Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

(ABl. L 166 S. 1, ber. ABl. L 2004 S. 1 und ABl. 2007 L 204 S. 30)
Zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/1149 vom 20. Juni 2019, ABl. L 186 S. 21

Titel III KAPITEL 6 Leistungen bei Arbeitslosigkeit

Vorbemerkung

Literatur:

Kommentierungen zu Art. 61 ff. VO (EG) 883/2004: *Dern* in: Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) Nr. 883/2004, 1. Aufl. 2012; *Fuchs* in: Fuchs (Hrsg.): Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018; *ders.* in: Fuchs/Cornelissen, EU Social Security Law, 1. Aufl. 2015; *ders.* in: Gagel, SGB II / SGB III, 74. Lieferung Juni 2019; Greiser in: Eicher/Schlegel, Kommentar zum SGB III, Stand: 141. Erg. September 2019; *Kador* in: jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011 (nur noch online verfügbar); *Otting* in: Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, Kommentar, Stand: 6. Lieferung Juli 2015; *Utz* in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 53. Edition Juni 2019; *Weber* in: Schlachter/Heinig, Enzyklopädie des Europarechts, Band 7: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 1. Aufl. 2015.

Weitere Literatur: *Atanassov*, Die Mitnahme von Leistungen der aktiven Arbeitsförderung nach § 3 Abs. 2 SGB III in die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZESAR 2019, 461; *Bieback*, Sozialrechtliche Förderung grenzüberschreitender Aktivitäten und Europarecht, NZS 2017, 801; *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 7. Aufl. 2018, S. 157 ff.; *Fuchs*, Die Koordinierung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit de lege lata und de lege ferenda, ZESAR 2013, 343; *Fuchs*, Freizügigkeit in der Europäischen Union! – auch bei Arbeitslosigkeit?, in Bieback/Fuchsloch/Kohte (Hg.), Arbeitsmarktpolitik und Sozialrecht, 2011, 183–196; Geiger, Arbeitslosengeld für Grenzgänger und Grenzwohner, info also 2013, 147; *Geiger*, Was ändert sich für Arbeitslose aufgrund der Neuregelung zur EU-Koordinierung?, info also 2010, 147–151; *Giesen*, Arbeitsmarktpolitische Aktivierungsmaßnahmen und EU-Sozialrechtskoordinierung, ZESAR 2015, 193; *Greiser/Kador*, Ansprüche eines „krisengeschädigten", arbeitslosen Wanderarbeitnehmers. Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach Art. 61 bis 65 EGVO 883/04, ZFSH/SGB 2011, 507–515; *Karl*, Neuerungen in der Koordinierung des europäischen Arbeitslosenversicherungsrechts, in: Marhold (Hg), Das neue Sozialrecht der EU (2005), 39–54 (Schriftenreihe zur Arbeits- und Sozialrechtskartei, Band 14); *Pennings*, European Social Security Law, 6th edition 2015, S. 266 ff.; *ders.*, Koordinierung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach der Verordnung 883/2004; in: Eichenhofer (Hg.), 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, 2009, 265–290 (Beiträge zur Sozialpolitik und zum Sozialrecht, Band 38); *Samartzis*, Aufrechterhaltung eines nationalen Arbeitslosengeld-Anspruchs bei Arbeitssuche im EU-Ausland gemäß den Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und Nr. 987/2009, ZFSH 2012, 322–327; *Schulte*, Politik der Aktivierung, Recht auf Teilhabe und das „EU-Recht auf Jobsuche im Ausland" – Herausforderung für das Europäische Koordinierungsrecht (Teil I), ZESAR 2014, 58; *ders.*, Politik der Aktivierung, Recht auf Teilhabe und das „EU-Recht auf Jobsuche im Ausland" – Herausforderung für das Europäische Koordinierungsrecht (Teil II), ZESAR 2014, 112; *Vießmann*, Europarechtliche Sachverhaltsgleichstellung beim Arbeitslosengeld, ZESAR 2018, 449; *ders.*, Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten gemäß Verordnung (EG) Nr 883/2004 im Fall der Vollarbeitslosigkeit de lege lata – neuere Entwicklungen (Teil I), ZESAR 2015, 149; *ders.*, Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten gemäß Verordnung (EG) Nr 883/2004 im Fall der Vollarbeitslosigkeit de lege lata – neuere Entwicklungen (Teil II), ZESAR 2015, 119; *Waltermann/Kämpfer*, Europäisches Arbeitsförderungsrecht und Arbeitnehmerfreizügigkeit, DB 2006, 893–897; *Wendtlandt*, Die neue Durchführungsverordnung zum koordinierenden europäischen Sozialrecht – Auswirkungen auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit, ZESAR 2009/2010, 355–361.

Materialien: Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisungen Internationales Recht der Arbeitslosenversicherung Rechtskreis SGB III, Stand: 06/2019.

Grundlagen der Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit

1. Primärrechtliche Verortung. Die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** ist in **Art. 45 AEUV** gewährleistet. 1
Die Grundfreiheit umfasst die „Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten" und gibt diesen das Recht, sich zur Arbeitsuche in das Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten zu begeben, dort einer Beschäftigung nach-

zugehen und nach deren Beendigung dort zu verbleiben. Dieses Recht liefe leer, würde seine Wahrnehmung mit dem Verlust sozialer Rechte einhergehen. Daher ordnet **Art. 48 AEUV** die Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit an. Deren Funktion besteht im Wesentlichen darin, durch die **Zusammenrechnung** aller für die Entstehung und Berechnung von Leistungsansprüchen maßgeblichen **Zeiten** (lit. a) und den **Export der Leistungen** in andere Mitgliedstaaten (lit. b) die Aufrechterhaltung wohlerworbener Ansprüche auf Sozialleistungen zu ermöglichen. Dabei gilt das **Günstigkeitsprinzip**, dh günstigere nationale Regelungen genießen Anwendungsvorrang gegenüber der Verordnung.[1] Das europäische koordinierende Sozialrecht war Gegenstand der ersten Rechtsakte der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Vormals in den VO (EWG) Nr. 3/58 und 4/58 bzw. VO (EG) 1408/71 und VO (EG) 574/72 geregelt, ist sie seither stetig fortentwickelt worden und hat nunmehr Eingang in die VO (EG) 883/2004 sowie die DurchführungsVO (EG) 987/2009 gefunden.

2 Die **Koordinierung** lässt die Rechtssetzungsbefugnis der Mitgliedstaaten im Sozialrecht weitgehend unberührt. Sie bewirkt **keine Harmonisierung**, sondern verknüpft lediglich die bestehenden Sozialrechtsordnungen in grenzüberschreitenden Sachverhalten. Jeder Mitgliedstaat entscheidet selbst, wer zum Kreis der Versicherten gehört, welche Leistungen zu welchen Bedingungen erbracht werden und wie diese finanziert werden. Die Mitgliedstaaten sind jedoch gehalten, bei der Ausgestaltung ihres nationalen Sozialrechts die Vorgaben des Unionsrechts zu beachten. Die Berechnung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit ist daher beispielsweise im Lichte des Art. 4 I RL 79/7/EWG[2] so auszugestalten, dass Teilzeitbeschäftigte dadurch nicht benachteiligt werden.[3]

3 Die fehlende Kompetenz zur Harmonisierung des nationalen Sozialrechts hindert die Union freilich nicht daran, die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten zu unterstützen und zu ergänzen. In Art. 153 AEUV ist dies ausdrücklich vorgesehen; die Union macht davon in unterschiedlicher Weise Gebrauch.
2020 waren nahezu alle Mitgliedstaaten von der pandemischen Ausbreitung des **Corona-Virus** betroffen. Quarantänemaßnahmen, Kontaktverbote und Ausgangssperren führten dazu, dass viele Unternehmen die Produktion von Waren und das Angebot von Dienstleistungen kaum mehr fortsetzen konnten. Da nicht alle Mitgliedstaaten ein Instrument zur Arbeitsplatzsicherung vorgesehen haben – in der Bundesrepublik kommt insofern Kurzarbeit mit seiner sozialrechtlichen Flankierung durch das Kurzarbeitergeld (vgl. §§ 95 ff. SGB III) zum Tragen – hat die Europäische Kommission im April 2020 mit **SURE** („Support mitigating Unemployment Risks in Emergency") ein befristetes Instrument vorgeschlagen, mit denen die Mitgliedstaaten bei der Finanzierung von Maßnahmen zur Beschäftigungssicherung unterstützt werden.[4] Ihnen sollen bis zu 100 Mrd. Euro als Darlehen zur Verfügung gestellt werden. Damit werden zugleich die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie für die Beschäftigten und Selbstständigen abgemildert, da Entlassungen vermieden und das Haushaltseinkommen zumindest teilweise gesichert wird. Die Darlehen werden auf Antrag der Mitgliedstaaten gewährt; die Kommission prüft, ob und in welchem Umfang sich deren öffentliche Ausgaben infolge der Einführung oder Ausweitung von Kurzarbeit oder ähnlichen Modellen erhöht haben. Der Betrag des Darlehens, seine Laufzeit und die Modalitäten der Rückzahlung schlägt die Kommission für jeden einzelnen Mitgliedstaat dem Rat vor, der eine endgültige Entscheidung trifft. Die Finanzierung von SURE soll durch ein System freiwilliger Garantien der Mitgliedstaaten gesichert werden. Die Mitgliedstaaten haben dem Vorschlag am 19. Mai 2020 zugestimmt.
Es handelt sich dabei um eine spezifische, auf die **Corona-Pandemie** zugeschnittene Maßnahme der Kommission. Die allgemeine Diskussion um eine europäische Arbeitslosenrückversicherung bleibt davon unberührt.

4 **2. Verhältnis zum Freizügigkeitsrecht.** Sozialrechtliche Ansprüche aus dem Koordinierungsrecht stehen teilweise in Konkurrenz zur **Verordnung (EU) 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union.** Nach Art. 5 VO (EU) 492/2011 erhält ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Beschäftigung sucht, dort die gleiche

1 EuGH – Rs 24/75, Slg 1975, 1149 – Petroni.
2 Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. L 6 vom 10.01.1979, S. 24.
3 EuGH 9.11.2017 – Rs C-98/15, ECLI:EU:C:2017:833 – Espadas Recio.
4 Proposal for a Council Regulation on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak, COM(2020) 139 final.

Hilfe durch Arbeitsämter wie die arbeitsuchenden eigenen Staatsangehörigen. Art. 7 VO (EU) 492/2011 ordnet überdies die Gleichstellung mit Inländern hinsichtlich der Arbeitsbedingungen und im Falle der Arbeitslosigkeit im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung an. Angehörige anderer Mitgliedstaaten genießen folglich die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer (Art. 7 Abs. 2).

Die Freizügigkeitsverordnung begründet jedoch keine über das koordinierende Sozialrecht hinausgehenden Ansprüche auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Die Regelungen der VO (EG) 883/2004 sind insofern abschließend.[5] Die Anordnung der Inländergleichbehandlung in Art. 7 VO (EU) 492/2011 ist daher vor allem für den ungehinderten Zugang zu Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Mitgliedstaaten und für den Zugang zu Leistungen der Arbeitsförderung von Bedeutung.[6] 5

Ergänzend ordnet Art. 28 VO (EU) 2016/589 an, dass der zuständige Träger Leistungen der aktiven Arbeitsförderung nicht allein aus dem Grund verwehren darf, dass ein Arbeitnehmer diese nutzen möchte, um eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat zu finden. Die Regelung ist auf Leistungen zur Förderung der Stellensuche beschränkt, gilt also nicht für sonstige Leistungen der Arbeitsförderung.[7]

Das **Verhältnis der VO (EG) 883/2004 zur RL 2004/38/EG,** welche die Unionsbürgerfreizügigkeit präzisiert, ist umstritten. Nach Art. 6 Abs. 1 iVm 14 Abs. 1 RL 2004/38/EG steht Unionsbürgern während der ersten drei Monate ein voraussetzungsloses Recht auf Aufenthalt in anderen Mitgliedstaaten zu, solange sie dort nicht unangemessen Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen. Darüber hinaus steht das Aufenthaltsrecht unter dem Vorbehalt, dass die betreffende Person im Aufenthaltsstaat als Arbeitnehmer oder Selbstständiger erwerbstätig ist oder aber über hinreichende Mittel zur Sicherung der eigenen Existenz und ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügt, Art. 7 RL 2004/38/EG. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG ermächtigt die Mitgliedstaaten überdies, Angehörige anderer Mitgliedstaaten während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts sowie, sofern sie sich allein zum Zweck der Beschäftigungssuche dort aufhalten, auch darüber hinaus von den Leistungen der Sozialhilfe auszuschließen. Während die Unionsbürgerrichtlinie den Zuzug von bedürftigen Nichterwerbstätigen innerhalb der EU und ihren Zugang zu existenzsichernden Leistungen zu begrenzen sucht, gewährleistet Art. 4 VO (EG) 883/2004 das Recht auf Inländergleichbehandlung. 6

Von Bedeutung ist die Auseinandersetzung insbesondere für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen iSv Art. 70, die einen Bezug zum Risiko der Arbeitslosigkeit aufweisen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission bewirkt das koordinierende Sozialrecht in jedem Fall eine umfassende soziale Sicherung (einschließlich des Krankenversicherungsschutzes) aller Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen.[8] Der EuGH hat jedoch entschieden, dass der Anspruch auf Inländergleichbehandlung nach der Koordinierungsverordnung an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts iSd Unionsbürgerrichtlinie gekoppelt ist, freilich ohne dies systematisch zu begründen.[9] Für die Versicherungsleistungen im Falle der Arbeitslosigkeit ist diese Rechtsprechung jedoch ohne Auswirkungen. 7

3. Persönlicher Anwendungsbereich. Der **persönliche Anwendungsbereich** der Sozialrechtskoordinierung wurde bereits innerhalb der VO (EWG) 1408/71 stetig erweitert. Diese galt anfangs nur für **„Wanderarbeitnehmer"** und bestimmte **gleichgestellte Personen,** später dann auch für **Selbstständige**[10], **Beamte**[11] und **Studierende**[12] sowie **Drittstaatsangehörige.**[13] Art. 2 Abs. 1 bezieht nunmehr alle wirtschaftlich **nichtaktiven Personen** in den Anwendungsbereich der Verordnung ein. Das europäische koordinierende Sozialrecht ist also nicht länger auf die Erleichterung der Arbeitskräftemobilität be- 8

5 BSG 6.4.2006 – B 7a/7 AL 86/04 R, Rn. 30 zur VorgängerVO (EG) 1612/68.
6 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (67); *Giesen* ZESAR 2015, 193 (195); *Atanassov* ZESAR 2019, 461 (465).
7 Dazu *Bieback* NZS 2017, 801 (806).
8 ABl. 2010 C. 419/10.
9 EuGH 19.9.2013 – Rs C-140/12, NZS 2014, 20 – Brey; EuGH 19.9.2013 – Rs C-333/13, NZS 2015, 20 – Dano; EuGH 15.9.2015 – Rs C-67/14, NZS 2015, 784 – Alimanovic; EuGH 25.2.2016 – Rs C-299/14, NVwZ 2016, 450 – Garcia-Nieto; dazu *Devetzi/Schreiber* ZESAR 2016, 15; *Farahat* DÖV 2016, 45; *Janda* InfAuslR 2015, 108; *Kingreen* NVwZ 2015, 1503; *Körtek* SozSich 2015, 370; *Thym* NJW 2015, 130; *Wallrabenstein* JZ 2016, 109.
10 VO (EWG) 1390/81.
11 VO (EG) 1608/98.
12 VO (EG) 307/1999.
13 VO (EG) 859/2003.

schränkt, sondern dient der Mobilität aller Bürger unabhängig von ihrem Erwerbsstatus. Es gilt für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU, des EWR und der Schweiz sowie für Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten einschließlich Flüchtlinge und Staatenlose.

9 Im I. Titel werden Grundbegriffe definiert, die für die Auslegung der gesamten Verordnung von Bedeutung sind. Für die Begriffe der **Beschäftigung** und der **selbstständigen Erwerbstätigkeit** verweist Art. 1 lit. a), lit. b) auf das nationale Recht des Staates, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird. Anders als beispielsweise im Rahmen von Art. 45 AEUV[14] wird im Rahmen der Koordinierungsverordnung also keine einheitliche europäische Terminologie zugrunde gelegt. Dies erklärt sich daraus, dass die Verordnung keine Rechtsvereinheitlichung bewirkt, sondern sich ihre Regelungen zur Bestimmung des zuständigen Rechts im Ergebnis als Rechtsgrundverweisung auf das nationale Recht des zuständigen Staates erweisen. Das koordinierende Sozialrecht eröffnet also nicht allen Arbeitnehmern und Selbstständigen den Zugang zu Leistungen bei Arbeitslosigkeit, sondern nur soweit dies im nationalen Recht des betreffenden Staates vorgesehen ist.

10 Insbesondere im Hinblick auf die **Versicherungssysteme für Selbstständige** gibt es große Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten. Derzeit verfügen sieben Mitgliedstaaten (Luxemburg, Schweden, Tschechien, Finnland, Polen, Ungarn und Slowenien) über ein verpflichtendes und sechs Mitgliedstaaten (Dänemark, Rumänien, Malta, Slowakei, Österreich und Bulgarien) über ein freiwilliges Versicherungssystem für Selbstständige. In einigen Staaten wird die Höhe des Anspruchs pauschaliert, in anderen wird sie je nach Dauer der Versicherung und der Höhe der Beiträge ermittelt oder auf der Grundlage des letzten Einkommens berechnet.[15] In allen anderen Mitgliedstaaten sind Selbstständige nicht vom Schutz der Arbeitslosenversicherung erfasst.

11 In Deutschland ist in § 28 a SGB III die Begründung eines Versicherungspflichtverhältnisses auf Antrag vorgesehen. Die Antragstellung ist jedoch nicht generell allen Selbstständigen eröffnet, sondern auf Personen mit einer Wochenarbeitszeit von mindestens 15 Stunden beschränkt, sofern sie die zusätzlichen Voraussetzungen nach § 28 a Abs. 2 SGB III erfüllen.

12 **4. Sachlicher Anwendungsbereich.** Der Begriff **Leistungen bei Arbeitslosigkeit** wird in der VO nicht definiert. Nach der Rechtsprechung sind sie dadurch gekennzeichnet, dass sie den aufgrund von Arbeitslosigkeit verlorenen Arbeitslohn ersetzen sollen, um für den Unterhalt der versicherten Person zu sorgen.[16] Umfasst sind alle Arten von **Lohnersatzleistungen**, und zwar unabhängig von den konkreten Anspruchsvoraussetzungen nach nationalem Recht. Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung ist folglich nach europarechtlichen Kriterien zu bestimmen. Maßgeblich ist, dass die Leistungen bedürftigkeitsunabhängig gewährt werden und an das soziale Risiko der Arbeitslosigkeit anknüpfen.[17]

13 In Deutschland gilt die Verordnung für das Arbeitslosengeld (§ 137 SGB III), das Teilarbeitslosengeld (§ 162 SGB III), das Kurzarbeitergeld (§ 95 SGB III) und das Saison-Kurzarbeitergeld (§ 101 SGB III).[18] Darüber hinaus erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich auf Leistungen, die den Unterhalt der Versicherten während einer beruflichen Weiterbildung oder Wiedereingliederung sichern sollen. Dies betrifft das Arbeitslosengeld wegen beruflicher Weiterbildung nach § 144 SGB III[19] sowie Leistungen zur Förderung der beruflichen Fortbildung, mit denen die drohende Arbeitslosigkeit abgewendet werden soll.[20] Dies gilt ausweislich der Rechtsprechung des EuGH[21] aber nur, wenn mit der aktivierenden Leistung zugleich Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts des Versicherten gewährt werden.

14 Von den Leistungen bei Arbeitslosigkeit **nicht umfasst** sind dagegen Leistungen, die nicht unmittelbar das Risiko der Arbeitslosigkeit bewältigen, ihre Folgen abmindern oder Arbeitslosigkeit vorbeugen

14 EuGH 3.7.1986 – Rs C-66/85, nv – Lawrie-Blum.
15 Im Einzelnen www.missoc.org.
16 EuGH 8.7.1992 – Rs C-102/91, Slg 1992, I-4341, Rn. 44 – Knoch; 27.11.1997 – Rs C-57/96, Slg 1997, I-6708, Rn. 27 – Meints; 17.3.2005 – Rs C-228/03, Slg 2008, I-6989 – Petersen.
17 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (64).
18 BSG 7.5.2019 – B 11 AL 11/18 R.
19 EuGH 12.6.1986 – Rs 1/85, Slg 1986, 1837 – Miethe.
20 EuGH 4.6.1987 – Rs 375/85, Slg 1987, 2387, 2406 – Campana.
21 EuGH 8.7.1992 – Rs C-102/91, Slg 1992, I-4341, Rn. 44 – Knoch; 27.11.1997 – Rs C-57/96, Slg 1997, I-6708, Rn. 27 – Meints; 17.3.2005 – Rs C-228/03, Slg 2008, I-6989 – Petersen.

sollen. Dies betrifft sämtliche Leistungen zur lediglich allgemeinen Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit, etwa Eingliederungszuschüsse für Arbeitgeber oder Maßnahmen der aktiven Arbeitsförderung.[22] Ebenfalls nicht erfasst sind die **Insolvenzsicherung**,[23] **bedürftigkeitsabhängige Leistungen** iSv Art. 70 – namentlich die Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) – sowie **Vorruhestandsleistungen** nach **Art. 1 lit. x)**. Im Hinblick auf die Vorruhestandsleistungen ließe sich dies bereits damit begründen, dass der Berechtigte in diesem Fall nicht mehr für den Arbeitsmarkt verfügbar ist. Nach Auffassung des EuGH zählt diese Anforderung aber gerade nicht zu den zwingenden Tatbestandsmerkmalen der Leistungen bei Arbeitslosigkeit.[24] Die Abgrenzung richtet sich vielmehr danach, ob die Leistung Teil eines Arbeitslosenversicherungssystems ist und ob der Empfänger der Arbeitsverwaltung unterliegt.[25] Dabei ist auch auf den Zweck der Leistung abzustellen. Anders als Altersrenten (Art. 50 ff.), die ebenfalls den Lebensunterhalt älterer Menschen sichern sollen, verfolgen Vorruhestandsleistungen zusätzlich ein beschäftigungspolitisches Ziel: Sie dienen auch dazu, Arbeitsplätze für jüngere Arbeitslose freizumachen, wenn diese durch Personen nahe dem Rentenalter besetzt sind. Zugleich verhindern sie, dass ältere Arbeitnehmer in das System der Arbeitslosenversicherung fallen.[26] Sie werden daher regelmäßig im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Krisen, Restrukturierung, Entlassung und Rationalisierung erbracht und enden typischerweise mit Erreichen des gesetzlichen Rentenalters.[27]

15 Leistungen bei Arbeitslosigkeit sind nicht nur solche, die bei **Vollarbeitslosigkeit** gewährt werden, sondern schließen ausweislich Art. 65 Abs. 1 auch Leistungen wegen **„Kurzarbeit oder sonstigen vorübergehenden Arbeitsausfalls"** ein. Nach **Beschluss Nr. U3 Ziff. 1** der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12.6.2009[28] kommt es für die Abgrenzung zwischen beiden Risiken nicht auf die Dauer der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit, sondern auf den Fortbestand einer arbeitsrechtlichen Bindung an.

16 **Vollarbeitslosigkeit** liegt vor, wenn die Arbeitspflicht nicht nur vorübergehend suspendiert ist, der Arbeitnehmer also keinerlei Leistungspflichten mehr unterliegt. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ist in diesen Fällen erloschen, sodass er den Arbeitnehmer nicht einseitig zur Wiederaufnahme seiner Tätigkeit verpflichten kann, vgl. **Beschluss Nr. U3 Ziff. 3**. Auch die Teilarbeitslosigkeit iSv § 162 SGB III ist als Vollarbeitslosigkeit zu qualifizieren, da diese mit der vollständigen Beendigung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung verbunden ist und die Arbeitspflicht gerade nicht lediglich vorübergehend suspendiert ist.[29]

17 **Kurzarbeit** ist nach **Beschluss Nr. U3 Ziff. 2** dadurch gekennzeichnet, dass ein Arbeitnehmer weiter bei einem Unternehmen beschäftigt ist und lediglich vorübergehend nicht arbeitet, jedoch jederzeit an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Die **arbeitsvertragliche Bindung** muss also fortbestehen, unabhängig davon wie lange die Hauptleistungspflichten suspendiert sind. Der EuGH stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Arbeitspflicht nicht vollständig ausgesetzt sein muss, sondern dass Kurzarbeit auch bei Reduktion auf eine Teilzeitbeschäftigung vorliegen kann, wenn der Arbeitnehmer „Anwärter auf eine Vollzeitbeschäftigung" bleibt.[30] Der notwendige Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bezieht sich auf das Ursprungsarbeitsverhältnis in seiner unveränderten Form. Eine mit einer Kündigung verbundene Wiedereinstellungszusage reicht nicht, selbst wenn sie rechtsverbindlich ist.

Kurzarbeit – und nicht Vollarbeitslosigkeit – liegt nach Auffassung des EuGH auch dann vor, wenn das Vollzeitbeschäftigungsverhältnis eines Arbeitnehmers endet und dieser eine Teilzeitbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber eingeht.[31]

22 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (68); *Schneider* ZESAR 2014, 409 ff.; *Giesen* ZESAR 2015, 193 (197); *Atanassov* ZESAR 2019, 461 (464).
23 EuGH 15.12.1976 – Rs 39/76, Slg 1976, 1901 – Mouthaan.
24 EuGH 18.7.2006 – Rs C-406/04, Slg 2006, I-6947 – De Cuyper.
25 So bereits EuGH 5.7.1983 – Rs C-171/82, ECLI:EU:C:1983:189 – Valentini; *Pennings* (2009), S. 267; Gagel/*Fuchs* SGB II/SGB III, EU-Koordinationsrecht Rn. 13 ff.; BeckOK/*Utz* VO (EG) 883/2004, Art. 61 Rn. 4.
26 EuGH 11.7.1996 – Rs C-25/95, ECLI:EU:C:1996:295 – Otte; EuGH 30.5.2018 – Rs C-517/16, ECLI:EU:C:2018:350 – Czerwiński.
27 *Mair*, ZESAR 2019, 77, 82.
28 ABl. 2010 C 106, 45.
29 BeckOK/*Utz* Art. 61 Rn. 3; aA *Schulte* ZESAR 2014, 58 (65).
30 EuGH 15.3.2001 – Rs C-444/98, Slg 2001, I-2229 – de Laat.
31 EuGH 5.2.2015 – C 655/13, NZS 2015, 261 – Mertens.

18 Eine **selbstständig erwerbstätige Person** wird vollarbeitslos, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit aufgibt, **Beschluss Nr. U3 Ziff. 4**. Dies setzt voraus, dass sie alle auf Gewinnerzielung gerichteten Geschäftstätigkeiten einstellt.

19 **5. Bestimmung des anwendbaren Rechts.** Die Kollisionsnormen in den **Art. 11–16** enthalten Regelungen zur **Bestimmung des anwendbaren Rechts**. Nach Art. 11 Abs. 1 sollen die von der Koordinierung erfassten Personen nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegen, um Sicherungslücken ebenso wie Doppelsicherungen zu vermeiden. In der Regel ist dies der Mitgliedstaat, in dem die Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird (Art. 11 Abs. 3 lit. a). Es gilt also der Grundsatz der Zuständigkeit des Beschäftigungslandes („**lex loci laboris**"). Der (vormalige) Staat der Beschäftigung behält ausweislich Art. 11 Abs. 2 S. 1 seine Zuständigkeit, wenn aufgrund oder infolge dieser Beschäftigung Geldleistungen gewährt werden, was namentlich auf Entgeltersatzleistungen im Falle der Arbeitslosigkeit zutrifft.[32] Die frühere Erwerbstätigkeit entfaltet damit koordinierungsrechtliche Nachwirkungen.[33] Die Anknüpfung an die letzte Beschäftigung folgt dem **Eingliederungsprinzip**, dh die Zuordnung erfolgt zum Recht des Staates, für den die besten Chancen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt angenommen werden.[34]

20 Der Ort der gewöhnlichen Beschäftigung ändert sich im Falle der auf maximal 24 Monate beschränkten **Entsendung** in einen anderen Mitgliedstaat (Art. 12) nicht. Der zuständige Staat hat – gegebenenfalls modifiziert durch die Vorgaben der Koordinierungsverordnung – bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen und der Berechnung der Leistungen sein eigenes Recht anzuwenden.
Personen, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten arbeiten (**Mehrfachbeschäftigung, Art. 13**), unterliegen dem Recht des **Wohnstaates**, sofern sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Arbeitsleistung erbringen. Ist dies nicht der Fall, wird ersatzweise auf den Sitz des Unternehmens bzw. Arbeitgebers abgestellt.

21 Das Recht des Wohnstaates gilt ferner für alle **nicht erwerbstätigen Personen**, Art. 11 Abs. 3 lit. e). Dies hat freilich nicht zur Folge, dass alle Beschäftigungslosen automatisch dem Recht ihres Wohnstaats unterliegen.[35] Die Auffangregelung ist vielmehr eng auszulegen und kommt nur dann zu Anwendung, wenn der Sachverhalt keiner anderen Zuständigkeitsnorm, insbesondere nicht Art. 11 Abs. 2, dh der fortdauernden Zuständigkeit des Beschäftigungsstaats, zugeordnet werden kann.[36] Art. 11 Abs. 3 lit. e) bewirkt die Zuständigkeit des Wohnstaats danach nur für Personen, die – vorübergehend oder endgültig – jede Erwerbstätigkeit aufgegeben haben.[37]
Das Recht des Wohnstaates ist überdies auf Personen anwendbar, die im Wohnstaat nach Maßgabe von Art. 65 Leistungen bei Arbeitslosigkeit beziehen, Art. 11 Abs. 3 lit. c).

22 In jeden Fall gilt das **Alleinzuständigkeitsprinzip**, dh für die Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit ist allein der Staat zuständig, nach dessen Rechtsvorschriften der Arbeitslose zuletzt gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit versichert war[38] bzw. der durch die sonstigen koordinierungsrechtlichen Vorgaben als zuständig bestimmt wird. In den anderen Mitgliedstaaten, in denen der Betroffene Anwartschaften begründet hat, kann er keine Ansprüche geltend machen.

23 Diese Beschränkung der Leistungsansprüche auf nur einen zuständigen Staat gilt auch, wenn sich dadurch der Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit mindert, weil in diesem strengere Anforderungen gelten als in dem Staat, in dem die Anwartschaften erworben worden sind. Die Alleinzuständigkeit ist mit dem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar.[39] Hintergrund ist, dass durch das koordinierende Sozialrecht insgesamt eine Begünstigung Arbeitsloser bewirkt wird, indem ihre internationalen Versicherungsbiografien den nationalrechtlichen Leistungsansprüchen zugrunde gelegt werden. Dass die Voraussetzungen dieser Begünstigung Regelungen unterworfen wird, die insbesondere

32 BeckOK/*Leopold* VO (EG) 883/2004, Art. 11, Rn. 45.
33 *Vießmann* ZESAR 2015 149 (151).
34 JurisPK-SGB I/*Kador* Art. 65 Rn. 13.
35 So missverständlich EuGH 11.11.2004 – Rs C-372/02, Slg 2004, I-10761 – Adanez-Vega.
36 BeckOK/*Leopold* Art. 11 Rn. 66.
37 Gagel/*Fuchs* Art. 61 Rn. 5; Schlachter/Heinig/*Weber* Rn. 31.
38 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 61 Rn. 12.
39 EuGH 8.4.1992 – Rs C-62/91, Slg 1992, I-2737 – Gray; EuGH 16.5.1991 – Rs C-272/90, Slg 1991, I-2543, Rn. 14 – van Noorden.

sicherstellen, dass nur im zuständigen Staat tatsächlich Arbeitsuchende sie in Anspruch nehmen können, begegnet daher keinen Bedenken.[40]

6. **Äquivalenzregeln.** Über die in Art. 48 AEUV angeordnete Zusammenrechnung versicherungsrechtlich relevanter Zeiten (Art. 6) und den Leistungsexport (Art. 7) hinaus ist das koordinierende Sozialrecht durch sog **Äquivalenzregeln** (Art. 5) gekennzeichnet, die die Gleichstellung von Sachverhalten – die Erzielung von Einkünften, der Eintritt bestimmter Ereignisse – bewirken, die sich in anderen Mitgliedstaaten ereignet haben, so als hätten sie sich im zuständigen Staat ereignet. Damit werden die Wirkungen des nationalen Arbeitsförderungsrechts gesichert.[41] Die Gleichstellung ausländischer Sachverhalte kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn ein rein nationales Merkmal vorliegt, dessen Festlegung nicht als diskriminierend i.S.v. Art. 4 einzustufen ist. Daher greifen die Äquivalenzregeln nicht für auf das Inland bezogene Beschäftigungsförderungsmaßnahmen wegen inländischer Witterungsbedingungen.[42] 24

Für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit findet sich eine spezielle Regelung in Art. 61, wonach durch die Anerkennung von in anderen Staaten zurückgelegten Zeiten im Recht des zuständigen Staats **internationale Versicherungsverläufe** gebildet werden. Art. 64 stellt die **Verfügbarkeit** eines Arbeitslosen für die Arbeitsverwaltung eines anderen Mitgliedstaates der Verfügbarkeit im zuständigen Staat gleich und ermöglicht damit einen zeitlich begrenzten Leistungsexport.

Artikel 61 Besondere Vorschriften für die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten, Beschäftigungszeiten und Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit

(1) Der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften der Erwerb, die Aufrechterhaltung, das Wiederaufleben oder die Dauer des Leistungsanspruchs von der Zurücklegung von Versicherungszeiten, Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit abhängig ist, berücksichtigt, soweit erforderlich, die Versicherungszeiten, Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegt wurden, als ob sie nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zurückgelegt worden wären.

Ist jedoch nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften der Leistungsanspruch von der Zurücklegung von Versicherungszeiten abhängig, so werden die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegten Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht berücksichtigt, es sei denn, sie hätten als Versicherungszeiten gegolten, wenn sie nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften zurückgelegt worden wären.

(2) Außer in den Fällen des Artikels 65 Absatz 5 Buchstabe a) gilt Absatz 1 des vorliegenden Artikels nur unter der Voraussetzung, dass die betreffende Person unmittelbar zuvor nach den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen beantragt werden, folgende Zeiten zurückgelegt hat:

- Versicherungszeiten, sofern diese Rechtsvorschriften Versicherungszeiten verlangen,
- Beschäftigungszeiten, sofern diese Rechtsvorschriften Beschäftigungszeiten verlangen, oder
- Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, sofern diese Rechtsvorschriften Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit verlangen.

Artikel 54 Absatz 1 DVO

(1) [1]Artikel 12 Absatz 1 der Durchführungsverordnung gilt entsprechend für Artikel 61 der Grundverordnung. [2]Unbeschadet der daneben fortbestehenden Pflichten der beteiligten Träger kann die betroffene Person dem zuständigen Träger ein Dokument vorlegen, das von dem Träger des Mitglied-

40 BeckOK/*Utz* Art. 61 Rn. 18.
41 *Eichenhofer* Rn. 246; grundlegend zur Sachverhaltsgleichstellung *Eichenhofer* ZESAR 2018, 3 ff.
42 BSG 7.5.2019 – B 11 AL 11/18 R zur Frage, ob Saison-Kurzarbeitergeld auch im Falle eines im Ausland eingetretenen Arbeitsausfalls zu erbringen ist.

staats ausgestellt wurde, dessen Rechtsvorschriften die betroffene Person während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit unterlag, und in dem die Zeiten bescheinigt sind, die nach diesen Rechtsvorschriften zurückgelegt wurden.

I. Allgemeines

1 Art. 61 konkretisiert den Grundsatz der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten (**Totalisierung** bzw. **Aggregation**) und bestimmt die Voraussetzungen für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs bei Arbeitslosigkeit. Die Zusammenrechnung hat ihre primärrechtliche Grundlage in Art. 48 AEUV und folgt dem allgemeinen Prinzip aus Art. 6. Diese Norm ordnet die Aggregation von Versicherungs-, Wohn- oder anderen Wartezeiten aus mehreren Mitgliedstaaten an, sofern ein Anspruch auf Sozialleistungen nach nationalem Recht an die Erfüllung solcher Zeiten geknüpft ist. Art. 61 beinhaltet insofern eine "besondere Äquivalenzregel".[1]

2 Art. 61 Abs. 1 S. 1 regelt die Anrechnung von Versicherungszeiten, Beschäftigungszeiten und Zeiten selbstständiger Erwerbstätigkeit aus anderen Mitgliedstaaten. Art. 61 Abs. 1 S. 2 nennt besondere Voraussetzungen, wenn der für die Leistungsgewährung zuständige Staat ein Versicherungssystem hat und reine Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen sind. Das Recht auf Inländergleichbehandlung, das unter dem Vorbehalt „anderer Bestimmungen" steht (Art. 4), erfährt insoweit eine Einschränkung. Nach Art. 61 Abs. 2 müssen die betreffenden Zeiten „unmittelbar zuvor" zurückgelegt worden sein, soweit es sich nicht um Grenzgänger handelt. Art. 61 gewährt dem zuständigen Staat keinen Erstattungsanspruch gegenüber den anderen Mitgliedstaaten, in denen anzurechnende Versicherungszeiten zurückgelegt worden sind.

II. Grundsätze der Totalisierung

3 **1. Gleichstellung der in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegten Zeiten.** Nach Art. 61 Abs. 1 S. 1 berücksichtigt der zuständige Träger die in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten, Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, dh diese werden unter den Voraussetzungen des Abs. 2 so behandelt, als wären sie im Inland zurückgelegt worden. **Zuständiger Träger** ist der, bei dem die betreffende Person zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Leistungen versichert ist, Art. 1 lit. q) i). Dies ist regelmäßig der Staat der letzten Beschäftigung vor Eintritt der Arbeitslosigkeit.[2]

4 Nach **deutschem Recht** werden Versicherungszeiten für den **Erwerb** (§§ 136 ff. SGB III), die **Anwartschaftszeit** (§ 123 SGB III) und die **Dauer des Anspruchs** auf Arbeitslosengeld (§ 147 SGB III) vorausgesetzt. Versicherungszeiten sind bei der Ermittlung der Anwartschaftszeit in der **Rahmenfrist** nach § 143 Abs. 1 SGB III grundsätzlich auch dann zu berücksichtigen, wenn aufgrund derselben Zeiten bereits ein Anspruch im Ausland erworben worden ist. Für die Festlegung der Rahmenfrist ist es daher unerheblich, ob und ggf. wann bereits früher ein Leistungsanspruch im Ausland erworben wurde.[3]

5 a) **Versicherungszeiten.** Als **Versicherungszeiten** sind in Art. 1 lit. t) „Beitragszeiten, Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit" sowie „gleichgestellte Zeiten" definiert. Maßgeblich ist, ob sie nach dem Recht des Staates, in dem sie zurückgelegt worden sind, als Versicherungszeiten anerkannt oder diesen gleichgestellt sind.[4] Gleiches gilt für die Definition der **Beschäftigungszeiten** und der **Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit**, Art. 1 lit. u).[5] **Ausländische Leistungszeiten** sind nicht als Versicherungszeiten zu berücksichtigen (so auch §§ 24 ff. SGB III), beeinflussen aber unter bestimmten Voraussetzungen die Anspruchshöhe. Sie dienen nicht der Erfüllung der Anwartschaftszeit und werden für den Erwerb des Anspruchs nicht als vollwertige Versicherungszeiten gemeldet.

1 BeckOK/*Utz* Art. 61 Rn. 1; vgl. auch jurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 14; Gagel/*Fuchs* Rn. 30; Hauck/Noftz/*Otting* Art. 61 Rn. 4.
2 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (65).
3 Vgl. DA-IntRecht-Alv der BA, Nr. 6.3.
4 EuGH 15.3.1978 – Rs 126/77, Slg 1978, 725 – Frangiamore.
5 EuGH 12.5.1989 – Rs 388/87, Slg 1989, 1203 – Warmerdam-Steggerda.

Nach deutschem Recht handelt es sich um **Versicherungszeiten** bei allen Zeiten der nicht lediglich geringfügigen **Beschäftigung gegen Entgelt** (§§ 25 Abs. 1, 27 Abs. 2 SGB III iVm § 8 SGB IV), des **Versicherungspflichtverhältnisses auf Antrag** (§ 28 a SGB III), die nach § 26 Abs. 2 SGB III versicherungspflichtigen **Zeiten des Bezugs verschiedener Sozialleistungen** wie **Krankengeld** (§ 44 Abs. 2 SGB V), **Mutterschaftsgeld** (§ 13 MuSchG), **Verletztengeld** (§ 45 ff. SGB VII), **Elterngeld** (§§ 1 ff. BEEG), wenn das Erwerbseinkommen berücksichtigt wird (§ 2 Abs. 1 BEEG), sowie **Rente wegen voller Erwerbsminderung** (§ 43 Abs. 2 SGB VI). Bei **Erziehungszeiten** bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes kommt es ua darauf an, ob durch die Erziehungszeit eine versicherungspflichtige Beschäftigung oder der Bezug von Leistungen bei Arbeitslosigkeit unterbrochen worden ist. Eine bloße Kindererziehungszeit, bei der diese Zeiten nicht vorliegen, ist keine Versicherungszeit.[6] 6

Ebenso zu berücksichtigen sind etwa Versicherungszeiten wegen **Urlaubsabgeltung**[7] und Zeiten des Bezugs von Leistungen zur Förderung der **beruflichen Fortbildung**.[8] 7

Versicherungszeiten sind auch solche des **freiwilligen Wehrdienstes**,[9] des **Pflichtwehrdienstes** oder **Zivildienstes**,[10] des **Jugendfreiwilligendienstes** und des **Bundesfreiwilligendienstes** (§ 27 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB III). Die Anerkennung von Zeiten des **Strafvollzugs** (§ 26 Abs. 1 Nr. 4 SGB III) ist hingegen von bestimmten Voraussetzungen abhängig.[11] 8

Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit können nach deutschem Recht aufgrund der Versicherungspflicht auf Antrag entstehen (§ 28 a SGB III). 9

b) Anrechnungsfähige Zeiten. Anrechnungsfähige Zeiten werden den Versicherungs- und Beschäftigungszeiten **gleichgestellt**. Es handelt sich dabei um „Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften, nach denen sie zurückgelegt worden sind, als solche bestimmt oder anerkannt sind" (Art. 1 lit. t und g). Der zuständige Träger berücksichtigt die gemeldeten ausländischen Versicherungszeiten für den Erwerb, die Aufrechterhaltung, das Wiederaufleben und die Dauer des Leistungsanspruchs als sog **anspruchsrelevante Umstände**. 10

c)Berücksichtigungsfähigkeit von Zeiten. Wird dem zuständigen Staat von den Behörden eines anderen Mitgliedstaats eine Zeit als Versicherungszeit gemeldet, hat er diese bei der Ermittlung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen bei Arbeitslosigkeit auch dann zu berücksichtigen, wenn während dieser Zeiten keine Beiträge entrichtet worden sind[12] oder die gemeldete Zeit nach dem nationalen Recht des zuständigen Staates keine Versicherungszeit darstellt.[13] Die Meldung von Versicherungszeiten bewirkt also unmittelbar und automatisch die **Verpflichtung zu ihrer Berücksichtigung** bei der Prüfung der anspruchsrelevanten Umstände.[14] Eine **„negative Nachqualifizierung"**[15] durch den zuständigen Träger ist nicht zulässig. 11

Sind aufgrund der Zusammenrechnung beim Erwerb oder der Höhe des Anspruchs nachteilige Folgen zu erwarten, greift ein **Zusammenrechnungsverbot**. Dies ist der Fall, wenn die Aggregation von Versicherungsperioden eine Verringerung der Leistungen zur Folge hätte, weil die sich nach dem nationalen Recht des zuständigen Trägers ergebende Leistungshöhe niedriger ist als die Summe der Leistungsansprüche des Versicherten gegen die Träger der einzelnen Mitgliedstaaten, in denen er Versicherungszeiten zurückgelegt hat.[16] Ein Verbot der Zusammenrechnung kann darüber hinaus eintreten, wenn ein früherer Anspruch auf Arbeitslosengeld weiter ausgeschöpft werden kann, ohne dass es der Zusammenrechnung bedarf. Die neuen Versicherungszeiten werden dann erst nach Erschöpfung des alten Anspruchs zur Begründung eines neuen Anspruchs herangezogen.[17] 12

6 LSG NRW 18.6.2008 – L 12 AL 178/06; LSG Sachsen 5.12.2013 – L 3 AL 36/11; *Vießmann* ZESAR 2018, 449 (455).
7 LSG BW 23.10.2002 – L 5 AL 4655/00.
8 EuGH 4.6.1987 – Rs 375/85, Slg 1987, 2387 – Campana.
9 § 26 Abs. 1 Nr. 2 SGB III.
10 EuGH 11.11.2004 – Rs C-372/02, Slg I-10761– Adanez-Vega; BSG 4.2.1999 – B 7 AL 120/97 R.
11 Vgl. die vollständige Übersicht in der GA IntRecht Alv der BA, Anlage 1 zu Besch. dt. Zt.
12 EuGH 12.5.1989 Rs 388/87, Slg 1989, 1203 – Warmerdam-Steggerda.
13 EuGH 15.3.1978 – Rs 126/77, Slg 1978, 725 – Frangiamore.
14 Eicher/Schlegel/*Wehrhahn* Rn. 44; Schlachter/Heinig/*Weber* Rn. 27; kritisch *Schulte* ZESAR 2014, 58 (65); *Fuchs* Art. 61 Rn. 7.
15 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 19.
16 BSG 21.3.2007 – B 11 a AL 49/06 R, SozR 4-6050 Art. 12 Nr. 2.
17 LSG BW 26.6.2003 – L 12 AL 4663/02.

13 **Gleichartige Leistungen aus derselben Pflichtversicherungszeit** können nicht mehrmals auf dieselben Zeiten gestützt werden (Art. 10). Werden für die Berechnung der Anwartschaftszeit ausländische Zeiten berücksichtigt, für die bereits der ausländische Träger Leistungen erbracht hat, ist die **Anspruchsdauer** entsprechend zu mindern. Von der Anspruchsdauer sind also die Tage abzuziehen, während derer Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften bereits bezogen worden sind.[18]

14 Fraglich ist, ob im Ausland verwirklichte Umstände zu berücksichtigen sind, die eine Rahmenfrist (wie nach § 143 Abs. 3 SGB III) verlängern. Art. 61 umfasst diese seinem Wortlaut nach nicht. Sie müssen aber aufgrund der allgemeinen **Sachverhaltsgleichstellung nach Art. 5** berücksichtigt werden. Anderenfalls erfahren die betroffenen Wanderarbeitnehmer Nachteile, wenn sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen.[19]

15 **2. Zusammenrechnung von Beschäftigungszeiten und Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. a) Beschäftigungszeiten.** Art. 61 Abs. 1 unterscheidet zwischen Versicherungszeiten nach Art. 1 lit. t) und Beschäftigungszeiten bzw. Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 1 lit. u). Versicherungszeiten in anderen Mitgliedstaaten muss der zuständige Staat nach Art. 61 Abs. 1 S. 1 berücksichtigen, auch wenn er für entsprechende Tätigkeitszeiten selbst keine Versicherungspflicht vorsieht. Für Beschäftigungszeiten und Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit wird jedoch das **Zusammenrechnungsgebot** durch Art. 61 Abs. 1 S. 2 **eingeschränkt:** Kommt es nach dem Recht des zuständigen Staates auf Versicherungszeiten an, sind die in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegten Beschäftigungszeiten nur zu berücksichtigen, wenn sie im zuständigen Staat zu einer Versicherungszeit geführt hätten.[20]

16 Der zuständige Staat prüft gemeldete Beschäftigungszeiten im Wege der sog **positiven Nachqualifizierung**[21] fiktiv am Maßstab des eigenen Rechts.[22] Diese Rechtsprechung bewirkt allerdings nicht nur die Aufrechterhaltung erworbener Anwartschaften, sondern auch deren originären Erwerb im zuständigen Staat.[23]

17 Die VO trägt damit den **unterschiedlichen sozialen Sicherungssystemen** der Mitgliedstaaten Rechnung. Die meisten mittel- und südeuropäischen Mitgliedstaaten verfügen über ein beitragsfinanziertes System (Typ „Bismarck"), andere wie etwa Großbritannien über ein steuerfinanziertes System (Typ „Beveridge"). In den „Bismarck"-Staaten, in denen grundsätzlich alle abhängig Beschäftigten pflichtversichert sind, ist die Berücksichtigungsregel des Art. 61 Abs. 1 S. 2 aufgrund des Gleichlaufs von Beschäftigungs- und Versicherungszeit unproblematisch zu handhaben.[24] Werden die Leistungen bei Arbeitslosigkeit dagegen aus Steuern finanziert, akkumuliert der Berechtigte dagegen keine „Versicherungszeiten", in denen Beiträge abgeführt wurden. Seine Beschäftigungszeiten sind nach Maßgabe von Satz 2 gleichwohl anrechnungsfähig, wenn sie im zuständigen Mitgliedstaat mit einem beitragsbasierten Versicherungssystem eine Versicherungspflicht ausgelöst hätten.[25]

18 **b) Zeiten einer selbstständigen Beschäftigung.** Bedeutung hat die Einschränkung bei der Anrechnung von **Zeiten einer versicherungspflichtigen selbstständigen Erwerbstätigkeit.** Wird im Anschluss an eine solche Tätigkeit ein Mitgliedstaat zuständig, der (wie Deutschland) über kein Pflichtversicherungssystem bei Arbeitslosigkeit für Selbstständige verfügt, sind ebenfalls alle Zeiten zu berücksichtigen, die als Versicherungszeiten gemeldet werden oder im zuständigen Staat solche gewesen wären. Werden keine Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit gemeldet, sind sie auch nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch für arbeitslose **selbstständige Grenzgänger.** Ist ein Selbstständiger in einem Land mit einem Versicherungssystem für Selbstständige tätig, wohnt aber in einen Mitgliedstaat ohne ein solches Versicherungssystem, berücksichtigt der zuständige Wohnstaat (Art. 65 Abs. 1 lit. a) ebenfalls die zurückgelegten Versicherungszeiten. Art. 61 Abs. 1 unterscheidet schließlich zwischen Versicherungs-

18 EuGH 8.7.1992 – Rs C-102/91, Slg 1992, I-4341– Knoch; LSG Bln-Brandenburg 14.9.2005 – L 30 AL 112/02; LSG NRW 14.3.2019 – L 9 AL 144/18.
19 JurisPK-SGB I/*Kador* Rn. 20; Karl (2005), S. 39; *Vießmann* ZESAR 2018, 449 (452); aA: *Geiger* info also 2010, 147 (148), Eicher/Schlegel/*Greiser* Rn. 58 f.
20 *Fuchs* Art. 61 Rn. 2.
21 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 22.
22 EuGH 12.5.1989 – Rs 388/87, Slg 1989, 1203 – Warmerdam-Steggerda.
23 Kritisch Hauck/Noftz/*Otting* Art. 61 Rn. 7.
24 *Eichenhofer* Rn. 248; BeckOK/*Utz* Art. 61 Rn. 8.
25 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 14.

zeiten aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und **sonstigen selbstständigen Zeiten, die keine Versicherungszeiten** in einem Arbeitslosenversicherungssystem darstellen. Der zuständige Mitgliedstaat berücksichtigt also ausländische Versicherungszeiten immer so, als ob sie nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates zurückgelegt worden wären.[26] Dieser Umstand kann zu einseitigen Belastungen solcher Mitgliedstaaten führen, die Leistungen erbringen müssen, denen keine Beitragserhebungen gegenüberstehen.

III. Anforderungen an die Zusammenrechnung

1. Erfordernis der Vorbeschäftigung. Art. 61 Abs. 2 wird oftmals als Kollisionsnorm qualifiziert, welche die Zuständigkeit dem Staat zuweist, in dem die letzte Beschäftigung ausgeübt wurde.[27] Das anwendbare Recht wird in dieser Norm jedoch bereits vorausgesetzt: Nach Art. 11 Abs. 1 unterliegen Personen grundsätzlich den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats (lex loci laboris). Für Arbeitslose, die aufgrund oder infolge ihrer früheren Beschäftigung Leistungen erhalten, besteht diese Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 2 fort. Die eigentliche Bedeutung von Art. 61 Abs. 2 liegt darin, dass die Norm das Erfordernis der vorausgegangenen Beschäftigung statuiert. Damit soll vermieden werden, dass sich Arbeitslose im Interesse der Maximierung ihrer Ansprüche in Mitgliedstaaten mit höherem Sicherungsniveau begeben und dort Leistungen erhalten, wiewohl sie nie Beiträge in das System entrichtet haben.[28] 19

Dies hat der EuGH in der Rechtssache ONEm[29] bestätigt: Art. 61 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 gehe dem Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 als Spezialregelung vor, auch wenn dies möglicherweise zu einer mittelbaren Benachteiligung führe. Art. 48 AEUV verpflichte den Verordnungsgeber nicht zur voraussetzungslosen Berücksichtigung aller Beschäftigungs- und Versicherungszeiten. Vielmehr sei die Arbeitsuche in dem Mitgliedstaat zu fördern, in dem der Betreffende unmittelbar zuvor Beiträge geleistet habe, da die Chancen zur Vermittlung in den Arbeitsmarkt in diesem Staat am größten sind.[30]

2. Sonderregelung für vollarbeitslose Grenzgänger. Vom persönlichen Anwendungsbereich des Art. 61 Abs. 2 **ausgenommen sind echte und unechte Grenzgänger** iSd Art. 65 lit. a), für die beim Eintritt von Arbeitslosigkeit in der Regel der **Wohnstaat zuständig** ist. Bei diesen Grenzgängern ist es aufgrund der Annahme, dass sie im Wohnstaat bessere Vermittlungschancen haben als im Staat ihrer früheren Beschäftigung gerechtfertigt, auf eine unmittelbare Vorbeschäftigung zu verzichten.[31] Der Wohnsitzstaat gewährt die Leistungen nach Art. 65 Abs. 5 lit. a) so, als wäre er der letzte Beschäftigungsstaat gewesen. Die Zuständigkeit des letzten Beschäftigungsstaates ruht daher zumindest so lange, wie der Arbeitslose in einem anderen Mitgliedstaat wohnt. 20

3. „Unmittelbar zuvor" zurückgelegte Zeiten. Art. 61 Abs. 2 setzt für eine Zusammenrechnung und damit für die Begründung eines Leistungsanspruchs voraus, dass die betreffenden Zeiten **„unmittelbar zuvor"** zurückgelegt wurden. Dies ist der Fall, wenn zwischen der Beendigung der letzten Versicherungszeit und dem Zeitpunkt der Antragstellung auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit keine andere Versicherungszeit in einem anderen Mitgliedstaat nach dessen Rechtsvorschriften zurückgelegt wurde. Entgegen dem Anschein des Wortlauts muss die letzte Beschäftigung also nicht buchstäblich unmittelbar zuvor beendet worden sein. Das Vorversicherungserfordernis bleibt vielmehr auch nach Ablauf von Jahren erfüllt, wenn zwischenzeitlich keine Versicherungszeiten in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegt worden sind.[32] Eine konkrete Dauer der Vorbeschäftigung wird nicht bestimmt.[33] 21

26 EuGH 12.5.1989 – Rs 388/87, Slg 1989, 1203 – Warmerdam-Steggerda.
27 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 15; offenbar auch Hauck/Noftz/*Otting* Art. 61 Rn. 10; aA *Fuchs* Art. 61 Rn. 10; *Vießmann* ZESAR 2015 149 (153).
28 St. Rspr., EuGH 16.5.1991 – Rs C-272/90, ECLI:EU:C:1991:219 – van Noorden; EuGH 20.2.1997 – Rs C-88/95, C-102/95 und C-103/95, ECLI:EU:C:1997:69 – Martínez Losada u. a.; Hauck/Noftz/*Otting* Art. 61 Rn. 9, ausführlich *Vießmann*, ZESAR 2014, 149 ff.
29 EuGH 7.4.2016 – Rs C-284/15, ECLI:EU:C:2016:220 – ONEm.
30 Dazu Kador in jurisPK Art. 65 Rn. 13.
31 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 27.
32 EuGH 11.11.2004 – Rs C-372/02, Slg 2004, I-10761 – Adanez-Vega.
33 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 35.

22 Die Art der zurückzulegenden **Zeiten**[34] bestimmt sich nach nationalem Recht und hängt davon ab, ob die Arbeitslosenversicherung beitrags- oder steuerfinanziert ist. Gilt das Versicherungsprinzip (wie nach §§ 24 ff. SGB III), ist regelmäßig eine unmittelbar vorgelagerte Zurücklegung von Versicherungszeiten bzw. eine unmittelbare Vorbeschäftigung (§ 25 SGB III) zu fordern.[35] Der Betroffene muss also regelmäßig Zeiten im Rahmen einer unmittelbaren versicherungspflichtigen Vorbeschäftigung oder unmittelbar vorgelagerten selbstständigen Erwerbstätigkeit im zuständigen Staat zurückgelegt haben. Hiervon ist aus Gründen der Gleichbehandlung nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn die nationalen Rechtsvorschriften eine solche Beschäftigungszeit für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten nicht vorsehen.[36]

IV. Durchführungsbestimmungen

23 Art. 54 Abs. 1 S. 1 VO (EG) 987/2009 verweist für die Ermittlung der relevanten Zeiten auf Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 987/2009. Danach soll sich der zuständige Träger an die dazu bestimmten Stellen der Mitgliedstaaten wenden, in denen der Versicherte die entsprechenden Zeiten zurückgelegt hat.

24 Die Träger tauschen die Daten auf elektronischen Wege mithilfe des elektronischen Sozialdatenverbundsystems **EESSI** (Electronic Exchange of Social Security Information) aus. Die bisherigen E-Formulare in Papierform werden durch **portable Dokumente (PD)** ersetzt, mit denen **gegenüber den Berechtigten** die Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen bei Arbeitslosigkeit bescheinigt werden. Diese kann der Versicherte auch selbst dem zuständigen Träger vorlegen, um die Erfüllung versicherungsrechtlich relevanter Zeiten nachzuweisen, Art. 54 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 987/2009.

25 Folgende PD können ausgestellt werden:
PD U1 (bisher E 301): Zeiten, die für die Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu berücksichtigen sind;
PD U2 (bisher E 303): Aufrechterhaltung des Anspruchs auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit,
PD U3 (neu): sonstige Umstände, die sich auf den Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit auswirken können.

26 Für den **Datenaustausch zwischen den Trägern** kommen **strukturierte elektronische Dokumente** (SED, Structured Electronic Documents) zum Einsatz. Ein öffentliches elektronisches **Master Directory** gibt Auskunft über den Aufgabenbereich, die Bezeichnung, Anschrift der Träger und zuständigen Behörden.[37] Die im PD U1 oder den entsprechenden SEDs getroffenen Angaben stellen einen widerleglichen Nachweis dar und sind für den anderen Mitgliedstaat nicht bindend.[38] Das PD U1 dient auch dem Nachweis von Daten zur Berechnung der Leistungen iSv Art. 62. Für den elektronischen Datenaustausch zwischen den Trägern sind im Anwendungsbereich des Art. 61 die SED U001 bis U004 und U017 zu verwenden.

Artikel 62 Berechnung der Leistungen

(1) Der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften bei der Berechnung der Leistungen die Höhe des früheren Entgelts oder Erwerbseinkommens zugrunde zu legen ist, berücksichtigt ausschließlich das Entgelt oder Erwerbseinkommen, das die betreffende Person während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit nach diesen Rechtsvorschriften erhalten hat.

(2) Absatz 1 findet auch Anwendung, wenn nach den für den zuständigen Träger geltenden Rechtsvorschriften ein bestimmter Bezugszeitraum für die Ermittlung des als Berechnungsgrundlage für die Leis-

34 Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten bzw. Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.
35 EuGH 4.3.2002 – Rs C-175/00, Slg 2002, I- 2141 – Verwayen-Boelen.
36 EuGH 9.11.2006 – Rs C-346/05, Slg 2006, I-10951 – Chateignier.
37 http://ec.europa.eu/employment_social/social-security-directory/welcome.seam?langId=de.
38 EuGH 8.7.1992 – Rs C-102/91, Slg 1992, I-4341 – Knoch zum Vorgängerdokument E 302; aA Eicher/Schlegel/*Greiser* Rn. 53 sowie *Fuchs* Art. 61 Rn. 13 unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur Bindungswirkung des E 101 EuGH 11.11.2004 Rs C-372/02, Slg I-10761 – Adanez-Vega.

tungen heranzuziehenden Entgelts vorgesehen ist und die betreffende Person während dieses Zeitraums oder eines Teils davon den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterlag.

(3) Abweichend von den Absätzen 1 und 2 berücksichtigt der Träger des Wohnorts im Falle von Arbeitslosen, auf die Artikel 65 Absatz 5 Buchstabe a anzuwenden ist, nach Maßgabe der Durchführungsverordnung das Entgelt oder Erwerbseinkommen, das die betreffende Person in dem Mitgliedstaat erhalten hat, dessen Rechtsvorschriften für sie während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit galten.

Artikel 54 Abs. 2 und 3 DVO

(2) Bei der Anwendung von Artikel 62 Absatz 3 der Grundverordnung übermittelt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften die betroffene Person während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit unterlag, dem Träger des Wohnorts auf dessen Antrag hin unverzüglich alle Angaben, die für die Berechnung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit, die in dem Mitgliedstaat erlangt werden können, in dem er seinen Sitz hat, erforderlich sind, insbesondere die Höhe des erzielten Entgelts oder Erwerbseinkommens.

(3) [1]Bei der Anwendung von Artikel 62 der Grundverordnung berücksichtigt der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften sich die Höhe der Leistungen nach der Zahl der Familienangehörigen richtet, ungeachtet des Artikels 63 der genannten Verordnung auch die Familienangehörigen des Betroffenen, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, als ob sie im Hoheitsgebiet des zuständigen Staates wohnten. [2]Dies gilt jedoch nicht, wenn in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, eine andere Person Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit hat, bei deren Berechnung die Familienangehörigen berücksichtigt werden.

I. Allgemeines

Das für die Leistungsbemessung maßgebliche Entgelt richtet sich ausschließlich nach der Höhe des Einkommens, das im Staat der letzten Erwerbstätigkeit erzielt worden ist, Art. 62 Abs. 1. Das vom Arbeitslosen früher in anderen Mitgliedstaaten erzielte Einkommen bleibt außer Betracht. Dies gilt ausdrücklich auch dann, wenn für die Berechnung ein bestimmter Bezugszeitraum vorgesehen ist und der Arbeitslose in diesem Zeitraum noch den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterlag, Art. 62 Abs. 2. Die Regelung zielt auf einen angemessenen sozialen Schutz für Arbeitslose: Leistungen bei Arbeitslosigkeit sollen sich ihrer Höhe nach am vormals im zuständigen Staat erzielten Einkommen orientieren.[1] 1

Für **Grenzgänger** richtet sich die Leistungshöhe nach dem Entgelt, das sie in dem Mitgliedstaat erhalten haben, dessen Rechtsvorschriften für sie während ihrer letzten Beschäftigung galten, Art. 62 Abs. 3. Auf arbeitslose Selbstständige findet die Regelung keine Anwendung.[2] 2

II. Berechnungsgrundlagen der Leistungshöhe

Der zuständige Träger berücksichtigt bei der Berechnung der Leistungshöhe ausschließlich das Entgelt, das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet dieses Staates **erhalten** hat. Die Regelung greift über den Wortlaut hinaus auch dann, wenn der Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf das Arbeitsentgelt noch nicht erfüllt, aber ein entsprechender Anspruch erworben wurde. Das Arbeitsentgelt ist daher auch zu berücksichtigen, wenn es dem Versicherten (rechtswidrig) vorenthalten wird.[3] 3

Durch die Berücksichtigung allein der Entgelthöhe der letzten Beschäftigung können sich im Einzelfall Nachteile für den Leistungsberechtigten ergeben, insbesondere wenn er zuvor in einem anderen Mitgliedstaat erwerbstätig war und dort höhere Anwartschaften erworben hat. Im Interesse der Verwaltungsvereinfachung wird jedoch auf eine genaue Berechnung der Leistung basierend auf dem tatsäch- 4

1 JurisPK/*Kador* Art. 62 Rn. 12; Hauck/Noftz/*Otting* Art. 62 Rn. 2.
2 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 62 Rn. 9.
3 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 62 Rn. 7; Eicher/Schlegel/*Wehrhahn* Rn. 6, unter Berufung auf BSG 16.2.2005 – B 1 KR 19/03 R.

lich erzielten Einkommen verzichtet:[4] Anders als Rentner können Arbeitslose keine Ansprüche gegen die Träger mehrerer Staaten geltend machen und **keine Leistung pro rata temporis** entsprechend der Dauer der zurückgelegten Zeiten verlangen. Dies liegt unter anderem daran, dass die Leistungen bei Arbeitslosigkeit – im Gegensatz zu den Renten wegen Alters – nur für einen begrenzten Zeitraum erbracht werden.

5 In Deutschland sind die Bemessungsvorschriften der §§ 149 ff. SGB III anzuwenden. Ist der Mindestbemessungszeitraum von einem bzw. zwei Jahren gem. § 150 Abs. 1, Abs. 3 SGB III durch in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegte Zeiten (gem. Art. 61 Abs. 2) erfüllt, bleibt die Höhe des dort erzielten Einkommens außer Betracht. Die Regelung vermeidet aufwändige Ermittlungen der Entgelthöhe sowie problematische Berechnungen – insbesondere Währungsumrechnungen – und wird auf Praktikabilitätsgesichtspunkte gestützt.[5]

6 Die Einschränkung nach Art. 62 Abs. 1 gilt auch für den Fall, dass das nationale Recht (wie in § 150 SGB III) einen bestimmten Bezugszeitraum für die Leistungsbemessung vorsieht und der Arbeitslose während dieses Zeitraums oder eines Teils davon den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterlag, Art. 62 Abs. 2. Auch in diesem Fall bleibt das zuletzt erzielte Erwerbseinkommen allein maßgeblich, und zwar auch dann, wenn die letzte Beschäftigung im zuständigen Mitgliedstaat nur von kurzer Dauer war. Eine fiktive Berechnung in besonderen Fällen (vgl. auch § 150 Abs. 3 iVm § 152 Abs. 1 SGB III) findet nicht statt.

Das BSG ist der Auffassung, dass zwar der Wortlaut des Art. 62 Abs. 2 („ausschließlich das Entgelt", das die versicherte Person „erhalten hat") den Ausschluss der fiktiven Bemessung des Arbeitslosengeldes nahelege, dies jedoch mit der Systematik und den Zielen des koordinierenden Sozialrechts möglicherweise nicht vereinbar sei. So gebe Art. 61 für die Totalisierung auch die Berücksichtigung kurzer Beschäftigungszeiten vor. Zugleich ermögliche Art. 62 Abs. 1, Abs. 2 den Rückgriff auf die für die Leistungsberechnung geltenden Rechtsvorschriften des zuständigen Staates. Das BSG ist der Auffassung, dass die Zugrundelegung des tatsächlichen Entgelts zwar den Regelfall der Berechnung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit bilde. In Ausnahmefällen, wenn kein ausreichend langer Bezugszeitraum vorliege, müsse jedoch ersatzweise die Anwendung der innerstaatlichen Regelungen möglich sein, die eine fiktive Berücksichtigung ermöglichen. Anderenfalls würde der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt. Das Gericht hat die Frage dem EuGH vorgelegt.[6]

IV. Leistungsbemessung bei Grenzgängern

7 Für Grenzgänger iSv Art. 65 Abs. 5 lit. a) ist nicht der Beschäftigungs-, sondern der **Wohnstaat** zuständig; es tritt nach Beendigung der Beschäftigung folglich ein Statutenwechsel ein. Auch dieser berücksichtigt bei der Leistungsbemessung das Entgelt bzw. Erwerbseinkommen im letzten Beschäftigungsstaat, allerdings so als wäre es nach den Regeln des Wohnstaats erzielt worden. Die Regelung ist erforderlich, denn aus Art. 62 Abs. 1 und 2 ergibt sich keine Verpflichtung des Wohnstaats zur Berücksichtigung von Arbeitsentgelt. Inhaltlich wird jedoch keine abweichende Regelung getroffen, sondern Grenzgänger werden sonstigen Arbeitnehmern lediglich **gleichgestellt**.[7] Zwischen dem Wohnstaat und dem letzten Beschäftigungsstaat erfolgt gem. Art. 65 Abs. 6 ein Lastenausgleich.

8 Nimmt ein Grenzgänger im Wohnstaat eine Beschäftigung auf, ist er nicht länger als Grenzgänger zu betrachten.[8] Art. 62 Abs. 3 kommt in diesem Fall nicht zur Anwendung und die früheren Zeiten werden nicht berücksichtigt.

9 Art. 62 Abs. 3 ist auch auf arbeitslose **selbstständige Grenzgänger** anwendbar. Zur Leistungsbemessung ist auch für sie das im Bemessungszeitraum erzielte Einkommen aus einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Ausland wie das eines Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Verfügt dieser Mitgliedstaat über ein Versicherungssystem für Selbstständige bei Arbeitslosigkeit, sind diese Versicherungszei-

4 BeckOK/*Utz* Art. 62 Rn. 1; Gagel/*Fuchs* Rn. 33.
5 Eicher/Schlegel/*Wehrhahn* SGB III Rn. 9 f., mwN.
6 BSG 23.10.2018 – B 11 AL 9/17 R.
7 EuGH 28.2.1980 – Rs 67/79, Slg 1980, 535 – Fellinger.
8 JurisPK/*Kador* Art. 62 Rn. 22.

ten und die dabei erzielten Entgelte heranzuziehen. Eine fiktive Berechnung nach § 152 SGB III findet nicht statt.[9]

V. Durchführungsbestimmungen

Art. 54 Abs. 2 DVO trifft Verfahrensregelungen für die Leistungsbemessung bei echten und unechten Grenzgängern. Der Träger des letzten Beschäftigungsstaates übermittelt danach dem Wohnortträger unverzüglich die für die Leistungsbemessung benötigten Angaben, insbesondere des Arbeitsentgelts. 10

Richtet sich die Leistungshöhe nach dem Recht des zuständigen Staates auch nach dem Familienstand des Versicherten – in Deutschland wird für Leistungsberechtigte mit Kindern höheres Arbeitslosengeld gezahlt als für kinderlose, § 149 SGB III – muss dies auch in grenzüberschreitenden Konstellationen gelten. Der Umstand, dass Familienangehörige in verschiedenen Mitgliedstaaten leben, darf keine Benachteiligungen nach sich ziehen, da Wanderarbeitnehmer sonst mittelbar diskriminiert würden.[10] Nach Art. 54 Abs. 3 DVO sind **in einem anderen Mitgliedstaat lebende Familienangehörige** so zu berücksichtigen, als würden sie im zuständigen Staat leben, außer es bezieht jemand anderes Leistungen im Wohnsitzland der Familienangehörigen, bei dem sie bereits berücksichtigt werden. Familienangehörige werden also nicht mehrfach berücksichtigt.[11] Der Begriff des **Familienangehörigen** richtet sich gemäß Art. 1 lit. i) nach den nationalen Rechtsvorschriften des Staates, von dem die Leistungen gewährt werden. Den Aufenthalt der Familienangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat ist durch den Träger dieses Staates zu bescheinigen.[12] 11

In Deutschland sind Kinder gem. **§ 149 Nr. 1 SGB III** bei der Leistungsbemessung daher auch dann zu berücksichtigen, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat wohnen. Nach dem Wortlaut der Norm gilt dies uneingeschränkt jedoch nur, wenn der Arbeitslose selbst ein Kind hat. Ein Kind des Ehepartners ist dagegen ausdrücklich nur zu berücksichtigen, wenn beide Partner unbeschränkt einkommenssteuerpflichtig sind. Dies setzt grundsätzlich einen Wohnsitz im Inland voraus (§ 1 Abs. 1 S. 1 EStG). Eine **europarechtskonforme Auslegung** der Vorschrift müsste hier contra lege erfolgen und ist daher nicht möglich. Soweit die (indirekte) Voraussetzung eines inländischen Wohnsitzes Art. 54 Abs. 3 DVO widerspricht und daher europarechtswidrig ist, darf sie jedoch keine Anwendung finden.[13] Die gleiche Problematik stellt sich auch bei der **Berücksichtigung von Ehegatten gem. § 153 SGB III**, bei der die Berücksichtigung einer günstigeren Steuerklasse für die Bemessung des Leistungsentgelts ebenfalls die unbeschränkte Einkommensteuerpflicht beider Partner (und somit grundsätzlich einen inländischen Wohnsitz) voraussetzt.[14] 12

Gem **Beschluss Nr. U1**[15] übermitteln die Träger die benötigten Angaben mithilfe des **PD U1**, wobei auch andere Nachweise herangezogen werden können. Daten zum Nachweis der Familienangehörigen sind ggf. gesondert zu bescheinigen[16] bzw. anzufordern.[17] Die Datenübermittlung zwischen den verschiedenen Trägern darf nach dem Beschluss Nr. U1 nicht zu Verzögerungen bei der Auszahlung der erhöhten Leistungssätze führen. Für die Umrechnung in EUR ist gem. Art. 90 DVO der von der Europäischen Zentralbank veröffentlichte Referenzwechselkurs zu verwenden; der Bezugszeitpunkt ist der 1. Tag des Kalendermonats, der dem Ende des Bemessungszeitraums folgt.[18] Die Wechselkurse werden durch die Zentralstelle für Internationales Arbeitslosenversicherungsrecht (ZIntAlv) veröffentlicht.[19] 13

9 JurisPK/*Kador* Art. 62 Rn. 24.
10 EuGH 16.10.2001 – Rs C-212/00, Slg 2001, I-7643 – Stallone.
11 *Eichenhofer* Rn. 255.
12 *Eichenhofer* Rn. 256.
13 Eicher/Schlegel/*Greiser* Rn. 21 ff. mwN.
14 Eicher/Schlegel/*Greiser* Rn. 35 ff.
15 ABl. 2010 C 106, 42.
16 SED U006.
17 SED U005.
18 Beschluss Nr. H3.
19 JurisPK/*Kador* Art. 62 Rn. 26.

Artikel 63 Besondere Bestimmungen für die Aufhebung der Wohnortklauseln

Für die Zwecke dieses Kapitels gilt Artikel 7 nur in den in den Artikeln 64, 65 und 65 a vorgesehenen Fällen und Grenzen.

1 Art. 63 bedeutet eine **Einschränkung des Leistungsexports** für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Das Prinzip des Leistungsexports gilt nach Art. 7 (Aufhebung von Wohnortklauseln) nur, sofern in der VO nichts anderes bestimmt ist. Geldleistungen dürfen danach nicht allein deshalb entzogen werden, weil der Berechtigte nicht im zuständigen Mitgliedstaat wohnt. Art. 63 bestimmt jedoch, dass ein Arbeitsloser, der nach Eintritt der Arbeitslosigkeit in einen anderen Mitgliedstaat umzieht, seinen Leistungsanspruch grundsätzlich verliert. Diese Regelung folgt der Vorstellung, dass nur am Wohnsitz eine wirksame Kontrolle der Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt möglich ist.

2 Davon gibt es jedoch wiederum Gegenausnahmen in den in Art. 64, 65 und 65 a vorgesehenen Fällen des Leistungsexports:

- nach Art. 64 Abs. 1 zum Zweck der **Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat** (max. drei oder sechs Monate, vorausgesetzt: vierwöchige Arbeitsuche zunächst im zuständigen Staat, anschließende Verfügbarkeit für die Arbeitsverwaltung des Zielstaates);
- nach Art. 65 Abs. 1 zugunsten von **Kurzarbeitern** nach dem Recht des zuständigen Staats, als ob sie dort wohnen würden;
- für **vollarbeitslose Grenzgänger** nach Art. 65 Abs. 5 lit. a), die sich der Arbeitsverwaltung des letzten Beschäftigungsstaats zur Verfügung stellen;
- für **unechte Grenzgänger** nach Art. 65 Abs. 5 lit. b), die in den Wohnstaat zurückkehren
- sowie nach Art. 65 a zugunsten **vollarbeitsloser selbstständig erwerbstätiger Grenzgänger**, in deren Wohnstaat kein System der Absicherung im Falle der Arbeitslosenleistungen für Selbstständige besteht.

3 Die Vorschrift schränkt die Arbeitnehmerfreizügigkeit gerade derer ein, für die sie besonders wichtig ist, da sie Arbeit suchen. Dies erklärt sich daraus, dass die Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen bei Arbeitslosigkeit im Allgemeinen restriktiv ausgestaltet sind und ihre Einhaltung vergleichsweise strikt kontrolliert wird.[1] Sie stößt deshalb auf Kritik, ihre Vereinbarkeit mit Art. 45 AEUV gilt als „offene Frage".[2] Der EuGH hat in der Regelung bislang keine mittelbare Diskriminierung gesehen.[3] Er entschied andererseits aber auch, dass im Falle der nicht nur vorübergehenden Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat der Verlust des Anspruchs auf eine lediglich kurzzeitige Leistung im zuständigen Staat die Freizügigkeit unverhältnismäßig einschränke.[4]

4 Der Kritik ist beizupflichten, denn das koordinierende Sozialrecht soll die Arbeitnehmerfreizügigkeit – deren wichtiges Element auch und gerade die Freizügigkeit zum Zweck der Arbeitsuche ist, die Arbeitslosen einen erheblich größeren Radius für die Arbeitsuche eröffnet – nicht nur flankieren, sondern deren Inanspruchnahme überhaupt erst ermöglichen. Arbeitsuchende werden aber im Gegensatz zu Arbeitnehmern in der Wahrnehmung ihrer Grundfreiheit faktisch benachteiligt, und zwar gestützt auf die Annahme, dass sie das Recht zur Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaaten unter Fortzahlung ihrer Leistungsansprüche missbrauchen würden.[5] Andererseits ist zu bedenken, dass die Leistungen bei Arbeitslosigkeit in aller Regel durch umfassende Mitwirkungsobliegenheiten bedingt sind. Es ist daher sicherzustellen, dass die Mitwirkungsobliegenheiten gegenüber den leistungspflichtigen Trägern zu erbringen sind. Ein dauerhaftes Auseinanderfallen, wie durch den Leistungsexport ermöglicht, ist dem nicht zuträglich.[6]

5 **Artikel 54 Abs. 3 DVO** ordnet an, dass „ungeachtet des Artikel 63" auch die Familienangehörigen des Betroffenen berücksichtigt werden, als ob sie im Hoheitsgebiet des zuständigen Staats wohnten.

---

1 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (64).
2 Bieback/*Fuchs* ua 2011, 189; Eichenhofer, Rn. 257.
3 EuGH 18.7.2006 – Rs C-406/04, Slg 2006, I-6947 – De Cuyper; EuGH 9.11.2006 – Rs C-346/05, Slg 2006, I-10951 – Chateignier.
4 EuGH 11.9.2008 – Rs C-228/07, Slg 2008, I-6989 – Petersen.
5 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (66).
6 *Eichenhofer* Rn. 246; ähnlich Gagel/*Fuchs* Vorbem. Rn. 17.

Artikel 64 Arbeitslose, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben

(1) Eine vollarbeitslose Person, die die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats erfüllt und sich zur Arbeitsuche in einen anderen Mitgliedstaat begibt, behält den Anspruch auf Geldleistungen bei Arbeitslosigkeit unter folgenden Bedingungen und innerhalb der folgenden Grenzen:

vor der Abreise muss der Arbeitslose während mindestens vier Wochen nach Beginn der Arbeitslosigkeit bei der Arbeitsverwaltung des zuständigen Mitgliedstaats als Arbeitsuchender gemeldet gewesen sein und zur Verfügung gestanden haben. Die zuständige Arbeitsverwaltung oder der zuständige Träger kann jedoch die Abreise vor Ablauf dieser Frist genehmigen;

der Arbeitslose muss sich bei der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, in den er sich begibt, als Arbeitsuchender melden, sich dem dortigen Kontrollverfahren unterwerfen und die Voraussetzungen der Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats erfüllen. Diese Bedingung gilt für den Zeitraum vor der Meldung als erfüllt, wenn sich die betreffende Person innerhalb von sieben Tagen ab dem Zeitpunkt meldet, ab dem sie der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, den sie verlassen hat, nicht mehr zur Verfügung gestanden hat. In Ausnahmefällen kann diese Frist von der zuständigen Arbeitsverwaltung oder dem zuständigen Träger verlängert werden;

der Leistungsanspruch wird während drei Monaten von dem Zeitpunkt an aufrechterhalten, ab dem der Arbeitslose der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, den er verlassen hat, nicht mehr zur Verfügung gestanden hat, vorausgesetzt die Gesamtdauer der Leistungsgewährung überschreitet nicht den Gesamtzeitraum, für den nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats ein Leistungsanspruch besteht; der Zeitraum von drei Monaten kann von der zuständigen Arbeitsverwaltung oder dem zuständigen Träger auf höchstens sechs Monate verlängert werden;

die Leistungen werden vom zuständigen Träger nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften und für seine Rechnung gewährt.

(2) [1]Kehrt die betreffende Person bei Ablauf oder vor Ablauf des Zeitraums, für den sie nach Absatz 1 Buchstabe c) einen Leistungsanspruch hat, in den zuständigen Mitgliedstaat zurück, so hat sie weiterhin einen Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. [2]Sie verliert jedoch jeden Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, wenn sie nicht bei Ablauf oder vor Ablauf dieses Zeitraums dorthin zurückkehrt, es sei denn, diese Rechtsvorschriften sehen eine günstigere Regelung vor. [3]In Ausnahmefällen kann die zuständige Arbeitsverwaltung oder der zuständige Träger der betreffenden Person gestatten, zu einem späteren Zeitpunkt zurückzukehren, ohne dass sie ihren Anspruch verliert.

(3) Der Höchstzeitraum, für den zwischen zwei Beschäftigungszeiten ein Leistungsanspruch nach Absatz 1 aufrechterhalten werden kann, beträgt drei Monate, es sei denn, die Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats sehen eine günstigere Regelung vor; dieser Zeitraum kann von der zuständigen Arbeitsverwaltung oder dem zuständigen Träger auf höchstens sechs Monate verlängert werden.

(4) Die Einzelheiten des Informationsaustauschs, der Zusammenarbeit und der gegenseitigen Amtshilfe zwischen den Trägern und Arbeitsverwaltungen des zuständigen Mitgliedstaats und des Mitgliedstaats, in den sich die betreffende Person zur Arbeitssuche begibt, werden in der Durchführungsverordnung geregelt.

Artikel 55 DVO

(1) Der Anspruch nach Artikel 64 oder Artikel 65 a der Grundverordnung besteht nur, wenn der Arbeitslose, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, vor seiner Abreise den zuständigen Träger informiert und bei diesem eine Bescheinigung beantragt, dass er unter den Bedingungen des Artikels 64 Absatz 1 Buchstabe b der Grundverordnung weiterhin Anspruch auf Leistungen hat.
Dieser Träger informiert ihn über die ihm obliegenden Pflichten und übermittelt ihm das genannte Dokument, aus dem sich insbesondere Folgendes ergibt:

der Tag, von dem an der Arbeitslose der Arbeitsverwaltung des zuständigen Staates nicht mehr zur Verfügung stand;

die Frist, die nach Artikel 64 Absatz 1 Buchstabe b der Grundverordnung für die Eintragung als Arbeitsuchender in dem Mitgliedstaat, in den der Arbeitslose sich begeben hat, eingeräumt wird;

die Höchstdauer für die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs nach Artikel 64 Absatz 1 Buchstabe c der Grundverordnung;
die Umstände, die sich auf den Leistungsanspruch auswirken können.
(2) [1]Der Arbeitslose meldet sich nach Artikel 64 Absatz 1 Buchstabe b der Grundverordnung bei der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, in den er sich begibt, als Arbeitsuchender und legt dem Träger dieses Mitgliedstaats das in Absatz 1 genannte Dokument vor. [2]Hat er den zuständigen Träger nach Absatz 1 informiert, aber nicht dieses Dokument vorgelegt, so fordert der Träger des Mitgliedstaats, in den sich der Arbeitslose begeben hat, die erforderlichen Angaben beim zuständigen Träger an.
(3) Die Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, in den sich der Arbeitslose zur Arbeitsuche begeben hat, unterrichtet diesen von seinen Pflichten.
(4) Der Träger des Mitgliedstaats, in den der Arbeitslose sich begeben hat, sendet dem zuständigen Träger unverzüglich ein Dokument zu, das den Zeitpunkt der Anmeldung des Arbeitslosen bei der Arbeitsverwaltung und seine neue Anschrift enthält.
Falls während des Zeitraums, in dem der Arbeitslose den Anspruch auf Leistungen behält, Umstände eintreten, die sich auf den Leistungsanspruch auswirken könnten, so sendet der Träger des Mitgliedstaats, in den sich der Arbeitslose begeben hat, dem zuständigen Träger und der betroffenen Person unverzüglich ein Dokument mit den maßgeblichen Informationen zu.
Auf Ersuchen des zuständigen Trägers übermittelt der Träger des Mitgliedstaats, in den der Arbeitslose sich begeben hat, jeden Monat die maßgeblichen Informationen über die Entwicklung der Situation des Arbeitslosen, insbesondere, ob dieser weiterhin bei der Arbeitsverwaltung gemeldet ist und ob er sich den vorgesehenen Kontrollverfahren unterzieht.
(5) [1]Der Träger des Mitgliedstaats, in den der Arbeitslose sich begeben hat, führt die Kontrolle durch oder lässt sie durchführen wie bei einem Arbeitslosen, der Leistungen nach den von ihm anzuwendenden Rechtsvorschriften bezieht. [2]Gegebenenfalls unterrichtet er sofort den zuständigen Träger, falls einer der in Absatz 1 Buchstabe d genannten Umstände eintritt.
(6) Die zuständigen Behörden oder Träger von zwei oder mehr Mitgliedstaaten können sich hinsichtlich der Entwicklung der Situation des Arbeitslosen auf spezielle Verfahren und Fristen sowie auf weitere Maßnahmen verständigen, um die Arbeitssuche von Arbeitslosen zu erleichtern, die sich nach Artikel 64 der Grundverordnung in einen dieser Mitgliedstaaten begeben.
(7) Die Absätze 2 bis 6 gelten entsprechend für die unter Artikel 65 a Absatz 3 der Grundverordnung fallenden Sachverhalte.

I. Allgemeines 1
II. Leistungsexport zur Arbeitsuche im Ausland ... 5
1. Allgemeine Voraussetzungen 5
2. Wartezeit 7
3. Verfügbarkeit im Zielstaat 11
4. Dauer des Leistungsexports 14
5. Modus des Leistungsexports 19
III. Pflicht zur Rückkehr in den zuständigen Staat .. 21
IV. Ausnahmsweise verlängerte Exportdauer 24
V. Mehrmaliger Leistungsexport 26
VI. Durchführungsvorschriften 30

I. Allgemeines

1 Nach Art. 64 sind **Vollzeitarbeitslose** unter bestimmten Voraussetzungen und für eine bestimmte Zeit berechtigt, ihren im zuständigen Staat begründeten Leistungsanspruch in einen anderen Mitgliedstaat „mitzunehmen", ohne den Vermittlungsbemühungen der Arbeitsverwaltung des zuständigen Staats zur Verfügung stehen zu müssen. Die Verfügbarkeit in einem anderen Mitgliedstaat wird der Verfügbarkeit gegenüber der zuständigen Arbeitsverwaltung gleichgestellt.[1]

2 Einschlägig ist die Regelung sowohl im Falle der Zuständigkeit des Staates der letzten Beschäftigung als auch – bei Grenzgängern iSv Art. 65 – des Wohnstaates.[2] Art. 64 Abs. 1 regelt die **Voraussetzungen des Leistungsexports**, Art. 64 Abs. 2 das Schicksal des **Leistungsanspruchs bei rechtzeitiger Rückkehr** in den zuständigen Staat. Die Vorschrift gilt nicht im Falle von Kurzarbeit oder Teilarbeitslosigkeit.[3]

3 Der **Zeitraum**, während dem sich der Betroffene zwecks Arbeitsuche im Ausland aufhalten darf, beträgt regelmäßig drei Monate; er kann auf sechs Monate verlängert werden. Es gilt eine strenge **Rück-**

1 Otting in Hauck/Noftz Art. 64 Rn. 2.
2 Otting in Hauck/Noftz Art. 64 Rn. 17; *Vießmann*, ZESAR 2015, 199 (199).
3 Fuchs Art. 64 Rn. 3.

kehrverpflichtung, anderenfalls erlischt der Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Nach Art. 64 Abs. 3 ist im Falle einer **Unterbrechung** des Auslandsaufenthalts ein Leistungsexport mehrmals möglich.

Art. 64 bewirkt eine **Einschränkung des Leistungsexports** nach Art. 7, der an verschiedene Voraussetzungen gebunden und überdies zeitlich beschränkt wird. Die Regelung trägt der Arbeitnehmerfreizügigkeit iSv Art. 45 AEUV nach Auffassung des EuGH jedoch ausreichend Rechnung, da sie vom Anliegen getragen ist, die Kontrolle der Leistungsvoraussetzungen sicherzustellen.[4] Die Möglichkeit zur Mitnahme des Leistungsanspruchs zur Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat dient auch der Förderung der Mobilität von Arbeitnehmern bei dieser und fordert dazu die Zusammenarbeit der Arbeitsverwaltungen der Mitgliedstaaten (Erwägungsgrund 32). Die Regelung hat insofern Kompromisscharakter.[5] 4

II. Leistungsexport zur Arbeitsuche im Ausland

1. Allgemeine Voraussetzungen. Art. 64 Abs. 1 stellt mehrere **Voraussetzungen** für einen Leistungsexport bei Vollarbeitslosigkeit auf. Zunächst müssen die Voraussetzungen für einen **Leistungsanspruch** nach dem Recht des zuständigen Mitgliedstaats **erfüllt** sein. Ein lediglich möglicher Anspruch für den Fall der Rückkehr in den zuständigen Staat genügt nicht.[6] Der Arbeitslose muss sich **zur Arbeitsuche in einen anderen Mitgliedstaat** begeben. Dies kann **auch der frühere Beschäftigungsstaat** sein. Nicht zwingend aber muss er seinen Wohnsitz in diesen anderen Mitgliedstaat verlegen.[7] Der Zweck des Auslandsaufenthalts („zur Arbeitsuche") wird verfehlt, wenn die Ausreise wegen eines Sprachkurses,[8] allein aus familiären Gründen[9] oder wegen einer beruflichen Weiterbildung, Wiedereingliederung oder beruflichen Fortbildung erfolgt.[10] 5

Wird der Versicherte **arbeitsunfähig**, ist fraglich, ob sein Aufenthalt in dem anderen Mitgliedstaat noch dem Zweck der Arbeitsuche dient. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitsuchende bereits von Beginn des Auslandsaufenthalts an erkrankt ist. In diesem Fall ist zu prüfen, ob der Zweck der Arbeitsuche, nämlich die Aufnahme einer Beschäftigung, erfüllt werden kann. Ist die Erkrankung nur vorübergehend und von kurzer Dauer, bestehen keine Bedenken: Arbeitsunfähigkeit schließt die Verfügbarkeit nicht per se aus, wie auch § 146 SGB III zeigt.[11] Bei einer längerfristigen Erkrankung, deren Ende nicht abzusehen ist, ist eine Verfügbarkeit am fremden Arbeitsmarkt jedoch ausgeschlossen. Als Grenze für die Annahme einer dauerhaften Erkrankung wird analog Art. 64 Abs. 1 lit. b) S. 2 eine Frist von sieben Tagen vorgeschlagen.[12] Ist aufgrund eines ärztlichen Attests eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit absehbar, kann eine Bescheinigung des Mitnahmerechts (Ausstellung des PD U2) versagt werden. 6

2. Wartezeit. Nach **Art. 64 Abs. 1 lit. a)** muss der Arbeitslose zunächst in den ersten vier Wochen nach Beginn der Arbeitslosigkeit bei der Arbeitsverwaltung des zuständigen Mitgliedstaats gemeldet gewesen sein und dieser für Vermittlungsbemühungen zur Verfügung gestanden haben. Ob diese Anforderung erfüllt ist, richtet sich nach den Vorschriften dieses Staates.[13] 7

Diese **Wartezeit** gibt dem zuständigen Staat die Möglichkeit, den Arbeitslosen zu vermitteln, bevor er Leistungen zur Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat erbringen muss.[14] Der Träger des zuständigen Staates kann eine **Abreise vor Ablauf der Frist** genehmigen. Um die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht unverhältnismäßig stark einzuschränken, ist das Ermessen der zuständigen Behörden gebunden: Die Zustimmung zur vorzeitigen Arbeitsuche im Ausland ist zu erteilen, wenn in absehbarer Zeit kei- 8

4 EuGH 16.5.1991 – Rs C-272/90, Slg 1991, I-2543 – van Noorden; EuGH 8.4.1992 Rs C-62/91, Slg 1992, I-2737 – Gray.
5 Gagel/*Fuchs/Horn* Rn. 46; BeckOK/*Utz* Art. 64 Rn. 2.
6 BayLSG 28.8.2009 – L 10 AL 201/08, Rn. 27.
7 *Giesen* ZESAR 2015, 193 (195); *Vießmann* ZESAR 2015, 199.
8 LSG Hmb 25.7.2002 – L 5 AL 90/00, Rn. 22.
9 BSG 29.6.1995 – 11 RAr 9/95, SozR 3-6050 Art. 71 Nr. 8.
10 Eicher/Schlegel/*Wehrhahn* Rn. 9; jurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 20.
11 JurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 20.
12 JurisPK-SGB I/*Kador* Rn. 20.
13 EuGH 21.2.2002 – Rs C-215/00, Slg 2002, I-1817 – Rydergård.
14 EuGH 21.2.2002 – Rs 215/99, Slg 2002, I-1817 – Rydergård.

ne Aussicht auf Vermittlung im Staat der bisherigen Beschäftigung besteht.[15] Nicht verzichtet werden kann aber auf die persönliche Arbeitslosmeldung vor der Ausreise zur Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat.[16]

9 Gemäß Ziff. 1 der **Empfehlung U2**[17] soll eine frühzeitige Beschäftigungssuche in einem anderen Mitgliedstaat darüber hinaus immer dann genehmigt werden, wenn der Versicherte die übrigen Bedingungen nach Art. 64 Abs. 1 erfüllt und er seinen Ehepartner oder **Partner** begleitet, der eine Beschäftigung in einem anderen als dem zuständigen Staat angenommen hat. Der Begriff „Partner" ist nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats auszulegen und bezieht sich in Deutschland auf die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.

10 Die eigenmächtige Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaaten vor Ablauf der Karenzzeit und **ohne Genehmigung** des zuständigen Staats führt nicht automatisch zum Verlust des Anspruchs auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit.[18]

11 **3. Verfügbarkeit im Zielstaat.** Gemäß **Art. 64 Abs. 1 lit. b)** muss sich der Arbeitslose innerhalb von sieben Tagen nach Verlassen des zuständigen Staates bei der Arbeitsverwaltung des Zielstaats melden, „sich dem dortigen Kontrollverfahren unterwerfen" und die Rechtsvorschriften dieses Staates erfüllen. Maßgeblich sind die Behörden, die für die Arbeitsvermittlung zuständig sind, nicht jene, denen die Verwaltung der Entgeltersatzleistungen obliegt.[19] Die **Meldefrist von sieben Tagen** kann ausnahmsweise verlängert werden.

12 Dies hat zur Folge, dass die Regelung in personeller Hinsicht nur auf Personen anwendbar ist, denen der Arbeitsmarktzugang in dem betreffenden Mitgliedstaat eröffnet ist. Für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen ist dies unproblematisch. Drittstaatsangehörige benötigen hingegen in aller Regel einen Aufenthaltstitel, der ihnen die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt.[20]

13 Die im Rahmen des **Kontrollverfahrens zulässigen und gebotenen Maßnahmen** richten sich nach dem Recht des Aufenthaltsstaats (Art. 55 Abs. 5 DVO)[21] und können zB Meldepflichten, den Nachweis von Eigenbemühungen, den Nachweis erfolgloser Bewerbungen oder die Beantragung von Urlaub umfassen.[22] Obwohl die Entgeltersatzleistungen im Falle der Arbeitslosigkeit eng an Eigenbemühungen geknüpft sind, fallen im Rahmen von Art. 64 die Zuständigkeiten auseinander: der Träger, der die Geldleistungen zu erbringen hat, kann die auf die Beschäftigungssuche gerichteten Aktivitäten nicht unmittelbar überwachen.[23]

14 **4. Dauer des Leistungsexports.** Sind alle Voraussetzungen nach Art. 64 Abs. 1 lit. a) und b) erfüllt, gelten die Bedingungen und **Rechtsfolgen** nach lit. c) und d). Der regelmäßige **Mitnahmezeitraum** für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit beträgt drei Monate. Danach muss der Arbeitslose in den zuständigen Staat, i.e. den Staat der letzten Beschäftigung zurückkehren.

15 Der zuständige Staat kann die Frist für den Leistungsexport auf sechs Monate verlängern. Die Koordinierungsverordnung statuiert jedoch keine entsprechende Verpflichtung, sondern räumt dem Träger Ermessen ein. In der Rechtssache Klein Schiphorst[24] hat der EuGH klargestellt, dass sich die Voraussetzungen der Verlängerung des Exportzeitraums nach nationalem Recht richten, da die Koordinierungsverordnung insofern keine abschließende Regelung treffe. Eine Weisung des niederländischen Ministeriums an die zuständigen Träger, wonach die Verlängerung des Exportzeitraums nur zu bewilligen ist, wenn eine konkrete und nachweisbare Aussicht auf Beschäftigung oder Teilnahme an einer Maßnahme zur Beschäftigungsförderung den weiteren Aufenthalt in dem anderen Mitgliedstaat erfordere, blieb daher unbeanstandet.[25]

---

15 *Eichenhofer* Rn. 261; jurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 21.
16 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 14.
17 ABl. 2010 C 160, 51.
18 EuGH 10.7.1975 – Rs 27/75, Slg 1975, 971 – Bonaffini.
19 BeckOK/*Utz* Art. 64 Rn. 7.
20 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 9.
21 Eicher/Schlegel/*Greiser* Rn. 19.
22 JurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 23; Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 19.
23 *Giesen* ZESAR 2015, 193 (195); *Vießmann* ZESAR 2015, 199.
24 EuGH 21.3.2018 – C-551/16, ECLI:EU:C:2018:200 – Klein Schiphorst.
25 EuGH 21.3.2018 – C-551/16, ECLI:EU:C:2018:200 – Klein Schiphorst; zustimmend *Fuchs* NZS 2019, 81 (84); *Reinhard* ZESAR 2019, 222 (224); kritisch wegen der fehlenden Berücksichtigung des Rechts auf fehlerfreie Ermessensentscheidungen *Behrend* jurisPR-SozR 18/2018 Anm. 1.

In der Praxis ist die Fristverlängerung häufig mit Schwierigkeiten verbunden.[26] Kritisch ist insbesondere zu bewerten, dass im nationalen Recht der Mitgliedstaaten oftmals keine gesetzliche Rechtsgrundlage für die Verlängerung des Leistungsexports enthalten ist, sondern dem zuständigen Träger vielmehr die Befugnis zur einseitigen Entscheidung eingeräumt ist. Dies ist im deutschen Recht vor allem im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes nach § 31 SGB I bedenklich.[27]

Die Verlängerungsoption wahrt die **Vermittlungschancen** des Arbeitslosen auf dem Arbeitsmarkt des Aufenthaltsstaates. Dass der Leistungsexport für maximal sechs Monate ermöglicht wird, basiert auf der **Vermutung**, dass die Vermittlungschancen im Aufenthaltsstaat im Vergleich zu denen im zuständigen Staat nicht besser sind, wenn innerhalb dieser Zeit die Stellensuche erfolglos geblieben ist. Diese Vermutung kann entkräftet werden, wenn zB konkrete Aussichten auf den baldigen Abschluss eines Arbeitsvertrages im Aufenthaltsstaat bestehen. Die Verlängerung muss spätestens am letzten Tag des ursprünglich dreimonatigen Exportzeitraums beantragt werden.[28]

Der **Zeitpunkt der Rückkehrverpflichtung** ist von der Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes unabhängig. Der Mitnahmezeitraum ist also weder auf die Restanspruchsdauer beschränkt noch begründet er eine Anspruchsverlängerung, wenn die Bezugsdauer nach dem Recht des zuständigen Staates kürzer ist.[29] 16

Der Mitnahmezeitraum beginnt ebenso wie die Frist zur Meldung bei der Arbeitsvermittlung des Aufenthaltsstaates mit dem Tag, an dem der Arbeitslose der Arbeitsverwaltung des zuständigen Staats nicht mehr zur Verfügung gestanden hat. Entscheidend für den Ablauf der Exportfrist ist der Tag der Wiedereinreise in den zuständigen Staat, nicht der Tag der Arbeitslosmeldung beim Träger.[30] Daher wird die siebentägige Frist für die Meldung beim Träger des Aufenthaltsorts zum Mitnahmezeitraum gezählt und eine Verfügbarkeit des Arbeitslosen fingiert[31] bzw. der Meldung Rückwirkung zugesprochen.[32] Sofern nach deutschem Recht der Anspruch ruht (§§ 156 ff. SGB III), besteht auch im Ausland kein Leistungsanspruch für diese Zeiten. 17

Führt die Arbeitsuche im Aufenthaltsstaat zur Aufnahme einer Beschäftigung, erlischt der Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit im zuständigen Staat. Der nunmehr zuständige neue Beschäftigungsstaat berechnet das Arbeitslosengeld im Falle einer erneuten Arbeitslosigkeit neu, wiederum unter Berücksichtigung ausländischer Versicherungszeiten nach Art. 61, Art. 64 Abs. 2 ist auch dann nicht mehr anwendbar, wenn der Versicherte später in den ursprünglich zuständigen Staat zurückkehrt.[33] 18

5. Modus des Leistungsexports. Nach **Art. 64 Abs. 1 lit. d)** gewährt der Träger die Leistungen nach seinen Rechtsvorschriften und für seine Rechnung im Wege der **Direktauszahlung**[34] an den Betroffenen. Der Staat der Arbeitsuche wird hierdurch nicht belastet. Exportierbar sind nur Geldleistungen, nicht aber Sach- oder Dienstleistungen.[35] 19

Der **Mitnahmeanspruch** ist ein eigenständiger Anspruch nach europäischem Koordinierungsrecht, der mit der fristgerechten Meldung innerhalb der Einschreibefrist von sieben Tagen beim ausländischen Träger entsteht. Das Arbeitslosengeld ist daher vom zuständigen Träger für die Zeit des Auslandsaufenthalts neu zu bewilligen.[36] 20

III. Pflicht zur Rückkehr in den zuständigen Staat

Nach Art. 64 Abs. 2 S. 1 muss der Betroffene innerhalb der Frist des Abs. 1 lit. c), also regelmäßig binnen drei Monaten zurückkehren, um seinen Leistungsanspruch im zuständigen Staat für die restliche Anspruchsdauer zu wahren. Die Verfügbarkeit in dem anderen Mitgliedstaat und damit auch der Mit- 21

26 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (66).
27 *Eichenhofer* Rn. 258.
28 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 21.
29 *Fuchs* Art. 64 Rn. 7.
30 LSG Nds 13.2.1997 – L 10/8 Ar 229/96, Ls. 3.
31 JurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 25.
32 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 18.
33 EuGH 28.4.1988 – Rs 192/87, Slg 1988, 2411 – Vanhaeren.
34 JurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 27.
35 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 7.
36 JurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 28.

nahmeanspruch enden am Tag der Rückkehr in den zuständigen Staat[37]. Der Arbeitslose hat sich unverzüglich der Arbeitsverwaltung des zuständigen Staats wieder zur Verfügung zu stellen und muss auch sonst alle Voraussetzungen des Leistungsanspruchs erfüllen.[38] Die Einschreibefrist von sieben Tagen aus Art. 64 Abs. 1 lit. b) S. 2 gilt im Rahmen der Rückkehr nicht. Nach deutschem Recht hat sich der Betroffene nach Rückkehr regelmäßig wiederum **persönlich arbeitslos** zu melden (§ 141 SGB III).

22 Nach Art. 64 Abs. 2 S. 2 verliert der Betroffene bei **verspäteter Rückkehr** in den zuständigen Staat vollständig seinen gesamten Leistungsanspruch. Die Regelung erweist sich als Sanktion[39] und ist mit der Rechtsprechung des BVerfG zum Eigentumscharakter sozialversicherungsrechtlicher Anwartschaften[40] nicht vereinbar.[41] Sie ist daher im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einschränkend auszulegen.[42] Zu einem Anspruchsverlust kommt es nur bei schuldhaftem Fristversäumnis.[43] Im Rahmen der Entscheidung sind die Dauer der Fristüberschreitung und der Grund der verspäteten Rückkehr zu berücksichtigen.

23 Die für den Betroffenen günstigeren nationalen Regelungen (§ 127 SGB III) genießen Vorrang. Kehrt der Betroffene nach Ablauf des Mitnahmezeitraums zurück, beschränkt sich die Sanktion in Deutschland regelmäßig auf die Minderung der verbleibenden Anspruchsdauer um die Zahl der Tage, die seit Ende des Mitnahmezeitraums vergangen sind. Im deutschen Recht sind die Gründe für das Erlöschen des Leistungsanspruchs in § 161 SGB III abschließend aufgezählt; die verspätete Rückkehr aus einem anderen Mitgliedstaat ist nicht aufgeführt.[44] Der noch nicht verbrauchte Anspruch lebt ab der erneuten persönlichen Meldung beim zuständigen Träger wieder auf, eine Sperrzeit tritt nicht ein.[45] Bis dahin erhält der Versicherte jedoch kein Arbeitslosengeld und ist auch nicht krankenversichert (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V).

IV. Ausnahmsweise verlängerte Exportdauer

24 Die allgemeine Verlängerungsoption nach Art. 64 Abs. 1 lit. c) ist von der besonderen Verlängerungsoption in Ausnahmefällen nach Art. 64 Abs. 2 S. 3 zu unterscheiden. Diese dient dem Schutz des Betroffenen bei Eintreten unabwendbarer, unvorhersehbarer Umstände. Danach kann die zuständige Arbeitsverwaltung dem Versicherten **in Ausnahmefällen** gestatten, zu einem späteren Zeitpunkt zurückzukehren. Der Versicherte hat dies grundsätzlich vor Ablauf des Mitnahmezeitraums zu beantragen.[46] In der Regel wird die Verlängerung für drei Monate gewährt. Der Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit wird aufrechterhalten; Art. 64 Abs. 2 S. 2 gilt nicht.[47]

25 Bei Krankheit, Streik oder höherer Gewalt und bei unverschuldeter Fristversäumnis kann die Entscheidung auch nach Ablauf der Rückkehrfrist getroffen werden.[48] Grund für eine Verlängerung sind beispielsweise bessere Vermittlungschancen am ausländischen Arbeitsmarkt[49] oder eine beabsichtigte Familienzusammenführung.[50] Dem zuständigen Träger ist **Ermessen** eingeräumt.[51]

37 JurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 31.
38 Schlachter/Heinig/*Weber* Rn. 42.
39 BeckOK/*Utz* Art. 64 Rn. 12; jurisPK/*Kador* Art. 64 Rn. 32.
40 BVerfG 12.2.1986 – 1 BvL 39/83, BVerfGE 72, 9, 21ff.
41 *Schulte* ZESAR 2014, 58 (65).
42 Eichenhofer Rn. 264; Fuchs in Gagel Rn. 45.
43 EuGH 19.6.1980 – Rs 41/79, 121/79, 796/79, Slg 1980, 1979 – Testa; EuGH 8.4.1992 Rs C-62/91, Slg 1992, I-2737 – Gray; EuGH 13.7.1995 – Rs C-391/93, Slg 1995, I-2079 – Perrotta; EuGH 18.7.2006 – Rs C-406/04, Slg 2006, I-6947 – De Cuyper.
44 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 25.
45 Eicher/Schlegel/*Greiser* Rn. 37.
46 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 22.
47 JurisPK/Kador Art. 64 Rn. 26.
48 EuGH 20.3.1979 Rs 139/78, Slg 1979, 991, 997 – Cocciolo; BSG, 13.11.1980 – 7 RAr 44/78, SozR 6050 Art. 69 Nr. 4.
49 EuGH 26.2.1991 – Rs C-292/89, Slg 1991, I-745 – Antonissen.
50 *Samartzis* ZFSH/SGB 2012, 323.
51 JurisPK/Kador Art. 64 Rn. 37.

V. Mehrmaliger Leistungsexport

Das Verfahren zur Mitnahme eines Anspruchs kann nach Art. 64 Abs. 3 mehrmals innerhalb eines Zeitraumes der Arbeitslosigkeit durchgeführt werden. Der Exportzeitraum kann folglich zwischen mehreren Beschäftigungszeiten anteilig gewährt und der Auslandsaufenthalt zur Arbeitsuche durch eine Rückkehr unterbrochen werden. Der Versicherte hat einen **Rechtsanspruch** auf die Gewährung des vollen Exportzeitraums, auch wenn diese durch Zwischenbeschäftigungen unterbrochen wird.[52] Hierfür gilt ein **Höchstzeitraum** von drei Monaten, für den der Leistungsanspruch nach Art. 64 Abs. 1 aufrechterhalten wird. In dieser Zeit darf der Betroffene auch mehrfach in den zuständigen Staat zurückkehren. 26

Im Fall der Stückelung muss die vierwöchige Wartefrist nur einmal erfüllt werden. Die gestückelte Mitnahme ist nur in **dasselbe Land** möglich, da auch der ununterbrochene Export nur in einen anderen Mitgliedstaat vorgesehen ist.[53] Begibt sich der Betroffene in einen weiteren Mitgliedstaat, kommt nur der Beginn eines neuen eigenständigen Mitnahmezeitraums in Betracht. 27

Bei der **Ermittlung des zeitlichen Restanspruchs** ist der in Anspruch genommene Mitnahmezeitraum in Tage umzurechnen, wobei ein Monat mit 30 Tagen zu berücksichtigen ist. **Ausnahmsweise** kann der zuständige Träger auf Antrag den Höchstzeitraum auf sechs Monate verlängern. Ermessensgesichtspunkte sind dabei v. a. die jeweiligen Vermittlungschancen des Betroffenen. 28

Ist der Zeitraum für den Leistungsexport verbraucht, hat der Versicherte, selbst wenn die Dauer seines Anspruchs auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit noch nicht erschöpft ist, keinen Anspruch auf **Bewilligung eines erneuten Leistungsexports**. Dafür ist vielmehr erforderlich, dass zwischenzeitlich eine neue Beschäftigung ausgeübt worden ist. Die Erfüllung einer neuen Anwartschaftszeit ist nicht erforderlich. 29

VI. Durchführungsvorschriften

Nach Art. 55 Abs. 1 DVO ist der Versicherte verpflichtet, sich vor der Ausreise vom zuständigen Träger die Berechtigung zur Mitnahme des Anspruchs bescheinigen zu lassen. Die Träger verwenden hierfür das **PD U2**, das den früheren Vordruck E 303 ersetzt hat. Darauf sind unter anderem der letzte Tag der Verfügbarkeit im zuständigen Staat, der Ablauf der Meldefrist und die Dauer des Leistungsexports vermerkt. Die Bescheinigung hat den Rechtscharakter einer Zusicherung iSv § 34 SGB X[54]. Wenn sich der Versicherte innerhalb von sieben Tagen dem ausländischen Träger zur Verfügung stellt, hat er folglich einen Rechtsanspruch auf die Mitnahme der Leistungen bei Arbeitslosigkeit aus dem zuständigen Staat. 30

Die Arbeitsverwaltung des Aufenthaltsstaats muss den Versicherten über seine Rechte und Pflichten informieren, Art. 55 Abs. 3 DVO. Sie hat ferner den Träger des zuständigen Staates über jede Änderung der persönlichen oder familiären Situation des Versicherten unterrichten, die Auswirkungen auf dessen Leistungsanspruch haben kann, Art. 55 Abs. 4 S. 2 DVO. Überdies darf der zuständige Träger den Träger des Aufenthalts ersuchen, ihm monatlich Informationen über die Situation des Arbeitslosen zu übermitteln, insbesondere dessen Verfügbarkeit, seine Eigenbemühungen und die Einhaltung der Kontrollmaßnahmen. Für die Meldung wird das **SED U009**, für den elektronischen Datenaustausch die **SEDs U007 bis U016 und U028** verwendet. 31

Artikel 65 Arbeitslose, die in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat gewohnt haben

(1) [1]Eine Person, die während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat gewohnt hat, muss sich bei Kurzarbeit oder sonstigem vorübergehendem Arbeitsausfall ihrem Arbeitgeber oder der Arbeitsverwaltung des zuständigen Mitgliedstaats zur Verfügung stellen. [2]Sie erhält Leistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständi-

52 JurisPK/Kador Art. 64 Rn. 40.
53 JurisPK/Kador Art. 64 Rn. 42; Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 24.
54 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 64 Rn. 15; BeckOK/*Utz* Art. 64 Rn. 14.

gen Mitgliedstaats, als ob sie in diesem Mitgliedstaat wohnen würde. [3]Diese Leistungen werden von dem Träger des zuständigen Mitgliedstaats gewährt.

(2) [1]Eine vollarbeitslose Person, die während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat gewohnt hat und weiterhin in diesem Mitgliedstaat wohnt oder in ihn zurückkehrt, muss sich der Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaats zur Verfügung stellen. [2]Unbeschadet des Artikels 64 kann sich eine vollarbeitslose Person zusätzlich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats zur Verfügung stellen, in dem sie zuletzt eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat.

Ein Arbeitsloser, der kein Grenzgänger ist und nicht in seinen Wohnmitgliedstaat zurückkehrt, muss sich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats zur Verfügung stellen, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für ihn gegolten haben.

(3) [1]Der in Absatz 2 Satz 1 genannte Arbeitslose muss sich bei der zuständigen Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaats als Arbeitsuchender melden, sich dem dortigen Kontrollverfahren unterwerfen und die Voraussetzungen der Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats erfüllen. [2]Entscheidet er sich dafür, sich auch in dem Mitgliedstaat, in dem er zuletzt eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, als Arbeitsuchender zu melden, so muss er den in diesem Mitgliedstaat geltenden Verpflichtungen nachkommen.

(4) Die Durchführung des Absatzes 2 Satz 2 und des Absatzes 3 Satz 2 sowie die Einzelheiten des Informationsaustauschs, der Zusammenarbeit und der gegenseitigen Amtshilfe zwischen den Trägern und Arbeitsverwaltungen des Wohnmitgliedstaats und des Mitgliedstaats, in dem er zuletzt eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, werden in der Durchführungsverordnung geregelt.

(5) a) Der in Absatz 2 Sätze 1 und 2 genannte Arbeitslose erhält Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, als ob diese Rechtsvorschriften für ihn während seiner letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gegolten hätten. Diese Leistungen werden von dem Träger des Wohnorts gewährt.

b) Jedoch erhält ein Arbeitnehmer, der kein Grenzgänger war und dem zulasten des zuständigen Trägers des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für ihn gegolten haben, Leistungen gewährt wurden, bei seiner Rückkehr in den Wohnmitgliedstaat zunächst Leistungen nach Artikel 64; der Bezug von Leistungen nach Buchstabe a) ist während des Bezugs von Leistungen nach den Rechtsvorschriften, die zuletzt für ihn gegolten haben, ausgesetzt.

(6) [1]Die Leistungen des Trägers des Wohnorts nach Absatz 5 werden zu seinen Lasten erbracht. [2]Vorbehaltlich des Absatzes 7 erstattet der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für ihn gegolten haben, dem Träger des Wohnorts den Gesamtbetrag der Leistungen, die dieser Träger während der ersten drei Monate erbracht hat. [3]Der zu erstattende Betrag für diesen Zeitraum darf nicht höher sein als der Betrag, der nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats bei Arbeitslosigkeit zu zahlen gewesen wäre. [4]In den Fällen des Absatzes 5 Buchstabe b) wird der Zeitraum, während dessen Leistungen nach Artikel 64 erbracht werden, von dem in Satz 2 des vorliegenden Absatzes genannten Zeitraum abgezogen. [5]Die Einzelheiten der Erstattung werden in der Durchführungsverordnung geregelt.

(7) Der Zeitraum, für den nach Absatz 6 eine Erstattung erfolgt, wird jedoch auf fünf Monate ausgedehnt, wenn die betreffende Person in den vorausgegangenen 24 Monaten Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit von mindestens 12 Monaten in dem Mitgliedstaat zurückgelegt hat, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für sie gegolten haben, sofern diese Zeiten einen Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit begründen würden.

(8) Für die Zwecke der Absätze 6 und 7 können zwei oder mehr Mitgliedstaaten oder ihre zuständigen Behörden andere Erstattungsverfahren vereinbaren oder auf jegliche Erstattung zwischen den in ihre Zuständigkeit fallenden Trägern verzichten.

Artikel 56 DVO

(1) Beschließt ein Arbeitsloser, sich nach Artikel 65 Absatz 2 oder Artikel 65 a Absatz 1 der Grundverordnung auch der Arbeitsverwaltung in dem Mitgliedstaat zur Verfügung zu stellen, der keine Leis-

tung gewährt, indem er sich dort als Arbeitsuchender meldet, so teilt er dies dem Träger und der Arbeitsverwaltung des leistungsgewährenden Mitgliedstaats mit.
Auf Ersuchen der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, der keine Leistung gewährt, übermittelt die Arbeitsverwaltung des leistungsgewährenden Mitgliedstaats dieser die maßgeblichen Informationen zur Meldung und zur Arbeitsuche des Arbeitslosen.
(2) Sehen die geltenden Rechtsvorschriften in den betreffenden Mitgliedstaaten vor, dass der Arbeitslose bestimmte Pflichten erfüllt und/oder bestimmte Schritte zur Arbeitssuche unternimmt, so haben die Pflichten des Arbeitslosen in dem Mitgliedstaat, der die Leistung gewährt, und/oder seine dort zur Arbeitssuche zu unternehmenden Schritte Vorrang.
Falls ein Arbeitsloser in dem Mitgliedstaat, der ihm keine Leistung gewährt, nicht allen Pflichten nachkommt und/oder nicht alle Schritte zur Arbeitssuche unternimmt, so hat dies keine Auswirkungen auf die Leistungen, die in dem anderen Mitgliedstaat gewährt werden.
(3) Bei der Anwendung von Artikel 65 Absatz 5 Buchstabe b der Grundverordnung teilt der Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für den Arbeitslosen galten, dem Träger des Wohnorts auf dessen Ersuchen hin mit, ob der Arbeitslose einen Leistungsanspruch nach Artikel 64 der Grundverordnung hat.

Artikel 57 DVO

(1) Die Artikel 54 und 55 der Durchführungsverordnung gelten entsprechend für Personen, die von einem Arbeitslosensondersystem für Beamte erfasst sind.
(2) [1]Artikel 56 der Durchführungsverordnung gilt nicht für die von einem Arbeitslosensondersystem für Beamte erfassten Personen. [2]Von einem Arbeitslosensondersystem für Beamte erfasste Arbeitslose, die teil- oder vollarbeitslos sind und während ihrer letzten Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als dem zuständigen Staat wohnten, erhalten Leistungen aus dem Arbeitslosensondersystem für Beamte nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als wohnten sie im Hoheitsgebiet des zuständigen Mitgliedstaats. [3]Diese Leistungen werden vom zuständigen Träger erbracht und gehen zu seinen Lasten.

I. Allgemeines 1
II. Personeller Anwendungsbereich 5
1. Grenzgänger iSv Art. 1 lit. f) 5
2. Unechte Grenzgänger 8
3. Selbstständige Grenzgänger 12
III. Leistungen bei Kurzarbeit 13
IV. Leistungen bei Vollarbeitslosigkeit 17
1. Grenzgänger 17
2. Unechte Grenzgänger 23
3. Vorgaben für die Gewährung von Entgeltersatzleistungen 25
a) Begrenztes Wahlrecht 25
b) Wahlrecht für „atypische" Grenzgänger? 30
c) Leistungen für selbstständige arbeitslose Grenzgänger 34
d) Leistungen an unechte Grenzgänger bei Rückkehr in den Wohnstaat 35
V. Kostenerstattung zwischen den Trägern 37
1. Begrenzter Anspruch des Wohnstaats 37
2. Verlängerter Erstattungszeitraum 42
VI. Durchführungsbestimmungen 44

I. Allgemeines

Art. 65 regelt die **Rechtsstellung arbeitsloser Grenzgänger** und aller übrigen Personen, bei denen **Beschäftigungs- und Wohnstaat auseinanderfallen.**[1] Die Norm zielt auf die Sicherstellung der **Arbeitnehmerfreizügigkeit** (Art. 48 AEUV) und die Sicherstellung bestmöglicher Vermittlungschancen für Grenzgänger ab.[2] Für diese ist regelmäßig der Wohnmitgliedstaat für die Arbeitsvermittlung zuständig und nur ausnahmsweise der Beschäftigungsstaat. Zuständigkeit und Rechtsfolgen unterscheiden sich danach, ob es sich um Teil- oder Vollzeitarbeitslose sowie um „echte" (Art. 1 lit. f.) oder „unechte Grenzgänger" handelt. 1

Leistungen bei Teilarbeitslosigkeit bzw. **Kurzarbeit** (Art. 65 Abs. 1) werden nach dem **Recht des Beschäftigungsstaates** erbracht, der Grenzgänger muss sich dort der Arbeitsverwaltung zur Verfügung stellen. Grund dafür ist die Annahme, dass am Ort der bisherigen Beschäftigung die besten Vermittlungschancen bestehen. Der Grenzgänger unterhält schließlich bei Kurzarbeit nach wie vor den unmit- 2

1 *Fuchs* Art. 65 Rn. 1.
2 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 61 Rn. 15.

telbaren Kontakt zum Arbeitsmarkt im Beschäftigungsland, das Arbeitsverhältnis existiert fort.[3] Kurzarbeiter bleiben daher nach dem Recht des Beschäftigungsstaats versichert.

3 **Leistungen bei Vollarbeitslosigkeit** (Art. 65 Abs. 2–5) erhalten „echte" Grenzgänger und „unechte" Grenzgänger, die in ihren Wohnstaat zurückkehren, nach dem Recht des **Wohnstaats**. Unechte Grenzgänger, die im Beschäftigungsstaat verbleiben, erhalten dagegen Leistungen nach dem Recht des Beschäftigungsstaates, Art. 65 Abs. 2 S. 3. Art. 65 Abs. 2 S. 2 erlaubt Grenzgängern, sich **zusätzlich** auch bei der Arbeitsverwaltung des **Beschäftigungsstaates zu** registrieren. Leistungen werden in diesem Fall jedoch gleichwohl allein nach dem Recht des Wohnstaats erbracht, Art. 65 Abs. 5 lit. a).

4 Das **Erstattungsverfahren** nach Art. 65 Abs. 6–8 sorgt für einen **Lastenausgleich zwischen den beteiligten Trägern**. Der Wohnmitgliedstaat hat (als regelmäßig zuständiger Staat für Leistungen an Grenzgänger) einen zeitlich begrenzten **Erstattungsanspruch** gegenüber dem ehemaligen Beschäftigungsstaat. Dieser dient als Ausgleich für die Beitragseinnahmen, die dieser (anders als der Wohnstaat) in seinem Sozialversicherungssystem verbuchen konnte.

II. Personeller Anwendungsbereich

5 **1. Grenzgänger iSv Art. 1 lit. f).** Ein **Grenzgänger iSv Art. 1 lit.** f) ist eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt und in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, in den sie in der Regel täglich, mindestens jedoch einmal wöchentlich zurückkehrt. Die Legaldefinition bezieht sich also auf **Pendler, einschließlich der Wochenendpendler**. Die Grenzgängereigenschaft folgt nicht notwendig aus einem grenznahen Wohnort.[4] Wesentlich für ist das **Auseinanderfallen von Wohn- und Beschäftigungsstaat.**[5]

6 Der Begriff der **Rückkehr** ist eng auszulegen, um eine enge Bindung des Grenzgängers zum Wohnstaat und damit eine sichere Abgrenzung zu sonstigen Wanderarbeitnehmern zu gewährleisten. Eine Rückkehr in den Wohnstaat liegt nicht vor, wenn der Wohnsitz im Herkunftsstaat zunächst aufgegeben wird, der Versicherte diesen aber später doch wieder dort begründet.[6] Bei lediglich **besuchsweiser Anwesenheit im Herkunftsland** handelt es sich ebenfalls nicht um Grenzgänger, sondern um gewöhnliche Wanderarbeitnehmer.[7]

7 Beginn und Ende der Grenzgängereigenschaft sind anhand der **tatsächlichen Gegebenheiten** zu ermitteln, unter denen der Grenzgänger seine Tätigkeit **ausübt**. Arbeitslose, die ihren Wohnsitz erst nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses in einen anderen Mitgliedstaat als dem früheren Beschäftigungsstaat verlegen, sind daher keine Grenzgänger.[8] Dies gilt auch, wenn die Person noch Krankengeld bezieht, oder wenn die Beschäftigung aufgrund von Resturlaub bis zum rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses tatsächlich nicht mehr ausgeübt wird und der Betroffene also nicht oder nicht mehr pendelt. Es kann sich dann aber um „unechte Grenzgänger" handeln.[9]

8 **2. Unechte Grenzgänger.** Neben den Leistungen für echte Grenzgänger regelt Art. 65 auch den Leistungszugang für Personen, die keine Grenzgänger sind und nicht in ihren Wohnmitgliedstaat zurückkehren. Dabei handelt es sich um Personen, die in einem Mitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit ausüben und in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, dorthin enge Bindungen aufrechterhalten, in den sie aber **seltener als einmal die Woche** zurückkehren. Diese sog unechten Grenzgänger werden in Ziff. 1 des **Beschlusses Nr. U2** indirekt dadurch näher bestimmt, dass die Rechtsfolgen des Art. 65 außer auf echte Grenzgänger im Sinne von Art. 1 lit. f) auf **Seeleute** (Art. 11 Abs. 4), **Mehrfachbeschäftigte** (Art. 13) und solche Personen erstreckt werden, für die eine **Ausnahmevereinbarung** gilt (Art. 16) – immer unter der Voraussetzung, dass die Person während ihrer letzten Erwerbstätigkeit nicht im zuständigen Staat gewohnt hat.

9 Die Aufzählung in Beschluss Nr. U2 ist nicht abschließend. Der Status des unechten Grenzgängers setzt **enge Beziehungen zum Wohnstaat (Art. 11 VO 987/2009)** voraus und gilt nicht pauschal für alle

3 *Giesen* ZESAR 2015, 193 (194).
4 BSG 7.10.2009 – B 11 AL 25/08 R, BSGE 104, 280.
5 EuGH 11.10.1984 – Rs 128/83, Slg 1984, 3507 – Guyot.
6 EuGH 13.11.1990 – Rs C-216/89, Slg 1990, I-4163 – Reibold; EuGH 17.2.1977 – Rs 76/76, Slg 1977, 315 – Di Paolo.
7 HessLSG 26.3.1999 – L 10 AL 1457/96.
8 LSG NRW 7.12.2004 – L 18 KN 106/03.
9 EuGH 22.9.1988 – Rs 236/87, Slg 1988, 5125 – Bergemann.

Personen, deren Familien im Heimatland geblieben sind.[10] **Kriterien** für die Ermittlung des Lebensmittelpunkts sind das Beibehalten der Wohnung, Beziehungen zu Familie und Freunden, die Ausübung gesellschaftlicher oder politischer Aktivitäten, der Planungshorizont bei Aufnahme der Beschäftigung in einem anderen Staat, die Abwanderungsgründe sowie die Art der Tätigkeit.[11] Die Verlegung des Wohnortes kann auch noch innerhalb eines inaktiven Zeitraums (Krankheit, Urlaub) während der letzten Beschäftigung erfolgen, selbst wenn die betreffende Person nicht mehr an ihren Beschäftigungsort zurückkehrt.[12]

Unechte Grenzgänger sind Saisonarbeitnehmer[13] und **entsandte Arbeitnehmer**, aber auch **Beamte** nach Art. 1 lit. j) bzw. die ihnen gleichgestellten **Angehörigen des Öffentlichen Dienstes**, die nach diesen Kriterien einen neuen **Wohnort begründen**. Unechte Grenzgänger sind regelmäßig auch **Transportarbeiter im internationalen Verkehrswesen**, die nach dem Recht eines anderen Staates als ihres Wohnortes versichert sind.[14] 10

Die Terminologie stößt an ihre Grenzen, wenn es um Leistungen an **hochmobile Personen** wie Künstler oder Wissenschaftler mit mehreren und wechselnden Aufenthaltsorten in verschiedenen Mitgliedstaaten geht. Auch solche Personen, die ihre Erwerbstätigkeit im Ausland von ihrem inländischen Wohnsitz aus mit einem **Telearbeitsplatz** ausüben, haben bislang weder in der VO noch in den Beschlüssen der Verwaltungskommission einen Niederschlag gefunden. Sie werden als unechte Grenzgänger eingestuft.[15] Entsprechend den allgemeinen arbeitsrechtlichen Prinzipien wäre jedoch je nach den Umständen auch eine sozialrechtliche Gleichbehandlung mit den übrigen Betriebsangehörigen interessengerecht. Diese kann im Einzelfall zumindest durch eine Ausnahmevereinbarung nach Art. 16 hergestellt werden. 11

3. Selbstständige Grenzgänger. Der Anwendungsbereich des Art. 65 erfasst grundsätzlich auch **selbstständig Erwerbstätige** bzw. ehemals selbstständige Grenzgänger, soweit diese anrechenbare Zeiten in Mitgliedstaaten zurückgelegt haben, die über ein Versicherungssystem für Selbstständige verfügen. Dies wirft allerdings die Frage auf, inwieweit ein solcher Staat als Staat der letzten Erwerbstätigkeit zum Export des Arbeitslosengeldes in den Wohnstaat verpflichtet ist, wenn dessen nationales Recht selbst keine Möglichkeit zur Versicherung gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit für Selbstständige vorsieht. Diese spezifische Frage regelt der durch VO (EU) 465/2012 neu in das koordinierende Sozialrecht aufgenommene **Artikel 65 a.** 12

III. Leistungen bei Kurzarbeit

Art. 65 Abs. 1 regelt den Leistungsanspruch von Grenzgängern bei **Kurzarbeit oder sonstigem vorübergehenden Arbeitsausfall. Beschluss Nr. U3** vom 12.6.2009 erläutert den Begriff der **Kurzarbeit** (→ Vorbem. Rn. 16) und stellt dabei darauf ab, ob das Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fortbesteht und lediglich die Arbeitspflicht (teilweise) vorübergehend ausgesetzt ist.[16] Es kommt nicht darauf an, ob ein Arbeitsverhältnis bei ein- und demselben Arbeitgeber fortbesteht. Nach Auffassung des EuGH liegt Kurzarbeit auch vor, wenn ein Vollzeitbeschäftigungsverhältnis endet und ein Teilzeitbeschäftigungsverhältnis bei einem anderen Arbeitnehmer begründet wird.[17] Der Begriff der Kurzarbeit sei unionsweit einheitlich auszulegen, um das Ziel der schnellen Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt erreichen zu können.[18] Vollarbeitslosigkeit setze im Gegensatz zur Kurzarbeit voraus, dass der Grenzgänger keinerlei Bindungen mehr zum früheren Beschäftigungsstaat habe, dass er in diesem Staat also gar keiner Beschäftigung mehr nachgeht.[19] 13

10 Erwägungsgrund 9.
11 EuGH 17.2.1977 – Rs 76/76, Slg 1977, 315 – Di Paolo; BSG 12.12.90 – 11 RAr 141/90, BSGE 68, 75; s. auch die Kriterien der BA, GA IntRecht Alv, Alg n. ABesch/AWort, Ziffer 8 ff.
12 EuGH 22.9.1988 – Rs 236/87, Slg 1988, 5125 – Bergemann.
13 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 65 Rn. 8.
14 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 27.
15 JurisPK/*Kador* Art. 61 Rn. 27.
16 *Fuchs* Art. 65 Rn. 5; jurisPK/*Kador* Art. 65 Rn. 23.
17 EuGH, 5.2.2015 – Rs C-655/13, NZS 2015, 261 – Mertens.
18 EuGH, 15.3.2001 – Rs C-444/98, Slg 2001, I-2229 – de Laat; EuGH, 5.2.2015 – Rs C-655/13, NZS 2015, 261 – Mertens.
19 EuGH 12.6.1986 – Rs 1/85, Slg 1986, 1837 Rn. 15 – Miethe; EuGH 11.6.1998 – Rs C-275/96, Slg 1998, I-3419 – Kuusijärvi; EuGH 11.11.2004 – Rs C-372/02, Slg 2004, I-10761 – Adanez-Vega.

14 Von Kurzarbeit betroffene Grenzgänger müssen sich der Arbeitsverwaltung des zuständigen Mitgliedstaats, also des Beschäftigungsstaats **zur Verfügung stellen** (Art. 65 Abs. 1 S. 1), dh die Bereitschaft zur Eingliederung in dessen Arbeitsmarkt bekunden, sich arbeitsuchend melden und sich deren Kontrolle unterwerfen.[20] Der Versicherte muss bereit und in der Lage sein, ohne Zeitverzögerung in den Arbeitsmarkt des zuständigen Staates integriert zu werden (vgl. § 98 Abs. 4 SGB III). Die Alternative „sich dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen" stellt klar, dass bei Kurzarbeit das Beschäftigungsverhältnis nicht endet.

15 Der Arbeitnehmer erhält Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates, als ob er dort wohnen würde (Art. 65 Abs. 1 S. 2). Er muss also die im nationalen Recht dieses Staates statuierten Voraussetzungen für den Bezug von Leistungen erfüllen. **Art. 65 Abs. 1 S. 2** („als ob er in dem Mitgliedstaat der Beschäftigung wohnen würde") stellt klar, dass im nationalen Recht gründende **Wohnsitzklauseln unbeachtlich** sind. **Art. 65 Abs. 1 S. 3** stellt (abweichend von Art. 65 Abs. 5) klar, dass der Beschäftigungsstaat auch für die Erbringung der Leistungen zuständig ist. Die Leistungen werden vom Träger des zuständigen Beschäftigungsstaats folglich auf dessen Rechnung erbracht, so dass es keines Lastenausgleichs zwischen den Trägern bedarf.

16 Übersiedelt ein arbeitsloser (echter oder unechter) Grenzgänger nach Eintritt der Kurzarbeit in den Staat seiner bisherigen Beschäftigung, steht ihm im Beschäftigungsstaat ein originärer Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu. Der durch den Umzug begründete Statutenwechsel hebt die Anwendungsvoraussetzungen der Art. 64, 65 auf.[21]

IV. Leistungen bei Vollarbeitslosigkeit

17 **1. Grenzgänger.** Nach Art. 65 Abs. 2 S. 1 muss sich eine vollarbeitslose Person, die in einem anderen als dem zuständigen Beschäftigungsstaat gewohnt hat, der **Arbeitsverwaltung des Wohnstaats** zur Verfügung stellen. Dem liegt die Vermutung besserer Vermittlungschancen im Wohnstaat zugrunde, die auf eine regelmäßig engere Verbindung infolge der familiären, gesellschaftlichen oder auch sprachlichen Verwurzelung des Grenzgängers gestützt ist.[22] Die **Bestimmung des Wohnorts** erfolgt in Zweifelsfällen anhand der in **Art. 11 Abs. 1 DVO** genannten Kriterien. Maßgeblich ist dabei auch der aus den äußeren Umständen heraus erkennbare Wille der betroffenen Person.

18 Art. 65 Abs. 2 S. 2 eröffnet Grenzgängern die **Option, sich „zusätzlich" der Arbeitsverwaltung des letzten Beschäftigungsstaats zur Verfügung stellen.** Grenzgänger können sich also nur **kumulativ** beiden Arbeitsverwaltungen zur Verfügung stellen.[23] Sie sind nicht berechtigt, sich allein der Arbeitsverwaltung des letzten Beschäftigungsstaats zur Verfügung zu stellen. Art. 56 Abs. 2 DVO bekräftigt diesen Vorrang des Wohnsitzstaats. Die Möglichkeit, sich zusätzlich der Arbeitsverwaltung im ehemaligen Beschäftigungsstaat zur Verfügung zu stellen, verfolgt das Anliegen, dem Grenzgänger alle Möglichkeiten zu eröffnen, die Arbeitslosigkeit schnell zu beenden. Sie beruht auf der Vermutung einer engen Bindung des Grenzgängers auch zum Beschäftigungsland.

19 Der Kreis der von Art. 65 Abs. 2 erfassten vollarbeitslosen **Grenzgänger** wird durch **Beschluss Nr. U2** vom 12.6.2009 näher bestimmt. **Vollarbeitslos** ist, wer vollständig ohne Beschäftigung und nicht nur in Kurzarbeit steht (→ Vorbem. Rn. 15). Anders als bei Kurzarbeit wird im Falle der Vollarbeitslosigkeit zwischen echten **Grenzgängern** nach S. 1 und 2 und den **„unechten" Grenzgängern, die nicht in den Wohnstaat zurückkehren** (S. 3), unterschieden. Der Leistungsanspruch wird in Art. 65 Abs. 5 geregelt.

20 Die Aufnahme einer **Teilzeittätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat** steht dem Bezug von Leistungen bei Arbeitslosigkeit im zuständigen Staat nicht entgegen, vgl. **Empfehlung Nr. U1** vom 12.6.2009. Hierzu können die Mitgliedstaaten **Ausnahmevereinbarungen** treffen, die vorsehen, dass die betroffenen Personen sowohl hinsichtlich der Entrichtung der Beiträge als auch hinsichtlich der Leistungsgewährung ausschließlich den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats unterliegen.

21 Nach **Art. 65 Abs. 3 S. 1** müssen sich **vollarbeitslose echte Grenzgänger** bei der zuständigen Arbeitsverwaltung des Wohnstaates melden, sich dem dortigen Kontrollverfahren unterwerfen und die weite-

20 EuGH 1.2.1996 – Rs C-308/94, Slg 1996, I-207 Rn. 27 – Naruschawicus.
21 EuGH, 11.10.1984 – Rs 128/83, Slg 1984, 3507 – Guyot.
22 EuGH 12.6.1986 – Rs 1/85, Slg 1986, 1837, Rn. 15 – Miethe.
23 JurisPK/*Kador* Art. 65 Rn. 32; *Reichenberger* NZS 2018, 1309 (1311).

ren Voraussetzungen nach dem nationalen Recht erfüllen, in Deutschland umfasst dies neben der Meldung (§ 141 SGB III) auch eine frühzeitige Arbeitsuche (§ 38 Abs. 1 SGB III), Eigenbemühungen (§ 138 Abs. 1 Nr. 2 SGB III), Verfügbarkeit (§ 138 Abs1 Nr. 3 SGB III), Meldepflichten (§ 309 SGB III) sowie die Sperrzeittatbestände (§ 159 SGB III) und weiterer Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld (§§ 136 ff. SGB III) einschließlich der Mitwirkungspflichten (§§ 60 ff. SGB I).

Grenzgänger, die das Wahlrecht aus Art. 65 Abs. 2 S. 2 wahrgenommen und sich zusätzlich im Beschäftigungsstaat gemeldet haben, müssen gemäß Art. 65 Abs. 3 S. 2 auch den nach dem nationalen Recht dieses Staates geltenden Anforderungen nachkommen.[24] Sind mit der Arbeitsuche gleichartige Pflichten verbunden, haben die Pflichten im leistungsgewährenden Staat Vorrang, Art. 56 Abs. 2 DVO. Diese Norm regelt auch den Informationsaustausch, die Zusammenarbeit zwischen den Trägern und die gegenseitige Amtshilfe. 22

2. Unechte Grenzgänger. Art. 65 Abs. 2 S. 3 trifft eine abweichende Regelung für vollarbeitslose **unechte Grenzgänger, die nicht in ihren Wohnmitgliedstaat zurückkehren.** Diese Personen haben sich zwingend[25] zumindest der **Arbeitsverwaltung des Beschäftigungsstaats** zur Verfügung zu stellen. Wählen sie einen anderen Staat für die Arbeitsvermittlung, ist ihnen dies kraft ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit unbenommen, hat aber den Verlust von Leistungen bei Arbeitslosigkeit zur Folge.[26] 23

Die Interessenlage der unechten Grenzgänger unterscheidet sich keineswegs zwingend von den echten Grenzgängern. Der EuGH hat bereits 1986 in der Rechtssache **Miethe** festgestellt, dass ein vollarbeitsloser Arbeitnehmer, der im Mitgliedstaat der letzten Beschäftigung **persönliche und berufliche Bindungen** solcher Art aufrechterhält, dass er dort die besten Aussichten auf berufliche Wiedereingliederung hat, einen besonderen Status als „Arbeitnehmer, der nicht Grenzgänger ist", verdient.[27] Die besonderen Zuständigkeitsregelungen für Grenzgänger im weiteren Sinne müssen „sicherstellen, dass dem Wanderarbeitnehmer die Leistungen bei Arbeitslosigkeit unter den für die Arbeitsuche günstigsten Voraussetzungen gewährt werden. Die Leistungen umfassen nicht nur Geldzahlungen, sondern auch die Unterstützung bei der beruflichen Wiedereingliederung, die die Arbeitsverwaltung den ihr zur Verfügung stehenden Arbeitnehmern gewährt".[28] Die Indizien für die notwendige enge Bindung an den Wohnstaat ähneln denen zur Bestimmung des Wohnstaats (Art. 11 DVO). 24

3. Vorgaben für die Gewährung von Entgeltersatzleistungen. a) Begrenztes Wahlrecht. Nach Art. 65 Abs. 5 lit. a) erhalten echte wie unechte Grenzgänger Entgeltersatzleistungen nach den **Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats,** als hätte ihre letzte Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit dem Recht dieses Staates unterlegen. Art. 65 ordnet damit in Abweichung von Art. 11 Abs. 3 lit. a) einen Statutenwechsel an. 25

Diese **Fiktion** wird bedeutsam, wenn ein Grenzgänger nach Art. 65 Abs. 5 lit. a) Leistungen im Wohnstaat und zugleich einen Leistungsexport nach Art. 64 in den Beschäftigungsstaat beansprucht. Da der Wohnortstaat Leistungen gewährt, „als ob" er der letzte Beschäftigungsstaat sei, ruhen die Leistungsansprüche gegen diesen, erlöschen aber nicht. Der Beschäftigungsstaat ist also weiterhin der zuständige Staat.[29] 26

Verlegt der Versicherte seinen Wohnsitz später in den Staat der letzten Beschäftigung, wird dieser ausschließlich zuständig.[30] Anderenfalls würde es zu einer **Anspruchskonkurrenz** zwischen dem Mitnahmeanspruch nach Art. 64 und dem originären Leistungsanspruch gegen den ehemaligen Beschäftigungsstaat kommen. Stattdessen hat der Versicherte also einen originären Anspruch auf Leistungen gegen den Staat der letzten Beschäftigung und jetzigen Wohnstaat, erhält also nicht über Art. 64 Leis- 27

24 JurisPK/*Kador* Art. 65 Rn. 36.
25 EuGH 11.4.2013 – Rs C-443/11, ZESAR 2013, 366 – Jeltes.
26 *Vießmann* ZESAR 2015, 149 (154).
27 EuGH 12.6.1986 Rs 1/85, Slg 1986, 1837 – Miethe.
28 Ebd Rn. 16.
29 Gagel/*Fuchs/Horn* Rn. 67; Hauck/Noftz/*Otting* Art. 65 Rn. 9; BeckOK/*Utz* Art. 65 Rn. 8.
30 EuGH 7.3.1985 – Rs 145/84, Slg 1985, 801 – Cochet; EuGH 13.3.1997 – Rs C-131/95, Slg 1997, I-1409 – Huijbrechts.

tungen aus dem früheren Wohnstaat.[31] Der originäre Anspruch geht folglich vor,[32] jedenfalls dann, wenn der Wohnsitz dauerhaft in den Beschäftigungsstaat verlegt wird.[33]

28 Auch wenn sich ein echter Grenzgänger in Ausübung seines Wahlrecht nach Art. 65 Abs. 2 zusätzlich der Arbeitsverwaltung des Beschäftigungsstaates zur Verfügung stellt, bleibt es bei der **alleinigen Zuständigkeit des Wohnmitgliedstaats.**[34] Allein der Umstand, dass er im früheren Beschäftigungsstaat Vermittlungsleistungen in Anspruch nimmt, bewirkt also keinen Zugang zu Entgeltersatzleistungen nach dessen nationalem Recht.[35] Stellt er sich der Arbeitsverwaltung eines weiteren Mitgliedstaats – also weder des Wohn- noch Beschäftigungsstaats – zur Verfügung, ist ihm dies aufgrund seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit unbenommen. Das Sekundärrecht sieht für diesen Fall aber keine leistungsrechtlichen Ansprüche gegen den dritten Staat vor.[36]

29 Die Leistungsbewilligung setzt voraus, dass die **Anspruchsvoraussetzungen** nach dem nationalen Recht des Wohnstaats (§§ 136 ff. SGB III) erfüllt sind. Voraussetzungen wie die persönliche Arbeitslosmeldung oder die Verfügbarkeit können ihrer Natur nach nicht im Rahmen der Sachverhaltsgleichstellung (Art. 5 lit. b) oder unter Berufung auf die Freizügigkeit durch Handlungen im Ausland ersetzt werden.[37] Nach Art. 63 werden Wohnortklauseln deshalb für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit nur in den Grenzen der Art. 64 und 65 aufgehoben.

30 **b) Wahlrecht für „atypische" Grenzgänger?** Unechte Grenzgänger haben das Privileg, nicht in ihren Wohnmitgliedstaat zurückkehren zu müssen und sich ausschließlich der Arbeitsverwaltung des Beschäftigungsstaates zur Verfügung stellen zu können (Art. 65 Abs. 2 S. 3). Sie können auf diese Weise einen Statutenwechsel herbeiführen.[38] Der EuGH hat dieses **Wahlrecht** in Ausnahmefällen **auf andere „atypische" Grenzgänger erstreckt.**[39] Als „atypischer Grenzgänger" galt der Versicherte in diesem Fall, weil er während seines gesamten Erwerbslebens in ein und demselben Mitgliedstaat gearbeitet hatte, sodass seine Vermittlungschancen im Beschäftigungsstaat im Vergleich zum Wohnstaat als aussichtsreicher zu qualifizieren waren. Auch diesem Personenkreis war nach Auffassung des EuGH ausgehend vom Sinn und Zweck der Regelungen über die Leistungen bei Arbeitslosigkeit das Recht zugestanden, sich nicht im Wohnstaat der Vermittlung zur Verfügung zu stellen. Anzustreben sei stets die schnellstmögliche Vermittlung, sodass diesen Grenzgängern Leistungen im Beschäftigungsstaat zu gewähren sind, sofern wegen dessen enger Bindungen Aussicht auf schnelle Eingliederung in dessen Arbeitsmarkt besteht.

31 Bei der Reform des Verordnungsrechts wurde diese Rechtsprechung jedoch nicht kodifiziert. Die Motive des Verordnungsgebers für dieses Unterlassen lagen bereits während der Diskussion in Rat und Parlament im Dunkeln[40] und wurden auch in keinem Erwägungsgrund klargestellt. Es ist deshalb fraglich, ob die **Miethe-Rechtsprechung** des EuGH auch im Rahmen von Art. 65 gilt. Die Regelungen über die unechten Grenzgänger wurden jedoch im Vergleich zur Vorgänger-VO 1408/71 insoweit verändert, dass sich der Betroffene nach Art. 65 Abs. 2 nunmehr „zusätzlich" der Arbeitsverwaltung des Beschäftigungsstaats zur Verfügung stellen kann. Dadurch wird einer besonderen Bindung an den Beschäftigungsstaat bereits weitgehend Rechnung getragen, so dass dort zB auch Leistungen der aktiven Arbeitsförderung erbracht werden können.

32 Damit ist der Miethe-Rechtsprechung die Grundlage entzogen.[41] Es sind zwar weiterhin Fälle denkbar, in denen praktisch keine Bindungen des Versicherten an den Wohnstaat bestehen und die Vermittlungschancen im bisherigen Beschäftigungsstaat deutlich günstiger erscheinen. Es scheint dann wenig sinnvoll, diese Personen der Arbeitsverwaltung des Wohnortes zu unterstellen.[42] Zudem ist kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung zum echten Grenzgänger ersichtlich. Es wurde daher ver-

31 BeckOK/*Utz* Art. 65 Rn. 9.
32 Eicher/Schlegel/*Greiser* Rn. 11.
33 Vgl. jurisPK-SGB I/*Kador* Rn. 8; *Ließmann* ZESAR 2015 149 (155); BeckOK/*Utz* Art. 65 Rn. 8.
34 Erwägungsgrund 13 DVO.
35 *Giesen* ZESAR 2015, 193, Fn. 2; kritisch *Reichenberger* NZS 2018, 1309 (1312 f.).
36 *Ließmann* ZESAR 2015 149, 154.
37 EuGH 18.7.2006 – Rs C-406/04, Slg 2006, I-6947 – De Cuyper; aA offenbar *Ließmann* ZESAR 2018, 449 (454 f.).
38 *Eichenhofer* Rn. 269.
39 EuGH 12.6.1986 – Rs 1/85, Slg 1986, 1837 – Miethe.
40 S. die Nachweise bei *Pennings* (2009), 284 ff.
41 Hauck/Noftz/*Schlegel* Rn. 15; *Eichenhofer* Rn. 268; BeckOK/*Utz* Art. 65 Rn. 15.
42 *Wendtland* ZESAR 2009, 360.

treten, dass sich atypische Grenzgänger unter Aufrechterhaltung der Rechtsprechung in der Sache Miethe **ausschließlich dem Beschäftigungsstaat** zur Verfügung stellen dürfen, ohne dass es auf die möglichen Motive des Verordnungsgebers ankäme.[43]

Der EuGH hat den Streit inzwischen entschieden und seine frühere Rechtsprechung aufgegeben.[44] Der Verordnungsgeber habe das Verordnungsrecht geändert, ohne die Miethe-Rechtsprechung explizit aufzunehmen. Art. 65 Abs. 2 regele daher abschließend die Wahlmöglichkeiten für Grenzgänger. Diese dürfen sich frei entscheiden, ob sie sich neben (!) der Arbeitsverwaltung im Wohnstaat auch der im Beschäftigungsstaat zur Verfügung stellen. Einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen haben sie aber jedenfalls nur im Wohnstaat; im Beschäftigungsstaat werden lediglich Leistungen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt gewährt. Atypische Grenzgänger werden folglich nicht länger den unechten Grenzgängern gleichgestellt.[45] 33

c) Leistungen für selbstständige arbeitslose Grenzgänger. Unklar ist ferner, ob **selbstständige arbeitslose Grenzgänger** im Wohnmitgliedstaat einen Anspruch auf Arbeitslosengeld auch dann haben, wenn zwar im Staat der Erwerbstätigkeit eine Arbeitslosenversicherung für Selbstständige besteht, nicht aber im Wohnmitgliedstaat. Die Frage ist im Hinblick auf die großen Unterschiede bei der Versicherung von Selbstständigen äußerst relevant. Die sich daraus ergebende **Frage nach der Anrechnung von Versicherungszeiten** wird in der Verwaltungskommission kontrovers diskutiert. Denkbar wäre es auch, allerdings nur *de lege ferenda*, in diesen Fällen ausnahmsweise den Staat der letzten Tätigkeit für zuständig zu erklären. Nach jetziger Rechtslage ist ein Anspruch im Wohnmitgliedstaat zu bejahen, denn grundsätzlich sind auch solche Versicherungszeiten aus einem Mitgliedstaat zu berücksichtigen, die ein Selbstständiger aus seiner selbstständigen Tätigkeit heraus zurücklegt. Dies folgt aus dem Zusammenrechnungsgebot und Art. 61. Es bleibt auch bei dem Grundsatz, dass der Wohnstaat bei Grenzgängern sowohl für die Leistungserbringung als auch für die Vermittlung zuständig ist. 34

d) Leistungen an unechte Grenzgänger bei Rückkehr in den Wohnstaat. Für den eher seltenen Fall, dass ein „unechter Grenzgänger" zunächst noch Leistungen aus dem zuständigen letzten Beschäftigungsstaat erhält, bevor er in den Wohnmitgliedstaat zurückkehrt, trifft Art. 65 Abs. 5 lit. b) eine **Sonderregelung.** Bei seiner Rückkehr erhält er zunächst Leistungen nach Art. 64, wird also wie ein Arbeitsloser behandelt, der sich zur Arbeitssuche in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Solange er Leistungen nach den zuletzt geltenden Rechtsvorschriften erhält, bleibt es bei der **Zuständigkeit des letzten Beschäftigungsstaates** und der Bezug von Leistungen nach Art. 65 Abs. 5 lit. a) wird „ausgesetzt". Unechte Grenzgänger sollen in dem Staat Leistungen erhalten, wo sie ihren Lebensmittelpunkt haben. Sofern sie nicht in ihren Wohnmitgliedstaat zurückkehren, haben sie sich daher im Beschäftigungsstaat zur Verfügung zu stellen und beziehen dort Entgeltersatzleistungen. 35

Die Wahlmöglichkeiten unechter Grenzgänger sind also weiter gefasst als die echter Grenzgänger. Da bei ihnen weniger klar ist, ob die besseren Vermittlungschancen im Wohnmitgliedstaat oder im Beschäftigungsstaat bestehen, besteht praktisch ein **doppeltes Wahlrecht.**[46] Unechte Grenzgänger können entscheiden, ob sie im Beschäftigungsstaat verbleiben oder in ihren Wohnmitgliedstaat zurückkehren. Falls sich der Versicherte in seinen Wohnmitgliedstaat begibt, hat er überdies die Wahl zwischen dem Leistungsexport aus dem früheren Beschäftigungsstaat nach Art. 64 oder dem Leistungsbezug im Wohnmitgliedstaat gemäß Art. 65 Abs. 5 lit. a). Freilich steht es nicht in seinem Belieben, aufgrund einer **Briefkastenadresse** seine Verfügbarkeit herzustellen.[47] 36

V. Kostenerstattung zwischen den Trägern

1. Begrenzter Anspruch des Wohnstaats. Art. 65 Abs. 6 ordnet die Erstattung von Aufwendungen zwischen den involvierten Trägern an. Ziel ist ein Lastenausgleich zwischen dem zur Leistung verpflichteten Wohnstaat und dem Beschäftigungsstaat, der zuvor Beiträge oder Steuern erhoben hat. Die 37

43 *Pennings* (2009), 282, jurisPK/*Kador* Art. 65 Rn. 41.
44 EuGH 11.4.2013 – Rs C-443/11, ZESAR 2013, 366 – Jeltes ua; dazu *Geiger* info also 2013, 147.
45 Schlachter/Heinig/*Weber* Rn. 58; *Geiger* info also 2013, 147 (148).
46 JurisPK/*Kador* Art. 65 Rn. 44.
47 BSG 25.3.2003 – B 7 AL 204/02 B.

Bestimmungen betreffen nur Leistungen an Grenzgänger nach Art. 65 Abs. 5 a), wie **Beschluss Nr. U4** vom 13.12.2011[48] klarstellt.

38 Der Wohnstaat trägt nach Art. 65 Abs. 6 S. 1 grundsätzlich selbst die von ihm zu erbringenden Leistungen. Abweichend von diesem **Grundsatz** hat der Träger des Wohnmitgliedstaats jedoch einen **zweifach begrenzten Erstattungsanspruch** gegen den Träger des Beschäftigungsstaats. Nach Art. 65 Abs. 6 S. 2 ist der Anspruch zunächst auf die tatsächlichen Leistungen beschränkt, die der Träger des Wohnstaats in den ersten drei Monaten erbracht hat. Dieser **Regelerstattungszeitraum** von **drei Monaten** kann nach Art. 65 Abs. 7 auf **fünf Monate** verlängert werden.

39 **Art. 65 Abs. 6 S. 3** begrenzt den **Erstattungsbetrag** nochmals auf den Betrag, der nach den Rechtsvorschriften des letzten Beschäftigungsstaates (als des zuständigen Mitgliedstaats) zu zahlen gewesen wäre. Der Beschäftigungsstaat darf die Erstattung daher auf den Betrag begrenzen, der im Beschäftigungsstaat zu zahlen gewesen wäre.[49] **Beschluss Nr. U4** legt fest, dass der Erstattungsantrag bzw. eine Ausdehnung des Erstattungszeitraums nach Art. 65 Abs. 6 S. 2 nicht deshalb abgelehnt werden darf, weil die betroffene Person nach dem nationalen Recht dieses Staats keinen Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit gehabt hätte.[50] Die Mitgliedstaaten teilen der Verwaltungskommission die danach geltenden **Erstattungshöchstbeträge** mit.

40 **Art. 65 Abs. 6 S. 4** begrenzt die **Erstattung bei Leistungen an unechte Grenzgänger** im Sinne von Art. 65 Abs. 5 lit. b). Der Beschäftigungsstaat muss danach bei einer Rückkehr des unechten Grenzgängers in den Wohnmitgliedstaat Leistungen nicht nochmals exportieren und doppelt bezahlen. Ohnehin ordnet allerdings Art. 65 Abs. 5 lit. b) das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld gegenüber dem Wohnmitgliedstaat an, solange der Betroffene einen mitgenommenen Anspruch auf Arbeitslosengeld gegenüber dem Beschäftigungsstaat in den Grenzen des Art. 64 hat, sodass der Wohnmitgliedstaat in dieser Zeit überhaupt keine Leistungen erbringt.

41 Nach Art. 65 Abs. 6 S. 5; Art. 70 DVO ist ein Erstattungsfall binnen sechs Monaten nach dem Ende des Kalenderhalbjahres vorzulegen, in dem die letzte Zahlung erfolgte. Weitere Erstattungsregeln wurden im Beschluss Nr. U4 getroffen, um eine einheitliche und kohärente Anwendung des Art. 65 Abs. 6 und 7 zu gewährleisten. Der Beschluss sieht eine Aufteilung der finanziellen Belastung zwischen dem Wohnstaat („Gläubigerstaat") und dem letzten Beschäftigungsstaat („Schuldnerstaat") vor.[51] Der Wohnstaat kann Erstattung beanspruchen, wenn die betroffene Person im Beschäftigungsstaat Zeiten zurückgelegt hat, die dort für Leistungen bei Arbeitslosigkeit angerechnet werden. Der Erstattungszeitraum beginnt mit dem ersten Tag, für den tatsächlich Leistungen bei Arbeitslosigkeit anfallen. Bei der Erstattung ist auch der horizontale **Beschluss Nr. H3** vom 15.10.2009[52] heranzuziehen, nach dem sich der Bezugszeitpunkt für die Festlegung des **Umrechnungskurses** gem. Art. 90 DVO bestimmt.

42 **2. Verlängerter Erstattungszeitraum.** Nach **Art. 65 Abs. 7**[53] wird der Regelerstattungszeitraum von drei Monaten auf **fünf Monate** verlängert, wenn der Grenzgänger über einen längeren Zeitraum im Beschäftigungsland tätig war. Die Person muss dazu innerhalb einer **Rahmenfrist von 24 Monaten** vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mindestens **12 Monate Beschäftigungszeiten** (oder Zeiten der selbstständigen Erwerbstätigkeit) **im Beschäftigungsstaat** zurückgelegt haben. Die Beschäftigungszeiten müssen einen **Anspruch** auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit im Beschäftigungsland begründen können. Dies ist dort regelmäßig der Fall, wo es keine „Versicherungszeiten" gibt, also in steuerfinanzierten Systemen. Der Beschäftigungsstaat muss dem Wohnmitgliedstaat die Leistungen ggf. nach den oben aufgestellten Grundsätzen für fünf Monate erstatten.

43 **Art. 65 Abs. 8** räumt den Mitgliedstaaten das Recht ein, im Rahmen bilateraler Vereinbarungen das Erstattungsverfahren zu modifizieren oder auf eine Erstattung zu verzichten. Solche bilateralen Vereinbarungen sind derzeit noch nicht abgeschlossen worden.

48 ABl. 2012 C 57, 4.
49 *Fuchs* Art. 65 Rn. 17; jurisPK/*Kador* Art. 65 Rn. 48; BeckOK/*Utz* Art. 65 Rn. 19.
50 Anders *Greiser/Kador* ZESAR/SGB 2011, 513 f.
51 Ziffer I.1.
52 ABl. 2010 C 106, 56.
53 Und Beschluss Nr. U4 Ziffer III.1.

VI. Durchführungsbestimmungen

Art. 56 DVO trifft ergänzende Regelungen zu den Rechten und Pflichten der Grenzgänger. Arbeitslose, die sich der Arbeitsvermittlung eines anderen Mitgliedstaates zur Verfügung stellen, haben dies dem zuständigen Träger mitzuteilen. Die DVO steht klar, dass die Verpflichtung zu Eigenbemühungen in diesen Fällen aber vorrangig gegenüber dem Entgeltersatzleistungen gewährenden Staat besteht.[54] Erfüllt er seine Mitwirkungspflichten gegenüber dem Träger des einen Staates nicht, hat dies keine Auswirkungen auf seine Leistungsansprüche gegenüber dem Träger des anderen Staates. 44

Artikel 65 a Besondere Bestimmungen für vollarbeitslose selbstständig erwerbstätige Grenzgänger, sofern in dem Wohnmitgliedstaat für selbstständig Erwerbstätige kein System der Leistungen bei Arbeitslosigkeit besteht

(1) Abweichend von Artikel 65 hat sich eine vollarbeitslose Person, die als Grenzgänger zuletzt in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Wohnmitgliedstaat Versicherungszeiten als Selbständiger oder Zeiten einer selbständigen Erwerbstätigkeit zurückgelegt hat, die für die Zwecke der Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit anerkannt werden, und deren Wohnmitgliedstaat gemeldet hat, dass für keine Kategorie von Selbständigen ein System der Leistungen bei Arbeitslosigkeit dieses Mitgliedstaats besteht, bei der zuständigen Arbeitsverwaltung in dem Mitgliedstaat, in dem sie zuletzt eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, anzumelden und sich zu ihrer Verfügung zu stellen sowie, wenn sie Leistungen beantragt, ununterbrochen die Voraussetzungen der Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats zu erfüllen. Zusätzlich kann die vollarbeitslose Person sich der Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaats zur Verfügung stellen.

(2) Die vollarbeitslose Person nach Absatz 1 erhält Leistungen des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften sie zuletzt unterlag, entsprechend den Rechtsvorschriften, die dieser Mitgliedstaat anwendet.

(3) Sollte die vollarbeitslose Person nach Absatz 1 sich der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats der letzten Erwerbstätigkeit nicht oder nicht länger zur Verfügung stellen wollen, nachdem sie sich dort gemeldet hat, und in dem Wohnmitgliedstaat nach Arbeit suchen wollen, gilt Artikel 64 mit Ausnahme seines Absatzes 1 Buchstabe a entsprechend. Der zuständige Träger kann den in Artikel 64 Absatz 1 Buchstabe c Satz 1 genannten Zeitraum bis zum Ende des Berechtigungszeitraums verlängern."

Die Vorschrift wurde mit der VO (EU) 465/2012 aufgenommen, um die offenen Fragen in Zusammenhang mit zuvor selbstständigen arbeitslosen Grenzgängern zumindest einer vorläufigen Klärung zuzuführen. Die Bestimmung soll nach nur zweijähriger Anwendung anhand der bis dahin gemachten Erfahrungen überprüft werden (EG 6). Es soll sichergestellt werden, dass ein Grenzgänger iSv Art. 1 lit. f), der eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat und vollarbeitslos wird, Leistungen erhält, wenn er Versicherungszeiten als Selbstständiger oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zurückgelegt hat. Er soll also vor dem Verlust wohlerworbener Rechte aufgrund der Inanspruchnahme seiner Freizügigkeit bewahrt werden.[1] 1

Bislang war dies fraglich, wenn im Wohnmitgliedstaat kein entsprechendes System der Leistungen bei Arbeitslosigkeit für Selbstständige besteht. Voraussetzung ist, dass die zurückgelegten Zeiten im zuständigen Mitgliedstaat für die Zwecke der Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit anerkannt werden. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist äußerst begrenzt. 2

Ob ein Mitgliedstaat ein System zur Absicherung von Selbstständigen gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit etabliert hat, hat er der Kommission gemäß Art. 9 Abs. 1 mitzuteilen. Nur wenn diese Mitteilung erfolgt ist, können Selbstständige entsprechende Leistungen nach Maßgabe des Art. 65 a in Anspruch nehmen.[2] 3

54 Hauck/Noftz/*Otting* Art. 65 Rn. 30.
1 *Eichenhofer* Rn. 260.
2 BeckOK/*Utz* Art. 65 a Rn. 4.

4 Art. 65 a Abs. 1 bestimmt abweichend von Art. 65 Abs. 5 lit. a) für vollarbeitslose Grenzgänger die Zuständigkeit des Mitgliedstaats, in dem diese zuletzt Anwartschaften für die Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit erworben haben. Anders als in Art. 65 Abs. 5 lit. a) wird eine Regelung nur für echte Grenzgänger im Sinne von Art. 1 lit. f) getroffen. Für unechte Grenzgänger gilt unverändert die Zuständigkeit des Wohnstaates und damit das Risiko, trotz der Zahlung von Beiträgen nicht abgesichert zu sein. Ein Statutenwechsel findet folglich nicht statt.[3]

5 Weitere Voraussetzung ist, dass der Wohnmitgliedstaat gemeldet hat, dass es nach dessen nationalem Recht „für keine Kategorie von Selbstständigen" ein Arbeitslosenversicherungssystem gibt. Keine Voraussetzung ist also, ob ein (rudimentäres) System auf den Betroffenen konkret hätte Anwendung finden können. Deutschland erfüllt daher das für die Anwendung der Vorschrift vorausgesetzte Kriterium nicht, denn es gibt in diesem Sinne ein System für Selbstständige, wenngleich nur ein freiwilliges „auf Antrag". Diese tatbestandlichen Restriktionen haben ihre Ursache im politischen Kompromiss und lassen sich nicht auf systematische Gründe zurückführen. Art. 65 a Abs. 2 stellt klar, dass die Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats zu gewähren sind, denen der Grenzgänger zuletzt unterlag.

6 Art. 65 a Abs. 3 regelt den Fall, dass ein von der Vorschrift erfasster vollarbeitsloser Grenzgänger im Wohnmitgliedstaat Arbeit sucht, nachdem er sich zunächst im weiterhin zuständigen Staat der letzten Erwerbstätigkeit arbeitslos gemeldet hat. In diesem Fall gilt die allgemeine Regelung für Arbeitslose, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben entsprechend, allerdings ohne die vierwöchige Wartefrist nach Art. 64 Abs. 1 lit. c). Die Leistungen können also von Anfang an exportiert werden.[4]

3 BeckOK/*Utz* Art. 65 a Rn. 6.
4 Schlachter/Heinig/*Weber* Rn. 63.

VRiBSG Andreas Heinz | Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe
RiBSG Dr. Bernhard Joachim Scholz [Hrsg.]

Sozialgesetzbuch III
Arbeitsförderung

7. Auflage

Bearbeitet von

Marcus Abler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht, Karlsruhe | **Jörg Apidopoulos**, Richter am Thüringer Landessozialgericht, Erfurt | **Gunnar Baar**, Richter am Sozialgericht, Speyer | **Ralf Becker**, Richter am Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Mainz | **Dr. Claus-Peter Bienert**, Richter am Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Potsdam | **Dr. Stephan Gutzler**, LL.M. (USA), Präsident des Sozialgerichts Mainz | **Andreas Heinz**, Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht, Kassel | **Dr. Sebastian Herbst**, Richter am Thüringer Landessozialgericht, Erfurt | **Dr. Gerd Jahraus**, Richter am Sozialgericht a.D., Speyer | **Hans Christian Jakob**, Richter am Thüringer Landessozialgericht, Erfurt | **Prof. Dr. Constanze Janda**, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer | **Dr. Andreas Jüttner**, Richter am Sozialgericht (stVDir), Nordhausen | **Dr. Tobias Kador**, Richter am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Essen | **Gisela Lauer**, Richterin am Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Koblenz | **Dr. Bernd Pfeifer**, Referatsleiter im Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern, Schwerin | **Prof. Dr. Andreas Pitz**, Hochschule Mannheim | **Jürgen Scheidt**, Richter am Sozialgericht, Speyer | **Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe**, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg | **Dr. Bernhard Joachim Scholz**, Richter am Bundessozialgericht, Kassel | **Matthias Willersinn**, Vorsitzender Richter am Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Mainz

Zitiervorschlag: *Bearbeiter* in NK-SGB III § ... Rn. ...

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5896-8

7. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.