

Rechtlicher Rahmen der Gesundheitsversorgung ausländischer Kinder und Jugendlicher unter besonderer Berücksichtigung psychischer Erkrankungen

Lars Hillmann¹

Die Gesundheitsversorgung von ausländischen Kindern und Jugendlichen in Deutschland wirft schwierige rechtliche Fragen auf. Dies liegt zum einen bereits an den überkomplexen Regelungen zum Zugang zu Sozialleistungen. Für die betroffenen Kinder und Jugendlichen sowie ihre Eltern oder andere Sorgeberechtigte dürfte nicht immer klar sein, welche Leistungen sie überhaupt beanspruchen können und wer für diese Leistungen zuständig ist. Doch nicht nur die Frage nach dem Zugang zu Sozialleistungen im Krankheitsfall ist problematisch. Viele ausländische Kinder und Jugendliche sowie manche deutsche Kinder und Jugendliche mit einem Migrationshintergrund sehen sich tatsächlichen Inanspruchnahmehürden gegenüber, die überwunden werden muss(ten), damit eine medizinische Behandlung überhaupt effektiv sein kann.

Dieser Artikel soll einen Überblick über die tatsächlichen Probleme der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen durch ausländische Kinder und Jugendliche geben und einen Beitrag leisten, die komplexe Rechtslage zu entwirren. Dazu werden zunächst die wesentlichen Zugangswege zu Sozialleistungen im Krankheitsfall und der Leistungsumfang überblicksartig dargestellt (1.). Anschließend werden die tatsächlichen Inanspruchnahmehürden, und dabei insbesondere die Sprachbarriere, analysiert und geprüft, inwieweit das Recht hilft, diese zu überwinden (2.). Abschließend wird dargelegt, zu welchen praktischen Verwerfungen die Rechtslage führt (3.) und Handlungsbedarf aufgezeigt (4.).

1 Zugang zur Gesundheitsversorgung

Grundsätzlich hat jeder Mensch unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit in Deutschland Zugang zur Gesundheitsversorgung, wenn er die dafür nötigen finanziellen Ressourcen hat. Für die meisten Menschen ist dies nicht der Fall, sodass sie Zugang zu einem sozialen Sicherungssystem benötigen, welches die Hilfen gewährt. Diese Sicherungssysteme sind die gesetzliche und private Krankenversicherung, das Sozialhilferecht, das Asylbewerberleistungsgesetz und das Kinder- und Jugendhilferecht.

Die Regelungen des Sozialgesetzbuches sind auf Ausländer anwendbar, wenn diese nach § 30 SGB I ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben.² Die einzelnen Bücher des Sozialgesetzbuches enthalten jedoch Ausschlussstatbestände, die bestimmte

1 Der Autor ist Referendar am Landgericht Leipzig und Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Planungsrecht an der Universität Leipzig. Er dankt *Isabel Hillmann* für die zahlreichen kritischen Hinweise aus medizinischer Sicht.

2 Es ist umstritten, ob der Aufenthalt auch materiell legal sein muss; vgl. *Janda, C.*, Migranten im Sozialstaat, Tübingen 2012, S. 63.

Ausländer aus dem Kreis der Leistungsberechtigten ausnehmen.³ Welchem sozialen Sicherungssystem Kinder und Jugendliche zugeordnet sind, richtet sich im Regelfall danach, welchem System die Eltern zugehören.

1.1 Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung

Sind die Eltern (Pflicht-)Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung, sind auch deren Kinder mit wenigen Ausnahmen⁴ nach § 10 SGB V im Wege der Familienversicherung versichert. Jedoch erhalten aufgrund § 5 Abs. 11 SGB V nicht alle Ausländer Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung. Die Norm gewährt den Zugang zu der Pflichtmitgliedschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V nur unter bestimmten Bedingungen. Erfüllt ein Ausländer die Voraussetzungen nicht, erhält er keinen Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung.⁵ Ausgeschlossen sind zum einen EU-Ausländer, die zwar freizügigkeitsberechtigt sind, aber nach § 4 Freizügigkeitsgesetz/EU bereits Krankenversicherungsschutz brauchen; die also in ihrem Heimatland versichert sind.⁶ Die Leistungsansprüche dieser Kinder richten sich dann ausschließlich nach dem Versicherungsverhältnis in dem anderen Mitgliedsstaat. Zum Zweiten sind alle Leistungsberechtigten nach § 1 Abs. 1 AsylbLG ausgeschlossen. Die dritte Gruppe sind Ausländer, die weder freizügigkeitsberechtigt sind, noch unter das AsylbLG fallen, deren Aufenthaltserlaubnis für maximal 12 Monate gilt und die zugleich nicht verpflichtet sind, ihren Lebensunterhalt in Deutschland nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG selbst zu sichern. Während für die ersten beiden Gruppen nach der gesetzlichen Logik die Absicherung des Zugangs zu medizinischer Versorgung durch die ausländische Versicherung oder das AsylbLG gewährt wird, steckt hinter letzterem Ausschluss die Überlegung, dass Ausländer grundsätzlich nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG bereits über eine Absicherung im Krankheitsfall verfügen müssen, bevor sie nach Deutschland einreisen.⁷ Der dritten Gruppe dürften daher nur sehr wenige Ausländer unterfallen, da zum einen fast alle Aufenthaltstitel die Sicherung des Lebensunterhalts verlangen oder für mehr als ein Jahr erteilt werden.⁸ Sofern ein Ausländer dieser Norm unterfällt, kann er keine Aufnahme in die Krankenkasse verlangen, sondern ist auf Sozialhilfe angewiesen.

1.2 Zugang zum Asylbewerberleistungsrecht

Zugang zur medizinischen Versorgung wird auch über die §§ 4 und 6 AsylbLG gewährt. Diesem Sicherungssystem unterfallen nach § 1 Abs. 1 AsylbLG mehrere heterogene Ausländer-

3 Zum Ganzen: *Janda, C.* (Anm. 2).

4 Beispielsweise wenn ein Elternteil ein Einkommen oberhalb der Jahresentgeltgrenze bezieht (§ 10 Abs. 3 SGB V) oder das Kind bereits selbst Einkommen erzielt (§ 10 Abs. 1 Nr. 2).

5 *Simon*, in: *Berchtold, J./Huster, S./Rehborn, M.* (Hrsg.), *Gesundheitsrecht*, Baden-Baden 2018, § 5 SGB V, Rn. 80 ff.

6 *Simon* (Anm. 5), § 5 SGB V, Rn. 81.

7 *Just*, in: *Becker, U./Kingreen, T.* (Hrsg.), *SGB V*, München 2017, § 5, Rn. 69.

8 Vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff, A.* (Hrsg.), *Medizinrecht*, München 2014, § 5, Rn. 76. Grundsätzlich würden subsidiär Schutzberechtigte die Ausschlussgründe erfüllen (vgl. § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG). Sie werden jedoch in den meisten Fällen aufgrund des SGB II-Leistungsbezugs oder eigener Erwerbsarbeit pflichtversichert sein (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 a oder Nr. 1 SGB V).

gruppen.⁹ Die bedeutsamsten Gruppen sind Asylbewerber (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG i.V.m. § 55 AsylG) und Geduldete (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG i.V.m. § 60 a AufenthG). Kinder und Jugendliche erfüllen entweder selbst einen der Tatbestände oder werden nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG wie ihre Eltern behandelt. Wenn ein Elternteil des Kindes Leistungsberechtigter nach dem AsylbLG ist und der andere Elternteil einem anderen Sicherungssystem (z.B. SGB II i.V.m. SGB V) angehört, soll das Kind nach den Vorschriften abgesichert sein, die den besseren Schutz bieten.¹⁰

Für Kinder und Jugendliche, die Leistungsberechtigte i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG sind und die nicht in den „Genuss“ der Leistungen des § 40 SGB VIII kommen, gilt damit der gegenüber dem SGB V stark reduzierte Leistungsumfang des § 4 und § 6 AsylbLG. Danach erhalten die Kinder nur bei „akuten Erkrankungen“ oder „Schmerzzuständen“¹¹ Krankenbehandlung. Für den – insbesondere wegen der hohen Prävalenz von posttraumatischen Belastungsstörungen in der Gruppe der Geflüchteten äußerst praxisrelevanten – Bereich der Psychotherapie vertreten die Rechtsprechung und manche Stimmen in der Literatur, dass es sich bei psychischen Erkrankungen im Regelfall um „chronische“ und gerade nicht „akute“ Erkrankungen handle und für diese daher kein Anspruch auf Behandlung nach § 4 Abs. 1 S. 1 AsylbLG bestünde.¹²

Nach 15-monatigem, ununterbrochenem Aufenthalt in Deutschland, erweitern sich die Ansprüche der Leistungsberechtigten nach § 2 Abs. 1 AsylbLG, sofern diese nicht aufgrund der negativen Voraussetzung des letzten Halbsatzes unangewendet bleibt. Der Leistungsumfang entspricht dann dem des SGB XII, welches auf das SGB V verweist.

1.3 Zugang zur Krankenhilfe (SGB VIII)

Jedoch sind nicht alle minderjährigen Asylbewerber nur dem AsylbLG zuzuordnen. Handelt es sich um sogenannte unbegleitete minderjährige Ausländer, erfolgt die Gesundheitsversorgung über § 40 SGB VIII, wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Kinder nach § 42 a SGB VIII vorläufig in Obhut genommen hat oder sie später nach § 42 SGB VIII in Obhut nimmt bzw. in eine stationäre Maßnahme übergibt.

1.4 Zugang zur Sozialhilfe

Ausländer, die weder dem AsylbLG, noch dem SGB V unterfallen, erhalten im Krankheitsfall entweder über Leistungen die Sozialhilfe nach SGB XII oder haben in Deutschland keinen Zugang zur Gesundheitsversorgung. Der Zugang zu den Hilfen zur Gesundheit des SGB XII setzt nach § 19 Abs. 3 SGB XII grundsätzlich nur voraus, dass ein anderweitig nicht abgesicherter

9 Zum heterogenen Personenkreis kritisch: *Wallrabenstein, A.*, Chancen für ein verfassungskonformes Asylbewerberleistungsgesetz, *KritV* 2012, S. 433 (434).

10 *Dollinger*, in: Siefert, J. (Hrsg.), *Asylbewerberleistungsgesetz*, München 2018, § 1, Rn. 73 mit Verweis auf die Rechtsprechung.

11 Wobei es sich dem grammatikalisch eindeutigen Wortlaut der Norm genau genommen um „akute Schmerzzustände“ handeln müsste; siehe ausführlich: *Hillmann, L.*, Rechtliche Gestaltungsvorgaben für die Gesundheitsversorgung Geflüchteter, in: Brecht-Heitzmann, H. (Hrsg.), *Die Integration Geflüchteter als Herausforderung für das Sozialrecht*, S. 83 (88).

12 Kritisch auch: *Stellpflug, M./Kötter, F.*, Sozial(versicherungs-)rechtliche Fragestellungen bei Patienten mit Migrationshintergrund, *ZGMR* 2016, S. 31 (33); ausführlich: *Hillmann* (Anm. 11), S. 83 ff.

Mensch die notwendigen Mittel nicht selbst aufbringen kann. Nach der überkomplexen und von Ausnahmen und Rückausnahmen geprägten Vorschrift des § 23 SGB XII gelten für Ausländer jedoch mehrere Ausschlussgründe, auf die hier im Detail nicht eingegangen werden kann.¹³

1.5 Ausschluss von Leistungen

In erster Linie aus Gründen der Missbrauchsvorbeugung und zur Beseitigung von Fehlanreizen hat der Gesetzgeber eine Reihe von Ausschlussgründen geschaffen, die Ausländer von den oben genannten Leistungen ausschließen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der Ausländer bereits mit der Absicht nach Deutschland begeben hat, hier Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen; siehe: § 52 a SGB V für Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XII für die Sozialhilfe, § 1 a Abs. 1 AsylbLG. Diese Leistungsbeschränkungen sind vor dem Hintergrund der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG) höchst fraglich.¹⁴

Über den Leistungsausschluss für eigenes Fehlverhalten hinaus, legt § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII zudem fest, dass der Leistungsausschluss auch für die Familienangehörigen des Sanktionierten gilt; und zwar unabhängig davon, ob auch den Familienangehörigen selbst dieser Vorwurf zu machen ist.¹⁵ Das heißt, dass Kinder und Jugendliche keinen Anspruch auf Hilfe bei Krankheit nach dem SGB XII haben, wenn ihre Eltern in Missbrauchsabsicht handelten. Sie erhalten dann nach § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII nur noch einen Monat lang Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise. Der Umfang der medizinischen Leistungen reduziert sich gemäß § 23 Abs. 3 S. 5 Nr. 3 SGB XII auf eine Akutversorgung wie im § 4 AsylbLG. Diese Leistungseinschränkung, die die Kinder und Jugendlichen auch ohne jedes eigene Verschulden trifft, ist mit den grundrechtlichen Ansprüchen der Kinder auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums schlichtweg unvereinbar.¹⁶ Da den Kindern selbst kein Fehlverhalten vorwerfbar ist, bleibt als einzige gesetzgeberische Motivation für den Ausschluss der Kinder die migrationspolitische Überlegung, dass sich Eltern zum Verlassen des Landes bewegen lassen, wenn man ihren Kindern die Leistungen entzieht. Die Kinder werden so zu einem Werkzeug zur Durchsetzung von migrationsverwaltungsrechtlichen Entscheidungen gegenüber den Eltern. Deutlicher kann man einen Menschen kaum zum Objekt machen und die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG migrationspolitisch relativieren.¹⁷

-
- 13 Die Kritik von *Rixen* an der „strukturellen Normunbestimmtheit“ des § 1 a AsylbLG lässt sich auf § 23 SGB XII nahezu vollständig übertragen. Vgl. *Rixen, S.*, Zwischen Hilfe, Abschreckung und Pragmatismus: Gesundheitsrecht der Flüchtlingskrise, NVwZ 2015, S. 1640 (1643).
 - 14 *Rixen* (Anm. 13), S. 1642; *Oppermann, D.*, Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum für Flüchtlinge, in: Brecht-Heitzmann, H. (Hrsg.) Die Integration Geflüchteter als Herausforderung für das Sozialrecht, S. 37 (45) mit Hinweis darauf dass die auch im Rahmen des SGB II relevante Frage vom BVerfG bis heute nicht geklärt ist.
 - 15 *Voigt* spricht hinsichtlich dieser Regelung von „Sippenhaftung“: *Voigt, C.*, Asylbewerberleistungsgesetz: Feindliche Übernahme durch das Ausländerrecht, infoalso 2016, S. 99 (104).
 - 16 *Rixen* stellt heraus, dass auch das Elternrecht des Art. 6 Abs. 1 GG diese Zurechnung verfassungsrechtlich nicht legitimieren kann: *Rixen, S.*, Gestaltungsspielräume bei der Gewährung von Leistungen an Geflüchtete, Der Landkreis 2016, S. 268 (271).
 - 17 Das BVerfG hat in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit der Leistungshöhe nach dem AsylbLG auf die Motivationslage des Gesetzgebers mit dem Satz reagiert: „Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschen-

2 Besondere Bedürfnisse ausländischer Kinder und Jugendlicher

Sofern den ausländischen Kindern und Jugendlichen ein Zugang zur medizinischen Versorgung offen steht, stellt sich die Frage, ob die Versorgung den besonderen Bedürfnissen der Kinder und Jugendliche gerecht wird.

Kleine Kinder können ihre Sorgen und Nöte sprachlich noch nicht ausdrücken oder wählen zur Beschreibung von Körperregionen oder Symptomen für Erwachsene unverständliche Phantasieworte. Jugendliche geben möglicherweise aus Scham oder Coolness nicht zu, dass etwas nicht stimmt oder unter- oder übertreiben bei der Symptomschilderung; insbesondere wenn es um Dinge wie psychische Erkrankungen, Sozialverhalten und Sexualität geht oder um eines der vielen „Tabus“ in der Lebenswelt von Kindern und Jugendlichen. Ärzte und Psychotherapeuten müssen dies bei ihrer Tätigkeit berücksichtigen und sich auf die jungen Patienten in ihren jeweiligen Lebenslagen einstellen. Das Sozialrecht erkennt die besonderen Bedürfnisse von Kindern und Jugendlichen in allen Leistungssystemen grundsätzlich an. Das SGB V sieht für Kinder und Jugendliche besondere Gesundheitsuntersuchungen vor (§ 26 SGB V), erwähnt bei psychischen Erkrankungen ausdrücklich die Behandlung durch Kinder- und Jugendpsychotherapeuten (§ 28 Abs. 3 SGB V) und gewährt Kindern einen Anspruch auf nichtärztliche sozialpädiatrische Leistungen (§ 43 a SGB V). Dass die kind- und jugendgerechte Versorgung von schwer und chronisch kranken Kindern und Jugendlichen unter Umständen einen höheren Finanzbedarf hervorruft, hat der Gesetzgeber mit der Einführung des Abs. 1 a des § 120 SGB V anerkannt.¹⁸

Im Asylbewerberleistungsrecht sind die besonderen Bedürfnisse von Kindern in § 6 Abs. 1 AsylbLG erwähnt. Grundsätzlich hat die Norm jedoch die Bedarfe der Bildung und Teilhabe im Blick und soll nach Ansicht der Kommentatoren keine Bedeutung für die gesundheitliche Versorgung haben, da sich über § 4 AsylbLG hinaus keine Sonderbedarfe stellen.¹⁹ Da § 4 Abs. 1 AsylbLG jedoch nur einen geringen Umfang an Vorsorgeleistungen vorsieht, sollte zumindest darüber nachgedacht werden, über § 6 Abs. 1 AsylbLG den Kindern ähnliche Leistungen, wie § 26 SGB V zu gewähren, um die gesunde kindliche Entwicklung zu sichern.

2.1 Allgemeine Inanspruchnahmehürden ausländischer Kinder und Jugendlicher

Ausländische Kinder und Jugendliche und Kinder und Jugendlichen mit Migrationshintergrund können sich mehreren tatsächlichen Hürden gegenüber sehen, die die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen noch weiter erschweren. Unterschiede im Inanspruchnahmeverhalten zwischen Minderjährigen mit und ohne Migrationshintergrund sind empirisch belegt. So haben Kinder und Jugendliche mit Migrationshintergrund geringere Inanspruchnahme-Werte bei psy-

würde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“, siehe BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 (u.a.), Rn. 121.

18 Vgl. *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Anm. 7), § 120, Rn. 8.

19 Vgl. *Krauß*, in: *Siefert, J.* (Anm. 10), § 6, Rn. 45; *Wahrendorf, V.*, *Asylbewerberleistungsgesetz*, München 2017, § 6, Rn. 22.

chotherapeutischer Versorgung und Früherkennungsuntersuchungen²⁰ sowie eine geringere Durchimpfungsrate.²¹

Als Grund für die Unterschiede werden unterschiedliche Krankheitskonzepte sowie im Zusammenhang mit der Migration gemachte Erfahrungen diskutiert.²² Auch benennen Befragte fehlende Informationen als einen Grund für eine individuell geringere Inanspruchnahme.²³ Die wichtigste Inanspruchnahmehürde ausländischer Kinder und Jugendlicher und unter Umständen auch von deutschen Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund ist aber die Sprach- und/oder Kulturbarriere.²⁴

2.2 Insbesondere: Sprach- und Kulturbarriere

Die Verständigung von Ärzten und Psychotherapeuten mit ihren Patienten ist sowohl für die Anamnese als auch für Untersuchungen, Aufklärungsgespräche und Therapien unerlässlich.²⁵ Auch aufgrund der je nach Alter noch eingeschränkten sprachlichen Verständigungsmöglichkeiten von Kindern ist es notwendig an die Qualität des Übersetzers hohe Ansprüche zu stellen²⁶ und die Dolmetscher im Umgang mit Kindern und Jugendlichen zu schulen.

Neben der Sprachbarriere muss auch die sogenannte „Kulturbarriere“ berücksichtigt werden. Diese kann selbst dann zu Missverständnissen zwischen Arzt und Patient führen, wenn beide die gleiche Sprache sprechen. Dies ist beispielsweise von Russlanddeutschen berichtet worden.²⁷ Unterschiedliche kulturelle Konzepte von Krankheit oder Erklärungsmodelle können zu Missverständnissen bei Ärzten und Patienten führen.²⁸ Häufig werden die Sprachbarriere und kulturelle Unterschiede zusammentreffen, zum Beispiel, wenn Patienten Redewendungen und Beschreibungen aus ihrem Kulturkreis verwenden, für die es keine deutsche Entsprechung gibt und die den Arzt ratlos zurücklassen.²⁹ Auch in diesem Fall sind die Verständigungsprobleme nur durch den Einsatz von professionellen Sprach- und Kulturmittlern sicher zu überwinden. Trotz der vielen und zudem überraschend einhelligen Stimmen in der medizinischen und sozi-

20 Weber, A./Karch, D./u. a., Inanspruchnahme von Physiotherapie im Kindes- und Jugendalter – Ergebnisse aus der KiGGS-Basiserhebung, *Das Gesundheitswesen* 2016, S. 164 (168).

21 Razum, O./Geiger, I./u. a., Gesundheitsversorgung von Migranten, *Deutsches Ärzteblatt* 2004, A2882 (A2885).

22 Bermejo, I./Hölzel L.P./u. a., Subjektiv erlebte Barrieren von Personen mit Migrationshintergrund bei der Inanspruchnahme von Gesundheitsmaßnahmen, *Bundesgesundheitsblatt* 2012, S. 944 (948); Razum/Geiger/u. a. (Anm. 20) A2285–A2286, mit Verweis auf weitere Studien.

23 Bermejo/Hölzel/u. a. (Anm. 22), S. 944 (947–948).

24 Wenner, J./Razum, O./u. a., Gesundheit von Kindern und Jugendlichen aus Familien mit ungesichertem Aufenthaltsstatus im Vergleich zu Kindern mit und ohne Migrationshintergrund: Auswertung der KiGGS-Daten 2003–06, *Bundesgesundheitsblatt* 2016, S. 627 (628); Penka, S./Schouler-Ocak, M./u. a., Interkulturelle Aspekte der Interaktion und Kommunikation im psychiatrisch/psychotherapeutischen Behandlungssetting, *Bundesgesundheitsblatt* 2012, S. 1168 (1170).

25 *Stellpflug/Kötter* (Anm. 12), S. 32–33.

26 Vgl. *Spickhoff, A.*, Verständigungsprobleme zwischen nicht deutschsprechenden Patienten und Ärzten, *ZMGR* 2016, S. 21 (30).

27 Becker, I./Mayer, O./Ernst, M./Segler, W., Anforderungen an eine professionelle interkulturelle Kompetenz der Beschäftigten im Gesundheitswesen, *Gesundheits- und Sozialpolitik* 2016, S. 59.

28 Penka/Schouler-Ocak/u. a. (Anm. 24), S. 1169; Becker/Mayer/Ernst/Segler (Anm. 26), S. 63.

29 Penka/Schouler-Ocak/u. a. (Anm. 24), S. 1169, die auf die türkische Redewendung „ich habe mir den Kopf erkältet“ hinweist, mit der nicht etwa eine somatische Erkrankung gemeint ist, sondern ausgedrückt wird, dass der Patient Angst hat, verrückt zu werden.

alwissenshaftlichen Fachliteratur tun sich Verwaltung und Sozialgerichte bisher schwer, das Problem zu lösen.

2.2.1 BSG: Keine Ermächtigung an fremdsprachige Ärzte und keine Dolmetscherleistungen nach SGB V

Ein einfacher Weg zur Überwindung der Sprach- und Kulturbarriere wäre der Zugang zu fremdsprachigen Ärzten. Die kassenärztlichen Vereinigungen haben auf ihren Suchportalen mittlerweile die Möglichkeit geschaffen, nach den Sprachkenntnissen eines Arztes zu suchen.³⁰ Auch im Asylbewerberleistungsrecht ist die freie Arztwahl faktisch möglich, auch wenn sie rechtlich nicht vorgeschrieben ist.³¹

Obwohl es für viele Patienten vorteilhaft wäre, wenn Ärzte und Psychotherapeuten, die neben Deutsch auch noch weitere Sprachen sprechen, an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmen, hat das Bundessozialgericht der Ermächtigung fremdsprachiger Ärzte und Psychotherapeuten zur Behandlung in einer Fremdsprache eine Absage erteilt.³² Eine Griechisch sprechende Psychotherapeutin aus München wollte an der kassenärztlichen Versorgung mit einer Ermächtigung teilnehmen, welche auf die Therapie in griechischer Sprache beschränkt war. Die Ermächtigung nach § 116 S. 1 SGB V ist eine Ermessensentscheidung. Die Möglichkeit zur Erteilung einer solchen Ermächtigung besteht nur dann, wenn eine partielle Unterversorgung herrscht; § 116 S. 2 und § 116a SGB V. Sowohl das Sozialgericht München,³³ als auch das bayerische LSG Bayern³⁴ entschieden, dass die Voraussetzungen einer Ermächtigung vorlagen, da für fremdsprachige Patienten eine Unterversorgung bestehe soweit eine deutschsprachige Psychotherapie für sie keinen Erfolg verspricht. Das BSG folgte dem nicht und lehnte die Erteilung einer Ermächtigung an die griechischsprachige Psychotherapeutin ab. Zur Begründung führte der Senat an, dass nach den gesetzlichen Regelungen keine Pflicht zur Sicherstellung „der [...] Versorgung in den verschiedensten nicht deutschen Muttersprachen von Versicherten“ bestehe.³⁵ § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und § 28 Abs. 3 SGB V enthielten keinen Anspruch auf „die Ermöglichung einer sprachlichen Verständigung zwischen Therapeut und Patient in einer nicht deutschen Sprache“, denn diese sei „als Nebenleistung zur Krankenbehandlung nach der insoweit nicht lückenhaften gesetzlichen Regelung nicht vom Leistungsumfang der Versicherten umfasst“.³⁶

Dieser Satz wird erst verständlich, wenn man sich die in dem Urteil zitierte Entscheidung zur Kostenübernahme eines Gebärdendolmetschers³⁷ vor Augen führt. Das BSG hatte 1995 zu entscheiden, ob die Krankenkasse die Kosten für die Hinzuziehung eines Gebärdendolmetschers eines schwer Hörgeschädigten zur ärztlichen Behandlung und Untersuchung zu tragen hat. Das Gericht lehnte dies mit der Begründung ab, dass gemäß § 31 SGB I Rechte und Pflichten nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden dürfen, wenn ein Gesetz es vor-

30 Beispielsweise bei der KV Sachsen: <http://www.kvs-sachsen.de/arztsuche> (zuletzt abgerufen am 6.6.2018).

31 Krauß, in: Siefert, J. (Anm. 10), § 4, Rn. 37.

32 BSG, U v. 6.2.2008, B 6 KA 40/06 R.

33 SG München, U. v. 4.2.2004 – S 38 KA 2225/02.

34 LSG Bayern, U. v. 21.6.2006 – L 12 KA 426/04.

35 BSG (Anm. 32), Rn. 15.

36 BSG (Anm. 32), Rn. 17.

37 BSG, U. v. 10.5.1995, 1 RK 20/94.

schreibt oder zulässt. Obwohl die Vorinstanz den Anspruch auf den Dolmetscher durch Auslegung des § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 i.V.m. § 38 Abs. 1 S. 1 SGB V mit guten Argumenten herleitet,³⁸ meinte das Bundessozialgericht, dass es sich bei der Übersetzung nicht um „ärztliche Behandlung“ und „Tätigkeit des Arztes“ handle, sondern um Tätigkeiten von Hilfspersonen.³⁹ Die Übersetzertätigkeit sei auch nicht nach § 28 Abs. 1 S. 2 SGB V der „ärztlichen Berufsausübung zuzurechnen“, „weil der Arzt sie aufgrund seines ärztlichen Fachwissens weder leiten noch kontrollieren und somit auch nicht verantworten“ könne.⁴⁰ Der Gesetzgeber habe andere Nebenleistungen geregelt, wie beispielsweise die Aufnahme von Begleitpersonen (§ 11 Abs. 3 SGB V) bei stationärer Behandlung, die Dolmetscherleistungen habe er aber nicht geregelt.⁴¹ Das BSG meinte, die Gesetzeslücke nicht schließen zu können, weil es dem Gesetzgeber bekannt gewesen sei, dass Dolmetscherleistungen mitunter sinnvoll seien und er sie dennoch nicht geregelt habe.

Auf dieser Entscheidung aufbauend, lehnte das BSG die Ermächtigung der fremdsprachigen Psychotherapeutin ab und ergänzte die Argumente noch mit Ausführungen zur „Amtssprache“ (§ 19 SGB X). Aus dieser Regelung ergebe sich, dass Versicherte, die des Deutschen nicht ausreichend kundig seien auf eigene Kosten für die Übersetzung Sorge zu tragen hätten.⁴² Die Frage, wie solch eine Rechtslage mit Art. 3 Abs. 3 GG zu vereinbaren ist, umgeht das BSG gekonnt, indem es schon die Ungleichbehandlung ablehnt. Weil die Sprache für die Durchführung der medizinischen Behandlung schon nicht nötig sei, seien nicht deutsch Sprechende nicht ungleich behandelt worden.⁴³ In Verkennung der enormen Bedeutung der Sprache in der Psychotherapie⁴⁴ widersprechen die Juristen des Senats der Psychotherapeutin auf der Klägerseite und meinen, dass „der Aspekt der Sprachkenntnisse [...] von eher nachrangiger Bedeutung“ sei. Daraufhin folgen weitere Ausführungen dazu, dass ohnehin nur diejenigen Menschen an der Sprachbarriere scheiterten, die „trotz ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland und in ihrer Versicherung in der GKV in Deutschland nicht hinreichend in der deutschen Sprache verständigen können“.⁴⁵

Die Entscheidung ist weder hinsichtlich der rechtsdogmatischen Argumente noch hinsichtlich der medizinischen Notwendigkeit sprachlicher Verständigung nachvollziehbar.⁴⁶ Denn zum einen ist die sprachliche Verständigung nicht etwa eine „Nebenleistung“ zur ärztlichen Behandlung, sondern sie ist elementares Werkzeug der Behandlung.⁴⁷ Zum anderen ist es bedenklich, dass das Bundessozialgericht den ausländischen Patienten generell den Vorwurf macht, sie würden nicht deutsch sprechen, obwohl sie in Deutschland lebten.⁴⁸ Ein Blick in die Statistik verrät, dass dieses Argument nicht trägt. Von den 10,6 Mio. Ausländern, die am 31.12.2017 in

38 LSG Nordrhein-Westfalen, 5.5.1994 – Az: L 16 Kr 221/93.

39 BSG (Anm. 32), Rn. 14.

40 BSG (Anm. 32), Rn. 19.

41 BSG (Anm. 32), Rn. 20.

42 BSG (Anm. 32), Rn. 18.

43 BSG (Anm. 32), Rn. 19.

44 *Penka/Schouler-Ocak/u. a.* (Anm. 24), S. 1168; *Wenner/Razum/u. a.* (Anm. 24), S. 627; *Razum/Geiger/u. a.* (Anm. 21), A2882.

45 BSG (Anm. 32), Rn. 20.

46 So auch *Davy, U.*, Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 6. Februar 2008 (B 6 KA 40.06 R), SGB 2009, S. 296.

47 *Davy* (Anm. 46), S. 297.

48 BSG (Anm. 32), Rn. 20.

Deutschland lebten, hielten sich 3,8 Mio. (36 %) erst maximal vier Jahre in Deutschland auf.⁴⁹ Zwar fehlen statistische Zahlen dazu, wie viele dieser Ausländer die deutsche Sprache sprechen. Der Erwerb der deutschen Sprache auf einem Niveau, das für eine psychotherapeutische Behandlung ausreicht, dürfte aber selbst für Lernbegeisterte mehr als ein Jahr dauern. Für Menschen, die sich erst seit zwei Jahren in Deutschland aufhalten und nunmehr erkranken, dürfte es ausgeschlossen sein, die Sprache bereits derart gut zu beherrschen, dass sie ohne Hilfe eines Dolmetschers die Psychotherapie in Anspruch nehmen können.⁵⁰ Darüber hinaus kann bei psychischen Erkrankung das Erlernen der Sprache zusätzlich erschwert sein, sodass es dem Patienten gar nicht möglich ist, sich ein therapiefähiges Sprachniveau anzueignen. Kinder und Jugendliche, die ohne oder mit nur geringen Deutschkenntnissen nach Deutschland kommen (z. B. Kinder von Angestellten aus anderen EU-Ländern oder von anerkannten Flüchtlingen), müssen zunächst spezielle Schulklassen besuchen, die ihnen die deutsche Sprache erst hinreichend vermitteln, bevor sie am Regelunterricht teilnehmen.⁵¹ Von diesen Menschen zu erwarten, dass sie im Krankheitsfall bereits über die notwendigen Sprachkenntnisse verfügen, ist schlicht unrealistisch. Schon aus diesem rechtstatsächlichen Grund ist das (auch dogmatisch) zweifelhafte Argument⁵² der Amtssprache unbrauchbar.

Dennoch ist mit einer Änderung der Rechtsprechung des BSG derzeit kaum zu rechnen. Daher werden Krankenkassen auch in Zukunft keine Dolmetscherkosten übernehmen und die Zulassungsausschüsse keine Ermächtigungen an fremdsprachige Ärzte oder Psychotherapeuten erteilen, obwohl dies dringend geboten wäre.

2.2.2 Dolmetscherkosten in Sozialhilfe und AsylbLG

Sofern kein Arzt oder Psychotherapeut mit Kenntnis der fremden Sprache und Kultur zur Verfügung steht, bleibt den Patienten nur der Rückgriff auf Dolmetscher. Doch Dolmetscherleistungen können – je nach Sprache und Qualifizierung des Dolmetschers – sehr teuer sein. Je nach Seltenheit der Sprache in Deutschland kostet das Zuschalten eines Video-Dolmetschers zwischen 2 und 3 € pro Minute. Im Bereich körperlicher Beschwerden, die mit einer kurzen Anamnese auskommen, erscheint dies noch erschwinglich. Für eine typische Verhaltenstherapie (45-80 Einheiten á 45 Minuten) können aber bereits Kosten von 4.050 – 10.800 € auflaufen. Ist eine analytische Psychotherapie notwendig (160-300 Einheiten á 60 Minuten) sind theoretisch Kosten von 19.200 – 54.000 € denkbar. Diese Kosten werden nur wenige Ausländer selbst aufbringen können.

2.2.2.1 Kostenübernahme nach dem AsylbLG

Ausländer, die Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 AsylbLG sind, können Dolmetscherkosten erstattet bekommen und haben in bestimmten Fällen auch einen Anspruch auf die Übernahme

49 DESTATIS, Fachserie 1 Reihe 2: Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, 2017, S. 83, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/MigrationIntegration/AuslaendBevoelkerung.html> (abgerufen am 6.6.2018).

50 Zum Vergleich: die Regelstudienzeit für einen Bachelor Translation an der Universität Leipzig beträgt 3 Jahre Vollzeit und setzt bereits Sprachkenntnisse mindestens auf dem Niveau B1 voraus. Siehe: <https://ialt.philol.uni-leipzig.de/studium/b-a-translation> (abgerufen am 6.6.2018).

51 Siehe beispielsweise § 7 Sächsische Schulordnung Grundschulen (SOGS).

52 *Davy* (Anm. 46), S. 297.

solcher Kosten. Vereinzelt wird dies mit dem Argument kritisiert, dass das BSG in seinen Entscheidungen zum Gebärdendolmetscher und zur Ermächtigung fremdsprachiger Psychotherapeuten festgestellt habe, dass Dolmetscherleistungen keine ärztlichen oder psychologischen Leistungen seien.⁵³ Die weit überwiegenden Stimmen in der Literatur und auch in der Rechtsprechung gehen jedoch davon aus, dass die Gewährung von Sprachmittler-Diensten nach dem AsylbLG möglich ist.⁵⁴ Dafür spricht auch der Umstand, dass es sich bei dem AsylbLG um materielles Sozialhilferecht und nicht um Sozialversicherungsrecht handelt. Umstritten ist jedoch die dogmatische Verortung der Dolmetscherleistung in § 4 Abs. 1 AsylbLG oder § 6 Abs. 1 AsylbLG. Wären sie Bestandteil der „sonstig[en] zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderungen [...] erforderlichen Leistungen“ des § 4 Abs. 1 AsylbLG,⁵⁵ bestünde ein Anspruch auf die Leistungen, da es sich um eine zwingende Rechtsfolge handelt. Lehnt man dies ab, so bestünde ein Anspruch nur, soweit sich das generelle Ermessen nach § 6 Abs. 1 AsylbLG auf null reduziert.⁵⁶

Die dogmatische Verortung der Dolmetscherleistungen wirkt sich insbesondere dann aus, wenn der Leistungsanspruch nach § 1 a Abs. 2 bis Abs. 5 AsylbLG beschränkt worden ist. Personen, die eine solche Einschränkung erfahren, verlieren die Ansprüche nach § 6 Abs. 1 AsylbLG auch, soweit es sich um Leistungen zur Ergänzung der Gesundheitsversorgung handelt. Reisen Eltern trotz der Ausreisepflicht nicht aus, so würde, folgt man obiger Auffassung, ihr Kind zwar weiter einen Anspruch auf ärztliche Behandlung haben, aber keinen Dolmetscher mehr erhalten. Faktisch käme dies einem Entzug der Gesundheitsleistungen nach § 4 Abs. 1 AsylbLG gleich. Die Behandlung von akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen soll aber nach § 1 Abs. 2 AsylbLG gerade nicht ausgeschlossen sein. Dieser Wertungswiderspruch tritt nicht auf, wenn die Dolmetscherkosten als „sonstige [...] erforderliche Leistungen“ i.S.d. § 4 Abs. 1 S. 1 AsylbLG erfasst werden.

2.2.2.2 Kostenübernahme nach § 73 SGB XII

Zum Stichtag 31.12.2016 erfasste das Ausländerzentralregister etwa 10,0 Mio. Ausländer in Deutschland⁵⁷ und die Asylbewerberleistungsstatistik ca. 730.000 Menschen (7,3 % aller Ausländer).⁵⁸ Die verfügbaren detaillierten Daten des Jahres 2017 zeigen, dass von den am 31.12.2017 erfassten 10,6 Mio. Ausländern 9,8 Mio. Ausländer länger als ein Jahr in Deutschland leben und 1,0 Mio. davon Kinder und Jugendliche im Alter von 0 – 15 Jahren sind.⁵⁹ Nur ein geringer Teil dieser Menschen fällt unter das AsylbLG. Das heißt, dass der Zugang zu den

53 *Wahrendorf* (Anm. 19), § 6, Rn. 40; offen: *Stellpflug/Kötter* (Anm. 12), S. 35.

54 Übersicht über den Streitstand bei: *Krauß*, in: Siefert, J. (Anm. 10), § 4, Rn. 31.

55 So: *Hohm*, in: *Schellhorn, W./Schellhorn, H./u. a.*, Kommentar zum Sozialgesetzbuch XII, Köln 2015, § 4 AsylbLG, Rn. 16 unter Verweis auf ein Urteil des VG Saarland aus dem Jahre 2000.

56 *Krauß*, in: *Siefert, J.* (Anm. 9), § 4, Rn. 31 (lässt die Frage der Einordnung offen, erkennt aber den Anspruch grundsätzlich an). Auch die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass Dolmetscherleistungen nur unter § 6 AsylbLG fallen: siehe BT-Drs. 18/2184, S. 9 (Antwort auf eine kleine Anfrage); ebenso: *Stellpflug/Kötter* (Anm. 12), S. 35.

57 DESTATIS, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Ausländische Bevölkerung, Fachserie 1, Reihe 2, 2017, S. 20.

58 DESTATIS, Sozialleistungen, Leistungen an Ausländer, Fachserie 13, Reihe 7, 2016, S. 8. Hinweis zu den Statistiken: Die statistischen Daten der Asylbewerberleistungsstatistik aus 2017 liegen noch nicht vor. Die Daten aus 2016 sind nach Aussage von DESTATIS möglicherweise etwas überschätzt (S. 5).

59 Berechnet anhand: DESTATIS, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Ausländische Bevölkerung, Fachserie 1, Reihe 2, 2017, S. 85.

Leistungen der Gesundheitsversorgung dieser Personen entweder über die (private oder gesetzliche) Krankenversicherung, über ausländische Krankenversicherungen oder über das SGB XII läuft.

Da – wie oben bereits dargelegt – die Erstattung von Dolmetscherkosten durch eine deutsche gesetzliche Krankenversicherung ausgeschlossen ist, kommt eine Erstattung der Dolmetscherkosten nur noch über § 73 SGB XII in Betracht. Bisher ist zum SGB XII nur eine Entscheidung des SG Hildesheim bekannt, welches den Sozialhilfeträger zur Übernahme der Dolmetscherkosten für eine Psychotherapie zur Behandlung eines Patienten mit einer posttraumatischen Belastungsstörung verpflichtete.⁶⁰

§ 73 SGB XII ist als reine Ermessensnorm konzipiert. Eine Ermessensreduktion auf null ist zwar denkbar, erfordert aber einen hohen Begründungsaufwand. Sie hat die Funktion einer „Öffnungsklausel“ und soll bedürftige Menschen auffangen, wo andere Sozialleistungssysteme nicht greifen, weil ein atypischer Fall vorliegt.⁶¹

Damit Dolmetscherkosten nach § 73 SGB XII übernommen werden können, müssen Ausländer jedoch mehrere – nicht gerade unerhebliche – Voraussetzungen erfüllen. Zunächst muss der betroffene Ausländer zum Kreis der Sozialhilfeberechtigten gehören, d.h. die Voraussetzungen des § 30 SGB I und des § 19 Abs. 3 SGB XII erfüllen. Er muss seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben und darf nicht nach § 23 SGB XII von Sozialleistungen ausgeschlossen sein. Zudem muss er bedürftig sein, also die Mittel für die Gesundheitsversorgung nicht selbst aufbringen können bzw. es muss ihm unzumutbar sein, die Mittel selbst aufzubringen. Ob die Verwendung eigener Mittel unzumutbar ist, richtet sich nach den Vorschriften der §§ 82 – 96 SGB XII. Dem Grundsatz des § 87 Abs. 1 S. 1 SGB XII nach sind Mittel, die die in etwa auf Höhe des Existenzminimums liegende Einkommensgrenze übersteigen, in angemessenem Umfang einzusetzen. Wie diese Angemessenheitsgrenze im Einzelfall zu bestimmen ist, ist umstritten und kann hier nicht vertieft werden.⁶² Es ist jedoch davon auszugehen, dass Ausländer, deren Einkommen oder Vermögen die Bemessungsgrenzen des SGB XII übersteigen, ihre eigenen Mittel zu einem großen Teil einsetzen müssen.

Brauchen in einer Familie mehrere Kinder ärztliche Versorgung, beispielsweise aufgrund posttraumatischer Belastungsstörungen nach einer Flucht, können innerhalb kurzer Zeit schnell Kosten von mehr als 10.000 € entstehen. Sofern die Eltern arbeitstätig sind, kann es somit zu der Situation kommen, dass das die Einkommensgrenze nach § 87 SGB XII übersteigende Arbeitseinkommen der Familie fast vollständig für die gesundheitliche Versorgung der Kinder aufgewendet werden muss.

§ 73 SGB XII verlangt zudem auf Tatbestandsebene, dass der Einsatz öffentlicher Mittel gerechtfertigt sein muss. Dazu muss die begehrte Leistung zum einen mit dem generellen Leistungsumfang des SGB XII vergleichbar sein.⁶³ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Aufwendungen für die Beschaffung der Dolmetscher-Leistungen derart hoch sind, dass die Krankenbehandlung wegen mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit zu unterbleiben droht. Ne-

60 SG Hildesheim, U. v. 1.12.2011, S 34, SO 217/10; zu der Vorgängerregelung des § 39 Abs. 1 S. 1 BSGH, siehe: OVG Lüneburg, B. v. 11.1.2002 – 4 MA 1/02.

61 Vgl. *Schellhorn*, in: *Schellhorn/Schellhorn/u. a.*, (Anm. 54), § 73 SGB XII, Rn. 1; *Böttiger*, in: *Coseriu, P./Eicher, W./u. a.*, *juris PraxisKommentar SGB XII*, Saarbrücken 2014, § 73, Rn. 10 u. 14.

62 Dazu: *Schoch*, in: *Bieritz-Harder, R./Conradis, W./Thie, S.*, *Sozialgesetzbuch XII*, Baden-Baden 2015, § 87, Rn. 3; *Wahrendorf*, in: *Grube, C./Wahrendorf, V.*, *SGB XII*, München 2014, § 87 SGB XII, Rn. 9.

63 *Böttiger* (Anm. 60), § 73, Rn. 36.

ben der Vergleichbarkeit, muss zum anderen geprüft werden, ob die Leistung geboten ist.⁶⁴ Hier stellt sich die Frage, wie sich die Rechtsprechung des BSG zum SGB V auswirkt. Zieht man das vom BSG verwendete Argument „Amtssprache“ heran, erscheint es schwierig, in der Überwindung der Sprachbarriere überhaupt eine öffentliche Aufgabe zu sehen. Die Regelung zur Amtssprache in § 19 SGB X betrifft bereits vom Wortlaut und auch von der Systematik her nicht die Patient-Arzt-Beziehung, sondern die Beziehung zwischen Bürger und Behörde.⁶⁵ Es gibt in Deutschland keine gesetzliche Pflicht deutsch zu sprechen. Ganz im Gegenteil: es gibt eine – bislang ein Schattendasein führende – Verfassungsnorm, die jede Diskriminierung aufgrund der Sprache verbietet, ja sogar das Anknüpfen an das Merkmal Sprache untersagt – Art. 3 Abs. 3 GG.⁶⁶ Aus diesem Grund trägt die ohnehin rechtsdogmatisch schwache Argumentation des BSG zur Sprache im SGB V erst recht nicht bei der Prüfung der Hilfe zur Finanzierung von Dolmetscher-Leistungen nach § 73 SGB XII.

Auch der unterschwellige Vorwurf des BSG, der Ausländer benötige den Dolmetscher nur, weil er sich nicht hinreichend bemüht habe, greift in vielen Situationen nicht. Insbesondere bei Menschen, die in Deutschland einen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erhalten haben, geht der Vorwurf in seiner Pauschalität fehl. Wer erst seit wenigen Monaten in Deutschland lebt, aber zur Psychotherapie nicht in sein Heimatland zurückkehren kann, weil ihm dort Verfolgung droht, wird schon gar nicht in der Lage sein, die deutsche Sprache auf einem Niveau zu beherrschen, das eine fehlerfreie Kommunikation in der psychotherapeutischen Behandlung ermöglicht.⁶⁷ Gleiches trifft beispielsweise auf einen ausländischen Austauschschüler zu, dessen Aufenthalt in Deutschland gerade dem Erlernen der Sprache dient. *Stellpflug und Kötter* betonten bereits, dass es für eine erfolgreiche Psychotherapie auch auf die Nuancen der Sprache ankommt.⁶⁸ Deshalb kann es sogar bei Personen, die über für ihren Alltag ausreichende Deutschkenntnisse verfügen, notwendig sein, einen Sprachmittler hinzuzuziehen, wenn es für die Anamnese oder die Therapie erforderlich ist.

Erfordert die medizinische Behandlung von Kindern und Jugendlichen nach medizinischen Standards die Hinzuziehung eines Dolmetschers bzw. eines Sprach- und Kulturmittlers, so bietet § 73 SGB XII zwar dem Grunde nach eine Möglichkeit, diesen zu finanzieren. Die Krankheit des Kindes kann dann jedoch dafür sorgen, dass das verfügbare Familieneinkommen auf die Einkommensgrenzen des Sozialhilferechts absinkt. Die sozialen Folgen dieser Rechtslage sollten nicht unterschätzt werden; insbesondere dann, wenn sich Eltern entscheiden sollten, die Behandlung ihrer Kinder ohne professionellen Dolmetscher durchführen zu lassen, um ihrer Familie den drohenden sozialen Abstieg zu ersparen.

2.2.2.3 Kostenübernahme nach § 40 S. 2 SGB VIII

Eine weitere Situation, in der Dolmetscherkosten von Sozialleistungsträgern getragen werden, regelt § 40 SGB VIII. Die Norm gibt Kindern und Jugendlichen einen Anspruch gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 3 Abs. 2 S. 2 SGB VIII) auf Erbringung von Krankenhil-

64 *Böttiger* (Anm. 60), § 73, Rn. 38.

65 *Stellpflug/Kötter* (Anm. 12), S. 37.

66 Siehe dazu: *Nußberger*, in: Sachs, M./Battis, U. (Hrsg), Grundgesetz, München 2018, Art. 3, Rn. 300.

67 Vgl. zu den Anforderungen an die Sprachkenntnisse des Therapeuten: *Stellpflug/Kötter* (Anm. 12), S. 36.

68 *Stellpflug/Kötter* (Anm. 12), S. 37.

fe. Anwendbar ist die Norm auf alle – grundsätzlich auch ausländische⁶⁹ – Kinder und Jugendliche, die sich in einer stationären Maßnahme nach den §§ 33 – 35 und 35 a Abs. 2 Nr. 3 oder 4 SGB VII befinden; also Kindern und Jugendlichen in Pflegefamilien und Heimen. Für die vom Jugendamt in Obhut genommenen unbegleiteten minderjährigen Ausländer gilt entsprechendes. § 42 a Abs. 1 S. 2 SGB VII verweist auf § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VII, wonach während der Inobhutnahme die Krankenhilfe sicherzustellen ist, sodass § 40 SGB VIII auch auf diese Personengruppe Anwendung findet.⁷⁰ Diese Regelung geht dem AsylbLG vor, da § 9 AsylbLG die Leistungspflichten der Träger der Kinder- und Jugendhilfe nicht ausschließt⁷¹ und § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII sogar ausdrücklich vorsieht, dass das Jugendamt im Regelfall unverzüglich einen Asylantrag für das Kind oder den Jugendlichen zu stellen hat.

Der Umfang der Krankenhilfe entspricht grundsätzlich den Hilfen zur Gesundheit der §§ 47 ff. SGB XII.⁷² Die Erfüllung der Ansprüche der Minderjährigen wird nach § 264 Abs. 2 SGB V von der Krankenkasse übernommen.⁷³ Der Leistungsumfang umfasst dabei nicht nur die Krankenbehandlung im engeren Sinne, sondern aufgrund der Regelung in § 264 Abs. 4 SGB V das gesamte Leistungsspektrum des § 11 Abs. 1 SGB V, sodass die Kinder und Jugendlichen leistungsrechtlich den Mitgliedern der GKV gleichgestellt sind.⁷⁴ Nach dem oben Gesagten besteht jedoch kein Anspruch auf die Übernahme von Dolmetscherkosten im Rahmen des SGB V. Ein Rückgriff auf § 73 SGB XII ist aufgrund des in § 10 Abs. 4 SGB VIII geregelten Vorrangs der Kinder- und Jugendhilfe ausgeschlossen.

Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist jedoch nach § 40 S. 2 SGB VIII über das Leistungsspektrum des SGB hinaus verpflichtet, „den im Einzelfall notwendigen Bedarf in voller Höhe [zu] befriedigen“. Dies bedeutet beispielsweise, dass Zuzahlungen nach §§ 61 und 62 SGB V übernommen werden müssen.⁷⁵ Das Ziel der Norm ist, dass die Kinder und Jugendlichen ausschließlich vom Jugendamt versorgt werden,⁷⁶ was vor allem deshalb folgerichtig ist, weil die Kinder- und Jugendhilfe die Sorge von den Eltern übernommen hat. Aus diesem Grund müssen auch notwendige Dolmetscher-Leistungen von der Kinder und Jugendhilfe getragen werden. Die betroffenen Kinder und Jugendlichen müssen möglichst so gestellt werden, als würden ihre Eltern im Rahmen der elterlichen Pflichten für sie sorgen. Das heißt, dass die Leistungen, die Eltern finanzieren würden und die für die Behandlung von Krankheiten notwendig sind, vom Jugendamt übernommen werden müssen. Dass die Eltern möglicherweise nach § 73 SGB XII Unterstützung zur Finanzierung der Dolmetscherleistungen erhalten würden, ist nur für die Kostenfolgen (§ 91 Abs. 1 i. V. m. § 92 Abs. 2 SGB VIII) relevant, ändert je-

69 § 6 Abs. 2 SGB VIII schließt Ausländer zwar von der Inanspruchnahme von Leistungen aus, wenn sie sich nicht rechtmäßig oder geduldet im Inland aufhalten. Auch eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG führt zur Rechtmäßigkeit des Aufenthalts; vgl. *Möller*, in: *Möller, W. (Hrsg.), Praxiskommentar SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe*, Köln 2017, § 6, Rn. 1). Für die vorläufige Inobhutnahme nach § 42 a SGB VIII gilt der Ausschluss des § 6 Abs. 2 SGB VIII deshalb nicht, weil es sich um eine andere Aufgabe nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII handelt.

70 *Wiesner*, R. SGB VIII, München 2011, § 42, Rn. 33; *Mann*, in: *Schellhorn, W./Fischer, L./u. a., SGB VIII*, Köln 2012, § 42, Rn. 24; *Kunkel/Pattar*, in: *Kunkel, P.-C./Kepert, J./Pattar, A. K., Sozialgesetzbuch VIII*, Baden-Baden 2018, § 40, Rn. 2.

71 Vgl. *Siefert*, in: *Siefert, J. (Anm. 10)*, § 9, Rn. 15.

72 *Fischer*, in: *Schellhorn/Fischer/u. a. (Anm. 69)*, § 40, Rn. 12 ff.

73 *Wenner*, in: *Eichenhofer, E./Wenner, U., Kommentar zum Sozialgesetzbuch V*, Köln 2016, § 264, Rn. 7.

74 *Pfohl*, in: *Becker/Kingreen (Anm. 7)*, § 264, Rn. 3-5.

75 *Fischer*, in: *Schellhorn/Fischer/u. a. (Anm. 70)*, § 40, Rn. 21.

76 *Wiesner (Anm. 70)*, § 40, Rn. 1.

doch nichts an der Pflicht des Trägers der Kinder- und Jugendhilfe, Dolmetscherleistungen zu übernehmen.

Diese Gewährung einer umfassenden Gesundheitsversorgung durch die Kinder- und Jugendhilfe führt zu gleichheitsrechtlich und ethisch äußerst fraglichen Ergebnissen, da es aus Sicht der Eltern für ihre Kinder besser ist, unbegleitet nach Deutschland einzureisen, um Asyl zu beantragen.⁷⁷

2.2.3 Notlösung: Einsatz von Bekannten, Verwandten und Ehrenamtlichen

Die in der Praxis wohl häufigste Lösung zur Überwindung der Sprach- und Kulturbarriere ist der Einsatz von Verwandten, Bekannten und Ehrenamtlichen als unprofessionelle Sprachmittler.

Diese „Lösung“ ist jedoch bei genauer Betrachtung keine. Dies liegt bereits daran, dass die Qualität der Übersetzung durch Laien-Übersetzer nicht hinreichend sichergestellt ist.⁷⁸ Im Rahmen einer Psychotherapie können zudem familiäre Probleme Gegenstand sein, über die der Patient in Anwesenheit eines Verwandten nicht sprechen will. Aber auch bei somatischen Erkrankungen können erhebliche Hemmungen bestehen, Ursachen von tabubehafteten Krankheiten auf den Grund zu gehen, wenn nur nahe Angehörige als Dolmetscher in Betracht kommen. Die Sprachbarriere und möglicherweise auch die Kulturbarriere kann der Patient mit der Hinzuziehung von Verwandten und Bekannten zwar überwinden, er kann jedoch aufgrund von Tabus oder Scham vor einer neuen unüberwindbaren psychologischen Hürde stehen.

2.2.4 Zwischenfazit

Die Überwindung der Sprach- und Kulturbarriere ordnet das Recht derzeit ausschließlich dem Verantwortungsbereich der Patienten zu. Nur Kinder und Jugendliche, auf die § 40 SGB VIII anwendbar ist, haben „Glück im Unglück“. Sie befinden sich zwar in einer misslichen Lage, weil ihre Eltern die Sorge nicht leisten können, erhalten aber wenigstens einen Dolmetscher für den Fall, dass sie ihn benötigen.

Die Regelung des § 73 SGB XII sorgt zwar dafür, dass bei Notwendigkeit von Dolmetscherleistungen kein Ausländer finanzielle Lasten tragen muss, die ihm weniger als das Existenzminimum belassen. Die Norm kann jedoch nicht verhindern, dass einer Familie der soziale Abstieg droht, wenn die dringend notwendige Krankenbehandlung der Kinder die Familie an den Rand der Einkommensgrenzen des SGB XII bringt.

In der Praxis scheinen jedoch selbst in den wenigen Fällen, in denen Dolmetscherleistungen von den Leistungsträgern erstattet oder bezuschusst werden müssten, keine öffentlichen Gelder zu fließen.⁷⁹

77 Ausführlich zu dieser Problematik: *Hillmann L./Dufner A.*, Better off without parents? Legal and ethical questions concerning refugee children in Germany, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2017, DOI: 10.1080/1369183X.2017.1404268.

78 Dies ist jedoch für eine gute Arzt-Patienten-Kommunikation notwendig. Vgl. *Razum/Geiger/u. a.* (Anm. 21) A2887.

79 Vgl. die Hinweise auf eine Befragung bei: *Penka/Schouler-Ocak/u. a.* (Anm. 24), S. 1172.

3 Die tatsächliche Folgen der Rechtslage

3.1 Kinder als Dolmetscher der Eltern

Die hohen Kosten des Einsatzes von Dolmetschern, die Pflicht, diese selbst tragen zu müssen, und das fehlende Wissen über die sozialhilferechtlichen Möglichkeiten zur Finanzierung von Dolmetschern, führen in der Praxis nicht nur dazu, dass sich Kinder und Jugendliche unprofessioneller Übersetzer bedienen. Sie führt auch dazu, dass die Kinder selbst für ihre Eltern übersetzen müssen, wenn Arztbesuche anstehen. Kinder erlernen die Sprache im Regelfall wesentlich schneller als ihre Eltern und passen sich schneller an kulturelle Gegebenheiten an.⁸⁰ Dies liegt nicht nur an der altersbedingt höheren Auffassungsgabe, sondern auch daran, dass auch ausländische Kinder und Jugendliche in Deutschland der Schulpflicht⁸¹ unterliegen und dadurch die Sprache im Unterricht und auf dem Schulhof sprechen, während die Eltern sich um den Spracherwerb selbst sorgen müssen. Je nach Erkrankung der Eltern und Alter und Entwicklungsstand des Kindes, kann der Einsatz der Kinder als Dolmetscher auch negative (gesundheitliche) Folgen für die Kinder mit sich bringen. So wird aus der Medizin angemerkt, dass diese Praxis zu Rollenproblemen in der Familie führen kann.⁸²

3.2 Widersprüchliche Rechtslage für Ärzte und Psychotherapeuten

Für Mediziner führt die derzeitige Rechtslage zu einem unauflösbaren Normenkonflikt.⁸³ Aus sozialrechtlicher Sicht sind die Kassenärzte und -psychotherapeuten zur Behandlung der ausländischen Patienten nach § 11 Abs. 1 Nr. 4, § 72, § 73 und § 95 SGB V verpflichtet. Aus zivilrechtlicher Sicht und strafrechtlicher Sicht sind sie jedoch verpflichtet, eine Untersuchung und Behandlung zu unterlassen, wenn sie die Patienten nicht aufklären können und deshalb keine wirksame Einwilligung erhalten.⁸⁴ Der Arzt muss nach § 630 e BGB vor jeder Behandlung umfangreich aufklären, um sich gegen Haftungsansprüche abzusichern und sich eine Einwilligung einholen (§ 630 d BGB). Die Aufklärung muss nach § 630 e Abs. 2 Nr. 3 „für den Patienten verständlich sein“. Das heißt, dass das Zivilrecht die Verantwortlichkeit für die Überwindung sprachlicher Barrieren im Aufklärungsgespräch dem Arzt und nicht dem Patienten zuweist.⁸⁵ Eine ohne die (mutmaßliche) Einwilligung vorgenommene invasive Behandlung ist eine strafbare Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) und führt zu Schadenersatzansprüchen (§ 823 StGB).

Selbst wenn Aufklärung und Einwilligung durchgeführt wurden, setzt sich der behandelnde Arzt oder Psychotherapeut einem vertraglichen Haftungsrisiko aus. Denn der Behandelnde schuldet nach § 630 a Abs. 2 BGB dennoch eine Behandlung nach den aktuellen fachlichen Standards. Eine Behandlung *lege artis* ist jedoch ausgeschlossen, wenn notwendige Anamnese-gespräche aufgrund der Sprachbarriere nicht durchgeführt werden können oder – insbesondere im psychologischen Bereich – das therapeutische Einwirken (beispielsweise im Rahmen einer

80 *Brettschneider, A./Hölling, H./u. a.*, Psychische Gesundheit von Jugendlichen in Deutschland: Ein Vergleich nach Migrationshintergrund und Herkunftsland, Bundesgesundheitsblatt 2015, S. 474 (474).

81 Siehe beispielsweise § 26 Abs. 1 Sächsisches Schulgesetz.

82 *Penka/Schouler-Ocak/u. a.* (Anm. 24), S. 1172.

83 Vgl. bereits den Hinweis bei: *Stellpflug/Kötter* (Anm. 12), S. 34 (dortige Fußnote 18).

84 *Spickhoff* (Anm. 26), S. 22.

85 Vgl. *Spickhoff* (Anm. 26), S. 22.

Verhaltenstherapie) nicht möglich ist. Da es sich um eine Rechtspflicht des Arztes handelt, trägt dieser nach der zivilrechtlichen Logik die Verantwortung für die Kompetenz des Dolmetschers. Das gilt auch, wenn der Patient den Dolmetscher beauftragt (z.B. ein Familienmitglied), da der Arzt sicherstellen muss, dass seine Aufklärung verstanden wird. Da die Vergütung des niedergelassenen Arztes die Kosten für den Dolmetscher-Einsatz nicht umfasst, müsste der Arzt oder Psychotherapeut dem Patienten die Kosten des Dolmetschers in Rechnung stellen, was jedoch häufig aufgrund fehlender Leistungsfähigkeit scheitern würde.

Bei ausländischen Patienten mit denen sich der Arzt nicht verständigen kann, muss sich der Arzt folglich entscheiden, welchen Rechtspflichten er geringere Bedeutung beimisst. Entweder er verweigert die Behandlung, solange der Patient keinen Dolmetscher mitbringt, für den der Arzt bereit ist, die Verantwortung zu übernehmen. Dann verstößt er gegen seine Pflichten gegenüber der Krankenkasse und dem Versicherten. Oder er behandelt den Patienten und geht das Risiko ein, dass die Aufklärung nicht wirksam war oder aufgrund von Verständigungsproblemen Behandlungsfehler passieren. Wenn er beide Pflichten erfüllen will und der Patient nicht leistungsfähig genug ist, die Dolmetscherkosten selbst zu tragen, wäre der Arzt gezwungen, den Dolmetscher auf eigene Kosten hinzuzuziehen. Diese Rechtslage kann mittelbar dazu führen, dass Ausländer schlechter Ärzte finden, die sich ihrer annehmen und damit wiederum den Zugang zu medizinischer Versorgung erschweren.

4 Handlungsbedarfe

Die aktuelle Rechtslage wird den besonderen Bedürfnissen von ausländischen Kindern und Jugendlichen und von Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund nicht gerecht. Die verfassungswidrige Haftung der Kinder für ihre Eltern durch diverse Ausschlussnormen, sollte der Gesetzgeber dringend beseitigen, bevor ihn das Bundesverfassungsgericht erneut an die oberste Norm des Grundgesetzes erinnern muss.

Auch dort, wo Kindern und Jugendlichen Ansprüche auf Gesundheitsversorgung zustehen, können diese in der Praxis an Inanspruchnahmehürden scheitern, auf die die Kinder und Jugendlichen keinen Einfluss haben. Wie gezeigt wurde, gibt es trotz der wenig überzeugenden Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes zu fremdsprachigen Ärzten und Dolmetschern bereits heute Möglichkeiten, den jungen Patienten und ihren Eltern die Bürde der Dolmetscherkosten zu nehmen bzw. diese zu erleichtern. Da zu befürchten ist, dass die Behördenpraxis mit der Leistungsgewährung äußerst zurückhaltend ist und gleichzeitig den betroffenen Ausländern – gerade wegen ihrer sprachbedingten Hürden – das Wissen fehlt, dass sie diese Leistungen in Anspruch nehmen können, sollten Ärzte und Psychotherapeuten ihre jungen Patienten und deren Eltern darauf aufmerksam machen, dass ihnen bestimmte Leistungen zustehen. Auf diese Weise können sich auch Ärzte der rechtlichen Zwickmühle entwinden, die durch das unkoordinierte Zusammenspiel von Sozialrecht, Zivilrecht und Strafrecht entsteht.

Nicht zuletzt zeigt die Analyse, dass die aktuelle Rechtslage erhebliche verfassungsrechtliche, EU-rechtliche und völkerrechtliche Fragen aufwirft, die dringend der (verfassungs-)gerichtlichen Klärung bedürfen.⁸⁶

⁸⁶ Diese Fragen sind Bestandteil des Promotionsprojektes des Autors und können hier deshalb noch nicht abschließend dargelegt werden. Siehe aber bereits: *Hillmann, L.* (Anm. 11), S. 95 ff.

Verf.: Lars Hillmann, Paul-Gruner-Str. 14, 04107 Leipzig, E-Mail: lars.hillmann@uni-leipzig.de