

Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards

**- Rechtsgutachten im Auftrag der Max-Traeger-Stiftung der Gewerkschaft
Erziehung und Wissenschaft (GEW), Frankfurt a.M.-**

Gesetzes- und Verordnungsstand: Januar 2005

von Ralf Fodor / Dr. Erich Peter

Berlin / Bremen

Februar 2005

Gliederung

Abkürzungsverzeichnis	III
I. Sachverhalt	1
II. Rechtsfragen	3
III. Gutachterliche Prüfung	4
1. Recht auf Beschulung an öffentlichen Grund- oder Hauptschulen / Anspruch auf einen Kindergartenplatz	4
1.1 Recht auf Beschulung an öffentlichen Grund- oder Hauptschulen	4
1.1.1 Hessisches Landesrecht	5
1.1.1.1 Art. 56 Abs. 1 Satz 1 Hessische Landesverfassung (HessLV) i.V.m. § 56 Abs. 1 Hessisches Schulgesetz (HSchG).....	5
1.1.1.2 § 1 Abs. 1 Satz 2 HSchG i.V.m. § 3 Abs. 3 der Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003 15	
1.1.1.3 Art. 56 HessLV	16
1.1.2 Grundgesetz	16
1.1.2.1 Vorfragen 17	
1.1.2.1.1 Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit	17
1.1.2.1.2 Grundrechte als Teilhaberechte.....	18
1.1.2.2 Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG	19
1.1.2.3 Art. 7 Abs. 1 GG	19
1.1.2.4 Recht auf chancengleiche Entwicklung der Persönlichkeit, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.....	20
1.1.2.4.1 Das Recht auf freie und menschenwürdige Entfaltung der Kindespersönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) – grundlegende Inhaltsbestimmung und Schutzbereich	20
1.1.2.4.2 Bildung als grundrechtsrelevanter Sozialisationsaspekt.....	23
1.1.2.4.3 Teilhaberechtliche Funktion des Art. 3 Abs. 1 GG	25
1.1.2.5 Administrative Folgewirkungen des verfassungsrechtlichen Schulbesuchsrechts	29
1.1.3 Völkerrecht	29
1.1.3.1 Vorfragen 29	
1.1.3.2 Art. 2 Satz 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZPEMRK)	30
1.1.3.3 Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen (ÜDU).....	32
1.1.3.4 Art. 28 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention (KRK)	33
1.1.3.5 Art. 22 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)	35
1.1.3.6 Art. 13 Abs. 1, 2 Bst. a des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwirtR)	36
1.2 Anspruch auf einen Kindergartenplatz	37
1.2.1 Anspruch aus § 24 SGB VIII	37
1.2.1.1 Eingeschränkter Geltungsbereich gem. § 6 SGB VIII	37

1.2.1.2	Erweiterung des Geltungsbereiches unter Anwendung des Völkerrechts	38
1.2.1.2.1	Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA)	39
1.2.1.2.2	Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA).....	41
1.2.1.2.3	Art. 3 Abs. 1, 2 der UN-Kinderrechtskonvention	42
1.2.2	Grundgesetz	42
2.	Übermittlungspflicht nach § 87 AufenthG	43
2.1	Mitteilungspflicht, § 87 Abs. 1 AufenthG	43
2.1.1	Schule als öffentliche Stelle.....	44
2.1.2	Kindergarten als öffentliche Stelle.....	44
2.1.3	Bekannt gewordene Umstände.....	46
2.1.3.1	Einem Schulleiter bekannt gewordene Umstände.....	48
2.1.3.1	Einem Kindergartenleiter bekannt gewordene Umstände	50
2.2	Unterrichtungspflicht, § 87 Abs. 2 AufenthG.....	50
3.	Strafbarkeit eines Schulleiters bzw. eines Kindergartenleiters gem. § 96 AufenthG	52
3.1	Teilnahmefähige Haupttat.....	53
3.2	Tathandlung: Hilfe leisten.....	53
3.3.	Wiederholtes Handeln oder Handlung zu Gunsten von mehreren Ausländern.....	54
3.4	Gehilfenvorsatz.....	55
IV.	Ergebnisübersicht	57

Abkürzungsverzeichnis

(vervollständigen nach Gutachtenfertigstellung)

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Jahr, Seite)
Art.	Artikel
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet – Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
AuslG-VwV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
BayVGh	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof / Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs GG Grundgesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
Bst.	Buchstabe
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWSchG	Baden-Württembergisches Schulgesetz
DAV	Der Amtsvormund, Monatsschrift des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen Heidelberg (Jahr, Spalte)
ders.	derselbe
DIV	Deutsches Institut für Vormundschaftswesen e.V.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
Ebd.	Ebenda
EFA	Europäisches Fürsorgeabkommen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EZAR	Entscheidungssammlung zum Ausländer- und Asylrecht
f.	(nur die) folgende Seite oder (nur der) folgende Paragraph
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
ff.	fortfolgende
Gem.	Gemäß
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge
GG	Grundgesetz
HessGVBl.	Hessisches Gesetzes- und Verordnungsblatt
HessLV	Hessische Landesverfassung
HKiG	Hessische Kindergartengesetz
Hrsg.	Herausgeber
HSchG	Hessisches Schulgesetz
HMeldeG	Hessisches Meldegesetz
HSchG	Hessisches Schulgesetz vom 17. Juni 1992 (GVBl. I S. 233) in der Fassung vom 2. August 2002 (GVBl. I S. 465)
InfAusIR	Informationsbrief Ausländerrecht (Jahr, Seite)

IPwirtR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
KRK	UN-Konvention über die Rechte des Kindes
LSG	Landessozialgericht
MSA	Haager Übereinkommen vom 05.10.1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer(n)
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens (Jahr, Seite)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger (Jahr, Seite)
ÜDU	Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen
UNTS	United Nations Treaty Series
Urt.	Urteil
VAH-BMI	Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum AufenthaltG
Vgl.	Vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (Jahr, Seite)

ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht (Jahr, Seite)
ZPEMRK	Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)

I. Sachverhalt

In der Bundesrepublik Deutschland lebt eine unbestimmte Zahl von erwachsenen Frauen und Männern aus Nicht-EU-Staaten (Drittstaatsangehörige), die weder vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit noch im Besitz eines erforderlichen Aufenthaltstitels, einer Aufenthaltsgestattung oder einer Duldung sind. Situation in Hessen verdeutlichen und anhand von Zahlen belegen...

Manche dieser Erwachsenen sind Eltern minderjähriger Kinder, die mit ihnen ihren Aufenthalt an einem festen Ort in Deutschland haben und ebenfalls nicht im Besitz eines erforderlichen Aufenthaltstitels, einer Aufenthaltsgestattung oder einer Duldung sind.

In der Regel wagen es die Eltern nicht, ihre Kinder an einer öffentlichen Grund- oder Hauptschule oder bei einem Kindergarten in öffentlicher Trägerschaft anzumelden oder Kontakt zu einer Schulverwaltung bzw. örtlichen Sozialbehörde wegen der Beschulung/Kindergartenaufnahme ihrer Kinder aufzunehmen, weil sie befürchten, von diesen Stellen wegen ihres rechtswidrigen Aufenthaltes einer Ausländerbehörde gemeldet und sodann festgenommen und abgeschoben zu werden. Dies hat zur Konsequenz, dass die Kinder keinerlei (vor-)schulische Erziehung erhalten, daher vor allem kaum lesen, schreiben und rechnen lernen und auch keine sozialen Kompetenzen in einem (vor-)schulischen Umfeld entwickeln können.

Dennoch gibt es bundesweit immer wieder Fälle, in denen Eltern bei öffentlichen Schulen oder Kindergärten einen Antrag auf Aufnahme ihrer Kinder stellen. Manche Kindergarten-/Schulleiter¹ nehmen diese Kinder ebenso wie ausländische Kinder mit einem Aufenthaltsrecht² wie deutsche Kinder auf, andere hingegen verweigern die Aufnahme.

Bei Eltern, Kindergarten und Schulleitern und Schulbehörden besteht indes eine gewisse Rechtsunsicherheit darüber, ob Kinder ohne Aufenthaltsrecht oder Duldung beschult oder in einen Kindergarten aufgenommen werden dürfen oder gar müssen. Die Aufnahme dieser Kinder in eine Schule bzw. einen Kindergarten berührt unmittelbar auch die Rechtsstellung eines Schul- und Kindergartenleiters. Von praktischer Bedeutung sind insofern insbesondere die im Abschnitt II gutachterlich geprüften drei rechtlichen Fragestellungen.

¹ Auf eine differenzierende Verwendung der weiblichen und männlichen Form wird aus Gründen der Lesbarkeit und der vereinfachten Darstellung verzichtet.

² Verordnungen oder Erlasse einiger Bundesländer sehen auch eine Aufnahme von Kindern vor, deren Aufenthalt lediglich geduldet ist. Ihr Aufenthalt ist gleichwohl unrechtmäßig.

Im Rahmen der gutachterlichen Darstellung werden diese Kinder, die nicht im Besitz eines erforderlichen Aufenthaltstitels, einer Aufenthaltsgestattung oder einer Duldung sind, als „statuslose Kinder“ bezeichnet. Ihre aufenthaltsrechtliche Stellung bedarf vorab einer auf das Wesentliche beschränkten Erläuterung. Es werden folgende aufenthaltsrechtliche Implikationen zugrunde gelegt:

Grundsätzlich teilen statuslose Kinder das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Eltern. Sie sind gem. § 50 Abs. 1 AufenthG ausreisepflichtig, sei es weil sie einen erforderlichen Aufenthaltstitel von Anfang nicht besessen haben, weil eine Befreiung von einer Aufenthaltstitelpflicht entfallen ist oder weil ein erteilter Aufenthaltstitel erloschen ist. Weiterhin besitzen diese Kinder kein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage einer Aufenthaltsgestattung, die akzessorisch eine aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung allein zum Zwecke der Durchführung eines Asylverfahrens vermittelt: In der Praxis haben weder ein Elternteil noch das Kind einen Asylantrag gestellt oder ein Asylverfahren ist erfolglos verlaufen und die Aufenthaltsgestattung ist im Anschluss an dieses Verfahren gem. § 67 AsylVfG erloschen.

Der Aufenthalt der ausreisepflichtigen Familie ist unter den Voraussetzungen des § 58 AufenthG im Wege der Abschiebung zwangsweise zu beenden. In den hier im Blickpunkt stehenden Fallgestaltungen wird davon ausgegangen, dass die dafür erforderliche Voraussetzung der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht (§ 58 Abs. 2 AufenthG) im Regelfall erfüllt ist. Je nach Einzelfallgestaltung kann die Durchführung einer Abschiebung jedoch vorerst ungewiss sein. Denn unabhängig davon, dass Abschiebungshindernisse (etwa in einem bereits abgeschlossenen Asylverfahren) bislang nicht festgestellt wurden, kann insbesondere ein inlandsbezogenes rechtliches Ausreisehindernisse (z.B. Krankheit Familienangehöriger) oder ein tatsächliches Ausreisehindernis (z.B. Passlosigkeit, fehlende Verkehrsverbindungen, Reiseunfähigkeit) einer Abschiebung (vorübergehend) entgegenstehen mit der Folge, dass ein zunächst statusloses Kind eine Duldung gem. § 60 a AufenthG erhält. Angesichts der Vielschichtigkeit der Einzelfallgestaltungen ist abstrakt keine rechtlich valide Aufenthaltsprognose möglich. Insofern besteht grundsätzlich eine Ungewissheit darüber, ob und wann die zwangsweise Beendigung des Aufenthalts eines statuslosen Kindes, dessen Aufnahme in eine Schule oder einen Kindergarten in Frage steht, tatsächlich erfolgen wird. Bei den diesem Gutachten zugrunde liegenden Sachverhalten wird davon ausgegangen, dass im Zeitpunkt der begehrten Schul-/Kindergartenaufnahme der Aufenthalt des vollziehbar ausreisepflichtigen Kindes jedenfalls nicht geduldet, seine Abschiebung also nicht ausgesetzt ist.

II. Rechtsfragen

1. Hat ein minderjähriges ausländisches Kind, das sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhält und hierfür weder eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung noch eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung besitzt, ein Recht auf den Besuch eines Kindergartens bzw. das Recht auf Beschulung an öffentlichen Grund- und Hauptschulen? Wie ist die geltende Rechtslage am Beispiel Hessen?
2. Unterliegen Schulleiter sowie Leiter von Kindergärten einer Übermittlungs- und Unterrichtspflicht nach § 87 AufenthG?
3. Wenn Eltern bzw. ein Elternteil ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung aus eigenem Antrieb ihr schulreifes Kind, ebenfalls ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung, bei einem bei einem Schulleiter / Kindergartenleiter einer öffentlichen Grundschule bzw. einem Kindergarten anmelden wollen, macht sich Schul- bzw. der Kindergarten gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG strafbar, wenn er das Kind an seiner Institution aufnimmt und dabei weiß, dass weder die Eltern noch das Kind über ein Aufenthaltsrecht oder eine Duldung verfügen?

III. Gutachterliche Prüfung

1. Recht auf Beschulung an öffentlichen Grund- oder Hauptschulen / Anspruch auf einen Kindergartenplatz

Ein minderjähriges ausländisches Kind, das sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhält und hierfür weder eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung noch eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung besitzt, hat ein Recht auf den Besuch eines Kindergartens bzw. das Recht auf Beschulung an öffentlichen Grund- und Hauptschulen, wenn es hierfür eine Rechtsgrundlage gibt.

1.1 Recht auf Beschulung an öffentlichen Grund- oder Hauptschulen

Gem. Art. 70 Abs. 1 GG haben „die Länder (...) das Recht zur Gesetzgebung, soweit dieses Gesetz nicht dem Bund Gesetzgebungskompetenzen verleiht.“ Der Bund hat zwar im Bildungsbereich gewisse Gesetzgebungskompetenzen, z.B. auf dem Gebiet des Hochschulwesens (Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 a GG), jedoch ist dem Bundesgesetzgeber für das Recht zur Regelung der Beschulung keine Gesetzgebungskompetenz zugewiesen (vgl. BVerfGE 74, 66, wonach die Regelung des Schulwesens einschließlich der Festlegung der Schulorganisation, der Erziehungsprinzipien und der Unterrichtsgegenstände der Gesetzgebungshoheit der Länder unterfallen). Es ist daher zunächst das (einfache) Landesrecht sowie das Landesverfassungsrecht Hessens zu untersuchen.

Die Bundesgrundrechte des GG haben gem. Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbare Geltung auch für die Landesstaatsgewalt. Soweit das Landesverfassungsrecht Mindergewährleistungen gegenüber den Bundesgrundrechten normiert, wird es daher vom weiter gehenden Bundesgrundrecht überlagert, nach a.A. fällt das Landesverfassungsgrundrecht dem Art. 31 GG zum Opfer (Bundesrecht bricht Landesrecht).³ Sofern sich also aus den im Anschluss zu prüfenden Bundesgrundrechten ein Grundrecht auf Bildung und Zugang zu den Bildungseinrichtungen für die hier im Blickpunkt stehende Kindesgruppe ableiten lässt, bindet dieses Grundrecht auch die Landesstaatsgewalt.

Völkerrechtliche Einordnung nachtragen...

³ Siehe dazu: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Art. 31 Rn. 52 m.w.N.

1.1.1 Hessisches Landesrecht

1.1.1.1 Art. 56 Abs. 1 Satz 1 Hessische Landesverfassung (HessLV) i.V.m. § 56 Abs. 1 Hessisches Schulgesetz (HSchG)

Statuslose Kinder könnten aufgrund einer Schulpflicht gem. Art. 56 Abs. 1 Satz 1 HessLV in eine öffentliche Grund- oder Hauptschule aufzunehmen sein. Die Schulpflicht vermittelt gleichwohl kein subjektives Recht auf Beschulung.⁴ Die Schulpflicht ist rechtsdogmatisch ein mit staatlichen Zwangsmitteln durchsetzbarer Eingriff in die Grundrechtssphäre der betroffenen Kinder und Jugendlichen und der Erziehungsberechtigten.⁵ Sofern statuslose Kinder schulpflichtig sind, würde das hier in Frage stehende elterliche Begehren auf Schulaufnahme jedoch bereits aufgrund dieser Pflichtigkeit erreicht.

Art. 56 Abs. 7 HessLV überlässt dem einfachen Gesetzesrecht die „nähere Regelung“ der Schulpflicht. Eine konkretisierende Regelung in diesem Sinne trifft die Bestimmung des § 56 Abs. 1 HSchG:

„Schulpflicht besteht für alle Kinder, Jugendlichen und Heranwachsenden, die im Lande Hessen ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Ausbildungs- oder Arbeitsstätte haben.“

Statuslose Kinder absolvieren im Regelfall weder eine Ausbildung noch stehen sie in einem Arbeitsverhältnis.

Gewöhnlicher Aufenthalt

Fraglich ist hingegen, ob sie (alternativ dazu) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Hessen haben. Das im Schulpflichtrecht in etlichen Schul- und Schulpflichtgesetzen gemeinhin normierte Krite-

⁴ Der in § 70 Abs. 1 HSchG normierte Anspruch auf Aufnahme in eine Schule mit dem Beginn der Schulpflicht bezieht sich allein auf ein örtliches Schulwahlrecht (Aufnahme in eine Schule eines bestimmten Schulträgers im Lande Hessen).

⁵ Siehe dazu ausführlich unter Abschnitt 1.1.1.1.

Die im öffentlichen Raum partiell aufgestellte Behauptung, alle Migrantenkinder seien in die Schulpflicht einzubeziehen, weil sie ein Recht auf Bildung hätten, ist letztlich rechtspolitisch motiviert. Eine rechtspraktische Bedeutung erlangte die Schulpflicht angesichts ihres Eingriffscharakters bislang allein in den Fällen, in denen sich Eltern etwa aus bestimmten pädagogisch-weltanschaulichen oder religiösen Motiven (insbesondere Migranten) gegen die Schulpflicht ihrer Kinder generell oder gegen die Teilnahme ihrer Kinder an einzelnen Unterrichtsfächern wenden. Sie sehen darin einen Eingriff in ihre Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

rium des gewöhnlichen Aufenthalts kann entsprechend der im Sozialrecht geltenden Definition des § 30 Abs. 3 Satz 2 Sozialgesetzbuch I (SGB I) für den Bereich des Schulrechts inhaltlich ausgefüllt werden.⁶ Danach liegt ein gewöhnlicher Aufenthalt an dem Ort vor, an dem sich jemand unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort nicht nur vorübergehend verweilt. Der unbestimmte Rechtsbegriff des nicht nur vorübergehenden Verweilens bedarf der Ausfüllung. Feste Zeitabschnitte bei der Abgrenzung „vorübergehend“ und „nicht nur vorübergehend“ können nicht als Kriterium angeführt werden.⁷ In der Rechtsprechung hat sich bei der Bewertung eines Aufenthalts als gewöhnlich eine Leitlinie herausgebildet, nach der zwei Faktoren maßgeblich sind.⁸ Vorausgesetzt werden eine gewisse Dauer des Aufenthalts und die Prognose, dass ein Verweilen fortgesetzt wird. Ist nach der Prognose davon auszugehen, dass eine Person für unabsehbare Zeit im Bundesgebiet bleiben wird, so hat sie hier ihren gewöhnlichen Aufenthalt. Dies ist dann der Fall wenn und solange der Aufenthalt nicht auf Beendigung angelegt ist, sondern vielmehr zukunfts offen ist.⁹ Maßgeblich sind hier die Verhältnisse, die in dem Zeitpunkt erkennbar sind, in dem die Frage des gewöhnlichen Aufenthalts vorausschauend beurteilt werden muss.¹⁰ Heranzuziehen sind in diesem Zusammenhang alle tatsächlichen Umstände. Zu diesen zählen an äußeren Tatsachen neben der Aufenthaltsdauer die Art des Aufenthalts (insbesondere die Intensität der durch ihn begründeten Beziehungen). Hinzu kommen als innere Tatsachen der Wille und das Motiv des Verbleibens. Diesen subjektiven Elementen ist dabei ein geringer Stellenwert einzuräumen, wenn der Verwirklichung des Verweilwillens objektive Tatsachen entgegenstehen.¹¹ Damit kommt der aufenthaltsrechtlichen Stellung als objektivem Umstand erhebliche Bedeutung zu. Bezogen auf die Fälle der Aufenthaltsgestattung hat sich in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung die Leitlinie entwickelt, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt dann angenommen werden kann, wenn der betreffende Asylantragsteller zu einer Personengruppe gehört, deren Angehörige nach den Erkenntnissen zur Zeit des in Frage stehenden Leistungszeitraums mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch bei einem erfolglosen

⁶ Siehe nur BayVGh, DÖV 1997, 76, 78, sowie BayVGh, BayVBl. 2003, 116, 117; *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 394.

⁷ So BSGE 49, 254; 53, 294, 298; 63, 93, 98 f.; InfAuslR 1990, 13, 14 unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte des § 30 SGB I. Der Gesetzgeber habe bei der dem Steuerrecht entnommenen Definition des § 30 III 2 SGB I bewusst nicht die dortige Festlegung des Sechsmonatszeitraums übernommen. *Möller/Nix*, § 6 Rn. 6 wollen hingegen in Anlehnung an § 9 AO einen Mindestaufenthalt von 6 Monaten zugrunde legen; ähnlich *Grüner/Dalichau*, Sozialgesetzbuch (SGB), Bd. 1, Loseblattsammlung, Starnberg 1984 ff., § 30 Anm. III; weitergehend wird in einem *DIV-Gutachten*, DAV 1994, 1017, ein Zeitraum von einem Jahr als Mindestdauer erachtet.

⁸ BSGE 26, 277, 278; 57, 93, 94; 60, 262, 263; 62, 67, 69; 63, 47; 65, 84; LSG Hessen InfAuslR 1987, 187

⁹ BSG, NDV 1994, 236, 237; BSG, Urt. v. 09.05.1995 - 8 Rkn 2/94 -.

¹⁰ BSGE 63, 47; 65, 84; BVerwG, NVwZ 1993, 78.

¹¹ BSGE 49, 254, 257; 53, 294, 298; InfAuslR 1988, 112 sowie E 82, 23, 25.

Asylverfahren nicht ausreisepflichtig werden, so dass ein Verbleib auf unabsehbare Zeit in Aussicht steht.¹² Nach einer weiten, als schulbereichsspezifisch zu bezeichnenden Auslegung wird ein gewöhnlicher Aufenthalt hingegen bereits dann bejaht, wenn prognostisch abzusehen sei, dass das betreffende Kind zumindest das kommende Schuljahr werde durchlaufen können.¹³ Die auf das Schuljahr bezogene Prognose verhindere einerseits, dass Kinder, deren Ausreise aus dem Bundesgebiet unmittelbar bevorstehe, noch beschult werden müssten, stelle andererseits aber sicher, dass ausländischen Kindern ansonsten schulische Bildung zuteil wird.¹⁴

Ein gewöhnlicher Aufenthalt statusloser Kinder, die selbst oder deren personensorgeberechtigte Eltern weder eine Aufenthaltsgestattung noch ein Duldung innehaben, ist nach allen vorstehenden Auslegungskriterien zu verneinen. Ungeachtet dessen, dass eine generell-abstrakte Prognose über den Verbleib statusloser Kinder und ihrer Familien im Bundesgebiet nicht möglich ist, besteht die Feststellung, dass ihr Aufenthalt im Bundesgebiet rechtlich tendenziell auf eine Beendigung ausgerichtet ist.¹⁵ Angesichts eines gänzlich fehlenden positiven Aufenthaltsstatus ist in der Regel selbst eine Prognose der Unterrichtsteilnahme für ein kommendes Schuljahr nicht möglich.

Statuslose Kinder haben daher gemeinhin keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet, mithin auch nicht im Lande Hessen.

Wohnsitz

Fraglich ist weiterhin, ob diese Kinder einen Wohnsitz im Lande Hessen innehaben können, der als weiteres alternatives Kriterium nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 HSchG eine Schulpflicht begründet.

Der Begriff des Wohnsitzes ist nicht im HSchG definiert. Legaldefinitionen finden sich gleichwohl in verschiedenen Rechtsbereichen. So definiert § 7 Abs. 1 BGB den Wohnsitz als den Ort, an dem sich jemand ständig niederlässt.¹⁶ Im Sinne des Hessischen Meldegesetzes ist eine Wohnung jeder umschlossene Raum, der zum Wohnen oder Schlafen benutzt wird (§ 15 HMeldeG). Der Ort einer solchen Wohnung ist also melderechtlich der Wohnsitz. Auf dem Gebiet des Sozi-

¹² BSGE 62, 67, 70; 63, 47, 50; 65, 84, 87; 82, 23, 26; InfAusIR 1988, 52, 53 sowie 112, 113; LSG NRW, InfAusIR 1988, 10, 11; ähnlich OVG NRW, ZfJ 1998, 467, 472.

¹³ BayVGH, BayVBl. 2003, 116, 117 f.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Siehe die Darstellung der aufenthaltsrechtlichen Prämissen im Abschnitt I (Sachverhalt).

¹⁶ Gem. § 11 Satz 1 BGB teil einer minderjähriges Kindes den Wohnsitz der personensorgeberechtigten Eltern.

alrechts trifft § 30 Abs. 3 SGB I wiederum eine anderslautende Definition, nach der jemand einen Wohnsitz dort hat, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten oder benutzen wird. Während die Regelungen des BGB und des HMeldeG an ein bloßes faktisches Kriterium anknüpfen (Ort der Niederlassung/umschlossener Raum), stellt der Wohnsitzbegriff des SGB I auf ein voluntativ zeitliches Element ab. Diese Uneinheitlichkeit der Legaldefinitionen ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Regelungszusammenhangs, in dem sie stehen. Für den Wohnsitzbegriff des § 56 Abs. 1 HSchG kann daher keine dieser Definitionen ohne Weiteres maßgeblich sein. Gem. § 4 Abs. 2 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003* setzt die Aufnahme in der Schule zwar eine gültige Meldebescheinigung voraus, was zu der Annahme Anlass gibt, der Verordnungsgeber (Hessischer Kultusminister) lege den melderechtlichen Wohnsitzbegriff des § 15 HMeldeG zugrunde. Die Anmeldung bei einer Meldebehörde kann jedoch nicht konstitutiv eine Voraussetzung für die Schulpflicht sein. Die Meldebescheinigung dient allenfalls als Nachweis des Wohnsitzes. Der schulrechtliche Wohnsitzbegriff ist vielmehr eigenständig im Regelungszusammenhang des HSchG bereichsspezifisch auszulegen. Maßgeblich ist zuvörderst eine verfassungsrechtliche und teleologische Betrachtung.

In dieser Hinsicht ist fraglich, ob das Tatbestandsmerkmal des Wohnsitzes in § 56 Abs. 1 HSchG nach seinem Sinn und Zweck eine Voraussetzung für die Begründung der Schulpflicht ist oder ob es sich lediglich um ein zuständigkeitsabgrenzendes Kriterium im föderalen Gefüge der BR Deutschland handelt, das Zuständigkeitskollisionen zwischen den Bundesländern bei der Durchsetzung der Schulpflicht vermeiden soll.¹⁷

Die amtliche Überschrift des § 56 HSchG trägt den Titel „Begründung der Schulpflicht“. Daraus mag geschlossen werden, dass die in § 56 Abs. 1 HSchG genannten Kriterien konstitutiv für die Schulpflicht seien. Dem steht jedoch entgegen, dass die „allgemeine“ Schulpflicht in der übergeordneten Regelung des Art. 56 Abs. 1 Satz 1 der Hessischen Landesverfassung normiert ist und Art. 56 Abs. 7 HessLV dem einfachen Gesetzesrecht lediglich die konkrete Ausgestaltung der Schulpflicht sowohl in inhaltlicher Hinsicht als auch bezüglich ihrer Durchsetzung überlässt. Demgemäß enthält § 56 Abs. 1 HSchG eine ausgestaltende Regelung. Sie vermag keinesfalls die Schulpflicht konstitutiv zu beschränken. Denn andernfalls bestünde die Konsequenz, dass die bundesweit geltende Schulpflicht, die sich übergeordnet aus dem bundesverfassungsrechtlich

¹⁷ Eine lediglich zuständigkeitsabgrenzende Funktion derartiger schulgesetzlicher Bestimmungen vertritt *Reuter*, RdJB 1999, 26, 31.

verankerten staatlichen Erziehungsauftrag - letztlich aus Art. 7 GG¹⁸ -, ergibt, in Frage gestellt ist. Eine konstitutive Schulpflichtbegründung in einer landesschulgesetzlichen Bestimmung wäre also bereits mit bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar. Zwar ist es verfassungsrechtlich vertretbar, dass ein Landesgesetzgeber einzelne Kinder oder Kindesgruppen von der Schulpflicht befreit.¹⁹ Ein territorial bedingter Ausschluss, der gerade nicht an erziehungs- oder bildungsbezogene Kriterien anknüpft, wäre aber nicht mit dem staatlichen Erziehungsauftrag vereinbar. Die in der § 56 Abs. 1 HSchG aufgestellten Kriterien haben daher allein den Zweck, territorial eine landesbezogene Zuständigkeit für die Durchsetzung der Schulpflicht im föderalen Gefüge der BR Deutschland festzuschreiben und zugleich ein Bundesland als Erfüllungsort der Schulpflicht zu bestimmen.²⁰ Die amtliche Überschrift des § 56 HSchG ist daher erweiternd als „Begründung der Schulpflicht im Lande Hessen“ zu lesen.

Mit Blick auf die verfassungsrechtliche Anordnung der „allgemeinen“ Schulpflicht ist der Begriff des Wohnsitzes unter dem Gesichtspunkt der effektiven bundesweiten Verwirklichung der Schulpflicht weit zu fassen. Dem trägt der melderechtliche Wohnsitzbegriff des § 15 HMeldeG am ehesten Rechnung: Jeder umschlossene Raum, der zum Wohnen oder Schlafen benutzt wird.

Statuslose Kinder haben in der Regel eine solche Unterkunft. Sofern diese im Lande Hessen gelegen ist, haben sie dort ihren Wohnsitz. Soweit wären sie im Lande Hessen schulpflichtig.

Beschränkung der Schulpflicht durch Verordnung

Der Einbeziehung statusloser Kinder in die Schulpflicht im Lande Hessen könnte jedoch ihre aufenthaltsrechtliche Stellung entgegenstehen. Gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003* sind Schülerinnen und Schüler, deren Sprache nicht deutsch ist,

¹⁸ BVerfG, NVwZ 2003, 1113; RdJB 1993, 113; BVerwGE 94, 82, 84; sowie jüngst OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 30.09.2004 – 2 B 11530/04.OVG -. Siehe ausführlich dazu die Erörterungen unter Abschnitt 1.1.1.1.

Die vom staatlichen Erziehungsauftrag gedeckte Schulpflicht kann nicht aus einer Landesverfassungsnorm hergeleitet werden. Denn die Kompetenznorm des Art. 7 Abs. 1 GG weist die grundsätzlichen Entscheidungen auf dem Gebiet des Schulwesens dem Bund zu. Die konkrete Entscheidung über die Ziele schulischer Bildung ist hingegen den Ländern überlassen, vgl. dazu *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 397, sowie *Rux*, RdJB 2002, 423, 428..

¹⁹ So sieht etwa das Berlin in §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 die Möglichkeit einer Befreiung von der Schulpflicht „in besonderen Fällen, insbesondere zur Vermeidung von Härten“ vor. Die Schulaufsichtsbehörden einiger Länder können ausländische Jugendliche ab dem 14. Lebensjahr in Härtefällen von der Schulbesuchspflicht befreien, insbesondere dann, wenn wegen der Kürze der verbleibenden Schulbesuchszeit eine sinnvolle Förderung nicht zu erwarten ist, vgl. nur § 72 Abs. 1 Satz 1 BWSchG.

²⁰ Im Ergebnis ebenso bereits *Reuter*, RdJB 1999, 26, 31, sowie *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 397.

„nach § 56 Abs. 1 HSchG schulpflichtig, sofern sie im Besitz einer gültigen Aufenthaltsgenehmigung oder von einer solchen befreit sind; Asylbewerberinnen und Asylbewerber sind dann schulpflichtig, wenn sie einer Gebietskörperschaft zugewiesen sind.“

Die Regelung schränkt den Kreis der Schulpflichtigen in Anknüpfung an ihren aufenthaltsrechtlichen Status ein. Statuslose Kinder würden danach nicht der Schulpflicht unterliegen.

Die formell-gesetzliche Ermächtigung zum Erlass dieser Verordnungsregelung besteht auf der Grundlage des § 70 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 HSchG. Danach sind für die Aufnahme und schulische Eingliederung ausländischer Schülerinnen und Schüler besondere Regelungen durch Rechtsverordnung zu erlassen.

Verfassungsrechtliche Grenzen einer Schulpflichtbeschränkung

Fraglich ist allerdings, ob die Verordnungsregelung verfassungsrechtlich Bestand haben kann.

In der Literatur wird partiell vertreten, dass eine schulgesetzliche Verordnungsermächtigung zur *Einschränkung* der Schulpflicht von Asylbewerber- oder Flüchtlingskindern wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz verfassungswidrig sei und mit Blick auf das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG das Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Gesetzesvorbehalt zu beachten seien.²¹ Hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts wäre die Frage aufgeworfen, ob der Gesetzgeber Inhalt, Zweck und Ausmaß der Schulpflichtregelung in verfassungsrechtlich hinreichendem Umfang bestimmen muss (Wesentlichkeitslehre des BVerfG²²). Die Ermächtigungsgrundlage des § 70 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 HSchG mag diesem Erfordernis in der Tat nicht genügen. Weiter gehend kann man gar geneigt sein, die Regelung der Schulpflicht dem Totalvorbehalt des parlamentarischen Gesetzgebers zuzuschreiben.

Auf diese Verfassungsgrundsätze könnten sich statuslose Kinder aber nur berufen, soweit ihr *Ausschluss* aus der Schulpflicht einen Eingriff in ihre Grundrechtssphäre darstellte. Naheliegend ist mit Blick auf den Zwangscharakter der Schulpflicht jedoch, eine aus welchen Gründen auch immer normierte Dispensierung einzelner Kindesgruppen von der Schulpflicht als – im Gegenteil - freiheitserhaltend anzusehen. Die von der Schulpflicht berührte allgemeine Handlungsfreiheit des Schüler und auch das Erziehungsrecht der Eltern wird gerade nicht eingeschränkt. Andernfalls würde man die Schulpflicht in ein Schulrecht umdeuten, dessen Nichtgewährung unter

²¹ So vertreten von *Reuter*, RdJB 1999, 26, 31.

²² BVerfGE 61, 260, 275.

der Voraussetzung eines verfassungsrechtlich herleitbaren Rechts auf Bildung die Grundrechtssphäre des Kindes tangiert. Insoweit ist es von Relevanz, ob das Recht auf Bildung, das zumindest in allen Bundesländern – nahezu sämtlich in den Landesverfassungen²³ - normiert ist, der Schulpflicht immanent ist oder ob es ihr gegenüber steht. Als weitere Hypothese ist durchaus aber auch denkbar, dass der Staat im Rahmen einer Fürsorgepflicht die Aufgabe hat, Kinder umfassend in die Schulpflicht einzubeziehen, ohne dass damit zugleich ein subjektives Recht auf Schulbesuch verbunden ist.

Es ist also der rechtliche Charakter der Schulpflicht tiefer gehend herauszuarbeiten und zu konturieren. Er ist der grundlegende Richtpunkt, um die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Schulpflichtbeschränkung zu bestimmen.

Bei der Schulpflicht handelt es sich zunächst unbestritten um einen Eingriff in die Grundrechte der Schüler und ihrer Eltern.²⁴ In Rechtsprechung und Literatur wird ohne Weiteres von der Zulässigkeit einer allgemeinen Schulpflicht ausgegangen.²⁵ Die für die Eingriffe in die Grundrechtssphären des Schülers und der Eltern erforderliche Rechtsgrundlage ist im Grundgesetz selbst verortet, nämlich in der Kompetenznorm des Art. 7 Abs. 1 GG, die die staatliche Schulaufsicht normiert. Nach der Rechtsprechung des BVerfG diene die Pflicht zum Schulbesuch „dem legitimen Ziel der Durchsetzung des staatlichen Erziehungsauftrags“.²⁶ Die Verortung der Schulpflicht in Art. 7 Abs. 1 GG macht das BVerfG im Rahmen von Verfassungsbeschwerden gegen den Eingriff der Schulpflicht in der Weise deutlich, dass es stringent diese Verfassungsbestimmung als verfassungsimmanente Schranke des vorbehaltlos gewährten Grundrechts der Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) behandelt.²⁷ Die im Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 GG nicht enthaltene Schulpflicht setzt also einen Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates

²³ Lediglich in Hamburg und Hessen ist das Recht auf Bildung im Schulgesetz geregelt: § 1 Satz 1 HambSchG, § 1 Abs. 1 HSchG.

²⁴ Rux, RdJB 2002, 423, spricht von einem „*schwerwiegenden*“ Eingriff in die Grundrechte, der einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Nach Avenarius/Heckel, Schulrechtskunde, 7. Aufl., 2000, greife die Schulpflicht „*nachhaltig*“ in die Grundrechte der Schüler und Eltern ein. Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 397, beschreibt die Schulpflicht als den „*bei weitem umfassendsten und intensivsten Eingriff*“ des Staates in die Freiheitssphäre des Einzelnen und das Erziehungsrecht der Eltern.

²⁵ Siehe Fetzer, RdJB 1993, 91, sowie die zahlreichen Nachweise bei Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 387.

²⁶ Siehe jüngst BVerfG, NVwZ 2003, 1113.

²⁷ Vgl. ebd. Das BVerwG, RdJB 1993, 113, spricht von der „durch Art. 7 Abs. 1 GG gedeckten Begründung einer allgemeinen Schulpflicht“.

voraus und legitimiert sich durch ihn.²⁸ Zu dem für die vorstehend aufgeworfene Frage nach dem relevanten Wesenskern der Schulpflicht dringt man also nur durch, wenn man sich der verfassungsrechtlichen Legitimationsbasis dieses staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags und damit der Schulpflicht vergewissert.

Seine Legitimation ist gewissermaßen in einer unmittelbar staatsbezogenen Komponente – dem ureigenen Interesse des Staates – zu sehen. Hinzutritt eine individuenbezogene Komponente, deren Bezugspunkt das Kind ist. Zwischen diesen Komponenten besteht letztlich eine Interdependenz.

In der staatsbezogenen Komponente rechtfertigt sich der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag aus dem staatlichen Interesse am Erhalt der Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens. Für die Existenz des Gemeinwesens ist es erforderlich, dass der Staat einen gewissen Bildungs- und Ausbildungsstand der Bevölkerung sicherstellt. Der Staat hat ein ureigenes Interesse an ausgebildeten Bürgern, um seine Aufgaben im Sinne des Gemeinwohls wahrnehmen zu können. Besteht insoweit eine staatliche Pflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern, ein hinreichendes Bildungsangebot zur Verfügung zu stellen, so korrespondiert damit die Pflicht des Einzelnen gegenüber der Gesellschaft, dieses Bildungsangebot zu einem Mindestgrad wahrzunehmen.²⁹ Ein staatliches Eigeninteresse besteht zudem an einer gesellschaftlichen Integration divergierender sozialer Schichten und -richtungen, die durch einen gemeinsamen Schulbesuch bezweckt ist.³⁰ Ziel ist insofern die Vermittlung gemeinsamer Vorstellungen und Regeln, die von jenen zu beachten sind, die der staatlichen Gemeinschaft zugehören. Der Staat hat insofern ein eigenes Interesse an der Pflege des Gemeinsinns. In diese Richtung geht auch die Auffassung, dass die Schule eine Keimzelle des demokratischen Gemeinwesens sei.³¹

Die hinzutretende individuenbezogene Komponente des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags beinhaltet die sozialstaatliche Aufgabe, jedem Schüler unabhängig von seiner sozialen Herkunft einen Mindeststandard an Bildung zu gewährleisten, um familiär-soziale Unterschiede auszugleichen.³² Insofern besteht zugleich auch ein staatliches Interesse an der Vermeidung so-

²⁸ Vgl. auch BVerfG, RdJB 1993, 113, das von einem „verfassungsrechtlich anerkannten Erziehungsauftrag“ ausgeht.

²⁹ Fetzer, RdJB 1993, 91, 95 m.w.N.

³⁰ Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 390.

³¹ So formuliert von Rux, RdJB 2002, 423, 431.

³² Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 390.

zialer Spannungen, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt gefährden könnten.³³ Einen individuenbezogenen Gesichtspunkt formulierte des Weiteren jüngst das Bundesverfassungsgericht: „Der staatliche Erziehungsauftrag richtet sich nicht nur die auf die Vermittlung von Wissen, sondern auch auf die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft sollen teilhaben können.“³⁴ In der Literatur wird schließlich ein weiterer Aspekt benannt, der den staatlichen Erziehungsanspruch um des Kindes willen selbst legitimiert: das Entfaltungsrecht des Kindes.³⁵ Um unter den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen bestehen zu können, solle es zur selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Lebensgestaltung durch einen gewissen Erwerb von Grundkenntnissen und Fertigkeiten befähigt werden.³⁶ Dieser Aspekt kann aber nicht soweit gehen, dass die Schulpflicht als dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes immanent anzusehen wäre – etwa in der Weise, dass die Schulpflicht zugleich ein (Grund-)Recht auf Zugang zu schulischen Institutionen begründet. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes leitet sich allein aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG her.³⁷ Ist nach alledem die Legitimationsbasis für den staatlichen Erziehungsanspruch und damit für die Schulpflicht umrissen, lassen sich aus den dargestellten Legitimationsaspekten als Zwischenergebnis drei Grundaussagen treffen, die den rechtlichen Charakter der Schulpflicht konturieren:

1. Der mit der Schulpflicht bewirkte Grundrechtseingriff ist zuvörderst aus einer unmittelbar staatsbezogenen Kompetenz eines staatlichen Erziehungsauftrags gerechtfertigt.
2. Die individuenbezogene Komponente des staatlichen Erziehungsanspruchs verleiht der Schulpflicht den Charakter einer staatlichen Fürsorgepflicht gegenüber dem Einzelnen, die seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Rechnung trägt.
3. Diese Fürsorgepflicht begründet kein subjektives Recht des Kindes auf Schulaufnahme.

Unter diesem Blickwinkel lässt sich schlussendlich die aufgeworfene Frage beantworten, ob die in § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003* unterbliebene Einbeziehung statusloser Kin-

³³ Ebd.

³⁴ BVerfG, NVwZ 2003, 1113.

³⁵ Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 390 und 403; kritisch: Rux, RdJB 2002, 423, 431.

³⁶ Ebd.

³⁷ Siehe zum Kindeswohl als originäres Grundrecht des Kindes: Peter, Das Recht der Flüchtlingskinder, 2001, S. 277 ff.

der in die Schulpflicht – spiegelbildlich betrachtet also deren Ausschluss von der Schulpflicht - verfassungsrechtlich Bestand haben kann.³⁸

Voranzustellen ist dabei, dass sich eine staatliche Pflicht zur Einbeziehung statusloser Kinder in die Schulpflicht nicht aus jenen Aspekten heraus legitimieren kann, die vorstehend unter der Kategorie der staatsbezogenen Komponente erörtert wurden (Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens, gesellschaftliche Integration, Pflege des Gemeinsinns, Vermittlung der Fähigkeit zur Teilhabe an demokratischen Prozessen). Eine Verpflichtung des Staates, seinen Bildungs- und Erziehungsauftrag aufgrund dieser Legitimationsaspekte wahrzunehmen, kann sich personell nur auf Kinder mit verfestigtem Aufenthalt oder feststellbar zukunfts offenem Aufenthalt beziehen. Denn der allgemeine verfassungsrechtliche Integrationsauftrag³⁹ erstreckt sich nicht auf die Kinder, deren Aufenthalt kurzfristig vor der Beendigung steht. Soweit einem statuslosen Kind im (weiteren) Verlauf seines Aufenthalts keine Duldung (mehr) erteilt wird, besteht unter diesem Gesichtspunkt keine staatliche Pflicht für seine Einbeziehung in die allgemeine Schulpflicht. Statuslose Kinder könnten daher allein aufgrund der individuenbezogenen staatlichen Fürsorgepflicht in die Schulpflicht einzubeziehen sein.

Diese Fürsorgepflicht findet ihre Begründung – wie oben ausgeführt – in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dieses Grundrecht mit staatlichen Belangen abzuwägen ist. In dieser Hinsicht ist nicht anzunehmen, dass der Staat eine Fürsorgepflicht im Bereich der Bildung durch eine Einbeziehung in die Schulpflicht gegenüber einem Kind zu erfüllen hat, dessen unrechtmäßiger Aufenthalt nicht einmal rechtlich geduldet ist. Es bleibt insofern ein fundamentaler Widerspruch unauflösbar: Die Exekutive soll einerseits die Schulpflicht des Kindes mit Zwangsmaßnahmen durchsetzen, ist aber andererseits vom Gesetzgeber ohne Einräumung eines Ermessens angewiesen, seine Aufenthaltsbeendigung zu vollstrecken (vgl. § 58 Abs. 1 AufenthG), sobald sie Kenntnis von seinem unrechtmäßigen Aufenthalt erlangt. Dass der Gesetzgeber selbst einen in gewisser Hinsicht parallelen Widerspruch im Jugendhilferecht normiert hat, führt nicht zu einer anderen Wertung: In § 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG hat er die Inanspruchnahme der Hilfe zur Erziehung (§§ 27 ff. SGB VIII) zwar als Aus-

³⁸ *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 400 ff., geht bezogen auf Kinder mit verfestigtem Aufenthaltsstatus in Deutschland zutreffend davon aus, dass diese Kindesgruppe der Schulpflicht bereits allein aufgrund der hier unter der Kategorie der staatsbezogenen Komponente erörterten Legitimationsaspekte unterworfen sind: Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens, gesellschaftliche Integration, Ausgleich familiär-sozialer Differenzen, Fähigkeit zur Teilhabe an demokratischen Prozessen.

³⁹ Siehe *Robbers*, HVerfR, § 22, Rn. 92, zur Begründung eines verfassungsrechtlichen Auftrags der Integration im Geltungsbereich des Grundgesetzes langfristiger ansässiger Zuwanderer.

weisungsgrund normiert. Jedoch handelt es sich hierbei um einen Ermessenstatbestand, der nicht zwingend eine Aufenthaltsbeendigung nach sich zieht.

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Ausgrenzung aus der Schulpflicht würde nach alledem erst dann relevant, wenn im Zeitpunkt der begehrten Schulaufnahme die Aufenthaltsbeendigung des betreffenden Kindes im Wege der Duldung zeitlich aufgeschoben ist. Dies ist bei statuslosen Kindern nicht der Fall. Insoweit ist der Umstand, dass die Bestimmung des § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003* auch geduldete Kinder nicht der Schulpflicht unterwirft, hier nicht diskussionsbedürftig.⁴⁰

Im Ergebnis ist der Ausschluss statusloser Kinder aus der Schulpflicht nach alledem verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Statuslose Kinder ist somit im Lande Hessen nicht schulpflichtig.

Ergebnis: Statuslose Kinder sind nicht auf der Grundlage des Art. 56 Abs. 1 Satz 1 Hessische Landesverfassung (HessLV) i.V.m. § 56 Abs. 1 Hessisches Schulgesetz (HSchG) in eine öffentliche Grund- oder Hauptschule aufzunehmen.

1.1.1.2 § 1 Abs. 1 Satz 2 HSchG i.V.m. § 3 Abs. 3 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003*

Statuslose Kinder könnten ein Recht auf Beschulung auf der Grundlage des § 1 Abs. 1 HSchG haben. Nach Abs. 1 Satz 1 der Bestimmung hat jeder junge Menschen ein Recht auf Bildung. Die Regelung des Abs. 1 Satz 2 schränkt den subjektiven Gehalt dieses Rechts ein: Einzelne Ansprüche ergeben sich aus dem Recht auf schulische Bildung, wenn sie nach Voraussetzungen und Inhalt im HSchG oder aufgrund des HSchG bestimmt sind.

Eine Anspruchsgrundlage in diesem Sinne enthält das HSchG selbst nicht. Fraglich ist, ob ein Anspruch gem. § 3 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003* besteht.⁴¹ Diese Bestimmung grenzt in Abs. 3 den

⁴⁰ Vgl. indes ausführlich zur Einbeziehung von De-facto-Flüchtlingen in die Schulpflicht: *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 403 f. die den Landesbehörden im Grundsatz einen weiten Gestaltungsspielraum zugesteht; a.A. wohl *Reuter*, RdJB 1999, S. 26, 31.

⁴¹ Diese Regelung ist in Ausfüllung der Verordnungsermächtigung des § 70 Abs. 4 Nr. 3 HSchG erlassen worden.

Kreis der ausländischen Schüler ein, die – soweit sie nicht nach Maßgabe des Abs. 1 der Schulpflicht unterliegen – zum Schulbesuch (zumindest) berechtigt sind. Danach haben allein ausländerrechtlich geduldete Schüler ein Schulbesuchsrecht. Der Status der Duldung wurde in das am 1.1.2005 in Kraft getretene AufenthG übernommen (vgl. § 60 a AufenthG). Insofern dürfte die Verordnung de lege ferenda diesen Status in Bezug nehmen, ohne dass ein klarstellender Hinweis in Bezug auf die neue Rechtslage erforderlich ist.

Da der Aufenthalt statusloser Kinder nicht im Sinne des § 60 a AufenthG geduldet ist, gelangen sie nicht in den Anwendungsbereich der Anspruchsgrundlage des § 3 Abs. 3 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003*. Die in der Bestimmung normierte Eingrenzung auf den Personenkreis der geduldeten Schüler steht im Übrigen nicht im Widerspruch zum Diskriminierungsvorbehalt des § 1 Abs. 1 HSchG, wonach für die Aufnahme in eine Schule u.a. nicht das Herkunftsland der Eltern bestimmend sein darf. Denn der Ordnungsgeber hat lediglich eine Eingrenzung schulbesuchsberechtigter Schüler in Anknüpfung an den Aufenthaltsstatus, nicht hingegen an die Staatsangehörigkeit geregelt.

Ergebnis: Statuslose Kinder haben keinen Anspruch auf Schulbesuch aus § 1 Abs. 1 Satz 2 HSchG i.V.m. § 3 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003*

1.1.1.3 Art. 56 HessLV

Die Bestimmung des Art. 56 Abs. 1 Satz 1 Hess LV regelt lediglich die Schulpflicht, aus der sich – wie dargelegt⁴² – kein Recht auf einen Schulbesuch ableiten lässt. Eine andere Bestimmung, auf deren Grundlage ein Recht auf Bildung oder ein Recht auf einen Schulbesuch besteht, enthält die Landesverfassung nicht.

1.1.2 Grundgesetz

Ein Recht auf Beschulung könnte sich aus den Grundrechten des Grundgesetzes ergeben.

⁴² Siehe oben Abschnitt III.1.1.1.1.

1.1.2.1 Vorfragen

1.1.2.1.1 Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit

Es bedarf zunächst nur einer kurzen Klarstellung, dass Minderjährige von ihrer Geburt an *grundrechtsfähig*, also Träger von Grundrechten sind. Denn Grundrechtsträger im Sinne des Art. 2 GG ist „jeder“. Die so genannten Jedermann-Grundrechte oder Menschenrechte stehen grundsätzlich allen Personen zu.⁴³ Es sind sowohl Kinder als auch Erwachsene Grundrechtsträger. Die Grundrechtsträgerschaft kennt keine Altersgrenzen, soweit sie nicht ausdrücklich⁴⁴ verfassungsrechtlich festgelegt sind.⁴⁵ Die Grundrechtsträgerschaft statusloser Minderjähriger ist nur insoweit zu verneinen, als sie als ausländische Staatsangehörige nicht Adressat eines Bürgerrechts sein können, also eines Grundrechts, dass nur Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG zusteht.

Soweit also die rechtlichen Interessen statusloser Kinder durch ein Grundrecht im schulischen Bereich geschützt sind, sind sie auch sektoral mit fortschreitendem Alter grundrechtsmündig. Für die Ausübung von Grundrechten wird auf die natürliche Einsichtsfähigkeit abgestellt.⁴⁶ In Bezug auf den Schulbesuch wird vertreten, dass dem Erfordernis der Einsichtsfähigkeit der Schüler durch landesrechtliche Regelungen über die Schulreife entsprochen werde.⁴⁷ Bisweilen wird dies gleichwohl zumindest für längere Zeiten der Schullaufbahn bestritten.⁴⁸ Die gegensätzlichen Positionen bedürfen jedoch keiner vertiefenden Erörterung. Denn soweit etwa Kinder im schulfähigen Alter und während ihrer Grundschulzeit als nicht voll grundrechtsmündig hinsichtlich der Ausübung der betroffenen Grundrechte angesehen werden, liegt die Geltendmachung ihrer Rechtsposition in der Treuhand ihrer Eltern, denen gem. Art. 6 Abs. 2 GG das Primat der Erziehung zugewiesen ist.

⁴³ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 2 Rn. 187.

⁴⁴ Vgl. zum Wahlrecht Art. 28 Abs. 2 GG

⁴⁵ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 5 Rn. 165.

⁴⁶ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 1 Rn. 186.

⁴⁷ So noch *Fodor*, in: Alt/Fodor, Rechtslos? Menschen ohne Papiere, Rechtsgutachten zum Problemkomplex des Aufenthalts von ausländischen Staatsangehörigen ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung in Deutschland, 2001, S. 188.

⁴⁸ *Oppermann*, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Teil C, Bd. 1, Gutachten: Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?, 1976, C 83.

1.1.2.1.2 Grundrechte als Teilhaberechte

Fraglich ist, ob die Grundrechte des GG als Rechtsgrundlagen überhaupt herangezogen werden können. Die Frage nach einem verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf einen Zugang zu staatlichen Bildungsinstitutionen berührt zunächst die Grundsatzdiskussion um den teilhaberechtlichen Gehalt der Grundrechte.⁴⁹ Teilhaberechte sind durch die Freiheitsrechte des GG originär grundsätzlich nicht garantiert. Sie werden dogmatisch als individuelle Abwehrrechte gegen aktive staatliche Eingriffe interpretiert. Bei der Prüfung der Frage nach einem Recht statusloser Kinder auf einen Zugang zu einer Grund- oder Hauptschule geht es nicht darum, ob der Staat durch aktives Tun eine Beschulung verhindert, sondern vielmehr darum, ob er die Beschulung gewähren muss. Im Blickpunkt steht also nicht eine Abwehr gegen einen staatlichen Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts, sondern ein Anspruch des statuslosen Kindes gegenüber dem Staat auf Teilhabe.

Es ist (in Grenzen) anerkannt, dass Grundrechte auch Partizipationsrechte beinhalten können. Zwar lehnt die herrschende Meinung⁵⁰ so genannte originäre Teilhaberechte ab, d.h. solche Rechte, die aus einem Grundrecht unmittelbar abzuleiten wären. Es würde dem Verfassungsverständnis des Grundgesetzes zuwiderlaufen, wenn über eine Klage unmittelbar aus einem Grundrecht heraus die Prärogativen des Gesetzgebers unterlaufen würden und dadurch auch die Funktionsfähigkeit des Staates gefährdet würde. Anerkannt sind aber so genannte derivative Teilhaberechte aus dem betreffenden Grundrecht i.V.m. dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG.⁵¹ Angesprochen ist damit das Recht auf gleich Teilhabe an bestehenden Leistungssystemen.⁵² So hat das BVerfG entschieden, dass dem Einzelnen ein grundsätzlicher Teilhabeanspruch an bereits angebotenen Ausbildungsplätzen zusteht.⁵³ Wenn dies also für die Ausbildung gilt, dann muss dies erst recht für die Beschulung an Grund- und Hauptschulen gelten, deren Besuch eine Bedingung für eine (nachfolgende) Ausbildung darstellt.

⁴⁹ Siehe dazu übergreifend *Starck*, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, Bd. II, S. 481 ff.

⁵⁰ Siehe nur BVerfGE 27, 282; v. Münch, in: ders./Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Vorb. Rn. 20 m.w.N.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 45, 376; *Hesse*, EuGRZ 1978, 433; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 1 Rn. 153.

⁵² Siehe BVerwGE 47, 201; 56, 155; *Faller*, EuGRZ 1981, 611; *Jarass*, DÖV 1995, 674; v. *Münch*, in: ders./Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. ?, Art. 20 Rn. 2 (prüfen).

⁵³ BVerfGE 33, 331.

Nach dieser Maßgabe ist folgend zu prüfen, ob sich aus der Verfassung ein Anspruch statusloser Kinder auf Teilhabe, d.h. ein Recht auf Zugang zu den bereits vorhandenen Grund- oder Hauptschulen ergibt.

1.1.2.2 Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG haben „alle Deutschen“ das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Hieraus ergibt sich, dass diese Verfassungsnorm ein Grundrecht für deutsche Staatsbürger ist. Es hat keine Menschenrechtsqualität.⁵⁴ Da Kinder ausländischer Staatsangehörigkeit somit nicht in den personellen Schutzbereich des Art. 12 GG gelangen, besteht für statuslose Kinder kein derivatives Teilhaberecht auf Schulzugang unter dem Aspekt der freien Wahl der Ausbildungsstätte. Es wäre aber auch der sachliche Schutzbereich nicht eröffnet. Denn zu den Ausbildungsstätten i.S.d. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gehört nicht der Bereich der Grund- und Hauptschulen. Einbezogen sind die weiterführenden Schulen.⁵⁵

1.1.2.3 Art. 7 Abs. 1 GG

Gem. Art. 7 Abs. 1 steht „das gesamte Schulwesen (...) unter der Aufsicht des Staates“. Aus dieser Verfassungsbestimmung (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) wird in der Literatur ein Teilhaberecht an den bestehenden Ausbildungsinstitutionen hergeleitet.⁵⁶ Insoweit wird nicht der Gleichheitsgrundsatz bemüht. Dies wäre auch nicht vertretbar. Denn Art. 7 Abs. 1 Satz 1 GG stellt eine Kompetenznorm dar, deren Adressat der Staat ist. Es handelt sich nicht um ein Freiheitsrecht, aus dem i.V.m. Art. 3 GG derivative Partizipationsrechte hergeleitet werden können.

Eine Ableitung eines Teilhaberechts aus Art. 7 Abs. 1 GG wird vielmehr damit begründet, dass die Verfassungsbestimmung eine grundlegende Wertentscheidung (Lenkung und Überwachung des Schulwesens im Interesse der Schüler) enthalte, mit der man die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG „anreichern“ könne und so zu einem Teilhaberecht gelange. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Art. 7 Abs. 1 im wesentlichen lediglich Befugnisse des Staates in Form einer institutionellen Garantie normiert.

⁵⁴ BVerwGE 56, 254.

⁵⁵ *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Art. 12 Rn. 26 a; *Jarass*, DÖV 1995, 674, 678, der allgemeinbildende Schulen pauschal als nicht dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 zugeordnet erachtet. Siehe des Weiteren *Pieroth*, DVBl. 1994, 949, 957.

⁵⁶ So vertreten von *Jarass*, DÖV 1995, 674, 677 f.

1.1.2.4 Recht auf chancengleiche Entwicklung der Persönlichkeit, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Näher zu prüfen ist schließlich, ob ein (gegenüber den nicht greifenden Einzelgrundrechten der Art. 12 und Art. 7 insoweit subsidiäres) Recht auf Beschulung auf der Grundlage der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG besteht. Aus einer Zusammenschau dieser Grundrechtsbestimmungen könnte sich ein Teilhaberecht statusloser Kinder unter dem Gesichtspunkt eines Rechts auf chancengleiche Entwicklung ihrer Persönlichkeit herleiten lassen. Es bedarf daher zunächst einer Inhaltsbestimmung des sozialisationsbezogenen Grundrechts auf freie Entfaltung der Kindespersönlichkeit aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG. Bisweilen firmiert diese Grundrechtsposition des Kindes auch unter dem Begriff „Kindeswohl“. Neben einer grundsätzlichen Inhaltsbestimmung des Kindeswohls ist die Bedeutung der Teilhabe an Bildung für dieses Sozialisationsgrundrecht darzustellen. Sodann ist unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG der Frage nachzugehen, ob sich aus diesem Grundrecht ein derivatives Teilhaberecht auf Beschulung ableiten lässt.

1.1.2.4.1 Das Recht auf freie und menschenwürdige Entfaltung der Kindespersönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) – grundlegende Inhaltsbestimmung und Schutzbereich

In der Diskussion um Zugangs-, Teilhabe und Mitwirkungsrechte im Bereich der Bildung wird dem Recht auf freie und menschenwürdige Entfaltung der Kindespersönlichkeit besondere Bedeutung beigemessen.⁵⁷ Das Entfaltungsrecht des Kindes ist nicht nur u.a. ein Richtpunkt für den die Schulpflicht begründenden staatlichen Erziehungsauftrag⁵⁸. Auch im Rahmen des Rechts auf Beschulung als Kehrseite der Schulpflicht ist es von besonderer Relevanz. Dies zeigt sich bei näherer Betrachtung seines inhaltlichen Rahmens.

„Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne des Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.“⁵⁹ Diese in weiteren Ent-

⁵⁷ Siehe grundlegend *Stein*, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967; siehe auch *Oppermann*, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Teil C, Bd. 1, Gutachten: Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?, 1976, C 82 ff.; *Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 215 ff.

⁵⁸ Siehe dazu bereits oben unter III.1.1.1.2.

⁵⁹ Grundlegend: BVerfGE 24, 119, 144.

scheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁶⁰ wiederholt benutzte Formel liefert den Ausgangspunkt für die nähere Inhaltsbestimmung des Kindeswohls. Den Entscheidungen ist zu entnehmen, dass das Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde des Kindes nicht beziehungslos nebeneinander, sondern vielmehr in einem inneren Zusammenhang stehen: Abgestellt wird auf das "Kindeswohl", dessen Gefährdung einer Verletzung der aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten Grundrechtsposition des Kindes gleichgesetzt wird.⁶¹ Den Bezugspunkt für eine über das Allgemeine hinausgehende Legitimierung des Kindesschutzes sieht das BVerfG in der noch in der Entwicklung befindlichen Persönlichkeit des Kindes. Es bedürfe der Hilfe und des Schutzes, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu entwickeln.⁶² Das Kindeswohl umfassende Kindesgrundrecht kann also als Entwicklungsgrund oder "Persönlichkeitswerdungsgrundrecht"⁶³ bezeichnet werden.

Die nähere Begründung dieses Grundrechts kann in einer Ergänzung oder Konkretisierung des Art. 2 Abs. 1 GG gesehen werden, welche - unter gleichzeitiger Berufung auf Art. 1 Abs. 1 GG - zur Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geführt hat. Das BVerfG hat den Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht abschließend umschrieben. Abstrakt ist es auf den Schutz der "engeren persönlichen Lebenssphäre"⁶⁴ ausgerichtet, in der der einzelne "seine Individualität entwickeln und wahren kann"⁶⁵. Das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (allgemeine Handlungsfreiheit) aus Art. 2 Abs. 1 GG vermag diesen Schutz nicht zu gewähren. Die Persönlichkeit ist indes eine Voraussetzung ihrer Entfaltung. Unter dieser Prämisse rechtfertigt sich eine Ergänzung der Handlungsfreiheit um ein allgemeines Persönlichkeitsrecht; das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt einen Schutz der Persönlichkeitssphäre selbst voraus, das allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁶⁶ Kennzeichnend für das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist, dass es sowohl auf Art. 1 Abs. 1 als auch auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt wird. Das aus der Verbindung dieser Bestimmungen gewährleistete Recht ist trotz des Zusammenhangs dem Art. 2 Abs. 1 GG zuzuordnen, der damit die Entfaltung der Persönlichkeit nicht nur

⁶⁰ BVerfGE 79, 51, 63; E 83, 130, 140.

⁶¹ So *Ditzen*, NJW 1989, 2519, in ihrer Anm. zu BVerfGE 1989, 519 (= E 79, 51).

⁶² BVerfGE 24, 119, 144; E 79, 51, 63; E 83, 130, 140.

⁶³ Begriff: *Rummel*, RdJB 1989, 394, 397.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 54, 148, 153; 72, 155, 170.

⁶⁵ BVerfGE 79, 256, 268.

⁶⁶ Siehe die um eine Fundierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bemühte "Theorie der autonomen Persönlichkeitsentfaltung" von *Stein/Frank*, Staatsrecht, 2000, § 31 II.2.d.

hinsichtlich eine aktiven Elementes oder eines Handlungsbezugs ("Tun"), sondern auch in Bezug auf ein passives Element oder eines Zustandbezugs ("Sein") schützt.⁶⁷

Will man demgemäß den Normbereich des Art. 2 Abs. 1 GG um eine kindspezifische Schutzkategorie erweitern, so bedarf es der Feststellung eines Normdefizits, welches eine Ausdehnung des Normbereichs analog den Grundsätzen, die zur Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geführt haben, rechtfertigt. Diesem Ansinnen ist *Engels* in überzeugender Weise mit einer Defizitanalyse des Art. 2 Abs. 1 GG nachgekommen.⁶⁸ Im Anschluss an eine entwicklungspsychologische Betrachtung des menschlichen Reifungs- und Sozialisationsprozesses gelangt er zu der Feststellung, dass sich die Entwicklung der Persönlichkeit in einem komplexen Prozess des Heranwachsens vollzieht, darüber hinaus die Fähigkeit zum willens- und vernunftgeleiteten Handeln nicht von vornherein in vollem Umfang gegeben ist, sondern sich erst ausprägen und formen muss. Insbesondere exogene Faktoren, die Gefährdungspotentiale auf diesem Weg in sich bergen, könnten den Entwicklungsprozess nachhaltig beeinträchtigen. Art. 2 Abs. 1 GG erfasst indes nicht den Prozess des Erreichens eines Person-Status, d.h. das Entstehen und die sukzessive Ausformung der Fähigkeiten zu eigenverantwortlichem und selbstbestimmtem Erfahren, Verarbeiten und Handeln.

In dieser Betrachtung wird eine Konstellation offenbar, die eine gewisse Verwandtschaft zu den Einzelverbürgungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufweist. Die Anerkennung eines Schutzes in den vom BVerfG anerkannten Bereichen durch ein allgemeines Persönlichkeitsrecht richtet sich auf die Persönlichkeit, die eine Voraussetzung ihrer Entfaltung darstellt. Während diese Einzelverbürgungen jedoch den Schutz des "Person-Seins" zum Gegenstand haben, bezieht sich der Schutz des Kindes aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG auf das "Person-Werden". Man kann insofern von einer entwicklungsorientierten Konzeption des Persönlichkeitsschutzes als Entfaltungsschutz sprechen.⁶⁹ Es geht mithin nicht um einen *Bestand* von Grundbedingungen, dessen Erhalt um der Entfaltungschancen willen des Schutzes bedarf. Vielmehr erstreckt sich der Schutz der Kindespersönlichkeit auch auf den Aspekt der Persönlichkeitsherausbildung, der im Weiteren die Grundlage dafür bildet, dass die Persönlichkeit weiter- oder fortentwickelt werden kann.⁷⁰ Diese Divergenz hindert jedoch nicht, die Erweiterung des Normprogramms des Art. 2

⁶⁷ Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 333, unter Bezug auf BVerfGE 54, 148, 153.

⁶⁸ Siehe *Engels*, AöR 1997, 212, 222 ff.

⁶⁹ Vgl. *Engels*, AöR 1997, 212, 226.

⁷⁰ *Engels*, AöR 1997, 212, 226. Vgl. auch *Rummel*, RdJB 1989, 394, 397: "...es geht um das Recht des Kindes bzw. des Jugendlichen..., dass diese am Ende der Sozialisation die Persönlichkeitseigenschaften erlangt haben, die sie zur Eigenverantwortlichkeit und Selbsterhaltungsfähigkeit als Erwachsene benötigen."

Abs. 1 GG um einen spezifischen Rechtsstatus des Kindes - das Person-Werden oder abstrakter: das Kindeswohl - als weitere Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu erachten.⁷¹

Wird dem Kind nach alledem eine spezifische Rechtsposition zuteil, bedarf es im Hinblick auf die temporäre Komponente, die dem Recht auf „Person-Werden“ innewohnt⁷², einer näheren zeitlichen Begrenzung seines Schutzbereiches. Mit zunehmender Reife des Kindes nähert es sich dem Abschluss seiner Persönlichkeitsherausbildung - dem Person-Sein. Der Verlauf dieser Grenzlinie kann nicht an einem Fixpunkt losgelöst von der konkreten Situation des Kindes gezeichnet werden. Eine normative Festlegung muss unter Berücksichtigung biologischer, psychologischer und soziologischer Erkenntnisse erfolgen. Rechtlich ist diese Grenze derzeit gemeinhin bei 18 Jahren festgelegt. Soweit der Gesetzgeber diese Grenze zu unterschreiten sucht, muss sich die Tragfähigkeit seiner Entscheidung an dem Kindesgrundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG messen lassen.

Zusammengefasst schützt das soweit umrissene Recht auf freie und menschenwürdige Entfaltung der Kindespersönlichkeit den Prozess der Persönlichkeitsherausbildung des heranwachsenden jungen Menschen. Als Freiheitsgrundrecht entfaltet es einen Schutz gegen staatliche Eingriffe. Auf dem Gebiet der hier in Rede stehenden schulischen Bildung ist der Staat handelnder Hauptakteur. Sofern man die schulische Bildung als ein für die Persönlichkeitsentwicklung relevantes Gut erachtet, sind daher grundsätzlich staatliche Eingriffspotentiale von vordergründiger Bedeutung. Es bedarf insofern der Klärung, ob (schulische) Bildung einen sozialisations- und damit grundrechtsrelevanten Aspekt im Schutzbereich des Kindesgrundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG darstellt.

1.1.2.4.2 Bildung als grundrechtsrelevanter Sozialisationsaspekt

Das sozialisationsbezogene Grundrecht des Kindes entzieht sich einer ausschließlich normativen Bewertung. Über die Beachtlichkeit außerjuristischer Fachdisziplinen, über die Notwendigkeit tiefergehender Rezeption kinderpsychologischer und kinderpsychiatrischer Erkenntnisse durch

⁷¹ Nach *Engels*, AöR 1997, 212, 245, bildet das Recht des Kindes auf „Person-Werden“ eine *neben* dem allgemeinen Persönlichkeitsrechts stehende neue Komponente des Art. 2 Abs. 1 GG. Vgl. auch *Jestaedt*, in: *Dolzer/Vogel*, BK, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 35: „Das Kindeswohl ist eine spezifische Adaption der Menschenwürde für die besondere Situation des Kindes.“

⁷² Vgl. auch *Keiser*, Das Kindeswohl im Strafverfahren, 1997, S. 87, nach der das Kindeswohl selbst zum Ausdruck bringe, „dass es sich nur auf denjenigen Schutz bezieht, den der Mensch in seiner Eigenschaft als Kind oder Jugendlicher während des Reifungsprozesses von außen beanspruchen kann, da er insoweit keine eigenen Handlungsfähigkeiten hat.“

die Rechtswissenschaft zur Konkretisierung des Kindeswohls als Generalklausel im Familienrecht besteht ein breiter Konsens.⁷³

Wenn - wie hier vertreten - der verfassungsrechtliche Begriff des Kindeswohls im Sinne einer entwicklungsorientierten Konzeption des Persönlichkeitsschutzes als Entfaltungsschutz zu verstehen ist und damit als kindspezifische Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sind außerrechtliche Maßstäbe heranzuziehen, die auf den Prozess des menschlichen Heranreifens, auf das Hineinwachsen des Kindes in die Selbstbestimmungs- und Selbstverantwortungsfähigkeit rekurrieren. Während die anerkannten Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen relativ fassbaren Bereich umschreiben (z.B. der Schutz der Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild, das Recht am eigenen Wort) weist die Sozialisationsbezogenheit des Schutzgutes „Kindeswohl“ ein hohes Maß an Komplexität auf. Eine staatliche Eingriffsmaßnahme in den Sozialisationsprozess eines Kindes wird um so schwerer wiegen, wenn sie nicht lediglich kurzfristige, sondern mittel- bis langfristige Kindeswohlgefährdungen nach sich zieht. Gleiches gilt spiegelbildlich im Rahmen der hier interessierenden Frage nach der Grundrechtsrelevanz der generellen Weigerung des Staates, Kindern den Zugang zu einer für ihre Sozialisation essentiellen Institution zu gewähren. Die Beurteilung dessen, auf welchen Gebieten es zu mittel- bis langfristigen Kindeswohlgefährdungen, d.h. zu einer Beeinträchtigung der Persönlichkeitsherausbildung kommen kann, kann nicht allein der subjektiv richterlichen Überzeugung überlassen werden. Heranzuziehen sind pädagogische, psychologische, psychiatrische, medizinische sowie auch soziologische Erkenntnisse; Coester⁷⁴ spricht von der Totalität aller potentiell relevanten Gesichtspunkte.

In Bezug auf die Bedeutung der Bildung für den Sozialisationsprozess ist ihr besonderer Stellenwert nicht in Frage zu stellen. Es besteht ein Konsens darüber, dass die *generelle* Vorenthaltung von Bildungsvermittlung die Integrität der Persönlichkeit in geistig-seelischer Beziehung beeinträchtigt. Die Bildung ist ein wesentlicher Faktor der intellektuellen, geistigen und emotionalen Entwicklung des Menschen und stellt darum eine für das Überleben und die Fortentwicklung des Individuums unerlässliche Voraussetzung dar.⁷⁵ Dass dieser Konsens universell ist, zeigt sich darin, dass das Recht auf Bildung in nahezu allen großen Völkerrechtsverträgen und

⁷³ Instruktiv zur „Normfunktion des Kindeswohl-Prinzips“ Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1982, S. 162 m.w.N. Vgl. auch Jestaedt, in: Dolzer/Vogel, BK, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 32; Koechel, Kindeswohl im gerichtlichen Verfahren, 1995; Derleder, Die Mündigkeit der Unmündigen, KJ 1997, 277; des Weiteren die interdisziplinären Studien von Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls, 1974.

⁷⁴ Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1982, S. 163.

⁷⁵ So zu Recht: Delbrück, Yearbook of International Law, 1992, S. 92, 94.

Resolutionen Aufnahme gefunden hat. Die Bedeutung der Bildung für die Entwicklung des kindlichen Individuums reduziert sich nicht allein auf ein enges Bildungsverständnis. Insbesondere bei dem heimatlichen Umfeld entwurzelten (Flüchtlings-)Kindern wird der Bildungsvermittlung auch eine Stabilisierungs- und Orientierungsfunktion zugeordnet.⁷⁶ Die mit dem Schulbesuch verbundenen Rituale und Regelmäßigkeit bieten einen stabilen Rahmen, der den Alltag strukturiert, transparente Aufgaben stellt und an eine vertraute Erfahrung anknüpft. Eine Dimension dieser Orientierungsfunktion ist die Befähigung, Werte und Normen des Umfeldes interpretieren zu können, in dem sich die Sozialisation des Kindes vollzieht. Bildung ist also nicht nur zukunftsgerichtet von Bedeutung.

Soweit der grundrechtliche Entfaltungsschutz auch ein (derivatives) Teilhaberecht an Bildung vermittelt (siehe dazu den folgenden Abschnitt), mag sich dies soweit lediglich auf eine Grundversorgung beziehen, die mit dem Besuch einer bestehenden allgemeinen Grund- oder Hauptschule unter zunächst segregativem Unterricht zur Sprachförderung gewährleistet ist.⁷⁷ Insofern bedarf die im Schrifttum sehr zurückhaltend bewertete Frage, ob in der deutschen Wissensgesellschaft aus dem Entfaltungsrecht des Kindes auch ein Anspruch auf Förderung seiner individuellen Begabung und entsprechend auf den Besuch einer bestimmten Schule hergeleitet werden kann⁷⁸, keiner Erörterung.

Festzuhalten bleibt nach alledem, dass die (schulische) Bildung einen sozialisations- und damit grundrechtsrelevanten Aspekt im Schutzbereich des Kindesgrundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG darstellt.

1.1.2.4.3 Teilhaberechtliche Funktion des Art. 3 Abs. 1 GG

Das Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ist jedoch grundsätzlich als Freiheitsgrundrecht gegen staatliche Eingriffe konzipiert. Zur Begründung eines grundrechtlichen Anspruchs auf einen Schulzugang bleibt daher zu klären, ob es unter Heranziehung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 weitergehend auch ein entsprechendes Teilhaberecht zu begründen vermag. Angesprochen ist damit der Anspruch des schulreifen Kindes ge-

⁷⁶ Siehe *Neumann*, Die Bedeutung schulischer Bildung für jugendliche Flüchtlinge, in: Carstensen/Neumann/Schroeder, *Movies - Junge Flüchtlinge in der Schule*, 1998, S. 27.

⁷⁷ Entsprechende Fördermaßnahmen sind für Hessen in § 3 Abs. 3 und 4, § 8 und § 10 der Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vorgesehen.

⁷⁸ Siehe dazu von *Creytz*, *Verfassungsfragen des Bildungsrechts in der Wissensgesellschaft*, sowie Niehues, *Schul- und Prüfungsrecht*, Bd. 1, 2000, Rn. 357 sowie 361.

gen die Schulgewalt, vom Gesetz gleichbehandelt zu werden, um ihm die gleiche Chance zur Persönlichkeitsherausbildung zu gewähren. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“) untersagt der staatlichen Gewalt nicht jede Ungleichbehandlung. Der Gesetzgeber darf, „wenn er die Rechtsverhältnisse verschiedener Personengruppen differenzierend regelt, eine Gruppe von Normadressaten nur dann anders behandeln, wenn zwischen beiden Gruppen Unterschiede von solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.“⁷⁹ Auf eine kurze Formel gebracht, verbietet der Gleichheitssatz, „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich... zu behandeln.“⁸⁰ Eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Personengruppen durch dieselbe Rechtsetzungsgewalt bedarf also der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Demgemäß ist mit Blick auf das Schulzugangsrecht statusloser Kinder im Lande Hessen zunächst zu klären, ob der Landesgesetzgeber eine unter einem gemeinsamen Bezugspunkt wesentlich vergleichbare Personengruppe auf diesem Gebiet der Teilhabe ungleich behandelt.

Eine mit schulreifen statuslosen Kindern vergleichbare Personengruppe in diesem Sinne sind schulreife Kinder, deren Aufenthalt geduldet ist. Der gemeinsame Bezugspunkt besteht darin, dass es sich um ausländische minderjährige Staatsangehörige handelt, deren Aufenthalt im Bundesgebiet unrechtmäßig ist. Der hessische Ordnungsgeber, der auf der Grundlage des § 1 Abs. 1 Satz 2 HSchG zur Regelung eines Schulbesuchsrechts ermächtigt ist, differenziert zwischen beiden Personengruppen: Gem. § 3 Abs. 3 der Verordnung zum Schulbesuch von Schülern und Schülerinnen nichtdeutscher Herkunftssprache wird lediglich geduldeten Minderjährige ein Schulbesuchsrecht eingeräumt.⁸¹ Statuslosen Minderjährigen wird ein Schulbesuch hingegen nicht zuteil.

Diese in Bezug auf eine Teilhabe an Bildung vorgenommene Differenzierung bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Im Fokus steht somit die Frage, ob zwischen beiden Gruppen manifeste Unterschiede bestehen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Die Ungleichbehandlung muss einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und notwendig sein.

⁷⁹ BVerfGE 55, 72, 88; E 105, 73, 110; E 107, 205, 214.

⁸⁰ BVerfGE 49, 148, 165; ständige Rechtsprechung.

⁸¹ Siehe dazu bereits unter III.1.1.1.2.

Der Zweck der Ungleichbehandlung lässt sich mit Blick auf die Zielbestimmung des § 2 der Verordnung zum Schulbesuch von Schülern und Schülerinnen nichtdeutscher Herkunftssprache ermitteln. Danach sollen Schülerinnen und Schüler, deren Sprache nicht Deutsch ist,

„in Erfüllung der in den § 3 Abs. 13 Hessisches Schulgesetz niedergelegten Grundsätze so gefördert werden, dass sie befähigt werden, die deutsche Sprache in Wort und Schrift zu beherrschen, entsprechend ihrer Eignung gleiche Bildungs- und Ausbildungschancen zu erhalten und zu den gleichen Abschlüssen geführt zu werden wie ihre Mitschülerinnen und Mitschüler deutscher Sprache. Damit soll zugleich ein Beitrag zur gesellschaftlichen Integration dieser Schülerinnen und Schüler geleistet werden.“

Das wesentliche Regelungsziel der Verordnung ist evident darauf ausgerichtet, die Teilhabe an schulischer Bildung sowie deren Vermittlung unter dem Aspekt der Befähigung zur Integration in die hiesige Gesellschaft auszugestalten. Die in § 3 der Verordnung geregelten Aspekte der Schulpflicht und des Schulzugangsrechts sind daher in diesem Lichte zu interpretieren. Der Verordnungsgeber ging sonach evident davon aus, dass es sachgerecht ist, geduldeten Minderjährige im schulreifen Alter (abgeschwächt) zumindest ein Schulzugangsrecht zu gewähren, weil ihr langfristiger Verbleib im Bundesgebiet nicht von vornherein zu verneinen ist. Dies mag aus der Erkenntnis in der ausländerrechtlichen Praxis resultieren, dass sich die Duldung, obwohl sie lediglich eine Aussetzung der zwangsweisen Aufenthaltsbeendigung darstellt, als ein „de facto Aufenthaltsrecht“ zweiter Klasse etabliert hat. Da der Aufenthalt statusloser Kinder hingegen rechtlich gänzlich unaufgeschoben auf Beendigung ausgerichtet ist, würde die Gewährung eines Schulzugangsrechts zugunsten dieser Kindesgruppe der Regelungsabsicht des Verordnungsgebers zuwiderlaufen.

Es bestehen manifeste Zweifel, ob die Integration eines Kindes in die Gesellschaft ein legitimer Zweck für die Ungleichbehandlung geduldeten und statusloser Kinder bei der Gewährung eines Schulzugangsrechts sein kann. Das Differenzierungskriterium der Integration erweist sich bei näherer Betrachtung als ein im Interesse des Staates stehendes Anknüpfungsmerkmal, dass im Rahmen des staatlichen Erziehungsauftrags eine relevante Bedeutung erlangt. Die aus dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag abgeleitete Schulpflicht rechtfertigt sich aus dem staatlichen Interesse am Erhalt der Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens.⁸² Demgemäß besteht ein staatliches Interesse, Kinder, deren Aufenthaltsbeendigung nicht absehbar ist, integrationsgerichtet zum Schulbesuch zu verpflichten oder ihnen - bei schwachem Aufenthaltsstatus – zumindest

⁸² Siehe dazu oben unter III.1.1.1.1.

ein Teilhaberecht an schulischer Bildung zu gewähren. Die Teilhabe an staatlichen Bildungsinstitutionen kann aber nicht ausschließlich unter dem Aspekt des staatlichen Eigeninteresses ihre Begründung finden. Dies ergibt sich aus einer Zusammenschau völkerrechtlicher Bestimmungen, die die Teilhabe an Bildung menschenrechtlich um des Individuums willen normieren. Mit Blick auf den Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts – einschließlich der Grundrechte – ist jede innerstaatliche Rechtsnorm so auszulegen, dass kein völkerrechtswidriges Ergebnis daraus folgt. So ist anerkannt, dass die Bestimmungen der EMRK bei der Willkürkontrolle des Art. 3 Abs. 1 GG Berücksichtigung finden.⁸³ Insofern ist die Frage nach dem legitimen Zweck der Ungleichbehandlung auf dem Gebiet des „Ob“ des Schulbesuchs im Lichte des in Art. 2 Satz 1 des 1. Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgten Rechts auf Bildung zu beurteilen, der in seinem Wortlaut eindeutig gefasst ist:

*„Das Recht auf Bildung darf niemandem versagt werden“.*⁸⁴

Damit fehlt dem Ausschluss vom Schulbesuchsrecht der legitime Zweck. Die Frage nach seiner Geeignetheit und der Notwendigkeit stellt sich damit nicht.

Die Ungleichbehandlung statusloser Kinder ist somit verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

Dieser Befund allein ist jedoch allein nicht ausreichend, um ein derivatives Teilhaberecht eines statuslosen Kindes zu begründen. Denn eine verfassungsrechtlich zu beanstandende Ungleichbehandlung zwingt den Gesetzgeber nicht ausschließlich dazu, einer benachteiligten Gruppe eine Begünstigung in gleicher Weise zu gewähren. Das BVerfG ist besonders zurückhaltend darin, bei der Feststellung einer Verstoßes gegen Art. 3 GG eine Begünstigung, die ein Rechtssatz einer Personengruppe vorbehält, auf die benachteiligte Personengruppe auszudehnen und insofern eine Gesetzlücke zu füllen.⁸⁵ Dem Gesetzgeber wird insoweit grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum überlassen: Er kann eine verfassungsrechtlich zu beanstandende Ungleichbehandlung grundsätzlich auch dadurch beseitigen, dass er einen bislang die eine Personengruppe begünstigenden Rechtssatz aufhebt. In dem hier interessierenden Zusammenhang würde der hessische Verordnungsgeber den Zustand der Gleichbehandlung insofern dadurch herbeiführen können, dass er das Schulbesuchsrecht geduldeter Minderjähriger aus § 3 Abs. 3 der Verordnung zum Schulbe-

⁸³ Siehe je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: *Frowein*, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: Fürst (Hrsg.), Festschrift für Walter Zeidler, 1987, S. 1763-1774; *Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung 1991, S. 98.

⁸⁴ Siehe dazu ausführlich unter Punkt III.1.1.3.3.

⁸⁵ Siehe BVerfGE 22, 349, 360.

sich von Schülern und Schülerinnen nichtdeutscher Herkunftssprache streicht. Dies wäre jedoch insoweit obsolet, als dass dadurch weiten Teilen der im Landes Hessen lebenden ausländischen Minderjährigen jegliche Teilhabe an schulischer Grundbildung in völkerrechtswidriger Weise versagt würde.

Zur Beseitigung der Ungleichbehandlung hat der hessische Ordnungsgeber statuslose Kinder somit in den Personenkreis der schulbesuchsberechtigten Schüler aufzunehmen.

Ergebnis: Ein statusloses Kind hat einen Anspruch auf einen Besuch einer Grund- und Hauptschule aus ihrem Recht auf chancengleiche Entwicklung der Persönlichkeit gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

1.1.2.5 Administrative Folgewirkungen des verfassungsrechtlichen Schulbesuchsrechts

Besteht soweit ein verfassungsrechtlicher Anspruch des statuslosen Kindes auf einen Besuch einer Grund- und Hauptschule, richtet sich der Blick auf die Frage, welche Folgewirkungen dieser Befund für den administrative Ausgestaltung der Schulaufnahme hat.

1.1.3 Völkerrecht

Ein Recht auf Beschulung könnte sich aus einer völkervertraglichen Norm ergeben.

1.1.3.1 Vorfragen

Ein Recht auf Schulzugang auf der Grundlage einer völkervertraglichen Norm setzt zunächst voraus, dass sie im innerstaatlichen Bereich Geltung hat. Den Geltungsgrund für einen Völkervertrag setzt ein Zustimmungsgesetz i.S.d. Art. 59 Abs. 2 GG, das die gesetzgebenden Körperschaften im Vorfeld der Ratifizierung einer Völkervertragsverabschiedet haben. Demgemäß geraten auf dem Gebiet der Bildungsrechte die hier nachfolgend erörterten Normen verschiedener von der BR Deutschland ratifizierter Völkerverträge in den Blickpunkt. Diese Normen stehen aufgrund des je in Kraft getretenen Zustimmungsgesetzes innerstaatlich im Range eines Bundesgesetzes. Der jeweilige Völkervertrag wurde zur Gänze in das innerstaatliche Recht inkorporiert.

Mit der Geltung dieser Normen im innerstaatlichen Bereich kann allein noch keine Aussage darüber getroffen werden, welche Bindungswirkung sie für die nationalen Rechtsanwendungsinstanzen (Behörden und Gerichte) entfalten, ob sie sie also unmittelbar anzuwenden haben (self-executing-Wirkung) oder ob sie lediglich mittelbare Anwendung finden, d.h. lediglich bei der Auslegung nationaler Gesetzesbestimmungen Berücksichtigung finden. Überdies sagt die innerstaatliche Geltung eines Völkerrechtssatzes noch nichts darüber aus, ob aus ihm weiter gehend auch subjektive Rechte hergeleitet werden können, ob er also in dem hier interessierenden Zusammenhang eine Anspruchsgrundlage für die Teilhabe an staatlicher Schulbildung darstellen kann. Denn eine Teilhabe vermittelnde subjektive Rechte bestehen nur dann, wenn die unmittelbar anwendbare Völkervertragsnorm auch objektiv Individuen begünstigen will und diese Begünstigung von den internationalen Vertragspartnern gewollt ist.

Bei den nachfolgend zu erörternden Völkerrechtsbestimmungen, die bildungsbezogene Menschenrechte statuieren, stehen diesen Fragen der Bindungswirkung neben dem inhaltlichen Regelungsbereich im Fokus der Betrachtung.

1.1.3.2 Art. 2 Satz 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention⁸⁶ (ZPEMRK)

In einer prägnanten Negativformulierung stellt Art. 2 Abs. 1 Satz ZPEMRK das Recht des Individuums auf Bildung als ein auf den ersten Blick nicht zur Disposition staatlicher Gewalt stehendes Menschenrecht dar: „Das Recht auf Bildung darf niemandem versagt werden.“ Es besteht weithin Einigkeit darüber, dass die Individualgewährleistungen der EMRK im deutschen Rechtsraum unmittelbar anwendbar sind.⁸⁷ Auch der Art. 2 Satz 1 ZPEMRK ist angesichts seines hinreichend bestimmten Wortlautes als self-executing-Norm zu erachten. Die Bestimmung hat objektiv den Charakter innerstaatlichen Rechts, das gem. Art. 20 Abs. 3 GG von den staatlichen Rechtsanwendungsinstanzen zu beachten und anzuwenden ist.

Ob sie auch ein subjektiv-öffentliches Recht, also ein materielles Forderungsrecht des Einzelnen gegenüber dem Staat begründet und wie dieses inhaltlich zu fassen ist, bedarf indes eingehender Klärung. Ihrem Wortlaut nach hat sie den Charakter einer Verbotsnorm, dessen Adressat der Vertragsstaat ist. Das Verbot, das Recht auf Bildung zu versagen, setzt aber voraus, dass dem

⁸⁶ BGBl. 1992 II, S. 1879.

⁸⁷ BGHZ 45, 46, 49; siehe ausführlich: *Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1991, S. 42 ff.

Individuum ein Recht auf Bildung auch zusteht. Demgemäß stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) fest, dass die Bestimmung trotz ihrer negativen Formulierung ein Recht begründe. Es ließe sich nicht ableiten, dass die Vertragsstaaten keine positive Pflicht hätten, die Achtung dieses Rechts sicherzustellen.⁸⁸ Bezogen auf den Schulzugang konkretisierte der Gerichtshof, dass das Recht auf Bildung auf den Zugang zu bereits bestehenden Bildungsinstitutionen begrenzt sei und zudem keine Staatenpflicht bestehe, bestimmte Unterrichtsmittel und -formen zur Verfügung zu stellen.⁸⁹ Insoweit beschränkt sich das Recht auf Bildung auf die Kernbereiche der Bildung in Anknüpfung an die wirtschaftliche Leistungskraft des betreffenden Staates sowie unter Berücksichtigung der Anpassung der Anforderungen an die gesellschaftlichen Bedürfnisse.⁹⁰ Mit dem Kriterium des „gesellschaftlichen Bedürfnisse“ erfährt das unbestimmte „Recht auf Bildung“ eine Konkretisierung, die sich auf das Bildungsniveau bezieht. Dieses Kriterium bezieht sich hingegen nicht die Frage des „Ob“ des Rechtsgewährung. Ein Totalausschluss von der Teilhabe an Bildung wäre völkerrechtlich nicht gerechtfertigt. Der eindeutige Wortlaut des Art. 2 Satz 1 ZPEMRK lässt einen Totalausschluss nicht zu. Insofern wäre es mit der Bestimmung nicht zu vereinbaren, statuslosen Kindern die Teilhabe an Bildung mit der Begründung zu versagen, es sei nicht im gesellschaftlichen Interesse, Personen mit nach nationalem Recht unrechtmäßigem Aufenthalt an staatlich organisierter Bildung teilhaben zu lassen. Diese Argumentation wäre nur dann tragfähig, wenn mit der Gewährung des Schulzugangs zugleich der unrechtmäßige Aufenthalt legitimiert und so mittelbar das souveräne Recht eines Vertragsstaates beeinträchtigt würde, über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländer zu bestimmen. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Es ist vor diesem Hintergrund soweit lediglich fraglich, ob statuslosen Kindern der auf der Grundlage des Art. 2 Abs. 1 ZPEMRK zu gewährende der Kernbereich der Bildung in Deutschland allein durch den Besuch einer Grund- oder Hauptschule zu abgedeckt ist. Aus der angeführten Rechtsprechung des EGMR lässt sich ableiten, dass das auf der Grundlage des Art. 2 Satz 1 ZPEMRK zu gewährende Bildungsniveau vertragsstaatbezogen zu ermitteln ist. Die Grund- und Hauptschulen sind Bildungsinstitutionen, die eine Elementarbildung in Deutschland gewährleisten. Niederschwellige Bildungsangebote bestehen zwar vereinzelt im Rahmen der Jugendsozialarbeit auf der Grundlage des § 13 SGB VIII. Es handelt sich dabei aber um eine *Leistung* der Kinder- und Jugendhilfe (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII), die ausländischen Kindern- und Jugendlichen nur unter der Voraussetzung eines gewöhnlichen Aufenthalts gewährt wird, der als

⁸⁸ Belgischer Sprachenfall, Urteil v. 23.7.1968, Ser. A Nr. 6, S. 32.

⁸⁹ Belgischer Sprachenfall, Urteil v. 23.7.1968, Ser. A Nr. 6, S. 31.

⁹⁰ Siehe dazu die Zusammenfassung der Rechtsprechung des EGMR bei *Streuer*, Die positiven Verpflichtungen des Staates, 2002, S. 315.

solcher geduldet sein muss (vgl. § 6 Abs. 2 SGB VIII). Insofern wäre eine Versagung der Teilhabe an Bildung im Rahmen der sozialleistungsgeprägten Kinder- und Jugendhilfe mit Blick auf die Leistungsfähigkeit des Staates als Rechtfertigung gegen eine Teilhabe nicht ohne Weiteres im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 ZPEMRK zu beanstanden. Soweit sonstige Bildungsmaßnahmen nicht in Betracht kommen, ist das Recht auf Bildung durch den Besuch bestehender Grund- und Hauptschulen, ggf. durch die Teilnahme an segregativem Unterricht zur Sprachförderung zu gewährleisten.

Ergebnis: Statuslose Kinder haben einen Anspruch auf einen Besuch einer Grund- und Hauptschule aus Art. 2 Satz 1 ZPEMRK.

1.1.3.3 Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen⁹¹ (ÜDU)

Statuslose Kinder könnten aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 1 Bst. a) i.V.m. Art. 3 Bst. e) ÜDU einen Anspruch auf Gleichbehandlung und insofern einen Anspruch auf gleich Teilhabe am Unterrichtswesen und somit einen Anspruch auf den Besuch einer Grund- und Hauptschule haben. Die Bestimmung normiert ein Verbot der Diskriminierung beim Zugang zum Unterrichtswesen in Anknüpfung an abschließend benannte Differenzierungskriterien. Nach Art. 1 Abs. 1 ÜDU gilt als Diskriminierung im Sinne des Übereinkommens

„jegliche auf der Rasse oder der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Überzeugung, der nationalen oder sozialen Herkunft, den wirtschaftlichen Verhältnissen oder der Geburt beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die den Zweck oder die Wirkung hat, die Gleichbehandlung auf dem Gebiet des Unterrichtswesen einzuschränken oder zu beeinträchtigen und insbesondere

a) einer Person oder Personengruppe den Zugang zum Unterricht – gleichviel welcher Art oder Stufe – zu verwehren,

b)...

Bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass statuslosen Kinder der Schulbesuch in Hessen nicht in Anknüpfung eines dieser Kriterien verwehrt wird. Eine Differenzierung sieht die Regelung

⁹¹ BGBl. 1968 II, S. 387; neben dem Bund ist auch das Land Hessen diesem Übereinkommen, das sich auf die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Bundesländer berührt, beigetreten, HessGVBl. 1964, S. 183.

des § 3 Abs. 3 der Verordnung zum Schulbesuch von Schülern und Schülerinnen nichtdeutscher Herkunftssprache lediglich in Anknüpfung an die aufenthaltsrechtliche Stellung ausländischer Kinder vor. Während aufenthaltsrechtlich geduldeten Kindern ein Schulbesuchsrecht gewährt wird und Kindern mit einem Aufenthaltsrecht der Schulpflicht unterliegen, wird statuslosen Kindern ein Schulbesuchsrecht hingegen nicht zuteil. Der aufenthaltsrechtliche Status ist indes nicht in § 1 ÜDU als unzulässiges Differenzierungskriterium aufgeführt.

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Bestimmung des Art. 3 Bst. e) ÜDU, nach der sich die Vertragsstaaten zur Beseitigung und Verhütung *jeder Diskriminierung im Sinne des Übereinkommens* dazu verpflichten,

„ausländischen Staatsangehörigen, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind, denselben Zugang zum Unterricht zu gewähren wie ihren eigenen Staatsangehörigen.“

Denn die von dieser Norm intendierte Gleichstellung ausländischer Schüler mit Schülern des Vertragsstaates bezieht ausweislich ihres Wortlautes auf das Diskriminierungsverbot des Art. 1 ÜDU. Soweit statuslose Kinder nicht derselbe Zugang zum Unterricht gewährt wird wie deutschen Schülern, geschieht dies in Hessen nicht in Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, die als unzulässiges Differenzierungskriterium in Art. 1 benannt ist („nationale Herkunft“), sondern allein in Anknüpfung an das fehlende Aufenthaltsrecht.

Ergebnis: Statuslose Kinder haben somit keinen Anspruch auf den Besuch einer Grund- und Hauptschule auf der Grundlage des ÜDU.

1.1.3.4 Art. 28 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention⁹² (KRK)

Nach der Bestimmung des Art. 28 Abs. 1 Hs. 1 KRK erkennen die Vertragsstaaten das Recht des Kindes auf Bildung an. Dieses Recht normiert die Konvention um einer „fortschreitenden Chancengleichheit“ willen derart umfassend, dass sie nicht nur eine Staatenpflicht statuiert,

„den Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht und unentgeltlich zu machen“,

sondern die Vertragsstaaten auch zu solchen Maßnahmen verpflichtet, die die Teilhabe an der weiterführenden Bildung sichern soll (vgl. Art. 28 Abs. 1 Hs. 2 Bst. a bis e KRK).

⁹² BGBl. 1992 II, S. 121.

Ein Anspruch statusloser Kinder auf einen Schulzugang besteht auf der Grundlage des Art. 28 KRK jedoch nicht. Die Bestimmung normiert lediglich eine staatliche Maßnahmepflicht, ohne das einzelne Kind als Adressat eines Begünstigungsanspruchs herauszustellen. Sie ist überdies im nationalen deutschen Rechtsraum nicht unmittelbar anwendbar. Damit fehlt eine Grundvoraussetzung für die Begründung eines subjektiv-öffentlichen Rechts. Die Bestimmung des Art. 4 KRK normiert übergreifend als vor die Klammer gezogene Grundbestimmung der Konvention (lediglich) eine Maßnahmepflicht der Vertragsstaaten zur Umsetzung der Einzelgewährleistungen der Konvention, also der Art. 5 bis 40 KRK.⁹³

Die Bundesrepublik Deutschland hat zudem eine Ratifikationserklärung⁹⁴ zur innerstaatlichen Bindungswirkung UN-Kinderrechtskonvention abgegeben. In Abschnitt I Satz 3 und 4 dieser Erklärung heißt es:

„Die Bundesrepublik Deutschland erklärt zugleich, 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.“

Es bedarf vorliegend keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob das innerstaatliche deutsche Recht in Einklang mit den Konventionsvorgaben steht. Es handelt sich um eine völkerrechtspolitische Aussage, die keine rechtlich wirkender Relevanz hat. Der Abschnitt I Satz 3 der Erklärung ist im Übrigen jedenfalls redundant, weil die Konvention mit Blick auf Art. 4 KRK nicht unmittelbar anwendbar ist. Die Erklärung lässt sich insofern als klarstellende Interpretationserklärung bewerten, die einen zulässigen Auslegungsspielraum ausschöpft.⁹⁵

Nach alledem bedarf es zur Umsetzung der Konventionsvorgaben neben dem Zustimmungsgesetz zur Konvention noch eines weiteren Maßnahmeaktes des deutschen Gesetzgebers zur um-

⁹³ Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit auch: *Baer*, NJW 1993, 2209, 2210; *Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S.309; *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, 1993, S. 189 f.; *Stöcker*, RdJB 1991, 75 ff.; *Verschraegen*, Die Kinderrechtekonvention, 1996, S. 55 ff. sowie S. 72; Gleichwohl sprechen einige Autoren einzelnen Bestimmungen der KRK eine self-executing-Qualität unter dem Kriterium der hinreichenden Bestimmtheit zu; siehe etwa *Wolf*, ZRP 1991, 374, 376 (Art. 6, 7, 8, 9, 13, 14, 16); zustimmend *Ullmann*, FamRZ 1992, 892. Eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 22 Abs. 2 Satz 2 KRK bejaht *Huber*, Kinderflüchtlinge – Flüchtlingskinder, 1991, S. 14, der in dieser Schutzbestimmung eine Anspruchsnorm mit Individualcharakter sieht; zustimmend *Göbel-Zimmermann*, InfAusIR 1995, 166, 172.

⁹⁴ BGBl. 1992 II, S. 990.

⁹⁵ Siehe dazu ausführlich: *Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, in: *Ruland u.a. (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift. für Hans F. Zacher*, 1998.

fassenden Einführung der Schulpflicht in Deutschland. Soweit die Konvention in dieser Weise noch nicht innerstaatlich umgesetzt ist, hat der Vertragsstaat BR Deutschland seine Vertragspflichten nicht erfüllt. Ob diese Pflicht allumfassend ist, d.h. unterschiedslos zugunsten jeder Kindesgruppe – also auch zugunsten statusloser Kinder - wirkt, bedarf vorliegend keiner Klärung. Denn ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Normerlass kommt nicht in Betracht.

Mangels unmittelbarer Anwendbarkeit begründet Art. 28 KRK kein subjektiv-öffentliches Recht statusloser Kinder in Deutschland.

Ergebnis: Statuslose Kinder haben keinen Anspruch auf einen Besuch einer Grund- und Hauptschule auf der Grundlage Art. 28 Abs. 1 KRK.

1.1.3.5 Art. 22 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention⁹⁶ (GFK)

Gem. Art. 22 Abs. 1 GFK werden die Vertragsstaaten

„den Flüchtlingen dieselbe Behandlung wie ihren Staatsangehörigen hinsichtlich des Unterrichts in Volksschulen gewähren.“

Die in der Konvention normierten sozialen und kulturellen Rechte stehen nur jenen Personen zu, die als Flüchtling im Sinne des Art. 1 A GFK anerkannt sind. Bei statuslosen Kindern ist dies jedoch nicht der Fall. Soweit sie ein Verfahren durchlaufen haben, in dem (auch) ihre Flüchtlingseigenschaft geprüft wurde, wurde ihnen dieser Status nicht zuerkannt.⁹⁷

Die Bestimmung der Art. 31 GFK regelt zwar den Umgang mit Flüchtlingen, die unrechtmäßig in den Vertragsstaat eingereist sind oder sich dort unrechtmäßig aufhalten. Diese Bestimmungen beziehen sich aber auf anerkannte Flüchtlinge im Sinne der Konvention, die (vor der Anerkennung) unrechtmäßig eingereist sind oder sich bis dahin unrechtmäßig im Aufnahmeland aufgehalten haben. Der unrechtmäßige Aufenthalt anerkannter Flüchtlinge darf nicht ein Grund für die Verhängung einer Strafe sein.

⁹⁶ BGBl. 1953 II, S. 559.

⁹⁷ Siehe Sachverhalt unter Punkt I.

Da statuslose Kinder nicht Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 A GFK sind, fallen sie somit nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 GFK. Für sie ergibt sich daher kein Recht auf Beschulung aus dieser Bestimmung.

1.1.3.6 Art. 13 Abs. 1, 2 Bst. a des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁹⁸ (IPwirtR)

Weiterhin käme als Rechtsgrundlage Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a) IPwirtR in Betracht. Nach Art. 13 Abs. 1 erkennen

„erkennen die Vertragsstaaten (...) das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie stimmen überein, dass die Bildung auf volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewusstseins ihrer Würde gerichtet sein und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten stärken muss. Sie stimmen ferner überein, dass die Bildung es jedermann ermöglichen muss, eine nützliche Rolle in einer freien Gesellschaft zu spielen, dass sie Verständnis, Toleranz und Freundschaft unter allen Völkern und allen rassischen, ethnischen und religiösen Gruppen fördern sowie die Tätigkeit der Vereinten Nationen zur Erhaltung des Friedens unterstützen muss.“

Gem. Art. 13 Abs. 2 Best. a) erkennen die Vertragsstaaten insbesondere an,

„dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts

a) der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss.“

Die genannten Bestimmungen normieren Bildungsziele, Mindestanforderungen und ein Diskriminierungsverbot, ohne sich dabei auf eine bestimmte Ausgestaltung des Schulwesens festzulegen. Es handelt sich um bloße Programmsätze. Adressat dieser Normen sind die Vertragsstaaten und nicht der Einzelne, der deshalb aus diesen Bestimmungen auch kein subjektiv-öffentliches Recht auf Teilhabe herleiten kann. Die Bildungsziele der Bundesländer gehen zudem über den Inhalt des Art. 13 IPwirtR hinaus. Das Abkommen erlangt daher in der Praxis geringe Bedeutung.⁹⁹

⁹⁸ BGBl. 1973 II, S. 1570.

⁹⁹ Siehe auch Zuleeg, RdA 1974, 321.

Ein Anspruch auf Beschulung aus Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a) IPwirtR scheidet daher aus.

1.2 Anspruch auf einen Kindergartenplatz

1.2.1 Anspruch aus § 24 SGB VIII

Statuslose Kinder könnten gem. § 24 SGB VIII einen Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz haben.

Nach Satz 1 der Bestimmung hat ein Kind vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt einen Anspruch auf den Besuch eines Kindergartens. Dieser Rechtsanspruch vermittelt einem einzelnen Kind dieser Altersgruppe als Normadressat ein subjektiv-öffentliches Recht.¹⁰⁰ Er richtet sich gegen den öffentlichen (örtlichen)Träger der Jugendhilfe.

1.2.1.1 Eingeschränkter Geltungsbereich gem. § 6 SGB VIII

Statuslose Kinder könnten jedoch mit Blick § 6 SGB VIII aus dem Kreis der Anspruchsberechtigten ausgeschlossen sein. Auf der Basis eines modifizierten Territorialprinzips regelt die Bestimmung den Geltungsbereich des SGB VIII in räumlicher, personeller sowie sachlicher Hinsicht. Der Regelung liegt eine Zweiteilung zugrunde. Die Grundregel des Abs. 1 macht die Erfüllung der Aufgabentypen „Leistungen“ (§ 2 Abs. 2 SGB VIII) sowie „Andere Aufgaben“ (§ 2 Abs. 3 SGB VIII) vom tatsächlichen Aufenthalt im Inland abhängig:

„(1) Leistungen nach diesem Buch werden jungen Menschen... gewährt, die ihren tatsächlichen Aufenthalt im Inland haben.“

Die Norm unterscheidet nicht zwischen Deutschen und Ausländern, mithin sind auch Ausländer zunächst grundsätzlich in beide Aufgabenkategorien einbezogen, sofern sie die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Abs. 2 sieht hingegen Beschränkungen für Ausländer bei der Inanspruchnahme von *Leistungen* im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VIII vor.

¹⁰⁰ *Klinger*, in: Kunkel, Lehr- und Praxiskommentar – SGB VIII, § 24 Rn. 1.

Anders als bei Leistungsform der Hilfe zur Erziehung (§ 27 SGB VIII) ist nicht der Personensorgeberechtigte Inhaber des Anspruchs.

„(2) Ausländer können Leistungen nach diesem Buch nur beanspruchen, wenn sie rechtmäßig oder aufgrund einer ausländerrechtlichen Duldung ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.“

Ausländer haben also nur dann einen Anspruch auf Leistungen des SGB VIII, wenn sie sich im Inland nicht nur tatsächlich aufhalten, sondern hier auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, der als solcher rechtmäßig oder ausländerrechtlich geduldet sein muss. In dem Bestreben, öffentliche Kassen nicht zu stark zu belasten, sollte nach dem Gesetzesentwurf das Leistungsangebot des SGB VIII (§ 2 Abs. 2 SGB VIII) zunächst auf jene Ausländer beschränkt werden, die hier auf Dauer rechtmäßig leben und in das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Leben der BR Deutschland integriert werden sollen.¹⁰¹ Im Gesetzgebungsverfahren konnte sich jedoch der somit zunächst beabsichtigte Ausschluss geduldeter Personen von den Leistungen der Jugendhilfe jedoch nicht durchsetzen.¹⁰²

Das Angebot eines Kindergartenplatzes ist als Angebot zur Förderung von Kindern in einer Tageseinrichtung vom Leistungsbegriff des SGB VIII erfasst (§ 2 Abs. 2 Nr. 3). Eine Inanspruchnahme dieser Leistung kommt für statuslose Kinder somit nur in Betracht, wenn sie die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 SGB VIII erfüllen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ihr Aufenthalt ist weder rechtmäßig noch geduldet.

1.2.1.2 Erweiterung des Geltungsbereiches unter Anwendung des Völkerrechts

Die soweit hier greifende Beschränkung des § 6 Abs. 2 SGB VIII könnte mit Blick auf völkerrechtliche Abkommen, die Regelungen auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge treffen, zurücktreten. Einen im deutschen Sozialrecht allgemein geltenden Vorrang des Völkerrechts (vgl. § 30 Abs. 2 SGB I) bringt für den Bereich der Jugendhilfe § 6 Abs. 4 SGB VIII zum Ausdruck:

„(4) Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts bleiben unberührt.“

Diese Regelungen modifizieren also die Vorschrift des § 6 Abs. 2 SGB VIII, so dass die ihr immanente Beschränkung des Geltungsbereichs des SGB VIII überwunden werden kann. Als über-

¹⁰¹ Begründung zum Regierungsentwurf, BR-Drs. 11/5948. Danach sollten insbesondere Asylbewerber und geduldete Ausländer aus dem begünstigten Personenkreis herausfallen. Für Härten im Einzelfall sah die Regelung die Möglichkeit einer Ermessensentscheidung vor. Diese Option wurde jedoch wieder fallen gelassen.

¹⁰² Auf Initiative des Bundesrates (Stellungnahme zum Regierungsentwurf, BT-Drs. BT-Drs. 11/5948, S. 125) wurde ein gänzlicher Ausschluss geduldeter Ausländer vermieden.

staatliches (supranationales) Recht ist jenes Recht bezeichnet, das als Hoheitsrecht auf zwischenstaatliche Einrichtungen auf Grundlage des Art. 24 Abs. 1 GG übertragen wurde. Damit ist das Recht der Europäischen Gemeinschaft angesprochen, das im Zuge der intendierten Europäisierung eine Vereinheitlichung der Sozialrechtsordnungen bewirkt. Für im Bundesgebiet weilende statuslose Kinder, die außereuropäischer Staatsangehörigkeit sind, haben sozialrechtliche EG-Vorschriften jedoch keine relevante Bedeutung. Damit vermag allein zwischenstaatliches Recht Bedeutung zu erlangen, das seine Grundlage in bi- und multilateralen Abkommen hat, die ratifiziert und durch Gesetz Bestandteil der deutschen Rechtsordnung geworden sind. Nähere Bedeutung haben vorliegend nachstehend erörterte multilaterale Abkommen.

1.2.1.2.1 Haager Minderjährigenschutzabkommen¹⁰³ (MSA)

Das in seiner Präambel formulierte Ziel des Abkommens ist es, „gemeinsame Bestimmungen über die Zuständigkeit der Behörden und über das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen festzulegen.“ Angestrebt wird dabei, das Kollisionsrecht auf dem Gebiet des Minderjährigenschutzes zu vereinfachen und zu vereinheitlichen und zugleich den Minderjährigenschutz erheblich zu verbessern. Unter dieser Zielvorgabe regelt es die internationale Zuständigkeit für die Anordnung von Schutzmaßnahmen zugunsten Minderjähriger¹⁰⁴ und bestimmt, dass die zuständigen nationalen Behörden grundsätzlich das innerstaatliche Recht (lex fori) anwenden. In erster Linie sind die Behörden am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Minderjährigen zuständig (vgl. Art. 1 MSA).

Der sachliche Anwendungsbereich des MSA umfasst Schutzmaßnahmen eines Vertragsstaates zum Schutz der Person und des Vermögens Minderjähriger (vgl. Art. 1 MSA). Fraglich ist, ob das Angebot eines Kindergartenplatzes eine Schutzmaßnahme im Sinne des Abkommens ist.

Das MSA enthält weder eine Definition der Schutzmaßnahme noch führt es in seinen Bestimmungen eine erläuternde Aufzählung von Beispielen auf. Um den Anwendern des MSA die größtmögliche Autonomie bei der Auslegung des Begriff zuzugestehen. Die Konventionsverfasser haben mit der Umschreibung „Schutzmaßnahme“, die sich in keiner Rechtsordnung findet, bewusst eine offene Definition gewählt, um den Anwendern des MSA eine autonome Auslegung

¹⁰³ BGBl. 1971 II, S. 219.

¹⁰⁴ Es ist der Begriff der Minderjährigkeit nach Maßgabe des § 12 MSA zugrunde zu legen. Minderjährige im Kindergartenalter sind in jedem Fall von der Begriffsdefinition dieser Bestimmung erfasst.

zu ermöglichen.¹⁰⁵ Entscheidend für die inhaltliche Ausfüllung des Begriffes, die aus dem MSA heraus zu entwickeln ist, ist der Zweck einer Maßnahme: Sie muss auf den Schutz eines Minderjährigen ausgerichtet sein.¹⁰⁶ Insofern können Jugendhilfemaßnahmen auf der Grundlage des SGB VIII grundsätzlich Schutzmaßnahmen im Sinne des Art. 1 MSA sein. Der Schutzmaßnahmebegriff ist nach dem Willen der Konventionsgeber jedoch einschränkend dahin auszulegen, dass die Maßnahmen einen Individualbezug aufweisen müssen¹⁰⁷. Es muss sich also um Einzelmaßnahmen handeln. Das Abkommen bezieht sich zudem nur auf behördliche und gerichtliche Maßnahmen und nicht auf solche, die kraft Gesetzes generell-abstrakt ohne Einräumung eines Ermessens zu treffen oder zu gewähren sind. Insofern wäre die Leistung der Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII, die erst im Anschluss an eine behördliche Individualprüfung eines Erziehungsdefizits eines Kindes beansprucht werden kann, eine Schutzmaßnahme im Sinne des Abkommens. Das Angebot eines Kindergartenplatz unterliegt hingegen nicht dem Vorbehalt einer Individualbedarfsprüfung. Der Kindergartenbesuch steht pauschal allen Kindern der in § 24 Abs. 1 SGB VIII umrissenen Altersgruppe offen. Daher scheidet ein Anspruch eines statuslosen Kindes auf einen Kindergartenplatz bereits daran, dass der sachliche Anwendungsbereich des MSA nicht eröffnet ist.

Des Weiteren bestehen Zweifel bestehen (je nach Einzelfallbetrachtung) daran, dass der räumliche Anwendungsbereich des MSA für statuslose Kinder eröffnet ist. Die Bestimmung des Art. 13 Abs. 1 MSA erklärt das Abkommen ausdrücklich nur für Minderjährige anwendbar, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat haben. Der gewöhnliche Aufenthalt besteht gemeinhin an dem Ort, an dem der Schwerpunkt der sozialen Beziehungen einer Person, insofern ihr Daseinsmittelpunkt angesiedelt ist. Soweit der Aufenthalt jedoch rechtlich strikt auf Beendigung ausgerichtet und damit nicht auf Integration ausgerichtet ist, sind diese Kriterien in Frage gestellt. Dies kann jedoch nicht pauschal angenommen werden, sondern es ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, bei der die Dauer des bisherigen Aufenthalts im Inland eine besondere Bedeutung erlangt. Sofern der Aufenthalt nicht von Anfang an auf Dauer angelegt ist, erstarkt der Aufenthalt grundsätzlich nach einer Verweildauer von ca. 6 Monaten zum gewöhnlichen Aufenthalt.¹⁰⁸ Eine Unterschreitung dieser Frist kann im Einzelfall möglich sein, wenn der Auf-

¹⁰⁵ Oberloskamp, Haager Minderjährigenschutzabkommen, 1983, Art. 1 Rn. 3.

¹⁰⁶ Siehr, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht, Art. 19 Anh. I Rn. 41 f. sowie Rn. 50 ff. mit einer ausführlichen Aufzählung in Betracht kommender Maßnahmen.

¹⁰⁷ Siehe den Bericht von Steigers, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et Documents de la Neuvième session 1960, IV: Protection des mineurs, 1961, S. 224 f. Siehe auch Siehr, a.a.O. Rn. 43.

¹⁰⁸ BVerwG, ZfJ 2000, 31, 35; siehe ausführlich auch Peter, Das Recht der Flüchtlingskinder, 2001, S. 128 ff. sowie S. 211 ff.

enthalt (vorbehaltlich einer aufenthaltsrechtlich prognostischen Möglichkeit) von vornherein auf längere Dauer angelegt ist. Sofern nach diesen Grundsätzen der gewöhnliche Aufenthalt eines statuslosen Kindes nicht im Bundesgebiet angesiedelt ist, ist naheliegend ein gewöhnlicher Aufenthalt im Herkunftsstaat anzunehmen. Die Staaten, aus denen statuslose Kinder regelmäßig stammen, sind jedoch mit Ausnahme der Türkei, nicht Vertragsstaaten des MSA.¹⁰⁹

Nach alledem scheidet ein Anspruch statusloser Kinder auf einen Kindergartenplatz auf der Grundlage des § 24 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. dem MSA aus.

1.2.1.2.2 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)¹¹⁰

Ein Anspruch auf einen Kindergartenplatz besteht auch nicht auf der Grundlage des EFA. Das Abkommen verpflichtet jeden Vertragsstaat, den Angehörigen der anderen Vertragsstaaten, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie seinen eigenen Angehörigen Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge zu gewähren (Art. 1 EFA). Die Gewährung von Leistungen nach dem EFA ist also an die Staatsangehörigkeit geknüpft.¹¹¹ Damit könnte auch das EFA in aller Regel für statuslose Kinder mit türkischer Staatsangehörigkeit Bedeutung erlangen.¹¹² Die Fürsorgeleistungen sind im Anhang I zum EFA aufgelistet¹¹³. Zu ihnen gehören u.a. die Leistungen nach den §§ 27, 32-35 und 41 jeweils in Verbindung mit § 39 SGB VIII. Das Angebot eines Kindergartenplatzes ist hingegen nicht in den Leistungskatalog aufgenommen, so dass das Abkommen im vorliegenden Zusammenhang sachlich keine Bedeutung hat. Auch in personeller Hinsicht fallen statuslose Kinder nicht in seinen Anwendungsbereich. Denn gem. Art. 1 EFA besteht eine staatliche Leistungsverpflichtung nur gegenüber jenen bedürftigen Personen, deren Aufenthalt nach näherer Bestimmung des Art. 11 EFA rechtmäßig ist. Der Aufenthalt statusloser ist nicht rechtmäßig im Sinne dieser Regelung.

¹⁰⁹ Die Vertragsstaaten des MSA sind: Deutschland, Frankreich, Italien, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Schweiz, Spanien, Türkei.

¹¹⁰ BGBl. 1956 II, S. 563.

¹¹¹ Vertragsstaaten sind Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei und Vereinigtes Königreich; internationale Quelle: UNTS, Bd. 218, S. 255.

¹¹² Für die Türkei ist das Abkommen am 01.01.1977 in Kraft getreten (vgl. BGBl. 1977 II, S. 255).

¹¹³ BGBl. 1991 II, S. 687, 688.

1.2.1.2.3 Art. 3 Abs. 1, 2 der UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-Kinderrechtskonvention normiert in Art. 3 Abs. 1 die Maxime, nach der das Wohl des Kindes bei allen staatlichen Maßnahmen, die Kinder betreffen, ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist. In Fürsorgerischer Hinsicht verpflichten sich die Vertragsstaaten gem. Art. 3 Abs. 2,

„dem Kind... den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.“

Adressat dieser Normen sind jedoch die Vertragsstaaten und nicht das einzelne Kind. Sie legen den Vertragsstaaten eine Maßnahmepflicht auf, die ihnen zudem in Anbetracht einer Vielzahl unter unbestimmter Normbegriffe einen weiten Spielraum belässt. Sie vermag daher kein individuelles Teilhaberecht, mithin auch keinen Anspruch auf einen Kindergartenplatz zu begründen.¹¹⁴ Im Übrigen kann auf die Ausführungen zur fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit der Konvention in der BR Deutschland verwiesen werden.¹¹⁵

Ergebnis: Statuslose Kinder haben keinen Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz gem. § 24 SGB VIII.

1.2.2 Grundgesetz

Eine teilhaberechtlicher Anspruch auf einen Kindergartenplatz auf der Grundlage eines Grundrechts kommt nicht in Betracht. Das Recht auf chancengleich Entwicklung der Persönlichkeit gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG vermittelt statuslosen Kinder lediglich einen teilhaberechtlichen Anspruch auf Elementarbildung, mithin einen Anspruch einer Grund- oder Hauptschule. Denn die Teilhabe an Bildung ist ein grundrechtsrelevanter Sozialisationsaspekt, der für die frei und menschenwürdige Entfaltung der Kindespersönlichkeit besondere Bedeutung. Der vorschulische Besuch des Kindergarten ist hingegen nicht dem Kernbereich der Bildung zuzuordnen. Der Gesetzgeber hat zwar in § 22 Abs. 1 SGB VIII den programmatischen

¹¹⁴ Siehe ausführlich zum subjektiven-rechtlichen Gehalt des Art. 3 KRK: *Lorz*, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, der zwar den subjektiv-abwehrrechtlichen Gehalt dieser Bestimmung begründet, hingegen nicht Teilhabe- und Leistungsrechte aus ihr ableitet.

¹¹⁵ Siehe oben unter 1.1.3.4.

Grundsatz aufgestellt, dass in Kindergärten die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit gefördert werden soll. Unter dieser Maxime ist den Kindergärten neben der Aufgabe der Betreuung und Erziehung des Kindes auch die Bildungsvermittlung zugewiesen (§ 22 Abs. 2 SGB VIII). Eine ähnliche Programmatik normiert auch § 2 des Hessischen Kindergartengesetzes (HKiG). Diese einfachgesetzliche Konkretisierung des Aufgabenspektrums der Kindergärten ist aber nicht eine Folge des Grundrechts des Kindes auf eine kindgemäße Persönlichkeitsentwicklung und vermittelt auch keinen Individualanspruch des noch nicht schulreifen Kindes auf Bildung. Der Gesetzgeber hat sich bei der Realisierung eines Anspruchs auf einen Kindergartenplatz entscheidend von dem Motiv der Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit. Die soweit notwendige Betreuung der Kinder muss dann selbstverständlich in Einklage mit Persönlichkeitsrecht des Kindes gewährleistet sein. Wird Kindern der Besuch eines Kindergartens, und insoweit auch die vorschulischen Bildungsvermittlung nicht zuteil, tangiert dieser Ausschluss nicht die kindgemäße Persönlichkeitsentwicklung. Dies wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn man der *staatlichen* Bildungsvermittlung im vorschulischen Bereich eine für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes elementare Bedeutung beimäße.

2. Übermittlungspflicht nach § 87 AufenthG

Unterliegen Schulleiter sowie Leiter von Kindergärten einer Übermittlungs- und Unterrichtspflicht nach § 87 AufenthG?

2.1 Mitteilungspflicht, § 87 Abs. 1 AufenthG

Gem. § 87 Abs. 1 AufenthG haben

„öffentliche Stellen (...) ihnen bekannt gewordene Umstände den in § 86 Abs. 1 genannten Stellen auf Ersuchen mitzuteilen, soweit dies für die dort genannten Zwecke erforderlich ist.“

Der Begriff der „öffentlichen Stelle“ ist nicht in § 87 AufenthG definiert. Auf dem Gebiet des Datenschutzes, dessen Grundsätzen auch die Datenübermittlung unterliegt, stellt § 2 Abs. 2 BDSG eine Legaldefinition auf. Danach sind öffentliche Stellen der Länder „die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen eines Lan-

des, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes und sonstiger der Aufsicht des Landes unterstehender juristischer Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform.“

2.1.1 Schule als öffentliche Stelle

Die Schulleiter selbst oder die Schulleitung als Kollegialorgan ist nicht eine Behörde oder ein Einrichtung des Landes. Dieses Organ vertritt die Schule nach außen. Insoweit ist zunächst maßgeblich, ob die Schule eine öffentliche Stelle im Sinne des BDSG ist. Bei einer öffentlichen Schule handelt es sich um eine pädagogische Einrichtung, die zugleich eine Verwaltungsinstitution darstellt, die ihre Aufgaben im Rahmen der ihr verliehenen Zuständigkeit selbst bewältigt. In ihrer Organisationsform gilt sie als nicht rechtsfähige öffentliche Anstalt (vgl. § 127 Abs. 2 Satz 1 HSchG). Träger der Schulen sind in Hessen grundsätzlich die kreisfreien Städte und Landkreise (vgl. § 138 HSchG). Der öffentlichen Schule kommt Behördencharakter zu. Sie übt hoheitliche Befugnisse aus und bedient sich in Teilbereichen der Handlungsform des Verwaltungsakts, wie etwa bei einer Versetzungsentscheidung oder bei der Entscheidung über die Aufnahme in eine Schule. Die Schule ist damit eine öffentliche Stelle im Sinne des § 2 Abs. 2 BDSG und somit des § 87 Abs. 1 AufenthG.

Soweit Schulen einer Mitteilungspflicht nach Maßgabe dieser Bestimmung unterliegt, obliegt deren Erfüllung der jeweiligen Schulleitung. In ihrem Aufgabenkreis liegt neben der Führung des Unterrichts- und Erziehungsbereichs auch ein leitendes verwaltungs- und ordnungsbezogene Handeln. Im Lande Hessen bildet ein Leitungskollegium die Schulleitung, angeführt vom „Schulleiter“, dem der Kernbereich der Leitungsaufgaben zugewiesen ist und der auch die Gesamtverantwortung für die Schule trägt (vgl. § 87 Abs. 1 HSchG). Ihm obliegt gem. § 87 Abs. 3 Nr. 1 HSchG auch die Entscheidung über die Aufnahme der Schüler. Seine Entscheidungszuständigkeit für die Aufnahme ausländischer Schüler stellt überdies § 4 Abs. 1 Satz der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache* klar.

2.1.2 Kindergarten als öffentliche Stelle

Die Eigenschaft einer „öffentlichen Stelle“ im Sinne § 87 Abs. 1 AufenthG kommt Kindergärten nicht allumfassend zu. Denn Kindergärten sind als Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe zwar Institution der staatlichen Daseinsfürsorge. Zu differenzieren ist jedoch nach der Träger-

schaft eines Kindergartens. Träger der Kindergärten sind in Hessen gem. § 3 des Hessischen Kindergartengesetzes (HKiG) freie und öffentliche Träger sowie die Gemeinden.

Bei den freien Trägern handelt es sich um privat gewerbliche juristische Personen oder Personenvereinigungen oder um karitative Organisationen, die der Anerkennung als freie Träger nach Maßgabe des § 75 Abs. 1 und 2 SGB VIII bedürfen oder ipso iure gem. § 75 Abs. 3 SGB VIII als anerkannte freie Träger gelten. Kindergärten sind zwar Einrichtungen der staatlichen Jugendhilfe, jedoch werden die freien Träger der Kindergärten lediglich aufgrund des Wahl- und Wahlrechts im Rahmen des Angebotes verschiedener Träger (vgl. § 5 SGB VIII) tätig. In der Bestimmung ihres Tätigkeitsbereiches und der Ausgestaltung der Leistungen sind die freien Träger indes völlig frei, und sie werden auch nicht als Erfüllungsgehilfen der öffentlichen Jugendhilfe oder gar als Beliehene tätig. Diese Autonomie der freien Träger folgt der Erkenntnis, dass die freie Ausgestaltung der karitativen Leistung eine grundlegende Bedeutung für das Engagement staatlicher Organisationen hat.¹¹⁶ Das rechtliche Verhältnis der freien Träger zu den Leistungsberechtigten ist mithin nicht hoheitlich ausgestaltet, sondern bestimmt sich nach privatem Recht.¹¹⁷ Die Geltendmachung eines Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz, die mit Blick auf die Anspruchsnorm des § 24 SGB VIII sowie der Regelung über das Wunsch- und Wahlrecht in § 5 SGB VIII öffentlich-rechtlicher Natur ist, richtet sich allein gegen den öffentlichen Träger (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII). Kindergärten freier Träger sind darum nicht öffentliche Stellen im Sinne des § 87 Abs. 1 AufenthG. Leiter dieser Kindergärten unterliegen daher auch nicht der in dieser Bestimmung normierten Übermittlungspflicht.

Kindergärten, die in Hessen in öffentlicher Trägerschaft oder in Trägerschaft einer Gemeinde stehen, sind hingegen öffentliche Stellen im Sinne des § 87 Abs. 1 AufenthG. Öffentliche Träger der Kindergärten sind die Kreise und die kreisfreien Städte und, soweit das Landesrecht dies regelt, auch kreisangehörige Gemeinden (§ 69 SGB VIII). Die in ihrer Trägerschaft stehenden Kindergärten sind also öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes und unterliegen der Begriffsdefinition der „öffentlichen Stelle“ in § 2 Abs. 2 BDSG.¹¹⁸ Ein Kindergarten in kommunaler Trägerschaft erbringt faktisch eine staatliche Sozialleistung in Gestalt der Kinder- und Jugendhilfe, ohne jedoch selbst als Behörde tätig zu werden. Diese Institution ist als unselbständige Einrichtung anzusehen, die nicht auto-

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 22, 180, 203.

¹¹⁷ Wiesner, SGB VIII, § 3 Rn. 13.

¹¹⁸ Bisweilen wird der in kommunaler Trägerschaft stehende Kindergarten auch als Organisationseinheit einer öffentlichen Stelle, nämlich des zugeordneten Amtes, erachtet, so *Kunkel*, ZAR 1991, 71.

nom nach außen auftritt, sondern durch den Leiter des Amtes, dem sie zugeordnet ist.¹¹⁹ Ausweislich des Wortlautes des § 2 Abs. 2 BDSG gelten neben den Behörden aber auch andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen als öffentliche Stellen. Insofern unterliegen auch Kindergärten in öffentlicher Trägerschaft als unter staatlicher Aufsicht stehende Organisationseinheiten der Begriffsdefinition der öffentlichen Stelle.

2.1.3 Bekannt gewordene Umstände

Von der Mitteilungspflicht sind in sachlicher Hinsicht der öffentlichen Stelle „bekannt gewordene Umstände“ erfasst. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff bedarf der Konkretisierung. Zunächst muss es sich mit Blick auf den Verweis auf die Bestimmung des § 86 AufenthG um solche Umstände handeln, deren Mitteilung an die Ausländerbehörde bzw. an die Polizeibehörde zum Zwecke der Ausführung des AufenthG und ausländerrechtlicher Bestimmungen in anderen Gesetzen erforderlich ist. Der hier im Fokus der Betrachtung stehende fehlende Aufenthaltsstatus einer Person ist ein solcher Umstand, der die Ausländerbehörde veranlasst, die Ausreisepflicht und deren Durchsetzung zu prüfen und auszuführen. Insofern ist die erforderliche Zweckgerichtetheit der Mitteilung über den (fehlenden) Aufenthaltsstatus zu bejahen.

Es stellt sich aber die Frage, ob jede öffentliche Stelle auf Ersuchen einer Ausländer- oder Polizeibehörde ihre Kenntnisse über den Aufenthaltsstatus einer Person ungeachtet der Art und Weise der Kenntniserlangung zu offenbaren hat. Zweifel sind insbesondere in Bezug auf öffentliche Stellen angebracht, deren Aufgabenspektrum nicht im Entferntesten polizei- und ordnungsrechtlichen Zielen zu dienen bestimmt ist. Dies gilt etwa für öffentliche Stellen, deren Errichtung ausschließlich pädagogisch-erzieherischen und fürsorgerischen Zwecken dient. Zweifelhaft ist hier vor allem, ob solche eine öffentliche Stelle auch jene Umstände mitzuteilen hat, die ihr nicht im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung, sondern lediglich bei Gelegenheit bekannt geworden sind. Aus dem Begriff „bekannt gewordene“ Umstände ergibt sich zunächst, dass eine öffentliche Stelle nicht auf der Grundlage des § 87 Abs. 1 AufenthG zur Datenerhebung der für die Ausländer- und Polizeibehörde relevanten Daten befugt und verpflichtet ist.¹²⁰ Anerkannt ist zudem, dass nur solche Daten mitzuteilen sind, die zulässigerweise erhoben worden sind¹²¹ und deren Kenntnis

¹¹⁹ Kunkel, ZAR 1991, 71

¹²⁰ Renner, Ausländerrecht, Kommentar, § 76 AuslG, Rn. 13. Siehe auch die Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum AufenthG (VAH-BMI) in Nr. 87.0.6.

¹²¹ Dies sahen bereits die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz (AuslG-VwV) in Nr. 76.07. vor. Auch unter der neuen Rechtslage wird dies im Innenrecht der Verwaltung zukünftig vertreten, siehe die vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum AufenthG (VAH-BMI) unter Nr. 87.07.

für die Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Stelle erforderlich ist. Die Erforderlichkeit der Kenntnis für die Aufgabenerfüllung als einschränkendes Merkmal gilt insbesondere für öffentliche Stellen, deren Aufgabenzuschreibung auf den Erziehungs- und Bildungsbereich ausgerichtet ist. Dies ist sachlich gerechtfertigt, da mit Blick auf die pädagogische Aufgabenausrichtung dieser Stellen zwischen deren Bediensteten und dem betreffenden Ausländer ein persönliches Näheverhältnis besteht, in dem persönliche Daten bei Gelegenheit der pädagogischen Aufgabenerfüllung, regelmäßig bekannt werden. Eine uneingeschränkte Mitteilungspflicht wäre geeignet, das pädagogisch und erzieherisch angestrebte persönliche Näheverhältnis zu beeinträchtigen und die faktische Aufgabenerfüllung gar zu verunmöglichen. Demgemäß sehen die im Dezember 2004 herausgegebenen Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum AufenthG (VAH-BMI) in Nr. 87.1.1.3 eine Einschränkung der Datenübermittlungspflicht öffentlicher Stellen des pädagogischen erzieherischen und des Bildungsbereichs vor:

„Für öffentliche Stellen in den Bereichen Erziehung, Bildung und Wissenschaft (insbesondere Schulen, Hochschulen) besteht eine Mitteilungspflicht, soweit sie Daten im Rahmen eines Anmeldeverfahrens oder eines Verfahrens zur Entscheidung über die Aufnahme, Einschreibung oder Zulassung erheben und die Kenntnis dieser Daten für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.“

Dieses Einschränkung galt im Innenrecht der Verwaltung bereits unter der Geltung des Ausländergesetzes.¹²² Der Mitteilungspflicht unterliegen also einmal nur solchen Daten, die am Beginn des Besuchs einer pädagogischen Institution, nämlich anlässlich der Aufnahme und Anmeldung im Wege der Erhebung bekannt werden. Ausgeschlossen sind damit Daten, die im Verlauf des Besuchs der Institution bei Gelegenheit bekannt werden. Zum anderen muss es sich um Daten handeln, die für die Aufgabenerfüllung der pädagogischen Institution erforderlich sind.

Die VAH-BMI erzeugen jedoch keine bindende Wirkung im innerbehördlichen Bereich. Sie wurden den zuständigen Behörden der Länder im Dezember 2004 zur weiteren Verwendung übersandt mit dem Ziel, aufgrund der sukzessive in der behördlichen Praxis gesammelten Erfahrungen eine endgültige Fassung zu erstellen. Diese Fassung wird dann voraussichtlich Grundlage einer Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG sein, um die Verwaltungspraxis der Landesbehörden bundesweit innerbehördlich bindend zu vereinheitlichen. Im Innenrecht der Verwaltung werden Schulleiter bzw. Leiter von Kindergärten sich jedenfalls nach Inkrafttreten

¹²² Siehe Nr. 76.1.1.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AuslG (AuslG-VwV).

einer solchen Verwaltungsvorschrift auf die in ihr festgeschriebenen Beschränkungen bei der Datenübermittlung berufen können.

Unter Zugrundlegung der soweit skizzierten einschränkenden Grundsätze im Rahmen der Mitteilungspflicht ist zu prüfen, ob die Kenntnis ausländerrechtlich relevanter Daten bei der Aufnahme oder Anmeldung in einer Grund- oder Hauptschule bzw. in einem Kindergarten überhaupt zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Beschränkung auf im Zusammenhang mit der Aufnahme in die pädagogische Institution bekannt gewordene Daten impliziert, dass das für die Aufnahme zuständige Organ der Mitteilungspflicht unterliegt. Nur unter diesen Voraussetzungen sind die gewonnenen Daten Gegenstand Mitteilungspflicht eines Schul- bzw. Kindergartenleiters gem. § 87 Abs. 1 AufenthG.

2.1.3.1 Einem Schulleiter bekannt gewordene Umstände

In Bezug auf die Frage nach einer Mitteilungspflicht eines Schulleiters ist zunächst festzuhalten, dass bereits keine Rechtsgrundlage für die Erhebung des aufenthaltsrechtlichen Status eines Schülers existiert. Die Bestimmung des § 4 der hessischen *Verordnung über die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache* trifft Regelungen über die Schulaufnahme ausländischer Schüler. Entscheidungszuständiges Organ ist nach Abs. 1 Satz 1 der Schulleiter. Die Aufnahme setzt gemäß Abs. 2 lediglich die Vorlage einer gültigen Meldebescheinigung voraus, nicht hingegen ein Dokument, das den Aufenthaltsstatus des Kindes oder des Jugendlichen bescheinigt. Im Übrigen hat der Schulleiter die Eltern und Schüler gem. Abs. 3 vor der Aufnahmeentscheidung anzuhören und eingehend zu beraten. Er ist hingegen nicht gesetzlich verpflichtet, sich Kenntnis über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände des betreffenden Kindes oder Jugendlichen zu verschaffen. Die Kenntnis ist überdies auch nicht für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich. Das Aufgabenspektrum des Schulleiters ist zuvörderst edukativ-pädagogischer Natur und erst sekundär in Bezug auf die damit verbundene Verwaltungstätigkeit administrativ geprägt.¹²³ Dies macht auch die Regelung über die Rechtsstellung des Schulleiters in § 88 HSchG deutlich. Der Abs. 2 der Bestimmung konturiert das Aufgabenfeld des Schulleiters katalogartig als ein primär von der Erziehungs- und Bildungsarbeit geprägtes Spektrum. Im Rahmen der Aufnahme von Schülern obliegt ihm demgemäß die Prüfung der Schulreife des Kindes unter edukativ-pädagogischer Gesichtspunkten. Die aufenthaltsrechtlichen Umstände sind hierbei formell unerheblich.

¹²³ Siehe Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. II, **Jahr...einfügen**, § 104 4, S. 366.

Ebenso wenig ist die Kenntnis dieser Umstände für die so genannte Bedarfsverwaltung, wie z.B. die Verwaltung des Sachbedarfs – wie Einrichtungs- und Lehrmittel – erforderlich.¹²⁴ Dieser Bedarf orientiert sich an der Schülerzahl, d.h. auch den Klassenfrequenzen; für die Anschaffung eines Buches oder des Schulmobiliars ist belanglos, ob die Nutzung durch ein Kind mit oder ohne Aufenthaltsstatus erfolgt. Demgemäß ist auch keine materiell-rechtliche Vorschrift ersichtlich, nach der z.B. Lehrmittel nur für solche Schüler angeschafft werden dürfen, die ein Aufenthaltsrecht oder eine Duldung besitzen.¹²⁵

Es könnte gleichwohl anzunehmen sein, dass der über die Aufnahme entscheidende Schulleiter der Kenntnis über den aufenthaltsrechtlichen Status des Kindes bedarf, um die Schulpflicht des Kindes bzw. dessen eine Schulaufnahme zu prüfen. Denn nach derzeitiger Ordnungsregelung unterliegen Kinder mit einem Aufenthaltstitel oder – eingeschränkt – mit einer Aufenthaltsgestattung der Schulpflicht; geduldeten Kindern wird ein Schulzugangsrecht gewährt; statuslose Kinder haben hingegen kein positiv normiertes Recht auf einen Schulzugang (siehe § 3 der *Verordnung über die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache*). Diese Ungleichbehandlung statusloser Kinder ist – wie dargelegt¹²⁶ – jedoch nicht vereinbar mit ihrem Recht auf chancengleiche Entwicklung der Persönlichkeit gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Da ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Beschulung auch statusloser Kinder besteht, also auf einen Schulzugang unabhängig vom aufenthaltsrechtlichen Status, bedarf ein Schulleiter im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung nicht der Kenntnis dieses Umstandes.

Die Kenntnis eines Datums zum Aufenthaltsstatus ist nach alledem für die Erfüllung seiner Aufgaben nicht erforderlich. Erlangt der Schulleiter im Rahmen eines Aufnahmeanhörungsgesprächs Kenntnis über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände, so erlangt er diese Kenntnis lediglich bei Gelegenheit seiner Aufgabenerfüllung. Diese ohne seine Initiative und ohne Rechtsgrundlage erfahrenen Umstände sind darum nicht Gegenstand seiner Mitteilungspflicht im Rahmen des § 87 Abs. 1 AufenthG.

Daher unterliegt ein Schulleiter nicht der Mitteilungspflicht des § 87 Abs. 1 AufenthG.

¹²⁴ Siehe Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. II, **Jahr...einfügen**, § 104 4, S. 370.

¹²⁵ Anderes gilt etwa im Bereich der Sozialhilfe oder der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, da der Leistungsumfang entscheidend vom Aufenthaltsstatus abhängt.

¹²⁶ Siehe oberhalb unter III.1.1.2.4.

2.1.3.1 Einem Kindergartenleiter bekannt gewordene Umstände

Da Leiter der Kindergärten in freier Trägerschaft – wie dargelegt¹²⁷ – nicht der Mitteilungspflicht des § 87 Abs. 1 AufenthG unterliegen, ist allein fraglich, ob Leiter der Kindergärten, die in öffentlicher Trägerschaft stehen, ihnen bekannt gewordene Umstände mitzuteilen haben. Da die Mitteilung zunächst auf solche Umstände beschränkt ist, deren Kenntnis im Rahmen der Aufnahme in den Kindergarten erlangt wurde, ist von Bedeutung, ob der einzelne Kindergartenleiter über die Aufnahme des betreffenden Kindes entscheidet. Sollte das betreffende Kind trotz des fehlenden Anspruchs¹²⁸ auf einen Kindergartenplatz im Rahmen dieser Entscheidungszuständigkeit in den Kindergarten aufgenommen worden sein, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dennoch eine Prüfung eines Anspruchs stattgefunden hat. Da dieser Anspruch zunächst überhaupt voraussetzt, dass das Kind einen rechtmäßigen oder geduldeten Aufenthalt im Bundesgebiet hat (vgl. § 6 Abs. 2 SGB VIII), bedarf es im Rahmen der Kindergartenaufnahme der Erhebung der Daten über den aufenthaltsrechtlichen Status. Ein für die Entscheidung zuständiger Leiter eines in öffentlicher Trägerschaft stehenden Kindergarten erlangt daher Kenntnis von aufenthaltsrechtlichen Umständen nicht nur bei Gelegenheit, sondern in Ausübung der ihm übertragenen Aufgabenwahrnehmung. Er unterliegt daher dann der Mitteilungspflicht des § 87 Abs. 1 AufenthG. Liegt das Aufnahmeverfahren hingegen übergeordnet ausschließlich in der Zuständigkeit der Bediensteten des öffentlichen örtlichen Kindergartenträgers und erlangen diese entsprechende Kenntnis im Rahmen der Erhebung der erforderlichen aufenthaltsrechtlich relevanten Daten, so trifft die Kindergartenleitung keine Mitteilungspflicht. Soweit sie in diesem Fall eine dahingehende Kenntnis erlangt, geschieht dies nicht in Ausübung der ihr übertragenen Aufgabenwahrnehmung, sondern lediglich bei Gelegenheit. Da also die administrative Aufgabenverteilung im Aufnahmeverfahren eines Kindes maßgebend ist, ist eine pauschale Bewertung der Mitteilungspflicht eines Kindergartenleiters nicht möglich. Es bedarf stets der Beurteilung der administrativen Gegebenheiten vor Ort.

2.2 Unterrichtungspflicht, § 87 Abs. 2 AufenthG

Gem. § 87 Abs. 2 AufenthG haben

„öffentliche Stellen (...) unverzüglich die zuständige Ausländerbehörde zur Unterrichten, wenn sie Kenntnis erlangen von

¹²⁷ Siehe oberhalb unter III.2.1.2.

¹²⁸ Siehe oberhalb unter III.1.2.

1. dem Aufenthalt eines Ausländer, der keinen erforderlichen Aufenthaltstitel besitzt und dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist,
2. ...
3. ...;
- ...

Diese Bestimmung statuiert eine Pflicht zu so genannten „Spontanmitteilungen“. Ein Ersuchen der Ausländerbehörde auf Mitteilung wird hier also nicht vorausgesetzt. Ob ein Schulleiter oder ein Kindergartenleiter eigeninitiativ eine Anzeige gegenüber einer Ausländerbehörde abzugeben hat, hängt auch bei der Pflichtigkeit nach § 87 Abs. 2 AufenthG davon ab, ob die Kenntnis über die vollziehbare, nicht ausgesetzte Ausreisepflicht des Kindes für ihre Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Es kann insofern auf die Ausführungen zur Mitteilungspflicht gem. § 87 Abs. 1 AufenthG verwiesen werden. Die dort angeführten Gesichtspunkte, die eine Beschränkung der Datenerhebung und -mitteilung jener öffentlicher Stellen begründen, die einen pädagogisch-erzieherischen und fürsorgerischen Aufgabenschwerpunkt haben, gelten in besonderer Weise gegenüber der Spontanmitteilung nach § 87 Abs. 2 AufenthG. Im Innenrecht der Verwaltung wird dieser Aspekt berücksichtigt. Obgleich die Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum AufenthG (VAH-BMI) in Nr. 87.2.1.1 die Schule als eine nach § 87 Abs. 2 Nr. 1 anzeigepflichtige öffentliche Stelle nennt, beschränken sie die mitzuteilenden Sachverhalte in Nr. 87.2.0.3 unter dem Kriterium der Erforderlichkeit:

„Eine Unterrichtungspflicht besteht für jede öffentliche Stelle, die Kenntnis von dem Sachverhalt in Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben verlangt. (...) Eine Kenntnisnahme bei Gelegenheit der Aufgabenwahrnehmung genügt nicht (siehe Nr. 87.1.2).“

Schulleiter sind daher nicht verpflichtet, Spontanmitteilungen gem. § 87 Abs. 2 AufenthG über den illegalen Aufenthalt eines eingeschulerten Kindes abzugeben. Leiter von Kindergärten in öffentlicher Trägerschaft sind hingegen unterrichtungspflichtig nach § 87 Abs. 2 AufenthG, soweit ihnen administrativ die Erhebung aufenthaltsrechtlich relevanter Daten im Rahmen des Verfahrens der Aufnahme des Kindes in den Kindergarten übertragen ist und sie eine entsprechende Kenntnis bei Ausübung dieser Aufgabe erlangt haben.

Ergebnis: Schulleiter unterliegen nicht einer Übermittlungs- und Unterrichtungspflicht nach § 87 AufenthG. Hingegen unterliegen Leiter von Kindergärten diesen Pflichten, soweit sie im

Rahmen ihrer administrativen Zuständigkeit im Rahmen eines Aufnahmeverfahrens Kenntnis über ausländerrechtliche relevante Umstände, insbesondere über den illegalen Aufenthalt eines Kindes erlangt haben.

3. Strafbarkeit eines Schulleiters bzw. eines Kindergartenleiters gem. § 96 AufenthG

Wenn Eltern bzw. ein Elternteil ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung aus eigenem Antrieb ihr schulreifes Kind, ebenfalls ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung, bei einem Schulleiter / Kindergartenleiter einer öffentlichen Grundschule bzw. eines Kindergartens anmelden wollen, macht sich der Schul- bzw. der Kindergartenleiter gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG strafbar, wenn er das Kind an seiner Institution aufnimmt und dabei weiß, dass weder die Eltern noch das Kind über ein Aufenthaltsrecht oder eine Duldung verfügen?

Gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft,

„wer einen anderen zu einer der in § 95 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder Abs. 2 bezeichneten Handlungen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet und

- 1. dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder*
- 2. wiederholt oder zu Gunsten von mehreren Ausländern handelt.“*

Dieser Straftatbestand, der unter der Überschrift „Einschleusen von Ausländern“ steht, erfasst die Teilnahmehandlungen des Anstiftens oder der Hilfeleistung. Er normiert die verselbständigte Strafbarkeit der Teilnahme u.a. an einem Vergehen nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 in den Begehungsformen der Anstiftung und der Beihilfe.¹²⁹ Gemäß § 96 Abs. 3 ist der Teilnahmeversuch in beiden Teilnahmeformen strafbar. Dies ist bedeutsam, weil der Versuch einer Beihilfe i.S.d. § 27 StGB nach allgemeinem Strafrecht nicht strafbar und der Versuch einer Anstiftung i.S.d. § 26 StGB nur strafbar ist, sofern die Haupttat ein Verbrechen ist (vgl. § 30 Abs. 1 StGB).

¹²⁹ Siehe zur Tatbestandsstruktur: BGHR AuslG § 92 a Abs. 1 Nr. 2; BGH, StV 2000, 357, 359; BayObLG, NSZ-RR 2003, 275 sowie OLG Karlsruhe, InfAuslR 2004, 450.

3.1 Teilnahmefähige Haupttat

Von den im Tatbestand genannten Haupttaten ist in Fällen statusloser Kinder einschließlich ihrer Eltern die des § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfüllt.¹³⁰ Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer

„ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 sich im Bundesgebiet aufhält, vollziehbar ausreisepflichtig ist und dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist.“

Auch Minderjährige kommen als Haupttäter in Betracht. Sofern sie noch nicht das 14. Lebensjahr vollendet haben, sind sie zwar gem. § 19 StGB schuldunfähig, so dass ihre Strafverfolgung unterbleibt. Jedoch ist die an die Haupttat anknüpfende Akzessorietät der Teilnahme insoweit gelockert, als dass lediglich eine rechtswidrige Haupttat vorliegen muss. Ein schuldhaftes Handeln des Haupttäters ist für die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht erforderlich (vgl. §§ 26, 27, 29 StGB). Dieser Grundsatz der limitierten Akzessorietät gilt auch für die nach § 96 AufenthG strafbaren Schleuserhandlungen.¹³¹ Insofern kommt eine teilnahmefähige Handlung sowohl bei illegalem Aufenthalt der Eltern als auch der Minderjährigen in Betracht, da bei schulpflichtigen bzw. schulfähigen Kindern davon auszugehen ist, dass trotz der Schuldunfähigkeit ein strafrechtliche Handlungsfähigkeit gegeben ist.¹³²

3.2 Tathandlung: Hilfe leisten

Fraglich ist, ob ein Schul- oder Kindergartenleiter dem statuslosen, vollziehbar ausreisepflichtigen Kind und/oder dessen vollziehbar ausreisepflichtigen Eltern Hilfe leistet, sich ohne Aufenthaltstitel oder Duldung in Deutschland aufzuhalten, indem er das Kind in die Schule bzw. den Kindergarten aufnimmt.

Bezüglich der Beihilfehandlung gelten die allgemeinen Regeln zur Beihilfe nach § 27 StGB.¹³³ Beihilfe ist die dem Täter vorsätzlich geleistete, für die Begehung einer rechtswidrigen Tat kausale Hilfe.¹³⁴ Als Beihilfe gilt jede Handlung, die geeignet ist, die Haupttat zu fördern. Die Bei-

¹³⁰ Siehe den Sachverhalt, der diesem Gutachten zugrundegelegt wird, oberhalb unter II.

¹³¹ BGHR AuslG § 92 a Abs. 1 Nr. 2; BGH, StV 2000, 357, 359; OLG Karlsruhe, InfAuslR 2004, 450; BayObLG, NStZ-RR 2003, 275.

¹³² Vgl. *Westphal/Stoppa*, NJW 1999, 2137.

¹³³ BGHR AuslG § 92 a Abs. 1 Nr. 2; BGH, StV 2000, 357, 359; OLG Karlsruhe, InfAuslR 2004, 450; BayObLG, NStZ-RR 2003, 275.

¹³⁴ *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, § 27 Rn. 2.

hilfehandlung kann sowohl physischer als auch psychischer Art sein.¹³⁵ Dabei muss die Beihilfehandlung nicht *conditio sine qua non* sein für den Erfolg der Haupttat sein. So ist bereits ausreichend, dass der Entschluss des Ausländers lediglich eine Bestärkung erfährt, sich unerlaubt im Bundesgebiet aufzuhalten. Gehilfenhandlung kann etwa vorliegen, wenn der Tatenschluss des Ausländers mit illegalem Aufenthalt dadurch bestärkt wird, dass ihm ein erhöhtes Sicherheitsgefühl vermittelt wird. Hingegen wird eine Beihilfehandlung regelmäßig dann nicht vorliegen, wenn der Täter zur Fortsetzung seines illegalen Aufenthaltes unter allen Umständen entschlossen ist.¹³⁶ Ein solche Hilfeleistung kann auch nach Beginn der Tat noch einsetzen, soweit die Tat noch nicht beendet ist. Bei dem Dauerdelikt des illegalen Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG setzt eine Beihilfehandlung typischer zeitlich nach dem Beginn der Haupttat ein.

Es bestehen Zweifel, ob bereits unter Zugrundelegung dieses objektiven Beihilfetatbestandes die bloße Aufnahme eines Kindes in eine Schule oder einen Kindergarten ein Hilfeleisten zum illegalen Aufenthalt darstellt. Die Aufnahme eines Kindes in eine solche Institution mag allenfalls als psychische Beihilfe zur Haupttat der Eltern zu subsumieren sein. Jedoch müsste im Einzelfall die Aufnahme des Kindes für den Entschluss der Eltern, den illegalen Aufenthalt im Bundesgebiet fortzusetzen, einen gewissen Grad der Erheblichkeit erlangen. Hierzu bedürfte es der Ermittlung der Vorsatzrichtung der Eltern. Die Motivation, einen illegalen Aufenthalt zu begründen oder fortzusetzen, ist äußerst vielschichtig. Der Wunsch, dass Kinder eine Bildungsvermittlung nicht versäumen, ist zuvörderst ein Grundlagenanliegen elterlicher Sorge, das grundsätzlich unabhängig vom Ort des Aufenthalts besteht. Es ist grundsätzlich anzunehmen, dass dieses Grundlagenanliegen nicht die treibende Motivation für die Begründung und Fortsetzung eines illegalen Aufenthalts im Bundesgebiet darstellt. Zudem dürfte der Entschluss, diesen Aufenthalt fortzusetzen, unabhängig von einer positiven Entscheidung über die Aufnahme der Kinder in der Schule oder einen Kindergarten fortbestehen, so dass die Aufnahme nicht mehr kausal die fortdauernde Haupttat des illegalen Aufenthalts fördern kann. Für die objektive Tatbestandsmäßigkeit der Beihilfehandlung bedarf es aber letztlich einer Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls.

3.3. Wiederholtes Handeln oder Handlung zu Gunsten von mehreren Ausländern

Neben der Beihilfehandlung müssten die Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfüllt sein. Wiederholt handelt, wer mindestens eine zweite Tathandlung begeht. Eine Wiederholung ist etwa möglich, wenn mehrere Geschwisterkinder beschult oder in einen Kindergarten

¹³⁵ *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, § 27 Rn. 7.

¹³⁶ BayObLG, InfAuslR 1999, 469; 2000, 263.

aufgenommen werden. Soweit man sowohl auf die Eltern als auch die Kinder als Haupttäter abstellt, für die gemeinsam der Entschluss zum rechtswidrigen Aufenthalt durch die Aufnahme geprägt wird, handelt der Schul- bzw. Kindergartenleiter zu Gunsten mehrerer Ausländer.

3.4 Gehilfenvorsatz

Ein Schul- bzw. Kindergartenleiter müsste des Weiteren mit Gehilfenvorsatz handeln. Der Vorsatz des Gehilfen muss sowohl die Begehung der Haupttat sowie die eigene Gehilfenhandlung umfassen (doppelter Gehilfenvorsatz). Hinsichtlich der Haupttat genügt dabei, dass er deren wesentlichen Merkmale erkennt, ohne von deren Einzelheiten eine bestimmte Vorstellung zu haben.¹³⁷ Der Vorsatz hinsichtlich der Beihilfehandlung setzt voraus, dass er zur Tatbestandsverwirklichung beitragen will.¹³⁸ Insoweit ist aber ausreichend, er die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält oder billigend in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz).¹³⁹ Ein Gehilfenvorsatz ist hingegen dann zu verneinen, wenn die betreffende Handlung erkennbar wenig zum Gelingen der Tat beizutragen vermochte.¹⁴⁰ Ein Vorsatz fehlt des Weiteren, wenn er sein Tun für ungeeignet hält, die Tat zu fördern.¹⁴¹

Dieser subjektive Tatbestand ist zunächst einmal dann nicht erfüllt, wenn ein Schul- bzw. Kindergartenleiter keine Kenntnis vom illegalen Aufenthalt des Kindes und seiner Eltern hat. Des Weiteren und zuvörderst ist der Vorsatz eines Schulleiters deshalb zu verneinen, weil er die Aufnahme des statuslosen Kindes in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht verfügt, die sich aus dem dargelegten¹⁴² verfassungsrechtlichen Anspruch des Kindes auf einen Schulzugang ergibt. Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob dies strafrechtsdogmatisch den Vorsatzausschluss begründet oder die Rechtswidrigkeit seines Handelns entfallen lässt.

Soweit ein Kindergartenleiter überhaupt administrativ über Aufnahme eines Kindes in den Kindergarten entscheidet, bedarf es zur Beurteilung seines Vorsatzes hingegen einer Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalles.

¹³⁷ Vgl. BGHSt 42, 136.

¹³⁸ RGZ 60, 24.

¹³⁹ Vgl. BGHZ 2, 281.

¹⁴⁰ *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, § 27 Rn. 8 m.w.N.

¹⁴¹ Vgl. BGH, NStZ 1985, 318.

¹⁴² Siehe dazu die Ausführungen oberhalb unter III.1.1.2.4.

Ergebnis: Wenn Eltern bzw. ein Elternteil ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung aus eigenem Antrieb ihr schulreifes Kind, ebenfalls ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung, bei einem bei einem Schulleiter einer öffentlichen Grundschule anmelden, macht sich ein Schulleiter nicht gemäß § 96 Abs. 1 AufenthG strafbar, wenn er die Aufnahme des Kindes verfügt an und dabei weiß, dass weder die Eltern noch das Kind über ein Aufenthaltsrecht oder eine Duldung verfügen.

Eine entsprechende Strafbarkeit eines Kindergartenleiters gem. § 96 Abs. 1 AufenthG im Falle der Aufnahme eines statuslosen Kindes in einen Kindergarten ist hingegen abhängig von den Gesamtumständen des Einzelfalls.

IV. Ergebnisübersicht