
Datum: 31.03.2010
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 20. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 20 B 3/09 AY ER
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2010:0331.L20B3.09AY.ER.00

Vorinstanz: Sozialgericht Münster, S 16 AY 27/08 ER
Sachgebiet: Sozialhilfe
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 09.12.2008 geändert. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern ab Antragstellung (22.10.2008) Leistungen nach § 2 Asylbewerberleistungsgesetz unter Anrechnung der erbrachten Leistungen nach § 3 Asylbewerberleistungsgesetz zu erbringen. Die Antragsgegnerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller für beide Rechtszüge.

Gründe: 1

I. 2

Die Antragsteller begehren die Verpflichtung der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung, ihnen statt der gewährten Leistungen nach § 3 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) solche nach § 2 AsylbLG zu gewähren. 3

Die 1969 geborenen Antragsteller zu 1 und 2 sind Eltern der minderjährigen Antragsteller zu 3 bis 8 (geboren 1992, 1995, 1996, 1998, 2001 und 2002). 4

Die Antragsteller zu 1 bis 4 reisten im April 1996 aus dem ehemaligen Jugoslawien in die Bundesrepublik Deutschland ein. Als Gründe für den Zweck ihres Aufenthalts gaben sie 5

Probleme in Jugoslawien an. Die Antragsteller zu 5 bis 8 wurden in Deutschland geboren.

Die Antragsgegnerin erteilte den Antragstellern Duldungen (vorübergehende Aussetzung der Abschiebung). Ausweislich eines Schreibens des Ausländeramtes der Antragsgegnerin vom 04.12.2008 an die Prozessbevollmächtigten der Antragsteller war das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zu der Auffassung gelangt, bezüglich der Antragsteller zu 5 und 7 sei von einem zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernis im Sinne des § 60 Abs. 7 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) auszugehen. Ihnen könne deshalb eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt werden, wofür der Besitz eines gültigen Passes sowie die Sicherstellung des Lebensunterhalts nicht erforderlich sei. Da die übrigen Familienmitglieder allenfalls eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erhalten könnten, welche jedoch den Besitz eines gültigen Passes sowie eine zumindest anteilige Sicherstellung des Lebensunterhalts durch eigene Erwerbstätigkeit voraussetze, könnten diese weiterhin nur geduldet werden. Hinsichtlich der Antragstellerinnen zu 5 und 7 liegen insofern in der vom Sozialgericht Münster beigezogenen Verfahrensakte des Hauptsacheverfahrens S 16 AY 16/07 Atteste vor. Für die Antragstellerin zu 7 führt darin der Arzt für Kinder- und Jugendmedizin, Neonatologie und Anästhesiologie Garcia unter dem 31.07.2007 die Diagnosen fokale Epilepsie mit sekundärer Generalisierung bei Einstellung einer Dauermedikation mit Antikonvulsiva aus. Für die Antragstellerin zu 5 führt der Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin sowie Kinderkardiologie PD Dr. H unter dem 26.01.2006 aus, bei der Antragstellerin zu 5 sei ein kongenitaler Herzfehler bekannt, derzeit ohne signifikante hämodynamische und klinische Auswirkung; aufgrund des Fehlers sei eine fakultative Endokarditisprophylaxe lebenslang indiziert, regelmäßige ärztliche Verlaufskontrollen seien notwendig.

Die Antragsgegnerin gewährt den Antragstellern seit Jahren Leistungen nach § 3 AsylbLG. Hinsichtlich der beantragten Gewährung von Leistungen nach § 2 AsylbLG sind vor dem Sozialgericht Münster die Hauptsachverfahren S 16 AY 16/07 sowie S 16 AY 32/07 anhängig. In dem im Verfahren S 16 AY 32/07 angefochtenen Widerspruchsbescheid vom 28.09.2007 führte die Antragsgegnerin u.a. aus, Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsteller aus medizinischen Gründen an einer freiwilligen Ausreise ins Heimatland gehindert würden, seien nicht erkennbar. Es sei auch nicht nachgewiesen, dass die Kinder der Familie die Schule besuchten; in der Vergangenheit seien mehrere Bußgelder wegen unregelmäßigen Schulbesuchs ergangen. Das Bemühen um Pässe sei nicht erfolgt, um bei der Ausreise mitzuwirken, sondern um eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen zu beantragen, wofür ein Nationalpass erforderlich sei. Das Ausländeramt habe jedoch weder die Voraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis noch für ein Bleiberecht nach dem Erlass des nordrhein-westfälischen Innenministeriums vom 17.11.2006 gesehen und die Anträge deshalb abgelehnt; dabei hätten nicht zuletzt umfangreiche Straftaten der Antragsteller eine Rolle gespielt. Das Ausländeramt habe im Übrigen ebenfalls keine Reiseunfähigkeit gesehen. Den vollziehbar ausreisepflichtigen Antragstellern sei es deshalb zuzumuten, freiwillig in ihr Heimatland zurückzukehren. Im Übrigen hätten die Antragsteller ausweislich der Unterlagen des Ausländeramtes zunächst nur angegeben, aus dem ehemaligen Jugoslawien zu stammen. Später hätten sie behauptet, Albaner zu sein. Erst als festgestanden habe, dass albanische Volkszugehörige abgeschoben werden konnten, hätten sie angegeben, Roma zu sein. Auch dies spreche für eine selbst herbeigeführte Verlängerung des Aufenthalts in Deutschland. Im Übrigen gebe es Unstimmigkeiten hinsichtlich der Personalien der Antragstellerin zu 2, deren Geburtsname entweder gar nicht, mit N1 oder S eingetragen worden sei. Der Name des Vaters sei zunächst mit N, dann mit N1 angegeben; woher plötzlich der Geburtsname S stamme, sei nicht erkennbar. Die Mutter der Antragstellerin zu 2 sei später nachgereist und heiße S. Zuvor sei ihr Name mit N oder N1 angegeben worden.

Insgesamt sei deshalb nicht auszuschließen, dass die Identität der Familie verschwiegen werden sollte.

Aus den beigezogenen Vorgängen des Ausländeramtes für die Antragsteller zu 1 und 2 geht hervor, dass diese im Zusammenhang mit der Einreise zunächst angegeben haben, Zweck ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik seien Probleme in Jugoslawien. In einem Antrag auf Erteilung einer Duldung vom 19.08.1996 ist zum Zweck des Aufenthalts jeweils angegeben "wegen Krieg"; als Staatsangehörigkeit ist jeweils jugoslawisch genannt. In einem Antrag zur Verlängerung der Duldung vom 12.11.1996 ist als Zweck des Aufenthalts jeweils der Kosovo-Krieg angegeben; der Aufenthalt in Deutschland sei beabsichtigt, bis der Krieg zu Ende sei. In Verlängerungsanträgen vom 14.05.1997 gaben die Antragsteller als Zweck des Aufenthalts jeweils an "Krieg in Jugos (Roma Blauberecht)"; der Aufenthalt sei "für immer" beabsichtigt. Zuvor finden sich bei Durchsicht der Ausländerakten keine Angaben zur Zugehörigkeit zu einer der im Kosovo ansässigen ethnischen Gruppen. 8

Am 22.10.2008 beantragten die Antragsteller beim Sozialgericht, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen ab Antragstellung bis zum Ende des Monats der gerichtlichen Entscheidung Leistungen nach § 2 AsylbLG anstelle der erbrachten Leistungen nach § 3 AsylbLG zu gewähren. Sie haben auf vorhandene Erkrankungen hingewiesen. Der Umstand, nicht freiwillig aus Deutschland auszureisen, reiche nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht aus, um von einem rechtsmissbräuchlichen Beeinflussen der Dauer des Aufenthalts in Deutschland im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG auszugehen. Nach der aktuellen Berichtslage des Auswärtigen Amtes bestehe nach wie vor eine nur sehr eingeschränkte Rückführungsmöglichkeit für Roma in das Kosovo. Soweit sie in der Vergangenheit nicht bei der Passbeschaffung mitgewirkt haben sollten, sei dies nicht ursächlich für die Verlängerung ihres Aufenthalts, da wegen der eingeschränkten Rückführungsmöglichkeit Abschiebungen nicht vorgenommen würden. 9

Die Antragsgegnerin hat demgegenüber für Verfahren, in denen um Leistungen nach § 2 anstelle von § 3 AsylbLG gestritten wird, keinen Anordnungsgrund gesehen. Neben dem Unterlassen einer freiwilligen Ausreise hätten weitere Verhaltensweisen der Antragsteller bestanden, die auf eine Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG hinwiesen. Auch wenn diese rechtsmissbräuchlichen Verhaltensweisen später weggefallen seien, beginne der Lauf in § 2 Abs. 1 AsylbLG genannten Frist von 48 Monaten nicht etwa erneut; vielmehr seien die Leistungen auf Dauer eingeschränkt. 10

Mit Beschluss vom 09.12.2008 hat das Sozialgericht den Antrag der Antragsteller abgelehnt. Zwar reiche das Fehlen einer freiwilligen Ausreise als solches nicht aus, um eine Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG anzunehmen (BSG, Urteil vom 17.06.2008 - B 8 AY 1/07 R). Vielmehr setze Rechtsmissbräuchlichkeit ein darüber hinausgehendes sozialwidriges Verhalten mit objektiver und subjektiver Komponente mit dem Ziel einer Verlängerung der Aufenthaltsdauer voraus. Es müsse nicht aktuell sein und nicht andauern (BSG, a.a.O.). Im Falle der Antragsteller könnte missbräuchlich sein, dass die volljährigen Antragsteller bei der Einreise zunächst nur angegeben hätten, aus dem ehemaligen Jugoslawien zu stammen und später behauptet hätten, Albaner zu sein. Als festgestanden habe, dass albanische Volkszugehörigkeit abgeschoben werden, seien die Antragsteller zu ihrem jetzigen Vortrag gelangt, Roma zu sein. Die volljährigen Kinder hätten im Übrigen am 29.10.2002 gegenüber der Ausländerbehörde ausdrücklich erklärt, bei der Passbeschaffung nicht mitwirken zu wollen. Erst im Zuge des Antrags auf Erteilung eines Bleiberechts, hätten dann, nunmehr durchaus unter Mitwirkung, Pässe beschafft werden sollen. Die Antragsteller hätten auch unter Berücksichtigung der medizinischen 11

Verbleibensgründe nicht glaubhaft gemacht, dass in diesem Verhalten kein Missbrauch gelegen habe. Die Antragsgegnerin habe nicht etwa im summarischen Verfahren bereits die Missbräuchlichkeit des Verhaltens zweifelsfrei darzulegen und glaubhaft zu machen. Vielmehr müsse der Antragsteller jedenfalls einen Anordnungsgrund glaubhaft machen. Er müsse also in einem Fall wie dem vorliegenden darlegen, dass unseriöser Vortrag im ausländerbehördlichen oder im Asylverfahren und eine Verweigerungshaltung bei der Passbeschaffung als Vorstufe der Abschiebung nicht rechtsmissbräuchlich bzw. nicht kausal für den verlängerten Aufenthalt seien. Dies sei den Antragstellern nicht gelungen. Dass die Antragsteller zu 5 bis 8 in Deutschland geboren und dass hinsichtlich der Antragsteller zu 5 und 7 nunmehr ein Abschiebungshindernis vorliege, führe nicht zu einem Erfolg im vorliegenden Verfahren, dürfte aber bei der Frage einer ausländerrechtlichen Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsbefugnis eine Rolle spielen.

Gegen den am 12.12.2008 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller am 12.01.2009 Beschwerde eingelegt. Sie tragen vor, aus den Ausländerakten ergebe sich bereits, dass sie von Anfang an angegeben hätten, der ethnischen Minderheit der Roma anzugehören. Eine Nichtmitwirkung bei der Passbeschaffung sei nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne des § 2 Abs. 1 AsylbLG zu bewerten. Denn Angehörige der ethnischen Minderheit der Roma seien im Heimatland Gefahren für Leib und Leben ausgesetzt, weshalb sie nicht nach dort abgeschoben werden könnten.

12

Die Antragsgegnerin verweist demgegenüber darauf, die Antragsteller hätten bei Einreise angegeben, aus dem ehemaligen Jugoslawien zu stammen, und später hätten sie behauptet, Albaner zu sein. Denn in der Begründung eines anwaltlich (nicht vom jetzigen Prozessbevollmächtigten) gestellten "Asylfolgeantrags" vom 26.04.2000 werde ausgeführt, die Antragsteller hätten sich in der Vergangenheit als Albaner aus dem Kosovo bezeichnet und ihr früheres Asylbegehren damit begründet. Erst nach einem Bericht des Auswärtigen Amtes vom 08.12.1999 habe die aktuelle Entwicklung im Kosovo Anlass gegeben, darauf hinzuweisen, dass die Antragsteller der Volksgruppe der Ashkali/Roma angehörten. Deshalb hätten die Antragsteller stets eine Staatsangehörigkeit bzw. ethnische Zugehörigkeit angegeben, die für einen beabsichtigten Verbleib in der Bundesrepublik geeignet erschienen sei. Neben der weiterhin bestehenden Ausreisepflicht und der möglichen Ausreise seien diese widersprüchlichen Angaben zur ethnischen Zugehörigkeit ein weiteres Indiz für die Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG. Ein Abschiebeschutz für Roma in das Kosovo habe im Übrigen nicht durchgängig seit 1996 existiert. Auch jetzt sei eine Rückführung in das Kosovo seit einiger Zeit möglich und werde von einigen Städten und Kreisen bereits vorgenommen. Der Aufenthalt der Antragsteller in Deutschland sei daher nach wie vor nicht sicher. Da die Antragsteller zwischenzeitlich Pässe beantragt hätten, werde von der Antragsgegnerin nicht weiter auf eine fehlenden Mitwirkung der Passbeschaffung als Grund für die Versagung von Leistungen nach § 2 AsylbLG abgestellt.

13

Die Antragsteller haben hierzu erwidert, der Anwaltsschriftsatz vom 06.04.2000 müsse inhaltlich falsch sein. Die Angabe der Zugehörigkeit zum Volk der Roma am 14.05.1997 sei im Übrigen erfolgt, obwohl seinerzeit nicht einmal danach gefragt gewesen sei; es sei eigentlich nur die Staatsangehörigkeit anzugeben gewesen. Im Übrigen sei in einem Schriftsatz vom 20.11.1997 eines (weiteren) Prozessbevollmächtigten ebenfalls angegeben worden, dass die Antragsteller muslimische Roma seien. Wenn in dem Anwaltsschriftsatz vom 26.04.2000 im Übrigen von einem "Asylfolgeantrag" gesprochen werde, so zeige dies ebenfalls, dass der Inhalt dieses Schriftsatzes falsch sei; denn die Antragsteller hätte nie einen Asylantrag gestellt. Es sei auch nicht bekannt, was aus diesem vermeintlichen Folgeantrag geworden sei.

14

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der beigezogenen Leistungs- und Ausländerakten der Antragsgegnerin sowie der ebenfalls beigezogenen Akten der beiden Hauptsachverfahren des Sozialgerichts Münster S 16 AY 16/07 und S 16 AY 32/07 Bezug genommen.	15
II.	16
Die Beschwerde der Antragsteller ist zulässig und begründet.	17
Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Erforderlich ist insoweit die Glaubhaftmachung des geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruchs (sog. Anordnungsanspruch) und der Eilbedürftigkeit einer gerichtlichen Entscheidung (sog. Anordnungsgrund).	18
1. Sofern die Antragsgegnerin erstinstanzlich die Ansicht vertreten hat, in einem Verfahren, in dem es um höhere Leistungen nach § 2 AsylbLG anstelle erbrachter Leistungen nach § 3 AsylbLG gehe, bestehe schon kein Anordnungsgrund, folgt der Senat dem in ständiger Rechtsprechung nicht (vgl. etwa Beschluss vom 06.08.2007 - L 20 B 50/07 AY ER). Denn besteht ein Anspruch auf sog. Analogleistungen nach § 2 AsylbLG, so soll damit (abgesehen von der weiterhin wie bei Leistungsbezug nach § 3 AsylbLG bestehenden Möglichkeit einer Unterbringung in einer Gemeinschaftsunterkunft; vgl. § 2 Abs. 2 AsylbLG) eine wirtschaftliche Gleichstellung mit Empfängern von Leistungen der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) erreicht werden. Jene Leistungen aber sichern allein das sog. soziokulturelle Existenzminimum; es ist jedoch einem Antragsteller bei bestehendem Anordnungsgrund regelmäßig nicht zuzumuten, für die Dauer des Hauptsachverfahrens, das sich unter Umständen über mehrere Jahre hinziehen kann, mit den deutlich geringeren Leistungen nach § 3 AsylbLG auszukommen, da diese das soziokulturelle Existenzminimum, welches den Leistungen nach dem SGB XII zugrundliegt, nicht gewährleisten können.	19
2.a) Den Antragstellern steht auch ein Anordnungsanspruch zur Seite. Insofern ist wegen des langjährigen Vorbezugs von Leistungen nach § 3 AsylbLG zwischen den Beteiligten einzig streitig, ob die Antragsteller die Dauer ihres Aufenthalts in Deutschland im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG selbst rechtsmissbräuchlich beeinflusst haben. Hierfür ist nach der Rechtsprechung des BSG, die bereits das Sozialgericht in seiner Entscheidung zutreffend referiert hat, ein sozialwidriges Verhalten mit objektiver und subjektiver Komponente erforderlich, welches das Ziel verfolgt, die Aufenthaltsdauer in Deutschland zu verlängern; dabei ist nach der Rechtsprechung des BSG ein einmal stattgehabtes rechtsmissbräuchliches Verhalten fortwirkend für die gesamte folgende Zeit des Verbleibs in Deutschland.	20
Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten der Antragsteller lässt sich jedoch entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin bei summarischer Prüfung nicht mit der notwendigen Sicherheit erkennen:	21
Die Antragsteller stammen aus dem Kosovo, und es erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass sie dort der ethnischen Minderheit der Roma angehört haben. Wenn die Antragsgegnerin insoweit darauf verweist, die Antragsteller hätten zunächst eine jugoslawische Staatsangehörigkeit angegeben, so spricht das nicht gegen eine Zugehörigkeit zum Volk der Roma. Denn das Kosovo gehörte bei Ausreise der Antragsteller zum damaligen Staat Jugoslawien, und es ist nichts dafür ersichtlich, dass dort lebende Roma als Bürger	22

dieses damaligen Staates nicht die jugoslawische Staatsangehörigkeit hätten haben können.

23

Dass die Antragsteller bei ihrer Einreise angegeben hätten, sie seien Albaner, ist jedenfalls aus dem überreichten Ausländeraktenvorgang der Antragsgegnerin hinsichtlich des Antragstellers zu 1 und der Antragstellerin zu 2 nicht ersichtlich. Eine Angabe zur Zugehörigkeit zu einer im Gebiet des Kosovo ansässigen ethnischen Gruppe erfolgte vielmehr erstmals in den Anträgen der Antragsteller zu 1 und 2 auf Verlängerung der Duldung vom 14.05.1997, in denen sich beide zum Zwecke der Erklärung des Aufenthaltszwecks in Deutschland als Roma bezeichnet haben. Wenn die Antragsgegnerin insoweit darauf verweist, in einem anwaltlichen Schriftsatz vom 26.04.2000 sei im Rahmen eines Asylfolgeantrags angegeben worden, die Antragsteller hätten sich in der Vergangenheit als Albaner aus dem Kosovo bezeichnet und ihr früheres Asylbegehren damit begründet, so ist dies nicht verständlich. Der Schriftsatz dürfte vielmehr inhaltlich auf Missverständnissen der seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten beruhen. Denn bei summarischer Prüfung wurde für die Antragsteller bereits kein Asylverfahren durchgeführt, so dass ein Asylfolgeantrag wenig Sinn haben konnte. Im Übrigen findet die seinerzeitige anwaltliche Darstellung, die Antragsteller hätten sich früher als Albaner aus dem Kosovo bezeichnet, in den Ausländervorgängen der Antragsgegnerin gerade keine Bestätigung. Der Senat hat die Antragsgegnerin eigens darauf hingewiesen, dass sich die Antragsteller schon im Mai 1997 selbst als Roma bezeichnet haben; die Antragsgegnerin hat hierzu lediglich darauf verwiesen, dass die Antragsteller im Mai 1996 die jugoslawische Staatsangehörigkeit benannt und in einem ersten Asylverfahren behauptet hätten, sie seien albanische Volkszugehörige. Allerdings lag der Antragsgegnerin insofern nur der Anwaltsschriftsatz vom 26.04.2000 vor, der jedoch aus den genannten Gründen gerade inhaltlich unrichtig sein dürfte.

24

Im Übrigen sind die Antragsteller auch in einer in der Ausländerakte der Beklagten befindlichen Auskunft des ICMPD - IOM Kosovo Information Project vom 26.02.2002 von der vom dortigen Feldbüro befragten Person als Roma bezeichnet worden.

25

Dass sich die Antragsteller über lange Zeit nicht um die Beschaffung von Passpapieren gekümmert haben, steht einer Leistungserbringung im Sinne von § 2 Abs. 2 AsylbLG ebenfalls nicht entgegen (gleiches gilt, falls die Antragstellerin zu 2) ggf. widersprüchliche Angaben zu ihrem Geburtsnamen gemacht haben sollte.). Denn nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 17.06.2008 - B 8/9b AY 1/07 R) liegt eine rechtsmissbräuchliche Beeinflussung der Aufenthaltsdauer dann nicht vor, wenn ein Antragsteller auch ohne eine etwaige Vernichtung von Pässen in der gesamten Zeit des Aufenthalts in Deutschland hätte nicht abgeschoben werden können. Dass dies im Falle der Antragsteller so ist, ist jedoch überwiegend wahrscheinlich. Denn das Unterlassen einer freiwilligen Ausreise genügt nach der Rechtsprechung des BSG nicht, um das Merkmal der Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG auszufüllen. Eine zwangsweise Ausreise der Antragsteller als Roma wäre jedoch in der Vergangenheit nicht durchsetzbar gewesen. Ein Memorandum of Understanding vom 31.03.2003 zwischen der UNMIK und der Bundesrepublik Deutschland schloss Roma als Angehörige einer Minderheit mit abstrakt höherer Gefährdung von Rückführungen aus. Am 26.04.2005 wurde mit der UNMIK vereinbart, dass ab Mai 2005 wenige Roma in das Kosovo zurückgeführt werden könnten, die in Deutschland massiv straffällig geworden seien. Zwar sind nach dem derzeit aktuellsten Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in der Republik Kosovo vom 02.02.2009 (Stand: Januar 2009, dort zu IV.) die Kompetenzen in Rückführungsangelegenheiten von der UNMIK/UCRM auf das (kosovarische) Innenministerium rückübertragen worden, und dieser Vorgang sei durch Inkrafttreten einer

Rückführungsstrategie am 01.01.2008 abgeschlossen worden. Deshalb seien abgeschlossene Memoranda of Understanding wirkungslos, und das Innenministerium prüfe jeweils die Herkunft einer Person aus dem Kosovo und teile das Ergebnis dem jeweils anfragenden Staat mit. Derzeit fänden Verhandlungen zwischen Deutschland und der Republik Kosovo über den Abschluss eines Rückführungsabkommens statt. Bis zum Abschluss eines solchen Abkommens blieben allerdings die mit UNMIK geschlossenen Memoranda of Understanding weiterhin Orientierungsrahmen für die Rückführung von Kosovaren aus Deutschland. Als Ausfluss der Kosovo-Krise seien trotz vieler Bautätigkeiten die Wiederherstellung bzw. Beschaffung von Wohnraum für die Rückkehrer u.a. der Gruppe der Roma problematisch. Obwohl die Bautätigkeit im gesamten Kosovo, vor allem in den Städten, voranschreite und Wohnraum vielerorts leer stehe, könnten Angehörigen der Minderheiten nur schwer privaten Wohnraum anmieten, da sie häufig nicht über ausreichende Mittel verfügten und als Mieter selten akzeptiert würden. Einen Sozialwohnungsbau gebe es nicht.

Bei summarischer Prüfung ergibt sich in der Gesamtschau, dass jedenfalls noch im Jahr 2008 eine zwangsweise Rückführung von Roma in das Kosovo noch problematisch gewesen wäre. Im Jahr 2008 lagen allerdings ausweislich der im Hauptsachverfahren S 16 AS 32/07 vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen für die Antragsteller zu 5 und 7 schon erhebliche gesundheitliche Einschränkungen vor, die bei summarischer Prüfung offensichtlich zur Bewertung des BAMF geführt haben, dass Abschiebungshindernisse im Sinne von § 60 Abs. 7 AufenthG vorlagen. Sind darüber hinaus jedenfalls massive Straftaten der Antragsteller, die eine ausnahmsweise Rückführung in das Kosovo erlaubt hätten, von der Antragsgegnerin nicht dargetan und aus den vorgelegten Ausländerakten nicht ersichtlich (dort im Wesentlichen für den Antragsteller zu 1 Fahren ohne Fahrerlaubnis in Tateinheit mit Urkundenfälschung, Urkundenfälschung in Tateinheit mit versuchtem Betrug, gemeinschaftliches Vortäuschen einer Straftat, für die Antragstellerin zu 2 gemeinschaftliches Vortäuschen einer Straftat und Erschleichen von Leistungen), so ist insgesamt bei summarischer Prüfung ebenfalls davon auszugehen, dass die Antragsteller über den gesamten Zeitraum von 1996 entweder aus Gründen ihrer ethnischen Zugehörigkeit nicht hätten in das Kosovo abgeschoben werden können oder ab einem gewissen Zeitpunkt, in dem jedenfalls eine Rückführung noch nicht in Frage kam, aufgrund medizinischer Gegebenheiten bei den Antragstellern zu 5 und 7 als Familie insgesamt nicht hätten abgeschoben werden können.

26

Dann aber konnte eine fehlende Mitwirkung bei der Beschaffung von Passpapieren in der Vergangenheit jedenfalls nicht ursächlich für den Verbleib der Dauer in der Bundesrepublik sein. Eine Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 AsylbLG, die eine solche Kausalität aber voraussetzt (vgl. BSG, a.a.O., dort Rn. 43 f.), kann deshalb einstweilen nicht festgestellt werden.

27

2.b) Der Antragsgegnerin ist es auch zuzumuten, einstweilen die begehrten höheren Leistungen zu erbringen und etwa verbleibende Zweifel hinsichtlich der ethnischen Zugehörigkeit der Antragsteller und eines zwischenzeitlichen Bestehens eines hinreichenden Zeitfensters für eine Rückführung der Antragsteller in das Kosovo im Hauptsachverfahren endgültig zu klären. Der Senat weist insoweit darauf hin, dass diese Zumutbarkeit für die Antragsgegnerin um so mehr besteht, als im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 3/09 und 4/09 das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz (GG) jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zusichert, die für seine physische Existenz sowie für ein

28

Mindestmaß an Teilnahme am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind (Leitsatz 1 nach JURIS). Dieses Grundrecht hat als Gewährleistungsrecht neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und der stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und der bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat, wobei ihm ein Gestaltungsspielraum zusteht (Leitsatz 2). Zur Ermittlung des Anspruchsumfangs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen (Leitsatz 3).

Zwar ist diese Entscheidung zum Grundsicherungsrecht nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) ergangen. Ein vom Bundesverfassungsgericht erkanntes Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums kann jedoch bei Herleitung aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG nicht davon abhängig gemacht werden, ob etwa derjenige, der sich auf dieses Grundrecht beruft, die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder sich in Deutschland mit einem gesicherten Aufenthaltsstatus aufhält. Ist das Grundrecht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr dem Grunde nach unverfügbar und einzulösen, so stellt sich allenfalls die Frage, ob bei einer typischerweise unter das AsylbLG fallenden Lebenssituation Leistungsabstriche gegenüber einer Versorgung mit dem soziokulturellen Existenzminimum nach dem SGB II (oder nach dem SGB XII) gestattet sind. Insofern sieht bereits das geltende AsylbLG durch § 2 Abs. 1, dessen Anwendungsbereich im Laufe der Gesetzesgeschichte stets mit nachteiligen Auswirkungen für die betroffenen Leistungsberechtigten eingengt worden ist (mehrfache Verlängerung der Vorbezugsfrist für Leistungen nach § 3 AsylbLG) eine Versorgung auf dem Niveau eines soziokulturellen Existenzminimums jedenfalls nach einem Vorbezug von Leistungen nach § 3 AsylbLG von (heute) 48 Monaten vor, wie sie die Antragsteller auch aufweisen. Zugleich erscheint in Ansehung der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Leistungsregelung des § 3 AsylbLG jedenfalls verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt. Denn die (auch von den Antragstellern bezogenen) Geldbetragsleistungen des § 3 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG sind seit Einführung der Vorschrift im Jahre 1993 nicht erhöht worden, obwohl seither ein Anstieg der Verbraucherpreise um mehr als 23 % zu verzeichnen ist (vgl. www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Zeitreihen/WirtschaftAktuell/Basisdaten/Content100/vpi101a.psml); schon 2007 lagen die Geldeleistungen nach § 3 AsylbLG ca. 35 % niedriger als die Regelsätze nach dem SGB XII (vgl. Birk, in: LPK-SGB XII, 8. Aufl. 2008, § 3 AsylbLG Rn. 8). Gleichzeitig lagen die Leistungen nach § 3 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG schon bei Inkrafttreten der Vorschrift im Jahre 1993 unterhalb dessen, was damals nach der gesetzlichen Wertung des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) als soziokulturelles Existenzminimum anzusehen war. Zwar mag es (was der Senat im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheiden muss) auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts denkbar erscheinen, dass unter bestimmten Umständen, insbesondere für eine bestimmte, begrenzte Dauer und in Ansehung eines grundsätzlich nur vorübergehend angelegten Aufenthalts eines Asylbewerbers in Deutschland sich das soziokulturelle Existenzminimum für den betroffenen Personenkreis anders bemisst als dasjenige für den nach dem SGB II oder dem SGB XII versorgten Personenkreis. Sollte dies der Fall sein, gestattete es dem Gesetzgeber jedoch nicht, Leistungen für Asylbewerber nach § 3 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG beliebig, d.h. ohne nachvollziehbares, transparentes und sachgerechtes Bedarfsermittlungsverfahren festzusetzen und sodann, wiederum ohne erkennbare sachgerechte Bedarfsprüfung,

insbesondere einen im Zeitverlauf augenfälligen erheblichen Teuerungsprozess schlicht unberücksichtigt zu lassen (und damit zugleich den Umstand auszublenden, dass das AsylbLG in § 3 Abs. 3 Satz 1 selbst bereits die Notwendigkeit von Leistungsanpassungen bei geänderten Kaufkraftverhältnissen berücksichtigt). Dass bei Schaffung des § 3 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG eine nachvollziehbare Bedarfsermittlung stattgefunden habe, ist allerdings einstweilen nicht zu erkennen; jedenfalls sind dem Senat, der in einem anderen (Hauptsache-) Verfahren eine entsprechende Anfrage an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales gerichtet hat, bislang trotz schon vor geraumer Zeit erfolgter Anfrage aussagekräftige Informationen hierzu nicht mitgeteilt worden. Ebenso ist bisher nicht ersichtlich, dass in der Folgezeit Überprüfungen i.S.v. § 3 Abs. 3 Satz 1 AsylbLG hinsichtlich eines möglicherweise geänderten Bedarfs stattgefunden hätten.

Bestehen aus den genannten Gründen erhebliche Zweifel, ob die Bemessung der Leistungen nach § 3 Abs. 2 AsylbLG dem sich aus Artikel 1 Abs. 1 i.V.m. Artikel 20 Abs. 1 GG ergebenden, unverfügbaren und staatlich einzulösenden Grundrecht gerecht werden, so kann dies in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht ohne Auswirkungen bleiben. Zwar hat der Senat bislang bei jedenfalls zweifelhaftem Anordnungsanspruch in der Regel eine einstweilige Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen nach § 2 anstelle von § 3 AsylbLG bisher abgelehnt und die Antragsteller insofern auf eine Klärung im Hauptsachverfahren verwiesen. Angesichts der Erkenntnis eines Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch das Bundesverfassungsgericht (a.a.O.), das die physische Existenzsicherung und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben berücksichtigt, sieht der Senat es allerdings nunmehr als notwendig an, eine Verpflichtung im einstweiligen Verfahren bereits dann vorzunehmen, wenn der Anordnungsanspruch jedenfalls nicht deutlich ausgeschlossen erscheint und keine sonstigen besonders wichtigen Gründe des Einzelfalls gegen eine einstweilige Verpflichtung des Leistungsträgers sprechen. Für den Fall der Antragsteller gilt ohnehin, dass ein Anordnungsanspruch auch in Anwendung der bisher vom Senat angewandten Kriterien bereits glaubhaft gemacht erscheint. 30

Die Kostenentscheidung erfolgt auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG. 31

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar (§ 177 SGG). 32