

In der Beschwerdesache L 7 AY 4413/05 ER-B
erging durch den 7. Senat des

Eingegangen

30. NOV. 2005

Stumm-Szelency & Szelency
Rechtsanwälte

Landessozialgerichts Baden-Württemberg

am 15. November 2005
folgender

Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Freiburg vom 20. September 2005 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern ab 11. Juli 2005 vorläufig bis zum 11. Januar 2006 - längstens jedoch bis zur Bestandskraft des Bescheides vom 31. März 2005 - Leistungen nach § 2 Abs. 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes in Verbindung mit dem Zwölften Buch des Sozialgesetzbuches unter Anrechnung der seit dem 11. Juli 2005 erbrachten Leistungen zu gewähren.

Der Antragsgegner hat den Antragstellern die außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen zu erstatten.

Gründe

Die unter Beachtung der Vorschrift des § 173 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde, der das Sozialgericht (SG) Freiburg nicht abgeholfen hat (§ 174 SGG), ist zulässig und begründet. Das SG Freiburg hat den Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung zu Unrecht abgelehnt.

Nach § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG kann das Gericht der Hauptsache, soweit nicht ein Fall des Abs. 1 a.a.O. vorliegt, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Satz 2 a.a.O.).

Vorliegend kommt, da die Voraussetzungen des § 86b Abs. 1 SGG ersichtlich nicht gegeben sind und es auch nicht um die Sicherung eines bereits bestehenden Rechtszustands geht (Sicherungsanordnung <Abs. 2 Satz 1 a.a.O.>), nur eine Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG in Betracht (vgl. dazu Keller in Meyer-Ladewig, SGG, 8. Auflage, § 86b Rdnrn. 25 ff.; Funke-Kaiser in Bader, VwGO, 3. Auflage, § 123 Rdnrn. 7, 11.). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die - summarische - Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung (vgl. Bundesverwaltungsgericht <BVerwG> Buchholz 421.21 Hochschulzulassungsrecht Nr. 37; Schoch in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO § 123 Rdnrn. 64, 73 ff., 80 ff.; Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO § 123 Rdnrn. 78 ff.). Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung). Dabei sind die diesbezüglichen Anforderungen umso niedriger, je schwerer die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbundenen Belastungen - insbesondere auch mit Blick auf ihre Grundrechtsrelevanz - wiegen (vgl. Bundesverfassungsgericht <BVerfG> NJW 1997, 479, 480 f.; NJW 2003, 1236 f.; Beschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 = NVwZ 2005, 927 ff.); Funke-Kaiser in Bader, VwGO, 3. Auflage, § 123 Rdnr. 58; Puttler in Sodan/Ziekow, a.a.O. Rdnrn. 95, 99 ff.). Die Er-

folgsaussichten der Hauptsache sind daher bei besonders folgenschweren Beeinträchtigungen u.U. nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen; ggf. ist eine Folgenabwägung vorzunehmen (vgl. BVerfG NVwZ 1997, a.a.O.; NVwZ 2005, a.a.O.). Maßgebend für die Beurteilung der Anordnungsvoraussetzungen sind regelmäßig die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung (ständige Rechtsprechung des Senats; vgl. z.B. Beschlüsse vom 15. Juni 2005 - L 7 SO 1594/05 ER-B -, 1. August 2005 - L 7 AS 2875/05 ER-B - und vom 17. August 2005 - L 7 SO 2117/05 ER-B <jeweils m.w.N. aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>; Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a.a.O. Rdnrn. 165 ff.; Puttler in Sodan/Ziekow, a.a.O. Rdnr. 79; Funke-Kaiser in Bader u.a., a.a.O. Rdnr. 62).

Eine einstweilige Anordnung ist hier erforderlich, um den Lebensunterhalt der Antragsteller sicherzustellen. Die Frage des Ausschlusses der Antragsteller von Leistungen nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches (§ 7 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz SGB II) ist nicht Gegenstand dieses, auf Leistungen der Sozialhilfe bezogenen Antrags. Es spricht bei der im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage viel dafür, dass den Antragstellern der behauptete Anspruch auf Gewährung von Leistungen der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch des Sozialgesetzbuches (SGB XII) zusteht, da die Voraussetzungen des dieses ausschließenden § 2 Abs. 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) in der geltenden Fassung nicht gegeben sein dürften. Nach dieser Vorschrift erhalten diejenigen Leistungsberechtigten weiterhin nur beschränkte Leistungen nach § 3 AsylbLG, die die Dauer ihres Aufenthalts rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners und des SG Freiburg dürfte sich das Verhalten der Antragsteller, das darin besteht, nicht freiwillig in den Kosovo auszureisen, nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht als rechtsmissbräuchlich darstellen.

Nach der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des § 2 Abs. 1 AsylbLG bestand ein Anspruch auf die (höheren) Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz, wenn die Ausreise nicht erfolgen und aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden konnten, weil humanitäre, rechtliche oder persönliche Gründe oder das öffentliche Interesse entgegenstanden. Damit war auf die Unmöglichkeit (auch) der freiwilligen Ausreise abgestellt (GK zum AsylbLG, Stand Dez. 2004, § 2 Rdnr. 34). Die hier anzuwendende neue Fassung des Gesetzes hat erkennbar die Voraussetzungen für die Leistungseinschränkung verändert und verlangt nunmehr nicht eine Begrenzung der Befugnisse der Ausländerbehörde, sondern ein

rechtsmissbräuchliches Verhalten des Leistungsbeziehers in Bezug auf die Dauer des Aufenthalts. Wegen der unterschiedlichen sprachlichen und inhaltlichen Fassungen der Norm ist die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum früheren § 2 AsylbLG für die Auslegung des neuen Rechts nicht ohne Weiteres aussagekräftig. Hinsichtlich des geltenden § 2 Abs. 1 AsylbLG sind die Positionen in der Sozialgerichtsbarkeit bislang unterschiedlich. Hat einerseits das SG Hannover in einem Beschluss vom 25. April 2005 entschieden, dass Rechtsmissbrauch ein vorwerfbares Verhalten des Ausländers voraussetze, das über die bloße Aufenthaltsverlängerung hinausgeht (S 51 AY 42/05 ER; in diesem Sinn auch SG Hildesheim Beschluss vom 23. Mai 2005 - S 34 AY 8/05 ER), hält das SG Würzburg Rechtsmissbrauch bereits dann für gegeben, wenn jemand nicht ausreist, obwohl er zumutbar hätte ausreisen können; ein zusätzliches vorwerfbares Verhalten sei nicht notwendig (Beschluss vom 25. Mai 2005 - S 15 AY 2/05 ER). Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass eine zumutbare Ausreisemöglichkeit besteht (so zu Recht SG Braunschweig, Beschluss vom 25. Januar 2005 - S 20 AY 2/05 ER - InfAusR 2005, 159).

Rechtsmissbrauch ist nur bei vorwerfbarem Tun oder Unterlassen anzunehmen. Dies entspricht der mit der Änderung verbundenen Intention des Gesetzgebers, den Ausländer zu sanktionieren, der durch die beispielhaft genannten Verhaltensweisen, wie Vernichtung des Passes oder Angabe einer falschen Identität, die Aufenthaltsdauer verlängert (vgl. BT-Ds 15/420, S. 121). Ein bloßes Nichtausreisen kann dem allenfalls dann gleichgestellt werden, wenn einer freiwilligen Ausreise keine nachvollziehbaren und/oder gewichtigen Gründe entgegenstehen (so wohl auch Hohm in NVwZ 2005, S. 388/390). Die Antragsteller können sich jedoch auf solche gewichtigen Gründe berufen. Sie sind im Besitz von ausländerrechtlichen Duldungen und werden nach den maßgeblichen Erlassen des Innenministeriums Baden-Württemberg seit Abschluss ihrer Asylverfahren und weiter bis heute nicht abgeschoben (vgl. Schreiben des Innenministeriums vom 23. Mai 2005 - 4-13-S.u.M/100 -). Nach diesem Erlass ist zwar von der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise von Roma aus dem Kosovo auszugehen, mit einer zwangsweisen Rückführung wird jedoch erst mit geringen Zahlen und nur bezüglich verurteilter Straftäter begonnen. Dies beruht auf Gesprächen einer Bundesländerdelegation mit der zivilen Verwaltung im Kosovo (UNMIK) vom 25. und 26. April 2005. Die UN-Verwaltung hat gegenüber dieser Kommission von einer Verbesserung der Lage in Roma gesprochen, welche eine Rückführung von Straftätern zulasse. Dabei ist allerdings von 40 Personen pro Monat (aus dem gesamten Bundesgebiet) die Rede. Diese vorsich-

tige Politik folgt aus den Lageeinschätzungen der UNMIK und des UNHCR hinsichtlich der Angehörigen der Roma im Kosovo (vgl. zuletzt März 2005 UNHCR-Position zur fortdauernden Schutzbedürftigkeit von Personen aus dem Kosovo). Die in den Lageberichten zum Ausdruck kommende Unsicherheit resultiert aus den pogromartigen Ausschreitungen der albanischen Bevölkerungsmehrheit gegenüber den Roma im März 2004 (vgl. hierzu UNHCR Position vom 30. März 2004). Insofern ist die Lage dort anders und ungünstiger als noch 2000 und 2001 (vgl. dazu VG Sigmaringen Urteil vom 24. Januar 2005 - 5 K 2193/04 <juris> und VG Münster Urteil vom 8. Juni 2004 5 K 1744/01 <juris>).

Bei dieser Sachlage erscheint dem Senat das Verbleiben der Antragsteller im Bundesgebiet nicht rechtsmissbräuchlich. Rechtsmissbrauch setzt nach der oben dargestellten Auslegung des § 2 Abs. 1 AsylbLG ein vorwerfbares Verhalten voraus. Zwar kann auch ein Unterlassen vorwerfbar sein, wenn eine eindeutige und klar erkennbare Handlungspflicht besteht. Eine solche kann angesichts der geschilderten Sicherheitslage im Kosovo und dem zögerlichen Verhalten der dortigen UN-Verwaltung hinsichtlich der Rückkehr gerade der Roma bezüglich deren freiwilliger Ausreise nicht angenommen werden. Die Antragsteller sind zwar ausländerrechtlich ausreisepflichtig. Sie gehen aber mit der derzeitigen UN-Verwaltung des Kosovo offensichtlich davon aus, dass eine Rückkehr von Roma in größerer Zahl Sicherheitsprobleme aufwerfen könnte. Vor diesem Hintergrund kann ihr derzeitiges Verbleiben nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden.

Entgegen der Auffassung des SG liegt auch ein Anordnungsgrund vor. Die Antragsteller haben nunmehr über drei Jahre nur Sachleistungen nach § 3 AsylbLG und einen geringfügigen Barbetrag erhalten. Es liegt auf der Hand, dass in dieser Zeit auch bei Anlegung sozialhilfrechtlicher Maßstäbe ein Nachholbedarf entstanden ist. Es ist ihnen nicht zumutbar, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten und weiter auf ein Existenzminimum unter dem Niveau des § 1-Satz 1-SGB XII verwiesen zu werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193-SGG. (vgl. BSG SozR 3-1500 § 193-Nr. 6).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar (§ 177-SGG).