

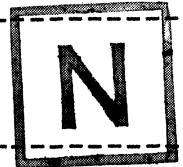
Aktenzeichen: 2 AZR 359/89

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 7. Februar 1990
- 2 AZR 359/89 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 1. Dezember 1988
Stuttgart - 6 Ca 3963/88 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 11. April 1989
Baden-Württemberg - 8 Sa 146/88 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Kündigung wegen fehlender Arbeitserlaubnis

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung; AFG § 19; AuslG § 21; BGB § 162, § 611 Fürsorgepflicht; VwGO § 80 Abs. 5; Arbeitserlaubnisverordnung §§ 1, 2, 5

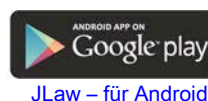
Leitsätze:

1. Ist einem ausländischen Arbeitnehmer die nach § 19 Abs 1 AFG erforderliche Arbeitserlaubnis rechtskräftig versagt worden, so ist eine ordentliche Kündigung regelmäßig sozial gerechtfertigt, weil der Arbeitnehmer dann zur Leistung der vertraglich geschuldeten Dienste dauernd außerstande ist.

2. Ist über die von dem ausländischen Arbeitnehmer beantragte Arbeitserlaubnis noch nicht rechtskräftig entschieden, so ist für die soziale Rechtfertigung einer wegen Fehlens der Erlaubnis ausgesprochenen Kündigung darauf abzustellen, ob für den Arbeitgeber bei objektiver Beurteilung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mit der Erteilung der Erlaubnis in absehbarer Zeit nicht zu rechnen war und der Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer ohne erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen nicht offengehalten werden konnte.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 359/89

8 Sa 146/88 Baden-Württemberg

Verkündet am
7. Februar 1990

Im Namen des Volkes!

Noll,

Urteil

Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund
der mündlichen Verhandlung vom 7. Februar 1990 durch den
Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

und Dr. Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Brooksiepe und Timpe für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 11. April 1989 - 8 Sa 146/88 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

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 im Jahre 1954 geborene, verheiratete und zwei Kindern unterhaltspflichtige Kläger, ein jugoslawischer Staatsangehöriger, reiste mit einem zunächst auf drei Monate befristeten Sichtvermerk in die Bundesrepublik Deutschland ein und wurde von der R OHG (künftig: OHG) in deren Hotel "B " in S als Spezialitätenkoch eingestellt. Ab 1. März 1985 wurde er aufgrund eines undatierten schriftlichen Arbeitsvertrages als Abteilungsleiter der V -Bar dieses Hotels gegen ein Monatsgehalt von zuletzt 3.000,-- DM brutto von der OHG weiterbeschäftigt. Nach § 5 des Arbeitsvertrages galt nach Ablauf einer dreimonatigen Probezeit eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Ende des Kalendervierteljahres. Das Arbeitsverhältnis wurde später im Rahmen eines Betriebsübergangs nach § 613 a Abs. 1 BGB mit der beklagten R GmbH u. Co. KG fortgesetzt.

Am 9. Dezember 1984 war dem Kläger eine bis zum 9. Dezember 1985 befristete Aufenthaltserlaubnis erteilt worden. Sie wurde in der Folgezeit verlängert:



- 3 -

am 5. Dezember 1985 bis zum 9. Dezember 1986,
am 17. November 1986 bis zum 30. September 1987 und
am 11. August 1987 bis zum 3. Juli 1988.

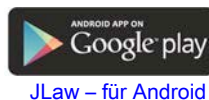
Zeitgleich hierzu hatte das Arbeitsamt dem Kläger jeweils eine befristete Arbeitserlaubnis, letztmalig am 28. September 1987 für die Zeit vom 5. September 1987 bis zum 3. Juli 1988 erteilt. Nach der Aufenthaltserlaubnis war dem Kläger eine Erwerbstätigkeit nur bei der OHG bzw. der Beklagten gestattet, die Arbeitserlaubnis war auf eine Tätigkeit als Barmann im Hotel "B" beschränkt.

Das Amt für öffentliche Ordnung der Stadt S als zuständige Ausländerbehörde (künftig: Ausländerbehörde) hatte den Kläger mit Schreiben vom 26. Februar 1985 u.a. "formell" darauf aufmerksam gemacht, daß sein Aufenthalt nach den ausländerrechtlichen Bestimmungen nur bis zu einer Höchstdauer von drei Jahren zugelassen werden könne. Die Beklagte hat vorgetragen, ihr sei eine Abschrift des Schreibens übermittelt worden.

Mit Schreiben vom 10. April 1987 bat die Beklagte das Arbeitsamt um eine weitere Verlängerung der "Arbeits-/Aufenthalts-erlaubnis" des Klägers. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger habe sich nach dem Umbau des Hotels "B" als Mitarbeiter in der Bar voll integriert und bewährt. In der Verweigerung der Erlaubnis sehe sie einen erheblichen Nachteil für diesen Betrieb. Die personale Besetzung eines Barbetriebes werfe enorme Probleme auf. Überdies habe sich der Kläger mit seiner Familie - die Kinder seien bereits eingeschult - voll integriert.



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



- 4 -

Mit Schreiben vom 19. Mai 1987 bat die Ausländerbehörde das Arbeitsamt u.a. um Mitteilung, ob die Angabe der Beklagten zutreffe, für den Barbetrieb im Hotel "B" seien trotz erheblicher Bemühungen qualifizierte Fachkräfte nicht zu bekommen, und ob, sofern jetzt ein arbeitsmarktpolitisches Interesse an der Weiterbeschäftigung des Klägers bestehe, innerhalb einer bestimmten Frist mit der Stellenbesetzung durch bevorzugte Arbeitskräfte zu rechnen sei.

Unter dem 5. August 1987 schrieb die Ausländerbehörde der Beklagten, sie sei bereit, die dem Kläger erteilte Aufenthaltserlaubnis ausnahmsweise nochmals bis zum 3. Juli 1988 zu verlängern. Eine weitere Verlängerung sei nach den geltenden ausländerrechtlichen Bestimmungen ausgeschlossen. Sie bat die Beklagte deshalb, innerhalb ihres Betriebes die entsprechenden Planungen vorzunehmen und dem Kläger naheulegen, rechtzeitig die Vorbereitungen für die Beendigung seines und seiner Familie Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zu treffen. Weiter heißt es in dem Schreiben:

"Eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, auch aus humanitären Gründen, scheidet aus. Von einer Verfestigung durch den bisherigen dreijährigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland kann nämlich nicht ausgegangen werden, da Herrn M. und seiner Familie von Anfang an klar sein mußte, daß die Aufenthaltserlaubnis nur befristet erteilt wird. Daran ändert auch nichts, daß die Kinder bereits eine deutsche Schule besuchen. Wir haben auf den Schulbesuch durch die Befristung der Aufenthaltserlaubnis bis zum 03.07.1988 Rücksicht genommen, da zu diesem Zeitpunkt das Schuljahr beendet sein wird."



- 5 -

Mit dem auch der Beklagten "mit der Bitte um Unterstützung" zur Kenntnis übersandten Schreiben der Ausländerbehörde vom 24. März 1988 wurde dem Kläger folgendes mitgeteilt:

"... aus gegebenem Anlaß wollen wir darauf hinweisen, daß Ihre Aufenthaltserlaubnis mit Ablauf des 03.07.88 erlischt und wir eine Verlängerung nicht in Aussicht stellen können. Wir verweisen insoweit auf unser Schreiben vom 05.08.87 und bitten Sie, rechtzeitig alle Vorbereitungen zu treffen um in Ihr Heimatland zurückzukehren."

Am 3. Juni 1988 beantragte der Kläger bei der Ausländerbehörde die weitere Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis. Diesen Antrag hatte zuvor der Personalleiter der Beklagten in deren Namen gestempelt. Bei dieser Gelegenheit hatte der Kläger den Personalleiter auch um die Überlassung eines Antrags auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis gebeten.

Mit Schreiben vom 6. Juni 1988 kündigte die Beklagte "das Arbeitsverhältnis mit (dem Kläger) zum 03.07.1988".

Mit Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 14. Juni 1988 forderte der Kläger die Beklagte auf, den Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis bis spätestens 21. Juni 1988 ausgefüllt und unterzeichnet an ihn herauszugeben.

Im Juni 1986 erteilte die Beklagte dem Kläger eine schriftliche "Abmahnung" und im Juni 1988 drei schriftliche "Verwarnungen", mit denen sie angebliche Vertragsverletzungen rügte.



- 6 -

Mit Schreiben vom 23. Juni 1988 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis "nochmals vorsorglich zum nächstmöglichen Termin, spätestens jedoch zum 30.09.1988".

Am 24. Juni 1988 beantragte der Kläger beim Arbeitsamt die Verlängerung der Arbeitserlaubnis. Der Antrag enthielt in den dafür vorgesehenen Rubriken des Formblattes keine Angaben zur Aufenthaltserlaubnis und keine Bestätigung der Beklagten, daß "der Arbeitnehmer entsprechend dem Antrag beschäftigt werden soll".

Mit Wirkung vom 5. Juli 1988 stellte die Beklagte den deutschen Staatsangehörigen Peter L. anstelle des Klägers als Barmann im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ein.

Die Ausländerbehörde lehnte mit Verfügung vom 13. Juli 1988 den Antrag des Klägers auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ab, forderte ihn zum Verlassen der Bundesrepublik Deutschland bis spätestens 15. August 1988 auf und drohte ihm die Abschiebung an. Die Rechtsmittelbelehrung enthält den Hinweis, daß Widerspruch keine aufschiebende Wirkung habe.

Am 19. Juli 1988 beantragte der Kläger beim Arbeitsgericht (ArbG Stuttgart - 6 Ga 45/88 -), der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, den Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis für den Kläger ausgefüllt und unterzeichnet an ihn herauszugeben. Der Antrag blieb in beiden Instanzen erfolglos (ArbG Stuttgart, Urteil vom 28. Juli 1988; LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 20. Dezember 1988 - 8 Sa 107/88 -).



- 7 -

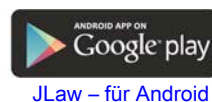
Mit Schriftsatz seiner Prozeßbevollmächtigten vom 20. Juli 1988 legte der Kläger gegen die Verfügung der Ausländerbehörde vom 13. Juli 1988 Widerspruch ein. Mit einem weiteren Schriftsatz vom selben Tag beantragte er beim Verwaltungsgericht Stuttgart, gemäß § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Das Verwaltungsgericht bestätigte dem Kläger mit Schreiben vom 26. Juli 1988 den Eingang des Antrags am 25. Juli 1988 und unterrichtete ihn weiter von einer Mitteilung an die Ausländerbehörde, das Gericht gehe davon aus, daß bis zur Entscheidung über den Eilantrag von Vollzugsmaßnahmen abgesehen werde. Den Antrag selbst hat es zu einem nicht näher vorgetragenen Zeitpunkt zwischen dem 1. Dezember 1988 und dem 11. April 1989 abgewiesen.

Mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 28. Juli 1988 kündigte die Beklagte unter Bezugnahme auf die Verfügung der Ausländerbehörde vom 13. Juli 1988 das Arbeitsverhältnis vorsorglich nochmals fristlos und hilfsweise ordentlich.

Das Arbeitsamt lehnte mit Bescheid vom 3. August 1988 den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis vom 24. Juni 1988 mit der Begründung ab, er habe trotz Aufforderung die für die Bearbeitung des Antrags notwendigen Unterlagen nicht beigebracht. Die Rechtsmittelbelehrung enthielt den Hinweis, daß der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung habe. Über den hiergegen am 8. August 1988 eingelegten Widerspruch des Klägers ist bis zum Schluß der Berufungsverhandlung vom 11. April 1989 nicht entschieden worden.



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



- 8 -

Am 24. Oktober 1988 trug die Ausländerbehörde in den Paß des Klägers folgenden Vermerk ein:

"Aufenthaltserlaubnis beantragt am 13.06.88.
Der Aufenthalt gilt gemäß § 21 Abs. 3 AuslG
bis zum Abschluß des Verfahrens nach § 80
Abs. 5 VwGO als erlaubt."

Der Kläger hat sich mit Klage und Klageerweiterung gegen sämtliche Kündigungen der Beklagten gewandt. Er hat geltend gemacht, daß sie sozial ungerechtfertigt bzw. rechtsunwirksam seien und die Beklagte bei der Kündigung vom 6. Juni 1988 zudem die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist nicht eingehalten habe..

Der Kläger hat, soweit noch von Interesse, folgende Anträge gestellt:

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 6. Juni 1988 nicht zum 3. Juli 1988 aufgelöst wird,
2. ...
3. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 1988 nicht aufgelöst wird,
4. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 23. Juni 1988 nicht aufgelöst wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat zur Rechtfertigung der Kündigungen vorgetragen, daß die Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis des Klägers am 3. Juli 1988 abgelaufen gewesen seien und mit einer Verlängerung nicht habe gerechnet werden können. Insbesondere aufgrund der Schreiben der Ausländer-



- 9 -

behörde vom 26. Februar 1985, 5. August 1987 und 24. März 1988 sei für beide Parteien klar gewesen, daß der Kläger nur bis zum 3. Juli 1988 in der Bundesrepublik Deutschland verbleiben könne. Sie habe ihn deshalb nicht mehr beschäftigen dürfen. Seine Stelle habe auch nicht bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts unbesetzt bleiben können, sondern aus dringenden betrieblichen Gründen unbedingt neu besetzt werden müssen. Eine Bar der von ihr betriebenen Art sei umsatzmäßig entscheidend von der Qualifikation des Barmannes abhängig. Kundenbetreuung, Ansprache und Kontaktkontinuität seien wesentliche Merkmale seiner Tätigkeit. Die Bar müsse ferner ständig von einer qualifizierten Person kontrolliert und beaufsichtigt werden. Es wäre sowohl für den Barbetrieb als auch für den Hotelbetrieb unverantwortlich, die Bar unbesetzt zu lassen. Einen qualifizierten Barmann finde man nicht aushilfsweise, sondern nur, wenn man einen sicheren Arbeitsplatz anbiete. Sie habe deshalb von der Möglichkeit Gebrauch machen müssen, als qualifizierten Barmann Herrn Peter L am 5. Juli 1988 einzustellen. Im übrigen lägen auch verhaltensbedingte Kündigungsgründe vor.

Der Kläger hat erwidert, die Kündigung sei nicht damit zu rechtfertigen, daß er vorübergehend nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis sei. Es habe nicht davon ausgegangen werden können, daß die Aufenthaltserlaubnis endgültig versagt werde. Solange über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO noch nicht entschieden sei, gelte sein Aufenthalt als erlaubt. Er erhalte sofort eine Arbeitserlaubnis, wenn ihm die Beklagte bestätige, daß er entsprechend dem Antrag auf Arbeitserlaubnis beschäftigt wer-



den solle; dies habe Herr F vom Arbeitsamt seinem Prozeßbevollmächtigten am 8. März 1989 fernmündlich erklärt. Die Beklagte wolle ihn nur auf einfache Art loswerden. Dies zeige insbesondere ihr Schreiben an das Arbeitsamt vom 23. November 1988, in dem sie ihr fehlendes Interesse an seiner weiteren Beschäftigung bekundet habe. Der Vortrag der Beklagten zur Einstellung des Barmannes Peter L liege neben der Sache. Selbst wenn die von ihr beschworenen dringenden betrieblichen Gründe zu seiner Einstellung vorlägen, könnten sie die Kündigung nicht rechtfertigen. Die von der Beklagten geltend gemachten Gründe würden auch mit Nichtwissen bestritten. Die gegen ihn erhobenen Vorwürfe seien unberechtigt.

Das Arbeitsgericht hat den Klageanträgen zu 1), 3) und 4) entsprochen und festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die Kündigung vom 6. Juni 1988 zum 3. Juli 1988 noch durch die Kündigung vom 23. Juni 1988 noch durch die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 28. Juli 1988 aufgelöst worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht unter Zurückweisung der Berufung im übrigen das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 6. Juni 1988 zum 3. Juli 1988 noch durch die fristlose Kündigung vom 28. Juli 1988 aufgelöst wurde, sondern bis zum 30. September 1988 fortbestand. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.



- 11 -

Gegen dieses Urteil hat nur der Kläger Revision eingelegt.
Er erstrebt die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Die Beklagte 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.

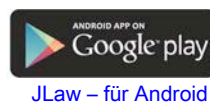
A. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch die ordentlichen Kündigungen der Beklagten vom 28. Juli 1988, vom 23. Juni 1988 oder durch die Kündigung vom 6. Juni 1988 zum 30. September 1988 beendet worden ist oder nicht.

I. Dem Antrag zu 1) festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 6. Juni 1988 nicht zum 3. Juli 1988 aufgelöst worden ist, hat das Berufungsgericht mit der Begründung entsprochen, die Beklagte habe insoweit eine ordentliche Kündigung erklärt, jedoch nicht die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende eingehalten. Diese Kündigung habe demgemäß das Arbeitsverhältnis jedenfalls nicht vor dem 30. September 1988 zu beenden vermocht.

Die Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 1988 als fristlose hat das Berufungsgericht wegen Fehlens eines wichtigen Grundes im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB für unwirksam angesehen. Damit hat es dem Klageantrag zu 3) teilweise, nämlich insoweit entsprochen, als er auf die Feststellung gerichtet war, daß das Arbeitsver-



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



hältnis durch diese Kündigung nicht mit sofortiger Wirkung beendet worden ist.

Da die insoweit unterlegene Beklagte keine Revision eingelegt hat, steht somit rechtskräftig fest, daß das Arbeitsverhältnis jedenfalls nicht vor dem 30. September 1988 beendet worden ist.

II. Die weitergehenden Klageanträge zu 3) und 4) hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgewiesen, jedenfalls die hilfsweise als ordentliche ausgesprochene Kündigung vom 28. Juli 1988 sei sozial gerechtfertigt. Es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob auch die mit einer Frist zum 30. September 1988 umgedeutete ordentliche Kündigung vom 6. Juni 1988 oder die vorsorgliche ordentliche Kündigung vom 23. Juni 1988 sozial gerechtfertigt wäre. Dem Kläger gehe es ersichtlich nur um die Feststellung, daß sein Arbeitsverhältnis auch nicht zum 30. September 1988 beendet worden sei. Sei aber die Beendigung zu diesem Termin jedenfalls durch die Kündigung vom 28. Juli 1988 eingetreten, habe der Kläger an einer gesonderten Feststellung, daß diese Wirkung nicht schon durch die beiden vorausgegangenen Kündigungen eingetreten sei, kein rechtliches Interesse mehr.

B. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, die vorsorgliche ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 1988 sei sozial gerechtfertigt, im wesentlichen wie folgt begründet:

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Der Entzug der Arbeitserlaubnis und das sich hieraus ergebende Beschäftigungsverbot seien grundsätzlich als Kündigungsgrund geeignet. Sei über einen Verlängerungsantrag des Arbeitnehmers nach Ablauf der Erlaubnisfrist noch nicht rechtskräftig entschieden, so reiche es unbeschadet der in jedem Falle gebotenen Interessenabwägung zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung aus, daß bei objektiver Beurteilung im Zeitpunkt der Kündigung in absehbarer Zeit nicht mit einer Neuerteilung der Erlaubnis zu rechnen und der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen auf die dauerhafte Neubesetzung des Arbeitsplatzes angewiesen sei. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt.

Der Kläger sei im Zeitpunkt dieser Kündigung seit mehr als drei Wochen nicht mehr im Besitz einer Arbeitserlaubnis gewesen. Bei objektiver Prognose sei am 28. Juli 1988 auch mit ihrer Wiedererteilung nicht zu rechnen gewesen.

Zum einen hätten damals die u.a. nach § 5 Abs. 1 AEVO (Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer - Arbeitserlaubnisverordnung - in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1980, BGBl I, S. 1754, zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung asylverfahrensrechtlicher, arbeitserlaubnisrechtlicher und ausländerrechtlicher Vorschriften vom 6. Januar 1987, BGBl I, S. 89) für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis erforderlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen. Weder habe der Kläger eine Arbeitserlaubnis besessen noch habe sein Aufenthalt als erlaubt gegolten. Die Aufenthaltserlaubnisfiktion des § 21 Abs. 3 Satz 1 und 3 AuslG sei nach Ablehnung seines Verlänge-



rungsantrages durch den Bescheid der Ausländerbehörde vom 13. Juli 1988 beendet worden. Bereits aus diesem formalen Grunde sei daher am 28. Juli 1988 mit einer Neuerteilung der Arbeitserlaubnis in absehbarer Zeit nicht zu rechnen gewesen. Zudem habe der Antrag des Klägers auf Erteilung der Arbeitserlaubnis nicht die erforderlichen Angaben zur Aufenthaltserlaubnis enthalten.

Aber auch nach der materiellen Rechtslage habe nicht mehr mit einer nochmaligen Erteilung der Arbeitserlaubnis gerechnet werden können, weil auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 19 AFG nicht mehr vorgelegen hätten, nachdem sich ein geeigneter deutscher Arbeitnehmer für die Tätigkeit des Klägers gefunden habe.

Die Beklagte habe das Fehlen der Arbeitserlaubnis auch nicht gegen Treu und Glauben herbeigeführt. Ein treuwidriges Verhalten liege nicht darin, daß sie ihm nicht bestätigt habe, er solle bei ihr weiterbeschäftigt werden. Zwar sei der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer bei der Erlangung einer erneuten Arbeitserlaubnis zu unterstützen. Die Beklagte habe aber kein sachlich begründetes Interesse mehr an der Beschäftigung des Klägers gehabt und sei zudem von der Ausländerbehörde mehrfach auf eine als unabwendbar bezeichnete Beendigung der Aufenthaltserlaubnis hingewiesen worden. Außerdem sei nicht festzustellen, daß dieses Verhalten der Beklagten im Hinblick auf die objektive Rechtslage für die Versagung der Erlaubnis ursächlich gewesen sei.



Die Beklagte sei aus betrieblichen Gründen auf eine dauerhafte Besetzung des Arbeitsplatzes des Klägers angewiesen gewesen. Hiervon sei auszugehen, weil sich der Kläger zu ihrem substantiierten Vorbringen zu diesem Punkt nicht hinreichend nach § 138 Abs. 2 ZPO eingelassen habe. Der Beklagten sei auch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem anderen Arbeitnehmer unzumutbar gewesen.

Schließlich ergebe die Interessenabwägung, daß das Interesse der Beklagten an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Klägers an dessen Fortbestand überwiege. Neben Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und sozialer Lage des Klägers sei hierbei insbesondere von Bedeutung, daß der Kläger aufgrund der Schreiben der Ausländerbehörde nicht auf einen dauerhaften Bestand des Arbeitsverhältnisses habe vertrauen dürfen.

C. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ist der Senat im Ergebnis und auch in wesentlichen Teilen der Begründung gefolgt.

I. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Senatsurteil vom 13. Januar 1977, BAGE 29, 1 = AP Nr. 2 zu § 19 AFG; Urteile vom 19. Januar 1977 - 3 AZR 66/75 - und vom 16. Dezember 1976 - 3 AZR 716/75 - AP Nr. 3 und 4 zu § 19 AFG) wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eines Ausländers, der nach § 19 Abs. 1 AFG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland einer Erlaubnis bedarf, mit Ablauf der Arbeits-erlaubnis nicht nichtig. Diese Vorschrift enthält nur ein Beschäftigungsverbot. Das Arbeitsverhältnis kann daher regelmäßig nur durch Kündigung beendet werden.



II. Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter 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 Grund im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG abzugeben, auch wenn über die Erteilung der Arbeitserlaubnis noch nicht rechtskräftig entschieden sei.

1. Hiervon ist der Senat bereits in dem Urteil vom 13. Januar 1977 (aaO, zu II der Gründe) ausgegangen. In dem dort entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach Ablauf der Arbeitserlaubnis fristlos gekündigt, nachdem das Arbeitsamt einen Antrag des Arbeitnehmers auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis abgelehnt hatte und auch die Bemühung des Arbeitgebers, eine Genehmigung zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers wenigstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu erreichen, erfolglos geblieben war.

a) Der Senat hat das Urteil des Berufungsgerichts, das die Kündigung für wirksam angesehen hatte, aufgehoben und den Rechtsstreit zurückverwiesen, weil das Berufungsgericht einen maßgebenden Gesichtspunkt der Interessenabwägung nicht berücksichtigt habe. Es habe nicht geprüft, ob es dem Arbeitgeber nicht zumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen und dem Kläger auf diese Weise die mit einer fristlosen Kündigung regelmäßig verbundene Diskriminierung zu ersparen. Das Berufungsgericht habe zwar mit vertretbaren Erwägungen ausgeführt, daß dem Arbeitgeber nicht zu-



mutbar gewesen sei, mit der Kündigung abzuwarten, bis über den Bescheid des Arbeitsamts wegen der Arbeitserlaubnisablehnung rechtskräftig entschieden sein würde. Der Senat hat für das erneute Verfahren vor dem Berufungsgericht den Vortrag des Arbeitgebers für erheblich angesehen, er habe den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers sofort wiederbesetzen müssen, um Ausfälle im Betriebsablauf zu verhindern, und er habe Äußerungen des Arbeitsamts dahin verstehen können und müssen, daß das Arbeitsamt die fristlose Kündigung des Arbeitnehmers gefordert habe. Aus dieser Begründung wird deutlich, daß der Senat nicht die rechtskräftige Entscheidung über die Arbeitserlaubnis als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung angesehen hat. Für die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung kann nichts anderes gelten.

b) Dem stehen nicht die vom Berufungsgericht zitierten Ausführungen in dem Urteil des Dritten Senats vom 19. Januar 1977 (aaO, zu II und III 2 b der Gründe) entgegen, der Arbeitgeber könne die arbeitsvertraglichen Beziehungen erst lösen, wenn die Arbeitserlaubnis "endgültig" abgelehnt sei bzw. er könne das Arbeitsverhältnis erst recht lösen, wenn zwar die Arbeitserlaubnis beantragt, diese aber vom dafür zuständigen Arbeitsamt versagt worden sei. In dem Urteil heißt es weiter, der Arbeitgeber müsse dann aber kündigen; ob in einem solchen Falle eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht komme, könne dahingestellt bleiben, weil der Arbeitgeber keine Kündigung erklärt habe. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der Dritte Senat unter "endgültiger" Ablehnung der Arbeitserlaubnis keine rechtskräftige verstanden hat.



c) Die Auffassung des Senats wird auch im Schrifttum geteilt (vgl. KR-Becker, 3. Aufl., § 1 KSchG Rz 196; Hanau, Festschrift 25 Jahre BAG, Seite 169, 189, 190; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 151, 152).

2. Das Berufungsgericht hat für die Frage, nach welchen allgemeinen Kriterien eine ordentliche Kündigung wegen fehlender Arbeitserlaubnis sozial gerechtfertigt sein kann, zutreffend zwischen einer rechtskräftigen und einer noch nicht rechtskräftigen Versagung der Arbeitserlaubnis unterschieden.

a) Ist die Arbeitserlaubnis rechtskräftig versagt worden, so steht dem weiteren Einsatz des Arbeitnehmers gemäß § 19 Abs. 1 AFG ein dauerndes Beschäftigungsverbot mit der zivilrechtlichen Folge entgegen, daß dem Arbeitnehmer die dem Arbeitgeber geschuldete Arbeitsleistung dauernd unmöglich wird. Der Arbeitnehmer ist in diesem Falle, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, mit einem Arbeitnehmer vergleichbar, der wegen Krankheit zur Leistung der geschuldeten Dienste dauernd außerstande ist. Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 30. Januar 1986 - 2 AZR 668/84 - NZA 1987, 555) ist in einem solchen Falle eine ordentliche Kündigung regelmäßig sozial gerechtfertigt, ohne daß es noch einer ausdrücklichen Darlegung der Beeinträchtigung betrieblicher Interessen bedürfte. Gleiches muß dann auch gelten, wenn der Arbeitnehmer nicht aus gesundheitlichen Gründen, sondern wegen Fehlens einer erforderlichen behördlichen Erlaubnis zur Leistung der vertraglich geschuldeten Dienste dauernd außerstande ist.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



b) Eine Parallele zur Kündigung wegen langanhaltender Erkrankung liegt aber auch vor, wenn noch nicht feststeht, ob die Arbeitserlaubnis erteilt wird oder nicht. In beiden Fällen besteht ein Zustand der Ungewißheit, ob und gegebenenfalls wann der Arbeitnehmer zur Leistung der Dienste in der Lage sein wird. Auch die Auswirkungen dieses Schwebezustandes auf das Arbeitsverhältnis sind vergleichbar, wenn der Arbeitsplatz nicht auf unbestimmte Zeit unbesetzt bleiben kann. Der Arbeitgeber ist dann gezwungen, den Ausfall entweder durch bereits beschäftigte Arbeitnehmer oder durch Einstellung einer Aushilfskraft zu überbrücken.

c) Dem Berufungsgericht ist deshalb zuzustimmen, wenn es die zur krankheitsbedingten Kündigung aufgestellten Grundsätze mit den im Hinblick auf die Besonderheiten des behördlichen Erlaubnisverfahrens gebotenen Modifikationen auf die Kündigung wegen fehlender Arbeitserlaubnis anwendet.

Danach ist in diesen Fällen darauf abzustellen, ob und gegebenenfalls in welchem Zeitraum bei Ausspruch der Kündigung mit einer Erteilung der Arbeitserlaubnis zu rechnen war und ob der Arbeitgeber in diesem Zeitraum den Arbeitsplatz für den ausländischen Arbeitnehmer ohne erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen offenhalten konnte. In diesem Zusammenhang ist auch der vom Berufungsgericht berücksichtigte Umstand von Bedeutung, ob der Arbeitgeber im Hinblick auf die Besonderheiten der in Frage stehenden Dienstleistungen den Arbeitsplatz mit einem nur vorübergehend eingestellten Arbeitnehmer besetzen kann (so auch Hanau, aaO, S. 189).



d) Zu Unrecht meint die Revision, eine in diesem Rahmen vorgenommene Prüfung der Erfolgsaussichten des sozialrechtlichen Erlaubnisverfahrens bedeute einen unzulässigen Eingriff in die Zuständigkeit der Bundesanstalt für Arbeit und der Sozialgerichte. Im Vordergrund der arbeitsrechtlichen Nachprüfung steht nicht die Beurteilung der materiellen sozialrechtlichen Rechtslage, sondern die Prüfung, ob für den Arbeitgeber bei objektiver Beurteilung bei Ausspruch der Kündigung in absehbarer Zeit mit der Erteilung der Erlaubnis zu rechnen war und wie sich die Zeit der Ungewißheit auf das Arbeitsverhältnis auswirken werde. Die Entscheidung für die Erteilung der Arbeitserlaubnis ist deshalb auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren nicht vorgreiflich (so zutreffend Hanau, aaO, S. 189).

Mit dieser Prüfungskompetenz der Gerichte für Arbeitssachen wird auch nicht der durch die Einräumung von Widerspruch und Klage vor den Sozialgerichten gewährleistete Schutz in unzulässiger Weise umgangen. Wie Hanau (aaO, S. 189/190) zutreffend ausführt, kann der ausländische Arbeitnehmer im sozialgerichtlichen Verfahren in entsprechender Anwendung der §§ 80, 123 VwGO den Erlaß einer einstweiligen Anordnung beantragen, wenn ihm sonst schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. BVerfGE 46, 166, m.w.N.).

III. Für die Prognose, ob mit einer Neuerteilung der Arbeitserlaubnis zu rechnen gewesen sei, ist das Berufungsgericht aller-



dings zu Unrecht davon ausgegangen, im Zeitpunkt der Kündigung vom 28. Juli 1988 hätten schon die nach § 5 Abs. 1 AEVO erforderlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Arbeitserlaubnis nicht vorgelegen.

Nach dieser Vorschrift wird die Arbeitserlaubnis nur erteilt, soweit der Arbeitnehmer die für den Aufenthalt erforderliche Erlaubnis besitzt (Nr. 1) oder sein Aufenthalt auch ohne Erlaubnis nach Nr. 1 erlaubt ist oder als erlaubt gilt (Nr. 2).

Die letztmals bis zum 3. Juli 1988 befristete Aufenthaltserlaubnis war zwar am 28. Juli 1988 seit etwa drei Wochen abgelaufen gewesen.

Der Aufenthalt des Klägers galt aber zu diesem Zeitpunkt gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 AEVO noch weiterhin als erlaubt.

1. Diese gesetzliche Fiktion tritt ein, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer nach Einreise die Aufenthaltserlaubnis beantragt; gleiches gilt für den Antrag auf Verlängerung einer befristet erteilten Arbeitserlaubnis (§ 21 Abs. 3 Satz 1 und 3 AuslG). Bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Neu- bzw., wie hier, den Verlängerungsantrag gilt der Aufenthalt unter den genannten Voraussetzungen als erlaubt (vgl. auch Senatsurteil vom 20. Februar 1986 - 2 AZR 201/85 - NZA 1988, 94, zu II 2 b der Gründe).



2. Vorliegend war die dem Kläger zuletzt erteilte Aufenthaltserlaubnis bis zum 3. Juli 1988 befristet. Da der Kläger jedoch am 3. Juni 1988 ihre Verlängerung beantragt hatte, galt sein Aufenthalt zunächst über das Fristende hinaus gemäß § 21 Abs. 3 Satz 1 und 3 AuslG als erlaubt, obwohl der gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis durch die Ausländerbehörde am 20. Juli 1988 eingelegte Widerspruch gemäß § 21 Abs. 3 Satz 2 AuslG keine aufschiebende Wirkung hatte.

a) Legt der Ausländer gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis Widerspruch ein, so gilt der Aufenthalt dann weiterhin als erlaubt, wenn die Widerspruchsbehörde gemäß § 80 Abs. 4 VwGO die Vollziehung ausgesetzt hat. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen.

b) Der ausländische Arbeitnehmer kann jedoch nach § 80 Abs. 5 VwGO beim Verwaltungsgericht beantragen, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Diese gerichtliche Anordnung hat rückwirkende Kraft; der Arbeitnehmer wird so behandelt, als ob der die Aufenthaltserlaubnis ablehnende Bescheid noch nicht ergangen wäre (vgl. BVerwG Beschluß vom 14. Juli 1978 - 1 ER 301/78 - NJW 1979, 505). Aus der Rückwirkung der gerichtlichen Entscheidung folgt, daß der Aufenthalt nicht erst mit ihrem Er-
laß, sondern schon vorher bis zu diesem Zeitpunkt als erlaubt gilt. Die Fiktion des erlaubten Aufenthalts besteht somit auch im Falle der Ablehnung des Antrags bis zum Zeitpunkt dieser gerichtlichen Entscheidung (so zutreffend Kanein, Ausländerrecht, 4. Aufl. 1988, § 21 AuslG Rz 40).



Der Kläger hatte am 20. Juli 1988 einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt, über den am 28. Juli 1988 noch nicht entschieden war. Deshalb galt sein Aufenthalt zu diesem Zeitpunkt weiterhin als erlaubt. Dieser Zustand dauerte bis zu dem in den Vorinstanzen nicht geklärten Zeitpunkt der Ablehnung des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO durch das Verwaltungsgericht an, das zwischen dem 1. Dezember 1988 und 11. April 1989 entschieden hatte. Dem entspricht es auch, daß die Ausländerbehörde am 24. Oktober 1988 im Paß des Klägers vermerkte, sein Aufenthalt gelte bis zum Abschluß des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO als erlaubt.

Bei Ausspruch der Kündigung am 28. Juli 1988 stand somit § 5 Abs. 1 AEVO der Neuerteilung der am 24. Juni 1988 vom Kläger beantragten Arbeitserlaubnis nicht entgegen.

IV. Auf diesem Fehler beruht das angefochtene Urteil jedoch nicht. Denn aufgrund des festgestellten Sachverhalts war im Zeitpunkt der Kündigung aus weiteren Gründen bei objektiver Beurteilung nicht zu erwarten, daß der Kläger in absehbarer Zeit in den Besitz einer weiteren Arbeitserlaubnis gelangen werde. Diese weitere Würdigung des Berufungsgerichts erweist sich deshalb jedenfalls im Ergebnis als zutreffend.

1. Wie bereits ausgeführt, ist im Rahmen der anzustellenden Prognose nicht in erster Linie auf die Beurteilung der sozialrechtlichen Rechtslage und damit auf das Vorliegen der für die Arbeitserlaubnis nach § 19 Abs. 1 AFG erforderlichen Vorausset-



zungen, sondern darauf abzustellen, ob für den Arbeitgeber bei objektiver Beurteilung bei Ausspruch der Kündigung mit der Erteilung der Erlaubnis in absehbarer Zeit nicht zu rechnen war (vgl. Hanau, aaO, S. 189).

2. Die Prüfung der Erfolgsaussichten für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis ist deshalb nur unter dem Gesichtspunkt vorzunehmen, ob im Zeitpunkt der Kündigung die gegebenen Umstände offensichtlich zu Gunsten oder zu Ungunsten des Arbeitnehmers sprechen oder ob die Entscheidung von einer eingehenden Wertung durch die zuständigen Behörden bzw. Gerichte abhängt und deshalb mit einem Verfahren von nicht absehbarer Dauer zu rechnen ist.

a) Es kann somit dahingestellt bleiben, ob die Würdigung des Berufungsgerichts zutrifft, nach § 19 AFG habe dem Kläger von vornherein keine weitere Arbeitserlaubnis mehr erteilt werden dürfen. Denn in jedem Fall bestanden bei Ausspruch der Kündigung erhebliche Bedenken gegen eine Neuerteilung. Die Entscheidung hierüber bedarf einer einzelfallbezogenen Wertung, die eher ein dem Kläger ungünstiges Ergebnis erwarten ließ. Im Zeitpunkt der Kündigung war deswegen mit einem Verfahren von ungewisser Dauer zu rechnen.

b) Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 AFG wird die Arbeitserlaubnis nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles erteilt. Nach Satz 4 dieser Vorschrift kann sie befristet und u.a. auf bestimmte Betriebe, nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AEVO auch für eine bestimmte Berufstätig-



keit in einem bestimmten Betrieb beschränkt werden. Nach § 4 Abs. 1 AEVO wird die Arbeitserlaubnis nach § 1 dieser Verordnung auf längstens zwei Jahre befristet, unter bestimmten Voraussetzungen längstens auf drei Jahre. Nach § 2 Abs. 6 AEVO kann die Arbeitserlaubnis unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und den Voraussetzungen der Absätze 1 bis 3 des § 2 erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine Härte bedeuten würde.

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger seit seiner Einreise im Oktober 1984 bis 4. September 1987 zunächst eine auf insgesamt drei Jahre befristete Arbeitserlaubnis erhalten. Dies entsprach § 4 Abs. 1 AEVO. Die weitere vom 5. September 1987 bis 3. Juli 1988 befristete Arbeitserlaubnis wurde offensichtlich gemäß § 2 Abs. 6 AEVO erteilt. Hierfür spricht, daß auch die entsprechende letztmalige Befristung der Aufenthaltserlaubnis nach dem Schreiben der Ausländerbehörde an die Beklagte vom 5. August 1987 darauf beruhte, daß die Kinder des Klägers bereits eine deutsche Schule besuchten und das Schuljahresende auf den 3. Juli 1988 fiel.

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß für den Kläger nur eine auf die Tätigkeit bei der Beklagten beschränkte Arbeitserlaubnis in Betracht kam. Nach § 19 Abs. 2 AFG darf die Erlaubnis nicht erteilt werden, soweit die Beschäftigung durch eine ausländerrechtliche Auflage ausgeschlossen ist. Dies war bei dem Kläger der Fall. Nach der Arbeitserlaubnis vom 28. September 1987 war ihm eine Erwerbstätigkeit nur bei der Beklagten gestattet.



c) Nach der auch vom Berufungsgericht angezogenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. Urteil vom 14. Februar 1978 - 7 RAr 81/76 - AP Nr. 5 zu § 19 AFG) hat der Arbeitnehmer, der, wie vorliegend der Kläger, die Arbeitserlaubnis für eine bestimmte Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb begehrt, auf die Erteilung dieser Erlaubnis bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 AEVO einen Rechtsanspruch, wenn der Arbeitgeber gerade diesen Arbeitnehmer weiterbeschäftigen will und dafür sachlich gerechtfertigte betriebliche Gründe vorliegen. Gleiches gilt, soweit die Voraussetzungen der Härteklausel des § 2 Abs. 6 (früher Abs. 7) AEVO vorliegen.

§ 19 AFG bezweckt einen Vorrang deutscher und ihnen gleichgestellter ausländischer Arbeitnehmer bei der Arbeitsvermittlung. Dem würde es widersprechen, wenn entgegen der allgemeinen Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts eine Arbeitserlaubnis zu erteilen wäre, weil z.B. der einzelne ausländische Arbeitnehmer einen zu seiner Einstellung bereiten Arbeitgeber gefunden hat. Gleiches gilt, wenn der ausländische Arbeitnehmer bereits mit Arbeitserlaubnis eine Arbeitsstelle inne hat und lediglich eine Verlängerung der Arbeitserlaubnis begehrt, damit er die Arbeitsstelle nicht verliert, sondern im Betrieb weiterarbeiten kann. Der Ausländer kann auch dann keine Arbeitserlaubnis erhalten, wenn der Arbeitgeber ohne berechtigten Grund deutsche und gleichgestellte ausländische Arbeitnehmer, die für den Arbeitsplatz in Betracht kommen, zurückstellt, um den ausländischen Arbeitnehmer zu beschäftigen. Die Interessen des Arbeitgebers an der Fortsetzung der Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers können



den Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis nur stützen, wenn sie auf sachlich gerechtfertigten betrieblichen Gründen beruhen, deren Berücksichtigung § 19 AFG nicht entgegensteht (vgl. BSG, aaO).

d) Bei Anwendung dieser Grundsätze bestehen begründete Zweifel an den Erfolgsaussichten des Antrages des Klägers auf Erteilung einer weiteren - beschränkten - Arbeitserlaubnis für die angestrebte Tätigkeit bei der Beklagten. Der Beklagten stand ein geeigneter deutscher Arbeitnehmer zur Verfügung und war bereits am 5. Juli 1988 von ihr eingestellt worden. Sie hatte in ihrem die letzte Verlängerung der Arbeitserlaubnis des Klägers befürwortenden Schreiben an das Arbeitsamt vom 10. April 1987 ausgeführt, die Verweigerung der Arbeitserlaubnis würde "einen erheblichen Nachteil personeller Art für den Betrieb" bedeuten, weil die personelle Besetzung eines Barbetriebs "enorme Probleme" aufwerfe. Dieser Umstand, der als sachlich gerechtfertigter betrieblicher Grund im Sinne der dargestellten Grundsätze angesehen werden konnte, war weggefallen, als ein geeigneter deutscher Arbeitnehmer zur Verfügung stand.

Für die Erteilung der Arbeitserlaubnis ist jedoch auch gem. § 2 Abs. 6 AEVO erneut zu prüfen, ob nicht ein Härtefall im Sinne dieser Vorschrift vorliegt und der Kläger nicht deshalb doch einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Arbeitserlaubnis hat. Dies hat das Berufungsgericht bei seiner arbeitserlaubnisrechtlichen Beurteilung nicht geprüft.



Hieraus folgt jedoch, daß die Entscheidung über die Erteilung der Arbeitserlaubnis in jedem Fall eine Billigkeitserwägung erfordert und deshalb im Zeitpunkt der Kündigung am 28. Juli 1988 die Dauer und der Erfolg des Verfahrens nicht absehbar waren.

3. Wesentlich für die Frage, ob bei Ausspruch der Kündigung in absehbarer Zeit mit der Erteilung einer Arbeitserlaubnis zu rechnen war, ist auch die ausländerrechtliche Rechtslage.

Besitzt der ausländische Arbeitnehmer keine Aufenthaltserlaubnis oder gilt sein Aufenthalt nicht als erlaubt, so wird ihm, wie ausgeführt, nach § 5 Abs. 1 AEVO keine Arbeitserlaubnis erteilt. Ist die Arbeitserlaubnis abgelaufen oder gilt der Aufenthalt des Arbeitnehmers nicht mehr als erlaubt, so erlischt gem. § 8 Abs. 1 AEVO die Arbeitserlaubnis. Auch wenn dem Kläger somit die Arbeitserlaubnis erteilt wird, erlischt sie, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 AEVO nicht mehr vorliegen. Wie ausgeführt, galt am 28. Juli 1988 der Aufenthalt des Klägers im Hinblick auf seinen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO als erlaubt. Die Dauer dieser Aufenthaltstfiktions hing somit von der nicht absehbaren Dauer und dem ungewissen Ausgang des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO ab.

In dem Antrag des Klägers wird der Ablehnungsbescheid der Ausländerbehörde vom 13. Juli 1988 in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht angegriffen. Soweit darin die Feststellung der Ausländerbehörde beanstandet wird, ihm sei unmißverständlich zum Ausdruck gebracht worden, daß ein Aufenthalt auf Dauer in der



Bundesrepublik Deutschland ausgeschlossen sei, ist diese Rüge unbegründet. Nach dem unstreitigen Sachverhalt hatte die Ausländerbehörde den Kläger bereits mit Schreiben vom 26. Februar 1985 darauf hingewiesen, daß der Aufenthalt längstens bis zu drei Jahren zugelassen werden könne. Soweit die Behörde diese Frist ausgeschöpft hat, konnte der Kläger daraus nicht folgern, er werde "routinemäßig" auch darüber hinaus eine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Auch die Erteilung der letzten Erlaubnis konnte diesen Eindruck nicht erwecken. Das folgt schon aus der nur noch auf neun Monate bis zum Ende des Schuljahres 1988 befristeten Dauer.

Auch die Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hing somit von der Beurteilung tatsächlicher Umstände und nicht nur von rechtlichen Wertungen durch das Verwaltungsgericht ab, und ihr Ergebnis war im Zeitpunkt der Kündigung nicht absehbar.

Gleiches gilt in vermehrtem Umfang für das Schicksal des Hauptverfahrens über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis.

4. Unerheblich ist der Vortrag des Klägers, das Arbeitsamt hätte die Arbeitserlaubnis sofort erteilt, wenn ihm die Beklagte bestätigt hätte, daß er bei ihr antragsgemäß beschäftigt werde. Selbst wenn dies zuträfe, wäre im Hinblick auf die geschilderte ausländerrechtliche Rechtslage (vorstehend unter IV 3) für die Beklagte ungewiß geblieben, ob die Erlaubnis nicht bei Zurückweisung des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 AEVO wieder erlöschen werde. Deshalb sind auch die diesen Vortrag des Klägers betreffenden Rügen der Revision unbegründet.



5. Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß die Annahme des Berufungsgerichts, mit der Neuerteilung der Arbeitserlaubnis habe bei Ausspruch der Kündigung in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden können, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

V. Ist im Zeitpunkt der Kündigung mit der Erteilung der Arbeitserlaubnis in absehbarer Zeit nicht zu rechnen, bedarf es, entsprechend der Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung, der weiteren Prüfung, in welcher Weise sich diese Ungewißheit auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei aus betrieblichen Gründen darauf angewiesen gewesen, die Stelle des Barmanns in ihrem Hotel mit einem qualifizierten Arbeitnehmer auf Dauer und nicht nur aus-hilfsweise zu besetzen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstan-den.

1. Die Beklagte hat im einzelnen vorgetragen, eine Hotelbar der von ihr betriebenen Art sei umsatzmäßig entscheidend von dem Ein-satz eines qualifizierten Barmanns abhängig, den man nicht nur zur Aushilfe gewinnen könne.

Von diesem Vortrag ist das Berufungsgericht ausgegangen, weil es angenommen hat, der Kläger habe es nicht, wie nach § 138 Abs. 2 ZPO erforderlich, qualifiziert bestritten. Gegen diese Feststellung hat die Revision keine durchgreifende Verfahrensrüge erhoben. Hiervon hat sich der Senat nach eingehender Prüfung überzeugt und sieht nach § 565 a ZPO von einer näheren Begründung ab.



2. Wie sich aus diesen Feststellungen ergibt, war der zu erwartende Ausfall des Klägers mit einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen verbunden, die durch andere Überbrückungsmaßnahmen als die Einstellung eines qualifizierten Barmanns auf Dauer nicht hätte behoben werden können.

VI. Die Beklagte ist auch nicht nach Treu und Glauben daran gehindert, sich gegenüber dem Kläger auf diesen Kündigungsgrund zu berufen. Dies hat das Berufungsgericht ebenfalls in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteile vom 16. Dezember 1976, zu 3 c der Gründe, und vom 19. Januar 1977, zu III 2 a der Gründe, jeweils aaO), von der auch das Berufungsgericht ausgeht, ist der Arbeitgeber verpflichtet, den ausländischen Arbeitnehmer bei Erteilung der Arbeitserlaubnis zu unterstützen, zumal dann, wenn er dies bei früheren Gelegenheiten getan hat. Diese Hilfestellung darf er nicht einfach deshalb unterlassen, weil er ihn nicht mehr beschäftigen will. Wirkt er darüber hinaus der Erteilung der Arbeitserlaubnis entgegen, so kann es ihm nach dem in § 162 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Rechtsgedanken verwehrt sein, sich auf das dadurch herbeigeführte Beschäftigungsverbot zu berufen, wenn der Arbeitgeber diesen Umstand gegen Treu und Glauben herbeigeführt hat (so zutreffend Herschel, Anm. zu EzA § 19 AFG Nr. 1 und 2, unter II 3 b; ähnlich für den Fall der Versagung einer für die Berufsausübung erforderlichen besonderen behördlichen Erlaubnis BAG Urteil vom 6. März 1974 - 5 AZR 313/73 - AP Nr. 29 zu § 615 BGB,



allerdings bezogen auf Schadenersatzansprüche aus vom Arbeitgeber verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung).

2. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht jedoch jedenfalls in seiner Alternativbegründung ein treuwidriges Verhalten der Beklagten verneint. Es kann deshalb offenbleiben, ob seine erste Begründung zutrifft, dieses Verhalten sei für die Versagung der Arbeitserlaubnis nicht ursächlich gewesen.

Das Berufungsgericht hat die Besonderheiten des Falles berücksichtigt. Der Kündigungsgrund besteht hier gerade darin, daß der ausländische Arbeitnehmer aus Gründen auf unbestimmte Zeit nicht eingesetzt werden kann, die nicht im Einflußbereich des Arbeitgebers liegen, und daß diesem den Betrieb erheblich beeinträchtigenden Zustand nur durch Einstellung einer Dauerkraft begegnet werden kann. Dann handelt der Arbeitgeber aber nicht treuwidrig, wenn er dem Arbeitsamt gegenüber kein Interesse mehr an einer Beschäftigung des ausländischen Arbeitnehmers in seinem Betrieb bekundet, den er ohnehin nicht mehr längerfristig an sich binden kann.

VII. Das Berufungsgericht hat schließlich auch die entsprechend der Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung erforderliche Interessenabwägung vorgenommen. Es hat die soziale Lage des Klägers berücksichtigt, aber zu seinen Ungunsten gewertet, daß er, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, von Anfang an im Hinblick auf die verschiedenen Schreiben der Ausländerbehörde



nicht auf die Erlaubnis eines dauernden Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland als Voraussetzung für eine entsprechende Arbeitserlaubnis und damit auch nicht darauf habe vertrauen dürfen, daß er bei der Beklagten eine Daueranstellung finden werde. Diese Würdigung hält sich im Rahmen des dem Tatrichter eingeräumten Beurteilungsspielraums bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs und ist deshalb revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

Hillebrecht

Triebfürst

- zuleich für den
durch Urlaub ver-
hinderten Richter
Dr. Ascheid

Brocksiepe

Timpe



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)