

Bundessozialgericht

Im Namen des Volkes

- 7 RAR 23/80 -

Verkündet am
8. Oktober 1981

Urteil

in dem Rechtsstreit

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1981 in Berlin durch den Vizepräsidenten Dr. B r o c k e , die Richter H e n n i g und S a t t l e r sowie die ehrenamtlichen Richter L e n z und C o r d s e n für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 8. Juni 1979 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 Kläger begehrt die Erteilung einer Arbeitserlaubnis (AE).

Der 1932 geborene Kläger ist türkischer Staatsangehöriger; er ist seit 1953 verheiratet und hat sechs Kinder, die 1956, 1966, 1970, 1972, 1973 und 1975 geboren sind. Der Kläger reiste am 1. April 1968 in die Bundesrepublik ein und war zunächst in Wetzlar, Frankfurt, Neckarsulm und Rüsselsheim beschäftigt, bevor er im November 1969 nach Berlin kam. 1971 holte er seine Familie nach; am 17. September 1976 kehrte er mit seiner Ehefrau und fünf Kindern auf Kosten der Sozialhilfe in die Türkei zurück, bemühte sich aber weiterhin um Arbeit, Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisse. Vom 26. März bis 31. Mai 1977 und seit dem 17. November 1978 hielt sich der Kläger erneut in Berlin auf. Seit Oktober 1980 ist er bei der amerikanischen Schutzmacht tätig; hierfür hat ihm die Beklagte eine AE erteilt.

In Berlin war der Kläger vom 10. November 1969 (mit Unterbrechungen vom 6. März bis 19. April 1970, 22. November 1970 bis 8. Februar 1971, 16. bis 20. Oktober 1971) bis zum 29. Februar 1972 als Bauhelfer und Straßenreiniger beschäftigt. Nach Arbeitslosigkeit und Krankheit arbeitete der Kläger vom 23. Mai bis 25. Juli 1972, 24. August bis 27. September 1972 und 9. Oktober 1972 bis 20. Februar 1973 im Bau- bzw Transportwesen. Anschließend war der Kläger bis zum 14. August 1973 ohne Beschäftigung; Arbeitslosengeld (Alg) hat er allerdings erst ab 1. August 1973 bezogen. Nachdem der Kläger im November 1973 wieder arbeitslos geworden war, bezog er vom 15. November 1973 bis zum Eintritt einer vierwöchigen Sperrzeit am 8. Mai 1974 Alg. Im Mai 1974 fand der Kläger

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

- 3 -



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



wieder Arbeit, bezog aber vom 25. Juni bis 9. August 1974 erneut Alg und anschließend bis zum 16. August 1974 und - nach einer Türkeireise - vom 23. Oktober bis 25. November 1974 Arbeitslosenhilfe (Alhi). Nachdem der Kläger noch einmal vom 26. November bis 20. Dezember 1974 gearbeitet hatte, fand er keine Arbeit mehr. Seinen Antrag auf Alhi lehnte die Beklagte, wie sich aus dem rechtskräftigen Urteil des Landessozialgerichts (LSG) vom 8. Juni 1979 - L 4 Ar 14/76 - ergibt, zunächst ab, gewährte sie jedoch 1978 rückwirkend bis zum 1. April 1975; das LSG verurteilte die Beklagte, dem Kläger die Alhi bis zum 16. September 1976 zu gewähren.

Im Februar 1972 hatte der Kläger eine bis zum 8. Februar 1974 geltende unbeschränkte AE erhalten. Am 15. Mai 1975 beantragte der Kläger die Erteilung einer unbeschränkten und unbefristeten AE, die die Beklagte mit Bescheid vom 28. Mai 1975 ablehnte. Der Widerspruch, mit dem der Kläger nur noch eine unbeschränkte (befristete) AE erstrebte, Klage und Berufung hatten keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 29. August 1975; Urteil des Sozialgerichts -SG- vom 9. Dezember 1975; Urteil des LSG vom 8. Juni 1979 - L 4 Ar 15/76 -).

Das LSG hat ausgeführt, Streitgegenstand sei die Erteilung einer AE nach § 2 Arbeitserlaubnis-Verordnung (AEVO), nicht dagegen die Ablehnung einer AE nach § 1 AEVO. Einen Anspruch auf eine besondere AE nach § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO habe der Kläger nicht, da er in den fünf Jahren vor der Antragstellung am 15. Mai 1975 nicht ununterbrochen eine unselbstständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO ausgeübt habe. In diese Frist falle nämlich die länger als drei Monate dauernde Unterbrechung vom 21. Februar bis 31. Juli 1973, in der der Kläger weder Alg noch Unterhaltsgeld (Uhg) bezogen habe. Daß der Kläger damals zeitweise krank gewesen sei und sich wegen Krankheit seiner Frau in der Türkei aufgehalten habe, sei unbeachtlich. Seine Behauptung, Ende Mai 1973 habe er sich wieder beim Arbeitsamt in

Berlin gemeldet, sei widerlegt. Im übrigen sei die Dreimonatsfrist selbst dann überschritten, wenn die Unterbrechungszeit unmittelbar nach der Rückkehr des Klägers aus der Türkei am 26. Mai 1973 enden würde. Mit der Unterbrechung beginne eine neue Frist zu laufen. Vereinbarungen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und der Türkei sähen für den Kläger keine Vergünstigungen vor. Der Kläger habe auch nach § 2 Abs 5 (= § 2 Abs 6 in der seit dem 1. Oktober 1978 geltenden Fassung) AEVO nicht wegen einer besonderen Härte einen Anspruch auf Erteilung einer AE. Daß nur wenige Tage an der Fünfjahresfrist fehlten, stelle eine besondere Härte nicht dar. Ebenso verleihe der Aufenthalt und die Arbeit seit 1968 ihm keinen Anspruch auf eine AE. Allerdings seien Familienverhältnisse zu berücksichtigen. Doch seien Auswirkungen der Versagung der AE auf Familienverhältnisse ohne Besonderheiten keine Härte. Daß überhaupt Unterhalt zu leisten sei, stelle grundsätzlich keine Härte dar. Auch aus Gründen der Familienzusammenführung sei eine AE nicht erforderlich. Der Kläger und seine Frau hätten das Risiko der Trennung bereits 1968 auf sich genommen. Daß die Ehefrau zeitweise in Deutschland gearbeitet und hier zwei Kinder geboren habe, ändere daran nichts. Die Nichterteilung der AE ergebe auch im Hinblick darauf, daß die Familie des Klägers wieder in der Türkei lebe, keine Auswirkungen besonderer Art in wirtschaftlicher oder sozialer Hinsicht.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 19 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) iVm § 2 Abs 6 AEVO, Art 20 Grundgesetz (GG), § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) und §§ 103, 123 Sozialgerichtsgesetz (SGG) und bringt hierzu im wesentlichen vor: Zu Unrecht halte das LSG für unerheblich, daß die Überschreitung der Dreimonatsfrist durch Erkrankung des Klägers und seiner Ehefrau verursacht worden sei. Die Härteregelung gelte gerade für Fälle, in denen aus Gründen, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten habe, die Frist überschritten worden sei. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß der Kläger erst im August 1973 Alg beantragt



habe. Sie habe dem Kläger Ende Mai 1973 erklärt, er solle in die Türkei zurückkehren, da er keine Schwerarbeit ausüben könne, und habe ihm deshalb keinen Antrag ausgehändigt. Der Kläger habe sich schon im Widerspruchsverfahren hierfür auf den Zeugen C berufen. Auch habe das LSG nicht berücksichtigt, daß der Kläger Analphabet sei und den Antrag vom 1. August 1973 nicht selbst habe ausfüllen können. Verkannt habe das LSG ferner die persönliche Zwangs- und Notlage des Klägers. Ihm sei, wie das LSG in dem Verfahren L 4 Ar 14/70 entschieden habe, zu Unrecht Alhi verweigert worden; ferner seien zu Unrecht Vermittlungsbemühungen unterlassen worden. Infolge eines Sperrvermerks habe der Kläger auch für selbstgesuchte Arbeitsstellen keine AE mehr erhalten, so daß seine Ehefrau und seine Kinder ausgewiesen worden seien. Hierdurch habe seine Ehefrau, die fast fünf Jahre ununterbrochen beim Bezirksamt Neukölln gearbeitet habe, ihre Rechte aus § 2 Abs 1 AEVO und er seinen Anspruch aus § 2 Abs 3 AEVO (in der ursprünglichen Fassung) verloren. Diesen Sachverhalt habe das LSG überhaupt nicht berücksichtigt, obwohl hierauf hingewiesen worden sei. Nicht berücksichtigt habe das LSG ferner seine außergewöhnlich hohen Unterhaltsverpflichtungen und den Umstand, daß vier der Kinder in der Zeit gesicherten Einkommens geboren worden und in Deutschland aufgewachsen seien. Es müsse ferner berücksichtigt werden, daß der Kläger nach jahrelanger Erwerbstätigkeit in Deutschland krank geworden sei und nach Überschreitung seines besten Lebensalters in seiner Heimat keine Arbeitsmöglichkeit mehr finde, so daß sich seine Familie nun in Not befinde. Unrichtig sei das Urteil ferner, weil das LSG nicht geprüft habe, ob dem Kläger nach § 19 Abs 1 AFG, § 1 AEVO ein Anspruch auf AE zustehe; das Klagebegehren habe sich im Verlaufe des Rechtsstreits darauf gerichtet, überhaupt eine AE zu erhalten. Auch in der Folgezeit seien alle Anträge auf eine AE abgelehnt worden; lediglich die Tätigkeit bei der amerikanischen Schutzmacht sei erlaubt worden, obwohl hierfür eine Erlaubnis nicht erforderlich sei. Verliere der Kläger diese Arbeit, müsse er

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



- 6 -

damit rechnen, daß ihm die Beklagte auch in Zukunft keine AE erteile; daher habe er ein berechtigtes Interesse an der hilfsweise begehrten Feststellung.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts, das Urteil des Sozialgerichts sowie den Bescheid der Beklagten vom 28. Mai 1975 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 29. August 1975 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm eine unbeschränkte Arbeitserlaubnis nach § 2 AEVO zu erteilen, hilfsweise, die Beklagte zu verpflichten, ihn erneut zu bescheiden, hilfsweise, den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen, hilfsweise, festzustellen, daß die Ablehnung der Arbeitserlaubnis nach § 2 Abs 1 iVm Abs 5 AEVO aF rechtswidrig war.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie führt aus, der Kläger sei nicht rechtswidrig gehindert worden, einen Anspruch auf eine AE nach § 2 Abs 1 AEVO zu erwerben. Es treffe nicht zu, daß sich der Kläger Ende Mai 1973 beim Arbeitsamt gemeldet habe und seinerzeit davon abgehalten worden sei, einen Leistungsantrag zu stellen. Es treffe ferner nicht zu, daß der Kläger infolge der 1976 erfolgten Ausreise der Familie einen Anspruch auf eine AE nach § 2 Abs 3

- 7 -



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



AEVO (aF) verloren habe; auch bei der Ehefrau des Klägers lägen Fehlzeiten vor. Zu beachten sei, daß der Kläger nicht regelmäßig gearbeitet habe. In den dem Antrag vom 15. Mai 1975 vorausgehenden fünf Jahren sei der Kläger rund 30 Monate arbeitslos oder ohne Nachweis gewesen; seine Beschäftigungsverhältnisse seien überwiegend von kurzer Dauer gewesen und hätten wiederholt wegen fehlender Eignung geendet. Weder aus dem Arbeitsschicksal, der vorübergehenden Erkrankung Ende 1972 noch aus den familiären Verhältnissen seien daher Anhaltspunkte zu gewinnen, die die Annahme einer Härte iS des § 2 Abs 5 (später Abs 6, nunmehr Abs 7) AEVO rechtfertigten.

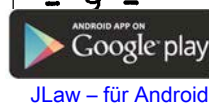
II

Die Revision ist mit der Maßgabe begründet, daß das Urteil des LSG aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen wird.

Der Kläger begehrt die Verurteilung der Beklagten, ihm "eine unbeschränkte AE nach § 2 AEVO zu erteilen", dh eine AE, die nicht auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb beschränkt ist (§ 2 Abs 1 Satz 1, § 1 Abs 1 Nr 1 AEVO idF der Bekanntmachung vom 12. September 1980, BGBl I 1754, geändert durch die Sechste Verordnung zur Änderung der AEVO vom 24. September 1981, BGBl I 1042), grundsätzlich im gesamten Bundesgebiet einschließlich des Landes Berlin gilt (§ 3 Abs 2, § 16 AEVO) und in der Regel auf fünf Jahre befristet wird (§ 4 Abs 2 AEVO). Dieses Prozeßbegehren des Klägers hat sich bislang nicht erledigt. Zwar kann der prozessuale Anspruch auf eine AE nicht mehr durch eine Verpflichtungsklage verfolgt werden,

wenn die Zeit, für die die AE begehrt wird, abgelaufen ist (vgl BSGE 44, 82, 87 f = SozR 4100 § 19 Nr 3; SozR 4100 § 19 Nr 9). So liegt der Fall hier jedoch nicht. Das Prozeßbegehren, die Beklagte zur Erteilung einer AE zu verurteilen, zielt und zielte ersichtlich auf eine AE ab, die dem Kläger alsbald nach dem Erlaß des erstrebten Urteils die Aufnahme einer beliebigen abhängigen Beschäftigung ermöglicht. Das unterscheidet diese Klage von den Klagebegehren, die der Senat in anderen Fällen zu beurteilen hatte (vgl BSG aaO). Die Hauptsache hat sich daher durch den während des Revisionsverfahrens eingetretenen Ablauf der fünf Jahre, für die dem Kläger 1975 nach § 4 Abs 2 Satz 1 AEVO in der damals geltenden Fassung vom 2. März 1971 (BGBl I 152) höchstens eine AE hätte erteilt werden können, nicht erledigt. Ebenso hat die AE, die die Beklagte dem Kläger für die im Oktober 1980 aufgenommene Beschäftigung erteilt hat, eine Erledigung nicht herbeigeführt; denn die Rechtswirkung der vom Kläger erstrebten unbeschränkten AE geht über die dem Kläger erteilte beschränkte AE hinaus. Das gilt umsomehr, wenn der Kläger für die Tätigkeit bei einer Schutzmacht keiner AE bedarf; diese Frage braucht daher nicht geklärt zu werden.

Dem so verstandenen Klagebegehren steht nicht entgegen, daß die AE zu beantragen ist (vgl § 11 AEVO) und daß, wenn der Antrag auf Vornahme des Verwaltungsaktes abgelehnt worden ist, vor Erhebung der Verpflichtungsklage Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Ablehnung in einem Vorverfahren nachzuprüfen sind (§ 78 Abs 1 Satz 1 und Abs 3 SGG); diesen Erfordernissen ist durch den 1975 gestellten Antrag, durch den Bescheid vom 28. Mai 1975 und den Widerspruchsbescheid vom 29. August 1975 genügt. Zwar vermag eine AE, die die Beklagte aufgrund einer erst jetzt ergehenden Verurteilung zu erteilen hätte, dem Kläger die Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung nicht mehr für die Zeit zu ermöglichen, für die er die AE anfänglich erstrebte. Sofern der ausländische Arbeitnehmer seinen AE-Antrag nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt hat, widerspräche es jedoch der Prozeßökonomie, das formal gleich-



gebliebene Begehren als ein - ein neues Verfahren erforderndes - "aliud" anzusehen, weil wegen verfahrensbedingten Zeitablaufs die im Prozeß begehrte Erlaubnis sich nur auf einen Zeitabschnitt auszuwirken vermag, auf den sie sich nach materiellem Recht, wäre sie unmittelbar auf den Antrag hin erteilt worden, nicht bezogen hätte. Der ausländische Arbeitnehmer wäre, obwohl sein Ziel, eine unbeschränkte AE zu erhalten, gleichbleibt, nur wegen des Zeitablaufes gehalten, ein weiteres Verfahren einzuleiten, obwohl die Beteiligten der durch den Zeitablauf veränderten Sach- und Rechtslage auch in dem laufenden Gerichtsverfahren im allgemeinen unschwer Rechnung tragen können.

Der Kläger bedarf einer AE, um in der Bundesrepublik abhängig tätig zu sein. Nach § 19 Abs 1 Satz 1 AFG idF des Sechsten Gesetzes zur Änderung des AFG vom 3. August 1981 (BGBl I 802) benötigen alle Arbeitnehmer, die nicht Deutsche iS des Art 16 GG sind, eine AE, soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Zwischenstaatliche Vereinbarungen bestimmen zugunsten türkischer Arbeitnehmer keine Ausnahme; Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften, die nach § 19 Abs 3 AFG unberührt bleiben, haben nichts Abweichendes bestimmt. Die aufgrund des Assoziationsabkommens zwischen der EWG und der Türkei (vom 12. September 1963, BGBl II 1964, 509) und des Zusatzprotokolls zu diesem Abkommen vom 23. November 1970 (BGBl II 1972, 385) ergangenen Beschlüsse des Assoziationsrates vom 20. Dezember 1976 (vgl ANBA 1977, 1090) und Nr 1/80 (vgl ANBA 1981, 4) haben daran nichts geändert; sie sehen gegenüber den deutschen Vorschriften lediglich gewisse Erleichterungen bei der Erteilung der AE für türkische Arbeitnehmer vor (vgl BSG SozR 4100 § 19 Nr 5 und 9; SozR 4210 § 2 Nr 9).

Einen Anspruch auf die strittige AE kann der Kläger aus § 2 AEVO nicht herleiten. Nach dieser Vorschrift ist in bestimmten Fällen unabhängig von der Lage und Entwicklung des

Arbeitsmarktes eine nicht auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb beschränkte AE zu erteilen; der Verordnungsgeber hat damit von der ihm nach § 19 Abs 4 Satz 2 AFG (= § 19 Abs 3 Satz 2 AFG vom 25. Juni 1969, BGBl I 582) zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht, für einzelne Personengruppen durch Rechtsverordnung Ausnahmen zuzulassen (BSGE 43, 153, 159 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSG SozR 4210 § 2 Nr 9).

Nach § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO in der insoweit unverändert geltenden Fassung der Verordnung vom 2. März 1971 (BGBl I 152) ist die AE zu erteilen, wenn der Arbeitnehmer in den letzten fünf Jahren vor dem Beginn der Geltungsdauer der AE ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich der Verordnung ausgeübt hat. Abzustellen ist auf den Beginn der Geltungsdauer der erstrebten AE, bei Verpflichtungsklagen mithin auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht. In den der mündlichen Verhandlung vor dem LSG am 8. Juni 1979 vorhergehenden fünf Jahren hat der Kläger eine ununterbrochen unselbständige Tätigkeit im Geltungsbereich der Verordnung schon deshalb nicht ausgeübt, weil er nach den Feststellungen des LSG vom 17. September 1976 bis 25. März 1977 und vom 1. Juni bis 16. November 1978 nicht in der Bundesrepublik (einschließlich Berlin) gewesen ist. Auch nach Art 2 Abs 1 Buchst b des Beschlusses des Assoziationsrates vom 20. Dezember 1976 ist der freie Zugang zu jeder Beschäftigung im Lohn- und Gehaltsverhältnis für türkische Arbeitnehmer erst nach fünf Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung vorgesehen. Nach Art 6 Abs 1 des Beschlusses Nr 1/80 des Assoziationsrates reichen hierfür vier Jahre aus; diese Bestimmung ist jedoch erst ab 1. Dezember 1980 anwendbar (Art 16 Abs 1 aaO). Da somit auch nach diesen Beschlüssen eine unbeschränkte AE nicht in Betracht kommt, stellt sich nicht die Frage, ob unmittelbar aus den Beschlüssen ein Anspruch auf eine AE herzuleiten ist (vgl dazu Art 6, 22 des Assoziationsabkommens, Art 36, 38 des Zusatzprotokolls, ferner Art 12 des Beschlusses vom 20. Dezember 1976 und Art 6



Abs 3 des Beschlusses Nr 1/80).

Nach § 2 Abs 5 AEVO idF vom 2. März 1971 (BGBI I 152, = § 2 Abs 6 idF der Änderungs-VO vom 29. August 1978, BGBI I 1531, = § 2 Abs 7 idF der Änderungs-VO vom 30. Mai 1980, BGBI I 638) kann eine AE unabhängig von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine Härte bedeuten würde. Ob eine Härte gegeben ist, unterliegt in vollem Umfange der gerichtlichen Nachprüfung; der Beklagten steht weder ein Beurteilungsspielraum noch ein Ermessen zu (BSG SozR 4100 § 19 Nr 5 und 6; BSG SozR 4210 § 2 Nr 9). Nicht die Versagung einer AE für einen bestimmten Vermittlungsfall, sondern die Versagung der unbeschränkten AE muß die Härte ausmachen (BSGE 43, 153, 158 = SozR 4100 § 19 Nr 2); abzustellen ist daher auf die Lage, die sich ergibt, wenn der Antragsteller ohne diese AE bleibt. Maßgebend ist somit die Zeit, für die die AE begehrt wird, bei einer Verpflichtungsklage mithin die Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht. Es kommt hier deshalb nicht auf die Verhältnisse an, die 1975 vorlagen. Die besonderen Verhältnisse müssen regelmäßig stärkeres Gewicht haben als Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes; sie müssen der Grund dafür sein, daß die Versagung der AE eine Härte bedeutet (BSG SozR 4100 § 103 Nr 22). Die für ausländische Arbeitnehmer allgemein gültigen Verhältnisse stellen einen Härtefall nicht dar; Härten, die aufgrund von Umständen bestehen, wie sie bei einer Vielzahl von ausländischen Arbeitnehmern auftreten können, rechtfertigen nicht die Erteilung einer AE (BSG SozR 4100 § 19 Nr 5 und 6; BSG SozR 4210 § 2 Nr 9). Zu den Verhältnissen, die bei einer Vielzahl von ausländischen Arbeitnehmern auftreten können, gehören schlechte wirtschaftliche Verhältnisse in der Heimat. Ihnen ist jeder ausländische Arbeitnehmer vor seiner Arbeitsaufnahme in der Bundesrepublik ausgesetzt. Er muß sich in diese wieder einfügen, ggf auch im höheren Lebensalter, wenn ihm keine AE erteilt



werden kann; solche Verhältnisse bedingen daher im allgemeinen keine zu berücksichtigende Härte. Ob dies dann anders sein kann, wenn der Arbeitnehmer infolge seiner Tätigkeit in der Bundesrepublik in seiner Heimat keine Arbeit mehr findet, ist hier nicht zu entscheiden, denn für einen solchen Sachverhalt besteht kein Anhalt. Daß ein Arbeitnehmer Unterhaltspflichten zu erfüllen hat, stellt, wie der Senat schon entschieden hat, grundsätzlich keine Härte dar; das gilt auch, wenn die unterhaltsberechtigten Kinder in Zeiten geboren worden sind, in denen das Einkommen des Arbeitnehmers in der Bundesrepublik gesichert war. Allerdings kann bei besonderen Verhältnissen eine Ausnahme möglich sein (vgl BSG SozR 4100 § 19 Nr 6); sie kommt in Betracht, wenn die Nichterteilung der AE in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht Auswirkungen besonderer Art auf die Familie hat. So liegt der Fall des Klägers aber nicht. Anders als in dem Fall, in dem der Ehefrau eines in der Bundesrepublik tätigen Arbeitnehmers mit mehreren kleinen Kindern, die von den Arbeitseinkommen beider Ehegatten in der Bundesrepublik lebten, eine AE versagt wurde, geht es im Falle des Klägers um den Ausbau bzw Neuaufbau der wirtschaftlichen Existenz auf dem Arbeitsmarkt der Bundesrepublik für eine Familie, die außerhalb der Bundesrepublik lebt. Daß der Kläger, wie er behauptet, durch Fehlverhalten der Beklagten nicht die Voraussetzungen für eine unbeschränkte AE hat erwerben können, bedingt keine besonderen Verhältnisse; in solchen Fällen steht den Antragstellern der sozialrechtliche Herstellungsanspruch zur Seite.

Dennoch erweist sich die Revision als der Zurückverweisung der Sache als begründet. Die vom LSG getroffenen Feststellungen reichen nämlich nicht aus, um auszuschließen, daß der geltend gemachte prozessuale Anspruch in vollem Umfange oder eingeschränkt nach § 19 Abs 1 Satz 2 AFG oder aufgrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs gegeben ist.

Nach § 19 Abs 1 Satz 2 AFG wird die AE nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhält-



nisse des einzelnen Falles erteilt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist eine AE zu erteilen. Diese AE wird zwar auf längstens zwei Jahre befristet (vgl § 4 Abs 1 AEVO), gilt nur für den Bezirk eines Arbeitsamtes (§ 3 Abs 1 Satz 1 AEVO) und kann auf eine bestimmte Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb beschränkt werden (§ 1 Abs 1 Nr 1 AEVO); ihr örtlicher Geltungsbereich kann aber erweitert werden (§ 3 Abs 1 Satz 2 AEVO), auch kann die AE ohne Beschränkung auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit und ohne Beschränkung auf einen bestimmten Betrieb erteilt werden (§ 1 Abs 1 Nr 2 AEVO). Stellt diese AE demnach gegenüber der AE, die der Kläger begehrt, ein Weniger dar, so kann die Klage, sofern dem Kläger mit einer auf zwei Jahren befristeten bzw ggf auf den Bezirk eines Arbeitsamtes beschränkten AE ersichtlich nicht gedient ist, in vollem Umfang nur abgewiesen werden, wenn auch keine auf zwei Jahre befristete, auf den Bezirk des Arbeitsamtes, bei dem der Antrag gestellt ist, örtlich beschränkte AE ohne Beschränkung auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit und ohne Beschränkung auf einen bestimmten Betrieb in Betracht kommt. Der Kläger rügt daher mit Recht, daß das LSG sein Begehren nicht nach § 19 Abs 1 Satz 2 AFG, § 1 Abs 1 Nr 2 AEVO geprüft hat; da jegliche Feststellungen darüber fehlen, ob Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Erteilung einer unbeschränkten AE ermöglichen, kann das die Klage in vollem Umfang abweisende Urteil des LSG nicht aufrechterhalten bleiben.

Dem Kläger könnte ferner aufgrund des von der Rechtsprechung entwickelten sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ein Anspruch auf die begehrte AE erwachsen sein, wenn er die Voraussetzungen einer AE für die Zeit, die nun noch in Betracht kommt, erworben hätte, wäre er hieran nicht durch Maßnahmen der Beklagten gehindert worden, die sich als rechtswidrig erweisen. Eine solche Fallgestaltung ist nach dem Sachverhalt nicht ausgeschlossen.

Der Kläger hat vor dem LSG geltend gemacht, seine Ehefrau,



die knapp fünf Jahre beim Bezirksamt N. angestellt gewesen sei, habe 1976 mit den Kindern die Bundesrepublik verlassen, um einer drohenden Ausweisung im Winter zu entgehen. Der Kläger könnte hierdurch einen Anspruch auf eine AE nach der bis zum 30. September 1978 geltenden Vorschrift des § 2 Abs 3 AEVO idF vom 2. März 1971 (BGBl I 152) verloren haben; aufgrund dieser AE hätte er ggf bis Herbst 1981 einer unselbständigen Beschäftigung nachgehen und die Voraussetzungen für eine weitere AE erwerben können. Den Eintritt dieser Voraussetzungen hätte die Beklagte verhindert, wenn die der Ehefrau des Klägers 1976 drohende Ausweisung auf den Bezug von Sozialhilfe, und die Notwendigkeit der Sozialhilfe auf die rechtswidrige Vorenthaltung von Alhi oder einer AE zurückzuführen sein sollte, wie das nach dem Urteil des LSG in der Sache L 4 Ar 14/76 in Betracht kommen könnte.

Ebenso könnte die Beklagte den Eintritt der Voraussetzungen für eine künftig wirksame AE verhindert haben, wenn der Kläger 1975 Anspruch auf eine AE gehabt hätte, die ihm die Beklagte vorenthalten hätte. Allerdings käme insoweit ein Anspruch nach § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO nicht in Betracht. Wie sich aus den Feststellungen des LSG ergibt, ist die Beschäftigung des Klägers durch Zeiten des Bezuges von Alhi und einer Heimreise in der Zeit vom 10. August bis 25. November 1974 unterbrochen worden. Zwar wird die Fünfjahresfrist des § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO nicht unterbrochen durch Zeiten, in denen der Arbeitnehmer Alg oder Uhg bezieht (§ 2 Abs 2 Nr 1 in der 1975 geltenden Fassung der VO vom 2. März 1971, BGBl I 152). Für Zeiten, in denen der Arbeitnehmer Alhi bezogen hat, fehlt jedoch eine entsprechende Vorschrift. Sie zählen nach der AEVO mithin wie die Heimreise zu den sonstigen Zeiten, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht besteht, dh sie unterbrechen die Beschäftigung, sofern sie die Dauer von jeweils drei Monaten überschreiten (§ 2 Abs 2 Nr 2 AEVO). Zwar berühren nach Art 2 Abs 1 Buchst c des Beschlusses des Assoziationsrates vom 20. Dezember 1976 Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt



worden sind, sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche. Der Beschluß des Assoziationsrates ist aber erst am 20. Dezember 1976 in Kraft getreten (Art 13 aaO). Vergünstigungen aufgrund des Beschlusses können sich daher, unabhängig von ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit, nicht schon 1975 ausgewirkt haben. Ist demnach jedenfalls 1974 die Beschäftigung des Klägers in der Bundesrepublik unterbrochen worden, stellt sich nicht die Frage, ob für die Verneinung der Voraussetzungen des § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO auf die mehr als dreimonatige Unterbrechung vom 21. Februar bis 31. Juli 1973 zurückgegriffen werden kann. Allerdings könnte die Versagung der unbeschränkten AE 1975 nach den besonderen Verhältnissen des Klägers eine Härte bedeutet haben. Das LSG hat zwar für die Zeit seiner Entscheidung zu Recht eine Härte verneint; dies schließt jedoch nicht aus, daß die Versagung der beantragten AE 1975 eine Härte war. Der Senat hat schon entschieden, daß die Versagung einer unbeschränkten AE für eine bei ihrem Ehemann in der Bundesrepublik Deutschland lebende berufstätige Mutter mit drei kleinen Kindern, davon eins im Säuglingsalter, Auswirkungen in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht haben kann, die eine pauschale Beurteilung verbieten (BSG SozR 4100 § 19 Nr 6). Für den Vater, der bei seiner Ehefrau und den Kindern lebt und für diese sorgt, gilt nichts anderes. Es sind daher die Auswirkungen festzustellen und zu erwägen, die sich 1975 ergaben und wesentlich dadurch bestimmt waren, daß der Kläger mit Frau und Kindern in Berlin lebte.

Ebenso hat der Senat schon entschieden, daß die die Verfügbarkeit des ausländischen Arbeitnehmers einschränkende Minderung der Erwerbsfähigkeit, auch wenn sie mit einem Arbeitsunfall auf dem deutschen Arbeitsmarkt nicht in ursächlichem Zusammenhang steht, nach Ursache und Eintritt des Leidens, tatsächlicher und beabsichtigter Dauer der Beschäftigung eine Härte begründen kann (BSG SozR 4100 § 103 Nr 22); das gilt ebenso für eine vorübergehende Minderung der



Erwerbsfähigkeit. Auch dieser Gesichtspunkt wird vom LSG zu erwägen sein.

Eine 1975 erteilte AE wäre zwar in der Zwischenzeit erloschen, wenn die Aufenthaltserlaubnis des Klägers abgelaufen oder erloschen ist; ebenfalls hätte der mehr als dreimonatige Aufenthalt des Klägers im Ausland zum Erlöschen der AE geführt (§ 8 AEVO). Doch kann sich die Beklagte hierauf nicht berufen, wenn die Annahme begründet ist, die genannten Erlöschenstatbestände wären nicht eingetreten, wenn die Beklagte dem Kläger die AE rechtzeitig erteilt hätte.

Reichen demnach die getroffenen Feststellungen zu einer abschließenden Entscheidung über das Verpflichtungsbegehren des Klägers nicht aus, ist das Urteil des LSG gem § 170 Abs 2 Satz 2 SGG aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen, ohne daß zu dem hilfsweise geltend gemachten Feststellungsbegehren Stellung zu nehmen ist. Das LSG wird bei seiner erneuten Entscheidung auch über die Erstattung der im Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten zu entscheiden haben.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)