

Felix Hanschmann\*

## Unsichtbare Kinder – Der zynische Ausschluss nicht dokumentierter Kinder und Jugendlicher vom staatlichen Schulwesen

### 1 Nicht dokumentierte Kinder in Deutschland

So genannte illegale Migration hat es immer gegeben und wird es auch in Zukunft geben. Trotz aller Versuche der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, die der Bekämpfung der nicht dokumentierten Migration<sup>1</sup> eine prioritäre Bedeutung zuschreiben<sup>2</sup>, leben in Deutschland Menschen ohne die für einen Aufenthalt im Bundesgebiet erforderlichen Dokumente. Verhindert werden kann dies weder durch eine zunehmend militarisierte und technisierte Abschottung der Außengrenzen der Europäischen Union, die menschenrechtliche Anforderungen ignoriert und tausende Tote und Verletzte in Kauf nimmt<sup>3</sup>, noch durch die geplante Etablierung eines gemeinsamen europäischen Asylsystems<sup>4</sup> oder die Schaffung von Aufnahmelagern in oder außerhalb des Territoriums der EU.<sup>5</sup> Die von der Europäischen Kommission propagierte „umfassende Vision für ein integriertes europäisches Grenzverwaltungssystem im 21. Jahrhundert“<sup>6</sup>, die sich fast ausschließlich auf ordnungspolitisch motivierte repressive Maßnahmen konzentriert<sup>7</sup>, wird immer

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder. Ich danke Anuscheh Farahat, Andreas Fischer-Lescano, Wiebke Otto-Hanschmann, Marei Pelzer und Timo Tohidipur für überaus wertvolle und kritische Anmerkungen.

- 1 Im Folgenden spreche ich von „nicht dokumentierten“ Menschen, da der Begriff der „Illegalität“ eine starke Kriminalitätsaffinität nicht dokumentierter Menschen suggeriert. Die Kriminalität, die mit dem Terminus des „Illegalen“ verbunden ist, ist aber eine vom nationalen Ausländerrecht überhaupt erst erzeugte. Menschen, die illegal sind, gibt es nicht. Vielmehr verfügen die Betroffenen lediglich nicht über eine erforderliche Einreise- bzw. Aufenthalts Erlaubnis. Zudem blendet die Dominanz der rechtlichen Perspektive, die mit dem Begriff des „Illegalen“ einhergeht, soziale und politische Aspekte, die mit dem irregulären Status verbunden sind, aus. Schließlich unterschlägt der holistische und statische Terminus der Illegalität, dass der Status von MigrantInnen sowohl reguläre (z.B. legaler Aufenthalt) als auch irreguläre Aspekte (z.B. Verstoß gegen Arbeitsaufnahmeverbote) aufweisen und im Verlauf eines Aufenthalts im Aufnahmestaat wechseln kann.
- 2 Die Europäische Kommission bezeichnet die Bekämpfung illegaler Einwanderung ausdrücklich als „Kernstück der gemeinsamen Migrationspolitik der EU“. Siehe Mitteilung der Kommission über politische Prioritäten bei der Bekämpfung der illegalen Einwanderung von Drittstaatsangehörigen, KOM(2006) 402 endg. v. 19. Juli 2006, S. 2.
- 3 Hierzu *Bierdel*, Der gefährliche Weg nach Europa, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Leben in der Illegalität, 2008, S. 11 ff.; *Euskirchen/Lebuhn/Ray*, Wie Illegale gemacht werden, Blätter für deutsche und internationale Politik 7, 2009, S. 72 (72).
- 4 *Grünbuch* über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem, KOM(2007) 301 endg. v. 6. Juni 2007; Mitteilung der Kommission über einen strategischen Plan zur legalen Zuwanderung, KOM(2005) 669, endg. v. 21. Dezember 2005; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und an den Rat – Thematicsches Programm für die Zusammenarbeit mit Drittländern in den Bereichen Migration und Asyl, KOM (2006) 26 endg. v. 25. Januar 2006.
- 5 Hierzu *Milborn*, Gestürmte Festung Europa, 2006; *Sassen*, Migranten, Siedler, Flüchtlinge, 1996. Zu den rechtlichen Aspekten der Sicherung der Außengrenzen der Europäischen Union: *Tohidipur*, Die Europäische Grenzsicherungsarchitektur, in: Arndt et al. (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2008, S. 242 ff.; *Fischer-Lescano/Tohidipur*, *Europäisches Grenzkontrollregime*, ZaöRV 67, 2007, S. 1219 ff.
- 6 Eine umfassende Vision für ein integriertes europäisches Grenzverwaltungssystem im 21. Jahrhundert, IP/08/215 vom 13. Februar 2008.
- 7 Siehe nur die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet der illegalen Einwanderung, KOM(2001) 672 endg. vom 15. November 2001, in der nahezu nur

wieder unterlaufen von flexiblen und politisch nur bedingt steuerbaren Migrationsbewegungen, von drastischen ökonomischen Ungleichgewichten zwischen Herkunfts- und Zielländern, von einem Missverhältnis zwischen der Migrationsnachfrage und Angeboten legaler Einwanderungsmöglichkeiten und von widersprüchlichen Interessenlagen in den Zielländer, die nicht dokumentierte Migration zwar einerseits bekämpfen, nicht dokumentierte MigrantInnen andererseits aber in zahlreichen wirtschaftlichen Sektoren nachfragen und unter äußerst prekären Bedingungen beschäftigen.

Wie viele Menschen die vielgestaltigen Abwehrmechanismen jedes Jahr überwinden und nach Europa gelangen, ist ebenso unklar wie die Anzahl derjenigen Personen, die ohne rechtmäßigen Aufenthaltsstatus in Deutschland leben. Präzisen Angaben stehen die Charakteristika nicht dokumentierter Migration und die vergleichsweise junge Wahrnehmung des Phänomens in der deutschen Wissenschaft entgegen.<sup>8</sup> Mit entsprechender Vorsicht zu nennende Schätzungen gehen für die Bundesrepublik Deutschland davon aus, dass sich eine halbe bis eine Million Menschen in Deutschland ohne rechtmäßigen Aufenthaltstitel aufhalten.<sup>9</sup> Noch schwieriger ist die Quantifizierung nicht dokumentierter Kinder.<sup>10</sup> Diesbezüglich lassen sich jedoch gewisse Indizien beispielsweise über die Angaben karitativer Einrichtungen, die nicht dokumentierte Menschen ohne Versicherungsschutz unter Wahrung ihrer Anonymität medizinisch versorgen, gewinnen. So wurden in einer vom Malteser Hilfsdienst in Berlin betriebenen Arztpraxis allein im Jahr 2003 von nicht dokumentierten Frauen 60 Kinder geboren.<sup>11</sup> In Frankfurt am Main, wo die Zahl nicht dokumentierter Kinder auf einige tausend geschätzt wird<sup>12</sup>, zählte eine Anlaufstelle für die Vermittlung medizinischer Betreuung für Menschen ohne Krankenversicherung von 2002 bis 2004 ca. dreihundert Geburten.<sup>13</sup> Eine Befragung des Diakonischen Werkes im Rheinland ergab, dass 17 Prozent der 862 beratenen Personen ohne Aufenthaltsrechte Kinder bei sich hatten.<sup>14</sup> Für München geht eine von der Stadt München in Auftrag gegebene empirische Studie von „mehreren hunderten von Kindern“ ohne gültigen Aufenthaltsstatus aus.<sup>15</sup> Für Hamburg wird die Zahl nicht dokumentierter Kinder auf etwa 100 geschätzt.<sup>16</sup> Insgesamt wird die Zahl der in der Bundes-

---

repressive Maßnahmen genannt werden. Ähnlich auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Entwicklung einer gemeinsamen Politik in den Bereichen illegale Einwanderung, Schleuserkriminalität und Menschenhandel, Außengrenzen und Rückführung illegal aufhältiger Personen, KOM(2003) 323 endg. vom 3. Juni 2003, in der die in der ersten Mitteilung genannten repressiven Maßnahmen weiter vertieft und konkretisiert werden.

- 8 Zu den Schwierigkeiten empirischer Erfassung illegaler Migration: *Heckmann, Illegal Migration*, in: *International Migration Review* 38, 2004, 1103 ff.; *Lederer*, Typologie und Statistik illegaler Zuwanderung nach Deutschland, in: *Eichenhofer* (Hrsg.), *Migration und Illegalität*, 1999, S. 53 ff. Der Versuch einer für die gesamte BRD Geltung beanspruchenden, die bisher für einzelne Städte verfügbaren Informationen zusammenführenden Studie wird unternommen von: *Cyrus, Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland*, 2004.
- 9 *Stobbe*, *Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, 2004, S. 90; *Bade*, Die ‚Festung Europa‘ und die ‚illegalen Migration‘, in: *Blum/Hölscher/Kampling* (Hrsg.), *Die Grenzgänger*, S. 25 (28); *Lederer*, Typologie und Statistik illegaler Zuwanderung nach Deutschland, in: *Eichenhofer* (Hrsg.), *Migration und Illegalität*, 1999, S. 53 (62 f.); *Worbs*, *Illegalität von Migranten in Deutschland*, 2005, S. 7. Auf die EU bezogene sowie globale Schätzungen finden sich bei: *Düvall*, *Irreguläre Migration nach Europa*, in: *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* (Hrsg.), *Gesundheit in der Illegalität*, 2009, 23 (31 ff.).
- 10 Soweit im Folgenden von Kindern die Rede ist, meine ich damit Kinder und Jugendliche, d. h. minderjährige Personen.
- 11 *Malteser Hilfsdienst e.V.*, Erfahrungsbericht nach 3 Jahren Malteser Migranten Medizin, 2004, S. 5.
- 12 FAZ.NET vom 8. Juli 2009.
- 13 Zitiert nach: *Cyrus*, *Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland*, 2004, S. 27.
- 14 Zitiert nach: *Cyrus*, *Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland*, 2004, S. 27.
- 15 *Anderson*, „Dass Sie uns nicht vergessen.“, 2003, S. 15.
- 16 *Koch*, *Konfliktfelder bei der Gewährung des Rechts auf Bildung für Kinder ohne Aufenthaltsrecht und Duldung*, in: *Heimbach-Steins/Kruip/Kunze* (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf Bildung und seine Umsetzung in Deutschland*, 2007,

republik lebenden nicht dokumentierten Kinder im schulpflichtigen Alter auf einige zehntausend geschätzt.<sup>17</sup>

Die Frage, ob diese Kinder in Deutschland der allgemeinen Schulpflicht unterliegen bzw. ihnen auf Antrag der Erziehungsberechtigten zumindest ein Schulbesuchsrecht zukommt, soll im Folgenden behandelt werden. Nachdem in einem ersten Schritt geklärt wird, welche Personen als nicht dokumentierte Personen gelten (2), werden in einem zweiten Schritt die landesrechtlichen Schulgesetze sowie die hierzu ergangenen Rechtsverordnungen und verwaltungsinternen Regelungen dargestellt, die darüber Aufschluss geben, ob und unter welchen Bedingungen nicht dokumentierten Kindern der Zugang zur Schule möglich ist (3). Anschließend wird auf bundesrechtliche Normen, die dem Schulbesuch nicht dokumentierter Kinder entgegenstehen, eingegangen (4). Landes- und bundesrechtliche Regelungen werden sodann in einem weiteren Schritt mit völkerrechtlichen Anforderungen kontrastiert, um aufzuzeigen, dass die normative Situation und tatsächliche Praxis in den meisten Bundesländern den im Völkerrecht für nicht dokumentierte Kinder gewährleisteten Rechten widerspricht (5). Abschließend werden die Argumente, die für den Ausschluss nicht dokumentierter Kinder vom staatlichen Schulwesen gewöhnlich angeführt werden, kritisch analysiert (6).

## 2 Die Erzeugung nicht dokumentierten Aufenthalts durch das Recht

In der öffentlichen Diskussion, aber auch in wissenschaftlichen Arbeiten, wird nicht immer hinreichend deutlich gemacht, was mit dem Terminus der aufenthaltsrechtlichen Illegalität gemeint ist.<sup>18</sup> Art. 3 Nr. 2 der Richtlinie 2008/115/EG über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vom 16. Dezember 2008<sup>19</sup> definiert „illegalen Aufenthalt“ als „die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Artikel 5 des Schengener Grenzkodex oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats“. Nach den Regelungen des AufenthG dürfen Nichtdeutsche, die nicht unter das für UnionsbürgerInnen geltende Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU)<sup>20</sup> fallen, nur dann in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten, wenn sie einen anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz besitzen, es sei denn, sie sind von der Passpflicht durch Rechtsverordnung befreit (§ 3 Abs. S. 1 AufenthG). Darüber hinaus bedürfen sie nach § 4 Abs. 1 AufenthG für die Einreise und den Aufenthalt grundsätzlich eines Aufenthaltstitels. Letzterer ist nur dann nicht erforderlich, wenn durch Europarecht oder Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist oder sich aus dem Assoziationsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963<sup>21</sup> ein Aufenthaltsrecht ergibt. Bezüglich des Aufenthaltstitels differenziert das AufenthG zwischen dem Visum (§ 6 AufenthG), der Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG) und der Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG). Während Visum und Aufenthaltserlaubnis befristet sind und an Bedin-

S. 155 (159).

17 Focus vom 12. Januar 2009, abrufbar unter: [http://www.focus.de/schule/schule/recht/recht-auf-bildung-schulbesuch-fuer-alle-illegalen-kinder\\_aid\\_361520.html](http://www.focus.de/schule/schule/recht/recht-auf-bildung-schulbesuch-fuer-alle-illegalen-kinder_aid_361520.html).

18 Wörbs, Illegalität von Migranten in Deutschland, 2005, S. 3 f.; Düvell, Irreguläre Migration nach Europa, in: Falge/Fischer-Lescano/Sieveking (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, 2009, S. 23 (23 ff.).

19 ABI. L 348 vom 24.12.2008, S. 98.

20 BGBl. 2004 I S. 1986.

21 BGBl. 1964 II S. 509.

gungen und Auflagen gebunden werden können, wird die Niederlassungserlaubnis unbefristet erteilt.<sup>22</sup> Unerlaubt ist die Einreise demnach gemäß § 14 Abs. 1 AufenthG, wenn sie ohne einen erforderlichen Pass oder Passersatz bzw. ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel stattfindet oder für den Nichtdeutschen ein Einreiseverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG besteht. In diesen Fällen gilt zugleich auch der Aufenthalt im Bundesgebiet als unerlaubt. Bei Nichtdeutschen, die die Aufenthaltsvoraussetzungen ursprünglich erfüllt haben, erlischt der Aufenthaltstitel nach § 51 Abs. 1 AufenthG unter anderem dadurch, dass seine Geltungsdauer abläuft, eine auflösende Bedingung eintritt, der Aufenthaltstitel zurückgenommen oder widerrufen wird, eine Ausweisung stattfindet oder der Nichtdeutsche aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grunde ausreist. Nichtdeutsche, die die Aufenthaltsbedingungen nicht oder nicht mehr erfüllen, sind nach § 50 Abs. 1 AufenthG regelmäßig zur Ausreise verpflichtet. Neben den bereits genannten Aufenthaltstiteln gibt es noch die Aufenthaltsgestattung und die Duldung. Erstere erhalten nach § 55 AsylVfG Nichtdeutsche, die in Deutschland um Asyl nachsuchen. Die zeitliche Geltung erstreckt sich auf die Dauer des Asylverfahrens. Die Duldung hingegen ist nach deutschem Recht kein Aufenthaltstitel, sondern bringt lediglich zum Ausdruck, dass eine eigentlich ausreisepflichtige Person, die die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht erfüllt, aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden darf (§ 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG). Aus aufenthaltsrechtlicher Perspektive wird der Aufenthalt von Geduldeten zwar als rechtswidrig qualifiziert, gleichwohl vorliegend nicht als ein nicht dokumentierter Status gesehen, da sich Geduldeten mit Kenntnis und Erlaubnis des Staates in Deutschland aufhalten.<sup>23</sup> Aus dieser positiven Auflistung von Rechtstiteln, die zur Einreise und zum Aufenthalt berechtigen, ergibt sich im Umkehrschluss der Kreis derjenigen Personen, deren Einreise und Aufenthalt als nicht rechtmäßig gilt. Illegalität resultiert mit anderen Worten entweder aus einer nicht rechtmäßigen Einreise oder sie entsteht dadurch, dass eine ursprünglich vorhandene Aufenthaltsberechtigung ihre Geltung verliert und der zunächst rechtmäßige Aufenthalt dadurch unrechtmäßig wird.<sup>24</sup> Kinder teilen, soweit sie nicht selbst die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllen, in der Regel das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Erziehungsberechtigten. Zusammenfassend gelten als nicht dokumentierte Personen vor diesem Hintergrund solche Personen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, ohne über eine im AufenthG oder AsylVfG normierte Einreise- oder Aufenthaltsberechtigung zu verfügen, und bei denen die Vollziehung der Ausreisepflicht nicht ausgesetzt ist.<sup>25</sup>

### 3 Der Zugang nicht dokumentierter Kinder zur Schule nach Landesrecht

Das Schulrecht fällt in die Kompetenz der Bundesländer. Ob nicht dokumentierte Kinder der allgemeinen Schulpflicht unterliegen oder ihnen zumindest ein Schulbesuchsrecht zukommt, muss demnach für jedes Bundesland gesondert beurteilt werden. Ausgehend von den schulgesetzlichen

22 Die Niederlassungserlaubnis kann darüber hinaus grundsätzlich nicht mit einer Nebenbestimmung versehen werden und berechtigt zur Arbeitsaufnahme.

23 Spieß, Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen, 2007, S. 22. Siehe auch die insoweit klare Formulierung in den vorläufigen Anwendungshinweisen des Bundesministerium des Innern zu § 60a des AufenthG: „Die Duldung gibt dem Ausländer kein Aufenthaltsrecht, der Aufenthalt bleibt vielmehr unrechtmäßig und die Pflicht zur unverzüglichen Ausreise besteht fort.“ Strafrechtlich ist der Aufenthalt jedoch rechtmäßig. Nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG macht sich nur derjenige strafbar, der sich ohne Aufenthaltstitel und ohne dass die Abschiebung ausgesetzt ist in Deutschland aufhält. Die Duldung ist aber gerade die Aussetzung der Abschiebung.

24 Spieß, Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen, 2007, S. 22 f.

25 So auch Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Migrationsbericht 2005, S. 102; Worbs, Illegalität von Migranten in Deutschland, 2005, S. 3 f.

Bestimmungen und der Verwaltungspraxis kann zwischen drei Gruppen von Bundesländern unterschieden werden. Erstens die Bundesländer, die auch nicht dokumentierte Kinder der Schulpflicht unterwerfen. Zweitens die Bundesländer, die die Schulpflicht vom Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ abhängig machen, und drittens die Bundesländer, die auf den melderechtlichen Begriff der Wohnung abstehen.

### 3.1 Einbeziehung nicht dokumentierter Kinder in die Schulpflicht

In der ersten Gruppe, in der auch nicht dokumentierte Kinder in die Schulpflicht einbezogen werden, finden sich nur zwei Bundesländer. In Bayern ist nach Art. 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 1. Hs. BayEUG schulpflichtig, wer „vollziehbar ausreisepflichtig ist, auch wenn eine Abschiebungsandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist, unabhängig davon, ob er selbst diese Voraussetzungen erfüllt oder nur einer seiner Erziehungsberechtigten“. In Nordrhein-Westfalen lassen sich nicht dokumentierte Kinder unter § 34 Abs. 6 S. 2 NRW-SchG subsumieren. Gemäß dieser Vorschrift besteht die Schulpflicht für ausreisepflichtige ausländische Kinder bis zur Erfüllung der Ausreisepflicht. Selbst wenn man der Auffassung ist, dass der nordrhein-westfälische Gesetzgeber damit nur auf die Gruppe der Geduldeten zielen wollte, ergibt sich bei systematischer Auslegung, dass nicht dokumentierte Kinder in Nordrhein-Westfalen der Schulpflicht unterliegen sollen. § 34 Abs. 6 S. 3 NRW-SchG, der offensichtlich als Auffangklausel für jene Kinder dienen soll, die noch nicht von § 34 Abs. 6 S. 1 und 2 NRW-SchG erfasst werden, normiert nämlich, dass Kinder von Ausländerinnen und Ausländern dann der Schulpflicht unterliegen, wenn die Voraussetzungen von § 34 Abs. 1 NRW-SchG vorliegen. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn Kinder ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Nordrhein-Westfalen haben.<sup>26</sup> In den übrigen Bundesländern enthalten die Schulgesetze keine entsprechenden Regelungen. Selbst bezogen auf Kinder von Asylbewerbern und Geduldeten wird die allgemeine Schulpflicht außer in Bayern<sup>27</sup> und Nordrhein-Westfalen<sup>28</sup> nur in den Schulgesetzen der Länder Berlin<sup>29</sup>, Brandenburg<sup>30</sup> und Thüringen<sup>31</sup> ausdrücklich auch auf diese Kinder erstreckt.

26 Bestätigt wird dieses Auslegungsergebnis durch einen Erlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 27. März 2008 (Az.: 222.2.02.02.02 Nr. 60733/07), in dem darauf hingewiesen wird, dass aufgrund der „Verordnung über die zur Verarbeitung zugelassener Daten von Schülerinnen, Schülern und Eltern“ die Erhebung von Daten zum Aufenthaltsstatus von Schülerinnen und Schülern nicht vorgesehen ist. Daher dürften Meldebescheinigungen oder Kopien von Pässen der Eltern nicht, auch nicht auf Ersuchen der Ausländerbehörde, von den Schulleitern gefordert werden. Das Schreiben ist abrufbar unter: [http://www.emhosting.de/kunden/fluechtlingsrat-nrw.de/system/upload/download\\_1482.pdf](http://www.emhosting.de/kunden/fluechtlingsrat-nrw.de/system/upload/download_1482.pdf).

27 Für Asylbewerber bzw. deren Kinder und Bürgerkriegsflüchtlinge beginnt die Schulpflicht nach Art. 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 2. Hs. BayEUG allerdings erst „drei Monate nach dem Zuzug aus dem Ausland.“

28 In Nordrhein-Westfalen beginnt die Schulpflicht für Kinder von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern und für alleinstehende Kinder und Jugendliche, die einen Asylantrag gestellt haben, nach § 34 Abs. 6 S. 1 NRW-SchG erst, sobald sie einer Gemeinde zugewiesen sind.

29 § 41 Abs. 2 BerlSchG.

30 § 36 Abs. 2 BbgSchG. Nach § 2 Abs. 1 der „Verordnung zum Ruhen der Schulpflicht nach Asylanträgen“ vom 30. November 1998 beginnt die Schulpflicht erst mit Verlassen der Erstaufnahmeeinrichtung bzw., nach § 2 Abs. 2 der VO, wenn keine Verpflichtung zum Wohnen in einer Erstaufnahmeeinrichtung besteht, sechs Wochen nach Erteilung einer Aufenthaltsgestattung oder Duldung. Allerdings besteht gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 der VO während der Zeit, in der die Schulpflicht ruht, ein Schulbesuchsrecht.

31 § 17 Abs. 1 S. 1 und 2 ThürSchG. Nach § 17 Abs. 1 S. 2 2. Hs. ThürSchG beginnt die Schulpflicht „drei Monate nach dem Zuzug aus dem Ausland.“

### 3.2 Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“

Die zweite Gruppe bilden die Bundesländer, die die Reichweite der allgemeinen Schulpflicht von dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts abhängig machen, wobei sich Konkretisierungen dieses Begriffs häufig in verwaltungsinternen Bestimmungen und Anordnungen finden. Zu dieser Gruppe gehören Baden-Württemberg<sup>32</sup>, Berlin<sup>33</sup>, Brandenburg<sup>34</sup>, Hessen<sup>35</sup>, Mecklenburg-Vorpommern<sup>36</sup>, Niedersachsen<sup>37</sup>, Rheinland-Pfalz<sup>38</sup>, Sachsen<sup>39</sup>, Thüringen<sup>40</sup> und das Saarland<sup>41</sup>. Zwar enthalten mit einer Ausnahme<sup>42</sup> weder die Schulgesetze dieser Länder noch die jeweiligen verwaltungsinternen Regelungen in Gestalt von Verwaltungsvorschriften, Erlassen und Anweisungen ausdrückliche Regelungen bezüglich der Schulpflicht oder wenigstens eines Schulbesuchsrechts von nicht dokumentierten Kindern. Angesprochen werden in den verwaltungsinternen Regelungen gelegentlich aber immerhin Kinder von Asylbewerbern und Geduldeten. Wird ein gewöhnlicher Aufenthalt schon für diese Kinder verneint und wird ihnen, wenn überhaupt, lediglich ein Schulbesuchsrecht eingeräumt<sup>43</sup>, ist für nicht dokumentierte Kinder erst recht zu folgern, dass sie vom Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen ausgeschlossen sind. Es überrascht vor diesem Hintergrund nicht, dass in keinem der genannten Bundesländer ein gewöhnlicher Aufenthalt für nicht dokumentierte Kinder bejaht wird. Infolgedessen werden sie von der Schulpflicht nicht erfasst.<sup>44</sup>

Bei genauerer Betrachtung ist eine solche Interpretation des Begriffs des „gewöhnlichen Aufenthalts“ nicht haltbar. Anhaltspunkte, die für die Konkretisierung des Begriffs, der in den Schulgesetzen selbst nicht definiert wird, können zunächst in anderen Gesetzen gefunden werden.<sup>45</sup> Nach § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I und § 9 S. 1 AO hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt „dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.“ Demnach kommt es für die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt maßgeblich auf tatsächliche Verhältnisse an, nicht aber auf das Innehaben eines rechtmäßigen Aufenthaltsstitels nach ausländer- oder asylrechtlichen Bestimmungen. Entscheidend ist, „wo sich der Schwerpunkt der sozialen und beruflichen Bindungen der betreffenden Person befindet. Der gewöhnliche Aufenthalt setzt also eine gewisse Eingliederung in die soziale Umwelt voraus, die durch die Dauer des Aufenthalts indiziert wird.“<sup>46</sup> § 9 S. 2 AO konkretisiert in diesem Zusammenhang das zeitliche Moment. Als gewöhnlicher Aufenthalt ist danach „stets und von Beginn an ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer

32 § 72 Abs. 1 S. 1 BW-SchG.

33 § 41 Abs. 1 S. 1 BerlSchG.

34 § 36 Abs. 1 S. 2 BbgSchG.

35 § 56 Abs. 1 HessSchG.

36 § 41 Abs. 1 S. 1 MV-SchG.

37 § 63 Abs. 1 S. 1 NdsSchG.

38 § 56 Abs. 1 I. Hs. RP-SchG.

39 § 26 Abs. 1 S. 1 SächsSchG.

40 § 17 Abs. 1 S. 1 ThürSchG.

41 § 1 Abs. 1 SaarSchPflG.

42 Zur Rechtslage in Hessen und der dort jüngst geänderten „Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache“ vom 5. August 2008 (ABl. 2008, S. 430), siehe unten: 4.

43 Zu den Unterschieden zwischen der Einbeziehung in die allgemeine Schulpflicht einerseits und einem bloßen Schulbesuchsrecht andererseits, siehe unten: 3.4.

44 Siehe hierzu auch *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 79 ff.; *terres des hommes*, »Wir bleiben draußen«, 2005, S. 8 ff. und 29 ff.

45 Der Begriff findet sich beispielsweise in § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) VwVfG; § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und S. 2, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 EStG; § 86 Abs. 1 S. 1 SGB VIII; § 606 Abs. 1 ZPO; Art. 5 EGBGB.

46 *Niehues/Rux*, Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 184.

anzusehen; kurzfristige Unterbrechungen bleiben unberücksichtigt.“<sup>47</sup> Sowohl das tatsächliche als auch das zeitliche Moment, die einen gewöhnlichen Aufenthalt konstituieren, finden sich auch in der Rechtsprechung des BVerwG. Dort wird als gewöhnlicher Aufenthalt der Ort definiert, „an dem eine Person nicht nur vorübergehend den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen hat, was eine gewisse Verfestigung der Lebensverhältnisse an dem betreffenden Ort insbesondere in familiärer, sozialer und beruflicher Hinsicht voraussetzt. Hierzu kann es in aller Regel nur kommen, wenn der Aufenthalt auf Dauer angelegt ist und eine entsprechende Dauer auch erlangt hat, ein dauerhafter Aufenthalt also keinen objektiven Hindernissen begegnet.“<sup>48</sup> Für den Einbürgerungsanspruch von Ausländern mit längerem Aufenthalt nach § 85 Abs. 1 AuslG hat das BVerwG das Kriterium der Zukunftsoffenheit des Verbleibs in Deutschland stärker hervorgehoben und einen gewöhnlichen Aufenthalt dann angenommen, wenn der Ausländer „nicht nur vorübergehend, sondern auf unabsehbare Zeit hier lebt, so dass eine Beendigung des Aufenthalts ungewiss ist.“ Zwar sei nicht erforderlich, „dass der Aufenthalt mit Willen der Ausländerbehörde auf grundsätzlich unbeschränkte Zeit angelegt ist und sich zu einer voraussichtlich dauernden Niederlassung verfestigt.“<sup>49</sup> Der Verbleib im Bundesgebiet müsse aber „zukunftsoffen“ sein.<sup>50</sup> Daraus schließt das BSG, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht gegeben ist, wenn Nichtdeutschen der Aufenthalt im Sinne des AsylVfG nur gestattet oder im Sinne des AufenthG nur geduldet ist. Etwas anderes soll nur dann gelten, „wenn andere Umstände ergeben, dass sie sich gleichwohl auf unbestimmte Zeit in Deutschland aufhalten werden.“<sup>51</sup>

Bei all diesen Begriffsbestimmungen ist für die Präzisierung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts im Schulrecht zu beachten, dass sie lediglich als Interpretationsindizien fungieren. Zu Recht wird nämlich betont, dass der Begriff für jedes Rechtsgebiet unter Berücksichtigung von Sinn, Zweck und Regelungszusammenhang der jeweiligen Norm interpretiert werden muss.<sup>52</sup> Es ist deshalb nur konsequent, dass der VGH München den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Schulrecht von der aufenthaltsrechtlichen Statusqualifizierung abkoppelt und ihn stattdessen im Kontext von Sinn und Zweck des staatlichen Schulwesens und unter Berücksichtigung der rechtlich geschützten Interessen betroffener Kinder interpretiert.<sup>53</sup> Aufgrund der Bedeutung des Schulbesuchs für den Einzelnen und die Gemeinschaft und angesichts der Tatsache, dass eine über einen längeren Zeitraum unterlassene Beschulung kaum nachgeholt werden kann, muss nach Auffassung des VGH jedenfalls dann von einem gewöhnlichen Aufenthalt ausgegangen werden, „wenn im Zeitpunkt des möglichen Schulbesuchs eine Beschulung des Kindes für einen sinnvollen Zeitraum möglich erscheint. Davon wird im Allgemeinen dann auszugehen sein, wenn es hinreichend wahrscheinlich ist, dass das betroffene Kind das kommende Schuljahr in

47 Die Dauer von sechs Monaten findet sich auch bei *Obermayer*, VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 3 Rn. 37; *Albers*, in: *Baumbach* et al. (Hrsg.), ZPO, 58. Aufl. 2000, § 606 Rn. 10; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 3 Rn. 27.

48 BVerwGE 99, 158 (162).

49 BVerwG, DVBl. 1996, S. 216.

50 BVerwG, NVwZ-RR 1999, 583 (583); BVerwGE 111, 213 (215 f.); BVerwG, Beschl. v. 3. Juli 2003 – 5 B 211/02, Rz. 7. In einer neueren Entscheidung hat das BVerwG einen gewöhnlichen Aufenthalt auch für nach § 60a AufenthG Geduldete angenommen, wenn sie „bis auf weiteres nicht mit einer Abschiebung rechnen müssen und in der Bundesrepublik verbleiben können.“ Die bestandskräftige Ablehnung eines Asylantrages steht dem nach Ansicht des Gerichts nicht entgegen. Siehe BVerwG, Urt. v. 2. April 2009 – 5 C 2/08, Rz. 21 ff.

51 BSG 84, 253 (254 ff.). Ein solcher Umstand soll beispielsweise dann gegeben sein, wenn ein Asylbewerber auch bei endgültiger Ablehnung seines Asylantrages nicht mit Abschiebung zu rechnen braucht. Siehe auch BSG, Urt. v. 3. April 2001 – B 4 RA 90/00 R, Rz. 18.

52 BVerwGE 99, 158 (162 und 164); BVerwG, NVwZ-RR 1999, 583 (583); BSGE 84, 253 (254); BSG, Urt. v. 3. April 2001 – B 4 RA 90/00 R, Rz. 17; VGH München, BayVBl. 1997, 48 (49). Aus der Literatur: *Niehues/Rux*, Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 185; *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 394.

53 VGH München, BayVBl. 2003, 116 ff. Anders zuvor noch: VGH München, BayVBl. 1997, 48 ff.

Bayern wird durchlaufen können.“<sup>54</sup> Dem ist unter Einschränkungen zuzustimmen. Richtig ist der Verzicht auf die Anforderung des „zukunftsoffenen Verbleibs“. Richtig ist darüber hinaus aber auch der Verzicht auf die Annahme, ein gewöhnlicher Aufenthalt sei nur dann gegeben, wenn die Entscheidung über den weiteren Verbleib nicht von einer Entscheidung Dritter abhängig ist.<sup>55</sup> Letzteres kann für das Schulrecht schon deshalb nicht zutreffend sein, weil – wie gezeigt – einige Schulgesetze immerhin die Kinder von Asylbewerbern und Geduldeten in die allgemeine Schulpflicht einbeziehen, obgleich auch bei ihnen die Entscheidung über die Beendigung des Aufenthalts nicht selbstbestimmt, sondern durch behördliche und gerichtliche Entscheidungen erfolgt.<sup>56</sup> Würde man für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts auf einen zukunftsoffenen bzw. einen nicht von Dritten abhängigen Verbleib abstehen, würde dies zur Folge haben, dass auch solche Kinder von vornherein vom Schulbesuch ausgeschlossen sind, deren Aufenthalt in der Bundesrepublik zwar begrenzt ist, die sich faktisch gleichwohl mehrere Jahre im Bundesgebiet aufhalten. Zurückzuweisen ist jedoch die Auffassung des VGH München, dass der durchgehende Besuch der Schule zumindest im laufenden Schuljahr wahrscheinlich sein muss. Würde man an dieser Forderung festhalten, müssten SchulleiterInnen, die über die Aufnahme eines Kindes in die Schule entscheiden, nicht nur Ermittlungen hinsichtlich des aufenthaltsrechtlichen Status des jeweiligen Kindes anstellen. Sie müssten darüber hinaus auch eine Prognose dahingehend treffen, ob die Abschiebung eines Kindes in der Zukunft möglich ist oder nicht. Ungeachtet der problematischen Instrumentalisierung schulischer Organe zu ausländerrechtlichen Ordnungsbehörden und abgesehen davon, dass SchulleiterInnen und Schulämter dazu fachlich kaum in der Lage sind, würde es in der Konsequenz bedeuten, dass Kinder über mehrere Jahre nicht beschult werden, obwohl sich ihr Aufenthalt irgendwann verfestigt.<sup>57</sup> All dies gilt aber nicht nur für Kinder von Asylbewerbern und Geduldeten, sondern auch für nicht dokumentierte Kinder. Bei ihnen ist es nur deshalb nicht wahrscheinlich, dass sie jedenfalls während des laufenden Schuljahres im jeweiligen Bundesland verbleiben, weil der Zustand der Illegalität jederzeit entdeckt werden kann, dies zumeist die sofortige Durchsetzung der Ausreisepflicht nach sich zieht und ihr Aufenthalt im Bundesgebiet daher tendenziell auf Beendigung ausgerichtet ist. Zum einen steht dies bei Beginn der Schulung aber noch gar nicht fest und kann von SchulleiterInnen und Schulämtern im Übrigen auch nur schwerlich prognostiziert werden. Zum anderen haben auch nicht dokumentierte Kinder bei Betrachtung der tatsächlichen Umstände, auf die es insofern ankommt, einen gewöhnlichen Aufenthalt. Die Bedingungen, unter denen sie leben, sind aufgrund der Begleitumstände eines irregulären Aufenthalts in vielerlei Hinsicht problematisch. Dies ändert aber nichts daran, dass sie zum Teil über mehrere Jahre den Schwerpunkt ihrer familiären und sonstigen sozialen Bindungen und Beziehungen an einem bestimmten Ort haben. Sowohl das tatsächliche als auch das zeitliche Moment, die für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts entscheidend sind, liegen somit bei nicht dokumentierten Kindern vor.

54 VGH München, BayVBl. 2003, 116 (117 f.).

55 So VGH München, BayVBl. 1997, 48 (49); *Albers*, in: Baumbach et al. (Hrsg.), ZPO, 58. Aufl. 2000, § 606 Rn. 10 und 11. Ähnlich wohl auch *Ziekow*, VwVfG, 2006, § 3 Rn. 19, demzufolge zu den tatsächlichen Verhältnissen des gewöhnlichen Aufenthalts „auch aufenthaltsrelevante behördliche Entscheidungen, z.B. der Ausländerbehörde, gehören“.

56 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 3 Rn. 31.

57 Ebenso der VGH München, BayVBl. 2003, 116 (117 f.). Kritik am Kriterium des „zukunftsoffenen Verbleibs“ schließlich auch bei *terres des hommes*, »Wir bleiben draußen«, 2005, S. 17.

### 3.3 Begriff der Wohnung

Anders als beim Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts lässt sich bei denjenigen Bundesländern, die in ihren Schulgesetzen auf den Begriff der Wohnung abstellen, eine Einbeziehung nicht dokumentierter Kinder in die Schulpflicht nicht über eine entsprechende Auslegung herstellen. Der Begriff der Wohnung in den Schulgesetzen der Länder Bremen<sup>58</sup>, Hamburg<sup>59</sup>, Sachsen-Anhalt<sup>60</sup> und Schleswig-Holstein<sup>61</sup> meint nicht die tatsächlichen Verhältnisse, sondern vielmehr die Wohnung im Sinne des Melderechts, d. h. die beim Einwohnermeldeamt angezeigte Adresse.<sup>62</sup> Für Hamburg wird dies durch die „Richtlinie für den Umgang mit Schulpflichtverletzungen“ vom 6. Dezember 2000 deutlich hervorgehoben, wenn es in Nr. 1 der Richtlinie heißt, dass „die Hauptwohnung die im Inland überwiegend benutzte Wohnung der Personensorgeberechtigten“ ist. Dies gelte „auch für Schülerinnen und Schüler mit ausländischer Staatsangehörigkeit“, da das „Melderecht, an das die Schulpflicht nach dem HmbSG anknüpft, [...] bei ausländischen Staatsangehörigen nicht nach ihrem Aufenthaltsstatus [differenziert]. Auch Schülerinnen und Schüler ausländischer Staatsangehörigkeit sind daher uneingeschränkt schulpflichtig, wenn sie in Hamburg ihre Hauptwohnung haben.“<sup>63</sup> Nur in der Theorie unterfallen damit nicht dokumentierte Kinder der Schulpflicht, verfügen nicht dokumentierte Personen doch gerade nicht über eine Wohnung im Sinne des Melderechts, da sie bei den Meldebehörden nicht registriert sind.

### 3.4 Zusammenfassung

Im Ergebnis sind damit nach gängiger Lesart der einfachgesetzlichen Normierungen außer in Bayern und in Nordrhein-Westfalen nicht dokumentierte Kinder nicht schulpflichtig. Ob ihnen auf Antrag der Erziehungsberechtigten wenigstens ein Schulbesuchsrecht eingeräumt werden würde, ist unklar.<sup>64</sup> Selbst wenn man aber eine solches Recht etwa unter Bezugnahme auf landesverfassungsrechtliche Gewährleistungen des Rechts auf Bildung bejahren würde<sup>65</sup>, wären – neben der sogleich thematisierten bundesrechtlichen Mitteilungspflicht – die Unterschiede zwischen Kindern, die der Schulpflicht unterliegen, und solchen, denen lediglich ein Schulbesuchsrecht zukommt, zu beachten. Zum einen kann die Schule unter Verweis auf den tatsächlichen oder angeblichen Wunsch der Erziehungsberechtigten bei nicht bestehender Schulpflicht die Beschulung – insbesondere bei sozial auffälligen Kindern – ohne besondere Schwierigkeiten einstellen.<sup>66</sup>

58 § 52 BremSchG.

59 § 37 Abs. 1 HambSchG.

60 § 36 Abs. 1 LSA-SchG.

61 § 20 Abs. 1 SH-SchG.

62 Martinez-Soria, Illegalität und Schulbesuch, RdJB 2005, 82 (84).

63 Trotz des Abstellens auf den melderechtlichen Begriff der Wohnung geht der hamburgische Senat begründungslos gleichwohl davon aus, dass sich „die Schulpflicht in Hamburg auch auf Kinder ohne legalen Aufenthaltsstatus“ erstreckt. Siehe: Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg-Drs. 18/5116, S. 4. Zu Recht ist daher von einer „besonders unsicheren Rechtslage“ in Hamburg die Rede. Siehe: Koch, Konfliktfelder bei der Gewährung des Rechts auf Bildung für Kinder ohne Aufenthaltsrecht und Duldung, in: Heimbach-Steins/Kruip/Kunze (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Bildung und seine Umsetzung in Deutschland, 2007, S. 155 (159).

64 Auch diesbezüglich geben – wenn überhaupt – nur schwer zugängliche Rechts- und Verwaltungsdokumente Aufschluss. In Berlin beispielsweise bestimmt die Regelung Nr. 9 Abs. 1 der „Ausführungsvorschriften über Beurlaubung und Befreiung vom Unterricht (AV Schulpflicht)“ vom 3. Dezember 2008 dass Kinder, „die einen erforderlichen Aufenthaltstitel oder eine Aufenthaltsgestattung nicht oder nicht mehr besitzen“, nicht der Schulpflicht unterliegen, sie „jedoch die Schulen des Landes Berlin freiwillig und unter den gleichen Bedingungen wie schulpflichtige Kinder besuchen“ können.

65 So Niehues/Rux, Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 189.

66 Zu einem solchen Fall: terres des hommes, »Wir bleiben draußen«, 2005, S. 22.

Anders als bei Kindern, die von der allgemeinen Schulpflicht erfasst sind, lässt sich einem bloßen Schulbesuchsrecht zum anderen wesentlich leichter das Fehlen räumlicher, personeller oder sachlicher Kapazitäten entgegenhalten.<sup>67</sup> Andererseits erscheint gerade die Einräumung eines bloßen Schulbesuchsrechts im Unterschied zur Einbeziehung nicht dokumentierter Kinder in die Schulpflicht vorteilhaft, knüpfen doch die verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Zwangsmaßnahmen, die zur Durchsetzung der Schulpflicht ergriffen werden können, nur an die Verletzung der Schulpflicht an.<sup>68</sup> Müssen Eltern aber damit rechnen, dass derartige Maßnahmen eingeleitet werden, wenn ihre Kinder aus welchen Gründen auch immer dem Unterricht fernbleiben, werden sie auf eine Beschulung ihrer Kinder verzichten, haben solche Maßnahmen doch beinahe zwangsläufig die Entdeckung des nicht dokumentierten Status der Kinder sowie ihrer Erziehungsberechtigten zur Folge.<sup>69</sup> Diese Gefahr besteht aufgrund der im Folgenden erörterten bundesrechtlichen Regelung indes auch bei Einräumung eines Schulbesuchsrechts. Mit anderen Worten: Unabhängig davon, ob man nicht dokumentierte Kinder – wie in Bayern und Nordrhein-Westfalen – in die Schulpflicht einbezieht oder ihnen lediglich ein Schulbesuchsrecht zubilligt, wird der Schulbesuch in der Praxis an § 87 AufenthG scheitern.

## 4 Bundesrechtliche Regelungen: Mitteilungspflicht und Kriminalisierung

Gemäß § 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG hat jede öffentliche Stelle, die von einem nicht dokumentierten Aufenthalt erfährt, dies der Ausländer- oder Polizeibehörde mitzuteilen.<sup>70</sup> Der Begriff der „öffentlichen Stelle“ orientiert sich an § 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Nach dessen Absatz 2 sind „[ö]ffentliche Stellen der Länder [...] die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes und sonstiger der Aufsicht des Landes unterstehender juristischer Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform.“ Zwar unterfallen dieser Definition keine kirchlichen oder privaten Schulen, wohl aber alle Schulen in staatlicher, städtischer und kommunaler Trägerschaft.<sup>71</sup> Da die Kenntnisserlangung, wie § 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG formuliert, jedoch „im Zusammenhang mit der Erfüllung der Aufgaben“ der jeweiligen öffentlichen Stelle erfolgen muss und § 87 AufenthG keine genuine Verpflichtung oder Befugnis zur Datenerhebung normiert, hängt die Reichweite der Mitteilungspflicht davon

67 So im Saarland schon für Kinder von Asylbewerbern, deren Antragsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Siehe Ziff. II Nr. 2 des Erlasses betreffend den Schulbesuch der Kinder von Asylbewerbern im schulpflichtigen Alter vom 12. März 1987, GMBI. Saar S. 83.

68 Anders aber wohl in Baden-Württemberg, wo § 72 Abs. 3 S. 1 BW-SchG bestimmt, dass sich die Schulpflicht auf den regelmäßigen Besuch des Unterrichts und der übrigen verbindlichen Veranstaltungen der Schule sowie auf die Einhaltung der Schulordnung erstreckt. Dies, so § 73 Abs. 3 S. 3 BW-SchG, gilt auch für Schülerinnen und Schüler, die nicht schulpflichtig sind. Allgemein zur zwangsweisen Durchsetzung der Schulpflicht: *Niehues/Rux*, Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 330 ff.

69 So auch: *Cremer*, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere (Deutsches Institut für Menschenrechte – Policy Paper Nr. 14), 2009, S. 12 und 16, demzufolge eine Erstreckung der Schulpflicht auf nicht dokumentierte Kinder nur unter der Bedingung Sinn macht, „dass von Zwangsmaßnahmen grundsätzlich abgesehen wird.“

70 Zur Mitteilungspflicht für staatliche Schulen nach § 87 Abs. 2 AufenthG: *Becher*, Kinder ohne Aufenthaltsrecht, InfAuslR 2006, 286; *Fischer-Lescano/Löhr*, Menschenrecht auf Bildung, InfAuslR 2008, 54. Zur Mitteilungspflicht im Zusammenhang mit medizinischer Versorgung nicht dokumentierter Personen: *Allenberg/Löhr*, Der Prüferbericht Illegalität und alternative Lösungsansätze, in: *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, 2009, S. 125 (126 ff.).

71 *Becher*, Kinder ohne Aufenthaltsrecht, InfAuslR 2006, 286 (286 f.). Auch die Vorläufigen Anwendungshinweise zu § 87 AufenthG, abgedruckt bei *Renner*, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 87, nennen in Nr. 87.2.1.1 ausdrücklich nur „öffentliche Schulen“.

ab, ob die Erhebung, Prüfung oder Feststellung des aufenthaltsrechtlichen Status überhaupt in den Aufgabenbereich einer bestimmten öffentlichen Stelle fällt.<sup>72</sup> Erfährt „ein Bediensteter der öffentlichen Stelle lediglich bei Gelegenheit der Wahrnehmung seiner Aufgaben“ von einem nicht dokumentierten Aufenthalt, ist dieser Sachverhalt gemäß Nr. 87.1.2 der Vorläufigen Anwendungshinweisen zu § 87 „der öffentlichen Stelle nicht bekannt geworden und es besteht für sie keine Mitteilungspflicht“<sup>73</sup>. Dementsprechend wird nicht nur in den Vorläufigen Anwendungshinweisen, sondern auch in der Literatur die Mitteilungspflicht von Lehrern einhellig verneint, erstreckt sich deren Aufgabenbereich nach den Schulgesetzen doch eindeutig auf die Betreuung und Erziehung der Schüler sowie auf die Gestaltung des Unterrichts im Hinblick auf die Vermittlung von Wissen und nicht auf die Feststellung aufenthaltsrechtlicher Verhältnisse.<sup>74</sup>

Obgleich der aufenthaltsrechtliche Status eines Kindes auch in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Erfüllung der den Schulen übertragenen Erziehungs- und Bildungsaufgaben steht<sup>75</sup>, wird für die Schulleitung eine Mitteilungspflicht hingegen überwiegend bejaht.<sup>76</sup> Soweit die Schulleitung im Zuge der Anmeldung von Schülern von aufenthaltsrechtlich relevanten Sachverhalten erfährt, sei sie zur Übermittlung der ihr vorliegenden Daten und Dokumente an die Ausländer- bzw. Polizeibehörde verpflichtet.<sup>77</sup> Geht man wie die meisten Bundesländer davon aus, dass sich die Frage der Schulpflicht bzw. des Schulbesuchsrechts jedenfalls mittelbar maßgeblich nach aufenthaltsrechtlichen Kriterien bestimmt, ist die Annahme, die Erhebung des aufenthaltsrechtlichen Status gehöre zum Aufgabenbereich der Schulleitung, durchaus konsequent. Anders ließe sich die für die Einschulung zentrale Frage nach der Schulpflichtigkeit gar nicht beantworten. Beispielhaft war hierfür die alte Rechts- und Verwaltungslage in Hessen, die erst infolge der Regierungsbeteiligung der FDP nach den Neuwahlen am 18. Januar 2009 geändert wurde. Nunmehr sind gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 und 2 der hessischen „Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache“ vom 5. August 2008<sup>78</sup> zwar weiterhin nur solche nicht deutschsprachigen Schüler „schulpflichtig, sofern sie im Besitz einer gültigen Aufenthaltsgenehmigung nach den Bestimmungen des Ausländergesetzes oder von einer solchen befreit sind; Asylbewerberinnen und Asylbewerber sind dann schulpflichtig, wenn sie einer Gebietskörperschaft zugewiesen sind.“ In zwei Hinsichten wurden die VO im Hinblick auf die Frage der Beschulung nicht dokumentierter Kinder aber entscheidend verändert. Zum einen bestimmte die VO in ihrer alten Fassung implizit, dass nicht dokumentierten Kindern nicht einmal ein Schulbesuchsrecht zukommt, regelte sie doch in § 3 Abs. 3 VO a.F., dass nur geduldeten Kindern ein solches Recht zukommt. Nach der Änderung bestimmt § 3 Abs. 3 VO nun jedoch, dass alle Schülerinnen und Schüler, die „ihren tatsächlichen Aufenthalt im Lande Hessen haben“, zum Schulbesuch berechtigt sind. Vor allem aber wurde die Regelung, wonach die Aufnahme in eine Schule, über die der Schulleiter entscheidet, die Vorlage einer gültigen Meldebescheinigung

72 Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, 2008, Rn. 961 ff.; Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 87 Rn. 6 und 8; Wenger, in: Storr et al. (Hrsg.), Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2008, § 87 Rn. 9.

73 Bezogen auf die Mitteilungspflichten nach § 87 AufenthG sind die Formulierungen des Entwurfes einer „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz“, der derzeit im Bundesrat diskutiert wird und dessen Regelungen die Vorläufigen Anwendungshinweise ersetzen sollen, nahezu identisch. Siehe Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz, BR-Drs. 669/09, S. 1 ff.

74 Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, 2008, Rn. 967; Becher, Kinder ohne Aufenthaltsrecht, InfAuslR 2006, 286 (287). Zu den Aufgaben des Lehrkörpers: Niehues/Rux, Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 895 ff. und 909 ff.

75 Fodor/Peter, Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards, 2005, S. 50; Niehues/Rux, Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 458 ff.; Fischer-Lescano/Löhr, Menschenrecht auf Bildung, InfAuslR 2008, 54 (55).

76 Zur Stellung und zum Aufgabenbereich der Schulleitung: Niehues/Rux, Schulrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 820 ff.

77 Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, 2008, Rn. 968; Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 87, Rn. 12; Wenger, in: Storr et al. (Hrsg.), Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2008, § 87, Rn. 4 und 9 f.

78 ABl. 2008. S. 430.

voraussetzt (§ 4 Abs. 2 VO a.F.), ersatzlos gestrichen. Damit hat sich nach dem Willen des hessischen Landesgesetzgebers schließlich auch ein bis zur Änderung der Verordnung im Umlauf befindlicher Hinweis des hessischen Kultusministeriums an die staatlichen Schulämter, in dem unter Verweis auf die genannte Verordnung darauf hingewiesen wurde, dass „Kinder, die keinen aufenthaltsrechtlichen Status haben, [...] nicht aufgenommen werden“ können und es „daher zur Wahrnehmung des Bildungsrechts in allen Fällen einer Klärung des Aufenthaltsstatus“ bedarf, erledigt. Die SchulleiterInnen sind nun nicht länger, wie dem Schreiben des Weiteren zu entnehmen war, wegen § 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG unter Androhung dienstrechtlicher Konsequenzen verpflichtet, „unverzüglich die zuständige Ausländerbehörde zu unterrichten, wenn sie Kenntnis von dem Aufenthalt eines Ausländer ohne erforderlichen Aufenthaltstitel erlangt“ haben.<sup>79</sup> In allen anderen Bundesländern, in denen der Gesetzgeber seinen Willen zur Einräumung wenigstens eines Schulbesuchsrechts für nicht dokumentierte Kinder nicht in der Weise unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat wie in Hessen, bedeutet die schulrechtlich oder jedenfalls verwaltungspraktische Kopplung der Schulpflicht an den aufenthaltsrechtlichen Status allerdings bei nahe zwangsläufig die gegen sie gerichtete Einleitung aufenthaltsbeendernder Maßnahmen. Nicht dokumentierte Erziehungsberechtigte werden daher von der Einschulung ihrer Kinder Abstand nehmen, um sich und ihre Kinder nicht dem Risiko der Aufdeckung des nicht dokumentierten Aufenthalts auszusetzen. Bereits die Unsicherheit, ob die Schule Informationen über den Aufenthaltsstatus an andere Behörden weiterleiten wird, dürfte dazu führen, dass nicht dokumentierte Eltern von der Einschulung ihrer Kinder Abstand nehmen.

## 5 Völkerrechtliche Verankerungen des Rechts auf Bildung

Ob der rechtliche und faktische Ausschluss nicht dokumentierter Kinder von der Schule rechtmäßig ist, bestimmt sich nicht nur nach nationalen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, auf die hier nicht eingegangen wird<sup>80</sup>, sondern auch nach völkerrechtlichen Vorgaben.

### 5.1 Das Recht auf Bildung in völkerrechtlichen Abkommen

Das Recht auf Bildung ist in zahlreichen völkerrechtlichen Abkommen enthalten. So anerkennen beispielsweise die Vertragsstaaten des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (UN-KRK)<sup>81</sup> nach Art. 28 Abs. 1 das Recht des Kindes auf Bildung. Um „die Verwirklichung dieses Rechts auf der Grundlage der Chancengleichheit forschreitend zu erreichen“, verpflichten sie sich unter anderem, den unentgeltlichen Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht zu machen (Art. 28 Abs. 2 lit. a) UN-KRK). Unabhängig von der Frage, ob einzelne der in der UN-KRK enthaltenen Bestimmungen unmittelbar anwendbare subjektive Rechte enthalten, was für die gesamte Konvention

79 Das Schreiben des Hessischen Kultusministeriums vom 12. Oktober 2005, Az.: I.3. St – 821.100.000, ist abrufbar unter: [http://wissenschaft.gew.de/Binaries/Binary29228/Schreiben\\_HKM.pdf](http://wissenschaft.gew.de/Binaries/Binary29228/Schreiben_HKM.pdf). Zu disziplinar-, arbeits- und strafrechtlichen Sanktionen bei Verletzung der Mitteilungspflicht, siehe auch Becher, Kinder ohne Aufenthaltsrecht, InfAuslR 2006, 286 (288).

80 Hierzu Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 222 ff.; Krieger, Der grundrechtliche Anspruch von Kindern irregulärer Migranten auf chancengleiche Bildung, NVwZ 2007, S. 169 ff.; terres des hommes, »Wir bleiben draußen«, 2005, S. 70 ff.; Fischer-Lescano/Löhr, Menschenrecht auf Bildung. Mitteilungsverbote von Bildungseinrichtungen in aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten, InfAuslR 2008, 54 (56 ff.).

81 BGBL. 1992 II, S. 121. Umfassend zur UN-KRK: Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994. Instruktiv auch Baer, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, NJW 1993, 2209 ff.

insbesondere von der Bundesrepublik Deutschland in einem zur UN-KRK erklärten Vorbehalt bestritten wird<sup>82</sup>, ist unzweifelhaft, dass die in dem Übereinkommen garantierten Rechte von den Vertragstaaten in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Ob die UN-KRK für das Recht auf Beschulung nicht dokumentierter Kinder fruchtbar gemacht werden kann, erscheint gleichwohl fraglich. In dem bereits erwähnten Vorbehalt hat die Bundesrepublik explizit festgehalten, dass keine Bestimmung des Übereinkommens „dahin ausgelegt werden [kann], dass die widerrechtliche Einreise eines Ausländers in die Bundesrepublik oder dessen widerrechtlicher Aufenthalt dort erlaubt ist“ und „keine Bestimmung dahin ausgelegt werden [kann], dass sie das Recht der Bundesrepublik beschränkt, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthaltes zu erlassen oder Unterschiede zwischen Inländern und Ausländern zu machen.“<sup>83</sup> Man wird zwar nicht sagen können, dass das Recht auf Zugang zur Bildung für nicht dokumentierte Kinder Rückwirkungen auf die Regelungsbefugnisse der Bundesrepublik Deutschland bezüglich der Einreise und des Aufenthalts von Nichtdeutschen entfaltet. Sehr wohl tangiert ein solches Recht aber die Bedingungen des Aufenthalts von Nichtdeutschen.

Neben Art. 28 Abs. 1 UN-KRK garantiert jedoch auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwirtR)<sup>84</sup> in Art. 13 ein Recht auf Bildung. Im Interesse der vollen Verwirklichung dieses Rechts verpflichten sich die Vertragsstaaten ebenso wie im Rahmen der UN-KRK in Art. 13 Abs. 2 lit. a) IPwirtR dazu, den Grundschulunterricht für jedermann zur Pflicht und für alle unentgeltlich zugänglich zu machen. Art. 2 Abs. 2 IPwirtR verbietet Diskriminierungen darüber hinaus unter anderen unter Bezug auf die nationale Herkunft. Zwar rekurriert die Verweigerung des Zugangsrechts zum staatlichen Schulwesen nicht auf das Kriterium der Staatsangehörigkeit, welches sich unter das Verbot der Diskriminierung nach der nationalen Herkunft subsumieren lässt, sondern vielmehr auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltstatus. Nach den als Interpretationshilfe für Art. 13 IPwirtR heranzuziehenden General Comments des Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) erstreckt sich das Bildungsrecht unter Beachtung des Diskriminierungsverbots allerdings auf „all persons of school age residing in the territory of a State party, including non-nationals, and irrespective of their legal status“<sup>85</sup>. Verboten sind danach nicht nur Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit, sondern gerade auch solche Ungleichbehandlungen, die an die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsstatus anknüpfen.<sup>86</sup>

82 In dem Vorbehalt erklärt die Bundesrepublik, „dass das Übereinkommen innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung findet. Es begründet völkerrechtliche Staatenverpflichtungen, die die Bundesrepublik Deutschland nach näherer Bestimmung ihres mit dem Übereinkommen übereinstimmenden innerstaatlichen Rechts erfüllt.“ Siehe BGBl. 1992 II, S. 990. Zu dieser Frage auch: Baer, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, NJW 1993, 2209 (2209 f.).

83 Zweifel an der Verfassungs- und Völkerrechtsgemäßheit der Vorbehaltserklärung äußern: Ullmann, Verfassungs- und völkerrechtliche Widersprüche bei der Ratifikation der UNO-Kinderrechtskonvention, FamRZ 1991, 898 (899 ff.); Wolf, Ratifizierung unter Vorbehalten: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes?, ZRP 1991, 374 (378); Fischer-Lescano/Löhr, Menschenrecht auf Bildung, InfAusLR 2008, 54 (57). Dagegen Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 305 ff.; Baer, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, NJW 1993, 2209 (2210).

84 BGBl. 1973 II S. 1569 ff. Gemäß der Bekanntmachung vom 9. März 1976 (BGBl. 1976 II S. 428 ff.) ist der IPwirtR für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten. Zu Art. 13 IPwirtR: Gebert, Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und seine Auswirkungen auf das schweizerische Bildungswesen, 1996; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, The Right to Education (Art. 13) vom 8. Dezember 1999 (General Comments).

85 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, The Right to Education (Art. 13) vom 8. Dezember 1999 (General Comments), Nr. 34

86 Zur Bedeutung des Diskriminierungsverbots „als integraler Bestandteil“ des Menschenrechts auf Bildung: Cremer, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere (Deutsches Institut für Menschenrechte – Policy Paper Nr. 14), 2009, S. 7 f.

Bestätigt wird dies durch das Übereinkommen gegen die Diskriminierung im Unterrichtswesen vom 14. Dezember 1960<sup>87</sup>, auf das die General Comments zu Art. 13 IPwirtR ausdrücklich Bezug nehmen. Um Diskriminierungen im Unterrichtswesen zu beseitigen bzw. zu verhindern, verpflichteten sich die Vertragstaaten in Art. 3 des Übereinkommens unter anderem „(a) alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften aufzuheben und alle Verwaltungsgepflogenheiten einzustellen, die eine Diskriminierung im Unterrichtswesen bewirken; (b) die notwendigen Maßnahmen zu treffen, erforderlichenfalls im Wege der Gesetzgebung, damit bei der Zulassung von Schülern zu Unterrichtsanstalten keine Diskriminierung stattfindet [...] (e) ausländischen Staatsangehörigen, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind, denselben Zugang zum Unterricht zu gewähren, wie ihren eigenen Staatsangehörigen.“<sup>88</sup> Insbesondere die Formulierung der Verpflichtung im letzten Satz macht deutlich, dass es im Hinblick auf die Gewährung des Rechts auf Zugang zur Schule auf den konkreten Aufenthaltsstatus nicht ankommt. Entscheidend ist nicht die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts, sondern allein die tatsächliche Anwesenheit im jeweiligen Staatsgebiet.<sup>89</sup> Unabhängig von der umstrittenen Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit jener Normen, die im Rang einfacher Bundesgesetze stehen, müssen sie nach der Rechtsprechung des BVerfG von deutschen Behörden und Gerichten grundsätzlich berücksichtigt werden.<sup>90</sup>

## 5.2 Art. 2 1. ZP EMRK

Deuten die genannten Normen schon auf die Völkerrechtswidrigkeit des Ausschlusses nicht dokumentierter Kinder im deutschen Schulwesen hin, ergibt sich jedenfalls aus Art. 2 S. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>91</sup> die Rechtswidrigkeit der beschriebenen Exklusion. Gemäß Art. 2 S. 1 1. ZP darf niemanden „das Recht auf Bildung verwehrt werden.“ Berechtigte sind nicht nur die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten, sondern auch die in den Vertragsstaaten ansässigen Ausländer.<sup>92</sup> Jenseits der grundsätzlichen Pflicht der Vertragsstaaten zur Vorhaltung einer wie immer gearteten öffentlichen Bildungsinfrastruktur folgen aus Art. 2 S. 1 1. ZP zwar keine Ansprüche auf die Schaffung von Bildungseinrichtungen in bestimmter Qualität oder Quantität und auch kein Verbot von eignungs- und kapazitätsbezogenen Zulassungsbeschränkungen.<sup>93</sup> Art. 2 S. 1 1. ZP normiert aber ein derivatives Teilhaberecht im Sinne eines Rechts auf diskriminierungsfreien Zugang zu den vorhandenen öffentlichen Schulen und Bildungsanstalten und zur Teilnahme an den jeweiligen Unterrichts- und Ausbildungsmöglichkeiten.<sup>94</sup> Einschränkungen des Rechts auf Bildung, das unter keinem expliziten Vorbehalt

87 BGBl. 1968 II S. 387, für Deutschland in Kraft seit dem 17.10.1968.

88 BGBl. 1968 II S. 391.

89 Bestätigung findet dies in der englischen Fassung des Übereinkommens, die von „foreign nationals resident within their territory“ und damit von wohnhaft und nicht von „citizen“, „national“, „state resident“ oder „permanent resident“ spricht. Ebenso in der französischen („résident sur leur territoires“) und in der spanischen Fassung („residentes en su territorio“).

90 Für die EMRK, siehe nur BVerfGE 111, 307 ff.

91 Die Bundesrepublik Deutschland hat das 1. ZP vom 20. März 1952 am 13. Februar 1957 ratifiziert, BGBl. 1956 II S. 1879. Zu Art. 2 S. 2 1. ZP hat die Bundesrepublik bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde einen Vorbehalt abgegeben, der sich allerdings nur auf die Verpflichtung des Staates bezieht, „Schulen religiösen oder weltanschaulichen Charakters zu finanzieren oder sich an ihrer Finanzierung zu beteiligen“ (BGBl. 1957 II S. 226).

92 Ausführlich zu „Bildungsrechten von ausländischen Kindern bzw. von solchen ausländischer Herkunft“ *Langenfeld, Das Recht auf Bildung*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 23 Rn. 25 ff.

93 *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 39 Rn. 18; *Langenfeld, Das Recht auf Bildung*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 23 Rn. 40.

94 *Frowein*, in: ders./Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 2 des 1. ZP, Rn. 1 und 2; *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, Art. 2 1. ZP Rn. 676; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 39 Rn. 18; *Langenfeld, Das Recht auf Bildung*, in: Grote/Marauhn

steht, dürfen nach der Rechtsprechung des EGMR nur dann erfolgen, wenn sie den Vorbehalt des Gesetzes wahren, ein legitimes Ziel verfolgen, verhältnismäßig sind und das Recht auf Bildung nicht zur Makulatur werden lassen.<sup>95</sup>

Bereits die erste Anforderung bereitet im Hinblick auf den Ausschluss von nicht dokumentierten Kindern im deutschen Schulwesen Schwierigkeiten, ergibt sich der Ausschluss doch, wie gezeigt, nicht selten erst aus nicht veröffentlichten verwaltungsinternen Bestimmungen.<sup>96</sup> Ob dies den Anforderungen des EGMR an das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage entspricht, erscheint fraglich. Der Gerichtshof hat diesbezüglich festgestellt, dass „the expression in „accordance with the law“ [...] also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him and compatible with the rule of law.“<sup>97</sup> Zweifelhaft ist ferner, ob der Ausschluss ein legitimes Ziel verfolgt und verhältnismäßig ist. Ein legitimes Ziel könnte vielleicht dann bejaht werden, wenn, wie die Bundesrepublik in ihrem zur UN-KRK abgegebenen Vorbehalt offensichtlich befürchtet, über die Gewährung des Rechts auf Zugang zur Schule zugleich eine Legalisierung des Aufenthalts nicht dokumentierter Kinder stattfinden würde. Dies ist aber nicht der Fall, da Zugang und Teilnahme am staatlichen Unterrichtswesen keine rechtlichen Implikationen für die Frage des aufenthaltsrechtlichen Status entfalten und die Befugnisse der Bundesrepublik, über Einreise und Aufenthalt zu entscheiden, nicht tangiert werden.<sup>98</sup> Darüber hinaus fehlt es an der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Maßnahmen, stellt der in den meisten Bundesländern erfolgende Ausschluss nicht dokumentierter Kinder vom Schulwesen doch einen unter keinen Umständen zu rechtfertigenden Eingriff in den Kernbereich des in Art. 2 S. 1 1. ZP garantierten Bildungsrechts dar.<sup>99</sup>

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 hat der EGMR die Bedeutung des Bildungsrechts aus Art. 2 1. ZP erneut hervorgehoben. Den Kindern eines Tschetschenen, die die für Tschetschenen außerhalb Tschetscheniens erforderliche Migrationskarte nicht besaßen und die bei den Behörden nicht registriert waren, wurde der Besuch der Schule in der Stadt Naltschik, einer Stadt in der russischen Teilrepublik Kabardino-Balkaria, verwehrt. Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis,

(Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 23 Rn. 37 und 40; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 170 f. Umstritten ist lediglich, ob sich das Teilhaberecht, wie die Rechtsprechung annimmt, nur auf die Elementarausbildung bezieht (KOM, E 5962/72, DR 2, 50; E 7671/76 u.a., DR 9, 185; E 14524/89, DR 64, 188), oder darüber hinaus auch die höhere Ausbildung einbezieht (so beispielsweise *Frowein*, in: ders./Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 2 des 1. ZP, Rn. 2; *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 235).

95 *EGMR*, Belgischer Sprachenstreit, Urt. v. 23. Juli 1968, EuGRZ 1975, S. 298 ff.; *EGMR*, Kjeldsen, Busk, Madsen und Pedersen v. Dänemark, Series A 23 (1976), Rn. 53. Siehe auch *Langenfeld*, Das Recht auf Bildung, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 23 Rn. 37.

96 Selbst die zuständigen Ministerien in den Bundesländern sind, wie der Verfasser im Zuge der Arbeit an diesem Aufsatz immer wieder erleben konnte, oftmals nicht in der Lage, die verstreuten und zum Teil widersprüchlichen Rechts- und Verwaltungsdokumente zu finden und die Frage zu beantworten, ob nicht dokumentierte Kinder der Schulpflicht unterliegen bzw. ihnen ein Schulbesuchsrecht zukommt. Gleichermaßen gilt für die Frage, ob SchulleiterInnen und Schulämter zur Meldung nicht dokumentierter Kinder verpflichtet sind.

97 *EGMR*, Herzegfaly v. Österreich, Series A 242-B (1992), Rn. 88 und 91. Siehe auch *EGMR*, Leander v. Schweden, Series A 116 (1987), Rn. 52 ff.; *EGMR*, Sunday Times v. VK, Series A 30 (1979), Rn. 46 ff.; *EGMR*, Valenzuela Contreras v. Spanien, Reports 1998-V, 1909 ff., Rn. 60.

98 *Langenfeld*, Das Recht auf Bildung, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 23 Rn. 25 und 30.

99 So auch *Fodor/Peter*, Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards, 2005, S. 31; *Martinez-Soria*, Illegalität und Schulbesuch, RdJB 2005, 82 (89 f.). Zum Verbot der Aushöhlung des Kernbereichs des Rechts auf Bildung auch *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, Art. 2 1. ZP Rn. 676; *Langenfeld*, Das Recht auf Bildung, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 23 Rn. 7 ff.

dass eine Verletzung des Rechts aus Art. 2 1. ZP vorliegt, da „the Convention and its Protocols do not tolerate a denial of the right to education.“ Art. 2 1. ZP habe „no stated exceptions“ und gewährleiste eines der „most fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. In a democratic society, the right to education, which is indispensable to the furtherance of human rights, plays such a fundamental role that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 would not be consistent with the aim or purpose of that provision [...] There is no doubt that the right to education guarantees access to elementary education which is of primordial importance for a child’s development.“<sup>100</sup> Das Recht auf Zugang zu elementarer Schulbildung, welches im Interesse der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes in Art. 2 1. ZP vorbehaltlos garantiert wird, duldet nach der Rechtsprechung des EGMR mithin in keinem Vertragsstaat der EMRK einen Ausschluss bestimmter Gruppen von Kindern. Wie sich vor diesem Hintergrund die Exklusion nicht dokumentierter Kinder vom staatlichen Schulwesen in der Bundesrepublik Deutschland aufrechterhalten lässt, bleibt das Geheimnis deutscher Gesetzgebung und Exekutive. Letztere könnten höchstens anführen, der Besuch der Schule werde nicht dokumentierten Kindern de lege lata doch gar nicht verwehrt, sie müssten „lediglich“ die Gefahr der Entdeckung des unrechtmäßigen Status in Kauf nehmen. Wie die Entscheidung des EGMR zeigt, steht Art. 2 1. ZP jedoch gerade auch einem faktischen Ausschluss entgegen.

## 6 Kritische Analyse der Gründe für den Ausschluss nicht dokumentierter Kinder vom deutschen Schulwesen

Angesichts der insoweit klaren völkerrechtlichen Anforderungen wirft der in zahlreichen Bundesländern rechtliche und in allen Bundesländern – wegen der Meldepflicht in § 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG – jedenfalls faktische Ausschluss nicht dokumentierter Kinder vom staatlichen Schulwesen die Frage nach den Gründen für das Festhalten an einer völkerrechtswidrigen Praxis auf. In der Regel werden drei Argumente zur Rechtfertigung der Exklusion angeführt.

Erstens wird geltend gemacht, der nicht dokumentierte Aufenthaltsstatus schließe die Gewährung von Berechtigungen und damit auch ein Recht auf Schulbesuch grundsätzlich aus. So äußerte das Bundesministerium des Innern in einer schriftlichen Antwort auf eine Eingabe des Jesuitenflüchtlingsdienstes, dass es „aus rechtsstaatlichen Gründen nicht hinnehmbar [ist], wenn auf der einen Seite das Ausländerrecht den Aufenthalt an die Erfüllung bestimmter Bedingungen knüpft und andererseits das Sozialrecht einen unerlaubten Aufenthalt über Umwege materiell absichert und perpetuiert. Ein solcher Zustand wäre mit der Aufgabe des Staates, die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zu gewährleisten wie auch mit der angestrebten Steuerung der Zuwanderung ganz und gar unvereinbar. [...] Letztlich bedeutet dies, dass bestehende Meldepflichten nicht in Frage gestellt oder beseitigt werden können. Die Abschaffung von Kontrollmöglichkeiten würde eine Verfestigung unrechtmäßigen Verhaltens ermöglichen. Ausländer, die ohne entsprechenden Aufenthaltstitel nach Deutschland einreisen oder sich hier aufzuhalten, verletzen das geltende Recht und sind sich [...] in aller Regel völlig darüber im Klaren, welche Konsequenzen dies für ihre Lebensumstände haben wird. Sie sind in diesem Sinne selbst für ihre Illegalität verantwortlich. Aus dieser Position heraus können keine Ansprüche an den deutschen Staat oder an die deutsche Gesellschaft gestellt werden“<sup>101</sup>.

100 EGMR, Timishev / Russland, Urt. v. 13.12.2005, Rz. 63 ff.

101 Bundesministerium des Innern, Antwort vom 14. Februar 2001 auf die Eingabe des Jesuitenflüchtlingsdienstes vom 29. November 2000, unveröffentlichter Brief, zitiert nach: Cyrus, Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland,

Dies ist schon deshalb nicht richtig, weil Kinder keine Verantwortung für ihren nicht dokumentierten Aufenthaltsstatus tragen.<sup>102</sup> Erhellend ist diesbezüglich eine Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Courts, mit der ein 1975 in Texas erlassenes Gesetz<sup>103</sup>, welches die staatlichen Finanzierung der örtlichen Schulträger für die schulische Ausbildung von Kindern irregulärer Migranten aufhob und es den lokalen Schulbehörden erlaubte, Kindern ohne legalen Aufenthaltsstatus den Zugang zur Schule zu versagen, wegen Verstoßes gegen die „Equal Protection Clause“ des 14. Amendments<sup>104</sup> für verfassungswidrig erklärt wurde. Der oberste Gerichtshof hält in seinem Urteil fest, dass das Gesetz „is directed against children, and imposes its discriminatory burden on the basis of a legal characteristic over which children can have little control. It is thus difficult to conceive of a rational justification for penalizing these children for their presence within the United States.“<sup>105</sup> Kinder für die illegale Einreise ihrer Eltern dadurch zur Verantwortung zu ziehen, dass der Staat den Kindern die Schulbildung vorenthält, sei „illegal, unjust, and contrary to the basic concept of our system that legal burdens should bear some relationship to individual responsibility or wrongdoing.“<sup>106</sup>

Die einseitige Verantwortungszuschreibung reduziert aber auch die Komplexität nicht dokumentierter Migration und blendet aus, dass es auf dem Arbeitsmarkt der Aufnahmegerüesellschaften zahlreiche Profiteure nicht dokumentierter Migration gibt. Rechtlich ist das Argument ohnehin irrelevant, beseitigt die einseitige Verantwortungszuschreibung doch nicht die Bindung an verfassungsrechtliche Vorgaben und völkerrechtliche Abkommen. Den Schutz, den verfassungs- und völkerrechtliche Normen gewähren, an den Aufenthaltsstatus zu knüpfen, verkennt in grotesker Weise die Stellung und Struktur jener Normen.<sup>107</sup> Schließlich ignorieren die Argumente des Ministeriums die gesellschaftliche Realität, gibt es in der Bundesrepublik doch zweifelsfrei Menschen, die über mehrere Jahre mit keinem oder einem unsicheren Aufenthaltsstatus leben.<sup>108</sup> Die dadurch entstehenden Kollisionen verschiedener Rechtsgüter lassen sich nicht durch die einseitige Präferenz für ordnungspolitische Lösungen auflösen. Im Gegenteil stehen dem legitimen Interesse an der strikten Durchsetzung des Ausländer- und Aufenthaltsrechts ebenso legitime menschenrechtlich begründete Ansprüche auf eine gesundheitliche Versorgung, auf den Schutz

2004, S. 38 f. Ganz ähnlich, wenn auch alternative Optionen ansprechend: *Bundesministerium des Innern*, *Illegal aufhältige Migranten in Deutschland*, 2007, S. 38 ff.

102 Das räumt auch der Bundesinnenminister in einem Schreiben vom 14. Mai 2009 ein: „Kindern kann der Aufenthaltsrechtsverstoß ihrer Eltern nicht als eigenes Verschulden zugerechnet werden.“ Abrufbar unter: [http://www.emhosting.de/kunden/fluechtlingsrat-nrw.de/system/upload/download\\_1849.pdf](http://www.emhosting.de/kunden/fluechtlingsrat-nrw.de/system/upload/download_1849.pdf).

103 Tex. Educ. Code Ann. 21.031 (Vernon Supp. 1981).

104 Section 1 des 14. Amendments bestimmt: „All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.“

105 US Supreme Court, *Plyler v. Doe* 457 US 202 (1982), 220. Zu dieser Entscheidung: *Scaperlanda*, Partial Membership, 81 Iowa Law Review 1996, 707 (749 ff.); *Schuck*, The Transformation of Immigration Law, 84 Columbia Law Review 1984, 1 (54 ff.); *Motomura*, Immigration Law After a Century of Plenary Power, 100 The Yale Law Journal 1990, 545 (584); *Krieger*, Der grundrechtliche Anspruch von Kindern irregulärer Migranten auf chancengleiche Bildung, NVwZ 2007, 165 (166 ff.).

106 US Supreme Court, *Plyler v. Doe* 457 US 202 (1982), 238.

107 Aufschlussreich hierzu BVerfGE 111, 160 (168); *Krieger*, Der grundrechtliche Anspruch von Kindern irregulärer Migranten auf chancengleiche Bildung, NVwZ 2007, 165 (169).

108 *Cremer*, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere (Deutsches Institut für Menschenrechte – Policy Paper Nr. 14), 2009, S. 4.

vor Ausbeutung und auf schulische Bildung gegenüber.<sup>109</sup> Die These, dass die Gewährung solcher Rechte einen Anreiz zu vermehrter illegaler Migration leistet, ist bis heute empirisch ungesättigt. Die Abschreckungswirkung, die durch das Vorenthalten eines menschenrechtlich begründeten Mindeststandards erzeugt wird, ist eine Chimäre.<sup>110</sup> In einer Entscheidung des BVerfG, in der § 1 Abs. 3 S. 1 Bundeskindergeldgesetzes (BKGG), mit dessen Inkrafttreten Ausländer ohne Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis ihren Anspruch auf Kindergeld verloren bzw. ihnen der Anspruch bei erstmaliger Antragstellung von vornherein versagt wurde, hielt das Gericht fest, dass „die Regelung auch zur Erreichung des in der Stellungnahme der Bundesregierung genannten Regelungszwecks, vermeintlich vorhandene Zuwanderungsanreize für – insbesondere kinderreiche – Ausländer abzubauen [ungeeignet war]. Dass die Frage des Kindergeldes für die hier betroffene Gruppe Einfluss auf das Zuwanderungsverhalten hatte, ist weder belegt noch nachvollziehbar.“<sup>111</sup> Für die Gewährleistung des Rechts auf Bildung gilt dies ebenso: Weder leistet die Beschulung nicht dokumentierter Kinder der illegalen Migration Vorschub, noch werden Eltern die Aufrechterhaltung bzw. Beendigung ihres irregulären Aufenthalts von der Beschulungsmöglichkeit für ihre Kinder abhängig machen.<sup>112</sup>

Zweitens werden der Möglichkeit der Beschulung nicht dokumentierter Kinder die dadurch entstehenden Belastungen öffentlicher Haushalte entgegengehalten, denen keine steuerlichen Leistungen nicht dokumentierter Personen gegenüberstünden.<sup>113</sup> Auch dieses Argument ist bezogen auf das Recht auf Zugang zum staatlichen Schulwesen in mehrfacher Hinsicht falsch. Zum einen sind es nicht nur nicht dokumentierte Kinder, bei denen dem finanziellen Aufwand für das Vorhalten von Bildungseinrichtungen keine annähernd adäquaten steuerlichen Gegenleistungen der Erziehungsberechtigten gegenüberstehen. Vielmehr gibt es in der Bundesrepublik zahlreiche Kinder, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, deren Eltern aber keine oder nur geringe Steuern zahlen, die ebenfalls in keinem Verhältnis stehen zu den Bildungskosten, die für jedes Kind anfallen. Zum anderen wird übersehen, dass Menschen ohne rechtmäßigen Aufenthaltsstatus zwar in der Regel keine direkten Steuern und keine Sozialbeiträge zahlen, gleichwohl durch ihre Arbeitsleistung aber zum Bruttoinlandsprodukt beitragen und durch ihren Konsum am Aufkommen indirekter Verbrauchssteuern beteiligt sind.<sup>114</sup> Da der deutsche Diskurs über nicht dokumentierte Migration – anders als die US-amerikanische Perspektive<sup>115</sup> – die wirtschaftlichen Leistungen der nicht dokumentierten Bevölkerung sowie gesamtgesellschaftliche Vorteile nicht dokumentierter Migration nicht einmal thematisiert, fehlt es im Übrigen an empirischen Untersuchungen zur Frage, ob nicht dokumentierte Personen die öffentlichen Haushalte belasten

109 Ebenso: *Forum Menschenrechte*, Menschenrechte für Menschen ohne Papiere realisieren!, 2008, abrufbar unter: [http://forum-menschenrechte.de/cms/upload/PDF/ab\\_05-2008/FMR\\_menschenrechte\\_fuer\\_menschen-ohne-papiere.pdf](http://forum-menschenrechte.de/cms/upload/PDF/ab_05-2008/FMR_menschenrechte_fuer_menschen-ohne-papiere.pdf).

110 Deutlich *Cyrus*, Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland, 2004, S. 40: „Die Notwendigkeit zur Inanspruchnahme von Hilfeleistungen bildet nicht den Ausgangspunkt einer illegalen Migration, sondern entsteht erst in ihrem Verlauf“ Ähnlich *Cornelius/Tsuda*, Controlling immigration, in: Cornelius et al. (Hrsg.), Controlling Immigration, 2. Aufl. (2004), S. 3 (42).

111 BVerfGE, NVwZ 2005, 201 (203).

112 M.w.N.: *Koch*, Konfliktfelder bei der Gewährung des Rechts auf Bildung für Kinder ohne Aufenthaltsrecht und Duldung, in: Heimbach-Steins/Kruip/Kunze (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Bildung und seine Umsetzung in Deutschland, 2007, 155 (167).

113 VGH München, BayVBl. 1997, 48 ff.

114 Darauf weisen auch hin *Schönwäler/Vogel/Sciortino*, Migration und Illegalität in Deutschland, 2004, S. 58; *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, Illegal aufhältige Drittstaatsangehörige in Deutschland, 2005, S. 134.

115 Hierzu *Hanson*, The Economic Logic of Illegal Immigration, Council Special Report Nr. 26, 2007; *Martin*, U.S. Immigration Policy and NAFTA: Can Economic Integration Reduce Illegal Immigration, in: Eichenhofer (Hrsg.), Migration und Illegalität, 1999, 137 ff.

oder nicht. Auch wenn man in Rechnung stellt, dass ein diskriminierungsfreier Zugang nicht dokumentierter Kinder zur Schule Kosten verursacht, beispielsweise durch den Abschluss erforderlicher Versicherungen, durch die Bereitstellung von Lern- und Lehrmitteln oder durch die Finanzierung der Teilnahme an besonderen Schulveranstaltungen, wird man allerdings kaum behaupten wollen, dass die Beschulung nicht dokumentierter Kinder zu einer wesentlichen Belastung öffentlicher Haushalte führt.<sup>116</sup>

Drittens und letztens wird die Notwendigkeit der Beschulung nicht dokumentierter Kinder mit dem Argument bestritten, ihr Aufenthalt sei ohnehin prekär und meist von so kurzer Dauer, dass Schulen ihren Bildungsauftrag nicht erfüllen könnten. Es mag sein, dass sich ein Großteil der nicht dokumentierten Bevölkerung nur für eine kurze Zeit in der Bundesrepublik aufhält (so z. B. nicht dokumentierte Erntehelfer). Daneben gibt es in der insgesamt äußerst heterogenen Gruppe der nicht dokumentierten Bevölkerung unbestreitbar aber auch nicht dokumentierte Personen, die sich über mehrere Jahre im Bundesgebiet aufhalten.<sup>117</sup> Zudem spricht gegen das Argument der kurzen Aufenthaltsdauer, dass sich der zunächst irreguläre Status auf vielfältige Weise legalisieren und der Aufenthalt dadurch auf Dauer gestellt werden kann.<sup>118</sup> Zwar gibt es in Deutschland anders als in vielen anderen Ländern keine offiziellen Legalisierungsprogramme.<sup>119</sup> Gleichwohl enthält das deutsche Ausländer- und Aufenthaltsrecht zahlreiche Instrumente, mit denen ursprünglich nicht dokumentierte Personen zu einem rechtmäßigen Aufenthaltstitel kommen können. So können nicht dokumentierte Personen, deren irregulärer Status von den Behörden entdeckt wurde, zunächst eine Duldung nach § 60a AufenthG bekommen, weil ihrer Abschiebung humanitäre oder faktische Abschiebungshindernisse entgegenstehen. Besteht das Abschiebungshindernis für einen längeren Zeitraum, kann es zum Phänomen der so genannten Ketten-Duldung kommen.<sup>120</sup> In diesem Zusammenhang ist auch § 25 Abs. 5 AufenthG zu beachten, der die Erteilung einer Aufenthaltsverlängerung für Personen regelt, die länger als 18 Monate in der Bundesrepublik Deutschland geduldet worden sind. Des Weiteren haben oberste Landesbehörden im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern nach § 23 AufenthG die Möglichkeit, „aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland an[zu]ordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltsverlängerung erteilt wird.“ Weitere Legalisierungsgründe können schließlich durch die Heirat mit deutschen Staatsangehörigen bzw. aufenthaltsrechtlich verfestigten Ausländern oder durch den Beitritt von Staaten zur Europäischen Union gegeben sein.

Angesichts der Vielschichtigkeit der im Einzelfall möglichen Legalisierungen eines nicht dokumentierten Aufenthaltes ist eine belastbare Aufenthaltsprognose schlechterdings nicht möglich

116 So auch *Krieger*, Der grundrechtliche Anspruch von Kindern irregulärer Migranten auf chancengleiche Bildung, NVwZ 2007, 165 (170). Bezogen auf das Argument begrenzter Kapazitäten im Schulwesen, siehe auch *Martinez-Soria*, Illegalität und Schulbesuch, RdJB 2005, 82 (89).

117 Zur Heterogenität nicht dokumentierter MigrantInnen, zur nationalen, alters- und geschlechtsbezogenen Zusammensetzung, zu lebensweltlichen und arbeitsmarktbezogenen Anschlussmöglichkeiten in der Aufnahmegerügsellschaft, zu demographischen Merkmalen, zur Wohnsituation und zur räumlichen Verteilung der nicht dokumentierten Bevölkerung: *Worbs*, Illegalität von Migranten in Deutschland, 2005, S. 8 ff.; *Heckmann*, Illegal Migration, in: 38 International Migration Review 2004, 1103 (1104).

118 Zu den vielfältigen Legalisierungsmöglichkeiten *Düwell*, Irreguläre Migration nach Europa, in: *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, 2009, 23 (25).

119 Umfassend zu verschiedenen Legalisierungsprogrammen für nicht dokumentierte MigrantInnen in zahlreichen Ländern: *Sunderhaus*, Regularization Programs for Undocumented Migrants, 2007.

120 Nähere statistische Angaben bei *terres des hommes*, »Wir bleiben draußen«, 2005, S. 24 f.; *Spieß*, Die Wanderarbeiterkonvention der Vereinten Nationen, 2007, S. 22.

und kann von der Schulleitung auch nicht geleistet werden. Vielmehr besteht in jedem einzelnen Fall eine erhebliche Ungewissheit darüber, ob und wann der Aufenthalt eines nicht dokumentierten Kindes, dessen Aufnahme in die Schule in Frage steht, freiwillig oder zwangsweise beendet wird.<sup>121</sup> Ungeachtet dessen würde Kindern das Recht auf Zugang zu Bildungseinrichtungen unter Umständen für mehrere Jahre verwehrt, obgleich sie letztendlich in den Besitz eines rechtlich abgesicherten Aufenthaltstitels kommen. Die Wirkungen, die eine solche Praxis sowohl für die betroffenen Kinder als auch für die Aufnahmegerügschaft hat, werden in beeindruckender Deutlichkeit in der bereits erwähnten Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Courts vor Augen geführt. Es sei „difficult to understand precisely what the State hopes to achieve by promoting the creation and perpetuation of a subclass of illiterates within our boundaries, surely adding to the problems and costs of unemployment, welfare, and crime. It is thus clear that whatever savings might be achieved by denying these children an education, they are wholly insubstantial in light of the costs involved to these children, the State, and the Nation.“<sup>122</sup>

## 7 Schulpflicht für nicht dokumentierte Kinder

Die Praxis der meisten Bundesländer, nicht dokumentierten Kindern den Zugang zu elementarer Schulebildung zu verweigern, sowie der über § 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG erfolgende faktische Ausschluss vom staatlichen Schulwesen ist völkerrechtswidrig. Darüber hinaus hält keines der für die Rechtfertigung des Ausschlusses angeführten Argumente, die bezüglich ihrer rechtlichen Relevanz ohnehin zweifelhaft sind, einer näheren Überprüfung stand. Daraus lässt sich einzig die Schlussfolgerung ziehen, nicht dokumentierte Kinder auf schulgesetzlicher Ebene in die allgemeine Schulpflicht einzubeziehen bzw. ihnen einen Anspruch auf Schulbesuch einzuräumen und § 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG völkerrechtskonform dahin auszulegen, dass weder Lehrkräfte noch die Schulleitung verpflichtet sind, den irregulären Aufenthaltsstatus an Ausländer- und Polizeibehörden zu melden. Entscheiden sich die Bundesländer dafür, nicht dokumentierte Kinder in die Schulpflicht einzubeziehen, muss ferner sichergestellt werden, dass eventuell erforderliche staatliche Maßnahmen, die bei Verletzungen der Schulpflicht ergriffen werden, nicht zur Aufdeckung des nicht dokumentierten Status führen. Die neue Bundesregierung scheint dies erkannt zu haben, wird im Koalitionsvertrag doch beteuert, dass man „die aufenthaltsrechtlichen Übermittlungspflichten öffentlicher Stellen dahingehend ändern [wird], dass der Schulbesuch von Kindern ermöglicht wird.“<sup>123</sup> Dies ist konsequent, können doch nur so die völkerrechtlichen Anforderungen, zu deren Einhaltung sich die Bundesrepublik Deutschland in zahlreichen Konventionen verpflichtet hat, erfüllt, der Ausschluss nicht dokumentierter Kinder von staatlichen Bildungseinrichtungen beendet und das Recht nicht dokumentierter Kinder auf Bildung gewährleistet werden.

Verf.: Dr. Felix Hanschmann, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Bundesverfassungsgericht, Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe, E-Mail: [fhanschm@bundesverfassungsgericht.de](mailto:fhanschm@bundesverfassungsgericht.de)

121 So auch *Fodor/Peter*, Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards, 2005, S. 2. Ähnlich VGH München, BayVBl. 2003, 116 (117 f.).

122 US Supreme Court, *Plyler v. Doe* 457 US 202 (1982), 229 f.

123 Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode, S. 79.