungspflicht in der Schule handelt. Die isolierte Betrachtungsweise des Art. 34 II itVerf wäre aus dem Kontext gerissen. Tatsächlich ergibt sich erst aus der gemeinsamen Betrachtung des Art. 34 I und Art. 34 II itVerf die Bestimmung einer allgemeinen Schulpflicht. Dabei kann nicht übersehen werden, dass sich Art. 34 I itVerf bei

332 *De Vivo*, L'istituto dell'obbligo scolastico, 1963, S. 37.

der Gewährleistung eines allen Bürgern, also allgemein gewährleisteten Rechts auf Bildung ausdrücklich auf die Schule bezieht: „Die Schule steht jedermann offen“. Außerdem ist die Fortsetzung des Art. 34 II GG in diesem Zusammenhang von Bedeutung. „Die elementare Bildung [...] ist verpflichtend und unentgeltlich“. Die kostenlose Inanspruchnahme ist zugleich eine Verpflichtung des Staates ein unentgeltliches Bildungssystem zur Verfügung zu stellen und kann sich somit nur auf ein System von jedermann zugänglichen Schulen beziehen.

Fest steht, dass es sich bei der Schulpflicht – wie wir in Kürze sehen werden – trotz ihrer normativen Ausgestaltung als eine Schulbesuchspflicht, nicht um eine Schulpflicht absoluter Natur handelt. So bildet der Wille der Eltern, ihre Kinder zu Hause zu unterrichten, einen allgemeinen, auf einfachgesetzlicher Ebene gewährleisteten Ausnahmetatbestand von der allgemeinen Schulpflicht. Dabei greift der Ausnahmetatbestand jedoch, wie gezeigt werden wird, nur unter diversen Voraussetzungen. Eine Differenzierung zwischen objektiven und subjektiven Ausnahmemotiven erfolgt dabei nicht.

2.1.4. Das elterliche Recht auf Erziehung und Bildung und die staatliche Pflicht zur Festsetzung der allgemeinen Normen über die Bildung

Art. 30 I itVerf verleiht, wie bereits mehrfach gezeigt wurde, den Eltern nicht nur das Recht ihre Kinder zu erziehen, sondern ebenso das Recht sie zu bilden. Das explizit gewährleistete Elternrecht ist Grundlage dafür, dass die Möglichkeit von Hausunterricht nicht nur auf einfachgesetzlicher Ebene gewährleistet ist, sondern auch verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Wie Crisafulli 1956 bereits erkannt hat, ist die elterliche Aufgabe zur Bildung nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht. Dies beinhaltet gewiss den Grundsatz der freien Wahl der Bildungsrichtung und der -methoden und impliziert daher die freie Wahl zwischen Hausunterricht, staatlichen und privaten Schulen³³³.

Das elterliche Bildungsrecht wird jedoch durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt. Dazu zählt in erster Linie der staatliche Bildungsauftrag, der, wie im ersten Kapitel deutlich wurde, aus Art. 33 II itVerf resultiert. Das Recht der Republik die allgemeinen Normen über die Bildung zu erlassen i. V. m. der allgemeine Schul(besuchs)pfllicht, stellen verfassungsrechtlich immanente Schran-

333 Crisafulli, siehe Fn. 63, S. 62.

ken des elterlichen Bildungsrechts dar. Diese Grundrechtspositionen, die Schulbesuchspflicht einerseits und die elterliche Wahlfreiheit zum Hausunterricht andererseits, die auf den ersten Blick unvereinbar miteinander erscheinen, können und müssen jedoch miteinander in Einklang gebracht werden.

Daraus folgt, dass einerseits ein uneinschränkbares Recht auf Homeschooling keineswegs durch die Verfassung gewährleistet wird. Andererseits wird jedoch auch eine absolut geltende Schul(besuchs)pflcht, bereits durch die Verfassung ausgeschlossen. Auf der Grundlage des staatlichen Bildungsauftrags nach Art. 33 II i. V. m. der allgemeinen Schulpflicht nach Art. 34 I, II itVerf ergibt sich jedoch, dass der Staat zugleich das Recht, aber auch die Pflicht hat *Homeschooling* zu regulieren und zu überwachen.

2.1.4.1. Das Ziel des elterlichen Bildungsrechts und des staatlichen Bildungsauftrag

Wie bereits gezeigt wurde, verleiht der staatliche Bildungsauftrag nach Art. 33 II itVerf dem Staat das Recht und durch die Gewährleistung des allgemeinen Rechts auf Bildung nach Art. 34 I itVerf die Pflicht ein Bildungssystem zur Verfügung zu stellen, das es erlaubt, dass alle Kinder und Jugendlichen, ihre in Art. 2 itVerf geschützte Persönlichkeitsentfaltung vollständig und gemäß Art. 3 itVerf unter der Gewährleistung derselben Möglichkeiten zur Geltung bringen können.

Die schulische Bildung, muss, gemäß dem schon beleuchteten verfassungsrechtlichen Grundsatz des *favor minoris*, auf die Entwicklung einer selbstbestimmten Persönlichkeit im Kontext einer sozialen, die Rechte der anderen respektierenden Gemeinschaft hinwirken.

Dieser Grundsatz gilt als universell verfassungsrechtlich geltende Zweckgebundenheit jeglicher staatlicher wie elterlicher Erziehungs- wie Bildungsaufgabe an das Wohl des Kindes, zweifelsohne auch zwingend für die Eltern. Dies wurde im Rahmen ihres Erziehungsrechts bereits verdeutlicht und kann nicht anders als ebenso die elterliche Bildungsarbeit im Rahmen der Inanspruchnahme des Rechts auf *Homeschooling* betreffen.

Die erzieherische Aufgabe der Eltern untersteht, wie wir bereits gesehen haben, sehr weit gefassten verfassungsimmanenten Schran-

ken. Erst bei einem Versagen der Eltern, darf der Staat – subsidiär – eingreifen.

Diese Schranken gelten jedoch nicht für das elterliche Bildungsrecht – auch und vor allen Dingen nicht bei der Ausübung des *Homeschooling*. Einerseits darf der Staat eingreifen, da der Bildungsauftrag ebenso ein staatliches, wie gezeigt wurde, eigenständiges und nicht nur subsidiäres Recht ist. Andererseits ist der Staat, auf der Grundlage der Schulpflicht, die – da der Staat keinen Selbstzweck verfolgen darf – auf die Verwirklichung des Rechts auf Bildung und des kindlichen Persönlichkeitsrechts hinwirkt, dazu verpflichtet diese Verwirklichung zu gewährleisten und nicht nur dem elterlichen Wohlwollen zu überlassen.

2.1.5. Die Europäische Menschenrechtskonvention

Wie bereits gezeigt wurde, äußerte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem *Homeschooling*-Urteil „Konrad“ bezüglich der Strenge der Schulpflichtregelung in den einzelnen Staaten sehr zurückhaltend. Es stehe in der Entscheidung der Staaten, ob und wie sie *Homeschooling* und die Schulpflicht miteinander in Einklang bringen. In Italien ist *Homeschooling* gestattet, fordert jedoch eine staatliche Regulierung und Kontrolle.

2.2. Die einfachgesetzliche Regelung des *Homeschooling*

2.2.1. *Homeschooling* in Italien: legalisiert aber reguliert

Das Recht auf *Homeschooling* ist in Italien auf verfassungsrechtlicher Ebene implizit und auf einfachgesetzlicher Ebene explizit gewährleistet. Gemäß den Anforderungen der Verfassung, ist *Homeschooling* in Italien nicht nur legal, sondern darüber hinaus reguliert. Bei der Darstellung der Regelung des *Homeschooling* muss die Provinz Trient jedoch vom Rest von Italien separat behandelt werden. Wie gezeigt wird, ist dieses Ergebnis lediglich auf ein Versagen des Gesetzgebers auf staatlicher Ebene zurückzuführen. Während die Provinz Trient dank ihrer Autonomie, die ihr Kompetenzen im Bildungs- und Schulwesen zusichert, über die staatlichen Gesetze hinaus den Hausunterricht genauer regulieren konnte, gilt im Rest von Italien die lückenhafte staatliche Regelung.

2.2.1.1. Die Regelung in Italien unter Ausnahme der Provinz Trient

Die einfachgesetzliche Regelung des Rechts auf *Homeschooling* stützt sich in erster Linie auf die Erfüllung gewisser Voraussetzungen von Seiten der Eltern. Darüber hinaus müssen die Eltern über die Inanspruchnahme des Hausunterrichts die zuständigen Behörden jeweils vor Schulbeginn informieren.

Vorweg sei gesagt, dass es keine eigenständigen expliziten Vorschriften zum Homeschooling gibt. Die Regelung ergibt sich aus mehreren Gesetzen, die in Kombination gelesen werden müssen.

Gemäß der Auslegung des verfassungsrechtlich gewährleisteten elterlichen Wahlrechts über den Bildungsweg ihrer Kinder, bestimmt Art. 111 des gesetzesvertretenden Dekrets 16. April 1994, Nr. 297³³⁴, Vorschrift einfachgesetzlichen Ranges, die Modalitäten zur Erfüllung der Schulpflicht. „Die Schulpflicht wird über den Besuch von staatlichen Grund- und Mittelschulen oder von anerkannten nicht staatlichen Schulen oder auch privat [...] erfüllt“.

Gemäß einer logisch-systematischen Auslegung, besteht die Möglichkeit die Schulpflicht über *Homeschooling* zu erfüllen, über den gesamten Zeitraum der Dauer der Schulpflicht. Die Schulpflicht gilt nach der heutigen Regelung bis zum 16. Lebensjahr.

Was die Voraussetzungen der Ausübung von *Homeschooling* angeht, legt Art. 1 IV des gesetzesvertretenden Dekrets 15. April 2005, Nr. 76, das das Recht der Eltern auf *Homeschooling* auch als Pflicht bezeichnet („diritto-dovere“), fest, dass „die Eltern oder die Erziehungsberechtigten, die beabsichtigen auf privatem oder direktem Weg für die Pflichtbildung Sorge zu tragen, zeigen müssen, dass sie die technischen oder die finanziellen Voraussetzungen besitzen und müssen Jahr für Jahr die zuständige Autorität informieren, die die zweckmäßigen Kontrollen durchführt“³³⁵.

334 Art. 111 Decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, „Testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione“: „1. All'obbligo scolastico si adempie frequentando le scuole elementari e medie statali o le scuole non statali abilitate al rilascio di titoli di studio riconosciuti dallo Stato o anche privatamente, secondo le norme del presente testo unico“.

335 Art. 1 Decreto legislativo 15 aprile 2005, n. 76, „Definizione delle norme generali sul diritto-dovere all'istruzione e alla formazione, a norma dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 28 marzo 2003, n. 53“: „4. I genitori, o chi ne fa le veci, che intendano

Art. 5 I des gesetzesvertretenden Dekrets 15. April 2005, Nr. 76 spezifiziert explizit, dass „die Eltern für die Erfüllung der Schulpflicht verantwortlich sind [...]“ während Absatz bestimmt, welche Autoritäten für die Überprüfung der Erfüllung der Schulpflicht zuständig sind und zwar die Gemeinden und die Direktoren der Schulinstitute und nur in speziellen Fällen andere Autoritäten³³⁶.

Aus diesen Normen ergibt sich, dass eine jährliche Mitteilung an die Gemeinde und an das Schulinstitute ausreicht um *Homeschooling* auszuüben. Dabei ist festzuhalten, dass eine Mitteilung kein Antrag ist, der genehmigt werden muss. Das Recht auf *Homeschooling* entspringt direkt der Verfassung und den eben genannten Gesetzen. Die Eltern müssen jedoch zeigen, und die Behörden müssen dementsprechend überprüfen, dass die Voraussetzungen, die das Gesetz festlegt, erfüllt sind: technische Fähigkeiten, wenn sie sich selbst, „direkt“ um den Unterricht ihrer Kinder kümmern, oder finanzielle Fähigkeiten, wenn der Unterricht „privat“, das heißt durch Berufslehrer vorgenommen wird.

2.2.1.2. Die zweckmäßigen Kontrollen

Weder gesetzliche noch untergesetzliche Normen geben näher Aufschluss darüber, was unter technischen oder finanziellen Fähigkeiten genau zu verstehen ist. Ebenso wenig wurde genauer bestimmt, worin die zweckmäßigen Kontrollen nach Art. 1 d.lgs. 76/2005 bestehen.

Bezüglich dieser Interpretationsprobleme gab die ministerielle Anmerkung des 5. Juni 2005, Nr. 5693 bekannt, dass nach einer systematischen Auslegung des Art. 1 d.lgs. 76/2005, die technischen und die finanziellen Voraussetzungen der Eltern, da die Ausführung

provvedere privatamente o direttamente all'istruzione dei propri figli, ai fini dell'esercizio del diritto-dovere, devono dimostrare di averne la capacità tecnica o economica e darne comunicazione anno per anno alla competente autorità, che provvede agli opportuni controlli.”

336 Art. 5 d. lgs. n.76/2005: „1. Responsabili dell'adempimento del dovere di istruzione e formazione sono i genitori dei minori o coloro che a qualsiasi titolo ne facciano le veci, che sono tenuti ad iscriverli alle istituzioni scolastiche o formative. 2. Alla vigilanza sull'adempimento del dovere di istruzione e formazione, anche sulla base dei dati forniti dalle anagrafi degli studenti di cui all'articolo 3, così come previsto dal presente decreto, provvedono: a) il comune, ove hanno la residenza i giovani che sono soggetti al predetto dovere; b) il dirigente dell'istituzione scolastica o il responsabile dell'istituzione formativa presso la quale sono iscritti ovvero abbiano fatto richiesta di iscrizione gli studenti tenuti ad assolvere al predetto dovere”.

der zweckmäßigen Kontrollen anhand direkter Überprüfungen gegenüber den Eltern nicht möglich sei, nur auf dem Weg einer jährlichen Kontrolle der Lernfortschritte der Kinder überprüft werden können³³⁷.

Diese sehr freie und breit gefächerte Interpretation muss jedoch kritisiert werden. Es ist unklar, weshalb die zweckmäßigen Kontrollen nicht durch die direkte Überprüfung der elterlichen Eignung durchgeführt werden sollten, zumal es sich um persönliche Merkmale der Person der Eltern handelt. Die technischen Voraussetzungen könnten problemlos anhand von Schulabschlüssen und Studientitel nachgewiesen werden. Dabei ist klar, dass die technischen Anforderungen an die Eltern je nach Alter und Schulstufe des Kindes variieren. Die finanziellen Voraussetzungen hingegen könnten ohne weiteres anhand der Einkommenssteuererklärung effektiv belegt werden.

Gemäß dieser Gesetzesauslegung, erließ das Ministerium für Bildung, Universität und Forschung ein Rundschreiben – so auch dieses Jahr durch das ministerielles Rundschreiben des 10. Januar 2014, Nr. 28 – worin die Kinder, die sich im häuslichen Unterricht befinden, dazu verpflichtet werden sich am Ende des Schuljahres einer Eignungsprüfung an einer Schule zu unterziehen, um die Lernfortschritte zu überprüfen.

2.2.1.3. Die rechtliche Wirksamkeit der ministeriellen Rundschreiben

Das Ministerium erlässt Rundschreiben an seine zentralen und peripheren Verwaltungsämter mit dem Zweck, Anweisungen zur korrekten Auslegung oder Anwendung gesetzlicher Norm zu erteilen. Sie haben jedoch keinen normativen Charakter. Ihr Geltungsbereich begrenzt sich auf den internen ministeriellen Verwaltungsapparat. Jegliche rechtliche Verbindlichkeit gegenüber Dritten ist ausgeschlossen. Sie haben somit keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten der Bürger.

337 Nota ministeriale 10 gennaio 2014, n.5693: „Poiché non è ipotizzabile che ciò (gli opportuni controlli) possa avvenire in modo diretto con accertamenti sui genitori occorre necessariamente ipotizzare che essi debbano avvenire indirettamente mediante il riscontro degli apprendimenti realizzati dal soggetto destinatario degli interventi educativi“.

Steht ein ministerielles Rundschreiben mit einem Gesetz oder einer Verordnung in Widerspruch, ist das Rundschreiben gesetzeswidrig³³⁸. Dasselbe gilt ebenso für die ministeriellen Anmerkungen.

Das Gesetz spricht von Eignungsprüfungen nur dann, wenn ein Wechsel von Hausunterricht in die staatliche Schule begehrt wird. So schreiben die Art. 8 IV und Art. 11 V des gesetzesvertretenden Dekrets des 19 Februar 2014, Nr. 59, für die fünfjährige Grundschule, vor, dass „[...]die Schüler, die aus dem Hausunterricht kommen, an der Eignungsprüfung für den Besuch der ersten, dritten, vierten und fünften Klasse zugelassen sind [...]“³³⁹. Für die dreijährige Mittelschule, gilt die gleiche Bestimmung. Für den Besuch der zweiten und dritten Mittelschulklasse, sind die Schüler, die aus dem Hausunterricht kommen³⁴⁰, zu den Eignungsprüfungen zugelassen, sofern sie ein bestimmtes Alter haben und im Besitz der Zulassungstitels für die erste Klasse Mittelschule sind³⁴¹.

Aus diesen Gesetzen kann keine Pflicht zur jährlichen Eignungsprüfung für *homeschooler*-Familien abgeleitet werden. Die Pflicht besteht nur dann, wenn ein Wechsel in die staatliche Schule gewünscht wird. In allen anderen Fällen sind die Eignungsprüfungen nicht verpflichtend, sondern rein fakultativ. Solange es kein dementsprechendes klares Gesetz gibt, müssen Kinder, die zu Hause unterrichtet werden, keine jährliche Eignungsprüfung zur Kontrolle ihrer Lernfortschritte ablegen.

338 *Falcon*, Lineamenti di diritto pubblico, 13. Aufl. (2014), S. 296.

339 Art. 8 IV d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59 „Definizione delle norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione, a norma dell'articolo 1 della legge 28 marzo 2003, n. 53“: „4. Gli alunni provenienti da scuola privata o familiare sono ammessi a sostenere esami di idoneità per la frequenza delle classi seconda, terza, quarta e quinta. La sessione di esami è unica. Per i candidati assenti per gravi e comprovati motivi sono ammesse prove suppletive che devono concludersi prima dell'inizio delle lezioni dell'anno scolastico successivo“.

340 Wörtlich wird nur von „Privatisten“, also von Schülern aus privaten Schulen gesprochen. Es muss jedoch angenommen werden, dass damit auch die Hausschüler gemeint sind. So nimmt auch Art. 8 IV explizit Bezug auf beide Kategorien von Schülern.

341 Art. 11 V d.lgs. 59/2004: „5. Alle classi seconda e terza si accede anche per esame di idoneità, al quale sono ammessi i candidati privatisti che abbiano compiuto o compiano entro il 30 aprile dell'anno scolastico di riferimento, rispettivamente, l'undicesimo e il dodicesimo anno di età e che siano in possesso del titolo di ammissione alla prima classe della scuola secondaria di primo grado, nonché i candidati che abbiano conseguito il predetto titolo, rispettivamente, da almeno uno o due anni [...]“.

2.2.1.4. Die Regelung des *Homeschooling* in der autonome Provinz Trient

Aufschlussreicher ist die Regelungssituation des *Homeschooling* in der Provinz Trient. Die Provinz Trient verfügt, zusammen mit der Provinz Bozen-Südtirol, über eine großzügige Autonomie. Art. 9 2) des Autonomiestatus verleiht der Provinz Regelungskompetenzen im Bereich der Bildung und des Schulwesens. Im Rahmen dieser Regelungskompetenz ist die Provinz dazu befugt unter Beachtung der staatlichen Grundsätze Gesetzesnormen zu erlassen.

Art. 32 des Provinzgesetzes 7. Juli 2006, Nr. 5 bestimmt nicht nur, dass „Eltern, die ihre Kinder direkt oder privat unterrichten, dem Direktor des Bezugsschulinstituts jährlich mitteilen müssen, dass sie von ihrem Recht Gebrauch machen und zeigen, dass sie über die technischen oder finanziellen Voraussetzungen verfügen“, sondern darüber hinaus auch ausdrücklich, dass „der Schuldirektor des Bezugsinstituts die nötigen Formen er Kontrolle in Gang setzt, auch für die Ermittlung der Lernfortschritte am Ende jedes Schuljahres“³⁴².

Art. 14 I des Dekrets des Präsidenten der Provinz 7. Oktober 2010, Nr. 22.54/Leg gibt desweiteren darüber Auskunft, wie im Rahmen dieser Kontrollen die Bewertung des *homeschooler* erfolgen muss. „Die Bewertung des Schülers [...] erfolgt nach den Kriterien und Modalitäten, die durch das Lehrerkollegium des Bezugsinstituts festgelegt werden“³⁴³.

Die Regierung der Provinz Trient erlässt jährlich einen Beschluss bezüglich der Modalitäten der Schuleinschreibung. Auch für das Schul-

342 Art. 32 l.prov. 7 agosto 2006, n. 5 „Sistema educativo di istruzione e formazione del Trentino“: “1. Qualora i genitori provvedano privatamente o direttamente all'assolvimento del diritto-dovere all'istruzione e alla formazione al di fuori del sistema educativo provinciale, essi sono tenuti a comunicare di anno in anno al dirigente dell'istituzione di riferimento che intendono avvalersi di tale diritto, dimostrando di avere la capacità tecnica ed economica adeguata. Il dirigente dell'istituzione di riferimento attiva le necessarie forme di controllo, anche per accertare l'apprendimento al termine di ogni anno scolastico”.

343 Art. 14 I D.P.P. 7 ottobre 2010, n. 22.54/Leg „Regolamento sulla valutazione periodica e annuale degli apprendimenti e della capacità relazionale degli studenti nonché sui passaggi tra percorsi del secondo ciclo (articoli 59 e 60, comma 1, della legge provinciale 7 agosto 2006, n.5)“: “1. La valutazione dello studente che assolve l'obbligo di istruzione in Trentino ma al di fuori del sistema educativo provinciale avviene, ai sensi dell'articolo 32 della legge provinciale sulla scuola, al termine di ogni anno scolastico. Ai fini dell'accertamento dell'apprendimento al termine di ogni anno scolastico, il dirigente dell'istituzione scolastica di riferimento attiva le necessarie forme di controllo secondo criteri e modalità stabilite dal collegio docenti”.

jahr 2014/2015 gibt der Beschluss des 30. Dezember 2013, Nr. 2774 für *homeschooler*-Familien wieder konkrete Verfahrensvorschriften an. Eltern, die von ihrem Recht auf *Homeschooling* Gebrauch machen wollen, müssen neben der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen, die essentiellen Elemente ihres „Bildungsprojekts“ für ihr Kind vorlegen, die von dem Schuldirektor geprüft und beurteilt werden.

Der Beschluss legt überdies fest, dass nach dem 16. Lebensjahres des *homeschooler*, also dem Alter mit welchem die gesetzlichen Schulpflicht endet, nicht der Wunsch besteht, im Rahmen einer schulische Laufbahn den Bildungsweg fortzusetzen, dem *homeschooler* ein Zertifikat erlassen wird, das die Erfüllung der Schulpflicht bescheinigt³⁴⁴.

2.2.1.5. *Homeschooling* in der Praxis der Provinz Trient

Die Kontrollen des Schuldirektors sind zweierlei Art: vorausgehend und nachfolgend. Im Rahmen der vorausgehenden Kontrollen, d.h. vor Beginn des Schuljahres, kontrolliert der Schulleiter sowohl die gesetzlichen elterlichen Voraussetzungen als auch die Eignung ihres Bildungsprojekts. Was das Bildungsprojekt anbelangt, darf es von den Bildungszielen der staatlichen Schulprogramme nicht zu sehr abweichen. Diese Form der Kontrolle hat vor allem zum Ziel, die Ernsthaftigkeit und das Verantwortungsbewusstsein des elterlichen Vorhabens zu überprüfen. Die jährlichen Kontrollen der Lernfortschritte des *homeschooler* können auf sehr unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Es handelt sich dabei nicht um Eignungsprüfungen, sondern um eine vielfältige Überprüfung der kindlichen Entwicklung. Diese erstrecken sich sowohl über die Kontrolle geistlicher Fortschritte, sei es über den psychologischen Reifeprozess des Kindes. Dementsprechend kann das Kind im Rahmen dieser Kontrollen sowohl reinen Wissenstests, als auch Gesprächen psychologischer Natur unterzogen werden.

344 N.8, alleg. A, delib. giu. prov. 30 dicembre 2014, n. 2774: „[...] Al dirigente stesso è, altresì, comunicata, ogni anno e fino al sostenimento degli esami di idoneità o degli esami conclusivi, la volontà di proseguire o meno nell'istruzione privata o familiare nonché gli elementi essenziali del progetto educativo che si intendono seguire per l'istruzione del minore. [...] A conclusione del periodo di istruzione obbligatoria, in caso di mancata prosecuzione del percorso scolastico, la certificazione attestante il proscioglimento ovvero l'adempimento dell'obbligo d'istruzione, è rilasciata allo studente dall'istituzione scolastica del primo ciclo competente per territorio“.

Kinder, die zu Hause unterrichtet werden, müssen keine automatisierte Wissenstests, sogenannte Eignungstests, ablegen, die attestieren, dass sie einen Unterricht erhalten, der zu 100 Prozent der Wissensvermittlung in den Schulen entspricht. *Homeschooler* sind auch nicht dazu verpflichtet, die staatliche Prüfung, die am Ende des achtjährigen ersten Schulzyklus vorgesehen ist, mitzuschreiben. Diese Art von Wissensüberprüfung ist für *homeschooler*-Familien rein fakultativ. Bei Nicht-Bestehen der jährlichen Kontrollen folgt zwar kein Einzug des Kindes in das Schulsystem. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Eltern die darauffolgenden präventiven Kontrollen vor dem Schuljahresbeginn nicht bestehen werden.

Am Ende der gesetzlichen Schulpflicht, wird der homeschoole keiner Abschlussprüfung unterzogen, es sei denn er will in die schulische Bildungslaufbahn wechseln³⁴⁵.

3. Die Regelung des Homeschooling in der autonomen Provinz Trient – Ein Modell für Deutschland?

Ein gesetzlich geregeltes elterliches Recht auf Hausunterricht, müsste und könnte sich an ein ähnliches Regulierungsmodell wie das der Provinz Trient anlehnen.

Eine Schulpflicht, die nicht im Sinne einer strikten und absoluten Schulbesuchspflicht gehandhabt wird, greift keineswegs in das elterliche Erziehungsrecht ein, solange sie so geregelt ist, dass eine Befreiung für den elterlichen Hausunterricht zulässig ist.

Wie bereits erläutert wurde, stellt das staatliche Wächteramt nach Art. 6 II 2 GG eine immanente verfassungsrechtliche Grenze des elterlichen Erziehungsrechts nach Art. 6 II 1 GG dar. Ein staatlicher Eingriff in das Grundrecht ist bei Eintritt eines Rechtsmissbrauchs gestattet.

Ein Missbrauch würde im Rahmen einer *Homeschooling*-Regulierung, nicht nur dann vorliegen, wenn die Eltern ihrem Kind gar keine Bildung erteilen würden, sondern auch dann, wenn diese Bildung den Grundsätzen nach nicht an den Programmen des Schulunterrichts orientiert wäre. Denn wie beleuchtet wurde, muss gemäß dem verfassungsrechtlichen Menschenbild dem Kind diejenige Erziehung und Bildung erteilt werden, die dazu geeignet ist, dass sich das Kind zu einem selbstbestimmten Individuum innerhalb der

345 Informationen erhalten von Dott. Sergio Dall'Angelo, leitender Angestellter für den Bildungsweg des ersten Schulzyklus in der Zentralverwaltung der Provinz Trient.

sozialen Gesellschaft entwickeln kann. Dazu gehört zum einen die hinreichende Vermittlung von Wissen, die das Kind später zu einer autonomen Lebensführung befähigt und zum anderen die Förderung von sozialen Kompetenzen, die eine gesellschaftliche Integration sicherstellt.

Es ist nicht zweifelsohne möglich, die zwei fundamentalen Werte der Kindererziehung – die Wissensvermittlung und die Förderung sozialer Kompetenzen – im Rahmen einer *Homeschooling*-Regelung durch staatliche Kontrollen immer wieder auf den Prüfstand zu stellen. So könnten, wie bei dem Modell der Provinz Trient, jedes Schuljahr von Neuen das Bildungs- und Erziehungsvorhaben der Eltern sowie die Lernfortschritte der Kinder überprüft und bewertet werden.

Im Rahmen dieser Kontrollen könnten nicht nur die Wissensvermittlung, sondern auch die Entwicklung der sozialen Kompetenzen ohne weiteres hinreichend überprüft werden. Auch ein Kind, das zu Hause unterrichtet wird, kann hinreichenden Kontakt zu Gleichaltrigen bekommen. Man denke an zahlreiche außerschulische freizeitlichen Aktivitäten, durch die das Kind mit anderen Kindern zusammenkommt und soziales Verhalten erlernen und beweisen kann.

Außerdem wäre es auch in Deutschland denkbar, bestimmte Voraussetzungen und Qualifikationen der Eltern zu verlangen und diese ebenso regelmäßig zu überprüfen.

Der Staat könnte die Regelung des Weiteren dahingehend ausbauen, dass er ausdrücklich den Einzug des *homeschooler* einfordert, wenn die hinreichenden Lernerfolge nicht erzielt werden.

Ein reguliertes Modell würde sowohl das elterliche Grundrecht achten, als auch das staatliche Interesse daran wahren, dass das Recht auf Bildung der Kinder gewährleistet ist. Der universelle Endzweck des Kindeswohls wäre zweifelsohne hinreichend geschützt.

Schlussfolgerungen

1. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag bzw. der staatliche Bildungsauftrag

Art. 7 I GG, der das gesamte Schulwesen unter die Aufsicht des Staates stellt, schafft die verfassungsrechtliche Grundlage des Bildungs- und Erziehungsauftrags des Staates. Unter dem Begriff der Aufsicht, wird die Gesamtheit der Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens verstanden. Das italienische Gegenstück zur Begründung eines staatlichen Bildungsauftrags, bildet Art. 33 II itVerf, wonach der Staat die allgemeinen Normen der Bildung erlässt und Schulen aller Stufen und Gattungen errichtet. Die allgemeinen Normen über die Bildung begreifen die essentiellen Entscheidungen über das Bildungssystem.

2. Der Geltungsumfang der staatliche Schulaufsicht bzw. der allgemeinen Normen über die Bildung

Die Schul- und Bildungssysteme beider Rechtsordnungen umfassen Schulinstitutionen sowohl öffentlicher, als auch – dank der Anerkennung der Privatschulfreiheit der Schulverfassungen – privater Trägerschaft. Letztere werden durch ein staatliches Genehmigungs- und Anerkennungsverfahren zu Ersatzschulen bzw. gleichgestellten Schulen, an denen die Schulpflicht erfüllt werden kann und staatlich anerkannte Studientitel erworben werden. Die staatliche Schulaufsicht bzw. die allgemeinen Normen über die Bildung erstrecken ihre Geltung – wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß – über das gesamte, nach italienischer Begrifflichkeit, öffentlich-integrierte Bildungssystem.

3. Die Pflicht zur Errichtung eines öffentlich-staatlichen Schulsystems

Während Art. 33 II itVerf explizit dazu verpflichtet ein staatliches Schulsystem zu errichten, ist in Deutschland dagegen eine Gestaltung des öffentlichen Schulsystems nach dem Modell der formellen Privatisierung zumindest nach dem Wortlaut des Art. 7 I GG – der den Staat lediglich dazu verpflichtet das Schulwesen zu beaufsichtigen – theoretisch denkbar. Als „Steuerungsstaat“ müsste die öffentliche Hand die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Schul- und Bildungssystem weiterhin sicherstellen und überwachen: den diskriminierungsfreien Zugang zum Bildungssystem sowie die Qualitätsgarantie des Bildungsangebots.

4. Das Recht auf Bildung und seine Reichweite

Das Recht auf Bildung liegt in beiden Schulverfassungen nicht explizit, aber implizit – basierend auf einer sehr ähnlichen verfassungsrechtlichen Ableitung – begründet. Das Recht auf Bildung gilt zum einen als ergänzendes und verwirklichendes Element des Grundrechts auf Persönlichkeitsentfaltung, jeweils in Art. 2 GG bzw. Art. 2 itVerf gewährleistet, und zum anderen als Mittel zur Realisierung der Gleichstellung aller Menschen, jeweils in Art. 3 GG bzw. Art. 3 itVerf als Grundprinzip verankert. In beiden Ländern begründet das Recht auf Bildung, jedoch keine, nach deutscher Begrifflichkeit, originären, sondern nur derivative Teilhabe- und Leistungsansprüche. Ein Recht zur Bereitstellung bestimmter Einrichtungen gegenüber dem Staat besteht nicht.

Eine noch reduziertere Ansicht vertritt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die das in der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistete Recht auf Bildung sogar nur als einen Anspruch auf *diskriminierungsfreien* Zugang zu bereits bestehenden Schuleinrichtungen auslegt.

5. Das Verhältnis zwischen dem elterlichen Grundrecht und dem staatlichen Wächteramt

Das elterliche Grundrecht zur Pflege und Erziehung der Kinder nach Art. 6 I 1 GG und das elterliche Grundrecht zum Erhalt, Erziehung und Bildung nach Art. 30 I itVerf sind, gemäß der deutschen Begrifflichkeit, treuhänderische Rechte, da die einzige Rechtfertigungsgrundlage dieser Rechte, die zugleich Pflichten sind, im Schutz des Kindeswohls liegt. Gemäß eines Grundrechtsverständnisses originärer, unabgeleiteter Natur, konstituieren die staatlichen Verfassungsordnungen die Familien als Kernorganisation der kindlichen Entwicklung. Daraus ergeben sich das Prinzip der Nicht-Einmischung des Staates in die elterliche Erziehungstätigkeit sowie der Grundsatz des Interpretationsprimats der Eltern über das Kindeswohl. Das staatliche Wächteramt hat für die Gewährleistung des Kindeswohls akzessorischen, die Eltern vertretenden Charakter. Der Staat ist insbesondere erst bei einem Pflichtversagen bzw. Rechtsmissbrauch zum Grundrechtseingriff befugt. Die erzieherische Freiheit ist jedoch durch das den Verfassungen zugrundeliegende Menschenbild in ihren Richtlinien vorbestimmt. Die Entwicklung des Kindes zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen sowie sozial integrierten Persönlichkeit stellt verbindliches Erziehungsprogramm dar.

6. Das Verhältnis zwischen dem elterlichen Grundrecht und dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag

Im Rahmen seines staatlichen Bildungs- bzw. Erziehungsauftrags nach Art. 7 I bzw. Bildungsauftrags nach Art. 33 II itVerf hingegen behält der Staat gegenüber dem erzieherischen bzw. bildungstechnischen Elternrecht ein eigenständiges, gleichzeitiges und gleichrangiges Recht. In Deutschland wird das Verhältnis zwischen dem staatlichen und dem elterlichen Erziehungsrecht in der Schule grundsätzlich dahingehend ausgelegt, dass die Erziehung in einem sinnvoll aufeinander bezogenen Zusammenwirken erfolgen muss. Schließlich handelt es sich um einen umfassenden, einheitlichen, wechselwirkenden und konstanten Prozess, worin weiterhin der *favor minoris* gemeinsames Ziel und das verfassungsrechtliche Menschenbild gesamt-erzieherischer Leitwert bleiben. Nicht nachvollziehbar ist die konzeptuelle und rechtliche Trennung von Erziehung und Bildung durch die herrschende Meinung in Italien. Der Ausgangspunkt, der Staat sei nur zur Bildung und nicht zur Erziehung befugt, ist grundsätzlich fehlerhaft und verfälscht jeglichen Versuch, das elterliche Erziehungs- und Bildungsrecht und den staatlichen Bildungsauftrag in einem sinnvollen Rahmen zueinander zu definieren

Da eine klare Trennung von Erziehung und Bildung nicht möglich ist und Schule, das heißt der Staat und das Elternhaus darüber hinaus dasselbe Ziel verfolgen, ist es wünschenswert, von einem Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates nach deutschem Vorbild auszugehen und, je nach konkreter Einzelfallkonstellation dem elterlichen bzw. dem staatlichen Recht den Vorrang einzuräumen. Grundsätzlich unterscheiden die deutschen Gerichte regelmäßig zwischen organisatorisch-gestalterischen Aspekten des Schulwesens und Unterrichtsinhalten religiöser und weltanschaulicher Natur.

7. Verfassungsrechtliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen

Im föderalen Bundesstaat Deutschland ist das allgemeine Schulwesen – Ausnahmen bestehen nur für begrenzte Teile des Bereichs der beruflichen Ausbildung – aufgrund des Mangels an einer ausdrücklicher Kompetenzzuweisung an den Bund gemäß Art. 30 i. V. m. Art. 70 und Art. 84f. GG, ausschließliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz der Länder. Art. 7 I GG meint mit „Staat“ somit die Länder, die über Kulturhoheit verfügen. Im polyzentrischen Regionalstaat Italien verteilen sich gemäß Art. 117 II, III i. V. m. Art. 118 I itVerf die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen auf der Grundlage von Kompetenztitel auf die verschiedenen territorialen Regierungsebenen. Die Verfassungsreform 2001,

die diese verfassungsrechtliche Kompetenzordnung eingeführt hat, wurde jedoch zum Großteil nicht umgesetzt.

Die Europäische Union verfügt über keinerlei materiell-rechtliche Gesetzgebungsbefugnisse im Bereich der Bildung und der beruflichen Ausbildung.

8. Die Verwaltung

Die deutsche bildungsrechtliche Kompetenzordnung und die weiteren Verwaltungsvorschriften in den einzelnen Ländern, basieren auf klaren und vollständigen Normen. Die Sächsische Schulverwaltungsordnung besteht aus den Verwaltungsebenen des Staatsministerium für Kultus, der Bildungsagentur, der Kommunen und der Schulleiter, die jeweils verschiedene Aufgabenbereiche wahrnehmen. Demgegenüber sind in Italien die Aufgaben der verschiedenen Verwaltungsebenen, Ministerium für Bildung, Universität und Forschung, Regionen, territoriale Gebietskörperschaften, Gemeinden und Schuleinrichtungen, nicht sehr klar geregelt. Die dezentralisierende Schulverwaltungsreform der 1990er Jahren, die die Verfassungsreform von 2001 schon teilweise vorweggenommen hatte, wurde nicht umgesetzt. Das Schulwesen wird aufgrund dessen nach wie vor zentralisiert verwaltet. Aufgrund der Untätigkeit des staatlichen Gesetzgebers, hat der Verfassungsgerichtshof die Gelegenheit genutzt, die Kompetenzen ihrem Inhalt nach zu präzisieren.

9. *Homeschooling*

Homeschooling betrifft Schätzungen nach sowohl in Deutschland, als auch in Italien ca. 1.000 Kinder und stellt somit ein Randphänomen dar. Während Hausunterricht in Deutschland aufgrund einer sehr strikt ausgelegten Schulpflichtregelung verboten ist, ist *istruzione parentale* in Italien legalisiert und darüber hinaus reguliert

10. Die Schulpflicht als Schulbesuchspflicht und ihre Ausnahmetatbestände

In Deutschland ist die Schulpflicht nur in den Landesverfassungen bzw. Schulgesetzen der Länder, aber nicht im Grundgesetz explizit normiert, wengleich sowohl die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch die herrschende Meinung – unbegründeterweise – Art. 7 I GG und den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag implizit zugrunde legen. Die Schulpflicht wird im Sinne einer absoluten Schulbesuchspflicht ausgelegt, insofern als dass Ausnahmetatbestände nur in absoluten Ausnahmefällen möglich sind, wozu der subjektive Wunsch nach Hausunterricht nicht gezählt wird. Die italienische Verfassung schreibt

hingegen die Schulpflicht in Art. 34 II itVerf, wonach Bildung verpflichtend ist, ausdrücklich vor. Dass es sich um eine Schulbesuchspflicht handelt, ergibt sich aus der Verfassungsnorm selbst, und zwar, wenn nicht aus der wörtlichen, der teleologisch-historischen oder teleologischen Auslegung, so doch eindeutig aus der Systematik. Die Schulpflicht ist jedoch keine absolute Schulbesuchspflicht. Hausunterricht stellt, unabhängig von den Motiven, einen allgemeinen und geregelten Befreiungstatbestand dar.

11. Die verfassungsrechtliche Herleitung der Schulpflicht

Nach dem *Homeschooling*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2003 beschränkt die Schulpflicht das Elternrecht nach Art. 6 I 1 GG auf zulässige Art und Weise. Zur Begründung verweist das Urteil auf die Ausarbeitung des Verhältnisses zwischen staatlichem und elterlichem Erziehungsrechts in der Schule. Dabei wird verkannt, dass *Homeschooling* eine neue Rechtsfrage, gegen die Schule, aufwirft. Die Pflicht zur Inanspruchnahme des Schulsystems macht eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Schulpflicht im Sinne einer absoluten Schulbesuchspflicht erforderlich. Die verfassungsrechtliche Grundlage ist deshalb von entscheidender Bedeutung, da das elterliche Grundrecht, das als rechtlich-verbindlich gilt, nur durch verfassungsrechtlich immanente Schranken begrenzt werden kann. Die landesrechtliche Schulpflicht reicht hierfür nicht aus, da Bundesrecht Landesrecht bricht. Als Grundlagen für eine absolute Schulbesuchspflicht kommen das staatliche Wächteramt oder die staatliche Schulaufsicht in Frage. In Italien ist neben der Erziehung auch die Bildung ausdrücklicher Teil des elterlichen Grundrechts, womit das Recht auf Wahlfreiheit des Hausunterrichts auch auf Verfassungsebene gewährleistet ist. Dieses wird jedoch durch den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag i. V. m. der Schulpflicht, nämlich kollidierendem Verfassungsrecht, beschränkt. Einerseits verfügt der Staat im Bereich der Bildung, über ein eigenständiges Recht, auf dessen Grundlage er eigene Ziele verfolgen darf. Andererseits ist der Staat auf der Grundlage der Schulpflicht – womit der der Verfassungsordnung zu Grunde liegende freiheitliche Staat keinem Selbstzweck sondern nur dem Recht auf freie und vollständige Entfaltung der Persönlichkeit Genüge leisten darf – sogar dazu verpflichtet die Gesamterziehung entsprechend dem verfassungsrechtlichen Menschenbild zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass der Staat das Recht und die Pflicht hat den elterlichen Hausunterricht zu kontrollieren und zu überwachen.

Nach der Auslegung der europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte liegt es im Ermessens-

spielraum der Mitgliedstaaten ob und inwieweit sie *Homeschooling* im Rahmen ihrer Schulpflichtregelungen zulassen.

12. Die verfassungsrechtliche Grundlage einer absoluten Schulbesuchspflicht im GG

Das staatliche Wächteramt nach Art. 6 I 2 GG bildet keine Grundlage für eine absolute Schulbesuchspflicht, da bezüglich seines Verhältnisses zum Elternrecht gilt, dass bis an die Grenzen des Missbrauchs das Interpretationsprimat über das Kindeswohl den Eltern zusteht. Auch die Ableitung einer absoluten Schulbesuchspflicht aus Art. 7 I GG ist auf der Grundlage der wörtlichen, historischen und systematischen Auslegung abzulehnen.

13. Die Notwendigkeit der Entwicklung sozialer und staatsbürgerlicher Kompetenzen

Die weiteren Argumente des *Homeschooling*-Beschlusses halten bei näherer Betrachtung ebenso wenig stand. Was die Notwendigkeit der absoluten Schulbesuchspflicht für die Entwicklung sozialer Kompetenzen anbelangt, gilt wieder das elterliche Interpretationsprimat über die Frage, was für das Kind am besten ist. Eine strikte Schulbesuchspflicht kann schließlich auch nicht durch die Erforderlichkeit der Entwicklung staatsbürgerlicher Kompetenzen gerechtfertigt werden. In einem freiheitlichen Staat ist die demokratische Ordnung kein Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen. Dies ist nur unter vollem Respekt der Grundrechte gewährleistet.

14. Die lückenhafte staatliche *Homeschooling*-Regelung in Italien

Die staatliche *Homeschooling*-Regelung in Italien ist lückenhaft. Unzulässig ist der elterliche Rechtseingriff durch ministerielle Rundschreiben, die keine unmittelbar verbindliche Wirkung gegenüber Dritten haben.

15. Die *Homeschooling*-Regelung der autonomen Provinz Trient

In der autonomen Provinz Trient gelten dem Schuljahr vorausgehende sowie nachgehende Kontrollbefugnisse der Schulen gegenüber *homeschooler*-Familien. Jedes Jahr erfolgen daher entsprechende Kontrollen über die gesetzlichen Voraussetzungen und dem Lernerfolg. Im Vorhinein werden die elterlichen Voraussetzungen technischer oder finanzieller Natur sowie die Grundlinien des elterlichen Erziehungs- und Bildungsprogramms überprüft. Nachgehend werden die Lernfortschritte sowie der psychologische Reifeprozess des Kindes bewertet.

16. Ein Modell für Deutschland

Eine *Homeschooling*-Regelung nach dem Modell der Provinz Trient wäre in Deutschland gemäß der verfassungsrechtlichen Lage durchaus möglich. Eine Schulpflicht, die nicht im Sinne einer strikten und absoluten Schulbesuchspflicht ausgelegt wird, sondern die Befreiung für Hausunterricht zulässt, stellt keinen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht dar. Gemäß dem verfassungsrechtlichen Menschenbild, muss dem Kind diejenige Erziehung und Bildung erteilt werden, die darauf hinwirkt, dass sich das Kind zu einem selbstbestimmten Individuum innerhalb der sozialen Gesellschaft entwickelt. Dazu gehört zum einen die hinreichende Vermittlung von Wissen, die das Kind zu einer autonomen Lebensführung befähigt und zum anderen die Förderung von sozialen Kompetenzen, die eine gesellschaftliche Integration sicherstellt. Nach dem trientner Vorbild ist es möglich die zwei fundamentalen Werte der Kindererziehung – die Wissensvermittlung und die Förderung sozialer Kompetenzen – im Rahmen einer *Homeschooling*-Regelung durch staatliche Kontrollen immer wieder auf den Prüfstand zu stellen.