

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 108/87

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

.....

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat am 22. September 1988 ohne mündliche Verhandlung

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 26. August 1987 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Umstritten ist die Gewährung von Arbeitslosenhilfe (Alhi) für die Zeit vom 21. Januar 1983 bis 30. November 1984.

Der 1941 geborene Kläger, ein türkischer Staatsangehöriger, reiste am 30. November 1972 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Er war in der Folgezeit mit Unterbrechungen bis zum 12. März 1976 als Reiniger, vom 8. Juli 1976 bis 10. Januar 1978 als Bauwerker, vom 13. bis 14. Juni 1978 als Maurer sowie vom 26. Juni 1978 bis 4. Juli 1980 als Kunststoffarbeiter beschäftigt und besaß - mit Ausnahme der Zeit vom 8. Juli bis 12. September 1977 - die jeweils erforderliche Arbeitserlaubnis (AE). Zwischen den einzelnen Beschäftigungszeiten erhielt er - abgesehen von kürzeren Zeiten ohne Nachweis, der Ortsabwesenheit, der Erkrankung und einer Sperrzeit wegen Arbeitsablehnung - Arbeitslosengeld (Alg).

Während und im Anschluß an das letzte Beschäftigungsverhältnis war der Kläger vom 12. Juni bis 28. Dezember 1980 arbeitsunfähig krank. Am 29. Dezember 1980 meldete er sich arbeitslos und beantragte Alg. Die Beklagte bewilligte Alg für 312 Wochentage. Der laufende Alg-Bezug wurde durch Heimaturlaub (14. März bis 18. Juni 1981), Krankheit (27. April bis 8. September 1981 und 8. Juni bis 13. September 1982) und eine Sperrzeit wegen Arbeitsablehnung (2. bis 29. Dezember 1981) unterbrochen. Krankheitszeiten vom 14. Dezember 1981 bis 18. Januar 1982 und vom 27. April bis 7. Juni 1982 unterbrachen den Leistungsbezug nicht. Am 3. Dezember 1982 war der Anspruch auf Alg erschöpft. Der Antrag des Klägers auf Anschluß-Alhi wurde von der Beklagten mit dem Hinweis abgelehnt, der deutsche Arbeitsmarkt habe sich für ihn als verschlossen erwiesen; es habe sich trotz einjähriger Vermittlungsbemühungen für ihn keine Dauerbeschäftigung finden lassen, für die ihm eine AE erteilt werden könne; ein Anspruch auf Erteilung einer AE unabhängig von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes stehe ihm nicht zu (Bescheid vom 17. Januar 1983). Auf den Widerspruch des Klägers änderte die Beklagte ihren Bescheid dahingehend ab, daß sie dem Kläger Alhi bis zum 20. Januar 1983 bewilligte, weil ihm die Entscheidung über die Verschlossenheit des Arbeitsmarktes erst zu diesem Zeitpunkt zugegangen sei; eine weitergehende Zahlung lehnte sie aus den erwähnten Gründen ab (Widerspruchsbescheid vom 11. April 1983).

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger Alhi für die Zeit vom 20. Januar 1983 (gemeint wohl 21. Januar 1983) bis 30. November 1984 zu gewähren (Urteil vom 11. Juli 1985). Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht



(LSG) das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 26. August 1987). In den Entscheidungsgründen heißt es:

Die Beklagte habe die Verfügbarkeit des Klägers für den hier streitigen Zeitraum zu Recht verneint. Der inländische Arbeitsmarkt sei dem Kläger über den 20. Januar 1983 hinaus verschlossen gewesen. Die Beklagte habe während eines Zeitraumes von mehr als zwei Jahren rund ein Jahr lang vergebens versucht, den Kläger in Arbeit zu vermitteln. Einschlägige Bemühungen seien durch die Vermittlungskarte dokumentiert. Überdies belegten drei ärztliche Begutachtungen, daß die Beklagte sich intensiv um die Vermittlung des Klägers bemüht habe. Die Arbeitsmarktdaten des Landesarbeitsamtes Baden-Württemberg stützten die Angaben der Beklagten, sie habe den Kläger in eine Vielzahl von Überlegungen zur Besetzung offener Stellen einbezogen und nur deswegen potentiellen Arbeitgebern nicht zur Einstellung vorgeschlagen, weil sie den Vorrang deutscher und ihnen gleichgestellter Arbeitsloser habe beachten müssen. So habe sich die Gesamtzahl der Arbeitslosen im Bereich des Landesarbeitsamtes Baden-Württemberg zB im Jahre 1984 auf 217.168 belaufen, wovon der Anteil der Ausländer (ohne Unterscheidung nach arbeitserlaubnis- und nicht arbeitserlaubnispflichtigen Personen) 41.125 betragen habe; demgegenüber seien im selben Zeitraum nur 18.922 offene Stellen insgesamt gemeldet gewesen. Im zuständigen Bereich des Arbeitsamtes M. hätten im Jahr 1984 16.199 Arbeitslosen 980 offene Stellen gegenübergestanden. Daß die Beklagte dem Kläger lediglich ein konkretes Arbeitsangebot unterbreitet habe, spreche nicht gegen die verstärkten Bemühungen der Beklagten zur Beendigung der Arbeitslosigkeit des Klägers, zumal dieser als ausländischer, ungelernter und gesundheitlich beeinträchtigter Arbeitsloser drei Risikogruppen angehört habe. Überzeugend sei auch der Vortrag der Beklagten, berufliche Fortbildungs- bzw Umschulungsmaßnahmen seien nicht in Betracht gekommen, weil der Kläger nicht über die notwendigen deutschen Sprachkenntnisse verfügt habe. Er selbst habe dafür den Beweis geliefert, indem er trotz über zehnjährigen Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG einen Dolmetscher benötigt habe. Im übrigen seien die Schwierigkeiten bei der Vermittlung der Gruppe der Arbeitslosen, welcher der Kläger nach seinen besonderen Verhältnissen zuzurechnen sei, nicht auf den örtlichen Arbeitsmarkt begrenzt, sondern bundesweit und außerhalb des Bereichs des Landesarbeitsamtes Baden-Württemberg in noch höherem Maße vorhanden gewesen.

Der Kläger habe während des hier streitigen Zeitraumes keinen Anspruch auf Erteilung einer AE gehabt. Das gelte aufgrund der vorstehenden Ausführungen ohne weiteres für die von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes abhängige allgemeine AE (§ 1 Abs 1 Arbeitserlaubnisverordnung -ArbErlaubV-). Dem Kläger habe aber auch kein Anspruch auf Erteilung einer besonderen AE (§ 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV) zugestanden; denn es habe an fünfjähriger rechtmäßiger ununterbrochener selbständiger Tätigkeit gefehlt. Der Kläger habe vor seiner Arbeitslosmeldung mehr als zwei Monate, nämlich vom 8. Juli bis



12. September 1977, ohne die erforderliche AE gearbeitet. Selbst wenn man das Datum der Antragstellung auf Verlängerung der AE (29. August 1977) zugrunde lege, handele es sich um eine Unterbrechung von mehr als einem Monat, die nicht als geringfügig bezeichnet werden könne. Eine solche Zeitspanne unrechtmäßiger Beschäftigung dürfe auch nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil die Beklagte seinerzeit deswegen weder ein Bußgeld verhängt noch die Erteilung einer weiteren AE versagt habe.

Die Versagung der AE habe sich nach den besonderen Verhältnissen des Klägers ferner nicht als Härte dargestellt (§ 2 Abs 7 ArbErlaubV). Der Kläger sei, wie aus einer Auskunft des früheren Arbeitgebers hervorgehe, für die rechtzeitige Antragstellung auf Verlängerung der AE selbst verantwortlich gewesen. Seine Bindungen an sein Heimatland seien, wie die am 1. Dezember 1984 erfolgte Rückkehr seiner Familie in die Türkei zeige, nicht abgebrochen; seine mangelnden deutschen Sprachkenntnisse seien Indiz für fehlende soziale Integration in die hiesige Gesellschaft. Das Angewiesensein auf Sozialhilfe und daraus ggf resultierende ausländerrechtliche Konsequenzen seien, da für alle ausländischen Arbeitslosen gleich, nicht atypisch. Insgesamt dürfe den individuellen Verhältnissen des Klägers kein stärkeres Gewicht als dem Vorrang der deutschen und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmer zuerkannt werden.

Schließlich lasse sich aus dem Beschluß Nr 1/80 des Assoziationsrates, der nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis vorsehe (Art 6 Abs 1), kein Anspruch auf Erteilung einer unbeschränkten AE herleiten. Diesem Beschluß sei, wie das Bundessozialgericht (BSG) entschieden habe, keine unmittelbare Geltung im Rechtsraum der Gemeinschaft bzw eines Mitgliedstaates beizumessen (BSGE 60, 230 = SozR 6100 Allg Nr 1). Zwar könne, wie das BSG ergänzend ausgeführt habe, ein Anspruch auf Erteilung einer unbeschränkten AE unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art 3 Grundgesetz -GG-) erwachsen, wenn und soweit die Beklagte, um durch die Assoziation begründete Verpflichtungen der EWG bzw der Bundesrepublik Deutschland zu erfüllen, türkischen Arbeitnehmern Arbeitserlaubnisse erteile, obwohl nach Maßgabe des allgemeinen, für alle nichtdeutschen Arbeitnehmer geltenden bundesdeutschen Arbeitserlaubnisrechts eine solche Erlaubnis nicht erteilt werden könne (BSGE 60, 230, 237 = SozR 6100 Allg Nr 1). Jedoch sei der Beklagten insoweit kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorzuwerfen. Sie verstehe unter ordnungsgemäßer Beschäftigung nur eine solche Beschäftigung, für die eine gültige AE erteilt worden sei. Der Kläger sei vom 8. Juli bis 12. September 1977 nicht ordnungsgemäß beschäftigt gewesen. Anschließend habe er eine Beschäftigung von wenigstens vierjähriger Dauer nicht mehr ausgeübt.

Der Kläger macht mit der Revision geltend, ihm stehe ein Anspruch auf Erteilung einer AE sowohl nach § 19 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) iVm § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV als



auch nach dem Beschluß Nr 1/80 des Assoziationsrates zu. Nach § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV idF der 8. ÄndVO vom 24. Juli 1986 (BGBl I 1160) sei eine unbeschränkte AE zu erteilen, wenn der Arbeitnehmer in den letzten acht Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der AE fünf Jahre eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich der Verordnung ausgeübt habe. Diese Bestimmung sei im vorliegenden Fall anzuwenden, da für Verpflichtungsklagen, was das LSG übersehen habe, die Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem LSG maßgebend sei. Auch die Voraussetzungen des § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV idF der 8. ÄndVO seien erfüllt; denn der Kläger habe sich bei der im Dezember 1980 erfolgten Arbeitslosmeldung acht Jahre lang in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten und währenddessen fünf Jahre eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig ausgeübt. Desgleichen seien die weiteren Voraussetzungen für die Gewährung von Alhi verwirklicht. Daran vermöge die Tatsache nichts zu ändern, daß der Kläger vom 8. Juli bis 12. September 1977 ohne Erlaubnis der Bundesanstalt (BA) eine Beschäftigung ausgeübt und dadurch eine Ordnungswidrigkeit (§ 229 Abs 1 Nr 1 AFG) begangen habe. Dem Urteil des LSG sei nicht zu entnehmen, daß er schuldhaft gehandelt habe; jedenfalls habe die Beklagte keinerlei Maßnahmen gegen ihn ergriffen, sondern lediglich den Arbeitgeber verwarnet. Selbst wenn der Kläger schuldhaft gehandelt haben sollte, hätte die Beklagte in bezug auf die Erteilung der AE ermessensfehlerfrei entscheiden müssen. Das sei nicht geschehen. Die Beklagte habe ihr Ermessen weder gesehen noch wahrgenommen.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG zurückzuweisen,

hilfsweise, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beigeladene hat sich weder geäußert noch einen Antrag gestellt.

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

Die Revision des Klägers ist unbegründet.

Zu den Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alhi gehört, daß der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht (§ 134 Abs 1 Nr 1 AFG). Verfügbarkeit in diesem Sinne ist nur dann gegeben, wenn der Arbeitslose ua eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben darf (§ 134 Abs 4 Satz 1 Halbs 1, § 103 Abs 1 Nr 1 AFG). Arbeitnehmer, die nicht Deutsche iS des Art 116 GG sind, benötigen hierfür nach § 19 Abs 1 Satz 1 AFG eine AE, soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Einer AE bedarf auch der aus der Türkei stammende Kläger; denn zugunsten türkischer Arbeitnehmer sind keine Ausnahmen vorgesehen. Wie der Senat bereits entschieden hat (BSGE 60, 230, 231 = SozR 6100 Allg Nr 1; SozR 1300 § 48 Nr 28), enthalten weder das Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik vom 12. Januar 1927 (RGBl II 76 und 454), dessen Weitergeltung am 1. März 1952 zwischen der Bundesregierung und der türkischen Regierung vereinbart worden ist (BGBl 1952 II, 608), noch das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und der Türkei vom 12. September 1963 (BGBl II 1964, 510 und 1959; ABIEG 1964, 3687 und 3702), das Zusatzprotokoll zum Abkommen vom 12. September 1963 für die Übergangsphase der Assoziation vom 23. November 1970 (BGBl II 387 und 1973 II, 113; ABIEG 1972 L 293/3 und L 293/62) oder die bisher ergangenen Beschlüsse des Assoziationsrates Bestimmungen, nach denen für türkische Arbeitnehmer im Rechtsraum der Europäischen Gemeinschaft oder des AFG eine AE entbehrlich wäre. Auch Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften, die nach § 19 Abs 3 AFG unberührt bleiben, sehen für Staatsangehörige der Türkei nichts Abweichendes vor. Die für Angehörige der Mitgliedstaaten geltenden Vergünstigungen finden auf türkische Staatsangehörige keine Anwendung; denn die Türkei ist nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaft.

Allerdings setzt die Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitslosen nicht stets das Vorhandensein einer gültigen AE voraus; es genügt, wenn der Arbeitslose erwarten kann, für eine Beschäftigungsmöglichkeit eine AE zu erhalten (BSGE 43, 153, 160 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSGE 45, 153, 158 f = SozR 4100 § 103 Nr 10; SozR 4100 § 19 Nr 6; SozR 4100 § 103 Nrn 14, 22, 29; SozR 1300 § 48 Nr 28). Der Arbeitnehmer ist jedenfalls solange nicht wegen des Erfordernisses einer AE nicht verfügbar, wie er Anspruch auf eine AE hat. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die AE nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 19 Abs 1 Satz 2 AFG, § 1 ArbErlaubV) oder auch dann zu erteilen ist, wenn der Arbeitsmarkt die Erteilung nicht zuläßt (§ 19 Abs 4 Satz 2 AFG, § 2 ArbErlaubV). Jedoch darf nach der Rechtsprechung des BSG ein ausländischer Arbeitnehmer, der keine gültige AE hat und eine arbeitsmarktunabhängige AE nicht beanspruchen kann, iS des § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG eine Beschäftigung unter den üblichen



Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes nicht ausüben, wenn ihm wegen des Vorranges der deutschen Arbeitnehmer, der den deutschen Arbeitnehmern gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmer und derjenigen ausländischen Arbeitnehmer, die im Besitz einer AE sind, der nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten und dem Umfang seiner Arbeitsbereitschaft zugängliche Arbeitsmarkt verschlossen ist (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; SozR 4100 § 19 Nr 6; BSGE 45, 153, 159 = SozR 4100 § 103 Nr 10; SozR 4100 § 103 Nrn 14, 22, 29; SozR 1300 § 48 Nr 28). Das ist regelmäßig nicht schon dann der Fall, wenn eine AE noch nicht erteilt wird, weil nach der gegenwärtigen Lage des Arbeitsmarktes noch ungewiß ist, ob und wann und für welche Arbeit der ausländische Arbeitnehmer vermittelt werden kann; denn solange es im Geltungsbereich des AFG einen Bedarf an ausländischen Arbeitnehmern in dem Berufsbereich, dem der einzelne angehört, oder im Bereich ungelernter Arbeitskräfte gibt, ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß eine Beschäftigung gefunden wird, für die eine AE erteilt werden kann. Aber wenn sich nach einer längeren Zeit der Vermittlungsbemühungen ergibt, daß sich für einen bestimmten ausländischen Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt keine Beschäftigung finden läßt, für die ihm eine AE erteilt werden kann, und eine alsbaldige grundlegende Änderung des für den Arbeitslosen in Betracht kommenden Arbeitsmarktes nicht zu erwarten ist, fehlt es von da ab an den Voraussetzungen des § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG für die Gewährung von Leistungen wegen Arbeitslosigkeit. Um dies festzustellen, müssen nach der oa Rechtsprechung des BSG die Vermittlungsbemühungen mindestens ein Jahr gedauert haben. Dies bedeutet einerseits, daß die Beklagte für einen Zeitraum von mindestens einem Jahr, der frühestens mit dem Antrag auf Leistungen beginnt, einem geltend gemachten Anspruch auf Alg oder Alhi nicht entgegenhalten kann, es fehle an der Anspruchsvoraussetzung der Verfügbarkeit, weil wegen der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes eine AE für die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erteilt werden könne (BSGE 45, 153, 159 = SozR 4100 § 103 Nr 10). Andererseits gilt jedoch, daß dann, wenn sich danach der Arbeitsmarkt als verschlossen erwiesen hat, der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung nicht mehr zur Verfügung steht, weil er eine Beschäftigung nicht mehr ausüben darf.

Im vorliegenden Fall verfügte der Kläger im hier streitigen Zeitraum, nämlich vom 21. Januar 1983 bis 30. November 1984, nicht über eine gültige AE. Er hatte für diese Zeitspanne auch keinen Anspruch auf Erteilung einer arbeitsmarkunabhängigen AE.

Das gilt zunächst in bezug auf die Erteilung einer besonderen AE nach § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV. Diese Vorschrift findet hier in der Bekanntmachung vom 12. September 1980 (BGBl I 1754; 1981 I 1245), geändert durch die 6. ÄndVO vom 24. September 1981 (BGBl I 1042) und die 7. ÄndVO vom 9. Juli 1984 (BGBl I 890), Anwendung. Die vor Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem LSG aufgrund der 8. ÄndVO vom 24. Juli 1986 (BGBl I 1160) eingetretenen Veränderungen greifen entgegen der Ansicht des Klä-



gers nicht Platz. Sie könnten nur dann zum Tragen kommen, wenn ihnen rückwirkende Kraft zukäme. Das trifft indes nicht zu; denn sie sind gemäß Art 3 erst am Tage nach der am 30. Juli 1986 erfolgten Verkündung in Kraft getreten (vgl hierzu auch BSGE 60, 230, 231 = SozR 6100 Allg Nr 1; BSG vom 11. Februar 1988 - 7 RAr 72/86 - sowie vom 22. September 1988 - 7 RAr 83/86 -).

Nach § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV idF der 6. und 7. ÄndVO, die das LSG seiner Entscheidung somit zu Recht zugrunde gelegt hat, ist die AE unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und ohne die Beschränkung nach § 1 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV zu erteilen, wenn der Arbeitnehmer in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der AE ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich der Verordnung ausgeübt hat. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind hier schon wegen des vom Kläger in der Zeit vom 14. März bis 18. Juni 1981 ange tretenen Heimaturlaubes nicht verwirklicht. Das ist § 2 Abs 4 ArbErlaubV zu entnehmen. Danach wird die Frist des § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV nicht durch Zeiten, in denen der Arbeitnehmer Alg oder Unterhaltsgeld bezieht (Nr 1), oder sonstige Zeiten unterbrochen, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht besteht, bis zur Dauer von jeweils drei Monaten (Nr 2). Die letztgenannte Regelung besagt im Umkehrschluß, daß ein Heimaturlaub, der - wie hier - außerhalb eines Arbeitsverhältnisses stattfindet und die Dauer von drei Monaten überschreitet, die Fünfjahresfrist des § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV durchbricht. Nach dem 18. Juni 1981 aber ist der Kläger einer unselbständigen Beschäftigung nicht mehr nachgegangen.

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Beklagte hätte ihm - ggf im Wege des Herstellungsanspruches - vor seinem Heimaturlaub eine arbeitsmarktunabhängige AE gemäß § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV erteilen müssen, die im Fall ihrer Erteilung ihre Gültigkeit bis in den hier streitigen Zeitraum behalten hätte. Dem steht der Zeitraum vom 8. Juli bis 12. September 1977 entgegen, in dem der Kläger seine Beschäftigung als Bauwerker ohne AE, also unbefugt, ausübte. Es handelte sich dabei, selbst wenn man auf den Zeitpunkt der Antragstellung auf Verlängerung der AE (29. August 1977) abhebt, um eine mehr als siebenwöchige Unterbrechung. Eine solche Zeitspanne ist nicht mehr als geringfügig zu bezeichnen (BSGE 43, 153, 156 = SozR 4100 § 19 Nr 2); sie gestattet infolgedessen nicht einen Rückgriff auf die vor ihr liegenden Beschäftigungszeiten. In der Zeit zwischen der unerlaubten Beschäftigung (Ende: 13. September 1977) und dem Heimaturlaub (Beginn: 14. März 1981) aber hat der Kläger nicht, wie für die Erteilung einer AE auch schon nach § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV in der Bekanntmachung vor dem 12. September 1980 erforderlich, eine fünfjährige ununterbrochene unselbständige Tätigkeit zurückgelegt. Ebenso wenig könnte der Kläger mit Erfolg auf eine vor der unerlaubten Beschäftigung (Beginn: 8. Juli 1977) erteilte oder zu erteilende arbeitsmarktunabhängige



AE verweisen; denn eine solche wäre, da schon damals auf 5 Jahre zu befristen (§ 4 Abs 2 Satz 1 ArbErlaubV), spätestens im Juli 1982 abgelaufen.

Auch die Erteilung einer besonderen AE gemäß § 2 Abs 1 Nrn 2 und 3 ArbErlaubV kommt nicht in Betracht. Anhaltspunkte dafür, daß der Kläger mit einer Deutschen iS des Art 116 Abs 1 GG verheiratet oder als Asylberechtigter anerkannt war oder einen ihm als ausländischem Flüchtling von einer deutschen Behörde ausgestellten gültigen Reiseausweis besaß, liegen nicht vor.

Ein dem Kläger günstigeres Ergebnis läßt sich nicht aus § 2 Abs 7 ArbErlaubV idF vor der 8. ÄndVO (jetzt § 2 Abs 6 ArbErlaubV) herleiten. Danach kann die AE unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine Härte bedeuten würde. Ob eine Härte anzunehmen ist, unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung; der Beklagten steht weder ein Beurteilungsspielraum noch ein Ermessen zu (BSG SozR 4210 § 2 Nr 10 mwN). Das LSG hat die vom BSG zum Begriff der Härte entwickelten Grundsätze weder verkannt noch unrichtig angewandt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG, die sich am Zweck der besonderen AE ausrichtet, können die für ausländische Arbeitnehmer allgemein gültigen Verhältnisse einen Härtefall nicht begründen und besondere Verhältnisse nur, wenn sie stärkeres Gewicht haben als der Vorrang der deutschen und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmer (BSGE 54, 14, 21 f = SozR 4100 § 19 Nr 16). Härten, die aufgrund von Umständen bestehen, wie sie bei einer Vielzahl von ausländischen Arbeitnehmern auftreten können, rechtfertigen nicht die Erteilung einer unbeschränkten AE (BSG SozR 4210 § 2 Nrn 9 und 10; BSG vom 11. Februar 1988 - 7 RAr 72/86 -). Im vorliegenden Fall ist weder von der Revision vorgetragen worden noch sonst erkennbar, daß den individuellen Verhältnissen des Klägers stärkeres Gewicht als dem Vorrang der deutschen und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmer beizumessen wäre. Eine Entwurzelung des Klägers im Heimatland ist nicht eingetreten; anderenfalls wäre der Kläger nicht im Dezember 1984 mit seiner Familie in die Türkei zurückgekehrt. Im übrigen kann nicht von einer sozialen Integration der Klägers in die hiesige Gesellschaft die Rede sein; es fehlt, wie das LSG festgestellt hat, trotz über zehnjährigen Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland an entsprechenden deutschen Sprachkenntnissen. Die Notwendigkeit der Inanspruchnahme von Sozialhilfe und daraus ggf resultierende ausländerrechtliche Konsequenzen sind, da für alle ausländischen Arbeitslosen gleich, nicht atypisch.

Die Situation des Klägers ist auch nicht der vergleichbar, die dem Urteil des erkennenden Senats vom 21. März 1978 (BSG SozR 4100 § 19 Nr 6) zugrunde lag. Dort hat der Senat das Vorliegen einer Härte für möglich erachtet, wenn es sich bei der Arbeitslosen um die



Mutter von drei Kleinstkindern handelt. Abgesehen davon, daß hier alle Kinder des Klägers im Jahre 1983 im schulpflichtigen Alter waren, ist nicht ersichtlich, daß sich die familiären und sozialen Verhältnisse des Klägers von denen unterscheiden, unter denen die Mehrzahl ausländischer Arbeitnehmer ohne AE zu leben hat. Anders als in dem Fall, welcher der Entscheidung des 12. Senats vom 27. Januar 1977 zugrundelag (BSGE 43, 153, 157 = SozR 4100 § 19 Nr 2), hat der Kläger den Zeitraum von fünf Jahren ununterbrochener rechtmäßiger Beschäftigung auch nicht lediglich deswegen nicht erreicht, weil der Arbeitgeber es trotz entsprechender Pflichtübernahme versäumt hätte, den Antrag auf Verlängerung der am 7. Juli 1977 auslaufenden AE zu stellen. Nach den Feststellungen des LSG, die von der Revision nicht angefochten werden, ist der Kläger für die rechtzeitige Antragstellung auf Verlängerung der AE selbst verantwortlich gewesen.

Der Kläger kann gegenüber der Versagung der besonderen AE gemäß § 2 ArbErlaubV nicht mit Erfolg einwenden, dem Urteil des LSG sei nicht zu entnehmen, daß er im Zusammenhang mit seiner unerlaubten Beschäftigung vom 8. Juli bis 12. September 1977 die Ordnungswidrigkeit gemäß § 229 Abs 1 Nr 1 AFG nicht schuldhaft begangen habe; nicht er, sondern der Arbeitgeber sei von der Beklagten seinerzeit verwarnt worden; selbst wenn er schuldhaft gehandelt haben sollte, habe die Beklagte die Erteilung der AE ermessensfehlerhaft abgelehnt, weil sie ihr Ermessen weder gesehen noch wahrgenommen habe. Der Kläger übersieht, daß es sich bei der Erteilung der besonderen AE um eine gebundene Entscheidung handelt. Ermessen ist der Beklagten nur insoweit eingeräumt, als sie die AE auch im Fall des Vorliegens ihrer Voraussetzungen ua dann versagen kann, wenn der Arbeitnehmer gegen § 229 Abs 1 Nr 1 AFG schuldhaft verstoßen hat (§ 6 Abs 2 Nr 1 ArbErlaubV). Fehlt es - wie hier - schon an den Voraussetzungen für die Erteilung der AE, bleibt der Beklagten kein Ermessen, die AE gleichwohl zu erteilen (BSGE 43, 153, 155 = SozR 4100 § 19 Nr 2).

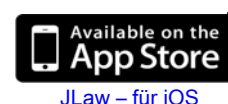
Schließlich läßt sich entgegen der Ansicht des Klägers nicht aus dem Beschluß Nr 1/80 des Rates der Assoziation zwischen der EWG und der Türkei ein Anspruch auf Erteilung einer AE ableiten. Dieser Beschluß, der - wie der Beschluß Nr 2/76 des Assoziationsrates - aufgrund des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der EWG und der Türkei vom 12. September 1963 (BGBl II 1964, 510 und 1959) und des Zusatzprotokolls für die Übergangsphase der Assoziation vom 23. November 1970 (BGBl II 1972, 387 und BGBl II 1973, 113) gefaßt worden ist, sieht zwar vor, daß der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehört, in diesem Mitgliedstaat nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis hat (Art 6 Abs 1 - 3. Spiegelstrich -). Doch kommt ihm keine unmittelbare Geltung im Rechtsraum der Gemeinschaft bzw eines Mitgliedstaates zu, wie der Senat schon entschieden hat (BSGE 60, 230 = SozR 6100 Allg Nr 1). Für den Beschluß Nr 2/76 gilt nichts anderes.



Auf der anderen Seite hat der Senat auch zum Ausdruck gebracht, daß ein türkischer Staatsangehöriger unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art 3 GG) einen Anspruch auf unbeschränkte AE haben kann, wenn und soweit die Beklagte, um durch die Assoziation begründete Verpflichtungen der EWG bzw der Bundesrepublik Deutschland zu erfüllen, türkischen Arbeitnehmern Arbeitserlaubnisse erteilt, obwohl nach Maßgabe des allgemeinen, für alle nichtdeutschen Arbeitnehmer geltenden bundesdeutschen Arbeitserlaubnisrechts eine Erlaubnis nicht erteilt werden kann. Das ist dann der Fall, wenn ihm eine AE verweigert wird, die die Beklagte - bei im übrigen gleichen Umständen - anderen türkischen Arbeitnehmern zu erteilen pflegt (BSGE 60, 230, 237 = SozR 6100 Allg Nr 1).

Daß die Beklagte den Kläger in bezug auf die Frage der Erteilung einer AE anders behandelt hätte als andere türkische Arbeitnehmer, wird vom Kläger nicht geltend gemacht und ist auch sonst nicht ersichtlich. Dem stehen zudem die Dienstanweisungen und Runderlasse der Beklagten entgegen. Die Weisungen der Beklagten gehen davon aus, daß eine AE sowohl nach Art 2 des Beschlusses Nr 2/76 wie nach Art 6 des Beschlusses Nr 1/80 nur zu erteilen ist, wenn die Beschäftigung ordnungsgemäß und ununterbrochen ausgeübt wurde. Das ist in 4.10.112 und 4.10.122 der Dienstanweisungen zum Arbeitserlaubnisrecht eindeutig niedergelegt worden. In den Erlassen vom 15. Juli 1977 (ANBA 1977, 1089) und vom 24. November 1980 (ANBA 1980, 2) hat die Beklagte überdies darauf hingewiesen, daß die erforderliche Beschäftigung von fünf bzw vier Jahren (anders als bei Arbeitnehmern aus anderen Ländern) bei türkischen Arbeitnehmern nicht durch Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit und Krankheit über drei Monate hinaus unterbrochen wird (II Nr 5 des Erlasses von 1977; II Nr 4 des Erlasses von 1980). Diese Hinweise haben nur dann einen Sinn, wenn grundsätzlich eine ununterbrochene Beschäftigung vorausgesetzt wird, bevor in Anwendung des Art 2 des Beschlusses Nr 2/76 bzw des Art 6 Abs 1 - 3. Spiegelstrich - des Beschlusses Nr 1/80 eine unbeschränkte AE erteilt werden darf (BSGE 60, 230, 238 = SozR 6100 Allg Nr 1). Wenn die Beklagte andere als die in ihren Runderlassen genannten Zeiten, also auch Zeiten, in denen der türkische Arbeitnehmer einer Beschäftigung ohne AE nachgeht, als unterbrechend ansieht, entspricht es ihrer Praxis, daß auch im Fall des Klägers nicht auf die vor dem 8. Juli 1977 liegenden Beschäftigungszeiten zurückgegriffen wird. Nach der frühestens am 29. August 1977 (Antragstellung) endenden Unterbrechung aber hat der Kläger eine erneute ordnungsgemäße und ununterbrochene vierjährige Beschäftigung, die Art 6 Abs 1 - 3. Spiegelstrich - des Beschlusses Nr 1/80 in der Praxis der Beklagten voraussetzt, nicht mehr zurückgelegt.

Damit kommt es auf die Frage an, ob der dem Kläger zugängliche Arbeitsmarkt ab 21. Januar 1983 verschlossen war. Von einer Verschlossenheit des Arbeitsmarktes für



ausländische Arbeitnehmer kann nach mindestens einjährigen erfolglosen Vermittlungsbemühungen gesprochen werden, wenn während des Jahres der für den Ausländer in Betracht kommende Arbeitsmarkt so intensiv geprüft worden ist, daß der Schluß gerechtfertigt ist, es gäbe keine offenen Stellen, in die er auch unter Berücksichtigung des Vorranges deutscher und ihnen gleichgestellter ausländischer Arbeitnehmer mit einer AE vermittelt werden kann (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSG SozR 4100 § 103 Nr 22). Dies erfordert während der Prüfungsfrist eine nachhaltige, fortgesetzte Tätigkeit in dem Sinne, daß bei jeder gemeldeten offenen Stelle, die für den ausländischen Arbeitsuchenden in Betracht kommt, geprüft wird, ob er dorthin vermittelt und ihm hierfür eine AE erteilt werden kann (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSGE 45, 153, 160 = SozR 4100 § 103 Nr 10; SozR 4100 § 19 Nr 6; SozR 4100 § 103 Nr 22). Nach den vom LSG getroffenen Feststellungen, an die der Senat gebunden ist (§ 163 SGG), waren die Vermittlungsbemühungen der Beklagten in zeitlicher, fachlicher und räumlicher Hinsicht ausreichend.

Die zeitlichen Anforderungen sind gewahrt, weil die Beklagte sich nach der am 29. Dezember 1980 erfolgten Arbeitslosmeldung des Klägers während eines Zeitraumes von mehr als zwei Jahren (nach Abzug von Zeiten des Urlaubs und der Erkrankung) rund ein Jahr lang intensiv bemüht hat, den Kläger in Arbeit zu vermitteln. Einschlägige Bemühungen sind für den 9. Januar und 14. Dezember 1981 sowie den 19. und 26. Oktober 1982 dokumentiert. Überdies haben drei ärztliche Untersuchungen (Januar 1981, Oktober 1981, Oktober 1982) stattgefunden, die der Kontrolle des Gesundheitszustandes des Klägers dienten. In den sich jeweils anschließenden Beratungen des Klägers sind die ärztlichen Gutachten besprochen und Vermittlungsmöglichkeiten geprüft worden.

Die Vermittlungsbemühungen der Beklagten halten einer Nachprüfung auch in fachlicher Hinsicht stand. Der Kläger gehörte als ausländischer, ungelernter und gesundheitlich beeinträchtigter Arbeitsloser gleich drei Risikogruppen an. Das führte zwangsläufig zu erhöhten Vermittlungsschwierigkeiten. Wenn die Beklagte dem Kläger gleichwohl ein konkretes Arbeitsangebot unterbreitet hat, das an der zu hohen Lohnerwartung des Klägers gescheitert ist, spricht das nicht gegen, sondern für verstärkte Bemühungen der Beklagten. Im übrigen brauchen die Vermittlungsbemühungen, die in der Prüfzeit von der Beklagten erwartet werden, nicht zum Angebot von Arbeitsstellen zu führen. Sie können sich ggf auf gedankliche Operationen beschränken, wenn durch sie nur gewährleistet wird, daß bei jeder gemeldeten offenen Stelle geprüft wird, ob sie trotz des Vorranges deutscher und der ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitsuchenden mit dem ausländischen Arbeitnehmer ohne AE besetzt werden kann (BSG SozR 4100 § 19 Nr 6 und § 103 Nr 22). Letzteres ist hier geschehen, und zwar nach den Feststellungen des LSG in bezug auf die gesamte Bandbreite der für den Kläger in Betracht kommenden Stellen. Das LSG hat ausdrücklich festgestellt, daß es wegen des Überhanges deutscher und



gleichberechtigter ausländischer Arbeitnehmer nicht möglich war, den Kläger in eine seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechende Stelle zu vermitteln. Ein schematisches Abwarten von einem Jahr, um dann die Vermittelbarkeit zu verneinen, liegt demnach nicht vor.

In räumlicher Hinsicht hat das LSG sich auf die Feststellung beschränkt, daß die erhöhten Schwierigkeiten bei der Vermittlung der Gruppe der Arbeitslosen, welcher der Kläger nach seinen besonderen Verhältnissen angehörte, nicht auf den örtlichen Arbeitsmarkt begrenzt, sondern bundesweit und angesichts der noch relativ günstigen Lage im Bereich des Landesarbeitsamtes Baden-Württemberg andernorts in noch höherem Maß vorhanden waren. Das reicht nach der Rechtsprechung aus. Steht fest, daß überbezirkliche Vermittlungsversuche von vornherein aussichtslos sind, brauchen sie erst gar nicht unternommen zu werden (BSG SozR 1300 § 48 Nr 28).

Ist eine Vermittlung des ausländischen Arbeitslosen nicht möglich, hat die Beklagte schließlich zu prüfen, ob durch berufliche Fortbildung und Umschulung in Berufe, in denen bessere Unterbringungschancen bestehen, die Unterbringung des ausländischen Arbeitnehmers gefördert werden kann (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSGE 45, 153, 160 = SozR 4100 § 103 Nr 10; SozR 4100 § 19 Nr 6 und § 103 Nr 22). Im Fall des Klägers kamen, wie das LSG festgestellt hat, Bildungsmaßnahmen deswegen nicht in Frage, weil er trotz seines über zehnjährigen Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland über keine ausreichenden deutschen Sprachkenntnisse verfügt.

Nach alldem stand dem Kläger für den hier umstrittenen Zeitraum ein Anspruch auf eine arbeitsmarkunabhängige AE nicht zu. Der Arbeitsmarkt als solcher war ihm verschlossen. Der angefochtene Bescheid der Beklagten ist zu Recht ergangen. Die Revision des Klägers ist deshalb zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

