

Bundessozialgericht

- 7 RAr 4/77 -

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

Verkündet

am 30. Mai 1978

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger,

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:

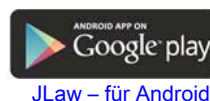
Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Landessozialgerichts Niedersachsen vom 30. November 1976
aufgehoben, soweit es den Anspruch des Klägers auf
Gewährung von Arbeitslosenhilfe betrifft.

In diesem Umfang wird die Sache zu neuer Verhandlung
und Entscheidung an das Landessozialgericht zurück-
verwiesen.

- 2 -



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



- 2 -

G r ü n d e :

I

Der 1943 geborene ledige Kläger ist spanischer Staatsangehöriger und hielt sich seit Januar 1969 in der Bundesrepublik Deutschland auf. Er übte mit Unterbrechungen durch Zeiten, in denen er Arbeitslosengeld (Alg) bezog und sonstigen Zeiten, die jeweils weniger als drei Monate dauerten, hier unselbstständige Tätigkeiten aus, die insgesamt etwas weniger als vier Jahre und 11 Monate ausmachten. Vom 28. November 1974 bis zum 9. August 1975 bezog er mit Unterbrechungen durch Krankheit Alg. Seinen Antrag auf Gewährung von Arbeitslosenhilfe (Alhi) ab 10. August 1975 lehnte das Arbeitsamt durch Bescheid vom 4. August 1975 ab. Der Kläger begehrte mit dem Widerspruch Gewährung von Alhi und Erteilung einer Arbeitserlaubnis (AE). Durch Bescheid vom 30. September 1975 wies das Arbeitsamt den Widerspruch mit der Begründung zurück, dem Kläger könne keine AE erteilt werden, weil genügend inländische Arbeitnehmer und EG-Angehörige zur Verfügung stünden.

Aus einem vom Kläger vorgelegten Urteil des Verwaltungsgerichts (VG) Osnabrück in seinem Rechtsstreit gegen die Stadt Osnabrück - IA 1476/75 - vom 6. April 1976 ergibt sich, daß die auf Verlängerung der Aufenthaltsgenehmigung gerichtete Klage abgewiesen worden ist. Das VG hat ausgeführt, der Kläger habe die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis am 25. Juni 1975 beantragt, am 25. August 1975 habe die Stadt Osnabrück den Antrag abgelehnt. Am 14. November 1975 habe der Kläger die Bundesrepublik Deutschland verlassen. Das Urteil des VG ist noch nicht rechtskräftig.

Das Sozialgericht (SG) hat mit Urteil vom 8. April 1976 die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landessozialgericht (LSG) zurückgewiesen (Urteil vom 30. November 1976) und in den Gründen ausgeführt: Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Alhi nicht zu. Er habe in der Zeit ab 10. August 1975 der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung gestanden,



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



- 3 -

denn er habe keine Aussicht auf eine AE gehabt. Eine AE habe er aber als spanischer Arbeitnehmer benötigt. Im August 1975 hätten im Bezirk des Arbeitsamts Osnabrück 5.997 Arbeitslosen nur 1.740 offene Arbeitsstellen gegenübergestanden. In Bereichen, in denen deutsche Arbeitnehmer schwer unterzubringen seien, bzw der Bedarf durch deutsche Arbeitnehmer nicht hinreichend gedeckt werden könne, seien keine offenen Stellen vorhanden gewesen. Insbesondere in den für den Arbeitsamtsbezirk allein in Betracht kommenden Bereichen der Fleischindustrie und des Hotel- und Gaststättengewerbes habe es keine offenen Stellen in nennenswerter Zahl gegeben. Darüber hinaus habe das Bild der Arbeitsmarktlage im Arbeitsamtsbezirk Osnabrück im wesentlichen der bekannten Arbeitsmarktsituation in der Bundesrepublik entsprochen. Der Kläger habe keinen von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unabhängigen Anspruch auf eine AE gehabt. Insbesondere habe die Ablehnung der AE für ihn keine besondere Härte bedeutet; dafür reiche es nicht aus, daß er allgemein zum Kreis der sozial Schwachen gehöre. Gründe für eine besondere Härte könne er ersichtlich nicht anführen. Soweit sich die Klage auf Erteilung der AE richte, sei sie unzulässig, denn weder sei das Widerspruchsverfahren durchgeführt, noch habe der Kläger überhaupt bei der Beklagten einen Antrag auf Erteilung einer AE gestellt. Der Antrag sei auch nicht im Klageantrag enthalten, denn in Wahrheit habe der Kläger die Frage der AE lediglich als Vorfrage für den Anspruch auf Alhi klären lassen wollen, zumal er mangels Rechtsanspruch auf eine uneingeschränkte AE keine Veranlassung gehabt habe, ohne eine bestimmte Beschäftigungsmöglichkeit eine AE zu beantragen.

Der Kläger hat die zugelassene Revision eingelegt. Er macht geltend, aus den von der Beklagten vorgelegten Statistiken lasse sich die Arbeitsmarktlage für den Kläger nicht hinreichend ablesen; es sei nämlich durchaus möglich, daß sich die hohe Arbeitslosenzahl in Osnabrück gerade in den Angestelltenberufen ergeben habe. Nach den deutsch-spanischen Abkommen über Arbeitslosenversicherung und dem Abkommen über soziale Sicherheit seien spanische Arbeitnehmer den deutschen gleichgestellt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil, das Urteil des Sozialgerichts vom 8. April 1976 sowie die Bescheide der Beklagten vom 4. August 1975 und 30. September 1975 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Alhi vom 10. August 1975 bis 28. Februar 1978 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie geht wie der Kläger davon aus, daß die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis am 25. August 1975 abgelehnt worden, diese Entscheidung aber noch nicht rechtskräftig ist.

II

Die Revision des Klägers ist zulässig und hinsichtlich des Anspruchs auf Alhi iS der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Nur insoweit wird das Urteil des LSG mit der Revision angefochten.

Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Alhi für die Zeit bis zu seiner Ausreise nach Spanien möglicherweise zu. Er kann in dieser Zeit der Arbeitsvermittlung iS des § 134 Abs 1 Nr 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG), das hier idF des Gesetzes vom 25. Juni 1975 (BGBl I 1542) anzuwenden ist, zur Verfügung gestanden haben. Seiner Verfügbarkeit hat nicht entgegengestanden, daß er keine AE besaß. Wie der Senat im Anschluß an die Rechtsprechung des 12. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) entschieden hat (BSG in SozR 4100 Nr 2 zu § 19), ist das Erfordernis des "arbeiten dürfen" in § 103 AFG nicht so zu verstehen,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

daß die Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitslosen stets das Vorhandensein einer AE voraussetzt. Erst wenn der dem ausländischen Arbeitnehmer zugängliche Arbeitsmarkt verschlossen ist, steht fest, daß er keine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben darf. Solange es aber im Geltungsbereich des AFG überhaupt noch einen Bedarf von ausländischen Arbeitskräften in dem Berufsbereich, dem der Arbeitsuchende zugehört, oder im Bereich ungelernter Arbeitskräfte gibt und dementsprechend auch auf die Vermittlung ausländischer Arbeitnehmer nicht generell verzichtet werden kann, besteht die Möglichkeit einer Vermittlung. Es kann sich allerdings nach einer längeren Zeit der Vermittlungsbemühungen ergeben, daß der ausländische Arbeitslose nicht zu vermitteln ist. Wenn dann nach der voraussehbaren Entwicklung ebenfalls keine Änderungen zu erwarten sind, ist erkennbar, daß sich auf dem Arbeitsmarkt keine Beschäftigung finden läßt, für die eine AE erteilt werden kann und die der ausländische Arbeitslose damit iS des § 103 Abs 1 Nr 1 AFG ausüben darf. Für eine solche Feststellung müssen die Vermittlungsbemühungen aber mindestens ein Jahr betragen haben. (Urteil des Senats vom 22. November 1977 - 7 RAR 5/77 -; BSG SozR 4100 § 19 Nr 2).

Ob sich die Beklagte in diesem Sinne ausreichend um die Vermittlung des Klägers bemüht hat, ist vom LSG nicht festgestellt worden. Da das LSG auch im übrigen zu den Voraussetzungen für den Anspruch auf Alhi keine Feststellungen getroffen hat, war die Sache wegen dieses Anspruchs an das LSG zurückzuverweisen.

Der Anspruch eines spanischen Staatsangehörigen auf Alhi setzt eine Aufenthaltserlaubnis voraus. Nach § 2 des Ausländergesetzes idF des Gesetzes vom 25. Juni 1975 (BGBl I 1542) brauchen Ausländer, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes einreisen und sich darin aufhalten wollen, eine Aufenthaltserlaubnis. Spanische Staatsangehörige sind davon nicht durch zwischenstaatliche Vereinbarungen befreit. Nach dem Niederlassungsvertrag zwischen der Bundesrepublik



- 6 -

Deutschland und dem Spanischen Staat vom 23. April 1970 (BGBl 1972 II 1041) ist die Bundesrepublik Deutschland lediglich verpflichtet, spanischen Staatsangehörigen den Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik zu erleichtern (Art 2 Abs 1). Damit werden aber Spanier nicht von der Notwendigkeit der Aufenthaltserlaubnis freigestellt; ihnen wird auch kein Anspruch auf diese Erlaubnis eingeräumt (Kloesel-Christ, Deutsches Ausländerrecht, § 2 des Ausländergesetzes, Bem 3). Ohne die notwendige Aufenthaltserlaubnis steht der Ausländer der Arbeitsvermittlung nicht iS des § 134 Abs 1 Nr 1 und Abs 2 iVm § 103 AFG zur Verfügung. Er kann zwar in der Bundesrepublik Deutschland eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben, darf es aber nicht. Ein Ausländer, der keine Aufenthaltserlaubnis besitzt, ist verpflichtet, die Bundesrepublik Deutschland unverzüglich zu verlassen (§ 12 des Ausländergesetzes); er ist unter den Voraussetzungen des § 13 des Ausländergesetzes abzuschieben. Beantragt ein Ausländer, wie der Kläger, die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis, so gilt sein Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde vorläufig als erlaubt (§ 21 Abs 3 des Ausländergesetzes). Nach einer ablehnenden Entscheidung ist er aber zur Ausreise verpflichtet und kann abgeschoben werden. Daran ändert sich nichts, wenn der Ausländer gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis oder ihrer Verlängerung Widerspruch und Anfechtungsklage erhebt (Kloesel-Christ, aaO, § 21 des Ausländergesetzes, Bem 6). Die Rechtsbehelfe haben vielmehr nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 21 Abs 3 Satz 2 des Ausländergesetzes keine aufschiebende Wirkung. Auch ein neuer Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Ablehnung des Verlängerungsantrages würde die vorläufige Rechtmäßigkeit des Aufenthalts gemäß § 21 Abs 3 Satz 1 des Ausländergesetzes nicht wieder herstellen (Kloesel-Christ aaO). Ein Urteil, mit dem die Ausländerbehörde verpflichtet würde, über den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden oder ein Urteil, das sogar die Verpflichtung zur Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis un-

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](#)

mittelbar ausspricht, würde den Aufenthalt des Ausländers nicht nachträglich rechtmäßig machen. Die Entscheidung über den Verlängerungsantrag nach § 21 Abs 3 des Ausländergesetzes kann die vorläufige Erlaubnis allerdings erst mit der Bekanntgabe des Bescheides an den Ausländer entziehen, denn erst dann wird die Entscheidung wirksam (vgl § 43 Abs 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 25. Mai 1976 - BGBl I 1253).

Nach den bisherigen Feststellungen des LSG läßt sich indessen nicht entscheiden, ob sich die Beklagte nach Treu und Glauben auf das Fehlen der Aufenthaltserlaubnis berufen darf. Grundsätzlich darf niemand aus seinem eigenen, wenn auch nur objektiv treuwidrigen Verhalten zu Ungunsten des Anderen Vorteile herleiten (Staudinger/Weber, Komm zum BGB, 11. Aufl, § 242 Anm D 401); er darf kein Recht und auch keine Rechtsstellung im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten geltend machen (Staudinger/Weber aaO Anm D 49). Das BSG hat zB entschieden, daß sich derjenige nicht auf die Versäumung einer Ausschußfrist berufen kann, der durch sein eigenes rechtswidriges, wenn auch schuldloses Verhalten den Berechtigten von der Einhaltung der Frist abgehalten und damit ihre Versäumung verursacht hat (BSGE 32, 60, 62). Aus dem gleichen Rechtsgrunde hat das BSG einen Versicherungsträger als verpflichtet angesehen, nachträglich entrichtete Beiträge anzurechnen. Es hat dazu ausgeführt, der Versicherungsträger habe seine Beratungspflicht verletzt und damit selbst eine wesentliche Ursache für die damalige Nichtentrichtung der zur Erfüllung der Wartezeit noch erforderlichen Monatsbeiträge gesetzt (BSG SozR 7610 § 242 Nr 5).

Im vorliegenden Falle hat die Beklagte die Alhi mit Bescheid vom 4. August 1975 - möglicherweise zu Unrecht - abgelehnt. Sollte die Aufenthaltserlaubnis allein wegen der Ablehnung der Alhi nicht verlängert worden sein, so könnte sich die Beklagte nicht auf die fehlende Aufenthaltserlaubnis berufen und dürfte nicht mit dieser Begründung die Verfügbarkeit



des Klägers iSd § 103 Abs 1 AFG bestreiten. Das LSG wird deshalb noch festzustellen haben, ob die Aufenthaltserlaubnis allein wegen der Ablehnung der Alhi versagt worden ist.

Die Berufung auf die mangelnde Verfügbarkeit des Klägers würde dagegen möglicherweise keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen, wenn neben der Versagung der Alhi andere Gründe für die Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis maßgebend waren. Nach dem vom Kläger vorgelegten Urteil des VG hat die Ausländerbehörde zur Begründung ihrer Entscheidung ausgeführt, mit der Erteilung einer AE sei nach Auskunft des Arbeitsamtes nicht zu rechnen. Wenn die Entscheidung der Ausländerbehörde auch auf dieser Auskunft beruht, kann sich die Beklagte auf fehlende Verfügbarkeit berufen, es sei denn, die Auskunft wäre nicht gerechtfertigt gewesen. Das LSG wird dazu noch Feststellungen zu treffen haben.

Wie der Senat bereits entschieden hat, bedürfen spanische Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland einer AE (Urteil vom 22. November 1977 - 7 RAr 5/77 -).

Ein Anspruch des Klägers auf Erteilung einer AE ergibt sich nicht aus dem Niederlassungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Spanischen Staat. Der Kläger ist nicht im Geltungsbereich des AFG mindestens fünf Jahre ununterbrochen als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen, wie es die hier allein in Betracht kommende Vorschrift des Art 10 Abs 3 des Vertrages voraussetzt. Zu Art 10 Abs 4 des Vertrages hat das LSG mit Recht ausgeführt, es reiche für die Annahme einer besonderen Härte nicht aus, daß der Kläger allgemein zum Kreis der sozial Schwachen gehört. Darin liegt keine "besondere" Härte, denn fast alle Gastarbeiter gehören zu diesem Personenkreis. Das LSG hat weiter zutreffend ausgeführt, eine besondere Härte sei nicht allein in der Tatsache der Ablehnung der AE zu sehen. Aus den Feststellungen des LSG ergibt sich weiter, daß der Kläger andere Gründe für eine besondere Härte nicht angeführt hat. Ein Anspruch des Klägers auf Erteilung der begehrten AE



ergibt sich auch nicht aus § 2 Nr 1 der Verordnung über die AE für nichtdeutsche Arbeitnehmer (AEVO) vom 2. März 1971 (BGBl I 152). In den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der AE hat der Kläger nicht ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit im Geltungsbereich der Verordnung ausgeübt. Als Beginn der Geltungsdauer ist hier vom Eingang des Widerspruchsschreibens des Klägers beim Arbeitsamt auszugehen. Der Kläger hat in den letzten fünf Jahren vor diesem Termin nicht ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit im Geltungsbereich der AEVO ausgeübt. Zeiten des Bezuges von Alg und sonstige Zeiten, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht besteht, bis zur Dauer von drei Monaten unterbrechen allerdings diese Frist nicht (§ 2 Abs 2 AEVO); sie werden aber auch nicht als Beschäftigungszeiten angerechnet. Dies ergibt sich aus § 2 Abs 4 AEVO. Wenn danach die Zeiten nach Abs 2 auf die Frist von fünf Jahren nicht angerechnet werden, so kann dies nicht bedeuten, daß die Frist sich einfach um die Zeiten des Abs 2 verkürzt. Vielmehr bedeutet die Nichtanrechnung umgekehrt, daß sich die Frist von fünf Jahren um die Zeiten des Abs 2 verlängert, so daß der ausländische Arbeitnehmer jedenfalls insgesamt fünf Jahre im Geltungsbereich der AEVO rechtmäßig unselbständig tätig gewesen sein muß. Das ist beim Kläger nicht der Fall gewesen.

Für den Kläger bedeutet die Versagung der AE auch nach den besonderen Verhältnissen keine Härte (§ 2 Abs 5 AEVO). Dies ergibt sich aus den bereits zu § 10 Abs 4 des Niederlassungsvertrages oben ausgeführten Gründen.

Den Anspruch des Klägers auf Erteilung einer sogenannten allgemeinen AE nach § 1 Nr 2 AEVO hat das LSG im Hinblick auf Lage und Entwicklung des allgemeinen Arbeitsmarktes abgelehnt. Das LSG hat dazu die Zahl der Arbeitslosen und der offenen Arbeitsstellen im Bezirk des Arbeitsamts Osnabrück gegenübergestellt. Mit Recht wendet der Kläger ein, daß damit allein keine hinreichende Aussage über den Arbeitsmarkt für die Berufsgruppe der ungelernten Arbeiter gemacht worden ist.



Das LSG hat allerdings weitere Feststellungen speziell für die Bereiche getroffen, für die in den letzten Jahren vorwiegend ausländische Arbeitnehmer in Betracht kamen. Es ist zu dem Ergebnis gekommen, daß auch dort kein Bedarf bestanden hat, der durch deutsche Arbeitnehmer nicht gedeckt werden konnte. Damit ist die Versagung der AE nach § 1 AEVO für den Bezirk des Arbeitsamts Osnabrück gerechtfertigt gewesen.

Die Rechtmäßigkeit ergibt sich danach aber nur hinsichtlich der Ablehnung der AE für den Bereich des Arbeitsamts Osnabrück, auf den sich die Feststellungen des LSG beziehen – zumindest reichen sie nicht eindeutig darüber hinaus. Es kann indessen nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Kläger zur Zeit der Entscheidung über die AE ledig gewesen ist und vermutlich für den ganzen Geltungsbereich des AFG vermittelt werden konnte. In einem solchen Falle kann das Arbeitsamt nicht die AE ablehnen, ohne im Rahmen seiner allgemeinen Pflichten nach §§ 14 und 15 AFG zu klären, ob der Antragsteller die AE nur für diesen speziellen Arbeitsamtsbezirk begehrt. Wenn der Antrag nicht in dieser Weise beschränkt sein soll, hat das Arbeitsamt weiter zu prüfen, ob die Arbeitsmarktlage außerhalb seines Bezirkes anders ist. Gegebenfalls muß dann die AE für den Bezirk eines anderen Arbeitsamtes erteilt werden. Für die uneingeschränkte Ablehnung eines nicht auf einen Arbeitsamtsbezirk beschränkten Antrages bedarf es jedenfalls der Feststellung, daß die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes im ganzen Bundesgebiet die AE nach § 1 AEVO nicht rechtfertigt.

Der geltend gemachte Anspruch des Klägers auf Gewährung von Alhi ist spätestens von dem Tage an nicht mehr gegeben, an dem der Kläger nach Spanien zurückgekehrt ist. Von diesem Zeitpunkt an hat der Kläger keine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben können (§ 134 Abs 1 Nr 1 und Abs 2 iVm § 103 Abs 1 Nr 1 AFG). Der Arbeitslose muß, um verfügbar zu sein, grundsätzlich für das Arbeitsamt mindestens täglich zur Zeit des Eingangs der Briefpost erreichbar und zum Antritt der Beschäftigung



- 11 -

in der Lage sein, sobald dies von den in Betracht kommenden Arbeitgebern verlangt werden kann (BSG SozR 4100 § 103 Nr 8).

Wegen der noch erforderlichen Feststellungen - auch hinsichtlich des Zeitpunktes, an dem der Kläger das Bundesgebiet verlassen hat- ist die Sache an das LSG zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt dem Urteil des LSG vorbehalten.

