

Aktenzeichen: 2 AZR 201/85

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 20. Februar 1986..

- 2 AZR 201/85 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 16. August 1984

Berlin

- 24 Ca 133/84 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 12. Februar 1985

Berlin

- 3 Sa 99/84 -

Für die Amtliche Sammlung:

Nein

Für die Fachpresse:

Nein

Für das Bundesarchiv:

Nein

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung wegen vermeintlich fehlender Arbeitserlaubnis

Gesetz: KSchG 1969 §. 1 Personenbedingte Kündigung; AFG § 19

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 201/85

3 Sa 99/84 Berlin

Verkündet am
20. Februar 1986

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 20. Februar 1986 durch den
Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und
Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Mayr und Dr. Harder
für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin
vom 12. Februar 1985 - 3 Sa 99/84 - wird
zurückgewiesen.

2. Die Beklagte trägt die Kosten der
Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger, ein türkischer Staatsangehöriger, wurde aufgrund einer am 10. April 1981 bis 7. April 1986 erteilten Arbeitserlaubnis ab 14. Februar 1983 von der Beklagten als Textilarbeiter beschäftigt. Er verdiente zuletzt durchschnittlich 2.382,53 DM brutto monatlich. Die ihm am 1. April 1981 erteilte Aufenthaltserlaubnis war bis 31. März 1984 befristet. Mit Schreiben vom 30. März 1984 beantragte der Kläger die Verlängerung dieser Erlaubnis. Sie wurde von dem Polizeipräsidenten in Berlin durch Bescheid vom 1. Juni 1984 abgelehnt, der dem Kläger im Juni 1984 zugegangen ist.

Nach einer krankheitsbedingten Abwesenheit erschien der Kläger am 9. April 1984 im Betrieb der Beklagten. Dabei erfuhr die Beklagte, daß die Ausländerbehörde bisher die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert hatte. Ob sie dabei auch von dem Antrag des Klägers vom 30. März 1984 Kenntnis nahm, ist ungeklärt; der



Kläger hat jedenfalls nicht darauf hingewiesen. Die Beklagte kündigte deshalb das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 9. April 1984, das dem Kläger am selben Tag zugegangen ist, mit folgender Begründung:

"...
da Ihre Aufenthaltserlaubnis von der
Ausländerbehörde nicht mehr verlängert
wurde, müssen wir das mit Ihnen bestehende
Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes zum
9. April 1984 kündigen."

Mit Schreiben vom 12. April 1984 wiesen die späteren Prozeßbevollmächtigten des Klägers die Beklagte darauf hin, daß infolge des Antrags auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis diese bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erteilt gelte und deshalb auch die Arbeitserlaubnis nicht erloschen sei. Die Beklagte lehnte jedoch eine Weiterbeschäftigung des Klägers ab.

Mit der am 30. April 1984 bei Gericht eingegangenen und später erweiterten Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung vom 9. April 1984 geltend gemacht und aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zunächst Lohnzahlung für die Zeit vom 10. April bis 31. Mai 1984 gefordert.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten vom 9. April 1984 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn
3.588,34 DM brutto nebst Zinsen zu
zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, nach ihrem Kenntnisstand habe am 9. April 1984 für den Kläger ein Aufenthalts- und Beschäftigungsverbot bestanden. Sein Arbeitsplatz habe sofort besetzt werden müssen. Deshalb sei die außerordentliche Kündigung unumgänglich gewesen. Zumindest sei das Arbeitsverhältnis aufgrund einer fristgemäßen Kündigung beendet worden.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten am 23. April 1984 beendet worden ist, die Beklagte verurteilt, an den Kläger 677,60 DM brutto nebst Zinsen zu zahlen, und im übrigen die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, daß die Kündigung als fristlose unwirksam, jedoch in eine ordentliche umzudeuten und als solche sozial gerechtfertigt sei. Aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs schulde die Beklagte dem Kläger somit nur den Lohn für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger im Umfang seines Unterliegens Berufung eingelegt und seinen noch anhängigen Zahlungsantrag um den Betrag von 1.191,27 DM brutto auf 4.102,01 DM brutto erweitert.

Er hat vorgetragen, er habe am 9. April 1984 in Begleitung eines Landsmannes bei der Beklagten vorgesprochen und unter Vorlage seines Passes darauf hingewiesen, daß er gegenwärtig über



keine Aufenthaltserlaubnis verfüge. Eine Kopie des Verlängerungsantrages vom 30. März 1984 habe sich stets in seinem Paß befunden. Der den Antrag ablehnende Bescheid des Polizeipräsidenten vom 1. Juni sei ihm am 18. Juni 1984 zugestellt worden. Die Beklagte schulde ihm daher bis zu diesem Zeitpunkt noch weitere 1.191,27 DM brutto.

Die Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen und die erweiterte Klage abzuweisen. Sie hat mit Nichtwissen bestritten, daß sich am 9. April 1984 im Paß des Klägers eine Kopie seines Verlängerungsantrages befunden habe.

Das Landesarbeitsgericht hat das arbeitsgerichtliche Urteil abgeändert und der Klage in vollem Umfang stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren in der Berufungsinstanz gestellten Antrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Kündigung der Beklagten sei auch als ordentliche sozial ungerechtfertigt. Am 9. April 1984 habe für die Beklagte objektiv kein Beschäftigungsverbot zu Lasten des Klägers bestanden. Eine fehlende oder erloschene Arbeitserlaubnis zwingt den Arbeitgeber nicht zu einer Kündigung; er sei hierzu nur unter Würdigung aller Gesichtspunkte



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

berechtigt. Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG könne mithin im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nur die irrtümliche Annahme der Beklagten sein, sie dürfe den Kläger wegen einer fehlenden Arbeitserlaubnis nicht weiterbeschäftigen. Im Rahmen der Interessenabwägung sei letztlich entscheidend gewesen, daß am 9. April 1984 zumindest beide Parteien einem Irrtum über die Rechtslage unterlegen gewesen seien.

II. Diese Würdigung ist jedenfalls im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Sie kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, bei der gebotenen Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (vgl. u. a. BAG 1, 99, 102 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG sowie BAG 29, 49, 52 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Dieser Nachprüfung hält das angefochtene Urteil im Ergebnis stand.

2.a) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, das Erlöschen einer einem ausländischen Arbeitnehmer erteilten Arbeitserlaubnis und das sich hieraus ergebende Beschäftigungsverbot nach § 19 Abs. 1 Satz 5 AFG seien an sich geeignet, einen personenbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1



KSchG abzugeben (BAG Urteil vom 19. Januar 1977 - 3 AZR 66/75 - AP Nr. 3 zu § 19 AFG, zu II der Gründe; KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 196; Hanau in Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 169, 188 ff.; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 151).

b) Wie das Landesarbeitsgericht ebenfalls zu Recht ausgeführt hat, lag dieser Kündigungsgrund bei Ausspruch der Kündigung der Beklagten nicht vor.

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer (Arbeitserlaubnisverordnung-AEVO) i. V.m. § 19 Abs. 1 und 4 AFG erlischt die Arbeitserlaubnis, wenn die hierfür nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEVO erforderliche Aufenthaltserlaubnis abgelaufen oder erloschen ist. Dies war im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung der Fall, weil die befristet erteilte Aufenthaltserlaubnis am 31. März 1984 abgelaufen war. Dennoch war die Arbeitserlaubnis nicht erloschen. Denn sie besteht dann fort, wenn trotz Ablaufs der befristeten Aufenthaltserlaubnis der Aufenthalt des Arbeitnehmers auch ohne eine Erlaubnis als erlaubt gilt (§ 5 Abs. 1 Nr. 2, § 8 Abs. 1 Nr. 2 AEVO). Diese gesetzliche Fiktion tritt ein, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer nach der Einreise die Aufenthaltserlaubnis beantragt (§ 21 Abs. 3 Ausländergesetz); bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde - dies war vorliegend der 18. Juni 1984 - gilt der Aufenthalt unter den genannten Voraussetzungen vorläufig als erlaubt. Aufgrund seines am 30. März 1984 und somit rechtzeitig eingereichten Antrags auf Verlängerung der Auf-



enthaltserlaubnis war daher der Kläger weiterhin zum Aufenthalt in Berlin berechtigt, und die bis zum 7. April 1986 erteilte Arbeitserlaubnis blieb gültig.

Der Kläger konnte deshalb im Zeitpunkt der Kündigung seine vertragsgemäße Leistung weiterhin erbringen. Die Rüge der Revision, es hätte berücksichtigt werden müssen, daß er spätestens am 28. (richtig: 18.) Juni 1984 nicht mehr zum Aufenthalt berechtigt gewesen sei, ist unbeachtlich. Dieser Umstand lag bei Zugang der Kündigungserklärung, dem für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung maßgebenden Zeitpunkt (st. Rechtsprechung; vgl. BAG 43, 129 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu III 3 der Gründe), noch nicht vor und kann somit die Kündigung vom 9. April 1984 nicht sozial rechtfertigen. Er kann auch nicht als Kündigungsgrund nachgeschoben werden, weil auch nachgeschobene Kündigungsgründe im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung objektiv vorhanden gewesen sein müssen (vgl. BAG Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 260/78 - AP Nr. 1 zu § 626 BGB Nachschieben von Kündigungsgründen, zu 2 b der Gründe, m. w. N.).

3. Die Beklagte hat sich nach dem Hinweis des Klägers auf die objektive Rechtslage zum (vorläufigen) Fortbestehen der Arbeitserlaubnis zur Begründung der Kündigung darauf berufen, sie habe nach ihrem Kenntnisstand im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung von dem Erlöschen der Arbeitserlaubnis und damit von dem Bestehen eines Beschäftigungsverbots ausgehen müssen. Auch diesen Umstand hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht nicht als



Grund für die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung anerkannt.

a) Auch soweit das Berufungsgericht geprüft hat, ob die irrtümliche Annahme der Beklagten von dem Erlöschen der Arbeitserlaubnis einen Kündigungsgrund abgeben konnte, ist es zutreffend von dem Ausspruch der Kündigung als dem für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit maßgebenden Zeitpunkt ausgegangen. Ob seine weiteren Ausführungen zutreffen, im Rahmen der Interessenabwägung müsse berücksichtigt werden, daß die Beklagte bereits wenige Tage nach dem Ausspruch der Kündigung über die wahre Rechtslage aufgeklärt worden sei und den Kläger deshalb aufgrund ihrer Fürsorgepflicht wieder hätte einstellen müssen, kann offenbleiben. Denn auch die subjektive Annahme der Beklagten von dem Bestehen eines Beschäftigungsverbots war bereits nicht geeignet, einen Kündigungsgrund abzugeben, so daß es auf die Interessenabwägung nicht ankommt.

b) Maßgebend für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung sind grundsätzlich die objektiven Umstände im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, nicht dagegen der subjektive Wissensstand des Arbeitgebers zu diesem Zeitpunkt (vgl. BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu III 2 der Gründe; ferner KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 68, 69, m. w. N.). Im Entscheidungsfall lag der Umstand, auf den die Kündigung zunächst gestützt worden war, nämlich das Fehlen einer Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis mit der sich daraus ergebenden Rechtsfolge eines Beschäftigungsverbots, objektiv nicht vor.



Erst später im Prozeß hat sich die Beklagte darauf berufen, sie habe aufgrund der Umstände jedenfalls subjektiv von dem Vorliegen eines Beschäftigungsverbots ausgehen müssen. Das Arbeitsgericht hat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Verdachtskündigung die Ansicht vertreten, es komme in bestimmten Fällen nicht auf den objektiven Kündigungssachverhalt, sondern auf den durch sorgfältige Ermittlungen gewonnenen Wissensstand des Arbeitgebers zum Zeitpunkt der Kündigung an. Hierbei wird übersehen, daß nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein im Zeitpunkt der Kündigung gegen den Arbeitnehmer sprechender Verdacht bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz rückwirkend ausgeräumt werden kann, weil in diesem Fall die Unschuld bereits im Zeitpunkt der Kündigung gegeben und der Verdacht deshalb von Anfang an unbegründet war (BAG 16, 72 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG 27, 113 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 5 b der Gründe). Auch wenn man somit für die Beurteilung der Kündigung im vorliegenden Fall die Grundsätze der Verdachtskündigung heranzieht, ist ein gegen den Kläger sprechender Verdacht, er verfüge nicht über die erforderliche Arbeitserlaubnis, schon wenige Tage später entkräftet worden und deshalb nicht mehr geeignet, einen Kündigungsgrund abzugeben.

Die Grundsätze der Verdachtskündigung vermögen der Beklagten auch noch aus einem weiteren Grund nicht zum Erfolg zu verhelfen. Wie der Senat in dem auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmten Urteil vom 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - entschieden hat, ist der Arbeitgeber aufgrund



der ihm obliegenden Aufklärungspflicht gehalten, den Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Verdachtskündigung zu den gegen ihn sprechenden Verdachtsmomente zu hören; die Erfüllung der Aufklärungspflicht ist Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verdachtskündigung. Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte nach den für den Senat gemäß § 561 Abs. 1 ZPO bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts im unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils bei der erstmaligen Vorsprache des Klägers im Betrieb nach Beendigung seiner Arbeitsunfähigkeit am 9. April 1984 erfahren, daß die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis bisher nicht verlängert hatte. Die Frage einer Verlängerung dieser Erlaubnis war somit zur Sprache gebracht worden. Wenn die Beklagte daraufhin annahm, daß der Kläger gegenwärtig wegen fehlender Arbeitserlaubnis nicht beschäftigt werden dürfe, so mußte sie jedenfalls durch Befragung des Klägers aufzuklären versuchen, ob und gegebenenfalls wann er sich um die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bemüht hatte, und durfte nicht sofort zu dem schärfsten Mittel der Kündigung greifen. Nachdem der Kläger nach Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit durch das Wiederscheitern im Betrieb sein Interesse am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bekundet hatte und eine Weiterbeschäftigung nur bei Vorliegen der öffentlich-rechtlichen Erlaubnisse erreichen konnte, lag es auch nahe, daß er entsprechende Schritte unternommen hatte. Überträgt man die Grundsätze der Verdachtskündigung auf einen solchen Fall, so muß auch hier der Arbeitgeber, der eine - objektiv grundlose - Kündigung aussprechen will, alles ihm Mögliche und Zumutbare tun, um den objektiven Sachverhalt zu ermitteln. Hierzu gehört die Befragung des Arbeitnehmers.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

4. Der Einwand der Revision, das Berufungsgericht hätte berücksichtigen müssen, daß der Kläger sich verspätet um eine neue Aufenthaltserlaubnis bemüht habe, greift bereits deshalb nicht durch, weil der Kläger die Verlängerung rechtzeitig, nämlich vor Ablauf der bis 31. März 1984 befristeten Erlaubnis beantragt hatte und damit, wie ausgeführt, die Erlaubnis kraft Gesetzes bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erteilt galt und deshalb zum damaligen Zeitpunkt kein eine Kündigung rechtfertigendes Beschäftigungsverbot bestand.

III. Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die ausschließlich für den Zeitraum des Bestehens der Arbeitserlaubnis geltend gemachten und der Höhe nach unstreitigen Zahlungsansprüche stünden dem Kläger aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zu, entspricht der in dem angefochtenen Urteil angeführten neueren Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - BAG 46, 234). Insoweit erhebt die Revision auch keine Rügen.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Hans Mayr

Dr. Harder



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)