Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Prof. Dr. Constanze Janda,
SRH Hochschule Heidelberg

Der Kindergeldanspruch unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge

Prof. Dr. Constanze Janda

In seiner Entscheidung vom 5. Mai 2015 (abgedruckt in diesem Heft S. 167 ff.) hatte sich das BSG zum wiederholten Male mit den Leistungsausschlüssen für Ausländerinnen und Ausländer im Recht der sozialen Förderung auseinanderzusetzen. § 1 Abs. 3 BKGG beschränkt den Zugang zum Kindergeld im Wesentlichen auf Personen, die in den inländischen Arbeitsmarkt integriert sind. Diese Anspruchsvoraussetzung hat das BSG für elternlose minderjährige Ausländerinnen und Ausländer wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz teleologisch reduziert. Zu Unrecht blieb die Entscheidung bislang unbeachtet, wiewohl sie gewichtige Auswirkungen auf die Finanzlage der Kommunen hat, die derzeit eine große Zahl von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen betreuen und versorgen.

I. Sachverhalt

Dem Verfahren lag eine Klage der Stadt Bonn auf Gewährung von Kindergeld für den minderjährigen kongolesischen Staatsangehörigen M.B. zugrunde. Dieser war mit seiner Mutter, die zwischenzeitlich verstorben ist, im Alter von zwei Jahren in die Bundesrepublik eingereist und hatte Asyl beantragt. Der Aufenthalt des leiblichen Vaters war unbekannt. Nachdem der Asylantrag abgelehnt worden war, wurde M.B. eine Duldung und im Alter von 13 Jahren schließlich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt. M.B. stand nach dem Tod seiner Mutter unter der Amtsvormundschaft der Stadt Bonn und erhielt Hilfen zur Erziehung nach §§ 27, 34 SGB VIII in einer Einrichtung zur Heimerziehung. Wegen der einschränkenden Vorgaben des § 1 Abs. 3 BKGG wurde der Antrag der Stadt Bonn auf Kindergeldgewährung von der Familienkasse der Bundesagentur für Arbeit abgelehnt.

II. Leitlinien der Entscheidung

Zu klären war neben dem berechtigten Interesse der Kommune an der Beantragung des Kindergeldes die Verfassungskonformität der Leistungsausschlüsse für nicht freizügigkeitsberechtigte Minderjährige, die sich ohne Eltern in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten.

1. Klagebefugnis der Stadt Bonn

Die Antragsberechtigung der Stadt Bonn ergab sich aus § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG. Danach kann der Kindergeldanspruch von allen Personen geltend gemacht werden, die ein berechtigtes Interesse an der Leistung haben. Die Berechtigung könne sich nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus persönlichen oder wirtschaftlichen Belangen ergeben. Antragsberechtigt seien demzufolge alle Unterhaltsschuldner, aber auch die Personen, zu deren Gunsten das Kindergeld ausgezahlt, übertragen oder verpfändet werden kann[1].

Als Amtsvormund steht der Stadt Bonn weder aus § 62 EStG noch aus § 1 BKGG ein eigener Kindergeldanspruch zu. Für die an M.B. gewährten vollstationären Hilfen zur Erziehung sieht § 94 Abs. 3 SGB VIII explizit die Heranziehung des Elternteils, der für das Kind Kindergeld bezieht, zur (teilweisen) Deckung der Kosten vor. Dieser Anspruch des örtlichen Jugendhilfeträgers ist auf den gesamten Kindergeldbetrag gerichtet und erklärt sich daraus, dass während der Gewährung der Jugendhilfeleistungen auch der Unterhalt für das Kind durch den Jugendhilfeträger gesichert wird, die Eltern also entsprechend entlastet sind[2]. Das BSG erkannte aus dieser systematischen Erwägung heraus ein gewichtiges finanzielles Interesse der Klägerin an, die sich durch die Inanspruchnahme des Kindergeldes zumindest teilweise von den Aufwendungen für die Betreuung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge entlasten könne. Aus der Antragsberechtigung für das Kindergeld nach § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG folge zwangsläufig eine entsprechende Klagebefugnis kraft gesetzlicher Prozessstandschaft[3].

2. Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 3 BKGG

Kindergeld kann einerseits nach § 62 EStG als Steuerfreibetrag (§ 32 Abs. 4 EStG) oder als Geldleistung gewährt werden. In dieser Form dient es der Sicherstellung der Steuerfreiheit des Existenzminimums des Kindes[4], knüpft aber an die Steuerpflicht der Eltern an. Vollwaisen ebenso wie Eltern, die kein steuerpflichtiges Einkommen erwirtschaften, können von der im Steuerrecht gründenden Sozialleistung[5] folglich keinen Gebrauch machen. Für sie sieht § 1 BKGG einen Anspruch auf eine echte Transferleistung vor, § 25 SGB I. Die Anspruchsvoraussetzungen nach EStG und BKGG sind weitgehend identisch, insbesondere in Bezug auf den

1 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 10.

2 Dazu Loos in Wiesner, SGB VIII (2015), § 94 Rn. 23; Krome in jurisPK-SGB VIII (2014), § 94 Rn. 15.

3 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 11 unter Bezugnahme auf BFHE 204, 454.

4 BVerfGE 82, 60, 85; BVerfGE 110, 412, 433.

5 Eichenhofer, StuW 1997, 341, 341.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Leistungszugang von Ausländerinnen und Ausländern[6]. Innerhalb von § 1 BKGG wird zwischen dem Anspruch von Eltern (Abs. 1) und dem eigenen Anspruch des Kindes auf Kindergeld (Abs. 2) unterschieden.

a) Anknüpfungsregeln für die Kindergeldberechtigung

Der Kindergeldanspruch ist nach § 1 Abs. 2 BKGG daran geknüpft, dass die Person in Deutschland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat (Nr. 1), Vollwaise ist oder den Aufenthalt der Eltern nicht kennt[7] (Nr. 2) und nicht bei einer anderen Person als Kind zu berücksichtigen ist (Nr. 3). Der Anspruch nach § 62 EStG ist folglich vorrangig.

Die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen nach § 1 Abs. 2 BKGG waren in der Person des M.B. erfüllt. Es waren erst die Einschränkungen für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländerinnen und Ausländer in § 1 Abs. 3 BKGG, die ihm den Zugang zum Kindergeld versperrten. Diese sollen gewährleisten, dass das Kindergeld nur an Personen zu zahlen ist, die sich voraussichtlich dauerhaft im Inland aufhalten und in den inländischen Arbeitsmarkt integriert sind[8]. Nach § 1 Abs. 3 BKGG müssen nicht freizügigkeitsberechtigte Personen entweder über eine Niederlassungserlaubnis verfügen oder aber über eine Aufenthaltserlaubnis, welche zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Dabei kommt es nicht auf das bloße Bestehen eines Anspruchs auf Erteilung eines der genannten Aufenthaltstitel an, sondern darauf, dass dieser tatsächlich erteilt worden ist[9]. Für die Inhaber der in § 1 Abs. 3 Nr. 2c) BKGG genannten Aufenthaltstitel wird zusätzlich gefordert, dass sie sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und darüber hinaus berechtigt erwerbstätig sind, Geldleistungen nach dem SGB III beziehen oder Elternzeit in Anspruch nehmen. Dies betrifft die Titel nach §§ 23 Abs. 1, 23a, 24 sowie 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG[10]. Asylsuchende und Geduldete sind folglich ganz vom Leistungsanspruch ausgeschlossen.

b) Teleologische Reduktion der Doppelanknüpfung

Diese Doppelanknüpfung an den rechtmäßigen Aufenthalt und die (Berechtigung zur) Erwerbstätigkeit hat das BSG für verfassungswidrig erkannt. Sie begründe eine Ungleichbehandlung zwischen freizügigkeitsberechtigten und anderen Ausländerinnen und Ausländern, die nach Art. 3 Abs. 1 GG der Rechtfertigung bedürfe.

Der Gesetzgeber will Leistungen der Familienförderung nur an Personen gewähren, die sich voraussichtlich dauerhaft in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Eine Differenzierung der Leistungsberechtigung nach dem Aufenthaltsstatus für den Zugang zu Sozialleistungen sei nicht per se zu missbilligen[11]. Die in § 1 Abs. 3 BKGG verankerten Prognosekriterien für einen dauerhaften Inlandsaufenthalt hält das Gericht jedoch für evident ungeeignet, insbesondere bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, zumal Kinder keiner Erwerbstätigkeit nachgehen können und dürfen[12].

§ 2 Abs. 2 S. 1 BKGG verdeutliche die Auffassung des Gesetzgebers, dass Vollwaisen ab dem vollendeten 18. Lebensjahr ihren Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern können. Aber auch Volljährige können weiterhin Kindergeld beanspruchen, wenn sie arbeitsuchend sind, einer Berufsausbildung nachgehen, Freiwilligendienste leisten oder wegen einer Behinderung zur eigenständigen Sicherung ihres Lebensunterhalts außerstande sind. Es sei daher systemwidrig, wenn nicht freizügigkeitsberechtigten Vollwaisen bereits vor Vollendung des 18. Lebensjahrs verlangt werde, dass sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen (dürfen), um einen Kindergeldanspruch zu begründen[13].

Das Kindergeld weise zudem – im Unterschied zum Elterngeld – keinen Bezug zum Arbeitsmarkt auf. Im Rahmen des EStG diene es der Steuerfreiheit des Existenzminimums des Kindes, im BKGG als „reine Sozialleistung“ ausschließlich der Familienförderung[14].

Schließlich betonte das BSG die Notwendigkeit, im Rahmen der Aufenthaltsprognose die tatsächlichen Umstände hinreichend zu würdigen und sich nicht allein auf eine formal-rechtliche Betrachtung des Aufenthaltsstatus zurückzuziehen. Eine Rückkehr des Beigeladenen M.B. in seinen Herkunftsstaat sei bereits aufgrund der dortigen Sicherheitslage in absehbarer Zeit nicht zu erwarten[15]. Das Gericht nahm überdies auf dessen Verwurzelung in der Bundesrepublik Bezug, in der er sich seit dem Kleinkindalter aufhalte und die eine Rückkehr in das Herkunftsland sehr unwahrscheinlich mache[16]. Zudem würde der Abbruch seiner schulischen Ausbildung, um eine Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können, seiner „Integration“[17] nicht förderlich sein.

Eine dem Wortlaut der Norm entsprechende Anwendung verstieße daher gegen das Gleichheitsgebot. § 1 Abs. 3 BKGG sei folglich teleologisch zu reduzieren, sodass der in § 1 Abs. 3 lit. b) und c) verankerte Arbeitsmarktbezug nicht zur Anwendung kommen dürfe, wenn ein sonst leistungsberechtigtes Kind wegen seines Alters nicht erwerbstätig sein darf oder aufgrund seines Schulbesuchs nicht erwerbstätig sein kann[18]. Die verfassungskonforme Auslegung finde zwar ihre Grenze im (eindeutigen) Willen des Gesetzgebers. Da dieser aber offenbar das Problem der elternlosen minderjährigen Flüchtlinge bei Erlass des BKGG nicht gesehen habe, stelle dies keine Hürde dar. Die Norm sei offenkundig auf Erwachsene zugeschnitten[19].

Der Leistungsausschluss bewirke zwar keinen unmittelbaren finanziellen Nachteil für den Beigeladenen, da dessen Lebensunterhalt in vollem Umfang von der Klägerin gedeckt werde. Nach Auffassung des BSG sei die Benachteiligung aber darin zu erkennen, dass der Beigeladene vollständig auf die Kinder- und Jugendhilfe

6 Ausführlich Janda, Migranten im Sozialstaat (2012), S. 309 ff.
7 Insofern gilt ein subjektiver Maßstab, BSG, SozR 3-5870 § 1 Nr. 1. So in jüngerer Zeit auch SG Mainz v. 17. 11. 2015 – S 14 KG 1/15, wonach Unkenntnis vom Aufenthalt der Eltern auch dann anzunehmen ist, wenn das Kind „nicht jederzeit weiß, wo sich seine Eltern im Moment aufhalten“, sodass es sozialrechtlich wie eine Vollwaise einzustufen ist.
8 Dieses Ziel hat das BVerfG gebilligt, BVerfGE 111, 160, 174; BVerfGE 111, 176, 185.
9 BFHE 249, 441, zustimmend Selder, jurisPR-SteuerR 33/2015 Anm. 5.
10 § 23 Abs. 1 AufenthG: Aufenthaltsgewährung durch die obersten Landesbehörden aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen, § 23a AufenthG: Aufenthaltsgewährung in Härtefällen, § 24 AufenthG: Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen, § 25 Abs. 3 AufenthG: zielstaatsbezogenes Abschiebungshindernis, § 25 Abs. 4 AufenthG: vorübergehender Aufenthalt aus dringenden humanitären Gründen, § 25 Abs. 4a AufenthG: Opfer von Menschenhandel, § 25 Abs. 4b AufenthG: Opfer von Verstößen gegen das SchwarzArbG, § 25 Abs. 5 AufenthG: Aufenthalt wegen rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit der Ausreise.
11 BVerfGE 111, 160, 174; BVerfGE 111, 176, 185; BVerfGE 132, 72, 82; BVerfGE 132, 134, 165.
12 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 29.
13 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 31.
14 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 32.
15 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 33.
16 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 34.
17 Zu diesem unbestimmten Rechtsbegriff ausführlich Eichenhofer, Begriff und Konzept der Integration im Aufenthaltsgesetz (2013) (passim).
18 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 24.
19 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 37.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

angewiesen sei und nicht einmal teilweise seine Bedürfnisse durch den eigenen Kindergeldanspruch decken könne, diene das im Rahmen von § 1 BKGG an Vollwaisen zu gewährende Kindergeld doch dem Ausgleich der eigenen Belastungen dieses Kindes[20].

III. Einordnung der Entscheidung

Mit der verfassungskonformen teleologischen Reduktion des § 1 Abs. 3 BKGG hat sich das BSG eine Vorlage an das BVerfG erspart. Die Entscheidung erweist sich inhaltlich als alternativlos (1.). Von besonderem Interesse ist aber die Frage, ob sie sich auf andere Konstellationen übertragen lässt, in denen nichtdeutsche Kinder sich ohne Eltern in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten (2.).

1. Bewertung der Anknüpfungsregeln im Kindergeldrecht

Das Grundgesetz stellt die Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Das BVerfG hat aus diesem Grundrecht nicht nur ein Abwehrrecht gegen Eingriffe in die innerfamiliäre Struktur, sondern auch eine staatliche Pflicht zum Ausgleich der wirtschaftlichen wie auch persönlichen Lasten bei der Pflege, Betreuung und Erziehung von Kindern hergeleitet[21]. Dieses soziale Recht ist auch in § 6 SGB I verankert. Ansprüche folgen daraus ebenso wenig wie aus der Einweisungsnorm des § 25 SGB I, welche die Leistungen der Familienförderung überblicksmäßig darstellt.

a) Leistungszweck und Doppelanknüpfung

Die soziale Förderung dient ganz allgemein der Herstellung von Chancengleichheit, also der Vermittlung gleicher Startbedingungen in der (Erwerbs)Gesellschaft unabhängig von der sozialen Herkunft des Einzelnen. Die Familienförderung trägt damit auch zur Vermeidung von Armut bei. Dass bestimmte Gruppen von Kindern, die in der Bundesrepublik leben, vom Leistungsbezug nach dem BKGG ausgeschlossen werden, bedarf wegen des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG der Rechtfertigung. Denn Ungleichbehandlungen sind nach der vom BVerfG entwickelten „neuen Formel“ nur zulässig, wenn sie durch Sachgründe legitimiert sind. Zwischen verschiedenen Gruppen darf nur differenziert werden, wenn sie sich derart substanziell unterscheiden, dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist[22].

Nun ließe sich ohne Weiteres argumentieren, dass die Pflege, Betreuung und Erziehung von Kindern alle in der Bundesrepublik lebenden Familien gleichermaßen belastet, denn persönlicher und wirtschaftlicher Aufwand differenzieren weder nach Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsstatus oder Erwerbstätigkeit, sondern allenfalls aufgrund persönlicher Auffassungen über die Erziehung von Kindern[23]. Die Anknüpfung an den Wohnort „der Familie, in der das Kind lebt“[24] scheint daher als geeignete Regel, um die Leistungsberechtigung abzugrenzen[25]. Über den Wohnort hinaus differenziert der Gesetzgeber aber nach dem Aufenthaltsstatus und dem damit (potenziell) verbundenen Arbeitsmarktzugang. Das in § 1 Abs. 2 BKGG anklingende Wohnortprinzip wird durch diese Doppelanknüpfung überformt; faktisch erweist sich die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment für den Leistungszugang[26], eröffnet diese doch die Möglichkeit zu Aufenthalt und Erwerbstätigkeit – oder eben nicht[27].

b) Kriterien für die Prognose der Aufenthaltsdauer

Gesteht man dem Gesetzgeber zu, die Leistungsberechtigung an einen dauerhaften Inlandsaufenthalt und eine Integration in die Inlands(erwerbs)gesellschaft zu knüpfen[28], stellt sich gleichwohl die Frage, ob eine bloß auf formale Umstände wie das Innehaben eines bestimmten Aufenthaltstitels bezogene Leistungsberechtigung legitim ist. In den 1980er und frühen 1990er Jahren hatte das BSG für die Prognose der Aufenthaltsdauer auf tatsächliche Umstände abgestellt und damit den Bezug von Familienleistungen auch für Asylsuchende und Geduldete für möglich erachtet, wenn in absehbarer Zeit nicht mit der Beendigung ihres Aufenthalts zu rechnen sei. Die Ermittlung der Aufenthaltsdauer müsse die Möglichkeit der Ausweisung und Abschiebung in das Herkunftsland oder einen aufnahmebereiten Drittstaat berücksichtigen[29].

Diese Rechtsprechung nahm der Gesetzgeber zum Anlass, die Anspruchsvoraussetzungen zu verschärfen und das Erfordernis eines Aufenthaltstitels sowie bei befristeten Titeln zusätzlich das Erfordernis der Erwerbstätigkeit explizit im Gesetz zu verankern[30]. Schlüssig ist dies insofern, als die Verlängerung eines befristeten Aufenthaltstitels nur möglich ist, wenn der Inhaber seinen Lebensunterhalt eigenständig sichern kann[31]. Die Erzielung von Einkünften aus Erwerbstätigkeit ist aber nur ein, und nicht das einzige Indiz für die Lebensunterhaltssicherung und den Daueraufenthalt im Inland[32]. Das Kriterium überzeugt überdies auch systematisch nicht, dürfen doch auch Asylsuchende und Geduldete gemäß § 61 Abs. 2 AsylG bzw. § 32 Abs. 1 BeschV mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit einer Erwerbstätigkeit nachgehen und somit ihren Lebensunterhalt durch Arbeit sichern und sind dennoch vom Leistungsbezug ausgeschlossen.

c) Anwendbarkeit auf elternlose Minderjährige

Die Leistungsausschlüsse überzeugen damit bereits für Familienverbände nicht[33]. Für ihre Anwendung zulasten elternloser Minderjähriger gilt dies noch mehr. Das Kindergeld für Vollwaisen weist keinerlei Bezug zu den Unterhaltspflichten von Eltern auf. Es wird gewährt, weil ein Ausschluss von Waisen gegenüber Kindern mit Eltern als „sozial ungerecht empfunden“[34] wird. Es stelle eine besondere Härte dar, wenn diese über den persönlichen Verlust ihrer Eltern hinaus noch finanzielle Einbußen hinzunehmen hätten[35].

Soll das Kindergeld aber nur solchen Kindern gewährt werden, die erwerbstätig sind bzw. sein dürfen, wird die Leistung für nichtfreizügigkeitsberechtigte Kinder und Jugendliche unerreichbar: Die rechtliche wie tatsächliche Unmöglichkeit der Aus-

20 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 27.
21 BVerfGE 22, 163, 169; BVerfGE 23, 258, 263; BVerfGE 82, 60, 78.
22 St. Rspr., BVerfGE 22, 287, 415; BVerfGE 52, 277, 280; BVerfGE 55, 72, 88; BVerfGE 88, 87, 96; BVerfGE 112, 368, 401; BVerfGE 129, 49, 68. Vgl. auch Kirchhof in Maunz/Dürig, GG (2015), Art. 3 Rn. 383 ff. sowie Osterloh/Nußberger in Sachs, GG (2014), Art. 3 Rn. 8 ff. mit weiteren Nachweisen; speziell zum Recht der Familienförderung Britz, ZAR 2014, 65 ff.
23 Vgl. dazu auch BVerfGE 111, 160, 174.
24 BSGE 23, 258, 263.
25 So bereits BSGE 25, 295, 296.
26 Janda, Migranten im Sozialstaat (2012), S. 323. Ausführlich zur Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit im Recht der Familienförderung Britz, ZAR 2014, 56.
27 Die Regelungen des AufenthG begründen ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit von Drittstaatsangehörigen.
28 BVerfGE 111, 160, 174; BVerfGE 111, 176, 185. Das BSG hat dies in der Entscheidung ausdrücklich offengelassen.
29 BSGE 65, 84, 86; BSGE 72, 8, 9.
30 Felix, ZAR 1994, 124, 127; Janda, Migranten im Sozialstaat (2012), S. 327.
31 BT-Drucks. 16/1368, S. 8.
32 Janda, Migranten im Sozialstaat (2012), S. 328.
33 Janda, Migranten im Sozialstaat (2012), S. 350 f.
34 BT-Drucks. 10/3369, S. 11.
35 BT-Drucks. 10/2886, S. 9.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

übung einer Beschäftigung macht auch die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen des § 1 Abs. 3 BKGG für sie unmöglich.

Es spricht einiges dafür, dass der Gesetzgeber tatsächlich nicht berücksichtigt hat, dass nichtdeutsche Kinder im Einzelfall sich auch ohne ihre Eltern in der Bundesrepublik aufhalten. Bei Minderjährigen, die im Rahmen des Familiennachzugs (§§ 27 ff. AufenthG) zu ihren Eltern in die Bundesrepublik Deutschland kommen[36], ist für die Prognose der Aufenthaltsdauer auf die gesamte familiäre Situation abzustellen. Die Arbeitsmarktintegration ihrer Eltern kann in die Entscheidung durchaus einfließen. Bei Elternlosen ist dies aber faktisch ausgeschlossen[37]. Die teleologische Reduktion des § 1 Abs. 3 BKGG mit der Folge der Nichtanwendung des Arbeitsmarktkriteriums auf nicht freizügigkeitsberechtigte Vollwaisen ist daher zwingend.

2. Übertragbarkeit der Entscheidung auf andere Konstellationen

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Entscheidung auch auf die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge (UMF) Anwendung finden kann, die sich derzeit in der Bundesrepublik Deutschland befinden und denen (noch) kein Aufenthaltstitel erteilt worden ist.

a) Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Deutschland

Der Begriff „unbegleitete minderjährige Flüchtlinge“ wird für alle Personen verwendet, die unter 18 Jahre alt sind (Art. 1 UN-KRK) und aus Drittstaaten in die Bundesrepublik Deutschland einreisen. Eine Aussage über ihren Aufenthaltsstatus ist mit der Bezeichnung nicht verbunden. Sie umfasst umgangssprachlich sowohl Asylantragsteller als auch anerkannte minderjährige Asylberechtigte, Flüchtlinge oder subsidiär Schutzberechtigte sowie elternlose minderjährige Inhaber einer Duldung.

Im Dezember 2015 wurden 14.439 unbegleitete minderjährige Asylantragsteller in der Bundesrepublik Deutschland registriert[38]. Ihr prozentualer Anteil an den Erstantragstellern ist mit 3 % recht niedrig, und zwar konstant. Die absoluten Zahlen sind im letzten Jahr jedoch erheblich – im Vergleich zu 2014 um 228 %[39] – gestiegen. Die Ursachen, warum sich Kinder und Jugendliche ohne Eltern in Deutschland aufhalten, sind unterschiedlich. Teilweise werden Familien während der Flucht getrennt, teilweise werden Minderjährige – beispielsweise wegen des Mangels an finanziellen Mitteln, um die Flucht zu finanzieren – von ihren Familien allein vorausgeschickt[40]. In wieder anderen Fällen haben Minderjährige spezifische Fluchtgründe, beispielsweise wenn sie vor der Rekrutierung als Kindersoldaten, vor Zwangsverheiratung oder Genitalverstümmelung Schutz suchen[41]. Anders als in dem vom BSG entschiedenen Fall reisen die meisten UMF allein in die Bundesrepublik Deutschland ein, in der Regel unerlaubt, d. h. ohne das gemäß §§ 4 Abs. 1, 6 AufenthG erforderliche Visum[42].

b) Besonderheiten im Asylverfahren

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sind besonders schutzbedürftig[43]. Sie werden daher außerhalb des üblichen nach dem AsylG vorgegebenen Verfahrens betreut[44].

aa) Inobhutnahme durch das Jugendamt

§ 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII gebietet ihre sofortige Inobhutnahme durch das Jugendamt. Wegen § 20 SGB X muss das Jugendamt von Amts wegen tätig werden, sobald es Kenntnis vom Aufenthalt eines UMF in seinem Bezirk erlangt. Der Gesetzgeber unterstellt, dass die Inobhutnahme durch das Kindeswohl geboten ist, denn eine gesonderte Kindeswohlprüfung findet – anders als bei den sonstigen Tatbeständen des § 42 SGB VIII – nicht statt[45]. Aufgrund der Inobhutnahme entfällt für UMF die für erwachsene Asylsuchende geltende Pflicht zum Aufenthalt in einer Aufnahmeeinrichtung, vgl. §§ 48 Nr. 1, 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG[46]. Sie sollen stattdessen in Clearingstellen verbracht werden. Dabei handelt es sich um Einrichtungen der Jugendhilfe, häufig Wohngruppen, die einer Genehmigung nach § 45 SGB VIII bedürfen[47]. Dies erklärt sich einerseits durch das Erfordernis der Sicherstellung der Personen- und Vermögenssorge und andererseits aus dem Kindeswohl, dem eine zentrale Unterbringung nicht gerecht würde.

bb) Altersfeststellung

Die Inobhutnahme setzt freilich voraus, dass die Minderjährigkeit des Flüchtlings von den zuständigen Behörden festgestellt worden ist. Rechtsgrundlage dafür ist § 49 Abs. 3 AufenthG; es besteht eine Mitwirkungspflicht nach § 82 AufenthG. Die in den Bundesländern angewandten Verfahren zur Altersbestimmung werden sowohl im Hinblick auf ihre Zuverlässigkeit als auch auf die damit verbundenen (entwürdigenden) Umstände als äußerst problematisch angesehen[48]. Nach dem neu geschaffenen § 42f SGB VIII soll zur Altersfeststellung vorrangig die Einsichtnahme in Ausweispapiere und die äußerliche „Inaugenscheinnahme“ des Jugendlichen und nur nachrangig eine ärztliche Untersuchung erfolgen[49].

cc) Verteilung von UMF auf die Kommunen

Zuständig für die Inobhutnahme war bis vor kurzem gemäß § 87 SGB VIII das Jugendamt, in dessen Bezirk der unbegleitete Minderjährige erstmalig aufgegriffen wurde bzw. sich erstmalig bei

36 So die Konstellation in BFHE 230, 563.
37 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 37.
38 Mitteilung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vom Dezember 2015 (nicht veröffentlicht, aber zu beziehen über das Kontaktformular unter www.bamf.de).
39 Mitteilung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vom Dezember 2015.
40 Den Eltern kann gemäß § 36 Abs. 1 AufenthG nach Erteilung eines Aufenthaltstitels an den UMF ihrerseits ein Aufenthaltstitel zum Familiennachzug erteilt werden.
41 Grundlegend Löhr, Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs (2009). Siehe auch Parusel, ZAR 2010, 233, 235; Brämer / El-Mafaalani / Heufers / Wirtz, ZAR 2013, 235, 235; Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 12; Rieger, JAmt 2015, 118, 120; Pressemitteilung des Bundesverbands Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge vom 24. 11. 2015, abrufbar unter http://www.b-umf.de/images/PM_Fakten_zu_Familiennachzug_UMF_ne_us.pdf
42 Parusel, ZAR 2010, 233, 235; Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 14; Rieger, JAmt 2015, 118, 118.
43 Parusel, ZAR 2010, 233, 234; Groß / Farahat, ZAR 2010, 341, 341; BT-Drucks. 18/5921, S. 15.
44 Die besonderen Vorgaben für Asylantragsteller aus so genannten sicheren Herkunftsstaaten, die mit einer erheblichen Einschränkung von Rechten verbunden sind, werden an dieser Stelle nicht behandelt.
45 Parusel, ZAR 2010, 233, 234; Wiesner in Wiesner, SGB VIII (2015), § 42 Rn. 16; Winkler in BeckOK-SGB VIII (2015), § 42 Rn. 8; Kirchhoff in jurisPK-SGB VIII (2014), § 42 Rn. 100.
46 Peter, JAmt 2006, 60, 64; Wiesner in Wiesner, SGB VIII (2015), § 42 Rn. 17.
47 BT-Drucks. 16/13166, S. 3. Aufnahmeeinrichtungen für Asylsuchende, in denen dennoch häufig Kinder und Jugendliche ohne Eltern untergebracht werden (BT-Drucks. 18/5564, S. 54 ff.), sind von diesem Genehmigungserfordernis befreit, § 44 Abs. 3 AsylG. Dazu kritisch Löhr, ZAR 2010, 378, 381 f.; Peucker / Seckinger, JAmt 2015, 127, 128.
48 Löhr, ZAR 2010, 378, 383; Parusel, ZAR 2010, 233, 236; DIJuF, JAmt 2015, 130, 131 f. Berthold / Espenhorst / Rieger, Dialog Erziehungshilfe (03/2011), 23, 27 f. geben einen Überblick über die unterschiedlichen Vorgehensweisen in den einzelnen Kommunen.
49 Katzenstein / González Méndez de Vigo / Meysen, JAmt 2015, 530, 534; zum Verfahren ausführlich Kepert, ZFSH/SGB 2015, 636 ff.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

den Behörden gemeldet hat. Vorrangig waren also die Kommunen in den grenznahen Regionen mit der Betreuung von UMF betraut[50]. In der derzeitigen Situation mit einer beispiellos hohen Zahl von Schutzsuchenden sind die Kapazitäten in einigen Städten und Gemeinden erschöpft oder gar überlastet. Der Bundesrat drängte daher auf die Möglichkeit, unbegleitete minderjährige Flüchtlinge gleichmäßig auf alle Bundesländer zu verteilen. Dies war bislang aufgrund der zwingend gebotenen Inobhutnahme nicht möglich[51].

Durch das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher[52] sind die §§ 42a–f in das SGB VIII eingefügt worden, die nunmehr die vorläufige Inobhutnahme der UMF detailliert regeln. Die in Obhut genommenen Kinder und Jugendlichen können seither nach dem sogenannten Königsteiner Schlüssel[53] auf andere Kommunen oder in andere Bundesländer verteilt werden[54]. Zuständig für die vorläufige Inobhutnahme ist gemäß § 88a Abs. 1 SGB VIII das Jugendamt, in dessen Bereich sich der UMF tatsächlich aufhält. Maßgeblich für die Entscheidung über eine Weiterverteilung ist das Kindeswohl, insbesondere das spezifische Schutzbedürfnis unbegleiteter ausländischer Minderjähriger, § 42b SGB VIII. Im Entscheidungsprozess sind in einem „Erstscreening" auch der Gesundheitszustand des UMF, die Möglichkeit seiner Zusammenführung mit Verwandten und die Wartezeit bis zur Entscheidung über die Weiterverteilung zu berücksichtigen[55]. Die vorläufige Inobhutnahme ist der eigentlichen Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII vorgelagert, d. h. die Zuständigkeit eines konkreten Jugendamts für die Inobhutnahme und die Suche nach Vormund wird erst nach Abschluss des bundesweiten Verteilungsverfahrens bestimmt[56].

dd) Antragstellung im Asylverfahren

Ihren Asylantrag können unbegleitete Minderjährige nicht allein stellen. Sie sind im Asylverfahren nicht handlungsfähig, sondern bedürfen eines gesetzlichen Vertreters, § 12 Abs. 1 AsylG[57]. Befinden sie sich in der Inobhutnahme, steht dem zuständigen Jugendamt ein Notvertretungsrecht für alle Rechtshandlungen zu, die zum Wohl des Kindes oder Jugendlichen notwendig sind, § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII. Die Vertretungsbefugnis erstreckt sich auf die Stellung eines Antrags auf Asylgewährung beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF). Dieser umfasst gemäß § 13 Abs. 2 AsylG nicht nur den Antrag auf Anerkennung als politisch Verfolgter i. S. v. Art. 16a GG, sondern auch auf die Feststellung der Schutzbedürftigkeit nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) oder einer subsidiären Schutzberechtigung[58]. Schließlich hat die zuständige Behörde gemäß § 31 Abs. 3 AsylG immer auch zu prüfen, ob ein Abschiebungshindernis nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG vorliegt, der Aufenthalt also wegen zielstaatsbezogener Umstände zuzulassen ist, auch wenn kein anerkannter Asyl- oder Fluchtgrund vorliegt.

Kindern und Jugendlichen wird oftmals von der Asylantragstellung abgeraten, da die damit verbundene Anhörung zur Ermittlung von Asylgründen für diese oft sehr belastend ist und sie auch von ihrer Einsichtsfähigkeit her dem Verfahren nicht gewachsen sind[59], wiewohl dieses entsprechend den Vorgaben des Art. 25 RL 2013/32/EU[60] altersgerecht auszugestalten ist. Oftmals wird daher lediglich ein Antrag auf Feststellung des Bestehens von zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG gestellt. Dafür ist nicht das BAMF, sondern die örtliche Ausländerbehörde zuständig, § 79 Abs. 1 S. 2 AufenthG[61]. Bei Antragstellung beim BAMF besteht für die Dauer des Verfahrens eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 Abs. 1 AsylG. Wird der Weg über die Ausländerbehörde gewählt, wird regelmäßig eine Duldung nach § 60a AufenthG erteilt[62].

c) Sicherstellung der Personen- und Vermögenssorge

Unverzüglich nach der Inobhutnahme muss das Jugendamt die Bestellung eines Vormundes für den unbegleiteten Minderjährigen veranlassen, §§ 42 Abs. 3 S. 4, 27 SGB VIII. Dieser wird nach Feststellung des Ruhens der Sorge der nicht erreichbaren leiblichen Eltern gemäß §§ 1674, 1773 BGB durch das Familiengericht bestellt. Die Inobhutnahme stellt also nur eine vorübergehende Schutzmaßnahme dar. Sie mündet in ein Clearingverfahren, in dem die persönliche und rechtliche Situation der UMF, ihr medizinischer und (psycho)therapeutischer Bedarf sowie die Notwendigkeit der Vermittlung von Sprachkenntnissen und der Zugang zu Bildung geklärt und auch nach Sorgeberechtigten oder Verwandten in Deutschland gesucht wird[63].

Die konkrete Ausgestaltung des Clearingverfahrens, namentlich die Unterbringung der Kinder und Jugendlichen während des Verfahrens, obliegt den örtlichen Trägern der Jugendhilfe, § 79 Abs. 1 SGB VIII. Dies hat erheblich unterschiedliche Standards zwischen den einzelnen Bundesländern zur Folge; teil-

50 Wiesner in Wiesner, SGB VIII (2015), § 42 Rn. 17a.

51 Peter, JAmt 2006, 60, 63.

52 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe vom 30. 9. 2014, BR-Drucks. 443/14; Antrag des Freistaats Bayern auf Entschließung des Bundesrates zur bundesweiten Verteilung der unbegleiteten ausländischen Minderjährigen vom 30. 9. 2014, BR-Drucks. 444/14. Dazu die kritische Stellungnahme vom Bundesverband UMF, JAmt 2014, 507 ff.

53 Der Königsteiner Schlüssel bewirkt eine gleichmäßige Verteilung Geflüchteter auf die Bundesländer, ausgehend von deren Einwohnerzahl und Wirtschaftskraft.

54 Ausführlich zum Verfahren Katzenstein / González Méndez de Vigo / Meysen, JAmt 2015, 530, 535.

55 Ausführlich BT-Drucks. 18/5921, S. 24.

56 Dazu Katzenstein / González Méndez de Vigo / Meysen, JAmt 2015, 530, 531. Es wird damit eine vorläufige Maßnahme einer anderen vorläufigen Maßnahme vorangestellt, Kirchhoff in jurisPK-SGB VIII (2014), § 42 Rn. 94.2.

57 Die Altersgrenze wurde erst zu Beginn dieses Jahres durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 25. 10. 2015, BGBl. I, S. 1722 von 16 auf 18 Jahre erhöht. Erst jetzt ist also die nach Art. 22 UN-KRK gebotene verfahrensrechtliche Gleichbehandlung von ausländischen und inländischen Kindern ohne Sorgeberechtigte gewährleistet. Zu diesem Thema bereits Groß / Farahat, ZAR 2010, 341, 341 f.; Löhr, ZAR 2010, 378, 379 f.; Rieger, JAmt 2015, 118, 118.

58 Subsidiärer Schutz wird gewährt, wenn zwar kein Asyl- oder Fluchtgrund vorliegt, der Person im Herkunftsland aber die Todesstrafe, Folter oder unmenschliche Behandlung oder Lebensgefahr aufgrund von Gewalt im Rahmen innerstaatlicher oder internationaler Konflikte drohen, § 4 AsylG, § 60 Abs. 2 AufenthG.

59 Berthold / Espenhorst / Rieger, Dialog Erziehungshilfe (03/2011), 23, 23; Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 16 m. w. N.

60 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. Nr. L 180 S. 60.

61 Auf die durch die Dublin-Verordnung begründete Zuständigkeit eines anderen EU-Staates wird im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingegangen. Dazu Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 17 ff.

62 Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 31. Statistische Angaben zur Verteilung der Anträge von UMF auf BAMF bzw. Ausländerbehörden BT-Drucks. 18/5564, S. 32 f.

63 Parusel, ZAR 2010, 233, 236; Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 35. Zu den sozialpädagogischen Aspekten der Flüchtlingsarbeit Brämer / El-Mafaalani / Heufers / Wirtz, ZAR 2013, 235, 236 ff.; zu den kinder- und jugendpsychiatrischen Aspekten Fegert / Ludolph / Wiebels, JAmt 2015, 133, 134 f.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

weise gibt es gar keine entsprechenden Angebote[64]. Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter (BAG LJÄ) hat daher Leitlinien zur Vereinheitlichung des Clearingverfahrens verabschiedet[65].

Während Jugendamt bzw. der daran angegliederte Allgemeine Soziale Dienst (ASD) die im Hinblick auf die Persönlichkeitsentwicklung notwendigen pädagogischen Maßnahmen klärt (§ 42 Abs. 2 SGB VIII) und ein Hilfeplanverfahren (§§ 42 Abs. 3 S. 5, 36 SGB VIII) einleitet, ist Aufgabe des Vormunds neben der Wahrnehmung der Personen- und Vermögenssorge des Kindes dessen Begleitung im aufenthaltsrechtlichen Verfahren. Er hat zu klären, welche rechtlichen Aufenthaltsperspektiven in der Bundesrepublik Deutschland bestehen und entsprechende Anträge bei den zuständigen Behörden zu stellen. Dies setzt voraus, dass der Vormund die Lebensumstände des UMF genau kennt und mit den Ursachen und Umständen seiner Flucht vertraut ist. Neben verlässlichen Kenntnissen über die Situation im Herkunftsland ist dafür eine sehr vertrauliche und vertrauensvolle Beziehung zwischen Vormund und Mündel unerlässlich – aber faktisch nur schwer aufzubauen[66]. Auch wenn der Vormund keine spezifischen Kenntnisse im Aufenthaltsrecht hat, wird die Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers überwiegend verneint. Seine fehlende Sachkunde könne der Vormund durch die Hinzuziehung von Beratern ausgleichen. Eine Ergänzungspflegschaft sei nur erforderlich, wenn der Vormund kraft Gesetzes oder durch familiengerichtliche Anordnung an der Wahrnehmung seiner Aufgaben rechtlich gehindert sei[67]. Womöglich kann aber ein Mitvormund bestellt werden[68].

Der Vormund ist auch bei der Anhörung im Rahmen des Asylverfahrens zwingend zugegen[69]. Gegebenenfalls hat der Vormund das Kind bei der Rückkehr in sein Heimatland oder bei der Weiterwanderung in andere Staaten zu unterstützen, in denen sich Angehörige aufhalten. Maßgeblich ist gemäß Art. 22, 3 UN-KRK immer die dem Kindeswohl am besten dienende Lösung[70]. Aber nicht nur im Hinblick auf das Ergebnis, sondern auch für die gesamte Durchführung des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens ist dem Kindeswohl in besonderem Maße Rechnung zu tragen und dem Kind besonderer Schutz zu gewähren[71].

Ist das Clearingverfahren abgeschlossen, wird der UMF in einer seinem Alter und seiner möglichen aufenthaltsrechtlichen Situation entsprechenden Umgebung untergebracht, sei es in einer Pflegefamilie oder in einer stationären Einrichtung[72].

64 Vgl. dazu die Aufstellung in BT-Drucks. 16/13166, S. 17 ff. und BT-Drucks. 18/5564, S. 47 f.; kritisch zur gegenwärtigen Unterbringungssituation Peucker/Seckinger, JAmt 2015, 127, 128.

65 BAG LJÄ, Handlungsempfehlungen zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen. Inobhutnahme, Clearingverfahren und Einleitung von Anschlussmaßnahmen, Mainz 2014 (http://www.bagljae.de/downloads/118_handlungsempfehlungen-umf_2014.pdf); dazu Berthold, JAmt 2015, 123, 124.

66 Rieger, JAmt 2015, 118, 119.

67 BGH, NJW 2013, 3095, 3097; so auch OLG Frankfurt, FamRZ 2014, 502, 502 f. mit Anmerkung Öndül, jurisPR-SozR 14/2014, Anm. 5; OLG Frankfurt v. 23. 1. 2015 – 3 UF 341/14. Kritisch mit Blick auf europarechtliche Vorgaben sowie Art. 12 UN-KRK DIJuF, JAmt 2014, 144; DIJuF, JAmt 2015, 130, 131; Löhr, ZAR 2010, 378, 380 f.

68 OLG Frankfurt, JAmt 2014, 166, 166 f.

69 Ausführlich zu den verfahrensrechtlichen Aspekten Rieger, JAmt 2015, 118, 122 f.

70 Rieger, JAmt 2015, 118, 118; Schmahl, UN-Kinderrechtskonvention, Art. 22 Rn. 5 ff.

71 Dazu ausführlich Rieger, JAmt 2015, 118, 118.

72 Parusel, ZAR 2010, 233, 236.

d) Sicherung des Lebensunterhalts von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen

Während im Asylverfahren, in der Duldung und nach Erteilung einiger humanitärer Aufenthaltstitel (vgl. § 1 AsylbLG) Erwachsene und deren Kinder über das AsylbLG gesichert werden, wird der Lebensunterhalt unbegleiteter Minderjähriger typischerweise im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe sichergestellt. § 39 Abs. 1 SGB VIII bestimmt, dass der Lebensunterhalt durch das Jugendamt zu gewähren ist, wenn Hilfen zur Erziehung außerhalb des Elternhauses erbracht werden. Dies umfasst den Sachaufwand der Hilfen zur Erziehung wie auch für die Pflege und Erziehung des Kindes im Allgemeinen sowie nach § 39 Abs. 2 SGB VIII einen Barbetrag zur Sicherung der persönlichen Bedürfnisse[73]. Die Bestimmung der Höhe der Leistungen erfolgt durch die nach Landesrecht zuständigen Behörden. Sie ist an die Sozialhilfesätze angelehnt und geht damit über das AsylbLG hinaus. § 40 SGB VIII verweist auf das SGB XII und gewährleistet somit auch eine angemessene medizinische Versorgung. Bei der Unterhaltsgewährung durch das Jugendamt handelt sich um eine Annexleistung zu den Hilfen zur Erziehung[74].

Nur die unbegleiteten Minderjährigen, die keine stationären kinder- und jugendhilferechtlichen Hilfen zur Erziehung (mehr) erhalten, beziehen Leistungen nach dem AsylbLG. Dies ist auch dann der Fall, wenn die UMF in Pflegefamilien oder Gemeinschaftsunterkünften für Asylsuchende untergebracht sind und beispielsweise ambulante Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe nach §§ 30, 31 SGB VIII erhalten[75]. Wenngleich die Regelsätze nach dem AsylbLG inzwischen weitgehend an die Sätze des SGB II und SGB XII angepasst sind, ist in diesen Konstellationen jedoch die ungenügende medizinische Versorgung von Kindern und Jugendlichen nach § 4 AsylbLG zu kritisieren. Diese beschränkt sich auf Notfallbehandlungen von Akuterkrankungen und Schmerzzuständen[76].

e) Gewährung von Kindergeld für UMF?

Für die Kommunen, die unbegleitete minderjährige Flüchtlinge aufnehmen und versorgen, wäre die Gewährung von Kindergeld von erheblichem Interesse, könnten diese damit doch ihre finanzielle Belastung in gewichtigem Umfang reduzieren.

aa) Wohlfahrtsstaatliche Einstandspflicht und Aufenthaltsdauer

Eine vollständige Gleichstellung mit inländischen Vollwaisen können unbegleitete Minderjährige nach § 1 Abs. 3 BKGG erst mit ihrer Anerkennung als Asylberechtigter (§ 25 Abs. 1 AufenthG) oder als Flüchtling (§ 25 Abs. 2 AufenthG) erreichen. Dieser Status wird elternlosen Minderjährigen aber üblicherweise nicht zuteil, sondern allenfalls der eines subsidiär Schutzberechtigten (§ 4 AsylG). Häufiger werden zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse (§§ 60, 25 Abs. 3 AufenthG) festgestellt oder eine Duldung (§ 60a AufenthG) und im Anschluss daran – wie in dem vom BSG entschiedenen Fall – ein Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5

73 Die Aufwendungen können sich die Kommunen nach Maßgabe des Landesrechts teilweise von den Ländern erstatten lassen. Der Anspruch ist aber auf die Kosten beschränkt, die zur Deckung spezifischer jugendhilferechtlicher Bedarfslagen erforderlich sind, VG München v. 16. 12. 2009 – M 18 K 06.4927.

74 Winkler in BeckOK-SGB VIII (2015), § 39 SGB VIII, Rn. 1.

75 BT-Drucks. 18/5564, S. 91.

76 DIJuF, JAmt 2015, 130, 132. Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen zum § 4 AsylbLG im Allgemeinen Wahrendorff in Grube/Wahrendorff, SGB XII (2014), § 4 AsylbLG, Rn. 1 ff.; Rixen, NVwZ 2015, 1640; Kaltenborn, NZS 2015, 161; Eichenhofer, ZAR 2013, 169.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

AufenthG wegen Unmöglichkeit der Rückkehr ins Herkunftsland erteilt[77]. Dies liegt daran, dass ein in der Person des Minderjährigen liegender Verfolgungsgrund – etwa wegen der Entziehung der Rekrutierung als Kindersoldat – in aller Regel nur sehr schwer nachzuweisen ist. Die Unmöglichkeit der Rückkehr in das Herkunftsland oder einen aufnahmebereiten Drittstaat ist dagegen immer dann anzunehmen, wenn der Aufenthaltsort der Eltern nicht bekannt ist, sodass nach der Ausreise – ungeachtet der allgemeinen Sicherheitslage in dem betreffenden Staat – die Sicherstellung der elterlichen Sorge nicht gewährleistet ist, vgl. auch § 58 Abs. 1a AufenthG[78].

Dieser Personenkreis ist aber durch § 1 Abs. 3 BKGG wegen des Arbeitsmarktbezugs von der Kindergeldberechtigung ausgeschlossen, sodass die Städte und Gemeinden die Unterhaltslasten der UMF in stationären Jugendhilfemaßnahmen[79] allein tragen. Warum aber sollte für den Kindergeldanspruch von UMF an einen durch Aufenthaltstitel abgesicherten Daueraufenthalt angeknüpft werden? Für Familien, die sich lediglich vorübergehend im Inland aufhalten, rechtfertigt der Gesetzgeber den Leistungsausschluss damit, dass diese keinen nennenswerten Beitrag zur Inlandsgesellschaft leisten. Es kommt nach diesem Verständnis für die Eröffnung des Rechts auf soziale Förderung nämlich darauf an, ob die durch das Kindergeld geförderten Kinder ihrerseits einen Beitrag zur „künftigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Existenz der Gesellschaft in diesem Staat“ leisten werden[80]. Wie kann aber diese Prognose bei elternlosen Minderjährigen ausfallen? Bis zum Erreichen des Volljährigkeitsalters werden sie in der Bundesrepublik Deutschland bleiben. Die Gewährung subsidiären Schutzes wie auch die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 5 AufenthG begründen zwangsläufig eine Einstandspflicht des Sozialstaates: Er kann nicht den Aufenthalt von Personen im Inland zulassen, ohne für deren Wohl und Wehe einzustehen. Dies muss auch für die Gewährung einer Duldung gelten, denn faktisch haben Geduldete keine Handlungsalternative zum Inlandsaufenthalt, denn sonst würde nicht nach Maßgabe des § 60a AufenthG die Abschiebung ausgesetzt[81].

bb) Anrechnung des Kindergelds auf existenzsichernde Leistungen

Mit Blick auf die wohlfahrtstaatliche Verantwortlichkeit wird zwar argumentiert, dass das Existenzminimum durch die Sozialhilfe hinreichend abgesichert werde, sodass kein Bedürfnis für den Familienlastenausgleich bestehe[82]. Denn der Leistungsausschluss habe für die Betroffenen keinen echten materiellen Nachteil zur Folge, werde das Kindergeld doch ohnehin auf existenzsichernde Leistungen angerechnet[83]. Dieser Begründung hat das BSG jedoch eine klare Absage erteilt, denn es stellt darauf ab, dass das Kindergeld elternlose Minderjährige in die Lage versetze, ihren Lebensunterhalt zumindest teilweise selbst zu bestreiten und nur teilweise auf Unterstützung durch die Gemeinde angewiesen zu sein[84]. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Argumentation nur auf Minderjährige anzuwenden sein soll, die über einen Aufenthaltstitel verfügen[85].

cc) Verwurzelung und Kindergeldberechtigung

De lege lata ist eine Ausweitung der Anspruchsberechtigung kaum möglich. § 1 Abs. 3 BKGG sieht ausdrücklich und eindeutig vor, dass Leistungsberechtigte über einen Aufenthaltstitel verfügen müssen. Weder die Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG noch eine Duldung nach § 60a AufenthG vermitteln die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts, sondern ermöglichen entweder lediglich die Durchführung des Asylverfahrens oder aber die Aussetzung der Abschiebung.

Zudem hat das BSG den Gedanken der Verwurzelung stark betont. Das Gericht nahm Bezug auf das Bild des „faktischen Inländers“[86]. Ob danach die Verwurzelung, also ein Aufwachsen in Deutschland in den prägenden Jahren der Kindheit und ein vergleichsweise langer Aufenthalt im Inland tatsächlich zur Voraussetzung des Kindergeldanspruchs zu machen ist, ist unklar und war in dem zu entscheidenden Fall auch nicht relevant. Notwendig wäre eine gesonderte Prüfung der Verwurzelung aber nicht, denn § 1 Abs. 1 BKGG stellt mit dem Erfordernis des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Inlandsaufenthalts einen hinreichenden Bezug des Vollwaisen zur inländischen Solidargemeinschaft sicher.

Solche Zugehörigkeitskriterien dienen bei den steuerfinanzierten Leistungen üblicherweise nicht nur zur Abgrenzung der Zuständigkeit des einstandspflichtigen Staates, sondern auch der Vermeidung einer befürchteten „Zuwanderung in die sozialen Sicherungssysteme“. Letzterer Aspekt ist bei den unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen nahezu ohne Relevanz. Wegen der Unterhaltspflicht des Jugendamtes nach § 39 SGB VIII zögen sie aus einer Leistungsberechtigung im Rahmen von § 1 BKGG keinerlei persönlichen Vorteil, sodass insofern kein Zuwanderungsanreiz bestünde. Die Zuständigkeit inländischer Leistungserbringer für im Inland sich aufhaltende minderjährige Flüchtlinge steht fest. De lege ferenda wäre eine Öffnung des § 1 BKGG für alle UMF daher durchaus denkbar. In seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Regelsätze des AsylbLG hat das BVerfG deutlich gemacht, dass die voraussichtliche Aufenthaltsdauer nicht nur der Aufenthaltsstatus, sondern auch „dessen Einbindung in die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen“ sei[87]. Rechtlich mag der Aufenthalt von asylsuchenden elternlosen Minderjährigen nicht hinreichend zukunftsoffen sein. Indes ist wegen der Unmöglichkeit der Aufenthaltsbeendigung der Zeitpunkt ihrer Ausreise faktisch völlig offen[88].

dd) Kostenverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen

Die Gewährung eines Kindergeldanspruchs an diesen Personenkreis ist schließlich auch unter dem Aspekt der Kostenverteilung im föderalen Gefüge zu überdenken. Im aufenthalts- bzw. asylrechtlichen Verfahren von UMF müssen die Kinderrechte zwingend im Vordergrund stehen. Die Träger der Kinder- und Jugendhilfe sind ohne Zweifel die Behörden, die über die größtmögliche

77 Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 25 ff. mit zahlreichen Statistiken (https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/EMN/Nationale-Studien-WorkingPaper/emn-wp60-minderjaehrige-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile).

78 Parusel, ZAR 2010, 233, 237. Zu weiteren möglichen Aufenthaltstiteln Müller, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (2014), S. 32; Rieger, JAmt 2015, 118, 121.

79 Dies ist angesichts der hohen Zahlen von UMF derzeit der Regelfall, da keine ausreichende Zahl von Pflegefamilien vorliegt.

80 BSGE 53, 294, 295.

81 Schnath in Barwig, Sozialer Schutz von Ausländern (1996), S. 389; Janda, Migranten im Sozialstaat (2012), S. 352.

82 BT-Drucks. 12/4401, S. 44.

83 BFHE 229, 262; BFH v. 7. 4. 2011 – III R 72/09; Selder, jurisPR-SteuerR 34/2010 Anm. 4; Selder, jurisPR-SteuerR 33/2015 Anm. 5; Bilsdorfer, NJW 2011, 2913, 2914.

84 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 27.

85 Zur Problematik der Kettenduldung in diesem Kontext auch BFHE 220, 45.

86 BSG v. 5. 5. 2015 – B 10 KG 1/14 R, Rn. 34.

87 BVerfGE 132, 134, 165; vgl. auch BVerfGE 132, 360, 368 f. zum BEEG.

88 Zudem kann nach § 25a AufenthG „gut integrierten“ Kindern und Jugendlichen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Kompetenz und Erfahrung mit kinder- und jugendspezifischen Fragen und Problemen verfügen. Ihnen darf die Betreuung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge aber nicht allein überantwortet werden[89]. Im Sozialleistungsrecht kann die Verantwortlichkeit der Kommunen durch großzügigere Zugangsregeln zum Kindergeld flankiert werden. Dies könnte die Kommunen stark entlasten, denen historisch traditionell die Armenfürsorge obliegt und die sich die Kinder- und Jugendhilfe als örtliche Träger mit den überörtlichen Trägern teilen. § 89d SGB VIII sieht dementsprechend in der Jugendhilfe eine Kostenerstattung durch die Bundesländer vor. Die Aufnahme und Versorgung von Flüchtlingen ist indes wohl eher Angelegenheit des Bundes, kommt diesem durch die Ausgestaltung der asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren doch auch das Potenzial zur (rechtlichen) Steuerung von Zuwanderung zu. Es wäre daher durchaus angemessen, wenn sich der Bund über das Kindergeld zumindest teilweise an den Kosten der Betreuung, Pflege und Erziehung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen beteiligt.

89 Berthold, JAmt 2015, 123, 124: Die Jugendhilfe sei „kein Aufnahmekonzept, sondern ... Teil einer funktionierenden Aufnahmestruktur".

IV. Fazit

Das Urteil des BSG verdient uneingeschränkte Zustimmung – und die Aufmerksamkeit der Kommunen. Der Gesetzgeber sollte es zum Anlass nehmen, die Leistungsberechtigung im Kindergeldrecht neu zu ordnen. Dabei sollte er sich nicht auf das Nachvollziehen der vom BSG vorgenommenen teleologischen Reduktion von § 1 Abs. 3 BKGG beschränken, sondern den Anspruch für alle unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge öffnen, die sich voraussichtlich für längere Zeit in der Bundesrepublik aufhalten werden. Auf diese Weise würde der Bund auch in finanzieller Hinsicht seiner Verantwortung für die Versorgung dieser besonders schutzbedürftigen Gruppe gerecht und würde zudem auch Pflegefamilien einen Anreiz für die Aufnahme dieser Kinder und Jugendlichen geben.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

juris PartnerModule – geschmiedet zu Ihrem Vorteil.

Unsere PartnerModule ermöglichen Ihnen eine verlagsübergreifende und durchgängige Recherche über sämtliche Werke renommierter Fachverlage. Einfach, schnell, lückenlos und sicher.

www.juris.de/jurisallianz

NEU: mit weiteren Top-Titeln führender Fachverlage

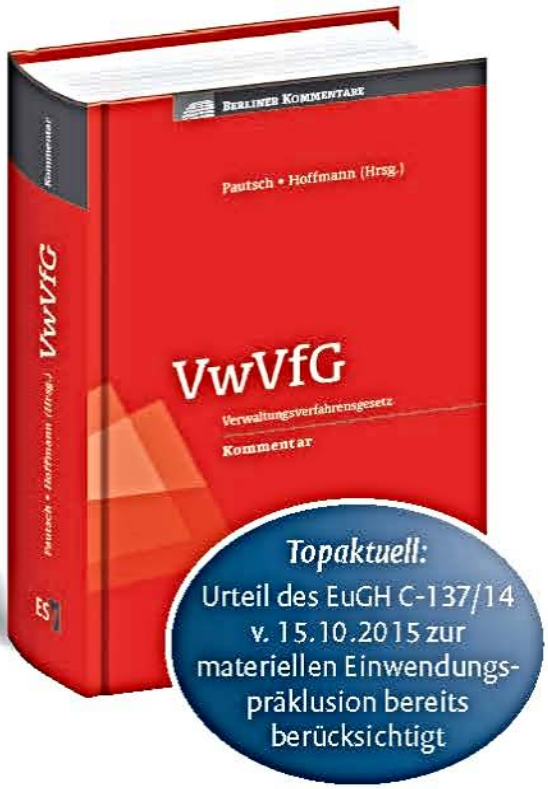
juris Allianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

juris Das Rechtsportal · ottoschmidt · DE GRUYTER · ESV Erich Schmidt Verlag · C.F. Müller · rehm Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm · STOTAX Stollfuß Medien · Bundesanzeiger Verlag

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)

Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



Der Neue setzt Schwerpunkte!

Wie es sich für einen Berliner Kommentar gehört, dürfen Sie auch vom Kommentar zum VwVfG eine erstklassige Kommentierung des gesamten Verwaltungsverfahrensrechts erwarten. Landesrechtliche Besonderheiten sowie **Parallelvorschriften des Sozialverwaltungsverfahrens und Sozialdatenschutzes** (SGB X) und der **Abgabenordnung** (AO) wurden miteinbezogen. Außerdem haben die Autoren in ihren Erläuterungen **Bezüge zum Verwaltungsprozessrecht** (VwGO) hergestellt.

Schwerpunktkommentierung

Das Werk von Pautsch/Hoffmann ist ein Schwerpunktkommentar mit besonderem **Fokus auf das Planfeststellungsrecht** und das **Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages**. Der Kommentar wendet sich vor allem an Praktiker in Kommunalverwaltungen (z. B. Rechtsämter, Baubehörden etc.), Ministerialverwaltungen und die Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie an Rechtsanwälte.

Garantiert aktuell

Dieser Kommentar zum VwVfG bringt Sie auf den **Stand von Oktober 2015**. Er berücksichtigt:

- die aktuellen Änderungen durch das PlVereinhG,
- das EGovG sowie
- die Auswirkungen von Umwelt-RechtsbehelfsG-Novelle und MediationsG.

VwVfG
Verwaltungsverfahrensgesetz
Kommentar

Herausgegeben von
Prof. Dr. Arne Pautsch und **Lutz Hoffmann**

Bearbeitet von den Herausgebern und Dr. Daniela Heinemann, Referentin beim Ministerium für Bildung, Wissenschaft, Weiterbildung und Kultur, Mainz, Manuel J. Heinemann, Dezernent beim Landesamt für Finanzen, Koblenz, Dr. Alexander Thiele, Privatdozent, Georg-August-Universität, Göttingen, und Dr. Tim Uschkereit, Rechtsanwalt, Kanzlei Noerr LLP, München

2016, XIX, 980 Seiten, fester Einband, € (D) 98,–
ISBN 978-3-503-16541-4
Berliner Kommentare

Weitere Informationen:
www.ESV.info/978-3-503-16541-4

ERICH SCHMIDT VERLAG
Auf Wissen vertrauen

Bestellungen bitte an den Buchhandel oder: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG · Genthiner Str. 30 G · 10785 Berlin
Tel. (030) 25 00 85-265 · Fax (030) 25 00 85-275 · ESV@ESVmedien.de · www.ESV.info

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2016 - (www.DieSozialgerichtsbarkeit.de) - 27.07.2016 - 10:30 - (ds)