
Datum: 13.06.2002
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 1. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 1 AL 3/02
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2002:0613.L1AL3.02.00

Vorinstanz: Sozialgericht Düsseldorf, S 3 AL 163/00
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 7 AL 226/02 B
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 22. November 2001 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Der Rechtsstreit betrifft die Weitergewährung von Arbeitslosenhilfe über den 25.10.2000 hinaus. 2
- Der 1966 geborene Kläger ist guineischer Staatsangehöriger. Er reiste 1992 in die Bundesrepublik Deutschland ein und stellte einen Antrag auf politisches Asyl, dessen Ablehnung seit 1996 rechtskräftig ist. Auch ein Asylfolgeantrag blieb ohne Erfolg. In der Zeit vom 01.04. bis 10.11.1997 war der Aufenthalt des Klägers unbekannt. Vom 11.11.1997 bis 14.01.1998 befand er sich in Abschiebehaft. Seit dem 16.01.1998 duldet der Landrat des Kreises V ... den Aufenthalt des Klägers. Die Duldung ist auf den Landkreis V ... beschränkt. 3
- Der Kläger verfügt nach seinen eigenen Angaben über einen dem Abitur vergleichbaren Schulabschluss, der in Deutschland nicht anerkannt ist. Er arbeitete - jeweils erlaubt - vom 01.10.1992 bis 31.03.1993 als Etagehilfe in einem Hotel, vom 13.04.1993 bis 31.05.1994 als Malergehilfe, vom 13.06. bis 19.08.1995 als Reifenmonteur und vom 15.02. bis 02.12.1996 als Lagerarbeiter. Das zuletzt genannte Arbeitsverhältnis endete, weil die Beklagte die auf 4

diese Tätigkeit beschränkte Arbeitserlaubnis nicht verlängerte.

Vom 03.12.1996 bis 31.03.1997 bezog der Kläger Arbeitslosengeld. Nach der Entlassung aus der Abschiebehaft meldete er sich am 19.01.1998 erneut arbeitslos und beantragte die Wiederbewilligung dieser Leistung. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, der Kläger stehe der Arbeitsvermittlung nicht mehr zur Verfügung, weil sich in dem mehr als einjährigen Zeitraum vom 03.12.1996 bis 18.01.1998 gezeigt habe, dass ihm keine von den Verhältnissen des Arbeitsmarkts abhängige Arbeitserlaubnis erteilt werden könne und der Arbeitsmarkt deshalb für ihn verschlossen sei. In dem Vorprozess SG Düsseldorf S 7 AL 98/98 trat die Beklagte der Auffassung der Kammervorsitzenden bei, dass die vom Bundessozialgericht für die Feststellung der Verschlossenheit des Arbeitsmarkts vorausgesetzte einjährige Prüffrist noch nicht abgelaufen sei, weil der Kläger der Arbeitsvermittlung vom 01.04.1997 bis 18.01.1998 aus anderen Gründen - nämlich wegen des unbekannten Aufenthalts und der anschließenden Abschiebehaft - nicht zur Verfügung gestanden habe. Der Kläger erhielt daraufhin vom 19.01. bis 22.03.1998 Arbeitslosengeld und nach der Erschöpfung dieses Anspruchs vom 23.03. bis 21.09.1998 Arbeitslosenhilfe. Die Weitergewährung der Arbeitslosenhilfe über den 21.09.1998 hinaus lehnte die Beklagte zunächst erneut mit der Begründung ab, der Arbeitsmarkt sei für den Kläger verschlossen. Im Widerspruchsverfahren stellte die Beklagte fest, dass das Bewerberangebot des Klägers trotz seines Erfolgs im Vorprozess noch nicht wieder in den automatischen Datenabgleich mit freien Stellenangeboten eingegeben worden war. Sie "reaktivierte" daraufhin am 26.10.1999 das Bewerberangebot und bewilligte dem Kläger Arbeitslosenhilfe auch über den 21.09.1998 hinaus, zuletzt mit Bescheid vom 01.03.2000 für den Bewilligungsabschnitt vom 23.03.2000 bis 22.03.2001. 5

Mit Bescheid vom 23.10.2000 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 16.11.2000 hob die Beklagte die Bewilligung der Arbeitslosenhilfe ab 26.10.2000 auf. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger stehe dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung. Er sei weder im Besitz einer gültigen Arbeitsgenehmigung noch habe er einen Anspruch auf Erteilung einer von der Arbeitsmarktlage unabhängigen Arbeitsberechtigung. Der deutsche Arbeitsmarkt sei ihm verschlossen, weil er nicht innerhalb eines Jahres seit der "Reaktivierung" seines Bewerberangebots am 26.10.1999 habe vermittelt werden können. Deutsche und ihnen gleichgestellte ausländische Arbeitnehmer seien bei der Stellenvermittlung bevorrechtigt. Eine überbezirkliche Vermittlung sei nicht in Betracht gekommen, weil auch in anderen Bezirken Vermittlungsmöglichkeiten für den Kläger nicht bestanden hätten. Die Bewilligung der Arbeitslosenhilfe sei daher nach § 48 Abs. 1 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB X) mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. 6

Zur Begründung seiner am 07.12.2000 erhobenen Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten, die rechtliche Konstruktion der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes sei gesetzes- und verfassungswidrig. 7

Er hat beantragt, 8

den Bescheid der Beklagten vom 23.10.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.11.2000 aufzuheben. 9

Die Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

12

Das Sozialgericht hat Beweis erhoben durch die Vernehmung des für den Kläger zuständigen Arbeitsvermittlers S ... Dessen Aussage ergibt sich aus der Sitzungsniederschrift vom 22.11.2001, auf die verwiesen wird.	
Durch Urteil vom 22.11.2001 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.	13
Gegen das ihm am 30.11.2001 zugestellte Urteil hat der Kläger am Montag, dem 31.12.2001 Berufung eingelegt. Er räumt ein, zur Zeit "nahezu keine Chance" zu haben, eine Stelle zu finden, für die ihm eine Arbeitsgenehmigung erteilt werden könne. Obwohl dies schon seit seiner Arbeitslosmeldung so sei, habe er Arbeitslosengeld und zunächst auch Arbeitslosenhilfe erhalten. Wenn die Beklagte ihm jetzt trotz unveränderter Sach- und Rechtslage vorhalte, der deutsche Arbeitsmarkt sei ihm verschlossen, stelle dies eine willkürliche Feststellung dar, für die es keine Rechtsgrundlage gebe. Das "Werkzeug der Verschlossenheit" sei ein "selbstgestricktes Produkt einer übermütig gewordenen Sozialrechtsprechung, die jeden Einfall der obersten Instanz mitmacht".	14
Der Kläger beantragt,	15
das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 22.11.2001 zu ändern und die Bescheide der Beklagten vom 23.10.2000 und 16.11.2000 aufzuheben.	16
Die Beklagte beantragt,	17
die Berufung zurückzuweisen.	18
Sie hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend.	19
Der Senat hat den Zeugen S ... ergänzend vernommen. Dessen weitere Aussage ergibt sich aus der Sitzungsniederschrift vom 13.06.2002, auf die Bezug genommen wird.	20
Zur weiteren Sachverhaltsdarstellung und bezüglich des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die Prozessakte und die Leistungsakte der Beklagten Bezug genommen. Der Inhalt dieser Akten war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	21
Entscheidungsgründe:	22
Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Die Beklagte hat die Bewilligung der Arbeitslosenhilfe zu Recht aufgehoben, denn die Voraussetzungen für deren Zahlung waren ab 26.10.2000 nicht mehr erfüllt.	23
Der Kläger steht seit diesem Zeitpunkt nicht mehr - wie von den §§ 190 Abs. 1 Nr. 1, 198 Satz 2 Nr. 1, 118 Abs. 1 Nr. 2 und 119 Abs. 1 Nr. 2 des Dritten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB III) vorausgesetzt - den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung. Die Verfügbarkeit ist nach § 119 Abs. 2 und 3 Nr. 1 SGB III (u.a.) nur dann gegeben, wenn der Arbeitslose eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkts aufnehmen und ausüben kann und darf. Ausländische Arbeitnehmer dürfen eine Beschäftigung grundsätzlich nur mit Genehmigung des Arbeitsamtes ausüben (§ 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Der aus Guinea stammende Kläger, der weder über eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis noch über eine Aufenthaltsberechtigung verfügt und sich auch nicht auf zwischenstaatliche Vereinbarungen stützen kann, bedarf einer solchen Genehmigung, die er seit Dezember 1996 nicht mehr besitzt. Um verfügbar zu sein,	24

muss er erwarten können, dass ihm eine Arbeitsgenehmigung erteilt wird, wenn sich eine Beschäftigungsmöglichkeit ergibt (BSG SozR 3-4100 § 103 Nr. 1). Diese Erwartung ist nach den Feststellungen des Senats hier nicht mehr gerechtfertigt.

Die Voraussetzungen, unter denen unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts eine Arbeitsberechtigung (§ 286 SGB III) zu erteilen ist, erfüllt der Kläger nicht. Er besitzt weder eine Aufenthaltserlaubnis noch eine Aufenthaltsbefugnis und hat im Bundesgebiet auch erst zwei Jahre und acht Monate - also noch keine fünf Jahre - gearbeitet. Auch die Tatbestände des § 2 der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) sind nicht gegeben. Der Kläger ist insbesondere kein Familienangehöriger einer bzw. eines Deutschen, nicht als Asylberechtigter anerkannt und kein sog. Kontingentflüchtling. Die Versagung der Arbeitsgenehmigung würde unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Falles auch keine Härte (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 ArGV) bedeuten. Wirtschaftliche Gesichtspunkte sowie die durch die Versagung der Arbeitsgenehmigung bedingte Verhinderung der Begründung einer Existenzgrundlage erfüllen diesen Tatbestand nicht, denn dabei handelt es sich um allgemein gültige Verhältnisse, die für jeden ausländischen Arbeitnehmer, der einer Arbeitsgenehmigung bedarf, eine vergleichbare Belastung darstellen (BSG SozR 4100 § 19 Nr. 6). Die fehlenden Erwerbsmöglichkeiten wirken sich auch nicht in besonderer Weise auf die familiären Verhältnisse des Klägers aus, denn er ist ledig und kinderlos.

25

Wegen des Vorrangs deutscher Arbeitnehmer und ausländischer Arbeitnehmer, die Deutschen gleichgestellt sind oder aufgrund gültiger Arbeitserlaubnisse beschäftigt werden dürfen, kann der Kläger auch nicht mit einer Arbeitserlaubnis nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts (§ 285 SGB III) für Beschäftigungen rechnen, die für ihn im Rahmen seiner Duldung sowie nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten in Betracht kommen. Dies führt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. SozR 4100 § 119 Nrn. 2 und 6 sowie § 103 Nrn. 10, 14, 22 und 37; SozR 1300 § 48 Nr. 28; SozR 3-4100 Nrn. 1 und 3; zuletzt Urteil vom 26.03.1998, B 11 AL 75/97 R) für den Ausländer zur sog. Verschlossenheit des Arbeitsmarkts und damit zum Wegfall seiner Verfügbarkeit, wenn nach mindestens einjährigen erfolglosen Vermittlungsbemühungen auf dem für den Ausländer in Betracht kommenden Arbeitsmarkt der Schluss gerechtfertigt ist, dass es keine offenen Stellen gibt, in die er unter Berücksichtigung des Vorrangs deutscher Arbeitnehmer und ausländischer Arbeitnehmer, die Deutschen gleichgestellt sind oder aufgrund gültiger Arbeitserlaubnisse beschäftigt werden dürfen, vermittelt werden kann.

26

Dies ist nach den Feststellungen des Senats hier der Fall. Das Bewerberangebot des Klägers ist am 26.10.1999 "reaktiviert", d.h. in die EDV-gestützte Kartei des Zeugen S ... wieder aufgenommen worden (vgl. den EDV-Ausdruck Bl. 175 der Leistungsakte der Beklagten). Die Bemühungen des Zeugen, dem Kläger eine Arbeitsstelle zu vermitteln, sind bis zur Aufhebung der Bewilligung der Arbeitslosenhilfe am 26.10.2000 erfolglos geblieben. Dass er sich dabei auf Helfertätigkeiten im gewerblichen Bereich konzentriert hat, ist sachgerecht, denn der guineische Schulabschluss des Klägers wird hier nicht anerkannt, und der Kläger hat keine Berufsausbildung absolviert. Soweit er in der Bundesrepublik Deutschland versicherungspflichtig beschäftigt war, hat er ausschließlich Helfertätigkeiten verrichtet. Unerheblich ist, dass dem Kläger in der Zeit vom 26.10.1999 bis 25.10.2000 keine Stellen (erfolglos) angeboten worden sind. Ausreichend sind nämlich "gedankliche Operationen" des Arbeitsvermittlers, d.h. es muss bei jeder für den nicht bevorrechtigten Ausländer in Betracht kommenden Stelle geprüft werden, ob sie trotz seines Nachrangs durch ihn besetzt und hierfür nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts eine Arbeitserlaubnis erteilt werden könnte. Verneint der Arbeitsvermittler dies und bietet er deshalb die fragliche Stelle dem ausländischen Arbeitslosen erst gar nicht an, liegt ein erfolgloser Vermittlungsversuch vor

27

(BSG SozR 4100 § 119 Nr. 6 sowie § 103 Nr. 22). Diesen Anforderungen hat der Zeuge S ... genügt. Er hat glaubhaft versichert, dass das von ihm benutzte EDV-Programm das darin eingegebene Bewerberangebot des Klägers bei jedem geeigneten Stellenangebot automatisch in die Gegenüberstellung einbezogen hat und der Kläger deshalb stets in seine - des Zeugen - Überlegungen aufgenommen war. Dem Kläger sind die in Frage kommenden Stellenangebote nur deshalb nicht unterbreitet worden, weil in allen Fällen eine Vielzahl bevorzogter Arbeitsloser zur Verfügung stand. Letzteres wird durch die vom Zeugen vorgelegten Arbeitsmarktzahlen belegt. So waren in dem für den Kläger maßgeblichen Arbeitsamtsbezirk Krefeld im Oktober 1999 94 offene Stellen für Lager- und Versandarbeiter gemeldet. Dem standen 2001 geeignete Bewerberangebote gegenüber, die nach der Aussage des Zeugen überwiegend von bevorzogenen Arbeitslosen stammten. Dieses Zahlenverhältnis hat sich bis Oktober 2000 (78:1780) nicht wesentlich geändert und stellte sich auch in den benachbarten Arbeitsamtsbezirken nicht grundlegend anders dar (Arbeitsamtsbezirk Duisburg im Oktober 1999 53:2313 und im Oktober 2000 87:2403; Arbeitsamtsbezirk Mönchengladbach im Oktober 1999 114:2119 und im Oktober 2000 144:1980; Arbeitsamtsbezirk Wesel im Oktober 1999 123:1781 und im Oktober 2000 160:1784).

Darüber hinausgehende überörtliche Vermittlungsmöglichkeiten musste der Zeuge S ... nicht ausschöpfen, weil der Kläger durch eine ausländerrechtliche Auflage regional gebunden war (BSG SozR 3-4100 § 103 Nr. 3). Sie wären nach der überzeugenden Darstellung des Zeugen auch aussichtslos gewesen, weil sich - wie allgemein bekannt ist - gerade der Arbeitsmarkt für Ungelernte seit Jahren besonders ungünstig entwickelt. Auch Weiterbildungsmaßnahmen hätten die Vermittlungsaussichten des Klägers nach der Einschätzung des sachverständigen Zeugen nicht wesentlich erhöht. Der Senat kann dies im Hinblick darauf nachvollziehen, dass der Kläger bislang noch überhaupt keine praktische Ausbildung erfahren und nur jeweils für kurze Zeit ungelernte Tätigkeiten in verschiedenen Branchen verrichtet hat sowie seit Jahren über kein gesichertes Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland verfügt. Zudem werden auch bevorzogene Arbeitslose in erheblichem Umfang fortgebildet. 28

Da nach der durch das genannte Zahlenmaterial gesicherten Prognose des sachverständigen Zeugen auch nach Ablauf des Prüffjahres keine deutliche Verbesserung der Arbeitsmarktlage für Helfer im gewerblichen Bereich zu erwarten war, geht die Beklagte zu Recht davon aus, dass der dem Kläger nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten zugängliche Arbeitsmarkt seit dem 26.10.2000 verschlossen ist. Der Kläger selbst räumt in seiner Berufungsschrift vom 29.12.2001 ein, dass er auf dem Arbeitsmarkt derzeit nahezu keine Chance habe, eine Stelle zu finden, für die ihm eine Arbeitserlaubnis erteilt werden könnte. Die Beklagte musste daher die Bewilligung der Arbeitslosenhilfe nach § 48 Abs. 1 SGB X für die Zukunft aufheben. Die von dieser Vorschrift vorausgesetzte wesentliche Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die beim Erlass des Bewilligungsbescheides vorgelegen haben, ergibt sich daraus, dass die Verschlossenheit des Arbeitsmarkts ein echtes (negatives) Tatbestandsmerkmal darstellt, das nach den vom Bundessozialgericht aufgestellten Grundsätzen nicht schon bei der Bewilligung der Leistung, sondern frühestens nach Ablauf des Prüffjahres (erstmal) festgestellt werden kann (BSG SozR 1300 § 48 Nr. 28). Die Verletzung der Pflicht zur Anhörung des Klägers durch die Beklagte (§ 24 SGB X) ist spätestens durch den Schriftwechsel und die mündlichen Verhandlungen im sozialgerichtlichen Verfahren nachgeholt worden und deshalb nach § 41 Abs. 2 SGB X in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.01.2001 (BGBl. I S. 130) unbeachtlich. 29

Die vom Bevollmächtigten des Klägers nachdrücklich in Frage gestellte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, die in Kenntnis der Kritik eines Teils der Literatur (vgl. 30

zusammenfassend Hambüchen in Weiss/Gagel, Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts, § 6 E Rdn. 303 ff.) wiederholt bestätigt und fortentwickelt worden ist (zuletzt im Urteil vom 26.03.1998, B 11 AL 75/97 R), unterliegt nach der Überzeugung des Senats keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sie trägt vielmehr dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal der Verfügbarkeit für arbeitslose Ausländer ohne Anspruch auf eine von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts unabhängige Arbeitsgenehmigung Rechnung und steht auch im Einklang mit dem Grundgesetz. So hat das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 26.03.1998 a.a.O. dargelegt, dass die Rechtsprechung zur Verschlussenheit des Arbeitsmarktes weder gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verstößt. Zur Begründung im einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Bundessozialgerichts vom 26.03.1998 a.a.O., denen sich der Senat auch insoweit anschließt, Bezug genommen. Der Gesetzgeber hat die ihm bekannte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch nicht zum Anlass genommen, die Frage der Verschlussenheit des Arbeitsmarkts mit der Eingliederung des Rechts der Arbeitsförderung in das Sozialgesetzbuch zum 01.01.1998 (neu) zu regeln (vgl. Steinmeyer in Gagel, SGB III, § 119 Rdn. 330, der aus diesem Umstand die Aufnahme der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in den gesetzgeberischen Willen ableitet).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

31

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG) sind nicht erfüllt. Die Entscheidung des Senats bewegt sich im Rahmen der durch das Urteil vom 26.03.1998 a.a.O. erneut bestätigten ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts.

32