

7 RAr 20/85

## Im Namen des Volkes

### Urteil

in dem Rechtsstreit

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte: .....,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

.....

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche  
Verhandlung am 9. September 1986 in Berlin  
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landes-  
sozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom  
12. Dezember 1984 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an  
das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

## G r ü n d e :

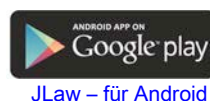
### I

Der 1918 geborene Kläger, der jugoslawischer Staatsangehöriger ist, begehrt Arbeitslosenhilfe (Alhi) über den 24. Dezember 1981 hinaus.

Der Kläger hält sich seit Mai 1970 in der Bundesrepublik auf. Seither war er bei verschiedenen Firmen als Schlosser beschäftigt, zuletzt vom 10. März 1980 bis zum 31. Juli 1980. Seinem Antrag auf Gewährung von Alhi entsprach die Beklagte mit Verfügung vom 21. Januar 1981 für die Zeit ab 31. Oktober 1980. Der Kläger bezog die Leistung laufend bis zum 14. Dezember 1981, zuletzt aufgrund des Bewilligungsbescheides vom 27. März 1981, den er nach seinen Angaben nicht mehr besitzt. Die Bewilligungsverfügung vom selben Tage enthält keine zeitliche Begrenzung der Leistung. Nach einer Änderungsverfügung vom 2. April 1981 ist als Ende des Bewilligungsabschnitts der 30. Januar 1982 angegeben. Mit Bescheid vom 21. Dezember 1981 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Januar 1982 hob die Beklagte ihren Bewilligungsbescheid vom 27. März 1981 für die Zeit ab 15. Dezember 1981 auf. Zur Begründung führte sie aus, Leistungen erhalte gemäß §§ 134 Abs 2, 103 Abs 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) nur, wer eine Beschäftigung ausüben könne und dürfe. Der Kläger dürfe eine Beschäftigung nur ausüben, wenn er eine Arbeitserlaubnis nach § 19 AFG besitze bzw ohne Rücksicht auf Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes beanspruchen könne, oder



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



-3-

-3-

wenn der deutsche Arbeitsmarkt für ihn offen sei. Das sei nicht der Fall. Der Arbeitsmarkt habe sich für den Kläger als verschlossen erwiesen. Trotz einjähriger Vermittlungsbemühungen habe sich für ihn keine Dauerbeschäftigung finden lassen. Das Arbeitsamt habe das in seinen Kräften stehende getan, um dem Kläger eine neue Beschäftigung zu verschaffen.

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte durch Urteil vom 29. Januar 1983 unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verurteilt, dem Kläger Alhi bis zum 24. Dezember 1981 zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Nach seiner Auffassung kann die Aufhebung der Bewilligung der Alhi erst ab 25. Dezember 1981 erfolgen, da die Voraussetzungen für eine rückwirkende Aufhebung des Bewilligungsbescheides nicht vorlägen. Darüber hinaus seien die angefochtenen Bescheide nicht rechtswidrig. Die Beklagte sei gemäß § 48 Abs 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB 10) berechtigt gewesen, für die Zukunft die Bewilligung der Alhi aufzuheben.

Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung des Klägers mit Urteil vom 12. Dezember 1984 die angefochtenen Bescheide in vollem Umfange aufgehoben. Es hat zur Begründung im wesentlichen folgendes ausgeführt: Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Bewilligung der Alhi mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. Voraussetzung hierfür sei, daß sich nach dem Erlaß des Verwaltungsaktes, mit dem die Leistung bewilligt worden sei, die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert hätten. Daran fehle es hier. Die Beklagte habe sich bei der Be-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-4-

willigung der Leistung auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) gestützt, wonach bei einem arbeitserlaubnispflichtigen ausländischen Arbeitnehmer erst dann davon auszugehen sei, daß er eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes iS des § 103 Abs 1 Nr 1 AFG nicht ausüben dürfe, wenn diesem Arbeitnehmer der ihm nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten und nach dem Umfange seiner Arbeitskraft zugängliche Arbeitsmarkt verschlossen sei. Dies sei nach der Rechtsprechung erst dann der Fall, wenn sich nach längerer Zeit der Vermittlungsbemühungen ergebe, daß der ausländische Arbeitslose nach Lage des Arbeitsmarktes nicht zu vermitteln sei. Wenn dann auch nach der voraussehbaren Entwicklung zu seinen Gunsten keine Änderungen zu erwarten seien, sei erkennbar, daß sich auf dem Arbeitsmarkt keine Beschäftigung finden lasse, für die eine Arbeitserlaubnis erteilt werden könne und die der Arbeitslose damit iS von § 103 Abs 1 Nr 1 AFG ausüben dürfe. Um zu einer solchen Feststellung zu kommen, müßten – so habe das BSG weiter ausgeführt – die Vermittlungsbemühungen der Beklagten mindestens ein Jahr betragen haben. Erst wenn alle Bemühungen während dieser Zeit nicht zum Erfolg geführt hätten, sei der ausländische Arbeitnehmer nicht mehr als verfügbar anzusehen. Diese Rechtsprechung trage jedoch die Auffassung der Vorinstanz nicht, die nach Ablauf eines Jahres eingetretene Möglichkeit zur abschließenden Entscheidung sei eine rechtserhebliche Änderung iS von § 48 SGB 10. Es handele sich nicht um eine objektive Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände gegenüber den im Zeitpunkt der Leistungsbewilligung vorliegenden, hier allein in Rede stehenden Vermittlungsfakten, sondern nur darum, daß sich



-5-

die Möglichkeit, die Beweisfrage nach den Arbeitsmarktverhältnissen beantworten zu können, endlich eingestellt habe. Der dem Kläger zugängliche Arbeitsmarkt sei nach der Leistungsbewilligung gleich geblieben. Schon zu jenem Zeitpunkt habe ihm kein neuer Arbeitsplatz vermittelt werden können. Das Scheitern der nachfolgenden einjährigen Vermittlungsbemühungen sei lediglich ein Indiz für diese Sachlage. Hierdurch sei der Beklagten erkennbar geworden, daß der im Zeitpunkt der Leistungsbewilligung bestehende, aber noch nicht feststellbare Zustand sich während der Zeiten der weiteren Unterbringungsversuche nicht geändert habe. Die Beklagte sei erst jetzt zur abschließenden Beantwortung der Frage imstande, ob der Arbeitsmarkt für den ausländischen Arbeitnehmer verschlossen gewesen sei und bleibe. Das Ergebnis der einjährigen Vermittlungsbemühungen führe daher nur zu einer abschließenden Beweiswürdigung der Beklagten über die Verschlossenheit des Arbeitsmarktes.

Aber auch dann, wenn man der vorstehenden Rechtsauffassung nicht folgen wolle, könne die Beklagte keinen Erfolg haben. Wenn sie sich nämlich auf den Standpunkt stellen würde, nicht die Erkennbarkeit der Arbeitsmarktlage, sondern diese selbst habe sich zum Aufhebungszeitpunkt geändert, so hätte sie für diese im Ergebnis rechtsvernichtende Tatsache die objektive Beweislast. Angesichts der vom ersten Tage an trotz intensiven Bemühens der Beklagten ausnahmslos gescheiterten Vermittlungsversuche sei hierfür keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zu gewinnen, was keiner weiteren Begründung bedürfe.

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

6-

-6-

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten. Ihrer Auffassung nach ist der bisherigen Rechtsprechung des BSG mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, daß die Voraussetzungen des Leistungsanspruchs wegen Arbeitslosigkeit während der Prüfungsfrist, ob der Arbeitsmarkt verschlossen sei, erfüllt sind und erst von dem Zeitpunkt an wegfallen, an dem sich die Verschlossenheit des Arbeitsmarktes herausstelle. Soweit diese Rechtsprechung zum Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des SGB 10 ergangen sei, dürfe nicht übersehen werden, daß sie Entscheidungen zum materiellen Recht enthalte. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb sie allein durch das Inkrafttreten des SGB 10 überholt sein sollte. Schon unter der Geltung des § 151 Abs 1 AFG habe die Feststellung der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes nicht zur Aufhebung der Bewilligung ex tunc führen können. Nach der materiell-rechtlichen Beurteilung des BSG seien die Anspruchsvoraussetzungen der Leistungen auch dann von Anfang an gegeben gewesen, wenn sich nach längeren Vermittlungsbemühungen die Verschlossenheit des Arbeitsmarktes ergebe. Dieser Fall stelle demnach eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse iS des § 48 Abs 1 SGB 10 gegenüber denen dar, die bei Erlaß des bewilligenden Verwaltungsaktes vorgelegen hätten. Im vorliegenden Falle sei deshalb die Aufhebung der zuletzt bis zum 30. Januar 1982 befristeten Alhi-Bewilligung mit Wirkung vom 25. Dezember 1981 an statthaft gewesen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-



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



7-

-7-

Westfalen vom 12. Dezember 1984 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 18. Januar 1983 zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Er trägt vor, es sei ihm völlig unverständlich, daß sich der Arbeitsmarkt für ihn als verschlossen erwiesen haben solle. Wie er bereits in den Vorinstanzen vorgetragen habe, habe er der Beklagten zahlreiche Arbeitgeber benannt, die ihn sofort eingestellt hätten, wenn ihm eine Arbeitserlaubnis erteilt worden wäre. Selbst wenn sich der Arbeitsmarkt für ihn als verschlossen erwiesen hätte, so könnte darin, wie das LSG zutreffend ausgeführt habe, keine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse iS von § 48 Abs 1 SGB 10 gesehen werden.

Die Beigeladene hat zur Sache keine Erklärungen abgegeben.

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

-8-



**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-8-

## II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begründet. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts lassen eine abschließende Entscheidung nicht zu.

Der Senat konnte in der Sache entscheiden, da die Revision der Beklagten nicht schon deshalb begründet ist, weil die Berufung des Klägers unzulässig ist. Bei einer zulässigen Revision sind Verfahrensmängel von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn es sich um einen in der Revisionsinstanz fortwirkenden Verstoß gegen einen verfahrensrechtlichen Grundsatz handelt, der im öffentlichen Interesse zu beachten ist. Zu diesen von Amts wegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen gehört nach der ständigen Rechtsprechung des BSG auch die Zulässigkeit der Berufung (vgl. SozR 1500 § 147 Nr 8; § 150 Nrn 11 und 18). Hier hat der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem LSG lediglich noch eine Anfechtungsklage erhoben, obwohl er mit der Berufungsschrift - wie in der ersten Instanz - zunächst auch die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Alhi ohne zeitliche Beschränkung beantragt hatte. Wenn die Beklagte entsprechend der Änderungsverfügung vom 2. April 1981 mit einem späteren Bescheid den Anspruch auf Alhi, der nach dem Bewilligungsbescheid vom 27. März 1981 entsprechend dem Inhalt der diesem Bescheid zugrunde liegenden Verfügung zeitlich nicht begrenzt war, nur bis zum 30. Januar 1982 bewilligt hätte, könnte die Berufung nur wiederkehrende Leistungen für einen Zeitraum bis zu 13 Wochen (drei Monaten)



-9-

betreffen. Sie wäre dann nach § 144 Abs 1 Nr 2 SGG unzulässig. Indes läßt sich nicht feststellen, ob und ggf wann der Kläger tatsächlich einen Änderungsbescheid aufgrund der Verfügung vom 2. April 1981 erhalten hat. Entsprechende Zustellungsnachweise sind in den Akten der Beklagten nicht enthalten. Der Kläger kann, wie er im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem LSG erklärt hat, über den Inhalt der ihm von der Beklagten erteilten Mitteilungen keine Angaben machen; er hat diese Mitteilungen auch nicht verwahrt. Der Vertreter der Beklagten hat nach Einsicht in die Verwaltungsakten in dem Termin erklärt, er sehe sich nicht in der Lage, zuverlässig anzugeben, welche schriftlichen Bescheide der Kläger über die Bewilligung der später entzogenen Leistung erhalten hat. Es ist daher davon auszugehen, daß der Bescheid vom 27. März 1981 weiterhin ohne zeitliche Begrenzung gilt. Da der Kläger nach seinem Antrag die uneingeschränkte Wiederherstellung dieses Bescheides zumindest dem Grunde nach begehrt, macht er einen Anspruch auf wiederkehrende Leistungen für einen Zeitraum von mehr als 13 Wochen (drei Monate) geltend. Mangels anderer Ausschlußgründe ist die Berufung daher gemäß § 143 SGG zulässig.

Rechtsgrundlage für die Aufhebung des Bewilligungsbescheides für die Zukunft durch die angefochtenen Bescheide der Beklagten ist § 48 Abs 1 Satz 1 SGB 10. Hiernach ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt. Bei dem Bescheid vom 27. März 1981 handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Mit ihm hat die Beklagte dem Kläger

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

0-

-10-

Alhi als regelmäßig wiederkehrende Leistung bewilligt. Im Vergleich zu den Verhältnissen, wie sie zur Zeit der Erteilung des Bescheides vom 27. März 1981 vorlagen, kann entgegen der Auffassung des LSG mit Wirkung vom 25. Dezember 1981 eine wesentliche Änderung eingetreten sein, weil die Voraussetzungen für die Zahlung der Alhi von diesem Zeitpunkt an weggefallen sind, während sie bei Erlass des Bescheides vom 27. März 1981 noch vorlagen. Zu den Voraussetzungen für die Alhi gehört nach § 134 Abs 1 Nr 1 AFG die Verfügbarkeit des Arbeitslosen; diese ist nur dann gegeben, wenn er eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben darf (§ 134 Abs 2 iVm § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG).

Um in der Bundesrepublik eine Beschäftigung ausüben zu dürfen, bedarf der Kläger einer Arbeitserlaubnis (AE). Nach § 19 Abs 1 Satz 1 AFG in der insoweit unveränderten Fassung des 6. Gesetzes zur Änderung des AFG (vom 3. August 1981, BGBl I 802) - 6. AFG-ÄndG - benötigen alle Arbeitnehmer, die nicht Deutsche iS des Art 116 Grundgesetz (GG) sind, eine AE, soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Zwischenstaatliche Vereinbarungen sehen zugunsten jugoslawischer Arbeitnehmer keine Ausnahme vor. Insbesondere ergibt sich eine solche Ausnahme für den Kläger nicht aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen der Bundesrepublik Deutschland mit Jugoslawien. Ein Niederlassungsvertrag, in dem Fragen der Arbeitserlaubnisse geregelt zu werden pflegen, ist mit Jugoslawien bisher nicht abgeschlossen worden. Das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugo-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1-

slawien Über Arbeitslosenversicherung vom 12. Oktober 1968 (BGBl II 1969 1473) bezieht sich lediglich auf die Vorschriften über die Arbeitslosenversicherung und die Arbeitslosenhilfe (Art 2) und bestimmt insoweit eine Gleichstellung (Art 4) bei Anwendung des jeweils geltenden inländischen Rechts (Art 7). Die Regelung des § 19 AFG gehört jedoch nicht zu den Vorschriften über die Arbeitslosenversicherung und Alhi im Sinne des Abkommens (vgl BSGE 43, 153, 156 = SozR 4100 § 19 Nr 2; SozR 4100 § 19 Nr 3).

Die Verfügbarkeit setzt allerdings nicht stets das Vorhandensein einer AE voraus. Es genügt, wenn der ausländische Arbeitnehmer erwarten kann, eine AE zu erhalten, wenn er einen Arbeitsplatz findet. Der Arbeitnehmer ist daher jedenfalls so lange nicht wegen des Erfordernisses einer AE nicht verfügbar, wie er Anspruch auf eine AE hat, was im Falle des Klägers allein nach Maßgabe des § 19 AFG und den Bestimmungen der Arbeitserlaubnisverordnung (ArbErlaubV) zu beurteilen ist. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die AE nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes oder auch dann zu erteilen ist, wenn der Arbeitsmarkt die Erteilung nicht zulässt. Jedoch darf nach der Rechtsprechung des BSG ein ausländischer Arbeitnehmer ohne AE bzw Anspruch auf eine arbeitsmarktunabhängige AE eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes gemäß § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG nicht ausüben, wenn ihm der nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten und nach 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). Das ist regelmäßig nicht schon dann der Fall, wenn eine AE deshalb 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. Solange es im Geltungsbereich des AFG überhaupt noch einen Bedarf an ausländischen Arbeitskräften in dem Berufsbereich, dem der einzelne angehört, oder im Bereich ungelernter Arbeitskräfte gibt, muß nämlich davon ausgegangen werden, daß auch auf die Vermittlung ausländischer Arbeitnehmer nicht generell verzichtet werden kann und damit die Möglichkeit einer Vermittlung besteht. Ergibt sich indessen nach einer längeren Zeit der Vermittlungsbemühungen, daß sich auf dem Arbeitsmarkt für einen ausländischen Arbeitnehmer keine Beschäftigung finden läßt, für die eine AE erteilt werden kann und die der ausländische Arbeitslose damit is von § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG ausüben darf, fehlt es von da ab an den Voraussetzungen für die Gewährung von Alhi. Um dies festzustellen, müssen nach der oa Rechtsprechung des BSG die Vermittlungsbemühungen mindestens ein Jahr gedauert haben. Das bedeutet, daß die Beklagte für einen Zeitraum 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 Satz 1 Nr 1 AFG, weil eine AE für die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erteilt werden könne (BSGE 45, 153, 159 = SozR 4100 § 103 Nr 10). Ist jedoch der Arbeitsmarkt nach dieser Zeit für den ausländischen Arbeitnehmer verschlossen, dann ist davon auszugehen, daß er der Arbeitsvermittlung nicht mehr zur Verfügung



-13-

steht, weil er eine Beschäftigung nicht mehr ausüben darf (§ 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG). Damit entfällt auch sein Leistungsanspruch, sofern er keinen Anspruch auf Erteilung einer AE hat.

Ob dies für die Zeit ab 25. Dezember 1981 der Fall ist, läßt sich den Feststellungen des LSG, das von seinem Rechtsstandpunkt aus die Frage, ob der Kläger eine arbeitsmarktunabhängige AE beanspruchen kann, nicht geprüft hat, nicht abschließend entnehmen. Anspruchsgrundlage für eine solche AE ist § 2 ArbErlaubV, der hier in der Fassung vom 12. September 1980 (BGBl I 1754, 1981 I 1245) anzuwenden ist. Die während des Revisionsverfahrens eingetretenen Änderungen des § 2 ArbErlaubV durch die Achte Änderungsverordnung vom 24. Juli 1986 (BGBl I 1160) können sich im vorliegenden Falle nicht auswirken, da der Verordnung keine rückwirkende Kraft zukommt. Sie ist nach ihrem Art 3 erst am Tage nach der am 30. Juli 1986 erfolgten Verkündung in Kraft getreten. Für eine besondere AE gemäß § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV in der bis zum 30. Juli 1986 geltenden Fassung sind die Voraussetzungen nicht gegeben. Der Kläger hat nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer einer möglichen AE nicht ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich dieser Verordnung ausgeübt. Ob der Kläger mit einer Deutschen verheiratet ist und deshalb gemäß § 2 Abs 1 Nr 1 ArbErlaubV eine AE zu erteilen ist, ist nicht festgestellt. Desgleichen fehlt es an Feststellungen, ob sich der Kläger rechtmäßig im Geltungsbereich der ArbErlaubV aufhält und entweder als Asylberechtigter anerkannt ist oder einen ihm als ausländischem Flüchtling von einer

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  
[\(mobile App\)](#)



4-

deutschen Behörde ausgestellten gültigen Reisepaß besitzt, was gleichfalls zur Erteilung einer AE führt (§ 2 Abs 1 Nr 3 ArbErlaubV). Weiterhin lassen die tatsächlichen Feststellungen des LSG eine Entscheidung darüber nicht zu, ob der Kläger Anspruch auf Erteilung einer AE im Hinblick auf die Härteregelung des § 2 Abs 7 (jetzt Abs 6) ArbErlaubV hat. Das LSG wird die tatsächlichen Feststellungen, die erforderlich sind, um entscheiden zu können, ob dem Kläger eine AE erteilt werden kann, noch zu treffen haben. Sollten diese für den Kläger negativ ausfallen, hätte er ab 25. Dezember 1981 keinen Anspruch auf Alhi mehr, denn die Erteilung einer allgemeinen AE gemäß § 19 Abs 1 AFG iVm § 1 Abs 1 Nr 2 ArbErlaubV scheitert im Hinblick darauf, daß nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG auf jeden Fall von diesem Zeitpunkt ab der Arbeitsmarkt für den Kläger verschlossen war.

Das LSG hat unangegriffen und damit für den Senat bindend festgestellt (§ 163 SGG), daß die Beklagte ein Jahr lang vom ersten Tage an intensiv bemüht war, den Kläger zu vermitteln. Das LSG hat sich hierbei auf die Aussage des Zeugen M. , den Hauptvermittler der Beklagten, gestützt. Dessen Aussage ist zu entnehmen, daß die Beklagte auch überörtliche Unterbringungsmöglichkeiten des Klägers versucht und die Frage erwogen hat, ob seine Unterbringung durch Maßnahmen der beruflichen Bildung gefördert werden konnte. Eine Umschulung in einen anderen Beruf kam jedoch nicht in Betracht, weil Arbeitslose aus anderen Berufen in den Schlosserberuf umgeschult wurden, der noch relativ günstige Unterbringungsmöglichkeiten bot. Fortbildungsmöglichkeiten wurden



nicht erwogen, weil der Kläger insoweit nicht über das theoretische Rüstzeug verfügte. Hiernach ist die Beklagte den Anforderungen nachgekommen, die das BSG für die Feststellung der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes aufgezeigt hat (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSGE 45, 153, 160 = SozR 4100 § 103 Nr 10; SozR 4100 § 103 Nr 22). Damit steht auch fest, daß in den Verhältnissen, wie sie bei Erlaß des Bescheides vom 27. März 1981 vorlagen, zumindest ab 25. Dezember 1981 eine Änderung eingetreten war.

Am 27. März 1981 hatte die Beklagte ihre Vermittlungsbemühungen noch nicht eingestellt, die ihr gegenüber dem Kläger oblagen, ehe sie zu dem Ergebnis gelangen konnte, daß für diesen der Arbeitsmarkt verschlossen war und er damit der Arbeitsvermittlung nicht mehr zur Verfügung stand. Diese Bemühungen hatte sie spätestens am 21. Dezember 1981 abgeschlossen. Damit hatte sich der Sachverhalt von diesem Zeitpunkt an dahin geändert, daß sie an diesem Tage wenigstens ein Jahr lang vergeblich Vermittlungsbemühungen angestellt hatte, während es am 27. März 1981 noch nicht ein halbes Jahr war. Damit steht fest, daß dem Kläger vom 25. Dezember 1982 an der Arbeitsmarkt verschlossen war und er deshalb der Arbeitsvermittlung gemäß § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG nicht zur Verfügung stand, sofern ihm aus den obengenannten Gründen keine AE zu erteilen war. Hingegen stand er beim Erlaß des Bescheides vom 27. März 1981 der Arbeitsvermittlung noch zur Verfügung, weil ihm der Arbeitsmarkt damals noch nicht verschlossen war.



Irrig ist die Auffassung des LSG, durch die Rechtsprechung des BSG zu § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG seien lediglich Beweisregeln aufgestellt worden, wie die Arbeitsmarktverhältnisse zu beurteilen seien. Die Regelung, die das BSG zu der Frage aufgestellt hat, wann der Arbeitsmarkt als verschlossen anzusehen ist, ist ein Tatbestandsmerkmal für das Fehlen der Verfügbarkeit iS von § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG. Tatbestandsvoraussetzungen sind insoweit die vom BSG aufgezeigten, mindestens ein Jahr dauernden Vermittlungsbemühungen der Beklagten und die sonst noch anzustellenden Prüfungen. Diese Voraussetzungen hat das BSG zur systemgerechten Auslegung von § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 19 Abs 1 AFG und der Bestimmungen der ArbErlaubV entwickelt. Es handelt sich also um die Auslegung materiellen Rechts und nicht um die Aufstellung von Beweisregeln. Deshalb kann auch die Argumentation nicht durchgreifen, durch die Rechtsprechung des BSG werde die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers fingiert, obwohl sie in Wirklichkeit von Anfang an nicht vorgelegen habe. Vielmehr hat das BSG den Rechtssatz aufgestellt, es müsse davon ausgegangen werden, daß auf die Vermittlung ausländischer Arbeitnehmer nicht generell verzichtet werden könne und damit die Möglichkeit einer Vermittlung bestehe, solange es im Geltungsbereich des AFG überhaupt noch einen Bedarf an ausländischen Arbeitskräften in dem Berufsbereich, dem der einzelne angehört, oder im Bereich ungelernter Arbeitskräfte gibt. Von diesem Rechtssatz weicht das LSG ab, wenn es davon ausgeht, daß der Arbeitsmarkt im vorliegenden Falle von Anfang an verschlossen gewesen sei. Das BSG hat hiernach aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen ein ausländischer Arbeitnehmer, der sich



-17-

befugt in der Bundesrepublik aufhält, jedoch keine Arbeitserlaubnis besitzt, eine Beschäftigung gemäß § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG ausüben darf und ab wann und unter welchen Voraussetzungen das nicht mehr der Fall ist. Deshalb kann auch nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte habe mit ihrem Aufhebungsbescheid lediglich in der Beurteilung der Verfügbarkeit einen Wechsel vollzogen. Vielmehr hat sich die Verfügbarkeit als solche geändert.

Die Verhältnisse, die bei Erlaß des Bescheides vom 27. März 1981 vorlagen, hatten sich hiernach bei Erlaß des Bescheides vom 21. Dezember 1981 iS von § 48 Abs 1 Satz 1 SGB 10 geändert. Diese Änderung ist dann wesentlich, wenn der Kläger keinen Anspruch auf die Erteilung einer arbeitsmarktunabhängigen AE hat. Das würde dazu führen, daß er keine Beschäftigung ausüben dürfte und mithin keinen Anspruch auf Alhi mehr hätte, woraus folgen würde, daß die angefochtenen Bescheide rechtmäßig wären. Ob dies der Fall ist, bedarf, wie bereits oben ausgeführt wurde, weiterer tatsächlicher Feststellungen.

-18-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-18-

Deshalb ist die Sache gemäß § 170 Abs 2 SGG an das LSG zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)