

Bundessozialgericht

- 7 RAr 44/78 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

Verkündet am:

13. Nov. 1980

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:

.....

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf
die mündliche Verhandlung vom 13. November 1980
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom
8. Februar 1978 aufgehoben und die Sache zur
erneuten Verhandlung und Entscheidung an das
Landessozialgericht zurückverwiesen.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

I

Der Kläger begehrt Arbeitslosengeld (Alg); er ist italienischer Staatsangehöriger und bezog ab 19. Februar 1974 von der Beklagten Alg. Auf seinen Antrag bescheinigte die Beklagte dem Kläger am 9. Mai 1974 zur Arbeitsuche in Italien, daß er unter den Voraussetzungen des Artikel 69 Abs 1 Buchst b der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (vom 14. Juni 1971, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr L 149 vom 5. Juli 1971 - EWGV 1408/71 -) Anspruch auf Leistungen wegen Arbeitslosigkeit habe, die restliche Anspruchsdauer ab 12. Mai 1974 124 Tage betrage und er bis zum 11. August 1974 unter bestimmten Voraussetzungen Leistungen beziehen könne. Der Kläger reiste am 11. Mai 1974 nach Ch (Ch), kehrte, ohne in Italien Arbeit gefunden zu haben, am 17. August 1974 in die Bundesrepublik Deutschland zurück und meldete sich am 19. August 1974 arbeitslos.

Die Wiederbewilligung des Alg lehnte die Beklagte ab, da der Kläger nicht gemäß Art 69 Abs 2 EWGV 1408/71 innerhalb der Dreimonatsfrist zurückgekehrt sei; ein Anspruch auf Arbeitslosenhilfe (Alhi) bestehe ebenfalls nicht (Bescheid vom 29. August 1974). Der Widerspruch, mit dem der Kläger geltend machte, er habe sich am 11. August 1974 ärztlich behandeln lassen müssen und sei reiseunfähig gewesen, hatte keinen Erfolg. Die Beklagte führte aus, ein Ausnahmefall, der zur Verlängerung der Dreimonatsfrist berechtige, liege nicht vor. Der Kläger könne die drei Monate zwar voll ausschöpfen, müsse aber auch dafür Sorge tragen, daß die Frist nicht überschritten werde. Bei Fristende sei er nicht reiseunfähig gewesen. Erst

- 3 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

zu dem Zeitpunkt, zu dem er wieder in der Bundesrepublik hätte sein müssen, habe er sich in Italien in ärztliche Behandlung begeben. Hieraus sei zu schließen, daß der Kläger auch ohne die Verletzung nicht rechtzeitig zurückgekehrt wäre (Widerspruchsbescheid vom 30. Oktober 1974).

Die Klage, mit der der Kläger die Gewährung von Alg ab 2. September 1974 beantragt hatte, hat das Sozialgericht (SG) Karlsruhe abgewiesen (Urteil vom 28. November 1975). Während des Berufungsverfahrens führte die Beklagte eine Entscheidung ihrer Hauptstelle herbei, daß kein Anlaß zu einer dem Kläger günstigen Ermessensausübung nach Art 69 Abs 2 Satz 3 EWGV 1408/71 bestehe. Weder zum Zeitpunkt der Antragstellung noch danach habe für den Kläger in Ch. Aussicht auf Vermittlung bestanden. Schon längere Zeit vor der geplanten Rückreise sei sein Aufenthalt nicht mehr zur Arbeitsuche erforderlich gewesen. Wenn der Kläger sich dennoch abweichend vom Zweck des Art 69 EWGV 1408/71 zu einem weiteren Verbleiben in Italien entschlossen habe, müsse er auch das Risiko tragen, während dieses anderweitig motivierten Verweilens durch unvorhersehbare Ereignisse an der rechtzeitigen Rückkehr gehindert zu werden. Die Berufung hat das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg durch Urteil vom 8. Februar 1978 als unbegründet zurückgewiesen.

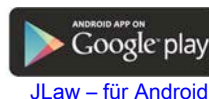
Zur Begründung hat es ausgeführt, die Berufung sei zulässig; da der Kläger erst am 3. Dezember 1974 eine Arbeit gefunden habe, betreffe die Berufung einen Anspruch für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten. Die Berufung sei aber unbegründet. Der Kläger habe sich unstreitig länger als drei Monate in Italien aufgehalten. Damit sei sein Anspruch auf Alg und weitere Leistungen nach dem Arbeitsförderungsgesetz (AFG) mit Ablauf des 10. August 1974 nach Art 69 Abs 2 EWGV 1408/71 mit Wirkung für die Zukunft erloschen. Es handele sich um eine Ausschlußfrist. Daher komme eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht. Allerdings könne die Frist in Ausnahmefällen verlängert werden. Wann ein

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Ausnahmefall vorliege, sei zweifelhaft. Doch könne die Beklagte nicht zur Fristverlängerung verpflichtet werden, weil sie das ihr eingeräumte Ermessen nicht fehlerhaft ausgeübt habe. Die Erwägungen, mit denen die Beklagte die Verlängerung der Frist ablehne, entsprächen Sinn und Zweck des Art 69 EWGV 1408/71. Diese Vorschrift räume, wie dem Kläger bekannt gewesen sei, dem Arbeitslosen die Mitnahme seines Leistungsanspruchs nur zur Arbeitsuche ein. Die Dreimonatsfrist dürfe der Arbeitslose nur für eine aussichtsreiche, erfolgversprechende Arbeitsuche voll ausschöpfen. Wenn der Arbeitslose erkenne, daß seine Arbeitsuche erfolglos bleiben werde, müsse er bereits vor Ablauf der Dreimonatsfrist, in den für die Leistungsgewährung zuständigen Staat zurückkehren, dh, in der Regel im letzten Drittel des Aufenthalts. Zwar erwachse dem Arbeitslosen kein Nachteil, wenn er dennoch die Frist voll ausschöpfe; jedoch trage er das volle Risiko, wenn er trotz erkennbarer Aussichtslosigkeit der Arbeitsuche aus anderen Motiven bleibe, infolge eines unvorhersehbaren Rückkehrhindernisses nicht mehr rechtzeitig zurückkehren könne und nunmehr bei der Prüfung, ob ein Ausnahmefall vorliege, rückschauend beurteilt werde, ob die volle Ausschöpfung der Dreimonatsfrist gerechtfertigt gewesen sei. Dabei sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob der Arbeitslose die Fristversäumnis zu vertreten habe; andernfalls hätte die Verordnung einen entsprechenden Zusatz erhalten. Eine Fristverlängerung sei gerechtfertigt, wenn der Arbeitslose zu Beginn der Frist erkrankte und innerhalb der Frist nicht wieder genesen. Nach seinen Angaben sei der Kläger jedoch erst unmittelbar vor Ablauf der Dreimonatsfrist erkrankt. Dafür, daß die verspätete Rückkehr auf ein Verschulden der Beklagten zurückzuführen sei, weil der Kläger die Bescheinigung E 119 für die italienische Krankenkasse nicht erhalten habe, lägen keine Anhaltspunkte vor. Spätestens nach Ablauf von zwei Monaten sei der Aufenthalt des Klägers in Italien objektiv nicht mehr wegen der Arbeitsuche gerechtfertigt gewesen; schon nach der zweiten oder dritten Vorsprache bei der Gemeindevermittlungsstelle

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 5 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

habe der Kläger die Aussichtslosigkeit seiner Bemühungen erkennen müssen. Offensichtlich in der Absicht, den Aufenthalt bis zum vollständigen Ablauf der Rückkehrfrist aus anderen Motiven hinauszuzögern, sei der Kläger in Italien verblieben. Zwar sei er jedenfalls in dem ihm ausgehändigten "Merkblatt für den Arbeitslosen, der in einem anderen Land Arbeit sucht" nicht ausdrücklich darüber belehrt worden, daß es zur Vermeidung des von ihm zu tragenden Risikos angebracht sei, bereits im Laufe des letzten Monats zurückzukehren. Der Kläger habe aber gewußt, daß er sich nur zum Zwecke einer gewissenhaften Arbeitsuche, nicht jedoch zum Urlaub oder zu anderen Zwecken in Italien habe aufhalten dürfen. Auch mache das Merkblatt auf die Folgen der Fristversäumnis ausdrücklich aufmerksam. Dem Hinweis auf die Möglichkeit der Fristverlängerung könne schließlich keine Zusage entnommen werden, daß die Beklagte in Fällen der vorliegenden Art die Frist verlängern werde. Der Fehlgebrauch der Mitnahmeregelung des Art 69 EWGV 1408/71, der neben der Erkrankung mit ursächlich für die Fristversäumnis sei, rechtfertige daher die Versagung der Fristverlängerung durch die Beklagte.

Der Kläger rügt mit der Revision eine Verletzung des Art 69 EWGV 1408/71 des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs und mangelnde Aufklärung und bringt hierzu vor: Die Mitnahme des Leistungsanspruchs setze keine aussichtsreiche Arbeitsuche voraus; andernfalls dürfe von vornherein kein Arbeitsloser die Bundesrepublik Deutschland verlassen, um in einem anderen Mitgliedstaat mit hoher Arbeitslosigkeit Arbeit zu suchen. Wie jede Frist könne auch die Dreimonatsfrist daher voll ausgeschöpft werden. Eine Ausnahme sei mithin jede unverschuldete Rückkehrverhinderung. Ebenfalls außerhalb der Einflußnahme des Klägers habe es gelegen, daß er von seiner Krankenkasse die Bescheinigung E 119 nicht erhalten habe; insoweit habe das LSG seiner Aufklärungspflicht nicht genügt. Schließlich habe das LSG verkannt, daß die Beklagte verpflichtet sei, den Kläger so zu stellen, wie er ohne eine über Wortlaut, Sinn und Zweck der Verordnung hinausgehende Auslegung stehen würde,

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 6 -

da die Beklagte ihn nicht darauf hingewiesen habe, daß er die Frist nur bei aussichtsreicher Arbeitsuche voll ausschöpfen dürfe, sondern durch ihr Merkblatt die berechnigte Annahme hervorgerufen habe, die Frist ohne weitere Voraussetzungen voll ausschöpfen zu können. Jedenfalls sei nach der Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) der Ermessensgebrauch der Beklagten nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt, so daß seinem Leistungsbegehren stattzugeben sei. Er habe die Frist unverschuldet kurzfristig überschritten, während der völlige Wegfall der Leistungsansprüche für ihn sehr schwer wiege.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des LSG, das Urteil des SG sowie den Bescheid vom 29. August 1974 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 30. Oktober 1974 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm für die Zeit vom 2. September bis 2. Dezember 1974 Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie macht geltend, ein Ausnahmefall liege nicht vor. Nach den Feststellungen des SG sei der Kläger nicht gehindert gewesen, trotz der Wunde an der Hand vor Ablauf der Dreimonatsfrist zurückzukehren. Im übrigen liege ein Ausnahmefall auch nur dann vor, wenn eine frühere Rückkehr trotz zweckentsprechender Inanspruchnahme der Rechte des Art 69 Abs 1 EWGV 1408/71 nicht möglich gewesen sei oder den Erfolg der Arbeitsuche gefährdet hätte. Art 69 Abs 2 EWGV 1408/71 solle verhindern, daß sich Arbeitslose unter dem Vorwand der Arbeitsuche in einen anderen Mitgliedstaat begäben, in Wirklichkeit jedoch dort lediglich auf Kosten der

- 7 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

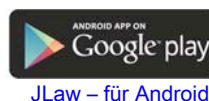
Solidargemeinschaft einen Urlaub verbringen wollten. Es müsse beachtet werden, daß besonders jeweils vor den Sommerferien und zu Weihnachten, mithin in Zeiten, die erfahrungsgemäß für eine Arbeitsuche nicht günstig seien, die Mitnahme von Leistungsansprüchen nach Italien erfolge. Die an sich mögliche Überprüfung der Erfolgsaussicht der Arbeitsuche in dem anderen Mitgliedstaat vor der Mitnahme tangiere die Freizügigkeit, eine nachträgliche Überprüfung aber sei in den Regelfällen sanktionslos, weil eine Rückforderung der Leistungen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen sei. Jedoch könne bei der Verlängerung der Rückkehrfrist berücksichtigt werden, ob das Verbleiben im anderen Land durch die Arbeit-suchegerechtfertigt gewesen sei. Schöpfe der Arbeitslose trotz mangelnder Erfolgsaussicht seiner Arbeitsuche die Drei-monatsfrist voll aus, handele er dem Zweck der Regelung be-wußt zuwider. Dieses pflichtwidrige Verhalten sei die wesent-liche Ursache für eine verspätete Rückkehr, wenn später ein unverschuldetes Rückkehrhindernis hinzukomme. Dieses Risiko müsse daher der Arbeitslose tragen. Diese Verfahrensweise entspreche dem Urteil des EuGH vom 20. März 1979 - 139/78 - SozR 6050 Art 69 Nr 3; der EuGH habe ausdrücklich den Gesichts-punkt einer wirksamen Kontrolle bei der Verlängerung der Rück-kehrfrist als erheblich angesehen. Das Risiko, durch verspä-tete Rückkehr den Leistungsanspruch zu verlieren, sei bei miß-bräuchlicher Inanspruchnahme der Mitnahme des Anspruchs stets dem Schaden angemessen, der der Versichertengemeinschaft durch das Verhalten des Arbeitnehmers entstehe. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auf den der EuGH in seinem Urteil vom 19. Juni 1980 (41/79, 121/79, 796/79) hingewiesen habe, sei hier daher gewahrt. Er könne nur dann zum Tragen kommen, wenn der Grund für die verspätete Rückkehr zu einem Zeitpunkt ein-getreten sei, zu dem die Erfolglosigkeit der Arbeitsuche noch nicht festgestanden habe, oder aussichtsreiche Arbeitsbe-mühungen sich über drei Monate hinaus erstreckt hätten. So liege der Fall beim Kläger jedoch nicht, weil dieser in Ch. von Anfang an keine Aussicht gehabt habe, alsbald in Arbeit vermittelt zu werden. Ein Verschulden der Krankenkasse wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

verspäteter Übersendung des Vordrucks E 119 sei der Beklagten nicht anzulasten; wenn der Kläger pflichtgemäß nach feststehender Erfolglosigkeit seiner Arbeitsuche zurückgekehrt wäre, hätte er den Vordruck überhaupt nicht benötigt.

Der Senat hat den EuGH zur Vorabentscheidung angerufen (Beschluß vom 19. Juni 1979); auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 1980 (41/79, 121/79, 796/79) wird verwiesen.

II

Die Revision des Klägers ist mit der Maßgabe begründet, daß das Urteil des ISG aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das ISG zurückverwiesen wird.

Zu Recht hat das ISG die Berufung des Klägers als zulässig angesehen. Der Zulässigkeit der Berufung, die das Revisionsgericht bei einer zugelassenen Revision als eine von Amts wegen zu beachtende Verfahrensvoraussetzung zu prüfen hat (vgl für viele BSG SozR 1500 § 150 Nr 11 und 18 mwN), steht § 144 Abs 1 Nr 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) nicht entgegen. Die Berufung betraf Leistungen wegen Arbeitslosigkeit ab 2. September 1974. Nach den Feststellungen des ISG stand der Kläger ab 3. Dezember 1974 wieder in Arbeit. Damit begehrt der Kläger Alg für mehr als 13 Wochen (drei Monate) im Sinne des § 144 Abs 1 Nr 2 SGG. Zwar hat der Kläger keinen förmlichen Berufungsantrag gestellt; das ISG hat sich jedoch bei den Beteiligten erkundigt, für welche Zeit Leistungen in Betracht kommen. Dabei hat die Beklagte mitgeteilt, daß noch ein Alg-Restanspruch von 125 Tagen bestehe. Diese Mitteilung ist zwar, weil sie den Leistungsbezug in Italien nicht berücksichtigt, unrichtig. Doch hat sich der Kläger, wie sein Revisionsantrag bestätigt, diese Angaben zu eigen gemacht.

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

Dies ist für die Zulässigkeit der Berufung ausreichend; denn als Anspruch im Sinne des § 144 Abs 1 Nr 2 SGG ist das mit der Berufung verfolgte prozessuale Begehren auf Ausspruch einer Rechtsfolge zu verstehen (vgl BSGE 2, 135, 136; SozR § 144 SGG Nr 29; SozR 1500 § 144 Nr 1). Abzustellen ist daher auf das Begehren, nicht darauf, ob die Rechtsfolge, um deren Ausspruch es geht, tatsächlich eingetreten ist. Die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn für das Begehren ohne Zweifel jede sachliche Grundlage fehlt und es nur erhoben wird, um den Rechtsstreit der Berufung zuführen zu können (vgl BSG Urteil vom 5. März 1980 - 9 RV 44/78 -), stellt sich nicht.

Zutreffend hat das ISG ferner erkannt, daß der Kläger - vorbehaltlich der Verlängerung der Rückkehrfrist - den Anspruch auf Alg, der ihm nach den Vorschriften des AFG noch zugestanden hat, nach Art 69 Abs 2 Satz 1 EWGV 1408/71 an sich verloren hat. Nach dieser Vorschrift verliert der Arbeitslose, der unter Mitnahme seines Leistungsanspruchs sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat, um dort eine Beschäftigung zu suchen, jeden Anspruch auf Leistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates, wenn er nicht vor Ablauf des Zeitraums, in dem ihm der mitgenommene Leistungsanspruch in dem anderen Mitgliedstaat ausbezahlt ist, in den zuständigen Staat zurückkehrt. Der Senat hat zu prüfen, ob diese Vorschrift zutreffend angewendet worden ist. Die vom Rat der Europäischen Gemeinschaften erlassene Verordnung ist zwar kein von einem Organ des Bundes erlassenes Recht, ihr Geltungsbereich, die gesamte Gemeinschaft, erstreckt sich aber über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus. Schon aus diesem Grunde hat das Bundessozialgericht (BSG) nach § 162 SGG zu prüfen, ob die Verordnung nach ihrem eindeutigen Inhalt bzw nach der Auslegung des EuGH, wie angenommen, Platz greift (vgl dazu Grunsky in Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl 1977, § 549 RdNr 57).

- 10 -



- 10 -

Art 69 Abs 2 EWGV 1408/71 ist, wie im Hinblick auf die im Vorlagebeschluß des Senats geäußerten Bedenken zu prüfen ist, geltendes Recht. Das ergibt sich aus Art 51 und Art 189 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 (EWG-Vertrag). Nach Art 51 Satz 1 EWG-Vertrag beschließt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen. Nach Art 189 Abs 1 und 2 EWG-Vertrag haben die von Rat und Kommission der EWG zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe des Vertrages erlassenen Verordnungen allgemeine Geltung; sie sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Das Erfordernis, Art 51 und Art 189 Abs 1 und 2 EWG-Vertrag anzuwenden, folgt aus Art 1 des Gesetzes zu den Verträgen vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft vom 27. Juli 1957 (BGBl II 753); denn es ist dieses Zustimmungsgesetz zum Vertrag, das den Rechtsanwendungsbefehl für die Geltung des sogenannten primären Gemeinschaftsrechts für den Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland erteilt hat (BVerfGE 52, 187, 199). In seinem Vorlagebeschluß hat der Senat die Frage aufgeworfen, ob dem in Art 20 Grundgesetz (GG) niedergelegten und nach Art 79 Abs 3 GG unverzichtbaren Grundsatz der Volkssouveränität Rechnung getragen sei, wenn der Rat der Europäischen Gemeinschaft als Exekutivorgan Gemeinschaftsrecht setzen könne, das das nationale, vom Parlament gesetzte Recht abändere. Die verfassungsrechtliche Prüfung dieser Frage muß, wie klarstellend zu bemerken ist, beim Zustimmungsgesetz ansetzen; denn die Maßgeblichkeit der vom Rat erlassenen Verordnungen sowie der im EWG-Vertrag intendierte Vorrang des Rechts der Gemeinschaft gegenüber nationalen Rechten gründet sich allein auf dieses Gesetz. Die Prüfung ergibt jedoch, daß sich die angedeuteten Bedenken angesichts der Rechtsprechung nicht aufrecht erhalten lassen.

- 11 -



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Das GG hat dem Bundesgesetzgeber die Befugnis erteilt, durch Gesetz zwischenstaatliche Einrichtungen zur Rechtsetzung mit unmittelbarer Wirkung im Inland zu ermächtigen (Art 24 Abs 1 GG). Ein solches Gesetz öffnet die nationale Rechtsordnung derart, daß der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des GG zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit des Rechts aus anderer Quelle innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen wird (BVerfGE 37, 271, 280). Ein solches Gesetz, für das die besonderen Voraussetzungen eines verfassungsändernden Gesetzes nicht verlangt werden, erlaubt es allerdings nicht, die Grundstruktur der Verfassung der Bundesrepublik, auf der ihre Identität beruht, zu ändern (BVerfGE 37, 271, 279). Diese Grundstruktur wird ua durch die Prinzipien der Demokratie und der Gewaltenteilung begründet. Weil diese Prinzipien bei der Rechtsetzung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht gewahrt seien, ist vereinzelt in der Rechtsprechung Art 1 des Zustimmungsgesetzes iVm Art 189 EWG-Vertrag für verfassungswidrig gehalten worden (FG Rheinland-Pfalz EFG 1964, 23; vgl dazu BVerfGE 22, 134; FG Rheinland-Pfalz EFG 1965, 342). Die Rechtspraxis, insbesondere die der obersten Gerichtshöfe des Bundes, ist dieser Ansicht nicht gefolgt. Der Bundesfinanzhof hat ihr ausdrücklich widersprochen (BFHE 88, 266; NJW 1969, 388). Die anderen obersten Bundesgerichte legen, ohne Bedenken zu äußern, sekundäres Gemeinschaftsrecht ihren Entscheidungen zugrunde (vgl BVerwGE 35, 268, 271; BGHZ 54, 145, 150; BAG 21, 356, 358; BSGE 47, 183, 184 f); dem entspricht die Praxis des Senats (vgl BSGE 43, 26, 28= SozR 4100 § 118 Nr 3). Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht (BVerfG) lassen sich die in dem Vorlagebeschluß angedeuteten Bedenken nicht aufrechterhalten. Das BVerfG hat nämlich in seinem Beschluß vom 29. Mai 1974 ausgeführt, dafür, daß Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, also primäres Gemeinschaftsrecht, mit Bestimmungen des GG kollidieren könnten, gebe es im Augenblick keinen Anhalt (BVerfGE 37, 271, 277). Dies bedeutet aber,



- 12 -

daß es ebenso keinen Anhalt gibt, daß Art 189 EWG-Vertrag, dem im Rahmen des gesamten Vertrages große Bedeutung zukommt (BVerfGE 22, 134, 152), mit Art 79 Abs 3, Art 20 GG nicht vereinbar sein könnte.

Nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, dem im Verhältnis zum BSG nach Art 177 EWG-Vertrag die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des Vertrages sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft zukommt, verliert nach Art 69 Abs 2 EWGV 1408/71 der Arbeitnehmer, der, wie der Kläger, die Vergünstigungen des Art 69 Abs 1 EWGV 1408/71 wahrgenommen und sich unter Mitnahme seines bei der Beklagten erworbenen Leistungsanspruchs für drei Monate nach Italien begeben hat, um dort eine Beschäftigung zu suchen, jeden weiteren, nach den Rechtsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland an sich zustehenden Anspruch auf Leistungen wegen Arbeitslosigkeit, wenn er nicht vor Ablauf des Zeitraums, für den er den Anspruch mitgenommen hat, in die Bundesrepublik zurückkehrt (vgl EuGH Urteil vom 19. Juni 1980 - 41/79, 121/79, 796/79 -). Ob und inwieweit die Anwendbarkeit sekundären Gemeinschaftsrechts im Bereich der Bundesrepublik (noch) am Maßstab deutschen Verfassungsrechts zu prüfen ist (vgl dazu BVerfGE 37, 271 ff einerseits, BVerfGE 52, 187, 202 f andererseits), läßt der Senat offen; denn Art 69 Abs 2 EWGV 1408/71 verstößt nicht gegen das GG, insbesondere nicht gegen Art 14 GG.

Art 69 EWGV 1408/71 nimmt dem Arbeitslosen keine Rechte, die ihm das AFG gewährt hat. Die Vorschrift steht nicht im Widerspruch zum AFG, mag sie auch sachlich als Ergänzung des Rechts der Leistungen bei Arbeitslosigkeit eine Rechtsänderung bewirkt haben. Das Schicksal des Leistungsanspruchs bei verspäteter Rückkehr nach Bezug der Leistung außerhalb des deutschen Arbeitsmarktes

- 13 -



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



hat das AFG nicht geregelt, da es den Bezug von Alg oder Alhi im Ausland grundsätzlich nicht vorsieht. Die Regelung des Europäischen Rechts greift daher in eine andersartige Regelung des AFG nicht ein. Art 69 EWGV 1408/71 stellt sich vielmehr neben die Regelung des AFG und erweitert die Rechte des arbeitslosen Arbeitnehmers, indem ihm zur Arbeitsuche in einem Mitgliedstaat die Mitnahme seines Leistungsanspruchs ermöglicht wird. Dem arbeitslosen Arbeitnehmer verbleiben aber voll die Rechte, die das AFG vorsieht. Ob der Arbeitnehmer die Rechte aus Art 69 EWGV 1408/71 wahrnimmt, obliegt seiner eigenen Entscheidung. Verbleibt er in der Bundesrepublik, richten sich seine Ansprüche nach wie vor nach deutschem Recht. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer sich ohne Mitnahme seines Leistungsanspruchs ins Ausland begibt: Unterbricht der Arbeitslose durch den Auslandsaufenthalt den Bezug des Alg ohne wichtigen Grund, mindert sich die Dauer des Alg um die Tage bis zur erneuten Arbeitslosmeldung (§ 110 Nr 3 AFG in der hier anwendbaren Fassung des Gesetzes vom 25. Juni 1969, BGBl I 582); nach erneuter Arbeitslosmeldung steht dem Arbeitnehmer nur noch der Restanspruch zu. Lediglich bei Mitnahme seines Leistungsanspruchs zur Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft nach den Voraussetzungen des Art 69 EWGV 1408/71 unterfällt der Anspruch der Regelung des Abs 2. Es ist mithin die eigene Entscheidung des arbeitslosen Arbeitnehmers, wenn er die Vergünstigung des Art 69 EWGV 1408/71 in Anspruch nimmt, sich damit auch der Gefahr auszusetzen, bei nicht rechtzeitiger Rückkehr jeglichen Anspruch auf Leistungen wegen Arbeitslosigkeit zu verlieren.

Somit liegt eine Verletzung von Art 14 GG nicht vor, da Art 69 EWGV 1408/71 die Ansprüche nach dem AFG nicht beschränkt, sondern grundsätzlich erweitert. Verliert der arbeitslose Arbeitnehmer, der die Vergünstigung in Anspruch genommen hat, wegen nicht rechtzeitiger Rückkehr jeglichen Anspruch auf weitere Leistungen, ist der Verlust einerseits auf die von ihm vorgenommene Gestaltung seines Leistungsanspruchs und andererseits auf die Nichteinhaltung der Rückkehrfrist zurückzuführen. Die zur Vermeidung von Mißbräuchen vorgesehene



- 14 -

Rückkehrfrist ist zumutbar; sie läßt sich bei ernsthafter Arbeitsuche unschwer einhalten. Der als Folge der Fristversäumnis vorgesehene Verlust aller Ansprüche auf Leistungen nach dem AFG ist nicht unangemessen; auch das AFG sieht den Verlust von Leistungen wegen Arbeitslosigkeit vor, wenn der Arbeitslose nicht in zumutbarer Weise dazu beiträgt, seine Arbeitslosigkeit abzuwenden (vgl § 119 Abs 3 AFG). Liegt daher eine Verletzung von Art 14 GG nicht vor, kommt die vom Kläger angeregte Vorlage an das BVerfG nach Art 100 GG nicht in Betracht.

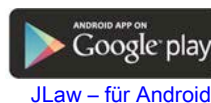
Danach hat der Kläger - vorbehaltlich der Verlängerung der Rückkehrfrist - durch verspätete Rückkehr seine Leistungsansprüche gegen die Beklagte verloren. Nach Art 69 Abs 2 Satz 1 EWGV 1408/71 verliert der Arbeitslose jeden Leistungsanspruch, wenn er nicht vor Ablauf des Zeitraums, in dem er nach Abs 1 Buchst c Anspruch auf Leistungen hat, in den zuständigen Staat zurückkehrt. Nach Abs 1 Buchst c wird der Leistungsanspruch während höchstens drei Monaten von dem Zeitpunkt an aufrecht erhalten, von dem ab der Arbeitslose der Arbeitsverwaltung des Staates, den er verlassen hat, nicht mehr zur Verfügung stand. Spätestens im Laufe des 11. Mai 1974 stand der Kläger der Beklagten nicht mehr zur Verfügung; denn nach den Feststellungen des ISG ist er an diesem Tage nach Ch. abgereist. Danach liefen die drei Monate bis zum 12. August 1974. Dies folgt aus Art 3 Abs 1 Unterabs 2 und Abs 2 Buchst c der Verordnung (EWG, Euratom) Nr 1182/71 des Rates zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine (vom 3. Juni 1971, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr L 124 vom 8. Juni 1971) - EWGV 1182/71 -. Diese Verordnung gilt, soweit nichts anderes bestimmt ist, für die Rechtsakte, die der Rat und die Kommission aufgrund des EWG-Vertrages erlassen haben bzw erlassen werden (Art 1), ist in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art 6). Nach Art 3 Abs 1 Unterabs 2 EWGV 1182/71 wird, wenn für den Anfang

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 15 -

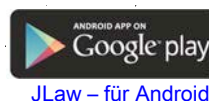


[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



einer nach Monaten bestimmten Frist der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem ein Ereignis eintritt oder eine Handlung vorgenommen wird, bei der Berechnung dieser Frist der Tag nicht mitgerechnet, in den das Ereignis oder die Handlung fällt. Der Tag, in den der Zeitpunkt fällt, von dem ab der Arbeitslose der Arbeitsverwaltung nicht mehr zur Verfügung steht, ist bei der Fristberechnung daher nicht mitzurechnen. Die Frist beginnt vielmehr mit dem nächsten Tag und endet gemäß Art 3 Abs 2 Buchst c EWGV 1182/71 mit Ablauf des Tages des letzten Monats, der dieselbe Zahl wie der Tag des Fristbeginns trägt. Die Frist, während der dem Kläger der Leistungsanspruch aufrecht erhalten würde und während der der Kläger zurückkehren mußte, um sich den Leistungsanspruch zu erhalten, lief daher spätestens am 12. August 1974, einem Montag, ab, da der Kläger jedenfalls zu einem Zeitpunkt ab 11. Mai 1974 für die Beklagte nicht mehr verfügbar war. Der Kläger ist erst am 17. August 1974, mithin verspätet, zurückgekehrt. Es kann daher offenbleiben, ob der Kläger schon vor seiner Abreise der Beklagten nicht mehr zur Verfügung stand und die Frist, wie das ISG angenommen hat, daher schon früher geendet hat. Der einzige Fall, in dem der Arbeitnehmer seinen Leistungsanspruch gegen den zuständigen Staat bei Rückkehr nach Ablauf der Dreimonatsfrist behält, ist der des Art 69 Abs 2 Satz 2 EWGV 1408/71; nach dieser Bestimmung kann die zuständige Arbeitsverwaltung oder der zuständige Träger die Frist in Ausnahmefällen verlängern. Die Beklagte hat die Frist nicht verlängert; sie hat vielmehr die Verlängerung der Frist abgelehnt. Ob diese Ablehnung rechtmäßig ist, läßt sich nach den Feststellungen des ISG nicht entscheiden.

Ob die Frist in Ausnahmefällen nach Art 69 Abs 2 Satz 2 EWGV 1408/71 verlängert wird, steht nach der Rechtsprechung des EuGH, dem im Verhältnis zum BSG nach Art 177 EWG-Vertrag die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft zukommt, im Ermessen der zuständigen Arbeitsverwaltung bzw des zuständigen Trägers; diese Stellen verfügen bei der Entscheidung über



- 16 -

eine mögliche Verlängerung der Frist über einen weiten Ermessensspielraum (EuGH SozR 6050 Art 69 Nr 3; Urteil vom 19. Juni 1980). Der Ansicht, die Beklagte habe die Fristverlängerung stets dann einzuräumen, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff des "Ausnahmefalls" gegeben sei (vgl BayLSG Breithaupt 1979, 374, 376 f), ist daher nicht zu folgen. Ob allerdings ein Ausnahmefall vorliegt, die Beklagte somit die mit der Möglichkeit, die Frist zu verlängern, untrennbar verbundene Pflicht hat, ihr Ermessen auszuüben, ist in vollem Umfang gerichtlich zu überprüfen; denn nur im Ausnahmefall kommt eine Fristverlängerung in Betracht. Ein solcher Ausnahmefall könnte hier vorliegen.

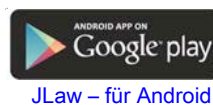
Ausnahmefall ist allgemein jeder vom normalen, gewöhnlichen Verlauf der Ereignisse abweichende Verlauf. Wie dieser Begriff im Hinblick auf Art 69 Abs 2 Satz 2 EWGV 1408/71 letztlich zu bestimmen ist, kann offen bleiben. Jedenfalls verbieten die Weite des eingeräumten Ermessensspielraums, die Ausnahme auf jene Fallgestaltungen zu beschränken, in denen mit Rücksicht auf eine zweckentsprechende Arbeitsuche eine rechtzeitige Rückkehr nicht möglich war. Der Ansicht, die Verlängerung der Frist sei schon aus Rechtsgründen zu versagen, wenn der Arbeitnehmer von seinem Mitnahmerecht keinen zweckentsprechenden Gebrauch gemacht hat (so wohl Hennig/Kühl/Heuer, AFG Art 69 EWGV 1408/71 Anm 7b, 11. Ergänzungslieferung), kann nicht zugestimmt werden. Die zuständige Arbeitsverwaltung bzw der zuständige Träger ist, wie der EuGH entschieden hat, zwar befugt, Gesichtspunkte, die sich auf die Durchführung einer wirksamen Kontrolle beziehen, bei der Entscheidung über eine Fristverlängerung zu berücksichtigen (EuGH SozR 6050 Art 69 Nr 3). Aus dieser Befugnis ergibt sich jedoch nicht, daß eine nicht zweckentsprechende Inanspruchnahme des Mitnahmerechts einer Fristverlängerung schon von Rechts wegen entgegensteht. Ein Ausnahmefall ist vielmehr immer dann gegeben, wenn die

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 17 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 17 -

rechtzeitige Rückkehr durch einen unvorhersehbaren Umstand wie Krankheit, Unfall, Streik oder ähnlich verhindert worden ist, den der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hat, oder wenn die rechtzeitige Rückkehr aus wichtigem Grunde unterblieben ist. Ein Ausnahmefall, der eine Ermessensentscheidung der Beklagten erforderlich macht, ist daher gegeben, wenn der Kläger, wie er behauptet, infolge einer Erkrankung nicht rechtzeitig zurückkehren konnte oder durfte. Ob dies tatsächlich so gewesen ist, hat das LSG nicht festgestellt. Es kann daher nicht entschieden werden, ob eine Fristverlängerung nach Art 69 Abs 2 Satz 2 EWGV 1408/71 möglich ist.

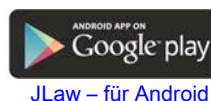
Diese Frage kann nicht offen bleiben, weil, wie das LSG angenommen hat, die von der Beklagten getroffene Ermessensentscheidung nicht zu beanstanden sei. Richtig ist, daß die Beklagte eine Ermessensentscheidung getroffen hat. Zwar enthält der ursprüngliche Bescheid keine Ausführungen zur Verlängerung der Frist; auch erscheint es nach der Begründung des Widerspruchbescheides fraglich, ob die Verlängerung der Frist dort aus Rechts- oder aus Ermessensgründen abgelehnt worden ist. Jedoch hat die Beklagte während des Berufungsverfahrens eine Entscheidung ihrer Hauptstelle über die Fristverlängerung des Inhalts herbeigeführt, daß kein Anlaß zu einer für den Kläger günstigen Ermessensausübung bestehe. Damit hat die Beklagte die bisher getroffene Entscheidung über die Fristverlängerung ersetzt; diese Entscheidung ist gemäß § 96 Abs 1 SGG Gegenstand des Verfahrens geworden. Wenn diese Entscheidung auch klarer hätte begründet werden können, lassen die Umstände doch noch ausreichend erkennen, daß die Beklagte nicht die Ermessensausübung, sondern im Ermessenswege die Fristverlängerung abgelehnt hat. Doch hat die Beklagte mit ihrer Entscheidung von ihrem Ermessen nicht in einer dem Zweck des Ermessens entsprechenden Weise Gebrauch gemacht.

Die Beklagte hat die Ablehnung der Fristverlängerung allein darauf abgestellt, daß der Kläger das Risiko tragen müsse,

- 18 -



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



[JLaw – für Android](#)



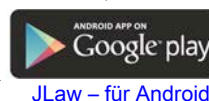
[JLaw – für iOS](#)

durch unvorhersehbare Ereignisse an der rechtzeitigen Rückkehr gehindert zu werden, nachdem er sich entschlossen habe, in Italien zu verweilen, obwohl keine Aussicht bestanden habe, dort innerhalb der drei Monate in Arbeit vermittelt zu werden. Wie sich aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt, stellt sie damit nicht eigentlich auf das bloße weitere Verweilen in Italien ab, sondern darauf, daß der Kläger während des weiteren Verweilens Leistungen wegen Arbeitslosigkeit in Anspruch genommen hat, obwohl er keine Aussicht mehr hatte, in Arbeit vermittelt zu werden. Es stellt sich daher, wie klarstellend zu bemerken ist, nicht die Frage, ob die Beklagte dem Arbeitslosen das Risiko einer Erkrankung bei Fristende auch dann anlasten darf, wenn er nach anfänglichem Leistungsbezug im anderen Mitgliedstaat ohne weitere Inanspruchnahme von Leistungen dort verweilt und nunmehr durch ein unvorhergesehenes Ereignis gehindert wird, vor Ablauf der Frist in die Bundesrepublik zurückzukehren. Umstände, wie sie die Beklagte hier berücksichtigt hat, darf sie zwar, wie noch auszuführen ist, berücksichtigen. Nach dem Urteil des EuGH vom 19. Juni 1980 reicht es für die Ermessensentscheidung nach Art 69 Abs 2 Satz 2 EWGV 1408/71 jedoch nicht aus, wenn die Beklagte allein auf diese Umstände abstellt.

Wie der EuGH entschieden hat, können bei der Ermessensentscheidung Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die sich auf die Durchführung einer wirksamen Kontrolle beziehen, dh, ob der Arbeitnehmer von dem ihm eingeräumten Mitnahmerecht einen zweckentsprechenden Gebrauch gemacht hat (EuGH SozR 6050 Art 69 Nr 3). Art 69 EWGV 1408/71 räumt zur Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat dem Arbeitslosen die Möglichkeit ein, für einen bestimmten Zeitraum von der nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Verpflichtung befreit zu werden, zur Verfügung des zuständigen Staates zu stehen, ohne daß er deshalb seinen Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit gegen den zuständigen Staat verliert. Die Vorschrift beläßt dem Arbeitslosen



den Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit mithin nur deshalb, weil der Arbeitslose weiter auf Arbeitsuche ist. Nur für eine Arbeitsuche sind grundsätzlich die erheblichen Mittel gedacht, die die Solidargemeinschaft der Beitragszahler bzw die Steuerzahler für Leistungen wegen Arbeitslosigkeit aufbringen. Daher macht der Arbeitslose von der besonderen Vergünstigung des Mitnahmerechts keinen zweckentsprechenden Gebrauch, sobald er in dem anderen Mitgliedstaat Leistungen bei Arbeitslosigkeit in Anspruch nimmt, obwohl er zu dieser Zeit dort nicht eigentlich nach Arbeit sucht. Dies kann in tatsächlicher Hinsicht auch dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer nach Art 69 Abs 1 Buchst b EWGV 1408/71 der Kontrolle der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaates, in den er sich begeben hat, unterworfen ist. Insbesondere, wenn keine Aussicht auf alsbaldige Arbeitsvermittlung besteht, dies dem Arbeitslosen bekannt ist oder bekannt sein muß, und er beabsichtigt, deshalb in den zuständigen Staat zurückzukehren, aber erst wenn ihm keine Leistungen wegen Arbeitslosigkeit in dem anderen Mitgliedstaat mehr ausgezahlt werden, dürfte häufig die Absicht, in dem anderen Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, fehlen. Ob, wie die Beklagte zu bezweifeln scheint, dem Arbeitslosen in einem solchen Falle Leistungen nach Art 69 EWGV zustehen, bedarf keiner Entscheidung. Es geht nämlich hier nicht um Leistungen während der drei Monate, sondern um die Leistungsgewährung nach Ablauf der Rückkehrfrist. Nach der maßgebenden Rechtsprechung des EuGH kann die Beklagte aber bei der Entscheidung über die Fristverlängerung schon berücksichtigen, daß von dem Mitnahmerecht kein zweckentsprechender Gebrauch gemacht worden ist. Auch Leistungen, die von Rechts wegen dem Empfänger zustehen, können ihren Zweck verfehlen. Die mit dieser Ermessenserwägung verbundene Prüfung, wann die Arbeitsuche im anderen Mitgliedstaat aussichtslos war, schränkt die Rechte, die Art 69 EWGV 1408/71 dem Arbeitslosen einräumt, nicht ein. Solange die Beklagte dem Arbeitslosen nicht nachträglich die Leistungen entzieht, die er im anderen Mitgliedstaat bezogen hat, verbleibt ihm in vollem Umfang der zur Arbeitsuche



- 20 -

mitgenommene Anspruch; eine Einschränkung liegt somit nicht vor. Die in das Ermessen der Arbeitsverwaltung bzw des Trägers des zuständigen Staates gestellte Verlängerung der Rückkehrfrist erweitert im Einzelfalle die Rechte, die dem Arbeitslosen nach Art 69 EWGV 1408/71 eingeräumt sind. Schon die Grundregelung des Art 69 EWGV 1408/71 stellt gegenüber den innerstaatlichen Rechtsvorschriften eine besondere Vergünstigung dar. Der Arbeitsverwaltung bzw dem Träger des zuständigen Staates, der auch die Belange der Beitragszahler, der Steuerzahler und anderer Leistungsempfänger im Auge zu behalten hat, kann daher nicht versagt sein, bei der Entscheidung, ob trotz Versäumung der Rückkehrfrist weiter Leistungen gewährt werden sollen, zu berücksichtigen, ob die bisherige Inanspruchnahme der Vergünstigung ihrem gedachten Zweck entsprach oder nicht.

Ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte berücksichtigt, daß der Arbeitslose längere Zeit Leistungen der Beklagten in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommen hat, obwohl zu dieser Zeit in Wirklichkeit die Arbeitsuche beendet war, so dürfen sich die Erwägungen, die die Beklagte bei ihrer Entscheidung anstellt, nicht allein auf diesen Umstand beschränken. Zwar folgt aus dem weiten Ermessen, das Art 69 Abs 2 Satz 2 EWGV 1408/71 der Arbeitsverwaltung bzw dem Träger des zuständigen Staates einräumt, daß im wesentlichen die zuständigen Stellen selbst bestimmen, welche Gesichtspunkte sie für die Verlängerung der Frist als erheblich ansehen. Doch hat die Beklagte, wie der EuGH entschieden hat, in jedem Einzelfalle den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und daher auch die Dauer der Fristüberschreitung, den Grund für die verspätete Rückkehr sowie die Schwere der an die verspätete Rückkehr geknüpften Folgen zu berücksichtigen. Diesen Anforderungen entspricht die Entscheidung der Beklagten nicht. Stellt die Beklagte nämlich allein darauf ab, ob ein Fehlgebrauch des Mitnahmerechts für die Fristüber-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 21 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

schreitung (mit-) ursächlich gewesen ist, spielen weitere Gründe für die verspätete Rückkehr sowie die Dauer der Fristüberschreitung und die Schwere der an die verspätete Rückkehr geknüpften Rechtsfolgen keine Rolle. Der Ansicht der Beklagten, die Dauer der Fristüberschreitung, der Grund für die verspätete Rückkehr sowie die Schwere der an die verspätete Rückkehr geknüpften Folgen seien nur dann zu berücksichtigen, wenn eine echte Arbeitsuche über drei Monate hinaus betrieben worden sei, kann nicht gefolgt werden. In seinem Urteil vom 19. Juli 1980 hat der EuGH ausdrücklich ausgeführt, die zuständige Arbeitsverwaltung habe die genannten Kriterien "in Fällen wie dem vorliegenden", zu denen gerade auch der des Klägers gehörte, in jedem Einzelfalle zu berücksichtigen. Hieraus folgt, daß die Beklagte bei ihrer Ermessensentscheidung diese Maßstäbe, nicht, wie geschehen, ausklammern darf; daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in solchen Fällen die Verlängerung der Frist fordert, ist damit nicht gesagt.

Ist die Ermessensentscheidung der Beklagten daher fehlerhaft, hat der Kläger, sofern ein Ausnahmefall gegeben ist, jedenfalls Anspruch darauf, daß die Beklagte über seinen Antrag, ihm für die Zeit ab 2. September 1974 Alg zu gewähren, im Hinblick auf die Fristverlängerung erneut eine Ermessensentscheidung trifft.

Noch aus einem weiteren rechtlichen Gesichtspunkt läßt sich die Abweisung der Klage nicht aufrecht erhalten. Das LSG hat nämlich nicht geprüft, ob die Beklagte aufgrund des von der Rechtsprechung entwickelten sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zur Verlängerung der Frist verpflichtet ist. Dies ist der Fall, wenn die Beklagte den Kläger über die Rechtsfolgen der Mitnahme seines Leistungsanspruchs nicht hinreichend unterrichtet hat und der Kläger, wäre er zutreffend unterrichtet worden, innerhalb der Dreimonatsfrist zurückgekehrt wäre (vgl BSGE 32, 60; 34, 124; 44, 188, 190 = SozR 4100 § 103 Nr 8). Eine solche Fallgestaltung ist nach den getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen.



Allerdings scheitert die Ansicht der Revision, ein Herstellungsanspruch sei schon deshalb begründet, weil die Beklagte durch das Merkblatt beim Kläger die berechtigte Annahme hervorgerufen habe, die Dreimonatsfrist könne ohne weitere Voraussetzung, dh auch bei aussichtsloser Arbeitsuche, voll ausgeschöpft werden, an der Feststellung des ISG, der Kläger habe gewußt, daß er sich nur zum Zwecke einer gewissenhaften Arbeitsuche, nicht jedoch zum Urlaub oder zu anderen Zwecken in Italien habe aufhalten dürfen. An diese Feststellung, die der Kläger nicht angegriffen hat, ist der Senat gebunden. Hiernach ist eine insoweit etwa mangelhafte Belehrung des Klägers nicht ursächlich für die Ausschöpfung der Frist gewesen.

Die Fristversäumnis könnte jedoch ursächlich darauf zurückzuführen sein, daß die Beklagte den Kläger nicht darauf hingewiesen hat, daß sie bei krankheitsbedingter Fristversäumnis die Frist nicht verlängert, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsuche im anderen Mitgliedstaat auf Kosten der Beklagten fortsetzt, obwohl sich herausgestellt hat, daß die weitere Arbeitsuche aussichtslos ist. Zu einem solchen Hinweis ist die Beklagte verpflichtet gewesen, wenn die im Falle des Klägers gehandhabte Ermessenspraxis schon im Mai 1974 feststand. Schon vor dem Inkrafttreten von Art 1 §§ 13, 14 des Sozialgesetzbuches - Allgemeiner Teil - ist die Beklagte zur Beratung der Arbeitslosen verpflichtet gewesen. Ausdrücklich sieht Art 83 Abs 2 Satz 3 der Verordnung (EWG) Nr 574/72 des Rates über die Durchführung der EWGV 1408/71 (vom 21. März 1972, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr L 74 vom 27. März 1972) - EWGV 574/72 - vor, daß sich der Versicherungsträger anlässlich der Erteilung der Bescheinigung über den mitnahmefähigen Leistungsanspruch zu vergewissern hat, daß der Arbeitslose über alle ihm aufgrund des Art 69 EWGV 1408/71 und Art 83 EWGV 574/72 obliegenden Pflichten unterrichtet ist. Auch dem Europäischen Recht entspricht es daher, daß der



Arbeitnehmer durch Maßnahmen der Versicherungsträger nicht überrascht wird. Die Beratung und Aufklärung hat sich zwar nicht auf sämtliche denkbaren Fallgestaltungen zu beziehen, darf jedoch solche nicht unberücksichtigt lassen, die häufig auftreten und typisch sind (vgl BSGE 41, 126, 128; 46, 124, 126). War wegen der Arbeitslosigkeit in Italien, den besseren Verdienstmöglichkeiten in der Bundesrepublik Deutschland und wegen der Höhe des mitgenommenen Leistungsanspruchs damit zu rechnen, daß arbeitslose Italiener trotz kaum aussichtsreicher Arbeitsuche erst nach voller Ausnutzung der Dreimonatsfrist in die Bundesrepublik zurückkehrten, so lag es auf der Hand, daß es infolge unvorhergesehener Umstände wie Streiks, Krankheit, Verkehrsunfälle usw zu Fristversäumnissen kommen werde. War die Beklagte im Frühjahr 1974 schon entschlossen, in solchen Fällen die Rückkehrfrist im allgemeinen nicht zu verlängern bzw entsprach dem schon ihre Ermessenspraxis, war sie daher verpflichtet, arbeitslose Arbeitnehmer, die ihren Leistungsanspruch nach Italien mitnehmen wollten, auf diese Praxis hinzuweisen.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt demnach in erster Linie davon ab, ob ein die Fristversäumnis ermöglichender Ausnahmefall gegeben ist, dh, ob der Kläger infolge einer Erkrankung die Rückreise nicht noch innerhalb der Dreimonatsfrist durchführen konnte. Ist dies der Fall und hat zudem die Beklagte infolge unzureichender Belehrung die Versäumung der Frist verursacht, wird die Beklagte Alg zu gewähren haben, soweit der Kläger nach den innerstaatlichen Vorschriften hierauf einen Anspruch hatte; ist nur der Ausnahmefall gegeben, hat die Beklagte den Kläger erneut zu bescheiden. Liegt ein Ausnahmefall dagegen nicht vor, sind die Bescheide der Beklagten nicht zu beanstanden.

Da insoweit die erforderlichen Feststellungen fehlen, ist das angefochtene Urteil gemäß § 170 Abs 2 SGG aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens (einschließlich der Kosten der Beteiligten im Zwischenstreit vor dem EuGH, vgl EuGHE 1973 I, 269) zu entscheiden haben wird.

