

## **Erläuterungen**

zu dem Gutachten

„Aufenthaltsrechtliche Illegalität und soziale Mindeststandards

- Das Recht des statuslosen Kindes auf Bildung –,

### Vorbemerkung:

Die rechtliche Begutachtung der von der GEW als klärungsbedürftig erachteten Fragestellungen auf dem Gebiet der Bildung statusloser Kinder macht es aus Gründen der Transparenz erforderlich, dem Gutachten zunächst einen Sachverhalt voranzustellen (siehe Gliederungspunkt II). In diesem Sachverhalt wird die Relevanz der Klärung der Fragestellungen in der gebotenen Kürze erläutert. Zudem wird der Begriff „statusloses Kind“ inhaltlich ausgefüllt und es werden die aufenthaltsrechtlichen Implikationen aufgezeigt, die bei diesen Kindern sowie deren Eltern zugrunde zu legen sind. Die Klarstellung dieser aufenthaltsrechtlichen Prämissen ist erforderlich, da die bei der Begutachtung zu berücksichtigenden relevanten Gesetzesmaterien weit gehend Regelungen enthalten, die an die aufenthaltsrechtliche Stellung der Kinder sowie partiell auch ihrer Eltern anknüpfen.

Entsprechend der vorgegebenen Fragestellungen erfolgt die Begutachtung dreigeteilt (siehe Gliederungspunkt III.1 / III.2 / III.3). In der Ergebnisübersicht (siehe Gliederungspunkt IV) werden schließlich die Ergebnisse der jeweiligen Fragestellung dargestellt. Da zur Vermeidung unangenehmer Wiederholungen auf eine Zusammenfassung der je tragenden Argumentation in diesem abschließenden Abschnitt des Gutachtens verzichtet wird, erläutere ich die Argumentation in ihren wesentlichen Grundaussagen wie folgt:

### Zusammenfassung der Argumentation

- **Gliederungspunkt III.1: Recht auf Beschulung an öffentlichen Grund- und Hauptschulen / Anspruch auf einen Kindergartenplatz**

#### Einbeziehung in die Schulpflicht?

Zu beantworten ist zunächst die Frage, ob statuslose Kinder der **Schulpflicht** in Hessen auf der Grundlage des Art. 56 Abs. 1 HessLV i.V.m. § 56 Abs. 1 HSchG unterliegen (S. 5 ff./Gliederungspunkt III.1.1.1.1). Dabei ist zu beachten, dass die Schulpflicht ausländischer Kinder aufgrund einer Verordnungsermächtigung in § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 der *Verord-*

*nung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache* geregelt ist. Statuslose Kinder sind danach nicht in die Schulpflicht einbezogen. Dies (ausgrenzende) Verordnungsregelung hat verfassungsrechtlich Bestand. Dies ergibt sich aus der Ratio der Schulpflicht, die in ihrer Wirkung als Schulzwang einen Eingriff in die Grundrechte eines jeden Schülers darstellt und nicht verwechselt werden darf mit einem Recht auf einen Schulzugang. Dabei rechtfertigt sich dieser Eingriff aus dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag. Diesen Auftrag erfüllt der Staat zuvörderst um seiner selbst Willen (staatsbezogene Legitimationsaspekte des Bildungs- und Erziehungsauftrags, siehe Seite 12). Soweit dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag auch eine staatliche Fürsorgepflicht gegenüber dem einzelnen Kind immanent sein mag, begründet eine solche Pflicht jedoch kein subjektives Recht des Kindes auf Schulaufnahme (siehe S. 13). Der Schulpflicht steht also kein äquivalentes Schulzugsrecht des Kindes gegenüber. Mit Blick auf die staatsbezogene Legitimation der Schulpflicht ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Bundesland die Schulpflicht nur auf ausländische Kinder mit verfestigtem Aufenthalt oder feststellbar zukunfts offenem Aufenthalt erstreckt. Der Staat hat auf diesem Gebiet einen Gestaltungsspielraum.

#### Individualrecht auf Schulbesuch?

Nach alledem ist allein von Relevanz, ob und inwieweit sonstige Rechtsgrundlagen positiv ein *Recht* auf einen Schulbesuch begründen. In Bezug auf ausländische Kinder ist im **hessischen Landesrecht** die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 HSchG i.V.m. § 3 der *Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache* zu prüfen (S. 15 ff./Gliederungspunkt III.1.1.1.2). Die Verordnungsregelung beschränkt das Schulrecht in Anknüpfung an den Aufenthaltsstatus eines Kindes. Statuslose Kinder haben danach kein Recht auf Beschulung.

Damit verbleibt zunächst die Frage nach einem **verfassungsrechtlichen Anspruch** auf eine Beschulung (S. 16 ff./Gliederungspunkt III.1.1.2). Unter den näher in Betracht kommenden Grundrechten erweist sich das *Recht auf chancengleiche Entwicklung der Persönlichkeit*, abgeleitet aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, als eine tragfähige Rechtsgrundlage. Dabei ist herauszustellen, dass jedes minderjährige Kind Träger des Rechts auf eine freie und menschenwürdige Entfaltung der Kindespersönlichkeit (Art. 1 I, Art. 2 I GG) ist. Das Schutzgut dieses Grundrechts ist die in der Entwicklung befindliche Persönlichkeit des Kindes („Person-Werden“ – Prozess der Persönlichkeitsherausbildung zu einem eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Menschen). Wird einem minderjährigen Kind jegliche Teilhabe an Bildung verwehrt, so ist dieses Grundrecht betroffen (Eingriff). Die Teilhabe an Bildung stellt in-

sofern einen grundrechtsrelevanten Sozialisationsaspekt dar: Die *generelle* Vorenthaltung von Bildungsvermittlung beeinträchtigt die Integrität der Persönlichkeit in geistig-seelischer Beziehung. 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. Aus dem betroffenen Grundrecht selbst, das grundrechtsdogmatisch lediglich einen Schutz gegen staatliche Eingriff (aktives Handeln des Staates) vermittelt, kann isoliert jedoch kein subjektives Recht des einzelnen Kindes abgeleitet werden. Ein solches Recht ist aber dann begründbar, wenn das soweit grundrechtlich geschützte Kind auf dem Gebiet der Teilhabe an bestehenden Bildungsinstitutionen ungleich behandelt wird (Recht auf gleiche Teilhabe an bestehenden Leistungssystemen). Insofern ist der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Bezug zu nehmen. Diese Teilhaberechtliche Funktion des Art. 3 Abs. 1 GG entfaltet sich vorliegend in folgender Hinsicht: Festzustellen ist eine Ungleichbehandlung des hessischen Ordnungsgebers bei der Gewährung einer Teilhabe am öffentlichen Schulwesen. Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Während der vergleichbaren Gruppe der geduldeten Kinder ein Schulrecht kraft Verordnung eingeräumt wird, wird ein solches statuslosen Kindern nicht zuteil. Dieser Differenzierung mangelt es an dem verfassungsrechtlich geforderten legitimen Zweck. Der Zweck der Verordnungsregelung knüpft allein an die Integration von Kindern an. Dies lässt sich bei völkerrechtlicher Auslegung nicht rechtfertigen vor dem Hintergrund des Art. 2 Abs. 1 der EMRK: „Das Recht auf Bildung darf niemandem versagt werden.“ Da diese Ungleichbehandlung also nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, haben statuslose Kinder einen Anspruch auf einen Schulbesuch aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Dabei sei hinzugefügt, dass sich dieses Recht auf eine Teilhabe an einer *Elementarbildung* bezieht, die mit dem Besuch der Grund- bzw. Hauptschule eingelöst würde. Denn damit wird dem grundrechtsrelevanten Sozialisationsaspekt, der der Bildungsvermittlung innewohnt, bereits Rechnung getragen.

Unter den im Weiteren zu prüfenden **völkerrechtlichen** Normen, die einen Anspruch auf einen Schulzugang begründen könnten, erweist sich die Bestimmung des **Art. 2 Abs. 1 des 2. Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention** als eine tragfähige Rechtsgrundlage (siehe Seite 30 ff./Gliederungspunkt III.1.1.3.2). Es handelt sich um eine im nationalen Rechtsraum unmittelbar anwendbare Völkervertragsnorm. Das in dieser Bestimmung geregelte Verbot, das Recht auf Bildung zu versagen, vermittelt auch ein subjektives Recht des Kindes auf Bildung, mithin auf einen Zugang zu einer Grund- und Hauptschule. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte beschränkt dieses Recht wiederum auf die Teilhabe an einer Elementarbildung.

### Anspruch auf einen Kindergartenplatz?

Als mögliche einfachgesetzliche Anspruchsgrundlage kommt hier allein die Regelung des § 24 SGB VIII in Frage (siehe S. 37/Gliederungspunkt III.1.2.1). Ein Anspruch auf dieser Grundlage ist jedoch zu verneinen. Der Kindergartenplatz ist als Angebot zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen eine *Leistung* der Kinder- und Jugendhilfe (§ 2 II Nr. 3 SGB VIII). Ausländer können *Leistungen* der Jugendhilfe nur bei gewöhnlichem Aufenthalt im Bundesgebiet beanspruchen, der als solcher rechtmäßig oder zumindest geduldet sein muss (§ 6 Abs. 2 SGBVI-II). Diese Voraussetzungen erfüllen statuslose Kinder nicht. Die dem § 6 Abs. 2 SGB VIII immanente Beschränkung des SGB VIII für statuslose Kinder wird auch nicht durch völkerrechtliche Normen (vgl. § 6 Abs. 4 SGB VIII) überwunden.

Es besteht auch kein **grundrechtlicher Anspruch** statusloser Kinder auf einen Kindergartenplatz. Wird Kindern der Besuch eines Kindergartens und insoweit eine vorschulische 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. Dies ist jedoch zu verneinen. Damit scheidet ein Anspruch aus einem *Recht auf chancengleiche Entwicklung der Persönlichkeit*, abgeleitet aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, aus.

- **Gliederungspunkt III.2: Übermittlungspflicht eines Schulleiters sowie eine Kindergartenleiters nach § 87 AufenthG**

Ein **Schulleiter** unterliegt **keiner Übermittlungspflicht** nach § 87 AufenthG. Eine Schule ist zwar eine öffentliche Stelle i.S.d. § 87 AufenthG. Jedoch ist sie als eine dem Erziehungs- und Bildungsbereich zugeordnete öffentliche Stelle nur zur Mitteilung von Daten verpflichtet, deren Kenntnis für ihre Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Die Kenntnis des aufenthaltsrechtlichen Status ist aber nicht für die Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags der Schule erforderlich. Insbesondere hat die vorangegangene Prüfung eines Rechts auf eine Beschulung deutlich gemacht, dass ein fehlender Aufenthaltsstatus nicht das Recht auf Schulaufnahme ausschließt.

Hinsichtlich einer Mitteilungspflicht eines **Kindergartenleiters** aus § 87 AufenthG ist demgegenüber zu **differenzieren**: Leiter von Kindergärten in freier Trägerschaft sind nicht mitteilungspflichtig, da diese Kindergärten keine öffentlichen Stellen im Sinne des § 87 AufenthG sind. Kindergärten in öffentlicher Trägerschaft sind hingegen öffentliche Stellen im Sinne der gesetzlichen Regelung. Des Weiteren ist der Aufenthaltsstatus eines Kindes ein für seine Auf-

nahme in den Kindergarten wesentlicher Prüfungspunkt, da der Anspruch auf einen Kindergartenplatz einen rechtmäßigen oder geduldeten Aufenthalt voraussetzt. Sofern einem Kindergartenleiter die Zuständigkeit für die Aufnahmeentscheidung zugewiesen ist, erlangt er in Ausübung der ihm übertragenen Aufgabenwahrnehmung die erforderliche Kenntnis über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände, die der Meldepflicht des § 87 AufenthG unterliegen.

- **Strafbarkeit eines Schulleiter sowie eines Kindergartenleiters gem. § 96 Abs. 1 AufenthG**

Die Frage nach einer mit der Aufnahme des Kindes in die Schule verbundenen Strafbarkeit eines **Schulleiters** gem. § 96 Abs. 1 AufenthG (S. 52 ff./Gliederungspunkt III.3) ist zu verneinen. Die Aufnahme in eine Schule stellt im Regelfall keine geeignete Hilfeleistung zur strafbaren Haupttat des illegalen Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) dar. Die Aufnahme in die Schule dürfte sich regelmäßig nicht als hinreichendes Motiv der Eltern erweisen, um den illegalen Aufenthalt aufrechtzuerhalten. Zudem bestehen grundsätzlich Zweifel am Vorsatz eines Schulleiters, der in Erfüllung des Anspruchs des Kindes auf Schulaufnahme handelt. Strafrechtsdogmatisch mag dieser Gesichtspunkt aber auch die Rechtswidrigkeit seines Handelns entfallen lassen.

Sofern einem Kindergartenleiter überhaupt die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Aufnahme eines Kindes übertragen ist, macht er sich im Regelfall nicht mit der Aufnahme eines statuslosen Kindes gem. § 96 Abs. 1 AufenthG strafbar. Denn auch die Aufnahme in einen Kindergarten dürfte sich regelmäßig nicht als hinreichendes Motiv der Eltern erweisen, um den illegalen Aufenthalt fortzusetzen. Falls die Aufnahme des Kindes in einen Kindergarten – entgegen dieser tendenziellen Einschätzung – ein wesentlich mitbestimmendes Motiv der Eltern für ihren illegalen Aufenthalt darstellen sollte, wäre eine Strafbarkeit eines Kindergartenleiters infolge der Aufnahme allerdings nicht gänzlich auszuschließen. Da – wie im Gutachten ausgeführt – kein Anspruch des Kindes auf einen Kindergartenplatz besteht, wäre das Handeln des Kindergartenleiters nicht strafrechtlich gerechtfertigt. Letztlich bedürfte es in diesen Fällen einer Gesamtwürdigung der Einzelfälle.