

L 6 KG 1480/96

Land

Hessen

Sozialgericht

Hessisches LSG

Sachgebiet

Kindergeld-/Erziehungsgeldangelegenheiten

Abteilung

6

1. Instanz

SG Marburg (HES)

Aktenzeichen

S 5a Kg 532/94

Datum

10.10.1996

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 6 KG 1480/96

Datum

07.06.2000

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Die bestehende Ausreisepflicht eines geduldeten Ausländers oder eines Ausländers, dessen Aufenthalt lediglich nach § 55 AsylVerfG zur Durchführung des Asylverfahrens gestattet ist, steht der Annahme eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts nicht grundsätzlich entgegen. Für asylsuchende oder anderweitig nach dem Ausländergesetz geduldete Kinder von ansonsten Kindergeldberechtigten kommt es deshalb im Rahmen des § 2 Abs. 5 BKGG maßgeblich darauf an, ob bei diesen Kindern die Prognose eines nicht absehbaren Daueraufenthalts in der Bundesrepublik gerechtfertigt ist (Abgrenzung zu BSG, Urt. v. 10.7.1997 - [14/10 RKg 21/95](#) = [SozR 3-5870 § 2 Nr. 39](#)).

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Marburg vom 10. Oktober 1996 aufgehoben. Unter Aufhebung des Bescheides vom 28. Februar 1994 und des Widerspruchsbescheides vom 22. August 1994 wird die Beklagte verurteilt, dem Kläger für die Kinder R., J., Sch. und R. K. in der Zeit ab Juli 1993 bis Dezember 1995 Kindergeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

II. Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten beider Instanzen zu erstatten. Im übrigen haben die Beteiligten einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt für seine Pflegekinder R. (geb. 1982), J. (geb. 1984), Sch. (geb. 1988) und R. (geb. 1989) ab Juli 1993 Kindergeld für die Zeit bis Dezember 1995.

Der 1958 geborene Kläger lebt seit 1981 in der Bundesrepublik Deutschland. Er ist seit Mai 1995 deutscher Staatsangehöriger. Vorher besaß er die Staatsangehörigkeit von Afghanistan. Bis zu seiner Einbürgerung verfügte der Kläger während des streitbefangenen Zeitraums über eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis.

Die Kinder R., J., Sch. und R., die alle den Familiennamen K. tragen, reisten im Dezember 1992 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Sie leben seither in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Kläger und dessen Ehefrau Z ... Der Kläger ist der Onkel dieser Kinder. Deren Eltern sind zum Zeitpunkt der Einreise in Afghanistan verblieben. Ob die Eltern noch leben und wo sie sich in Afghanistan aufhalten, ist ungeklärt. Nach dem Vortrag des Klägers gegenüber dem Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge war der Vater der vier Kinder zum Zeitpunkt von deren Ausreise in Afghanistan in der Gewalt der dortigen M. und soll später in Afghanistan umgekommen sein.

Durch Beschluss des Amtsgerichts Marburg vom 19. Januar 1993 im Verfahren 3 VII K 4787 wurde die Feststellung getroffen, dass die elterliche Sorge der Eltern der Kinder R., J., Sch. und R. ruhe; der Kläger wurde gleichzeitig zum Vormund dieser Kinder bestellt.

Am 2. Februar 1993 beantragte der Kläger für die vier Kinder die Gewährung von politischem Asyl. Während des laufenden Asylverfahrens war der Aufenthalt der Kinder nach §§ 55, 63 Asylverfahrensgesetz (AsylVerfG) gestattet. Der Asylantrag wurde vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge durch Bescheid vom 29. November 1993 abgelehnt und die Kinder zur Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland aufgefordert; gleichzeitig wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen des § 53 Abs. 4 Ausländergesetz (AuslG) vorliegen, die Kinder also nicht nach Afghanistan abgeschoben werden dürfen. Die hiergegen gerichtete Klage wurde vom Verwaltungsgericht Gießen durch Urteil vom 28. März 1994 (Az. 2 E 16902/93.A, 2 E 16903/93.A, 2 E 19904/93.A und 2 E 16905/93.A) abgewiesen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Gießen ist rechtskräftig geworden. Im Anschluss an das Asylverfahren wurde vom

Oberbürgermeister der Stadt Marburg eine Duldungsbescheinigung nach § 69 Abs. 2 AuslG ausgestellt, die über den streitbefangenen Zeitraum hinaus verlängert worden ist. Seit dem 16. April 1996 verfügen die Kinder über eine Aufenthaltsbefugnis, die zunächst für die Dauer von zwei Jahren erteilt wurde.

Einen im März 1993 gestellten Antrag auf Kindergeld für die Kinder R., J., Sch. und R. lehnte die Beklagte im August 1993 ab. Während des seinerzeitigen Verwaltungsverfahrens hatte die Beklagte bei der Ausländerbehörde der Stadt Marburg eine Auskunft eingeholt, die die Stadt Marburg am 20. Juli 1993 dahingehend beantwortete, dass auch im Falle einer Ablehnung des damals noch nicht rechtskräftig entschiedenen Asylantrags dieser Kinder von deren Abschiebung abgesehen werde.

Am 21. Januar 1994 beantragte der Kläger erneut die Gewährung von Kindergeld für seine Pflegekinder. Seine Ehefrau stimmte einer Leistungsgewährung an den Kläger zu. Die Beigeladene, die dem Kläger während des streitbefangenen Zeitraums Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) bzw. Pflegegeld nach § 22 BSHG gewährte, hat in Bezug auf das Kindergeld gegenüber der Beklagten einen Erstattungsanspruch geltend gemacht.

Durch Bescheid vom 28. Februar 1994 wurde der Kindergeldantrag des Klägers von der Beklagten mit der Begründung abgelehnt, die Kinder verfügten in der Bundesrepublik Deutschland nicht über den nach § 2 Abs. 5 Bundeskindergeldgesetz (BKGG) erforderlichen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt. Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde durch Widerspruchsbescheid vom 22. August 1994 zurückgewiesen. Darin führte die Beklagte aus, Kinder von Ausländern könnten einen inländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nur dann begründen, wenn davon ausgegangen werden könne, dass einem Aufenthalt im Bundesgebiet keine ausländerrechtlichen Hinderungsgründe entgegenstünden. Dies sei regelmäßig aber nur dann der Fall, wenn die Kinder eine Aufenthaltsgenehmigung besäßen. Zwar seien vom Erfordernis einer solchen Aufenthaltsgenehmigung Kinder unter 16 Jahren gewöhnlich ausgenommen, wenn ihre Eltern im Besitz einer entsprechenden Genehmigung seien. Kinder, die sich ohne Eltern im Bundesgebiet aufhielten, benötigten aber grundsätzlich einen solchen Aufenthaltstitel. Bei den Pflegekindern des Klägers sei dies aber nicht der Fall, deshalb komme eine Kindergeldgewährung nicht in Betracht.

Die hiergegen erhobene Klage hat das Sozialgericht Marburg durch Urteil vom 10. Oktober 1996 abgewiesen. Das Sozialgericht hat die Auffassung vertreten, Voraussetzung für einen Kindergeldanspruch ausländischer Kinder sei, dass diese über einen ausländerrechtlichen Titel verfügten. Dies sei bei den Pflegekindern des Klägers jedoch nicht der Fall, da diese nicht die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung oder Aufenthaltserlaubnis besäßen. Ihr Aufenthalt sei lediglich geduldet. Dies schließe einen Anspruch auf Kindergeld aus.

Gegen das dem Kläger am 30. Oktober 1996 zugestellte Urteil richtet sich die am 26. November 1996 beim Sozialgericht Marburg eingegangene Berufung. Der Kläger ist der Auffassung, auf das Vorliegen eines bestimmten Aufenthaltstitels komme es vorliegend nicht an. Vielmehr sei maßgeblich auf den Aufenthaltsstatus des Erziehungsberechtigten abzustellen. Im übrigen sei der Aufenthalt seiner Pflegekinder stets gesichert gewesen.

Der Kläger beantragt sinngemäß, das Urteil des Sozialgerichts Marburg vom 10. Oktober 1996 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 28. Februar 1994 sowie des Widerspruchsbescheides vom 22. August 1994 zu verurteilen, ihm für seine Pflegekinder R., J., Sch. und R. ab Juli 1993 bis einschließlich Dezember 1995 Kindergeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält die ergangenen Bescheide für rechtmäßig. Entscheidend sei insoweit, dass die Pflegekinder des Klägers im streitbefangenen Zeitraum im Bundesgebiet unter Berücksichtigung der aufenthaltsrechtlichen Situation kein dauerndes Aufenthaltsrecht gehabt und sich deshalb nur vorübergehend im Bundesgebiet aufgehalten hätten. Dies folge zunächst aus der Entscheidung des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, nach der die Pflegekinder des Klägers aufgefordert gewesen seien, das Bundesgebiet zu verlassen. Auch die spätere Duldung lasse die bestehende Ausreisepflicht grundsätzlich unberührt. Dies schließe die Annahme eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes der Pflegekinder des Klägers aus.

Die Beigeladene hat sich im Berufungsverfahren nicht geäußert.

Vom Senat wurde bei der Ausländerbehörde der Universitätsstadt Marburg eine Auskunft darüber eingeholt, inwieweit die am 20. Juli 1993 erteilte Auskunft auch für 1994 und 1995 fortgeschrieben werden könne. Die Ausländerbehörde hat mit Schreiben vom 1. Februar 2000, ergänzt durch Schreiben vom 5. Juni 2000 mitgeteilt, dass für die seinerzeit voraussehbare Zukunft auch bei einer Ablehnung der Asylanträge nicht mit einer Abschiebung der Kinder habe gerechnet werden müssen.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und des Vortrags der Beteiligten wird im übrigen auf den gesamten weiteren Inhalt der Gerichtsakte, die beigezogenen Ausländerakten der Kinder R., J., Sch. und R., sowie die beigezogene Kindergeldakte der Beklagten (KG-Nr. 64 155) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ([§ 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -) ist zulässig. Berufungsausschlussgründe nach [§ 144 Abs. 1 SGG](#) liegen nicht vor.

Die Berufung ist auch begründet. Dem Kläger steht im streitbefangenen Zeitraum für seine Pflegekinder nach § 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 BKGG (in der bis zum 31.12.1995 maßgeblichen Fassung) Kindergeld in gesetzlicher Höhe zu.

Auf Seiten des Klägers sind die Anspruchsvoraussetzungen unzweifelhaft gegeben. Der Kläger selbst hat seinen Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BKGG). Solange er noch nicht die deutsche

Staatsangehörigkeit besaß, war er im Besitz des nach § 1 Abs. 3 BKGG (Fassung vom 9.7.1990 - [BGBl. I 1354](#) bzw. vom 21.12.1993 - [BGBl. I 2353](#)) erforderlichen Aufenthaltstitels in Form einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis. Die Kinder schließlich waren als Pflegekinder (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BKGG) durch die Haushaltsaufnahme den in § 1 Abs. 1 S. 1 BKGG genannten Kindern gleichgestellt.

Auf Seiten der Kinder liegen die Anspruchsvoraussetzungen ebenfalls vor: Die Kinder waren alle unter 16 Jahre alt (§ 2 Abs. 2 BKGG). Sie hatten auch den von § 2 Abs. 5 S. 1 BKGG geforderten Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Bundeskindergeldgesetzes.

Nach [§ 30 Abs. 3](#) Sozialgesetzbuch I (SGB I), der auch im Kindergeldrecht Anwendung findet, hat einen Wohnsitz jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird; den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort nicht nur vorübergehend verweilt.

Zwar verfügten die Pflegekinder des Klägers während des streitbefangenen Zeitraums über keinen der in § 5 AuslG genannten Aufenthaltstitel. Dieser Umstand steht jedoch der Annahme eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts nicht entgegen. Denn anders als bei den Kindergeldberechtigten selbst, verlangt § 2 Abs. 5 BKGG einen solchen Aufenthaltstitel gerade nicht (vgl. BSG Urte. v. 12. 12. 1995 - [10 RKg 7/95](#) = DBIR 4290 a BKGG § 2). Vielmehr ist bei Kindern - so wie dies bis zur Neuregelung des § 1 Abs. 3 BKGG durch das Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts vom 9. Juli 1990 (BGBl. I 2353) in Bezug auf den Kindergeldberechtigten der Fall war - darauf abzustellen, ob im Wege einer Prognoseentscheidung aufgrund der tatsächlichen Verwaltungsgepflogenheiten der zuständigen (Ausländer-)Behörde davon ausgegangen werden kann, der Ausländer werde auf unbestimmte Zeit in Deutschland verbleiben (BSG a.a.O.).

Wenn diese Prognoseentscheidung - wie hier- während eines laufenden Asylverfahrens zu treffen ist, bedeutet dies, dass es auch bei den Pflegekindern des Klägers der Feststellung bedarf, ob nach dem Ausländerrecht und der Handhabung der einschlägigen Ermessensvorschriften durch die deutschen Behörden davon auszugehen sei, dass der Ausländer während des zur Durchführung des Asylverfahrens gestatteten Aufenthalts nicht nur vorübergehend, sondern auf die voraussehbare Zukunft im Bundesgebiet bleiben könne (BSG Urte. v. 15.12.1992 - [10 RKg 12/92](#) m.w.N.). Auch für die Zeit nach Abschluss des Asylverfahrens, für die im streitbefangenen Zeitraum Duldungsverfügungen vorgelegen haben, wird auf diese Grundsätze zurückgegriffen werden können.

Zwar hat das Bundessozialgericht (BSG) in seiner Entscheidung vom 10. Juli 1997 ([14/10 RKg 21/95](#) = [SozR 3-5870 § 2 Nr. 39](#)) diese Grundsätze nicht mehr herangezogen. Es hat vielmehr allein auf die rechtliche Bedeutung der im Zusammenhang mit einer Duldung ausgesprochenen Ausreiseverfügung abgestellt und dazu ausgeführt, dass durch eine solche Duldung die Rechtswirkungen der Ausreiseverfügung fortbestünden und deshalb der weitere Aufenthalt rechtswidrig bleibe. Es hat daraus geschlossen, dass die Duldung demzufolge keine Grundlage für die Gewährung staatlicher Sozialleistungen wie des Kindergeldes seien und nicht zur Annahme eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland führen könne.

In dieser Allgemeinheit wird diese Auffassung des BSG vom Senat indes nicht geteilt. Denn die ausländerrechtliche Duldung nach §§ 55 ff AuslG ist - das gleiche gilt für die Aufenthaltsgestattung nach §§ 55, 63 AsylVerfG - mehr als lediglich die durch tatsächliches Verwaltungshandeln zum Ausdruck gelangte Billigung eines rechtswidrigen Zustandes (Kanein/Renner, Ausländerrecht, 6. Aufl. 1993, Anm. 3 zu § 55 AuslG). Sie stellt vielmehr die förmliche Aussetzung der Vollziehung der Ausreiseverpflichtung im Einzelfall dar und führt damit zu einer erheblichen Stärkung der rechtlichen Stellung des betroffenen Ausländers im Inland. Unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. III - V AuslG erwirbt der Ausländer eine Anwartschaft auf eine Aufenthaltsbefugnis u. später u.U. eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis (§ 35 Abs. 1 AuslG). Das Arbeitserlaubnisrecht ermöglicht im Falle einer Duldung die Erteilung einer Arbeitserlaubnis (§ 1 Abs. 2 Arbeitserlaubnisverordnung - AEVO -, jetzt § 3 Abs. 1 S. 1 Arbeitsgenehmigungsverordnung - ArGV -). Dass die "bloße" Duldung der Begründung eines "gewöhnlichen Aufenthalts" im Bundesgebiet nicht entgegensteht, ergibt sich im übrigen z.B. auch aus [§ 6 Abs. 2](#) Sozialgesetzbuch VIII (SGB VIII). Danach können auch solche Ausländer Leistungen nach dem SGB VIII beanspruchen, die aufgrund einer ausländerrechtlichen Duldung ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Auch das Schwerbehindertengesetz (SchwbG) schützt Ausländer, selbst wenn deren Aufenthalt nur geduldet ist, ein Ende dieses Aufenthalts jedoch unabsehbar ist, aber von der Ausländerbehörde gleichwohl keine Aufenthaltsgenehmigung etwa in Form einer Aufenthaltsbefugnis erteilt wird (BSG, Urte. v. 1.9.1999 - [B 9 SB 1/99 R](#) = [SGB 1999, S. 625](#)). Für die Aufenthaltsgestattung nach §§ 55, 63 AsylVerfG gilt dies in besonderem Maße, nachdem § 11 AuslG bei Asylsuchenden die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung vor dem bestandskräftigen Abschluss des Asylverfahrens grundsätzlich ausschließt. Für den Senat sind keine Gründe ersichtlich, weshalb ausgerechnet im Kindergeldrecht - zumal im Gegensatz zu dem diesem Bereich nahestehenden Recht der Kinder- und Jugendhilfe aus dem SGB VIII - die Aufenthaltsgestattung bzw. eine erfolgte Duldung die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht ermöglichen sollte. Dies führt im Ergebnis dazu, dass zur Klärung der Anspruchsvoraussetzung für das begehrte Kindergeld von Beginn des streitbefangenen Zeitraums an prognostisch danach gefragt werden muss, ob die Pflegekinder des Klägers für die voraussehbare Zukunft würden in Deutschland verbleiben können. Dies ist nach dem Inhalt der Akten und den vom Ausländeramt der Stadt Marburg erteilten Auskünften, wie sie zuletzt im Schreiben an den Senat vom 5. Juni 2000 zusammengefasst worden sind, zu bejahen. Das Ausländeramt hat danach bestätigt, dass die Pflegekinder des Klägers zu dem Personenkreis gehören, bei dem nach der bestehenden Erlasslage auch im Falle einer Ablehnung des Asylantrages grundsätzlich von einer Aufenthaltsbeendigung abgesehen werde und nicht nur in 1993 sondern auch in den Jahren 1994 und 1995 für die damals voraussehbare Zukunft nicht mit einer solchen Aufenthaltsbeendigung gerechnet werden musste. In der Ausländerakte des Kindes R. findet sich dazu ein Vermerk vom 21. August 1995, wonach die minderjährigen Kinder auf sich alleine gestellt seien, sich nicht selbst versorgen könnten und demnach auch nicht in der Lage gewesen seien, die bestehenden Abschiebehindernisse zu beseitigen. Dies untermauert die dem Senat und zuvor der Beklagten gegenüber gegebenen Auskünfte. Die weitere, schon damals erkennbare Entwicklung hat die Annahme der nicht absehbaren Dauer des Aufenthalts der Pflegekinder des Klägers ausdrücklich bestätigt. Diese Ausgangssituation hat nämlich - erwartungsgemäß - dazu geführt, dass gegenüber den Kindern, nachdem diese wieder in den Besitz afghanischer Reisepässe gelangt waren, zunächst am 23. Januar 1995 erneut eine förmliche Duldung ausgesprochen worden ist und diese Duldung am 16. April 1996 in die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis eingemündet ist.

Die Anspruchsvoraussetzung des Vorhandenseins eines Wohnsitzes bzw. eines gewöhnlichen Aufenthalts der Pflegekinder des Klägers ist damit jedenfalls ab Beginn des vorliegend streitbefangenen Zeitraums gegeben.

Die in [§ 30 Abs. 2 SGB I](#) getroffene Regelung, wonach hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Sozialgesetzbuches über- und zwischenstaatliche Regelungen unberührt bleiben, weist im übrigen ebenfalls in diese Richtung. So wird der in Art. 1 und 2 des "Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA)" - dem die Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 30. April 1971 ([BGBI II, S. 217](#)) beigetreten ist - verwendete Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts dahingehend verstanden, dass darin der Ort gesehen wird, an dem der Schwerpunkt der Bindungen des Minderjährigen - sein Daseinsmittelpunkt - liegt. In der Rechtsprechung wird dabei davon ausgegangen, dass der Aufenthalt eines Minderjährigen, wenn er nicht von Anfang an auf Dauer angelegt ist, jedenfalls nach sechs Monaten zum gewöhnlichen Aufenthalt i.S.v. Art. 1 MSA erstarkt (BGH, Beschluss vom 18.6.1997 - [XII ZB 156/95](#) = [FamRZ 1997, S. 1070](#), OVG Münster, Urt. v. 27.8.1998 - [16 A 3477/97](#) = [NWVB1 1999, S. 144](#), m.w.N.). Dieser Zeitraum war für alle Pflegekinder des Klägers zu Beginn des streitbefangenen Zeitraums bereits überschritten.

Nach der Regelung des § 9 Abs. 2 BKGG steht dem Kläger nach alledem für seine Pflegekinder Kindergeld in gesetzlicher Höhe aufgrund der im Januar 1994 erfolgten Antragstellung rückwirkend ab Juli 1993 zu. Das Urteil des Sozialgericht war demzufolge ebenso aufzuheben wie die angefochtenen Bescheide der Beklagten.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision hat der Senat gem. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2009-06-23