

Langtext

Gericht:	BSG 4. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	12.12.2013	Normen:	§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB 2, § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU 2004, Art 267 AEUV, Art 18 AEUV, Art 45 Abs 2 AEUV, Art 1 EGV 883/2004, Art 2 Abs 1 EGV 883/2004, Art 3 Abs 1 EGV 883/2004, Art 3 Abs 3 EGV 883/2004, Art 4 EGV 883/2004, Art 70 Abs 2 EGV 883/2004, Art 70 Abs 3 EGV 883/2004, Art 70 Abs 4 EGV 883/2004, Anh 10 EGV 883/2004, Art 14 Abs 4 EGRL 38/2004, Art 24 Abs 2 EGRL 38/2004, Art 1 EuFürsAbk, Art 16 Buchst b EuFürsAbk
Aktenzeichen:	B 4 AS 9/13 R		
Dokumenttyp:	EuGH- Vorlage		

Grundsicherung für Arbeitsuchende - Leistungsausschluss für Ausländer bei Aufenthalt zur Arbeitsuche - Unionsbürger - Europarechtskonformität - EuFürsAbk - Wirksamkeit der Vorbehaltserklärung der Bundesregierung

Orientierungssatz

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gem Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Gilt das Gleichbehandlungsgebot des Art 4 VO (EG) 883/2004 (juris: EGV 883/2004) - mit Ausnahme des Exportausschlusses des Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004 - auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen iS von Art 70 Abs 1, 2 VO (EG) 883/2004? ([Rn.29](#))

2. Falls 1) bejaht wird: Sind - gegebenenfalls in welchem Umfang - Einschränkungen des Gleichbehandlungsgebots des Art 4 VO (EG) 883/2004 durch Bestimmungen in nationalen Rechtsvorschriften in Umsetzung des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG (juris: EGRL 38/2004) möglich, nach denen der Zugang zu diesen Leistungen ausnahmslos nicht besteht, wenn sich ein Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers in dem anderen Mitgliedstaat allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt? ([Rn.37](#))

3. Steht Art 45 Abs 2 AEUV in Verbindung mit Art 18 AEUV einer nationalen Bestimmung entgegen, die Unionsbürgern, die sich als Arbeitsuchende auf die Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts berufen können, eine Sozialleistung, die der Existenzsicherung dient und gleichzeitig auch den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtert, ausnahmslos für die Zeit eines Aufenthaltsrechts nur zur Arbeitsuche und unabhängig von der Verbindung mit dem Aufnahmestaat verweigert? ([Rn.44](#))

II. Der Senat geht nach seiner Vorprüfung im Rahmen des Vorlageverfahrens davon aus, dass der (von der Bundesregierung am 19.12.2011 erklärte, am 31.1.2012 bekannt gemachte und am 3.4.2012 berichtigte) Vorbehalt gem Art 16 Buchst b EuFürsAbk gegen die Anwendung des SGB 2

im Rahmen des EuFursAbk wirksam ist. [\(Rn.23\)](#)

Fundstellen

RegNr 31084 (BSG-Intern)

weitere Fundstellen

ArbuR 2014, 40 (Kurz wiedergabe)

SGb 2014, 84 (Kurz wiedergabe)

SozSichplus 2014, 4-5 (Kurz wiedergabe)

ArbuR 2014, 69-70 (Kurz wiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend SG Berlin 55. Kammer, 19. Dezember 2012, Az: S 55 AS 18011/12, Urteil

Tenor

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Gilt das Gleichbehandlungsgebot des Art 4 VO (EG) 883/2004 - mit Ausnahme des Exportausschlusses des Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004 - auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen im Sinne von Art 70 Abs 1, 2 VO (EG) 883/2004?

2. Falls 1) bejaht wird: Sind - gegebenenfalls in welchem Umfang - Einschränkungen des Gleichbehandlungsgebots des Art 4 VO (EG) 883/2004 durch Bestimmungen in nationalen Rechtsvorschriften in Umsetzung des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG möglich, nach denen der Zugang zu diesen Leistungen ausnahmslos nicht besteht, wenn sich ein Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers in dem anderen Mitgliedstaat allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt?

3. Steht Art 45 Abs 2 AEUV in Verbindung mit Art 18 AEUV einer nationalen Bestimmung entgegen, die Unionsbürgern, die sich als Arbeitssuchende auf die Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts berufen können, eine Sozialleistung, die der Existenzsicherung dient und gleichzeitig auch den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtert, ausnahmslos für die Zeit eines Aufenthaltsrechts nur zur Arbeitssuche und unabhängig von der Verbindung mit dem Aufnahmestaat verweigert?

II. Der Rechtsstreit wird ausgesetzt.

Gründe

1

A. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

2

I. Streitgegenstand

Streitig ist die Aufhebung der Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitssuchende - (SGB II) für den Monat Mai 2012.

3

II. Sachverhalt

Die Kläger sind schwedische Staatsangehörige. Die 1966 in Bosnien geborene Klägerin zu 1) reiste im Juni 2010 erneut mit ihren Kindern, der im Mai 1994 geborenen Klägerin zu 2) und den in den Jahren 1998 und 1999 geborenen Klägern zu 3) und 4), in die Bundesrepublik ein. Die Kinder sind in Deutschland geboren. Den Klägern wurde am 1.7.2010 eine Bescheinigung nach § 5

FreizügG/EU erteilt. Nach ihrer Einreise bezog die Klägerin zu 1) Kindergeld für die Kläger zu 2) bis 4). Die erwerbsfähigen Klägerinnen zu 1) und 2) waren seit Juni 2010 in kürzeren Beschäftigungen bzw Arbeitsgelegenheiten von weniger als einem Jahr tätig, jedoch nicht mehr in der Zeit ab Mai 2011. Im Übrigen bezogen sämtliche Kläger SGB II-Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, die zuletzt für die Zeit vom 1.12.2011 bis 31.5.2012 bewilligt wurden (*Bescheid vom 9.9.2011, Änderungsbescheide vom 26.11.2011 und 9.12.2011*). Die Klägerinnen zu 1) und 2) erhielten Alg II; die Kläger zu 3) und 4) Sozialgeld für nicht erwerbsfähige Leistungsberechtigte. Bei der Leistungsbewilligung ging das beklagte Jobcenter (SGB II-Leistungsträger) davon aus, dass die Ausschlussregelung für arbeitssuchende Unionsbürger (§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II) nicht anwendbar gewesen sei, weil sie bei den Klägern als schwedische Staatsangehörige durch das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) verdrängt worden sei.

4

Unter Hinweis auf den von der Bundesrepublik im November 2011 erklärten Vorbehalt zum EFA hob der Beklagte die Bewilligung für den Monat Mai 2012 für die Klägerin zu 1) und ihre minderjährigen Kinder in vollem Umfang auf (*Bescheid vom 2.4.2012; Widerspruchsbescheid vom 29.6.2012*). Das SG hat diesen Aufhebungsbescheid aufgehoben (*Urteil vom 19.12.2012*). Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, die Kläger könnten auch im Mai 2012 weiterhin SGB II-Leistungen beanspruchen. Eine wesentliche Änderung in den rechtlichen Verhältnissen sei nicht eingetreten. Zwar könnten sich die Klägerinnen zu 1) und 2) nach Beendigung der Beschäftigungen Mitte 2011 in dem streitigen Aufhebungsmonat Mai 2012 ausschließlich auf ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche berufen. Der deutsche Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II greife jedoch nicht, weil Art 4 VO (EG) 883/2004 jede Ungleichbehandlung von Unionsbürgern gegenüber den eigenen Staatsangehörigen bei den hier vorliegenden besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen untersage. Ein Wertungswiderspruch zu dem nur eingeschränkt möglichen Bezug von "Sozialhilfeleistungen" nach der FreizügigkeitsRL 2004/38/EG (*insbesondere deren Art 24 Abs 2*) bestehe nicht. Zudem verdränge das speziellere Gleichbehandlungsgebot nach Art 1 EFA weiterhin die Ausschlussregelung, weil der von der Bundesregierung erklärte Vorbehalt nicht durch ein Gesetz nach Art 59 Abs 2 S 1 GG in innerstaatliches Recht transformiert bzw wirksam gemacht worden sei.

5

Mit seiner Sprungrevision macht das beklagte Jobcenter geltend, der Leistungsausschluss des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II verstoße nicht gegen EG-Recht, weil es sich bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II um "Sozialhilfeleistungen" im Sinne des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG handele und ein Leistungsausschluss für Arbeitssuchende hiernach möglich sei. Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts hätten nicht den Zweck, den Arbeitsmarktzugang zu erleichtern, sondern dienten der Existenzsicherung. Zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt sehe das SGB II für Arbeitssuchende in den §§ 16 ff SGB II weitere Leistungen vor, die gesondert erbracht würden. § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II verstoße nicht gegen die VO (EG) Nr 883/2004. Der Leistungsausschluss verstoße auch nicht gegen das EFA, weil der von der Bundesregierung erklärte Vorbehalt wirksam sei. Wegen der fehlenden Beteiligung mehrerer Völkerrechtssubjekte könne der einseitige Vorbehalt der Bundesregierung nicht als Vertrag im Sinne des Art 59 Abs 2 S 1 GG angesehen werden und sei verfassungsgemäß.

6

Der Beklagte beantragt,
das Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

7

Die Kläger beantragen,
die Revision zurückzuweisen.

8

III. Nationaler Rechtsrahmen

9

1. Anspruchsvoraussetzungen für SGB II-Leistungen

Die Verwaltungsakte, mit denen das beklagte Jobcenter den Klägern die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den Zeitraum vom 1.12.2011 bis 31.5.2012 bewilligte, waren bei ihrem Erlass rechtmäßig. Die Klägerinnen zu 1) und 2) erfüllten im Bewilligungszeitraum sämtliche Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 S 1 SGB II; hieraus leiteten sich die Ansprüche der minderjährigen Kläger zu 3) und 4) ab. Der Ausschluss nach § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II stand ihrem Anspruch zunächst nicht entgegen, weil dieser durch Art 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens verdrängt wurde.

10

Nach der innerstaatlichen Regelung des § 19 Abs 1 SGB II erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte Alg II (Satz 1). Nichterwerbsfähige minderjährige Leistungsberechtigte, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, erhalten Sozialgeld (Satz 2). § 7 SGB II (*idF der Bekanntmachung der Neufassung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch vom 13.5.2011, BGBl I 850 ff*) bestimmt die Leistungsberechtigten wie folgt:

11

§ 7 Leistungsberechtigte

(1) Leistungen nach diesem Buch erhalten 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 Leistungsberechtigte). Ausgenommen sind

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen, ...

(2) Leistungen erhalten auch Personen, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben. ...

(3) Zur Bedarfsgemeinschaft gehören

1. die erwerbsfähigen Leistungsberechtigten,
2. die im Haushalt lebenden Eltern oder der im Haushalt lebende Elternteil eines unverheirateten erwerbsfähigen Kindes, welches das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ...

12

Da die minderjährigen Kläger zu 3) und 4) die Altersgrenze des § 7 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB II noch nicht erreicht hatten, ergibt sich bei ihnen eine abgeleitete Anspruchsberechtigung auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Gestalt des Sozialgeldes (§ 7 Abs 2 und 3 SGB II). Bei den Klägerinnen zu 1) und 2) lagen im gesamten Bewilligungszeitraum vom 1.12.2011 bis 31.5.2012 die Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 S 1 SGB II vor. Sie waren hilfebedürftig und erwerbsfähig. Nach § 7 Abs 1 S 1 Nr 2 SGB II iVm § 8 Abs 1 SGB II ist erwerbsfähig, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf (nicht) absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Zur Erwerbsfähigkeit von Ausländerinnen und Ausländern bestimmt § 8 Abs 2 SGB II, dass diese im Sinne von § 8 Abs 1 SGB II nur erwerbstätig sein können, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (Satz 1). Insofern ist auf die abstrakt-rechtliche Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung abzustellen (§ 8 Abs 2 S 2 SGB II; vgl BSG Urteil vom 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 34 RdNr 15). Als schwedische Staatsangehörige benötigten die Klägerinnen wegen der ihnen zustehenden uneingeschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit zur Beschäftigungsaufnahme keine Arbeitsgenehmigung.

13

Sämtliche Kläger hatten auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Vorliegen eines "gewöhnlichen Aufenthalts" in erster Linie nach den objektiv gegebenen tatsächlichen ("faktischen") Verhältnissen im streitigen Zeitraum zu beurteilen. Ein in anderen innerstaatlichen Sozialgesetzen zu dem gewöhnlichen Aufenthalt hinzutretendes Anspruchsmerkmal des Innehabens einer bestimmten Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU bzw - für nicht EU-Bürger - eines bestimmten Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltsg enthält § 7 Abs 1 S 1 Nr 4 SGB II ausdrücklich nicht (*vgl im Einzelnen: BSG Urteil vom 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 34 RdNr 17 ff mwN*). Den am 1.7.2010 erteilten Freizügigkeitsbescheinigungen (§ 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern <FreizügigkeitsG/EU> vom 30.7.2004 <BGBl I 1950>, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.2.2008 <BGBl I 215>; entfallen durch Art 1 des Gesetzes zur Änderung des FreizügigkeitsG/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften vom 21.1.2013 <BGBl I 86>) kommt nach innerstaatlicher Rechtsprechung eine nur deklaratorische Bedeutung für das sich unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht ergebende Freizügigkeitsrecht zu (*BT-Drucks 15/420 S 101; BSG Urteil vom 25.1.2012 - B 14 AS 138/11 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 28 RdNr 17; BVerwG Urteil vom 10.11.1999 - 6 C 30/98 - BVerwGE 110, 40, 53*).

14

2. Leistungsausschluss bei arbeitssuchenden Unionsbürgern und Europäisches Fürsorgeabkommen

15

Der Anspruch der Klägerinnen zu 1 und 2 auf Alg II und damit auch der Kläger zu 3 und 4 auf Sozialgeld war - allein nach Maßgabe der Regelungen des SGB II - in der Zeit vom 1.12.2011 bis 31.5.2012 nach § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II ausgeschlossen, weil sich ihr Aufenthaltsrecht im streitigen Zeitraum allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergab. Die Anwendbarkeit dieser Ausschlussregelung erfordert eine "fiktive Prüfung" des Grundes bzw der Gründe der Aufenthaltsberechtigung nach dem FreizügG/EU. Das Vorliegen der Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts aus einem anderen Grund als dem Zweck der Arbeitsuche hindert die positive Feststellung eines Aufenthaltsrechts "allein aus dem Zweck der Arbeitsuche" iS von § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II (*BSG Urteil vom 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 34 RdNr 22 ff*). Aus der Entstehungsgeschichte der Regelung ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber zeitgleich mit der Erweiterung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern zu einer allgemeinen Freizügigkeit für alle Unionsbürger mit der Ausschlussregelung des § 7 Abs 1 S 2 SGB II von der "Option" des Art 24 Abs 2 iVm Art 14 Abs 4 der RL 2004/38/EG Gebrauch machen wollte (*BT-Drucks 16/5065 S 234; siehe auch BT-Drucks 16/688 S 13*).

16

Für die Prüfung der Frage, welches Aufenthaltsrecht bei den Klägerinnen zu 1 und 2 in der Zeit vom 1.12.2011 bis 31.5.2012 vorlag, ist § 2 FreizügG/EU von Bedeutung:

17

§ 2 FreizügG/EU (Recht auf Einreise und Aufenthalt)

(1) Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

(2) Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind:

1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,.....

(3) Das Recht nach Absatz 1 bleibt für Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige unberührt bei

1. vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall,

2. unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit,

3. Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht; der Zusammenhang ist nicht erforderlich,

wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.

Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus Absatz 1 während der Dauer von sechs Monaten unberührt.

18

Dem Gesamtzusammenhang der für das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des SG (§ 163 SGG) ist zu entnehmen, dass sich die Klägerinnen zu 1 und 2 nicht mehr auf ein (fortwirkendes) Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerinnen nach § 2 FreizügG/EU berufen konnten. Sie waren seit Juni 2010 nur in kürzeren Beschäftigungen bzw in Arbeitsgelegenheiten von weniger als einem Jahr tätig und seit Mai 2011 nicht mehr abhängig oder selbständig tätig. Der Senat geht daher davon aus, dass die Erwerbstätigeneigenschaft der Klägerinnen nach § 2 Abs 3 S 2 FreizügG iVm Art 7 Abs 3 Buchst c) RL 2004/38/EG - zumindest im streitigen Aufhebungszeitraum Mai 2012, aber auch schon seit Beginn der SGB II-Bewilligung ab Dezember 2011 - nicht aufrechterhalten geblieben ist (vgl auch EuGH Urteil vom 4.6.2009, Rs C-22/08/C-23/08 <Vatsouras> - Slg 2009, I-4585 = SozR 4-6035 Art 39 Nr 5 RdNr 31).

19

Nach den gleichfalls für den Senat bindenden Feststellungen des SG waren die Klägerinnen aber weiterhin als Arbeitsuchende iS von § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU anzusehen. Sie haben im Inland kurzzeitige Beschäftigungen ausgeübt bzw an Arbeitsgelegenheiten teilgenommen, weshalb eine Aussichtslosigkeit ihrer Bemühungen um Erwerbstätigkeiten trotz Zeitablaufs von sechs Monaten nicht anzunehmen war (EuGH Urteil vom 26.2.1991, Rs C-292/89 <Antonissen>, Slg 1991, I-745-780; EuGH Urteil vom 23.3.2004, Rs C-138/02 <Collins> - Slg 2004, I-2703; so auch Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 10. Aufl 2013, § 2 FreizügG/EU RdNr 61 mwN; Bayerischer VGH Beschluss vom 16.1.2009 - 19 C 08.3271 - InfAuslR 2009, 144).

20

Der innerstaatliche Anspruchsausschluss des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II fand daher auf die arbeitsuchenden Klägerinnen zu 1 und 2 grundsätzlich Anwendung. Sie hatten in dem Bewilligungszeitraum ab 1.12.2011 dennoch zunächst einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, weil der Anspruchsausschluss durch Art 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (Gesetz zum Europäischen Fürsorgeabkommen <EFA> vom 11.12.1953 vom 15.5.1956, BGBl II 563) verdrängt wurde. Dies beruhte auf der Umsetzung des Urteils des BSG vom 19.10.2010 (B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 ff = SozR 4-4200 § 7 Nr 21) durch die Jobcenter. Das BSG hatte entschieden, dass die Verpflichtung aus Art 1 EFA, Staatsangehörigen anderer vertragsschließender Staaten, die sich im Staatsgebiet erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie Bundesbürgern "Fürsorgeleistungen" zu leisten, auch die Erbringung von Leistungen der Grundsicherung nach den §§ 19 ff SGB II beinhaltet.

21

3. Aufhebung der Leistungsbewilligung

22

Im Hinblick auf diese Leistungsbewilligung unter Zugrundelegung von Art 1 EFA ist im Mai 2012 eine Änderung eingetreten, die das beklagte Jobcenter nach § 40 Abs 1 SGB II iVm § 48 Abs 1 S 1 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X) berechtigte, die anfänglich rechtmäßige laufende Bewilligung der SGB II-Leistungen aufzuheben. Soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen eintritt, ist der Verwaltungsakt nach § 48 Abs 1 S 1 SGB X mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

23

Eine solche Änderung in den rechtlichen Verhältnissen liegt hier darin, dass die Bundesregierung am 19.12.2011 gegen die Anwendung des SGB II im Rahmen des EFA einen Vorbehalt nach Art 16 Abs b EFA angebracht hat. Der Vorbehalt (*idF der Bekanntmachung vom 31.1.2012 in BGBl II 144, berichtigt durch Bekanntmachung zum Europäischen Fürsorgeabkommen vom 3.4.2012 in BGBl II 470*) hat folgenden Inhalt: "Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitsuchende - in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden." Auf der Grundlage von Art 16 Abs c EFA ist dieser Vorbehalt den Mitgliedern des Europarates durch Veröffentlichung auf den aktuellen Seiten des Europarates mitgeteilt worden. Der Senat geht nach seiner Vorprüfung im Rahmen des Vorlageverfahrens davon aus, dass der Vorbehalt wirksam ist. Die Erbringung von Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII als Fürsorge im Sinne von Art 1 EFA ist nicht ausgeschlossen. Das innerstaatliche Recht dürfte entsprechend auszulegen sein.

24

B. Vorlagefragen und Entscheidungserheblichkeit

25

I. Unionsrechtlicher Rechtsrahmen

26

Es finden die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (*AEUV*) in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 (*BGBl II 2008, 1038*) Anwendung. Weiter gilt für den vorliegenden Sachverhalt die VO (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die mit Wirkung zum 1.5.2010, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Durchführungsverordnung VO (EG) 987/2009, die VO (EWG) Nr 1408/71 abgelöst hat (*Art 91 VO<EG> 883/2004, Art 97 VO<EG> 987/2009*). Schließlich ist die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, von Bedeutung.

27

Der Senat setzt das Verfahren nach Art 267 Abs 1 und Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (*AEUV*) aus, um eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (*EuGH*) zu den eingangs formulierten Vorlagefragen einzuholen. Der Senat hat Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts (*Art 267 Abs 2 AEUV*).

28

II. Entscheidungserheblichkeit für das Ausgangsverfahren

29

Die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen sind zur Überzeugung des Senats für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidungserheblich. Würde die vorgelegte Frage 1 bejaht und die Frage 2 verneint, hätte die Revision des beklagten Jobcenters voraussichtlich keinen Erfolg und die positive Entscheidung des Sozialgerichts würde bestätigt. Würde die Frage 1 verneint, aber die Frage 3 bejaht, wäre die Revision aus anderen Gründen zurückzuweisen. Dagegen wäre die Revision des beklagten Jobcenters voraussichtlich erfolgreich, wenn die Fragen 1 und 3 verneint würden.

30

Der Ausgang des Rechtsstreits hängt davon aus, ob die Ausschlussregelung des Art 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II mit europäischem Primär- und Sekundärrecht vereinbar ist. Nachfolgend werden die Zweifel des Senat an der Auslegung von Vorschriften des Unionsrechts (*Art 267 Abs 2 AEUV*), die für das Ausgangsverfahren entscheidungserheblich sind, anhand der Vorlagefragen erläutert. In diesem Zusammenhang möchte das vorlegende Gericht darauf hinweisen, dass die

Auslegungsfragen Gegenstand zahlreicher und in der Auslegung europäischen Rechts unterschiedlicher sozialgerichtlicher Entscheidungen, zumeist in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind, die nachfolgend nur exemplarisch wiedergegeben werden können.

31

Ein Anspruch der Kläger auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II könnte (weiterhin) bestanden haben, wenn die Ausschlussregelung des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II auf die Klägerinnen zu 1 und 2 schon wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art 4 VO (EG) 883/2004 unanwendbar war. Als Rechtsfolge des Gleichbehandlungsgebots des Art 4 VO (EG) 883/2004 in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens kommt in Betracht, dass den Angehörigen der benachteiligten Gruppe, also hier den Klägerinnen zu 1) und 2) als Unionsbürgerinnen anderer Mitgliedstaaten, die SGB II-Leistungen unter denselben Bedingungen wie deutschen Staatsangehörigen, also unter vollständigem Wegfall der Ausschlussregelung des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II, zu erbringen sind, solange keine geeignete und nicht diskriminierende Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erlassen worden sind (*vgl. EuGH Urteil vom 22.6.2011 - Rs C-399/09 <Landtová>, Slg 2011, I-5573 ff.*)

32

Die Klägerin zu 1) - und damit auch die Kläger zu 2) bis 4) als deren Familienangehörige - unterfallen dem persönlichen Geltungsbereich der VO (EG) 883/2004. Nach Art 2 Abs 1 VO (EG) 883/2004 gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten sowie für ihre Familienangehörigen. Unter "Rechtsvorschriften" sind nach Art 1 Buchst I VO(EG) 883/2004 für jeden Mitgliedstaat die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Art 3 Abs 1 VO (EG) 883/2004 genannten Zweige der sozialen Sicherheit zu verstehen. Damit wird ein Bezug des Betreffenden zu einem Sozialversicherungs- oder Familienleistungssystem in einem der Mitgliedstaaten gefordert. Wie das SG festgestellt hat, ist der persönliche Anwendungsbereich bereits deshalb eröffnet, weil die Klägerin zu 1) für die weiteren Kläger Kindergeld, also eine Familienleistung im Sinne von Art 3 Abs 1 Buchst j VO (EG) 883/2004 iVm Art 1 Buchst z VO(EG) 883/2004, bezogen hat.

33

Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II sind besondere beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne von Art 70 VO (EG) 883/2004. Durch das Erfordernis der Erwerbsfähigkeit (§ 7 Abs 1 S 1 Nr 2 SGB II) als Voraussetzung für die Leistungsberechtigung eines Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft besteht ein Bezug zu den Leistungen bei Arbeitslosigkeit iS des Art 3 Abs 1 Buchst h VO (EG) 883/2004. Anders als die beitragsbezogene Versicherungsleistung des Alg I nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) werden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, aber unabhängig von Beschäftigungs-, Mitglieds- oder Beitragszeiten gewährt und haben keine an den bisherigen Verdienst anknüpfende Entgeltersatzfunktion. Die Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts hängt allein vom Vorliegen von Bedürftigkeit ab. Es erfolgt eine beitragsunabhängige Finanzierung durch Steuermittel (*vgl. hierzu ausführlich: BSG Urteil vom 18.1.2011 - B 4 AS 14/10 R - BSGE 107, 206 ff = SozR 4-4200 § 7 Nr 22, RdNr 17 ff mwN; BSG Urteil vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 ff = SozR 4-4200 § 7 Nr 21, RdNr 29.*)

34

Ob das Gleichbehandlungsgebot nach Art 4 VO (EG) 883/2004 nach seinem sachlichen Anwendungsbereich - mit Ausnahme des Exportausschlusses des Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004 - auch auf besondere beitragsunabhängige Geldleistungen anwendbar ist, hängt davon ab, wie der Begriff der "Rechtsvorschriften" in Art 4 VO (EG) 883/2004 auszulegen ist. Es sind verschiedene Auslegungen denkbar. Insofern wird dieser Begriff in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung dahin verstanden, dass nur die Rechtsvorschriften iS der Legaldefinition des Art 1 lit I VO (EG) 883/2004 erfasst sind und sich das Gleichbehandlungsgebot nur auf die im Einzelnen aufgeführten Zweige der sozialen Sicherheit nach Art 3 Abs 1 VO (EG) 883/2004 bezieht (*vgl. zB LSG Rheinland-Pfalz Beschluss vom 21.8.2012 - L 3 AS 250/12 B ER - NZS 2013, 34 ff, juris RdNr 21 ff*). Für diese Ansicht spricht, dass sich der Begriff der Rechtsvorschriften in Art 1 Buchst j VO (EWG) 1408/71

nach der abweichenden Systematik der Regelungen zu den beitragsunabhängigen Sonderleistungen nach der früheren VO (EWG) 1408/71 - neben den in Art 4 Abs 1 und 2 dieser Verordnung genannten Zweige und Systeme der sozialen Sicherheit - ausdrücklich auf die in Art 4 Abs 2a der VO (EWG) 1408/71 näher definierten beitragsunabhängigen Sonderleistungen bezog. Die nunmehr in Art 3 Abs 3 VO (EG) 883/2004 enthaltene Bezugnahme auf Art 70 VO (EG) 883/2004 beinhaltet nach dieser Ansicht, dass eine Sozialrechtskoordinierung bei den besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen ausschließlich nach den Bestimmungen des Art 70 VO (EG) 883/2004 nur eingeschränkt und ohne Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgebots des Art 4 VO (EG) 883/2004 stattfindet.

35

Nach anderer Auffassung unterfallen auch nach der VO (EG) 883/2004 - wie zuvor nach der (EWG) 1408/71 - sämtliche beitragsunabhängigen besonderen Geldleistungen mit Ausnahme der in Art 70 Abs 3 VO (EG) 883/2004 direkt genannten Ausschlüsse uneingeschränkt dem sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung, also auch dessen Art 4 VO (EG) 883/2004 (*vgl zB Bayrisches LSG Urteil vom 19.6.2013 - L 16 AS 847/12 - juris RdNr 60 ff, anhängig BSG B 14 AS 51/13 R*). Zu dieser Ansicht neigt auch das vorliegende Gericht. Hierfür spricht, dass mit der Einbeziehung sämtlicher Unionsbürger durch die Neuformulierung des persönlichen Anwendungsbereichs der Verordnung nicht gleichzeitig hinter den Stand der Koordinierung besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen nach der VO (EWG) 1408/71 zurückgegangen werden sollte. Hierfür spricht auch, dass Art 70 Abs 3 VO (EG) 883/2004 den Ausschluss nur der "Rechtsvorschriften" des Titels III beinhaltet. Der EuGH hat - in anderem Zusammenhang - in einer aktuellen Entscheidung zudem ausgeführt, dass der in der VO (EWG) 1408/71 an verschiedenen Stellen verwendete Begriff der "Rechtsvorschriften" nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch nach seinem Kontext und den jeweiligen Zielen auszulegen sei (*EuGH Urteil vom 10.10.2013 - Rs C-321/12 <van der Helder/Farrington>, ABI EU 2013, Nr C 344, 33 f*).

36

III. zur Frage 2

37

Wenn eine Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgebots des Art 4 VO (EG) 883/2004 auch auf beitragsunabhängige besondere Geldleistungen zu bejahen ist, ist die nationale Regelung des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II unmittelbar diskriminierend. Nach Art 4 VO (EG) haben Personen, wie die Klägerinnen, die in den Anwendungsbereich der VO fallen, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates vorbehaltlich abweichender Regelungen der VO. § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II knüpft für den Anspruchsausschluss arbeitsuchender Unionsbürger unmittelbar an die Staatsangehörigkeit an. Während deutsche Arbeitsuchende regelmäßig einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II haben, ist ein solcher Anspruch für andere Unionsbürger für die Dauer ihres Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche ausgeschlossen. Das deutsche Recht lässt keine Auslegung dergestalt zu, dass arbeitsuchenden Unionsbürgern, etwa im vorliegenden Fall einer weitgehenden sozialen Integration der gesamten Familie in Deutschland, dennoch SGB II-Leistungen erbracht werden könnten. Vor diesem Hintergrund bezieht sich die zweite Vorlagefrage auf die Tragweite des Gleichbehandlungsgebots des Art 4 VO (EG) 883/2004, aber auch des Diskriminierungsverbots des Art 18 AEUV, bei beitragsunabhängigen besonderen Geldleistungen.

38

Die Fragestellung bezieht sich zunächst auf die Auslegung der in Art 4 VO (EG) 883/2004 enthaltenen Formulierung "sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist". Mit Hinweis auf deren Wortlaut wird diese Einschränkung in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung zT so verstanden, dass sich Abweichungen vom Gleichbehandlungsgebot ausschließlich aus der Verordnung selbst ergeben können, etwaige Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung also ausdrücklich in der VO (EG) 883/2004 selbst festgelegt sein müssen (*vgl zB Hessisches LSG Beschluss vom 30.9.2013 - L 6 AS 433/13 B ER - juris RdNr 33 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen*). Nach dieser Ansicht ist eine Ungleichbehandlung in Anwendung des Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004 nur insofern möglich, als die besonderen beitragsunabhängigen

Geldleistungen nicht exportierbar sind.

39

Es wird jedoch auch die Auffassung vertreten, dass bei beitragsunabhängigen besonderen Geldleistungen Einschränkungen des Gleichbehandlungsgebots des Art 4 VO (EG) 883/2004 in Umsetzung der Regelung des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG möglich sind (*LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 23.5.2012 - L 9 AS 347/12 B ER - juris RdNr 35 ff*). Insofern wird die gleichfalls dem europäischen Sekundärrecht zuzuordnende Regelung des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG von anderen Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit als "anderweitige Bestimmung" iS des Art 4 VO (EG) 883/2004 angesehen. Alternativ wird davon ausgegangen, dass die in Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004 enthaltene Formulierung, nach welcher der Mitgliedstaat die beitragsunabhängigen besonderen Geldleistungen "nach dessen Rechtsvorschriften gewährt", eine "anderweitige Bestimmung" iS des Art 4 VO (EG) 883/2004 und Abweichung vom strikten Gleichbehandlungsgebot ermöglicht. Insofern hält der Senat für klärungsbedürftig, ob der in Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004 enthaltene Begriff "nach dessen Rechtsvorschriften" ausschließlich regelt, dass auch dann nur die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Anwendung finden, wenn die betreffende Person nach den Regelungen der Art 11 ff VO (EG) 883/2004 eigentlich den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterliegt (*vgl Otting in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, Art 70 VO <EG> 883/2004 RdNr 26, Stand 4/2012*). Nach anderer Auslegung beinhaltet die Formulierung des Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004, wonach die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen "nach dessen Rechtsvorschriften gewährt werden", gleichzeitig eine Abweichungsmöglichkeit vom Gleichbehandlungsgebot des Art 4 VO (EG) 883/2004, also eine "Öffnungsklausel" für eine Leistungsgewährung besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen nach nationalen Rechtsvorschriften.

40

Geht man davon aus, dass Art 70 Abs 4 VO (EG) 883/2004 bei beitragsunabhängigen besonderen Geldleistungen eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot ermöglicht, soweit die Einschränkung selbst im Einklang mit Gemeinschaftsrecht steht (*so wohl EuGH Urteil vom 19.9.2013, Rs C-140/12 <Brey>, AbI EU 2013, C 344, 26*), ist nach Auffassung des Senats weiter klärungsbedürftig, ob eine nationale Regelung wie die des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II als zulässige Umsetzung des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG angesehen werden kann.

41

Nach Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG ist der jeweilige Aufnahmestaat abweichend von dem Gleichbehandlungsgebot des Art 24 Abs 1 RL 2004/38/EG nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art 14 Abs 4 Buchst b) RL 2004/38/EG einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren. Insofern geht der Senat unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Brey (*EuGH Urteil vom 19.9.2013 - Rs C-140/12 <Brey> - ABI EU 2013, C 344, 26*), die einen wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürger betraf, davon aus, dass - wegen der unterschiedlichen Zielsetzungen der VO (EG) 883/2004 und der RL 2004/38/EG - die Charakterisierung als besondere beitragsunabhängige Geldleistung nach Art 70 VO (EG) 883/2004 einer Einordnung als Sozialhilfe im Sinne von Art 24 Abs 2 der RL 2004/38/EG nicht entgegensteht (*vgl bereits BVerwG Urteil vom 31.5.2012 - 10 C 8/12 - juris RdNr 25 mwN; zweifelnd noch Urteil des Senats vom 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 34*). Weiter sind die hier allein streitigen SGB II-Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach ihrer Ausgestaltung auch "Sozialhilfeleistungen" im Sinne der RL 2004/38/EG. Dieser Begriff bezieht sich nach der Entscheidung des EuGH in Sachen Brey auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfesysteme, die auf nationaler, regionaler oder 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, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann. Weitere Erfordernisse hat der EuGH in seiner Entscheidung in Sachen Brey (*EuGH Urteil vom 19.9.2013 - Rs C-140/12 <Brey> - ABI EU 2013, C*

344, 26, RdNr 61) nicht formuliert.

42

Bezogen auf die zweite Vorlagefrage hält es der Senat vor diesem Hintergrund für klärungsbedürftig, ob ein ausnahmsloser Ausschluss von Sozialhilfeleistungen möglich ist, wenn sich ein Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Aus der Entstehungsgeschichte des Art 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art 24 Abs 2 iVm Art 14 Abs 4 der RL 2004/38/EG auch im Bereich des SGB II für die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts Gebrauch machen wollte (*siehe BT-Drucks 16/688 S 13*), um einer unangemessenen Inanspruchnahme der SGB II-Leistungen durch Arbeitsuchende aus anderen Mitgliedstaaten entgegenzuwirken. Dies betrifft Unionsbürger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben und deren Aufenthalt nicht beendet werden kann bzw wird, die als Arbeitsuchende jedoch nicht (mehr) über ausreichende Existenzmittel im Sinne des Art 7 Abs 1 Buchst b RL 2004/38/EG verfügen. Für die Möglichkeit eines Ausschlusses spricht, dass die existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II für einen zeitlich begrenzten Zeitraum nur dieses Aufenthaltsrechts nicht erbracht werden. Auch können Arbeitslose, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, ihren Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten in einen anderen Mitgliedstaat mitnehmen (*Art 64 VO <EG> 883/2004*).

43

Die in Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG enthaltene Formulierung "oder ggf für einen längeren Zeitraum" könnte allerdings auch so auszulegen sein, dass nationale Regelungen bei einem Ausschluss Arbeitsuchender von Sozialhilfeleistungen für mehr als drei Monate eine Einzelfallprüfung zulassen müssen. Insofern erscheint dem Senat unabhängig von dem Kriterium einer schon bestehenden Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt (*vgl hierzu 3*) klärungsbedürftig, ob eine verhältnismäßige Ausgestaltung der Ausschlussregelung für Arbeitsuchende im Sinne des Diskriminierungsverbots des Art 18 AEUV erfordert, dass besondere Umstände, etwa - wie im vorliegenden Fall - die gesamte Dauer eines (auch früheren) Aufenthalts im anderen Mitgliedstaat und eine weitgehende Integration auch bei arbeitssuchenden Unionsbürgern zu berücksichtigen sind. Im vorliegenden Fall hängt die Entscheidung des Rechtsstreits auch von dieser Fragestellung ab.

44

3. Unabhängig von einem möglichen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art 4 VO (EG) 883/2004 könnten - in der hier vorliegenden Fallkonstellation - die spezifischen Freizügigkeitsrechte der Klägerinnen zu 1) und 2) als im Mai 2012 Arbeitsuchende ihrem Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II entgegenstehen. In seinem Urteil vom 4.6.2009 (*C-22/08, C-23/08 <Vatsouras> - Slg 2009, I-4585 = SozR 4-6035 Art 39 Nr 5 RdNr 31*) hat der EuGH unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung ausgeführt, dass es angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der Auslegung, die das Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung in der Rechtsprechung erfahren habe, nicht mehr möglich sei, vom Anwendungsbereich des Art 39 Abs 2 EG (*nunmehr Art 45 Abs 2 AEUV*) im Lichte des Art 12 EG (*nunmehr Art 18 AEUV; vgl EuGH Urteil vom 25.10.2012 - Rs C-367/11 <Prete> -ABI EU 2012, C 399, 6 - zur Veröffentlichung in Slg 2012 vorgesehen, RdNr 23*) eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern solle. Es sei jedoch legitim, dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst leiste, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt worden sei (*aaO mwN*). Insofern hält der Senat für klärungsbedürftig, ob die nationale Regelung gegen europäisches Primärrecht verstößt, weil sie eine solche Prüfung für die Dauer eines Aufenthaltsrechts als Arbeitsuchende nicht ermöglicht. Dies dürfte davon abhängen, ob bei einem alleinigen Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche generell eine ausreichende Verbindung zum Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats verneint werden kann.

45

Die dritte Vorlagefrage geht davon aus, dass sich bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II - auch wenn diese "Sozialhilfeleistungen" im Sinne von Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG sind - nach der vom deutschen Gesetzgeber festgelegten Ausgestaltung des

Systems existenzsichernder Leistungen aus Steuermitteln gleichzeitig auch um Leistungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (*vgl Schlussanträge des Berichterstatters Colomer in der Rs C-22/08 <Vatsouras> vom 12.3.2009, Slg 2009, I-4585, RdNr 57; anders das vor der Entscheidung Brey ergangene Urteil des EuGH vom 4.6.2009 in der Rs C-22/08, C 23/08 <Vatsouras>, Slg 2009, I-4585, RdNr 45; aA Vorlagebeschluss des SG Leipzig vom 3.6.2013 - S 17 AS 2198/12 - juris RdNr 64 ff*). Dabei versteht der Senat die bisherige Rechtsprechung des EuGH so, dass diese Leistungen nicht eigens oder ausschließlich auf die Eingliederung des Empfängers in den Arbeitsmarkt gerichtet sein müssen. Ausreichend dürfte sein, dass die Sozialleistung den Zugang zum Arbeitsleben erleichtert (*vgl EuGH Urteil vom 23.3.2004 in der Rs C-138/02 <Collins> - Slg 2004, I-2703, RdNr 68; EuGH Urteil vom 25.10.2012 - Rs C-367/11 <Prete> ABI EU 2012, C 399, 6 - zur Veröffentlichung in Slg vorgesehen, RdNr 25 mwN*). Dabei ist der nationale Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Sozialleistungen europarechtlich grundsätzlich nicht auf ein bestimmtes sozialpolitisches Konzept festgelegt (*vgl EuGH Urteil vom 14.12.1995 - C-317/93 <Nolte> - Slg 1995, I-4625 ff, RdNr 33 = SozR 3-6083 Art 4 Nr 11; vgl auch den vierten Erwägungsgrund der VO <EG> 883/2004*).

46

Mit der kompletten Neustrukturierung der existenzsichernden Leistungen seit dem Jahre 2005 hat sich der bundesdeutsche Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit bei existenzsichernden Leistungen, die aus Steuermitteln finanziert werden, für eine stärkere Aktivierung erwerbsfähiger Personen im Sinne einer Arbeitsmarktintegration entschieden. Für die Anspruchsberechtigung nach dem SGB II wird primär auf die Erwerbsfähigkeit der bedürftigen Personen abgestellt, die das maßgebliche Abgrenzungskriterium für eine Zuordnung zur Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II darstellt (*BT-Drucks 17/1940 S 20 zu Nr 8*). Da nach § 8 Abs 1 SGB II bereits erwerbsfähig ist, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf (nicht) absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein, ist die weitaus überwiegende Zahl der auf existenzsichernde Leistungen angewiesenen Personen dem SGB II zugeordnet. Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch - Sozialhilfe - (SGB XII) erhalten seit 2005 nur noch diejenigen, die nicht nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind (§ 21 SGB XII).

47

Für die Einordnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II als Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, spricht daher zunächst die Anspruchsvoraussetzung der Erwerbsfähigkeit (*vgl EuGH Urteil vom 4.6.2009, Rs C-22/08, C-23/08 <Vatsouras> - Slg 2009 I-4585, RdNr 43 f*). Die Zuordnung zu dem Leistungssystem des SGB II und die damit verbundene Zuständigkeit der mit der Arbeitsmarktintegration erfahrenen Jobcenter erleichtert den Zugang zum Arbeitsmarkt. Weiter enthält das SGB II in einem gesonderten Kapitel die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit, die spezielle, für die Personengruppe der erwerbsfähigen Leistungsberechtigten nach dem SGB II vorgesehene Leistungen enthalten (zB Einstiegsgeld nach § 16b SGB II "wenn dies zur Eingliederung in den allgemeinen Arbeitsmarkt erforderlich ist"; Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II "zur Erlangung oder Wiedererlangung ihrer Beschäftigungsfähigkeit, die für eine Eingliederung in Arbeit erforderlich ist"; Förderung von Arbeitsverhältnissen durch Zuschüsse zum Arbeitsentgelt an Arbeitgeber für die Beschäftigung zugewiesener erwerbsfähiger Leistungsberechtigter nach § 16e SGB II).

48

Vor dem Hintergrund einer Einordnung der SGB II-Leistungen als solche Sozialleistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern, hält der Senat für klärungsbedürftig, ob die Ausschlussklausel des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II mit europäischem Primärrecht konform ist. Gegen die Verhältnismäßigkeit der Regelung könnte insofern sprechen, dass gerade bei guten Aussichten der Arbeitssuche und Vermittlung, also weiterhin - über drei bzw sechs Monate hinaus - bestehendem Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche, der Ausschluss von den SGB II-Leistungen ohne gesetzlich fixierte Endgrenze fortbesteht. Es ist fraglich, ob eine zulässige Typisierung vorliegt, wenn die nationale Regelung davon ausgeht, dass für eine nicht im vorhinein eindeutig festgelegte Zeit regelmäßig keine ausreichende Verbindung zum innerstaatlichen Arbeitsmarkt bestehen kann. Für Unionsbürger mit einem Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche lässt die Ausschlussregelung

des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II keine einzelfallbezogene Berücksichtigung einer dennoch bestehenden Verbindung mit dem zum innerstaatlichen Arbeitsmarkt bzw einer sonstigen tatsächlichen Verbindung zum Aufnahmemitgliedstaat (*EuGH Urteil vom 21.7.2011 - Rs C-503/09 <Stewart> - Slg 2011, I-6497, RdNr 104*) zu. Der Ausgangssachverhalt verdeutlicht dies. Die Klägerinnen waren bereits früher im Bundesgebiet wirtschaftlich aktiv, hatten eine langjährige Verbindung zu Deutschland und haben unmittelbar nach Ablauf des hier streitigen Zeitraums eine berufliche Tätigkeit aufgenommen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass sie trotz ihres aufenthaltsrechtlichen Status als arbeitssuchende Unionsbürger durchgehend bereits eine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt in Deutschland hatten. Auch die dritte Vorlagefrage ist daher für den Rechtsstreit entscheidungserheblich.

© juris GmbH