

## L 13 AL 2554/03 ER-B

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
13  
1. Instanz  
SG Mannheim (BWB)  
Aktenzeichen  
S 10 AL 866/03 ER  
Datum  
06.06.2003  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 13 AL 2554/03 ER-B  
Datum  
04.08.2003  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss  
Leitsätze

1. Ist eine Ausländerin, die in Wirklichkeit bei einem deutschen Arbeitgeber beschäftigt ist und dort nicht lediglich in einem Weiterbildungsverhältnis steht, ausländerrechtlich eine Erwerbstätigkeit nicht gestattet, kann eine Arbeitserlaubnis nicht erteilt werden.  
2. Das Begehren auf vorläufige Zusicherung einer Arbeitserlaubnis für den Fall, dass ausländerrechtlich ohne die Auflage "" Erwerbstätigkeit nicht gestattet"" erlaubt wird oder als erlaubt gilt, hat zur Voraussetzung, dass die Ausländerbehörde zum Ausdruck bringt, ausländerrechtlich die unselbständige Erwerbstätigkeit gestatten zu wollen, wenn die Arbeitsverwaltung eine Arbeitserlaubnis zusichert oder sofern die Ausländerbehörde sich dazu nicht entschließen kann, dies offensichtlich unhaltbar ist.  
Die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Mannheim vom 6. Juni 2003 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Gründe:

Die Beschwerde, der das Sozialgericht nicht abgeholfen hat, ist statthaft (vgl. [§ 172 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]) und auch sonst zulässig.

Mit der Beschwerde erstrebt die Klägerin in Wirklichkeit, dass die Beklagte verpflichtet wird, ihr für die beabsichtigte weitere Beschäftigung als zahnmedizinische Fachhelferin bei Dr. R. und die während dieser Beschäftigung ab 10. Oktober 2003 beabsichtigte Weiterbildung zur Dental-Hygienikerin eine vorläufige Arbeitserlaubnis zu erteilen, hilfsweise eine solche für den Fall vorläufig zuzusichern, dass ihr weiterer Aufenthalt ausländerrechtlich erlaubt ist oder als erlaubt gilt und die Ausübung einer weiteren Beschäftigung einschließlich der Weiterbildung nicht durch eine ausländerrechtliche Auflage ausgeschlossen wird. Vorab ist insoweit nämlich klarzustellen, dass bei summarischer Prüfung die Klägerin bei Dr. R. seit ihrer Wiedereinreise in die Bundesrepublik am 11. November 1998 nicht lediglich in einem Weiterbildungsverhältnis, sondern in einem Beschäftigungsverhältnis steht, in welches die einzelnen Weiterbildungsabschnitte eingebettet waren und das auch für die Weiterbildung zur Dental-Hygienikerin weiter bestehen soll. Hierfür stützt sich der Senat auf die mehrfachen Erklärungen von Dr. R., die Klägerin sei seit September 1995 bei ihm im Rahmen eines ungekündigten und unbefristeten Arbeitsverhältnisses beschäftigt und die Klägerin bleibe für die gesamte Weiterbildungszeit bei ihm mit vollem Arbeitsentgelt angestellt. In seinem Schreiben vom 27. Januar 2003 an Bürgermeister J. von der Stadt M. bringt Dr. R. klar zum Ausdruck, dass die Klägerin auch nach der Ausbildung zur zahnmedizinischen Fachhelferin bei ihm beschäftigt bleiben soll, andernfalls es zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen im Praxisablauf komme; in gleicher Weise äußern sich die Klägerin und Dr. R. in weiteren Schreiben an die Ausländerbehörde und das Arbeitsamt. Nach alledem begehrt die Klägerin die Arbeitsgenehmigung nicht lediglich für ein Weiterbildungsverhältnis, sondern für eine ihren Erwerbszwecken und den Zwecken des Arbeitgebers dienende Beschäftigung.

Die Beschwerde ist weder mit dem Hauptantrag noch mit dem Hilfsantrag begründet. Das Sozialgericht hat im Ergebnis zu Recht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.

Der Erlass der einstweiligen Anordnung als Regelungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) setzt einen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund voraus. Der Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn nach der im Verfahren gebotenen summarischen Prüfung ein Erfolg in der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist, wobei auch wegen der mit der einstweiligen Regelung verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache ein strenger Maßstab anzulegen ist (Bundesverwaltungsgericht [BVerwG] Buchholz 310 § 123 Nr. 15). Vorliegend ist ein Anordnungsanspruch zu verneinen, denn es ist überwiegend wahrscheinlich, dass die Klägerin mit ihrem Begehren auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis für eine Beschäftigung als zahnmedizinische Fachhelferin bei Dr. R. mit Weiterbildung zur Dental-Hygienikerin ab 13.

Oktober 2003 unterliegen wird.

Prüfungsmaßstab sind die [§§ 284 f](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) sowie die Regelungen der Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (Arbeitsgenehmigungsverordnung - ArGV) vom 17. September 1998 ([BGBl. I S. 2899](#)), zuletzt in der Fassung des Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23. Juli 2002 ([BGBl. I S. 2787](#)). Nach [§ 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) besteht für ausländische Arbeitnehmer - von hier nicht einschlägigen supranationalen Regelungen abgesehen - grundsätzlich ein Beschäftigungsverbot mit Genehmigungsvorbehalt (vgl. Bundessozialgericht [BSG] [BSGE 43, 153](#), 155; BSG, Urteil vom 26. März 1998 - [B 11 AL 75/97 R](#) - DBIR 4444a, AFG/§ 19). Zwischenstaatliche Vereinbarungen zugunsten der Klägerin, die nicht die deutsche, sondern die kroatische Staatsangehörigkeit besitzt, sind nicht vorhanden; ebensowenig greifen die sonstigen Regelungen in [§ 284 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) und [§ 9 ArGV](#) ein. Deshalb benötigt sie zur Fortsetzung der schon bisher ausgeübten und auch zukünftig beabsichtigten Beschäftigung als zahnmedizinische Fachhelferin bei Dr. R. eine Arbeitsgenehmigung; daran ändert nichts, dass sie sich während dieser Beschäftigung auf Kosten ihres Arbeitgebers zur Dental-Hygienikerin weiterbilden möchte. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann von vorn herein keine Anwendung finden die Verordnung über Ausnahmeregelungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis an neuereisende ausländische Arbeitnehmer (Anwerbestoppausnahmereverordnung - ASAV) vom 17. September 1998 ([BGBl. I S. 2893](#)) in der Fassung der Verordnung vom 30. Januar 2002 ([BGBl. I S. 575](#)). Deren [§ 1](#) bestimmt, dass diese nur für Ausländer mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland gilt; zu diesem Personenkreis gehört die Klägerin aber nicht, da sie ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. [§ 30 Abs. 3](#) Sätze 1 und 2 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch) seit der Wiedereinreise am 11. November 1998 im Bundesgebiet hat.

Dem mit dem Hauptantrag verfolgten Anordnungsanspruch steht [§ 284 Abs. 5 SGB III](#) entgegen. Danach darf die Arbeitsgenehmigung nur erteilt werden, wenn der Ausländer eine Aufenthaltsgenehmigung nach [§ 5](#) des Ausländergesetzes (AuslG) besitzt, soweit durch Rechtsverordnung nichts anderes bestimmt ist, und wenn die Ausübung einer Beschäftigung nicht durch eine ausländerrechtliche Auflage ausgeschlossen ist. Zwar besitzt die Klägerin derzeit keine der in [§ 5](#) AuslG aufgeführten Arten einer Aufenthaltsgenehmigung. Das ist indes unschädlich. Denn nach [§ 5 Nr. 3 ArGV](#) kann die Arbeitsgenehmigung abweichend von [§ 284 Abs. 5 SGB III](#) auch Ausländern erteilt werden, deren Aufenthalt - wie hier - nach [§ 69 Abs. 3](#) AuslG als erlaubt gilt. Die von der Stadt M. als Ausländerbehörde ausgestellte und bis 31. August 2003 geltende Bescheinigung enthält jedoch die Auflage, dass eine Erwerbstätigkeit nicht gestattet ist. Diese jedenfalls nicht richtige Auflage ist wirksam; sie hat Tatbestandswirkung und bindet sowohl die Beklagte als auch den Senat (vgl. BSG SozR 4100 [§ 19 Nr. 1, Nr. 3](#); BSG [SozR 3-4100 \[§ 103 Nr. 3\]\(#\)](#) m.w.N.). Die Auflage ist auch nicht mit Widerspruch oder Klage angegriffen, sodass sich auch nicht die Frage stellt, ob ein solcher Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hätte, was vom BSG für die Rechtslage vor Inkrafttreten des AuslG vom 9. Juli 1990 ([BGBl. I S. 1354](#)) verneint wurde (BSG [SozR 4100 \[§ 103 Nr. 44\]\(#\)](#); BSG [SozR 3-4100 \[§ 103 Nr. 1\]\(#\)](#)), zum Teil für die Rechtslage unter Geltung dieses Gesetzes aber bejaht wird (vgl. Bieback in Gagel, SGB III Arbeitsförderung, Rz 131 zu [§ 284](#) m.w.N.).

Auch mit dem hilfsweise verfolgten Begehren auf vorläufige Zusicherung einer Arbeitsgenehmigung für den Fall, dass ausländerrechtlich der Aufenthalt ohne die Auflage "Erwerbstätigkeit nicht gestattet" erlaubt wird oder als erlaubt gilt, vermag die Klägerin nicht durchzudringen. Denn ein solches Begehren hat zur Voraussetzung, dass die Ausländerbehörde zum Ausdruck bringt, ausländerrechtlich die unselbständige Erwerbstätigkeit (vgl. [§ 10 Abs. 1](#) AuslG) gestatten zu wollen, wenn die Arbeitsverwaltung eine Arbeitsgenehmigung zusichert oder, sofern die Ausländerbehörde sich dazu nicht entschließen kann, dies ganz offensichtlich unhaltbar ist. Andernfalls würde den Gerichten die gutachtliche Prüfung für das Vorliegen der für die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung erforderlichen Rechts- und Ermessensvoraussetzungen aufgebürdet, obwohl völlig offen ist, ob die Erwerbstätigkeit ausländerrechtlich gestattet wird. Eine solche gutachtliche Würdigung für einen völlig ungewissen Fall sieht aber das Gesetz nicht vor. Aus [§ 284 Abs. 5 SGB III](#) ergibt sich, dass ein Vorrang des Ausländerrechts gegenüber dem Arbeitserlaubnisrecht besteht, der auch durch [§ 1](#) der Verordnung über Aufenthaltsgenehmigungen zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit (Arbeitsaufenthalteverordnung - AAV) vom 18. Dezember 1990 ([BGBl. I S. 2994](#)) in der Fassung der Verordnung vom 4. Februar 2002 ([BGBl. I S. 578](#)) nicht aufgehoben sondern allenfalls abgeschwächt ist (vgl. z.B. die Konstellation im Senatsbeschluss vom 27. Oktober 2002 - [L 13 AL 2459/02 ER-B](#), zur Veröffentlichung vorgesehen); auch im dort entschiedenen Fall, in welchem ein sich noch in der Türkei aufhaltender ausgebildeter Koch als Spezialitätenkoch in einem türkischen Restaurant arbeiten sollte und hierfür zwar eine Arbeitsgenehmigung, aber noch kein Visum beantragt hatte, hat der Senat für die begehrte Zusicherung einer Arbeitsgenehmigung verlangt, dass auch unter ausschließlich ausländerrechtlichen Gesichtspunkten eine Wahrscheinlichkeit für eine positive Entscheidung der Auslandsvertretung bzw. der Ausländerbehörde besteht. Vorliegend hat die Ausländerbehörde dem Senat auf telefonische Anfrage mitgeteilt, eine unselbständige Erwerbstätigkeit nur im Rahmen eines Weiterbildungsverhältnisses gestatten zu wollen. Damit kann die Klägerin jedenfalls derzeit nicht damit rechnen, dass ihre fortzusetzende Beschäftigung bei Dr. R. ausländerrechtlich gestattet wird. Eine solche Entscheidung ist auch nicht unhaltbar. Angesichts der auf dem Anwerbestopp beruhenden Rechtslage lässt sie evidente Mängel nicht erkennen; insbesondere sind die Voraussetzungen des [§ 8](#) AAV ganz ersichtlich nicht erfüllt, denn weder das Innenministerium Baden-Württemberg noch das Regierungspräsidium Karlsruhe haben bei überdies abgelehntem Benehmen des Landesarbeitsamtes Baden-Württemberg festgestellt, dass ein besonderes öffentliches Interesse an der Beschäftigung der Klägerin bei Dr. R. mit Weiterbildung zur Dental-Hygienikerin besteht; diese Entscheidung lässt keine offensichtlichen Fehler erkennen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung von [§ 193 Abs. 1 Satz 1 SGG](#).

Diese Entscheidung kann mit der Beschwerde nicht angefochten werden (vgl. [§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2004-10-07