
Datum: 10.10.2013
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 19. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 19 AS 129/13
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2013:1010.L19AS129.13.00

Vorinstanz: Sozialgericht Gelsenkirchen, S 31 AS 47/11
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 4 AS 64/13 R
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 20.11.2012 geändert. Der Beklagte wird unter Abänderung des Bescheides vom 19.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.12.2010 verurteilt, den Klägern Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften für den Zeitraum vom 11.10.2010 bis 07.11.2011 zu bewilligen. Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Kläger in beiden Rechtszügen. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:	1
Die Beteiligten streiten um einen Anspruch der Kläger auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit vom 11.10.2010 bis zum 07.11.2011.	2
Der am 00.00.1969 geborene Kläger zu 1) und die am 00.00.1975 geborene Klägerin zu 2) sind seit 2002 miteinander verheiratet. Der am 00.00.1995 geborene Kläger zu 3) ist ihr gemeinsamer Sohn. Die Kläger sind rumänische Staatsangehörige.	3
Der Kläger zu 1) besuchte in Rumänien 1988/1989 eine Fachschule und absolvierte dabei eine Ausbildung als Schlosser. Er arbeitete ca. zwei Monate in diesem Beruf, danach wurde	4

er bis 1991 zur Armee eingezogen. Anschließend hielt er sich für ca. ein Jahr als Asylbewerber in Deutschland auf. Nach Ablehnung des Asylantrags kehrte er nach Rumänien zurück und arbeitete dort von 1993 bis 1995 als Taxifahrer und anschließend bis zur Übersiedlung nach Deutschland als Tagelöhner in der Landwirtschaft (Stallarbeiter). Nach einem kurzen Aufenthalt in Deutschland 2005 hält sich der Kläger zu 1) seit dem 30.09.2008 in Deutschland mit Wohnsitz in H auf. Am 11.11.2008 wurde ihm erstmals eine Freizügigkeitsbescheinigung gem. § 5 FreizügG/EU erteilt. Vom 13.10.2008 bis zur Abmeldung am 29.10.2009 hatte der Kläger zu 1) das Gewerbe "Abbruch - und Entkernungsarbeiten, Hilfsarbeiten auf Baustellen" zunächst in H und anschließend in N angemeldet. Der Kläger zu 1) übte dieses Gewerbe nicht aus und erzielte keine Einnahmen hieraus.

Die Klägerin zu 2) verließ mit 13 Jahren die Schule und heiratete den Kläger zu 1) mit 14 Jahren nach Roma-Art. Sie war in Rumänien Hausfrau und übte keine Erwerbstätigkeit aus. Sie hielt sich gemeinsam mit dem Kläger zu 1) als Asylbewerberin und erneut 2005 kurz in Deutschland auf. Im März 2009 reiste sie zusammen mit dem Kläger zu 3) und einem weiteren Sohn nach Deutschland ein. Von November 2011 bis Januar 2012 nahm die Klägerin zu 2) an einem Integrationskurs mit Sprachförderung teil. Seit dem 08.11.2012 übt sie ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis als Reinigungskraft mit einem Entgelt i.H.v. 200 EUR monatlich aus.

Der Kläger zu 3) besuchte im streitigen Zeitraum eine Schule.

Die Kläger bewohnten ab dem 01.09.2010 bis zur Kündigung und Zwangsräumung der Wohnung am 14.06.2011 (mit vier Personen) zunächst eine zu einer Bruttokaltmiete von 310 EUR zzgl. eines Nebenkostenabschlages von 95 EUR und eines Heizkostenabschlages (unter Einschluss der Kosten für die Warmwasserbereitung) von 85 EUR monatlich angemietete Wohnung. Ab dem 14.06.2011 waren die Kläger bis zur Anmietung einer neuen Wohnung (Februar 2012) in einer städtischen Unterkunft zu monatlichen Aufwendungen von rd. 200 EUR untergebracht.

Der Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2) bezogen 2010 und 2011 für ihre beiden Söhne Kindergeld und verkauften die Obdachlosenzeitung "G". Diese Zeitung wird vom Caritasverband, dem Verein für Gefährdetenhilfe und dem Verein "B e.V." herausgegeben. Die Herausgeber der Zeitschrift sind Mitglied im Paritätischen Wohlfahrtsverband, die Verbreiter der Zeitschrift erhalten einen Ausweis, aus dem hervorgeht, dass "G"-Vertreiber von materieller Armut betroffen sind. Die Zeitung wird vom Verlag für 0,90 EUR an die Verbreiter ausgegeben und für 1,80 EUR verkauft. Aus dieser Tätigkeit erzielten der Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2) im streitigen Zeitraum Einnahmen i.H.v. jeweils 120 EUR monatlich. Zusätzlich erhielten sie Unterstützung durch caritative Einrichtungen (Diakonie, N Tafel) und Familienangehörige.

Einen ersten Antrag der Kläger auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II lehnte der Beklagte mit bindendem Bescheid vom 01.12.2009 gestützt auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ab, nachdem der Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2) mitgeteilt hatten, sie seien zur Arbeitsuche und zur Verbesserung der Lebensbedingungen der Kinder nach Deutschland gekommen.

Am 11.10.2010 beantragten die Kläger erneut Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Sie gaben an, zur Arbeitsuche eingereist zu sein und außer den Einkünften aus dem Verkauf der Obdachlosenzeitung und dem Kindergeld nicht über Einkommen und nicht über Vermögen zu verfügen. Diesen Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom

19.10.2010 ab. Die Kläger hätten ein alleiniges Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche und seien deshalb gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen.

Hiergegen legten die Kläger am 03.11.2010 Widerspruch ein. Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II widerspreche europäischem Recht. 11

Mit Bescheid vom 16.12.2010 wies der Beklagte den Widerspruch zurück. Der Verkauf des Straßenmagazins begründe keine Arbeitnehmereigenschaft. Der EuGH habe im Urteil vom 04.06.2009 (C-22/08 und C-23/08 - Rechtssache Vatsouras/Koupatantze) keine grundsätzlichen gemeinschaftrechtlichen Bedenken gegen den Leistungsausschluss für Arbeitsuchende gehabt. 12

Am 17.12.2010 beantragten die Kläger eine einstweilige Anordnung zur Verpflichtung des Beklagten auf Bewilligung von Leistungen zu Sicherung des Lebensunterhalts. Mit Beschluss vom 17.05.2011 (L 6 AS 356/11 B ER) verpflichtete das LSG Nordrhein-Westfalen den Beklagten, den Klägern vorläufig bis zur Bestandskraft des angefochtenen Bescheides, längstens jedoch bis zum 17.11.2011, Regelbedarfe zur Sicherung des Lebensunterhaltes (jeweils 328 EUR monatlich für den Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2) sowie Sozialgeld i.H.v. 275 EUR für den Kläger zu 3) und den weiteren Sohn) unter Berücksichtigung des Kindergeldes sowie Leistungen für Unterkunft und Heizung i.H.v. jeweils 122,50 EUR zu gewähren. In Ausführung dieses Beschlusses bewilligte der Beklagte mit Bescheiden vom 14.06.2011, 07.07.2011, 26.07.2011 und 01.08.2011 Leistungen vom 17.05.2011 bis zum 17.11.2011. Ab 14.06.2011 berücksichtigte er hierbei die in der Obdachlosenunterkunft anfallenden Benutzungsgebühren als Kosten der Unterkunft. 13

Seit dem 01.10.2011 besitzen die Kläger eine unbefristete Arbeitsberechtigung-EU. 14

Am 07.11.2011 beantragten sie erneut Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Nachdem der Beklagte diesen Antrag abgelehnt (Bescheid vom 15.11.2011, Widerspruchsbescheid vom 30.11.2011) und die Kläger hiergegen Klage erhoben hatten (SG Gelsenkirchen, S 31 AS 2852/11), verpflichtete das LSG Nordrhein-Westfalen den Beklagten mit Beschluss vom 06.06.2012 (L 7 AS 37/12 B ER), den Klägern für die Zeit vom 23.11.2011 bis zum 30.06.2012 Regelbedarfe nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Der Beschluss wurde vom Beklagten ausgeführt (Bescheide vom 22.06.2012). 15

Bei der weiteren Antragstellung vom 07.11.2012 gab die Klägerin zu 2) an, sie stehe seit dem 01.11.2012 in einem Beschäftigungsverhältnis als "Reinigungs- Haushaltskraft" und erziele hieraus ein Nettoentgelt i.H.v. 200 EUR monatlich. Der Beklagte sah diese Tätigkeit als Arbeitnehmertätigkeit i.S.v. § 2 FreizügG/EU an (Aktenvermerk vom 09.01.2013) und bewilligte den Klägern mit Bescheid vom 14.01.2013 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ab 01.11.2012. 16

Die Kläger haben am 10.01.2011 bei dem Sozialgericht Gelsenkirchen Klage gegen den Bescheid vom 19.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.12.2010 erhoben. Nach ihrer Auffassung stellt der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II eine unzulässige Diskriminierung von Unionsbürgern dar. 17

Die Kläger haben beantragt, 18

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 19.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.12.2010 zu verurteilen, ihnen Leistungen nach dem SGB II 19

für den Zeitraum vom 11.10.2010 bis 07.11.2011 zu gewähren.

Der Beklagte hat beantragt,	20
die Klage abzuweisen.	21
Er hat sich auf den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II berufen.	22
Mit Urteil vom 20.11.2012 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Der streitgegenständliche Zeitraum sei auf den Zeitraum vom 11.10.2010 bis 07.11.2011 beschränkt, da eine Leistungsgewährung vor Antragstellung nicht in Betracht komme und über den Antrag vom 07.11.2011 in einem eigenständigen Verwaltungsverfahren entschieden worden sei. Die Kammer könne offen lassen, ob die Kläger die Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II erfüllten, jedenfalls seien sie nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen. Der Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2) könnten sich nur auf ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche und der Kläger zu 3) auf ein hiervon abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen. Europarechtliche Erwägungen stünden dem Leistungsausschluss nicht entgegen.	23
Gegen das am 11.01.2013 zugestellte Urteil richtet sich die am 21.01.2013 eingelegte Berufung der Kläger. Sie verfolgen ihr Begehren weiter und wiederholen im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.	24
Die Kläger beantragen,	25
das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 20.11.2012 zu ändern und den Bescheid des Beklagten vom 19.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.12.2010 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, ihnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den Zeitraum vom 11.10.2010 bis zum 07.11.2011 zu gewähren.	26
Der Beklagte beantragt,	27
die Berufung zurückzuweisen.	28
Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend und hat Beratungsvermerke sowie Datenbankauszüge der Bundesagentur für Arbeit die Kläger betreffend vorgelegt. Der Senat hat eine Auskunft der Bundesagentur für Arbeit zu den Vermittlungsaussichten der Kläger eingeholt. Die Kläger haben Kontoauszüge vorgelegt. Auf den Inhalt dieser Unterlagen wird verwiesen.	29
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der beigezogenen Gerichts- und Verwaltungsakten sowie die Ausländerakten der Stadt H verwiesen, deren wesentlicher Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.	30
Entscheidungsgründe:	31
Die zulässige Berufung ist begründet.	32
A. Den Streitgegenstand des Verfahrens bilden Ansprüche der Kläger auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit vom 11.10.2010 bis zum 07.11.2011. Über diese Ansprüche hat der Beklagte mit dem angefochtenen Bescheid vom 19.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.12.2010 entschieden.	33

Weitere Bescheide sind nicht gem. § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden. Zwar hat der Beklagte mit den Bescheiden vom 14.06.2011, 07.07.2011, 26.07.2011 und 01.08.2011 den Klägern Leistungen für die Zeit vom 17.05.2011 bis zum 17.11.2011 bewilligt. Bei diesen Bescheiden handelt es sich jedoch nur um Ausführungsbescheide aufgrund der einstweiligen Anordnung vom 17.05.2011, die nicht (als den Ablehnungsbescheid ändernde Bescheide) gem. § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden sind. Dies gilt auch für den Bescheid vom 26.07.2011. Zwar ist dieser - anders als die anderen genannten Bescheide - nicht ausdrücklich als vorläufiger Ausführungsbescheid gekennzeichnet. Indes hat der Beklagte deutlich gemacht, dass es sich bei diesem Bescheid um einen Änderungsbescheid zum Bescheid 07.07.2011 wegen einer Neuberechnung der Unterkunftskosten handelt. Einen weitergehenden Regelungsgehalt hat dieser Bescheid nicht, insbesondere ist er auch unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts nicht als endgültiger Bewilligungsbescheid zu verstehen.

Das beklagte Jobcenter ist gemäß § 70 Nr. 1 SGG beteiligtenfähig (vgl. BSG Urteil vom 18.01.2011 - B 4 AS 99/10 R, Rn. 11). Nach § 76 Abs. 3 Satz 1 SGB II ist die gemeinsame Einrichtung als Rechtsnachfolger an die Stelle der Arbeitsgemeinschaft getreten. 34

B. Das Sozialgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig i.S.d. § 54 Abs. 2 S. 1 SGG. Die Kläger haben einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit vom 11.10.2010 bis zum 07.11.2011. 35

1) Die Voraussetzungen für Leistungen zu Sicherung des Lebensunterhalts nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II lagen bei den Klägern dem Grunde nach vor. 36

Die Kläger hatten im streitbefangenen Zeitraum das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II). Als rumänische Staatsangehörige waren sie unabhängig von der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung erwerbsfähig i.S.v. §§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II i.V.m. 8 Abs. 1 und Abs. 2 SGB II (vgl. BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 13 ff.). Die Kläger hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 3 SGB I hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Die Kläger hielten sich im streitigen Zeitraum zukunfts offen und ohne erkennbare Anzeichen, dies ändern zu wollen, durchgehend in H auf. Ihr aufenthaltsrechtlicher Status als Staatsangehörige eines neuen Unionsstaates, für den noch Übergangsregelungen u.a. mit Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit bis zum 31.12.2013 gelten, ist demgegenüber unerheblich. Anknüpfend an die Rechtsprechung des BSG (BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, kritisch zu dieser Rechtsprechung: SG Darmstadt, Beschluss vom 28.10.2013 - S 16 AS 534/13 ER), wonach bei einem EU-Bürger bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde nach § 6 FreizügG/EU über den Verlust des Rechts zur Einreise und auf Aufenthalt ein zukunfts offener Aufenthalt i.S.v. § 30 SGB I unabhängig vom Vorliegen eines Aufenthaltsgrundes bzw. -rechts gegeben ist, bestand im streitbefangenen Zeitraum ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland (vgl. Hessisches LSG Beschluss vom 30.09.2013 - L 6 AS 433/13 B ER; in diesem Sinne bereits Beschlüsse des Senats vom 19.07.2013 - L 19 AS 942/13 B ER und 22.08.2013 - L 19 AS 766/13 B ER). Der Verlust des Rechts der Kläger zur Einreise und auf Aufenthalt nach den Bestimmungen des FreizügG/EU wurde von der zuständigen Ausländerbehörde im streitbefangenen Zeitraum nicht festgestellt. 37

Die Kläger waren im streitigen Zeitraum auch i.S.d. §§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 9 SGB II hilfebedürftig. Der Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2) erhielten im streitbefangenen Zeitraum Kindergeld i.H.v. insgesamt 368,00 EUR monatlich. Sie erhielten lediglich Kindergeld und erzielten Erlöse aus dem Verkauf der Obdachlosenzeitung in - 240,00 EUR monatlich - insgesamt nicht bedarfsdeckender Höhe. Der Kläger zu 3) erzielte kein Einkommen. Das in Höhe von 608 EUR monatlich erzielte Bruttoeinkommen deckte nicht einmal die Regelbedarfe der Kläger i.H.v. insgesamt 899 EUR im Jahr 2010 (je 324 EUR für den Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2), 251 EUR für den Kläger zu 3)) und erst recht nicht die höheren Regelbedarfe ab dem 01.01.2011. Über Vermögen verfügten die Kläger nicht. Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung die Hilfebedürftigkeit der Kläger angezweifelt hat, hat er seine Bedenken nicht näher spezifiziert und auch nicht deutlich gemacht, welches Einkommen aus welchen Quellen und welche Vermögenswerte den Klägern nach seiner Meinung zur Verfügung gestanden haben sollen. Der Senat sieht keinen Anlass, die Angaben der Kläger zu fehlendem Vermögen und zur Höhe des im streitigen Zeitraum zugeflossenen Einkommens zu bezweifeln. Bereits der Umstand, dass die Kläger ihre Mietverpflichtungen nicht erfüllt haben und deshalb eine Zwangsräumung ihrer Wohnung hinnehmen mussten, spricht für fehlende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts. Aus den vorgelegten Kontoauszügen ergeben sich keine Hinweise auf anderweitig zur Verfügung stehende Ressourcen. Die Kläger haben zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts regelmäßig Barabhebungen vorgenommen. Die Kontobewegungen lassen keine Rückschlüsse auf weitere Einkommenszuflüsse zu. Ab Mai 2011 sind den Klägern zudem Leistungen nach dem SGB II im Wege der einstweiligen Anordnung zugesprochen und zur Verfügung gestellt worden. Nachvollziehbar haben die Kläger schließlich erläutert, dass sie ihre physische Existenz im streitigen Zeitraum darüber hinaus durch nicht als bedarfsminderndes Einkommen zu berücksichtigende caritative und familiäre Zuwendungen erhalten haben.

2) § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, wonach Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, vom Leistungsanspruch ausgenommen sind, steht einem Leistungsanspruch nicht entgegen, weil die Kläger sich im streitigen Zeitraum auf ein solches Aufenthaltsrecht nicht berufen konnten (a). Den Klägern stand auch kein anderweitiges Aufenthaltsrecht zur Verfügung (b). Sie unterfallen als Unionsbürger ohne (materielles) Aufenthaltsrecht dem Leistungsausschluss nicht (c).

39

a) Ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU bestand für die Kläger im streitigen Zeitraum nicht (mehr).

40

Das gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeitsrecht eines Arbeitnehmers aus Art. 45 Abs. 3 AEUV, das in § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU konkretisiert wird (Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 10. Aufl. § 2 FreizügG/EU, Rn. 61) umfasst auch die Ersteinreise zum Zwecke der Arbeitsuche, ein konkretes Arbeitsverhältnis muss insoweit noch nicht bestehen (EuGH Urteil vom 25.10.2012 - C 367/11 Rechtssache Prête; VGH Bayern, Beschluss vom 16.01.2009 - 19 C 08.3271). Hiervon hat der Kläger zu 1) Gebrauch gemacht. Unter Zugrundlegung seiner Angaben im gerichtlichen Verfahren ist er eingereist, um Arbeit zu suchen. Diese Absicht ist auch in der Ausländerakte dokumentiert. Die Anmeldung des Gewerbes steht der Annahme einer Einreise zur Arbeitsuche nicht entgegen, weil es zu keinem Zeitpunkt tatsächlich ausgeübt, sondern lediglich formell angemeldet war.

41

Das Recht eines Arbeitnehmers auf Zugang zum Arbeitsmarkt begründet aber kein zeitlich unbeschränktes Aufenthaltsrecht. Dieses besteht vielmehr zunächst für drei Monate voraussetzungslos und danach nur so lange, wie ein Arbeitnehmer ernsthaft einen

42

Arbeitsplatz sucht und sein Bemühen nicht objektiv aussichtslos ist (vgl. EuGH Urteile vom 20.02.1997 - C-344/95, vom 26.02.1991 - C-292/89 - Rechtssache Antonissen und 23.03.2004 - C-138/02 - Rechtssache Collins; Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 10. Aufl. § 2 FreizügG/EU, Rn. 62; vergl. auch Art. 14 Abs. 4b S. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten - ABl. L 158 - im Folgenden: Freizügigkeitsrichtlinie, wonach Arbeitsuchende nicht ausgewiesen werden dürfen, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden). Dabei ist einem Arbeitnehmer eine Zeit zur Arbeitsuche von sechs bis neun Monaten einzuräumen (vgl. auch OVG Sachsen Beschluss vom 20.08.2012 - 3 B 202/12 Rn. 10; VG München Urteil vom 02.08.2010 - M 12 K 12.1882, M 12 S).

Dieser Zeitraum war für den Kläger zu 1) zu Beginn des streitgegenständlichen Zeitraums lange abgelaufen. Dahinstehen kann, welche Anforderungen an ernsthafte Bemühungen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes zu stellen sind. Zur Überzeugung des Senats war die Arbeitsuche des Klägers zu 1) im streitbefangenen Zeitraum objektiv ohne begründete Aussicht auf Erfolg. Eine realistische Chance auf Erlangung eines Arbeitsplatzes bestand nicht. Der Kläger zu 1) verfügte nicht über eine verwertbare berufliche Ausbildung oder Qualifikationen und über Berufserfahrung lediglich im Bereich ungelernter Tätigkeiten. In Rumänien hat er keine Arbeiten verrichtet, die nennenswerte Berufserfahrungen bzw. -kenntnisse vermittelt haben, aufgrund derer anzunehmen war, dass realistische Chancen bestanden, auf dem bundesdeutschen Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Die Arbeitsuche wurde - wie sich aus den Beratungsvermerken der Bundesagentur für Arbeit und dem Protokoll zum Erörterungstermin im Eilverfahren L 7 AS 37/12 B ER vom 24.05.2012 ergibt, erheblich dadurch erschwert, dass der Kläger zu 1) über keine deutschen Sprachkenntnisse - weder aktiv noch passiv - verfügte. Als rumänischer Staatsangehöriger benötigte er zudem einer Arbeitserlaubnis-EU/Arbeitsberechtigung-EU nach § 284 SGB III, die grundsätzlich nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von § 39 Abs. 1 S. 1 AufenthG, d.h. insbesondere in Abhängigkeit vom Nichtvorhandensein bevorzogter Arbeitnehmer (§ 39 Abs. 2 Satz 1 b AufenthG), erteilt werden konnte. Die aktenkundige und während des streitigen Zeitraumes (16.09.2011) getroffene Einschätzung der für den Kläger zu 1) zuständigen Arbeitsvermittlerin, wonach eine Vermittlung des Klägers auf dem deutschen Arbeitsmarkt unwahrscheinlich sei, ist plausibel und wird vom Senat geteilt. Jedenfalls für den streitbefangenen Zeitraum von Oktober 2010 bis November 2011, nach mehr als zwei Jahren vergeblicher Arbeitsuche, war nicht mehr anzunehmen, dass die Arbeitsuche des Klägers zu 1) objektiv noch begründete Erfolgsaussichten hatte. 43

Gleiches gilt für die Klägerin zu 2). Sie war nach eigenen Angaben zunächst nicht zur Arbeitsuche, sondern im Wege des Familiennachzugs eingereist und verfügt über eine nur rudimentäre Schulausbildung, keinerlei beruflich verwertbare Qualifikationen oder in einer Berufstätigkeit erworbenen Erfahrungen; ebenso mangelte es ihr im streitigen Zeitraum an Kenntnissen der deutschen Sprache. Die Einschätzung, wonach auch die Klägerin zu 2) im streitbefangenen Zeitraum ohne Aussicht auf Erfolg Arbeit suchte, wird nicht dadurch widerlegt, dass sie ab dem 01.11.2012 eine Nebenbeschäftigung als Putzkraft zu einem Entgelt von 200 EUR monatlich ausübt. Der Aufnahme dieser zur Deckung des Lebensunterhalts nicht im Ansatz ausreichenden Beschäftigung ging die dem streitgegenständlichen Zeitraum nachfolgende Teilnahme an einem Integrationskurs mit Sprachförderung voran. Vorher scheiterten Vermittlungsbemühungen, wie sich aus den Beratungsvermerken der Bundesagentur für Arbeit und den Ausführungen der Klägerin zu 2) im Protokoll zum Erörterungstermin im Eilverfahren L 7 AS 37/12 B ergibt, immer mindestens 44

wegen der fehlenden Deutschkenntnisse.

Der Kläger zu 3) war als Schüler ohnehin nicht arbeitssuchend.	45
b) Die Kläger können sich für den streitbefangenen Zeitraum nicht auf ein anderweitiges Aufenthaltsrecht berufen. Ein solches Recht besteht weder nach dem FreizügG/EU (aa) noch nach Art. 21 AEUV (bb).	46
aa) Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen ein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.	47
Im streitbefangenen Zeitraum war der Kläger zu 1) weder als Arbeitnehmer beschäftigt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU), noch war er niedergelassener selbstständiger Erwerbstätiger (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU).	48
Der Verkauf der Obdachlosenzeitschrift "G" war keine Erwerbstätigkeit und begründete weder die Eigenschaft als Arbeitnehmer (hierzu EuGH Urteil vom 04.06.2009 - C-22/08 und C-23/08 - Rechtssache Vatsouras/Koupatantze) noch stellte diese Tätigkeit eine selbstständige Tätigkeit dar (ebenso Hessisches LSG Beschluss vom 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER; LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 09.09.2010 - L 10 AS 1023/10 B ER, L 10 AS 1028/10 B PKH). Auch wenn das europäische Gemeinschaftsrecht den Begriff der Erwerbstätigkeit eines Arbeitnehmers weit fasst (EuGH Urteil vom 21.02.2013 - C- 46/12, Rn. 39 unter Zusammenfassung der vorhergehenden Rechtsprechung), weil in den einzelnen Mitgliedstaaten Berufsbilder und -bezeichnungen erheblich voneinander abweichen können, sind nur solche einbezogen, die eine Teilnahme am Wirtschaftsleben begründen (Hessisches LSG Beschluss vom 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER; Khan in Geiger/Khan/Kotzur EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 45 AEUV, Rn. 9 m.w.N.). Ein wirtschaftlicher Güteraustausch war mit dem Verkauf der Obdachlosenzeitung nicht - jedenfalls nicht als die Tätigkeit prägender Hauptzweck - verbunden. Nach den Feststellungen des Senats, die sich auf die Erklärungen des Klägers zu 1) und der Klägerin zu 2) zu Art und Inhalt ihrer Tätigkeit als Verkäufer der Zeitung, die Auswertung des in der Akte enthaltenen Verkäuferausweises sowie die Beiziehung eines Exemplars von "G" stützen, stand beim Verkauf dieser Zeitschrift der caritative Charakter im Vordergrund. Voraussetzung für die Berechtigung zum Zeitungsverkauf ist, dass der Verkäufer "von Armut betroffen" ist. Das Angebot der Zeitung soll beim Passanten die Bereitschaft fördern, dem Verkäufer, der sich erkennbar in einer schwierigen sozialen Situation befindet, finanziell zu helfen. Dem beigezogenen Zeitungsexemplar ist der Hinweis zu entnehmen, dass straßenrechtlich der Verkauf von "G" nicht als gewerbliche Sondernutzung des Straßenraumes, sondern als genehmigungsfreier Gemeingebrauch dem Betteln gleichgestellt ist. Eine Arbeitnehmerstellung scheidet zudem aus, weil die Tätigkeit nicht nach Weisung eines Anderen verrichtet wurde (EuGH Urteile vom 04.06.2009 - C-22/09 und C-23/09 - Rechtssache Vatsouras/Koupatantze, vom 13.12.2012 - C 379/11 - Rechtssache Caves Krier Frères und 21.02.2013 - C 46/12; vgl. auch Beschluss des Senats vom 30.05.2011 - L 19 AS 388/11 B ER).	49
Auch die Anmeldung des Gewerbes "Abbruch- und Entkernungsarbeiten, Hilfsarbeiten auf Baustellen" begründete für den Kläger zu 1) kein Aufenthaltsrecht als selbstständig Tätiger. Zwar ist hierfür nicht erforderlich, dass ein Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit das Existenzminimum deckt. Voraussetzung ist aber, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit tatsächlich ausgeübt wird. Ein formaler Akt, wie die Registrierung eines Gewerbes, ist nicht ausreichend (EuGH Urteil vom 21.02.2013 - C 46/12; BSG Urteil vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R; zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit vgl. auch	50

Beschluss des Senats vom 02.07.2012 - L 19 AS 1071/12 B ER). Der Kläger übte die angemeldete Tätigkeit zu keinem Zeitpunkt tatsächlich aus.

§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU, wonach in bestimmten Fällen ein zuvor erworbener Status erhalten bleiben kann, greift zu Gunsten des Klägers zu 1) nicht ein. Insbesondere hat er nach seiner Einreise in die Bundesrepublik weder eine Beschäftigung unfreiwillig verloren noch eine nach der Einreise aufgenommene selbstständige Tätigkeit infolge von Umständen, auf die er keinen Einfluss gehabt hat, eingestellt (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU). 51

Ein Aufenthaltsrecht als nicht erwerbstätiger Unionsbürger nach § 4 FreizügG/EU lag ebenfalls nicht vor, da der Kläger zu 1) - wie ausgeführt - nicht über ausreichende Existenzmittel verfügte. 52

Der Kläger zu 1) hatte im streitbefangenen Zeitraum schließlich kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU, da er sich nicht seit mindestens fünf Jahren materiell rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hatte (vgl. hierzu EuGH Urteil vom 21.12.2011 - C-424/10) und auch die Voraussetzungen von § 4a Abs. 2 FreizügG/EU nicht vorlagen. 53

Auch die Klägerin zu 2) hatte kein Aufenthaltsrecht nach den vorgenannten Vorschriften. Ihr stand zudem kein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU zu. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU setzt die Freizügigkeitsberechtigung eines Familienangehörigen voraus, dass der Unionsbürger, den der Familienangehörige begleitet oder dem er nachzieht, seinerseits ein i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger ist, was - wie dargelegt - beim Kläger zu 1) nicht der Fall ist. 54

Der Kläger zu 3) war ebenfalls weder freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger i.S.d. § 2 FreizügG/EU noch freizügigkeitsberechtigter Familienangehöriger i.S.d. § 3 FreizügG/EU. 55

Die Kläger konnten aus § 11 Abs. 1 S. 5 FreizügG/EU in der bis zum 30.06.2011 geltenden Fassung vom 19.08.2007 (BGBl I, 1970) kein Aufenthaltsrecht ableiten. Es lagen keine Gründe vor, die nach den Vorschriften des AufenthG ein Aufenthaltsrecht begründen konnten (vgl. hierzu BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn 321). 56

bb) Allein aus dem Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nach Art. 21 AEUV können die Kläger kein materielles Aufenthaltsrecht ableiten (Bayerisches LSG Urteil vom 19.06.2013 L 16 AS 847/12, Rn. 41). 57

Nach Art. 21 AEUV hat zwar jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Vorschrift begründet ein subjektiv öffentliches Recht, das dem Unionsbürger unabhängig vom Zweck seiner Inanspruchnahme unmittelbar zusteht und gewährleistet das Recht, aus einem Mitgliedstaat auszureisen, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen und sich dort ohne zeitliche und grundsätzlich ohne inhaltliche Begrenzung aufzuhalten. Das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten, ohne dort einer Tätigkeit im Lohn oder Gehaltsverhältnis oder einer selbständigen Tätigkeit nachzugehen, besteht jedoch nicht uneingeschränkt, sondern gem. Art. 21 Abs. 1 AEUV vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Hinsichtlich dieser Beschränkungen und Bedingungen ist Art. 7 Abs. 1 b) der Freizügigkeitsrichtlinie zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten verlangen können, dass die Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, 58

die das Aufenthaltsrecht in ihrem Hoheitsgebiet für einen Zeitraum von über drei Monaten wahrnehmen wollen, ohne eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, für sich und ihre Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat und über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen (EuGH Urteil vom 19.09.2013 - C-140/12 - Rechtsache Brey; vergl. zur Konkretisierung des Freizügigkeitsrechts durch die Freizügigkeitsrichtlinie auch EuGH Urteil vom 21.12.2011 - C - 424/10, Rn. 38 f.; BVerwG Urteil vom 13.07.2010 - 1 C 14/09, Rn. 24 ff.).

c) Mithin lässt sich das Vorliegen eines Aufenthaltsrechtes nach dem FreizügG/EU bzw. der Freizügigkeitsrichtlinie nicht positiv feststellen. Dies gilt namentlich hinsichtlich eines Aufenthaltsrechtes zur Arbeitssuche. Der Aufenthaltswitz der Arbeitssuche stellt keinen Auffangtatbestand dar, der zur Anwendung gelangt, wenn ein anderer Zweck nicht feststellbar ist (vgl. Dienelt, a.a.O., § 2 FreizügG/EU Rn 59, Hessisches LSG Beschluss vom 30.09.2010 - L 6 AS 433/13 B ER). Es handelt sich bei den Klägern um EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund bzw. ohne materielles Aufenthaltsrecht (zu dieser Personengruppe vgl. auch BVerwG Urteil vom 31.05.2012 - 10 C 8/12; VG Dresden Beschluss vom 01.08.2013 - 3 L 300/13). Auf EU-Bürger ohne materielles Aufenthaltsrecht findet der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II keine Anwendung. 59

aa) Der Wortlaut der Vorschrift stellt nur auf das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ab (Hessisches LSG Beschluss vom 30.09.2013 - L 6 AS 433/13 B ER; LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 25.03.2013 - L 31 AS 362/13 B ER; Kingreen, SGB 2013, 132 ff.; zum im Wortlaut identischen Leistungsausschluss des § 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23, Rn. 54d). 60

bb) Die Vorschrift kann nicht erweiternd dahingehend ausgelegt werden, dass der Leistungsausschluss bei EU-Bürgern, deren Aufenthaltsrecht allein auf Arbeitssuche beruht, "erst recht" für EU-Bürger ohne materielles Aufenthaltsrecht gilt (ebenso Hessisches LSG Beschluss vom 30.09.2013 - L 6 AS 433/13 B ER, Rn. 24, LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 25.03.2013 - L 31 AS 362//13 B ER; Kingreen SGB 2013 S. 132, 134; für das SGB XII LSG Baden-Württemberg Beschluss vom 23.07.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-B, Rn. 17; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 27.11.2008 - L 8 SO 173/08 ER, Rn. 16; Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23, Rn. 54d; a.A. LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 19.07.2012 - L 12 AS 511/11; Hessisches LSG Beschluss vom 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER; SG Leipzig Vorlagebeschluss vom 03.06.2013 - S 17 AS 2198/12, Rn. 58). 61

Gegen eine erweiternde Auslegung bzw. analoge Anwendung spricht schon der Ausnahmecharakter des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II (zum Gebot, Ausnahmenvorschriften jedenfalls nur in engen Grenzen analog anzuwenden vgl. BSG Urteil vom 23.08.2012 - B 4 AS 32/12 R) unter besonderer Gewichtung der verfassungsrechtlichen Garantie der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II stellt den leistungsrechtlichen Grundsatz auf, wonach Personen innerhalb der Altersgrenzen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben sowie erwerbsfähig und hilfebedürftig sind, grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts haben. Dieser Grundsatz entspricht der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums (hierzu BVerfG Urteile vom 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 und 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11). Der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG umfasst bei Ausländern die 62

Sicherstellung des Existenzminimums auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder kurzer Aufenthaltsperspektive in Deutschland in jedem Fall und zu jeder Zeit (vgl. hierzu BVerfG Urteil vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, Rn 90 f, 120).

Die Leistungsausschlüsse des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 SGB II sind ausdrücklich als Ausnahmen von diesem Grundsatz konzipiert ("ausgenommen sind."). Ausnahmeregelungen sind insbesondere dann eng auszulegen, wenn sie bestimmte Personengruppen von verfassungsrechtlich geschuldeten Mindeststandards ausschließen (so ausdrücklich BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R Rn. 26; zustimmend Janda ZFSH/SGB 2013, 453 f.). Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass der Betroffene sich dem Leistungsausschluss entziehen und in das Sicherungssystem seines Heimatlandes begeben kann, indem er ausreist. Dies darf nicht verlangt werden, denn Unionsbürger sind erst dann zur Ausreise verpflichtet, wenn der Verlust ihres Freizügigkeitsrechts durch die Ausländerbehörde festgestellt worden ist (BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 20). 63

Auch nach der Rechtsprechung des BSG ist § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als Regelung, die von existenzsichernden Leistungen ausschließt, eng auszulegen in dem Sinne, dass ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik allein zur Arbeitsuche positiv festzustellen ist, bevor der Leistungsausschluss angewendet werden kann (BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 26 m.w.N.). 64

Unabhängig von diesem Gesichtspunkt liegen die Voraussetzungen für einen methodisch zulässigen "erst-recht" - Schluss nicht vor. Richterliche Rechtsfortbildung mittels eines "erst recht" - Schlusses (argumentum a maiore ad minus), der mit der Analogie nahe verwandt ist (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991 S. 390), setzt - ebenso wie diese - voraus, dass die Norm, deren Anwendungsbereich ausgedehnt werden soll, analogiefähig ist. Dies erfordert, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt dem geregelten Sachverhalt vergleichbar ist. Eine planwidrige Regelungslücke liegt dabei nur vor, wenn das Gesetz nach der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht für eine bestimmte Fallgestaltung eine Regelung hätte erwarten lassen, diese jedoch unbeabsichtigt nicht erfolgt ist. Weiter muss der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber hätte bei einer Interessenabwägung unter Beibehaltung der bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift beachteten Grundsätze eine identische Regelung gewählt. Denn Analogie und "erst recht" Schluss beruhen gleichermaßen auf der Forderung normativer Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln (BSG Urteil vom 25.08.2011 - B 11 AL 30/10 R m.w.N.). Beide Voraussetzungen sind hier nicht gewahrt. 65

Aus den Gesetzesmaterialien zur Einführung von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ergibt sich eine unbeabsichtigte Regelungslücke nicht. Die Vorschrift wurde eingefügt durch Art. 1 Nr. 2a des Gesetzes zur Änderung des SGB II und anderer Gesetze (SGB II-ÄndG) vom 24.03.2006 (BGBl. I 558 ff.) in der Absicht, die Option des Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 der Freizügigkeitsrichtlinie zu nutzen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zum SGB II-ÄndG; BT-Drs. 16/688 S. 13). Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie erlaubt die Einschränkung der Verpflichtung des Aufnahmemitgliedstaates zur Gewährung von Sozialhilfe während der ersten drei Monate eines Aufenthaltes sowie dann, wenn wegen nachgewiesener Arbeitsuche bei begründeter Einstellungsaussicht (Art. 14 Abs. 4 b der Freizügigkeitsrichtlinie) noch Ausweisungsschutz besteht. Dementsprechend sollten durch Einführung von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II 66

diejenigen, die ihr Freizügigkeitsrecht über drei Monate hinaus in Anspruch nehmen, nicht nur von Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII, sondern auch von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen werden (zu diesem Gesetzeszweck auch BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R Rn. 25; Hessisches LSG Beschluss vom 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER Rn. 21). Der Gesetzgeber hat damit nur eine Regelung für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger treffen wollen, ohne andere Personengruppen versehentlich nicht einbezogen zu haben.

Auch unterscheiden sich Unionsbürger ohne Aufenthaltsgrund wesentlich von den vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II betroffenen Personen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, so dass der insoweit zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht gerade nicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat (Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche), dass angenommen werden muss, er wäre bei einer Interessenabwägung zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.

67

Personen, die sich allein zum Zweck der Arbeitsuche in einem anderen Unionsstaat aufhalten, müssen nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht - nach Ablauf einer dreimonatigen Frist eines voraussetzungslosen Aufenthaltes - grundsätzlich über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen (vgl. EuGH Urteil vom 19.09.2013 C-140/12 - Rechtssache Brey, Rn. 53 ff.). Nach Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsrichtlinie hat jeder Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist (a) oder für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen (b). Dieses Aufenthaltsrecht steht gem. Art. 14 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen (nur) zu, solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen. Arbeitsuchende sind keine Arbeitnehmer i.S.d. Art. 7 Abs. 1 a der Freizügigkeitsrichtlinie. Zwar umfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 Abs. 3 AEUV auch das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben und sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen. Dennoch ist der Stellensuchende (noch) kein Arbeitnehmer (EuGH Urteile vom 18.06.1987 - C-316/85 - Rechtssache Lebon und 21.12.2011 - C-424/10, C-425/10 zur Inanspruchnahme sozialer Vergünstigungen durch Arbeitsuchende; ebenso Khan in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 45, Rn. 24). Dies verdeutlicht auch die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern oder Selbstständigen einerseits und Arbeitsuchenden andererseits im Erwägungsgrund 21 der Freizügigkeitsrichtlinie. Das Gemeinschaftsrecht geht damit grundsätzlich davon aus, dass Personen, die sich über einen längeren Zeitraum zur Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten wollen, über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen und deshalb das soziale Sicherungssystem des Aufnahmestaates nicht in Anspruch nehmen müssen. Dieses Erfordernis soll verhindern, dass die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates unangemessen in Anspruch genommen werden (vgl. auch den Erwägungsgrund 10 der Freizügigkeitsrichtlinie). Mit diesen Regelungen setzt die Freizügigkeitsrichtlinie den Vorschlag der Kommission vom 23.05.2001 um, wonach es für Erwerbstätige zur Ausübung der Freizügigkeit nur eine Voraussetzung - die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit - geben und für Nichterwerbstätige die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel und einer Krankenversicherung während der ersten vier Jahre des Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat beibehalten bleiben sollte, damit die Betroffenen nicht zu einer

68

unangemessen hohen finanziellen Belastung für den Aufnahmemitgliedstaat werden (Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten vom 23.05.2001 - Kom (2001) 257 2001/0111 (COD)).

Allerdings begründet das Gemeinschaftsrecht für Unionsbürger, die - wie der Kläger zu 1) - in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates eingereist sind, um Arbeit zu suchen, einen Ausweisungsschutz. Um diesen in Anspruch nehmen zu können, müssen die Unionsbürger - sofern nicht von der Arbeitsuche unabhängige Aufenthaltsgründe bestehen - nachweisen, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (Art. 14 Abs. 4b der Freizügigkeitsrichtlinie; vgl. hierzu VG München Urteil vom 02.08.2012 - M 12 K 12.1882, M 12 S). Diese Regelung setzt auch das FreizügG/EU um, wenn es in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 zwischen Unionsbürgern, die sich zur Arbeitsuche im Bundesgebiet aufhalten wollen einerseits und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern andererseits unterscheidet und nur für die letztgenannte Personengruppe durch die Verweisung in § 2 Abs. 2 Nr. 5 auf § 4 ausreichende Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutz fordert.

Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II betrifft also Unionsbürger, die entweder selbst über ausreichende Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen (und ist insoweit unproblematisch) oder die wenigstens die begründete Aussicht haben, in absehbarer Zeit eingestellt zu werden. Beide für die Bewertung des sozialen Sicherungsbedürfnisses relevanten Gesichtspunkte treffen auf die Kläger nicht zu, weshalb auf die gegen die Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses mit europäischem Gemeinschaftsrecht erhobenen Bedenken hier nicht einzugehen ist (zur Frage der europarechtlichen Zulässigkeit vgl. BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 26, Hessisches LSG Urteil vom 20.09.2013 - L 7 AS 474/13; Bayerisches LSG Urteil vom 19.06.2013 - L 16 AS 847/12, SG Leipzig Vorlagebeschluss vom 03.06.2013 - S 17 AS 2198/12, siehe aber auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.05.2012 - L 3 AS 1477/11). Offen bleiben kann vor diesem Hintergrund auch, ob die Kläger als im streitbefangenen Zeitraum wirtschaftliche inaktive Unionsbürger aufgrund tatsächlicher Bindungen nach Deutschland als Aufenthaltsstaat aus primärem Gemeinschaftsrecht (Art. 18, 20, 21 AEUV) einen Teilhabeanspruch auf existenzsichernde Leistungen der sozialen Sicherheit ableiten können (hierzu Janda ZFSH/SGB 2013, 453 ff., 455; Hofmann/Kummer ZESAR 2013, 199 ff.).

3) Ob der Bezug von Leistungen nach dem SGB II Anlass zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gibt, obliegt allein der Prüfung durch die Ausländerbehörde. Nach Auffassung des BVerwG (BVerwG Urteil vom 31.05.2012 - 10 C 8/12) spricht viel dafür, dass es sich bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts um aufenthaltsrechtlich schädliche Sozialhilfeleistungen i.S.d. Freizügigkeitsrichtlinie handelt. Dafür sei nicht entscheidend, ob finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, als Sozialhilfeleistungen i.S.d. Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie angesehen werden könnten (hierzu EuGH Urteil vom 04.06.2009 - C-22/08, C-23/08 - Rechtssache Vatsouras/Koupatanze; zur aufenthaltsrechtlichen Definition EuGH Urteil vom 19.09.2013 C-140/12 - Rechtssache Brey, Rn. 60 f.). Der aufenthaltsrechtliche und der leistungsrechtliche Begriff der "Sozialhilfe" in der Freizügigkeitsrichtlinie müssen nach Auffassung des BVerwG nicht zwingend identisch sein. Denn die aufenthaltsrechtliche Fragestellung, ob ein Unionsbürger wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ausgewiesen werden darf, sei von der Frage zu trennen, in welchem Umfang der Aufnahmemitgliedstaat nach dem

Gebot der Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit Angehörigen der Mitgliedstaaten gehindert ist, Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten von dem Bezug bestimmter steuerfinanzierter Leistungen auszuschließen (kritisch hierzu BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R). Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH Urteil vom 19.09.2013 - C-140/12 - Rechtssache Brey, Rn. 60) bezieht sich der in Art. 7 der Freizügigkeitsrichtlinie verwendete Begriff der "Sozialhilfe" auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme, die auf nationaler, regionaler und örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss.

Nach dem Erwägungsgrund Nr. 16 der Freizügigkeitsrichtlinie soll keine Ausweisung erfolgen, solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 19.09.2013 - C-140/12 - Rechtsache Brey, Rn. 69) hat der Aufnahmemitgliedstaat in diesem Zusammenhang zum einen zu prüfen, ob der Betreffende vorübergehende Schwierigkeiten hat und zum anderen die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände des Betreffenden und den Umfang der bereits gewährten Sozialhilfe. 72

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG. 73

Der Senat hat wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache die Revision zugelassen (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG). 74