

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00106 vom 26. Februar 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2006.00106](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2006.00106)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00106 du 26 février 2007

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2006.00106 del 26 febbraio 2007

## Erwägungen

### E. 2

2.1. Für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt Art. 8 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) unter anderem voraus, dass die versicherte Person in der Schweiz wohnt (Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG). Gemäss Art. 12 AVIG gelten ausländische Personen ohne Niederlassungsbewilligung als in der Schweiz wohnend, solange sie sich aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit oder einer Saisonbewilligung tatsächlich in der Schweiz aufhalten. Die beiden Erfordernisse des gewöhnlichen Aufenthalts und der die Ausübung einer Erwerbstätigkeit mitumfassenden fremdenpolizeilichen Bewilligung müssen kumulativ erfüllt sein, und zwar für jenen Zeitraum, für welchen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erhoben wird (ARV 2002 S. 47 Erw. 3a, 1996/1997 Nr. 18 S. 89 Erw. 3a, Nr. 33 S. 186 Erw. 3a/aa; SVR 1996 ALV Nr. 77 S. 235 Erw. 3a). Eine Person, deren fremdenpolizeiliche Bewilligung zwar abgelaufen ist, die aber rechtzeitig um deren Verlängerung nachgesucht hat und damit rechnen kann, dass ihr erneut eine solche erteilt wird, falls sie eine zumutbare Arbeitsstelle findet, ist einer Person, die über eine entsprechende Bewilligung verfügt, gleichgestellt (ARV 1996/1997 Nr. 18 S. 90 Erw. 3a, Nr. 33 S. 187 Erw. 3a/aa; SVR 1996 ALV Nr. 77 S. 236 Erw. 3a). Hinsichtlich der Arbeitsberechtigung gelten im Rahmen der Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz analoge Grundsätze wie bei der Beurteilung der unter anderem ebenfalls die Arbeitsberechtigung umfassenden (Art. 15 Abs. 1 AVIG) Anspruchsvoraussetzung (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG) der Vermittlungsfähigkeit (ARV 1996/1997 Nr. 18 S. 90 Erw. 3c, Nr. 33 S. 187 Erw. 3b; SVR 1996 ALV Nr. 77 S. 236 Erw. 3c; vgl. auch BGE 126 V 378 Erw. 1c). Dementsprechend ist die Frage, ob jemand mit der Verlängerung einer zur Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltsbewilligung rechnen kann, bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzung des Wohnens ebenso wie bei jener der Vermittlungsfähigkeit (BGE 120 V 387 Erw. 2; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 18. Februar 2002, C 197/01, Erw. 2a) prospektiv zu beantworten, das heisst von jenem Zeitpunkt aus und aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung beziehungsweise des Einspracheentscheides entwickelt haben. Dabei beurteilt sich die Frage der Arbeitsberechtigung aufgrund einer individuell-konkreten und nicht einer generell-abstrakten Betrachtungsweise; es ist im konkreten Einzelfall zu entscheiden, ob die betroffene Person mit der Erteilung der erforderlichen Bewilligung rechnen kann (BGE 126 V 383 Erw. 6a, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen S. vom 9. August 2002, C 357/01, Erw. 3).

2.2. Die ausländische Person bedarf zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sowie zum Stellen-, Kantons- und Berufswechsel einer Bewilligung; ausgenommen von der Bewilligungspflicht ist nur die erwerbliche Betätigung der niedergelassenen Ausländer (Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG). Nach Art. 14c Abs. 3 ANAG (in der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung) bewilligen die kantonalen Behörden den ausländischen Personen eine unselbstständige Erwerbstätigkeit, sofern die Arbeitsmarkt- und Wirtschaftslage dies gestattet. Das Bewilligungsverfahren ist so geregelt, dass die kantonale Fremdenpolizeibehörde vor der Erteilung einer Bewilligung in der Regel "die Begutachtung des zuständigen Arbeitsnachweises einzuholen" hat, wenn die ausländische Person eine Stelle antreten will (Art. 16 Abs. 2 ANAG). Bevor die kantonale Fremdenpolizei der ausländischen Person eine Bewilligung erteilt, hat sie deshalb einen Vorentscheid (bei erstmaligen Gesuchen) oder eine Stellungnahme (insbesondere bei Verlängerungsgesuchen und Gesuchen um Bewilligung eines Stellenwechsels) der kantonalen Arbeitsmarktbehörde zur Frage einzuholen, ob die nach Art. 6 ff. der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) geltenden Voraussetzungen erfüllt sind und ob die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage die Erteilung einer Arbeitsbewilligung gestattet (Art. 42 Abs. 1 und 43 Abs. 2 BVO). Vorentscheid oder Stellungnahme der Arbeitsmarktbehörde sind für die Fremdenpolizeibehörde verbindlich; die kantonale Fremdenpolizei kann jedoch trotz eines positiven Vorentscheides die Bewilligung aus andern als wirtschaftlichen oder arbeitsmarktlichen Gründen verweigern (Art. 42 Abs. 4 und 43 Abs. 4 BVO; BGE 120 V 380 Erw. 2b, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen M. vom 26. Juli 2005, C 27/05, Erw. 1.3). Aus dieser Kompetenzverteilung zwischen Arbeitsmarkt- und Fremdenpolizeibehörde ergibt sich, dass die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit stets mit der Anwesenheitsbewilligung verknüpft ist (SVR 1996 ALV Nr. 77 S. 236 Erw. 4a).

### E. 2.3

Wesentlich ist, dass die kantonale Fremdenpolizeibehörde gemäss Art. 4 ANAG nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung entscheidet. Damit besteht grundsätzlich kein Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Anwesenheitsbewilligung, es sei denn, die ausländische Person oder ihre in der Schweiz lebenden Angehörigen können sich dafür auf eine Sondernorm des Bundesrechts (einschliesslich Bundesverfassungsrecht) oder eines Staatsvertrages berufen (BGE 130 II 281 E. 2.1).

Nach Art. 7 Abs. 1 ANAG hingegen hat der ausländische Ehegatte einer Person mit schweizerischem Bürgerrecht grundsätzlich Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Satz 1); nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat er oder sie Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung (Satz 2). Diese gesetzlichen Ansprüche stehen unter dem Vorbehalt von Art. 7 Abs. 2 ANAG. Nach dieser Bestimmung besteht keiner der Ansprüche gemäss Art. 7 Abs. 1 ANAG, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen. Erfasst wird davon die sogenannte Scheinehe beziehungsweise Ausländerrechtsehe, bei der die Ehegatten von vornherein keine echte eheliche Gemeinschaft beabsichtigen. Aber auch wenn die Ehe nicht

bloss zum Schein eingegangen worden ist, heisst dies nicht zwingend, dass dem ausländischen Ehepartner der Aufenthalt ungeachtet der weiteren Entwicklung gestattet werden muss. Zu prüfen ist diesfalls, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht anderweitig als rechtsmissbräuchlich erweist (BGE 128 II 151 mit Hinweis auf BGE 127 II 65).

2.4.4.4 In Anbetracht dieser Regelung und des Umstandes, dass das Migrationsamt keinerlei Bereitschaft zur Verlängerung der abgelaufenen oder Erteilung einer neuen Aufenthaltsbewilligung zeigte, ja sogar im Gegenteil eine ablehnende Stellungnahme dieser Behörde vorlag, in der sie die Verweigerung des weiteren Aufenthalts in Aussicht stellte, weil der Versicherte zu seiner Ehefrau spätestens seit September 2003 keine eheliche Beziehung mehr unterhalte und die Berufung auf die noch formell bestehende Ehe sich als rechtsmissbräuchlich erweise (Stellungnahme vom 14. Dezember 2005, Urk. 8/1/4), konnte im für die Beurteilung massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des vorliegend streitigen Einspracheentscheides vom 13. Februar 2006 nicht mit der Erneuerung der zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltsbewilligung gerechnet werden. Auch wenn der Beschwerdeführer bis dahin aufgrund des ausgebliebenen Bewilligungsentscheides beziehungsweise nach dessen Ergehen aufgrund des hängigen Rekursverfahrens berechtigt war, sich weiterhin in der Schweiz aufzuhalten und einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. Spescha/Sträuli, Kommentar zum Ausländerrecht, 2. Auflage Zürich 2001, Bemerkungen zu Art. 12 Abs. 3 ANAG; Urk. 8/1/5), ändert dies nichts daran, dass er nur bis zum 8. Oktober 2004 über eine die Befugnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit einschliessende Aufenthaltsbewilligung verfügte und im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Einspracheentscheides nicht mit deren Verlängerung zu rechnen war. Es fehlte deshalb ab 9. Oktober 2004 an der Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz, so dass die Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. März 2005 (vgl. Urk. 8/4/1) nicht zu beanstanden ist.

4.4.4.4 Bei der Beurteilung der Frage, ob eine arbeitslose Person ausländischer Staatsangehörigkeit mit abgelaufener Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 12 AVIG in der Schweiz wohnt, sind von den Organen der Arbeitslosenversicherung vorfrageweise (vgl. BGE 120 V 382 Erw. 3a und 396 Erw. 2c; ARV 2002 S. 47 Erw. 1, 1998 Nr. 44 S. 251 Erw. 1a) die Erfolgsaussichten eines Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit abzuschätzen. Nach schweizerischer Rechtsauffassung sind die Behörden mangels einer gegenteiligen gesetzlichen Bestimmung befugt, Vorfragen aus anderen Rechtsgebieten selbstständig zu prüfen, sofern die hauptfrageweise zuständige Behörde im konkreten Fall noch keinen rechtskräftigen Entscheid getroffen hat (BGE 120 V 382 Erw. 3a und 396 Erw. 2c, 118 IV 226 Erw. 2c). Ein rechtskräftiger Entscheid der zuständigen Behörden über die Frage der Aufenthaltsbewilligung musste deshalb nicht abgewartet werden (vgl. auch BGE 112 IV 119 Erw. 4a). Das AWA ist daher gestützt auf die Stellungnahme des Migrationsamtes vom 14. Dezember 2005 zu Recht davon ausgegangen, die Bewilligung würde nicht verlängert, welche Stellungnahme das Migrationsamt mit Verfügung vom 29. Mai 2006 übrigens denn auch bestätigte (Urk. 25). Diese Verfügung wurde sodann, soweit sie nicht als Folge einer am 29. September 2006 erteilten Aufenthaltsbewilligung wegen der erneuten Heirat des Beschwerdeführers am 8. Juni 2006 mit einer anderen Schweizerin gegenstandslos geworden war (vgl. Urk. 12, Urk. 13/1), von der Rekursinstanz insofern bestätigt, als diese, diesmal aber im

Zusammenhang mit dem Begehren um Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, festhielt, das Migrationsamt habe dem Versicherten einen Anspruch auf der Grundlage von Art. 7 Abs. 1 ANAG zu Recht abgesprochen (Urk. 24).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei Erlass des Einspracheentscheids weder eine gÄ¼ltige Aufenthaltsbewilligung fÄ¼r den BeschwerdefÄ¼hrer vorlag, noch mit der Erteilung einer solchen gerechnet werden konnte. Demnach ist die Voraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 12 AVIG nicht erfÄ¼llt, weshalb der Anspruch auf ArbeitslosenentschÄ¼digung aus diesem Grund zu verneinen und die Beschwerde abzuweisen ist.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä

### E. 3

3.1Ä Ä Ä Ä GemÄ¼ss Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetzes Ä¼ber den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) wird der gesuchstellenden Person fÄ¼r das Verwaltungsverfahren, wo die VerhÄ¼ltnisse es erfordern, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt. Vorausgesetzt werden finanzielle BedÄ¼rftigkeit, fehlende Aussichtslosigkeit sowie Erforderlichkeit der Vertretung (BGE 103 V 47). Diese Voraussetzungen gelten auch fÄ¼r die unentgeltliche VerbeistÄ¼ndung im Gerichtsverfahren. Jedoch ist in Bezug auf die Notwendigkeit einer Vertretung ein geringerer Massstab anzulegen, da gemÄ¼ss Art. 61 lit. f ATSG die VerhÄ¼ltnisse eine Vertretung lediglich "rechtfertigen" mÄ¼ssen.

3.2Ä Ä Ä Ä FÄ¼r das Einspracheverfahren wies das AWA das Gesuch um unentgeltliche RechtsverbeistÄ¼ndung mangels Erforderlichkeit ab (Urk. 2). Nach der Rechtsprechung des EidgenÄ¼ssischen Versicherungsgerichts sind fÄ¼r das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren hohe Anforderungen an die Notwendigkeit der unentgeltlichen VerbeistÄ¼ndung zu stellen. Eine anwaltliche Mitwirkung drÄ¼ngt sich nur in AusnahmefÄ¼llen auf, wenn schwierige rechtliche oder tatsÄ¼chliche Fragen dies als notwendig erscheinen lassen und eine VerbeistÄ¼ndung durch Verbandsvertreter, FÄ¼rsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fÄ¼llt (BGE 125 V 34 Erw. 2). Der BeschwerdefÄ¼hrer wurde bis Ende Juni 2006 von den Sozialen Diensten unterstÄ¼tzt (Urk. 8/5, Urk. 14). In erster Linie hÄ¼tte sich der BeschwerdefÄ¼hrer daher durch diese vertreten lassen oder zumindest deren Hilfe in Anspruch nehmen mÄ¼ssen. Die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche RechtsverbeistÄ¼ndung im Verwaltungsverfahren erfolgte daher zu Recht.

### E. 3.3

Hingegen ist die unentgeltliche RechtsverbeistÄ¼ndung fÄ¼r das vorliegende Verfahren zu gewÄ¼hren, zumal die BedÄ¼rftigkeit ausgewiesen ist (Urk. 8/5, Urk. 10, Urk. 14) und das Verfahren nicht als aussichtslos erschien. Als unentgeltlicher Rechtsvertreter ist Rechtsanwalt JÄ¼rg Federspiel zu bestellen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Rechtsanwalt JÄ¼rg Federspiel machte in der Honorarnote vom 15. Februar 2007 fÄ¼r seine BemÄ¼hungen im Einsprache- und Beschwerdeverfahren Fr. 2'825.60 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) geltend. AufgeschlÄ¼sselt sind dies fÄ¼r das Einspracheverfahren Fr. 1'000.-- und fÄ¼r das Beschwerdeverfahren Fr. 1'596.-- (vgl. Urk. 33/2). Da die unentgeltliche RechtsverbeistÄ¼ndung lediglich fÄ¼r das Beschwerdeverfahren zu gewÄ¼hren ist, ist Rechtsanwalt JÄ¼rg Federspiel mit Fr. 1'750.--

(Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Das Gericht beschliesst:

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In Bewilligung des Gesuchs vom 21. März 2006 wird dem Beschwerdeführer Rechtsanwalt Jörg Federspiel, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Der Beschwerdeführer hat dem Gericht unaufgefordert und ohne Verzug Mitteilung zu machen, wenn die Mittellosigkeit im Sinne von Art. 92 ZPO dahinfallen sollte. Diesfalls kann das Gericht ihn zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung verpflichten.

und erkennt:

1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Das Verfahren ist kostenlos.

3. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Jörg Federspiel, wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'750.-- (Honorar und Auslagenersatz, inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

#### **E. 4**

Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Jörg Federspiel
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- Arbeitslosenkasse Unia, Zahlstelle Zürich 2

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä sowie an:

- die Gerichtskasse

5. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 90 und 100 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.