

## L 9 AL 455/01

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG München (FSB)

Aktenzeichen  
S 35 AL 1136/98  
Datum  
29.10.2001

2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 9 AL 455/01

Datum  
28.11.2002

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 29.10.2001 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung streitig.

Der am 1966 geborene Kläger, ein somalischer Staatsangehöriger, reiste am 01.09.1992 in das Bundesgebiet ein und beantragte Asyl. Er erhielt zunächst Aufenthaltsgestattungen, später nach Rücknahme des Asylantrags ab 30.06.1994 zuletzt bis 10.11.2001 Duldungen, weil wegen des Bürgerkrieges in Somalia die Abschiebung nicht möglich war. Die am 28.01.1997 ausgestellte und verlängerte Duldung enthielt den Hinweis: "Arbeitsverpflichtige Erwerbstätigkeit nur gemäß gültiger Arbeitserlaubnis gestattet".

Am 02.12.1997 beantragte der damals in München wohnende Kläger bei der Beklagten die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für eine unbefristete Arbeit ab 03.12.1997 als Arbeiter bei der Firma F. E. (F. E.) im Flughafen München. Der Kläger sollte 20 Stunden wöchentlich Be- und Entladearbeiten verrichten gegen einen Stundenlohn von 18,19 DM. In einer am 12.01.1997 abgeschlossenen arbeitsmarktlichen Stellungnahme stellte das Arbeitsamt Freising u.a. fest, dass für die Stelle deutsche und andere bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung stünden. Der Arbeitgeberin seien bevorrechtigte Arbeitnehmer vorgeschlagen worden, von denen einer eingestellt worden sei. Nach Rücksprache mit der Arbeitgeberin vom 09.12.1997 habe diese kein Interesse mehr an der Einstellung des Klägers, weil die Stelle anderweitig besetzt sei.

Mit Bescheid vom 26.01.1998 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers ab unter Hinweis darauf, dass für die vom Kläger angestrebte Tätigkeit bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung stünden. Im Widerspruch machte der Kläger geltend, er habe zwar die Stelle als Lagerarbeiter zunächst ohne Arbeitserlaubnis angetreten, doch könne diesem Mangel abgeholfen werden. Das Unternehmen werde ihm die Arbeit geben, wenn er eine Arbeitserlaubnis bekomme. Er sei schon bei M. beschäftigt gewesen, habe aber dort zweimal schlechte Erfahrungen mit ausländischen Angestellten gemacht. Nach Gewährung von rechtlichem Gehör unter anderem zur Härteregelung teilte die Arbeitsvermittlung des Arbeitsamtes mit, dass die Arbeitgeberin zur Zeit kein aktuelles Stellenangebot laufen habe. Mit Widerspruchsbescheid vom 26.06.1998 wurde der Rechtsbehelf des Klägers zurückgewiesen. Eine besondere Härte liege nicht vor. Die Beklagte verwies ergänzend auf ihr Schreiben vom 24.03.1998 an den damaligen anwaltlichen Bevollmächtigten des Klägers.

Am 29.07.1998 erhob der Kläger beim Sozialgericht München Klage, mit der er weiter die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für eine Beschäftigung bei F. E. beantragte. Nach Ablehnung eines Antrags auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wies das Sozialgericht mit Gerichtsbescheid vom 29.10.2001 die Klage ab. In den Entscheidungsgründen führte es im Wesentlichen aus: Die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung nach § 5 Nr.4 Arbeitsgenehmigungsverordnung scheitere daran, dass die Erteilung im Ermessen der Beklagten stehe. Diese habe festgestellt, dass der Arbeitsmarkt einer Erteilung der Arbeitserlaubnis entgegenstehe. Die Stelle eines Lagerhelfers bei F. E. sei durch Vermittlung des Arbeitsamtes mit einem bevorrechtigten Arbeitnehmer besetzt worden. Ein weiteres Stellenangebot sei dem Arbeitsamt nicht unterbreitet worden. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer besonderen Härte seien weder vorgetragen noch ersichtlich. Die für den Kläger bestimmte Ausfertigung des Gerichtsbescheides wurde am 14.11.2001 als Einschreiben zur Post gegeben und am 16.11.2001 an den Kläger ausgeliefert.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die am 17.12.2001, einem Montag, eingelegte Berufung des Klägers, der zeitweise bis nach der

mündlichen Verhandlung in den Niederlanden lebte. Unter Vorlage einer Stellenbeschreibung der Arbeitgeberin macht der Kläger sinngemäß geltend, die Arbeitgeberin habe zweimal in den Lokalzeitungen annonciert, doch habe sich niemand gemeldet bzw. es sei die Arbeit wegen zu niedrigen Lohnes abgelehnt worden. Im Dezember 1997 habe für die Arbeitgeberin aktueller Handlungsbedarf bestanden, was durch den Zeugen S. von F. E. nachgewiesen werden könne. Im Arbeitsamt habe man ihm gesagt, da er Somalier sei, dürfe er nur als Spüler und Reiniger arbeiten. Er sei vom 11.01. bis 19.11.1995 als Ladearbeiter bei U. und vom 22.06. bis 17.07.1998 als Lagerarbeiter, nicht als Spüler, beschäftigt gewesen. Aus einer beigefügten Lohnabrechnung der Firma F. E. für den Abrechnungsmonat Dezember 1997 ergibt sich, dass der Kläger dort vom 20.11. bis 30.11.1997 gearbeitet hat.

Der Kläger beantragt sinngemäß, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 29.10. 2001 und den Bescheid der Beklagten vom 26.01.1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.06.1998 aufzuheben sowie die Beklagte zu verurteilen, ihm eine Arbeitsgenehmigung für die Beschäftigung als Lagerhelfer bei dem Unternehmen F. E. zu erteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie teilt mit, dass dem Kläger für seine Beschäftigung als Spüler vom 22.06. bis 17.07.1998 eine Arbeitsgenehmigung (bis 19.08.1998) erteilt worden sei.

Der vom Kläger mit Schriftsatz vom 12.08.2002 sinngemäß beauftragte Rechtsanwalt Z. hat das Mandat niedergelegt.

Mit Beschluss vom 28.11.2002 hat der Senat den am 25.11.2002 sinngemäß gestellten Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beordnung eines Rechtsanwalts abgelehnt.

Dem Senat haben bei seiner Entscheidung die Akten der Beklagten, die Akten des Ausländeramtes der Stadt München in abgelichteten Auszügen sowie die Gerichtsakten beider Rechtszüge vorgelegen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Insbesondere ist sein Rechtsmittel form- und fristgerecht eingelegt worden ([§ 151](#) des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -). Die Statthaftigkeit des Rechtsmittels ohne besondere Zulassung folgt aus [§ 144 Abs.1 SGG](#). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Arbeitsgenehmigung eine Sachleistung im Sinne des [§ 144 Abs.1 Satz 1 Nr.1 SGG](#) ist. Jedenfalls nämlich überstieg der Wert des Beschwerdegegenstandes die bei Einlegung der Berufung noch maßgebliche Grenze von 1.000,00 DM.

Das Rechtsmittel erweist sich jedoch als nicht begründet.

Auf die vorliegende Streitsache ist grundsätzlich das am 01.01. 1998 in Kraft getretene SGB III anzuwenden. Der Kläger hat zwar seinen Antrag auf Erteilung der Arbeitsgenehmigung bereits am 02.12.1997 gestellt. Doch enthalten die [§§ 425 ff.](#) SGB III (Sonderregelungen zur Einordnung des Arbeitsförderungsrechts in das SGB III) keine Vorschriften, welche für die Bestimmung des maßgeblichen intertemporalen Rechts bei Arbeitsgenehmigungen an den Zeitpunkt des Antrags anknüpfen. Vielmehr belässt [§ 432 SGB III](#) nur den vor dem 01.01.1998 bereits erteilten Arbeitslaubnissen ihre Gültigkeit. Dieses Ergebnis entspricht der allgemeinen Regel, wonach neues Recht grundsätzlich mit seinem In-Kraft-Treten an die Stelle des abgelösten Rechts tritt.

Der Kläger bedarf gemäß [§ 284 Abs.1 SGB III](#) zur Ausübung einer Beschäftigung einer Genehmigung des Arbeitsamtes. Weder ist ihm nämlich nach den Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften oder dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Freizügigkeit zu gewähren, noch besitzt er eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis oder -berechtigung oder kann sich auf zwischenstaatliche Vereinbarungen oder andere Regelungen berufen ([§ 284 Abs.1 Satz 2 Nr.1](#) bis [3 SGB III](#)). Insbesondere besteht keine Genehmigungsfreiheit nach den Sondertatbeständen von [§ 9 Nr.1 bis 17](#) der Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (ArGV) vom 17.09.1998, [BGBl.I S.2899](#), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 23.03.2002, [BGBl.I S.1130](#).

Der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung in Gestalt einer Arbeiterlaubnis oder -berechtigung nach den [§§ 285, 286 SGB III](#) steht jedoch schon [§ 284 Abs.5 SGB III](#) entgegen, welcher der früheren Regelung in [§ 5 Satz 1](#) der Arbeiterlaubnisverordnung (AEVO) vom 02.03.1971 entspricht. Danach darf die Genehmigung nur erteilt werden, wenn der Ausländer eine Aufenthaltsgenehmigung nach [§ 5](#) des Ausländergesetzes besitzt, soweit durch Rechtsverordnung nichts anderes bestimmt ist, und wenn die Ausübung einer Beschäftigung nicht durch eine ausländerrechtliche Auflage ausgeschlossen ist. Dem Kläger ist jedoch keine Aufenthaltsgenehmigung nach [§ 5](#) des Ausländergesetzes (Aufenthaltserteilung, Aufenthaltserlaubnis, Aufenthaltsberechtigung, Aufenthaltsbewilligung, Aufenthaltsbefugnis) erteilt worden, sondern nur eine Duldung nach den [§§ 55, 56](#) Ausländergesetz, mit der seine Abschiebung zeitweise ausgesetzt wurde. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Beklagte nicht abweichend von [§ 284 Abs.5 SGB III](#) eine Arbeitsgenehmigung gemäß [§ 5 Nr.5](#) ArGV (entsprechend der Vorgängerregelung in [§ 5 Satz 2 Nr.5](#) AEVO) erteilt hat. Diese Vorschrift bietet eine Ausnahmemöglichkeit für Ausländer, die eine Duldung nach [§ 55](#) des Ausländergesetzes besitzen. Doch stand der Beklagten ein Ermessensspielraum zu ("kann"). Der Senat kann ihre Entscheidung nur daraufhin überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen dieses Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist ([§ 54 Abs.2 Satz 2 SGG](#)).

Anhaltspunkte für das Vorliegen eines derartigen Ermessensfehlers liegen nicht vor. Insbesondere hat die Beklagte entsprechend [§ 285 SGB III](#) bevorrechtigte Arbeitnehmer vorrangig berücksichtigt (Widerspruchsbescheid in Verbindung mit ihrem Schreiben vom 24.03.1998). Das ist nicht zu beanstanden, weil sogar ausländische Arbeitnehmer, welche eine Aufenthaltsgenehmigung besitzen, gemäß [§ 285 Abs.1 Satz 1 Nr.2 SGB III](#) diesen Vorrang hinnehmen müssen. Es handelt sich dabei um ein grundlegendes Prinzip des SGB III, das im Vergleich zum Arbeitsförderungsrecht gestärkt werden sollte (vgl. Bieback in: Gagel, SGB III, [§ 285 Rdnr.22](#)) und daher der Ermessensausübung nach [§ 5 Nr.5](#) ArGV zu Grunde gelegt werden darf.

Dass die Arbeitgeberin eine Arbeitskraft benötigte, kann unterstellt werden; einer Beweisaufnahme hierzu bedarf es nicht.

In der vorliegenden Streitsache hat die Beklagte keinen statistischen Überhang an Arbeitssuchenden gegenüber offenen Stellen in der

maßgeblichen Berufsgruppe nachgewiesen (zum früheren Recht hierzu BSG SozR 4100 § 19 Nr.3 S.20; kritisch Bieback a.a.O. § 285 Rdnr.24). Sie hat vielmehr und weitergehend k o n k r e t der Arbeitgeberin bevorrechtigte Arbeitnehmer für die vom Kläger angestrebte Stelle als Lagerarbeiter angeboten, wovon auch einer eingestellt worden ist. Damit ist nachgewiesen, dass im Sinne des [§ 285 Abs.1 Satz 1 Nr.2 SGB III](#) bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung standen (zum umgekehrten Fall, in dem kein geeigneter bevorrechtigter Arbeitnehmer vermittelt werden kann vgl. Bieback a.a.O. § 285 Rdnr.29). Statistischer Darlegungen über einen Überhang bevorrechtigter Arbeitssuchender gegenüber offenen Stellen bedarf es somit nicht mehr. Die Beklagte hatte bei diesem Sachverhalt keine Veranlassung, dem Kläger unter Ausübung ihres Ermessens die begehrte Arbeitsgenehmigung zu erteilen. Einen weiteren Vermittlungsauftrag hat die Arbeitgeberin nicht erteilt und gegenüber der Beklagten kein Interesse an der Einstellung des Klägers bekundet. Daher gibt auch der Vortrag des Klägers keine Veranlassung für die Annahme, die Arbeitgeberin hätte einen weiteren Arbeitsplatz als Lagerarbeiter geschaffen, für den keine bevorrechtigten Arbeitnehmer zur Verfügung stünden (vgl. BSG SozR 4210 § 2 AEVO Nr.9 S.10).

Die Ablehnung der beantragten Arbeitserlaubnis bedeutet für den Kläger keine besondere Härte. Dieser Gesichtspunkt ist auch im Rahmen der Ermessensausübung nach § 5 Nr.5 ArGV zu prüfen, weil gemäß § 1 Abs.2 Satz 1 Nr.1 ArGV die Arbeitserlaubnis abweichend von [§ 285 Abs.1 Satz 1 Nr.1](#) und [2 SGB III](#) auch dann erteilt werden kann, wenn die Versagung unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles eine besondere Härte bedeuten würde. Hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer besonderen Härte liegen jedoch nicht vor und wurden vom Kläger auch nicht geltend gemacht. Etwas anderes folgt insbesondere nicht aus der Dauer des Aufenthaltes des Klägers im Inland vom 01.09.1992 an. Dabei sind vor allem die Wertungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, der in [§ 55 Abs.3](#) Asylverfahrensgesetz die Anrechnung von Aufenthaltszeiten mit einer Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens nur zulässt, wenn Asyl unanfechtbar anerkannt wurde (vgl. auch Bieback a.a.O. [§ 286 SGB III](#) Rdnr.18). Daher entfällt im vorliegenden Fall schon die Berücksichtigung der Zeiträume bis Mai 1994. Ferner lassen sich daraus, dass [§ 286 Abs.1 Nr.1](#) Buchstabe b SGB III bei sechsjährigem Aufenthalt eine Arbeitsberechtigung gewährt, keine für den Kläger positiven Rückschlüsse auf die anhängige Streitsache ziehen; denn diese Vergünstigung betrifft nur Personen mit Aufenthaltserlaubnis oder -befugnis. Demgegenüber hielt sich der Kläger nur geduldet im Bundesgebiet auf, hatte also einen wesentlich schwächeren aufenthaltsrechtlichen Status. Ferner ist bei der Frage, ob eine besondere Härte vorliegt, zu berücksichtigen, dass die Beklagte nach Lage des Arbeitsmarktes lediglich eine Arbeitsgenehmigung für die Tätigkeit als Lagerarbeiter bei F. E. versagt hat, nicht dagegen die Arbeitserlaubnis für andere Arbeiten. Folgt man dem Vortrag des Klägers im Berufungsverfahren, so kämen für ihn nach Ansicht der Beklagten Tätigkeiten als Spüler und Reiniger in Betracht; entsprechend hat die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag dem Kläger im Jahre 1998 eine Arbeitsgenehmigung für eine solche Beschäftigung erteilt. Weitere Gesichtspunkte, die für eine besondere Härte sprechen könnten, liegen nicht vor. Auf die politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlich-sozialen Verhältnisse im Heimatland des Klägers kann in diesem Zusammenhang nicht abgestellt werden; maßgeblich sind Verhältnisse oder Ereignisse im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit im Inland (vgl. BSG 27.01.1977 - [12 RA 50/76](#) S.6, 7).

Liegt damit eine besondere Härte nicht vor, konnte sich auch in der Zeit, in der die AEVO vom 02.03.1971, [BGBl.I S.152](#), noch galt, nämlich vor dem In-Kraft-Treten der ArGV vom 17.09.1998, [BGBl.I S.2899](#), am 25.09.1998, gemäß § 2 Abs.7 AEVO kein Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis mit Auswirkungen auf die Entscheidung des Senats ergeben. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Kläger seit dem 30.06.1994 bis zu seiner Antragstellung im Dezember 1997 oder auch bis zum In-Kraft-Treten der ArGV am 25.09.1998 sich nicht mehr als vier Jahre und drei Monate geduldet im Inland aufgehalten hat. Da demgegenüber § 2 Abs.1 Nr.6 AEVO für eine Arbeitserlaubnis in besonderen Fällen einen ununterbrochenen Aufenthalt im Inland von sechs Jahren einschließlich dem Vorliegen einer Aufenthaltserlaubnis oder -befugnis verlangt hat, besteht keine Veranlassung für die Annahme einer besonderen Härte nach der AEVO.

Nach alledem hat die Beklagte das ihr im Rahmen des § 5 Nr.5 ArGV zustehende Ermessen ohne Rechtsfehler ausgeübt.

Darauf, ob der Kläger zwischenzeitlich bis nach der mündlichen Verhandlung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in den Niederlanden hatte, kommt es nicht an. Lag ein Wohnsitz- oder Aufenthaltswechsel vor, so musste die Arbeitserlaubnis nach [§ 285 Abs.3 SGB III](#) abgelehnt werden. Die Verordnung über Ausnahmen vom Anwerbestopp (ASAV) vom 17.09.1998, [BGBl.I S.2893](#), enthält keine auf den Kläger anwendbare günstige Regelung.

Eine Arbeitsberechtigung nach [§ 286 SGB III](#) kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil der Kläger keine Aufenthaltserlaubnis oder -befugnis besitzt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-09-03