

AUFSÄTZE

Christine Langenfeld

Das Recht auf Bildung in der Europäischen Menschenrechtskonvention¹

1 Historische Entwicklung

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)² selbst enthält kein Recht auf Bildung. Zwar hatte die Beratende Versammlung des Europarates nach äußerst kontroverser Debatte ursprünglich vorgeschlagen, das Recht auf Bildung und das Elternrecht von Anbeginn an in die EMRK aufzunehmen, konnte sich damit aber nicht durchsetzen. Das Recht auf Bildung³, das Elternrecht⁴ und das Recht zur Gründung von Privatschulen wurden im 1. Zusatzprotokoll (ZP 1) zur EMRK, und zwar in Art. 2⁵, zusammen mit dem Recht auf freie Wahlen und dem ebenfalls nicht von Anfang an vorgesehenen Schutz des Eigentums angenommen.⁶ Mit der Ausarbeitung des Zusatzprotokolls zur EMRK war ein von den Regierungen der Mitgliedstaaten eingesetzter Ausschuss beauftragt worden. Der Ausschuss beriet über ein Jahr, bis sein Entwurf am 28.11.1951 von dem Ministerkomitee der Beratenden Versammlung zur Stellungnahme vorgelegt werden konnte. Die Arbeit des Ministerkomitees gestaltete sich auch insoweit als schwierig, als für das Recht auf Bildung, das Elternrecht wie auch für die anderen zusätzlichen Grundrechte (Eigentumsrecht und Recht auf freie Wahlen) noch keine formulierten Entwürfe der Menschenrechtskommission der UN vorlagen.⁷ Die endgültige Fassung von Art. 2 ZP 1 beruht

¹ Der folgende Beitrag beruht in weiten Teilen auf der in Grote, R./Marauhn, T. (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006 erschienenen Kommentierung der Verf. zu Art. 2 Satz 1 HZP 1 des 1. Zusatzprotokolls, Recht auf Bildung, Kap. 23. Vgl. auch die ebenfalls von der Verf. stammende Kommentierung zu Art. 2 Satz 2 1. ZP, Elternrecht im Schulwesen, Kap. 24, ebenda.

² BGBI. 1956 II S. 1880 idF vom 17.5.2002 BGBI. 2002 II, S. 1072.

³ Einen umfassenden Überblick über Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls geben die folgenden Autoren: Bannwart-Maurer, E., Das Recht auf Bildung und das Elternrecht. Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1975; Caspar, J., Die EU-Charta der Grundrechte und das Bildungsrecht, RdJB 2001, S. 165; Clarke, D.M., Freedom of thought and educational rights in the European Convention, The Irish Jurist 1987, S. 28; Delbrück, J., The Right to Education as an International Human Right, GYIL 1992, S. 92; Liddy, J., European Convention of Human Rights – Case law on the right to education, in: de Groof, J., The legal status of pupils, 1998, S. 130.

⁴ Das allgemeine Elternrecht hat seinen Sitz allerdings auch in Art. 8 EMRK. In einer Entscheidung der mittlerweile abgeschafften Europäischen Menschenrechtskommission, in der diese über eine Beschwerde von Eltern zum in Schweden gesetzlich angeordneten Verbot jeder Art von körperlicher Züchtigung von Kindern zu entscheiden hatte, wurde neben Art. 2 ZP 1 auch Art. 8 herangezogen, EKMR DR 29, 104 (111) – X u.a. v. Schweden.

⁵ Art. 2 1. ZP lautet: „Niemand darf das Recht auf Bildung verwehrt werden. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“

⁶ Zur Entstehungsgeschichte des ZP 1 ausführlich Clarke, (Anm. 3), S. 34 ff.; Partsch, K.J., Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, ZaöRV 1954, S. 631 (656 ff.).

⁷ Vgl. aber Art. 26 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, Res. 217 (III) der GV der UN. Dort heißt es: „Jeder Mensch hat ein Recht auf Bildung. Der Unterricht muss wenigstens in den Elementar- und Grundschulen unentgeltlich sein. Der Elementarunterricht ist obligatorisch. Fachlicher und beruflicher Unterricht soll allgemein zugänglich sein; die höheren Studien sollen allen nach Maßgabe ihrer Fähigkeiten und Leistung

im Ergebnis auf einem Vorschlag der Beratenden Versammlung, die sich insoweit gegenüber dem Ministerkomitee durchsetzen konnte.⁸ Das Zusatzprotokoll⁹ wurde am 20. März 1952 von allen Mitgliedstaaten des Europarates unterzeichnet.¹⁰ Die Schwierigkeiten bei der Konsensfindung in der Frage der Erziehungsrechte spiegeln sich wider in der erheblichen Anzahl der Vorbehalte und auslegenden Erklärungen, die zu Art. 2 ZP 1 angebracht wurden.¹¹ Ein Teil von ihnen wurde mittlerweile wieder zurückgezogen.

2 Internationaler Rahmen

Weitere völkerrechtliche Gewährleistungen eines Rechts auf Bildung finden sich in den Garantien des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Art. 13)¹² und der Charta über die Rechte des Kindes (Art. 28).¹³ Spezifische Diskriminierungsverbote hinsichtlich des Zugangs zu Bildungseinrichtungen enthält das Übereinkommen gegen die Diskriminierung im Unterrichtswesen.¹⁴ In Art. 3 lit. e des Abkommens verpflichten sich die Vertragsstaaten, „ausländischen Staatsangehörigen, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind, denselben Zugang zum Unterricht zu gewähren wie ihren eigenen Staatsangehörigen.“¹⁵ Hinzuweisen ist auch auf Art. 22 der Genfer Flüchtlingskonvention¹⁶, der die Inländergleichbehandlung der (anerkannten) Flüchtlinge hinsichtlich des „Unterrichts in Volksschulen“ festschreibt. In

in gleicher Weise offen stehen.“ (...) „3. In erster Linie haben die Eltern das Recht, die Art der ihren Kindern zuteil werdenden Bildung zu bestimmen.“ Ausführlich dazu *Delbrück* (Anm. 3), S. 98 ff.

⁸ *Partsch* (Anm. 6), S. 657; zu den materiellrechtlichen Fragen vgl. *Partsch, K.J.*, Europäische Grundrechte, in: Neumann, F.L./Nipperdey, H.C., Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte (i.V.m. Bettermann, K.A.), Bd. I, 1966, C II.

⁹ BGBl. 1956 II S. 1880.

¹⁰ Für die Bundesrepublik trat das Zusatzprotokoll am 13.4.1957 in Kraft (BGBl. II S. 226). Es ist mittlerweile von allen Vertragsstaaten der EMRK mit Ausnahme der Schweiz und Andorra ratifiziert worden.

¹¹ Elf Staaten erhoben zu Art. 2 ZP 1 Vorbehalte oder gaben auslegende Erklärungen ab. Eine Liste der Vorbehalte einschließlich ihrer Geltungsdauer findet sich unter <http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>. Die Bundesrepublik Deutschland hat zu Art. 2 Satz 2 ZP 1 einen Vorbehalt dahingehend eingelegt, dass sich aus dieser Bestimmung keinerlei staatliche Verpflichtung zur Finanzierung von religiösen/weltanschaulichen Schulen ergibt. Vgl. dazu auch *Bannwart-Maurer* (Anm. 3), S. 36 ff.

¹² Vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II S. 1570. Art. 13 des Paktes lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Bildung an (...). Die Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts a) der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss; b) die verschiedenen Formen des höheren Schulwesens einschließlich des höheren Fach- und Berufsschulwesens auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar und jedem zugänglich gemacht werden müssen (...).“ Ausführlich dazu *Delbrück* (Anm. 3), S. 98 ff.

¹³ Vom 20.11.1989, BGBl. 1992 II S. 122. Art. 28 lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht des Kindes auf Bildung an; um die Verwirklichung dieses Rechts auf der Grundlage der Chancengleichheit fortschreitend zu erreichen, werden sie insbesondere a) den Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht und unentgeltlich machen; b) die Entwicklung verschiedener Formen der weiterführenden Schulen allgemeinbildender und berufsbildender Art fördern, sie allen Kindern verfügbar und zugänglich machen und geeignete Maßnahmen wie die Einführung der Unentgeltlichkeit und die Bereitstellung finanzieller Unterstützung bei Bedürftigkeit treffen; (...).“

¹⁴ Vom 14.12.1960, BGBl. 1968 II S. 387.

¹⁵ Im vorliegenden Zusammenhang einschlägig ist auch die Rassendiskriminierungskonvention vom 7.3.1966, BGBl. 1969 II S. 962. Gemäß Art. 3 des Übereinkommens sind die Vertragsstaaten verpflichtet, segregative „Praktiken in ihren Hoheitsgebieten zu verhindern, zu verbieten oder auszumerzen.“ Entgegen dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 des Abkommens, wonach es keine Anwendung auf Unterscheidungen hinsichtlich der Staatsangehörigkeit finden soll, besteht Einigkeit dahingehend, dass auch Differenzierungen in Hinblick auf fremde Staatsangehörige in den Schutzbereich des Übereinkommens fallen, jedenfalls dann, wenn es um die Zulässigkeit segregativer, d.h. solcher Praktiken geht, die die dauerhafte gesellschaftliche und wirtschaftliche Ausgrenzung einer bestimmten, in der Regel benachteiligten Gruppe, bewirken können.

¹⁶ BGBl. 1953 II S. 559 und 1969 II S. 1294.

Bezug auf die weiterführende Bildung wird lediglich das Recht auf Meistbegünstigung eingeräumt.¹⁷

Ein materielles Recht auf Bildung enthält auch Art. 14 Grundrechtecharta¹⁸, die allerdings bislang wegen des Scheiterns des Verfassungsvertrages noch nicht in Kraft getreten ist.¹⁹ Die Formulierung des Art. 14 lehnt sich an Art. 2 ZP 1 an.²⁰ Die Grundrechtecharta kodifiziert europäische Grundrechte, die die Europäische Union binden, allerdings auch von den Mitgliedstaaten zu beachten sind, wenn sie Unionsrecht ausführen.

Das geltende Gemeinschaftsrecht verbietet im Rahmen seines Anwendungsbereichs eine Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit innerhalb des Bildungssystems.²¹ Dies folgt aus der umfassenden bildungsrechtlichen Gleichstellung, die EG-Bürgern und ihren Fami-

¹⁷ Der Vollständigkeit halber sei noch auf die noch nicht in Kraft getretene Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen hingewiesen, die am 18.12.1990 von der UN-Generalversammlung angenommen wurde, Res. 45/158, abgedr. in: ILM 1991, S. 1521. Die Konvention enthält einen umfassenden Katalog von Menschenrechten, darunter auch das Recht auf Zugang zu den Bildungseinrichtungen des Aufnahmestaates für die Kinder von Wanderarbeitnehmern (Art. 30 Abs. 2). Sämtliche in der Konvention verbürgten Rechte sind „without distinction of any kind such as sex, race, colour, language, religion or conviction, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic position (...)“ zu gewährleisten.

¹⁸ Art. 14 Grundrechtecharta lautet: (1) Jede Person hat das Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung. (2) Dieses Recht umfasst die Möglichkeit, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen. (3) Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze sowie das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln.“

¹⁹ Die Grundrechtecharta hatte als Teil II Eingang in den Entwurf für die mittlerweile gescheiterte Europäische Verfassung gefunden (Art. 14 der Charta entsprach Art. 74 Verfassungsvertrag; abrufbar unter <http://european-convention.eu.int>). Der Verfassungsvertrag soll bis 2009 durch den Vertrag von Lissabon (abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00001-re01.de07.pdf>) ersetzt werden, der im Dezember 2007 unterzeichnet worden ist. Die Grundrechtecharta wird zwar nicht als solche Bestandteil dieses Vertrages; durch die Aufnahme eines entsprechenden Verweises in Art. 6 Abs. 2 EU wird sie aber dennoch Rechtsverbindlichkeit erlangen; vgl. hierzu die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Rates der Europäischen Union v. 21./22.6.2007, Dok. 11177/07, Anlage I, S. 17, 25. Entsprechend einem dem Vertrag beigefügten Protokoll (Nr. 7, abrufbar unter <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00002-re01.de07.pdf>) wird die Grundrechtecharta für das Vereinigte Königreich und Polen allerdings nur eingeschränkte rechtliche Wirkung entfalten. In dem Protokoll wird bestimmt, dass britische/polnische Gerichte sowie der EuGH zum einen nicht feststellen können, ob Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Praktiken oder sonstiges Handeln Großbritanniens/Polens in Einklang mit der Grundrechtecharta stehen; zum anderen wird ausdrücklich festgehalten, daß mit der Charta keine zusätzlichen in Großbritannien/Polen einklagbaren Rechte geschaffen werden. Art. 2 des Protokolls bestimmt darüber hinaus, daß diejenigen Bestimmungen der Charta, die auf das nationale Recht Bezug nehmen, nur insoweit auf britischem/polnischem Boden zur Anwendung kommen, wie die in diesen Bestimmungen enthaltenen Rechte/Grundsätze dort schon anerkannt sind. Ob das Protokoll auf weitere Mitgliedstaaten ausgedehnt werden wird, ist derzeit noch offen. Vgl. dazu die Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Rates der Europäischen Union v. 21./22.6.2007, Dok. 11177/07, Anlage I, S. 25, FN 19, 20.

²⁰ Vgl. die Erläuterungen des Präsidiums des Konvents, abgedruckt in: EuGRZ 2000, 559.

²¹ Im Jahre 2000 sind zusätzlich zwei Antidiskriminierungsrichtlinien ergangen, die jede Form der Diskriminierung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft bzw. für den Bereich der beruflichen Bildung zusätzlich jede Form der Diskriminierung wegen der Religion, der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung untersagen (RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundgesetzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI. L 180/22; Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI. L 303/16). Beide Richtlinien sind auf Art. 13 EGV gestützt, der den Erlass von Antidiskriminierungsmaßnahmen „im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“ ermöglicht. Die Richtlinien wurden in Deutschland durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006, BGBl. I S. 1897, umgesetzt. Zur Reichweite des Anwendungsbereiches der Richtlinie wie auch des AGG im Bereich Bildung vgl. Richter, D., Bildung § 2, Rn. 97 ff., in: Rust, U./Falke, J. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften. Kommentar, 2007, Rn. 119, 125 ff.

lienangehörigen²², aber auch Angehörigen assoziierter Staaten wie namentlich der Türkei eingeräumt ist.²³ Eine Harmonisierung materieller Bildungsrechte ist damit allerdings nicht verbunden.

3 Struktur des Rechts auf Bildung in der EMRK

3.1 Grundrechtsfunktionen

Unter den Vertragsstaaten der EMRK bestand Einigkeit, dass Bildung und Erziehung für die Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit, für die Verhinderung totalitärer Regime und für die Funktionsfähigkeit eines demokratischen Gemeinwesens essentiell sind.²⁴ Aus der Sicht des Individuums ist entscheidend, dass eine selbstbestimmte Existenz im persönlichen wie im beruflichen Bereich nur derjenige führen kann, der über entsprechende Fähigkeiten verfügt, die es ihm ermöglichen, sein Leben nach seinem „eigenen Entwurf“ zu gestalten. Bildung und Ausbildung sind deswegen auf das engste mit der Menschenwürde verknüpft. Vor diesem Hintergrund sollte jedermann ein individuell einklagbares Recht auf Bildung haben.²⁵ Die zentrale Garantie des Art. 2 Satz 1 ZP 1 ist ein Recht auf Teilhabe, d.h. auf gleichen Zugang zu den vorhandenen Bildungseinrichtungen. Weitergehende Leistungsansprüche sollten allerdings nicht begründet werden. Im Übrigen sollten die Vertragsstaaten bei der Ausgestaltung des Erziehungswesens einen weiten Gestaltungsspielraum genießen.²⁶

3.2 Verhältnis des Elternrechts zum Bildungsrecht des Kindes

Nach Auffassung von EGMR und Kommission stellt Art. 2 ZP 1 ein einheitliches Ganzes dar, das allerdings vom Recht auf Bildung in Satz 1 dominiert wird. Der EGMR hat das Recht des Kindes auf Bildung als fundamentales Recht des Kindes bezeichnet. Das Elternrecht ist auf das Recht auf Bildung „aufgesetzt“.²⁷ Hieraus ergibt sich eine entsprechende Verpflichtung der Eltern bei der Wahrnehmung der ihnen obliegenden erzieherischen Verantwortung: „Ihr Recht entspricht also einer Verantwortlichkeit, die eng gebunden ist an den Genuss und die Wahrnehmung des Rechts auf Bildung.“²⁸

²² Art. 12 VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15.10.1968, ABl. 1968 L 257/2. Die Kinder von Selbständigen, die von der in Art. 43 EGV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen, genießen die gleichen Rechte. Unabhängig von der Wahrnehmung der Grundfreiheiten genießen Unionsbürger diskriminierungsfreien Zugang zur Berufsausbildung einschließlich der Hochschulausbildung, RL 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. EG 1993 L 317/59, ab dem 1.4.2006 abgelöst durch die RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ber. Fassung in: ABl. EU L 229/35. Zur Problematik der sozialrechtlichen Gleichstellung von in der Berufsausbildung befindlichen Unionsbürgern (Unterhaltsbeihilfen zum Zwecke eines Studiums oder einer Berufsausbildung) insbes. in Bezug auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH vgl. *Hailbronner, K.*, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, S. 259 ff.; *Niedobitek, M.*, Studienbeihilfen und Unionsbürgerschaft, RdJB 1/2006, 105 ff.

²³ Art. 9 des Assoziationsratsbeschlusses 1/80, ANBA 1981, S. 4; auch abgedr. in: *Huber, B.*, Handbuch des Ausländer- und Asylrechts, Loseblattsammlung, 1994 ff.; vgl. dazu ausführlich *Langenfeld, C.*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten – Eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland, 2001, S. 231 f.

²⁴ EMRK/TP I 271, V 246, 252, VIII 131, 155.

²⁵ EMRK/TP VIII 87, 106, 133.

²⁶ EMRK/TP VI 163.

²⁷ Vgl. nur EGMR A 23, § 52 – *Kjeldsen u.a.* (= EuGRZ 1976, 478, 484).

²⁸ EGMR A 23, § 52 – *Kjeldsen u.a.* (= EuGRZ 1976, 478, 485); A 48, 16, § 36 – *Campbell and Cosans* (= EuGRZ 1982, 153, 156).

Im Verhältnis des Elternrechts zum Bildungsrecht des Kindes wird die dienende Funktion des Elternrechts deutlich. Es ist Recht und Pflicht zugleich. Das elterliche Erziehungsrecht darf dem grundlegenden Recht des Kindes auf Bildung nicht zuwiderlaufen. Wann im Einzelfall das Elternrecht hinter dem Recht ihres Kindes auf Bildung zurückstehen muss bzw. durch dieses begrenzt wird, ist eine schwierige Frage. Es dürfte nicht selten vorkommen, dass elterliche Überzeugungen den objektiven Bildungsinteressen des Kindes widersprechen. Man wird den Eltern insoweit Freiräume zugestehen; erst dann, wenn die Bildungschancen des Kindes in einer nicht mehr vertretbaren Weise beeinträchtigt werden und sich hieraus eine Gefahr für das Kindeswohl ergibt, wird sich der Staat auf das kindliche Bildungsrecht berufen und dieses im Rahmen der ihm zugewiesenen Bildungs- und Erziehungsaufgabe auch entgegen elterlichen Erziehungsvorstellungen durchsetzen.²⁹ Die Formulierungen des EGMR deuten darauf hin, dass er in derartigen Fällen bereits von einer tatbestandlichen Begrenzung des Elternrechts ausgeht.³⁰ Eingriffe in das Familienleben, etwa in Form des (teilweisen) Sorgerechtsentzugs, müssen sich vor Art. 8 EMRK rechtfertigen, der das Familienleben, d.h. das Zusammenleben von Eltern und Kindern und in Zusammenschau mit Art. 2 ZP 1 das elterliche Erziehungsrecht schützt.

Die Konzeption des Elternrechts als dienendes Grundrecht liegt auch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zugrunde. Im Falle eines Konfliktes zwischen Elternrecht und Kindesinteresse muss das Kindeswohl letztendlich den Ausschlag geben; Entscheidungen müssen dann auch gegen den elterlichen Willen getroffen werden. Grundsätzlich gilt der Elternprimat auch für den Bereich von Bildung und Ausbildung. Die Eltern entscheiden über den Bildungsweg des Kindes. Es ist nicht Aufgabe des Staates, für die bestmögliche Förderung des Kindes zu sorgen.³¹ Der in Art. 7 Abs. 1 GG verankerte Bildungs- und Erziehungsauftrag gibt dem Staat insoweit keine weitergehenden Rechte: Den schulischen Gesamtplan der Eltern hat der Staat grundsätzlich zu respektieren.³² Im so genannten innerschulischen Bereich überwiegt freilich die staatliche Schulgestaltungsmacht. Insoweit kann der Staat Erziehungs- und Bildungsinhalte, die er für die Entwicklung des Kindes für wesentlich hält, eigenständig definieren und auch gegenüber gegenläufigen elterlichen Vorstellungen durchsetzen. Aber auch dort, wo der schulische Gesamtplan berührt ist, der Vorrang des Elternrechts also auch im Verhältnis zur Schulhoheit grundsätzlich gilt, stößt das Elternrecht an seine tatbestandlichen Grenzen, wenn elterliche Erziehungsentscheidungen die Bildungschancen des Kindes in unvertretbarer Weise beschneiden. So beinhaltet die elterliche Primärverantwortung für den schulischen Gesamtplan nicht das Recht, das Kind vom Schulbesuch überhaupt fernzuhalten.³³ Die Grenzen des Elternrechts sind hier durch das Kindeswohl, das seinen rechtlichen Ausdruck im kindlichen Entfaltungsrecht findet, markiert. Wie weit diese Grenzen im Einzelfall reichen, ob etwa auch Bildungsentscheidungen von Eltern respektiert werden müssen, die aus prinzipiellen religiösen oder kulturellen Überzeugungen heraus und gegen den erkennbaren kindlichen Willen sowie unter Außerachtlassung vorhandener Begabung schulische Entfaltungsrechte durch die Verweigerung einer weiterführenden schulischen Ausbildung beschneiden, bedürfte noch näherer Betrachtung.³⁴ Nach der hier vertretenen

²⁹ In einem Fall, in dem ein behindertes Kind entgegen dem elterlichen Willen in eine Sonderschule überwiesen wurde, berief sich die Kommission auf den Vorrang des Bildungsrechts vor dem elterlichen Erziehungsrecht, EKMR DR 64, 158, 165 – *Graeme*; vgl. auch DR 62, 292, (296 f.) – *P.D. u. L.D. v. Vereinigtes Königreich*.

³⁰ EGMR A 48, § 36 – *Campbell and Cosans* (= EuGRZ 1982, 153).

³¹ BVerfGE 60, 79 (94); *Coester-Waltjen, D.*, in: v. Münch, I./Kunig, P., Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 6 Rn. 93.

³² Zum Verhältnis von staatlicher Schulhoheit und elterlichem Erziehungsrecht *Langenfeld* (Anm. 1), Kap. 24, Rn. 19.

³³ Zur Vereinbarkeit der Schulpflicht mit der EMRK bzw. zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sich mit einer Bildungs- oder Unterrichtspflicht zu begnügen vgl. unten 4.4.

³⁴ Diese Fragen können sich z.B. in Hinblick auf die Eltern von Mädchen in konservativen muslimischen Familien stellen, die ihre Töchter im Sinne eines bestimmten Geschlechterverständnisses erziehen möchten.

Ansicht sollte in diesen Fällen dem Entfaltungsrecht des Kindes regelmäßig der Vorrang gegeben werden.

Eines Rückgriffs auf die Drittirkung der Grundrechte bedarf es im Verhältnis von Elternrecht und Bildungsrecht nicht. Die Pflicht des Staates besteht darin, die Einhaltung der dem Elternrecht inhärenten Grenzen zu überprüfen und notfalls – eben auch repressiv – tätig zu werden. Trifft der Staat Maßnahmen, die in familiäre Strukturen eingreifen, etwa das Sorgerecht oder Teile desselben entziehen, greift das Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG³⁵, und zwar auch dann, wenn die familienrechtlichen Maßnahmen in Hinblick auf die Durchsetzung der Schulpflicht erfolgen. Für den schulischen Bereich selbst ist Art. 7 Abs. 1 GG einschlägig, der dem Elternrecht gegenübertritt und es begrenzt.

4 Sachlicher Gewährleistungsumfang des Rechts auf Bildung in der EMRK

4.1 Allgemeines

Da allein der Staat heute in der Lage ist, ein angemessenes Ausbildungssystem für die ganze Bevölkerung bereit zu halten, ist aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 nicht nur ein Recht auf Bildung des Kindes abzuleiten, sondern auch eine korrespondierende Verpflichtung des Staates zur Vorhaltung einer entsprechenden Bildungsinfrastruktur, deren Ausgestaltung im Einzelnen im weiten Entscheidungsspielraum des einzelnen Mitgliedstaates liegt.³⁶ Zum Zeitpunkt der Auflegung des Zusatzprotokolls zur Unterzeichnung verfügten alle Mitgliedstaaten über ein allgemeines öffentliches Unterrichtswesen. Dies hat sich bis heute erhalten, wenn auch Unterschiede, insbesondere mit Blick auf die Bedeutung des Privatschulwesens, bestehen.

Wie der EGMR im Belgischen Sprachenfall ausführte, verlangt das Recht auf Bildung in Art. 2 Satz 1 ZP 1 „schon seiner Natur nach eine Regelung durch den Staat, eine Regelung, die nach Zeit und Ort wechseln kann, abhängig von den Bedürfnissen und den Mitteln der Gemeinschaft und der Einzelpersonen“.³⁷ Die Staaten verfügen über einen großen Ermessensspielraum bei der Organisation, Einrichtung und Ausgestaltung des Schul- und Erziehungswesens. Insofern können dem Recht auf Bildung regelmäßig keine konkreten Antworten entnommen werden. So bleibt es dem Staat überlassen festzulegen, ab welchem Alter und wie lange der Schulbesuch obligatorisch ist, welche Fächer dabei Priorität genießen und wie die Leistungsstufen und -anforderungen ausgestaltet sind.³⁸ Auch steht es im Ermessen des Staates, sich für ein gegliedertes oder ein Gesamtschulsystem zu entscheiden.³⁹ Der so beschriebene staatliche Ausgestaltungsvorbehalt stößt freilich an seine Grenzen, sofern an das vom Staat notwendig zur

³⁵ In einer Reihe von Fällen haben Gerichte bei fort dauernder Schulentziehung Eltern das Sorgerecht teilweise entzogen, um den regelmäßigen Schulbesuch der Kinder wieder zu ermöglichen, vgl. etwa OLG Brandenburg, NJW 2006, S. 236; OLG Hamm, NJW 2006, S. 237. Zur Problematik Spiegler, T., Kann Ordnungswidrigkeit Bildung sein? – Das Spannungsfeld zwischen Home Education und Schulpflicht in Deutschland aus soziologischer Perspektive –, RdJB 2005, S. 71; Achilles, H., Christlicher Fundamentalismus und Schulpflicht, RdJB 2004, S. 223, jeweils mit zahlreichen Nw. zur Rspr.

³⁶ Frowein, J.A./Peukert, W., EMRK-Kommentar, 1995, Art. 2 ZP 1 Rn. 2; Wildhaber, L., IntKommEMRK, Art. 2 Rn. 31; Kiss, A.C., La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation, RDH 6 (1973), S. 467 (471–473, 476).

³⁷ EGMR A 6, 32 § 5 – Belgischer Sprachenfall (= EuGRZ 1975, 298, 300).

³⁸ Weitere Beispiele bei Wildhaber (Anm. 36), Art. 2 Rn. 34 ff. mNw zur Rechtsprechung der Konventionsorgane.

³⁹ Es spricht allerdings einiges dafür, in der Einführung einer schulischen Organisationsform, die Eltern und Schülern keine ernsthaften Wahlmöglichkeiten mehr lässt, einen Verstoß gegen das Bildungsrecht, aber auch gegen das in Art. 2 Satz 2 ZP 1 gewährleistete Elternrecht zu sehen.

Verfügung zu stellende Erziehungsminimum gerührt würde. Dieses Erziehungsminimum erfasst jedenfalls die grundsätzliche Gewährleistung einer Primar- und Sekundarausbildung für jedermann. Hierzu gehört nicht die vollständige Unentgeltlichkeit des Pflichtunterrichts. Allerdings müssen Gebühren, sollten sie erhoben werden, sozial verträglich ausgestaltet sein und auch Kindern aus minderbemittelten Familien den Schulbesuch ohne weiteres ermöglichen. Ohnehin ist die Unentgeltlichkeit des Pflichtunterrichts ganz überwiegend – so auch in der Bundesrepublik Deutschland⁴⁰ – in den Konventionsstaaten anerkannter Grundsatz⁴¹, der jetzt auch Eingang in Art. 14 Abs. 2 Grundrechtecharta gefunden hat.

4.2 Recht auf Bildung als Abwehr- und Teilhaberecht

Art. 2 Satz 1 ZP 1 ist zunächst als Abwehrrecht zu verstehen. Damit kommt es gegenüber Eingriffen in Aktivitäten im von dieser Bestimmung erfassten Bildungsbereich zum Tragen. Darüber hinaus ist der Inhalt des Rechts auf Bildung in Art. 2 Satz 1 ZP 1 sowohl vom EGMR wie auch von der Kommission dahingehend bestimmt worden, dass das Recht gewährt wird, von den vorhandenen Bildungseinrichtungen bei Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen⁴² Gebrauch zu machen.⁴³ An dieser Stelle zeigt sich das Ineinandergreifen von Abwehr- und Teilhaberechten im Bildungsbereich.⁴⁴ Dies ist folgerichtig, da Abwehr- und Teilhabeaspekte beim Recht auf Bildung auf das engste miteinander verwoben sind. Das Recht auf Bildung kann regelmäßig ohne die Inanspruchnahme staatlicher Bildungsleistungen nicht verwirklicht werden. Ein über die bereits skizzierte objektive Verpflichtung des Staates hinausgehendes subjektives Recht des Einzelnen auf die Einrichtung bestimmter, nicht vorhandener Ausbildungsgänge enthält Art. 2 Satz 1 ZP 1 nicht. Dies steht in Einklang mit der negativen Formulierung des Art. 2 ZP 1, wonach niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden darf. Art. 2 ZP 1 erweist sich mithin nicht als originäres, sondern in erster Linie als derivatives Teilhaberecht.

4.3 Erfasste Bildungseinrichtungen

Die Reichweite von Art. 2 Satz 1 ZP 1 in Hinblick auf die von ihr erfassten Bildungseinrichtungen ist nicht vollständig geklärt.⁴⁵ Die Kommission ist zunächst davon ausgegangen, dass das Recht auf Bildung „den Zugang zum Vorschulunterricht, zu Grund- und Oberschulen und zu höheren Studien umfasse“.⁴⁶ In späteren Entscheidungen hat sie hingegen betont, das Recht auf Ausbildung betreffe vor allen Dingen den Zugang zur Elementarausbildung, nicht hingegen in demselben Umfang die höhere (schulische) Ausbildung.⁴⁷ Dies ist nicht überzeugend. Es ist sicher zutreffend, dass der Zugang zu einer höheren Ausbildung nur unter gewissen Vorausset-

⁴⁰ Überblick über die Rechtsgrundlagen der Schulgeldfreiheit im Bundesgebiet bei *Avenarius, H./Heckel, H.*, Schulrechtskunde, 7. Aufl. 2000, S. 584 Anm. 65.

⁴¹ Überblick dazu bei *Butt, M.E./Kübert, J./Schultz, C.A.*, Soziale Grundrechte in Europa, Europäisches Parlament (Hrsg.), 1999, S. 29.

⁴² Vgl. dazu die Nachweise bei *Wildhaber* (Anm. 36), Art. 2 Rn. 75 f.

⁴³ EGMR A 6, 31 – *Belgischer Sprachenfall* (= EuGRZ 1975, 298, 300); DR 2, 50 (51) – *X v. Vereinigtes Königreich*; DR 51, 125 (128) – *Jorbedo*.

⁴⁴ Die Abgrenzung zwischen Teilhaberecht und Abwehrrecht ist nicht immer eindeutig. Deutlich ist, dass schulische Ordnungsmaßnahmen den abwehrrechtlichen Aspekt des Bildungsrechts betreffen; weniger klar ist dies z.B. im Fall der Nichtversetzung. In den Fällen, in denen Schulpflicht besteht, könnte die Nichtversetzung als Folgephänomen der Schulpflicht den abwehrrechtlichen Aspekt des Bildungsrechts berühren – so das BVerfGE 58, 257 (273 f.); andererseits wird dem Schüler der Zugang zu der nächsthöheren Klassenstufe verweigert. Insofern geht es um einen Teilhabeaspekt; vgl. dazu *Jarass, H.D.*, Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995, S. 674 (676).

⁴⁵ Zum Problem *Grabenwarter, C.*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 216 f.

⁴⁶ EGMR A 6, 22 – *Belgischer Sprachenfall* (Verweis auf die Stellungnahme der Kommission).

⁴⁷ EKMR DR 2, 50, (51) – *X v. Vereinigtes Königreich*; DR 23, 228, (229) – *X v. Vereinigtes Königreich*; DR 74, 14, (27) – *Yanasik*.

zungen, d.h. insbesondere bei entsprechender Eignung, gewährt werden kann. Die Gewährleistung des Art. 2 Satz 1 ZP 1 besteht dann darin, nicht ohne sachlichen Grund abgewiesen zu werden. Nach Sinn und Zweck umfasst der Schutzbereich des Art. 2 Satz 1 ZP 1 alle Stufen und Ausprägungen der Ausbildung, d.h. auch die höhere Schulausbildung und das Hochschulstudium.⁴⁸ Es bestehen auch keine Einwände, den Bereich der Erwachsenenbildung miteinzubeziehen.⁴⁹ Ob Art. 2 Satz 1 ZP 1 darüber hinaus auf den Bereich der sonstigen Aus- und Fortbildung anwendbar ist, ist hingegen zweifelhaft. Weder Kommission noch EGMR haben sich zu dieser Frage bislang eindeutig geäußert. Gegen eine Einbeziehung der beruflichen Ausbildung und Fortbildung spricht der Umstand, dass die EMRK jedenfalls bislang die Berufsfreiheit nicht schützt. Berufliche Ausbildungsfreiheit und Berufsfreiheit hängen aber auf das engste miteinander zusammen, wie auch Art. 12 Abs. 1 GG zeigt, der beide Freiheiten gewährleistet. Eine solche Deutung steht auch im Einklang mit den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zur EU-Grundrechtecharta, in denen ausdrücklich festgehalten ist, dass Art. 14 Abs. 1 der Charta, der den Bereich der beruflichen Bildung ausdrücklich miteinbezieht, über die Gewährleistung des Art. 2 Satz 1 ZP 1 hinausgeht.⁵⁰

Bezieht man den Bereich der höheren Schul- und Hochschulbildung wie auch der Erwachsenenbildung mit ein, so kann dies freilich nicht für die institutionelle Komponente des Art. 2 Satz 1 ZP 1 gelten, die ein gewisses Mindestengagement des Staates im Bildungsbereich, die Gewährleistung eines Erziehungsminimums, fordert. Insofern dürfte nur der Bereich der Primar- und Sekundarschulen betroffen sein, deren Besuch in den Vertragsstaaten idR obligatorisch ist.⁵¹

4.4 Zulässigkeit der Schulpflicht

Das Recht auf Bildung beinhaltet grundsätzlich nicht die Verpflichtung, sich zu bilden. Im Interesse der Ausbildung ist der Staat allerdings befugt, die Schulpflicht festzulegen.⁵² Hierin liegt kein Verstoß gegen das (negative) Recht auf Bildung.⁵³ Wie weit die Schulpflicht reicht, ist im

⁴⁸ Dies hat der Gerichtshof nunmehr ausdrücklich klargestellt: EGMR Nr. 44774/98 – *Leyla Şahin v. Türkei*, Urt. vom 10. November 2005, Rn. 134 ff. (insbes. 141); Nr. 60856/00, *Mürsel Eren v. Türkei*, Urt. v. 7. Februar 2006, § 41; in diesem Sinne auch *B. Hornyik*, in: Ermacora, F./Nowak, M./Tretter, H., Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, 1983, S. 646 f.; *Guradze, H.*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968, S. 262; tendenziell bereits EKMR DR 9, 5 – *X v. Schweden*.

⁴⁹ Ebenso *Jacobs, F./White, A.*, The European Convention on Human Rights, 2. Aufl. 1996, S. 263; *van Dijk, P./van Hoof, J.H.*, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl. 1998, S. 644; wohl auch *Wildhaber* (Anm. 36), Art. 2 Rn. 22 f.

⁵⁰ EuGRZ 2000, S. 559 (562).

⁵¹ Ebenso *Wildhaber* (Anm. 36), Art. 2 Rn. 31.

⁵² EKMR DR 37, 105, (108) – *Familie H. v. Vereiniges Königreich*; vgl. auch *Wildhaber* (Anm. 36), Art. 2 Rn. 24. Lässt der Staat auch Heimunterricht zu, hat der Staat das Recht, entsprechende Erziehungsstandards festzulegen, EKMR, a.a.O.

⁵³ Im Fall Nr. 35504/03 – *Konrad v. Deutschland* – hat der EGMR mit Beschluss vom 11. September 2006 (abrufbar auf der Homepage des EGMR) entschieden, dass die Verhängung der Schulpflicht, wie sie in den Ländern üblich ist, mit dem Elternrecht in Art. 2 Satz 2 ZP 1 vereinbar ist. Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof die Beschwerde als unzulässig abwies nach Art. 35 Abs. 3 EMRK, da er sie für offensichtlich unbegründet hielt. Die Zulassung von Heimunterricht (Home-Schooling) mit der Folge, dass aus der Schulpflicht eine Bildungs- oder Unterrichtspflicht würde, ist danach nicht geboten (zum Recht des Staates zur Festlegung von Erziehungsstandards für den Heimunterricht vgl. bereits EKMR DR 37, 105 (108) – *Familie H. v. Vereiniges Königreich*). Zwar ist die Zahl der Fälle des Home-Schooling in Deutschland immer noch gering, steigt aber in den letzten Jahren stetig an und stellt die Behörden vor erhebliche Probleme. Vgl. dazu die Nw. in Anm. 35.

Prinzip dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen. Insoweit befindet sich Art. 2 Satz 1 ZP 1 in Übereinstimmung mit der Lage nach dem Grundgesetz.⁵⁴

4.5 Weitere Elemente eines Rechts auf Bildung

Im maßgeblichen französischen bzw. englischen Wortlaut des Art. 2 Satz 1 ZP 1 ist die Rede von dem „droit à l’instruction“ bzw. dem „right to education.“ Auf Deutsch wird dies wiedergegeben als „Recht auf Bildung“⁵⁵. In Art. 2 Satz 2 ZP 1 ist demgegenüber die Rede von „education and teaching“ bzw. „éducation et enseignement“ (Erziehung und Unterricht). Nach der Vorstellung des EGMR ist „die Erziehung von Kindern der gesamte Prozess, durch den in einer Gesellschaft die Erwachsenen ihre Überzeugungen, Kultur und andere Werte der Jugend zu vermitteln suchen“⁵⁶. Wie *Wildhaber* zutreffend feststellt, ist diese Umschreibung des Erziehungsprozesses ausgesprochen „eltern-zentriert“. Es fehlt die Ausrichtung der Unterrichts- und Erziehungsarbeit auf die Entfaltung der kindlichen Persönlichkeit entsprechend ihren Befähigungen und Anlagen⁵⁷, die den grundgesetzlich begründeten Elementen des Rechts auf Bildung eigen ist.⁵⁸ Auch wenn dies mit Blick auf das Bildungsrecht des Kindes selbst noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung der Konventionsorgane gewesen ist, so wird man doch annehmen müssen, dass mit dem Bildungsgrundrecht des Zusatzprotokolls auch das Recht auf Entfaltung im Sinne der Entwicklung zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit gemeint ist.

Eine effektive Gewährleistung des Rechts auf Bildung verlangt weiter, dass der Einzelne nach Abschluss der Ausbildung Nutzen daraus ziehen kann, d.h. dass die Ausbildung bzw. der

⁵⁴ Rechtsprechung und Lehre gehen von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Schulpflicht aus. Der damit verbundene Eingriff in die Entfaltungsrechte des Einzelnen aus Art. 2 Abs. 1 GG wie auch in das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG ist in Hinblick auf die Notwendigkeit der Vermittlung einer fundierten Allgemeinbildung sowohl im Interesse des Einzelnen wie auch des Gemeinwesens gerechtfertigt. Nach allgemeiner Auffassung gilt dies auch für die in den Schulgesetzen der Bundesländer vorgesehene Berufsschulpflicht, die sich als ein Eingriff in die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte freie Wahl der Ausbildungsstätte darstellt. Insoweit steht das legitime Interesse der Gemeinschaft an qualifizierter fachlicher Ausbildung im Vordergrund. Vgl. dazu BVerfG (Kammer), DVBl. 2003, S. 999 f. – Schulbesuchspflicht (Beschluss vom 29.4.2003); BVerwG DVBl. 1975, S. 428; BVerwGE BayVBl. 1992, S. 184; BayObLG BayVBl. 1984, S. 90 f.; VGH München NVwZ 1987, S. 706; vgl. auch das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts RdJB 1993, S. 110. Im Allgemeinen wird lapidar festgestellt, dass die allgemeine Schulpflicht von Art. 7 Abs. 1 GG gedeckt sei; das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG (und die Religionsfreiheit aus Art. 4 GG) stünden dem nicht entgegen. In dem oben zitierten Kammerbeschluss hat sich das BVerfG erstmals ausführlicher zur Verhältnismäßigkeit der Schulbesuchspflicht geäußert. In der Sache ging es um die Zulässigkeit von Heimunterricht. Die Kläger gehörten einer christlichen Gemeinschaft an und lehnten den Besuch von staatlichen Schulen aus religiösen Gründen ab. Das BVerfG sah in der Ablehnung der Befreiung von der Schulbesuchspflicht keine Grundrechtsverletzung. Zur Begründung führte es u. a. aus, dass es zwar zutreffen möge, „dass die Beschränkung des staatlichen Erziehungsauftrags auf die regelmäßige Kontrolle von Durchführung und Erfolg eines Heimunterrichts zur Erreichung des Ziels der Wissensvermittlung ein milderndes und insoweit auch gleich geeignetes Mittel darstellen kann. Doch kann es nicht als eine Fehleinschätzung angesehen werden, die bloße staatliche Kontrolle von Heimunterricht im Hinblick auf das Erziehungsziel der Vermittlung sozialer und staatsbürgerlicher Kompetenz nicht als gleich wirksam zu bewerten. Denn soziale Kompetenzen im Umgang auch mit Andersdenkenden, gelebte Toleranz, Durchsetzungsvermögen und Selbstbehauptung einer von der Mehrheit abweichenden Überzeugung können effektiver eingeübt werden, wenn Kontakte mit der Gesellschaft und den in ihr vertretenen unterschiedlichen Auffassungen nicht nur gelegentlich stattfinden, sondern Teil einer mit dem regelmäßigen Schulbesuch verbundenen Alltagserfahrung sind“, BVerfG (Kammer), DVBl. 2003, S. 999. Aus der Literatur vgl. nur Langenfeld (Anm. 23), S. 396 ff. mwNw; Stein, E./Roell, M., Handbuch des Schulrechts, 2. Aufl. 1992; Hufen, F., JuS 1988, S. 307 f. (Anmerkung zu BVerfG NJW 1987, S. 180 = RdJB 1993, S. 105); zur Zulässigkeit der Berufsschulpflicht Hufen, F., Der verfassungsrechtliche Rahmen des Berufsbildungsrechts nach dem Grundgesetz, RdJB 2003, S. 58.

⁵⁵ Vgl. die bereinigte – zwischen Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz – abgestimmte Fassung (Sommer 1998), BGBl. 2002 II S. 1072.

⁵⁶ EGMR A 48, § 33 – Campbell and Cosans (= EuGRZ 1982, 155).

⁵⁷ Vgl. auch Delbrück (Anm. 3), S. 103 f.; Kiss (Anm. 36), S. 484 f.

⁵⁸ Vgl. dazu näher Langenfeld (Anm. 1), Recht auf Bildung, Rn. 20.

Abschluss staatlich anerkannt wird. Eine entsprechende Verpflichtung zur Anerkennung von Bildungsabschlüssen ergibt sich freilich nur in Hinblick auf die vor den Schulen des betreffenden Mitgliedstaates abgelegten Abschlüsse⁵⁹; eine weitergehende Verpflichtung zur Anerkennung von Abschlüssen aus anderen Konventionsstaaten besteht in Hinblick auf Art. 2 Satz 1 ZP 1 nicht.⁶⁰

5 Bildungsrechte behinderter Kinder

Aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 lässt sich eine absolute Verpflichtung, auch behinderte Kinder zu den allgemeinen Schulen zuzulassen, nicht herleiten.⁶¹ Ob die Äußerungen der Kommission, die insoweit allerdings auf das Elternrecht in Art. 2 Satz 2 ZP 1 Bezug nehmen, dahin zu verstehen sind, dass dort, wo die Integration nach modernen Erkenntnissen möglich und mit angemessenen Mitteln erreichbar ist, der Staat sie zu ermöglichen hat, ist nicht eindeutig.⁶² Jedenfalls aber hat die zuständige Behörde die elterlichen Vorstellungen voll zur Kenntnis zu nehmen und sich ernsthaft mit ihnen auseinander zu setzen. Allerdings setzt sich das Bildungsrecht des Kindes aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 gegenüber Erziehungsvorstellungen von Eltern durch, die eine integrative Beschulung ihres behinderten Kindes wünschen, obgleich fachgutachterliche Ermittlungen ergeben haben, dass eine angemessene Förderung des Kindes im Rahmen einer allgemeinen Schule nicht möglich ist.⁶³

Aus dem Recht des Kindes auf möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit, dem elterlichen Erziehungsrecht und dem Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergibt sich zwar kein konkreter Anspruch des behinderten Kindes auf bestimmte schulische Einrichtungen.⁶⁴ Der Staat ist allerdings gehalten, für diesen Personenkreis Einrichtungen vorzuhalten, die eine sachgerechte schulische Bildung und Ausbildung für Behinderte ermöglichen. Zu diesen möglichen Fördermaßnahmen zählt das Bundesverfassungsgericht auch das Modell der integrativen Schule. Die Zuweisung eines behinderten Kindes an eine Sonderschule, obgleich eine integrative Unterrichtung an der allgemeinen Schule mit sonderpädagogischer Förderung möglich ist, der dafür benötigte personelle und sächliche Aufwand mit den zur Verfügung stehenden Personal- und Sachmitteln bestritten werden kann und auch organisatorische sowie schutzwürdige Belange Dritter nicht entgegenstehen, stellt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes dar.⁶⁵ Die widerstreitenden verfassungsrechtlichen Positionen verlangen aber Einschätzungen und Abwägungen, die allein von der zuständigen Schulbehörde getroffen werden können. Zur Sicherung eines möglichst weitgehenden Grundrechtsschutzes sind an den Verlauf dieses Entscheidungsprozesses bestimmte ver-

⁵⁹ EGMR A 6 – *Belgischer Sprachenfall* (= EuGRZ 1975, 298, 300).

⁶⁰ EKMR DR 16, 82 (83 f.) – *Xv. Belgien*; EKMR DR 45, 300 (302) – *Glazewsa*.

⁶¹ DR 62, 292 (297) – *P.D. u. L.D v. Vereinigtes Königreich*; EKMR DR 64, 158 (166) – *Graeme*; ebenso *Liddy*, 133. Zur generellen Zulässigkeit eines Sonderschulsystems EGMR Nr. 57325/00 – *D.H. and Others v. The Czech Republic*, Urt. vom 7. Februar 2006, § 47.

⁶² *Frowein/Peukert* (Anm. 36), Art. 2 ZP 1 Rn. 2 unter Hinweis auf die in der vorigen Anm. genannten Entscheidungen; deutlich zurückhaltender *Wildhaber* (Anm. 36), Art. 2 Rn. 57.

⁶³ EKMR DR 62, 292, (296 f.) – *P.D. u. L.D. v. Vereinigtes Königreich*; DR 64, 158, (165 f.) – *Graeme*.

⁶⁴ BVerfGE 96, 288; vgl. dazu die Anmerkung von *Füssel, H.-P.*, RdJB 1998, S. 250.

⁶⁵ Eine Benachteiligung von Behinderten liegt im Weiteren auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungs möglichkeiten durch die öffentliche Gewalt vor, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme hinlänglich kompensiert wird, BVerfGE 96, 288 (303). Dem liegt ein erweitertes Verständnis des Benachteiligungsbegriffs zugrunde, das eine unterschiedslose Behandlung von Behinderten ohne Berücksichtigung ihrer spezifischen Bedürfnisse verbietet, sofern sich hieraus Ausschlusswirkungen ergeben. Zur aktuellen Debatte um die Auswirkungen des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auf legasthenie Schüler an allgemeinbildenden Schulen vgl. *Langenfeld, C.*, Maßnahmen des Nachteilsausgleichs und des besonderen Schutzes für Schüler und Schülerinnen mit Legasthenie an allgemeinbildenden Schulen, RdJB 2007, S. 211 (223 ff.).

fahrensrechtliche Anforderungen zu stellen. So muss die Behörde die Vorstellungen der Eltern voll zur Kenntnis nehmen, fachgutachterliche Stellungnahmen einholen sowie ihre Entscheidung nachvollziehbar begründen. Insoweit ergeben sich eindeutige Parallelen zur Rechtsprechung der Kommission.

6 Bildungsrechte von ausländischen Kindern bzw. von solchen ausländischer Herkunft

Die Rechte aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 stehen auch den in den Vertragsstaaten ansässigen Ausländern in vollem Umfang zu. Nicht eindeutig ist allerdings, ob auch die Kinder von illegal, d.h. ohne Aufenthaltstitel in Deutschland lebenden Migranten einen Anspruch auf Zugang zu den öffentlichen Schulen haben. In der Literatur wird ein solcher Anspruch aus Art. 2 Satz 1 ZP und aus dem verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf chancengleiche Bildung in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 1 GG abgeleitet.⁶⁶ Demgegenüber knüpfen die Länder für den Schulzugang vielfach an die Schulpflicht und damit an das Bestehen eines regulären Wohnsitzes an, über den Migranten ohne regulären Aufenthaltsstatus nicht verfügen.⁶⁷ Außerdem sind betroffene Schüler von den Schulen an die Ausländerbehörden zu melden, damit von dort aus die schnellstmögliche Ausweisung der Kinder mit ihren Familien bzw. eine Legalisierung des Aufenthaltes etwa aus humanitären Gründen nach Maßgabe des Aufenthaltsgesetzes bewirkt werden kann. In der Praxis wird den betroffenen Kindern der Schulzugang häufig deswegen nur ex gratia gewährt. Demgegenüber ist Folgendes festzuhalten: Auch die Kinder illegaler Migranten haben, solange sie sich hier aufhalten, das Recht auf Zugang zu den Pflichtschulen. Hieraus folgt aber nicht, dass den betroffenen Schulen, wie dies teilweise in der Literatur gefordert wird, die Meldung über den fehlenden Aufenthaltsstatus an die zuständige Ausländerbehörde untersagt werden kann.⁶⁸ Erfährt die Ausländerbehörde von dem illegalen Aufenthalt eines Kindes, so hat sie möglichst schnell Maßnahmen zu ergreifen. Diese können in der Ausweisung bestehen, mit der Folge, dass dem Kind fortan im Herkunftsland der Schulbesuch offen steht, oder in der Legalisierung des Aufenthaltes in Deutschland. Im letzteren Fall, aber auch bis zum Zeitpunkt der Ausreise, ist dem betroffenen Kind der Schulbesuch zu ermöglichen. Die Gegenmeinung, die eine Meldepflicht der Schulen für konventions- und verfassungswidrig hält, würde letztlich über das Recht auf Zugang zur Pflichtschule zur weiteren Verfestigung des illegalen Aufenthalts beitragen und damit die Steuerungsfähigkeit des Aufenthalts gesetzes aushöhlen. Hieraus folgt auch, dass in einer Ausweisung kein Verstoß gegen das Recht auf Bildung liegt. Anderes mag allenfalls dann gelten, wenn die Ausweisung den generellen Ausschluss von elementarsten Bildungsmöglichkeiten (im Herkunftsland) zur Folge hat.

Im Belgischen Sprachenfall hat der EGMR klargestellt, dass sich aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 auch kein Anspruch auf Unterricht in einer von der Territorialsprache verschiedenen Landes- oder Minderheiten sprache ergibt.⁶⁹ Das sprachliche Territorialprinzip wurde von ihm als grundsätzlich konventionskonform akzeptiert. Erst recht können Zuwanderer ausländischer Herkunft aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 ein Recht auf Unterrichtung in der eigenen Muttersprache nicht geltend ma-

⁶⁶ Martinez Soria, J., Illegalität und Schulbesuch – Der Zugang illegal im Bundesgebiet sich aufhaltender Minderjähriger zur Schule, RdJB 2005, 82 (89 f.). Zur grundrechtlichen Perspektive unter Einbeziehung der U.S.-amerikanischen Rechtslage Krieger, H., Der grundrechtliche Anspruch von Kindern irregulärer Migranten auf chancengleiche Bildung, NVWZ 2007, S. 165 (169 ff.).

⁶⁷ Nachweise bei Krieger (Anm. 66), S. 168 f.

⁶⁸ In diesem Sinne wohl Krieger (Anm. 66), S. 170.

⁶⁹ EGMR A 6, § 11 – Belgischer Sprachenfall (= EuGRZ 1975, 298, 301).

chen.⁷⁰ Auch aus dem Elternrecht in Art. 2 Satz 2 ZP 1 ergibt sich kein Recht auf Berücksichtigung sprachlicher Wünsche im Rahmen der schulischen Erziehung.⁷¹ Ein Anspruch auf Erziehung in der Muttersprache besteht nicht. Entsprechende elterliche Vorstellungen fallen nicht unter die weltanschaulichen Überzeugungen iS von Art. 2 Satz 2 ZP 1. Das sprachliche Territorialitätsprinzip, wonach in der Schule die Staatssprache oder, sofern innerhalb eines Staates verschiedene Sprachen gesprochen werden, die jeweilige Mehrheitssprache als Unterrichtssprache zur Geltung gebracht werden, ist danach konventionskonform. Auch aus dem grundgesetzlichen Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG soll sich nach h.M. eine Verpflichtung des Staates zur Berücksichtigung der sprachlichen Bedürfnisse von Minderheiten innerhalb der staatlichen Schule nicht ergeben.⁷²

Zu der Frage, inwieweit fremdsprachige Zuwanderer Anspruch auf eine Unterweisung in der Landessprache haben, die es ihnen ermöglicht, dem Schulunterricht angemessen folgen zu können, liegen bislang keine Äußerungen der Konventionsorgane vor. Es spricht einiges dafür, ein solches Recht als Teil des Teilhabeanspruches jedenfalls für den Bereich der Primar- und Sekundarschulen anzunehmen, die von den Kindern regelmäßig in Erfüllung der Schulpflicht besucht werden.⁷³

Zum Zwecke der Behebung sprachlicher Defizite ist auch eine kurzfristige gesonderte Unterrichtung anderssprachiger Kinder zulässig. Die systematische Segregation von Schülern ausländischer Herkunft allein wegen ihrer nationalen Herkunft, ihrer Muttersprache oder sonstiger identitätsprägender Merkmale verstößt hingegen gegen Art. 2 Satz 1 ZP 1 i.V.m. Art. 14 EMRK.⁷⁴

7 Exkurs: Das Recht auf Bildung in der Grundrechtecharta

Zentrale bildungsrechtliche Bestimmung der Grundrechtecharta ist Art. 14. Er lehnt sich sehr deutlich an Art. 2 ZP 1 an, geht aber, indem er ausdrücklich auch die berufliche Aus- und Weiterbildung insgesamt erfasst, in einem entscheidenden Aspekt über diesen hinaus. Das Gegenstück zur EMRK, die Europäische Sozialcharta, sah allerdings von jeher in Art. 10 eine Gewährleistung des Rechts zur beruflichen Aus- und Weiterbildung vor.

Das in Art. 14 Abs. 1 Grundrechtecharta enthaltene Bildungsrecht ist zunächst Freiheitsrecht, d.h. auf die Abwehr staatlicher Eingriffe in den autonom bestimmten Bildungsprozess gerichtet. Darüber hinaus enthält es ein Teilhaberecht in Bezug auf die vorhandenen staatlichen Einrichtungen im Bereich der allgemeinen und beruflichen Bildung. Das in Art. 21 verankerte Diskriminierungsverbot trägt Sorge dafür, dass Zugang und Verbleib in den Bildungseinrichtungen nicht willkürlich verweigert werden. Ebenso wie Art. 2 Satz 1 ZP 1 verleiht Art. 14 Abs. 1 weder einen Leistungsanspruch auf die Bereitstellung bestimmter Bildungsgänge noch einen pauschalen Anspruch auf gleiche Teilhabe an den vorhandenen Bildungseinrichtungen.

⁷⁰ EGMR A 6, § 11 – *Belgischer Sprachenfall* (= EuGRZ 1975, 298, 301); zustimmend *Wildhaber*, IntKommEMRK, Art. 2 Rn. 126.

⁷¹ EGMR A 6, 33 – *Belgischer Sprachenfall* (= EuGRZ 1975, 298, 300). Der EGMR verweist insoweit auch auf die Entstehungsgeschichte von Art. 2 ZP 1. Die Materialien bestätigten, dass mit Art. 2 Satz 2 ZP 1 keineswegs beabsichtigt gewesen sei, ein Recht der Eltern auf Erteilung des Unterrichts in einer anderen Sprache als der des betreffenden Landes zu begründen.

⁷² *Avenarius/Heckel* (Anm. 40), S. 96; *Britz, G.*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, S. 204 ff.; a.A. *Langenfeld*, (Anm. 23), S. 458 ff.

⁷³ *Van Dijk/van Hoof* (Anm. 49), S. 654.

⁷⁴ Entsprechendes lässt sich auch Art. 3 der Rassendiskriminierungskonvention, Art. 2 der Kinderrechtskonvention, Art. 2 Abs. 2 IPwirtR und Art. 3 lit. e des Übereinkommens gegen die Diskriminierung im Unterrichtswesen entnehmen; im Einzelnen dazu *Langenfeld* (Anm. 23), S. 433 ff.

Art. 14 Abs. 2 Grundrechtecharta enthält eine zusätzliche Garantie des unentgeltlichen Pflichtschulunterrichts. Es handelt sich hierbei um ein besonderes, über Art. 14 Abs. 1 Grundrechtecharta hinausgehendes Teilhaberecht in Bezug auf den Pflichtschulunterricht. Als Pflichtschule sind jene Schulen anzusprechen, die von allen Schülern nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben durchlaufen werden müssen. Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Pflichtschulunterrichts ist bereits in vielen Mitgliedstaaten anerkannt. Insofern geht die Charta nicht über den ohnehin gesicherten Rechtsbestand hinaus.

Art. 14 Grundrechtecharta ist freilich ein Grundrecht mit „überschießender Tendenz“. Denn die Garantien der Grundrechtecharta binden, sollten sie rechtsverbindlich werden, in erster Linie die Europäische Union, die Mitgliedstaaten nur dann, wenn sie in Durchführung von Gemeinschaftsrecht handeln. Und die Reichweite der Grundrechtsgarantien der Charta ist auf die bestehenden Kompetenzen der Gemeinschaft beschränkt: Diese sind im Wesentlichen auf den Erlass von Fördermaßnahmen begrenzt. Vor allen Dingen aber enthalten die Art. 149 Abs. 4 und Art. 150 Abs. 4 EGV ein Harmonisierungsverbot.⁷⁵ Dies bedeutet, dass der Bildungsbereich weiterhin im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten verbleibt.

8 Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete

Das Recht auf Bildung aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 als Abwehr- und Teilhaberecht steht nur natürlichen Personen zu; es ist seinem Wesen nach auf juristische Personen nicht anwendbar.⁷⁶ Inhaber des in Art. 2 Satz 1 ZP 1 verankerten Rechts auf Bildung sind auch die in den Vertragsstaaten ansässigen Ausländer.

Grundrechtsverpflichteter des Grundrechts auf Bildung ist der Staat als Bildungsträger. Als für das Bildungswesen primär Verantwortlicher hat der Staat dafür Sorge zu tragen, dass das Recht auf Bildung gleichermaßen in öffentlichen und privaten Schulen gewährleistet ist. Dies hat der EGMR in der Rechtssache *Costello-Roberts* ausdrücklich festgestellt.⁷⁷ In diesem Verfahren ging es freilich nicht um Verkürzungen des Rechts auf Bildung, sondern um eine etwaige Verletzung von Art. 3 und 8 EMRK durch Züchtigungsmaßnahmen zum Erhalt der Schulddisziplin. Insofern stellte sich die Frage nach der Verantwortung des Staates für die Einhaltung der Konventionsgarantien durch Privatschulen, d.h. nach dem Bestehen entsprechender staatlicher Schutzpflichten. In Hinblick auf die Verantwortung des Staates für das Erziehungssystem bejahte der EGMR – ebenso wie die Kommissionsmehrheit⁷⁸ – eine umfassende Verpflichtung des Staates zur Kontrolle von Privatschulen, die – da sie sich auch auf einzelne Konventionsverletzungen bezieht – über die gesetzgeberische Vorsorge gegen Konventionsverletzungen durch Private hinausgeht.

Soweit eine Privatschule befugt ist, nach allgemeinen öffentlich-rechtlichen Regelungen Prüfungen abzuhalten und berechtigende Zeugnisse zu erteilen, d.h. mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut ist, unterliegt sie inso-

⁷⁵ Als Durchbrechung des Harmonisierungsverbotes erweisen sich freilich die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot. So ergibt sich aus Art. 12 EGV ein gemeinschaftsweiter Gleichbehandlungsanspruch von Gemeinschaftsbürgern bei dem Zugang zu Bildungseinrichtungen. Ansprüche auf Anerkennung gleichwertiger Zeugnisse, Diplome und Studienzeiten sowie die Gewährung von Ausbildungsförderung, soweit es um die Deckung von Zugangsgebühren für Bildungseinrichtungen geht, sind mittlerweile anerkannt. Zu den weitergehenden Entwicklungen in diesem Bereich s. Anm. 22.

⁷⁶ Unklar insoweit *Wildhaber* (Anm. 36), Art. 2 Rn. 17.

⁷⁷ EGMR A 247-C, § 25 ff. – *Costello-Roberts*.

⁷⁸ EKMR HRLJ 1991, 64 – *Costello-Roberts*; kritisch *J. A. Frowein* in seinem abweichenden Votum, abgedruckt im Anschluss an die Entscheidung des EGMR A 247-C, S. 75.

fern auch der Grundrechtsbindung, d.h. auch dem Recht auf Bildung. Denn für die Grundrechtsbindung ist es ohne Belang, ob der Staat hoheitliche Aufgaben selbst erfüllt oder deren Wahrnehmung auf Private überträgt.⁷⁹ Dies gilt auch für das deutsche Recht. So sind die anerkannten Ersatzschulen, die im oben beschriebenen Sinne berechtigt sind, verpflichtet, jedenfalls bei der Aufnahme und Versetzung der Schüler/Studenten etc. sowie bei der Abhaltung von Prüfungen die für die entsprechenden öffentlichen Einrichtungen geltenden Regelungen anzuwenden.⁸⁰ Soweit Schüler und Eltern durch Maßnahmen einer öffentlich anerkannten Schule in Fragen der Prüfung, Versetzung oder des Schulverweises betroffen sind, steht ihnen der Verwaltungsrechtsweg offen. Insgesamt dürfen die öffentlich-rechtlichen Bindungen der als Ersatzschule anerkannten Privatschulen allerdings nicht dazu führen, den Sinn der Privatschulfreiheit⁸¹ auszuhöhlen. Es kann also nicht darum gehen, Privatschulen zu einer unangemessenen Anpassung an die für die staatlichen Schulen geltenden Vorgaben zu veranlassen.

9 Ausgestaltung des Rechts auf Bildung

Das durch den 1. Satz des Art. 2 ZP 1 garantierte Recht auf Bildung verlangt „schon seiner Natur nach eine Regelung durch den Staat, eine Regelung, die nach Zeit und Ort wechseln kann, abhängig von den Bedürfnissen und den Mitteln der Gemeinschaft und der Einzelpersonen“.⁸² Diese Feststellung des EGMR im Belgischen Sprachenfall beschreibt die dogmatische Besonderheit des Bildungsgrundrechts.⁸³ Die Grundrechtsausübung hängt von tatsächlichen Vorbedingungen ab, die vom Staat zu schaffen sind. Insoweit bedarf es eines umfassenden personellen und sachlichen Leistungsangebotes wie auch entsprechender gesetzlicher Regelungen.

Diese „staatsbezogene Sicht des Bildungswesens“⁸⁴ findet sich auch in Art. 7 Abs. 1 GG mit der staatlichen Schulorganisationsmacht. Dem Staat kommt die Befugnis zur Ausgestaltung des Rechts auf Bildung zu. Ihm sind dabei weitreichende Spielräume eröffnet. Solche Ausgestaltung stellt keine Grundrechtsbeeinträchtigung dar, auch wenn dies zu ungünstigen Rückwirkungen für bestimmte Grundrechtsausübungen führt.⁸⁵ Die Ausgestaltung muss allerdings in Hinblick auf die mit der Norm des Art. 7 Abs. 1 GG verfolgten Ziele sachgerecht und geeignet sein. Insofern steht das Entfaltungsrecht des Schülers aus Art. 2 Abs. 1 GG im Vordergrund.

⁷⁹ EGMR A 247-C, § 25 ff.; vgl. dazu auch *Grabenwarter* (Anm. 45), S. 103.

⁸⁰ Vielfach geht es hierbei um die Frage, inwieweit ein Schüler über die erforderliche Eignung für eine bestimmte Schule verfügt. Demgegenüber muss eine private Konfessionsschule berechtigt sein, nur Schüler ihrer Konfession aufzunehmen. Hierin liegt keine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

⁸¹ Zur Privatschulfreiheit nach der EMRK vgl. *Langenfeld* (Anm. 1), Elternrecht, Rn. 26 f.

⁸² EGMR A 6, § 5 – *Belgischer Sprachenfall* (= EuGRZ 1975, 298, 300).

⁸³ In diesem Sinne auch *Delbrück* (Anm. 3), S. 104.

⁸⁴ *Oppermann, T.*, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.*, *Handbuch des Staatsrechts VI*, 1989, § 135 Rn. 32.

⁸⁵ *Jarass, H.D./Pieroth, B.*, *Grundgesetz. Kommentar*, 9. Aufl., 2007, vor Art. 1 Rn. 34.

10 Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen⁸⁶

10.1 Keine Beschränkung des Teilhabeanspruches ohne sachlichen Grund

10.1.1 Allgemeines

Wie bereits oben dargelegt, ergibt sich sowohl aus der EMRK wie auch aus dem Grundgesetz ein subjektives Recht auf Teilhabe an den vorhandenen Bildungseinrichtungen. Das Bildungsrecht gewährleistet, nicht von einer bestimmten Ausbildung ohne sachlichen Grund ausgeschlossen zu werden.⁸⁷ Wenn man dogmatisch genau hinsicht, liegt hierin nicht eine Beschränkung des Teilhaberechts, sondern eine Definition der Gewährleistung selbst. Manche Autoren sehen hierin inhärente Schranken des Bildungsrechts.⁸⁸

Ein sachlicher Grund liegt von vornherein dann nicht vor, wenn die Beschränkungen des Rechts auf Bildung unter Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁸⁹ und/oder anderer Konventionsrechte erfolgt. Hierzu gehört namentlich das Elternrecht in Art. 2 Satz 2 ZP 1: Die Gewährung von Bildungszugang unter Bedingungen, die das Elternrecht in Art. 2 Satz 2 ZP 1 oder auch andere Konventionsrechte, etwa das in Art. 14 EMRK verbürgte Diskriminierungsverbot, verletzen, verletzt auch das Recht auf Bildung.⁹⁰ In einem Fall, der die Beschulung von Kindern der Roma in Tschechien betraf, hatte der Gerichtshof erstmals Gelegenheit, sich mit einer mittelbaren Diskriminierung im Anwendungsbereich des Bildungsrechts zu befassen.⁹¹ Die Beschwerdeführer, sämtlich Angehörige der Minderheit der Roma und tschechische Staatsangehörige, waren nach entsprechender Begutachtung in einem Textverfahren zur Feststellung ihrer intellektuellen Fähigkeiten nicht in die allgemeinen Grundschulen, sondern in Sonderschulen für Lernbehinderte eingeschult worden, die in ihren Bildungsinhalten deutlich hinter den anderen Schulen zurückblieben. Die Beschwerdeführer sahen darin eine Verletzung von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Satz 1 ZP 1: Angesichts der überproportional hohen Zahl der Sonderschüler unter den Roma-Kindern spreche eine Vermutung für das Vorliegen einer diskriminierenden Praxis bei der Einschulung. Dem tschechischen Staat obliege es, zu beweisen, dass eine nach Art. 14 EMRK verbotene Diskriminierung nicht vorliege. Diesen Beweis sei dieser schuldig

⁸⁶ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auch erwähnt, dass Art. 2 ZP 1 zu denjenigen Gewährleistungen gehört, die im Falle eines Notstandes gemäß Art. 15 EMRK Einschränkungen unterworfen werden können. Denkbar sind hier etwa Beschränkungen des Zugangs zu staatlichen Bildungseinrichtungen für Ausländer.

⁸⁷ EGMR A 6, § 32 ff. – *Belgischer Sprachenfall* (= EuGRZ 1975, 298, 305 f.). Danach verstößt die Nichtzulassung von Kindern zu einer bestimmten Ausbildung (hier zu französischsprachigen Schulen) allein wegen des Wohnsitzes der Eltern gegen Art. 2 Satz 1 ZP 1 i. V. m. Art. 14 EMRK. Ebenso EGMR Nr. 55762/00 und 55974/00 – *Timishev v. Russland*, Urt. v. 13. Dezember 2005, § 64 ff. Die das Bildungsrecht beschränkenden sachlichen Gründe sind nicht wie bei den Rechten aus Art. 8 bis 11 EMRK auf die dort enumerativ aufgezählten „legitimen Ziele“ beschränkt; EGMR Nr. 44774/98 – *Leyla Şahin v. Türkei*, Urt. vom 10. November 2005, § 154 a.E.

⁸⁸ *Van Dijk/van Hoof* (Anm. 49), S. 476.

⁸⁹ Die Verhältnismäßigkeit einer Einschränkung ist in Hinblick auf die grundlegende Zielsetzung des Bildungsrechts zu bestimmen. Dazu besonders deutlich EGMR Nr. 44774/98 – *Leyla Şahin v. Türkei*, Urt. vom 10. November 2005, § 154.

⁹⁰ EGMR A 48 § 41 – *Campbell/Cosans* (= EuGRZ 1982, S. 153, 157); EGMR Nr. 44774/98 – *Leyla Şahin v. Türkei*, Urt. vom 10. November 2005, § 154. In dem Fall ging es um die Frage, inwieweit das an türkischen Universitäten geltende Verbot des islamischen Kopftuchs mit der in Art. 9 EMRK garantierten Religionsfreiheit und mit dem Recht auf Bildung vereinbar ist. Die Beschwerdeführerin war zu Lehrveranstaltungen und Prüfungen im Rahmen des Medizinstudiums an der Universität Istanbul nicht zugelassen worden, weil sie darauf bestand, das islamische Kopftuch auch während der Lehrveranstaltungen/Prüfungen zu tragen. Der Gerichtshof sah hierin nicht nur einen Eingriff in Art. 9 EMRK, sondern auch in das Recht auf Bildung. Dieser Eingriff sei aber in Hinblick auf die in der Türkei geltenden Prinzipien der Laizität und der Gleichheit der Geschlechter gerechtfertigt, a.a.O., § 112 ff.

⁹¹ EGMR Nr. 57325/00 – *D.H. et al. v. Tschechische Republik*, Urt. vom 7. Februar 2006, § 45.

geblieben. Die zunächst entscheidende 2. Kammer des Gerichtshofs konnte demgegenüber eine Verletzung der angeführten Rechte im Fall der Beschwerdeführer nicht erkennen, auch wenn sie einräumte, dass die Statistiken zur Bildungsbeteiligung von Roma-Kindern besorgniserregend seien. Allein dieser Umstand genüge aber nicht, um eine diskriminierende Praxis auch in jedem Einzelfall anzunehmen. Die von den Beschwerdeführern gegen die Kammerentscheidung angerufene Große Kammer hob die Kammerentscheidung auf⁹². Das dem Gericht vorliegende statistische Material, welches einen weit überproportionalen Anteil von Roma-Kindern an der Schülerschaft in Sonderschulen belege, begründe eine starke Vermutung („strong presumption“) für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung von Roma-Kindern (und damit auch der Beschwerdeführer) aus ethnischen Gründen. Diese Vermutung habe die tschechische Regierung nicht entkräftet. Sie habe keine Gründe dargelegt, die in nachvollziehbarer Weise belegten, dass die weit überproportionale Überweisung von Roma-Kindern an Sonderschulen auf objektiven Gründen beruhe, die nichts mit der ethnischen Herkunft der Kinder zu tun hätten. Für den Gerichtshof war insoweit entscheidend, dass das Verfahren zur Feststellung der Sonderschulbedürftigkeit nicht hinreichend sicherstellte, dass eine Überweisung an die Sonderschule ausschließlich auf der Grundlage tatsächlich bestehender besonderer pädagogischer Bedürfnisse des betroffenen Kindes erfolgte. Die Entscheidung des EGMR ist von weit reichender Bedeutung. Sie stellt den Versuch dar, mit Hilfe des individualrechtlich konzipierten Rechts auf Bildung und des Diskriminierungsverbots strukturellen Benachteiligungen bestimmter Bevölkerungsgruppen im Bildungssystem zu begegnen. Es wird sich weisen, inwieweit die Rechtsprechung des Gerichtshofs sich auf den Umstand auswirken wird, dass in Deutschland der Anteil der Kinder bestimmter Migrantengruppen in den Sonderschulen für Lernbehinderte weit über ihrem Anteil an der Gesamtschülerschaft liegt.⁹³ Insoweit wird es darauf ankommen, ob die Feststellungsverfahren transparent und objektiv, d.h. ausgerichtet sind am konkreten Förderbedarf des *lernbehinderten* Kindes, und sich eine Sonderschulweisung nicht per se als Sackgasse erweist.

10.1.2 Persönliche Eignung

Die Begrenzung des Aufnahmeanspruches durch Zulassungsvoraussetzungen, die an die Eignung des Schülers/Studienbewerbers anknüpfen, sind auch in Hinblick auf Art. 2 Satz 1 ZP 1 statthaft.⁹⁴ Besondere Bedeutung kommt an dieser Stelle dem Übergang von der Grundschule in die weiterführenden Schulen und dem Zugang zu den Universitäten zu. Wie und zu welchem Zeitpunkt die Eignung eines Schülers für eine weiterführende Schulbildung festzustellen ist und welche Rolle elterliche Vorstellungen in diesem Zusammenhang spielen, ist in Deutschland in den Ländern durchaus unterschiedlich geregelt.⁹⁵ Hierbei gilt, dass der allgemeine Bildungsanspruch und elterliche Wunschvorstellungen die fehlende Eignung eines Schülers nicht überspielen.

⁹² EGMR, Große Kammer, Urt. vom 13. November 2007, insbes. §§ 175 ff. Vgl. auch die abweichenden Voten der Richter *Zupančič/Jungwirt/Borrego-Borrego/Šikuta*. Noch während des Verfahrens vor dem Gerichtshof hat die tschechische Republik Maßnahmen ergriffen, um eine bessere schulische Integration der Roma-Kinder zu fördern; zur aktuellen Rechtslage in Tschechien vgl. a.a.O. §§ 29 ff.

⁹³ Statistische Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz, Sonderpädagogische Förderung in Schulen von 1994–2003, Dokumentation Nr. 177, November 2005; vgl. auch den 1. Deutschen Bildungsbericht 2006, Abschnitt H (Migration), S. 165 f.

⁹⁴ EKMR – *X v. Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ 1983, 220; *van Dijk/van Hoof* (Anm. 49), S. 644 f.; *Wildhaber* (Anm. 36), Art. 2 Rn. 54 mit zahlreichen Nw. zur Rspr.; für den Hochschulbereich EGMR Nr. 60856/00 – *Mürsel Eren v. Türkei*, Urt. vom 7. Februar 2006, §§ 44 ff.

⁹⁵ Vgl. *Avenarius/Heckel* (Anm. 40), S. 43 f.

len können. Insgesamt ist der Akzent allerdings nicht von vornherein auf strenge Auslese, sondern zunächst auf die fördernde Weckung vorhandener Begabungen zu setzen.⁹⁶

10.1.3 Kapazitätsengpässe

Zur Frage einer Beschränkung des Zugangsanspruches wegen bestehender Kapazitätsengpässe hat sich der Gerichtshof noch nicht geäußert. Es ist aber davon auszugehen, dass auch das Teilhaberecht aus Art. 2 Satz 1 ZP 1 ebenso wie im deutschen Recht unter dem Vorbehalt des Möglichen steht und notwendig regelungsbedürftig ist. Einschränkungen sind allerdings nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes und unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verfassungsrechtlich zulässig. Dies dürfte auch für die EMRK gelten. Absolute Zulassungsbeschränkungen (d.h. die Nichtaufnahme grundsätzlich geeigneter Bewerber wie im Fall des Numerus Clausus) sind somit, wie das Bundesverfassungsgericht präzisiert hat, „nur dann verfassungsmäßig, wenn sie zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes – Funktionsfähigkeit der Universitäten in Wahrnehmung ihrer Aufgaben in Forschung, Lehre und Studium – und nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen, unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden“.⁹⁷ Es bleibt abzuwarten, inwieweit das BVerfG an dieser Rechtsprechung im Lichte der aktuellen Entwicklungen beim Hochschulzugang, insbesondere in Hinblick auf die Stärkung des Selbstauswahlrechts der Hochschulen, festhalten wird.

In Hinblick auf den Besuch von Pflichtschulen können Kapazitätsengpässe allerdings nicht geltend gemacht werden. Dies dürfte auch für Art. 2 Satz 1 ZP 1 gelten, da aus dieser Bestimmung nicht nur ein Recht des Kindes auf Bildung abzuleiten ist, sondern auch eine korrespondierende Verpflichtung des Staates zur Vorhaltung einer entsprechenden Bildungsinfrastruktur.⁹⁸

10.2 Beschränkungen der Entfaltungsfreiheit des Schülers

Der innere Schulbetrieb wird durch eine große Fülle rechtlicher Regelungen bestimmt. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG nicht auf der Grundlage einer schrankenlosen Handlungsfreiheit umgesetzt werden kann. Grundsätzlich gilt aber, dass die allgemeine Handlungsfreiheit nur solchen Einschränkungen unterliegt, die geeignet sind, den gewünschten Erziehungserfolg herbeizuführen. Nach der Verabschiedung der Figur des besonderen Gewaltverhältnisses, das ehedem dazu diente, Grundrechtsbeschränkungen zu rechtfertigen und den Vorbehalt des Gesetzes zurückzudrängen, stellt sich auch das Schulverhältnis als Rechtsverhältnis⁹⁹ dar: Maßnahmen der Schulverwaltung bewegen sich mittlerweile nicht mehr im rechtsfreien Raum, sondern sind an den Grundrechten zu messen. Um als Eingriffe in die Handlungsfreiheit oder das Persönlichkeitsrecht des Schülers qualifiziert werden zu kön-

⁹⁶ Oppermann (Anm. 84), § 135 Rn. 38 f.

⁹⁷ BVerfGE 85, 36 (54); vgl. auch E 33, 303 (Numerus Clausus).

⁹⁸ Vgl. dazu bereits oben 4.1. Aus der Perspektive des deutschen Rechts gilt dies auch für die Wahlschulausbildung, d.h. für den Bereich, der jenseits der für alle gemeinsamen Pflichtschulausbildung (Grund- und Haupt-/Gesamtschule) liegt, sofern der Besuch der weiterführenden Schule, etwa eines Gymnasiums, in Erfüllung der Schulpflicht erfolgt. Erfüllt der betreffende Schüler die gestellten Anforderungen, so kann ihm die gymnasiale Ausbildung nicht unter Hinweis auf mangelnde Kapazitäten verweigert werden.⁹⁸ Bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt würde ansonsten ein ganzer Bereich beruflicher Möglichkeiten aus der Lebensplanung der Betroffenen ausgeschieden. Die Versperrung bestimmter weiterführender Bildungsmöglichkeiten trotz entsprechender Befähigung und Neigung liefe der Ratio der staatlichen Erziehungsverantwortung, die maßgeblich die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes bzw. Jugendlichen im Auge haben muss, krass zuwider und wäre deswegen vor Art. 12 GG nicht zu rechtfertigen; vgl. dazu näher Langenfeld (Anm. 23), S. 229 f.

⁹⁹ Vgl. nur Niehues, N., Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1, 2000, Rn. 31 ff.

nen, müssen die in Rede stehenden schulischen Maßnahmen allerdings von einem Gewicht sein. Nicht alle Regelungen, die den Ablauf des täglichen Schulbetriebes regeln, stellen sich als rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe dar. Keine Grundrechtseingriffe stellen z.B. Regeln für das Betreten und Verlassen des Schulgebäudes, hinsichtlich des rechtzeitigen Erscheinen zum Beginn des Unterrichts, der Sitzordnung in den Klassen o.ä. dar, wohl aber einschneidende Disziplinarmaßnahmen wie die Zurückstellung von der Reifeprüfung wegen Täuschungsversuchs o.ä. oder auch die Entscheidung über die Nichtversetzung. Insofern sind auch die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts zu beachten.¹⁰⁰

Bislang hatten weder Kommission noch Gerichtshof Gelegenheit, sich mit der Frage auseinander zu setzen, welchen Anforderungen in Hinblick auf das Bildungsrecht des Kindes Maßnahmen genügen müssen, die seitens des Staates zur Ausgestaltung der Bildungslaufbahn getroffen werden. Demgegenüber liegt in Hinblick auf die Bindung des Staates an das in Art. 2 Satz 2 ZP 1 niedergelegte Elternrecht eine Reihe von Judikaten vor.¹⁰¹ Sofern die Maßnahmen, die in großer Fülle vom Staat zur Ausgestaltung des schulischen Lebens getroffen werden, sich als Eingriffe in das Bildungsrecht in seiner Ausprägung als Entfaltungsrecht darstellen, dürfte sich aber von selbst verstehen, dass die Fülle der Maßnahmen, die die Ausgestaltung der Bildungslaufbahn des Kindes betreffen, nur dann mit dem Bildungsgrundrecht vereinbar sind, sofern sie als verhältnismäßige Ausgestaltungen der staatlichen Bildungs- und Erziehungsarbeit in ihrem letzten Zweck als Dienst an der Entfaltung des konkreten Schülers legitimiert werden können. Erfüllen sie diese Voraussetzungen nicht, stellen sie sich als Verletzungen des Bildungsgrundrechts dar. Gleichzeitig sollte aber – wie auch nach deutschem Verfassungsrecht – deutlich sein, dass auch nach dem Recht der EMRK die gängigen Regelungen des alltäglichen Schulbetriebes wegen ihres Bagatellcharakters nicht als Eingriffe in den Schutzbereich des Grundrechts anzusehen sind.

Verf.: Prof. Dr. Christine Langenfeld, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, E-Mail: enomiko@gwdg.de

¹⁰⁰ Ausführlich dazu Niehues (Anm. 99), S. 41 ff., 152 ff.

¹⁰¹ Vgl. dazu ausführlich Langenfeld (Anm. 1), Elternrecht im Schulwesen.