

Bundessozialgericht

- 7 RAr 24/79 -

Verkündet am
12. Februar 1980

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

als UrkBeamter
der GeschStelle

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....
Kläger und Revisionsbeklagter,
Prozeßbevollmächtigter:

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1980
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Bayerischen Landessozialgerichts vom 27. Juli 1978
wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen
Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.



G r ü n d e :

I

Der Kläger ist ägyptischer Staatsangehöriger und hält sich seit 1963 im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland auf. Er war hier mit Unterbrechungen als Maschinenschlosser und Rotationshilfskraft tätig. Am 18. April 1969 und später noch wiederholt beantragte der Kläger ohne Erfolg die Erneuerung seiner Aufenthaltserlaubnis. Er wurde auf seinen Antrag vom 10. Oktober 1972 als Asylberechtigter anerkannt. Gegen die Anerkennung hat der Bundesbeauftragte für Asylangelegenheiten Klage erhoben, über die noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Die Stadt W teilte dem Arbeitsamt fernmündlich und am 4. Dezember 1975 schriftlich mit, sie sehe wegen des Asylverfahrens davon ab, eine Abschiebung durchzuführen.

Mit Bescheid vom 1. März 1974 und Widerspruchsbescheid vom 13. September 1974 lehnte das Arbeitsamt W den Antrag des Klägers auf Arbeitslosengeld (Alg) ab. Der Kläger meldete sich am 23. Oktober 1974 erneut arbeitslos und beantragte Alg. Mit Bescheid vom 8. Juli 1975 lehnte das Arbeitsamt den Antrag ab, da die Aufenthaltserlaubnis fehle. Nachdem es den Widerspruch zunächst am 13. August 1975 als unzulässig verworfen hatte, wies es ihn mit der Klageerwiderung als unbegründet zurück. Das Sozialgericht (SG) W hat am 24. Mai 1976 die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide entsprechend dem Antrag des Klägers verurteilt, diesem Alg zu gewähren und ihm für die Dauer der tatsächlich geduldeten Anwesenheit eine Arbeitserlaubnis (AE) für den Arbeitsamtsbezirk W zu erteilen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) die Entscheidung des SG durch Urteil vom 27. Juli 1978 insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Erteilung einer AE verpflichtet worden ist und im übrigen die Berufung zurückgewiesen.

Das LSG hat ausgeführt, der Anspruch auf Alg hänge nicht davon ab, ob nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes eine AE zu erteilen sei. Der ausländische Arbeitslose be-



- 3 -

nötige die AE nicht schon für die Arbeitsuche. Nach den Grundzügen des sozialen Leistungsrechts seien die Lasten des Unterhalts derjenigen, die einige Zeit in Arbeit gestanden haben und wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes während der Arbeitsuche auf Leistungen für den Lebensunterhalt angewiesen sind, in dem im Arbeitsförderungsgesetz (AFG) festgelegten Umfang von der Bundesanstalt für Arbeit (BA) zu tragen, solange diese Arbeitskräfte der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen. Nur der überschießende Betrag falle nach dem Grundsatz der Subsidiarität (§ 2 des Bundessozialhilfegesetzes -BSHG-) den Trägern der Sozialhilfe zur Last. Deshalb dürfe das Alg von keinen strengeren Anforderungen an die Voraussetzungen des Aufenthalts im Geltungsbereich des Gesetzes abhängig gemacht werden als die Leistungen des Sozialhilfeträgers. Es genüge aus diesem Grund, daß die Anwesenheit des Klägers bis zum Abschluß des Verfahrens wegen des Asylanspruchs praktisch geduldet werde und diese Duldung von der zuständigen Behörde auch der Beklagten gegenüber verbindlich erklärt worden sei.

Der Senat hat die Revision zugelassen, soweit das LSG die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat er abgelehnt.

Die Beklagte rügt mit der Revision eine Verletzung von § 103 AFG. Sie führt aus, zum Arbeitendürfen iSd § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 des AFG gehöre bei einem ägyptischen Staatsangehörigen die Aufenthaltserlaubnis. Ihr stehe zwar die Duldung nach § 17 Abs 1 Satz 1 des Ausländergesetzes (AuslG) vom 28. April 1965 (BGBl I 353) gleich. Diese bedürfe aber gem § 23 AuslG der Schriftform, die faktische Duldung genüge für die Verfügbarkeit nicht.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 27. Juli 1978 sowie das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 24. Mai 1976 insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Gewährung von Leistungen verurteilt wurde, und die Klage auch



- 4 -

in diesem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

II

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Mit Recht hat das LSG die Berufung hinsichtlich des Alg zurückgewiesen. Die Klage ist insoweit begründet, denn die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig, dem Kläger steht dem Grunde nach das beantragte Alg zu.

Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist das nach § 78 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) vorgeschriebene Vorverfahren durchgeführt. Der Erlaß des Widerspruchsbescheides reicht dafür aus, auch wenn der Widerspruch damit als unzulässig verworfen wird. Es bedurfte deshalb keiner Entscheidung, ob ein etwa fehlender Widerspruchsbescheid durch eine entsprechende Erklärung der Behörde in der Klagerwiderung wirksam ersetzt werden kann.

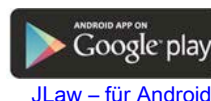
Nach § 100 AFG hat Anspruch auf Alg, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Antrag und Arbeitslosmeldung hat das LSG festgestellt; ebenso kann dem Urteil die Feststellung entnommen werden, daß der Kläger in der streitigen Zeit arbeitslos sowie unter anderem vom 4. April 1972 bis zum 5. Februar 1973 als Rotationshilfskraft tätig gewesen ist und daß es sich dabei um eine beitragspflichtige Beschäftigung gehandelt hat. Damit ist die Anwartschaftszeit erfüllt. Im Antrag, auf den das LSG Bezug nimmt, hat der Kläger schließlich angegeben, ganztags arbeiten zu können, so daß insoweit von der Verfügbarkeit ausgegangen werden kann. Seine Leistungsbereitschaft hat er nicht eingeschränkt. Der Kläger hat schließlich eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes auch ausüben dürfen.

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

- 5 -



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



Wie das Bundessozialgericht (BSG) in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, ist das Erfordernis des Arbeitendürfens nicht so zu verstehen, daß die Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitslosen stets das Vorhandensein einer AE voraussetzt. Der ausländische Arbeitslose benötigt eine AE nicht schon für die Arbeitsuche. Allerdings darf er keine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben (§ 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG), wenn er die notwendige Aufenthaltserlaubnis nicht besitzt (BSG SozR 4100 § 103 Nr 14). Ebenso wie eine Aufenthaltserlaubnis hat aber die Entscheidung der Stadt W , daß wegen des Asylverfahrens davon abgesehen wurde, die Abschiebung durchzuführen, zur Folge, daß der Kläger iSd § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben darf.

Diese Entscheidung der Stadt W hat hinsichtlich der Verfügbarkeit dieselbe Wirkung wie eine Duldung gem § 17 Abs 1 AuslG, die ihrerseits insoweit der Aufenthaltserlaubnis gleichsteht.

Gem § 17 Abs 1 AuslG kann die Abschiebung eines Ausländers zeitweise ausgesetzt werden (Duldung). Ein Ausländer, der weder eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung besitzt noch vom Erfordernis der Aufenthaltserlaubnis befreit oder der ausgewiesen ist, hat gem § 12 AuslG das Bundesgebiet unverzüglich zu verlassen. Er ist unter den Voraussetzungen des § 13 AuslG abzuschieben. In dieser Lage kann ihm die Duldung erteilt werden. Damit erhält der Ausländer nicht das Recht zum Aufenthalt, er kann sich aber hier aufhalten, ohne mit den Gesetzen in Konflikt zu kommen (vgl. Amtliche Begründung zu § 17 AuslG, abgedruckt bei Kloesel-Christ, Deutsches Ausländerrecht Anm zu § 17 AuslG). Für die Duldung ist die Schriftform vorgeschrieben (§ 23 Abs 1 Satz 1 AuslG). Die BA hatte bei Vorliegen einer Duldungsbescheinigung keine Bedenken, die Voraussetzungen des § 3 der Neunten Verordnung (VO) zur Durchführung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 20. November 1959 (BGBl I 689)



als erfüllt anzusehen und eine AE zu erteilen. In der VO über die AE für nichtdeutsche Arbeitnehmer (AEVO) vom 2. März 1971 (BGBl I 152) ist der Fall der Duldung ausdrücklich geregelt. Die AE kann nach § 5 Abs 2 AEVO auch Arbeitnehmern erteilt werden, deren Abschiebung nach § 17 Abs 1 Satz 1 AuslG zeitweise ausgesetzt ist.

Nach Ansicht der Beklagten ist die Duldung gem § 17 Abs 1 AuslG hinsichtlich der Verfügbarkeit der Aufenthaltserlaubnis gleichzusetzen. Dem ist zuzustimmen. Der Ausländer darf auch dann eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben, wenn er zwar nicht zum Aufenthalt berechtigt ist, ihn der Aufenthalt hier aber nicht mit den Gesetzen in Konflikt bringt. Allerdings gilt für den nur geduldeten Ausländer die Pflicht gem § 12 AuslG, das Bundesgebiet unverzüglich zu verlassen. Die zuständige Behörde verzichtet aber darauf, die Pflicht durchzusetzen. Wenn demgemäß ausländerrechtlich der Aufenthalt eines solchen Ausländers geduldet wird, bestehen auch keine Bedenken gegen die Duldung der Aufnahme einer Arbeitnehmertätigkeit. Die Bestimmung des § 5 Abs 2 AEVO sieht darüber hinaus in diesem Fall sogar die Möglichkeit der Erteilung einer AE vor, dh die BA kann die Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit durch Verwaltungsakt erlauben, obwohl der Aufenthalt des Ausländers hier nicht erlaubt ist. Aus § 5 Abs 2 AEVO ergibt sich weiter, daß die Duldung trotz fehlender aufenthaltsrechtlicher Erlaubnis für das "Arbeitendürfen" iSd § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG ausreicht. Das Fehlen der aufenthaltsrechtlichen Erlaubnis steht minhin im Fall der Duldung der Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit nicht entgegen.

Allerdings mag der Gebrauch des Wortes "kann" in § 5 Abs 2 AEVO dahin verstanden werden, daß hier die Erteilung der AE im Ermessen der BA liegt. Die Verfügbarkeit des nur geduldeten ausländischen Arbeitslosen setzt aber nicht die Ausübung dieses Ermessens voraus. Nach der Rechtsprechung des BSG benötigt der ausländische Arbeitslose die AE nicht schon für die Arbeitsuche (BSG aaO). Es braucht für die Verfügbarkeit auch nicht festzustehen, daß er irgendwann einmal eine AE bekommt. Die Verfügbarkeit ist lediglich dann nicht gegeben, wenn der



Arbeitsmarkt verschlossen ist. Deshalb kann der Anspruch auf Alg zu verneinen sein, wenn feststeht, daß der ausländische Arbeitslose auch in Zukunft keine AE bekommen wird. Die Möglichkeit einer AE ist aber im Fall des § 5 Abs 2 AEVO nicht ausgeschlossen - zumindest solange, als die BA nicht entschieden hat, daß keine AE erteilt wird.

Hinsichtlich der Verfügbarkeit hat die dem Arbeitsamt mitgeteilte Entscheidung der Ausländerbehörde, daß sie in Anbetracht des anhängigen Asylverfahrens von der Abschiebung absehe, die Wirkung einer Duldung iSd § 17 Abs 1 AuslG. Das Fehlen der Aufenthaltserlaubnis hindert aufgrund dieser Entscheidung nicht, daß der Kläger eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben darf. Der Mitteilung der Stadt W vom 4. Dezember 1975 kann entnommen werden, daß sie den Aufenthalt des Klägers im hier streitigen Zeitraum ab 23. Oktober 1974 bewußt geduldet hat, so daß ihrem Verhalten eine Entscheidung zugrunde liegt. Dabei hat es sich allerdings nicht um einen Verwaltungsakt gehandelt. Die Entscheidung war nicht auf unmittelbare Wirkung nach außen gerichtet, da sie nicht zur Bekanntgabe bestimmt war. Dies steht deshalb der Verfügbarkeit des Klägers nicht entgegen. Allerdings dürfte die Duldung iSd § 17 Abs 1 AuslG als Verwaltungsakt anzusehen sein. Sie verschafft dem Betroffenen die Rechtsstellung Ausländers, der vorübergehend nicht abgeschoben werden darf. Entscheidend ist dabei die Selbstbindung der Behörde, denn hauptsächlich ihr gegenüber wirkt die Rechtsstellung gem § 17 Abs 1 AuslG. Insoweit steht aber die behördeninterne Entscheidung, daß der Ausländer nicht abgeschoben wird, der ihm bekanntgegebenen rechtlichen Duldung gleich. Es mag lediglich sein, daß die behördeninterne Entscheidung leichter geändert werden kann als ein schriftlich erteilter Verwaltungsakt der Duldung. Dieser Unterschied ist aber unerheblich, solange die Entscheidung fortbesteht, wie es hier bis heute der Fall ist. Für die Verfügbarkeit des Klägers ist maßgeblich, daß die Ausländerbehörde entschieden hat, er werde wegen des Asylverfahrens, dh bis zu dessen Abschluß, nicht ausgewiesen. Ihm kann deshalb nicht entgegengehalten

en, er dürfe während dieses Verfahrens hier keine un-



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

selbständige Tätigkeit aufnehmen.

Die behördeninterne Entscheidung, daß der Kläger wegen des Asylverfahrens nicht abgeschoben wird, muß schließlich noch aus einem weiteren Grund wie eine ihm gegenüber in Schriftform ausgesprochene Duldung nach § 17 Abs 1 AuslG für die Verfügbarkeit ausreichen. Wenn nämlich die Abschiebung angeordnet würde, hätte der Kläger begründete Aussicht auf eine förmliche Duldung nach § 17 Abs 1 AuslG. Dies ergibt sich aus Nr 8 der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des AuslG vom 7. Juli 1967 (Gemeinsames Ministerialblatt 1967, 231) zu § 15 AuslG. Danach soll in den in § 15 Abs 3 AuslG bestimmten Fällen dem Ausländer von der Ausländerbehörde, in deren Bezirk er sich aufhält, eine auf ihren Bezirk und auf die Dauer des Anerkennungsverfahrens beschränkte Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn in diesem Bezirk Lebensunterhalt und Unterkunft des Ausländers für die Dauer des Anerkennungsverfahrens gesichert sind und zu erwarten ist, daß er sich den Gesetzen entsprechend verhalten wird. Sofern die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht tunlich erscheint, ist der Ausländer nach § 17 AuslG zu dulden. Die hier in Bezug genommene Vorschrift des § 15 Abs 3 AuslG ermöglicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen Ausländer, der ausgewiesen oder dessen Abschiebung angeordnet worden ist und der die Anerkennung als Asylberechtigter beantragt hat. Wie die Aufenthaltserlaubnis nach § 15 Abs 3 AuslG steht auch die Entscheidung über die Duldung nach § 17 Abs 1 AuslG grundsätzlich im Ermessen der Ausländerbehörde. Der Ermessensspielraum ist aber durch die allgemeine Verwaltungsvorschrift eingeschränkt. Nach der allgemeinen Verwaltungsvorschrift ist einem asylbegehrenden Ausländer regelmäßig in den in § 15 Abs 3 AuslG bestimmten Fällen eine Duldung zu erteilen, sofern die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht tunlich erscheint (OVG Münster DÖV 79, 298). Nach der Entscheidung der Stadt W , daß der Kläger wegen des Asylverfahrens nicht abgeschoben wird, kann davon ausgegangen werden, daß aufenthaltsrechtlich keine Bedenken gegen die Duldung bestanden haben. Der Kläger hätte deshalb bei Vorliegen einer Abschiebungsandrohung mit einer Duldung oder einer beschränkten Aufenthaltser-



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



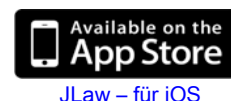
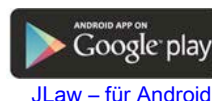
[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

laubnis rechnen können.

Die Beklagte wendet ein, die Ausländerbehörde habe erklärt, daß ausländerbehördlich die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht gestattet werden könne. Der Verfügbarkeit des Klägers steht diese Erklärung indessen nicht entgegen. Es bestehen erhebliche Bedenken gegen eine Entscheidung der Ausländerbehörde darüber, ob der Ausländer hier eine unselbständige Tätigkeit aufnehmen darf und welche (vgl. Gagel-Jülicher Kommentar zum AFG, RdNr. 3, 4 zu § 19; Hanau, Das Verhältnis von Arbeitsvertrag, Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis ausländischer Arbeitnehmer in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 169, 195). Im vorliegenden Fall hat die Ausländerbehörde zudem nur ihre Meinung geäußert und keinen Verwaltungsakt zur Frage der Ausübung einer Beschäftigung erlassen. Eine derartige, formlose Meinungsäußerung der Ausländerbehörde enthebt die BA jedenfalls nicht ihrer in § 19 AFG zum Ausdruck gekommenen Pflicht zu entscheiden, ob dem Ausländer eine AE zu erteilen ist. Zumindest in diesem Fall obliegt es der BA, allein zu entscheiden, ob der Ausländer eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des



allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben darf (§ 103 Abs 1 Nr 1 AFG). – Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit sind im Klageverfahren deshalb ebenfalls nicht an derartigen Meinungsäußerungen der Ausländerbehörde gebunden.

Aus allen diesen Gründen kann die Verfügbarkeit des Klägers nicht verneint werden, so daß ihm dem Grunde nach der Anspruch auf Alg zusteht. Die Revision ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 193 SGG zurückzuweisen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)