

Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen

Urteil vom 16.10.2007

Tenor

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten beider Instanzen zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Kläger begehren die Gewährung von Leistungen nach § 2 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG).

Der am M. in N. (Nord-Kosovo) geborene Kläger zu 1.) reiste am 29. März 1993 zusammen mit seiner am 23. September 1962 in O. (Kosovo) geborenen Ehefrau, der Klägerin zu 2.), und den gemeinsamen vier Kindern, den am P. und Q. geborenen Klägern zu 3.) und 4.) sowie dem am R. geborenen Kläger im Verfahren L 11 AY 50/06 und dem am S. geborenen Kläger im Verfahren L 11 AY 55/07 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Der Kläger zu 5.) wurde am T. in U. geboren. Der Personalausweis des Klägers zu 1.) wurde am 18. September 1996 hinterlegt. Seit ihrer Einreise werden die Kläger geduldet, soweit sie nicht zwischenzeitlich eine Aufenthaltsgestattung nach dem AsylVfG erhalten hatten. Am 11. Juni 1996 wurden die Kläger durch die Hansestadt U. aufgefordert, sich bei der zuständigen Botschaft um die Ausstellung von Nationalpässen zu bemühen.

Am 19. Juni 1996 beantragten sie ihre Anerkennung als Asylberechtigte. Dabei gaben sie an, albanische Volkszugehörige zu sein und nur albanisch sprechen zu können. Anträge auf Ausstellung von Passersatzpapieren wurden schon frühzeitig von den Klägern unterschrieben. Bei der Anhörung am 3. Juli 1996 gaben die Kläger zu 1.) und 2.) an, einen Reisepass nie besessen zu haben. Personalausweise, Geburtsurkunde und Heiratsurkunde hätten sie in U. abgegeben. Das Asylbegehren stützen die Kläger zu 1.) und 2.) auf Übergriffe und Benachteiligungen durch die Serben sowie den Erhalt eines Einberufungsbescheides. Die Asylanträge wurden durch Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 12. Juli 1996 abgelehnt und die Kläger unter Abschiebungsandrohung zur Ausreise aufgefordert. Zur Begründung wurde u. a. ausgeführt, dass die damalige Lage im Kosovo die Annahme einer Gruppenverfolgung der Kosovo-Albaner nicht rechtfertige. Die hiergegen eingereichte Klage wurde durch Urteil des Verwaltungsgerichts V. vom 21.

April 1997 - ... - abgewiesen. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wurde durch Beschluss des OVG X. vom 21. Mai 1997 - ... - abgelehnt.

Nach einem Schreiben des Z. AA. vom 13. Mai 1993 sollen die Kläger „albanische Roma“ sein. Im Antrag auf Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen vom 4. Juni 1997 betone der Prozessbevollmächtigte der Kläger, dass diese Kosovo-Albaner seien. Am 10. September 1997 erklärten die Kläger, nicht bereit zu sein, freiwillig in ihr Heimatland auszureisen. Eine von den Klägern eingereichte Bescheinigung des jugoslawischen Generalkonsulats vom 25. August 1997, wonach Reisedokumente aus politischen Gründen nicht ausgegeben werden, erwies sich als Fälschung (vgl. Auskunft vom 28. Oktober 1997). Unter dem 11. September 1997 beantragte der nunmehr zuständig gewordene Landkreis AB. beim jugoslawischen Bundesministerium der Innere Angelegenheiten die Rückübernahme für alle Kläger. Durch Schreiben vom 2. April 1998 wurde die Rückübernahme des Klägers zu 1.) bestätigt. Ein entsprechendes Antwortschreiben bezogen auf die übrigen Familienmitglieder ist nicht aktenkundig.

Am 6. Oktober 1997 beantragten sie erneut gestützt auf das Schreiben des jugoslawischen Generalkonsulats vom 25. August 1997 ihre Anerkennung als Asylberechtigte. Die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens wurde durch Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 28. Oktober 1997 abgelehnt. Das hiergegen eingeleitete Klageverfahren wurde durch Beschluss des Verwaltungsgerichts AB. vom 8. Januar 1998 - ... - eingestellt.

Am 7. Juni 1999 stellten sie einen weiteren Asylfolgeantrag. In diesem Verfahren legten sie eine Bescheinigung der AD. Deutschland e.V. vom 8. September 2000 vor, wonach die Kläger Roma seien, die sich als Schutzbehauptung als Albaner ausgegeben hätten. Dieser Antrag wurde durch Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 6. Juni 2002 abgelehnt. Die hiergegen eingereichte Klage wurde durch Urteil des Verwaltungsgerichts AB. vom 9. Dezember 2002 - ... - abgewiesen.

Am 11. April 2007 wurde zwischen den Klägern zu 1.) und 2.) und ihren minderjährigen Kindern, den Klägern zu 4.) und 5.), der inzwischen volljährigen Klägerin zu 3.), dem Kläger im Verfahren L 11 AY 50/06, dem Kläger im Verfahren L 11 AY 55/07 und dem Landkreis AB. in Umsetzung des Runderlasses des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport vom 6. Dezember 2006 eine Integrationsvereinbarung geschlossen.

Die Kläger beziehen seit Jahren Leistungen nach AsylbLG. Bis zum 1. Oktober 2004 wurden ihnen Leistungen in Anwendung des § 2 Abs. 1 AsylbLG gewährt. Durch Bescheid vom 27. Dezember 2004, der den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Januar 2005 regelte, wurden den Klägern des vorliegenden Verfahrens nur noch Leistungen nach §§ 1, 3 AsylbLG bewilligt. Der hiergegen eingelegte Widerspruch vom 14. Januar 2005 wurde durch den Widerspruchsbescheid vom 22. März 2005 zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Kläger im Sinne der ab dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung des § 2 Abs. 1 AsylbLG die Dauer ihres Aufenthaltes rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst hätten. Es lägen keine Gründe vor, die eine freiwillige Ausreise als unzumutbar erscheinen lassen würden. Selbst wenn die Kläger eine Ausreise in das Kosovo vermeiden wollten, bliebe es ihnen unbenommen, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, in das „restliche“ Staatsgebiet von Serbien und Montenegro auszureisen, so dass hier Rückkehralternativen bestünden.

Auf die hiergegen am 4. April 2005 eingelegte Klage hat das Sozialgericht Hannover durch Gerichtsbescheid vom 23. Mai 2005 die Beklagte verpflichtet, den Klägern ab dem 1. Januar 2005 bis zum 22. März 2005 Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG zu gewähren. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass den Klägern auch als Roma aus dem Kosovo eine freiwillige Ausreise möglich und zumutbar sei. Nach der ab dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung des § 2 Abs. 1 AsylbLG, wonach nur eine rechtsmissbräuchliche Beeinflussung der Dauer des Aufenthaltes der Gewährung höherer Leistungen entgegenstehe, könne jedoch ein Rechtsmissbrauch nicht schon dann angenommen werden, wenn der Ausländer seiner bestehenden Ausreisepflicht nicht nachkomme. Von einem Rechtsmissbrauch könne erst dann ausgegangen werden, wenn Ausländer versuchten, eine Rechtsposition unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zu erlangen und auszunutzen. Dieses sei vorliegend nicht der Fall. Gegenstand des Klageverfahrens sei nur der Zeitraum bis zum Erlass des Widerspruchsbescheides.

Gegen diesen am 26. Mai 2005 zugestellten Gerichtsbescheid hat die Beklagte am 24. Juni 2005 Berufung eingelegt. Die zur Volksgruppe der Roma gehörenden Kläger könnten freiwillig in das Kosovo aber auch nach Serbien und Montenegro zurückkehren. Dieses zeige auch der Erl. des MI vom 25. Juni 2004. Eine solche freiwillige Ausreise werde jedoch von den Klägern abgelehnt. Die Kläger könnten jederzeit freiwillig in das Kosovo zurückkehren, die notwendigen Papiere (EU-Lassier-Passe) würden seitens der Ausländerbehörde ausgestellt werden. Dem Gesetzeswortlaut des § 2 Abs. 1 AsylbLG in der seit dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung und auch der Gesetzesbegründung lasse sich nicht entnehmen, dass Ausländer privilegiert werden sollen, die sich weigern, freiwillig auszureisen, obwohl ihnen dieses möglich und zumutbar sei. Ausländer könnten sich nicht darauf berufen, dass die Bundesrepublik zur Zeit von einer zwangsweisen Rückführung absehe. Der Tatbestand des Rechtsmissbrauches sei im Übrigen dadurch erfüllt, dass die Kläger falsche Angaben zur Volkszugehörigkeit gemacht hätten. Bei ihrer Einreise in die Bundesrepublik Deutschland hätten sie nämlich angegeben, albanische Volkszugehörige zu sein, während sie seit dem Jahr 2000 angeben, Volkszugehörige der Roma zu sein. Auch sei von den Klägern eine gefälschte Bescheinigung des jugoslawischen Generalkonsulats vorgelegt worden, wonach sie von dort keinen Nationalpass bekommen könnten. Deshalb komme es auf die Zumutbarkeit der freiwilligen Ausreise nicht mehr an.

Die Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hannover vom 23. Mai 2005 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie betonen, dass ihnen die Rückkehr in das Kosovo aufgrund der dortigen Lage nicht zumutbar sei. Auch aus sonstigen Gründen sei eine Rückkehr unzumutbar. Sie lebten bezogen auf den streitigen Zeitraum bereits seit ca 12 Jahren in der Bundesrepublik. Die Kinder seien hier aufgewachsen und zur Schule gegangen. Die Familie erfülle die Stichtagsvoraussetzungen der Bleiberechtsregelung für

langjährig geduldete Flüchtlinge (RdErl. des MI vom 6. Dezember 2006). Ihr Lebensweg sei derart mit der Bundesrepublik Deutschland verbunden, dass eine Rückkehr bereits gegen Art 8 EMRK verstoßen würde.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf die Gerichtsakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen. Diese sind ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der Beratung und Entscheidung gewesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist gemäß §§ 143 f. Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Insbesondere wird der Wert des Beschwerdegegenstandes von 500,00 EUR (vgl. § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG) überschritten. Nach der Auflistung der Beklagten im Schriftsatz vom 28. Juli 2005 beträgt die monatliche Differenz zwischen den vom Sozialgericht zugesprochenen und den bewilligten Leistungen 434,13 EUR. Da das Sozialgericht nicht nur Leistungen für einen Monat, sondern für die Zeit vom 1. Januar 2005 bis zum 22. März 2005 zugesprochen hat, wird die Grenze von 500,00 EUR deutlich überschritten.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet.

Streitgegenstand ist nur der Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 22. März 2005, da nur die Beklagte den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts angefochten hat.

Das Sozialgericht Hannover hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Die Kläger haben einen Anspruch auf erhöhte Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG.

Gemäß § 2 AsylbLG (in der bis zum 27. August 2007 geltenden Fassung) ist das SGB XII abweichend von den §§ 3 bis 7 AsylbLG auf diejenigen Leistungsberechtigten entsprechend anzuwenden, die über eine Dauer von insgesamt 36 Monaten Leistungen nach § 3 AsylbLG erhalten und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben. Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern oder einem Elternteil in einer Haushaltsgemeinschaft leben, erhalten Leistungen nach Abs 1 nur, wenn mindestens ein Elternteil in der Haushaltsgemeinschaft Leistungen nach Abs 1 erhält (§ 2 Abs 3 AsylbLG).

Diese Anspruchsvoraussetzungen liegen bei den Klägern vor. Die Kläger haben Leistungen nach § 3 AsylbLG über eine Dauer von 36 Monaten bezogen. Sie haben die Dauer des Aufenthaltes im hier streitigen Zeitraum auch nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst. Die Beweislast für das Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens liegt bei der Leistungsbehörde. Die Kläger haben zwar die in ihren Verhältnissen liegenden Bleibegründe darzulegen, der Beklagten fällt jedoch die Nichterweislichkeit von Rechtsmissbrauch zur Last, weil es sich dabei materiell um eine anspruchsausschließende Einwendung handelt (vgl. auch BSG, Urteil vom 8. Februar 2007 - B 9b AY 1/06 R - m. w. N.).

Die Kläger haben bei ihrer Asylantragstellung im Jahr 1996 zwar fehlerhaft angegeben, albanische Volkszugehörige zu sein, seit dem Jahr 2000 geht jedoch sowohl das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge als auch die Beklagte davon aus, dass die Kläger zur Volksgruppe der

Roma gehören. Somit wirkt sich diese fehlerhafte Angabe aktuell nicht mehr aus. Die Identität der Kläger als solche war nie im Streit. Vielmehr war aufgrund der hinterlegten Personalausweise stets klar, um welche Personen es sich bei den Klägern handelt. Deshalb kann für den hier zu beurteilenden Zeitraum aus der falschen Angabe im Asylverfahren kein rechtsmissbräuchliches Verhalten mehr hergeleitet werden. Gleiches gilt für die gefälschte Auskunft des jugoslawischen Generalkonsulats in Hamburg vom 25. August 1997, wonach Reisedokumente aus politischen Gründen nicht ausgegeben werden. Die Fälschung wurde bereits zeitnah durch eine weitere Auskunft des jugoslawischen Generalkonsulats in Hamburg vom 28. Oktober 1997 aufgeklärt.

Dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG, wonach der Ausländer die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflussen darf, ist zwingend zu entnehmen, dass nur rechtsmissbräuchliches Verhalten relevant sein kann, das sich auf die Dauer des Aufenthaltes kausal ausgewirkt hat. Hierbei ist das Verhalten des Ausländers während der gesamten Dauer des Aufenthalts in der Bundesrepublik – also ab Einreise – zu betrachten, nicht etwa nur der streitgegenständliche Zeitraum oder nur der Zeitpunkt ab rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens. Nach Auffassung des erkennenden Senates kommt es mithin darauf an, ob sich das rechtsmissbräuchliche Verhalten des Asylbewerbers im Einzelfall konkret und kausal verlängernd auf die Dauer des Aufenthalts in der Bundesrepublik ausgewirkt hat. Nur wenn ein solcher Zusammenhang mit der notwendigen richterlichen Überzeugungsbildung im Einzelfall festgestellt werden kann, kann sich das aufenthaltsverlängernde, rechtsmissbräuchliche Verhalten auch leistungseinschränkend auswirken. Das kausale, vorwerfbare Verhalten muss im streitgegenständlichen Leistungszeitraum noch fortwirken.

Der erkennende Senat vermag sich insofern der Auffassung des für das AsylbLG nicht mehr zuständigen 7. Senats (vgl. dessen Urteil vom 20. Dezember 2005, Az: L 7 AY 40/05) nicht anzuschließen, wonach es für die Beurteilung der rechtsmissbräuchlichen Beeinflussung der Dauer des Aufenthaltes darauf ankommen soll, ob das rechtsmissbräuchliche Verhalten generell geeignet ist, die Dauer des Aufenthalts zu beeinflussen, und zwar unabhängig davon, ob sich die Verlängerung des Aufenthaltes bereits realisiert hat oder der kausale Zusammenhang dadurch weggefallen ist, dass zwischen dem rechtsmissbräuchlichen Verhalten und dem Leistungsantrag die Abschiebung vorübergehend ausgesetzt worden ist (sog. „abstrakte Betrachtungsweise“).

Dieser vom 7. Senat des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vertretene Auffassung hat sich das Bayerische Landessozialgericht (Beschluss vom 28. Juni 2005 - L 11 B 2121/05 AY - recherchiert in juris Rn. 32) und das Landessozialgericht Baden-Württemberg (Beschluss vom 28. März 2007 - L 7 AY 1386/07 ER - B, recherchiert in juris Rn. 19) angeschlossen. Beide Gerichte räumen jedoch ein, dass unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Ausnahmen von der abstrakten Betrachtungsweise zu machen sind. Das Bayerische Landessozialgericht bezieht sich insoweit auf Art 16 Abs. 4 RL 2003/9/EG, wonach die besondere Situation des Leistungsberechtigten unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu würdigen ist (aaO Rn. 33; in diesem Sinne auch SG Aurich, Beschluss vom 29. Juli 2005 - S 23 AY 3/05 - GK-AsylbLG, VII - § 2 Abs. 1 (SG - Nr. 6); SG Stade, Beschluss vom 7. März 2005 - S 19 AY 4/05 ER - recherchiert in juris, Rn. 27). Das Landessozialgericht Baden-Württemberg ist der Meinung, dass in diesen Ausnahmefällen die für die leistungsrechtliche Besserstellung erforderliche Wartezeit eines 36-monatigen Leistungsbezuges erneut zu laufen beginnt (aaO Rn. 20). Dagegen spricht sich das Thüringer Landessozialgericht (Be-

schluss vom 11. Juli 2005 - L 8 AY 379/05 ER - recherchiert in juris Rn. 21) dafür aus, dass Leistungen gemäß § 2 Abs. 1 AsylbLG nur für die Zeit versagt werden können, für die der Leistungsberechtigte die Dauer des Aufenthalts rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst hat; einschränkend ist es jedoch der Meinung, dass der Ausländer neben der Zeit der rechtsmissbräuchlichen Beeinflussung der Dauer des Aufenthaltes weitere 36 Monate von den Leistungen in entsprechender Anwendung des SGB XII ausgeschlossen ist. Das SG Hannover (Urteil vom 12. Dezember 2005 - S 51 AY 66/05 - GK-AsylbLG, VII - § 2 Abs. 1 (SG - Nr. 10) vertritt die Rechtsauffassung, dass in der Vergangenheit liegendes rechtsmissbräuchliches Verhalten nur dann leistungseinschränkend beachtlich ist, wenn es in den Streitzeitraum fortwirkt.

Der gesetzlichen Formulierung „die Dauer des Aufenthaltes nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben“ kann nicht entnommen werden, dass es genügt, abstrakt auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten in der Vergangenheit abzustellen, ohne dass die Dauer des Aufenthaltes hiervon beeinflusst worden wäre. Vielmehr lässt sich der Verwendung des Perfekts eher entnehmen, dass sich ein Verhalten in der Vergangenheit auch noch aktuell auswirken muss. Der Wortlaut der Norm ist insoweit aber nicht eindeutig. Deshalb wird ergänzend auf die historische Entwicklung der Norm abgestellt. In der bis zum 31. Dezember 2004 gültig gewesenen Fassung des § 2 Abs. 1 AsylbLG war formuliert, dass erhöhte Leistungen zu gewähren sind, „wenn die Ausreise nicht erfolgen kann und aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können, weil humanitäre, rechtliche oder persönliche Gründe oder das öffentliche Interesse entgegenstehen“. In Anwendung dieser Fassung war eindeutig, dass allein auf die aktuelle Situation abzustellen ist. Aus der Gesetzesbegründung ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber von dieser allein gegenwartsbezogenen Sichtweise abweichen wollte. Für eine gegenwartsbezogene Sichtweise spricht zudem, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des AsylbLG zum 1. Januar 2005 auch die EU-Richtlinie 2003/9/EG umsetzen wollte. Diese Richtlinie sieht in Art. 16 Abs. 1a zweiter Halbsatz vor, dass bei Änderung der Verhältnisse über die erneute Gewährung von Leistungen zu entscheiden ist, wobei gemäß Art. 16 Abs. 4 die Entscheidungen aufgrund der besonderen Situation der betreffenden Personen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzip zu treffen sind. Einer solchen aktuellen Einzelfallentscheidung stünde es entgegen, wenn ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Ausländers in der Vergangenheit dem Ausländer in jedem Fall bis zu seiner Ausreise vorgehalten werden könnte. Zudem würde eine solche Handhabung es aus Sicht eines Ausländers auch nicht als sinnvoll erscheinen lassen, z. B. falsche Angabe zu korrigieren oder sich nunmehr hinreichend um die notwendigen Papiere zu bemühen. Die teilweise gewählte Lösung, nach Beendigung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens erneut eine 36-Monats-Frist beginnen zu lassen, findet nach Ansicht des Senats keine hinreichende Stütze im Gesetz.

Diese Interpretation trägt schließlich auch dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Regelungszweck Rechnung, wonach nur jene Ausländer Leistungen nach § 2 AsylbLG erhalten, „die unverschuldet nicht ausreisen können“ (vgl. BT-Drucks 15/420, S 121; vgl. auch BSG a. a. O.). Auch dieser Intention ist eine abstrakte oder generelle Betrachtungsweise nicht zu entnehmen. Eine solche Sichtweise lässt eine Tatsachenfeststellung des individuellen Verhaltens des Asylbewerbers kaum zu und führt daher zu Problemen bei der Beurteilung des Einzelfalls. Im Ergebnis führt eine abstrakte Betrachtungsweise auch zu einem Ausschluss der leistungsrechtlichen Besserstellung auf Dauer, wofür § 2 Abs. 1 AsylbLG keine Anhaltspunkte enthält. Dieser Vorschrift ist vielmehr zu

entnehmen, dass der Bezug von Leistungen auf Sozialhilfeniveau nach Ablauf der zeitlichen Voraussetzungen die Regel sein soll, sofern nicht die anspruchsausschließende Einwendung der Rechtsmissbräuchlichkeit vorliegt. Damit soll einer stärkeren Angleichung an die hiesigen Lebensverhältnisse und einer verbesserten sozialen Integration nach längerem Aufenthalt in der Bundesrepublik Rechnung getragen werden (vgl. Fichtner/Wenzel, Kommentar zur Grundsicherung, 3. Aufl., § 2 AsylbLG RdNr 1). Ein dauerhafter Ausschluss von Leistungen auf Sozialhilfeniveau führt gerade dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn es bei langjährigem Aufenthalt in der Bundesrepublik zu Veränderungen in der Lebenssituation, im Verhalten oder im Aufenthaltsstatus der Asylbewerber kommt.

Somit verbleibt es im vorliegenden Fall für den hier zu beurteilenden Zeitraum allein bei der Weigerung der Kläger, freiwillig in ihr Heimatland auszureisen.

Das Bundessozialgericht hat inzwischen entschieden, dass es rechtsmissbräuchlich ist, wenn ein Ausländer nicht freiwillig ausreist, obwohl ihm diese Ausreise möglich und zumutbar ist (Urteil vom 8. Februar 2007 - B 9b AY 1/06 R -). Es hat dazu ausgeführt:

„Unter rechtsmissbräuchlicher Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer versteht § 2 Abs 1 AsylbLG nach Auffassung des Senats auch eine von der Rechtsordnung missbilligte, subjektiv vorwerfbare und zur Aufenthaltsverlängerung führende Nutzung der Rechtsposition, die ein Ausländer durch vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) erlangt hat. Darunter fällt auch der Verbleib eines Ausländers in Deutschland, dem es möglich und zumutbar wäre, auszureisen (vgl Hohm in GK-AsylbLG, Stand Dezember 2006, § 2 RdNr 79 ff, 87 f; ähnlich auch Herbst in Mergler/Zink, Handbuch der Grundsicherung und Sozialhilfe, Band II, § 2 AsylbLG RdNr 37; LSG Baden-Württemberg, SAR 2006, 33; OVG Bremen, SAR 2006, 21). Die Rechtsordnung verlangt von Ausländern für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet einen Aufenthaltstitel in Form eines Visums, einer Aufenthalts- oder einer Niederlassungserlaubnis (§ 4 Abs 1 AufenthG). Wer – wie die Kläger – darüber nicht oder nicht mehr verfügt, ist unverzüglich oder bis zum Ablauf einer ihm gesetzten Frist zur Ausreise verpflichtet (§ 50 Abs 1 und 2 AufenthG). Kommt er dem nicht nach, ist die Ausreise zwangsweise durchzusetzen: Der Ausländer wird abgeschoben (§ 58 Abs 1 AufenthG). Ist das aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich, wird die Abschiebung vorübergehend ausgesetzt (§ 60a Abs 2 AufenthG). Durch die ‚Duldung‘ bleibt die Ausreisepflicht unberührt (§ 60a Abs 3 AufenthG). Nach dieser Konzeption widerspricht der weitere Inlandsaufenthalt des ausreisepflichtigen, aber geduldeten Ausländers der Rechtsordnung. Lässt seine Ausreisepflicht sich nicht zwangsweise durchsetzen, wird ihm zwar auch ohne entsprechenden Titel ein vorübergehender Aufenthalt ohne Verstoß gegen Strafvorschriften (§ 95 Abs 1 Nr 2 AufenthG) möglich gemacht. Die Forderung, selbstständig auszureisen und damit den nicht rechtmäßigen Aufenthalt zu beenden, bleibt aber bestehen. Wer diese Pflicht vorwerfbar nicht befolgt, macht funktionswidrig unter Verstoß gegen Treu und Glauben von der durch Duldung eingeräumten Rechtsposition Gebrauch. Vorwerfbar in diesem Sinne ist es regelmäßig, wenn der Ausländer nicht ausreist, obwohl ihm das möglich und zumutbar wäre. Denn sein weiterer Aufenthalt wird

in Erwartung rechtspflichtkonformen Verhaltens durch selbstständige Ausreise (vgl BR-Drucks 36/07, S 8) nur wegen der Ohnmacht des Staates geduldet, das geltende Recht zwangsweise durchzusetzen. Diese Interpretation des Begriffs ‚rechtsmissbräuchlich‘ in § 2 Abs 1 AsylbLG wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. Danach sollen nur diejenigen Ausländer Leistungen nach § 2 AsylbLG erhalten, ‚die unverschuldet nicht ausreisen können‘ (BT-Drucks 15/420, S 121). Dazu zählt nicht, wer der Ausreisepflicht nicht nachkommt, obwohl das sowohl tatsächlich und rechtlich möglich als auch zumutbar ist. In dem wieder eröffneten Berufungsverfahren wird das LSG die Zumutbarkeitsfrage auch nicht allein danach beantworten können, wann die Gefahren des Bürgerkrieges auf dem Balkan und einer etwaigen anschließenden Verfolgung der Minderheit der Ashkali im Kosovo geendet haben. Denn unzumutbar ist die Ausreise nicht erst bei zielstaatsbezogenen Gefahren für Freiheit, Leib oder Leben, also bei Abschiebungshindernissen iS des § 60 Abs 7 AufenthG, die nach § 25 Abs 3 AufenthG in der Regel sogar zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis führen. Auch weniger gewichtige Gründe können die Ausreise unzumutbar machen. Ein solcher Bleibegrund kann zB auch die besondere Situation von Ausländern sein, denen sich Ausreisemöglichkeiten erst nach jahrelangem Aufenthalt in Deutschland eröffnen. Haben sie sich während dieser langen Zeit derart in die deutsche Gesellschaft und die hiesigen Lebensverhältnisse integriert, dass ihre Ausreise in das Herkunftsland etwa einer Auswanderung nahe käme, so mag zwar das Aufenthaltsrecht darauf keine Rücksicht nehmen, falls es gelingt, diese Ausländer eines Tages doch noch abzuschicken. Bis dahin wird dem Ausländer seine Nichtausreise leistungrechtlich aber nicht vorwerfbar und der weitere – geduldete – Aufenthalt in Deutschland deshalb nicht rechtsmissbräuchlich sein.“

Nach diesen Maßstäben ist den Klägern eine Rückkehr in ihr Heimatland derzeit nicht zumutbar. Dieses beruht jedoch nicht auf den Verhältnissen im Kosovo.

Auch der erkennende Senat geht nach eigener Überzeugungsbildung davon aus, dass eine freiwillige Rückkehr der Kläger nach Serbien und Montenegro einschließlich des Kosovo möglich ist und die dortigen Verhältnisse eine Unzumutbarkeit der Rückkehr nicht zu begründen vermögen. Eine Entscheidung dazu hat jüngst der 10. Senat des Niedersächsischen Obergerichts in seinem Urteil vom 17. April 2007 (Az.: 10 LC 262/05) getroffen, der damit seine bisherige Rechtsprechung, aber auch die Rechtsprechung des 8. und 11. Senates des Niedersächsischen Obergerichts bestätigt hat (vgl. u. a. Az.: 11 LA 3311/03; 8 LA 123/05). Aus den Motiven der UNMIK, Abschiebungen, d.h. zwangsweise Rückführungen, nur in einem geregelten Verfahren durchzuführen, lässt sich nichts für die Annahme der Unzumutbarkeit einer freiwilligen Rückkehr in das Kosovo herleiten.

Allerdings ist den Klägern aufgrund ihrer fortgeschrittenen Integration eine Rückkehr in ihr Heimatland nicht zumutbar. Die Kläger haben sich im streitigen Zeitraum bereits ca. 12 Jahre in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten. Neben diesem Aufenthalt kommt hinzu, dass die Kinder der Kläger zu 1.) und 2.) im Alter von 8 Jahren und jünger in die Bundesrepublik gekommen sind, der Kläger zu 5.) in der Bundesrepublik Deutschland geboren ist. Die Kinder haben somit fast ihre

gesamte Schullaufbahn in Deutschland absolviert und es ist angesichts der Dauer des Aufenthaltes ein entsprechender Integrationsgrad festzustellen. Die Beklagte hat mit allen Klägern am 11. April 2007 auch Integrationsvereinbarungen getroffen. Sie geht damit von einer entsprechenden Integrationsfähigkeit der Kläger aus. Anderes ist auch nicht in dem hier streitigen Zeitraum festzustellen. Gegen eine Integration spricht auch nicht entscheidend, dass der Kläger zu 1.) durch Strafbefehl des Amtsgericht AB. vom 10. Mai 2000 wegen Sozialhilfebetruges aufgrund verschwiegenen Einkommens zu einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen verurteilt wurde.

Deshalb ist die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision wird zugelassen (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG). Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, da höchstrichterlich noch nicht entschieden ist, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten in der Vergangenheit in jedem Fall auch Relevanz für die aktuelle Leistungsgewährung hat oder ob ein in der Vergangenheit liegendes rechtsmissbräuchliches Verhalten auch dann leistungseinschränkend ist, wenn es im streitigen Leistungszeitraum keine konkret-kausale Relevanz für die Aufenthaltsdauer mehr zeigt. Der Zulassung der Revision steht nicht entgegen, dass § 2 Abs. 1 AsylbLG hier in einer alten Fassung angewandt wird, weil sich das vorliegende Problem unverändert auch bei der seit dem 28. August 2007 geltenden Fassung dieser Vorschrift stellt, denn die Änderung bezieht sich auf die Länge der erforderlichen Vorbezugszeiten von Leistungen nach § 3 AsylbLG.

Vorinstanz: SG Hannover, Gerichtsbescheid vom 23.5.2005, S 51 AY 39/05