

Bundessozialgericht
- 7 RAr 75/76 -

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

U r t e i l
in dem Rechtsstreit

.....
Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:.....

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat nach
mündlicher Verhandlung am 22. Juni 1977
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landes-
sozialgerichts Berlin vom 7. Mai 1976 wird zurück-
gewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

- 2 -



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



- 2 -

G r ü n d e :

I

Der 1947 geborene Kläger, ein jugoslawischer Staatsangehöriger, wendet sich gegen die Versagung einer Arbeitserlaubnis (AE).

Der Kläger übt seit dem 22. Juli 1968 erlaubterweise Beschäftigungen in der Bundesrepublik Deutschland (als Zimmerer) aus. Am 27. März 1973 beantragte er die Erteilung einer AE für eine Beschäftigung als Eisenflechter bei der Firma Martin R KG (Firma R.) in Berlin (West) für die Zeit vom 27. März 1973 an. Die Beklagte lehnte diesen Antrag mit Bescheid vom 22. Mai 1973 (Widerspruchsbescheid vom 11. Juli 1973) ab, da auf dem Berliner Arbeitsmarkt Arbeitskräfte in ausreichendem Maße zur Verfügung stünden.

Mit Urteil vom 21. August 1975 hat das Sozialgericht (SG) Berlin die Klage abgewiesen. Zur Arbeitsmarktsituation in der Berufsgruppe 44, der der Kläger angehört, hat das SG folgende Zahlen festgestellt:

	<u>Arbeitsuchende</u>	<u>offene Stellen</u>
März 1973	369	90
April 1973	412	80
Mai 1973	318	64
Juni 1973	140	21
Juli 1973	11	4

Nach Auffassung des SG rechtfertigte sich der Anspruch des Klägers weder aufgrund dieser Arbeitsmarktlage noch aufgrund besonders beachtlicher persönlicher Verhältnisse. Sowohl die mit seinem Hauptantrag verfolgte Klage auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide und Verurteilung der Beklagten zur Erteilung der AE als auch die hilfsweise erhobenen Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide sei deshalb unbegründet.

- 3 -



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

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

- 3 -

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Klägers durch Urteil vom 7. Mai 1976 zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt: Die Berufung sei zulässig gewesen. Sie sei insbesondere nicht nach § 144 Abs 1 Nr 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) ausgeschlossen gewesen, denn bei dem Anspruch auf Erteilung einer AE handele es sich nicht um eine einmalige Leistung im Sinne dieser Vorschrift.

Die Berufung sei jedoch unbegründet. Der Kläger habe mit seinem Hauptantrag eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage erhoben, um eine AE nach § 2 Abs 5 der Arbeitserlaubnisverordnung (AEVO) vom 2. März 1971 (BGBl I S 152) zu erhalten. Die angefochtenen Bescheide hätten zwar nicht die Ablehnung einer AE nach § 2 Abs 5 AEVO zum Gegenstand; die Beklagte habe die entsprechenden Gründe jedoch nachschieben dürfen. Nach § 2 Abs 5 AEVO könne die AE erteilt werden, und zwar unabhängig von den Voraussetzungen der Absätze 1 und 3, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine Härte bedeuten würde. Dem SG sei darin beizupflichten, daß diese Regelung unwirksam sei, weil sie nicht durch die Ermächtigung des § 19 Abs 3 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) gedeckt sei. Die Ermächtigung erlaube es dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (BMA) zwar, Durchführungsregelungen und Ausnahmeregelungen für einzelne Berufs- und Personengruppen zu treffen. Er dürfe dabei aber nicht von den in § 19 Abs 1 Satz 2 AFG normierten grundsätzlichen inhaltlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer AE, nämlich die Beachtung von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, abweichen, sofern es sich nicht um Ausnahmen für einzelne Berufs- und Personengruppen handele. Eine solche Abweichung enthalte § 2 Abs 5 AEVO.

Selbst wenn sie jedoch rechtmäßig wäre, begründete sie keinen Anspruch zu Gunsten des Klägers; es könne nämlich ein Ermessensfehler seitens der Beklagten nicht darin gesehen wer-



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



- 4 -

den, daß sie wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO, insbesondere der fehlenden fünfjährigen ununterbrochenen Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, das Vorliegen eines Härtefalles verneint habe. Der § 2 Abs 5 AEVO setze das Vorliegen besonderer Umstände in den persönlichen Verhältnissen des ausländischen Arbeitnehmers voraus; derartige Umstände seien in der Person des Klägers jedoch nicht vorhanden. Sein Vorbringen, er hätte bis zum 15. Dezember 1968 gearbeitet und somit den Fünfjahreszeitraum erfüllt, wenn sein Arbeitgeber nicht am 30. November 1968 die Arbeitseinstellung wegen schlechter Witterungsverhältnisse verfügt hätte, sei nicht relevant, weil es sich hierbei um Umstände handele, die die Nichterfüllung des genannten Fünfjahreszeitraums betreffen.

Der Kläger erfülle auch nicht die Voraussetzungen für eine AE nach § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO, denn er habe nicht innerhalb von fünf Jahren ununterbrochen eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig ausgeübt. Das LSG hat hierzu folgende Beschäftigungszeiten des Klägers festgestellt, die dieser rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO ausgeübt hat:

vom 24. Juli	1968	bis zum 30. November	1968,
" 26. März	1969	" " 16. April	1969,
" 24. April	1969	" " 24. März	1973,
" 19. Februar	1974	" " 25. August	1974,
" 26. August	1974	" " 19. September	1974,
" 23. September	1974	" " 30. Juni	1975,
" 1. Juli	1975	" " 30. November	1975,
" 23. September	1975	" " 2. Januar	1976.

Der hier maßgebliche Zeitraum vom 24. Juli 1968 bis zum 24. März 1973 sei durch eine Zeitspanne von mehr als drei Monaten (§ 2 Abs 2 Nr 2 AEVO), nämlich vom 1. Dezember 1968 bis zum 25. März 1969 unterbrochen gewesen, in der kein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

- 5 -



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



- 5 -

Auch hinsichtlich des Hilfsantrages sei die Berufung unbegründet. Der Kläger habe zwar zulässigerweise eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG erhoben. Deren Voraussetzungen lägen auch vor. Die angefochtenen Bescheide seien nämlich auf andere Weise als durch Zurücknahme, hier durch Zeitablauf, erledigt. Die AE nach § 1 Nr 1 AEVO werde längstens für zwei Jahre befristet erteilt; infolgedessen seien die angefochtenen Bescheide, soweit sie die Ablehnung der AE nach § 1 Nr 1 AEVO für eine Tätigkeit als Eisenflechter bei der Firma R. ab 27. März 1973 betrafen, gegenstandslos geworden. Der Kläger habe zwar ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide im Zeitpunkt ihres Erlasses; denn die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ablehnung der AE für die Tätigkeit bei der Firma R. könne für eine spätere AE von Bedeutung sein. Der Hilfsantrag sei aber deshalb unbegründet, weil die Beklagte nicht ermessensfehlerhaft gehandelt habe, als sie den Antrag auf Erteilung einer AE für die Beschäftigung bei der Firma R. für die Zeit vom 27. März 1973 an abgelehnt habe. Hierbei sei die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen gewesen. Die Beklagte habe nachgewiesen, daß die Zahl der Arbeitsuchenden die Zahl der offenen Stellen in der Zeit von März bis Mai 1973 in der für den Kläger in Betracht kommenden Berufsgruppe überstiegen habe.

Mit der Revision rügt der Kläger sinngemäß eine Verletzung des § 19 Abs 1 AFG und § 2 Abs 5 AEVO durch das LSG. Er führt hierzu insbesondere aus: Nach § 19 Abs 1 AFG habe die Beklagte bei der Erteilung der AE neben der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Verhältnisse des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dies sei positiv zu verstehen und nicht negativ im Sinne einer Rechtsverhinderung. Vorliegend sei die AE nur deshalb verweigert worden, um die Fünfjahresfrist nicht ablaufen zu lassen. Arbeitsmarktlagerücksichten hätten nicht bestanden. Die Aufstellung des LSG weise lediglich



- 6 -

saisonbedingte Veränderungen aus. Im übrigen sei der Antragsteller ununterbrochen in seinem Beruf weiter tätig gewesen und sei es auch heute noch. Er habe auch wieder eine AE erhalten. Die Beklagte handele somit rechtsmißbräuchlich. Die Regelung des § 2 Abs 5 AEVO sei im übrigen ermächtigungskonform, da § 19 Abs 3 AFG die Aufnahme einer Härteklausel decke.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des LSG vom 7. Mai 1976 das Urteil des SG vom 21. August 1975 sowie den Bescheid der Beklagten vom 22. Mai 1973 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 11. Juli 1973 aufzuheben und diese zu verurteilen, einen neuen Verwaltungsakt nach § 2 Abs 5 der AEVO zu erlassen,

hilfsweise,

festzustellen, daß der Bescheid der Beklagten vom 22. Mai 1973 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 11. Juli 1973 rechtswidrig ist.

Die Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung des LSG für zutreffend, wobei es offen bleiben könne, ob die Regelung des § 2 Abs 5 AEVO von der Ermächtigung des § 19 Abs 3 AFG gedeckt sei.

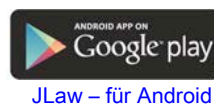
II

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Die Beklagte hat es zu Recht abgelehnt, die vom Kläger begehrte AE zu erteilen.

- 7 -



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



- 7 -

Das LSG hat zutreffend in der Sache entschieden; denn die rechtzeitig eingelegte Berufung (§ 151 Abs 1 SGG) war nach § 143 SGG statthaft und nicht nach § 144 Abs 1 SGG ausgeschlossen. Der Streit um die Erteilung einer AE betrifft nämlich nicht eine einmalige Leistung im Sinne dieser Vorschrift (vgl BSG vom 22. September 1976 - 7 RAr 107/75 -).

Das LSG hat auch im Ergebnis zutreffend die klageabweisende Entscheidung des SG bestätigt. Der Kläger hat mit seinem Hauptantrag in erster Linie eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach § 54 Abs 1 SGG (Vornahmeklage) erhoben; denn er begehrt, die angefochtenen Bescheide der Beklagten aufzuheben und diese zum Erlaß eines neuen Verwaltungsaktes, nämlich zur Erteilung einer AE für die angestrebte Beschäftigung bei der Firma R. ab 27. März 1973, zu verurteilen. Daneben hat er hilfsweise eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß die angefochtenen Bescheide rechtswidrig seien. Der Kläger hat dieses Begehren auch in der Berufungs- und in der Revisionsinstanz aufrechterhalten.

Beide Klagen schließen sich in bezug auf ein und denselben Streitgegenstand an sich aus. Entweder fehlt es an der Erledigung des angefochtenen Verwaltungsaktes und damit am Rechtsgrund für die Klage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG oder die Erledigung ist eingetreten, dann ist kein Raum mehr für die Klage nach § 54 Abs 1 SGG. Dies betrifft aber nicht die Zulässigkeit beider Klagen. Im Rahmen der Anspruchshäufung können auch einander widersprechende Ansprüche geltend gemacht werden, wenn sich aus der Fassung der Anträge ergibt; daß sie in einem Alternativverhältnis erhoben sind. Das ist hier durch die Kennzeichnung der Fortsetzungsfeststellungsklage als im Verhältnis zur Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nur hilfsweise erhobene Klage hinreichend deutlich geschehen (vgl Baumbach/Lauterbach, Komm.

- 8 -



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



- 8 -

zur ZPO, Anm. 2 A,C zu § 260; BVerwG in DVBl 1970, 281; Eyermann-Fröhler, Komm. zur VwGO, 7. Aufl., Rd.Nr 48 zu § 113; Peters/Sautter/Wolff, Komm. zum SGG, Anm. 1 und 5 zu § 56).

Die Vornahmeklage ist nicht deshalb unzulässig, weil dem Kläger wegen der hilfsweise erhobenen Fortsetzungsfeststellungsklage das Rechtsschutzinteresse für die Vornahmeklage fehlte. Das Rechtsschutzinteresse als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vornahmeklage würde nur dann entfallen, wenn der Kläger trotz eines erklärten Verzichts auf den mit der Vornahmeklage beabsichtigten Erfolg hieran festhalten würde (vgl BSG vom 22. September 1976 - 7 RAR 107/75 -). Gerade das hat der Kläger aber nicht getan, denn er hat nicht etwa erklärt, daß für ihn hinsichtlich des Streitgegenstandes seiner Vornahmeklage die Hauptsache erledigt sei; vielmehr hält er diese, wie sich aus seinen Anträgen ergibt, aufrecht, so daß hierüber auch sachlich zu entscheiden war (vgl Peters/Sautter/Wolff, Komm. zum SGG, Anm. 3 zu § 131 - S II/180 - und Anm. 4 zu § 136 - S II/206 -; Eyermann-Fröhler, aaO, Rd.Nr 42 ff zu § 113).

Die Vornahmeklage ist nicht begründet. Gegenstand des vom Kläger mit der Vornahmeklage in erster Linie verfolgten Anspruchs ist die Rechtmäßigkeit der von ihm angefochtenen Bescheide vom 22. Mai 1973 und 11. Juli 1973 (Widerspruchsbescheid). Die Bescheide hatten die Versagung der vom Kläger für die Zeit einer Beschäftigung bei der Firma R. ab 27. März 1973 begehrten AE zum Inhalt.

Ein Anspruch des Klägers auf Erteilung der begehrten AE läßt sich nicht aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen herleiten. Das in § 19 Abs 1 AFG enthaltene allgemeine Beschäftigungsverbot für Ausländer mit dem Vorbehalt einer besonderen Erlaubnis kann zwar bereits durch internationale oder supranationale Rechtsvorschriften aufgehoben sein. Zugunsten des Klägers besteht aber insoweit keine Regelung. Insbesondere



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

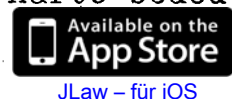
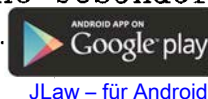
ergibt sich ein solches Recht für den Kläger nicht aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen der Bundesrepublik Deutschland mit Jugoslawien. Ein Niederlassungsvertrag, in dem Fragen der AE geregelt zu werden pflegen, ist mit Jugoslawien bisher nicht abgeschlossen worden. Das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über Arbeitslosenversicherung vom 12. Oktober 1968 (BGBl II 1969, 1473) bezieht sich lediglich auf die Vorschriften über die Arbeitslosenversicherung und die Arbeitslosenhilfe -Alhi- (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 genannten Abkommens (vgl BSG vom 27. Januar 1977 - 12 RAr 83/76 -).

Der Anspruch des Klägers ergibt sich sodann nicht aus § 19 Abs 1 AFG iVm §§ 1, 2 AEVO. Nach § 1 AEVO kann die AE nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt werden

1. für eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb oder
2. ohne Beschränkung auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit und ohne Beschränkung auf einen bestimmten Betrieb. § 2 AEVO sieht die Erteilung der AE unabhängig von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und ohne die Beschränkung nach § 1 Nr 1 AEVO vor, wenn der Antragsteller bestimmte, näher angeführte Voraussetzungen erfüllt. Nach § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO ist dies zB dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der AE ununterbrochen eine unselbstständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO ausgeübt hat. Nach § 2 Abs 5 AEVO kann die AE nach Absatz 1 unabhängig von den Voraussetzungen der Absätze 1 und 3 des § 2 erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine besondere Härte bedeuten würde.



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



- 10 -

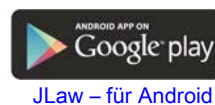
Soweit sich der Kläger für seinen Anspruch auf Bestimmungen in § 2 AEVO beruft, liegen die Voraussetzungen nicht vor. Die dort enthaltenen Regelungen betreffen zwar ausdrücklich nur die AE nach § 1 Nr 2 AEVO, also die AE ohne Beschränkung auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit und einen bestimmten Betrieb. Sie gelten jedoch, wovon SG und LSG zutreffend ausgegangen sind, auch in Fällen, in denen ein ausländischer Arbeitnehmer, der eine nach § 1 Nr 2 AEVO beantragen könnte, lediglich eine AE für einen bestimmten Betrieb beantragt. Das ergibt sich aus dem Schluß a maiore ad minus. Es wäre nämlich sinnwidrig, bei Vorliegen eines der Tatbestände des § 2 AEVO die AE nach § 1 Nr 2 AEVO bei entsprechendem Antrag zu erteilen, sie aber bei gleicher Sachlage zu verweigern, weil der Ausländer nur die AE nach § 1 Nr 1 AEVO beantragt hat und hierbei die maßgeblichen Arbeitsmarktgründe der Erteilung entgegenstehen. Ganz abgesehen davon könnte diese Rechtsfolge allein damit umgangen werden, daß der Ausländer entgegen seinem eigentlichen Anliegen zugleich die AE nach § 1 Nr 2 AEVO beantragt, die ihn dann ebenfalls zur Aufnahme der beabsichtigten konkreten Beschäftigung berechtigen würde. Im übrigen wäre die Beklagte sogar gehalten, eine entsprechende Belehrung zu erteilen, sofern sie andernfalls wegen eines angenommenen Unterschiedes in der rechtlichen Beurteilung eines Antrages für die AE nach § 1 Nr 1 AEVO Nachteile für den Antragsteller sehen wollte (vgl § 14 des Sozialgesetzbuchs - Allg. Teil vom 11. Dezember 1975, BGBl I 3015). Letzlich ist sogar davon auszugehen, daß der Kläger trotz seines im Hinblick auf die Beschäftigung bei der Firma R. formulierten Antrags mit Erteilung einer AE nach § 1 Nr 2 AEVO einverstanden ist, wie sich aus seinen Hinweisen auf § 2 AEVO ergibt (§ 123 SGG).

Auf die AE nach § 1 Nr 2 iVm § 2 AEVO besteht beim Vorliegen der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch. Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung des 12. Senats des Bundessozialgerichts (BSG im Urteil vom 27. Januar 1977 - 12 RAR 83/76 - an. Dies

- 11 -



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



- 11 -

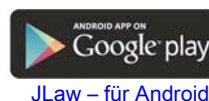
ergibt sich im übrigen schon aus dem Wortlaut des § 2 Abs 1 AEVO, wenn es heißt, daß die AE bei Vorliegen eines nachfolgend beschriebenen Tatbestandes zu erteilen ist (vgl ebenso den Wortlaut des § 2 Abs 3 AEVO). Der 12. Senat hat dies sogar für den Fall des § 2 Abs 5 AEVO angenommen, obwohl dessen Wortlaut eher für eine Ermessensregelung spräche. Der Senat hält aber auch insoweit die vom 12. Senat angeführten Erwägungen für überzeugend. Das LSG hat bei seiner Entscheidung verkannt, daß die einzelnen Tatbestände des § 2 AEVO nicht jeweils eine Vielzahl von isolierten Arbeitserlaubnis-Arten enthalten. Sie füllen vielmehr je nach Sachlage die Ausgangsbestimmungen des § 19 Abs 1 AFG aus und stellen lediglich Rechtsbegründungen für die im Einzelfall mögliche Erteilung einer im Grundtyp einheitlichen und lediglich nach ihren rechtlichen Voraussetzungen verschiedenen AE dar.

Die Ablehnung der vom Kläger auf der Grundlage von Regelungen in § 2 AEVO begehrten AE in den angefochtenen Verwaltungsakten hatte sich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem LSG noch nicht erledigt, so daß das rechtliche Interesse des Klägers an der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser Verwaltungsakte im Rahmen seiner Vornahmeklage fortbestand (vgl die Entscheidung des Senats vom 22. September 1976 - 7 RAR 107/75 -). Nach § 4 Abs 2 AEVO wird die AE nach § 2 AEVO nämlich auf fünf Jahre befristet. Diese Regelung gilt auch für eine nach § 1 Nr 1 AEVO beantragte AE, sofern diese lediglich nach Maßgabe einer Regelung des § 2 AEVO zu erteilen wäre, falls in diesem Fall nicht ohnedies in dem Antrag (auch) das Begehren auf Erteilung einer AE nach § 1 Nr 2 AEVO zu erblicken ist.

Der Anspruch des Klägers ergibt sich jedoch weder aus § 2 Abs 1 Nr 1 noch aus § 2 Abs 5 AEVO. Der § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO rechtfertigt den Anspruch des Klägers deshalb nicht, weil der Kläger nach den für den Senat bindenden Feststellungen des LSG



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



(§ 163 SGG) in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Geltungsdauer der beantragten AE (27. März 1973) nicht ununterbrochen (§ 2 Abs 2 Nr 2 AEVO) eine unselbständige Tätigkeit rechtmäßig im Geltungsbereich der AEVO ausgeübt hat. Der Kläger stellt dies selbst nicht in Frage.

Auf § 2 Abs 5 AEVO kann der Kläger seinen Anspruch deshalb nicht stützen, weil die Versagung der AE nach den insoweit den Senat ebenfalls bindenden Feststellungen (§ 163 SGG) für ihn nach seinen persönlichen Verhältnissen keine Härte bedeutet. § 2 Abs 5 AEVO ist zwar, entgegen der Auffassung des LSG, (noch) von der Ermächtigung des § 19 Abs 3 AFG gedeckt. Auch insoweit folgt der erkennende Senat der schon mehrfach zitierten Entscheidung des 12. Senats vom 27. Januar 1977 - 12 RAr 83/76 -. Er schließt sich, wie schon ausgeführt, ferner der Auffassung des 12. Senats an, daß die Regelung des § 2 Abs 5 AEVO der Beklagten keinen Ermessensspielraum einräumt, sondern einen Rechtsanspruch auslöst, wenn der Tatbestand der Härte, der als ein unbestimmter Rechtsbegriff der vollen richterlichen Nachprüfung unterliegt, gegeben ist. Der erkennende Senat folgert dies, wie der 12. Senat, insbesondere daraus, daß § 19 Abs 1 AFG die Grundnorm darstellt, in deren Rahmen sich die Bestimmungen der AEVO befinden. Die Härte-regelung des § 2 Abs 5 AEVO stellt insoweit nur eine besondere Ausgestaltung der in § 19 Abs 1 AFG angeordneten Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles in Form einer (weiteren) Generalklausel dar. Es kann dahinstehen, ob es dieser Regelung im Hinblick auf § 19 Abs 1 AFG überhaupt bedurft hätte. Jedenfalls hat sie keine grundsätzlich andere Bedeutung und verändert deshalb für ihren Anwendungsbereich auch nicht den Charakter des Rechts auf die AE im Sinne von § 19 Abs 1 AFG als Rechtsanspruch.

Das LSG hat im Ergebnis aber zutreffend entschieden, daß die Versagung der AE für den Kläger keine Härte im Sinne des § 2 Abs 5 AEVO darstellt. Der Kläger macht insoweit nur geltend,



- 13 -

daß er die nach § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO erforderliche fünfjährige Beschäftigung fast erfüllt hat. Das allein reicht jedoch nicht aus für die Annahme einer durch die Versagung der AE ausgelösten Härte im Sinne des § 2 Abs 5 AEVO. Wenn das Erfordernis der fünfjährigen Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs 1 Nr 1 AEVO schon die Bedingung für die Erteilung einer AE ist, kann das Nichterfüllen dieser Voraussetzung ohne Hinzutreten weiterer, in den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers liegender Gründe nicht Anlaß für eine Härte-
regelung im Sinne des § 2 Abs 5 AEVO sein. Solche weiteren Gründe sind weder vom Kläger vorgetragen noch vom LSG festgestellt worden noch sonstwie ersichtlich.

Der Anspruch des Klägers ergibt sich auch nicht aus der Regelung in § 1 AEVO allein. Wenn der Kläger die AE für eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb begehrt, so macht er damit - wie das LSG zutreffend erkannt hat - den Anspruch auf eine sogenannte allgemeine AE im Sinne von § 1 Nr 1 AEVO iVm § 19 AFG geltend. Sofern der Entscheidung des LSG entnommen werden soll, daß es sich bei der Erteilung einer solchen AE um eine Ermessensentscheidung der Beklagten handelt, ist ihr allerdings nicht zuzustimmen. Der 12. Senat des BSG hat entschieden, daß § 19 Abs 1 AFG der Beklagten nur insoweit ein Ermessen einräumt, als die AE auf bestimmte Betriebe, Berufsgruppen, Wirtschaftszweige oder Bezirke beschränkt erteilt werden kann. Im übrigen hat die Beklagte jedoch grundsätzlich zu prüfen, ob die AE nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und den Verhältnissen des Einzelfalles zu erteilen ist. Sie hat sie zu erteilen oder bei Fehlen der Voraussetzungen abzulehnen, d.h., sie entscheidet über einen Rechtsanspruch (vgl BSG vom 27. Januar 1977 - 12 RAR 83/76 -). Der Senat schließt sich dieser Rechtsauffassung an. Das bedeutet allerdings nicht, daß damit in jedem Fall eine sachliche Prüfung der materiellrechtlichen Grundlagen für die angefochtenen Bescheide stattzufinden hat. Die Klage nach § 54 Abs 1 SGG ist nämlich schon

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](#)

14 -

dann unbegründet, wenn die vom Kläger begehrte Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsakte und die Verurteilung der Beklagten zu dem anstelle dessen begehrten begünstigenden Verwaltungsakt für den Kläger die begehrte Rechtsfolge weder rechtlich noch tatsächlich bewirken kann, sich die Rechtswirkung aus den angefochtenen Verwaltungsakten also erledigt hat. Gerade für diesen Fall sieht das Gesetz den Übergang zur Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG vor. So ist es hier.

Die angefochtenen Verwaltungsakte haben sich, wie das LSG zutreffend entschieden hat, soweit sie die Versagung der AE nach § 1 Nr 1 AEVO beinhalten, inzwischen durch Zeitablauf erledigt (zum Begriff der Erledigung vgl BSG vom 22. September 1976 - 7 RAR 107/75 - mit weiteren Nachweisen); denn nach § 4 Abs 1 der AEVO darf die AE nach § 1 AEVO, um die es hier geht, im günstigsten Fall (längstens) auf drei Jahre befristet werden. Spätestens mit dem Ablauf dieses Zeitraums konnte die Versagung der vom Kläger insoweit für die Vergangenheit begehrten AE die mit ihrer Erteilung verbundenen Rechtsvorteile nicht mehr auslösen, jedenfalls soweit es sein mit der Vornahmeklage verfolgtes Ziel anbelangt. Die Aufhebung der angefochtenen Bescheide und die Verurteilung der Beklagten zur Erteilung der AE für eine Beschäftigung bei der Firma R. ab 27. März 1973 konnte für den Kläger keine wahrnehmbaren Rechte mehr bewirken. Der Senat hat in dem o.a. Urteil vom 22. September 1976 zwar entschieden, daß allein die Erteilung der AE für die Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber noch nicht die Erledigung der angefochtenen Versagung der Erteilung einer ursprünglich anders beantragten AE zur Folge hat, sondern daß hierfür die diese Rechtsfolge verdeutlichende konkludente Verhaltensweise des Antragstellers hinzukommen muß, insbesondere ein Verhalten, das seine eigene Auffassung über die Erledigung des mit der Vornahmeklage verfolgten Zieles deutlich macht. In jenem Fall hätte die mögliche Geltungs-



- 15 -

dauer der ursprünglich beantragten AE nach § 4 Abs 1 AEVO jedoch noch während des Laufs des gesamten gerichtlichen Verfahrens - wenigstens teilweise - verwirklicht sein können. Das ist im vorliegenden Fall aber gerade nicht mehr möglich. Bereits im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem SG (21. August 1975) waren mehr als zwei Jahre seit dem Antragsdatum für die begehrte AE verstrichen, also die Normalgeltungsdauer für eine AE gemäß § 4 Abs 1 Satz 1 AEVO. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem LSG (7. Mai 1976) waren es sogar schon mehr als drei Jahre, so daß zu diesem Zeitpunkt auch eine nach § 4 Abs 1 Satz 2 AEVO auf drei Jahre verlängerte AE mit Geltung ab 27. März 1973 bereits abgelaufen wäre. Es kann mangels eines entsprechenden Antrages des Klägers auch nicht davon ausgegangen werden, daß er erst für eine spätere Beschäftigung bei der Firma R. eine von der Ablehnung durch die angefochtenen Bescheide erfaßte AE hat erreichen wollen. Seinem eindeutigen Antrag auf Aufhebung der inhaltlich bestimmten Bescheide vom 22. Mai 1973 und 11. Juli 1973 ist vielmehr zu entnehmen, daß es ihm ausdrücklich um die Beseitigung der Rechtsfolgen aus diesen Bescheiden und die Neubeschcheidung über seinen Antrag vom 27. März 1973 geht.

Das LSG hätte sonach insoweit in eine sachliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide nicht mehr einzutreten brauchen; denn die Vornahmeklage ist hier jedenfalls im Zeitpunkt der Entscheidung des LSG bereits deshalb nicht mehr begründet gewesen, weil sich die angefochtenen Bescheide durch Zeitablauf erledigt hatten. Die Bestätigung der Klageabweisung des SG durch das LSG rechtfertigt sich jedoch im Ergebnis auch aus diesem Grunde.

Die Revision ist ferner unbegründet, soweit das LSG in Bezug auf die Rechtsfolgen aus der Versagung der allgemeinen AE nach § 1 Nr 1 AEVO die vom SG ausgesprochene Abweisung der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 16 -

bestätigt hat. Die angefochtenen Bescheide sind nicht rechtswidrig.

Die Voraussetzungen für die Klage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG sind gegeben. Die angefochtenen Bescheide hatten sich, wie bereits dargelegt, im Laufe des gerichtlichen Verfahrens anders erledigt, der Kläger hat die Klage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG durch seinen Hilfsantrag zulässig erhoben (vgl BVerwG in DVBl 1970, 281; Eyermann-Fröhler, aaO, Rd.Nr. 48 zu § 113; Baumbach/Lauterbach, aaO, Anm. 2 A, C zu § 260) und er hat ein berechtigtes Interesse daran, zu erfahren, ob die angefochtenen Bescheide rechtswidrig sind. Der Senat hat dies in bezug auf die Ablehnung einer AE nach § 1 Nr 1 AEVO bereits wegen der bestehenden Wiederholungsgefahr und den unmittelbaren, weitergehenden rechtlichen Folgen bestätigt, die die Ablehnung einer solchen AE für den Antragsteller auslöst. Er hat ferner entschieden, daß in Fällen dieser Art sich das erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers daraus ergibt, daß die hier begehrte Entscheidung des Gerichts auch für zukünftige Entscheidungen der Verwaltung Bedeutung haben kann (vgl BSG vom 22. September 1976 - 7 RAR 107/75 -).

Nach § 1 Nr 1 AEVO kann die Erlaubnis nach § 19 Abs 1 AFG nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt werden für eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem Betrieb. Wie der 12. Senat (aaO) für die Regelung in § 6 AEVO entschieden hat, kann der Verordnungsgeber allerdings die Voraussetzungen des § 19 Abs 1 AFG für die Erteilung einer AE nicht generell ändern. Wenn dort aber neben der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles vorgeschrieben wird, so gilt das auch für alle besonderen Durchführungsbestimmungen der AEVO. Auch die Entscheidung über den Antrag auf eine allgemeine AE nach § 1 Nr 1 AEVO ist daher trotz des insoweit nicht eindeutigen Wortlauts nach Lage und Entwicklung des Arbeits-



- 17 -

marktes und unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles zu treffen.

Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen hatte der Kläger keinen Anspruch auf die begehrte AE. Nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) stand die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag des Klägers seinem Anliegen entgegen. Dieser Zeitpunkt ist für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage maßgebend (vgl. Peters/Sautter/Wolff, aaO, Anm. 3 zu § 131 - S. II/180 -; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. I/2 S. 240 q; Eyermann-Fröhler, aaO, Rd.Nr. 40 zu § 113). In der für den Kläger maßgeblichen Berufsgruppe ergab sich für die Zeit vom März 1973 bis Juli 1973 ein so deutlicher, das Mehrfache betragender Überhang an Arbeitssuchenden gegenüber offenen Stellen auf dem Arbeitsmarkt Berlin (West), daß die Beklagte sich auf diesen Versagungsgrund berufen durfte. Dabei kann es dahinstehen, ob es sich bei der "Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, für dessen Anwendung der Beklagten ein Beurteilungsspielraum im Sinne der Rechtsprechung des Senats zusteht (vgl. BSGE 38, 138, 143; 40, 15; vgl. auch BSG vom 27. Januar 1977 - 12 RAr 83/76- mit weiteren Nachweisen). Es gibt jedenfalls nach der festgestellten Arbeitsmarktlage keinen Anlaß dafür, daß die Beklagte bei der Anwendung dieses Begriffs im vorliegenden Fall einen Rechtsfehler begangen hätte. So behauptet der Kläger selbst nicht, daß zur Besetzung des von ihm angestrebten Arbeitsplatzes andere berechtigte und geeignete Arbeitnehmer nicht zur Verfügung gestanden hätten.

Es ist ferner nicht ersichtlich, daß die Beklagte die Verhältnisse des Klägers in rechtswidriger Weise unberücksichtigt gelassen hat. Sie hat diese zwar unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Härte durch die Ablehnung im Sinne von § 2 Abs 5 AEVO geprüft. Daraus wird aber erkennbar, daß sie die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

18 -

Umstände des Einzelfalles untersucht und berücksichtigt hat. Danach ergibt sich jedoch keine individuelle Besonderheit, auf die sich der Kläger für eine positive Entscheidung entgegen der zu seinen Ungunsten sprechenden Lage und Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt berufen kann. Die Tatsache allein, daß er schon mehrere Jahre berechtigt im Bundesgebiet beschäftigt war, stellt für sich keine derartige - vorrangige - Besonderheit seines Falles dar. Weitere Umstände, die eine andere Entscheidung rechtfertigen könnten, sind weder vom Kläger vorgetragen noch vom LSG festgestellt worden noch sonstwie ersichtlich.

Soweit der Kläger mit seiner Klage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG die Feststellung begehren sollte, daß die Versagung der AE auch unter einem nach § 2 AEVO maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkt rechtswidrig gewesen sei, kann seine Fortsetzungsfeststellungsklage nicht zum Erfolg führen. Die auf § 2 AEVO gestützte Versagung der AE hat sich, wie bereits dargelegt, nicht im Sinne von § 131 Abs 1 Satz 3 SGG erledigt.

Die Klage konnte nach allem keinen Erfolg haben. Infolgedessen ist auch die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

