

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 11 AL 75/97 R

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat am 26. März 1998 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richter **L ü d t k e** und **V o e l z k e** sowie die ehrenamtlichen Richter **G e h r k e n** und **H a n e l** für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 21. Mai 1997 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Der Rechtsstreit betrifft die Weitergewährung von Arbeitslosenhilfe (Alhi) über den 11. Juni 1993 hinaus.

Der 1959 geborene Kläger ist nigerianischer Staatsangehöriger. Er reiste 1989 in die Bundesrepublik ein und beantragte politisches Asyl. Gegen den ablehnenden Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge erhob er Klage, für die das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung herstellte. Das Verwaltungsstreitverfahren ist - soweit ersichtlich - noch nicht abgeschlossen.

Im März 1991, Mai/Juni 1991 sowie von Juli 1991 bis Juni 1992 war der Kläger mit einer Arbeitserlaubnis als Hilfsarbeiter bzw. Oberflächenbearbeiter beschäftigt. Vom 11. Juni 1992 bis zum 11. Juni 1993 bezog er Alhi. Seinen Antrag auf Weitergewährung dieser Leistung lehnte die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) ab (Bescheid vom 1. Juli 1993; Widerspruchsbescheid vom 30. September 1993). Zur Begründung führte sie aus, der Kläger stehe dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung. Er sei weder im Besitz einer gültigen Arbeitserlaubnis, noch habe er einen Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis unabhängig von der Arbeitsmarktlage. Der deutsche Arbeitsmarkt sei ihm verschlossen, weil er nicht innerhalb eines Jahres seit seiner Arbeitslosmeldung habe vermittelt werden können. Deutsche und ihnen gleichgestellte ausländische Arbeitnehmer seien bei der Stellenvermittlung bevorzugen. Eine überbezirkliche Vermittlung sei nicht in Betracht gekommen, weil auch in anderen Bezirken Vermittlungsmöglichkeiten für den Kläger nicht bestanden hätten. Maßnahmen zur beruflichen Fortbildung und Umschulung seien nicht durchführbar, weil der Kläger nicht über ausreichende Sprachkenntnisse verfüge. Nach der vorhersehbaren Entwicklung des Arbeitsmarktes ergäben sich auch künftig keine Vermittlungsmöglichkeiten.

Mit der Klage hat der Kläger geltend gemacht, es sei nicht ersichtlich, welche Vermittlungsbemühungen die BA unternommen habe. Tatsächlich bestehe ein Bedarf an ausländischen Arbeitskräften, insbesondere Asylbewerbern, weil deutsche Arbeitnehmer für bestimmte Beschäftigungen oftmals nicht zu gewinnen seien.

Das Sozialgericht (SG) hat der Klage stattgegeben: Dem Kläger stehe Alhi über den 11. Juni 1993 hinaus zu, denn er stehe der Arbeitsvermittlung zur Verfügung und erfülle auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen. Zwar fehle es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) an der Verfügbarkeit, wenn ein Ausländer nicht die notwendige Arbeitserlaubnis besitze und ihre Erteilung wegen der Arbeitsmarktlage nicht zu erwarten sei. Der Ansicht des BSG, dies treffe nach einjährigen erfolglosen Vermittlungs-



bemühungen zu, sei nicht zu folgen. Die Anspruchsvoraussetzung "arbeiten darf" sei dahin zu verstehen, daß der Beschäftigung Rechtshindernisse nicht im Wege stehen dürften. Die Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitnehmers könne nicht je nach Arbeitsmarktlage wechseln. Das Merkmal "Verschlossenheit des Arbeitsmarktes" stamme aus dem Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung und sei der Arbeitslosenversicherung fremd. Andernfalls ständen auch leistungsgeminderte und ältere Arbeitssuchende, die derzeit praktisch nicht vermittelbar seien, der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung. Auch verfassungsrechtliche Erwägungen ständen der Rechtsprechung des BSG entgegen. Sie begrenze die Versicherungsleistung an ausländische Arbeitnehmer auf ein Jahr. Durch ihre Beitragsleistung könnten diese jedoch eine Anwartschaft auf Arbeitslosengeld (Alg) bis zu 832 Tagen erworben haben, die durch die Eigentumsgarantie des Art 14 Grundgesetz (GG) geschützt sei. Die Begrenzung des Bezuges von Alg auf ein Jahr greife in den Schutzbereich Eigentumsgarantie ein. Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG sei berührt, weil die zeitliche Begrenzung des Bezuges von Leistungen bei Arbeitslosigkeit Folgen in der gesetzlichen Rentenversicherung habe.

Mit der Berufung hat die BA geltend gemacht, sie habe Vermittlungsbemühungen von Juni 1992 bis Juni 1993 für alle Beschäftigungen im gewerblichen Bereich unterhalb der Facharbeiterebene unternommen. Nach statistischen Unterlagen seien im September 1992 333 Stellen, davon 114 unterhalb der Facharbeiterebene, gemeldet gewesen. Dem hätten rd 1200 bevorrechtigte Arbeitslose gegenübergestanden. Unter diesen Umständen sei dem Kläger kein Vermittlungsvorschlag unterbreitet worden. Das SG verkenne, daß die Rechtsprechung des BSG Arbeitslosen die Möglichkeit eröffnen wolle, ihren Anspruch auf Alg auszuschöpfen. Diese Rechtsprechung stamme aus einer Zeit, in der der Anspruch auf Alg höchstens 312 Tage betragen habe. Eine Anwartschaft auf Alg für 832 Tage setze die Beitragspflicht für 5 Jahre und 4 Monate (1920 Tage) voraus. Eine Beschäftigung von 5 Jahren begründe bereits einen Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis unabhängig von der Arbeitsmarktlage. Das SG verkenne die Notwendigkeit einer Arbeitserlaubnis für die Beschäftigung von nicht bevorrechtigten Bewerbern, die nur erteilt werde, wenn Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes dies zuließen. Da der Kläger lediglich einen Anspruch auf ALHI geltend machen könne, stelle sich nicht die Frage, ob eine eigentumsgeschützte Versicherungsleistung eingeschränkt werde. Nachteile in der gesetzlichen Rentenversicherung habe der Gesetzgeber in Kauf genommen.

Auf die Berufung der BA hat das Landessozialgericht (LSG) die den Kläger betreffenden Akten der BA, des Lahn-Dill-Kreises und des Verwaltungsgerichts Gießen beigezogen sowie zur Vermittlungstätigkeit der BA im Falle des Klägers Beweis erhoben. Das LSG hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dem Kläger stehe über den 11. Juni 1993 hinaus ALHI nicht zu, weil er der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung gestanden habe. Die BA habe in den angefochtenen Bescheiden zutreffend die Verschlos-



senheit des Arbeitsmarktes festgestellt. Nach der Rechtsprechung des BSG setze die Feststellung der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes eine Prüfzeit von einem Jahr mit nachhaltigen und fortgesetzten Ermittlungsbemühungen voraus. Bei jeder gemeldeten offenen Stelle, die für den ausländischen Arbeitssuchenden in Betracht komme, sei zu prüfen, ob er dorthin vermittelt und ihm eine Arbeitserlaubnis erteilt werden könne. Das Fehlen von Arbeitsangeboten lasse nicht den Schluß auf mangelnde Vermittlungsversuche zu. Die Vermittlungsbemühungen könnten sich auf gedankliche Operationen beschränken, wenn durch sie gewährleistet sei, daß eine Vermittlung des ausländischen Arbeitnehmers in die Überlegungen einbezogen sei. Vermittlungsversuche im Einzelfall seien soweit wie möglich nachzuweisen. Diese Voraussetzungen seien im Falle des Klägers gegeben. Zwar enthielten die Leistungsakten der BA keine Hinweise auf Vermittlungsbemühungen zugunsten des Klägers. Durch die bei der Vermittlung angestellten Überlegungen sei jedoch sichergestellt, daß eine verkürzte Prüfung stattgefunden habe, deren Ergebnis die Vermittlung bevorzogter Arbeitssuchender gewesen sei. Im Hinblick auf die Steigerung der Arbeitslosenquote von 7,5 vH im Dezember 1992, 8,5 vH im Juni 1993 bis auf 10,2 vH im Januar 1994 sei eine aktive Vermittlung des Klägers nicht in Betracht gekommen. Ein konkretes Gesuch eines Arbeitgebers, den Kläger einzustellen, sei an die BA nicht gerichtet worden. Auch in einem solchen Falle werde vier Wochen lang geprüft, ob die Stelle nicht mit einem bevorzugten Arbeitnehmer zu besetzen sei.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger, die BA habe nicht ausreichende Vermittlungsversuche unternommen. Insbesondere seien auch die gedanklichen Prozesse im Rahmen der Arbeitsvermittlung nicht einmal ansatzweise nachgewiesen. Die Feststellung mangelnder Verfügbarkeit eines ausländischen Arbeitssuchenden wegen Verschlossenheit des Arbeitsmarktes setze eine Prüfzeit von einem Jahr mit nachhaltigen und fortgesetzten Vermittlungsbemühungen voraus. Zwar seien die Vermittlungsbemühungen auf gedankliche Operationen zu beschränken, jedoch seien sie auch in diesem Falle nachzuweisen. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Hinsichtlich des Klägers seien konkrete gedankliche Operationen im Interesse seiner Arbeitsvermittlung nicht angestellt worden. Vielmehr sei er als ausländischer Arbeitssuchender von vornherein nicht bei der Arbeitsvermittlung berücksichtigt worden. Die Praxis der BA bedeute, daß ausländische Arbeitssuchende niemals eine Stelle erhalten könnten, weil auf dem deutschen Arbeitsmarkt stets bevorzugte Arbeitssuchende vorhanden seien, die für die jeweilige Stelle in Betracht kämen. Es könne nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen, wenn Arbeitsplätze notfalls sogar nicht besetzt oder offengehalten würden, wenn bevorzugte Arbeitssuchende nicht zur Verfügung ständen. Nach den Bekundungen des vernommenen Arbeitsvermittlers würden nicht bevorzugte Arbeitssuchende nicht in die Vermittlungsüberlegungen einbezogen, soweit rein theoretisch für diese Stelle ein bevorzogter Arbeitssuchender in Betracht komme. Zu prüfen sei, ob die angebotene Stelle tatsächlich besetzt worden sei. Die gedanklichen Operationen der Arbeitsvermittlung könnten sich nicht darauf beschränken, daß es bevorzugte Arbeit-



nehmer gäbe. Bei dem geschilderten Vorgehen der Arbeitsvermittler fielen nicht bevorrechtigte Arbeitssuchende wie der Kläger von vornherein aus dem Kreis möglicher Stellenbesetzer heraus. Dies führe zu einer Ausgrenzung, die einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen den Gleichheitssatz enthalte.

Der Kläger beantragt (sinngemäß),

das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 21. Mai 1997 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 8. Dezember 1994 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie führt aus, der gedankliche Prozeß im Rahmen der Arbeitsvermittlung erfasse neben Eignung und Neigung des Bewerbers auch eine mögliche Bevorrechtigung. Eine Dokumentation dieses gedanklichen Prozesses, in den häufig eine Vielzahl von Arbeitssuchenden bei einem Arbeitsangebot einbezogen sei, werde schon aus Gründen des Verwaltungsaufwandes nicht vorgenommen. Nach den Denkgesetzen sei notwendigerweise von einem "Ausschlußprinzip" auszugehen, solange bevorrechtigte Arbeitssuchende in genügender Zahl auf dem Arbeitsmarkt vorhanden seien.

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

II

Die Revision ist nicht begründet, denn die Entscheidung des LSG beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 170 Abs 1 SGG). Dem Kläger steht Alhi ab 11. Juni 1993 nicht zu.

Anspruch auf Alhi hat nach § 134 Abs 1 Satz 1 Nr 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), wer ua der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht. Diese Voraussetzung erfüllt nur, wer eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben kann und darf (§§ 134 Abs 4 Satz 1, 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG). Arbeitnehmer, die nicht Deutsche iS des Art 116 GG sind, benötigen für die Arbeitsaufnahme eine Arbeitserlaubnis nach § 19 Abs 1 Satz 1 AFG, soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Insoweit besteht für Ausländer ein allgemeines Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt und damit ein "Rechtshindernis", das einer Arbeitsaufnahme im Bundesgebiet entgegensteht (BSGE 43, 153, 155 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSGE 44, 82, 84 = SozR 4100 § 19 Nr 3; BSG SozR 4100 § 103 Nr 22; BSG InfAusIR 1989, 22, 23). Da der Kläger nicht die deutsche



Staatsangehörigkeit besitzt und zwischenstaatliche Vereinbarungen mit seinem Heimatstaat Nigeria nicht bestehen, bedarf er für die Arbeitsaufnahme im Bundesgebiet einer Arbeitserlaubnis.

Dieser Umstand allein steht seiner Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung nicht entgegen; denn § 19 Abs 1 Satz 1 AFG bezieht die Erlaubnis auf die Ausübung einer Beschäftigung. Gemäß § 19 Abs 1 Satz 2 AFG wird die Erlaubnis nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles erteilt. Etwas anderes gilt nur, wenn die besonderen Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis unabhängig von der Arbeitsmarktlage gegeben sind (§ 19 Abs 4 Satz 2 AFG; § 2 Arbeitserlaubnisverordnung <AEVO>). Die Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung ist allerdings zu verneinen, wenn der arbeitslose Ausländer für den Fall einer Beschäftigungsmöglichkeit eine Arbeitserlaubnis nicht zu erwarten hat. Dies trifft im Falle des Klägers zu.

Für die Voraussetzungen, unter denen eine Arbeitserlaubnis unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zu erteilen ist (§ 19 Abs 4 Satz 2 AFG, § 2 AEVO), ist hier nichts ersichtlich. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, die mit Verfahrensrügen nicht angegriffen und damit für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), kann der Kläger wegen des Vorrangs deutscher Arbeitnehmer und ausländischer Arbeitnehmer, die Deutschen gleichgestellt sind oder aufgrund gültiger Arbeitserlaubnisse beschäftigt werden dürfen, mit einer Arbeitserlaubnis nach Lage und Entwicklung des deutschen Arbeitsmarktes nicht für Beschäftigungen rechnen, die im Rahmen seiner Aufenthaltsbefugnis und seiner Kenntnisse und Fertigkeiten in Betracht kommen. Geboten ist nach § 19 Abs 1 Satz 2 AFG, § 1 Abs 1 AEVO eine Prognose der jeweiligen Arbeitsmarktverhältnisse, die ein Urteil darüber erlaubt, ob für den ausländischen Arbeitnehmer nach seinen sprachlichen, beruflichen und ausländerrechtlichen Verhältnissen in absehbarer Zeit eine Beschäftigung in Betracht kommt, für die ihm eine Arbeitserlaubnis erteilt werden darf (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSGE 45, 153, 158 f = SozR 4100 § 103 Nr 10; BSG InfAuslR 1989, 22, 24 mwN). Fällt diese Prognose negativ aus, ist also nach den Arbeitsmarktverhältnissen nicht zu erwarten, daß dem ausländischen Arbeitslosen eine Arbeitserlaubnis erteilt werden darf, steht er der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung, weil er eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes nicht ausüben darf (§ 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG). Diese Lage beschreibt die Rechtsprechung des BSG mit dem Begriff "Verschlossenheit des Arbeitsmarktes" (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2 uö). Inhaltlich stimmt dieses Merkmal nicht mit der gleichlautenden Wendung im Zusammenhang mit dem Zugang zu Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung überein (BSGE 30, 167, 183 = SozR Nr 79 zu § 1246 RVO; BSGE 43, 75, 81 ff = SozR 2200 § 1246 Nr 13; vgl auch BSGE 80, 24, 34 ff = SozR 3-2600 § 44 Nr 8 mwN). Vielmehr handelt es sich um eine Konkretisierung und Operationalisierung des § 19 Abs 1 AFG zu entnehmenden



Beschäftigungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt für ausländische Arbeitnehmer. Dieses soll gewährleisten, daß der Zugang zu freien Stellen auf dem Arbeitsmarkt Deutschen und ihnen aufgrund über- oder zwischenstaatlicher Vorschriften gleichgestellter ausländischer Arbeitssuchender gewahrt bleibt. Deutschen Arbeitssuchenden nicht gleichgestellte Ausländer - wie der Kläger - können eine Arbeitserlaubnis danach nur erwarten, wenn es auf dem Arbeitsmarkt freie Stellen gibt, die weder regional noch überregional mit bevorrechtigten Arbeitssuchenden zu besetzen sind. Damit die für die Beurteilung der Verfügbarkeit unerlässliche Prognose der Arbeitslage nicht durch Momentaufnahmen bedingte Zufallsergebnisse zeitigt, macht die Rechtsprechung den Ausschluß der Verfügbarkeit nicht bevorrechtigter ausländischer Arbeitnehmer davon abhängig, daß Vermittlungsbemühungen der BA über den Zeitraum von mindestens einem Jahr seit der Arbeitslosmeldung erfolglos geblieben sind (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSG SozR 4100 § 103 Nr 22; BSG InfAuslR 1989, 22, 24; BSG SozR 3-4100 § 103 Nr 3). Erfolgreiche Vermittlungsbemühungen während dieses "Prüfjahrs" sind ein Anzeichen dafür, daß die Arbeitsmarktlage der Erteilung einer Arbeitserlaubnis nach § 19 Abs 1 Satz 2 AFG, § 1 Abs 1 AEVO entgegensteht und damit das grundsätzliche Arbeitsverbot für deutschen Arbeitssuchenden nicht gleichgestellte Ausländer die Verfügbarkeit ausschließt. Von diesen rechtlichen Vorgaben ausgehend hat das LSG die für den Kläger negative Prognose der BA bestätigt. Gegen diese auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung hat die Revision Verfahrensrügen nicht erhoben, so daß sie für den Senat bindend ist (§ 163 SGG).

Allerdings sind den Entscheidungsgründen ausdrückliche Feststellungen zum Prüfungsjahr, den Arbeitsmarktverhältnissen und den Vermittlungsbemühungen der BA nicht zu entnehmen. Diese ergeben sich jedoch aus der Bezugnahme auf die angefochtenen Bescheide der BA und die darin getroffenen Feststellungen zur sog Verschlussenheit des Arbeitsmarktes. Das LSG bezeichnet diese Feststellung als zutreffend und macht sich damit auch die den angefochtenen Bescheiden zugrundeliegenden Tatsachenfeststellungen zu eigen. Dem Widerspruchsbescheid ist zu entnehmen, daß die BA den Kläger während der Dauer des Alhi-Bezugs vom 11. Juni 1992 bis 10. Juni 1993 vergeblich für Hilfstätigkeiten auch in überbezirkliche Vermittlungsbemühungen einbezogen hat. Berufsbildende Maßnahmen hat sie wegen nicht hinreichender Sprachkenntnisse des Klägers ausgeschlossen. In rechtlicher Hinsicht ist klarzustellen, daß eine Arbeitserlaubnis nicht erteilt werden darf, soweit die Beschäftigung durch eine ausländerrechtliche Auflage ausgeschlossen ist (§ 19 Abs 2 AFG). Nach den vom LSG in Bezug genommenen Akten des Lahn-Dill-Kreises war die Aufenthaltsgestattung des Klägers zur Durchführung des Asylverfahrens räumlich auf den Lahn-Dill-Kreis beschränkt. Erst ab 12. Juli 1993 - also nach Ablauf der Mindestprüfzeit - war dem Kläger der vorübergehende Aufenthalt im Bereich des Regierungspräsidiums Gießen gestattet. Unter diesen Umständen war die BA zu Vermittlungsbemühungen außerhalb des Lahn-Dill-Kreises nicht verpflichtet (BSG SozR 3-4100 § 103 Nr 3). Der Einwand der Revision, die BA habe den Kläger bei der Arbeitsvermittlung nicht in Betracht gezogen, weil noch bevorrechtigte Arbeitssuchende zur Ver-



fügung gestanden hätten, greift nicht durch. In der Prüfzeit anzustellende Vermittlungsbemühungen der BA müssen nicht zum Angebot von Arbeitsplätzen geführt haben. Sie können sich auf gedankliche Operationen beschränken, wenn durch sie gewährleistet wird, daß bei jeder gemeldeten offenen Stelle geprüft wird, ob sie trotz Vorrangs deutscher und ihnen gleichgestellter ausländischer Arbeitssuchender mit dem ausländischen Arbeitssuchenden ohne Arbeitserlaubnis besetzt werden kann (BSG SozR 4100 § 19 Nr 6 und § 103 Nr 22; BSG InfAuslR 1989, 22, 24). Solche Überlegungen hat die BA nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG angestellt. Sie konnte den Kläger aber nicht vermitteln, weil den gemeldeten Stellen unterhalb der Facharbeiterebene, die für den Kläger allein in Betracht kamen, ein Vielfaches an Bewerberangeboten gegenüberstand, denen nach § 19 Abs 1 AFG Vorrang einzuräumen war. Die Ansicht der Revision, durch das Vorgehen der BA sei der Kläger als Ausländer von der Arbeitsvermittlung in einer dem Zweck des Gesetzes widersprechenden Weise "ausgegrenzt" worden, trifft nicht zu. Vielmehr entspricht es dem Sinn des grundsätzlichen Arbeitsverbots für Ausländer, gerade bei einer für Arbeitssuchende ungünstigen Arbeitsmarktlage den Zugang zu offenen Stellen für Deutsche und ihnen gleichgestellte ausländische Arbeitssuchende zu gewährleisten. Die sich daraus ergebende Folge, daß nicht bevorrechtigte Ausländer eine Beschäftigung nur ausüben dürfen, soweit eine Stelle nicht durch bevorrechtigte Arbeitssuchende zu besetzen ist, ist hinzunehmen.

Diese Rechtslage unterliegt keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Abgesehen von den - hier nicht einschlägigen - speziellen Differenzierungsverboten des Art 3 Abs 3 GG ist der Gesetzgeber nach Art 3 Abs 1 GG nicht gehindert, bei der Regelung zur Aufnahme von Beschäftigungen zwischen Deutschen und Ausländern zu unterscheiden, zumal diese Unterscheidung dem GG selbst durchgehend zugrunde liegt (vgl auch: Hambüchen, in: Weiss/Gagel, Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts, Band 2 § 6 E Arbeitserlaubnisrecht, RdNr 81 - Stand: Januar 1990 - mwN). Der Gesetzgeber hat damit von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht, das Niederlassungsrecht der Ausländer als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung zu regeln (Art 74 Abs 1 Nr 4 GG). Die Unterscheidung zwischen Deutschen und Ausländern ist sachlicher Differenzierungsgrund für Regelungen des Zugangs zum Arbeitsmarkt und des Bezugs von Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Damit sind auch die verfassungsrechtlichen Bedenken des SG wegen der rentenversicherungsrechtlichen Folgen der Rechtsprechung des BSG für nicht bevorrechtigte Ausländer hinfällig. Ob die vom SG weiter angeführte Eigentumsgarantie (Art 14 GG) für den hier allein geltend gemachten Anspruch auf Alhi einschlägig ist, kann dahinstehen. Wegen der von der Rechtsprechung des BSG geforderten Prüfzeit von mindestens einem Jahr für die Prognoseentscheidung zur Verfügbarkeit ausländischer Arbeitnehmer wird diesen der Anspruch auf Alhi jedenfalls nicht "von vornherein abgeschnitten".

Der Einwand der Revision, Vermittlungsbemühungen zugunsten des Klägers in Gestalt gedanklicher Operationen seien im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen, ist nicht be-



gründet. Eine Regel, in welcher Weise die gedanklichen Operationen zum Nachweis festzuhalten seien, besteht nicht und wäre auch mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 128 Abs 1 SGG) schwerlich zu vereinbaren. Das LSG hat seine Überzeugung, der Kläger stehe ab 11. Juli 1993 der Arbeitsvermittlung nicht mehr zur Verfügung, weil er eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes nicht ausüben dürfe, auf den Inhalt der angefochtenen Bescheide, das Vorbringen der BA im sozialgerichtlichen Verfahren und seine Beweiserhebung gestützt. Die Revision rügt nicht, das LSG habe insoweit die Grenzen der freien Beweiswürdigung, allgemeine Erfahrungssätze oder Denkgesetze verletzt. Nur bei Verletzung der aufgezeigten Maßstäbe wäre die Beweiswürdigung des LSG der Entscheidung des Revisionsgerichts nicht zugrunde zu legen (vgl dazu: BSG InfAuslR 1989, 22, 25).

Allerdings läßt das Vorgehen des LSG Zweifel aufkommen, welcher Rechtsansicht es bei seiner Entscheidung gefolgt ist. Die Fragestellung der Ermittlungsverfügung vom 12. Oktober 1995, die auch der Ladung des Arbeitsvermittlers N. zugrunde lag, hat das LSG bei der Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 1997 nicht eingehalten, sondern nachträglich einen Beschluß gefaßt, der sich nicht auf die Vermittlungsbemühungen im Prüfjahr Juni 1992 bis Juni 1993, sondern auf die "Zeit von Juni 1993 bis Ende März 1994" bezog. Diese Zweifel können auf sich beruhen. Selbst wenn das LSG bei der Vernehmung des Arbeitsvermittlers N. am 21. Mai 1997 von einer unzutreffenden Rechtsansicht ausgegangen sein sollte, stellt sich die Entscheidung aus den erörterten Gründen als richtig dar, so daß die Revision des Klägers keinen Erfolg haben kann. Im übrigen ist zu bedenken, daß der Prüfzeitraum "mindestens ein Jahr" beträgt und die Prognose "unter dem Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse steht" (BSGE 43, 153, 162 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSGE 65, 126, 130 = SozR 4100 § 19 Nr 22). Unter diesen Umständen ist es noch nachvollziehbar, daß das LSG die Prüfung der Arbeitsmarkterhältnisse über das Prüfjahr hinaus bis in den vom Kläger geltend gemachten Leistungszeitraum hinein erstreckt hat.

Da die Entscheidung des LSG nicht auf einer Gesetzesverletzung beruht, ist die Revision des Klägers zurückzuweisen (§ 170 Abs 1 SGG).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG.

