

Kurzvortrag: Schulen und Bildungseinrichtungen ohne Meldepflicht: Was bedeutet die gesetzliche Veränderung?

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Sebastian Klaus, Ass. iur., Vortrag gehalten am 09.03.2012 anlässlich des Forums "Leben in der Illegalität" (Redemanuskript mit begrenztem wissenschaftlichen Apparat)

Meine Damen und Herren,

zurückblickend war die Meldepflicht von öffentlichen Einrichtungen nach § 87 AufenthG ein revolvierender Diskussionsgegenstand des Forums. Mein Vortrag bildet gewissermaßen einen partiellen Abschluss der Diskussion, aber keinen Abgesang.

Lassen Sie mich einen Ausblick auf das Anstehende wagen: In einem ersten Abschnitt soll die Bedeutung des § 87 AufenthG vor seiner Novellierung im Gesamtkontext des eingeordnet werden (dazu unter I.). Durch die Novellierung eingetretene Veränderungen möchte ich daran anschließend vorstellen, ebenso gescheiterte Veränderungsvorschläge (dazu unter II.). Im dritten Abschnitt meines Vortrages möchte ich auf die Vereinbarkeit der aktuellen Rechtslage mit höherrangigem Recht eingehen (dazu unter III.). In einem vierten Abschnitt lassen sie mich den Bogen noch etwas weiter spannen und die Auswirkungen der Änderungen in einen globaleren Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Migrationskontrolle einordnen (dazu unter IV.). Schließen will ich meinen Vortrag mit einem Fazit (dazu unter V.).

I.

Der Bezugspunkt des § 87 AufenthG ist ein zentraler: Das in § 4 Abs. 1 AufenthG statuierte präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, welches die Einreise in das Bundesgebiet und den Aufenthalt im Bundesgebiet von einer

Legalisierung abhängig macht. Das darin liegende Verbot an jeden Ausländer ohne Zulassung ins Bundesgebiet einzureisen, ist in vielgestaltiger Weise ordnungsrechtlich abgesichert. Professor *Daniel Thym* hat präzise ein mehrstufiges Absicherungssystem anhand des gesamten Gesetzes skizziert.¹ Als Bausteine sind die Vorschaltung eines Visumsverfahrens, die Kontrolle durch die Beförderungsunternehmen, die Überprüfung des Migrationsgeschehens durch die Grenzpolizei sowie eine Kontrolle im Inland zu nennen. Dazu zählt § 87 AufenthG.²

§ 87 AufenthG folgt dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung und konkretisiert ihn in der Weise, dass andere Hoheitsträger den Ausländerbehörden zur Erfüllung derer Aufgaben vorhandene und notwendige Informationen liefern (müssen). So etwa darüber, dass der Aufenthalt eines Ausländers illegal ist, weil dieser keinen erforderlichen Aufenthaltstitel besitzt und dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist. Anforderungen der Ausländerbehörden bedarf in diesem Fall es nicht.³

Verpflichtete nach § 87 AufenthG sind öffentliche Stellen, wozu nach Maßgabe der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz⁴ unter anderem öffentliche Schulen und Hochschulen zählten; private Bildungseinrichtungen wurden konsequenter Weise nicht erfasst.⁵ Der Rückgriff auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung, man mag ihn scharf als „ausländerpolizeiliche Instrumentalisierung des Schulverhältnisses“ bezeichnen⁶, ist **aus sich heraus** nicht zu kritisieren.

¹ Siehe in: Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 335 ff.

² Zur ordnungsrechtlichen Einordnung von § 87 AufenthG auch *Krieger*, NVwZ 2007, S. 165, 170; implizit *Fischer-Lescano*, InfAuslR 2008, S. 54, 57.

³ So die Unterscheidung zwischen § 87 Abs. 1 und 2 AufenthG.

⁴ Siehe Ziffer 87.2.1.1.

⁵ Dazu auch *Fischer-Lescano*, InfAuslR 2008, S. 54. Maßgeblich kann der Begriff der „öffentlichen Stellen“ i.S.d. Bundesdatenschutzrechts übertragen werden, vgl. *Hilbrans*, in: *Hofmann/Hoffmann*, AuslR, § 87 AufenthG Rn. 4.

⁶ *Fischer-Lescano*, InfAuslR 2008, S. 54, 57.

Selbige Verwaltungsvorschrift schränkte die Meldepflicht von öffentlichen Schulen und Hochschulen in zweierlei Hinsicht bereits ein: Zum einen mussten Erkenntnisse „in Erfüllung der Aufgaben“ gewonnen worden sein. Kenntnisgewinne bei Gelegenheit reichten nicht aus.⁷ Verschiedentlich war hinsichtlich der Meldepflicht von Schulen die Ansicht vertreten worden, dass die Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht entscheidender Maßstab dafür wäre.⁸ Zum anderen mussten diese Erkenntnisse konkret und insoweit auch nachweisbar sein, Vermutungen genügten nicht.⁹ Inwieweit haben sich nun Rechtslage und -anwendungspraxis durch die Novellierung des § 87 AufenthG verändert?

II.

Mit dem 2. Richtlinienumsetzungsgesetz ist § 87 Abs. 1 und 2 AufenthG partiell novelliert worden ohne generelle Abschaffung der Meldepflicht. Er exkludiert aber nun Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen aus dem Kreis der meldepflichtigen öffentlichen Stellen. Die erste Entwurfsfassung der Regierungsfractionen sah eine solche noch nicht vor. Der Änderungsantrag innerhalb der Ausschussberatungsphase enthält dazu folgende Begründung:

„Um der Zielgruppe die Furcht vor Entdeckung des illegalen Aufenthaltes zu nehmen und den Besuch von öffentlichen Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen für sie zu erleichtern, sollen diese öffentlichen Stellen von den bisher uneingeschränkt bestehenden aufenthaltsrechtlichen Übermittlungspflichten gegenüber Ausländerbehörden ausgenommen werden.“¹⁰

Die Begründung des Änderungsantrags bietet auch Anhaltspunkte, welche öffentlichen Stellen ganz konkret von der Meldepflicht ausgenommen

⁷ Siehe Ziffer 87.1.2.

⁸ Fischer-Lescano, InfAuslR 2008, S. 54, 55.

⁹ Siehe a.a.O.

¹⁰ BT-Drs. 17/6497, S. 14.

werden. Zum einen, den gesetzlichen Begriff der Schule betreffend, alle von der öffentlichen Hand getragenen Schulen, d. h. Grund-, Haupt-, Sonder- und Gesamtschulen sowie weiter- und berufsbildende Schulen.¹¹ Zum anderen betrifft die Ausnahme von der Meldepflicht die Kindergärten, Kindertagesstätten, kinder- und jugendtherapeutische Einrichtungen und solche der Jugendhilfe.¹² Hochschulen werden in der Begründung nicht gesondert erwähnt, sie fallen jedoch eindeutig unter den allgemeinen Begriff der Bildungseinrichtungen.

1.

Die Trennung von Schulen und derlei Bildungseinrichtungen von anderen öffentlichen Stellen mag auf den ersten Blick scharf erscheinen. Auf den zweiten sind die möglichen Berührungspunkte mit den Tätigkeiten anderer öffentlicher Stellen mannigfaltig. Dies konstatiert auch der neuerliche Gesetzentwurf der Fraktion von Bündnis90/DIE GRÜNEN aus dem Juni 2011.¹³ Lassen Sie mich hierzu ein Beispiel nennen, inwieweit eine Gefahr des faktischen Konterkarierens der Gesetzesänderungen gegeben ist. Das Beispiel entstammt dem schulischen Leben und hängt zugleich mit Fragen der allgemeinen Schulpflicht zusammen. Auf diese Diskussion kann ich aus Zeitgründen nur im Kontext eingehen, hierfür haben Sie bitte Verständnis.

Nehmen wir an, der 7-jährige Schüler S soll von seinen Eltern bei einer Grundschule angemeldet werden. S, wie auch seine Eltern, halten sich illegal im Bundesgebiet und dort in Niedersachsen auf.

Für die Primarstufe legt der Schulträger nach § 63 Abs. 2 S. 1 (Nds)SchulG besondere Schulbezirke fest, die nach § 63 Abs. 3 (Nds)SchulG grundsätzlich von denjenigen Schülern besucht werden müssen, die dort

¹¹ Siehe a.a.O.

¹² BT-Drs. 17/6497, S. 14 f.

¹³ BT-Drs. 17/6167.

ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben. Hier bestehen Berührungspunkte mit dem Melderecht, die sich als kritisch erweisen können und in einem engen, aber zunächst trennungsbedürftigen Zusammenhang mit der Frage nach der allgemeinen Schulpflicht stehen.

Zumindest für die Bestimmung der Schulbezirke bzw. der Ansässigkeit in dem jeweiligen Bundesland ist die Vorlage einer Meldebestätigung regelmäßig gefordert. In diesem Zusammenhang sieht § 90b S. 1 AufenthG vor, dass Ausländer- und Meldebehörden – soweit sie denselben örtlichen Zuständigkeitsbereich haben – wechselseitig bestimmte Daten einander übermitteln. Es handelt sich dabei um Angaben zum Namen, zum Geburtstag und –ort, der Staatsangehörigkeit sowie der letzten Anschrift im Inland und der Ausreise (§ 90a Abs. 2 AufenthG). Auch damit besteht bei einer gesetzeskonformen Erfüllung der Meldepflicht die Gefahr, dass mittels des Datenabgleiches nach § 90b S. 1 AufenthG ein illegaler Aufenthalt entdeckt wird. Es zeigt sich demnach, dass der Kontakt mit anderen öffentlichen Stellen die Bereichsausnahme, die § 87 Abs. 1 und 2 AufenthG enthält, *de facto* konterkarieren kann.

Was die Vorlage von Meldebescheinigungen betrifft, wurde in einigen Bundesländern das Konfliktpotential eher abgebaut, denn verschärft: In Hessen etwa ist die Brisanz der Verknüpfung von Aufenthalts-, Melde- und Schulrecht dadurch entschärft worden, dass ausdrücklich ein Passus in einer anzuwendenden Verordnung, der die Vorlage einer Meldebescheinigung bei Anmeldung zur Schule forderte, im Änderungswege aufgehoben worden ist.¹⁴ Dies gilt allerdings erst einmal nur für das Bundesland Hessen.

Aber auch in Nordrhein-Westfalen und Hamburg wird dieser möglichen Umgehung bereits begegnet, indem für die Anmeldung von Schülern weder

¹⁴ Siehe *Hanschmann*, RdJB 2010, S. 80, 90 f.; zu Kritik daran *Fischer-Lescano*, InfAuslR 2008, S. 54, 58.

Meldebescheinigungen noch etwa Kopien von Pässen der Eltern verlangt werden. Dort erfolgten entsprechende Vorgaben durch Rundschreiben der zuständigen Ministerien. Andere Bundesländer sind zum Handeln aufgefordert! Gerade die Handlungsweise im Bundesland Nordrhein-Westfalen zeigt, dass dieses Vorgehen im Verwaltungsverfahren sich nicht bereits durch die Erstreckung der Schulpflicht auch auf Ausländer ohne Aufenthaltsstatus erübrigt. Denn Nordrhein-Westfalen gehört neben Bayern zu den einzigen Bundesländern, die die allgemeine Schulpflicht ausdrücklich auf ausreisepflichtige ausländische Kinder und Jugendliche erstreckt haben.¹⁵

Die aktuellen Regelungen der Schulpflicht können aus einem anderen Grund problematisch sein. Denn die Missachtung einer bestehenden Schulpflicht erfüllt einen bußgeldbewehrten Tatbestand im Ordnungswidrigkeitenrecht.¹⁶ Täter können Kinder ab dem Alter von 14 Jahren und Eltern sein. In einigen Bundesländern existieren sogar Straftatbestände, sofern die Verletzung der Schulpflicht besonders nachhaltig ist.¹⁷

Die jeweils zuständige Bußgeldbehörde¹⁸ muss zur Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Bußgeldtatbestandes natürlich überprüfen, ob überhaupt eine allgemeine Schulpflicht bestand. Jene

¹⁵ Siehe § 34 Abs. 6 S. 2 (NRW) SchulG. Dazu und zu der Regelung im Freistaat Bayern auch *Hanschmann*, RdJB 2010, S. 80, 84.

¹⁶ Für Niedersachsen siehe etwa § 176 Abs. 1 Nds. SchulG.

¹⁷ Siehe dazu etwa § 182 Abs. 1 HschulG: „*Wer einen anderen der Schulpflicht dauernd oder hartnäckig wiederholt entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.*“

¹⁸ Insbesondere bei der Sekundarstufe I kann sich dabei eine Identität von Schulträger und Bußgeldbehörde ergeben; so sind etwa in Niedersachsen nach § 5 Nr. 2 der ZustVO-Owi die Landkreise, kreisfreien Städte, großen selbständigen Städte und selbständigen Gemeinden zuständig für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten bei Zuwiderhandlungen nach § 176 Nds. SchulG. Schulträger sind nach § 102 Abs. 1 bzw. 2 Nds. SchulG bei Grundschulen die Gemeinden, die Samtgemeinden und die öffentlich-rechtlich Verpflichteten in gemeindefreien Gebieten, für die übrigen Schulformen die Landkreise und kreisfreien Städte.

Prüfung ist dann originäre Aufgabe der Bußgeldbehörde und fällt in den Anwendungsbereich von § 87 Abs. 2 AufenthG. Entsprechende Kenntnisse sind deshalb – unter Umständen sogar „hausintern“ einem anderen Fachdienst, der für das Ausländer- bzw. Aufenthaltsrecht zuständig ist – zu übermitteln. Die Bereichsausnahme des § 87 Abs. 2 AufenthG greift hier nicht ein. Es besteht *de facto* eine Gefahr der Wirkungslosigkeit der Änderung der Norm. Hauptsächlich wird also das Verhalten der Eltern durch die Sanktionsmechanismen geleitet werden.

Jedoch ist diese Gefahr gering. Denn bei einer wirklichen Inanspruchnahme der Bildungsangebote wird ein Interesse daran bestehen, mögliche Fehlzeiten zu minimieren. Sollten derartige Fehlzeiten auftreten, so können diese durch die Eltern erst einmal entschuldigt werden. Erst bei längerer Dauer sehen entsprechende Runderlasse und Verordnungen in den einzelnen Bundesländern die Vorlage von ärztlichen Attesten oder Vergleichbarem.

2.

Anders als der umgesetzte Vorschlag der Regierungsfractionen sah der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion aus dem Jahr 2009¹⁹ eine weitergehende Änderung von § 87 AufenthG vor. Der Begriff der „öffentlichen Stellen“ sollte durch die Wörter „Polizei- und Ordnungsbehörden sowie öffentliche Stellen mit der Aufgabe der Strafverfolgung und -vollstreckung“ ersetzt werden. Mit den Worten von *Herrn Dr. (Norbert) Cyrus* wäre dies die „umfassende“ Lösung gewesen.²⁰ Dem ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Im weiteren Verlauf meines Vortrages werde ich darauf eingehen, ob der nun beschrittene Lösungsweg den Vorgaben höherrangigen Rechts ausreichend Rechnung trägt.

¹⁹ BT-Drs. 17/56.

²⁰ Siehe in: ZAR 2010, S. 317, 319 f.; den Entwurf begrüßend auch *Farahat/Groß*, ZAR 2010, S. 341, 347.

3.

Eine Streitfrage ganz anderer Art griff der ebenfalls im Verlaufe der Ausschusssitzungen eingebrachte Änderungsantrag der Fraktion von Bündnis 90/DIE GRÜNEN auf, der über die Fraktionsgrenze hinaus indes keine Zustimmung fand.²¹

Ziel dieses Änderungsantrages war die Erweiterung des Kreises anspruchsberechtigter Personen nach § 6 Abs. 2 SGB VIII für Leistungen der Sozial- und Jugendhilfe auch auf sich im Bundesgebiet illegal aufhaltende Ausländer. Konsequenz dessen wäre etwa gewesen, dass Kinder als Leistungsberechtigte der Sozial- und Jugendhilfe einen Anspruch auf Besuch einer Kindertageseinrichtung (§ 24 Abs. 1 SGB VIII) erworben hätten.

III.

Wahrt das aktuelle Recht, was § 87 AufenthG und den weiterhin bestehenden Ausschluss von einem Anspruch auf Besuch einer Kindertagesstätte etwa, betrifft, die Vorgaben höherrangigen Rechts?

Dreh- und Angelpunkt ist das Recht auf Bildung. Dieses ist nach überwiegender Auffassung als subjektives Recht insbesondere durch Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK und damit völkervertraglich garantiert. Neben Art. 2 S. 1 finden sich weitere Bestimmungen in Art. 28 UN-Kinderrechtskonvention und Art. 13 des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Inwieweit das nationale Verfassungsrecht eine Rolle spielt, werde ich sogleich im Kontext darstellen.

1.

²¹ Siehe BT-Drs. 17/6497, S. 13 f.

Das Recht auf Bildung gewährt einen subjektiven Anspruch gegenüber dem Staat, dass dieser Einzelnen ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit oder den Aufenthaltsstatus Zugang zu vorhandenen Bildungseinrichtungen ermöglicht. Grundlage dessen ist, dass staatlicherseits ein Bildungsauftrag verfolgt wird und das staatliche Hegemonial Anlass bildet ihm aufzuerlegen den Zugang zu seinen Bildungseinrichtungen zu gewähren in den Grenzen des Möglichen. Aus der Perspektive der Rechtswissenschaft spricht man von einem sog. derivativen Teilhaberecht.²² Derivative Teilhaberechte bestehen immer dann, wenn ein Hoheitsträger zur Erfüllung seiner Aufgaben Einrichtungen schafft, diese aber nur über eine begrenzte Kapazität verfügen.

Vor allem aus Art. 13 des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte wird ersichtlich, dass die Vertragsstaaten die Legalität des Aufenthalts nicht als durchgreifenden Grund für einen Ausschluss vom Teilhaberecht erachtet haben.²³

Nach zutreffender Ansicht sind Bildungseinrichtungen im Sinn von Art. 2 vorschulische Einrichtungen bis Einrichtungen zur weiteren Ausbildung von Erwachsenen und damit insbesondere Hochschulen.²⁴ Abzulehnen ist die Erstreckung auch auf Einrichtungen der frühkindlichen Bildung.²⁵ Wenn Art. 2 Abs. 2 die Vertragsstaaten dazu verpflichtet bei Ausübung der von ihnen auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Elternrecht zu achten, wird ein planmäßiger Unterricht des Kindes vorausgesetzt, der frühestens in einer Vorschule verwirklicht werden kann. So enthalten die verschiedenen Verpflichtungen des Art. 28

²² Hanschmann, RdJB 2010, S. 80, 93.

²³ Dazu auch Hanschmann, RdJB 2010, S. 80, 92.

²⁴ Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 2 1.ZP Rn. 6; Langenfeld, in: Grote/Marauhn, Kap. 23 Rn. 37 ff.; dies., Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 235; a.A. H. Cremer, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere – Empfehlungen zur Umsetzung, S. 16.

²⁵ Vgl. auch Langenfeld, in: Grote/Marauhn, Kap. 23 Rn. 17.

Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention aus zeitlicher Perspektive heraus als denkbar früheste Verpflichtung die Ermöglichung eines (unentgeltlichen) Besuch der Grundschule.

Zwar hat der Gesetzgeber in § 22 Abs. 3 SGB VIII als Förderungsauftrag der Jugendhilfe die „Erziehung, Bildung und Betreuung des Kindes“ determiniert und als Bezugspunkte „die soziale, emotionale, körperliche und geistige Entwicklung des Kindes“ genannt. Einen Brückenschlag zum Bildungsauftrag der Schule, wie er etwa in § 2 Abs. 1 (Nds)SchulG beschrieben wird, existiert damit. Dennoch ist der Brückenschlag kein Judiz dafür, dass auch die frühkindliche Bildung vom völkervertraglich gewährleisteten Recht auf Bildung erfasst wäre.

Sodann ist zu fragen, ob die Meldepflicht, wie sie § 87 AufenthG für Schulen und Bildungseinrichtungen statuierte, als Eingriff in das Recht auf Bildung erachtet werden konnte. Dies wird man aus der Erwägung heraus, dass die Meldepflicht in sehr deutlicher Weise die Handlungsspielräume der Eltern verengen, auf der Grundlage eines sog. faktisch-mittelbaren Eingriffs bejahen können.²⁶ Da ein solcher Eingriff nicht zu rechtfertigen gewesen wäre, weil er den Kernbereich des Rechts auf Bildung betraf, waren die Änderungen des § 87 Abs. 1 und 2 AufenthG in der Tat notwendig.²⁷

Um nicht die Wirkungen der Änderungen zu konterkarieren, wird **auch aus Gründen menschenrechtlicher Gewährungsleistungen** in der Verwaltungspraxis auf die Vorlage von Meldebescheinigungen bei der Einschulung, aber auch etwa von Aufenthaltstiteln bei der Immatrikulation zu verzichten sein. Die entsprechenden Aufforderungen wären gleichermaßen faktisch-mittelbare Barrieren und sind damit unzulässig. Zur Bestimmung der eigenen örtlichen Zuständigkeit müssen etwa Kopien

²⁶ Siehe auch *Fischer-Lescano*, InfAuslR 2008, S. 54, 56.

²⁷ Vgl. dazu *Hanschmann*, RdJB 2010, S. 80, 94 f. m.w.N. aus der Rspr. des EGMR.

von Mietverträgen oder die Auskunft des Vermieters bzw. dritter Personen genügen. Die entscheidenden Schritte sind freilich noch nicht in allen Bundesländern gegangen. Würde sich der mit Blick auf das Recht auf Bildung geforderte Unterlass der Vorlage einer Meldebescheinigung einstellen, würden auch die melderechtlichen Spannungslagen sich deutlich entschärfen.

Das vermeintlich größte Problem, die Sanktionierung der Schulpflichtverletzung, erweist sich als Scheinproblem. Denn in der überwiegenden Zahl der Fälle werden sich entsprechende Fehlzeiten gering halten und durch die Eltern entschuldigt werden können. Wenn dennoch längere Fehlzeiten auftreten, die etwa durch gesundheitliche Ursachen haben, würde sich natürlich in einem anderen Zusammenhang das Problem der fehlenden Krankenversicherung stellen.

Vorsicht ist geboten, die entsprechenden Rechtsfragen auch im Zusammenhang mit dem Recht auf Bildung zu eröffnen. Denn in Bezug auf dieses ist entscheidend, ob die möglichen, aber zunächst einmal hypothetischen Umstände dazu führen können, Eltern von der Entsendung ihrer Kinder in die Schule abzuhalten. Erst unter dieser weiteren Voraussetzung kann überhaupt eine mittelbar-faktische Beeinträchtigung auftreten. Hierfür fehlt **es mir an Belegen**, dass diese hypothetischen Umstände eine gleichermaßen beeinflussende Wirkung haben können wie es im Fall des § 87 AufenthG ohne Bereichsausnahme angenommen worden ist.

2.

Für das nationale Verfassungsrecht, welches ein Recht auf Bildung ausdrücklich nicht gewährleistet, folgt ein entsprechendes derivatives Teilhaberecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG,

welches einen chancengleichen Zugang zu öffentlichen Schulen und öffentlichen Bildungseinrichtungen vorhält.²⁸ Dieses ist, insoweit besteht eine Vergleichbarkeit mit Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK, als Menschenrecht konzipiert.²⁹ Der Umstand, dass sie keine Staatsangehörigen der Bundesrepublik Deutschland sind, ist aufgrund der menschenrechtlichen Ausrichtung unbeachtlich.

Indes stellt aber auch für das derivative Teilhaberecht aus nationalem Verfassungsrecht die Frage, unter welchen Voraussetzungen es eingeschränkt werden kann. Dabei wird man Art. 2 Abs. 1 GG richtigerweise und dessen Schrankenvorbehalt heranzuziehen haben, wonach eine Beschränkungen durch die verfassungsmäßige Ordnung möglich ist. Die verfassungsmäßige Ordnung bilden danach alle formell und materiell verfassungsgemäßen Gesetze. Eine wesentliche Frage ist dabei die Frage nach der Verhältnismäßigkeit. Diese war in Bezug auf § 87 Abs. 2 AufenthG von verschiedenen Seiten in Zweifel gezogen worden.

Etwa mit dem Argument, dass die Meldepflichten wohl ungeeignet wären das Migrationsverhalten der Eltern zu steuern³⁰ oder mit dem Argument, dass eine „Gesetzgebung, die die Konsequenzen des elterlichen Fehlverhaltens gegen die Kinder richtet, nicht mit den fundamentalen Vorstellungen der Gerechtigkeit vereinbar [sei].“³¹ Die Rspr. des *BVerwG* geht indes von einer „Schicksalgemeinschaft“ aus Eltern und Kindern aus, indem es judiziert, dass „minderjährige Kinder das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Eltern teil[en].“

²⁸ *Krieger*, NVwZ 2007, S. 165, 169.

²⁹ Vgl. *Krieger*, a.a.O.

³⁰ Siehe etwa *Fischer-Lescano*, InfAuslR 2008, S. 54, 56.

³¹ So *Krieger*, NVwZ 2007, S. 165, 170, unter Verweis auf die Rspr. des US Supreme Courts; mit ähnlichen Erwägungen *Fischer-Lescano*, a.a.O.

Dennoch ist kein durchgreifendes Argument ersichtlich, weshalb bis zur möglichen Aufenthaltsbeendigung den Kindern und Jugendlichen ein Zugang zu Bildungseinrichtungen faktisch versperrt werden sollte. Das allgemeine Vollzugsinteresse des Staates an der Einwanderungskontrolle muss gegenüber der Grundrechtsausübung des Kindes zurückstehen, da dem Staat zahlreiche andere Befugnisse zur Verfügung stehen, die dieses Recht nicht faktisch unzugänglich machen und deshalb weniger einschneidend sind.³²

Freilich gilt dies nur bis zur Durchsetzung der Ausreisepflicht, nicht kann daraus eine reflexive Protektion des illegalen Aufenthalts hergeleitet werden.

Speziell auf den gescheiterten Änderungsvorschlag der Fraktion von Bündnis90/DIE GRÜNEN lassen sie mich an dieser Stelle noch einmal gesondert eingehen. Ursprünglich war in den grundlegenden Gesetzentwurf zum Kreis der Leistungsberechtigten nach dem SGB VIII der Bundesregierung die Erstreckung auf geduldete Ausländern nicht enthalten; diese ist vielmehr auf Initiative des Bundesrates zurückzuführen.³³ Dort es heißt zur Inklusion von Ausländern in den Kreis der Leistungsberechtigten nach § 5 Abs. 2 SGB VIII-E:

„(...) Ein Ausschluss von Asylbewerbern und geduldeten Ausländern, die auf längere Zeit rechtmäßig (sic!) hier leben, ist nicht gerechtfertigt. (...) Kinder und Jugendliche, die aufgrund ihres ausländerrechtlichen Status noch nicht abgeschoben werden können oder aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten noch nicht abgeschoben werden, können aber nicht jahrelang ohne die für sie notwendigen Hilfe zur Erziehung gelassen werden, zumal aufgrund der bisherigen Erfahrungen damit gerechnet werden muss, dass sie tatsächlich auf Dauer hier bleiben.“

³² So Krieger, NVwZ 2007, S. 165, 170; zur Bedeutung des Landesverfassungsrechts siehe Langenfeld, Kulturelle Identität und Integration zugewanderter Minderheiten, 2001, S. 233 f.

³³ BR-Drs. 503/89, S. 9.

Auffällig ist, dass der Bundesrat noch einen weiteren Passus vorschlug, wonach *auch „anderen Ausländern [...] Leistungen erbracht [werden] können, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist.“* Dem ist der Gesetzgeber nicht gefolgt und hat damit deutlich gemacht, dass er grundsätzlich die Leistungsberechtigung an die Legalisierung des Aufenthalts binden will und mit der Leistungsberechtigten für geduldete Ausländer darauf reagiert, dass bei diesen eine Aufenthaltsbeendigung zumindest zeitnah überwiegend unwahrscheinlich ist.

Diese Überlegung entspricht dem Grundsatz, dass die Leistungsverantwortung aus dem Sozialstaatsprinzip **primär** gegenüber denjenigen Personen besteht, die Angehörige des Staates oder zumindest in einer längeren – tatsächlichen – Verbundenheit zu ihm stehen. Dementsprechend kann er die Leistungsberechtigung zumindest subsidiär ausgestalten oder ganz verneinen bei Personen, auf die diese Voraussetzungen nicht zutreffen. Die Untergrenze seiner Ausgestaltungsmöglichkeiten bildet dabei das für alle Menschen sicherzustellende Existenzminimum, welches über das Asylbewerberleistungsgesetz sichergestellt werden soll.

IV.

Mir scheint es geboten eine weitere Überlegung an das Ende meines Vortrages zu stellen, die in einem allgemeinen Zusammenhang mit der Einwanderungskontrolle und der Realisierung sozialer Menschenrechte steht. Die Realisierung sozialer Menschenrechte ist immer auch gleiche Teilhabe. Chancengleiche Teilhabe ist Bedingung von Integration, also eines bestimmten Fortschritts und einer Festigkeit von sozialen Bindungen im weitesten Sinne.

Die menschenrechtlichen Streitfragen, die sich aktuell um das Aufenthaltsrecht ranken, haben den Schutz dieser sozialen Bindungen zum Gegenstand. Forciert durch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, aufgenommen durch das Bundesverfassungsgericht sowie das Bundesverwaltungsgericht und in der Wirkungsweise auf Art. 2 Abs. 1 GG übertragen, ist der Schutz „verwurzelter Ausländer“ eine der brennenden Streitfragen, die nur in Ansätzen beantwortet ist. Allgemein formuliert lässt sich damit die Frage verbinden, ob und inwieweit sozialen Bindungen von Ausländern schützenswert sind und zu einer Absicherung des bisher illegalen Aufenthalts führen können in Relation zu der umgegangenen, zumindest aber wirkungslos gebliebenen Migrationskontrolle.

Mit der Novellierung des § 87 AufenthG hat der Gesetzgeber einen Baustein des eingangs erwähnten Sicherungssystems aufgegeben – oder aufgeben müssen. Daraus ergeben sich auch theoretische Konsequenzen für mögliche Wirkungen des Art. 8 EMRK im Aufenthaltsrecht. So ist es Ausländern ohne Aufenthaltsstatus ohne Entdeckung möglich das Bildungssystem in der Bundesrepublik Deutschland zu durchlaufen und Fortschritte im Bereich der kulturellen Integration zu erzielen. Diese Umstände bilden ein mitentscheidendes Kriterium der Prüfung der Rechtmäßigkeit der endgültigen Aufenthaltsbeendigung auf der Grundlage des 8 Abs. 2 EMRK bzw. dem nationalen Verfassungsrecht. Implikationen zwischen dem Aufenthaltsrecht und der kulturellen Integration durch Schul- und Hochschulbildung lassen sich also nicht bestreiten.³⁴

V.

Lassen Sie mich abschließend ein kurzes, in 5 Grundaussagen gehaltenes Fazit unter Bezugnahme auf die Frage aus Vortragstitel ziehen:

³⁴ So aber *Hanschmann*, RdJB 2010, S. 80, 94.

1. Mit den Änderungen des § 87 Abs. 1 und 2 AufenthG sind öffentlichen Schulen und Bildungseinrichtungen, im Übrigen auch Erziehungseinrichtungen wie Kindergärten und -tagesstätten kraft Gesetzes von einer Meldepflicht befreit. Weitere Probleme in der Anwendung der Norm verbleiben.

2. In Folge der Änderungen der Norm muss darauf geachtet werden, dass das mit der Gesetzesänderung verfolgte Ziel nicht durch konterkarierendes Verwaltungshandeln faktisch leerläuft. Insbesondere ist hier die Aufforderung zur Vorlage einer Meldebescheinigung bei Einschulung zu nennen, hinsichtlich derer auf Landesebene zum Teil noch entscheidend nachgebessert werden muss.

3. Eine „umfassende“ Lösung, d.h. die Erstreckung der Meldepflicht nur auf Strafverfolgungs- und Ordnungsbehörden hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen und dazu auch nicht gehalten, da die Gefahr des Leerlaufens der Bereichsausnahme über die geschildeten Konstellationen hinaus weitestgehend gering ist.

4. § 87 Abs. 1 und 2 AufenthG genügt selbst grundsätzlich den Anforderungen, die sich aus dem Völkervertragsrecht und aus nationalem Verfassungsrecht ergeben.

5. Die weitergehenden Änderungsvorschläge, die § 6 Abs. 2 SGB VIII betrafen und im Gesetzgebungsverfahren verfolgt worden sind, waren zumindest völkervertraglich und auch verfassungsrechtlich nicht gefordert.

Ich danke Ihnen.