

die Diagnose vieler Homeschooler. Die Geschichte der Bewegung in anderen Ländern zeigt, dass Bußgeldbescheide und Strafverfahren keine langfristig erfolgreichen Mechanismen zur Regelung des Konfliktes darstellen. Die soziologische Analyse macht deutlich, dass es um mehr geht als um Ordnungswidrigkeiten. Bei allen Begrenzungen und Schwierigkeiten, die das Konzept Home Education mit sich bringt, handelt es sich im Sinne *Mertons* doch um einen innovativen Ansatz, der auf bestimmte sozialstrukturelle Vorgaben reagiert und die Leistungsfähigkeit tradiertener kultureller Mittel hinterfragt. Dies erfordert eine Auseinandersetzung, die sich ehrlich über Wege und Ziele bewusst wird und die strukturell bedingten Kristallisationspunkte anomischen Verhaltens wahrnimmt. Diese Aufgabe kann nicht den Gerichten allein übertragen werden – hier ist die Bildungspolitik gefordert.

*Verf.: Thomas Spiegler, Doktorand am Institut für Soziologie der Philipps-Universität Marburg, Wickegarten 16, 35043 Marburg, Tel. 06421-16 59 98, e-mail: spiegler@web.de*

*José Martínez-Soria*

## Illegalität und Schulbesuch – Der Zugang illegal im Bundesgebiet sich aufhaltender Minderjähriger zur Schule –

### 1 Praxis des Schulzugangs

In der Bundesrepublik leben Minderjährige im schulpflichtigen Alter ohne einen legalen Aufenthaltstitel.<sup>1</sup> Wie viele Minderjährige sich zeitweise oder dauerhaft ohne legalen Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten, ist aber weder öffentlichen Stellen bekannt<sup>2</sup> noch wissenschaftlich untersucht.<sup>3</sup> Die Schätzungen von Nichtregierungsorganisationen betreffen ausschließlich die Gesamtzahl der illegal in Deutschland lebenden Menschen. Die Spanne reicht dabei von 100.000 bis zu 1 Million Personen.<sup>4</sup> Für München liegen Schätzungen vor, die von 30.000 bis 50.000 illegal lebenden Personen sprechen.<sup>5</sup> Es kann als Indiz für die Zunahme der Anzahl Illegaler herangezogen werden, dass sich zwischen 1990 und 1999 die Gesamtzahl der Personen,

<sup>1</sup> Vgl. BMF, Bericht der Bundesrepublik Deutschland an die VN gemäß Art. 44 I Buchst b) des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 16.5.2001, Rn. 147; vgl. *Marie, C.-V.*, Preventing Illegal Immigration: Juggling Economic Imperatives, Political Risks and Individual Rights, Council of Europe 2004, S. 4 ff.

<sup>2</sup> Anfragen des Verf. bei den Landesministerien und Ausländerbeauftragten der Länder im Frühjahr 2004.

<sup>3</sup> Vgl. *Röseler, S./Vogel, D.*, Illegale Zuwanderer – ein Problem für die Sozialpolitik? ZeS-Arbeitspapier Nr. 1/93, S. 21; zu den Methoden und den damit verbundenen Schwierigkeiten: *Vogel, D.*, Illegaler Aufenthalt in Deutschland – methodische Überlegungen zur Datennutzung und Datenerhebung, Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft, Jg. 24, Nr. 2, S. 165–185.

<sup>4</sup> *Alscher, S./Münz, R./Özcan, V.*, Illegal anwesende und illegal beschäftigte Ausländerinnen und Ausländer in Berlin, Berlin 2001, S. 4; *Deutsche Bischofskonferenz*, Leben in der Illegalität in Deutschland – eine humanitäre und pastorale Herausforderung, Bonn 21.5.2001, S. 5.

<sup>5</sup> *Anderson, P.*, Menschen in der Illegalität in München. Eine empirische Studie im Auftrag der Landeshauptstadt München, München 2003, S. 74.

die beim Versuch der unerlaubten Einreise aufgegriffen worden sind, von 7.152 auf 37.789 erhöht hat.<sup>6</sup>

Die illegale Einreise und der Aufenthalt in der Bundesrepublik sind nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 und 6 Aufenthaltsg<sup>7</sup> strafbar. Von dieser Feststellung ist aber die Frage zu unterscheiden, ob der Staat verpflichtet ist, die soziale Situation dieser Kinder zu regeln. Die Zuwanderungskommission der Bundesregierung sowie die Deutsche Bischofskonferenz haben daher von der Regierung gefordert, „Lösungen zu suchen, die den betroffenen Menschen mehr gerecht werden“<sup>8</sup>.

Einer solchen Lösung bedarf die Beschulung von Kindern, die sich illegal in Deutschland aufhalten. Sozialwissenschaftliche Untersuchungen verdeutlichen das Dilemma, in denen sich diese Kinder befinden: Bis zur Erreichung des schulfähigen Alters werden sie jenseits staatlicher Kenntnisnahme zumeist entweder innerhalb eines ethnischsozialen Netzes oder in privaten Kindergärten betreut.<sup>9</sup> Zum Zeitpunkt der Einschulung, spätestens aber mit dem Wechsel von der Grundschule in die nächste weiterführende Schule erhält die Schulverwaltung Kenntnis vom Kind. Zum einen sind die Schulbehörden nach § 87 Aufenthaltsg verpflichtet, die Daten des Kindes den Ausländerbehörden zu übermitteln.<sup>10</sup> Kinder ohne legalen Aufenthaltsstatus werden daher regelmäßig von den Erziehungsberechtigten am Schulbesuch gehindert, um das Bekanntwerden ihres Aufenthaltstatus zu verhindern.<sup>11</sup> Zum anderen kann die Einschulung den Tatbestand der Beihilfe zum illegalen Aufenthalt im Bundesgebiet nach den §§ 95, 96 Abs. 1 Aufenthaltsg erfüllen. Daher lehnen die Schulämter und Schulleiter grundsätzlich die Einschulung ab, zumal nach der bisherigen Rechtsprechung eine Einschulung dieser Kinder nicht zulässig ist. In der Praxis soll vereinzelt Kindern der Schulbesuch nach einer informellen Absprache des Schulleiters und der Lehrer ermöglicht worden sein.<sup>12</sup>

Besuchen Kinder im Grundschulalter nicht die Schule, hat dies erhebliche Nachteile für ihre Sozialisation.<sup>13</sup> Die Bildung in der Grundschule hat eine wichtige Stabilisierungs- und Orientierungsfunktion. Die Rituale und Regelmäßigkeiten, die mit dem Schulbesuch verbunden sind, bieten einen stabilen Rahmen, der den Alltag strukturiert, transparente Aufgaben stellt und an eine vertraute Erfahrung anknüpft.<sup>14</sup> Eine Dimension der Orientierungsfunktion ist die Befähigung, Werte und Normen der hiesigen Gesellschaft interpretieren zu können. Des Weiteren ist die Vermittlung der deutschen Sprache wesentlich für den weiteren Lebensweg in der Gesellschaft.<sup>15</sup>

## 2 Definition des Konzepts der illegalen Ausländer

Zunächst ist die Personengruppe der Kinder, die illegal in Deutschland leben, genau zu definieren. Diese Gruppe muss von Flüchtlingskindern abgegrenzt werden, deren Beschulung in eini-

<sup>6</sup> *Alscher/Münz/Özcan* (Anm. 4), S. 4.

<sup>7</sup> Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG), BGBl. 2004 I, 1950; in Kraft getreten am 1.1.2005.

<sup>8</sup> *Unabhängige Kommission Zuwanderung*, Zuwanderung gestalten – Integration fördern, veröffentlicht am 4.7.2001, S. 197; *Deutsche Bischofskonferenz* (Anm. 4), S. 4; FAZ vom 4.03.2005, S. 10.

<sup>9</sup> *Anderson* (Anm. 5), S. 75.

<sup>10</sup> *Anderson* (Anm. 5), S. 74.

<sup>11</sup> *Deutsche Bischofskonferenz* (Anm. 4), S. 21.

<sup>12</sup> WDR-Funkhaus Europa, Sendemanuskript vom 3.10.2003; vgl. Bericht: Leben im Untergrund, Illegal in Deutschland, Der Spiegel Nr. 49/1995 vom 4.12.1995.

<sup>13</sup> *Deutsche Bischofskonferenz* (Anm. 4), S. 9.

<sup>14</sup> *Hagman, H.L.*, Administration of elementary schools, New York/London, 1956, S. 134 f.

<sup>15</sup> *Grundlegend Langenfeld, C.*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten – eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2001, S. 337 ff.

gen Bundesländern bereits rechtlich geregelt ist.<sup>16</sup> Ausgangspunkt ist § 4 Abs. 1 AufenthG, wonach Ausländer, die in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und sich darin aufhalten wollen, einer Aufenthaltsgenehmigung bedürfen<sup>17</sup>. Wer in das Bundesgebiet einreist, ohne die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung zu besitzen, hält sich illegal auf und ist zur sofortigen Ausreise verpflichtet.<sup>18</sup> Diese Ausreisepflicht ist kraft Gesetzes sofort vollziehbar.<sup>19</sup> Nicht jede Person ohne Aufenthaltsrecht hat aber einen illegalen Status. Von Illegalen sind Personen ohne Aufenthaltsrecht in Deutschland zu unterscheiden, die nicht als Asylbewerber anerkannt wurden und folglich zur Ausreise verpflichtet sind, aber aus subjektiven oder objektiven Gründen nicht in ihr Ursprungsland abgeschoben werden können (sog. Flüchtlinge). Sie haben die Möglichkeit, eine Duldung zu erhalten<sup>20</sup>. Die Flüchtlinge bleiben zwar weiter zur Ausreise verpflichtet. Sie müssen sich hierzu nach Lage der Dinge um die Aufnahme in ein anderes Land bemühen. Im Folgenden soll ausschließlich die Gruppe der Kinder, die keinen Flüchtlingsstatus haben und sich illegal in Deutschland aufhalten, untersucht werden.

### 3 Kein Recht auf Beschulung nach den schulgesetzlichen Bestimmungen

Haben illegal in Deutschland lebende Kinder einen Anspruch, eine Schule zu besuchen? Nach Art. 7 Abs. 1 GG steht das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates.<sup>21</sup> Die gesetzlichen Regelungen zur Beschulung knüpfen diese an einen Wohnsitz, einen gewöhnlichen Aufenthalt oder an eine Ausbildungs-Beschäftigungsstätte<sup>22</sup>. Der Begriff „Wohnsitz“ wird dabei von der Rechtsprechung nicht als der faktische Wohnsitz definiert, sondern als die im Einwohnermeldeamt angezeigte Adresse. Davon abzugrenzen ist der gewöhnliche Aufenthalt, der zwar auf den faktischen Aufenthalt abstellt, jedoch implizit immer einen legalen Aufenthaltsstatus voraussetzt.<sup>23</sup> Aufgrund dieser engen Auslegung der schulgesetzlichen Bestimmungen ist in der Regel eine Meldebescheinigung vorzulegen, sobald ein Schüler an einer Schule angemeldet werden soll. Illegale sind dadurch ausnahmslos von der Beschulung ausgeschlossen. In Berlin besteht demgegenüber eine Vereinbarung zwischen der Ausländerbeauftragten, dem Landeschulam und den Grundschulen, nicht explizit nach dem Aufenthaltsstatus der Kinder zu fragen

<sup>16</sup> So haben Bayern (Art. 35 Abs. 1 S. 2 EUG) und Berlin (§ 15 SchulG Berlin vom 26.1.2004, GVBl. S. 26) die Schulpflicht der Asylbewerber und der geduldeten Flüchtlinge ausdrücklich geregelt. Hamburg hat Kinder von Asylbewerbern und geduldeten Flüchtlingen per Verwaltungsrichtlinie der Schulpflicht unterworfen. Die Mehrzahl der Länder, die Asylbewerber für schulpflichtig hält, lässt die Schulpflicht erst mit der Entlassung aus der Aufnahmeeinrichtung beginnen.

<sup>17</sup> § 4 Abs. 1 AufenthG.

<sup>18</sup> § 42 Abs. 1 AufenthG.

<sup>19</sup> § 50 Abs. 2 AufenthG.

<sup>20</sup> § 60a AufenthG.

<sup>21</sup> BVerfGE 34, 165, 181 ff.; BVerwG, DVBl 1997, 429.

<sup>22</sup> § 72 Abs. 1 SchulG Baden-Württemberg vom 1.8.1983 (zuletzt geändert am 1.4.2004, GBl. 397); Art. 35 BayEUG vom 31.5.2000 (zuletzt geändert am 26.7.2004, GVBl. S. 282); § 41 SchulG Berlin vom 26.1.2004 (GVBl. S. 26), § 36 I SchulG Brandenburg (zuletzt geändert am 22. 3. 2004, GVBl.I/04 S. 59, 66); § 56 Hess. SchulG vom 2.8.2002 (GVBl. I S. 465); § 63 Niedersächsisches SchulG vom 3.3.1998 (zuletzt geändert am 29.4.2004, GVBl. S. 140); § 41 SchulG M-V vom 16.5.1996 (GS Meckl.-Vorp. Gl. Nr. 223-3); § 1 Abs. 1 Schulpflichtgesetz NRW vom 2.2.1980 (zuletzt geändert am 8.7.2003 SGV.NRW 223); § 56 SchulG Rheinland-Pfalz vom 30.3.2004 (GVBl 2004, S. 239); § 1 Abs. 1 Schulpflichtgesetz Saarland vom 11.3.1966 (zuletzt geändert am 31.3.2004 Amtsbl. S. 1037); § 26 Schulgesetz Sachsen vom 16.7.2004 (GVBl. S. 298). In folgenden Schulgesetzen ist die „Wohnung“ bzw. die „Ausbildungsstätte“ der Anknüpfungspunkt: § 52 Bremisches SchulG vom 20. 12. 1994 (Brem. GBl. S. 327); § 37 Hamburgisches SchulG vom 16.4.1997 (zuletzt geändert am 27.6.2003 (HmbGVBl. S. 177, 228), § 40 des Schleswig-Holsteinischen Schulgesetzes vom 2. 8. 1990 (GVOBl. Schl.-H. 1990 S. 451); § 36 SchulG Sachsen Anhalt von 1996 (zuletzt geändert 27.2.2003 GVBl. LSA S. 42).

<sup>23</sup> BayVG, DÖV 1997, 77; Alt, J./Fodor, R., Rechtlos? – Menschen ohne Papiere, Karlsruhe 2001, S. 184 f.

(„Stillhalte-Abkommen“).<sup>24</sup> In allen anderen Bundesländern hingegen kann zwar der Schulbesuch des Minderjährigen, der illegal in Deutschland lebt, faktisch durch den Schulleiter ermöglicht werden. Die Kinder können aber zum einen keine offiziellen Zeugnisse bekommen. Zum anderen sind diese Kinder im Falle eines Unfalls nicht durch die gesetzliche Unfallversicherung geschützt.<sup>25</sup>

## 4 Kein Recht auf Beschulung nach dem Verfassungsrecht

Da die Beschulung von Kindern, die illegal in Deutschland leben, einfachgesetzlich nicht vorgesehen ist, stellt sich die Frage, ob sich ein Beschulungsrecht verfassungsrechtlich begründen lässt. Die Illegalität steht einer Anwendung der Grundrechte prinzipiell nicht entgegen. Die Schutzbereiche der einschlägigen Grundrechte (Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG) stellen nicht auf den Aufenthaltsstatus des sich in Deutschland aufhaltenden Ausländers ab. Dies wird insbesondere im Hinblick auf die Menschenwürde deutlich. Ob ein Mensch einen Anspruch auf eine menschenwürdige Behandlung hat, kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Betroffene ein Aufenthaltsrecht genießt. Der Grundrechtsschutz kann zwar aus dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs auf der Grundlage des Art. 18 GG verwehrt werden, Art. 18 GG ist hier aber nicht einschlägig.<sup>26</sup> Aufenthaltsrechtliche Regelungen, die den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen, können die Grundrechte jedoch beschränken.

### 4.1 Recht auf chancengleiche Bildung

Grundsätzlich sind Leistungsansprüche und sonstige Teilhaberechte durch Freiheitsrechte nicht garantiert. Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG kann jedoch als derivatives Leistungsrecht ein Anspruch auf chancengleichen Zugang zu den bereits vorhandenen Einrichtungen entnommen werden. Jedem Schüler ist daher grundsätzlich die gleiche Chance zur Persönlichkeitsentwicklung aus Art. 2 Abs. 1 GG einzuräumen.<sup>27</sup> Dieses Recht auf Zugang zur Pflichtschule ist aus Kapazitätsgründen nicht einschränkbar, so dass den Staat die Pflicht trifft, für das Vorhandensein der notwendigen Bildungseinrichtungen zu sorgen.<sup>28</sup> Ein Anspruch auf die Schaffung zusätzlicher Bildungseinrichtungen besteht jedoch nicht.<sup>29</sup>

Das Teilhaberecht kann jedoch durch die verfassungsmäßige Ordnung nach Art. 2 Abs. 1 GG eingeschränkt werden. Hierzu zählt auch § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, der den illegalen Aufenthalt im Bundesgebiet und damit den Besuch der Schule in Deutschland ohne Aufenthaltstitel unter Strafe stellt. Daher kann sich der Minderjährige, der illegal in Deutschland lebt, nicht auf dieses Teilhaberecht berufen. Diese zulässige Beschränkung des derivativen Teilhaberechts könnte allein dann verfassungsrechtlich problematisch werden, wenn der Staat den dauerhaften illegalen Aufenthalt von Menschen in der Bundesrepublik faktisch duldet. Dies wäre der Fall, wenn die Ordnungsbehörden die Ausreisepflicht der illegal in Deutschland lebenden Personen nicht vollziehen und die Strafsanktion nicht durchsetzen. In diesem Extremfall könnte sich der Staat nicht

<sup>24</sup> *Alscher/Münz/Özcan* (Anm. 4), S. 44. Beim Übergang von illegal anwesenden Kindern an weiterführende Schulen besteht jedoch kein „Stillhalte-Abkommen“.

<sup>25</sup> *Stobbe, H.*, Die soziale und wirtschaftliche Situation von Menschen ohne Papiere in Deutschland, in: PICUM (Hrsg.), *Book of Solidarity*, Karlsruhe 2004, S. 40 (42).

<sup>26</sup> *Krüger, H.*, in: *Sachs, M.* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2. Aufl., München 1999, Art. 18 Rn. 13.

<sup>27</sup> *Oppermann, T.*, Schule und berufliche Ausbildung, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, Heidelberg 1989, § 135 Rn. 38; *Langenfeld* (Anm. 15), S. 223.

<sup>28</sup> *Langenfeld* (Anm. 15), S. 224.

<sup>29</sup> *Oppermann* (Anm. 27), § 135, Rn. 38; *Breuer, R.*, Freiheit des Berufs, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, Heidelberg 1989, § 147 Rn. 77 ff.; *Langenfeld* (Anm. 15), S. 224.

auf die Strafbarkeit des Aufenthalts bei der Einräumung des Rechtes auf gleichen Zugang zu Schulen berufen, da dies unverhältnismäßig wäre. Ein derartiger Fall liegt jedoch derzeit nicht vor.

#### 4.2 Recht auf Sicherung des Existenzminimums

Ein Recht auf Beschulung kann grundsätzlich auch dem Recht auf Sicherung des Existenzminimums entnommen werden. Obgleich der Parlamentarische Rat sich ausdrücklich dagegen aussprach, ein Recht auf Sicherung des Existenzminimums in das Grundgesetz aufzunehmen,<sup>30</sup> muss nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die staatliche Gemeinschaft dem Bürger jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern.<sup>31</sup> Das Bundesverfassungsgericht knüpft diese staatliche Pflicht an die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>32</sup> Es handelt sich dabei also nicht um eine objektive Schutzpflicht des Staates, sondern um einen Leistungsrecht des Bürgers, das originär aus dem Kernelement des Grundrechts auf Menschenwürde zu entnehmen ist. Damit erkennt das Bundesverfassungsgericht zumindest implizit einen verfassungsrechtlich gewährleisteten Fürsorgeanspruch im Hinblick auf das Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG an.<sup>33</sup> Jedoch unterstreicht das Bundesverfassungsgericht die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.<sup>34</sup>

Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums knüpft an die Menschenwürde an. Die Menschenwürde kann bei Personen, die sich legal in Deutschland aufhalten, nicht anders ausgelegt werden als bei illegal lebenden Menschen. Eine Differenzierung auf der Grundlage des Aufenthaltstitels scheidet somit grundsätzlich aus. Das Existenzminimum ist dann unterschritten, wenn der Mensch gezwungen ist, unter Lebensbedingungen zu existieren, die ihn zum Objekt erniedrigen.<sup>35</sup> Gleichzeitig betont aber das Bundesverfassungsgericht zu Recht, dass nur die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein geschützt sind.<sup>36</sup> Was die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sind, kann nicht ohne weiteres a priori vom Recht bestimmt werden. Einsichtig erscheint es, als Kernelement des Existenzminimums den Schutz vor Existenznot zu definieren: Bedürftig ist danach, wer nicht über das überlebensnotwendige Ausmaß an Nahrung, Kleidung, Unterkunft und Gesundheitsversorgung<sup>37</sup> oder die entsprechenden Mittel zu ihrer Beschaffung verfügt.<sup>38</sup> Will man aber die Konturenschärfe des originären grundrechtlichen Leistungsanspruchs erhalten, die seine Ausnahmestellung in der deutschen Grundrechtsdogmatik rechtfertigt, muss strikt zwischen dem Kernelement des Existenzminimums, der Existenznot, und dem Rahmenbereich unterschieden werden. Nur dieses Kern-

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 1, 97 (104 f.).

<sup>31</sup> BVerfGE 82, 60 (80); vgl. bereits BVerfGE 40, 121 (133); *Merli, F.*, Armut und Verfassung – Die Rechtslage in Deutschland, in: *Hofmann, R./Holländer, P./Merli, F./Wiederin, E.* (Hrsg.), Armut und Verfassung – Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich, Wien 1998, S. 117–140 (123).

<sup>32</sup> BVerfGE 1, 159 (161); 25, 23 (27); 27, 58 (63); BVerfGE 40, 121 (133); 45, 187 (228); BVerfG NJW 1984, 2453 (2453); *Herdegen, M.*, in: *Maunz, T./Dürig, G.*, Grundgesetz, 42. Lfg., München 2003, Art. 1 Rn. 114; a.a. wohl *Papier, H.-J.*, in: *von Maydel, B./Ruland, F.* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 2003, Teil 3 Rn. 9.

<sup>33</sup> BVerfGE 40, 121 (133); 44, 353 (375); *Starck, C.*, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: *Starck, C.* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, Tübingen 1976, S. 480–526 (522); *Dreier, H.*, in: *Dreier, H.* (Hrsg.), GG, Vorb. Rn. 50 und Art. 1 Rn. 94 m.w.N.

<sup>34</sup> BVerfGE 40, 121 (133); 44, 353 (375).

<sup>35</sup> *Kunig, P.*, in: *v. Münch, I./Kunig, P.* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 5. Aufl., München 2000, Art. 1, Rn. 36.

<sup>36</sup> BVerfGE 40, 121 (133); 82, 60 (80).

<sup>37</sup> Vgl. hierzu *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Ansprüche illegaler Zuwanderer auf Krankenbehandlung in den Ländern der EU. Reg. Nr. WF VI – 49/01 vom 26.7.2001.

<sup>38</sup> BVerfGE 14, 294 (296 f.); 35, 178 (180); 80, 349 (353); 87, 212 (214); *Hufen, F.*, Gesetzgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, in: *VVDStRL 47* (1989), 142 (163) spricht vom Menschenwürdesockel des Leistungsrechts; *Rothkegel, R.*, Die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts, Baden-Baden 2000, S. 21.

element des Schutzbereichs eröffnet einen unmittelbaren verfassungsrechtlichen Leistungsanspruch gegenüber dem Staat, der daher genau bestimmbar sein muss. Dies ist allein im Hinblick auf die Existenznot möglich.

Darüber hinausgehende soziale Bedürfnisse des Menschen, wozu auch die Bildung gehört, können trotz ihrer unbestrittenen Notwendigkeit nicht zum Kernbereich gezählt werden, da sie ex ante nicht abstrakt definiert werden können. Die Festlegung dieses soziokulturellen Existenzminimums kann daher als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips nur das Ergebnis einer Wertung durch den Gesetzgeber sein. Dabei muss er den jeweiligen gesellschaftlichen Konsens über den Begriff des Existenzminimums berücksichtigen.<sup>39</sup> In Deutschland besteht gegenwärtig ein gesellschaftlicher Konsens, jedem Menschen eine materielle, individuelle und gemeinschaftliche Teilhabe an seiner Umwelt zu ermöglichen.<sup>40</sup> Dieser Konsens wird als soziokulturelles Existenzminimum definiert.<sup>41</sup> Dieses soziokulturelle Existenzminimum erfasst auch das Recht auf Beschulung. Die konkrete Ausgestaltung des Rechts auf Beschulung ist aber nur im Wege der Dezision möglich, die vorrangig dem Gesetzgeber obliegt.<sup>42</sup> Hierbei kann der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen einem legalen Aufenthalt und einem illegalen Aufenthalt seiner Leistungsgewährung zugrunde legen, soweit dies verhältnismäßig bleibt.

Für die Beschulung folgt daraus, dass der Gesetzgeber grundsätzlich illegale Minderjährige von der Beschulung ausschließen kann. Der Aufenthalt der Minderjährigen ist grundsätzlich von so kurzer Dauer, dass das Bildungsziel, das die Schule anstrebt, nicht erreicht werden kann. Soweit jedoch die Bundesrepublik trotz Kenntnis des fehlenden Aufenthaltstitels von einer Vollziehung der Ausreisepflicht bei minderjährigen Kindern absieht und so einen dauerhaften Aufenthalt ermöglicht, reduziert sich auch hier der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. In diesem derzeit nicht aktuellen Fall wäre der Gesetzgeber verpflichtet, die Beschulung von illegal lebenden Kindern zu ermöglichen.<sup>43</sup>

## 5 Recht auf Beschulung für illegal sich aufhaltende Minderjährige im Völkerrecht

Ein Beschulungsrecht für Minderjährige, die sich illegal in Deutschland aufhalten, könnte aber dem völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz entnommen werden.<sup>44</sup> Im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung könnte es auch im nationalen Recht zu berücksichtigen sein.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> BVerwGE 1, 159; BVerwG NJW 1986, 737 (738); *Zippelius, R.*, in: Bonner Kommentar, Art. 1 Rn. 17; *Isensee, J.*, Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise, in: Demokratie in Aufhebung und Bewahrung, Festschrift für J. Broermann, Berlin 1982, S. 365 (371); *Hesse, K.*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 208; *Herzog, R.*, in: *Maunz, T./Düring, G.* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 III Rn. 19 und 24; *Rothkegel* (Anm. 38), S. 20.

<sup>40</sup> BVerwGE 14, 294 (296 f.); 25, 307 (317 f.); 94, 326 (333); vgl. auch BVerwGE 92, 6 (8); 97, 376 (378).

<sup>41</sup> BVerwGE 69, 146 (154); 92, 6 (7); 92, 112 (114); 97, 376 (378); 107, 234 (236); *Rothkegel* (Anm. 38), S. 21.

<sup>42</sup> BVerwG NJW 1986, 737 (738).

<sup>43</sup> Einen entsprechend weiten Gestaltungsspielraum überlässt dem Gesetzgeber auch das in einzelnen Landesverfassungen verbürgte Recht auf Bildung (BVerwGE 47, 201, 206; Art. 11 Abs. 1 Verfassung BW; Art. 128 Abs. 1 Verfassung Bayern; Art. 29 Abs. 1 Verfassung Brandenburg; Art. 27 Abs. 1 Verfassung Bremen; Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Verfassung NRW; Art. 102 Abs. 1 Satz 1 Verfassung Sachsen; Art. 25 Abs. 1 Verfassung Sachsen-Anhalt; Art. 20 Satz 1 Verfassung Thüringen). Soweit allerdings Einrichtungen der Erziehung und Bildung geschaffen sind, kann sich aus dem Recht auf Bildung ein Individualanspruch auf chancengleichen Zugang zu diesen Einrichtungen ergeben. Hier gelten die Ausführungen zum Grundgesetz sinngemäß.

<sup>44</sup> Vgl. *Delbrück, J.*, The Right to Education as an International Human Right, GYIL 1992, S. 92 ff.; zu den völkerrechtlichen Grundlagen eines Rechts auf Bildung siehe *Langenfeld* (Anm. 15), S. 235 ff.

<sup>45</sup> BVerwGE 74, 358 (370); 82, 106 (115).

### 5.1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Art. 28 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes enthält ein Menschenrecht auf Beschulung.<sup>46</sup> In Art 28 des Übereinkommens erkennen die Vertragsstaaten „das Recht des Kindes auf Bildung an, um die Verwirklichung dieses Rechts auf der Grundlage der Chancengleichheit fortschreitend zu erreichen....“ Sie verpflichten sich „insbesondere a) den Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht und unentgeltlich machen; b) die Entwicklung verschiedener Formen der weiterführenden Schulen allgemein bildender und berufsbildender Art [zu] fördern, sie allen Kindern verfügbar und zugänglich [zu] machen und geeignete Maßnahmen wie die Einführung der Unentgeltlichkeit und die Bereitstellung finanzieller Unterstützung bei Bedürftigkeit [zu] treffen“.

Allerdings schließt der Vorbehalt der Bundesrepublik zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes ein Recht auf Beschulung aus. Die Bundesrepublik hat bei der Hinterlegung ihrer Ratifikationsurkunde eine Erklärung abgegeben, wonach „das Übereinkommen keine unmittelbare Anwendung findet.“<sup>47</sup> Des Weiteren erklärt die Bundesrepublik, dass nichts in dem Übereinkommen dahin ausgelegt werden kann, dass die widerrechtliche Einreise eines Ausländers in das Gebiet der Bundesrepublik oder dessen widerrechtlicher Aufenthalt dort erlaubt ist. Keine Bestimmung könne dahin ausgelegt werden, dass sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränke, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthaltes zu erlassen oder Unterschiede zwischen Inländern vorzunehmen.<sup>48</sup> Es handelt sich hierbei um einen Vorbehalt gemäß Art. 2 lit. d) der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK).<sup>49</sup> Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Vorbehalten im Hinblick auf Menschenrechtsabkommen ist zwar umstritten.<sup>50</sup> Mit Art. 19 WVK ist aber von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Vorbehalten, auch bei Menschenrechtsverträgen, auszugehen.<sup>51</sup> Art. 51 II des Übereinkommens verbietet zwar alle Vorbehalte, die mit Ziel und Zweck des Vertrages unvereinbar sind. Der deutsche Vorbehalt verstößt aber nicht gegen Art. 51 Abs. 2 des Übereinkommens.<sup>52</sup> Soweit der Vorbehalt die unmittelbare Anwendbarkeit des Abkommens ausschließt, entspricht er den Vorbehalten zahlreicher anderer Staaten, die bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen das Völkerrecht innerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung nicht unmittelbar anwenden können.<sup>53</sup> Des Weiteren ist der deutsche Vorbehalt während der zwölf Monate nach der Notifikation von keinem Vertragsstaat zurückgewiesen worden. Damit gilt er nach Art. 20 Abs. 5 WVK als implizit angenommen.<sup>54</sup> Trotz einer Aufforderung des Kinderrechts-Ausschusses der Ver-

<sup>46</sup> Vom 20. 11. 1989, BGBl. 1992 II, S. 122; *Meng, W.*, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen über Kinderrechte im deutschen Recht, in: *Koepfel, P.*, (Hrsg.), *Kindschaftsrecht und Völkerrecht*, 1996, S. 25 f.; *Wolf, R.*, Ratifizierung unter Vorbehalten: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes, ZRP 1991, S. 374 ff.; *Ullmann, C.*, Verfassungs- und völkerrechtliche Widersprüche bei der Ratifikation der UNO-Kinderrechtskonvention, FamRZ 1991, S. 898 (899 f.).

<sup>47</sup> Nr. I Erklärung, Gesetz vom 17.2.1992 (BGBl. II S. 121).

<sup>48</sup> Nr. IV Erklärung, Gesetz vom 17.2.1992 (BGBl. II S. 121).

<sup>49</sup> Zur Definition siehe *Lijnzaad, L.*, *Reservations to UN-Human Rights Treaties – Ratify and Ruin?*, Dordrecht u.a. 1995, S. 29 f.

<sup>50</sup> Siehe hierzu umfassend *Lorz, A.*, *Menschenrechte unter Vorbehalt*, Der Staat 2002, S. 29–46; *Giegerich, T.*, *Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien*, ZaöRV 55 (1995), 713 ff.

<sup>51</sup> *Lorz, A.*, *Der Schutz von Kindern durch die UN-Kinderkonvention*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte (B 17–18/2000)*, im Internet abrufbar unter: [http://www.bpb.de/publikationen/QDE5FR,0,0,Der\\_Schutz\\_von\\_Kindern\\_durch\\_die\\_UNKinderkonvention.html](http://www.bpb.de/publikationen/QDE5FR,0,0,Der_Schutz_von_Kindern_durch_die_UNKinderkonvention.html).

<sup>52</sup> *Dorsch, G.*, *Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*, Berlin 1994, S. 53 ff.

<sup>53</sup> *Langenfeld (Anm. 15)*, S. 236.

<sup>54</sup> *Langenfeld (Anm. 15)*, S. 236; *Lauenstein, B.*, *Die UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland – verbindlich, aber unbekannt?*, Bochum 1999, S. 31.

einten Nationen im Jahre 1995<sup>55</sup> sowie einer Entschließung des Deutschen Bundestages vom 30. September 1999<sup>56</sup> hat die Bundesregierung den Vorbehalt auch nicht zurückgenommen.<sup>57</sup>

Obwohl der Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit die deutschen Gerichte grundsätzlich nicht daran hindert, die Schulgesetze völkerrechtskonform auszulegen,<sup>58</sup> verhindert der weitere Inhalt des Vorbehaltes, dass Kindern, die illegal in Deutschland leben, ein Anspruch aus Art. 28 der Charta über die Rechte des Kindes erwächst. Der Vorbehalt untersagt nämlich ausdrücklich, Gesetze über die Bedingungen des Aufenthaltes von Ausländern, wozu auch die schulgesetzlichen Bestimmungen gehören, modifizierend auszulegen.

## 5.2 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Ein Recht auf Beschulung ergibt sich aber aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

### 5.2.1 Das Recht auf Bildung in Art. 2 Satz 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK

Art. 2 Satz 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZP 1)<sup>59</sup> bestimmt, dass „das Recht auf Bildung ... niemandem verwehrt werden“ darf. Der EGMR entnimmt im *Belgischen Sprachenfall* aus Art. 2 ZP 1 EMRK das Recht auf Beschulung in den im jeweiligen Zeitpunkt bestehenden öffentlichen Schulen und Unterrichtsanstalten<sup>60</sup> ebenso wie das Recht, an den jeweiligen Ausbildungs- und Unterrichtsmöglichkeiten teilzunehmen.<sup>61</sup> Einer Anerkennung eines Rechts auf Bildung als originärem Leistungsrecht stand der Widerstand der Mitgliedstaaten entgegen.<sup>62</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte trägt dem Anliegen der Vertragsstaaten dadurch Rechnung, dass er das Recht auf Bildung als ein ausschließlich derivatives Teilhaberecht konzipiert, aus dem kein Anspruch auf weitere als die schon vorhandenen Bildungseinrichtungen entnommen werden kann.<sup>63</sup> Dieses Teilhaberecht steht unter dem Vorbehalt des Möglichen. Die Bundesrepublik könnte demnach mit Hinweis auf das Bestehen einer nur beschränkten Anzahl von Schulplätzen die Kinder, die sich illegal in Deutschland aufhalten, vom Schulbesuch ausschließen. Der EGMR knüpft zwar keine hohen Maßstäbe an die Begründung des Vorbehaltes des Möglichen durch die Mitgliedstaaten und beschränkt sich im Ergebnis auf eine Missbrauchskontrolle. Diese Missbrauchsschwelle wird die Bundesrepublik Deutschland aber mit der Begründung überschreiten, ihr Schulsystem würde durch die Berücksichtigung von Kindern, die sich illegal in Deutschland aufhalten, überlastet.

<sup>55</sup> UN-Convention on the Rights of the Child, CRC/C/SR.224, 10. November 1995.

<sup>56</sup> BT-Drs. 14/1681:Punkt 4; *Alt, J.* Illegal in Deutschland – Forschungsprojekt zur Lebenssituation 'illegaler' Migranten in Leipzig. Karlsruhe 1999, 11 15C f.

<sup>57</sup> Siehe hierzu das Grünbuch der Europäischen Kommission über eine Gemeinschaftspolitik zur Rückkehr illegal aufhältiger Personen vom 10.4.2002, KOM (2002) 175 endg. S. 11.

<sup>58</sup> *Langenfeld* (Anm. 15), S. 237.

<sup>59</sup> 1. ZP vom 20.3.1952, in Kraft getreten am 18.5.1954.

<sup>60</sup> EGMR A 6, § 3 – Belgischer Sprachenfall (= EuGRZ 1975, 298 ff.); E 7010/75, DR 3, 162; 1, 5962/72, DR 2, 50; E 11533/85, DR 51, 125.E 5962/72, DR 2, 50; E 7671/76 u.a., DR 9, 185; E 14524/89, DR 64, 188; *Frowein J.A./Peukert, W.*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl 1996, Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls, Rn. 2; *Uerpman, R.*, Die europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 42 ff.

<sup>61</sup> EGMR A 6, §§ 3, 4, 13 – Belgischer Sprachenfall; siehe auch *Dröge, C./Marauhn, T.*, Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta – aus der Perspektive der EMRK, in: Bundesministerium der Arbeit et. al. (Hrsg.), Soziale Rechte in der Europäischen Union, 2001, S. 77–94 (87); *Peters, A.*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 171.

<sup>62</sup> BGHZ 45, 46 (49); *Langenfeld* (Anm. 15), S. 235; *Uerpman* (Anm. 60), S. 42 ff.

<sup>63</sup> *Frowein/Peukert* (Anm. 60), Artikel 2 des 1. ZP, Rn. 2.

Allerdings könnte der Gedanken, der dem Vorbehalt zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes zugrunde liegt, auch auf die EMRK übertragen werden.<sup>64</sup> Die Bundesrepublik könnte sich darauf berufen, dass ein Recht auf Bildung mangels Aufenthaltsrecht des Betroffenen nicht bestehe. Das Menschenrecht aus Art. 2 ZP 1 EMRK könnte durch den Aufenthaltstatus beschränkt werden, weil der völkerrechtliche Vertrag das Recht der Bundesrepublik Deutschland nicht begrenzte, die Bedingungen des Aufenthaltes von Ausländern unterschiedlich von den Rechten der Inländer zu regeln. Auch die Mitgliedstaaten der EMRK haben nicht beabsichtigt, durch das Recht auf Bildung ihre Kompetenzen bei der Ausgestaltung des Aufenthaltstatus von Ausländern zu beschränken. Einer solchen Interpretation stehen aber Wortlaut, Entstehungsgeschichte und System der EMRK entgegen. Zunächst ist schon der Wortlaut von Art. 1 EMRK, der den Anwendungsbereich der Menschenrechte beschreibt, die in der EMRK gewährleistet sind, weit gefasst. Nach Art. 1 sichern die Hohen Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen („within their jurisdiction“) die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu. Die EMRK geht von einer umfassenden Verantwortlichkeit des Staates für die Personen aus, die sich auf seinem Hoheitsgebiet faktisch aufhalten. Diese umfängliche Geltung könnte nur durch einen ausdrücklichen Vorbehalt wie im Fall des Übereinkommens über die Rechte des Kindes ausgeschlossen werden, in dessen Art. 2 sich die Vertragsstaaten ebenfalls verpflichten, jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind die Rechte der Konvention zu gewährleisten. Die Entstehungsgeschichte des Art. 1 EMRK spricht zudem dagegen, aufenthaltsrechtliche Regelungen als immanenten Ausschluss des Anwendungsbereiches oder als immanente Schranken in die EMRK hineinzulesen. Der Entwurf der Beratenden Versammlung des Europarates erstreckte den Geltungsbereich der Konvention auf „alle Personen, die im Gebiet der Vertragsparteien ihren Wohnsitz haben“ („all persons residing within their territories“). Der Sachverständigenausschuss änderte den Wortlaut in die heute gültige Version, wonach die Vertragsparteien allen ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen die Rechte und Freiheiten der Konvention zusichern. Dem Sachverständigenausschuss erschien der Begriff „residing“ als zu restriktiv. Die Gewährleistungen der Konventionen sollten auf alle Menschen auf dem Gebiet der Vertragsstaaten ausgedehnt werden, auch auf solche, die nicht im Rechtssinne im Gebiet der Vertragsstaaten ihren Wohnsitz haben.<sup>65</sup> Eine Berücksichtigung des Aufenthaltstitels im Wege der Schranken, wie im deutschen Verfassungsrecht, ist schließlich ausgeschlossen, da das Recht aus Art. 2 ZP 1 EMRK im Gegensatz zum Grundrecht in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 GG schrankenlos gewährleistet ist.

Eine Differenzierung zwischen legalem Aufenthalt und illegalem ist mithin nicht möglich. Auch Kinder im schulpflichtigen Alter, die illegal in Deutschland leben, haben einen Anspruch aus Art. 2 ZP 1 EMRK auf Zugang zu den deutschen Schulen. Soweit die Auslegung der Schulgesetze den Begriff des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes notwendigerweise mit dem einwohnermelderechtlichen Begriff des Wohnortes gleichsetzt, verstößt sie gegen die völkerrechtliche Verpflichtung des Bundes aus Art. 2 ZP 1 EMRK.

### 5.2.2 *Auswirkungen der völkerrechtlichen Verpflichtung auf das deutsche Recht*

Was folgt jedoch aus dieser völkerrechtlichen Verpflichtung für die nationale Rechtslage? Die EMRK hat in der Bundesrepublik nur Gesetzesrang.<sup>66</sup> Die Wirksamkeit der Schulgesetze wird

<sup>64</sup> Siehe oben 5.1.

<sup>65</sup> Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights, Vol. III, S. 260; siehe dazu EGMR, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, § 19 – *Bankovic et. al.*; vgl. *Carrillo-Salcedo, J.A.*, Article 1, in: *Pettiti, L.-E./Decaux, E./Imbert, P.-H.* (Hrsg.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris 1995, S. 135 f.

<sup>66</sup> BVerfGE 74, 358 (370); vgl. BVerfGE 82, 106 (120); *Peters* (Anm. 61), S. 2.

daher durch den Verstoß gegen die Konvention nicht berührt. Jedoch müssen die nationalen Rechtsnormen, einschließlich der Schulgesetze, völkerrechtsfreundlich ausgelegt werden.<sup>67</sup> Im Grundsatz ändert daran auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.10.2004 nichts.<sup>68</sup> Das Bundesverfassungsgericht fordert zum einen, dass die „Betätigung staatlicher Souveränität ... nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik nicht entsteht.“<sup>69</sup> Eine Grenze findet die völkerrechtsfreundliche Auslegung, wenn nur durch eine völkerrechtswidrige Maßnahme „ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist“.<sup>70</sup> Ein derartiger Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung könnte in der ausländerrechtlichen Gefahrenabwehr gesehen werden, zu deren Gewährleistung die umfassende verwaltungs- und strafrechtliche Pönalisierung des illegalen Aufenthaltes in Deutschland zählt. Dafür spricht, dass hier ein Kernbereich der staatlichen Souveränität betroffen ist. Es ist jedoch zu unterstreichen, dass durch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung der Schulbestimmungen der Aufenthaltsstatus der Betroffenen nicht geändert wird. Die Kinder halten sich trotz eines Beschulungsrechts weiterhin illegal in Deutschland auf und bleiben damit weiterhin zur sofortigen Ausreise verpflichtet. Allein die Modalitäten ihres illegalen Aufenthaltes werden durch das Schulrecht verändert. Es mag bezweifelt werden, ob die Frage, wie Ausländer während ihres weiterhin illegalen Aufenthaltes vom Staat behandelt werden, einen tragenden Grundsatz der Verfassung berührt, der eine Nichtumsetzung der völkerrechtlichen Pflicht rechtfertigt. Des Weiteren ist zwar zu berücksichtigen, dass die Anerkennung von menschenrechtlich gewährleisteten sozialen Teilhaberechten weitere Personen im Ausland veranlassen könnte, illegal in Deutschland einzureisen und sich hier aufzuhalten. Dieser Konflikt kann aber nicht durch die Nichtumsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen gelöst werden, sondern ausschließlich durch die aufenthaltsverhindernden- und -beendenden Maßnahmen des Ordnungsrechts. Im Lichte dieses Menschenrechts ist eine Auslegung der schulrechtlichen Bestimmungen dahingehend geboten, dass bereits der tatsächliche Aufenthaltsort ausreicht und somit der Schulbesuch nicht vom Bestehen eines Aufenthaltstitels abhängig ist.<sup>71</sup>

### 5.3 Andere internationale Menschenrechtsabkommen

Ein Recht auf Zugang zu den vorhandenen Bildungseinrichtungen lässt sich zwar dem Art. 13 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte<sup>72</sup> entnehmen.<sup>73</sup> Darin erkennen die Vertragsstaaten „das Recht eines jeden auf Bildung an.“ Des Weiteren soll „im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts a) der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein ...; b) die verschiedenen Formen des höheren Schulwesens einschließlich des höheren Fach- und Berufsschulwesens auf jede geeignete

<sup>67</sup> Vgl. *Peters* (Anm. 61), S. 3; zu den Voraussetzungen für die völkerrechtsfreundlichen Auslegung siehe *Langenfeld* (Anm. 15), S. 237.

<sup>68</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html).

<sup>69</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Absatz Nr. 33; [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html).

<sup>70</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Absatz Nr. 35; [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html).

<sup>71</sup> Das Recht auf Bildung ist auch in Art. 47 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta ausdrücklich niedergelegt. Die Charta bindet jedoch zunächst die Gemeinschaftsorgane. Die Mitgliedstaaten sind nur gebunden, soweit sie Gemeinschaftsrecht umsetzen. Dies ist aber bei der Frage des Schulzuganges nicht der Fall.

<sup>72</sup> Vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1570.

<sup>73</sup> Entsprechendes lässt sich auch dem UNESCO-Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen vom 14.12.1960, BGBl. II 1968, S. 387 entnehmen. In Art. 3 e) verpflichten sich die Vertragsstaaten, „ausländischen Staatsangehörigen, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind, denselben Zugang zum Unterricht zu gewähren wie ihren eigenen Staatsangehörigen“. Artikel 9 des Übereinkommens untersagt ausdrücklich einen Vorbehalt.

Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar und jedermann zugänglich gemacht werden ...“ Die Durchsetzungsmechanismen des Paktes beschränken sich jedoch nach Art. 14 auf die Verpflichtung der Vertragsstaaten, binnen zwei Jahren nach der Ratifizierung einen ausführlichen Aktionsplan auszuarbeiten, der die schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der unentgeltlichen allgemeinen Schulspflicht innerhalb einer angemessenen Zeit vorsieht.

## 6 Das Recht auf Beschulung im Spannungsverhältnis zum ausländerrechtlichen Vollzugsinteresse

Illegal in Deutschland lebende Kinder haben somit aus den im Lichte der EMRK zu lesenden Schulgesetzen ein Recht auf Beschulung, das unabhängig von ihrem Recht auf Aufenthalt ist. Dieses Recht steht aber in einem Spannungsverhältnis zu den rechtlichen und normativen Gegebenheiten: Zum einen besteht ein öffentliches Interesse an der Einhaltung der ausländerrechtlichen Aufenthaltsvorschriften, die durch Verbots- und Strafnormen durchgesetzt werden können. Zum anderen unterbleibt regelmäßig die Inanspruchnahme des Rechts aus Furcht vor Entdeckung der Illegalität. Das Problem der Realisierung des Rechts auf Beschulung konzentriert sich im Ergebnis auf die ausländerrechtliche Mitteilungspflicht von Behörden<sup>74</sup> sowie auf die strafrechtlichen Bestimmungen des AusländerG/AufenthG.<sup>75</sup>

### 6.1 Mitteilungspflicht der Schulbehörden

§ 87 AufenthG verpflichtet öffentlichen Stellen, die Daten von Personen ohne Aufenthaltstitel den Ausländerbehörden zu übermitteln. Zur Mitteilung sind alle öffentlichen Stellen verpflichtet, auch wenn sie keine ausländerrechtlichen Aufgaben erfüllen.<sup>76</sup> Die allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AusIG nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die öffentlichen Stellen in den Bereichen Erziehung, Bildung und Wissenschaft.<sup>77</sup> Obgleich die Mitteilungspflicht verschiedentlich kritisiert worden ist<sup>78</sup> und die Bundesregierung im Familienbericht eine Beschulung von Kindern ohne legalen Aufenthaltsstatus befürwortet hat<sup>79</sup>, ist diese weitgehend unverändert in das neue Aufenthaltsgesetz übernommen worden.

§ 76 begründet aber keine Pflicht und keine Befugnis zur Datenerhebung, um einem Ersuchen der Ausländerbehörde nachkommen zu können.<sup>80</sup> Bekannt gewordene Umstände sind somit nur die Sachverhalte, die der öffentlichen Stelle zur Erfüllung ihrer Aufgaben rechtmäßig

<sup>74</sup> Siehe hierzu umfassend *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Die Übermittlung ausländer- bzw. melderechtlich relevanter Daten an die Ausländerbehörden in der Bundesrepublik Deutschland, in Staaten der EU und den USA bei der Einschulung von Schulpflichtigen. Reg. Nr. WF III – 225/00 vom 8.10.2001

<sup>75</sup> Siehe hierzu *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Zur Datenübermittlungspflicht an Ausländerbehörden bei illegalem Aufenthalt und deren strafrechtliche Durchsetzbarkeit in ausgewählten Staaten der Europäischen Union. Reg. Nr. WF III – 093/01 vom 28.8.2001

<sup>76</sup> Siehe Verordnung über Datenübermittlungen an die Ausländerbehörden (AusIDÜV) vom 18. 12. 1990BGBl. I S. 2997, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. 5. 1997, BGBl. I S. 1130.

<sup>77</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AusIG Nr. 76.1.1.1.

<sup>78</sup> So z.B. die Gemeinsame Erklärung der Verbände der Freien Wohlfahrtspflege, Zur rechtlichen und sozialen Situation der Ausländer ohne legalen Aufenthaltsstatus in Deutschland, April 1999, S. 2.

<sup>79</sup> Sechster Familienbericht der Bundesregierung vom 20.10.2000, BT-Drs. 14/4357, S. XXIV: „Die Bundesregierung unterstützt (...) auch die Forderung, Kindern ohne legalen Aufenthaltsstatus in Deutschland einen Schulbesuch zu ermöglichen.“

<sup>80</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AusIG Nr. 76.0.6.

zur Kenntnis gelangt sind.<sup>81</sup> Hat ein Bediensteter der öffentlichen Stelle lediglich bei Gelegenheit der Wahrnehmung seiner Aufgaben Kenntnis von einem Sachverhalt erlangt, ist dieser der öffentlichen Stelle nicht bekannt geworden und es besteht für sie keine Mitteilungspflicht.<sup>82</sup> Als Beispiel nennt die allgemeine Verwaltungsvorschrift ausdrücklich den Fall eines Lehrers, der gelegentlich seiner lehrenden und erzieherischen Tätigkeit vom illegalen Status eines Schülers erfährt. In diesem Fall ist keine Kenntnis der Schule und damit auch keine Mitteilungspflicht gegeben, da für die Erfüllung seiner Aufgaben, die in Betreuung, Erziehung und Wissensvermittlung bestehen, der aufenthaltsrechtliche Status eines Schülers irrelevant ist.<sup>83</sup> Sind das Schulamt und der Schulleiter hingegen mitteilungspflichtig? Maßgeblich für die Abgrenzung sind die dem jeweiligen Bediensteten übertragenen Aufgaben.<sup>84</sup> Diese Aufgaben werden in den Schulgesetzen übertragen. Soweit darin im Sinne der bisherigen Auslegung die Aufnahme eines Schülers von seinem Aufenthaltsrecht abhängig gemacht wird, sind das Schulamt sowie der Schulleiter zur Prüfung des einwohnermelderechtlichen Wohnortes verpflichtet. Erfährt der Schulleiter dabei vom fehlenden Aufenthaltstitel, muss er dies der Ausländerbehörde mitteilen. Folgt man hingegen der hier vorgeschlagenen Auslegung der Schulgesetze im Lichte der EMRK, kann die Aufnahme eines Schülers nicht mehr von seinem legalen Aufenthaltstatus abhängig gemacht werden. In diesem Fall obliegt dem Schulamt bzw. dem Schulleiter nicht die Aufgabe, die aufenthaltsrechtlichen Daten zu erheben. Soweit sie davon Kenntnis erlangen, besteht mithin keine Übermittlungspflicht.

## 6.2 Strafbarkeit des Schulleiters

Ermöglicht der Schulleiter einem illegal in Deutschland lebenden Schüler den Schulbesuch, erfüllt er nach §§95, 96 Abs. 1 AufenthaltsgG den Tatbestand der Beihilfe zum illegalen Aufenthalt.<sup>85</sup> Damit wird eine Handlung pönalisiert, zu deren Gewährleistung als Menschenrecht die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich nach der EMRK verpflichtet ist. Aufgrund des Gesetzesranges der EMRK führt dieser Widerspruch nicht zur Unwirksamkeit der strafrechtlichen Bestimmung. Eine völkerrechtskonforme Auslegung der Bestimmungen des AufenthaltsgG erscheint jedoch möglich. Entscheidend kann darauf abgestellt werden, ob durch die Handlung unmittelbar der Aufenthalt ermöglicht oder gefestigt werden soll. So nimmt die Rechtsprechung eine Beihilfe nicht an, wenn ein Arbeitnehmer einen illegal im Bundesgebiet sich aufhaltenden Ausländer beschäftigt.<sup>86</sup> Erst wenn weitere Faktoren hinzukommen, die unmittelbar einen aufenthaltsfestigenden Charakter haben (Gewährung von Arbeitsentgelt, Bereitstellung einer Unterkunft), kann eine Beihilfe angenommen werden. Diese Auslegung spiegelt auch den Sinn und Zweck der Vorschrift wider, das Handeln von gewerbsmäßigen und organisierten Schleppern zu bestrafen.<sup>87</sup>

Vergleichbar der Aufnahme einer unentgeltlichen Beschäftigung erleichtert die Ermöglichung des Schulbesuchs nicht unmittelbar den Aufenthalt, der durch den Schulbesuch nicht zwingend gefestigt wird. Erst wenn darüber hinaus noch weitere Hilfestellungen gewährt werden,

<sup>81</sup> 76.0.3 Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministers des Innern (AHBMI); *Heldmann/Weichert*, Ausländergesetz, 1993 § 76 Rn. 15.

<sup>82</sup> *Hailbronner*, K., Ausländerrecht, Heidelberg 2004, § 76 Rn. 5; *Schriever-Steinberg*, A., ZAR 1991, S. 66.

<sup>83</sup> 76.2.1.1.2 AHBMI; *Hailbronner* (Anm. 82), § 76 Rn. 5; *Knösel*, P./Teubner, W., Ausländerrecht in Deutschland, Münster 1991, S. 57.

<sup>84</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AuslG Nr. 76.1.2.

<sup>85</sup> Vgl. OLG Köln, MDR 1989, 90 (91).

<sup>86</sup> OLG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 22.6.1992, MDR 1992, 894 (894); *Hailbronner* (Anm. 82), § 92a, Rn. 11.

<sup>87</sup> Siehe BT-Drs. 12/5683, S. 8; BT-Drs. 9/847 zu § 47a AuslG 1965; *Hailbronner* (Anm. 82), § 92a, Rn. 1.

wie z.B. finanzielle Erleichterungen für den Schulmitemerwerb, kann darin eine Beihilfe gesehen werden, die der Erleichterung und damit der Verfestigung des Aufenthaltes dient.

## 7 Fazit

Die hier vorgeschlagene Auslegung der Schulgesetze und der strafrechtlichen Bestimmungen des AufenthaltsG im Lichte der EMRK ermöglichen Minderjährigen, die illegal in Deutschland leben, ein Zugang zur Schule, indem die Schulbehörden aus der Gruppe der Mitteilungsverpflichteten nach dem AufenthaltsG herausgenommen werden und die Beschulung nicht als strafbare Beihilfebehandlung gewertet wird. Dies schränkt nicht die Befugnis und die Möglichkeiten der Ausländerbehörden ein, die aufenthaltsrechtliche Legalität ausländerrechtlich durchzusetzen. Soweit die fortbestehende Ausreisepflicht nach dem AufenthaltsG nicht vollzogen ist, wird aber den Kindern, die unverschuldet in diese Illegalität geraten sind, der für ihre Entwicklung elementare Besuch der Schule und damit die Realisierung ihres durch die EMRK eingeräumten Menschenrechtes ermöglicht.

*Verf.: PD Dr. José Martínez-Soria, Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen*

*Martin Stock*

# Viele Religionen in der einen öffentlichen Schule: Der Bildungsauftrag als oberster Richtwert\*

## 1 Eine Gemeinschaftsschule für alle Religionen

Die öffentlichen Schulen sind, wie z.B. das Niedersächsische Schulgesetz<sup>1</sup> statuiert, grundsätzlich Schulen für Schüler aller religiösen Bekenntnisse, und die Schüler werden dort „ohne Unterschied des Bekenntnisses und der Weltanschauung gemeinsam erzogen und unterrichtet“ (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1). So wird im Landesschulrecht die *Gemeinschaftsschule* definiert, die vor etwa fünfzig Jahren die früheren katholischen und evangelischen Bekenntnisschulen auf dem öffentlichen Sektor weithin abgelöst hat.<sup>2</sup> In Niedersachsen war dann erst einmal Übergangsweise von einer „grundsätzlich christlichen Schule“ die Rede<sup>3</sup> – eine unklare Kompromissformel<sup>4</sup>, die hernach gestrichen wurde.<sup>5</sup> Im Ergebnis hat sich die Vorstellung durchgesetzt,

\* Einführender Beitrag zu dem Panel „Schule und religiöse Bezüge in der Pluralität“ auf der von der Evangelischen Akademie Loccum vom 17. bis 19.12.2004 veranstalteten Tagung: „Wie weit geht die Religionsfreiheit? Der säkulare Rechtsstaat und religiöse Pluralität“.

<sup>1</sup> Niedersächsisches Schulgesetz (NSchG) i.d.F. vom 3.3.1998 (GVBl. S. 137) (mit Änderungen). Auch abrufbar [cdl.niedersachsen.de/blob/images/C18884520\\_L20.pdf](http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C18884520_L20.pdf).

<sup>2</sup> Am niedersächsischen Beispiel: Nur noch Grundschulen sind als öff. Bekenntnisschulen möglich, § 3 Abs. 3 i.V.m. §§ 129–138 NSchG. Im übrigen steht dafür das Privatschulwesen zur Verfügung, §§ 139–167 NSchG. Allg. *Heckel, H./Avenarius, H.*, Schulrechtskunde, 7. Aufl. Neuwied 2000, S. 101 ff.; *Niehues, N.*, Schul- und Prüfungsrecht. Bd. 1: Schulrecht, 3. Aufl. München 2000, S. 130 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> § 2 Satz 1 des Gesetzes über die öff. Schulen in Niedersachsen vom 14.9.1954 (GVBl. S. 89).

<sup>4</sup> Vgl. die prinzipiellen Einwände meines Vaters *Hans Stock*, Schule und Christentum – Fragen zum Niedersächsischen Schulgesetz, *Theologie Practica* 1966, S. 132 ff., nachgedruckt in: *Die Deutsche Schule* 1967, S. 265 ff. sowie