

## L 11 AL 87/00

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 15 AL 625/97  
Datum  
13.01.2000  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 11 AL 87/00  
Datum  
08.05.2003  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 13.01.2000 aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid vom 08.11.1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.02.1997 abgewiesen.

II. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg) ab dem 01.11.1996.

Der am 1941 geborene Kläger war vom 02.09.1966 bis zum 31.10.1996 zuletzt als Kundendienstinspektor bei der S. AG & Co beschäftigt. Er erbrachte seine Arbeitstätigkeit in Italien, war jedoch aufgrund von Entsendevorschriften in der Bundesrepublik Deutschland sozialversichert. Das Arbeitsverhältnis wurde am 19.03.1996 durch Kündigung des Arbeitgebers zum 31.07.1996 beendet. Der Kläger erhielt eine einmalige Abfindung in Höhe von 131.400,00 DM brutto. Ihm wurde im Kündigungsschreiben empfohlen, sich beim zuständigen Arbeitsamt (Wohnsitz) arbeitssuchend zu melden.

Am 19.08.1996 meldete sich der Kläger beim Arbeitsamt Dortmund zum 01.11.1996 arbeitslos. Er gab an, mit einer Italienerin verheiratet zu sein und sich nach Ende der Beschäftigung wieder in Italien aufzuhalten. Er habe sich zwecks Leistungsbezugs in der Bundesrepublik bei seiner Schwester in D. polizeilich angemeldet. Die Mitarbeiterin Q. der Beklagten erläuterte dem Kläger, dass unter dieser Voraussetzung nicht von seiner Verfügbarkeit ab dem 01.11.1996 ausgegangen werden könne.

Den Alg-Antrag des Klägers lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 08.11.1996 ab, da er der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stünde.

Hiergegen legte der Kläger am 14.11.1996 Widerspruch ein und teilte der Beklagten mit Schreiben vom 29.11.1996 mit, dass er sich in der Zeit vom 03.12.1996 bis 22.12.1996 in Brasilien aufhalte, um sich dort in Eigeninitiative um eine neue Arbeitsstelle zu bemühen. Bei den nachrichtlichen Möglichkeiten sei es der Beklagten im Übrigen möglich, ihn für notwendige Gespräche aus Italien anzufordern. Er beantragte ferner die Rückerstattung seiner Beiträge.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 04.02.1997 als unbegründet zurück. Die Voraussetzungen des Art 69 Abs 1 EWG-VO 1408/71 lägen beim Kläger nicht vor. Eine Erstattung seiner Beiträge gemäß § 185a Arbeitsförderungsgesetz (AFG) sei nicht möglich, da Beiträge für ihn rechtmäßig eingezogen worden seien.

Dagegen hat der Kläger am 26.02.1997 Klage zum Sozialgericht (SG) Dortmund erhoben, die mit Beschluss vom 15.08.1997 an das SG Nürnberg verwiesen wurde.

Zur Begründung hat der Kläger ergänzend vorgetragen, dass er zumindest für die Dauer von drei Monaten seinen Anspruch auf Alg trotz Aufenthalts in Italien hätte mitnehmen können, wenn er von der Beklagten darauf hingewiesen und ihm das Formular E 303 für das italienische Arbeitsamt ausgehändigt worden wäre. Dies hätte die zuständige Sachbearbeiterin des Arbeitsamts Dortmund erkennen müssen.

Nach Aussage von Frau Q. vom Arbeitsamt Dortmund hat der Kläger im Verlauf des Beratungsgesprächs vom 19.08.1996 in keiner Form

deutlich gemacht, dass er sich zur Arbeitssuche nach Italien begeben wolle. Daher sei aus ihrer Sicht ein Hinweis auf die entsprechenden Regelungen des Art 69 Abs 1 EWG-VO 1408/71 nicht erforderlich gewesen. Auch nach Kenntnis des Widerspruchsbescheides vom 04.02.1997, in dem auf die Möglichkeit des Leistungsexports gemäß Art 69 Abs 1 EWG-VO 1408/71 hingewiesen worden sei, habe der Kläger keine Bescheinigung E 303 beantragt.

Mit Urteil vom 13.01.2000 hat das SG die Beklagte verurteilt, dem Kläger Alg nach den gesetzlichen Bestimmungen ab dem 01.11.1996 für einen Zeitraum von drei Monaten zu gewähren.

Die Beklagte habe zwar zu Recht einen Anspruch des Klägers auf Alg mangels Verfügbarkeit gemäß §§ 100, 103 AFG ab dem 01.11.1996 abgelehnt, da der Kläger zuvor erklärt habe, dass er sich nach Ende seiner Beschäftigung bei der S. AG & Co bei seiner Ehefrau in Italien aufhalten werde. Er habe jedoch einen Anspruch auf Alg für den Zeitraum von drei Monaten ab dem 01.11.1996 nach Art 69 Abs 1 EWG-VO 1408/71 iVm dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. Gemäß Art 69 Abs 1 EWG-VO 1408/71 könne ein arbeitsloser Arbeitnehmer oder Selbstständiger, der die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch nach den Vorschriften eines Mitgliedsstaates erfülle und sich in einen oder mehrere andere Mitgliedstaaten begeben, um dort eine Beschäftigung zu suchen, seinen Anspruch auf Leistungen behalten. Der Leistungsexport setze die Einhaltung einer Karenzzeit von vier Wochen und die Begründung der Verfügbarkeit gegenüber dem Träger des Mitgliedsstaates, in dem die Suche stattfindet, voraus. Vor Ablauf der Karenzzeit habe der Arbeitslose ein Recht auf Wahrnehmung des Leistungsexports, falls der Träger des zuständigen Staates die Arbeitssuche in einem anderen Mitgliedsstaat genehmige.

Nach den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, die die Rechtsprechung entwickelt habe, könnten Beratungsfehler im Verwaltungsablauf durch zulässige Amtshandlungen behoben werden, ohne dass der Geschädigte auf verschuldensabhängige, monetäre Schadensersatzansprüche, die vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen seien, verwiesen werden müsse. Der Herstellungsanspruch sei auf die Vornahme einer Amtshandlung auch zur Herbeiführung derjenigen Rechtsfolgen gerichtet, die eingetreten wären, wenn der Versicherungsträger die ihm gegenüber dem Versicherten obliegenden Pflichten rechtmäßig erfüllt hätte. Ein solcher Beratungsfehler und damit ein Verstoß gegen § 14 Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil (SGB I) sei im vorliegenden Fall gegeben. Der Kläger habe sich - was zwischen den Beteiligten unstrittig sei - im Zeitraum ab dem 01.11.1996, mithin auch während der Karenzzeit des Art 69 Abs 1a) EWG-VO 1408/71 nicht in Deutschland aufgehalten, so dass eine Verfügbarkeit iS des § 103 AFG zu keinem Zeitpunkt, d.h. auch während der sog. Karenzzeit des Art 69 Abs 1a) EWG-VO 1408/71, bei ihm vorgelegen habe. Der Kläger hätte jedoch anlässlich des Beratungsgesprächs am 19.08.1996 mit der Sachbearbeiterin Q. seine Absicht, sich ab dem 01.11.1996 in Italien aufzuhalten, erörtert. Eine verständnisvolle Förderung und Beratung durch die Mitarbeiterin der Beklagten hätte es dabei geboten, den Kläger auf die Möglichkeit eines Leistungsexports, insbesondere auch ohne Einhaltung der Karenzzeit, hinzuweisen. Dies sei jedoch unterblieben. Der durch das pflichtwidrige Verwaltungshandeln eingetretene Nachteil könne aber durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden. Insbesondere stünde der Gewährung von Alg nicht die fehlende Verfügbarkeit des Klägers entgegen. Zwar sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) das Ersetzen der Verfügbarkeit im Wege des Herstellungsanspruchs nicht zulässig. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt sei hier jedoch nicht die fehlende Verfügbarkeit des Klägers, sondern sein Unterlassen eines Antrags auf Genehmigung des Leistungsexports vor Ablauf der Karenzzeit. Hätte der Kläger diesen Antrag gestellt, wäre es ihm möglich gewesen, sich in Italien aufzuhalten, ohne seinen Anspruch auf Alg für drei Monate zu verlieren.

Der hilfsweise gestellte Antrag auf Rückerstattung der geleisteten Beiträge könne keinen Erfolg haben, da die Beiträge nach [§ 4 Abs 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) iVm § 168 AFG zu Recht erhoben worden seien und somit die Voraussetzungen des § 185a AFG nicht vorlägen.

Gegen das ihr am 07.02.2000 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit der am 03.03.2000 beim Bayer. Landessozialgericht (BayLSG) eingelegten Berufung.

Der Kläger hätte sowohl nach Art 69 als auch nach Art 71 Abs 1b)ii) EWG-VO 1408/71 einen Leistungsanspruch geltend machen können. Er gehöre dem Personenkreis nach Art 71 Abs 1b)ii) EWG-VO 1408/71 an und hätte Leistungen nach den italienischen Rechtsvorschriften erhalten können, wenn er sich der italienischen Arbeitsverwaltung zur Verfügung gestellt hätte. Der Kläger habe jedoch nicht vorgetragen, dass er sich beim italienischen Leistungsträger arbeitslos melden wolle. Die Voraussetzungen für die Mitnahme des Leistungsanspruchs nach Art 69 EWG-VO 1408/71 lägen somit wegen fehlender Arbeitslosmeldung im Land der Arbeitssuche nicht vor. Nach der Rechtsprechung des BSG ließe sich die fehlende Verfügbarkeit und die Arbeitslosmeldung nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ersetzen. Danach könnten lediglich sozialrechtliche Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen, wie etwa eine verspätete Antragstellung, als erfüllt angesehen werden, wenn die Verspätung auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Leistungsträgers beruhe. Allerdings gelte dies nicht für außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegende Tatbestände, die nach materiellem Recht für das Entstehen des Sozialrechtsanspruchs erforderlich seien, wie zB die Verfügbarkeit. Anderenfalls würde der Herstellungsanspruch den Sozialleistungsträger zu einer Gesetz und Recht widersprechenden Handlung verpflichten, was unzulässig wäre.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des SG Nürnberg vom 13.01.2000 insoweit aufzuheben, als es Alg ab 01.11.1996 für einen Zeitraum von drei Monaten zugesprochen hat, und die Klage insgesamt abzuweisen sowie die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger hat gegen das ihm am 04.02.2000 zugestellte Urteil am 06.03.2000 Berufung eingelegt und beantragt, das Urteil des SG Nürnberg vom 13.01.2000 abzuändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 08.11.1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.02.1997 zu verurteilen, ihm Alg ab 01.11.1996 ohne zeitliche Begrenzung zu gewähren.

Auf Nachfrage des BayLSG hat der Bevollmächtigte des Klägers erklärt, dass dieser sich in Italien nicht beim Arbeitsamt gemeldet habe, da nach Meinung des Klägers die Arbeitsverwaltung in Italien für ihn nicht zuständig sei. Der Kläger ist weiterhin polizeilich unter seiner italienischen Wohnanschrift gemeldet. Nach seinem Ausscheiden aus der S. AG & Co hat er nicht mehr in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden.

Auf die Verwaltungsakten der Beklagten und die Prozessakten des SG und des BayLSG wird ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegten Berufungen ([§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz -SGG-](#)) sind auch im Übrigen zulässig ([§ 144 SGG](#)).

In der Sache erweist sich die Berufung der Beklagten vom 03.03.2000 gegen das Urteil des SG Nürnberg vom 13.01.2000 auch als begründet, denn das SG hat im angefochtenen Urteil vom 13.01.2000 die Beklagte zu Unrecht unter Abänderung des Bescheides vom 08.11.1996 idG des Widerspruchsbescheides vom 04.02.1997 zur Zahlung von Alg für die Dauer von drei Monaten ab dem 01.11.1996 verurteilt.

Zwar ist das SG aufgrund der Angaben des Klägers im Beratungsgespräch vom 19.08.1996 zutreffend davon ausgegangen, dass ein Alg-Anspruch des Klägers in der Bundesrepublik Deutschland aufgrund seines Wohnsitzes in Italien ab dem 01.11.1996 mangels Verfügbarkeit nicht bestand (§§ 100, 103 AFG).

Ein Alg-Anspruch des Klägers für die Dauer von drei Monaten ab dem 01.11.1996 ergibt sich jedoch nicht aus den Grundsätzen des vom BSG in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ([§§ 14, 15 SGB I](#) analog). Danach hat ein Versicherter Anspruch auf Beratung und Belehrung über seine Rechte und Pflichten nach diesem Gesetz. IdR wird die Beratungspflicht durch ein entsprechendes Begehren ausgelöst. Der Kläger hat ein derartiges Beratungsbegehren gegenüber der Beklagten hinsichtlich einer geplanten Arbeitssuche in Italien nach dem Inhalt des Beratungsvermerks vom 19.08.1996 und den Aussagen der Mitarbeiterin Q. der Beklagten im sozialgerichtlichen Verfahren nicht ausdrücklich geäußert. Nach der Rechtsprechung des BSG muss ein Versicherungsträger einen Versicherten aber auch ohne dessen Wunsch von sich aus belehren, wenn sich im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ein konkreter Anlass ergibt, den Versicherten spontan auf klar zu Tage liegende Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen, die sich offensichtlich als zweckmäßig aufdrängen und die jeder verständige Versicherte mutmaßlich nützen würde (vgl. [BSGE 60, 79, 86](#); BSG in [SozR 3-1200 § 14 Nr 22](#) und [3-3200 § 86a Nr 2](#) jeweils mwN; BSG vom 06.08.1992 - [8 RKn 9/91](#); BSG vom 09.12.1997 - [8 RKn 1/97](#)). Ihre Beratungspflichten hat die Beklagte zwar - was das SG zutreffend festgestellt hat - insoweit verletzt, als sie den Kläger nicht auf die Möglichkeit des sog. Leistungsexports gemäß Art 69 Abs 1 EWG-VO 1408/71 für die Dauer von drei Monaten hingewiesen hat, denn es handelte sich dabei um eine naheliegende, klar zu Tage liegende Gestaltungsmöglichkeit bei den der Beklagten vom Kläger geschilderten Umständen.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist jedoch kein echter Schadenersatzanspruch. Er kann somit nicht dazu führen, dass ein eingetretener Schaden durch Zusprechung von besonderen Vergünstigungen kompensiert wird. Vielmehr erschöpft er sich in der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes (vgl. BSG vom 24.03.1988 - [5/5b RJ 84/86](#) in [SozR 1200 § 14 Nr 28](#); BSG vom 12.12.1984 - [7 RAr 74/83](#) in [SozR 4100 § 56 Nrt 18](#)). Mit dem Herstellungsanspruch kann deshalb nur das verlangt werden, was der Art nach rechtlich zulässig ist (vgl. BSG vom 12.10.1979 = [BSGE 49, 76](#); BSG vom 22.02.1980 - [12 RK 34/79](#) = [BSGE 50, 25, 29](#)). Außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegende Tatbestände, die nach materiellem Recht für das Entstehen des Sozialrechtsanspruchs erforderlich sind, wie zB die Verfügbarkeit, sind im Rahmen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht wieder herstellbar (BSG in [SozR 2200 § 1233 Nr 17](#) und [4100 § 56 Nr 19](#)). Eine Ersetzung der fehlenden Verfügbarkeit und der Arbeitslosmeldung des Klägers in Italien, die Voraussetzung für die Anwendung des Art 69 Abs 1b) Satz 1 EWG-VO 1408/71 wären, ist deshalb nach der Rechtsprechung des BSG im Wege des Herstellungsanspruchs entgegen der Auffassung des SG nicht zulässig, da der sozialrechtliche Herstellungsanspruch sich in der Herstellung des gesetzmäßigen Zustands erschöpft (vgl. BSG vom 12.12.1984 - [7 RAr 74/83](#)).

Da sich der Kläger nach dem 01.11.1996 nicht beim zuständigen italienischen Arbeitsamt gemeldet hat, weil nach seiner Auffassung das Arbeitsamt in Italien für ihn nicht zuständig ist, kann diese Meldung - wie dargelegt - nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ersetzt werden, so dass der Kläger auch nach den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs keinen Anspruch auf Alg ab dem 01.11.1996 hat.

Auf die Berufung der Beklagten war daher das Urteil des SG Nürnberg vom 13.01.2000 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 08.11.1996 idG des Widerspruchsbescheides vom 04.02.1997 abzuweisen. Die Berufung des Klägers war zurückzuweisen, da sich ein Alg-Anspruch ab dem 01.11.1996 unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich ([§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-13