

C 2207

# Die Rechtsberaterkonferenz

Deutscher Caritasverband • Deutsches Rotes Kreuz • Diakonisches Werk der EKD  
Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen

An den

Informationsverbund Asyl e.V.  
Haus der Demokratie und  
Menschenrechte  
Greifswalder Straße 4  
10405 Berlin

Einsender

RECHTSANWALTSKANZLEI  
WALDMANN-STOCKER & COL.L.  
Papendiek 24-26, Tel. 0551 / 4 26 10  
37073 Göttingen  
Volksbank Göt. BLZ 260 900 50, Kto. 261 100 700

Land:

§ 2 AsylbLG

Urheber/Gericht:

LSG Nordrhein - Westfalen

Art des Dokuments:  Urteil  Beschluss  Sachverständigengutachten  Sonstiges

Datum:

26.06.2008

Kurzbeschreibung:

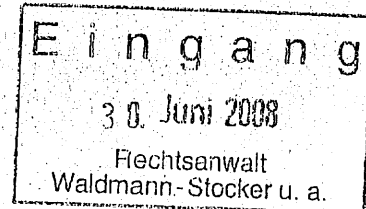
Rechtsmissbrauch i.S.d. § 2 AsylbLG nur, wenn über das bloße Verbleiben im Bundesgebiet hinaus ein sozialwidriges Verhalten vorliegt (mit Ausschluss an BfG, Urd. v. 17.6.08 - B 8 AYB/07R und - B 8 AY 1/07R)  
Beweislast trägt Sozialbehörde  
- insoweit - nach sämtlicher Prüfung im Lit-Verfahren - allein wegen Verbleib von ungeduldeten Roma aus d. Kosovo kein Rechtsmissbrauch i.S.d. § 2 AsylbLG

⇒ Seite 13 !



## Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen

Az.: L 20 B 77/07 AY ER  
Az.: S 12 AY 22/07 ER SG Münster



### Beschluss

In dem Verfahren

1) [REDACTED]

Antragsteller und Beschwerdeführer

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt Bernd Waldmann-Stocker u.a., Papendiek 24-26, 37073 Göttingen

2) [REDACTED]

Antragstellerin und Beschwerdeführerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt Bernd Waldmann-Stocker u.a., Papendiek 24-26, 37073 Göttingen

3) [REDACTED]

1) [REDACTED]

2) [REDACTED]

Antragsteller und Beschwerdeführer

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt Bernd Waldmann-Stocker u.a., Papendiek 24-26, 37073 Göttingen

4) [REDACTED] gesetzlich vertreten durch die Eltern

1) [REDACTED]

2) [REDACTED]

Antragstellerin und Beschwerdeführerin

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwalt Bernd Waldmann-Stocker u.a., Papendiek 24-26, 37073 Göttingen

5) [REDACTED] gesetzlich vertreten durch die Eltern

1) [REDACTED]

2) [REDACTED]

#### **Antragsteller und Beschwerdeführer**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwalt Bernd Waldmann-Stocker u.a., Papendiek 24-26, 37073 Göttingen

gegen

Stadt Gescher, vertreten durch den Bürgermeister der Stadt Gescher, Marktplatz 1, 48712 Gescher, Gz.: 0403.13.4003

#### **Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin**

hat der 20. Senat des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen in Essen am 26.06.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Prof. Dr. Warendorf, den Richter am Landessozialgericht Dr. Weßling und den Richter am Sozialgericht Gregarek ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

**Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 14.09.2007 aufgehoben.**

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern zu 1 bis 4 einstweilen ab dem 30.07.2007 bis zum Ende des Monats der gerichtlichen Entscheidung Leistungen nach § 2 Asylbewerberleistungsgesetz anstelle der erbrachten Leistungen nach § 3 Asylbewerberleistungsgesetz zu erbringen.

Die Antragsgegnerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller zu 1 bis 5 für beide Rechtszüge.

**Gründe:**

I.

Die Beteiligten streiten, ob den Antragstellern Leistungen nach § 2 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) anstelle der gewährten Leistungen nach § 3 AsylbLG zustehen.

Die 1966 bzw. 1976 geborenen Antragsteller zu 1 und 2 sind die Eltern der 1996, 2000 bzw. 2002 geborenen Antragsteller zu 3 bis 5. Der Aufenthalt der Antragsteller zu 1 bis 4 wird derzeit von der Ausländerbehörde geduldet; für den Antragsteller zu 5 stellte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) mit Bescheid vom 26.04.2007 wegen Erkrankung an akuter lymphoblastischer Leukämie ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 S. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) fest.

Mit Bescheid vom 30.04.2007 lehnte die Antragsgegnerin die Anträge der Antragsteller vom 16.02.2007 auf Bewilligung der höheren Leistungen nach § 2 AsylbLG ab. Nach erfolglosen Asyl- bzw. Asylfolgeverfahren seien die Antragsteller vollziehbar zur Ausreise aus Deutschland verpflichtet. Einer Aufforderung des Ausländeramtes, die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen, seien sie nicht nachgekommen. Aufgrund ihrer Volkszugehörigkeit zur ethnischen Minderheit der Roma aus dem Kosovo sei eine zwangsweise Durchsetzung der Ausreiseverpflichtung bisher nicht möglich gewesen. Die freiwillige Ausreise sei jedoch jederzeit rechtlich und tatsächlich möglich und zumutbar. Entsprechende Heimreisedokumente hätten durch die Ausländerbehörde ausgestellt werden können. Eine freiwillige Ausreise hätten die Antragsteller jedoch abgelehnt. Das Unterlassen der freiwilligen Ausreise sei als rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG zu bewerten. Für die weitere Tochter [REDACTED] (geb. [REDACTED] 2005) sei im Übrigen im August 2005 ein Asylantrag gestellt worden, nachdem für die Mutter und die Geschwister bereits Anträge als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden seien. Das Asylverfahren für [REDACTED] sei mit Bescheid vom 12.10.2005 eingestellt worden, da kein eigener Asylgrund vorgelegen habe. Bei rechtskräftiger Ablehnung eines Asylantrages als offensichtlich unbegründet sei jedoch ebenfalls von einer rechtsmissbräuchlichen Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer auszugehen. Zusammenfassend hätten die Mitglieder der Familie der Antragsteller auf vielfache Weise und wiederholt die Dauer ihres Aufenthalts rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst. Sie seien in der Vergangenheit nicht bereit gewesen, in ihr Heimatland zurückzukehren, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben. Bisher hätten sie keine intensiven Bemühungen erkennen lassen, bei der Beschaffung von Identitätspapieren mitzuwirken. Asylanträge seien als offensichtlich unbegründet

abgelehnt worden; Asylfolgeanträge und gerichtliche Eilanträge bzw. Klagen seien erkennbar zur bloßen Aufenthaltsverlängerung bzw. Verzögerung der angedrohten Abschiebung gestellt bzw. erhoben worden. Das gesamte Verhalten der Familie ziele darauf ab, die Ausreise rechtsmissbräuchlich hinauszuzögern. Der Gesetzgeber knüpfe die leistungsrechtliche Besserstellung nach § 2 Abs. 1 AsylbLG daran, dass der Ausländer seinen Aufenthalt in Deutschland nicht zu irgendeinem Zeitpunkt rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst habe; ein in der Vergangenheit liegendes rechtsmissbräuchliches Verhalten, durch das die Aufenthaltsdauer verlängert worden sei, schließe für die Zukunft die Gewährung von Leistungen nach § 2 AsylbLG grundsätzlich dauerhaft aus. Dies gelte umso mehr, wenn das rechtsmissbräuchliche Verhalten in der Gegenwart noch andauere. Selbst wenn zwischenzeitlich ein wichtiger Grund vorliegen sollte, aufgrund dessen eine freiwillige Ausreise nicht mehr zumutbar wäre, so wäre es im Hinblick auf die zahlreichen in der Vergangenheit liegenden rechtsmissbräuchlichen Verhaltensweisen sowie auf das andauernde rechtsmissbräuchliche Verhalten unvertretbar und unverhältnismäßig, dennoch Leistungen entsprechend dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) zu gewähren.

Die Antragsteller legten hiergegen unter dem 11.05.2007 Widerspruch ein mit der Begründung, eine Rückkehr sei ihnen im Hinblick auf die für sie zu erwartenden Bedingungen als ethnische Minderheit im Kosovo nicht zuzumuten. Sie verwiesen in diesem Zusammenhang auf Ausführungen der schweizerischen Flüchtlingshilfe in einem Bericht "Zur Lage der Roma im Kosovo" vom 26.04.2006. Auch der UNHCR gehe in seinem Bericht "UNHCR-Position zur fortdauernden Schutzbedürftigkeit von Personen aus dem Kosovo" von Juni 2006 davon aus, dass insbesondere ethnischen Minderheiten wie den Roma im Kosovo noch immer grundlegende Rechte verweigert würden wie z. B. ein gleichwertiger Zugang zum Gesundheitssystem, zum Schulbesuch, zur Registrierung, usw. Das Bundessozialgericht (BSG) habe mit Urteil vom 08.02.2007 - B 9b AY 1/06 R im Übrigen u.a. eine Rechtsmissbräuchlichkeit dann verneint, wenn eine Rückkehr ins Heimatland nicht mehr zumutbar sei. Dies könne nach der Entscheidung auch der Fall sein, wenn Kinder in Deutschland sprachlich, sozial und schulisch so stark deutsch geprägt worden seien, dass sie bei einer Übersiedlung in das Kosovo ohne tragfähige Beziehung zu Muttersprache und Heimatland einer ihnen völlig entfremdeten und fremdartigen Umgebung ausgesetzt wären. Dann aber könne auch den Eltern die Ausreise unzumutbar sein. Die Erwägungen des BSG gälten auch für die Antragsteller; die Antragsteller zu 3 bis 5 seien sämtlich in Deutschland geboren, und sie verbinde mit dem Kosovo nichts mehr. Sie besuchten teilweise die Schule bzw. den Kindergarten in Deutschland und wären bei einer Verpflichtung

zur Rückkehr in das Kosovo de facto zu einer Auswanderung gezwungen. Den Antragstellern zu 1 und 2 sei als Eltern der Antragsteller zu 3 bis 5 mit Rücksicht auf Art. 6 Grundgesetz (GG) eine Ausreise ebenfalls nicht zuzumuten. Im Übrigen seien nach der Entscheidung des BSG die Bleibegründe von den Ausländern darzulegen, während die Nichterweislichkeit von Rechtsmissbrauch zu Lasten der Behörde gehe. Wegen des Abschiebungsverbots für den Antragsteller zu 5 werde auch den Antragstellern in Kürze wegen der grundrechtlich geschützten Familieneinheit ein Bleiberecht zuerkannt werden.

Am 30.07.2007 haben die Antragsteller beim Sozialgericht beantragt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu verpflichten, ihnen Leistungen nach § 2 AsylbLG anstelle der gewährten Leistungen nach § 3 AsylbLG zu gewähren. Zur Begründung haben sie im Wesentlichen auf ihren Widerspruch Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin hat demgegenüber darauf verwiesen, von den Antragstellern sei gegenüber der Ausländerbehörde kein nachvollziehbarer und/oder wichtiger Grund für das Unterlassen der freiwilligen Ausreise vorgetragen worden, so dass sie ihren Aufenthalt in Deutschland rechtsmissbräuchlich selbst beeinflussten. Die Antragstellerin zu 2 habe unter dem 13.06.2006 vielmehr erklärt, die Familie lehne eine freiwillige Rückkehr ins Kosovo ab, weil sie dort keine wirtschaftliche Existenzmöglichkeit und Zukunft habe. Dies deute darauf hin, dass die Antragsteller aus wirtschaftlichen Gründen in Deutschland verblieben. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin im Wesentlichen ihre Ausführungen in dem Bescheid vom 30.04.2007 wiederholt. Sie hat darauf hingewiesen, dass die Antragsteller zu 4 und 5 in Deutschland geboren seien, dass der Geburtsort des Antragstellers zu 3 jedoch unbekannt sei; laut Erkenntnissen der Ausländerbehörde sei er in Mitrovica geboren. Auch unter Berücksichtigung des Urteils des BSG vom 08.02.2007 - B 9b AY 1/06 R bestehe kein Anspruch auf höhere Leistungen. Bereits Mitte 2002 sei die Ausreiseaufforderung zumindest gegenüber den Antragstellern zu 1 bis 3 vollziehbar gewesen. Unmittelbar nach Abschluss des Asylverfahrens sei die Ausreise deshalb durchgehend möglich gewesen. Bislang sei nicht bekannt, dass dem Antragsteller zu 5 ein Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt worden sei. Wenn dies geschehe und wenn im Zuge dessen auch die übrigen Antragsteller ein solches Recht erhielten, wäre dann zu prüfen, ob die Anspruchsvoraussetzungen nach dem AsylbLG noch weiter vorlägen. Nach Aktenlage sei bislang allerdings keinem der Antragsteller ein entsprechendes Recht erteilt worden.

Mit Beschluss vom 14.09.2007 hat das Sozialgericht den Antrag der Antragsteller abge-

lehnt. Es spreche mehr dafür als dagegen, dass die Antragsteller die Dauer ihres Aufenthalts in Deutschland rechtsmissbräuchlich beeinflusst hätten. Die Antragsteller zu 1 und 2 seien 1999 wieder in die Bundesrepublik eingereist und seit Juni 2002 vollziehbar ausreisepflichtig. Seither sei es ihnen möglich und zumutbar, in ihr Heimatland zurückzukehren. Es sei zunächst davon auszugehen, dass einer Abschiebung der Antragsteller zu 1 und 2 im Juni 2002 keine individuellen Hindernisse entgegen gestanden hätten. Denn ihr Asylantrag sei als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden. Einen Erlass, der die Abschiebung von Roma in das Kosovo untersagte, habe es seinerzeit nicht gegeben und gebe es auch seither nicht. Vielmehr scheitere die Abschiebung von Roma in das Kosovo ausschließlich an der Bereitschaft der UNMIK, zwangsweise Rückführungen von Roma nach dorthin zu akzeptieren. In einem Erlass des Innenministeriums vom 14.06.2002 heiÙe es hierzu, die Internationale Zivilverwaltung des Kosovo (UNMIK) sowie der UNHCR hätten im Vorfeld der Innenministerkonferenz darauf hingewiesen, dass gegen eine freiwillige Rückkehr von Angehörigen ethnischer Minderheiten ins Kosovo keine Bedenken bestünden. Allerdings sehe sich die UNMIK bislang nicht in der Lage, zwangsweise Rückführungen von Roma zu akzeptieren. Aus tatsächlichen Gründen sei deshalb die Abschiebung von Angehörigen ethnischer Minderheiten ins Kosovo weiterhin nicht möglich. Die Innenminister und Innensenatoren hätten nochmals den Grundsatz unterstrichen, dass die freiwillige Rückkehr Vorrang gegenüber zwangsweisen Rückführungen genieÙe. Sie hätten an die Betroffenen appelliert, freiwillig ins Kosovo zurückzukehren und damit ihrer Ausreisepflicht zu genügen. Seither habe sich an dieser Lage nichts geändert. Die Innenministerkonferenz gehe weiterhin davon aus, dass eine freiwillige Rückkehr von Roma ins Kosovo durchgehend möglich gewesen sei. Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bestehe auch keine Gefahr der Gruppenverfolgung von Roma aus dem Kosovo und habe auch seit Juni 2002 nicht bestanden. Die Antragsteller zu 1 und 2 machten auch keine individuellen Gründe geltend, die seit Juni 2002 ihrer Rückreise in das Kosovo entgegen gestanden haben könnten. Sofern sie sich auf das Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG für den Antragsteller zu 5 beriefen, so könne dies erst ab dem Bescheid vom 26.04.2007, frühestens jedoch seit dem Ausbruch der Erkrankung des Antragstellers zu 5 gelten. Dies führe nicht zu einer Gewährung von Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG. Zwar tendiere das Gericht zu der Auffassung, dass derartige Umstände zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen dem ursprünglich rechtsmissbräuchlichen Verhalten und der Gesamtaufenthaltsdauer führen könnten mit der Folge, dass ab dem Eintreten dieser Umstände die Vorbezugsfrist des § 2 Abs. 1 AsylbLG erneut zu laufen beginne. Die Erkrankung des Antragstellers zu 5 sei allerdings erst seit dem Frühjahr 2007 bekannt. Die Antragsteller zu 1 und 2 hätten auch nicht glaubhaft gemacht, dass ihnen seit

Juni 2002 die Rückkehr ins Kosovo wegen ihrer weitgehenden Integration in die Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr zumutbar sei. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der vorgetragenen Belange der Antragsteller zu 3 bis 5. Denn die Antragsteller trügen insoweit nichts Konkretes für eine Integration der Antragsteller zu 3 bis 5 vor. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass eine Integration der Antragsteller zu 3 bis 5 ab Juni 2002 bereits vorgelegen habe. Denn zu dieser Zeit sei der Antragsteller zu 3 gerade schulpflichtig geworden, die Antragsteller zu 4 und 5 seien noch im Kindergarten- bzw. Säuglingsalter gewesen. Auch für eine weitergehende Integration im Laufe der Zeit sei nichts vorgetragen.

Gegen den am 20.09.2007 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller am 09.10.2007 Beschwerde eingelegt. Sie tragen vor, es komme im Falle eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens darauf an, ob dieses aktuell kausal fortwirke. Im Übrigen habe das Sozialgericht übersehen, dass ihnen die Rückkehr ins Kosovo als Angehörige der ethnischen Minderheit der Roma bereits vor Feststellung des Abschiebungsverbots für den Antragsteller zu 5 unzumutbar gewesen sei und deshalb bereits damals kein Rechtsmissbrauch im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG vorgelegen habe. Für eine Unzumutbarkeit der Ausreise sei keineswegs ein Abschiebungshindernis nach § 60 Abs. 2 oder Abs. 7 AufenthG erforderlich. Eine freiwillige Rückkehr ins Kosovo würde eine Selbstgefährdung bedeuten. Im Übrigen hätten die Antragsteller bereits seit mehr als acht Jahren ihren Lebensmittelpunkt in der Bundesrepublik Deutschland; die Antragsteller zu 4 und 5 seien gar in Deutschland geboren. Sie hätten deshalb nunmehr einen Anspruch auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 104a AufenthG. Diese Regelung würdige gerade die Integration in die hiesigen Verhältnisse. Gerade die minderjährigen Antragsteller, die die deutsche Sprache sowie Romanes sprächen, könnten nicht zumutbar ins Kosovo zurückkehren, wo im Wesentlichen Albanisch gesprochen werde.

Mit Beschluss vom 09.10.2007 hat das Sozialgericht der Beschwerde nicht abgeholfen.

Die Antragsgegnerin verweist auf ihren unter dem 24.10.2007 erlassenen Widerspruchsbescheid, der den Widerspruch gegen den Bescheid vom 03.04.2007 zurückweist. Auf den Widerspruchsbescheid, gegen den die Antragsteller mit Schriftsatz vom 02.11.2007 Klage beim Sozialgericht erhoben haben, wird Bezug genommen. Die Antragsgegnerin trägt im Übrigen vor, die Antragsteller könnten sich nicht auf ihre langjährige Aufenthaltsdauer in Deutschland berufen, weil sie die tatsächlich wie rechtlich mögliche und zumutbare freiwilligen Ausreise rechtsmissbräuchlich nicht vorgenommen hätten. Dem Antragsteller zu 5



1 sei unter dem 18.09.2007 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt worden, so dass er nicht mehr zu den Anspruchsberechtigten nach dem AsylbLG zähle, sondern Leistungen nach dem SGB XII erhalte. Leistungen nach dem SGB XII seien mit Bescheid vom 27.09.2007 ab dem 01.10.2007 bewilligt worden.

Der Antragsteller zu 5 hat daraufhin das Verfahren hinsichtlich des Erlasses einer einstweiligen Anordnung für erledigt erklärt und beantragt nunmehr, der Antragsgegnerin seine notwendigen außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen.

0 Die Antragsteller tragen im Anschluss daran vor, nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 3 AufenthG für den Antragsteller zu 5 hätte den übrigen Antragstellern längst ein Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt werden müssen. Dann aber könne ihnen erst recht nicht der Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs gemacht werden. Allein die Tatsache, dass die Ausländerbehörde ihnen die begehrten Aufenthaltstitel rechtswidrig verweigere, dürfe nicht zu ihrer Schlechterstellung führen. Wenn der Antragsteller zu 5 nunmehr Leistungen nach dem SGB XII erhalte und wenn die Antragsteller zu 1 bis 4 sei- netwegen zum Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland berechtigt seien, so gebe es auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG keinen sachlichen Grund, den Antragstellern zu 1 bis 4 geringere Leistungen zu gewähren. Die Antragsteller haben einen Reisebericht des Mitglieds des nordrhein-westfälischen Landtages Sargel vom 12.03.2003 über eine Reise nach Serbien und ins Kosovo vom 04. bis 12. März 2003 vorgelegt, ferner den Bericht er schweizerischen Flüchtlingshilfe vom 24. Mai 2004 (Kosovo - Update zur Situation der eth- nischen Minderheiten nach den Ereignissen vom März 2004), ein memorandum of under- standing vom 31.03.2003 zwischen dem Bundesinnenminister und dem Sonderbeauftrag- ten des Generalsekretärs der Vereinten Nationen über eine zahlenmäßig begrenzte zwangsweise Rückführung von Angehörigen bestimmter Minderheitengruppen aus dem Kosovo, ein Papier der UNMIK von Juni 2006 über Rückführungen von aus dem Kosovo stammenden Personen sowie den Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und ab- schiebungsrelevante Lage in Serbien und Montenegro (Kosovo) vom 04.11.2004; auf die- se Unterlagen wird Bezug genommen.

Der Kreis Borken hat unter dem 11.01.2008 auf Anfrage des Senats mitgeteilt, die Antrag- steller zu 1 bis 4 hätten zwar Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 5 AufenthG beantragt, weil der Antragsteller zu 5 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG erhalten habe. Dem Antrag könne jedoch nicht entsprochen werden, da die Familie zum einen nicht im Besitz gültiger Nationalpässe sei und zum anderen nicht in der Lage seien, ihren

Lebensunterhalt eigenständig sicherzustellen. Sie erfüllten daher nicht die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 u. 4 AufenthG. Grundsätzlich bestehe die Möglichkeit, für die Familienmitglieder eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 S. 1 AufenthG zu erhalten. Hierzu müssten allerdings zunächst aktuelle Zeugnisse der Kinder sowie gültige Nationalpässe eingereicht werden.

Der Senat hat vom Bundesministerium des Inneren eine Auskunft vom 24.01.2008 eingeholt, auf die Bezug genommen wird. Dem Schreiben beigelegt war das bereits genannte memorandum of understanding vom 31.03.2003, eine Statistik der Internationalen Organisation für Migration (IOM) über freiwillige Ausreisen von Roma ins Kosovo in den Jahren 2002 bis 2007 sowie eine entsprechende Statistik des UNHCR über die Jahre 2000 bis 2007. Auch auf diese Unterlagen wird Bezug genommen.

Der Senat hat vom Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen den Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in Serbien (Kosovo) vom 29.11.2007 mit Stand September 2007 beigezogen, auf den ebenfalls Bezug genommen wird. Den Beteiligten wurde die Möglichkeit eingeräumt, in diesen Bericht Einsicht zu nehmen.

Im Anschluss daran ist die Antragsgegnerin der Ansicht, eine freiwillige Ausreise der Antragsteller sei erst seit dem 26.04.2007 (Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 7 Satz 1 AufenthG für den Antragsteller zu 5 durch Bescheid des BAMF) als unzumutbar zu erachten. Eine freiwillige Ausreise vor diesem Zeitpunkt sei aus rechtlichen Gründen zumutbar gewesen. Zwar stimme die UNMIK einer Rückführung von Angehörigen der ethnischen Minderheit der Roma ins Kosovo nur stark eingeschränkt (Straftäter) zu. Gegen eine freiwillige Rückkehr der Antragsteller hätten jedoch keine für eine Unzumutbarkeit der Ausreise sprechenden Bedenken bestanden. Insbesondere sei bei ihnen nicht von einer derart intensiven Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse auszugehen, dass die Annahme gerechtfertigt sei, sie seien zu sog. faktischen Inländern geworden. Die fortwährende Inanspruchnahme von Leistungen nach dem AsylbLG schließe eine berufliche und wirtschaftliche Integration gänzlich aus. Anhaltspunkte für eine besondere soziale Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse seien nicht ersichtlich. Für die betroffenen Kinder seien keine konkreten Anhaltspunkte für eine irreversible, über den Besuch der Schule hinausgehende soziale Integration in die hiesigen Verhältnisse bzw. für eine unumkehrbare Entwurzelung aus dem Staat ihrer Nationalität ersichtlich. Bei lebensnaher Betrachtung dürfte die Beherrschung der Sprache des Landes ihrer Nationalität un-

terstellt werden. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Rückkehr seien nur Sicherheitsgesichtspunkte, nicht jedoch die wirtschaftliche Lage im Kosovo maßgebend. Hinsichtlich der Zumutbarkeit der Rückkehr werde im Übrigen auch auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid verwiesen. Einem Erlass des Innenministeriums vom 07.04.2003 sei überdies zu entnehmen, dass die freiwillige Rückkehr in das Kosovo für die Angehörigen aller ethnischen Minderheiten und gemischt-ethnischen Familien zumindest seit März 2000 unverändert möglich und zumutbar sei. Auf die Unterlagen des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 07.04.2003 und 11.04.2005, die die Antragsgegnerin zu den Akten gereicht hat, wird insoweit Bezug genommen. Der Lagebericht des Auswärtigen Amtes vom 29.11.2007 berichte für das Jahr 2006 von insgesamt 62 potentiell interethnisch beurteilten Vorfällen, bei denen allerdings Roma nicht betroffen gewesen seien. Die generelle Sicherheitslage im Kosovo werde von KFOR und UNMIK sowie vom Bundesministerium für Verteidigung als überwiegend ruhig, aber nicht stabil angesehen. Eine Rückkehr von Roma werde von Seiten des UNHCR auf freiwilliger Grundlage befürwortet. Dies bestätige die Lageeinschätzung der Innenministerkonferenz und des Innenministeriums Nordrhein-Westfalen, dass die freiwillige Rückkehr von Roma ins Kosovo möglich und zumutbar sei. Einen einheitlichen Anspruch auf familieneinheitliche Leistungsgewährung gebe es nicht.

Die Antragsteller tragen demgegenüber vor, in ausländerrechtlicher Hinsicht möge die Ausreise von Roma ins Kosovo als zumutbar angesehen werden können; asylbewerberleistungsrechtlich liege die Schwelle der Unzumutbarkeit jedoch niedriger, wie das BSG mit Urteil vom 08.02.2007 - B 9b AY 1/06 deutlich gemacht habe. Der Umfang einer Verwurzelung der Antragsteller sei im Übrigen im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens in einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen. Ihre Anspruchsberechtigung nach § 104a AufenthG zeige jedenfalls, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Integration honoriere. Wenn sich die Antragsgegnerin darauf berufe, einer freiwilligen Ausreise von Roma ins Kosovo stehe die Haltung der UNMIK seit Jahren nicht entgegen, so sei darauf zu verweisen, dass die UNMIK ebenfalls seit Jahren einer Abschiebung von Roma ins Kosovo nicht zustimme. In einem UNHCR-Papier von Juni 2006 werde insoweit von einem besonderen Schutzbedürfnis u.a. von Roma gesprochen. Dass UNMIK und UNHCR aber auch die freiwillige Rückkehr für unzumutbar erachteten, werde aus der Empfehlung deutlich, diese Minderhengruppe entweder als Flüchtlinge anzuerkennen oder aber ihnen sonstigen Schutz zu gewähren. Eine Selbstgefährdung aber sei von ihnen - den Antragstellern - nicht zu verlangen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, sofern es in der Vergangenheit überhaupt vorgelegen haben sollte, sei ihnen im Übrigen nicht bis zum Ende ihres Leistungs-

bezuges vorzuwerfen, dies ergebe sich schon aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot. Die Antragsteller legen ein Schreiben des Bundesministeriums des Inneren an Länderinnenministerien vom 17.12.2007 vor, auf das Bezug genommen wird.

## II.

Die nach Erledigung der Beschwerde des Antragstellers zu 5 in der Hauptsache noch anhängige Beschwerde der Antragsteller zu 1 bis 4 ist zulässig und begründet.

Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwehr wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (Regelungsanordnung). Der Erlass einer Regelungsanordnung setzt das Bestehen eines sog. Anordnungsanspruchs, d.h. die Glaubhaftmachung des materiell-rechtlichen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird, sowie das Bestehen eines sog. Anordnungsgrundes, d.h. ein Eilbedürfnis für eine gerichtliche Entscheidung i.S. der Unzumutbarkeit voraus, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten.

Da erst die sog. Analogleistungen nach § 2 AsylbLG die Höhe von Sozialhilfeleistungen erreichen und erst damit das nach der gesetzgeberischen Wertung im SGB XII in Deutschland bestehende sog. soziokulturelle Existenzminimum sichergestellt wird, besteht ein Anordnungsgrund in Fällen wie dem vorliegenden regelmäßig stets dann, wenn ein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht ist.

Die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch auf einstweilen erbrachte Leistungen nach § 2 AsylbLG anstelle der erbrachten Leistungen nach § 3 AsylbLG glaubhaft gemacht.

Denn nach § 2 Abs. 1 AsylbLG erhalten Leistungsberechtigte, die über eine Dauer von insgesamt 36 bzw. (nach der seit dem 28.08.2007 geltenden Gesetzesfassung) 48 Monaten Leistungen nach § 3 AsylbLG erhalten und die Dauer ihres Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben, abweichend von den §§ 3 bis 7 AsylbLG Leistungen in entsprechender Anwendung des SGB XII (sog. Analogleistungen).

Die in den Jahren 1966, 1977, 1996 bzw. 2000 geborenen Antragsteller zu 1 bis 4 haben

die Vorbezugsfrist von 36 (heute 48) Monaten seit Antragstellung beim Sozialgericht (30.07.3007) erfüllt; dies ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist bei summarischer Prüfung auch nicht davon auszugehen, dass sie die Dauer ihres Aufenthalts in Deutschland i.S.d. § 2 Abs. 1 AsylbLG selbst rechtsmissbräuchlich beeinflusst haben.

Zwar hatte das BSG mit Urteilen vom 08.02.2007 (B 9b AY 1/06 R und 2/06 R) eine rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer angenommen, wenn eine Rechtsposition, die ein Ausländer durch vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) erlangt hat, in von der Rechtsordnung missbilligter, subjektiv vorwerfbarer und zur Aufenthaltsverlängerung führenden Weise genutzt wird; hierunter falle auch der Verbleib eines Ausländers in Deutschland, dem es möglich und zumutbar wäre, aus Deutschland auszureisen. Die Rechtsordnung verlange von Ausländern für die Einreise und den Aufenthalt in Deutschland einen Aufenthaltstitel in Form eines Visums, einer Aufenthalts- oder einer Niederlassungserlaubnis (§ 4 Abs. 1 AufenthG); anderenfalls sei der Ausländer unverzüglich oder bis zum Ablauf einer ihm gesetzten Frist zur Ausreise verpflichtet (§ 50 Abs. 1 und 2 AufenthG). Komme er dem nicht nach, sei die Ausreise zwangsweise durchzusetzen. Sei insoweit eine Abschiebung (§ 58 Abs. 1 AufenthG) aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, werde die Abschiebung vorübergehend ausgesetzt (§ 60a Abs. 2 AufenthG); durch diese Duldung bleibe jedoch die Ausreisepflicht unberührt (§ 60a Abs. 3 AufenthG). Nach dieser aufenthaltsrechtlichen Konzeption widerspreche der weitere Aufenthalt des ausreisepflichtigen, aber geduldeten Ausländers der Rechtsordnung. Zwar werde, wenn sich seine Ausreisepflicht nicht zwangsweise durchsetzen lasse, ihm auch ohne entsprechenden Titel ein vorübergehender Aufenthalt ohne Verstoß gegen Strafvorschriften (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) möglich gemacht. Gleichwohl bleibe die Forderung an ihn, selbständig auszureisen und damit seinen nicht rechtmäßigen Aufenthalt zu beenden, bestehen.

Es kann offen bleiben, ob eine rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer i.S.v. § 2 Abs. 1 AsylbLG durch die Antragsteller auch in Umsetzung dieser Rechtsprechung nicht schon deshalb zu verneinen war, weil ihnen eine freiwillige Ausreise jedenfalls deshalb nicht zumutbar gewesen ist, weil etwa die minderjährigen Antragsteller zu 3 und 4 aufgrund ihrer bisher gänzlich oder weit überwiegend in Deutschland erfolgten Sozialisation im Falle einer Ausreise in eine Situation gerieten, die einer Auswanderung ins Heimatland gleichkäme. Ebenso kann dahinstehen, ob die freiwillige Ausreise schon des-

halb unzumutbar war, weil nach dem vom Senat beigezogenen Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage für das Kosovo vom 29.11.2007, daneben (für die Vergangenheit) aus dem entsprechenden Bericht des Auswärtigen Amtes vom 04.11.2004 zwar aktuell keine unmittelbaren zielstaatsbezogenen Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit mehr feststellbar sein mögen, gleichwohl eine höchst ungewisse Rückkehrsituation für Roma aus dem Kosovo besteht, die in den Rückkehrbeschränkungen seitens der UNMIK und in der mehr als zurückhaltenden Einschätzung des UNHCR zum Ausdruck kommt.

Denn im Anschluss an die Entscheidungen des BSG vom 17.06.2008 – B 8/9b AY 1/07 R und B 8 AY 8/07 R (bisher nur als Terminbericht des BSG Nr. 30/08 zu Nr. 2 und Nr. 5 vorliegend) hält das BSG an seiner Rechtsprechung vom 08.02.2007 nicht fest; vielmehr geht das Gericht nunmehr (wie auch der erkennende Senat in Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vor Aufkommen der Rechtsprechung des BSG vom 08.02.2007; so etwa Beschlüsse vom 23.01.2006 – L 20 B 15/05 AY ER, vom 10.03.2006 – L 20 B 7/06 AY ER und vom 29.03.2006 – L 20 B 6/06 AY ER) davon aus, dass es für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs i.S.v. § 2 Abs. 1 AsylbLG nicht genügt, dass die betroffenen Ausländer nicht freiwillig aus Deutschland ausreisen. Insbesondere liegt eine rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer nach der Entscheidung des BSG vom 17.06.2008 – B 8/9b AY 1/07 R dann nicht vor, wenn ein Ausländer auch ohne eine (im vom BSG entschiedenen Fall geschehene) Vernichtung seiner Passpapiere in der gesamten Zeit seines Aufenthalts in Deutschland nicht hätte abgeschoben werden können. Vielmehr bedarf es für eine Rechtsmissbräuchlichkeit einer Selbstbeeinflussung der Dauer des Aufenthalts durch ein über das Verbleiben in Deutschland hinausgehendes sozialwidriges Verhalten (BSG vom 17.06.2008 – B 8 AY 8/07 R).

Bei summarischer Prüfung kann für die Antragsteller ein solches, über das bloße Verbleiben in Deutschland hinausgehendes sozialwidriges Verhalten – für das die Antragsgegnerin, da es sich materiell um eine anspruchsausschließende Einwendung handelt, die Beweislast trägt (insoweit unverändert zutreffend BSG, Urteile vom 08.20.2007 – B 9b AY 1/06 R und 2/06 R) – nicht festgestellt werden. Maßgebender Grund für das mangels freiwilliger Ausreise bestehende Verbleiben der Antragsteller in Deutschland ist die ausweislich der aktuellen Berichtslage des Auswärtigen Amtes nach wie vor nur sehr eingeschränkte Rückführungsmöglichkeit für Roma in das Kosovo, die UNHCR und UNMIK allein auf strikt freiwilliger Basis bzw. bei erheblicher Straffälligkeit in Deutschland anerkennen.

Dem Hauptsacheverfahren kann demgegenüber die Klärung vorbehalten bleiben, ob trotz der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch das BSG mit den genannten Urteilen vom 17.06.2008 in Ansehung der dann vorliegenden schriftlichen Urteilsbegründung des BSG aus besonderen, bei summarischer Prüfung nicht ersichtlichen Gründen doch noch eine rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer durch die Antragsteller anzunehmen ist. Dies gilt auch für die Behauptung der Antragsgegnerin, die Antragsteller wirkten nicht genügend bei der Beschaffung von Passpapieren mit; sollte sich dies als zutreffend herausstellen, wird im Hauptsacheverfahren ggf. auch zu klären sein, ob allein eine mangelhafte Mitwirkung bei ohnedies fehlender Rückführungsmöglichkeit überhaupt eine „Beeinflussung“ der Aufenthaltsdauer in Deutschland darstellen kann, oder ob dies denknotwendig ausscheidet.

Der Senat hat die Antragsgegnerin zu einstweiligen höheren Leistungen ab Antragstellung beim Sozialgericht bis zum Ende des Monats seiner Entscheidung verpflichtet. Er geht jedoch davon aus, dass die Antragsgegnerin bei unveränderter Sach- und Rechtslage auch darüber hinaus einstweilen Leistungen nach § 2 AsylbLG erbringen wird; anderenfalls hätten die Antragsteller die Möglichkeit, erneut einstweiligen Rechtsschutz zu suchen.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG; die Situation für den 2002 geborenen Antragsteller zu 5 (dessen Verfahren nach Aufnahme von Leistungen nach dem SGB XII in der Hauptsache für erledigt erklärt worden ist) war insoweit bei Antragstellung und Beschwerdeeinlegung nicht anders als für die Antragsteller zu 1 bis 4.

Dieser Beschluss ist mit der Beschwerde nicht anfechtbar, § 177 SGG.

Prof. Dr. Wahrendorf

Gregarek

Dr. Weißling

Ausgefertigt

  
Schweitzer  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

