

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Beschluss vom 25.03.2010

T e n o r

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 11. Dezember 2009 auch hinsichtlich der Verschuldungskosten aufgehoben.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten.

G r ü n d e

I.

Die Antragsteller begehren im Wege der einstweiligen Anordnung Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) für den Zeitraum vom 1. Dezember 2009 bis zum 31. März 2010.

Die 1982 geborene Antragstellerin zu 1) ist Mutter der 2001 geborenen Antragstellerin zu 2) und der 2003 geborenen Antragstellerin zu 3). Alle drei Antragstellerinnen sind polnische Staatsbürgerinnen.

Die Antragstellerin zu 1) ist zudem auch Mutter des am 2007 geborenen Antragstellers zu 4). In der Geburtsurkunde des Standesamtes S-K (Polen) vom 21. August 2007 wurde als Vater des damals unter dem Namen GS eingetragenen Kindes Herr D S eingetragen. Ausweislich einer weiteren Urkunde dieses Standesamtes vom 29. Februar 2008 erschien an diesem Tage dort Herr KA W, wies sich als deutscher Staatsbürger unter Vorlage eines Reisepasses der Bundesrepublik Deutschland aus und erklärte, der Vater des Antragstellers zu 4) zu sein. Daraufhin wurde an diesem Tage (29. Februar 2008) eine weitere Geburtsurkunde für den Antragsteller zu 4) von diesem Standesamt ausgestellt, in der nunmehr als Vater Herr W genannt und der Nachname des Antragstellers zu 4) entsprechend geändert wurde.

Am 4. März 2008 reisten die Antragsteller in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ein und hielten sich nach eigenen Angaben zunächst in Hannover auf. In der Landeshauptstadt Hannover wurde am 6. März 2008 ein in Kopie vorliegender Reisepass für den Antragsteller zu 4) ausgestellt, in dem als Staatsangehörigkeit „deutsch“ eingetragen wurde. Anschließend hielten sie sich in B. (Märkisch-Oderland) auf und erhielten dort vom 13. Mai 2008 bis zum 31. Oktober 2008 Leistungen nach dem SGB II. Am 13. Mai 2008 stellte der Landrat des Landkreises Märkisch-Oderland für die Antragstellerin zu 1) eine Bescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU aus.

Am 24. Oktober 2008 erschien die Antragstellerin zu 1) bei der Antragsgegnerin in Frankfurt (Oder) und beantragte u.a. unter Vorlage des Deutschen Reisepasses des Antragstellers zu 4) ab dem 1. November 2008 Leistungen nach dem SGB II. Zu diesem Datum (1. November 2008) mietete die Antragstellerin zu 1) die unter der aus dem Rubrum ersichtlichen Anschrift befindliche Wohnung.

Am 28. Oktober 2008 meldeten sich die Antragsteller auch bei der Stadt F und beantragten am 15. Januar 2009 die Erteilung einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt- EG für die Antragsteller zu 1) bis 3). Als Grund für die Erteilung gaben sie eine bessere Schulmöglichkeit für den (damals eineinhalb Jahre alten) Antragsteller zu 4) an. Daraufhin wurde am 21. Januar 2009 bei einem Hausbesuch durch den Außendienst der Stadt F festgestellt, dass die von der Antragstellerin zu 1) angemietete Wohnung komplett leer war. Mit Bescheid vom 26. Januar 2009 wurde die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis abgelehnt. Den gegen diese Ablehnung erhobenen Widerspruch wies der Oberbürgermeister der Stadt F mit Widerspruchsbescheid vom 7. Mai 2009 zurück, stellte zudem den Verlust des Rechts auf Freizügigkeit fest und zog die Bescheinigung des Landkreises Märkisch-Oderland vom 13. Mai 2008 ein. Zur Begründung wurde in dem Widerspruchsbescheid ausgeführt, für die Antragstellerin zu 1) sei die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG ausgeschlossen, weil nicht nachgewiesen sei, dass sie die Personensorge für einen minderjährigen ledigen Deutschen ausübe. Die deutsche Staatsangehörigkeit könne durch eine Staatsangehörigkeitsurkunde nachgewiesen werden, allein ein Kinderausweis genüge zum Nachweis nicht. Auch nach dem Freizügigkeitsgesetz/ EU bestehe kein Anspruch für einen Aufenthalt. Freizügigkeitsberechtigt seien nach § 4 Freizügigkeitsgesetz/EU nur Personen, die über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügten. Da dies bei den Antragstellern nicht der Fall sei, sei der Verlust des Rechts nach § 5 Abs. 5 Freizügigkeitsgesetz/EU festzustellen.

Gegen diesen Widerspruchsbescheid erhoben die Antragsteller Klage bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) (Aktenzeichen: VG 5 K 590/09) und beantragten zudem einstweiligen Rechtsschutz (Aktenzeichen: VG 5 L 151/09). Mit Beschluss vom 19. Oktober 2009 stellte das Verwaltungsgericht insbesondere fest, dass die Klage gegen den Widerspruchsbescheid aufschiebende Wirkung habe, da weder die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet worden noch eine gesetzliche Anordnung des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung nach Nr. 3 der Vorschrift gegeben sei.

Die Antragsgegnerin lehnte mit Bescheid vom 13. März 2009 die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II ab, weil kein gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II bestehe. Die Bescheinigung nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU sei ohne erkennbaren rechtlichen Grund ausgestellt worden und es bestünden erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Ausstellung des Deutschen Reisepasses für den Antragsteller zu 4). Gegen diesen Bescheid wurde ein Widerspruch nicht erhoben.

Am 13. Mai 2009 beantragte die Antragstellerin zu 1) die Überprüfung des Bescheides vom 13. März 2009 mit der Begründung, sie habe ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland bereits am 4. März 2008 begründet, sei im Besitz einer EU-Freizügigkeitsbescheinigung und ihr Sohn sei deutscher Staatsangehöriger.

Mit Bescheid vom 18. Mai 2009 bestätigte die Antragsgegnerin ihren Bescheid vom 13. März 2009. Hiergegen erhoben die Antragsteller am 15. Juni 2009 Widerspruch und führten insbesondere aus, die vorgelegten Dokumente seien von deutschen Behörden ausgestellt und könnten nicht einfach zurückgenommen werden. Auch wenn der Antragstellerin zu 1) noch nicht der ihr zustehende Aufenthalt als Mutter eines deutschen ledigen minderjährigen Kindes zugestanden worden sei, so habe sie gleichwohl als EU-Bürgerin seit März 2008 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Sie sei nicht als Arbeitsuchende nach Deutschland gekommen, sondern um mit ihrem deutschen Kind und ihren Töchtern hier ihren Lebensmittelpunkt zu begründen. Diesen Widerspruch wies die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 18. Juni 2009 zurück. Hiergegen erhoben die Antragsteller am 29. Juni 2009 Klage bei dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) (Aktenzeichen: S 20 AS 1213/09).

Ebenfalls vor dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) erwirkten die Antragsteller mit Beschluss vom 1. Juli 2009 eine einstweilige Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Leistungsgewährung nach dem SGB II für den Zeitraum vom 1. Juni 2009 bis zum 31. August 2009 (Aktenzeichen: S 20 AS 1098/09 ER) und mit Beschluss vom 9. September 2009 die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Leistungsgewährung für den folgenden Zeitraum vom 1. September 2009 bis zum 30. November 2009.

Am 27. November 2009 haben die Antragsteller erneut im Wege der einstweiligen Anordnung die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Leistungsbewilligung für die Dauer von vier Monaten beantragt. Auch diesem Antrag hat das Sozialgericht Frankfurt (Oder) mit Beschluss vom 11. Dezember 2009 allein aufgrund einer Folgenabwägung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2009 bis zum 31. März 2010 entsprochen.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragsgegnerin am 22. Dezember 2009 bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg mit der Begründung Beschwerde erhoben, es sei nicht nachgewiesen, dass der Antragsteller zu 4) deutscher Staatsbürger sei. Auf die Möglichkeit ein entsprechendes Verfahren zur Feststellung einzuleiten, sei die Antragstellerin zu 1) schon vor Monaten hingewiesen worden, ohne dass sie bisher tätig geworden sei. Auch auf die Freizügigkeitsbescheinigung könne sie sich nicht berufen, da diese zu Unrecht ausgestellt worden sei. Insgesamt sei daher kein rechtmäßiger gewöhnlicher Aufenthalt der Antragsteller im Bundesgebiet im Sinne von § 7 SGB II und damit kein Leistungsanspruch feststellbar.

Die Antragsteller sind der Ansicht, dass im Beschwerdeverfahren nur noch Ansprüche der Antragstellerin zu 1) im Streit seien, weil der Beschluss nur insoweit durch die Antragsgegnerin angegriffen

worden sei. Sie haben im Beschwerdeverfahren nach Aufforderung des Gerichts die ursprünglich für den Antragsteller zu 4) ausgestellte Geburtsurkunde vom 21. August 2007 vorgelegt und hierzu mit Schriftsatz vom 8. März 2010 ausgeführt, auch wenn ursprünglich Herr D S als Vater eingetragen gewesen sei, sei nach der Vaterschaftsanerkennung des Herrn W vom 29. Februar 2008 nunmehr dieser als Vater anzusehen. Ferner haben sie erklärt, dass bisher kein Antrag nach § 30 des Staatsangehörigkeitsgesetzes gestellt worden sei. Auf weitere Nachfrage erklärten sie mit Schriftsatz vom 18. März 2010, dass die Antragstellerin zu 1) in Polen nie verheiratet war und dass der Name des Vaters in der 1. Geburtsurkunde nur genannt worden sei, weil „irgend ein Name für den Eintrag ``Vater`` genannt werden musste“. Die Person „D S“ gebe es nicht, es sei ein „reiner Fantasienamen, den die Antragstellerin beim Standesamt wählte“. Dies sei lediglich getan worden, „um die Standesbeamten zu beruhigen bzw. um überhaupt einen Namen einzutragen“. Die Antragstellerin zu 1) sei damals davon ausgegangen, dass man einen Namen eintragen müsse. „Daher erfolgte dann auch die Vaterschaftsanerkennung durch Herrn W“.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Gerichtsakten des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) S 20 AS 1098/09 ER, S 20 AS 1700/09 ER und S 20 AS 1213/09 sowie der Verwaltungsakten der Antragsgegnerin (Bedarfsgemeinschaft) Bezug genommen.

II.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist der gesamte Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 11. Dezember 2009 und damit nicht nur Ansprüche der Antragstellerin zu 1) für den streitigen Zeitraum. Zwar ist den Antragstellern zuzugeben, dass die Antragsgegnerin in ihrer Beschwerdeschrift lediglich die Antragstellerin zu 1) namentlich benannt hat. Ihre Beschwerde richtet sich jedoch gegen den Beschluss insgesamt; denn sie hat ausdrücklich beantragt, „den Beschluss aufzuheben und den Antrag abzulehnen“. Damit sind auch die von den Antragstellern zu 2) bis 4) erhobenen Ansprüche weiterhin streitbefangen.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig und begründet. Das Sozialgericht Frankfurt (Oder) hat zu Unrecht die Antragsgegnerin mit Beschluss vom 11. Dezember 2009 zur Leistungsgewährung nach dem SGB II für den Zeitraum vom 1. Dezember 2009 bis zum 31. März 2010 verpflichtet.

Nach § 86b Abs. 2 S. 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG - kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag 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 Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass der Antragsteller das Bestehen eines zu sichernden

Rechts (den so genannten Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (den so genannten Anordnungsgrund) glaubhaft macht (§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG, § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung – ZPO -). Auch im Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich (OVG Hamburg, NVwZ 1990, 975).

Vorliegend scheidet das Begehren zumindest an einem nicht glaubhaft gemachten Anordnungsanspruch.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben,
2. erwerbsfähig sind,
3. hilfebedürftig sind und
4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben

(erwerbsfähige Hilfebedürftige). Ausgenommen sind nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II

1. Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,
2. Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,
3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II gilt nicht für Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt (§ 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II).

Nach § 8 Abs. 1 SGB II ist erwerbsfähig, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II können Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (§ 8 Abs. 2 SGB II).

Nach diesen Regelungen ist der begehrte Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht glaubhaft gemacht. Denn es ist nicht überwiegend wahrscheinlich im Sinne der Legaldefinition des § 23 Abs. 1

S. 2 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X), dass den Antragstellern der von ihnen behauptete Leistungsanspruch für den streitigen Zeitraum zusteht.

Ein Leistungsanspruch besteht nach § 7 SGB II insbesondere nur dann, wenn eine Leistung nicht nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ausgeschlossen ist. Vorliegend ist jedoch das Eingreifen dieses Leistungsausschlusses gerade wahrscheinlich.

Zwar sind Ausländer nicht grundsätzlich von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Nach dem erklärten Willen im Gesetzgebungsverfahren sind vielmehr Ausländer, denen aufgrund der aufenthalts- und arbeitsgenehmigungsrechtlichen Bestimmungen der Zugang zum Arbeitsmarkt nicht verwehrt ist, als erwerbsfähig anzusehen. Zielsetzung des Gesetzes ist es insbesondere, aus Gründen der Gleichbehandlung diesen Personenkreis in das neue Instrumentarium mit seinen Anreizen und seinen Sanktionsmöglichkeiten zur eigenständigen Lebensunterhaltssicherung einzubeziehen, anstatt Leistungen des Bundessozialhilfegesetzes zu erbringen (siehe Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 5. September 2003, Bundestags-Drucksache – BT-Drucks.- 15/1516, S. 52 zu § 7).

Nach der Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II sind aber bestimmte Ausländer von einem Leistungsanspruch nach dem SGB II ausgeschlossen. Selbst wenn bei diesen Ausländern die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen (insbesondere Erwerbsfähigkeit und Hilfebedürftigkeit) vorliegen, so sollen sie gleichwohl in Umsetzung von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 (im Folgenden: Richtlinie 2004/38/EG) unter bestimmten Voraussetzungen von einem Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen sein (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 15. Februar 2006, BT-Drucksache 16/688, S. 13 und Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 23. April 2007, BT-Drucksache 16/5065, S. 234 zu Nr. 2).

Auch wenn dieser Leistungsausschluss (durchaus in Kenntnis des Ausschusses für Arbeit und Soziales und der Bundesregierung, vgl. insoweit auch die oben genannten BT- Drucksachen 16/688 und 16/5065, a.a.O.) vor allem Unionsbürger betrifft, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, so sieht der Senat hierin insbesondere keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Vielmehr ist der Senat im Einvernehmen mit dem 34. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg der Ansicht, dass diese Regelung europarechtskonform ist, sofern sie nicht Leistungen betrifft, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sondern Leistungen, die den Lebensunterhalt sichern sollen (siehe Beschluss des 34. Senats vom 8. Januar 2010, L 34 AS 2082/09 B ER und L 34 AS 2086/09 B PKH, m.w.N., zit. nach Juris). Denn Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie erlaubt es einem Mitgliedstaat ausdrücklich, andere Personen als Arbeitnehmer oder Selbstständige, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen während der ersten drei Monate des

Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie von einem Anspruch auf „Sozialhilfe“ auszunehmen, wobei Sozialhilfeleistungen im Sinne dieser Vorschrift alle finanziellen Mittel sind, die der Existenzsicherung dienen und nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen und Unionsbürger betroffen sind, die in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen (so schon der 34. Senat, a.a.O., m.w.N.).

Besteht jedoch schon aufgrund der Richtlinie 2004/38/EG die Möglichkeit, bestimmte Bürger der Europäischen Union mit einem Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat von einer Sozialhilfeleistung auszuschließen, so gilt dies erst recht für Bürger, die dieses Recht zum Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat nicht haben.

Dies folgt im Wesentlichen aus den Gründen dieser Richtlinie. Insbesondere gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Richtlinie erlassen, um eine möglichst weitgehende Freizügigkeit der Unionsbürger sicherstellen zu können (vgl. Nr. „28“, richtigerweise Nr. 1 der Erwägungen zu der Richtlinie; im Folgenden: „der Erwägungen“). Deshalb sollte Unionsbürgern das Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten ohne jegliche Bedingungen gewährt werden (vgl. Nr. 9 der Erwägungen), wobei es dem Aufnahmemitgliedstaat überlassen bleiben sollte, zu bestimmen, ob anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen (bzw. Personen, die diesen Status beibehalten und ihren Familienangehörigen) Sozialhilfe während der ersten Monate des Aufenthalts gewährt wird (Nr. 21 der Erwägungen). Erst der Aufenthalt von über drei Monaten sollte an bestimmte Bedingungen geknüpft werden können (vgl. unter anderem Nr. 12 und 13 der Erwägungen), wobei auch hier dem Aufnahmemitgliedstaat ein Sozialhilfeausschluss unter bestimmten Bedingungen möglich sein sollte (vgl. Nr. 21 der Erwägungen) damit Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch genommen werden können (Nr. 10 der Erwägungen). Ferner ist ausgeführt, dass der Aufnahmemitgliedstaat prüfen sollte, ob es sich bei dem betreffenden Fall um vorübergehende Schwierigkeiten handelt, und die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände und den gewährten Sozialhilfebetrag berücksichtigen, um zu beurteilen, ob der Leistungsempfänger die Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen hat, und in diesem Fall eine Ausweisung zu veranlassen (vgl. Nr. 16 der Erwägungen).

Diesen Erwägungen wurde in der Richtlinie 2004/38/EG insbesondere durch Art. 7 Rechnung getragen. Dort ist in Art. 7 Abs. 1 b) der Richtlinie 2004/38/EG geregelt, dass neben Arbeitnehmern oder Selbstständigen Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates für einen Zeitraum von über drei Monaten nur haben, wenn sie für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen und zudem ein umfassender Krankenversicherungsschutz besteht.

Im Hinblick auf diese Ziele der Richtlinie ist nach Ansicht des Senats zusammenfassend festzustellen, dass einerseits eine möglichst umfassende Freizügigkeit für die Bürger der Europäischen Union sichergestellt werden sollte; für die ersten drei Monate sogar bedingungslos. Andererseits sollte den Aufnahmemitgliedstaaten zur Vermeidung eines so genannten „Sozialtourismus“ die Möglichkeit eingeräumt werden, Sozialhilfeleistungen grundsätzlich für die ersten drei Monate und unter bestimmten Bedingungen auch für weitere Zeiträume auszuschließen. Letztlich sollen in den Genuss der Freizügigkeit nur Unionsbürger gelangen, die über ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz für eine Existenz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen.

Im Lichte dieser Richtlinie und unter Berücksichtigung der oben genannten Begründungen in den Gesetzgebungsverfahren, insbesondere dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung dieser Richtlinie der Europäischen Union vom 23. April 2007 (BT-Drucksache 16/5065), ist die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II dahingehend zu verstehen, dass mit dem Leistungsausschluss umfassend von der eingeräumten Befugnis zum Ausschluss von Sozialhilfeleistungen Gebrauch gemacht worden ist. Daraus folgt nach Ansicht des Senates auch, dass Ausländer, denen ein Recht zum Aufenthalt im Sinne des Art. 7 der Richtlinie 2004/38/EG nicht zukommt, in der Bundesrepublik Deutschland von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind. Denn es erscheint insbesondere nicht gemeinschaftsrechtskonform, wenn zwar sogar Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht nach Art. 6 und 7 der Richtlinie 2004/38/EG von einer Sozialhilfeleistung ausgeschlossen werden, Bürgern ohne ein solches Aufenthaltsrecht diese Leistung jedoch gewährt wird.

Im vorliegenden Fall ergibt sich daraus ein Leistungsausschluss für die Antragsteller, weil ein Recht zum Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland voraussichtlich nicht gegeben ist.

Entgegen der Behauptungen der Antragsteller und der Ansicht des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) ergibt sich ein Recht zum Aufenthalt insbesondere weder aus der Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 des Freizügigkeitsgesetzes/EU noch aufgrund von § 28 des Aufenthaltsgesetzes (zur Pflege eines deutschen Staatsangehörigen).

Die Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU) vom 13. Mai 2008 selbst begründet kein Aufenthaltsrecht, sondern hat lediglich deklaratorischen Charakter (ganz h.M., s. u. a. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. August 2009, Aktenzeichen: 18 A 2263/08, zit. nach Juris). Unionsbürger bedürfen für die Einreise nach Deutschland keines Visums und für den Aufenthalt keines Aufenthaltstitels (§ 2 Abs. 4 S. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU); freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen wird lediglich eine Bescheinigung nach § 5 ausgestellt (§ 5 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/ EU).

Ob die Antragsteller tatsächlich freizügigkeitsberechtigt sind, entscheidet sich danach aufgrund der Regelungen des § 2 Freizügigkeitsgesetz/EU.

Nach § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU sind gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt:

1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,
2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),
3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbstständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 des Vertrages zur Gründung der Europäischengemeinschaft erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,
4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,
5. Verbleibeberechtigte im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 12 51/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben ABl. EG Nr. L 142 S. 24, 1975 Nr. L 324 S.31) und der Richtlinie 75/34/EWG des Rates vom 17. Dezember 1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zu verbleiben (ABl. EG 1975 Nr. L 14 S.10),
6. nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,
7. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4.

Außerdem haben nach § 2 Abs. 5 Freizügigkeitsgesetz/EU Unionsbürger, ihre Ehegatten oder Lebenspartner und ihre unterhaltsberechtigten Kinder, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, unabhängig vom weiteren Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen das Recht auf Einreise und Aufenthalt.

Nach diesen Regelungen kommt vorliegend einzig eine Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 Freizügigkeitsgesetz/EU in Betracht. Nach den eigenen Erklärungen der Antragstellerin zu 1) in ihrem Widerspruchsschreiben vom 28. Mai 2009 ist sie nicht „als Arbeitsuchende nach Deutschland gekommen, sondern um... hier (ihren) Lebensmittelpunkt zu begründen.“ Sie war seit ihrer Einreise (im März 2008) weder als Arbeitnehmerin noch als Selbstständige erwerbstätig. Sie bezog vielmehr zumindest seit dem 13. Mai 2008 Sozialhilfeleistungen. Außerdem hält sie sich noch nicht fünf Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet auf und ist auch nicht als Familienangehörige eines freizügigkeitsberechtigten i.S.v. § 2 Freizügigkeitsgesetz/EU zugezogen.

Nichterwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die bei dem nicht erwerbstätigen Freizügigkeitsberechtigten ihre Wohnung nehmen, haben das Recht nach § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU jedoch nur, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende

Existenzmittel verfügen (§ 4 Freizügigkeitsgesetz/ EU). Dies ist bei den Antragstellern gerade nicht der Fall. Wie bereits dargestellt, beziehen sie zumindest seit dem 13. Mai 2008 Sozialhilfeleistungen in Form von Arbeitslosengeld II und begehren dies auch weiterhin.

Insgesamt bleibt danach festzustellen, dass den Antragstellern ein Recht auf Einreise und Aufenthalt im Sinne § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU nicht zusteht.

Auch ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) aus § 28 des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG) und deren Kinder (aus § 32 AufenthG) ist nicht glaubhaft gemacht.

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG ist einem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Ist der allein personensorgeberechtigte Elternteil im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, so ist diese grundsätzlich auch den Kindern zu erteilen, die ihren Lebensmittelpunkt mit in das Bundesgebiet verlegt haben.

Eine solche Aufenthaltserlaubnis ist selbst dann zu erteilen, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist (§ 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG).

Vorliegend ist jedoch nicht glaubhaft gemacht, dass tatsächlich die Ausübung der Personensorge für einen minderjährigen ledigen Deutschen erfolgt.

Zwar behauptet die Antragstellerin zu 1), bei dem am 2007 geborenen Antragsteller zu 4) handele es sich um einen deutschen Staatsbürger und beruft sich zum Nachweis auf einen in Hannover ausgestellten deutschen Reisepass, in dem als Staatsangehörigkeit deutsch eingetragen ist, auf eine Geburtsurkunde und auf eine Urkunde zur Vaterschaftsanerkennung vom 29. Februar 2008. Nach der Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles vermochte sich der Senat von der Glaubhaftmachung der deutschen Staatsbürgerschaft des am 2007 geborenen Antragstellers zu 4) nicht zu überzeugen.

Den Antragstellern ist zwar zuzugeben, dass nach § 4 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 6 Staatsangehörigkeitsgesetz mit der nach den deutschen Gesetzen wirksamen Annahme als Kind durch einen Deutschen, das Kind, das im Zeitpunkt des Annahmeantrags das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die Staatsangehörigkeit erwirbt. Ferner ist ihnen zuzugeben, dass ausweislich der Urkunden vom 29. Februar 2008 ein durch einen Reisepass der Bundesrepublik Deutschland ausgewiesener K AW eine Erklärung zur Vaterschaftsanerkennung vor dem polnischen Standesamt abgegeben hat und er daraufhin als Vater des Kindes eingetragen wurde.

Daraus ergibt sich jedoch nicht eine deutsche Staatsbürgerschaft des Antragstellers zu 4), denn an einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung bestehen erhebliche Zweifel.

Nach § 1592 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ist Vater eines Kindes der Mann,

1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,
2. der Vaterschaft anerkannt hat oder
3. dessen Vaterschaft nach § 1600d gerichtlich festgestellt ist.

Die Rechtswirkungen der Anerkennung können, soweit sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt, erst von dem Zeitpunkt an geltend gemacht werden, zu dem die Anerkennung wirksam wird (§ 1594 Abs. 1 BGB). Eine Anerkennung der Vaterschaft ist nicht wirksam, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht (§ 1594 Abs. 2 BGB). Schließlich bedarf die Anerkennung der Zustimmung der sorgeberechtigten Mutter (§ 1595 Abs. 1 BGB).

Nach diesen Regelungen bestehen grundlegende Zweifel, dass eine wirksame Vaterschaftsanerkennung durch einen Deutschen erfolgte.

Diese Zweifel ergeben sich bereits aus dem Umstand, dass die Antragstellerin zu 1) unmittelbar nach der Geburt des Kindes (2007) ausweislich der nunmehr erst nachträglich auf Anforderung vorgelegten (ursprünglichen) Geburtsurkunde des Antragstellers zu 4) vom 21. August 2007 als Vater des Kindes „D S“ angegeben hat. Diese Angaben unmittelbar nach der Geburt des Kindes stehen im Widerspruch zu der späteren Vaterschaftsanerkennung und der später ausgestellten zweiten Geburtsurkunde vom 29. Februar 2008. Für das Gericht ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragstellerin zu 1) bei der Geburt des Kindes einen, wie sie heute behauptet, fiktiven Namen genannt haben will. Insbesondere die Erklärungen der Antragstellerin zu 1), sie habe einen Fantasienamen genannt, „um die Standesbeamtin zu beruhigen bzw. überhaupt einen Namen einzutragen“, vermögen eine Glaubhaftigkeit dieser Angaben und eine Glaubwürdigkeit der Antragstellerin zu 1) nicht zu begründen. So bleibt einerseits offen, weshalb die Antragstellerin zu 1) nicht bereits bei der Geburt den Namen des vermeintlichen deutschen Vaters angegeben hat. Andererseits hat die Antragstellerin zu 1) durch ihre Erklärung selbst zu erkennen gegeben, dass es ihr auf den Wahrheitsgehalt ihrer Angaben (damals: den Namen des Vaters) nicht unbedingt ankommt, wenn sie ein bestimmtes Ziel anstrebt (damals: Ausstellung der Geburtsurkunde/ „Beruhigung der Standesbeamtin“).

Sollten die Eintragungen in der Geburtsurkunde vom 21. August 2007 jedoch zutreffen, so liegt aufgrund desselben Familiennamens der Verdacht nahe, dass es sich bei D Sum den Ehemann der Antragstellerin zu 1) gehandelt hat. Für eine solche Annahme spricht auch, dass die Antragstellerin zu 1) trotz Ankündigung vom 18. März 2010, eine Bescheinigung beizubringen, dass sie in Polen nicht verheiratet war, nicht vorgelegt hat. Sollte es sich um den Ehemann gehandelt haben, hätte dies zur

Folge, dass bereits nach § 1592 Nr. 1 BGB eine Vaterschaft bestand und daher eine wirksame Anerkennung wegen § 1594 Abs. 2 BGB nicht erfolgen konnte.

Selbst wenn der Antragsteller zu 4) im Übrigen über eine wirksame Vaterschaftsanerkennung durch einen deutschen Staatsbürger die deutsche Staatsbürgerschaft erlangt haben sollte, so führt dies aufgrund von § 27 AufenthG nicht zwangsläufig zu einem Aufenthaltsrecht für die Antragsteller zu 1) bis 3) nach §§ 28, 32 AufenthG.

Nach § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG wird ein Familiennachzug insbesondere nicht zugelassen, wenn feststeht, dass das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das Bundesgebiet und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.

Zwar ist selbst eine bewusst wahrheitswidrige, in rechtsmissbräuchlicher Absicht erklärte Vaterschaftsanerkennung staatsangehörigkeitsrechtlich als wirksam anzusehen, solange sie nicht erfolgreich angefochten ist. Die Mutter eines solchen Kindes, die mit dem anerkennenden Mann kollusiv zusammengewirkt hat, um sich und dem Kind den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, erhält aber nach § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG keine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen (Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. März 2008, 7 A 11276/7, m.w.N., u.a. in FamRZ 2009, 511- 513). Gleiches gilt für den Familiennachzug der weiteren Kinder nach § 32 AufenthG.

Vorliegend bestehen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die Vaterschaftsanerkennung gerade zur Ermöglichung des Umzuges und des Aufenthaltes in Deutschland erfolgt ist.

So ist unmittelbar nach der Vaterschaftserklärung vom 29. Februar 2008 eine Einreise der Antragsteller (laut eigenen Angaben am 4. März 2008) nach Deutschland erfolgt und zwar mit dem durch die Antragstellerin zu 1) selbst erklärten Ziel, nicht um Arbeit zu suchen, sondern lediglich um „hier ihren Lebensmittelpunkt zu begründen“. Es wird nicht einmal von der Antragstellerin zu 1) vorgetragen, dass sie zu dem vermeintlichen Vater des Kindes ziehen wollte, umso um eine sozial-familiäre Vater-Kind-Beziehung herzustellen (vgl. hierzu Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, a.a.O.). Ebenso wenig ist erkennbar, dass sich die Antragstellerin zu 1) zumindest um die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen gegen den vermeintlichen Vater bemüht hat, um so eine Hilfebedürftigkeit zu reduzieren.

Dass die Antragstellerin zu 1) es trotz des Hinweises im Widerspruchsbescheid des Oberbürgermeisters der Stadt F vom 7. Mai 2009 auf die Möglichkeit der Feststellung der deutschen Staatsangehörigkeit (nach § 30 Staatsangehörigkeitsgesetz) unterlassen hat, einen entsprechenden Antrag zu stellen, rechtfertigt zudem die Annahme, dass der Antragstellerin zu 1) an einer solchen Klärung nicht gelegen ist. In Anbetracht dessen, dass sie bisher letztlich aufgrund der vermeintlichen deutschen

Staatsbürgerschaft des Antragstellers zu 4) Leistungen nach dem SGB II erhalten hat und sich in Deutschland aufhalten durfte, könnte eine solche Klärung nachteilige Folgen für sie nach sich ziehen. Kann beispielsweise nicht geklärt werden, ob das Kind tatsächlich deutscher Staatsbürger ist, oder wird sogar geklärt, dass es nicht deutscher Staatsbürger ist, so dürfte sich das nicht nur sowohl auf einen Leistungsanspruch als auch auf ein geltend gemachtes Aufenthaltsrecht negativ auswirken, sondern kann auch strafrechtliche Konsequenzen sowohl für die Antragstellerin zu 1) als auch für den vermeintlichen deutschen Vater wegen § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nach sich ziehen.

Nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG wird mit Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wesentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

Nach dieser Regelung steht es auch unter Strafe, eine zivilrechtlich zwar wirksame Vaterschaftsanerkennung abzugeben (oder zu benutzen), die nicht auf biologischer Abstammung beruht, sondern nur wahrheitswidrig formell zum Zwecke der Beschaffung eines Aufenthaltstitels für die Mutter und das Kind erfolgt ist (so genannte Scheinvaterschaft- siehe Beschluss des Landgerichts Verden vom 17. September 2004, Aktenzeichen: 1 Qs 188/04, zit. nach Juris). Denn aus dem das Staatsangehörigkeitsrecht beherrschenden „ius sanguinis“ ergibt sich, dass sich der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit an erster Stelle aus der tatsächlichen blutmäßigen Abstammung von dem anerkennenden Vater ableitet (Landgericht Verden, a.a.O., m.w.N.). Auch wenn ein bewusst wahrheitswidrig abgegebenes Vaterschaftsanerkennnis nach § 1598 BGB zivilrechtlich wirksam ist, wollte der Gesetzgeber mit dieser Norm nicht die Möglichkeit schaffen, sich im Wege handgreiflichen Rechtsmissbrauchs ohne Rücksicht auf die biologische Abstammung die deutsche Staatsangehörigkeit zu erschleichen und in der Folge weiteren ausländischen Familienangehörigen zu einer Aufenthaltsgenehmigung zu verhelfen; Zweck der Vorschrift ist vielmehr allein die rechtspolitisch erwünschte endgültige Klarstellung des Status des Kindes im Hinblick auf familien- und erbrechtliche Konsequenzen (Landgericht Verden, a.a.O.).

Was den Antragsteller zu 4) anbetrifft, so führt eine wirksame Vaterschaftsanerkennung bei ihm ebenfalls nicht zu einem glaubhaft gemachten Anordnungsanspruch.

Auch wenn er aufgrund einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung vielleicht nicht faktisch, so doch zumindest rechtlich einen deutschen Vater und damit das Recht hat, sich frei im Bundesgebiet bewegen zu dürfen, führt dies nicht bereits zu einem glaubhaft gemachten Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II.

Bei dem Antragsteller zu 4) wäre nämlich nicht einmal die Voraussetzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 SGB II erfüllt, weil er (geboren am 2007) das 15. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Zudem ist er aufgrund seines Alters nicht erwerbsfähig im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB II.

Darüber hinaus bestehen im Hinblick auf den Vater auch Zweifel an dem Vorliegen einer Bedürftigkeit. Wenn das Kind die Vorteile einer bewusst wahrheitswidrigen, in rechtsmissbräuchlicher Absicht abgegebenen, aber wirksamen Vaterschaftsanerkennung genießt - nämlich den Status als deutscher Staatsangehöriger mit dem damit verbundenen Aufenthaltsrecht in Deutschland -, so muss es auch die Nachteile einer bloß rechtlich bestehenden, tatsächlich aber nicht gelebten Vaterschaft eines deutschen Staatsangehörigen in Kauf nehmen (vgl. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, a.a.O.). Es geht daher zu seinen Lasten aus, wenn es zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des unterhaltsverpflichteten Vaters keine Angaben macht bzw. wegen des fehlenden Kontaktes nicht machen kann. Denn auch eine bestehende Bedürftigkeit ist grundsätzlich als Voraussetzung für den Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen.

Allein die Ausstellung eines Reisepasses und dortige Eintragungen vermögen eine deutsche Staatsbürgerschaft ebenfalls nicht zu begründen.

Nach alledem scheidet die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches für die Antragstellerinnen zu 1) bis 3) zumindest daran, dass voraussichtlich ein Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II besteht. Für den Antragsteller zu 4) sind dann nicht einmal die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen glaubhaft gemacht.

Schließlich ist anzumerken, dass bei der Antragstellerin zu 1) zudem das Vorliegen einer Erwerbsfähigkeit i.S. von § 8 Abs. 2 SGB II zweifelhaft ist. Selbst wenn sie eine Beschäftigung aufnehmen wollte, so bedürfte sie hierzu der Erlaubnis, die sie nicht einmal erkennbar beantragt hat.

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

Die Entscheidung über die Verhängung von Verschuldungskosten nach § 192 SGG war ebenfalls aufzuheben, weil die Voraussetzungen für das Auferlegen solcher Kosten nicht vorgelegen haben.

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