

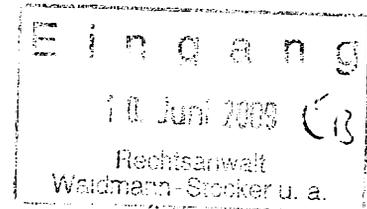
# LANDESSOZIALGERICHT NIEDERSACHSEN-BREMEN

Mandant hat Abschrift

L 11 AY 44/09 B ER + L 11 AY 45/09 B

S 40 AY 16/09 ER (Sozialgericht Hildesheim)

## BESCHLUSS



In dem Beschwerdeverfahren

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte:

zu 1-3: Rechtsanwälte Waldmann-Stocker pp.,  
Papendiek 24 - 26, 37073 Göttingen,

g e g e n

Landkreis Hildesheim, vertreten durch den Landrat OE 908 - Rechtsangelegenheiten -,  
Bischof-Janssen-Straße 31, 31134 Hildesheim,

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

hat der 11. Senat des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen  
am 8. Juni 2009 in Celle  
durch die Richterin Dr. Oppermann - Vorsitzende -, die Richterin Josephi und  
den Richter Dr. Blöcher  
beschlossen:

**Der Beschluss des Sozialgerichts Hildesheim vom  
28. Januar 2009 wird wie folgt geändert:  
Den Antragstellern wird Prozesskostenhilfe für das erstin-  
stanzliche Verfahren unter Beordnung von Rechtsanwalt  
Waldmann-Stocker, Göttingen, bewilligt.  
Ratenzahlung wird nicht angeordnet.**

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Kosten sind nicht zu erstatten.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das  
Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

## GRÜNDE

### I.

Die Antragsteller begehren im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Gewährung von Leistungen nach § 2 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG).

Die 1969 geborene Antragstellerin zu 1) ist kosovarische Staatsangehörige und die Mutter der 1996 und 1997 in Deutschland geborenen Antragsteller zu 2) und zu 3). Sie reiste nach eigenen Angaben 1988 erstmals illegal in das Bundesgebiet ein und stellte 1994 einen Asylantrag, wobei sie angab, albanische Volkszugehörige zu sein. Ihr Asylantrag wurde mit Bescheid vom 1. August 1994 als offensichtlich unbegründet abgelehnt; in der Begründung der Entscheidung führte das Bundesamt aus, dass es sich bei der Antragstellerin zu 1) vermutlich um eine Angehörige der Volksgruppe der Roma handele. In der Folgezeit wurde sie zunächst geduldet. Eine im März 1998 eingeleitete Rückführungsmaßnahme wurde letztlich nicht durchgeführt.

Nach Einreise in das Bundesgebiet bekam die Antragstellerin zu 1) mit ihrem damaligen Lebensgefährten Herrn ... 1990 und 1991 ihre ersten Kinder. Ihr Lebensgefährte verbüßte sodann von 1993 bis 1998 eine Haftstrafe. Mit Verfügung vom 2. November 1994 wurde er ausgewiesen und in den Jahren 2002 sowie 2007 abgeschoben. Gemeinsame Sorgerechtserklärungen für die Kinder der Antragstellerin zu 1) sind nicht bekannt.

Am 22. November 1999 stellten die Antragsteller Asyl- bzw. Asylfolgeanträge. Im Mai 2000 gab die Antragstellerin zu 1) schließlich an, eine Angehörige der Volksgruppe der Roma zu sein und legte eine entsprechende Bescheinigung der S. D. Roma Union e.V. vor. Die Anträge der Antragsteller wurden mit Bescheid vom 11. Juli 2002 bestandskräftig abgelehnt.

Aufgrund psychischer Beeinträchtigungen erhielt die Antragstellerin zu 1) am 18. Dezember 2006 eine Aufenthaltsbefugnis nach § 25 Abs 5 Aufenthaltsgesetz

(AufenthG); über eine solche Aufenthaltsbefugnis verfügen die Antragsteller zu 2) und 3) seit dem 13. Juli 2007.

Während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet bezogen die Antragsteller über einen längeren Zeitraum Leistungen nach § 3 AsylbLG. Bis Februar 2008 erhielten sie vom Antragsgegner sog. privilegierte Leistungen nach § 2 AsylbLG, bis dieser mit Bescheid vom 22. Februar 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Juli 2008 für den Zeitraum vom März bis Mai 2008 lediglich Leistungen nach § 3 AsylbLG gewährte. Diese Entscheidung ist Gegenstand eines vor dem Sozialgericht (SG) Hildesheim anhängigen Klageverfahrens (S 39 AY 171/08).

Mit Bescheiden vom 6. Mai 2008 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 7. Juli 2008 gewährte der Antragsgegner den Antragstellern für den Zeitraum Juni und Juli 2008 Leistungen nach § 3 AsylbLG. Diese Entscheidungen sind ebenfalls Gegenstand beim SG Hildesheim anhängiger Klagen (S 40 AY 172/08, S 39 AY 19/09).

Mit Bescheid vom 17. Juli 2008 gewährte der Antragsgegner den Antragstellern für den Monat August 2008 wiederum nur Leistungen nach § 3 AsylbLG in Höhe von insgesamt 582,87 €, die Unterkunft wird durch Sachleistungen gewährt.

Gegen diese Entscheidung erhoben die Antragsteller am 5. August 2008 Widerspruch, über den - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden ist.

Am 11. August 2008 haben die Antragsteller vor dem SG Hildesheim einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes mit dem Ziel, Leistungen gemäß § 2 AsylbLG zu erhalten, gestellt. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten könne ihnen zum einen nicht vorgeworfen werden und wirke sich zum anderen nicht kausal auf die Aufenthaltsdauer aus, da sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet nicht abgeschoben werden konnten. Der ehemalige Lebensgefährte, Herr \_\_\_\_\_, habe bei der Einreise der Antragstellerin zu 1) über einen Aufenthaltstitel verfügt, so dass dieser sich nach der Geburt ihrer Kinder auf den grundrechtlichen Schutz nach Artikel 6 Grundgesetz (GG) berufen könne. Die Versagung von privilegierten Leistungen im Jahre 2008 wegen eines Verhaltens

vor 1994 verstoße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Den Antragstellern zu 2) und zu 3) könne im Übrigen das Verhalten der Antragstellerin zu 1) nicht zugerechnet werden.

Der Antragsgegner hat vorgetragen, dass die Antragstellerin zu 1) sich schon deshalb rechtsmissbräuchlich verhalten habe, da sie sich seit ihrer Ersteinreise 1988 bis 1994 (Zeitpunkt der Asylerstantragstellung) illegal in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten habe. Darüber hinaus habe sie sich bei Asylantragstellung wahrheitswidrig als Volkszugehörige der Albaner ausgegeben, um eine Anerkennung als Asylberechtigte zu erreichen. Erst im Jahr 2000 habe sie ihre Zugehörigkeit zum Volke der Roma und so ihre Täuschung über ihre Volkszugehörigkeit offenbart. Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 17. Juni 2008 (Az: B 8/9b AY 1/07 R) sei bei der Beurteilung des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens auf den gesamten Zeitraum des Aufenthalts in Deutschland abzustellen, selbst ein Verhalten vor der Einreise könne sich als rechtsmissbräuchlich erweisen. Den Antragstellern zu 2) und zu 3) stehe ein Leistungsanspruch gemäß § 2 Abs 1 AsylbLG gemäß § 2 Abs 3 AsylbLG nicht zu.

Mit Beschluss vom 28. Januar 2009 hat das SG Hildesheim die Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes und Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Zur Begründung hat es u. a. unter Bezugnahme auf Art. 16 der Richtlinie 2003/9/EG des Rates der Europäischen Union vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedsstaaten ausgeführt, dass das Verhalten der Antragstellerin zu 1) schon deshalb als rechtsmissbräuchlich einzustufen sei, da sie nicht freiwillig in das Kosovo ausgereist sei, obwohl ihr dies nach Auffassung des Gerichts zumutbar gewesen wäre. Hinzutrete, dass sie sich im Zeitraum von 1988 bis 1994 illegal im Bundesgebiet aufgehalten habe und so dem Zugriff deutscher Behörden bewusst entzogen habe. Als weiteres unredliches, von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten sei die bei Asylantragstellung 1994 verübte Täuschung über die Zugehörigkeit zum Volke der Albaner zu nennen, die die Antragstellerin zu 1) erst im Jahre 2000 - nach Stabilisierung der Verhältnisse in Jugoslawien - offenbart habe mit der für sie wiederum günstigeren Angabe, Roma aus dem Kosovo zu sein. Den grundrechtlichen Schutz des Art 6 GG, den die Antragstellerin zu 1) aus einem behaupteten

teten Aufenthaltstitel des Herrn . herleitet, sei reine Spekulation und bei der Bewertung des Verhaltens der Antragstellerin zu 1) unbeachtlich. Aus den objektiven Umständen des Verhaltens der Antragstellerin zu 1) lasse sich das Willen und Wollen, die Aufenthaltsdauer in Deutschland zu beeinflussen, insbesondere zu verlängern, schließen. Die unterschiedlichen Angaben zur Volkszugehörigkeit stellen sich unter Berücksichtigung der ausländerrechtlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte jeweils als vorteilhaft für die Antragstellerin zu 1) dar, weil Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts albanische Volkszugehörige aus dem Kosovo vereinzelt als Asylberechtigte anerkannt worden seien und eine Abschiebung von Roma in das Kosovo mittlerweile mangels Zustimmung der UN-Mission im Kosovo nicht möglich sei. Der Leistungsanspruch der Antragsteller zu 2) und zu 3) scheitere an § 2 Abs 3 AsylbLG, da sie im Haushalt ihrer Mutter, der Antragstellerin zu 1), leben und diese keine Leistungen nach § 2 Abs 1 AsylbLG erhalte. Die Vorschrift des § 2 Abs 3 bezwecke auch lediglich eine einheitliche Normierung der Leistungsansprüche und keine Zurechnung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens.

Gegen den am 30. Januar 2009 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller am 2. März 2009 Beschwerde eingelegt und begehren nach wie vor die vorläufige Bewilligung von Leistungen nach § 2 AsylbLG sowie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche und das Beschwerdeverfahren.

Unstreitig sei, dass die Antragsteller die zeitlichen Vorgaben des § 2 Abs 1 AsylbLG erfüllt haben. Im Übrigen weisen sie darauf hin, dass die Antragsteller allesamt im Besitz von Aufenthaltstiteln nach § 25 Abs 5 AufenthG seien, so dass allein deshalb ein rechtsmissbräuchliches Verhalten iS von § 2 Abs 1 AsylbLG nicht vorliege. Wie auch das Landessozialgericht (LSG) Niedersachsen-Bremen in dem Beschluss vom 17. Oktober 2007 (L 11 AY 15/07 ER) ausgeführt habe, sei im Übrigen der Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs zeitlich nämlich vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht unbegrenzt aufrecht zu erhalten. Durch die Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltstitel für die Antragsteller habe die zuständige Ausländerbehörde den Aufenthalt der Antragsteller legalisiert. Eine andere Betrachtungsweise würde zu widersprechender Verwaltungsentscheidung führen. Im Übrigen beziehe sich die Rechtsprechung des BSG vom

17. Juni 2008 ohnehin nur auf Leistungsberechtigte, die geduldet werden. Eine Übertragung der Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall sei nicht möglich.

Der Antragsgegner bezieht sich auf das erstinstanzliche Vorbringen sowie auf die Gründe des Beschlusses des SG Hildesheim vom 28. Januar 2009. Darüber hinaus führt er aus, dass nähere Erkenntnisse bzgl. der Möglichkeit der Abschiebung nach Jugoslawien bzw. in das Kosovo im Zeitraum von der Einreise der Antragsteller bis ca. 1996 dort nicht vorliegen. Soweit dort bekannt sei, seien Abschiebungen tatsächlich nicht möglich gewesen, da sich der jugoslawische Staat zunächst weigerte, die sich hier unrechtmäßig aufhaltenden jugoslawischen Staatsangehörigen zurückzunehmen. Ende 1996 sei das deutsch-jugoslawische Rückübernahmeabkommen in Kraft getreten bzw. sei jedenfalls vorläufig anwendbar gewesen, wonach Abschiebungen nach Jugoslawien einschließlich dem Kosovo grundsätzlich möglich gewesen seien und zwar zunächst unabhängig von der Volkszugehörigkeit. In vielen Fällen seien aber Abschiebungen aufgrund dieses Rücknahmeabkommens aus verschiedenen Gründen tatsächlich nicht durchgeführt worden. Mit Erlass vom 10. März 1998 sei die Rückführung von Kosovo-Albanern aufgrund der seinerzeit prekären Sicherheitslage vorläufig ausgesetzt worden. In einem weiteren Erlass vom 9. Juni 1998 sei verfügt worden, dass Abschiebungen albanischer Volkszugehörige in die Bundesrepublik Jugoslawien seinerzeit nicht durchgeführt worden seien. Die Rückführung nicht-albanischer Volkszugehöriger werde allerdings fortgesetzt.

Daraus ergebe sich, dass ab Mitte 1998 Abschiebungen von Roma in das Kosovo zunächst weiterhin grundsätzlich möglich waren. Ab ca. 1999/ Anfang 2000 waren Abschiebungen von Albanern in das Kosovo in Einzelfällen (siehe Erlass vom 7. Dezember 1999) und ab dem Frühjahr 2000 generell wieder möglich gewesen. Dies gelte allerdings nicht für andere ethnische Gruppen wie z. B. Serben, Roma und Ashakli. Die Abschiebungen dieser Personen sei aus tatsächlichen Gründen unmöglich, siehe Erlass vom 7. April 2000. Abschiebungen von Roma in das Kosovo seien seitdem durchgehend ausgesetzt. Im Übrigen seien zwar mittlerweile Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs 5 AuenthG erteilt worden. Dies stelle jedoch keinen Widerspruch zur Gewährung von § 3 AsylbLG-Leistungen dar. Nach der neueren BSG-Rechtsprechung reiche auch ein einmaliges, in der Vergangen-

heit liegendes rechtsmissbräuchliches Verhalten zum dauerhaften Ausschluss von § 2 AsylbLG-Leistungen. Unerheblich sei, ob der Missbrauchstatbestand aktuell noch andauere oder kausal für den derzeitigen Aufenthalt des Ausländers sei. Eine andere Beurteilung sei lediglich in den Fällen geboten, in denen während des gesamten Zeitraums, unabhängig vom Fehlverhalten des Ausländers, eine Abschiebung ausgeschlossen war, etwa wegen eines im Erlasswege geregelten Abschiebungsstopps. Eine evtl. mittlerweile bestehende Reiseunfähigkeit und damit verbundene nicht mögliche Abschiebung wirke sich daher nicht auf den Ausschluss der Analogleistungen aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf die Gerichtsakte und die Leistungs- und Ausländerakten des Antragsgegners Bezug genommen, die vorgelegen haben und Gegenstand der Entscheidung geworden sind.

## II.

Die Beschwerde ist gemäß § 172 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig und auch nicht gemäß § 172 Abs 3 SGG ausgeschlossen. Sie ist aber nur im Hinblick auf die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche Verfahren begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das SG Hildesheim zu Recht den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, da die Antragsteller keinen Anspruch darauf haben, dass ihnen im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes Leistungen nach § 2 AsylbLG zugesprochen werden.

Vorliegend richtet sich der einstweilige Rechtsschutz nach § 86b Abs 2 Satz 2 SGG. Nach dieser Vorschrift sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile erforderlich erscheint. Die tatsächlichen Voraussetzungen des Anordnungsanspruches, deren Durchsetzung im Hauptsacheverfahren beabsichtigt ist sowie des Anordnungs-

grundes - die Eilbedürftigkeit der begehrten Regelungen - sind glaubhaft zu machen (§ 86 Abs 2 Satz 4 SGG, § 920 Abs 3 Zivilprozessordnung - ZPO -). Steht den Antragstellern ein von ihnen geltend gemachter Anspruch voraussichtlich zu und ist es ihnen nicht zuzumuten den Ausgang des Verfahrens abzuwarten, so haben die Antragsteller vorläufig Anspruch auf die beantragte Leistung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

Dies zugrunde gelegt haben die Antragsteller die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht glaubhaft gemacht. Bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes angezeigten summarischen Prüfung haben die Antragsteller den geltend gemachten Anspruch auf Leistungen gemäß § 2 Abs 1 AsylbLG iVm den Regelungen des Zwölften Buches Sozialgesetzbuches (SGB XII) nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

Vorliegend ist § 2 Abs 1 AsylbLG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung von Aufenthalts- und Asylrechtlichen Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 (Artikel 6 Abs 2 Nr 2, Bundesgesetzblatt I 1970, 2007) anzuwenden. Mangels Übergangsvorschrift ist das Gesetz am Tag nach der Verkündung des Gesetzes am 28. August 2007 in Kraft getreten (Artikel 10 Abs 1 BGBl I 1970, 2114).

Gemäß § 2 Abs 1 AsylbLG ist das SGB XII abweichend von den § 3-7 AsylbLG auf diejenigen Leistungsberechtigten jeweils anzuwenden, die über eine Dauer von jeweils 48 Monaten Leistungen gemäß § 3 AsylbLG erhalten haben und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben.

Die Antragsteller unterfielen zunächst dem Anwendungsbereich des § 1 Abs 1 Nr 4 und nunmehr dem Anwendungsbereich des § 1 Abs 1 Nr 3 AsylbLG, da sie über eine befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 5 AufenthG verfügen.

Vorliegend kann es dahin stehen, ob die Antragsteller die Vorbezugszeit des § 2 AsylbLG von 48 Monaten erfüllen, da jedenfalls der Antragstellerin zu 1) aller Voraussicht nach ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen ist.

Hierunter fällt ein zu missbilligendes, sozialwidriges Verhalten unter Berücksichtigung des Einzelfalles, das nicht nur eine objektive, sondern auch eine subjektive Komponente (Vorsatz bezogen auf die die Aufenthaltsdauer beeinflussenden Handlungen mit dem Ziel der Beeinflussung der Aufenthaltsdauer) enthält. Hierbei kommt es auf die Betrachtung der gesamten Dauer des Aufenthaltes in der Bundesrepublik an. Ein einmaliges Fehlverhalten von solchem Gewicht, das einen Leistungsausschluss rechtfertigt, reicht hierfür aus (vgl. BSG, Urteil vom 17. Juni 2008 - B 8 AY 12/07 R -).

Dabei kann hier die vom erkennenden Senat in dem Urteil vom 21. Januar 2009, L 11 AY 2/08, - veröffentlicht in juris - aufgeworfene Frage, ob ein Rechtsmissbrauch auch in einer unterlassenen freiwilligen Ausreisemöglichkeit vorliegen kann, offen gelassen werden. Darüber hinaus kann offen bleiben, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten darin zu sehen ist, dass sich die Antragstellerin zu 1) nach ihren eigenen Angaben über mehrere Jahre illegal in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten hat und nach eigenen Angaben im Jahr 1994 nur deswegen einen Asylantrag gestellt hat, weil die Familie ihres ehemaligen Lebensgefährten nach dessen Inhaftierung sie der dortigen Wohnung verwiesen hat.

Der Antragstellerin zu 1) ist aber der Vorwurf zu machen, dass sie vorsätzlich und mit dem Ziel des Verbleibs bzw. der nachhaltigen Verzögerung des Aufenthalts in der Bundesrepublik bei der Asylantragstellung im Jahre 1994 falsche Angaben zu ihrer Identität, zu ihrer Volkszugehörigkeit gemacht hat. Insoweit hat sie im Jahre 1994 zunächst mitgeteilt, zum Volke der Albaner zu gehören und erst im Jahre 2000 unter Vorlage einer Bescheinigung der S. D. Roma Union e. V. vorgetragen, dass sie zum Volke der Roma gehöre. Wie das SG Hildesheim richtig ausgeführt hat, stellen sich die unterschiedlichen Angaben zur Volkszugehörigkeit unter Berücksichtigung der ausländerrechtlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte jeweils als vorteilhaft für die Antragstellerin zu 1) dar. Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts sind albanische Volkszugehörige aus dem Kosovo vereinzelt als Asylberechtigte anerkannt worden. Eine Abschiebung von Roma in das Kosovo ist entsprechend dem Nds. Runderlass vom 07. April 2000 tatsächlich nicht möglich.

Ob die Antragstellerin zu 1) darüber hinaus gegen ihre nach dem AufenthG obliegenden Pflichten zur Mitwirkung, insbesondere zur Passbeschaffung verstoßen hat, kann aufgrund des dargelegten überwiegend wahrscheinlichen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens dahin stehen.

Auch die vom BSG vom 17. Juni 2008 - B 8/9b AY 1/07 R - geforderten Anforderungen an den Kausalzusammenhang sind aller Voraussicht nach vorliegend erfüllt. Danach ist im Hinblick auf die Beeinflussung der Dauer des Aufenthaltes eine typisierende, also generell abstrakte Betrachtungsweise hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen dem vorwerfbaren Verhalten und der Beeinflussung der Dauer des Aufenthaltes anzunehmen, ein Kausalzusammenhang im eigentlichen Sinn ist damit nicht erforderlich. Dies bedeutet, dass jedes von der Rechtsordnung missbilligte Verhalten, das - typisierend - der vom Gesetzgeber missbilligten Beeinflussung der Dauer des Aufenthaltes dienen kann, ausreichend ist, um die kausale Verbindung zu bejahen (vgl. BSG, Urteil vom 17. Juni 2008, - B 8/9b AY 1/07 R RdNr 43- veröffentlicht in juris), wenn es von solchem Gewicht ist, so dass bereits bei einem einmaligen Verstoß der Einbezug des Leistungsausschlusses der minderjährigen Kinder gerechtfertigt ist.

Eine Ausnahme von der typisierenden Betrachtungsweise ist aller Voraussicht nach vorliegend nicht anzunehmen. Eine solche Ausnahme kann gemacht werden, wenn eine etwaige Ausreisepflicht des betroffenen Ausländers unabhängig von seinem Verhalten ohnehin in dem gesamten Zeitraum ab dem Zeitpunkt des Rechtsmissbrauchs nicht hätte vollzogen werden können, etwa weil die Erlasslage des zuständigen Innenministeriums eine Abschiebung ohnehin nicht zugelassen hätte. In diesen Fällen ist eine typisierende Betrachtungsweise nicht mehr zulässig. Lässt es sich nicht feststellen, ob eine solche Ausnahme vorliegt, geht dies zu Lasten des Ausländers (vgl. BSG a.a.O. RdNr 44).

Vorliegend ist nach derzeitigem Sachstand nicht davon auszugehen, dass eine Abschiebung in dem ganzen Zeitraum seit Einreise nicht möglich gewesen wäre. Dabei geht der Senat davon aus, dass die Antragstellerin nach ihren jetzigen Angaben und der vorgelegten Bescheinigung der S. D. Roma Union e. V., tatsächlich dem Volk der Roma angehört. Ende 1996 trat das deutsch-jugoslawische

Rücknahmeabkommen in Kraft, bzw. war jedenfalls vorläufig anwendbar, wonach Abschiebungen nach Jugoslawien zunächst unabhängig von der Volkszugehörigkeit, siehe Runderlass des Ministeriums des Inneren (MI) vom 19. November 1996 (Nds. MBl. Nr. 5/1997, 133f) grundsätzlich möglich waren. Die Antragsteller wurden dementsprechend im März 1998 auch tatsächlich zur Rückführung aufgrund dieses Abkommens angemeldet, eine Abschiebung kam allerdings nicht zustande. Mit Erlass des Nds. Innenministeriums vom 9. Juni 1998 wurde geregelt, dass Abschiebungen albanischer Volkszugehöriger nicht durchgeführt werden, die Rückführung nicht-albanischer Volkszugehöriger jedoch fortgesetzt werde. Der Senat geht daher davon aus, dass Abschiebungen von Roma in diesem Zeitraum grundsätzlich möglich waren.

Dass die Abschiebung von Roma in das Kosovo später aus tatsächlichen Gründen unmöglich wurde, wirkt sich nicht zu Gunsten der Antragsteller aus. Auch geht der Senat nicht davon aus, dass sich die Antragsteller auf den Schutz des Art. 6 GG in den Jahren 1997 bis 1999 berufen können. Der besondere Schutz der Familie bezieht sich nämlich nur auf eine familiäre Lebensgemeinschaft, die vorliegend nicht glaubhaft dargelegt ist. Der ehemalige Lebensgefährte der Antragstellerin zu 1) war nämlich in dem Zeitraum von 1993 bis 1998 in Haft und es finden sich in der Ausländerakte lediglich Besuchsscheine für den 25. Mai, 28. Mai und 6. August 2001. Abgesehen davon, dass nicht mal ein Vaterschaftsnachweis vorliegt, ist damit eine familiäre Lebensgemeinschaft nicht glaubhaft gemacht.

Dass ggf. eine dauernde Reiseunfähigkeit der Antragsteller aufgrund ihrer psychischen Erkrankung vorliegt, ist nicht dargetan. Für die Bejahung der kausalen Verknüpfung ist es auch nicht erforderlich, dass aktuell eine Abschiebung möglich wäre. Jedenfalls ist es derzeit nicht ersichtlich, dass eine Rückkehr aufgrund der Erkrankungen der Antragsteller zu 1-3) dauerhaft nicht möglich ist. Aktuelle medizinische Befunde liegen nicht vor. Mit ärztlichem Attest des Dr. ... vom 07. November 2005 ist für die Antragstellerin zu 1) eine posttraumatische Belastungsstörung beschrieben, wobei die damalige Symptomatik wohl durch die erlebte Gewalt durch den Lebenspartner ausgelöst wurde. Es wurde aber auch ausge-

führt, dass eine traumatherapeutische Behandlung zwei bis drei Jahre in Anspruch nehmen werde.

Für die Antragsteller zu 2 und 3) wurde zuletzt mit Befunden vom 15. August 2005 und 09. September 2005 der Niedersächsischen Fachklinik für Kinder und Jugendpsychiatrie und- psychotherapie die Diagnose: Anpassungsstörung mit gemischter Störung von Gefühlen und Sozialverhalten gestellt und zunächst stationäre und dann ambulante Therapie empfohlen, um das Erlebte zu verarbeiten und alternative Konfliktbewältigungsstrategien zu entwickeln. Aktuelle Befunde liegen aber auch hier nicht vor.

Aufgrund der Vorschrift des § 2 Abs 3 AsylbLG ist auch für die Antragsteller zu 2) und zu 3) ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Danach erhalten minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern oder mit einem Elternteil in einer Haushaltsgemeinschaft leben nur dann Leistungen nach § 2 Abs 1, wenn mindestens ein Elternteil in der Haushaltsgemeinschaft Leistungen nach Abs 1 erhält. Dies ist nach den vorgenannten Ausführungen nicht gegeben.

Dennoch war den Antragstellern für das erstinstanzliche Verfahren Prozesskostenhilfe unter Beiordnung ihres Bevollmächtigten gemäß § 73a SGG iVm § 114 ff Zivilprozessordnung (ZPO) zu gewähren, da nach der Senatsrechtsprechung z. B. Urteil vom 18. Dezember 2007 (L 11 AY 31/07) und der seinerzeit maßgeblichen Rechtsprechung des BSG vom 08. Februar 2007 Az: B 9b AY 1/06 R es für die Frage des Rechtsmissbrauches maßgeblich auf die Möglichkeit und Zumutbarkeit der freiwilligen Ausreise ankam. Jedenfalls im Hinblick auf die psychische Erkrankung der Antragsteller könnte nach dieser Rechtsprechung der Rechtsmissbrauch fraglich gewesen sein. Zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag lagen die Gründe des Urteils des BSG vom 17. Juni 2008 a. a. O. noch nicht vor, so dass jedenfalls zum Zeitpunkt der PKH-Entscheidungsreife die Erfolgsaussicht noch eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich hatte.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich allerdings gleichfalls, dass ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe gemäß § 73a SGG, 114 ZPO für das Beschwerdeverfahren nicht mehr gegeben war, da zu diesem Zeitpunkt (bereits seit September 2008) die Gründe des vorgenannten BSG-Urteils vorlagen und seit diesem Zeitpunkt eine Auseinandersetzung mit diesen Gründen möglich war.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

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

Dr. Oppermann

Josephi

Dr. Blöcher



Ausgegeben  
*Ch*  
9 JUN. 2009  
Justizsekretär  
als Leiter des Geschäfts  
der Geschäftsstelle