

Friederike Wapler

Sozialleistungen für Kinder und Jugendliche ohne deutschen Pass

Nach der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) hat jedes Kind ein Recht auf soziale Sicherheit in dem Land, in dem es lebt (Art. 26). Gleiches gilt für die Förderung behinderter Kinder (Art. 23 UN-KRK), für den Zugang zu den Gesundheitsdiensten (Art. 24 UN-KRK), die Sicherung des Existenzminimums (Art. 27 Abs. 3 UN-KRK) und Bildungsleistungen (Art. 28 UN-KRK). Diese Rechte sind ohne jede Form der Diskriminierung zu gewähren (Art. 2 Abs. 1 UN-KRK). Alle Kinder, die in Deutschland leben, müssten nach diesen Regelungen einen diskriminierungsfreien Zugang zu den innerstaatlichen Sozialleistungen und zum Bildungssystem haben. Die Realität sieht anders aus: Welche Ansprüche ein Kind – oder eine Familie für ihr Kind – geltend machen kann, hängt wesentlich vom aufenthaltsrechtlichen Status des Kindes bzw. der Eltern ab. Im Folgenden wird ein Überblick über die wichtigsten Sozialleistungen gegeben, die Kindern in Deutschland grundsätzlich zustehen. Dies sind Leistungen an die Familie (Kindergeld, Elterngeld, Unterhaltsvorschuss, Kindertagesbetreuung) und Leistungen an das Kind selbst (Leistungen zum Lebensunterhalt, Ansprüche auf Förderung und Teilhabe, Gesundheitsleistungen und „Bildungsexistenzminimum“). Die Rechtslage für Zuwanderer unterscheidet sich nur im Hinblick auf den *Zugang* zu diesen Leistungen von der für deutsche Staatsangehörige. Sobald ein Kind Zugang zu einer bestimmten Sozialleistung hat, wird sie ihm in gleichem Umfang gewährt wie deutschen Staatsangehörigen auch.

Der Begriff des „Kindes“ wird im Folgenden wie in Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 1 UN-KRK verwendet: Ein Kind ist danach jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, nach deutschem Recht also noch nicht volljährig ist. Ein Unterschied zwischen Kindern (bis 14 Jahre) und Jugendlichen (14 bis 18 Jahre) wird im Sozialrecht jedenfalls bei der Frage des Zugangs zu den einzelnen Leistungen in aller Regel nicht gemacht.

1 Familienleistungen (Kindergeld, Elterngeld, Unterhaltsvorschuss)

Nicht die Kinder selbst, sondern ihre Eltern sind Anspruchsberechtigte der sogenannten „Familienleistungen“. Der verfassungsrechtliche Hintergrund ist Art. 6 Grundgesetz (GG): Der Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und die besondere Fürsorgepflicht gegenüber schwangeren Frauen und Müttern (Art. 6 Abs. 4 GG) verpflichten den Staat, einen Ausgleich für die wirtschaftlichen Belastungen der Elternschaft zu schaffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss das Existenzminimum des Kindes steuerfrei gestellt werden – dieser Aufgabe dient das *Kindergeld*. Eine Leistung zur wirtschaftlichen Absicherung junger Familien ist das *Elterngeld*, während es beim *Unterhaltsvorschuss* um die Sicherung des Existenzminimums alleinerziehender Eltern und ihrer Kinder geht.

1.1 Kindergeld und Kinderzuschlag

Das Kindergeld ist eine Familienleistung, mit der das Existenzminimum des Kindes gesichert werden soll. Eltern mit geringem Einkommen, die kindergeldberechtigt sind, haben unter Umständen zusätzlich einen Anspruch auf den Kinderzuschlag nach § 6a Bundeskindergeldgesetz (BKGG). Kindergeld gehört zu den öffentlichen Leistungen, die nach § 2 Abs. 3 Satz 2 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) die eigenständige Sicherung des Lebensunterhalts nicht ausschließen. Der Bezug von Kindergeld hat daher keine Wirkungen auf das Aufenthaltsrecht.

Der Zugang ausländischer Familien zum Kindergeld ist nach den steuer- und sozialrechtlichen Normen gleich geregelt (§ 62 Abs. 2 Einkommenssteuergesetz – EStG, § 1 Abs. 3 BKGG. *Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger* und *Spätaussiedler* erhalten dieselben Leistungen wie Deutsche. Gleiches gilt für die Vertragspartner des Europäischen Fürsorgeabkommens und anderer Assoziationsverträge. Bei *nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländern* ist der Kindergeldanspruch von ihrem Aufenthaltsstatus abhängig: Kindergeldberechtigt sind in jedem Fall Eltern mit einer Niederlassungserlaubnis. Haben die Eltern eine Aufenthaltserlaubnis, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt, so steht ihnen Kindergeld nur dann zu, wenn sie nicht nur für einen bestimmten Zeitraum oder einen bestimmten Zweck erteilt wurde (z. B. zum Zweck des Studiums, § 16 AufenthG, oder mit einer zeitlichen Befristung nach der Beschäftigungsverordnung, vgl. § 18 Abs. 2 AufenthG). Flüchtlinge mit humanitären Aufenthaltserlaubnissen nach §§ 23 Abs. 1, 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG haben in den ersten drei Jahren keinen Anspruch auf Kindergeld, und auch danach nur, wenn sie erwerbstätig sind, Leistungen der Arbeitsförderung beziehen oder in Elternzeit sind. Kein Kindergeld erhalten zudem alle Eltern, deren Aufenthaltserlaubnis nicht zu einer Erwerbstätigkeit berechtigt sowie *Geduldete* und *Asylbewerber*.

Der Zugang zum Kindergeld wird also, allgemein gesprochen, von zwei Voraussetzungen abhängig gemacht: einem (voraussichtlich) dauerhaften Aufenthalt und der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit. Beide Einschränkungen sind kritisch zu betrachten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Kindergeld bis Ende 1989 an alle Familien ausgezahlt wurde, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatten. Eine auf Eltern mit bestimmten Aufenthaltstiteln beschränkte Änderung des § 1 Abs. 3 BKGG erklärte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Jahr 2004 für verfassungswidrig: Die Regelung sei mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar.¹ Daraufhin wurden im Jahr 2006 die derzeit geltenden Regelungen geschaffen. Ein Jahr später legte das Finanzgericht Köln dem BVerfG die neuen Vorschriften erneut mit der Frage vor, ob sie mit dem Gleichheitssatz vereinbar seien.² Das BVerfG hat darüber nicht entschieden, weil das Ausgangsverfahren eingestellt wurde.³ Die verfassungsrechtlichen Zweifel bleiben jedoch bestehen, und sie beziehen sich nicht nur auf Eltern mit den Aufenthaltstiteln aus § 62 Abs. 2 EStG, § 1 Abs. 3 BKGG, sondern auch auf die Kindergeldberechtigung von Asylbewerbern und Geduldeten.

1.1.1 Beschränkung auf Daueraufenthalte

Die aktuellen Bestimmungen zur Kindergeldberechtigung wurden vom Gesetzgeber mit dem Ziel begründet, Kindergeld nur solchen Familien zu gewähren, die sich voraussichtlich dauerhaft in

1 BVerfG, Beschluss v. 16.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160.

2 FG Köln, Beschluss v. 09.05.2007 – 10 K 1689/07, ZFE 2008, 12.

3 BVerfG, Erledigungsmitteilung v. 04.04.2007 – 2 BvL 3/07 – juris.

Deutschland aufhalten werden.⁴ Dieses Ziel hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich beanstandet. Allerdings betont es den sozialrechtlichen Zweck des Kindergeldes und macht deutlich, dass dieser von einer Aufenthaltsverfestigung unabhängig sei:

„Deutsche, Ausländer mit Aufenthaltsberechtigung oder -erlaubnis und Ausländer ohne diese Aufenthaltstitel, die aber in Deutschland legal leben, sind in gleicher Weise durch die persönlichen und finanziellen Aufwendungen bei der Kindererziehung belastet.“⁵

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) konnte in einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 keine rechtfertigenden Gründe dafür finden, den Bezug von Kindergeld an ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu koppeln.⁶ Er hat darum einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) festgestellt. Auch diese Entscheidung bezieht sich auf die frühere Fassung des § 1 Abs. 3 BKGG. Der Grundgedanke jedoch betrifft auch die gegenwärtige Rechtslage: Ein voraussichtlich dauerhafter Aufenthalt ist kein Kriterium für den Zugang zum Kindergeld, das mit dem Zweck dieser Leistung vereinbar wäre. Auch das Argument des Bundesfinanzhofs (BFH), dass nur bei einem dauerhaften Aufenthalt auch eine längerfristige Integration in die deutsche Gesellschaft zu erwarten sei,⁷ kann die Zugangsbeschränkungen für Zuwanderer ohne dauerhaftes Aufenthaltsrecht nicht rechtfertigen. Das Kindergeld ist kein Instrument der Integrationsförderung, sondern eine Sozialleistung, mit der wirtschaftliche und persönliche Einschränkungen der Elternschaft ausgeglichen werden sollen, und diese bestehen unabhängig von der Herkunft, dem Aufenthaltsstatus und dem Stand der Integration.

1.1.2 Beschränkung auf bestimmte Aufenthaltstitel

Selbst wenn man das grundsätzliche Ziel, nur solche Familien mit dem Kindergeld zu fördern, die sich voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten, akzeptiert, scheint das gesetzgebungstechnische Mittel, die Leistung nur Personen mit bestimmten Aufenthaltstiteln zu gewähren, verfehlt. Nach dem geltenden Zuwanderungsrecht gibt es nur einen Aufenthaltstitel, der zu einem unbefristeten Aufenthalt berechtigt, die Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG). Die Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG), Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylVfG) und die Duldung (§ 60a AufenthG) sind stets befristet. Jeder dieser Titel kann jedoch zu einem langfristigen Aufenthalt in Deutschland führen – eine Studentin, die mit einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Studiums nach Deutschland gekommen ist, kann anschließend eine Arbeitsstelle finden und eine Niederlassungserlaubnis erwerben, ein Asylbewerber kann anerkannt werden und dauerhaft in Deutschland bleiben, und auch die Praxis der „Kettenduldungen“ ist nach wie vor weit verbreitet und führt zu jahrelangen Aufenthalten. Die derzeitige Rechtslage, nach der die Kindergeldberechtigung an bestimmte Aufenthaltstitel gebunden ist, birgt die Gefahr, dass Personen, die faktisch dauerhaft in Deutschland leben und unter Umständen sogar in den Arbeitsmarkt integriert sind, keine Chance haben, jemals Kindergeld zu beziehen. Die geltende Rechtslage erweist sich unter diesem Gesichtspunkt als ungeeignet, das gesetzgeberische Ziel zu erreichen.⁸

4 Vgl. BT-Drs. 12/5502, S. 44 und BT-Drs. 16/1368, S. 8.

5 BVerfG, Beschluss v. 16.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160.

6 EGMR, Urteil v. 25.10.2005 – 59140/00 (*Okpisz*), JAmt 2007, 50-52.

7 BFH, Urteil v. 15.03.2007 – III R 93/03, BFHE 217, 443.

8 So auch FG Köln, Beschluss v. 09.05.2007 – 10 K 1689/07, DStRE 2008, 160-165. Vgl. zu dieser Argumentation bezogen auf die frühere Systematik der Aufenthaltstitel (vor 2006) BVerfG, Beschluss v. 16.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160.

1.1.3 Beschränkung auf Erwerbstätige und zur Erwerbsarbeit Berechtigte

Dass nach dem geltenden Zuwanderungsrecht grundsätzlich jeder Aufenthaltstitel zu einem Daueraufenthalt führen kann, hat auch der Gesetzgeber gesehen. Er hat daraus allerdings nicht den Schluss gezogen, dass dieses Kriterium ungeeignet für seine Zwecke ist, sondern dass die Anknüpfung differenzierter gestaltet werden müsse. Zu der (stets befristeten) Aufenthaltserlaubnis müsse ein Indiz hinzukommen, das auf einen voraussichtlich langfristigen Aufenthalt in Deutschland hindeutet: die Berechtigung zur Erwerbsarbeit.⁹ Dass Integration hierdurch allein an der (potentiellen) Eingliederung in den Arbeitsmarkt festgemacht wird, ist gerade dort, wo es um Leistungen für Kinder geht, geradezu widersinnig, soll das Kindergeld doch auch dafür einen Ausgleich bieten, dass Eltern dem Arbeitsmarkt oft nur eingeschränkt zur Verfügung stehen. Die gesetzliche Regelung übersieht folglich, dass gerade bei Familien mit Kindern die voraussichtliche Aufenthaltsdauer nicht immer von einer Erwerbstätigkeit abhängt. Gegen diese Argumentation lässt sich einwenden, dass nicht erwerbstätige Eltern, die ihre Kinder selbst betreuen, in den meisten Fällen Unterhalt oder Leistungen zum Lebensunterhalt bekommen, auf die das Kindergeld ohnehin angerechnet wird.¹⁰ Dabei wird jedoch übersehen, dass die gesetzliche Regelung gerade nicht an eine *tatsächliche* Erwerbstätigkeit anknüpft, sondern an die bestehende oder gar an eine frühere *Berechtigung* dazu. Auf der einen Seite erhalten also Personen Kindergeld, die zwar erwerbsberechtigt, aber nicht erwerbstätig sind, auf der anderen Seite sind Personen ausgeschlossen, die zwar erwerbstätig sind, aber keine den Kindergeldbezug auslösende Erwerbsberechtigung besitzen.

1.1.4 Rechtmäßigkeit des Aufenthalts

Kein Kindergeld bekommen Eltern, die sich nicht legal in Deutschland aufhalten. Das Merkmal „Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Inland“ aus §§ 62 Abs. 2 EStG und § 1 Abs. 3 BKGG muss im Sinne von „rechtmäßiger Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt“ gelesen werden. Streitig ist allerdings, ob die Duldung als rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Aufenthalt bewertet werden muss. Der BFH hat bei einem geduldeten Flüchtling aus Bosnien/Herzegowina den Anspruch auf Kindergeld verneint, weil die Duldung kein rechtmäßiger Aufenthalt in Deutschland sei.¹¹ Diese Auffassung entspricht der herrschenden Rechtsprechung in Deutschland und ist auch im ausländerrechtlichen Schrifttum weit verbreitet.¹² Speziell bezogen auf das Sozialrecht vertritt aber das Bundessozialgericht (BSG) einen anderen Standpunkt und akzeptiert auch den Aufenthalt von Geduldeten als rechtmäßig. Zur Begründung führt es an, dass Geduldete in Deutschland zwar ausreisepflichtig sind, dass sie jedoch rechtlich dennoch nicht gehindert sind, sich in Deutschland aufzuhalten, solange ihre Abschiebung ausgesetzt ist.¹³ Diese Auffassung verdient den Vorzug, da nur sie den Sonderstatus der Duldung nachvollziehbar erfasst. Wäre der Aufenthalt der Geduldeten in jeder Hinsicht unrechtmäßig, so wären sie in derselben Lage wie Menschen, die keinerlei Aufenthaltspapiere besitzen. Während diese aber keinen rechtlichen Schutz gegen eine Aufenthaltsbeendigung besitzen, schließt die Duldung eine solche gerade aus.¹⁴ Dieser differenzierten Sicht entspricht die frühere Rechtslage zum Kindergeld, nach der Geduldete unproblematisch zum Kreis

9 Vgl. BT-Drs. 16/1368, S. 8.

10 So BT-Drs. 16/1368, S. 9.

11 BFH, Urteil v. 15.03.2007 – III R 93/03, BFHE 217, 443.

12 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.10.2011 – 5 C 28/10 (jurion); Dienelt, K., in: Bergmann, J./Dienelt, K./Röseler, S. (Hrsg.), *Ausländerrecht. Kommentar* (vormals *Renner*), 9. Aufl. München 2011, § 60a AufenthG Rn. 35.

13 BSG, Urt. v. 29.4.2010 – B 9 SB 2/09 R, BSGE 106, 101-110.

14 Ähnlich *Riecken, Ph.-A.*, Die Duldung als Verfassungsproblem. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2006, S. 256.

der Berechtigten gehörten, obwohl auch damals schon der Anknüpfungspunkt der rechtmäßige Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt der Familie war.

1.2 Elterngeld und Unterhaltsvorschuss

Nach der oben (Fn. 1) zitierten Entscheidung des BVerfG hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die drei zentralen Familienleistungen Kindergeld, Elterngeld und Unterhaltsvorschuss hinsichtlich des Zugangs für ausländische Familien wortgleich geregelt. Für das Elterngeld (§ 1 Abs. 7 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG) und den Unterhaltsvorschuss (§ 1 Abs. 2a Unterhaltsvorschussgesetz – UVG) gilt daher das zum Kindergeld bereits Gesagte inklusive der verfassungsrechtlichen Bedenken.¹⁵

Wie auch das Kindergeld gehört das Elterngeld zu den öffentlichen Leistungen, deren Bezug keine Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht hat (§ 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG). Anders dagegen der Unterhaltsvorschuss: Wenn der alleinerziehende Elternteil seinen Lebensunterhalt nicht ohne den Unterhaltsvorschuss bestreiten kann, kann sich dies negativ auf das Aufenthaltsrecht auswirken (§ 2 Abs. 3 Sätze 1 und 2 AufenthG).

Problematisch kann für ausländische Elternteile auch die Voraussetzung aus § 1 Abs. 2 UVG werden, nach der Unterhaltsvorschuss unter anderem dann gewährt wird, wenn der Elternteil und sein Ehegatte/Lebenspartner *getrennt leben*. Der Gesetzgeber hat im Jahr 2000 klargestellt, dass der Begriff des „Getrenntlebens“ sich an § 1567 BGB anlehnt (§ 1 Abs. 2 UVG). Danach leben Ehegatten getrennt, wenn mindestens einer von ihnen die Lebensgemeinschaft nicht fortführen möchte. Zuvor hatten Gerichte den Unterhaltsvorschuss teilweise auch dann gewährt, wenn Ehegatten zwar eigentlich zusammenleben wollten, aber aufgrund ausländerrechtlicher Beschränkungen nicht dazu in der Lage waren.¹⁶ Nach der Gesetzesbegründung wurde der Bezug auf § 1567 BGB genau deswegen eingefügt, um dieser weniger engen Auslegung des Begriffs des „Getrenntlebens“ einen Riegel vorzuschieben. Der subjektive Trennungswille wenigstens eines der beiden Ehegatten/Lebenspartner ist daher nach derzeitiger Rechtslage eine zwingende Voraussetzung für den Unterhaltsvorschuss.¹⁷

Rechtspolitisch bleibt die Kritik an der Regelung virulent, zumal die in der Rechtsprechung verhandelten Fälle häufig *Stiefelternkonstellationen* betreffen. Der alleinerziehende Elternteil ist also nicht mit dem anderen leiblichen Elternteil des Kindes verheiratet, sondern mit einer anderen Person, die mit dem Kind nicht verwandt ist. Dass Stiefeltern, die mit dem vormals alleinerziehenden Elternteil zusammenleben, den Zugang zum Unterhaltsvorschuss ausschließen, wird mit der Vermutung begründet, dass die Eheleute in einer solchen Konstellation gemeinsam wirtschaften und

15 Zur Verfassungsmäßigkeit des eingeschränkten Zugangs zum früheren Erziehungsgeld siehe den Vorlagebeschluss des BSG v. 03.12.2009 – B 10 EG 5/08 R, ZAR 2010, 7. Die darin enthaltenen Argumente gegen die Verfassungsmäßigkeit des früheren § 1 Abs. 6 Nr. 2c und 3b Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) sind nach der Auffassung des Gerichts auf § 1 Abs. 7 BEEG übertragbar, weil sich die Vorschriften entsprechen. Siehe dazu auch Lenz, M., in: Rancke, F. (Hrsg.), Mutterschutz, Elterngeld, Elternzeit. Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2006, § 2 BEEG Rn. 26. Anders als hier für die Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 3 UVG: OVG Sachsen, 08.04.2010 – 5 D 61/10 (jurion).

16 OVG Niedersachsen, 11.11.2003 – 12 LA 400/03; OVG Nordrhein-Westfalen 05.02.2002, NJW 2002, 3564 f. Die darin entschiedenen Fälle betrafen die frühere Rechtslage, als der Bezug auf § 1567 noch nicht im Gesetz stand.

17 Vgl. BT-Drs. 14/6061, S. 15; Helmbrecht, F., Unterhaltsvorschussgesetz. Kommentar, 5. Aufl. Godesberg 2004, § 1 UVG Rn. 13. Dies sieht auch die neuere Rechtsprechung so: VG Aachen, 20.12.2007 – 2 K 245/05 (jurion); VG Düsseldorf, 28.11.2008 – 21 L 1560/08 (jurion).

das Kind auch gemeinsam betreuen.¹⁸ Dass aber entfernt lebende Stiefelternteile oder gar eine mit dem Kind nicht verwandte *Zweitfrau*¹⁹ ebenfalls den Bezug des Unterhaltsvorschlusses ausschließen, ist rechtspolitisch kaum nachzuvollziehen. Der Stiefelternteil kann den leiblichen Elternteil schwerlich bei der Kinderbetreuung entlasten, wenn er nicht mit ihm zusammenwohnen darf. Wenn er die Familie auch nicht finanziell unterstützen kann – und nur dann kommt Unterhaltsvorschluss überhaupt in Frage – ändert sich für den alleinerziehenden Elternteil und das Kind durch die Heirat faktisch nichts. Da die Einbeziehung der Stiefelternteile allein mit einer *faktischen* Besserstellung des Kindes in der Stieffamilie begründet wird, müsste das UVG wenigstens solche Fälle umfassen, in denen die Stieffamilie aus rechtlichen Gründen nicht zusammenleben kann.

2 Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums (Sozialhilfe, Sozialgeld, Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz)

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist aus dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) ein Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum abzuleiten. Für Menschen, die in Deutschland ihren Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten können, gewährt das Sozialrecht Ansprüche auf *Hilfe zum Lebensunterhalt* nach unterschiedlichen Rechtsgrundlagen: Erwerbsfähige Personen haben Anspruch auf die *Grundsicherung für Arbeitsuchende* nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) II. Nicht erwerbsfähige Menschen erhalten je nachdem, ob sie mit einer erwerbsfähigen Person zusammenleben oder nicht, *Sozialgeld* nach SGB II oder *Sozialhilfe* nach SGB XII. Asylbewerber fallen unter bestimmten Umständen aus diesen Leistungssystemen heraus und haben nur Anspruch auf die abgesenkten Leistungen nach dem *Asylbewerberleistungsgesetz*. Die Ansprüche von Kindern richten sich in der Regel nach dem Aufenthaltsstatus ihrer Eltern. *Spätaussiedler* haben unmittelbar nach ihrer Übersiedlung in die Bundesrepublik dieselben Ansprüche auf Leistungen nach SGB II und SGB XII wie Deutsche. Für Unionsbürger und Drittstaatsangehörige gibt es Sonderregelungen, die differenziert betrachtet werden müssen. In jedem Fall aber kann es der Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels entgegenstehen, wenn Leistungen zum Lebensunterhalt nach SGB II oder SGB XII bezogen werden (§ 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG).

2.1 SGB II: Grundsicherung und Sozialgeld

Kinder haben einen eigenen Anspruch auf Leistungen der *Grundsicherung* („Arbeitslosengeld II“), wenn sie das 15. Lebensjahr vollendet haben sowie erwerbsfähig und hilfebedürftig sind (§ 7 Abs. 1 SGB II). Jüngere Kinder oder Kinder, die nicht erwerbsfähig sind, können einen Anspruch auf *Sozialgeld* nach § 28 SGB II haben, wenn sie mit einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Eine Bedarfsgemeinschaft zwischen Kindern und ihren Eltern wird dann angenommen, wenn die Kinder minderjährig und unverheiratet sind, über keine eigenen bedarfssichernden Einkünfte verfügen und dem Haushalt der Eltern angehören (§ 7 Abs. 2 SGB II).

18 Vgl. BT-Drs. 8/1952, S. 6: „Wenn der alleinerziehende Elternteil heiratet und das Kind einen Stiefelternteil erhält, ändert sich zwar nicht die unterhaltsrechtliche, wohl aber die faktische Gesamtlage. Das Kind ist nunmehr in eine vollständige Familie eingebettet und nimmt im allgemeinen auch an deren sozialem Stand teil.“ Für die Verfassungswidrigkeit der Stiefelternteilregelung VG Göttingen, 29.09.1999 – 2 A 2045/96, FamRZ 2001, S. 56.

19 So im Fall VG Gelsenkirchen, 04.01.2008 – 15 K 2307/07 (jurion).

Die Ausnahmen für ausländische Staatsangehörige sind in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II zu finden: Keinen Anspruch auf Leistungen nach SGB II haben demnach *Anspruchsberechtigte nach § 1 AsylbLG* (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II und unten unter 2.3). Keinen Anspruch haben auch Personen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem *Zweck der Arbeitsuche* ergibt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II). Dieser Ausschlussgrund stellt die Behörden vor allem bei Unionsbürgern vor eine Reihe von Problemen. Wann Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht „allein zur Arbeitsuche“ haben, richtet sich nach der *Unionsbürgerrichtlinie*, die zahlreiche Fälle auflistet, in denen sich ein Unionsbürger auf Arbeitsuche befinden kann, ohne seinen Status als „Arbeitnehmer“ oder „Selbständiger“ zu verlieren (Art. 7 Abs. 3, vgl. auch § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU).²⁰ Auch unfreiwillig Arbeitslose oder Selbständige, die ihre Tätigkeit unverschuldet aufgeben mussten, fallen danach unter bestimmten Umständen *nicht* unter den Leistungsausschluss, sondern können Leistungen nach dem SGB II beantragen.²¹ Nach der Rechtsprechung des Landessozialgerichts Niedersachsen kommt der Leistungsausschluss bei richtlinienkonformer Auslegung überhaupt nur für Unionsbürger in Betracht, die erstmals in die Bundesrepublik einreisen und dort unmittelbar Sozialleistungen beantragen.²²

Einen weiteren Ausschlussgrund normiert § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II für Zuwanderer, die nicht als Arbeitnehmer oder Selbständige nach Deutschland eingewandert sind: Diese – und ihre Familienangehörigen – sind *in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts* in Deutschland nicht leistungsberechtigt nach dem SGB II. Auch mit diesem Tatbestand wurde die Unionsbürgerrichtlinie umgesetzt (Art. 24 Abs. 2), allerdings wurde der Ausschluss gleich auf alle neu eingereisten Ausländer ausgeweitet, die nicht unmittelbar nach ihrer Einreise erwerbstätig sind oder selbständig arbeiten.

In der Literatur wird bezweifelt, dass die Unionsbürgerrichtlinie in diesem Punkt mit europäischem Primärrecht vereinbar ist: Nach Art. 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, früher Art. 12 EG-Vertrag) sind Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit innerhalb der EU grundsätzlich verboten. Für Ungleichbehandlungen der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten muss es sachliche Gründe geben. Mit der Ausschlussregelung des Art. 24 Unionsbürgerrichtlinie soll verhindert werden, dass Unionsbürger allein deswegen das Land wechseln, weil sie Sozialhilfe beziehen möchten. Die Sozialleistungen haben jedoch eine wichtige Funktion für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: Die meisten Arbeitnehmer und Selbständigen könnten ihre Freizügigkeitsrechte nicht nutzen, wenn sie nicht in allen Mitgliedstaaten zu jeder Zeit gegen die üblichen Risiken des Erwerbslebens, zum Beispiel gegen Krankheit oder Arbeitslosigkeit, abgesichert wären. Vor diesem Hintergrund erscheint der dreimonatige Ausschluss von den Sozialleistungen als eine sachwidrige Ungleichbehandlung freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger gegenüber den Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates.²³

20 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004, ABl. L 158 vom 30.4.2004.

21 Siehe dazu ausführlich und nach Fallgruppen differenziert *Classen*, G, Sozialrecht für MigrantInnen und Flüchtlinge. Handbuch für die Praxis, Karlsruhe 2008, S. 45–48 und *Frings*, D., Sozialrecht für Zuwanderer, Baden-Baden 2008, S. 76–82.

22 LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 25.07.2007 – L 6 AS 444/07 ER, http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/dokumente/11707.pdf (Zugriff am 05.12.2011).

23 Vgl. *Schreiber*, F., Die Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 12 i. V. m. Art. 18 EGV für Grundsicherungsleistungen, ZESAR 5 (2006), S. 428–430; *Frings* (Anm. 21), Rn. 100 ff.; *Brühl*, A./*Schoch*, D., in: Münder, J. (Hrsg.), SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende. Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2006, § 7 Rn. 19.

2.2 SGB XII: Sozialhilfe

Bedürftige Kinder und ihre Eltern, die keine Ansprüche nach SGB II haben, können Leistungen der Sozialhilfe beantragen, beispielsweise Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 28 SGB XII. Für Kinder ohne deutschen Pass gilt § 23 SGB XII. Danach haben Ausländer mit einer Niederlassungserlaubnis oder mit einer Aufenthaltserlaubnis, die zum Daueraufenthalt berechtigt, dieselben Ansprüche auf Sozialhilfe wie Deutsche (§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB XII). Alle anderen Aufenthaltstitel berechtigen nur zum Bezug bestimmter Leistungen: Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege (zur Eingliederungshilfe bei Behinderungen s.u.). Hier ist der tatsächliche Aufenthalt maßgeblich für die Leistungsberechtigung (§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII). Keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben Asylbewerber und andere Personen, die nach AsylbLG leistungsberechtigt sind und Ausländer, die sich außerhalb des Bereichs aufhalten, in dem sie sich aufgrund ausländerrechtlicher Beschränkungen aufhalten dürfen – letztere erhalten nur die unabweisbar gebotenen Leistungen (§ 23 Abs. 5 SGB XII). Keinen Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe haben auch Ausländer, die allein zum Zweck des Sozialhilfebezugs oder der Arbeitsuche eingereist sind (§ 23 Abs. 3). Bei Unionsbürgern greifen hier die oben bereits dargestellten europarechtlichen Zweifel an der Zulässigkeit dieser Regelung.²⁴ Bei allen anderen Drittstaatsangehörigen fragt sich, was mit ihnen geschehen soll, wenn sie ihren Lebensunterhalt nicht selbständig sichern können. Im Zweifel geht kein Weg daran vorbei, auch ihnen Sozialhilfe im Ermessenswege zuzusprechen (§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII), will man nicht ihren Anspruch auf eine menschenwürdige Existenzsicherung verletzen.²⁵

2.3 Sonderregeln für Flüchtlinge: das Asylbewerberleistungsgesetz

Keinen Zugang zu den Sozialleistungen nach SGB II und SGB XII haben Zuwanderer, die unter das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) fallen. Dies sind nicht nur Asylbewerber, sondern auch Geduldete und Flüchtlinge mit Aufenthaltsberechtigungen aus humanitären Gründen nach §§ 23 Abs. 1, 24 oder 25 des AufenthG. Wenn sie 48 Monate lang Leistungen nach dem AsylbLG bezogen haben, erwerben sie als sogenannte „Analogberechtigte“ Ansprüche auf Leistungen der Sozialhilfe nach SGB XII (§ 2 Abs. 1 AsylbLG). Die Anspruchsberechtigung von Kindern, die mit ihren Eltern in einer Haushaltsgemeinschaft leben, richtet sich grundsätzlich nach dem Status ihrer Eltern (§ 1 Abs. 1 Nr. 6, § 2 Abs. 3 AsylbLG). Unstreitig ist dies für den Fall, dass nur das Kind die Voraussetzungen nach § 2 AsylbLG erfüllt. Sein Anspruch besteht erst dann, wenn auch einer seiner Elternteile diesen Anspruch erworben hat. Uneinigkeit herrscht im entgegengesetzten Fall, wenn ein Elternteil die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 erfüllt, nicht aber das Kind. Der Wortlaut der Norm legt die Auslegung nahe, dass ein Kind einen Anspruch erst erwerben kann, wenn es selbst seit vier Jahren Leistungen nach dem AsylbLG bezogen hat.²⁶ Kinder unter vier Jahren sind demnach immer von dem günstigeren Leistungssystem nach § 2 AsylbLG ausgeschlossen. Gegen diese Auslegung wird geltend gemacht, dass sie dem Willen des Gesetzgebers widerspreche, der eine unterschiedliche Behandlung von Kindern und ihren Eltern gerade verhindern wollte.²⁷ Dies

24 Vgl. *Schreiber* 2006 (Anm. 23), S. 431; *Fasselt, U.*, in: Fichtner, O./Wenzel, G. (Hrsg.), Kommentar zum SGB XII, AsylbLG, 4. Aufl. München 2009, § 23 SGB XII Rn. 90.

25 So auch *Frings* (Anm. 21), S. 86 Rn. 121.

26 So die wohl herrschende Meinung, vgl. *Wahrendorf*, in: Grube, Ch./Wahrendorf, V. (Hrsg.), SGB XII – Sozialhilfe. Kommentar, 3. Aufl. München 2010, § 2 AsylbLG Rn. 42; BSG, 17.06.2008 – B 8/9b AY 1/07 R, BSGE 101, 49; LSG Nordrhein-Westfalen, 10.03.2008 – L 20 AY 9/07 (jurion).

27 So *Classen* (Fn. 21), S. 103 f.; SG Hildesheim, 28.1.10 – S 40 AY 158, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2327.pdf (Zugriff am 05.12.2011). Zum gesetzgeberischen Willen siehe BT-Drs. 13/2746, S. 16.

allein rechtfertigt allerdings keine Auslegung entgegen dem klaren Wortlaut einer Norm. Die Regelung in § 2 Abs. 3 AsylbLG ist jedoch auch unabhängig von der gesetzgeberischen Intention verfassungsrechtlich fragwürdig, weil sie Kinder unter vier Jahren ohne erkennbaren Grund pauschal schlechter stellt als ältere Kinder und Erwachsene. Diese Diskriminierung von Säuglingen und Kleinkindern – und damit ausgerechnet einer im Hinblick auf das Existenzminimum besonders schutzbedürftigen Gruppe –, ist mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren. Im Übrigen ist die Regelung auch mit dem grundgesetzlichen Schutz der Familie nur schwer in Einklang zu bringen: Mit der Privilegierung des § 2 AsylbLG wird den Eltern zugebilligt, dass mit der Dauer ihres Aufenthalts auch der Integrationsbedarf zunimmt. Diese Annahme muss sich auch auf ihre minderjährigen Kinder erstrecken, da Kinder grundsätzlich am Lebensstandard ihrer Eltern teilhaben.²⁸

Personen im Leistungsbezug nach § 3 AsylbLG erhalten lediglich sogenannte „Grundleistungen“, die gegenüber den Regelsätzen nach SGB II und XII mittlerweile um ein gutes Drittel abgesenkt sind und zudem häufig in Form von Sachleistungen gewährt werden. Angesichts dieser eklatanten Schlechterstellung wundert es nicht, dass das AsylbLG seit seiner Einführung von verfassungsrechtlichen Zweifeln begleitet wird, die bis heute in der Politik, aber auch in Rechtsprechung und Literatur nicht verstummt sind.²⁹ Die Einwände gegen das Gesetz als Ganzes sind nur zu gerechtfertigt. Weder mit Art. 3 Abs. 1 GG noch mit dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip sind die abgesenkten Leistungen zu vereinbaren. Wenn die Regelsätze des SGB II und des SGB XII schon als das unbedingt notwendige Existenzminimum eines jeden Bürgers in Deutschland gelten, so kann eine Regelung, die für bestimmte Bevölkerungsgruppen ein um ein gutes Drittel niedrigeres Leistungsniveau vorsieht, den Anspruch dieser Menschen auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht erfüllen.³⁰ Dies gilt ganz besonders für Kinder, bei denen eine Mangelversorgung sowohl in gesundheitlicher als auch in geistiger und seelischer Hinsicht erhebliche langfristige Folgen haben kann. Bei der Leistungsgewährung an Kinder muss daher in jedem Fall geprüft werden, welche Leistungen das Kind für eine gesunde Entwicklung benötigt. Dabei ist auch das Kindeswohlprinzip aus Art. 3 Abs. 1 UN-KRK zu beachten. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK gibt den Kindeswohlgründen zwar keinen absoluten Vorrang, sondern erlaubt die Abwägung mit anderen Belangen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, welche Interessen dagegen sprechen, Kindern, die sich in Deutschland tatsächlich aufhalten, die Sozialleistungen zu gewähren, die für eine gesunde Entwicklung in leiblicher, geistiger und seelischer Hinsicht notwendig sind. Eltern, die ihren Kindern dieses Minimum nicht gewähren, können nach § 1666 BGB in ihrem Erziehungsrecht eingeschränkt werden. Der Staat täte gut daran, auch bei den öffentlichen Sozialleistungen an Kinder das Kindeswohl zum alleinigen Maßstab zu nehmen. Eine Absenkung der Leistungen an Kinder unter das Niveau des SGB XII ist anhand dieses Maßstabs nicht zu rechtfertigen. Für

28 Vgl. *Fasselt* (Anm. 24), § 2 AsylbLG Rn. 3.

29 Siehe nur die Vorlagebeschlüsse des LSG Nordrhein-Westfalen v. 26.07.2010 – L 20 AY 13/09 – und v. 22.11.2010 – L 20 AY 1/09 (jurion). Zum parlamentarischen Verfahren im Hinblick auf eine Aufhebung des AsylbLG: „Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Asylbewerberleistungsgesetzes“ (BT-Drs. 17/1228) und „Menschenwürdiges Existenzminimum für alle – Asylbewerberleistungsgesetz abschaffen“ (BT-Drs. 17/4424) sowie die Stellungnahmen zu der Sachverständigenanhörung vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales im Bundestag am 07.02.2011 unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/17/a11/anhoeurungen/Archiv/Asylbewerberleistungsgesetz/17_11_376neu.pdf (Zugriff am 05.12.2011). Eine Grundsatzentscheidung des BVerfG zum AsylbLG wird am 18.07.2012 erwartet.

30 Siehe dazu die Nachweise in Anm. 29 sowie *Classen, G./Kanalán, I.*, Verfassungsmäßigkeit des Asylbewerberleistungsgesetzes, info also 2010, 243–249; *Lehnert, M./Pelzer, M.*, Diskriminierendes Sondergesetz: Warum das Asylbewerberleistungsgesetz verfassungswidrig ist, *Kritische Justiz* 2010, S. 452–459; *Görtsch, Ch.*, Asylbewerberleistungsrechtliches Existenzminimum und gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum, *NZS* 2011, 646–650. Zu europarechtlichen Zweifeln siehe *Schreiber, F.*, Gesundheitsleistungen im europäischen Flüchtlingsrecht. Die mangelhafte Umsetzung der Aufnahmerichtlinie 2003/9/EG in den §§ 4, 6 AsylbLG, *ZESAR* 9 (2010), S. 107–112.

Eingliederungsleistungen, die Kindern ermöglichen sollen, einen Kindergarten oder eine Schule zu besuchen, ist dies in der Rechtsprechung mittlerweile anerkannt (dazu ausführlich unten unter 3.2 und 5). Rechtspolitisch aber ändert dies nichts daran, dass die existenzsichernden Sozialleistungen für Zuwanderer grundlegend neu geregelt werden müssen. Das Existenzminimum beschreibt die unabdingbaren materiellen und sozialen Voraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben in einer bestimmten Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit. Seine Sicherung durch öffentliche Leistungen sollte so ausgestaltet werden, dass es für alle Menschen, die sich in Deutschland aufhalten, in gleicher Weise gewährt wird.

3 Bildungsleistungen

Auch Leistungen für Bildung und Teilhabe gehören nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum sozialrechtlichen Existenzminimum, das insbesondere Kindern gewährt werden muss. Der Staat hat mehrere Möglichkeiten, Kindern Bildung und Teilhabe zu ermöglichen: Er kann Institutionen schaffen, wie Schulen und Kindertageseinrichtungen, oder den Besuch von Bildungseinrichtungen und kulturellen Veranstaltungen für bedürftige Kinder kostenfrei ermöglichen. Er kann Leistungen für Bildung und Teilhabe auch direkt den Familien gewähren, und hier hat er wiederum die Wahl zwischen Geldleistungen, Sachleistungen oder Gutscheinsystemen.

3.1 Sicherung des Bildungsexistenzminimums: das „Bildungspaket“ für Kinder

Zum 01.01.2011 mussten die Regelsätze für die Grundsicherung und das Sozialgeld grundlegend reformiert werden, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Sozialstaatsprinzips, die das BVerfG in seiner Entscheidung vom Februar 2010³¹ dargelegt hatte, gerecht zu werden. Das Bundesverfassungsgericht hatte unter anderem bemängelt, dass die Kosten für Bildung und Teilhabe, die bei der Erziehung von Kindern anfallen, bei der Berechnung der Regelsätze für das Sozialgeld von Kindern nicht berücksichtigt worden waren. Die Neuregelung lagert die Kosten für Bildung und Teilhabe weitgehend aus dem Regelsatz für Kinder aus. Stattdessen können die Eltern einen Katalog an Leistungen gesondert beantragen, darunter vor allem Kosten für Klassenfahrten, schulische Mittagsverpflegung und Nachhilfe sowie pauschalisierte Beträge für Sportvereine, Musikunterricht und Ferienfreizeiten (§ 28 SGB II, § 34 SGB XII). Kinder ohne deutschen Pass haben nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich dieselben Ansprüche wie deutsche Staatsangehörige, dies gilt jedoch bislang nicht überall auch für Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG.

3.1.1 Allgemeine Einwände gegen das „Bildungspaket“

Die neue Regelung der Bildungs- und Teilhabeansprüche von Kindern sieht sich weitreichender Kritik ausgesetzt, die sich vor allem am begrenzten Inhalt der gewährten Leistungen und an dem Prinzip der „Grundrechte auf Bezugsschein“³² festmacht. Hier wird Kindern ein individueller Anspruch auf Leistungen gegeben, die besser unmittelbar in den Bildungseinrichtungen angeboten werden sollten, und zwar flächendeckend: Für kostenlose Mittagsverpflegung, Lernförderung und

31 BVerfG, Urteil v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 179.

32 Vgl. Roitsch, J. Grundrechte – nur gegen Bezugsschein, Blätter für deutsche und internationale Politik 2011, 29-32; Lenze, A., Das Bildungs- und Teilhabepaket – Return to Sender?, ZKJ 2011, 312-377.

die Möglichkeit, an Schulausflügen teilzunehmen, sollten die Kinder bzw. ihre Eltern nicht außerhalb dieser Institutionen Anträge stellen müssen. Für private Veranstaltungen wie Musikunterricht und Sportvereine sowie Ferienfreizeiten wiederum sind die bürokratischen Zugangshürden unverhältnismäßig hoch, wenn man bedenkt, dass es um einen Betrag von zehn Euro im Monat geht. Kulturelle und soziale Aktivitäten, die eine Familie gemeinsam unternehmen könnte, beispielsweise Besuche im Museum, im Theater, Kino, auf Lesungen, Konzerten oder Kulturfesten, sind in dem Leistungskatalog überhaupt nicht vorgesehen, sie werden aber auch im Regelsatz nicht berücksichtigt. Diese paternalistische Beschränkung des familiären Entscheidungsspielraums wird damit gerechtfertigt, dass die Leistungen auch ganz bestimmt bei den Kindern ankommen sollen.³³ Sie kommen jedoch gerade *nicht* bei den Kindern an, wie die ersten Erhebungen zum Stand der Leistungsgewährung zeigen: Gerade einmal 43 % der leistungsberechtigten Kinder hatten bis Mitte Oktober 2011 Leistungen aus dem Bildungspaket abgerufen. Der Löwenanteil davon betraf die kostenlose Mittagsverpflegung, die in vielen Bundesländern zuvor aus anderen Töpfen finanziert worden war. Mittagsverpflegung aber ist keine Bildungsleistung, sondern eine Leistung der materiellen Existenzsicherung, auch dann, wenn das Essen in einer Bildungseinrichtung ausgegeben wird. Nur 16 % der Leistungsberechtigten nach SGB II haben die eigentlichen Teilhabeleistungen (Mitgliedsbeiträge, Unterricht in künstlerischen Fächern, Teilnahme an Freizeiten) beantragt und nur 5 % Leistungen der Lernförderung.³⁴ Letzteres mag auch daran liegen, dass Lernförderung nur dann gewährt wird, wenn die Versetzung des Kindes unmittelbar gefährdet ist und Nachhilfe erfolgversprechend erscheint. Von einem Anspruch des Kindes, gemäß seiner Begabung gefördert zu werden oder wenigstens frühzeitig vor dem Abrutschen ins Leistungstief bewahrt zu werden, ist diese Regelung weit entfernt.

Der gesetzgeberische Zweck, dass Bildungsleistungen bei den Kindern sicher ankommen sollen, droht sich ins Gegenteil zu verkehren, wenn die Eltern diese Leistungen für ihre Kinder schlicht nicht beantragen. Wenn man schon paternalistisch sein möchte, dann bitte richtig: Dann darf die Bildung und Teilhabe von Kindern auch nicht davon abhängen, dass Eltern das Antragsformular ausfüllen können oder wollen, sondern muss elternunabhängig ausgestaltet werden: durch individuelle und begabungsgerechte Förderung jedes Kindes in den Kindergärten, in den Schulen und in der Jugendarbeit.

3.1.2 Der Ausschluss von Leistungsbeziehern nach AsylbLG

Hinzu kommt, dass das Asylbewerberleistungsgesetz keine vergleichbaren Leistungen für Bildung und Teilhabe vorsieht. Kinder, die Sozialleistungen nach AsylbLG beziehen, haben folglich keinen Rechtsanspruch auf das „Bildungspaket“ oder Vergleichbares. Sie bekommen nicht einmal die Pauschale von 100 € für Schulbedarf, obwohl sie mittlerweile in allen Bundesländern schulpflichtig sind. Mit einem nur vorübergehenden Aufenthalt der Kinder lässt sich dieser Ausschluss nicht rechtfertigen. Kinder müssen dort, wo sie sich aufhalten, die Chance haben, sich zu bilden und am kulturellen Leben teilzuhaben, weil Bildung und Teilhabe wesentliche Voraussetzungen für die Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und für ihre zukünftigen Lebenschancen sind.

33 BT-Drs. 17/3404, S. 107.

34 Umfrage des Deutschen Städtetages bei den kreisfreien Städten zur Umsetzung des Bildungs- und Teilhabepakets, Stand: 15.10.2011.

Die meisten Bundesländer haben dies mittlerweile erkannt. Sie nehmen § 6 AsylbLG als Rechtsgrundlage für einen Ermessensanspruch des Kindes auf Leistungen des Bildungspakets und gewähren sie im Regelfall.³⁵ Weitergehende parlamentarische Anträge, den Rechtsanspruch auf Bildungs- und Teilhabeleistungen ausdrücklich auf Kinder im Leistungsbezug nach AsylbLG auszuweiten, konnten sich bislang jedoch nicht durchsetzen.³⁶ Die Bundesregierung verstößt damit gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, da ein nachvollziehbarer Grund für die Ungleichbehandlung nicht ersichtlich ist. Sie verletzt auch ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 28 und Art. 2 UN-KRK, die einen diskriminierungsfreien Zugang jedes Kindes zu Angeboten der Bildung und Teilhabe vorsehen.

3.2 Schulbesuch

Erheblich verbessert hat sich in den letzten Jahren die Situation von Kindern ohne dauerhaftes Aufenthaltsrecht hinsichtlich des Schulbesuchs. Fast alle Bundesländer haben mittlerweile die Schulpflicht auf Asylbewerber und Geduldete ausgeweitet.³⁷ Diese Entwicklung ist zu begrüßen, denn das Schulbesuchsrecht, das früher in vielen Bundesländern für Asylbewerber und Geduldete an die Stelle der Schulpflicht trat, war kein adäquater Ersatz. Der Schulbesuch war in diesen Fällen von dem Engagement der Eltern und von der Aufnahmebereitschaft der Schule abhängig.³⁸ Auch Ansprüche auf Hilfen für Schulmaterial oder auf Eingliederungsleistungen, die den Schulbesuch möglich machen sollen, werden in der Rechtsprechung davon abhängig gemacht, dass das Kind schulpflichtig ist.³⁹

3.3 Jugendhilfe

Relativ niedrigschwellig ist der Zugang zu den Leistungen der Jugendhilfe nach § 2 Abs. 2 SGB VIII ausgestaltet, also beispielsweise zu Leistungen der Kindertagesbetreuung (§§ 22 ff. SGB VIII), der Jugendarbeit (§§ 11 ff. SGB VIII) oder zu erzieherischen Hilfen (§§ 27 ff. SGB VIII). Menschen ohne deutschen Pass haben Ansprüche wie Deutsche, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufent-

35 Hamburg, Berlin, Brandenburg und Baden-Württemberg sehen einen gleichberechtigten Leistungsbezug von Berechtigten nach § 3 AsylbLG grundsätzlich vor. In Hessen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Niedersachsen haben die zuständigen Ministerien darauf hingewiesen, dass Ermessensentscheidungen nach § 6 AsylbLG zugunsten der Leistungsberechtigten möglich sind bzw. fachaufsichtlich nicht beanstandet werden. Aus den anderen Bundesländern sind keine entsprechenden Regelungen bekannt. Siehe dazu die Zusammenfassung des Flüchtlingsrates Berlin v. 20.10.2011 unter http://www.fluechtlingsrat-berlin.de/print_neue_meldungen.php?sid=526 (Zugriff am 05.12.2011). Siehe auch die Auffassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unter <http://www.bildungspaket.bmas.de/de/das-bildungspaket/fragen-und-antworten.html> (Zugriff am 05.12.2011).

36 „Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene mit Leistungsbezug nach § 3 Asylbewerberleistungsgesetz in das Bildungs- und Teilhabepaket umgehend einbeziehen“, BR-Drs. 364/11 (Beschluss); „Ausgrenzung stoppen – alle Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen im Leistungsbezug des Asylbewerberleistungsgesetzes in das Bildungs- und Teilhabepaket einbeziehen“, BT-Drs. 17/6455 (abgelehnt durch Beschluss des Bundesrates am 20.10.2011, siehe BT-Prot. 17/133, S. 15763).

37 Siehe den Überblick bei *Cremer, H.*, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere. Empfehlungen zur Umsetzung. Policy Paper Nr. 14 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2009, S. 11. Zur Situation im Jahr 2005 siehe den Überblick bei *Harmening, B.*, „Wir bleiben draußen“. Schulpflicht und Schulrecht von Flüchtlingskindern in Deutschland, Osnabrück 2005, abrufbar unter <http://www.proasyl.info/texte/mappe/2005/98/25.pdf> (Zugriff am 05.12.2011), S. 12-16.

38 *Harmening, B.* (Anm. 37), S. 22 ff.; siehe auch *Classen* (Anm. 21), S. 210.

39 OVG Niedersachsen, 25.02.1999 – 12 L 3799/98, InfAuslR 1999, 247; VG Sigmaringen, 02.04.2003 – 5 K 781/02 (juris).

halt im Inland haben und sich dort rechtmäßig aufhalten bzw. geduldet sind (§ 6 Abs. 1 und 2 SGB VIII). Auch bei Kindern mit einer asylrechtlichen Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylVfG wird ein gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne des § 6 Abs. 2 SGB VIII angenommen.⁴⁰ Bevor der Asylantrag gestellt ist, besteht allerdings noch kein Anspruch auf Leistungen nach SGB VIII. Dies betrifft vor allem unbegleitete minderjährige Flüchtlinge. Sie haben jedoch ein Recht darauf, von der Jugendhilfe in Obhut genommen zu werden: Diese Maßnahme steht nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII ausdrücklich Kindern und Jugendlichen zu, die unbegleitet nach Deutschland einreisen und keine Sorgeberechtigten im Inland haben. Die Inobhutnahme gehört zu den „anderen Aufgaben“ der Jugendhilfe nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII, für die es auch bei Menschen ohne deutschen Pass ausreicht, wenn sie sich tatsächlich im Inland aufhalten (§ 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 SGB VIII). Im Übrigen sehen zahlreiche internationale Abkommen eine Gleichbehandlung ausländischer Kinder und Jugendlicher mit deutschen Staatsangehörigen vor.⁴¹

Die Inanspruchnahme von Jugendhilfeleistungen außerhalb der Familie, also beispielsweise von Vollzeitpflege nach § 33 SGB VIII, kann ein Ausweisungsgrund sein (§ 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG). Für Minderjährige kommt eine Ausweisung nach dieser Vorschrift allerdings kaum in Frage: Halten sich ihre Eltern rechtmäßig im Bundesgebiet auf, ist sie schon nach § 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG ausgeschlossen. Leben sie ohne ihre Familie in Deutschland, haben sie als unbegleitete Minderjährige einen Anspruch auf Inobhutnahme nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII. Die Inobhutnahme gehört nicht zu den Hilfen zur Erziehung, sondern zu den „anderen Aufgaben“ nach § 2 Abs. 3 SGB VIII und ist daher kein Grund für eine Ausweisung nach § 55 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG.⁴²

3.4 Ausbildungsförderung (BAföG, SGB III)

Das Recht auf Bildung umfasst nicht nur den Schulbesuch, sondern auch eine (erste) Berufsausbildung. Bedürftigen Jugendlichen können zu diesem Zweck unterschiedliche Sozialleistungen gewährt werden, vor allem die *Berufsausbildungsbeihilfe* (§§ 59 ff. SGB III) für eine betriebliche Ausbildung und Leistungen nach dem *BAföG* für ein Studium. Zum 01.01.2008 wurde der Zugang zu diesen Leistungen für Zuwanderer vereinheitlicht und deutlich erweitert.⁴³ Ansprüche auf Ausbildungsbeihilfen haben nun neben freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern diejenigen Drittstaatsangehörigen, deren Aufenthaltstitel sie zu einem dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik berechtigt (§ 8 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BAföG, § 63 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 SGB III). Auf eine Mindestaufenthaltszeit wird in der Regel verzichtet. Lediglich Inhaber bestimmter humanitärer Aufenthaltstitel und Geduldete müssen nachweisen, dass sie sich seit vier Jahren ununterbrochen rechtmäßig, gestattet oder geduldet in Deutschland aufhalten (§ 8 Abs. 2 und 2a BAföG, § 63 Abs. 2 und 2a SGB III).⁴⁴ Daneben gibt es die Möglichkeit, unabhängig von einem Aufenthaltstitel die Berechtigung zu Ausbildungsbeihilfen zu erwerben. Dies gilt zum einen, wenn die Eltern des Jugendlichen *in den letzten sechs Jahren* mindestens drei Jahre lang rechtmäßig im Inland erwerbstätig waren. Zum zweiten genügt es auch, wenn der Jugendliche oder junge Erwach-

40 Vgl. *Oberloskamp, H.*, in: Wiesner, R. (Hrsg.), SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe. Kommentar, 4. Aufl. München 2011, § 6 SGB VIII Rn. 19. Differenziert *Fasselt, U.*, in: Kunkel, P. (Hrsg.), SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe. Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. Baden-Baden 2011, § 6 SGB VIII Rn. 13 f.

41 Siehe dazu den Überblick bei *Oberloskamp* (Fn. 40), § 6 SGB VIII Rn. 24–33a.

42 Vgl. *Oberloskamp* (Fn. 40), § 6 SGB VIII Rn. 52b.

43 22. Gesetz zur Änderung des Bundesausbildungsförderungsgesetzes (22. BAföGÄndG) v. 23.12.2007 - BGBl. 2007, 3245.

44 Der Anspruch für Inhaber einer Duldung wurde zum 01.01.2009 mit dem Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz eingeführt, vgl. BGBl. 2008, 2846.

sene selbst sich seit fünf Jahren rechtmäßig in Deutschland aufgehalten hat und erwerbstätig war. Diese Regelung ermöglicht es unter anderem auch Asylbewerbern, Leistungen der Ausbildungsförderung zu erhalten.

4 Gesundheitsleistungen

Erhebliche Unterschiede macht der Aufenthaltsstatus von Kindern und Jugendlichen nach wie vor bei den Leistungen des Gesundheitswesens, vor allem der Kranken- und Pflegeversicherung. Kinder ohne deutschen Pass sind wie Deutsche bei ihren Eltern beitragsfrei mitversichert, wenn diese versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sind (§ 10 SGB V). Die Versicherungspflicht der Eltern richtet sich nach § 5 SGB V und § 20 SGB XI. Sie betrifft nicht nur Arbeitnehmer und Auszubildende, sondern u. a. auch Bezieher von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II (§ 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V; § 20 Nr. 2a SGB XI). Ähnlich wie bei den existenzsichernden Sozialleistungen gelten auch in der Kranken- und Pflegeversicherung Leistungsausschlüsse gegen Rechtsmissbrauch (§ 52a SGB II, § 33a SGB XI). Die bereits dargestellten europarechtlichen Bedenken gegen diese Art von Regelungen gelten auch hier.

Kinder, die leistungsberechtigt nach SGB XII oder analogberechtigt gem. § 2 AsylbLG sind, erhalten Hilfen zur Gesundheit nach § 264 Abs. 2 Satz 1 SGB V. Sie erhalten dann eine Krankenversicherungskarte von einer Kasse ihrer Wahl und Leistungen im Umfang wie Versicherte, ohne aber Mitglied dieser Kasse zu werden. Die Kosten der Krankenbehandlung übernimmt der Sozialleistungsträger.

Erhalten Kinder lediglich Grundleistungen nach § 3 AsylbLG, haben sie nur einen eingeschränkten Leistungsanspruch auf Krankenhilfe nach den §§ 4 und 6 AsylbLG. Bei Kindern ist allerdings zu berücksichtigen, dass sie sich in der körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung befinden und eine unzureichende Gesundheitsversorgung bei ihnen erheblich gravierendere Langzeitfolgen mit sich bringen kann als bei Erwachsenen. Für unbegleitete Minderjährige und Kinder, die auf der Flucht traumatisiert wurden, trägt dem § 6 Abs. 2 AsylbLG Rechnung, der für diese Fälle die „erforderliche“ medizinische und sonstige Hilfe gewährt. Doch auch bei allen anderen Kindern ist es mit den Rechten aus Art. 24 UN-KRK und mit dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) nicht zu vereinbaren, die Gesundheitsversorgung unter das ohnehin schon minimale Niveau der Sozialhilfe zu senken. Im Übrigen genügt § 4 AsylbLG mit seiner Beschränkung auf akute Erkrankungen und Schmerzzustände auch bei Erwachsenen nicht den Vorgaben der EU-Aufnahmerichtlinie.⁴⁵ Der Minimalstandard, der dort normiert wird, macht sich nicht an Akutfällen oder Schmerzen fest, sondern verlangt die „unbedingt erforderliche Behandlung“ aller aktuell behandlungsbedürftigen Erkrankungen (Art. 15).⁴⁶

5 Eingliederungsleistungen für Behinderte

Kinder mit Behinderungen können einen Anspruch auf Eingliederungsleistungen haben, mit denen ihre Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben ermöglicht oder erleichtert werden soll. Häufig

45 Richtlinie Nr. 2003/9/EG des Rates v. 27.01.2003, ABl. Nr. L 031 v. 06.02.2003, S. 0018-0025.

46 Vgl. dazu und zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie in Deutschland ausführlich *Schreiber* 2010 (Anm. 30), S. 109 ff.

betreffen diese Leistungen den Besuch eines Kindergartens oder einer Schule, dienen also auch dazu, das Recht des Kindes auf Bildung zu gewährleisten. Schon für Kinder mit deutscher Staatsangehörigkeit ist die Rechtslage bei den Eingliederungsleistungen kompliziert: Bei einer seelischen Behinderung ist die Jugendhilfe nach § 35a SGB VIII zuständig. Körperliche und geistige Behinderungen fallen dagegen in das System der Sozialhilfe (§§ 53 ff. SGB XII). In der Praxis bestehen hier viele Abgrenzungsschwierigkeiten, insbesondere bei Mehrfachbehinderungen, aber auch bei Diagnosen, die nicht eindeutig der leiblichen, geistigen oder seelischen Dimension zugeordnet werden können. Rechtspolitisch wird zur Zeit um eine Lösung gerungen, mit der diese zersplitterte Rechtslage beendet werden kann und die dem Anspruch behinderter Kinder auf Teilhabe in allen Lebensbereichen aus der UN-Behindertenkonvention besser gerecht wird.⁴⁷

Für Kinder ohne deutschen Pass ist diese Situation besonders problematisch, weil der Zugang zu Eingliederungsleistungen in der Jugendhilfe erheblich großzügiger gestaltet ist als in der Sozialhilfe. Auf Eingliederungsleistungen nach § 35a SGB VIII besteht ein Anspruch schon dann, wenn ein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland nachgewiesen werden kann, wobei auch Geduldete unproblematisch einbezogen werden (§ 6 SGB VIII, siehe auch oben). Die Leistungen nach SGB XII setzen als Rechtsanspruch eine Niederlassungserlaubnis oder eine Aufenthaltserlaubnis mit Daueraufenthaltsrecht voraus (§ 23 Abs. 1 Satz 4 SGB XII). In allen anderen Fällen können Eingliederungsleistungen nur im Ermessenswege gewährt werden, wenn es im Einzelfall gerechtfertigt ist (§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII). Leistungsberechtigte nach § 3 AsylbLG haben ebenfalls keinen Rechtsanspruch auf diese Leistungen, sie können ihnen aber als „sonstige Leistungen“ nach § 6 Abs. 1 AsylbLG bewilligt werden, wenn sie zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich oder zur Deckung besonderer Bedarfe von Kindern geboten sind. Welche Leistungen der Eingliederungshilfe als „geboten“ gelten, wird bislang im Einzelfall nach unklaren Kriterien entschieden. Die Tendenz in der Rechtsprechung geht dahin, jedenfalls solche Leistungen ohne Abstriche zu gewähren, die für eine Eingliederung in Kindergarten und Schule notwendig sind. Hier wird zu Recht darauf verwiesen, dass es bei den Eingliederungsleistungen nicht um die dauerhafte Integration speziell in die deutsche Gesellschaft geht, sondern um die Möglichkeit, *überhaupt* am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben, unabhängig vom Aufenthaltsort.⁴⁸ Eine weitere Fallgruppe sind aktuelle Notlagen, denen nur durch öffentliche Mittel abgeholfen werden kann: Die vollstationäre Unterbringung schwer behinderter Kinder kann nicht mit dem Hinweis auf den vorübergehenden Aufenthalt in Deutschland abgelehnt werden, wenn das Kind oder seine Familie nicht in der Lage sind, die Versorgung selbst zu übernehmen.⁴⁹

6 Sozialleistungen für Kinder ohne Papiere

Rechtliche Ansprüche auf Sozialleistungen haben in Deutschland grundsätzlich nur Personen, die sich legal im Land befinden, die also einen Aufenthaltstitel besitzen. Wie viele Menschen in Deutschland keine derartigen Papiere haben, lässt sich schwer schätzen. Dass es sie gibt, und dass auch Kinder unter ihnen sind, ist jedoch seit langem bekannt. Ansprüche auf Sozialleistungen ha-

47 Siehe zu den Forderungen nach einer „großen Lösung“ *Fegert, J.*, Kinder und Jugendliche mit Behinderungen. Über § 35a SGB VIII zur „großen Lösung“?, ZKJ 2010, 13-15. Siehe auch die Stellungnahmen auf der Expertenanhörung zum 13. Kinder- und Jugendbericht der Bundesregierung am 25.10.2010 vor dem Familienausschuss, abrufbar unter http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2010/31843160_kw43_pa_familie/index.html (Zugriff am 05.12.2011).

48 OVG Schleswig-Holstein, 09.09.1998 – 1 M 98/98, veröffentlicht unter www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C1267.pdf (Zugriff am 05.12.2011). Siehe auch OVG Niedersachsen, 25.02.1999 – 12 L 3799/98, InfAuslR 1999, 247; VG Sigmaringen, 02.04.2003 – 5 K 781/02 (juris).

49 VG Augsburg 17.10.00 – Au 3 K 99/1236 (juris); VG Hildesheim, 09.12.1997 – 3 B 1553/97 Hi, ZfF 2000, S. 16.

ben diese Kinder nach einfachem Recht grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme sind die sogenannten „anderen Aufgaben“ der Jugendhilfe nach § 2 Abs. 3 SGB VIII, zu denen auch die Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII gehört. Unbegleitete Minderjährige beispielsweise haben unmittelbar nach der Einreise einen Anspruch darauf, von der Jugendhilfe in Obhut genommen zu werden. Die nach wie vor verbreitete Praxis, sie zunächst in Gemeinschaftsunterkünften unterzubringen oder gar in Abschiebehaft zu nehmen, ist rechtswidrig.⁵⁰

Darüber hinaus hat jeder Mensch, der sich auf dem Gebiet der Bundesrepublik tatsächlich aufhält, basale Ansprüche auf Schutz und soziale Fürsorge, die sich aus dem Sozialstaatsprinzip, der Menschenwürdegarantie und völkerrechtlichen Verpflichtungen ergeben. Speziell Kindern verleiht die UN-KRK Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf ein materielles Existenzminimum, Schutz vor Ausbeutung, Zugang zu Gesundheitssystem und Bildung. Gegenüber ausländerrechtlichen Vorbehalten gegen die Gewährung dieser Rechte entfaltet der Kindeswohlvorrang aus Art. 3 Abs. 1 UN-KRK Wirkung. Schließlich ist auf der Ebene des Gesundheitsschutzes eine Staatenpflicht zu einem Minimalschutz auch für Menschen ohne Papiere auf der Grundlage des Internationalen Paktes für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Art. 12) und der Europäischen Sozialcharta (Art. 13) anerkannt.⁵¹

6.1 Gesundheitsschutz

Kinder ohne Aufenthaltsrecht haben als vollziehbar ausreisepflichtige Personen theoretisch einen Anspruch auf die medizinische Minimalversorgung nach §§ 4 und 6 AsylbLG (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG). Faktisch steht diesem Recht aber die Meldepflicht aus § 87 Abs. 2 AufenthG entgegen: Öffentliche Stellen müssen nach dieser Vorschrift die Ausländerbehörde informieren, wenn sie von einem unrechtmäßigen Aufenthalt erfahren. Die Meldepflicht betrifft nicht die behandelnden Ärzte und Therapeuten, da diese der Schweigepflicht aus § 203 StGB unterliegen. Auch private Krankenhäuser sind nicht zur Meldung verpflichtet. Ob die Verwaltungen öffentlicher Krankenhäuser meldepflichtig sind, ist streitig: Einerseits unterliegen sie selbst nicht der ärztlichen Schweigepflicht, andererseits wird die ärztliche Schweigepflicht in der Einrichtung faktisch unterlaufen, wenn die Verwaltungen den illegalen Status der Patienten melden müssen.⁵² Das Bundesministerium des Innern vertritt zu dieser Frage in seinem „Prüfbericht Illegalität“ aus dem Jahr 2009 eine differenzierte Auffassung: Erfährt die Verwaltung eines öffentlichen Krankenhauses von dem illegalen Aufenthaltsstatus im Zusammenhang mit der Behandlung, so erstreckt sich die Schweigepflicht auch auf sie, sie ist folglich nicht meldepflichtig. Muss sie aber selbst den Aufenthaltsstatus des Patienten ermitteln, beispielsweise für die Abrechnung der Behandlungskosten, so besteht nach Auffassung der Bundesregierung kein Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung, die Verwaltung ist folglich meldepflichtig.⁵³ Hinzu kommt, dass die Leistungen nach §§ 4

50 Siehe zu der nach wie vor nicht einheitlichen Praxis aber *Pothmann, J.*, Auf der Flucht – unbegleitet und minderjährig. KomDat Jugendhilfe Heft 3/11, S. 9-11.

51 Siehe dazu *Frings, D.*, Der Anspruch nach dem Asylbewerberleistungsgesetz auf eine medizinische Grundversorgung für Menschen ohne Papiere, in: Falge, Ch./Fischer-Lescano, A./Sieveking, K., Gesundheit in der Illegalität, Baden-Baden 2009, S. 144. Zu Art. 12 IPwskR siehe die Allgemeinen Bemerkungen des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR) Nr. 14 v. 11.8.2000, UN Doc. E/C.12/2000/4, Ziff. 34.

52 Gegen eine Meldepflicht dieser Einrichtungen daher *Allenberg, N./Löhr, T.*, Der Prüfbericht Illegalität und alternative Lösungsansätze, in: Falge, Ch./Fischer-Lescano, A./Sieveking, K., Gesundheit in der Illegalität, Baden-Baden 2009, S. 128; *Graebisch, Ch.*, Strafrechtliche Fragen der medizinischen Behandlung von Papierlosen: Humanitäre Hilfe zwischen ärztlichen Pflichten und ausländerrechtlichem Beihilfeverdacht, in: Falge, Ch./Fischer-Lescano, A./Sieveking, K., Gesundheit in der Illegalität, Baden-Baden 2009, S. 167.

53 *Bundesministerium des Innern*, Illegal aufhältige Migranten in Deutschland. Datenlage, Rechtslage, Handlungsopti-

und 6 AsylbLG bei Menschen ohne Papiere nach Ansicht des Bundesinnenministeriums (BMI) von den „zuständigen Behörden“ sichergestellt und auch abgerechnet werden.⁵⁴ Spätestens an dieser Stelle wird die Meldepflicht des § 87 Abs. 2 AufenthG wirksam. Der Anspruch nach §§ 4 und 6 AsylbLG läuft für diese Menschen folglich ins Leere, sofern sie nicht ihre Abschiebung riskieren möchten. Abhilfe kann hier nur eine gesetzliche Klarstellung bringen: Das Menschenrecht auf Gesundheit muss hinter ausländerrechtlichen Erwägungen zurücktreten, weil es sonst nicht wirksam realisiert werden kann. Die Meldepflicht aus § 87 Abs. 2 AufenthG sollte daher abgeschafft oder auf die Polizei- und Ordnungsbehörden begrenzt werden.⁵⁵

6.2 Schulbesuch

Anders als die Träger des Gesundheitswesens sind Schulen und andere Bildungs- und Erziehungseinrichtungen seit November 2011 von der Meldepflicht ausgenommen.⁵⁶ Der Besuch von Kindertageseinrichtungen und Schulen wird Kindern ohne Aufenthaltsrecht dadurch wesentlich erleichtert. Es wird sich zeigen müssen, ob sich damit auch die tatsächliche Lage dieser Kinder im Bildungswesen ändert. Die bisherige Unsicherheit hat nach rechtstatsächlichen Untersuchungen dazu geführt, dass Kinder ohne Aufenthaltsrecht die Schule auch in den Ländern und Kommunen selten besuchten, in denen die Schulleitungen, Kommunen oder Landesregierungen eine Meldepflicht schon vor der gesetzlichen Klarstellung verneinten.⁵⁷

6.3 Legalisierungsstrategien

Die punktuelle Änderung im Bildungsbereich ändert nur wenig daran, dass die Lage für Kinder ohne Aufenthaltsrecht prekär bleibt. Abhilfe können hier nur tiefergehende Reformen schaffen, an deren Ende die Legalisierung unrechtmäßiger Aufenthalte stehen muss. Gut integrierten Kindern ein Bleiberecht zu geben, ist das Anliegen des neuen § 25a AufenthG, der im Juli 2007 in Kraft getreten ist.⁵⁸ Er bietet die Bleibeperspektive allerdings nur Jugendlichen und jungen Erwachsenen zwischen 15 und 21 Jahren an und auch das nur, wenn sie sich bereits sechs Jahre erlaubt, geduldet oder mit einer Aufenthaltsgestattung in Deutschland aufhalten. Kinder ohne Papiere können ihren Aufenthalt folglich nicht auf diesem Wege legalisieren. Auch der kurz nach Inkrafttreten im Bundestag vorgelegte Entwurf für ein weitergehendes Bleiberecht enthält diese Möglichkeit nicht.⁵⁹

onen, Berlin 2007, S. 27 ff.

54 Bundesministerium des Innern (Anm. 53), S. 23.

55 Für eine Abschaffung Pelzer, M., Europäische Regelungen über den Zugang zur Gesundheitsversorgung: Welche Rechte haben Migranten ohne Aufenthaltsstatus?, in: Falge, Ch./Fischer-Lescano, A./Sieveking, K., Gesundheit in der Illegalität, Baden-Baden 2009, S. 204; Aichele, V., Anspruch auf Zugang zu medizinischer Versorgung: Das Recht auf Gesundheit nach dem UN-Sozialpakt, in: Falge, Ch./Fischer-Lescano, A./Sieveking, K., Gesundheit in der Illegalität, Baden-Baden 2009, S. 221 f. Zur Beschränkung auf Polizei- und Ordnungsbehörden siehe den Änderungsantrag der Fraktionen der SPD und der Grünen in BT-Drs. 17/6497, S. 7.

56 Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der EU und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex v. 22.11.2011 – BGBl. S. 2258.

57 Siehe Mitrovic, E., Schulbesuch von Kindern illegalisierter MigrantInnen, Arbeitspapier Nr. 3 im Rahmen der Studie der Diakonie „Lebenssituation von Menschen ohne gültige Aufenthaltspapiere in Hamburg“, Hamburg 2009.

58 Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften v. 23.06.2011, BGBl. S. 1266.

59 Gesetzentwurf der SPD-Fraktion v. 29.11.2011, BT-Drs. 17/7933.

Denkt man vom Kindeswohl her, dann muss der gegenwärtige Aufenthaltsstatus des Kindes für eine Bleiberechtsregelung irrelevant sein.⁶⁰ Kinder haben in den wenigsten Fällen selbst bestimmt, dass und auf welchem Wege sie nach Deutschland gekommen sind. Ihre Familien haben sie allein auf die Reise geschickt, mitgenommen oder sie hier zur Welt gebracht. Um ihre sozialen Rechte zu realisieren, müssen sie die Möglichkeit haben, Kindertageseinrichtungen und Schulen zu besuchen und die deutsche Sprache zu lernen. Wenn sie sich auf diese Weise in die Gesellschaft integrieren, so sollte die Tatsache, dass sie ursprünglich auf illegalem Wege eingewandert sind, ihnen nicht zum Nachteil gereichen. Dies ist vom Kind her gedacht und vernachlässigt ordnungspolitische Gesichtspunkte. Eine solche Perspektive aber ist durch das Kindeswohlprinzip des Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und auch durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG geboten. Alle Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates, damit sie sich zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Menschen entfalten können. Das Minimum an sozialen Leistungen, das Kinder für diese Entwicklung benötigen, steht jedem Kind allein deswegen zu, weil es ein Kind ist.

Verf.: Wiss. MA Dr. Friederike Wapler, Universität Göttingen, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie (Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten), Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, E-Mail: wapler@gmx.de

60 So auch *Pro Asyl/Caritas/Diakonie*, Für eine neue Bleiberechtsregelung, 2011.