



Im Namen des Volkes

Verkündet am
9. März 2022

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 7/14 AS 79/20 R**

Hessisches LSG 09.09.2020 - L 6 AS 126/18

SG Darmstadt 17.01.2018 - S 21 AS 499/16

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Jobcenter Offenbach,
Berliner Straße 190, 63067 Offenbach,

Beklagter und Revisionskläger.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 2022 durch die Vorsitzende Richterin S. K n i c k r e h m , die Richterinnen S i e f e r t und N e u m a n n sowie die ehrenamtliche Richterin R o t h a c h e r und den ehrenamtlichen Richter N a z a r e k für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 9. September 2020 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten um einen Anspruch des Klägers auf Alg II für Januar 2014.
- 2 Der 1980 geborene Kläger ist rumänischer Staatsangehöriger. Er reiste im Januar 2012 ins Bundesgebiet ein und lebte zunächst in H. Ab dem 1.3.2012 übte er eine bis 31.8.2012 befristete versicherungspflichtige Beschäftigung aus. Am 1.9.2012 wurde der Vertrag bis zum 28.2.2013 verlängert. Anschließend bezog der Kläger Alg nach dem SGB III sowie ergänzende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II vom Jobcenter H (*Bescheid vom 28.6.2013 für den Zeitraum 1.5.2013 bis 31.10.2013*).
- 3 Zum 1.10.2013 zog der Kläger nach O um, worauf das Jobcenter H die Leistungen zum 7.10.2013 einstellte. Das nunmehr zuständige beklagte Jobcenter lehnte den Leistungsantrag (*vom 17.9.2013*) wegen eines Leistungsausschlusses nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II (*in der bis einschließlich 28.12.2016 geltenden Fassung, künftig: aF*) ab; dem Kläger stehe ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche zu (*Bescheid vom 31.10.2013; Widerspruchsbescheid vom 26.11.2013*). Während des laufenden Widerspruchsverfahrens verpflichtete das SG den Beklagten im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Kläger vom 5.11.2013 bis 31.3.2014 vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ohne Annahme eines Leistungsausschlusses nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II zu gewähren, soweit die übrigen Leistungsvoraussetzungen vorliegen (*Beschluss vom 11.11.2013*). Dies setzte der Beklagte um (*Bescheide vom 18.11.2013*). Während des Klageverfahrens erließ der Beklagte ua einen die Leistungshöhe für Dezember 2013 bis März 2014 festsetzenden "Änderungsbescheid" (*vom 9.12.2013*), in dem ein Mehrbedarf wegen kostenaufwendiger Ernährung berücksichtigt wurde.
- 4 Das SG hat den Beklagten verurteilt, dem Kläger vom 8.10.2013 bis 31.3.2014 endgültig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren; der Arbeitnehmerstatus wirke in entsprechender Anwendung des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (*Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU*) auch bei einer genau auf ein Jahr befristet gewesenen Tätigkeit fort (*Urteil vom 17.1.2018*). Die Berufung des Beklagten hat das LSG zurückgewiesen (*Urteil vom 9.9.2020*). Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ua ausgeführt, der Wortlaut des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU enthalte für genau auf ein Jahr befristete Beschäftigungsverhältnisse eine planwidrige Regelungslücke. Diese sei auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Tarola (*Urteil vom 11.4.2019 - C-483/17*) und des europarechtlichen Gebots des effet utile dadurch zu schließen, dass die einjährige Beschäftigung unter den Tatbestand des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU (*"nach mehr als einem Jahr Tätigkeit"*) gefasst werde.

5 Mit der durch das LSG zugelassenen Revision rügt der Beklagte die Verletzung von § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF. Die Auslegung des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU bzw Art 7 Abs 3 Buchst b RL 2004/38/EG dürfe aus Gründen der Rechtssicherheit nicht über den Wortlaut hinaus zu einer Erweiterung ihres jeweiligen Anwendungsbereichs führen. Im Arbeitsleben sei es üblich, befristete Arbeitsverträge von einem Jahr abzuschließen. Es seien keine Gründe ersichtlich, dass dem Richtliniengeber dies nicht bekannt gewesen sei. Dennoch habe er bewusst die Formulierung "nach mehr als einjähriger Beschäftigung" gewählt.

6 Der Beklagte beantragt,
die Urteile des Hessischen Landessozialgerichts vom 9. September 2020 und des Sozialgerichts Darmstadt vom 17. Januar 2018 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

7 Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

8 Er hält die Entscheidungen des SG und des LSG für zutreffend.

II

9 Die Revision des Beklagten ist unbegründet (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Der Kläger hat im noch streitbefangenen Monat Januar 2014 Anspruch auf Alg II, dem ein Leistungsausschluss nicht entgegensteht.

10 1. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind neben den vorinstanzlichen Entscheidungen der Bescheid vom 31.10.2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.11.2013, im Revisionsverfahren zeitlich begrenzt auf den Monat Januar 2014. Nicht nach § 86 SGG Gegenstand des Widerspruchs- und damit auch nicht des Klageverfahrens geworden ist hingegen der Bescheid vom 18.11.2013, mit dem der Beklagte die Entscheidung des SG im vorläufigen Rechtsschutz umgesetzt hat (*sog Ausführungsbescheid; zur vergleichbaren Fallkonstellation vgl nur BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 12*). Denn nach seinem eindeutigen Erklärungsgehalt wollte der Beklagte keine eigenständige Regelung treffen, sondern ausdrücklich nur die Entscheidung des SG ausführen. Dies folgt aus der Auslegung des Bescheids anhand des objektiven Empfängerhorizonts, zu der das BSG als Revisionsgericht befugt ist (*dazu eingehend BSG vom 25.10.2017 - B 14 AS 9/17 R - SozR 4-1300 § 45 Nr 19 RdNr 21 ff*). Ebenso wenig ist der "Änderungsbescheid" vom 9.12.2013 Gegenstand des Klageverfahrens nach § 96 SGG geworden. Denn er ändert oder ersetzt nicht den Bescheid vom 31.10.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.11.2013 ab, sondern lediglich den Ausführungsbescheid vom 18.11.2013. Auf diesen nimmt er ausdrücklich Bezug. Da dem Kläger mit Bescheid vom 18.11.2013 aber ausdrücklich nur Leistungen vorläufig aufgrund des einst-

weiligen Rechtsschutzverfahrens gewährt worden waren, konnte er nach objektivem Empfängerhorizont auch nur davon ausgehen, dass die mit dem Ausführungsbescheid vorläufig gewährten Leistungen darin neu berechnet wurden und mit dem Änderungsbescheid gerade keine endgültige Leistungsbewilligung erfolgte.

- 11 2. Verfahrenshindernisse stehen einer Sachentscheidung des Gerichts nicht entgegen; seinen Anspruch auf Alg II verfolgt der Kläger zutreffend mit der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1, § 56 SGG), weil er die begehrte Leistung vom Beklagten im Ergebnis eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens bereits erhalten hat. Einen Anspruch auf höhere Leistungen, der mit der (kombinierten) Leistungsklage zu verfolgen wäre, macht er nicht geltend. Mit der Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsakts wird zugunsten des Klägers ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen dieser Leistung geschaffen; denn die einstweilige Anordnung verliert mit der endgültigen Entscheidung ihre Rechtswirkungen (*BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 49/14 R - juris RdNr 14 mwN; BSG vom 9.12.2016 - B 8 SO 8/15 R - BSGE 122, 154 = SozR 4-3500 § 53 Nr 5, RdNr 17; BSG vom 18.7.2019 - B 8 SO 4/18 R - SozR 4-3500 § 54 Nr 19 RdNr 11*). Der Anspruch des Klägers ist zulässigerweise auf den Erlass eines Grundurteils gerichtet, das auch bei einer kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage statthaft sein kann, wenn es lediglich um das Behaltendürfen einer bereits erbrachten Leistung geht (*BSG vom 9.12.2016 - B 8 SO 15/15 R - SozR 4-3500 § 90 Nr 8 RdNr 16; BSG vom 12.9.2018 - B 4 AS 39/17 R - BSGE 126, 294 = SozR 4-4200 § 41a Nr 1, RdNr 11*).
- 12 3. Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Alg II sind §§ 7 ff, 19 ff SGB II in der Fassung, die das SGB II durch die Bekanntmachung der Neufassung des Zweiten Buches vom 13.5.2011 (*BGBI I 850*) erhalten hat (*Geltungszeitraumprinzip, vgl BSG vom 19.10.2016 - B 14 AS 53/15 R - SozR 4-4200 § 11 Nr 78 RdNr 14 f*). Insbesondere lässt sich dem Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 (*BGBI I 3155, nachfolgend: Gesetz vom 22.12.2016*) nicht entnehmen, dass es sich Geltung für die Zeit vor seinem Inkrafttreten am 29.12.2016 beimisst (*dazu zuletzt BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 42/19 R - RdNr 10 mwN*).
- 13 4. Der Kläger erfüllte im streitbefangenen Zeitraum die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen nach dem SGB II (*dazu 5.*). Er war nicht nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II aF von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, weil er sich auf eine nachwirkende Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU und damit auf ein Aufenthaltsrecht nicht nur zur Arbeitsuche berufen kann (*dazu 6.*).
- 14 5. Nach § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II aF erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Der Kläger hatte das 15. Lebensjahr vollendet, die

Altersgrenze des § 7a SGB II noch nicht erreicht und nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Er war auch hilfebedürftig, denn er verfügte nach den Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) lediglich über nicht bedarfsdeckende Einkünfte in Form von Geld- und Sachspenden, bis er ab Erlass der einstweiligen Anordnung von den vorläufigen Leistungen lebte. Von seiner Erwerbsfähigkeit gemäß § 8 Abs 1 und 2 SGB II ist bereits aus rechtlichen Gründen auszugehen (*vgl zu Abs 1 BSG vom 21.7.2021 - B 14 AS 18/20 R - SozR 4-4200 § 160a Nr 2 RdNr 12; zu Abs 2 zuletzt BSG vom 12.5.2021 - B 4 AS 34/20 R - RdNr 14 mwN*).

- 15 6. Ein Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II aF besteht nicht. Nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF sind "ausgenommen" - also keine Leistungsberechtigten iS des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II und § 7 Abs 2 SGB II und ohne Leistungsberechtigung nach dem SGB II - Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, sowie Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen. Da bereits ein anderes Aufenthaltsrecht als ein solches zur Arbeitssuche sozialrechtlich die positive Feststellung eines Aufenthaltsrechts "allein aus dem Zweck der Arbeitssuche" iS von § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF hindert bzw den Leistungsausschluss "von vornherein" entfallen lässt (*stRspr; BSG vom 13.7.2017 - B 4 AS 17/16 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 17 mwN; BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 25/20 R - RdNr 15, zur Veröffentlichung in SozR 4-4200 § 7 Nr 59 vorgesehen*), hat der Kläger Anspruch auf Alg II, wenn er sich auf ein anderes Aufenthaltsrecht berufen kann. Denn vom Leistungsausschluss nicht erfasst werden EU-Bürger mit einer nachwirkenden Freizügigkeitsberechtigung und damit einem Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer oder selbstständige Person iS des § 2 Abs 2 Nr 1 und 2 iVm Abs 3 FreizügG/EU (*hier in der vom 29.1.2013 bis 8.12.2014 geltenden Fassung vom 21.1.2013, BGBl I 86*).
- 16 7. Gemäß § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU sind Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten, unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt. Das Recht nach § 2 Abs 1 FreizügG/EU bleibt für Arbeitnehmer und selbstständige Erwerbstätige unberührt bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit (*§ 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU*). Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus § 2 Abs 1 FreizügG/EU während der Dauer von sechs Monaten unberührt (*§ 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU*).
- 17 a) Der Begriff des Arbeitnehmers ist unionsrechtlich zu bestimmen. Arbeitnehmer iS von Art 45 AEUV ist jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen (*vgl zuletzt zusammenfassend BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 25/20 R - RdNr 19, zur Veröffentlichung in SozR 4-4200 § 7 Nr 59 vorgesehen, mwN*). Der Kläger war, im

Besitz der dafür notwendigen Arbeitsgenehmigung (§ 284 Abs 1 Satz 1 SGB III), sozialversicherungspflichtig als Servicekraft in einem Schnellrestaurant und damit als Arbeitnehmer beschäftigt. Ohne Belang ist insoweit, dass das Beschäftigungsverhältnis des Klägers zunächst nur auf ein halbes Jahr befristet war. Denn es wurde ohne zeitliche Lücke um ein weiteres halbes Jahr verlängert, bestand also im Ergebnis ununterbrochen für ein Jahr (*zur Situation bei einer Unterbrechung vgl BSG vom 13.7.2017 - B 4 AS 17/16 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 22*).

- 18 b) Seinem Wortlaut nach erfassen weder § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU noch § 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU Fälle der genau ein Jahr dauernden Beschäftigung. Beide Regelungen beziehen sich auf Zeiträume einer Erwerbstätigkeit von länger oder kürzer als einem Jahr. Auch die Entstehungsgeschichte und Systematik der Regelungen geben auf die vorliegende Frage keine Antwort. Mit § 2 FreizügG/EU sind die Vorgaben des Art 7 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (*sog "Unionsbürgerrichtlinie", ABl EU Nr L 158, 77, berichtigt ABl EU Nr L 229, 35*), insbesondere die zeitlichen Vorgaben der Richtlinie bezüglich des Erhalts der Freizügigkeitsberechtigung als Erwerbstätiger, in nationales Recht umgesetzt worden (*vgl Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks 16/5065, S 208*). Art 7 Abs 3 der Unionsbürgerrichtlinie differenziert ihrem Wortlaut nach allerdings ebenfalls nur zwischen ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung (*Abs 3 Buchst b*) bzw ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf eines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags (*Abs 3 Buchst c*), sodass von einem Umsetzungsdefizit der nationalen Regelung nicht auszugehen ist.
- 19 c) Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG ist aber ein Verständnis des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU angezeigt, das die zeitlich unbegrenzte Fortwirkung des Arbeitnehmerstatus auch an genau ein Jahr andauernde Beschäftigungsverhältnisse anknüpft.
- 20 aa) Vom Rat der EU erlassene Richtlinien (*vgl Art 288 AEUV*) zielen grundsätzlich nicht darauf ab, in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unmittelbar geltendes Recht zu schaffen; sie sind ein Instrument kooperativ-zweistufiger Rechtsetzung (*vgl zu Art 288 AEUV etwa: Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl 2016, Art 288 AEUV RdNr 23; Schroeder in Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl 2018, Art 288 AEUV RdNr 68*). Normativ verbindlich ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie sich richtet, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (*Art 288 Abs 3 AEUV*). Hinsichtlich ihres Ziels bzw Ergebnisses müssen sie von den Mitgliedstaaten im Grundsatz in nationales Recht umgewandelt werden, bevor sie ihre Geltung gegenüber dem einzelnen Bürger entfalten (*Art 291 Abs 1 AEUV*).
- 21 bb) Die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das darin vorgesehene Ziel zu erreichen, und die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Art 4 Abs 3 EUV und Art 288

AEUV, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, obliegt allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten (*vgl zuletzt EuGH vom 17.3.2021 - C-64/20 - EU:C:2021:207 RdNr 31 mwN*). Bei der Anwendung nationalen Rechts, insbesondere der Vorschriften eines zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen Gesetzes, hat das Gericht dieses nationale Recht auch unter Berücksichtigung von Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszulegen, um das Ziel der vollständigen Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten (*vgl bereits EuGH vom 10.4.1984 - C-14/83 - von Colson und Kamann, Slg 1984, 1891 f, juris RdNr 26; EuGH vom 13.11.1990 - C-106/89 - Marleasing, Slg 1990 I-4135 f, juris RdNr 8; EuGH vom 26.9.1996 - C-168/95 - Arcaro, Slg 1996 I-4705, juris RdNr 41; EuGH vom 27.6.2000 - C-240/98 ua - Océano/Quintero, Slg 2000 I-4941 f, juris RdNr 30; EuGH vom 5.10.2004 - C-397/01 ua - Pfeiffer ua Slg 2004 I-8835-8922 RdNr 110*). Dabei kann auch die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift des Unionsrechts relevante Anhaltspunkte für die Auslegung des zu ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Rechts liefern (*vgl EuGH vom 11.4.2019 - C-483/17 - Neculai Tarola, EU:C:2019:309 = ZAR 2017, 429 RdNr 37 mwN*).

22 cc) Sowohl Art 8 Abs 7 Buchst b und c des Vorschlags 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 (*KOM<2001> 257 endg - 2001/011<COD> - ABI EG 2001 Nr C 270 E, 150*) als auch Art 9 Abs 3 Buchst b und c der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu diesem Vorschlag (*KOM<2001> 257 - C5-0336/2001 - 2001/0111<COD> - ABI EU 2004 Nr C 43 E, 42*) trafen lediglich die Differenzierung, ob sich der Unionsbürger nach dessen Ausscheiden aus der abhängigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt (*Buchst b*), oder ob er sich bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt. Im letzteren Fall sollte die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrecht erhalten bleiben; wenn der Unionsbürger Anspruch auf eine Arbeitslosenleistung hat, sollte die Erwerbstätigeneigenschaft erhalten bleiben, bis der Anspruch erlischt (*Buchst c*). In der Begründung zu Art 8 Abs 7 verwies die Kommission darauf, dass in diesem Absatz das Wesentliche einiger Bestimmungen der RL 68/360/EWG vom 15.10.1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft (*ABI EG 1968 Nr L 257, 13*) übernommen und präzisiert worden sei. Dabei sei auch die Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft beim Ausscheiden aus der abhängigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit aufgenommen worden.

23 dd) Das Parlament ordnete im weiteren Verlauf die Tatbestandsalternativen des Art 8 Abs 7 Buchst b und c (*Formalitäten für Unionsbürger*) dem Art 9 Abs 3 Buchst b und c (*Bedingungen*

zur Ausübung des Rechts auf Aufenthalt) zu, ohne den jeweiligen Wortlaut zu ändern. Die entsprechenden Formulierungen finden sich auch in Art 7 Nr 2a Buchst b und c des geänderten Vorschlags der Kommission (*KOM<2003> 199 endg COD 2001/0111*). Zur Begründung (*Abänderung 30 zu Art 7 Abs 2a*) führte die Kommission aus, dass durch diese Änderung nicht der Wortlaut geändert, sondern Art 8 Abs 7 umgestellt werden sollte. Die Bestimmung betreffe die Eigenschaft der Erwerbstätigkeit und nicht eine Verwaltungsformalität, weshalb es sinnvoller sei, sie in Art 7 aufzunehmen.

- 24 ee) Erst im Gemeinsamen Standpunkt EG Nr 6/2004 des Rats der Europäischen Union, vom Rat festgelegt am 5.12.2003 (*ABl EU 2004 Nr C 54 E, 12*), erhielten Art 7 Abs 3 Buchst b und c den aktuellen Wortlaut. Allerdings wurde auch insoweit zur Begründung (*Abänderung 30 zu Art 7 Abs 3*) nur ausgeführt, dass keine Änderung am Inhalt erfolge, sondern lediglich eine Neuplatzierung des Art 8 Abs 7 vorgenommen und in den Gemeinsamen Standpunkt übernommen worden sei. Der Rat habe den Wortlaut des Buchst c nur geändert, um zu präzisieren, dass in diesem besonderen Fall die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten bleibe.
- 25 Diesen Erwägungen lässt sich kein Argument dahingehend entnehmen, dass Art 7 Abs 3 Buchst b der Unionsbürgerrichtlinie genau ein Jahr andauernde Beschäftigungsverhältnisse nicht erfassen soll. Vielmehr ist - im Gegenteil - davon auszugehen, dass lediglich eine Abgrenzung zu den unter einjährigen Beschäftigungsverhältnissen bzw dem Eintritt von Arbeitslosigkeit vor Ablauf von zwölf Monaten vorgenommen werden sollte.
- 26 ff) Nur der Vollständigkeit halber sei deshalb darauf hingewiesen, dass sich dieses, auf § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU zu übertragende Verständnis in Einklang mit der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU vom 3.2.2016 (*GMBI 2016, 86*) ebenso wie mit derjenigen vom 26.10.2009 (*GMBI 2009, 1270*) befindet, die jeweils unter Ziffer 2.3.1.2 davon ausgehen, dass nach einer durchgängigen Beschäftigung von einem Jahr oder länger das Freizügigkeitsrecht grundsätzlich fortbesteht, und auch unmittelbar aneinander anschließende Beschäftigungen für verschiedene Arbeitgeber zusammenzurechnen sind.
- 27 8. Der Kläger war im Anschluss an seine Beschäftigung auch iS des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU unfreiwillig arbeitslos. Zwar ist nach dem Wortlaut des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU grundsätzlich eine Bestätigung der zuständigen Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts (*BSG vom 13.7.2017 - B 4 AS 17/16 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 34 mwN*); die Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers muss auf von seinem Willen unabhängigen Gründen beruhen (*vgl EuGH vom 20.12.2017 - C 442/16 - Gusa, EU:C:2017:1004, SozR 4-6060 Art 7 Nr 2 RdNr 31*). Auf eine Bestätigung kann, anders als dies das LSG meint, in Fällen des Auslaufens einer Befristung auch nicht von vornherein verzichtet werden (*vgl EuGH vom 6.11.2003 - C-413/01 - Ninni-Orasche, EU:C:2003:600, Slg 2003, I-13187 13237 RdNr 42 ff*).

- 28 Abweichend von § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU schreibt Art 7 Abs 3 Nr 3 Buchst b der Richtlinie 2004/38/EU lediglich vor, dass sich der Arbeitnehmer "bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung" stellt, verlangt also nicht eine Bestätigung der Agentur für Arbeit. Dies entspricht auch weiteren Sprachfassungen des Art 7 Abs 3 Nr 3 Buchst b der Richtlinie 2004/38/EU, die zur Auslegung des nationalen Rechts heranzuziehen sind (vgl nur EuGH vom 20.12.2017 - C-442/16 - EU:C:2017:1004, SozR 4-6060 Art 7 Nr 2 RdNr 34 mwN), wie beispielsweise der englischen ("*he/she is in duly recorded involuntary unemployment after having been employed for more than one year and has registered as a job-seeker with the relevant employment office*"), der französischen ("*s'il se trouve en chômage involontaire dûment constaté après avoir été employé pendant plus d'un an et s'est fait enregistrer en qualité de demandeur d'emploi auprès du service de l'emploi compétent*") oder italienische Sprachfassung ("*l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un'attività per oltre un anno, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro*"). Hieraus wird deutlich, dass nur auf die ordnungsgemäße Erfassung/Prüfung unfreiwilliger Arbeitslosigkeit ("*duly recorded involuntary unemployment*"; "*en chômage involontaire dûment constaté*"; "*stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata*") und auf die Einschreibung/Meldung bei der zuständigen Arbeits(losen)behörde als arbeitssuchende Person abgestellt wird.
- 29 Die von Art 7 Abs 3 Nr 3 Buchst b der Richtlinie 2004/38/EU abweichende Formulierung im nationalen Recht des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU trägt mit der ausdrücklichen Benennung der Agentur für Arbeit und der von ihr verlangten Bestätigung der "Besonderheit" des deutschen Systems sozialer Sicherheit bei Arbeitslosigkeit Rechnung, in welchem - abhängig von der Dauer der Beschäftigung vor Eintritt der Arbeitslosigkeit - im Grundsatz entweder die Agentur für Arbeit oder ein Jobcenter zuständig für die Gewährung von (existenzsichernden) Leistungen bei Arbeitslosigkeit sein kann. Da Alg II aber (anders als Alg nach dem SGB III) ohne Rücksicht darauf gezahlt wird, warum Arbeitslosigkeit eingetreten ist (vgl § 31 SGB II einerseits, § 159 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB III andererseits), ist die Prüfung der Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit nach Maßgabe der nationalen Systemstruktur der Agentur für Arbeit zugewiesen worden (vgl zu diesem Verständnis auch die Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II Ziff 1.4.4.2 Abs 5).
- 30 Hat aber der ehemalige Arbeitnehmer infolge der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen für Alg nach dem SGB III - wie im vorliegenden Fall der Kläger - diese Leistung im Anschluss an die letzte Beschäftigung bezogen und ist auch von der zuständigen Agentur für Arbeit nicht der Eintritt einer Sperrzeit festgestellt worden, ist die von § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU gewollte Einbindung der Agentur für Arbeit bereits erfolgt. Da im nationalen Recht, insbesondere im SGB III, zudem keine eigenständigen Kriterien für die Prüfung der Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit im

Rahmen des Freizügigkeitsrechts normiert sind (zu Beispielen dafür, welche Gesichtspunkte abhängig vom nationalen Recht für die Prüfung der <Un->Freiwilligkeit eine Rolle spielen können EuGH vom 6.11.2003 - C-413/01 - Ninni-Orasche, EU:C:2003:600, Slg 2003, I-13187-13237 RdNr 44) hat sich die Agentur für Arbeit dabei an den Kriterien für den Anspruch auf Alg nach dem SGB III bzw dem Eintritt einer Sperrzeit zu orientieren (vgl §§ 137 ff SGB III, § 159 SGB III). Diesen systematischen Überlegungen entsprechend regelt auch die Verwaltungsvorschrift zu § 2 Abs 3 FreizügG/EU (Ziff 2.3.1.2), dass das "unfreiwillige Eintreten von Arbeitslosigkeit ... dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer die Gründe, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Kündigung, Aufhebungsvertrag) geführt haben, nicht zu vertreten hat. Die Bestätigung der Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit ist Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts. Die Bestätigung erfolgt, wenn der Arbeitnehmer sich arbeitslos meldet, den Vermittlungsbemühungen der zuständigen Arbeitsagentur zur Verfügung steht und sich selbst bemüht, seine Arbeitslosigkeit zu beenden (§ 138 SGB III)."

31 Ist vom Vorliegen dieser Voraussetzungen schon wegen des Bezugs von Alg nach dem SGB III (und zusätzlich aufstockendem Alg II) auszugehen, bedarf es in diesem (Sonder-)Fall einer (weiteren) förmlichen Bestätigung der Agentur für Arbeit nicht. Die erforderliche Prüfung ist durch die zuständige Behörde bereits durchgeführt worden, die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit durch die Bewilligung von Alg nach dem SGB III im unmittelbaren Anschluss an die letzte Beschäftigung inzident geprüft und bejaht worden.

32 Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 183, 193 SGG.