

Bundessozialgericht

- 7 RAr 15/77 -

Verkündet am:  
30. Mai 1978

.....  
Reg.Hauptsekretär  
als Urk.Beamter  
d. Gesch.Stelle

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

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte: .....,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die  
mündliche Verhandlung vom 30. Mai 1978  
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des  
Landessozialgerichts Niedersachsen vom 30. November  
1976 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung  
an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

## G r ü n d e :

### I

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Gewährung von Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Die 1944 geborene Klägerin ist spanische Staatsangehörige und hält sich nach ihren Angaben seit 1971 in der Bundesrepublik Deutschland auf. Sie lebt hier mit ihrem Ehemann, der ebenfalls spanischer Staatsangehöriger ist und ihren vier in den Jahren 1963 bis 1973 geborenen Kindern zusammen. Vom 17. April bis 31. August 1972 arbeitete sie als Büglerin und vom 1. September 1972 bis 19. April 1974 als Holzhilfsarbeiterin. Das letzte Arbeitsverhältnis endete durch fristgemäße Kündigung seitens des Arbeitgebers. Anschließend war die Klägerin arbeitslos und bezog bis zur Erschöpfung ihres Anspruchs Arbeitslosengeld (Alg) für 234 Tage bis zum 20. Januar 1975.

Den Antrag der Klägerin vom 30. Dezember 1974 auf Gewährung von Anschluß-Alhi lehnte die Beklagte ab, weil der Klägerin im Falle einer Arbeitsaufnahme nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes eine Arbeitserlaubnis (AE) nicht mehr erteilt werde (Bescheid des Arbeitsamtes Osnabrück vom 6. März 1975; Widerspruchsbescheid vom 15. Juli 1975).

Im Klageverfahren hat die Klägerin beantragt, die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide zu verurteilen, ihr antragsgemäß Alhi zu gewähren und die Beklagte ferner zu verpflichten, ihr einen neuen Bescheid über die Gewährung einer AE zu erteilen. Durch Urteil vom 8. April 1976 hat das Sozialgericht (SG) Osnabrück die Klage abgewiesen. Das Landessozialgericht (LSG) Niedersachsen hat die Berufung der Klägerin durch Urteil vom 30. November 1976 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:



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



- 3 -

Der Anspruch der Klägerin auf Anschluß-Alhi scheitere daran, daß sie der Arbeitsvermittlung im Sinne von § 103 Abs 1 Nr 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) nicht zur Verfügung stehe. Sie dürfe im Sinne dieser Vorschrift nämlich eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes nicht ausüben; denn hierzu gehöre die Erteilung einer AE nach § 19 AFG. Dem stehe es weder entgegen, daß nach Art 12 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Spanischen Staat über Arbeitslosenversicherung vom 20. April 1966 (BGBl II 1967 S 1945) spanische Gastarbeiter wie deutsche Arbeitnehmer Anspruch auf Alhi eingeräumt erhalten, noch daß sie gemäß Art 4 des genannten Abkommens jenen gleichzubehandeln seien. Daraus ergebe sich nicht, daß spanische Arbeitnehmer wie deutsche Arbeitnehmer keiner AE bedürften. Nach Art 10 Abs 1 des Niederlassungsvertrages vom 23. April 1970 (BGBl II 1972 S 1041) regle sich die Aufnahme und Ausübung einer Tätigkeit als Arbeitnehmer nämlich nach den Gesetzen und Verwaltungsvorschriften des Gastlandes über ausländische Arbeitnehmer.

Nach den maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen des AFG und der Arbeitserlaubnis-Verordnung vom 2. März 1971 (BGBl I S 152 - AEVO -) habe die Klägerin keinen Anspruch auf eine AE. Im Falle der Vermittlung der Klägerin hätte die Beklagte nach §§ 19 AFG und 1 AEVO die Erteilung einer AE ablehnen müssen; denn sie hätte dabei die ungünstige Lage des Arbeitsmarktes im Arbeitsamtsbezirk Osnabrück, auf den sie eine AE hätte beschränken können, berücksichtigen müssen. Im Januar 1975 hätten dort 5.616 Arbeitslosen nur 1.372 offene Arbeitsstellen gegenübergestanden. Nach den Aussagen der Zeugin W. seien allein in ihrer Vermittlungsstelle im April 1975 auf 40 offene Stellen 670 Arbeitsgesuche von arbeitslosen Frauen, darunter 160 bis 170 ausländische Arbeitnehmerinnen entfallen. Es hätte daher nicht damit gerechnet werden können, daß der Klägerin damals eine AE erteilt worden wäre, Beschäftigungsmöglichkeiten für die Klägerin in Bereichen, in denen ein besonderer Bedarf an Arbeitskräften bestand, der im Inland nicht gedeckt werden konnte, wie zB im Bergbau, in der Fisch- und



Konservenindustrie, in der Torfindustrie sowie im Hotel- und Gaststättengewerbe, hätte es nicht gegeben. Insbesondere in den für den Arbeitsamtsbezirk Osnabrück insoweit in Betracht kommenden Bereichen des Hotel- und Gaststättengewerbes sowie in Betrieben der Fleischindustrie habe es keine offenen Arbeitsstellen in nennenswerter Anzahl gegeben. Im Raum Osnabrück sei im Jahre 1975 ganz allgemein der Bedarf an ungelernten Kräften in diesen Bereichen nahezu gedeckt gewesen. Im Sommer 1975 hätten allenfalls etwa bis zu 10 offene Stellen monatlich für Küchenhilfen vermittelt werden können. Diese wenigen offenen Stellen hätten durch deutsche Arbeitnehmerinnen oder ausländische Arbeitnehmerinnen, die einen Rechtsanspruch auf eine AE hatten, besetzt werden können, ganz abgesehen davon, daß Lage und Dauer der Arbeitszeiten im Hotel- und Gaststättengewerbe nicht den von der Klägerin geäußerten persönlichen Verhältnissen entsprochen hätten. Ein durch deutsche Arbeitnehmer nicht zu deckender Bedarf an Arbeitskräften auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt habe mithin nicht bestanden.

Die Klägerin hätte auch keinen von der Lage des Arbeitsmarktes unabhängigen Anspruch auf eine AE geltend machen können im Sinne von § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO oder im Sinne von Art 10 Abs 3 des deutsch-spanischen Niederlassungsvertrages. Weder habe die Klägerin fünf Jahre im Bundesgebiet eine unselbständige Tätigkeit ausgeübt noch befinde sie sich als Familienangehörige im Sinne von Art 10 Abs 5 des Niederlassungsvertrages seit fünf Jahren im Bundesgebiet. Die Beklagte hätte der Klägerin die AE auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Härte im Sinne von Art 10 Abs 4 des Niederlassungsvertrages oder von § 2 Abs 5 AEVO erteilen müssen. Der Umstand, daß die Klägerin zum Kreis der sozial Schwachen und damit Schutzbedürftigen gehöre, rechtfertige nicht die Anwendung der Härteklausel; denn insoweit handele es sich um einen Dauerzustand. Die Anwendung der Härteklausel sei auf die Fälle beschränkt, in denen einer vorübergehenden Notlage Rechnung getragen

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

5

[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

werden müsse; Gründe hierfür könne die Klägerin nicht anführen.

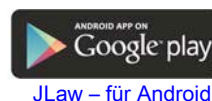
Soweit die Klägerin die Verurteilung zur Erteilung einer AE begehre, sei ihre Klage unzulässig. Einen entsprechenden Antrag bei der Beklagten habe die Klägerin nicht gestellt; infolgedessen sei darüber auch kein Widerspruchsverfahren durchgeführt worden.

Mit der zugelassenen Revision rügt die Klägerin sinngemäß eine Verletzung von §§ 19, 103, 134 AFG. Sie trägt insbesondere vor: Die Voraussetzungen für den Bezug von Alhi nach §§ 134 ff AFG seien erfüllt. Auch das Fehlen einer AE nach § 19 Abs 1 AFG schließe den Anspruch nicht aus; die Klägerin stehe gleichwohl der Arbeitsvermittlung im Sinne von § 103 AFG zur Verfügung. Die Beklagte dürfe sich nämlich für die Frage der Verfügbarkeit im vorliegenden Falle nicht auf eine fehlende AE berufen. Maßgeblich sei hier nur, ob die Arbeitslosigkeit der Klägerin durch Vermittlung in Arbeit hätte beendet werden können; das wäre der Fall gewesen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) sei die Situation auf dem Arbeitsmarkt, insbesondere die Arbeitsmarktlage, für die Frage der Verfügbarkeit ohne Bedeutung. Im übrigen müßten ausländische Arbeitnehmer wie deutsche Beschäftigte Beiträge zur Arbeitslosenversicherung leisten. Wenn die fehlende AE den Ausländer vom Bezug der Leistungen der Arbeitslosenversicherung von vornherein ausschlosse, läge in der Beitragserhebung eine Verletzung des Versicherungsprinzips. Wenn die Beklagte die Alhi von der AE abhängig mache, nehme sie der Klägerin den gesetzlichen Schutz. Sie verweigere die Leistung, weil die Klägerin arbeitslos ist, dh sie gewähre keine Alhi, weil die Klägerin keine AE habe und sie erteile keine AE, weil die Arbeitsmarktlage es nicht erlaube, also letztlich, weil die Klägerin arbeitslos sei.

Das LSG habe auch die Bedeutung des deutsch-spanischen Abkommens über Arbeitslosenversicherung verkannt und den



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

dort enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verwirklicht. Da deutsche Staatsangehörige für die Ausübung einer Beschäftigung eine AE nicht benötigten, könne sie nach diesem Abkommen auch nicht von spanischen Staatsangehörigen verlangt werden als Voraussetzung für den Bezug einer Versicherungsleistung. Ergänzend weist die Klägerin auf die Rechtsprechung des 12. Senats des BSG zur Frage der Abhängigkeit des Leistungsanspruchs von der Erteilung einer AE hin sowie auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Spanischen Staat über soziale Sicherheit vom 24. Oktober 1960 in Art 4.

Die Klägerin hat am 11. Mai 1978 ihre Revision insoweit zurückgenommen, als sie begehrt hat, die Beklagte zu verpflichten, ihr eine AE zu erteilen.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil und das Urteil  
des Sozialgerichts Osnabrück vom 8. April 1976  
sowie den Bescheid der Beklagten vom 6. März 1975  
in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom  
15. Juli 1975 aufzuheben und die Beklagte zu  
verurteilen, der Klägerin vom 21. Januar 1975  
an Arbeitslosenhilfe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

## II

Die Revision der Klägerin ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht begründet.

- 7 -



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



- 7 -

Nach den Feststellungen des LSG kann nicht abschließend entschieden werden, ob der Klägerin ein Anspruch auf Alhi zusteht. Zu den Voraussetzungen für den Anspruch auf Alhi gehört nach § 134 Abs 1 Nr 1 AFG, daß der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung im Sinne von § 103 AFG zur Verfügung steht. Diese Verfügbarkeit ist nur dann gegeben, wenn der Arbeitslose eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben darf (§ 134 Abs 2 iVm § 103 Abs 1 Nr 1 AFG). Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Arbeitslose, insbesondere der ausländische Staatsangehörige, für die Ausübung einer Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland einer besonderen Erlaubnis bedarf und diese nicht besitzt (vgl BSG SozR 4100 § 19 Nr 2, s auch BSG vom 27. Januar 1977 - 12 RAR 49/76 - und - 12 RAR 50/76 -; BSG vom 21. März 1978 - 7 RAR 48/76 -). Dies ist nach § 19 Abs 1 AFG der Fall. Nach dieser Vorschrift besteht für ausländische Arbeitnehmer ein allgemeines Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt, soweit zwischenstaatliche Vereinbarungen oder die Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften und des § 17 Abs 1 des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet nichts anderes bestimmen (§ 19 Abs 2 AFG).

Eine AE nach § 19 AFG ist für die Klägerin auch unter Berücksichtigung des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Spanischen Staat über Arbeitslosenversicherung vom 20. April 1966 (BGBl II 1967, 1945) nicht entbehrlich. Das LSG hat zutreffend erkannt, daß aus Art 4 des Abkommens nicht geschlossen werden kann, daß spanische Arbeitnehmer keiner AE bedürfen. Wie das BSG bereits mehrfach entschieden hat, ergibt sich dies insbesondere aus Art 10 Abs 1 des deutsch-spanischen Niederlassungsvertrages vom 23. April 1970 (BGBl II 1973, 1041; vgl Urteile vom 27. Januar 1977 - 12 RAR 49/76 und 12 RAR 50/76 -; ferner Urteile des Senats vom 22. November 1977 - 7 RAR 5/77 und vom 21. März 1978 - 7 RAR 48/76 -). Nach dieser Bestimmung regelt sich die Aufnahme und Ausübung einer

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

- 8 -



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

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

Tätigkeit als Arbeitnehmer durch Staatsangehörige der einen Vertragspartei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei vorbehaltlich nachfolgender Bestimmungen nach den Gesetzen und Verwaltungsvorschriften der letztgenannten Vertragspartei über ausländische Arbeitnehmer. In den nachfolgenden Bestimmungen (Absätze 2 ff) werden sodann die Voraussetzungen für die Erteilung von Arbeitserlaubnissen näher geregelt. Die Vertragsvereinbarung in Art 10 aaO geht also gerade davon aus, daß spanische Arbeitnehmer für eine Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland eine AE nach § 19 AFG benötigen, dh, daß beide Vertragsparteien sich darüber einig waren, daß eine Beschäftigung ohne AE nicht erlaubt sein kann. Selbst für begünstigte Personen nach Art 10 Abs 2 bis 5 aaO wird nicht etwa die Beschäftigung ohne AE erlaubt; für sie wird lediglich der Erwerb der AE, die aber nötig bleibt, erleichtert. Benötigen jedoch spanische Arbeitnehmer für die Ausübung einer Beschäftigung eine AE nach deutschem Recht, so dürfen sie auch iS von § 103 Abs 1 Nr 1 AFG eine Beschäftigung nur ausüben, wenn sie bei deren Aufnahme zur Beendigung einer Arbeitslosigkeit eine AE erhalten können. Dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 4 des oben angeführten Abkommens kann deshalb nicht entnommen werden, daß eine AE im Rahmen des Leistungsrechts generell zu fingieren sei. Eine solche vom System des AFG völlig abweichende Regelung hätte im Wortlaut des Abkommens mit besonderer Deutlichkeit zum Ausdruck kommen müssen. Daß eine derartige Regelung nicht gewollt war, ergibt sich im übrigen aus dem von der Klägerin erwähnten Schlußprotokoll zum Abkommen vom 20. April 1966. Dort ist nämlich bestimmt, daß sich die Regierungen der vertragsschließenden Staaten verpflichten, darauf hinzuwirken, daß allgemeine oder besondere Beschäftigungsbeschränkungen Arbeitnehmern, die Angehörige des anderen Staates sind, nicht auferlegt werden, um die Verwirklichung des Anspruchs auf Leistungen aufgrund der Vorschriften des Abkommens zu beeinträchtigen. Damit wird vorausgesetzt, daß Beschäftigungsbeschränkungen einen Einfluß auf die Gewährung von Alg und Alhi haben können.



Zu Unrecht beruft sich die Klägerin ferner auf das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Spanischen Staat über soziale Sicherheit vom 29. Oktober 1959 und das hierzu ergangene Zusatzprotokoll vom 24. Oktober 1959 (BGBl II 1961, 599). Dieses Abkommen findet nach seinem Art 2 keine Anwendung auf Ansprüche im Falle von Arbeitslosigkeit.

Der Anspruch der Klägerin auf Alhi kann jedoch deshalb begründet sein, weil sie aus dem Niederlassungsvertrag vom 23. April 1970 einen Anspruch auf Erteilung einer AE haben kann, und ihr im Rahmen des § 103 AFG das Fehlen dieser AE deshalb nicht entgegen gehalten werden darf. Zwar ist dem LSG darin beizupflichten, daß der Anspruch auf Erteilung einer AE sich nicht aus Art 10 Abs 3 des Niederlassungsvertrages ergeben kann, denn nach den insoweit bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts (§ 163 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-) war die Klägerin im Bundesgebiet weder mindestens fünf Jahre ununterbrochen als Arbeitnehmerin beschäftigt, noch hat sie sich hier ununterbrochen ordnungsgemäß acht Jahre aufgehalten. Entgegen der Auffassung des LSG kann sich ein Anspruch der Klägerin jedoch aus Art 10 Abs 5 des Niederlassungsvertrages ergeben. Nach dieser Vorschrift genügt ein fünfjähriger Aufenthalt im Bundesgebiet, wenn der Ehegatte des Antragstellers im Besitz einer AE ist (vgl BSG vom 21. März 1978 - 7 RAR 48/76 - mwN). Die Klägerin hält sich nach den Feststellungen des LSG etwa seit 1971 im Bundesgebiet auf. Demnach war sie zwar bei der Stellung ihres Antrags auf Alhi am 30. Dezember 1974 noch nicht fünf Jahre in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaft; das LSG hat jedoch übersehen, daß auch eine Abkürzung dieser Wartezeit in Betracht kommen kann. Nach Art 10 Abs 5 Satz 2 des Niederlassungsvertrages sind Anträge der in Abs 5 genannten Familienangehörigen, die sich auf die Anwendung des Abs 4 von Art 10 beziehen, "besonders wohlwollend zu prüfen". Abs 4 dieser Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, die AE auch schon vor Ablauf der vorgeschriebenen Aufenthaltsdauer zu erteilen, wenn dadurch



eine besondere Härte von dem Antragsteller abgewendet wird. Insoweit (Abs 5 Satz 2) handelt es sich um eine Entscheidung, bei der der Beklagten ein Ermessen eingeräumt ist. Das LSG hat die Frage der besonderen Härte bisher nur unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob der Klägerin überhaupt eine AE zustehen kann. Mit Rücksicht auf die unterschiedliche Rechtsfolge und die besondere Bestimmung des genannten Abs 5 Satz 2 von Art 10 des Niederlassungsvertrages reichen die dabei getroffenen Feststellungen nicht aus, die Frage zu beantworten, ob die Beklagte bei ihrer ablehnenden Entscheidung von dem genannten Ermessen überhaupt oder den richtigen Gebrauch gemacht hat, so daß nicht entschieden werden kann, ob im Falle der Klägerin eine Abkürzung der für den Anspruch auf Erteilung einer AE erforderlichen Aufenthaltsdauer in Betracht kommt, gegebenenfalls welche. Das LSG wird dabei insbesondere zu berücksichtigen haben, daß die Klägerin 1973 ihr viertes Kind geboren hat. Unter dem Gesichtspunkt der besonders wohlwollenden Prüfung von Anträgen der in Abs 5 des Art 10 des Niederlassungsvertrages genannten Familienangehörigen, zu der die Klägerin gehört, hält es der Senat für angebracht, die bei der Klägerin besonders gelagerten Familienverhältnisse während des in Rede stehenden Leistungszeitraumes mit den damit für diese Einzelfamilie verbundenen besonderen Auswirkungen auch unter dem Aspekt eingehend zu prüfen, ob die Abkürzung der allgemein vorgesehenen Wartefrist für die Erteilung einer AE nach dem Niederlassungsvertrag in Betracht kommen kann. Familienverhältnisse des Arbeitslosen können hier jedenfalls dann nicht unbeachtet bleiben, wenn sich daraus - abweichend vom "Normalfall" - im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Alhi-Anspruchs wegen fehlender AE persönliche Zwangs- oder Notlagen ergeben, die mit der Verpflichtung zu einer "wohlwollenden" Prüfung gerade vermieden werden sollen. Wegen fehlender tatsächlicher Feststellungen, insbesondere zur Frage der insoweit erforderlichen Ermessensentscheidung der Beklagten, konnte der Senat hierzu jedoch nicht abschließend entscheiden. Im übrigen fehlen insoweit noch Feststellungen zu der Frage, ob der Ehemann der Klägerin



Inhaber einer AE im Sinne von Art 10 Abs 3 des Niederlassungsvertrages war. Sofern das LSG diese Frage bejahen sollte, stand der Klägerin jedenfalls die AE nach Ablauf des Zeitraumes nach Art 10 Abs 5 des Niederlassungsvertrages zu, möglicherweise - wie ausgeführt - jedoch bereits von einem früheren Zeitpunkt an.

Das LSG wird die insoweit erforderlichen weiteren Feststellungen nachzuholen und danach erneut über das Recht der Klägerin auf Erteilung einer AE im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Alhi zu entscheiden haben. Es wird dabei davon auszugehen haben, daß es sich bei dem Anspruch auf Erteilung einer AE nach § 19 AFG, der die auch für die AE nach Art 10 des Niederlassungsvertrages maßgebliche innerstaatliche Rechtsgrundlage darstellt, um einen Rechtsanspruch handelt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Antrag eine AE für eine bestimmte Beschäftigung im Sinne von § 1 Nr 1 AEVO oder eine darüber hinausgehende (besondere) AE nach § 1 Nr 2 iVm § 2 AEVO betrifft (vgl BSG SozR 4100 § 19 Nr 3). Für den Umfang der der Klägerin in diesem Falle zustehenden AE kommt es allerdings lediglich auf die Regelung in Art 10 Abs 3 des Niederlassungsvertrages an; denn diese zwischenstaatliche Vereinbarung geht der innerstaatlichen Regelung des § 19 AFG und der AEVO vor (vgl Urteile des Senats vom 22. November 1977 - 7 RAR 5/77 - mwN - und vom 21. März 1978 - 7 RAR 48/76 -).

Sofern und soweit sich aus Art 10 Abs 5 des Niederlassungsvertrages der Anspruch der Klägerin auf eine AE - damit auf Alhi - nicht ergeben sollte, bedarf es weiterer Feststellungen des LSG. Das LSG hat allerdings zutreffend erkannt, daß sich die Klägerin für ihren Anspruch auf Erteilung einer AE als Voraussetzung für den Anspruch auf Alhi nicht auf die Regelungen in § 19 AFG, §§ 1, 2 Abs 1 AEVO berufen kann. Nach § 1 AEVO kann die AE nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt werden:

1. für eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb oder

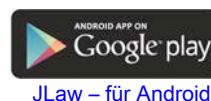


2. ohne Beschränkung auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit und ohne Beschränkung auf einen bestimmten Betrieb.

§ 2 AEVO sieht die Erteilung der AE unabhängig von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und ohne die Beschränkung nach § 1 Nr 1 AEVO vor, wenn der Antragsteller bestimmte, näher angeführte Voraussetzungen erfüllt. Nach § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO ist dies zB der Fall, wenn der Arbeitnehmer in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der AE ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO ausgeübt hat.

Der Anspruch der Klägerin nach § 19 AFG iVm § 1 Nr 1 AEVO scheitert an der für sie ungünstigen Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes im Sinne dieser Vorschrift. Insoweit hat der Senat von den Feststellungen des LSG auszugehen, die die Klägerin substantiiert nicht angegriffen hat (§ 163 SGG). Danach war ab Januar 1975 die Situation auf dem für die Klägerin fachlich und regional in Betracht kommenden Arbeitsmarkt derart, daß den offenen Stellen eine Vielzahl an arbeitslosen und arbeitssuchenden Deutschen oder gegenüber der Klägerin bevorrechtigten Arbeitnehmern gegenüberstand. Bei dieser Sachlage war die Versagung der AE aus Arbeitsmarktgründen nicht rechtsfehlerhaft.

Die Klägerin kann sich auch nicht auf § 19 AFG iVm §§ 1 Nr 2, 2 Abs 1 Nr 1 AEVO berufen; denn nach den ebenfalls unangegriffenen Feststellungen des LSG hatte sie eine berechnete ununterbrochene Arbeitnehmertätigkeit im Bundesgebiet für wenigstens fünf Jahre am 21. Januar 1975 nicht ausgeübt. Nicht abschließend entschieden werden kann aber die Frage, ob der Klägerin die AE nach § 19 AFG iVm § 2 Abs 5 AEVO zusteht. Danach kann die AE nach Abs 1 unabhängig von den Voraussetzungen der Absätze 1 und 3 des § 2 AEVO erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine Härte bedeuten würde



(zum Verhältnis dieser beiden Anspruchsgrundlagen und für die Erteilung einer AE und zu deren Rechtsnatur vgl die Entscheidung des Senats vom 2. Juni 1977 - 7 RAR 75/76 - BSG in SozR 4100 § 19 Nr 3). Das LSG hat zwar zutreffend erkannt, daß die Versagung der AE als solche keine besondere Härte im Sinne dieser Vorschrift bedeutet, so daß die für ausländische Arbeitnehmer allgemein gültigen Verhältnisse hier außer Betracht bleiben. Wenn das LSG darüber hinaus jedoch ausführt, daß die Härteregelung in § 2 Abs 5 AEVO einer vorübergehenden Notlage Rechnung tragen soll, so hätte es bereits von dieser Auffassung her die besonderen Familienverhältnisse der Klägerin in der fraglichen Zeit in die Würdigung einbeziehen müssen. Härte ist nicht, was für jeden eine vergleichbare oder nur ähnliche Belastung darstellt. Auswirkungen der Versagung der AE auf Familienverhältnisse ohne Besonderheiten sind demnach keine Härte in diesem Sinne. Handelt es sich jedoch bei der Arbeitslosen um die Mutter von vier kleinen Kindern, dann liegen Besonderheiten in einem Maße vor, die nach Auffassung des Senats auch eine individuelle Behandlung erfordern. Es mag offen bleiben, ob die Zahl der versorgungsbedürftigen Kinder allein die Anwendung der Härteregelung rechtfertigen kann. Jedenfalls können sich in einem Falle wie dem der Klägerin für die einzelne Familie Auswirkungen besonderer Art in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht ergeben, so daß sie eine pauschale Beurteilung verbieten. Hierzu bedarf es deshalb ebenfalls noch weiterer Feststellungen des LSG.

Selbst wenn und soweit nach den noch erforderlichen Feststellungen des LSG der Anspruch der Klägerin auf Erteilung einer AE nicht in dem von ihr geltend gemachten Umfange begründet sein sollte, rechtfertigt dies nicht ohne weiteres die Versagung der Alhi. Wie der Senat im Anschluß an die schon mehrfach zitierten Entscheidungen des 12. Senats des BSG vom 27. Januar 1977 entschieden hat, kann das Erfordernis des "Arbeitendürfens" in § 103 AFG nicht so verstanden werden, daß die Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitslosen stets



das Vorhandensein einer AE voraussetzt; das wäre mit der Regelung des § 19 Abs 1 AFG unvereinbar. Eine AE ist danach nicht schon für die Arbeitsuche, sondern erst für die Ausübung einer Beschäftigung erforderlich. Es wäre mit der Systematik des Gesetzes nicht zu vereinbaren, die Leistung von Alhi (und Alg) davon abhängig zu machen, daß bei Beginn der Arbeitslosigkeit bereits eine AE erteilt wird. Es geht nämlich nicht an, die Gewährung von Leistungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, von einer Ermessensentscheidung (Erteilung oder Nichterteilung einer generellen AE) bei Beginn der Arbeitslosigkeit abhängig zu machen.

Die Verweigerung der genannten Leistungen bei wörtlicher Anwendung des § 103 Abs 1 Nr 1 AFG müßte dazu führen, daß die ausländischen Arbeitnehmer Leistungen aus der Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) in Anspruch nehmen. Das wiederum könnte dazu führen, daß ein solcher ausländischer Arbeitsloser nach § 10 Abs 1 Nr 10 des Ausländergesetzes alsbald ausgewiesen werden muß, obwohl mittel- und langfristig gesehen noch Bedarf für derartige Arbeitskräfte bestehen kann, der dann durch - möglicherweise kostenaufwendigere - Neuanwerbungen gedeckt werden müßte.

Letztlich würde die Verweigerung von Alg und Alhi gegenüber ausländischen Arbeitslosen auch zu einer vom Gesetz nicht gewollten Veränderung der Lastenverteilung zwischen der Bundesanstalt für Arbeit und dem Bund (vgl § 188 AFG) einerseits und den Trägern der Sozialhilfe, insbesondere den Kommunen (§ 96 BSHG) andererseits führen. Der 12. Senat des BSG hat hierzu näher ausgeführt, daß die mit Ziel, Sinn und Zweck des AFG nicht zu vereinbarenden Folgen der Verweigerung von Leistungen in diesen Fällen nur zu vermeiden sind, wenn § 103 Abs 1 Nr 1 AFG dahin verstanden wird, daß erst dann feststeht, daß ein ausländischer Arbeitnehmer eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes nicht ausüben darf, wenn diesem Arbeit-



nehmer der ihm nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten und nach dem Umfang seiner Arbeitsbereitschaft zugängliche Arbeitsmarkt verschlossen ist. Solange im Geltungsbereich des AFG überhaupt noch Bedarf an ausländischen Arbeitskräften in dem in Betracht kommenden Berufsbereich besteht und dementsprechend auf Vermittlung solcher Arbeitskräfte generell nicht verzichtet werden kann, ist auch eine Vermittlung für den jeweiligen Antragsteller möglich. Um das im Einzelfall feststellen zu können, müssen konkrete Vermittlungsbemühungen der Bundesanstalt für Arbeit stattgefunden haben; gegebenenfalls muß auch geprüft werden, ob durch berufliche Fortbildung oder Umschulung in Berufe, in denen eine bessere Unterbringungschance besteht, die Unterbringung des ausländischen Arbeitsuchenden gefördert werden kann. Erst wenn alle diese Bemühungen mindestens ein Jahr lang nicht zum Erfolg führen, ist der ausländische Arbeitslose im Sinne des § 103 Abs 1 Nr 1 AFG nicht mehr als verfügbar anzusehen, so daß ihm dann auch kein Anspruch auf Alhi mehr zustehen kann.

Der erkennende Senat hat sich dieser Auffassung schon in den Urteilen vom 22. November 1977 - 7 RAR 5/77 - und vom 21. März 1978 - 7 RAR 48/76 - angeschlossen und hält hieran fest. Das hat zur Folge, daß die Beklagte während eines Zeitraumes von mindestens einem Jahr, der frühestens mit dem Antrag auf Leistungen beginnt, dem geltend gemachten Anspruch nicht entgegenhalten kann, es fehle an der Anspruchsvoraussetzung der Verfügbarkeit nach § 103 Abs 1 Nr 1 AFG, weil eine AE für die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erteilt werden könne. Der Zeitraum kann jedoch auch länger als ein Jahr sein, wenn sich bis dahin keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben haben, daß dem Arbeitslosen der Arbeitsmarkt in diesem Sinne verschlossen ist.

Im vorliegenden Falle sind hierzu noch weitere Feststellungen des LSG erforderlich, da bisher nicht zu erkennen ist, ob die oben angeführten Voraussetzungen vorlagen, um die Ableh-



nung der Alhi zu rechtfertigen. Erforderlich ist es dazu, daß die Beklagte gezielt und nachweisbar diejenigen Maßnahmen durchführt oder durchgeführt hat, die erforderlich sind, um die notwendigen rechtlichen Schlußfolgerungen zuzulassen. Nach derart objektiven Merkmalen muß erkennbar sein, von wann bis wann der Zeitraum tatsächlich läuft oder gelaufen ist, in dem also geprüft wurde, ob dem Arbeitslosen der Arbeitsmarkt verschlossen war. Das beginnt frühestens mit dem ersten konkreten Vermittlungsversuch oder - anstelle dessen - mit der ersten konkreten Maßnahme zur beruflichen Bildung bzw dem Bemühen hierum, dh mit der individuellen Prüfung, auf welchen Arbeitsplatz der Ausländer vermittelt werden kann, ob und wo es einen solchen gibt und gegebenenfalls, aus welchen Gründen die mögliche Arbeit nicht angeboten wird, bzw wie es sich insoweit mit Maßnahmen der beruflichen Bildung verhält. Die Beklagte hat zu Unrecht gegen diese Rechtsprechung eingewendet, sie müsse danach gegebenenfalls unbegrenzt Alhi zahlen, weil sie den Nachweis für die Verschlossenheit des Arbeitsmarktes dann nicht führen könne, wenn sie im Einzelfall - aus den verschiedensten Gründen, zB auch wegen des Vorrangs deutscher Arbeitsloser - vorhandene offene Arbeitsplätze oder konkrete Bildungsmaßnahmen dem ausländischen Arbeitslosen nicht anbieten könne. Damit hat die Beklagte den Inhalt ihres hiernach geforderten Tuns verkannt. Der Senat hat in der oa Entscheidung vom 22. November 1977 zwar von "konkreten Vermittlungsversuchen" im Zusammenhang mit der Prüfung der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes gesprochen. Daß mit diesem Begriff nicht nur das Angebot offener Stellen oder bereits ausgewählter Bildungsmaßnahmen gemeint war, ergibt sich daraus, daß es in Fällen dieser Art darum geht, den Charakter einer Zeit anhaltender Arbeitslosigkeit festzustellen, die eben gerade nicht oder nicht frühzeitig beendet werden kann, wie es durch Angebote geeigneter freier Stellen aber regelmäßig erreicht wird. Im übrigen macht der Zusammenhang der oa Entscheidung des Senats, insbesondere die ausführlich erwähnte Anschließung an die Rechtsprechung des 12. Senats deutlich, daß die Interpretation



der Beklagten nicht zutrifft; aus diesem Grunde sind die Befürchtungen der Beklagten wegen eines etwaigen Eingriffs in die "Ausländerpolitik" nicht gerechtfertigt (so auch schon Urteil des Senats vom 21. März 1978 - 7 RAr 48/76 -).

Ein Vermittlungsversuch in dem vom Senat verstandenen Sinne zur Prüfung des Verschlossenseins des Arbeitsmarktes findet nicht erst statt, wenn das Arbeitsamt dem Arbeitslosen eine offene Stelle konkret anbietet oder ihm eine konkrete Bildungsmaßnahme vorschlägt. Es genügt vielmehr - dieses ist allerdings erforderlich -, daß der zuständige Vermittler im Einzelfall nachweisbar prüft, ob und welche Möglichkeiten zur Vermittlung oder beruflichen Bildung gegeben sind. Wenn er dabei, zB wegen des Vorrangs deutscher Arbeitsloser von der Vermittlung erlaubnispflichtiger Ausländer, den der Senat im übrigen bereits ausdrücklich bestätigt hat (Urteil vom 14. Februar 1978 - 7 RAr 81/76 -), zu einer negativen Entscheidung für den ausländischen Arbeitslosen gelangt und ihm deshalb eine etwa vorhandene offene Stelle gar nicht erst anbietet, so liegt gleichwohl ein konkreter Vermittlungsversuch im Sinne der oa Rechtsprechung des Senats vor. Maßgebend ist, ob der zuständige Vermittler pflichtgemäß geprüft hat, ob der ausländische Arbeitslose für eine der für eine Vermittlung zur Verfügung stehenden Stellen in Betracht kommt (vgl dazu die Grundsätze über die Durchführung der Arbeitsvermittlung in Nrn 28 ff der Richtlinien der Bundesanstalt für Arbeit für die Arbeitsvermittlung vom 3. September 1962 (ANBA 1962 Nr 10 S 462 - Beilage -)).

Die Annahme, daß diese Prüfung stattgefunden hat, ist allerdings nicht bereits deswegen gerechtfertigt, weil der Arbeitsvermittler nach dem AFG verpflichtet ist, arbeitslose Leistungsempfänger in Arbeit zu vermitteln (§ 5 AFG). Für die Frage der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes in den hier in Rede stehenden Fällen kommt es nämlich gerade darauf an, daß die danach erforderlichen Bemühungen auch tatsächlich statt-



- 18 -

finden und diese - im Streitfall - nachgewiesen werden. Nur unter dieser Voraussetzung und nicht ohne weiteres - wie es dem Runderlaß der Beklagten Nr 236/77 vom 4. August 1977 (Dienstblatt A der BA Nr 53 S 728) entnommen werden könnte - beginnt die Prüfungsfrist mit dem Tage der Arbeitslosmeldung im Sinne des § 105 AFG, dh nur dann, wenn der zuständige Vermittler - entsprechend seiner Verpflichtung - noch an diesem Tage die hier erforderlichen Bemühungen nachweisbar unternimmt.

Weder aus den Ermittlungen des LSG noch aus den zugrundeliegenden Verwaltungsakten der Beklagten ist ersichtlich, daß und wann im Falle der Klägerin überhaupt ein so gearteter Vorschlag oder Vermittlungsversuch erwogen oder unternommen worden ist. Über den Beginn der Feststellung des Verschlossen-seins oder Nichtverschlossen-seins des Arbeitsmarktes hinaus muß dieses Tätigwerden der Beklagten fortgesetzt werden. Es genügt also nicht etwa eine einmalige Vermittlungsbemühung, die Jahresfrist anfangen und ablaufen zu lassen. Vielmehr ist eine nachhaltige fortgesetzte Tätigkeit der Beklagten erforderlich. Umstände und Intensität können allerdings nach den Besonderheiten des Einzelfalles unterschiedlich sein. Kommt es darauf an, die bisherige Tätigkeit der Beklagten im Einzelfalle in rückschauender Betrachtung zu beurteilen, dann ist von ihrer dargestellten Verpflichtung für die laufende Behandlung des Vermittlungsfalles auszugehen, dh, es ist erforderlich, im einzelnen festzustellen, wie sich der Arbeitsmarkt für den betreffenden Arbeitslosen konkret dargestellt hat, welche für ihn in Betracht kommenden Stellenangebote in dieser Zeit der Beklagten vorgelegen haben und aus welchen Gründen gerade er hierfür nicht in Betracht gekommen ist, gegebenenfalls muß auch festgestellt werden, welche Vermittlungen die Beklagte in dieser Zeit in diesem Bereich getätigt hat, welche Arbeitsuchenden sie dabei berücksichtigt und aus welchen Gründen sie diese dem ausländischen Arbeitslosen - hier der Klägerin - vorge-

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

- 19 -



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

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

zogen hat. Erforderlichenfalls sind auch entsprechende Äußerungen der betreffenden Arbeitgeber einzuholen und in die Wertung einzubeziehen. Der Senat verkennt nicht, daß der Beklagten von Anbeginn ihrer Prüftätigkeit über das Verschlossensein des Arbeitsmarktes für den betreffenden Arbeitslosen ein erheblicher Verwaltungsaufwand entstehen kann. Im Interesse der wohlverstandenen Sicherung eines gesetzlich erworbenen Rechtsanspruchs auf soziale Leistungen hält er es jedoch nicht für angängig, dessen Ablehnung auf eine globale Betrachtung des Arbeitsmarktes zu stützen oder auf die pauschale Behauptung, der zuständige Arbeitsvermittler habe hier - wie auch sonst - seine gesetzliche Pflicht zu sachgerechten Vermittlungsbemühungen erfüllt. Aus diesem Grunde reichen entgegen der Auffassung der Beklagten auch die Feststellungen des LSG zu der allgemeinen Situation auf dem für die Klägerin in Betracht kommenden Arbeitsmarkt nicht aus, ihren Anspruch auf Alhi zu verneinen. Das entspricht im übrigen den sonst geltenden Grundsätzen bei der Frage nach der Verfügbarkeit eines Arbeitslosen gemäß § 103 AFG; denn auch insoweit kommt es in erster Linie auf die für den betreffenden Arbeitslosen individuellen Verhältnisse an (vgl. Hennig/Kühl/Heuer, Komm. z. AFG, Anm. 2 zu § 103; zu den Anforderungen an sachgerechte Arbeitsvermittlung vgl. auch BSG in SozR 4100 § 119 Nr. 3, und zum Zeitraum, für den der Arbeitsvermittler die Möglichkeiten der Vermittlung für die Zukunft vorausschauend beurteilen kann vgl. BSG in SozR 4100 § 103 Nr. 8).

Auf der Grundlage dieser Erwägung wird das LSG im einzelnen festzustellen haben, von wann an die Beklagte im Falle der Klägerin welche Maßnahmen fortgesetzt vorgenommen hat, und er wird daraus den Schluß zu ziehen haben, ob und für welche Zeit der Arbeitsmarkt für die Klägerin verschlossen war.

Soweit das LSG zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß bei der Klägerin das Fehlen einer AE dem geltend gemachten Anspruch auf Alhi nicht entgegensteht, wird es noch die übrigen



- 20 -

Voraussetzungen für den Anspruch nach §§ 134 ff AFG festzustellen und danach abschließend auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)