



Ausarbeitung

Zugang zur Gesundheitsversorgung für Menschen mit irregulärem Aufenthalt



Zugang zur Gesundheitsversorgung für Menschen mit irregulärem Aufenthalt

Verfasser/in: [REDACTED] (WD 3), [REDACTED]
[REDACTED] (WD 6)

Aktenzeichen: WD 3 – 3000 – 058/12, WD 6 – 3000 – 035/12

Abschluss der Arbeit: 22. März 2012

Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung
WD 6: Arbeit und Soziales

Telefon: [REDACTED]
[REDACTED]

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Medizinische Versorgung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)	4
3.	Rechtmäßigkeit der Übermittlungspflichten	5
3.1.	Übermittlungspflicht gemäß § 87 AufenthG	5
3.2.	Einschränkung der Übermittlungspflicht	6
3.3.	Verfassungsmäßigkeit des § 87 AufenthG	7
3.4.	Zwischenergebnis	7
4.	Rechtmäßigkeit des Umfangs der Leistungen nach §§ 4 und 6 AsylbLG	8
4.1.	Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	8
4.2.	Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)	9
4.3.	Art. 3 Abs. 1 GG	9
4.3.1.	Ungleichbehandlung	9
4.3.2.	Rechtfertigung	10
5.	Vereinbarkeit mit Europarecht	12
5.1.	Diskriminierungsverbot und Arbeitnehmerfreizügigkeit	12
5.2.	Richtlinie 2003/9/EG	12
5.2.1.	Berechtigter Personenkreis	12
5.2.2.	Vorgaben der Richtlinie	12
5.2.3.	Umsetzung der Richtlinie	13
5.3.	EU-Grundrechtecharta	14
6.	Vereinbarkeit mit Völkerrecht	15
6.1.	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte der Vereinten Nationen (IPWSKR)	15
6.2.	Europäische Sozialcharta	16
7.	Wirkung der Rücknahme der Vorbehalte der UN-Kinderrechtskonvention	17
7.1.	Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention	17
7.2.	Art. 24 KRK Recht auf Gesundheit	17

1. Einleitung

Menschen ohne Papiere haben nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)¹ Anspruch auf medizinische Versorgung nach dem AsylbLG. Die Kosten für die Behandlung übernehmen die in den Ländern zuständigen Behörden, in der Regel die Sozialämter. Allerdings nehmen Menschen ohne Papiere diesen rechtlichen Anspruch in der Regel nicht wahr. Grund dafür ist die in § 87 Abs. 2 AufenthG vorgeschriebene Übermittlungspflicht personengebundener Daten an die Ausländerbehörde und die damit verbundene Angst, dass ihr Status aufgedeckt wird.²

Die vorliegende Ausarbeitung beschäftigt sich mit dem Zugang zu medizinischer Versorgung von Menschen ohne Papiere in Deutschland. Sie untersucht, in welchem Verhältnis nationale Vorschriften bezüglich des Zugangs zur Gesundheitsversorgung für Menschen mit irregulärem Aufenthalt zu deutschen Grundrechten sowie völkerrechtlichen Verträgen stehen. In Punkt 2 wird zunächst der Zugang zu Gesundheitsleistungen für Menschen ohne Papiere dargestellt. Punkt 3 untersucht die Rechtmäßigkeit der Übermittlungspflichten, Punkt 4 die Rechtmäßigkeit des Umfangs der Leistungen nach dem Asylbewerbergesetz. Welche Wirkungen die Rücknahme der Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention auf die Gesundheitsversorgung von Kindern mit irregulärem Aufenthalt haben, wird in Punkt 5 diskutiert.

2. Medizinische Versorgung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)

Das AsylbLG gewährt gemäß § 4 Abs. 1 eine ärztliche und zahnärztliche Behandlung bei akuter Krankheit und akuten Schmerzzuständen. Unter „akut“ sind unvermittelt auftretende, schnell und heftig verlaufende, regelwidrige Körper- und Geisteszustände zu verstehen, die aus medizinischen Gründen einer ärztlichen Behandlung bedürfen.³ Der Behandlungsanspruch besteht dann uneingeschränkt.⁴ Zu diesen Zahlungen gehören auch Zuzahlungen zu Arznei- und Verbandmitteln. Zahnersatz erfolgt gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 AsylbLG nur im Falle der „Unaufschiebbarkeit“. Unaufschiebbarkeit bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern“. Als Beispiel hierfür wird in der Literatur die Beeinträchtigung des Verdauungssystems durch das Fehlen von Zähnen ge-

1 Asylbewerberleistungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 (BGBl. I S. 2022), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. November 2011 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist.

2 Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.) (2007). Frauen, Männer und Kinder ohne Papiere in Deutschland – Ihr Recht auf Gesundheit. Bericht der Bundesarbeitsgruppe Gesundheit/Illegalität, Berlin, S. 5. Abrufbar im Internet unter: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_frauen_maenner_und_kinder_ohne_papiere_ihr_recht_auf_gesundheit.pdf (letzter Abruf am 14. März 2012).

3 Janda/Wilksch, Das Asylbewerberleistungsgesetz nach dem „Regelsatz-Urteil“ des BVerfG, SgB 2010, 566. Siehe auch Allenberg/Löhr, Der Prüfbericht Illegalität und alternative Lösungsansätze, in: Falge/Fischer-Lescano/Sievekings (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, 2009, S. 125 ff.

4 Bundesamt der Kommunalen Spitzenverbände. Abrufbar im Internet unter: <http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/16%2811%291350.pdf> (zuletzt abgerufen am 13. Januar 2011); Vgl. auch Classen (2000), Menschenwürde auf Rabatt, Frankfurt a. M., S. 137.

nannt.⁵ Ob ein Zahnersatz unaufschiebbar ist, muss die zuständige Behörde anhand medizinischer Gründe entscheiden, d.h. sie darf keine eigene medizinische Beurteilung anstellen, sondern muss ihre Entscheidung auf etwaige Stellungnahmen oder Begutachtungen des behandelnden Zahnarztes stützen.⁶

Werdende Mütter und Wöchnerinnen erhalten ärztliche und pflegerische Hilfe, ihnen steht auch die Hilfe durch eine Hebamme zu (§ 4 Abs. 2 AsylbLG). Die zuständige Behörde stellt die ärztliche und zahnärztliche Versorgung einschließlich der empfohlenen Schutzimpfungen sicher (§ 4 Abs. 3 AsylbLG).

Gemäß § 6 Abs. 1 AsylbLG gibt es Sonderleistungen im Einzelfall, wenn diese zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich sind. Die Norm eröffnet der Behörde ein Entschließungsermessen und soll der Einzelfallgerechtigkeit dienen. Als zur Sicherung unerlässlich werden Hilfsmittel i. S. d. § 33 SGB V angesehen.⁷

Gemäß § 6 Abs. 2 AsylbLG erhalten Personen, die eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 24 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) besitzen und besondere Bedürfnisse haben, die erforderliche medizinische und sonstige Hilfe. Hierunter fallen zum Beispiel unbegleitete Minderjährige oder Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben. Folteropfer die nicht über eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 Abs. 11 AufenthG verfügen, erhalten die notwendige Hilfe über § 4 und § 6 Abs. 1 AsylbLG.⁸ Ausländer, die unter das AsylbLG fallen, sind nicht gesetzlich krankenversichert.

3. Rechtmäßigkeit der Übermittlungspflichten

3.1. Übermittlungspflicht gemäß § 87 AufenthG

§ 87 AufenthG⁹ regelt die Übermittlung von Daten durch öffentliche Stellen an die Ausländerbehörde oder an andere Behörden, die das Aufenthaltsgesetz ausführen. Öffentliche Stellen haben die Pflicht, ihnen bekannt gewordene Umstände auf Ersuchen mitzuteilen (§ 87 Abs. 1 AufenthG). Eine Unterrichtungspflicht gegenüber der Ausländerbehörde besteht auch dann, wenn eine Behörde **im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben** Kenntnisse z.B. über den illegalen Aufent-

5 Grube/Wahrendorf, Kommentar SGB XII Sozialhilfe, AsylbLG, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 26.

6 Linhart/Adolph, SGB II, SGB XII, AsylbLG, 77. Aufl. 2012, § 4 Rn. 21.

7 Münder, SGB XII, 8. Aufl. 2008, § 4 AsylbLG Rn. 4.

8 Vgl. Bundesamt der Kommunalen Spitzenverbände. Abrufbar im Internet unter: <http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/16%2811%291350.pdf> (zuletzt abgerufen am 13. Januar 2011), Rn. 18 ff; vgl. auch Classen, Georg (2000), Menschenwürde auf Rabatt, Frankfurt a. M., S. 137.

9 Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 25 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

halt eines Ausländers erlangt (§ 87 Abs. 2 AufenthG).¹⁰ Erlangt eine Behörde ihre Kenntnisse lediglich **bei Gelegenheit der Aufgabenwahrnehmung**, so besteht keine Unterrichtungspflicht.¹¹

Öffentliche Stellen des Bundes im Sinne des AufenthG sind gemäß § 2 Abs. 1 und 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)¹² die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform. Öffentliche Stellen der Länder sind die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes und sonstiger der Aufsicht des Landes unterstehender juristischer Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform.

3.2. Einschränkung der Übermittlungspflicht

Die Übermittlungspflicht personenbezogener Daten gilt nicht für Berufsgruppen, die gemäß § 203 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) einer Schweigepflicht unterliegen. Darunter fallen zum Beispiel Ärzte, Zahnärzte oder Angehörige anderer Heilberufe, Berufspsychologen, Ehe-, Familien-, Erziehungs- oder Jugendberater, Mitglieder oder Beauftragte einer anerkannten Beratungsstelle, staatlich anerkannte Sozialarbeiter oder Sozialpädagogen und Angehörige eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung (vgl. die vollständige Aufzählung nach § 203 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 bis 6 StGB). Gemäß § 203 Abs. 3 StGB stehen den in Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Personen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind. Auch dieser Personenkreis unterliegt damit der Schweigepflicht.

In der seit dem 26. Oktober 2009 gültigen „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz“¹³ wird klargestellt, dass zu den berufsmäßig tätigen Gehilfen der in § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Berufsgruppen auch das mit der Abrechnung befasste Verwaltungspersonal öffentlicher Krankenhäuser gehört. Damit unterliegt auch dieser Personenkreis der Schweigepflicht. Bis zu diesem Zeitpunkt war umstritten, wie weit der Kreis der Schweigepflichtigen zu ziehen war und ob die Abrechnungsstellen der Krankenhausverwaltungen als berufsmäßig tätige Gehilfen des medizinischen Personals einzubeziehen waren oder nicht. Damit dürfen entsprechende Daten, die die Abrechnungsstellen zum Zweck der Abrechnung an das Sozialamt weiterleiten, gemäß § 88 Abs. 2 AufenthG nicht an die Ausländerbehörden weitergeleitet werden.

Das Katholische Forum „Leben in der Illegalität“ wertet diese Klarstellung als große Erleichterung, weil Menschen ohne Papiere, die als Notfälle in ein Krankenhaus eingeliefert werden, kei-

10 Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 184. Ergänzungslieferung 2011, AufenthG § 87, Rn. 1.

11 Hailbronner, Ausländerrecht Kommentar, 65. Aktualisierung August 2009, § 87 Rn. 15.

12 Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2814) geändert worden ist.

13 GMBL. 2009 S. 878; abrufbar unter: <http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/pdf/BMI-MI3-20091026-SF-A001.pdf> (letzter Abruf am 6. September 2011).

ne Angst mehr vor der Aufdeckung ihres Status haben müssen und sich zudem die Chancen der öffentlichen Krankenhäuser, die Kosten von den Sozialämtern nach dem AsylbLG zumindest teilweise erstattet zu bekommen, erhöhen.¹⁴

3.3. Verfassungsmäßigkeit des § 87 AufenthG

Außerhalb einer Notfallbehandlung muss ein Patient, der eine Finanzierung der Behandlung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz wünscht, zunächst beim Sozialamt einen Krankenschein beantragen. In diesem Zusammenhang wird das Sozialamt die Papiere des Patienten verlangen und so den Aufenthaltsstatus des Patienten in Erfahrung bringen. Besitzt der Patient keinen erforderlichen Aufenthaltstitel und ist die Abschiebung auch nicht ausgesetzt, so ist das Sozialamt gemäß § 87 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG verpflichtet, die zuständige Ausländerbehörde zu informieren.

Die Verfassungsmäßigkeit des § 87 AufenthG wird zum Teil in der wissenschaftlichen Literatur in Frage gestellt.¹⁵ Die Kritik in der Literatur zielt auf die mögliche Unvereinbarkeit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Die Regelungen aus § 87 AufenthG seien so unbestimmt, dass die Betroffenen nicht mehr wissen könnten, welche Daten die Ausländerbehörden zu ihrer Person beschaffen. Zudem würden Daten von Stellen erhoben, deren Aufgabe und Zielsetzung mit der der Ausländerbehörde tendenziell unvereinbar seien. Es bestehe auch die Gefahr einer unzulässigen Sammlung von Daten auf Vorrat ohne klare gesetzliche Grundlage.¹⁶ Diese Auffassung wird nicht von Hailbronner und dem Bundesministerium des Innern geteilt.¹⁷ Soweit ersichtlich, hat sich die Rechtsprechung bisher nicht mit dieser Frage beschäftigt.

3.4. Zwischenergebnis

Nach der Erfahrung von Fachleuten stellt die Meldepflicht im AufenthG das zentrale Hindernis beim Zugang zu medizinischer Behandlung dar. Zwar gebe es nichtstaatliche Strukturen der medizinischen Hilfe, die auch Menschen ohne Papiere nutzen können, allerdings seien diese Anlaufstellen auf wenige deutsche Städte begrenzt und nur ein Bruchteil der betroffenen Personen-

14 Vgl. auch Katholisches Forum „Leben in der Illegalität“. Erläuterung zu ausgewählten Vorschriften aus der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 18. September 2009. Abrufbar unter: http://www.forum-illegalitaet.de/mediapool/99/993476/data/Kath_Forum_Erlaeuterung_AVV_Aufenthaltsgesetz_1_.pdf (letzter Abruf am 12. März 2012).

15 Huber, Aufenthaltsgesetz, 1. Auflage 2010, § 87 AufenthG, Rn 3; Renner, Ausländerrecht, 9. Auflage 2011, § 87 Rn. 5; Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 184. Ergänzungslieferung 2011, AufenthG § 87, Rn. 3, Petri, in GK-Aufenthaltsgesetz, März 2008, § 87 Rn. 24.

16 Renner, Ausländerrecht, 9. Auflage 2011, § 87 Rn. 11.

17 Hailbronner, Ausländerrecht Kommentar, 65. Aktualisierung August 2009, § 87 Rn. 1; Bundesministerium des Innern, Illegal aufhältige Migranten in Deutschland, Februar 2007, S. 38 ff., abrufbar unter: http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/MigrationIntegration/AsylZuwanderung/Pruefbericht_Illegalitaet.html (letzter Abruf am 15. März 2012).

gruppe könne über diese Hilfsangebote erreicht werden. Zudem reichten die finanziellen Mittel solcher Hilfsangebote für eine hinreichende medizinische Versorgung nicht aus.¹⁸ Menschen ohne Aufenthaltsrechte versuchten daher wegen der bestehenden Übermittlungspflichten einen Arztbesuch zu vermeiden.¹⁹

Es kann davon ausgegangen werden, dass eine Aufhebung der Übermittlungspflicht in der Praxis dazu führen würde, dass Personen mit irregulärem Aufenthalt die medizinische Versorgung, die ihnen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG zusteht, eher wahrnehmen würden.

4. Rechtmäßigkeit des Umfangs der Leistungen nach §§ 4 und 6 AsylbLG

4.1. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

§§ 4 und 6 AsylbLG²⁰ verstoßen nicht gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichtet den Staat, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu stellen. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Bereitstellung einer speziellen Gesundheitsleistung ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus der Norm hingegen nicht.²¹ Insofern kann auch durch eine Notversorgung das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gewahrt werden.²² Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gebietet es jedoch, die maßgeblichen Vorschriften im Leistungsrecht grundrechtsorientiert auszulegen. Dies gilt insbesondere in Fällen der Behandlung einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung.²³

Durch eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschriften des AsylbLG kann diesen Vorgaben entsprochen werden. Zwar besteht nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG ein Anspruch auf Krankenbehandlung nur bei akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen, sodass die Behandlung schwerer chronischer Erkrankungen, wie etwa Hepatitis, HIV oder Krebs, im schmerzfreen Stadium nicht von § 4 AsylbLG erfasst sind.²⁴ Ein Anspruch auf Krankenbehandlung ergibt sich in diesen Fällen jedoch aus § 6 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AsylbLG. Danach können Leistungen im Einzelfall u.a. ge-

18 Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Bericht der Bundesarbeitsgruppe Gesundheit/Illegalität „Frauen, Männer und Kinder ohne Papiere in Deutschland – Ihr Recht auf Gesundheit“. Abrufbar unter: <http://www.dimr.eu/questions.php?questionid=168> (letzter Abruf am 14. März 2012).

19 Siehe Cyrus, Irreguläre Migration – Zum Stand der Diskussion menschenrechtlicher Ansätze in der Bundesrepublik Deutschland, ZAR 2010, 317 (318); Farahat/Groß, Aktuelle Entwicklungen im humanitären Aufenthaltsrecht (Teil 2): Flüchtlingsrechtliche Schutzlücken und prekärer Aufenthalt, ZAR 2010, 341 (347) mit weiteren Nachweisen in Fn. 63.

20 Asylbewerberleistungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 (BGBl. I 1997, S. 2022), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 22. November 2011 (BGBl. I 2011, S. 2258).

21 BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvR 347/98.

22 Janda/Wilksch, Das Asylbewerberleistungsgesetz nach dem „Regelsatzurteil“ des BVerfG, SGB 2010, S. 571.

23 BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvR 347/98.

24 Janda/Wilksch (Fn. 22), S. 569.

währt werden, wenn sie zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich sind. Die Vorschrift stellt die Leistungsgewährung in das Ermessen der Behörde. Insbesondere bei schwerwiegenden Erkrankungen ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG das Ermessen, ob eine Krankenbehandlung erfolgt (so genanntes Entschließungsermessen), jedoch auf Null reduziert. Es besteht in diesen Fällen also eine Pflicht zur Leistungsgewährung.²⁵

4.2. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)

Ein Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG liegt nicht vor. Das Grundrecht sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.²⁶ Insbesondere wenn aufgrund einer schweren Erkrankung die physische Existenz gefährdet ist, kann Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip im Rahmen des § 6 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG eine Reduzierung des Ermessens auf Null gebieten.²⁷

4.3. Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletzt aber das Grundrecht, wenn er eine Gruppe von Normadressaten anders behandelt als eine andere, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.²⁸

4.3.1. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG liegt vor, da der Umfang der Gesundheitsleistungen nach §§ 4 und 6 AsylbLG geringer ausfällt als Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V)²⁹ oder nach §§ 47 ff. Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe (SGB XII).³⁰ Berechtig-

25 Frerichs, in: jurisPK-SGB XII, 1. Auflage 2010, § 6 AsylbLG Rn. 38.

26 BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

27 Frerichs (Fn. 25), § 4 AsylbLG Rn. 22.

28 BVerfG, Urteil vom 7. Juli 1992 - 1 BvL 51/86, 1 BvL 50/87, 1 BvR 873/90, 1 BvR 761/91.

29 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung in der Fassung vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I 1988, S. 2482), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I 2011, S. 3057).

30 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe in der Fassung vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I 2003, S. 3022), zuletzt geändert durch Art. 6a des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I 2011, S. 3057).

te nach dem AsylbLG werden demnach im Vergleich zu Leistungsberechtigten nach dem SGB V bzw. dem SGB XII benachteiligt.

4.3.2. Rechtfertigung

An die Anforderungen der Rechtfertigung sind unterschiedliche Maßstäbe anzulegen. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen sie von einem bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse.³¹ Bei der Gewährung von Sozialleistungen, die an die Bedürftigkeit des Empfängers anknüpfen, hat der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum.³² Strengere Anforderungen an eine an die Zugehörigkeit zu einer Personengruppe anknüpfende Unterscheidung sind hingegen dann zu stellen, wenn der Einzelne das Vorliegen des Differenzierungsmerkmals – wie dies beim ausländerrechtlichen Status in der Regel der Fall ist - nicht durch eigenes Verhalten beeinflussen kann. Daher müssen Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.³³

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) und des Bundessozialgerichts (BSG) hat der Gesetzgeber gemessen an diesen Vorgaben seinen Gestaltungsspielraum nicht überschritten.³⁴ Es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber für Asylbewerber mit dem AsylbLG ein eigenes Sicherungssystem entwickelt habe.³⁵ Tragender Grund für die Rechtfertigung sei, dass die Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG kein verfestigtes Aufenthaltsrecht hätten. Mit den Leistungen solle keine Integration, sondern nur die Durchführung des Asylverfahrens gesichert werden. Zudem habe der Gesetzgeber im Rahmen des so genannten „Asylkompromisses“ mit Einführung des AsylbLG den Anreiz zur Einreise von Ausländern aus wirtschaftlichen Gründen verringern und organisierter Schlepperkriminalität begegnen wollen. Darüber hinaus dürfe abgelehnten Ausländern kein leistungsrechtlicher Anreiz für einen weiteren Verbleib im Bundesgebiet gegeben werden.³⁶

Auch das BVerfG hat die Errichtung eines eigenen Leistungssystems für Asylbewerber grundsätzlich für verfassungsrechtlich zulässig erachtet. Es liege im gesetzgeberischen Ermessen, für Asylbewerber ein eigenes Konzept der Leistungsgewährung zu entwickeln. Insbesondere dürfe der Gesetzgeber Art und Umfang von Sozialleistungen an Ausländer von der voraussichtlichen Dauer ihres Aufenthalts in Deutschland abhängig machen.³⁷ Allerdings hat das BVerfG von diesem Grundsatz ausgehend geprüft, ob die konkreten benachteiligenden Regelungen mit den dem

31 BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 2310/06 m.w.N.

32 BVerfG, Beschluss vom 2. Februar 1999 - 1 BvL 8/97.

33 BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2004 – 1 BvL 4/97; BSG, Urteil vom 16. Dezember 2008 – B 4 AS 40/07 R.

34 BVerwG, Beschluss vom 29. September 1998 – 5 B 82/97; BSG (Fn. 33).

35 BVerwG (Fn. 34); BSG (Fn. 33).

36 BSG (Fn. 33), juris Rn. 25 f.; BT-Drucksache 12/4451, S. 5.

37 BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvR 293/05.

AsylbLG zugrunde liegenden Erwägungen gerechtfertigt werden können. Dies hat es sowohl für den Ausschluss von Ausländern mit minderem Aufenthaltsstatus beim Bezug von Kindergeld³⁸ als auch bei dem von § 7 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG alte Fassung (a.F.) geforderten Einsatz von Schmerzensgeld³⁹ verneint. So sei weder belegt noch nachvollziehbar, dass die Frage des Kindergeldes Einfluss auf das Zuwanderungsverhalten habe.⁴⁰

Ob die dem AsylbLG zugrunde liegenden Erwägungen speziell eine Ungleichbehandlung im Bereich der Gesundheitsversorgung rechtfertigen können, war – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens.⁴¹ In der Literatur wird dies zum Teil bezweifelt. So wird angeführt, dass Art und Umfang der Sozialleistungen für das Migrationsverhalten nur eine untergeordnete Rolle spielen.⁴² Anders als bei Erlass des AsylbLG hätten Asylbewerber zudem nur noch bedingt Einfluss auf den Staat, in dem das Asylverfahren durchgeführt wird. So seien durch die Verordnung 343/2003/EG vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedsstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedsstaat gestellten Asylantrag zuständig ist (Dublin II-VO)⁴³, die Zuständigkeiten europarechtlich festgelegt worden. Aufgrund der Tatsache, dass Deutschland über keine EU-Außengrenze verfüge und im Zweifel der Staat zuständig sei, dessen Territorium in der EU zuerst betreten wurde, werde Deutschland in der Flüchtlingsaufnahme überproportional entlastet.⁴⁴

Ebenso könne die begrenzte Aufenthaltsdauer die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Durch Ausweitung des berechtigten Personenkreises auf Geduldete und auch Personen mit irregulärem Aufenthaltsstatus könne nicht immer von einer nur kurzen Aufenthaltsdauer ausgegangen werden. Zudem sei die Frist für Analogleistungen nach § 2 AsylbLG⁴⁵ auf 48 Monate angehoben worden. Bei diesem Zeitraum könne nicht nur von einer kurzen Aufenthaltsdauer ausgegangen werden.⁴⁶ Speziell für den Bereich der Gesundheitsversorgung kommt noch hinzu, dass der aufgrund des unsicheren Aufenthaltsstatus‘ angeführte geringere Integrationsbedarf eventuell unterschiedlich hohe Regelsätze, nicht aber eine geringe Gesundheitsversorgung rechtfertigen kann.

38 BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2004 – 1 BvL 4/97.

39 BVerfG (Fn. 37).

40 BVerfG (Fn. 38), juris Rn. 67.

41 Das zur Zeit beim BVerfG anhängige Verfahren – 1 BvL 10/10 bezieht sich nur auf die Höhe der Regelsätze nach § 3 AsylbLG, vgl. Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Vorlagebeschluss vom 26. Juli 2010 – L 20 AY 13/09.

42 Lehnert/Pelzer, Diskriminierendes Sondergesetz: Warum das Asylbewerberleistungsgesetz verfassungswidrig ist, Kritische Justiz 2010, S. 455.

43 ABl. EG L 50/1 vom 25. Februar 2003.

44 Ausschussdrucksache 17 (11) 382, S. 86.

45 Nach § 2 Abs. 1 AsylbLG erhalten Leistungsberechtigte Leistungen nach dem SGB XII, wenn sie über eine Dauer von insgesamt 48 Monaten Leistungen nach § 3 (Grundleistungen) erhalten haben und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben.

46 Lehnert/Pelzer (Fn. 42).

Anders als Regelsatzleistungen dienen Leistungen der Gesundheitsversorgung nach §§ 4 und 6 AsylbLG nämlich ersichtlich nicht der Integration in die Gesellschaft.

5. Vereinbarkeit mit Europarecht

5.1. Diskriminierungsverbot und Arbeitnehmerfreizügigkeit

Verstöße gegen primäres Europarecht, insbesondere gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) oder die Regelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV)⁴⁷ kommen nicht in Betracht, da das AsylbLG auf Ausländer aus EU-Mitgliedstaaten nicht anwendbar ist.⁴⁸

5.2. Richtlinie 2003/9/EG

5.2.1. Berechtigter Personenkreis

Der berechtigte Personenkreis der Richtlinie des Rates 2003/9/EG vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten (RL 2003/9/EG)⁴⁹ umfasst im Wesentlichen Asylbewerber. Nach Art. 2 c) der Richtlinie sind Asylbewerber Drittstaatsangehörige oder Staatenlose, die einen Asylantrag gestellt haben, über den noch nicht endgültig entschieden wurde. Insofern zählen Menschen mit irregulärem Aufenthalt in der Regel nicht zu den Leistungsberechtigten. Da die vorliegende Fragestellung jedoch die objektive Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht umfasst und die Vereinbarkeit der Regelungen des AsylbLG mit den Vorgaben der Richtlinie gerade in jüngster Zeit eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt, werden Vorgaben und Umsetzung der Richtlinie an dieser Stelle dargestellt.

5.2.2. Vorgaben der Richtlinie

Nach Art. 15 Abs. 1 RL 2003/9/EG haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass Asylbewerber die erforderliche medizinische Versorgung erhalten, die zumindest die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten umfasst. Zudem haben die Mitgliedstaaten Asylbewerbern mit besonderen Bedürfnissen die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe zu gewähren (Art. 15 Abs. 2 RL 2003/9/EG).

Darüber hinaus ist nach § 17 Abs. 1 RL 2003/9/EG die spezielle Situation besonders schutzwürdiger Personen zu berücksichtigen. Hierunter fallen insbesondere Minderjährige, unbegleitete Minderjährige, Behinderte, ältere Menschen, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen

47 ABl. EG C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47.

48 Frerichs (Fn. 25), § 1 AsylbLG Rn. 41 m.w.N.

49 ABl. EG L 31 vom 6. Februar 2003, S. 18 ff.

Kindern und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben. Zur Feststellung der besonderen Schutz- und Hilfebedürftigkeit ist nach Art. 17 Abs. 2 RL 2003/9/EG eine besondere Einzelfallprüfung, das so genannte Screening-Verfahren vorgesehen. Damit sollen schutzwürdige Asylbewerber identifiziert und ihr individueller Bedarf ermittelt werden.⁵⁰

Zudem sehen Art. 18 ff. RL 2003/9/EG besondere Leistungen vor. So haben die Mitgliedstaaten nach Art. 18 Abs. 2 RL 2003/9/EG dafür Sorge zu tragen, dass Minderjährige, die Opfer irgendeiner Form von Missbrauch, Vernachlässigung, Ausbeutung, Folter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung gewesen sind oder unter bewaffneten Konflikten gelitten haben, Rehabilitationsmaßnahmen in Anspruch nehmen können und dass im Bedarfsfall eine geeignete psychologische Betreuung und eine qualifizierte Beratung angeboten wird. Generell müssen Personen, die Folter, Vergewaltigung oder andere schwere Gewalttaten erlitten haben, im Bedarfsfall die Behandlung erhalten, die für Schäden, welche ihnen durch die genannten Handlungen zugefügt wurden, erforderlich ist (Art. 20 RL 2003/9/EG).

5.2.3. Umsetzung der Richtlinie

Nach Auffassung der Bundesregierung ist die Richtlinie hinreichend in nationales Recht transformiert worden.⁵¹ Dies wird von Teilen der Literatur jedoch bezweifelt.⁵² Insbesondere habe das „Screening-Verfahren“ im nationalen Recht keinen Niederschlag gefunden. Das AsylbLG kenne kein Verfahren zur Identifizierung besonders schutzwürdiger Personen. Das Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)⁵³ bzw. dem Zehnten Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X)⁵⁴ sei ebenfalls unzureichend, weil es im Bereich der Gesundheitsleistungen erst mit dem Leistungsantrag oder der Kenntnis der Behörde einsetze.⁵⁵

Darüber hinaus genüge der Leistungsumfang des § 4 AsylbLG nicht den Anforderungen der Richtlinie. Zwar entspreche nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 RL 2003/9/EG

50 Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten vom 27. November 2007, KOM (2007) 745 endg., S. 10.

51 BT-Drucksache 16/5065.

52 Haedrich, Das Asylbewerberleistungsgesetz, das Existenzminimum und die Standards der EU-Aufnahmerichtlinie, ZAR 2010, S. 227 ff.; Schreiber, Gesundheitsleistungen im europäischen Flüchtlingssozialrecht – Die mangelnde Umsetzung der Aufnahme-Richtlinie 2003/9/EG in den §§ 4, 6 AsylbLG, ZESAR 2010, S. 107 ff.; Berlit, Sozialleistungen für Flüchtlinge, subsidiäre Schutzbedürftige und Schutzsuchende in der Bundesrepublik Deutschland, AWR BULLETIN 2010, S. 263; Frerichs (Fn. 25), § 1 AsylbLG Rn. 45 f.; Janda/Wilksch (Fn. 22), S. 573.

53 Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I 2003, S. 102), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 14. August 2009 (BGBl. I 2009, S. 2827).

54 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2001 (BGBl. I 2001, S. 130), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I 2011, S. 2983).

55 Schreiber (Fn. 52), S. 110.

auch eine Notversorgung den Richtlinienvorgaben. Anders als bei § 4 AsylbLG sei die Versorgung jedoch nicht auf chronische Krankheiten und Schmerzzustände beschränkt. Vielmehr fordere Art. 15 Abs. 1 RL 2003/9/EG eine Leistungspflicht bei allen behandlungsbedürftigen Erkrankungen. Eine Einschränkung auf eine Notversorgung könne daher nur bezüglich des Leistungsumfangs, also des „Wie“ der Behandlung vorgenommen werden.⁵⁶ Auch die von Art. 18 Abs. 2 und Art. 20 RL 2003/9/EG geforderte besondere Versorgung von Opfern von Folter, Missbrauch und Gewalt sei durch § 4 AsylbLG nicht hinreichend gewährleistet. So werde etwa die psychotherapeutische Behandlung einer posttraumatischen Belastungsstörung ohne akute Suizidgefahr nicht als übernahmefähig angesehen.⁵⁷

Auch § 6 Abs. 1 AsylbLG vermöge diese Lücke nicht zu schließen. Während Art. 15 Abs. 1 RL 2003/9/EG einen Rechtsanspruch, also eine gebundene Entscheidung fordere, stelle § 6 Abs. 1 AsylbLG die Leistungsgewährung in das Ermessen der Behörde. § 6 Abs. 2 AsylbLG gewähre zwar die von Art. 17 ff. RL 2003/9/EG geforderten medizinischen und sonstigen Hilfen für besonders schutzwürdige Personen. Der Anwendungsbereich sei jedoch auf Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis wegen eines Massenzustroms von Vertriebenen beschränkt (§ 24 Abs. 1 AufenthG). Aufgrund dieser Einschränkung könne der Vorschrift entgegen der Auffassung der Bundesregierung⁵⁸ keine Auffangfunktion zukommen.⁵⁹

Um einen europarechtswidrigen Zustand zu vermeiden, wird daher eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie⁶⁰ bzw. eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend gefordert, dass das Entscheidungsermessen der Behörde insbesondere in Fällen der Art. 18 Abs. 2 und 20 RL 2003/9/EG auf Null reduziert ist.⁶¹ Ob daraus allerdings auch Menschen mit irregulärem Aufenthalt Rechte ableiten können, ist – wie bereits dargestellt – aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs der Richtlinie wohl zu verneinen.

5.3. EU-Grundrechtecharta

Art. 35 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)⁶² garantiert das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztlicher Versorgung, jedoch nur nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Ein Individualrecht auf eine umfassende Gesundheitsversorgung ergibt sich nicht aus Art. 35 GRC. In der Literatur wird hierzu ausgeführt, dass sich Art. 35 Abs. 1 in erster Linie auf den präventiven Gesundheitsschutz und auf den dis-

56 Schreiber (Fn. 52), S. 111.

57 Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 20. August 2003 – 16 B 2140/02.

58 BMI, Bericht zur Evaluierung des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Juli 2006), S. 241 f.

59 Schreiber (Fn. 52), S. 111.

60 Schreiber (Fn. 52), S. 111.

61 Frerichs (Fn. 25), § 6 AsylbLG Rn. 24.

62 ABl. C 303/1 vom 14. Dezember 2007.

kriminierungsfreien Zugang zur ärztlichen Grundversorgung bezieht.⁶³ In der Diskussion im Grundrechtekonvent wurde auch das Thema Recht auf Gesundheitsvorsorge für sich illegal im Gemeinschaftsgebiet aufhaltende Drittstaatsangehörige diskutiert. Es war unstrittig, dass illegal Anwesende eine medizinische Grundversorgung erhalten müssten, fraglich war aber, ob man darüber hinausgehende Rechte gewährleisten sollte.⁶⁴

6. Vereinbarkeit mit Völkerrecht

6.1. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte der Vereinten Nationen (IPWSKR)⁶⁵

Art. 12 IPWSKR begründet keine über §§ 4 und 6 AsylbLG hinausgehenden Rechte. Aus völkerrechtlichen Verträgen können nur dann individuelle Rechte abgeleitet werden, wenn die völkerrechtlichen Normen unmittelbar anwendbar sind und nicht nur an den Staat adressierte rechtspolitische Zielsetzungen enthalten, sondern darüber hinaus dem einzelnen subjektive Rechte verleihen.⁶⁶

Zwar ist inzwischen anerkannt, dass einzelne im IPWSKR enthaltene Rechte unmittelbar anwendbar sind. Für das Recht auf Gesundheit aus Art. 12 IPWSKR trifft dies jedoch gerade nicht zu.⁶⁷ Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit einer in nationales Recht umgesetzte völkerrechtliche Norm ist, dass die Regelung nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie innerstaatliche Vorschriften rechtliche Wirkung zu entfalten, also dafür keiner weiteren normativen Ausführung bedarf.⁶⁸

Nach Art. 12 Abs. 1 IPWSKR erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit an. Nach Abs. 2 umfassen die zur vollen Verwirklichung dieses Rechts zu unternehmenden Schritte die erforderlichen Maßnahmen

- a) zur Senkung der Zahl der Totgeburten und Kindersterblichkeit sowie zur gesunden Entwicklung des Kindes;
- b) zur Verbesserung aller Aspekte der Umwelt und der Arbeitshygiene;

63 Riedel, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 35 Rn. 10.

64 Bernsdorff/Borowsky, Protokolle GRC, 2002, S. 340, zitiert nach: Riedel, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 35 Rn. 8.

65 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte der Vereinten Nationen vom 19. Dezember 1966 (BGBl II 1973, S. 1569), in Deutschland in Kraft seit dem 3. Januar 1976 (BGBl II 1976, S. 428).

66 BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 1992 - 7 C 12/92.

67 Nußberger, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4. Auflage 2008, S. 1417.

68 BVerwG, Urteil vom 29. April 2009 - 6 C 16/08.

- c) zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten;
- d) zur Schaffung der Voraussetzungen, die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen.

Der Begriff „Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit“ ist äußerst unbestimmt. Aufgrund des medizinischen Fortschritts unterliegt er einem ständigen Wandel. Bereits aus diesem Grund kann es sich nicht um ein einklagbares Recht, sondern nur um ein an den nationalen Gesetzgeber gerichtetes programmatisches Ziel handeln. Zudem ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 IPWSKR („unternehmen die Vertragsstaaten“), dass die Vorschrift sich nicht an den einzelnen Bürger, sondern an die Vertragsstaaten wendet. Ihnen obliegt es Maßnahmen zu ergreifen, um die in Buchstaben a) bis d) genannten Ziele zu erreichen. Bei der Umsetzung kommt den Vertragsstaaten ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Ihnen obliegt es, durch Aufbau entsprechender Strukturen auf die genannten Ziele hinzuwirken. Es bedarf daher einer erheblichen Konkretisierung, also normativen Ausführung durch den nationalen Gesetzgeber.

6.2. Europäische Sozialcharta

Auch aus der Europäischen Sozialcharta (ESC)⁶⁹ können keine über §§ 4 und 6 AsylbLG hinausgehende Rechte hergeleitet werden. Die Regelungen der ESC begründen ebenfalls keine subjektiven Rechte, die unmittelbar geltend gemacht werden können.⁷⁰ Dies ergibt sich aus Teil III des Anhangs zur Sozialcharta, der gemäß Art. 38 ESC Bestandteil der Charta ist. Danach besteht Einverständnis darüber, dass die Charta lediglich rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters enthält, deren Durchführung ausschließlich der in Teil IV des Anhangs vorgesehenen Überwachung unterliegt. Die in Art. 21 bis 29 ESC geregelte Überwachung sieht innerhalb der Vertragsstaaten weder behördliche noch gerichtliche Kontrollen vor. Insofern handelt es sich bei den Regelungen der Charta nur um an den Gesetzgeber adressierte Programmsätze.⁷¹ Selbst bei einer unmittelbaren Anwendung der Regelungen der ESC wäre der berechtigte Personenkreis wohl begrenzt. So ergibt sich ebenfalls aus Teil III des Anhangs, dass die Charta nur dann auf Ausländer Anwendung findet, wenn diese Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder einen Aufenthaltstitel aufgrund ihrer Eigenschaft als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention oder als Staatenloser im Sinne des Staatenlosenabkommens von 1954 haben.

69 Abkommen des Europarats vom 18. Oktober 1961, in Deutschland in Kraft seit dem 19. September 1964 (BGBl II. 1964, S. 1261).

70 Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 23. September 2010 - L 12 SB 34/09.

71 BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 1992 - 7 C 12/92; Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, 1. Auflage 2008, Rn. 676; dies., Frauen und Ausländerrecht. Die Härteklauseeln des Ausländeraufenthaltsrechts unter frauenspezifischen Gesichtspunkten, 1. Auflage 1997, S. 165.

7. Wirkung der Rücknahme der Vorbehalte der UN-Kinderrechtskonvention

7.1. Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention

Die Bundesrepublik Deutschland hat die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) vom 20. November 1989 am 6. März 1992 zunächst nur mit Vorbehalten ratifiziert.⁷² Bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde gab Deutschland eine gesonderte Erklärung ab, die u.a. feststellte, dass das Übereinkommen in Deutschland nicht unmittelbar angewandt, sondern als völkerrechtliche Staatenverpflichtung durch innerstaatliches Recht erfüllt werden solle. Besonders umstritten war der sogenannte Ausländervorbehalt, der vorsah, dass das Übereinkommen nicht dazu führe, dass die widerrechtliche Einreise oder der widerrechtliche Aufenthalt eines Ausländers in der Bundesrepublik erlaubt seien. Zudem bliebe das Recht der Bundesrepublik unbeschränkt, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthalts zu erlassen oder Unterschiede zwischen Inländern und Ausländern zu machen. Aufgrund des Ausländervorbehalts galten minderjährige Flüchtlinge bereits mit 16 Jahren als erwachsen, konnten in Abschiebungshaft genommen werden und waren beim Schulbesuch und bei der medizinischen Versorgung schlechter gestellt als deutsche Kinder im gleichen Alter.

Die Bundesregierung hat schließlich mit völkerrechtlicher Wirkung zum 15. Juli 2010 ihre 1992 niedergelegte Vorbehaltserklärung zurückgenommen. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass eine Anpassung der Gesetze nicht notwendig ist.⁷³ Nach Auffassung u.a. von NGOs und dem Deutschen Institut für Menschenrechte werde die Konvention von staatlicher Stelle immer noch nicht ausreichend umgesetzt sei.⁷⁴

7.2. Art. 24 KRK Recht auf Gesundheit

Gemäß Art. 24 Abs. 1 KRK erkennen die Vertragsstaaten der Konvention das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit an sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit. Art. 24 Abs. 2 Bst. b) sieht vor, dass die Vertragsstaaten sich bemühen sollen, „dass alle Kinder die notwendige ärztliche Hilfe und Gesundheitsfürsorge erhalten“.

Minderjährige Asylbewerber bzw. minderjährige Ausländer mit irregulärem Aufenthalt erhalten aber auch nach Rücknahme der Vorbehalte zur Kinderrechtskonvention nur eine Mindestgesundheitsversorgung nach dem AsylbLG. Das von Art. 24 Abs. 1 KRK geforderte Höchstmaß an Gesundheit wird nach Auffassung in der Literatur damit nicht erreicht. Bereits der Begriff der notwendigen Behandlung in Art. 24 Abs. 2 b) KRK sei weiter als § 4 Abs. 1 AsylbLG, der auf die

72 BGBl. II 1992, S. 990.

73 Siehe BT-Drs. 17/2818, S. 9 mit Verweis auf weitere Antworten der Bundesregierung auf Fragen der Abgeordneten.

74 Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention – Geltung und Anwendung in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011; National Coalition, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärungen: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorzugs nach der UN-KRK im deutschen Recht, 2010.

Behandlung von akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen beschränkt sei.⁷⁵ Somit wird nach wie vor eine Unterscheidung nach dem Aufenthaltsstatus vorgenommen, obwohl sich bereits aus Art. 2 Abs. 1 KRK ergibt, dass die Rechte der Konvention allen Kindern unabhängig von ihrer Herkunft, Religion oder Status zustehen sollen.



75 Lühr, Gesetzliche Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehalts zu Kinderrechtskonvention, ZAR 2010, 378 (384).