

L 10 AL 43/11 B ER

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Nürnberg (FSB)
Aktenzeichen
S 5 AL 654/10 ER
Datum
19.01.2011
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 10 AL 43/11 B ER
Datum
31.03.2011
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Arbeitserlaubnis-EU; freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige

Zum Begriff des "freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen" in § 12b ArGV (offen gelassen)

I. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Nürnberg vom 19.01.2011 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über die Erteilung einer befristeten Arbeitserlaubnis-EU nach [§ 284 Abs. 1 bis 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) i.V.m. § 12 b Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

Die 1957 geborene rumänische Antragstellerin (ASt) ist am 01.12.2009 zu ihrem Sohn (N) nach Deutschland verzogen. Sie ist im Besitz einer Bescheinigung über das gemeinschaftliche Aufenthaltsrecht nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU ([BGBl I 2004, 1950](#)). Nach ihren Angaben lebt N seit 01.04.2004 berechtigt in Deutschland, seit 08.02.2007 sei er im Besitz einer unbefristeten Arbeitserlaubnis für berufliche Tätigkeiten.

Am 25.01.2010 beantragte sie die Erteilung einer Arbeitsberechtigung-EU, da sie beabsichtige, ab 15.02.2010 unbefristet als Haushaltshilfe bei T. B. (B) in Teilzeit tätig zu sein. Mit Bescheid vom 18.02.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.04.2010 lehnte die Antragsgegnerin (Ag) die Bewilligung einer Arbeitsberechtigung-EU ab. Die Prüfung des Arbeitsmarktes habe ergeben, dass für die von der ASt beabsichtigte Beschäftigung deutsche und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer zur Verfügung stünden. Eine Ausnahme nach § 12 a oder § 12 b Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) sei im Falle der ASt nicht gegeben, da sie eine Verwandte in aufsteigender Linie zu ihrem Sohn sei. Die Versagung begründe auch keine besondere Härte nach § 1 Abs 2 Nr 1 ArGV. Eine dagegen gerichtete Klage beim Sozialgericht Nürnberg (SG) hat die ASt zurück genommen (S 1 AL 226/10). Ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist ohne Erfolg (Beschluss des Senats vom 21.07.2010 - [L 10 AL 154/10 B ER](#)) geblieben. Es fehle an einem Anordnungsgrund, da der Sohn N die Existenzsicherung der ASt gewährleiste.

Am 09.09.2010 beantragte die ASt eine Arbeitsgenehmigung-EU für eine vom 01.10.2010 bis 01.12.2011 befristete Tätigkeit als Haushaltshilfe im Umfang von 15 Stunden pro Woche bei B. Dieser gab dabei an, nicht bereit zu sein, bevorrechtigte Arbeitnehmer einzustellen. Er wolle die ASt ausschließlich aus humanitären Gründen beschäftigen. Trotz aller Integrationsbemühungen werde im Alltag deutlich, dass die Mittellosigkeit den Ausschluss vom gesellschaftlichen Leben begünstige. Eine andere Person würde er nicht unbeaufsichtigt in seiner Wohnung zu beschäftigen.

Mit Bescheid vom 01.10.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.11.2010 lehnte die Ag den Antrag ab. Der Arbeitgeber sei nicht zur Einstellung eines bevorrechtigten Arbeitnehmers bereit. Solche bevorrechtigten Arbeitnehmer könnten jedoch vorgeschlagen werden. Dem Besetzungswunsch allein durch die ASt könne mangels objektiv und sachlich gerechtfertigter Gründe nicht entsprochen werden, da die vorgebrachten Gründe im humanitären Bereich liegen würden.

Gleichzeitig mit der dagegen erhobenen Klage (S 5 AL 655/10) - das SG hat hierüber noch nicht entschieden - hat die ASt die vorläufige Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU im Wege einer einstweiligen Anordnung beantragt. § 12 b ArGV sehe eine eigenständige, von § 12 a ArGV unabhängige Definition des "Familienangehörigen" vor. Er sei auch bei Familienangehörigen in aufsteigender Linie anwendbar, wenn

diesem Familienangehörigen Unterhalt gewährt werde. Die Ast würde seit einem Jahr deutlich unter dem Existenzminimum leben, womit eine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben nahezu unmöglich sei. Wegen des engen Zusammenlebens mit N entstünden zunehmend Belastungen mit der Gefahr eines Zerwürfnisses.

Mit Beschluss vom 19.01.2011 hat das SG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Es sei weder ein Anordnungsanspruch noch ein Anordnungsgrund erkennbar. Ob die Voraussetzungen des § 12 b ArbGV vorliegen würden, könne dahinstehen, da die Ast nur eine unbefristete Arbeitsberechtigung-EU begehre. Die Vorschrift des § 12 a Abs 2 ArbGV sei dahingehend auszulegen, dass nur Verwandte absteigender Linie erfasst seien, was vorliegend aber nicht gegeben sei. Die Begründung des Arbeitgebers, die Ast nur aus humanitären Gründen einstellen zu wollen, führe mangels darin liegendem individuellen Geschäftsinteresses nicht dazu, dass arbeitsmarktpolitische Gründe nicht mehr maßgeblich seien. Im Übrigen fehle ein Anordnungsgrund, da die Ast von ihrem Sohn unterstützt würde und es ihm auch ohne weiteres möglich wäre, nach einer größeren Wohnung für sich und die Ast zu suchen. Hiergegen hat die Ast Beschwerde zum Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Es gehe um eine vom 01.10.2010 bis 01.12.2011 befristete Arbeitserlaubnis-EU gemäß § 12 b ArbGV. Dies habe das SG nicht gesehen. Bei der zwischen den Beteiligten s\X9350138sgEUREKALSgSchreibwerkspk10L 10 AL 154 10 B ER AL 154 10 B ER Beschluss 20100720142104.doctreitigen Frage der Anwendung des Familienprivilegs sei für den Begriff des Familienangehörigen nicht auf § 12 a Abs 2 Satz 2 ArbGV abzustellen, vielmehr handele es sich in

§ 12 b ArbGV um den Begriff des "freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen", wofür

§ 3 Abs 1 und 2 iVm § 2 Abs 2 Nr 6 Freizügigkeitsgesetz/EU maßgeblich sei; eine Begrenzung auf Verwandte Familienangehörige der absteigenden Linie sei nicht zulässig.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhaltes wird auf die beigezogene Akte der Ag sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Ast ist zulässig, [§§ 172, 173](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG), in der Sache jedoch unbegründet.

Die Ast hat im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes keinen Anspruch auf eine vorläufige Verpflichtung der Ag zur Erteilung einer befristeten Arbeitserlaubnis-EU für die beabsichtigte Aufnahme der Beschäftigung bei B.

Rechtsgrundlage für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis ist [§ 86b Abs 2 Satz 2 SGG](#).

Hiernach ist eine Regelung zulässig, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Ast ohne eine solche Anordnung schwere und unzumutbare, nicht anders abwendbare Nachteile entstehen, zu deren Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (so BVerfG vom 25.10.1998 [BVerfGE 79, 69](#) (74); vom 19.10.1997 [BVerfGE 46, 166](#) (179) und vom 22.11.2002 [NJW 2003, 1236](#); Niesel/Herold-Tews, Der Sozialgerichtsprozess, 5. Aufl. Rn. 652).

Die Regelungsanordnung setzt das Vorliegen eines Anordnungsgrundes - das ist in der Regel die Eilbedürftigkeit - und das Vorliegen eines Anordnungsanspruches - das ist der materiell-rechtliche Anspruch, auf den die Ast ihr Begehren stützt - voraus. Die Angaben hierzu hat die Ast glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs 2 Satz 2 und 4 SGG](#) iVm [§ 920 Abs 2](#), [§ 294](#) Zivilprozessordnung - ZPO -; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 9. Aufl, § 86b Rn. 41).

Zwischen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch besteht dabei eine Wechselbeziehung. An das Vorliegen des Anordnungsgrundes sind dann weniger strenge Anforderungen zu stellen, wenn bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage im vom BVerfG vorgegebenen Umfang (BVerfG vom 12.05.2005 [Breithaupt 2005, 803](#) = [NVwZ 2005, 927](#), NDV-RD 2005, 59) das Obsiegen in der Hauptsache sehr wahrscheinlich ist. Ist bzw. wäre eine in der Hauptsache erhobene Klage offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist wegen des fehlenden Anordnungsanspruches der Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.

Es erscheint offen, ob ein Anordnungsanspruch im Hinblick auf die Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU für das befristete Beschäftigungsverhältnis besteht.

Nach [§ 284 Abs 1 SGB III](#) dürfen Staatsangehörige der Staaten, die nach dem Vertrag vom 16.04.2003 über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union ([BGBl 2003 II 1408](#)) der Europäischen Union beigetreten sind, und deren freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie eine solche Genehmigung besitzen, soweit nach Maßgabe des EU-Beitrittsvertrages abweichende Regelungen als Übergangsregelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit Anwendung finden. Dies gilt für die Staatsangehörigen der Staaten entsprechend, die nach dem Vertrag vom 25.04.2005 über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union ([BGBl 2006 II 1146](#)) der Europäischen Union beigetreten sind. Nach [§ 284 Abs 2 SGB III](#) wird die Genehmigung befristet als Arbeitserlaubnis-EU erteilt, wenn nicht Anspruch auf eine unbefristete Erteilung als Arbeitsberechtigung-EU besteht. Die Arbeitserlaubnis-EU kann gemäß [§ 284 Abs 3 SGB III](#) nach Maßgabe des [§ 39 Abs 2 bis 4](#) und 6 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt werden. Voraussetzung ist insofern u.a., dass für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen ([§ 39 Abs 2 Satz 1](#) 1. HS Nr 1b AufenthG) und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird ([§ 39 Abs 2 Satz 1 2. HS AufenthG](#)).

Insofern dürften vorliegend bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, wie dies die Ag ermittelt hat. Im Übrigen hat B mitgeteilt, dass er gar nicht bereit wäre, entsprechende Personen zu beschäftigen. Auch der Verweis darauf, dass die Ast nur aus humanitären Gründen beschäftigt werden solle und insofern bevorrechtigte Arbeitnehmer nicht benachteiligt würden, weil B nur die Ast einstellen würde, ist nicht erheblich. Insofern würde es sich nicht um möglicherweise zu berücksichtigende geschäftliche Interessen des Arbeitgebers handeln,

sondern die Einstellung würde einzig und allein im Interesse der AST erfolgen.

Offen erscheint jedoch, ob ein Anspruch aus § 12 b ArGV gegeben ist. Nach § 12 b ArGV wird eine Arbeitserlaubnis-EU nach [§ 284 Abs 3 SGB III](#) Fachkräften mit einem Hochschulabschluss oder einer vergleichbaren Qualifikation für eine der beruflichen Qualifikation entsprechende Beschäftigung sowie ihren freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen ohne Prüfung nach [§ 39 Abs 2 Satz 1 Nr 1 AufenthG](#) erteilt.

Wie die Ag im Widerspruchsbescheid vom 09.11.2010 ausgeführt hat, hat N eine entsprechende Ausbildung und besitzt eine unbefristete Arbeitserlaubnis. Streitig ist alleine, ob die Ast insofern als "freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige" iSv § 12 b ArGV anzusehen ist. Die Ag stellt zur Begriffsbestimmung (entsprechend Ziffer 2.12b.113 ihrer Dienstanweisung zur Arbeitsgenehmigungsverordnung Gz: SP-III-32-5758.1 Stand 5/2010) auf § 12 a Abs 2 Satz 2 ArGV ab. Danach fallen unter den Begriff der Familienangehörigen nur Verwandte in absteigender Linie (offen gelassen im Beschluss des Senats vom 21.07.2010 - [L 10 AL 154/10 B ER](#)).

Allerdings dürfte fraglich sein, ob zu der genannten Begriffsbestimmung tatsächlich auf die Definition in § 12 a Abs 2 Satz 2 ArGV abgestellt werden darf. Die Einführung der Regelung des § 12 b ArGV erfolgte zeitlich nach dem § 12 a ArGV und ohne weiteren Zusammenhang durch Art 2 der Verordnung zur Änderung der Beschäftigungsverfahrensordnung und der Arbeitsgenehmigungsverordnung vom 10.11.2008 ([BGBl I 2210](#)) mit Wirkung zum 01.01.2009. Einerseits könnte insofern die in § 12 a Abs 2 Satz 2 ArGV bereits vorhandene Definition des Familienangehörigen vorausgesetzt worden sein und auch für die Anwendung des neuen § 12 b ArGV zugrunde gelegt worden sein. Die Verordnungsbegründung (http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/beschverfv_neu.pdf) enthält dazu keine Hinweise.

Demgegenüber wird der Begriff des "freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen" auch in § 3 Abs 2 iVm § 2 Abs 2 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) verwendet und näher bestimmt. Nach § 3 Abs 2 Nr 2 iVm § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU sind Familienangehörige u.a. Verwandte in aufsteigender Linie von Unionsbürgern, die sich als Arbeitnehmer aufhalten wollen, denen diese Personen Unterhalt gewähren. Dies träfe auf die AST zu, da ihr Sohn N sich als Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland aufhält und er der AST Unterhalt gewährt. In der Literatur (vgl Düe in Niesel/Brandt, SGB III, 5. Aufl, § 284 Rn 16; Bieback in Gagel, SGB III, § 284 Rn 27, Stand: Oktober 2005) wird zur Bestimmung des identischen Begriffs des "freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen" in [§ 284 Abs 1 SGB III](#) auf § 3 Abs 2 FreizügG/EU abgestellt, weshalb auch von daher eine entsprechende Begriffsauslegung in § 12 b ArGV naheliegen könnte.

Somit erscheint ein Obsiegen in der Hauptsache als offen. Sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen, kommt dem Anordnungsgrund entscheidende Bedeutung zu. Es ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich, bei der die Folgen bei Erlass einer einstweiligen Anordnung und für den Fall, dass eine einstweilige Anordnung unterbleibt, abzuwägen sind (vgl Keller, aaO, Rn 29a). Vorliegend fehlt es insofern an einem Anordnungsgrund. Dieser ist nicht hinreichend glaubhaft. Der Sohn trägt sowohl die Kosten der Unterkunft und Heizung der AST als auch deren täglichen Bedarf. Die Existenzsicherung der AST ist damit in jedem Fall gewährleistet. Schwere, unzumutbare Nachteile, die der AST ein Zuwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache unzumutbar machen könnten, sind nicht ersichtlich. Trotz des Hinweises des SG, dass auch der Vortrag bezüglich des Anordnungsgrundes im Rahmen des erneuten Antrages auf einstweiligen Rechtsschutz nicht ausreichend sind, hat die AST im Beschwerdeverfahren lediglich auf den Antrag beim SG verwiesen. Inwieweit eine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben oder die Gefahr eines Zerwürfnisses mit dem Sohn bestehen soll, kann anhand der bloßen Behauptung nicht nachvollzogen werden. Das SG hat darauf verwiesen, dass der Sohn auch eine größere Wohnung oder zwei Appartements anmieten könnte. Dem hat die AST nicht widersprochen. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren zu spät kommen würde. Die entsprechende Klage ist beim SG bereits anhängig und die Befristung des streitgegenständlichen Beschäftigungsverhältnisses gilt bis 01.12.2011. Selbst bei Ablauf der Befristung ist nicht zu befürchten, dass die AST die Stelle bei B nicht mehr bekommen kann, denn dieser hat ausdrücklich erklärt, nur die AST einzustellen. Somit ist es ausgeschlossen, dass die Arbeitsstelle von einem anderen Arbeitnehmer besetzt wird.

Die Beschwerde war damit zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#) und folgt aus dem Unterliegen der AST.

Der Beschluss ist nicht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2011-07-06