

## **B 7 AL 12/04 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG Frankfurt (HES)  
Aktenzeichen  
S 33 AL 1348/00

Datum  
21.06.2002  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 AL 974/02

Datum  
10.10.2003

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 12/04 R

Datum  
02.09.2004

Kategorie  
Urteil

Leitsätze

Der Widerspruch gegen ein Erwerbsverbot als Auflage zur Duldung (§ 56 Abs 3 S 3 AuslG 1990) hat aufschiebende Wirkung. So lange diese Wirkung andauert steht das Erwerbsverbot der Verfügbarkeit des Ausländers (als Voraussetzung für seinen Anspruch auf Arbeitslosengeld) nicht entgegen.

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 10. Oktober 2003 wird zurückgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten auch des Revisionsverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I

Mit der Revision wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von Arbeitslosengeld (Alg) während zweier Zeiträume (20. März bis 9. April sowie 9. Juni bis 16. Juli 2000), in denen dem Kläger nach einer mit Widerspruch angefochtenen ausländerbehördlichen Auflage zu seiner Duldung eine Beschäftigung untersagt war.

Der im Jahre 1964 geborene Kläger kam 1991 aus Jugoslawien nach Deutschland; seit 1994 besaß er eine unbefristete Arbeitserlaubnis. Ab Dezember 1991 war er in einer Gärtnerei beschäftigt. Mit Verfügung vom 10. November 1998 stellte der Landrat des M. -Kreises (Ausländerbehörde) die Ausreisepflicht fest und erteilte eine Duldung, die er am 15. November 1999 mit der Auflage "Berechtigt nicht zur Arbeitsaufnahme und zur Gewerbeausübung" versah; am selben Tag kündigte sein Arbeitgeber dem Kläger fristlos. Gegen die Auflage legte der Kläger Widerspruch ein; das Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt am Main ordnete mit Beschluss vom 7. Juli 2000 - Az: 1 G 2736/00 (3) - die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens an: Nachdem der Kläger einen kroatischen Pass beantragt habe, könne die Auflage ihren Zweck, die Ausreise des Klägers zu beschleunigen, nicht erfüllen.

Den Antrag auf Alg vom 15. November 1999 beschied die Beklagte positiv, hob die Bewilligung jedoch mit Bescheid vom 23. Dezember 1999 mit Wirkung ab 1. Dezember 1999 auf, nachdem sie von dem Verbot der Arbeitsaufnahme Kenntnis erlangt hatte. Dagegen legte der Kläger keinen Rechtsbehelf ein. Bereits zuvor (mit Bescheid vom 18. November 1999 und Widerspruchsbescheid vom 1. Dezember 1999) hatte die Beklagte dem Kläger mitgeteilt, dass seine Arbeitsgenehmigung erloschen und er zur Rückgabe verpflichtet sei. Mit Beschluss vom 13. März 2000 (Az: S 33 AL 434/00 - ER) ordnete das Sozialgericht (SG) Frankfurt am Main die aufschiebende Wirkung der dagegen erhobenen Klage (S 13 AL 4532/99) an. Das Hessische Landessozialgericht (LSG) verwarf die Beschwerde der Beklagten mit Beschluss vom 29. September 2000 als unzulässig ([§ 97 Abs 2 Satz 4](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)).

Am 20. März 2000 sprach der Kläger erneut beim Arbeitsamt (ArbA) vor, um sich arbeitslos zu melden. Seinen Antrag auf Zahlung von Alg lehnte die Beklagte jedoch ab (Bescheid vom 30. März 2000, Widerspruchsbescheid vom 7. April 2000), wogegen der Kläger Klage erhob. Am 10. April 2000 nahm er die Arbeit wieder auf, am 9. Juni 2000 wurde ihm jedoch erneut "wegen der Arbeitserlaubnisentziehung durch die Ausländerbehörde am 9. Juni 2000 und der unklaren Rechtslage Ihres Arbeitsverhältnisses" mit sofortiger Wirkung gekündigt. Eine erneute Vorsprache zur Arbeitslosmeldung vom selben Tage wurde von der Beklagten nicht berücksichtigt. Am 17. Juli 2000 erschien der Kläger ein weiteres Mal beim ArbA, um sich arbeitslos zu melden und legte den Beschluss des VG Frankfurt vom 7. Juli 2000 vor. Mit Bescheid vom 25. September 2000 bewilligte die Beklagte Alg für die Zeit ab 17. Juli 2000.

Das SG hat mit Urteil vom 21. Juni 2002 den Bescheid der Beklagten vom 30. März 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. April 2000 aufgehoben und den Bescheid vom 25. September 2000 abgeändert, soweit darin Alg erst ab 17. Juli 2000 bewilligt wird; es hat

die Beklagte verurteilt, für die Zeit vom 20. März bis 9. April und vom 9. Juni bis zum 16. Juli 2000 Alg in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Die Berufung der Beklagten hat das LSG mit Urteil vom 10. Oktober 2003 zurückgewiesen: Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg einschließlich der Verfügbarkeit des Klägers lägen vor. Der Kläger habe sich im Besitz der erforderlichen Arbeitsgenehmigung befunden (§ 284 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III), § 5 Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV)). Die Feststellung des Erlöschens dieser Genehmigung durch die Beklagte könne wegen des Beschlusses des SG vom 13. März 2000 nicht berücksichtigt werden. Daneben sei die Tatbestandswirkung der ausländerrechtlichen Auflage zur Duldung durch den Beschluss des VG vom 7. Juli 2000 mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes (15. November 1999) entfallen. Die Beklagte habe diese Entscheidung zu berücksichtigen, da die Ausländerbehörde in das Arbeitsgenehmigungsverfahren insofern eingeschaltet sei, als sie den Aufenthaltsstatus bestimme und ausländerrechtliche Auflagen festlege. Auch wenn die Beklagte vor dem 17. Juli 2000 tatsächlich keine Vermittlungsangebote habe unterbreiten können, erfordere die durch [Art 19 Abs 4 Grundgesetz \(GG\)](#) garantierte Effektivität des Rechtsschutzes, den Kläger rückwirkend als verfügbar anzusehen.

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten. Sie rügt eine Verletzung von [§ 117 Abs 1 Nr 1](#), [§ 118 Abs 1 Nr 2](#), [§ 119 Abs 1 Nr 2](#), [Abs 2 und Abs 3 Nr 1 SGB III](#) iVm [§ 284 Abs 1 Satz 1 und Abs 5 SGB III](#). Die ausländerrechtliche Auflage entfalte Tatbestandswirkung mit der Folge, dass der Kläger den Vermittlungsbemühungen der Beklagten in den fraglichen Zeiträumen faktisch nicht zur Verfügung gestanden habe. Ebenso wenig wie eine spätere Aufhebung der Auflage führe auch die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen nicht dazu, die Verfügbarkeit rückwirkend zu bejahen. Eine derartige Fiktion würde dem Charakter des Alg als Lohnersatzleistung widersprechen. Wegen des Vorrangs der Vermittlung vor der Gewährung von Leistungen bestehe ein Anspruch auf Alg erst ab dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte von allen wesentlichen Tatsachen einschließlich der Anordnung der aufschiebenden Wirkung Kenntnis erlangt habe. Auch ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch greife nicht ein.

Die Beklagte beantragt, die Urteile des Hessischen Landessozialgerichts vom 10. Oktober 2003 und des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 21. Juni 2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger verteidigt das Berufungsurteil und beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt ([§ 124 Abs 2 SGG](#)).

II

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

Wie von den Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht entschieden, hat der Kläger einen Anspruch auf Alg für die streitigen Zeiträume vom 20. März bis zum 9. April 2000 und vom 9. Juni bis zum 16. Juli 2000.

Gegenstand des Rechtsstreits ist sowohl der Bescheid der Beklagten vom 30. März 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. April 2000 als auch - in entsprechender Anwendung des [§ 96 Abs 1 SGG](#) - der Bescheid vom 25. September 2000, durch den dem Kläger Alg lediglich für die Zeit ab 17. Juli 2000 gewährt, also für den Zeitraum vom 9. Juni bis einschließlich 16. Juli 2000 abgelehnt wurde (s BSG 28. September 1999, [BSGE 84, 281](#), 285 = [SozR 3-2200 § 605 Nr 1](#)).

Während der streitigen Zeiträume hatte der Kläger Anspruch auf Alg, da er iS des [§ 117 Abs 1 Nr 1 SGB III](#) (idF des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997, [BGBl I, 594](#)) arbeitslos war. Nach [§ 118 Abs 1 SGB III](#) (idF des Ersten SGB III-Änderungsgesetzes - 1. SGB III-ÄndG - vom 16. Dezember 1997, [BGBl I, 2970](#)) ist arbeitslos ein Arbeitnehmer, der ua auch eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung sucht (Nr 2 aaO). Als Beschäftigungssuchender gilt nur, wer ua den Vermittlungsbemühungen des ArbA zur Verfügung steht ([§ 119 Abs 1 Nr 2 SGB III](#) idF des 1. SGB III-ÄndG). Verfügbar ist nach [§ 119 Abs 2 SGB III](#), wer ua arbeitsfähig ist. Arbeitsfähig ist ein Arbeitsloser nur dann, wenn er eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes aufnehmen und ausüben "kann und darf" ([§ 119 Abs 3 Nr 1 SGB III](#)).

Diese Voraussetzungen lagen beim Kläger vor. Insbesondere "durfte" er in den genannten Zeiträumen eine Beschäftigung ausüben.

Dem stand die Auflage, mit der die Ausländerbehörde die Duldung gemäß § 56 Abs 3 Satz 2 und 3 Ausländergesetz (AuslG; hier idF des AuslG 1990 vom 9. Juli 1990, [BGBl I 1354](#)) versehen hatte, nicht entgegen. Abs 3 aaO bestimmt: "Die Duldung ist räumlich auf das Gebiet des Landes beschränkt. Weitere Bedingungen und Auflagen können angeordnet werden. Insbesondere können das Verbot oder Beschränkungen der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit angeordnet werden."

Nach der genannten Auflage war dem Kläger zwar die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, insbesondere auch die Ausübung einer abhängigen Beschäftigung ("Arbeitsaufnahme") verboten. Er war jedoch bereits in der Zeit vor dem 17. Juli 2000 (der Tag, an dem der Beklagten der Beschluss des VG Frankfurt am Main vom 7. Juli 2000 bekannt geworden war) so zu stellen, als bestehe die Auflage nicht. Denn er hatte diese mit dem Widerspruch angefochten; diesem kam - entgegen der Rechtsmeinung sowohl des LSG als auch des VG - eine aufschiebende Wirkung ([§ 80 Abs 1 Satz 1 VwGO](#)) zu. Damit aber bestand für alle Behörden und Gerichte ein Verbot, Folgerungen aus dem angefochtenen Verwaltungsakt zu ziehen (s Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl 2003, § 80 RdNr 26 mwN).

Anders als vom LSG und vom VG angenommen, greift bei einem Widerspruch gegen ein Erwerbsverbot nach § 56 Abs 3 Satz 3 AuslG die Ausnahmevorschrift des [§ 80 Abs 2 Satz 2 VwGO](#) nicht ein; hiernach können die Länder bestimmen, dass Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben, soweit sie sich gegen Maßnahmen richten, die durch die Länder nach Bundesrecht getroffen werden. Von dieser Befugnis hat, wovon das LSG ausgeht, das Land Hessen Gebrauch gemacht: Nach § 16 Satz 1 Hessisches Gesetz zur Ausführung der VwGO (idF der Bekanntmachung vom 27. Oktober 1997, HessGVBl I 381) haben Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung keine aufschiebende Wirkung. Diese Vorschrift trifft den vorliegenden Fall jedoch bereits deshalb nicht, weil ein Erwerbsverbot als Auflage zu einer Duldung in diesem Sinne keine Maßnahme "in der Verwaltungsvollstreckung" ist.

Der Senat folgt insoweit der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg (Beschluss vom 6. April 2000, Az [10 S 2583/99](#)), des Bayerischen VGH (Beschluss vom 9. September 1999, [BayVBl 2000, 154](#) f) und des OVG Berlin (NVwZ 1998, Beilage Nr 8, 82; aA: OVG Münster NVwZ 2004, Beilage Nr I 3, 18; Hessischer VGH HessVGRspr 2002, 57). Danach erfasst der landesgesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage gegen Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung nach Bundesrecht nicht das einer ausländerrechtlichen Duldung beigefügte Verbot der Erwerbstätigkeit. Die landesrechtlichen Regelungen beziehen sich auf Maßnahmen in einem sogenannten gestreckten Vollstreckungsverfahren, dem ein die materiell-rechtliche Verpflichtung konkretisierender Grundverwaltungsakt vorausgeht (vgl Schoch in Schoch/ Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 RdNr 136 I). Ein derartiger Grundverwaltungsakt ist der hier streitigen Auflage nicht vorausgegangen. Das Verbot einer Erwerbstätigkeit ist vielmehr selbst ein der Vollstreckung fähiger bundesrechtlicher Grundverwaltungsakt und kein gesetzliches Zwangsmittel zur Vollstreckung einer materiell-rechtlichen Einzelfallregelung (so: VGH Baden-Württemberg aaO).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem AuslG. Nach § 14 Abs 3 AuslG kann die genannte Auflage schon vor der Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung angeordnet werden. Sie kann ferner gemäß § 14 Abs 2 Satz 1 und 2 AuslG der Aufenthaltsgenehmigung - auch nachträglich - beigefügt werden. Sie hat insoweit keinerlei erkennbaren vollstreckungsrechtlichen Charakter. Auch soweit nach § 56 Abs 3 Satz 2 und 3 AuslG gegenüber einem geduldeten Ausländer das Verbot oder Beschränkungen der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit angeordnet werden können, handelt es sich nicht um Maßnahmen der Länder, die "in der Verwaltungsvollstreckung nach Bundesrecht" getroffen werden. Die Duldung selbst erschöpft sich in der zeitweisen Aussetzung der Abschiebung eines ausreisepflichtigen Ausländers (§ 55 Abs 1 AuslG). Sie ist eine förmliche Reaktion der Ausländerbehörde auf das Vorliegen von Vollstreckungshindernissen (§ 55 Abs 2 AuslG); mit ihr wird die rechtliche Situation eines Ausländers klargelegt, dessen gesetzliche Ausreisepflicht nicht im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden kann (BVerwG [NVwZ 1998, 297](#) f). Ob die Ablehnung einer ausländerrechtlichen Duldung, ihr Widerruf oder ihre Rücknahme Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung sind, ist umstritten, bedarf hier aber keiner Entscheidung (vgl Hailbronner, AuslR, Stand Oktober 1997, § 56 RdNr 19; Funke-Kaiser in GK-AuslR, Stand Januar 2000, § 56 RdNr 52). Denn jedenfalls weist das der Duldung beigefügte Verbot einer Erwerbstätigkeit keinen rechtserheblichen Bezug zum Vollstreckungsverfahren auf. Dieses Verbot ist eine selbständig anfechtbare Auflage, deren Bestand nach § 44 Abs 6 AuslG nicht von der Duldung abhängt. Auch wird mit dieser Auflage nicht der Zweck verfolgt, den behördlichen Vollzug der Ausreisepflicht zu fördern; dieser Vollzug ist mit der Duldung zeitweise ausgesetzt worden. Vielmehr soll lediglich einer tatsächlichen Verfestigung des Aufenthalts durch eine Teilnahme am Erwerbsleben entgegengewirkt werden (vgl VGH Baden-Württemberg, aaO).

Nach alledem trat die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Klägers gegen das ausländerrechtliche Erwerbsverbot nicht erst durch seine Anordnung im Beschluss des VG Frankfurt am Main vom 7. Juli 2000 ein; diese bestand vielmehr jedenfalls bereits ab Beginn des ersten hier streitigen Zeitraums am 20. März 2000.

Gleichermaßen stand einer Beschäftigung des Klägers in den genannten Zeiträumen nicht entgegen der Bescheid vom 18. November 1999 (in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 1. Dezember 1999), in welchem die Beklagte dem Kläger mitgeteilt hatte, dass seine Arbeitsgenehmigung erloschen und er zur Rückgabe verpflichtet sei. Auch in dieser Hinsicht war der Kläger so zu behandeln, als bestehe die Arbeitsgenehmigung fort. Denn mit Beschluss vom 13. März 2000 (Az: S 33 AL 434/00 - ER) hatte das Sozialgericht (SG) Frankfurt am Main seinerseits die aufschiebende Wirkung der dagegen erhobenen Klage (S 13 AL 4532/99) angeordnet.

Unerheblich ist, ob - insoweit fehlen Feststellungen des LSG - die Klagen gegen das Erwerbsverbot vor dem VG und gegen den Bescheid über das Erlöschen der Arbeitsgenehmigung vor dem SG schließlich Erfolg hatten oder nicht. Denn zwar entfällt - rückwirkend - die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs (BVerwG 25. November 1982, Buchholz 235 § 12 BBesG Nr 2 S 2 mwN; s auch BSG 23. Juli 1986, SozR 2200 § 1232 Nr 22 S 63; BSG 28. Januar 1998, [SozR 3-1500 § 97 Nr 3](#) S 7), wenn dieser - und sei es erst im Instanzenzug - keinen Erfolg hat. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dann ein, wie hier, auf der Grundlage der aufschiebenden Wirkung gewährtes Alg rückabgewickelt werden müsste. Für die Prüfung der Verfügbarkeit als Voraussetzung des Anspruchs auf Alg kommt es nur auf die fehlende tatsächliche Vollziehbarkeit der Auflage und das Vorhandensein der Arbeitsgenehmigung im Zeitpunkt der Beschäftigungssuche an, nicht jedoch auf rückwirkend eintretende Rechtsfolgen. Denn weder kann die Verfügbarkeit rückwirkend entfallen noch kann sie rückwirkend hergestellt werden.

Die Verfügbarkeit ([§ 119 Abs 1 Nr 2](#) iVm Abs 2 und 3 SGB III) muss vielmehr für jeden Tag erfüllt sein, für den der Arbeitslose Leistungen beansprucht (Senatsurteil vom 29. November 1989, SozR 4100 § 103 Nr 46 S 127 mwN). Der Arbeitslose muss objektiv in der Lage sein, einem Angebot zur Aufnahme einer zumutbaren Beschäftigung aktuell nachzukommen, denn die Vermittlung in Ausbildung und Arbeit hat Vorrang vor den Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts bei Arbeitslosigkeit ([§ 4 Abs 1 SGB III](#) bzw früher § 5 Arbeitsförderungs-gesetz (AFG)). Diese Grundsätze, die das Bundessozialgericht (BSG) zur Rechtslage nach § 103 AFG festgestellt hat (vgl Senatsurteile vom 15. Mai 1985, [BSGE 58, 104](#), 105 f = SozR 4100 § 103 Nr 36 zum Wohnortwechsel; vom 29. September 1987, [BSGE 62, 166](#), 170 = [SozR 4100 § 103 Nr 39](#) zur Verfügbarkeit eines Studenten; vom 29. November 1989, SozR 4100 § 103 Nr 46 S 127 zur Verfügbarkeit bei Bildungsmaßnahmen; ferner BSG 3. März 1993, [SozR 3-4100 § 103 Nr 9](#) S 46 f zur Ortsabwesenheit; insbesondere auch BSG 15. September 1994 - [11 RA-R 9/94](#), DBIR Nr 4161 zu § 103 AFG zur nachträglichen Feststellung des Vertriebenenstatus und zum Wegfall der ausländerrechtlichen Aufenthaltsbeschränkung), gelten auch zum SGB III fort; insoweit ist keine inhaltliche Änderung erfolgt. Angesichts der zu seinen Gunsten bestehenden aufschiebenden Wirkung sowohl hinsichtlich des Erwerbsverbots wie auch der Arbeitsgenehmigung war der Kläger damit verfügbar.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft  
Aus  
Login  
BRD  
Saved  
2004-11-25