

# BUNDESSOZIALGERICHT



**Im Namen des Volkes**

## **Urteil**

**in dem Rechtsstreit**

Az: 7 RAr 14/88

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

**g e g e n**

Bundesanstalt für Arbeit,  
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat am 11. Januar 1989 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter **H e n n i g**, die Richter **K ö n i g** und **D r. H e n k e** sowie den ehrenamtlichen Richter **H ö c h s t** und die ehrenamtliche Richterin **V o r w e r k** für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 20. November 1987 aufgehoben. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 6. Juli 1982 wird zurückgewiesen, soweit sie den Anspruch auf Arbeitslosengeld betrifft. Im übrigen wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



## Gründe:

## I

Der Kläger wendet sich gegen die Ablehnung von Arbeitslosengeld (Alg), hilfsweise von Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Er ist der Ehemann und Rechtsnachfolger der 1923 geborenen und am 16. Juni 1984 verstorbenen Elsa Q. (Q.). Diese war von 1942 bis 30. September 1978 bei der Firma C. G. AG H. beschäftigt. Sie kündigte ihr Arbeitsverhältnis zum 30. September 1978, weil ihr Ehemann aus beruflichen Gründen seinen Wohnsitz von Hamburg nach Darmstadt verlegte. Nachdem sie sich im Juli 1978 wegen eines Karzinoms einer Operation hatte unterziehen müssen, bezog sie wegen ihrer Erkrankung vom 11. August 1978 bis 30. April 1979 Krankengeld (Krg). Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) bewilligte ihr vom 1. Mai 1979 bis 30. April 1981 Rente wegen Erwerbsunfähigkeit (EU) auf Zeit. Der erneute Rentenanspruch der Q. wurde von der BfA abgelehnt. Am 6. Juli 1981 meldete sich Q. arbeitslos und beantragte Alg. Dieser Antrag wurde von der Beklagten mit der Begründung abgelehnt, Q. habe nicht die erforderliche Anwartschaftszeit erfüllt; sie habe innerhalb der Rahmenfrist von drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung nicht mindestens 180 Kalendertage in einer beitragspflichtigen Beschäftigung gestanden (Bescheid vom 24. Juli 1981; Widerspruchsbescheid vom 27. Oktober 1981).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen. Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des SG aufgehoben, die Beklagte verurteilt, dem Kläger ab 6. Juli 1981 Alg nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren, und in den Entscheidungsgründen ausgeführt:

Die notwendige Anwartschaftszeit lasse sich, anders als der Kläger meine, nicht aus § 107 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) herleiten. Diese Vorschrift enthalte eine abschließende Aufzählung der Zeiten, die den Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gleichstünden. Die Begünstigung erschöpfe sich in der Anrechnung solcher Zeiten, in denen der Arbeitslose in irgendeiner Weise tätig gewesen sei. Diese Fälle unterschieden sich grundsätzlich von den Fällen der Arbeitsunfähigkeit (AU) und der EU. Ihre Einbeziehung in § 107 AFG im Wege der ergänzenden Auslegung verbiete sich.

Der Anspruch auf Alg ergebe sich aber aus der Systematik der §§ 100, 104, 118 und 125 AFG iVm § 2 Abs 2 Halbs 2 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB 1). Q. habe am 6. Juli 1981 - neben allen weiteren Voraussetzungen - die Anwartschaftszeit verwirklicht



(§ 104 Abs 1 AFG aF). Die Rahmenfrist gehe dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt oder nach § 105 AFG als erfüllt anzusehen seien (§ 104 Abs 2 AFG). Nach § 105 Satz 2 AFG seien die Merkmale der persönlichen Arbeitslosmeldung und der Antragstellung als am ersten Tage der Arbeitslosigkeit erfüllt anzunehmen, wenn sich der Arbeitslose nicht am ersten Tage der Arbeitslosigkeit arbeitslos melden und Alg beantragen könne, weil das zuständige Arbeitsamt (ArbA) an diesem Tage nicht dienstbereit sei. Hier sei das ArbA am 1. Oktober 1978 zwar dienstbereit gewesen. Doch habe sich Q. weder arbeitslos melden noch Alg beantragen können, weil sich der Ruhestatbestand des § 118 Abs 1 Nr 2 und 3 AFG - nämlich der Bezug von Krg und Rente wegen EU - unmittelbar an die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses angeschlossen habe. In einem solchen Fall komme es nach Sinn und Zweck des § 118 Abs 1 AFG auf die Arbeitslosmeldung und die Antragstellung auf Alg nicht an. Andernfalls stünde derjenige, bei dem wegen der Schwere seiner Erkrankung die Beantragung von Alg von vornherein aussichtslos sei, schlechter als derjenige da, dessen Leistungsfähigkeit nicht so gravierend eingeschränkt sei und der deshalb gleichzeitig Alg und Rente wegen EU oder Berufsunfähigkeit (BU) beantrage. Für die letztgenannten Fälle habe der Gesetzgeber die Verfügbarkeit bereits in § 103 Abs 2 AFG aF fingiert und diese Regelung mit Wirkung ab 1. Januar 1981 in § 105a AFG übernommen und erweitert. Diese Fiktion sei erforderlich, damit derjenige, bei dem ungeklärt sei, ob Leistungen unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes erbracht werden könnten oder ob bereits EU oder BU vorliege, zunächst seinen Anspruch auf Alg realisieren könne. Dem Gesetz sei demnach in engen Grenzen ein Anspruch auf Alg trotz Fehlens bestimmter Voraussetzungen des § 100 AFG nicht unbekannt. Diese gesetzliche Konzeption führe bei offensichtlicher AU und EU im unmittelbaren Anschluß an ein beendetes Beschäftigungsverhältnis zu der notwendigen Folge eines Verzichts auf die an sich erforderlichen Voraussetzungen der Arbeitslosmeldung und der Antragstellung mit der Konsequenz, daß das Ruhen des Anspruchs auf Alg sogleich nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses in eines anwartschaftsrechtlich erworbenen und somit dem Grunde nach bestehenden Anspruchs einsetze. Im übrigen könne nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ein Anspruch auf Alg im Wege des sog sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auch ohne Antragstellung erwachsen (BSGE 62, 179 = SozR 4100 § 125 Nr 3).

Schließlich sei nach der Entstehung des Anspruchs auf Alg nicht die Dreijahresgrenze des § 125 Abs 2 AFG aF verstrichen. Ausgehend davon, daß der Anspruch der Q. auf Alg am 1. Oktober 1978 entstanden sei - zu diesem Zeitpunkt habe Q. innerhalb der dreijährigen Rahmenfrist unzweifelhaft 180 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden -, sei die Verfallfrist erst am 30. September 1981 abgelaufen. Schon am 6. Juli 1981 aber habe Q. ihren Antrag auf Alg gestellt. Da § 125 Abs 2 AFG lediglich die Geltendmachung des Anspruchs innerhalb der dreijährigen



Ausschlußfrist verlange, werde die Anspruchsdauer, soweit sie sich auf eine Zeit nach Ablauf der Ausschlußfrist erstrecke, nicht tangiert (BSGE 54, 212 = SozR 4100 § 125 Nr 2).

Die Beklagte rügt mit der Revision eine Verletzung der §§ 100, 103, 104, 105, 118 und 125 AFG und trägt zur Begründung vor:

Das LSG habe Charakter und Bedeutung der persönlichen Arbeitslosmeldung als materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung verkannt. Diese könne weder im Wege einer Fiktion noch unter dem Gesichtspunkt eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf die Zeit vor dem 6. Juli 1981 rückdatiert werden.

Die Funktion der Arbeitslosmeldung bestehe darin, das ArbA tatsächlich in die Lage zu versetzen, mit seinen Vermittlungsbemühungen zu beginnen, um die eingetretene Arbeitslosigkeit und damit auch die Leistungsverpflichtung möglichst rasch zu beenden. Der Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung, den das LSG zurückzuverlegen versuche, sei ua dafür maßgebend, ob der Arbeitslose die erforderliche Anwartschaftszeit erfülle. Ermangele es an der Arbeitslosmeldung, könne ein Alg-Anspruch nicht zugesprochen werden. Eine Fiktion der Arbeitslosmeldung sei vom Gesetzgeber ausschließlich in § 105 Satz 2 AFG vorgesehen, der als Ausnahmenvorschrift zu betrachten und einer Übertragung auf andere Sachverhalte nicht zugänglich sei (BSGE 60, 43 = SozR 4100 § 105 Nr 2).

Auch die Heranziehung des § 118 AFG durch das LSG sei nicht nachvollziehbar. Das Ruhen des Anspruchs auf Alg setze das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 100 AFG voraus. Hierzu rechneten Arbeitslosmeldung und Antragstellung. An beidem fehle es.

Abgesehen davon habe das LSG der Frage der Verfügbarkeit (§ 103 AFG) keine Beachtung geschenkt. Selbst wenn Q. sich wegen der Schwere ihrer Erkrankung nicht persönlich habe arbeitslos melden können, hätte ihre Verfügbarkeit verneint werden müssen; denn wer sich über einen längeren Zeitraum hinweg nicht persönlich arbeitslos melden könne, stehe dem Arbeitsmarkt unter den üblichen Bedingungen nicht zur Verfügung. Allerdings habe das LSG hierzu keine tatsächlichen Feststellungen getroffen.

Das Argument des LSG, derjenige, bei dem wegen der Schwere seiner Erkrankung die Beantragung von Alg von vornherein aussichtslos sei, dürfe nicht schlechter dastehen als derjenige, dessen Leistungsfähigkeit nicht so gravierend eingeschränkt sei und der deshalb gleichzeitig Alg und EU-Rente beantragen könne, vermöge nicht zu überzeugen. Die Rechtsfolge, daß nach dem Bezug einer EU-Rente auf Zeit möglicherweise kein Anspruch auf Alg mehr bestehe, beruhe nicht auf einer planwidrigen Gesetzeslücke. Die



Bezieher einer EU-Rente auf Zeit nähmen in bezug auf den Grad der Beeinträchtigung ihres Leistungsvermögens eine Zwischenstellung zwischen den nur vorübergehend Arbeitsunfähigen und den dauernd Erwerbsunfähigen ein. Dem entspreche die Ausgestaltung der Leistungsansprüche bei Arbeitslosigkeit. Während der nur Arbeitsunfähige aufgrund der Beitragspflicht des Krg-Bezuges einem Beschäftigten nahestehe, sei im Anschluß an eine Rente auf Zeit regelmäßig nur ein Anspruch auf Alhi nach § 134 Abs 3 AFG und bei Dauer-EU in der Regel kein Anspruch auf Leistungen mehr gegeben.

Die fehlenden Anspruchsvoraussetzungen der Arbeitslosmeldung und der Antragstellung ließen sich auch nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ersetzen. Über dieses Rechtsinstitut könnten nur solche Voraussetzungen als erfüllt angesehen werden, die wegen einer Pflichtverletzung des Versicherungsträgers bislang nicht verwirklicht seien (BSG SozR 1300 § 28 Nr 1). Rechtserhebliche Tatbestände, die nicht in die Verfügungsmacht der Beklagten fielen, sondern von der tatsächlichen Verhaltensweise des Arbeitslosen abhingen, könnten durch einen Herstellungsanspruch nicht ersetzt werden (BSGE 58, 104 = SozR 4100 § 103 Nr 36). Die Beklagte sei auch nicht befugt, die tatsächliche Entwicklung unberücksichtigt zu lassen; hierfür sei keine gesetzliche Grundlage vorhanden. Eine gesetzwidrige Amtshandlung könne nicht im Wege des Herstellungsanspruchs begehrt werden (BSG Dienstblatt der Bundesanstalt für Arbeit Rechtsprechung - Dienstbl BA R - Nr 2781a zu § 137 AFG). Gerade die Wirksamkeit der Arbeitslosmeldung sei von einem tatsächlichen Verhalten des Arbeitslosen abhängig. Das Gesetz bestimme den Tag der Arbeitslosmeldung als den maßgeblichen Zeitpunkt für die Entstehung des Anspruchs. In Anbetracht dieser Rechtssituation dürfe die Beklagte weder den fehlenden Tatbestand der Arbeitslosmeldung durch eine Amtshandlung ersetzen noch ohne sein Vorliegen Alg bewilligen. Eine gleichwohl erfolgte Leistungsgewährung sei rechtswidrig (BSGE 60, 43 = SozR 4100 § 105 Nr 2).

Demzufolge sei bei der Prüfung des Alg-Anspruchs der Q. allein auf die tatsächliche Arbeitslosmeldung vom 6. Juli 1981 abzustellen. Innerhalb der sich an diesem Datum orientierenden Rahmenfrist habe Q. keine Anwartschaft erworben.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.



Er hält das zweitinstanzliche Urteil für zutreffend und erwidert: Die Arbeitslosmeldung solle nach Sinn und Zweck der Beklagten die Möglichkeit einräumen, den geltend gemachten Leistungsanspruch durch Einleitung entsprechender Vermittlungsbemühungen so schnell wie möglich auszuschalten. Soweit keine Leistungen finanzieller Art verlangt würden, entfalle dieser Grund, so daß die persönliche Arbeitslosmeldung entbehrlich sei. Die angefochtene Entscheidung stimme auch mit der Gesetzessystematik überein. Dem Arbeitslosen dürfe bei der Berechnung der Rahmenfrist nicht zum Nachteil gereichen, daß er wegen seiner Erkrankung nicht in der Lage gewesen sei, sich am Tage der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses arbeitslos zu melden.

Der Hinweis des LSG auf § 103 Abs 2 AFG aF (§ 105a AFG) sei berechtigt. In dieser Vorschrift sei ein grundlegender Rechtsgedanke dokumentiert; seine Anwendung dürfe nicht auf die Arbeitslosen beschränkt bleiben, die zufällig das Glück gehabt hätten, sich wegen anfänglicher Unklarheiten ihres Gesundheitszustandes arbeitslos gemeldet zu haben. Hätten am 30. September 1978 in bezug auf den Gesundheitszustand der Q. Unklarheiten vorgelegen, hätte die Arbeitslosmeldung der Q. entgegengenommen werden müssen; der Q. wäre trotz mangelnder Verfügbarkeit die Fiktion des § 103 Abs 2 AFG aF zugute gekommen.

Der Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung brauche weder zurückverlegt noch fingiert zu werden. Er sei, weil auf die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses abzuheben sei, verzichtbar; denn durch den Bezug zunächst des Krg und später der EU-Rente habe der Alg-Anspruch geruht. Das leicht feststellbare Ende des Beschäftigungsverhältnisses sei für die Berechnung sowohl der Rahmenfrist wie der 180 Kalendertage beitragspflichtiger Beschäftigung ausreichend, da alles, was die persönliche Arbeitslosmeldung bewirken solle, hier ohnehin entfalle. Im übrigen dürfe der Arbeitslose zusätzlich zu seiner Lage nicht noch einen weiteren Nachteil in Zusammenhang mit der Fristberechnung erleiden.

Der Hinweis der Beklagten auf die Entscheidung in BSGE 60, 43 = SozR 4100 § 105 Nr 2 gehe fehl. Der Kläger jenes Verfahrens habe sich im Zeitpunkt des Konkurses seiner Arbeitgeberin auf einer Arbeitsstelle im Ausland befunden. Er sei in seiner Verfügbarkeit nicht eingeschränkt gewesen. Bei ihm habe die Fiktion des § 103 Abs 2 AFG aF keine Rolle gespielt. Er hätte sofort heimkehren und sich arbeitslos melden können.

Unter Zugrundelegung des Zeitpunktes der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses als des maßgeblichen Datums habe Q. die erforderliche Anwartschaftszeit innerhalb der Rahmenfrist eindeutig erfüllt.



Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz -SGG-).

## II

Die Revision der Beklagten ist iS der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Die am 16. Juni 1984 verstorbene Q., deren Rechtsnachfolger der Kläger ist (§ 56 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB 1), hatte am 6. Juli 1981 zwar keinen Anspruch auf Alg. Aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen läßt sich jedoch nicht beurteilen, ob ihr ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Alhi zustand.

Anspruch auf Alg hat gemäß § 100 Abs 1 AFG, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim ArbA arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Q. hat sich am 6. Juli 1981 persönlich beim zuständigen ArbA arbeitslos gemeldet (§ 105 Satz 1 AFG) und Antrag auf Alg gestellt; sie ist auch arbeitslos gewesen (§ 101 AFG) und hat der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestanden (§ 103 AFG). Indes hat sie nicht die Anwartschaftszeit verwirklicht.

Die Anwartschaftszeit hat nach § 104 Abs 1 AFG in der hier maßgeblichen Fassung des Fünften Gesetzes zur Änderung des AFG (5. AFG-ÄndG) vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189), in Kraft ab 1. August 1979 (Art 10), erfüllt, wer in der Rahmenfrist 180 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (Satz 1). Zeiten, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, dienen nicht zur Erfüllung der Anwartschaftszeit, wenn sie ua vier Wochen überschreiten (Sätze 2 und 3). Die Rahmenfrist, die drei Jahre beträgt, geht dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind oder, was hier nicht einschlägig ist, nach § 105 AFG als erfüllt gelten (Abs 2 und 3). Im vorliegenden Fall lief die Rahmenfrist vom 6. Juli 1978 bis 5. Juli 1981. In dieser Zeit hat Q. lediglich vom 6. Juli bis 10. August 1978, mithin 36 Kalendertage, in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden. Die Zeit vom 11. August 1978 bis 30. April 1979 kann keine Berücksichtigung finden, weil sie sich auf mehr als vier Wochen beläuft und Q. während dieses Zeitraumes nicht Arbeitsentgelt, sondern Krg erhielt. Ebenso ermangelt es an beitragspflichtiger Beschäftigung in der Zeit vom 1. Mai 1979 bis 30. April 1981, in der Q. Rente wegen EU auf Zeit bezog. Damit steht fest, daß Q. innerhalb der Rahmenfrist nicht die erforderliche Anwartschaftszeit von 180 Kalendertagen zurückgelegt hat.

Die Zeit vom 11. August 1978 bis 30. April 1979, für die der Q. Krg zuerkannt wurde, und die Zeit vom 1. Mai 1979 bis 30. April 1981, für die ihr Rente wegen EU auf Zeit



zugebilligt wurde, standen auch nicht nach § 107 AFG idF des 5. AFG-ÄndG den Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gleich. Zeiten, für die wegen des Bezuges von Krg Beiträge zu zahlen waren (§ 186 AFG), sind erst durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532) gleichgestellt worden (§ 107 Abs 1 Nr 5a AFG). Selbst wenn diese Regelung schon im Jahre 1981 gegolten hätte, hätte sie Q. nicht zur Erfüllung der notwendigen Anwartschaftszeit verholfen; denn deren beitragspflichtige Beschäftigung ist durch den Krg-Bezug lediglich vom 11. August bis 30. September 1978 (51 Kalendertage) unterbrochen worden. Der Bezug von EU-Rente auf Zeit ist den Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung bis zur Gegenwart nicht gleichgeachtet worden. Insoweit liegt, anders als der Kläger meint, weder eine planwidrige Gesetzeslücke noch ein Verstoß gegen die Verfassung vor.

Der Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke stehen Wortlaut, Gesetzesgeschichte sowie Sinn und Zweck des § 107 AFG entgegen. Der Wortlaut der Norm ist eindeutig und einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich. Die Gesetzesgeschichte liefert keine gegenteiligen Anhaltspunkte. Obwohl der Gesetzgeber den Kreis der Begünstigten mehrfach erweitert hat, hat er von einer Gleichstellung der Rentenbezieher abgesehen. Dies kann nur den Schluß zulassen, daß es sich nicht um ein Versehen handelt. Sinn und Zweck des § 107 AFG führen zu keinem anderen Ergebnis. Die Gleichstellung in § 107 AFG erstreckt sich auf sehr unterschiedliche Zeiten. Doch ist allen gemeinsam, daß der Gesetzgeber sie aus sozialen Schutzerwägungen wie beitragspflichtige Beschäftigungszeiten berücksichtigt wissen wollte. Das gebietet eine enge Auslegung. Für eine Anwendung auf andere Sachverhalte besteht grundsätzlich kein Raum (Steinmeyer in Gagel, Komm zum AFG, Stand Juli 1987, § 107 RdNr 1).

In der Nichtgleichsetzung des Bezuges von EU-Rente auf Zeit mit den in § 107 AFG genannten Gleichstellungstatbeständen kann keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art 3 Abs 1 Grundgesetz (GG) erblickt werden. Dieser enthält die allgemeine Weisung, bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln (BVerfGE 3, 58, 135; 9, 237, 244; 18, 38, 46). Er ist nicht verletzt, wenn der Gesetzgeber nicht die gerechteste oder zweckmäßigste Regelung getroffen hat, sondern erst dann, wenn die äußersten Grenzen des Ermessens überschritten sind (BVerfGE 9, 137, 146; 11, 245, 253; 19, 354, 367 f), dh wenn sich ein sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt (BVerfGE 24, 220, 228; 25, 101, 105; 27, 375, 386). Für die Nichtgleichstellung der Rentenbezieher mit den in § 107 AFG ausdrücklich erwähnten Begünstigten sind durchaus sachlich einleuchtende Gründe gegeben. So stehen Dauererwerbsunfähige wegen ihrer nicht mehr behebbaren Leistungsbeeinträchtigung der Arbeitsvermittlung regelmäßig nicht mehr zur Verfügung;



sie kommen als Leistungsbezieher der Arbeitslosenversicherung in der Regel nicht mehr in Betracht. Die Bezieher von EU-Rente auf Zeit zeichnen sich demgegenüber dadurch aus, daß bei ihnen die begründete Aussicht besteht, daß die EU in absehbarer Zeit behoben sein kann (§ 1276 Abs 1 Satz 1 Reichsversicherungsordnung -RVO-, § 53 Abs 1 Satz 1 Angestelltenversicherungsgesetz -AVG-). Überdies können sie sich in den Grenzen des § 125 Abs 2 AFG auf einen früheren Anspruch auf Alg berufen. Schließlich sind sie, wie noch dargelegt wird, zumindest durch einen Anspruch auf Alhi gesichert. Man mag die Rechtssituation der EU-Rentenbezieher auf Zeit als verbesserungsbedürftig ansehen. Doch kann sie nicht als willkürlich bezeichnet werden.

Im vorliegenden Fall kann sich der Kläger nicht mit Erfolg darauf berufen, daß vor dem 6. Juli 1981 zugunsten der Q. ein Alg-Anspruch entstanden sei; denn Q. hat im unmittelbaren Anschluß an die Beendigung ihres Beschäftigungsverhältnisses keinen Anspruch auf Alg erworben. Insoweit kommt es auf die Verfallfrist des § 125 Abs 2 AFG aF nicht an.

Nach den Feststellungen des LSG, die der Kläger nicht angegriffen hat und die deshalb für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), hat Q. sich vor dem 6. Juli 1981 nicht persönlich beim ArbA arbeitslos gemeldet. Der Klageanspruch könnte folglich nur begründet sein, wenn die Arbeitslosmeldung, wie das LSG angenommen hat, ausnahmsweise verzichtbar wäre oder als ersetzt angesehen werden könnte. Weder das eine noch das andere ist möglich.

Die Arbeitslosmeldung nach § 100 Abs 1, § 105 Satz 1 AFG beinhaltet die Erklärung einer Tatsache, nämlich der Arbeitslosigkeit. Sie soll dem ArbA die Kenntnis vermitteln, daß ein Leistungsfall eingetreten ist. Dies ist erforderlich, weil die (sachgerechte) Vermittlung in Arbeit Vorrang vor der Gewährung von Leistungen hat (§ 5 AFG). Die Funktion der Arbeitslosmeldung besteht somit darin, das ArbA tatsächlich in die Lage zu versetzen, mit seinen Vermittlungsbemühungen zu beginnen, um die Arbeitslosigkeit und damit die Leistungspflicht möglichst rasch zu beenden. Aus dem Umstand aber, daß das ArbA vor Kenntnis der Arbeitslosigkeit seiner Pflicht zur Arbeitsvermittlung tatsächlich nicht nachkommen kann, folgt zugleich die Bedeutung der Arbeitslosmeldung für den Leistungsanspruch. Er kann wegen dieses inneren Zusammenhanges erst mit ihrem Vorliegen zur Entstehung gelangen. Dieser Sachlogik entspricht nicht nur die Ausgestaltung der Arbeitslosmeldung als materiell-rechtliche Voraussetzung für den Anspruch auf Alg (§ 100 Abs 1 AFG), sondern auch ihre gesetzliche Umschreibung als persönliche Meldung beim dafür zuständigen ArbA (§ 105 Satz 1 AFG). Schon dies schließt, wie der Senat durch Urteile vom 19. März 1986 entschieden hat, einen Verzicht auf das Merkmal der Arbeitslosmeldung aus (BSGE 60, 43, 45 = SozR 4100 § 105 Nr 2; SozR 1300 § 28 Nr 1).



Der Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung nach § 100 Abs 1, § 105 Satz 1 AFG hat darüber hinaus für die Frage Bedeutung, ob ein Anspruch auf Alg überhaupt entsteht; denn er ist - neben dem Vorliegen weiterer Voraussetzungen - ausschlaggebend dafür, ob der Arbeitslose die für einen Alg-Anspruch erforderliche Anwartschaftszeit erfüllt (§ 100 Abs 1 iVm § 104 AFG). In diesem Zusammenhang hat der Senat schon 1963 entschieden, daß die für die Erfüllung der Anwartschaftszeit maßgebende Rahmenfrist des früheren § 85 Abs 2 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung -AVAVG- (vgl nunmehr § 104 Abs 2 AFG) von einem Sonn- oder Feiertag aus zu berechnen ist, wenn die Arbeitslosmeldung wegen mangelnder Dienstbereitschaft des ArbA nicht an einem solchen Tage erfolgen konnte, sie jedoch am nächstfolgenden Werktag bewirkt wird (BSGE 20, 46 = SozR Nr 7 zu § 85 AVAVG). Der Gesetzgeber hat dieser Auffassung durch § 105 Satz 2 AFG Rechnung getragen, indem er bestimmt hat, daß Arbeitslosmeldung und Antragstellung als an einem früheren Tage bewirkt gelten, wenn der Arbeitslose sich zu jenem Zeitpunkt wegen fehlender Dienstbereitschaft des ArbA nicht melden konnte, dies jedoch an dem nächstfolgenden Tag mit Dienstbereitschaft nachholt. Angesichts dieser Regelung besteht, was der Senat in seinen Urteilen vom 19. März 1986 (aaO) ebenfalls zum Ausdruck gebracht hat, kein Raum mehr für eine Auslegung in dem Sinne, eine verspätete Arbeitslosmeldung könne aus anderen als den in § 105 Satz 2 AFG erwähnten Gründen rückdatiert werden (BSGE 60, 43, 45 f = SozR 4100 § 105 Nr 2; SozR 1300 § 28 Nr 1). Für einen Verzicht auf die persönliche Arbeitslosmeldung, der in § 105 Satz 2 AFG nicht einmal vorgesehen ist, kann nichts anders gelten.

Damit ist nicht gesagt, daß der Begriff der fehlenden Dienstbereitschaft des ArbA nicht einer erweiternden Auslegung zugänglich ist. So wäre es, wie der Senat angedeutet hat, denkbar, sonstige Ursachen für eine verspätete Arbeitslosmeldung, die in den Verantwortungsbereich der Beklagten fallen (zB fehlerhafte Auskünfte, Organisationsmängel uä), hierunter zu subsumieren (BSGE 60, 43, 46 = SozR 4100 § 105 Nr 2; vgl auch BSG SozR 1300 § 28 Nr 1; Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand August 1988, § 105 RdNr 3; Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, 2. Aufl, § 105 Anm 11; Steinmeyer, aaO, § 105 RdNr 14 f). Im vorliegenden Fall kann diese Frage indessen offen bleiben; denn die Umstände, die für das Unterlassen der Arbeitslosmeldung durch Q. am 1. Oktober 1978 ursächlich waren, fallen nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten.

An diesem Ergebnis ändert nichts die Regelung von § 28 Zehntes Buch des Sozialgesetzbuches (SGB 10), wonach ein Antrag auf Sozialleistungen bis zu einem Jahr zurückwirken kann; denn eine Vordatierung der Arbeitslosmeldung ist auch über diese Norm nicht möglich. Dem steht, worauf der Senat im Urteil vom 19. März 1986 (BSG



SozR 1300 § 28 Nr 1) bereits hingewiesen hat, nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Begründung entgegen, die im Gesetzgebungsverfahren für die Einfügung des § 28 in das SGB 10 gegeben worden ist.

Ob und inwieweit Q. möglicherweise durch eine Pflichtverletzung der Krankenkasse oder des Rentenversicherungsträgers veranlaßt worden ist, sich ab 1. Oktober 1978 nicht arbeitslos zu melden, und ob die Beklagte sich dieses Verhalten zurechnen lassen müßte, kann dahinstehen. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch könnte hierdurch nicht begründet werden. Mit seiner Hilfe lassen sich zwar gewisse sozialrechtliche Voraussetzungen, zB verspätete Anträge, als erfüllt ansehen, wenn sie wegen einer Pflichtverletzung des Versicherungsträgers bislang fehlen (BSGE 62, 179, 182 = SozR 4100 § 125 Nr 3). Die Arbeitslosmeldung ist jedoch - ähnlich wie die Verfügbarkeit - ein rechtserheblicher Tatbestand, den herzustellen nicht in die Verfügungsmacht der Beklagten fällt. Er hängt von einem tatsächlichen Verhalten des Arbeitslosen ab. Ermangelt es an der Arbeitslosmeldung, darf Alg nicht bewilligt werden. Würde die Beklagte gleichwohl Alg gewähren, würde sie gesetzeswidrig handeln. So wie das Fehlen der Verfügbarkeit (§ 103 AFG) nicht nachträglich im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ersetzt werden kann (BSGE 58, 104, 109 = SozR 4100 § 103 Nr 36), kann folglich auch eine fehlende persönliche Arbeitslosmeldung (§ 105 Satz 1 AFG) nicht über den Weg des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ersetzt werden (BSGE 60, 43, 48 = SozR 4100 § 105 Nr 2; BSG SozR 1300 § 28 Nr 1).

War aber die persönliche Arbeitslosmeldung der Q. für die Entstehung eines Anspruchs auf Alg am 1. Oktober 1978 nicht verzichtbar und konnte sie auch im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht ersetzt werden, ist dem Hauptargument des LSG, derjenige, bei dem wegen seiner Erkrankung die Beantragung von Alg von vornherein aussichtslos sei, dürfe nicht schlechter dastehen als derjenige, dessen Leistungsfähigkeit nicht so gravierend eingeschränkt sei und der deshalb gleichzeitig Alg und EU-Rente beantrage, der Boden entzogen. Daß das Fehlen der persönlichen Arbeitslosmeldung der Q. auf Krankheitsgründen beruhte, vermag hieran nichts zu ändern (Eckert in Ambs ua, Gemeinschaftskomm zum AFG, Stand August 1988, § 105 RdNr 5).

Nicht entschieden hat das LSG über einen der Q. ab 6. Juli 1981 ggf zustehenden Anspruch auf Alhi, der nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung im Antrag auf Alg hilfsweise enthalten war (BSGE 44, 164, 166 = SozR 4100 § 134 Nr 3; Hennig/Kühl/Heuer, aaO, § 134 RdNr 3a; Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, aaO, § 134 Anm 10). Ein solcher Anspruch könnte der Q. am 6. Juli 1981 zugestanden haben; eine vorherige entlohnte Beschäftigung iS des § 134 Abs 1 Nr 4b AFG aF war zur Begründung des Anspruchs auf Alhi nicht erforderlich, da Q. innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung für mindestens 26 Wochen oder sechs Monate wegen EU Leistungen der Sozial-



versicherung zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts bezogen hat und diese Leistungen ab 1. Mai 1981 nicht mehr bezog, weil die für ihre Gewährung maßgebliche Beeinträchtigung des Leistungsvermögens nicht mehr vorlag (§ 134 Abs 3 AFG aF iVm § 3 Satz 1 Nr 1 Arbeitslosenhilfe-Verordnung vom 7. August 1974 - BGBl I 1929 -; vgl nunmehr § 134 Abs 3 Satz 1 Halbs 1 Nr 1 AFG). Fraglich ist allerdings, ob Q. bedürftig war (§ 134 Abs 1 Nr 3 AFG). Insoweit bedarf es noch weiterer Ermittlungen.

Da der Senat diese Ermittlungen nicht selbst durchführen kann, muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache gemäß § 170 Abs 2 SGG an das LSG zurückverwiesen werden, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)