

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die Amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: AFG § 19; BGB §§ 134, 275, 626

Leitsätze:

1. Nach § 19 Abs. 1 AFG ist nur die Ausübung einer Beschäftigung durch Ausländer nicht aber auch der Abschluß eines Arbeitsvertrages genehmigungspflichtig.
2. Ein nach Abschluß des Arbeitsvertrages und Aufnahme der Arbeit eintretendes Beschäftigungsverbot nach § 19 Abs. 1 AFG führt nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. Das Arbeitsverhältnis kann dann vielmehr regelmäßig nur durch Kündigung beendet werden.
3. Ob der Arbeitgeber nach Ablauf der Arbeitserlaubnis zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung berechtigt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab; insbesondere davon, ob der Arbeitgeber den Arbeitsplatz sofort neu besetzen muß.

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

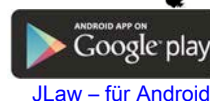
Aktenzeichen: 2 AZR 423/75

Urteil des BAG vom 13. Januar 1977

LAG Baden-Württemberg



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



2 AZR 423/75

3 Sa 98/74 Baden-Württemberg

Verkündet am
13. Januar 1977

gez.: Bittner,

Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 1976 durch den Richter Hillebrecht als Vorsitzenden, die Richter Roeper und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Peppler und Sickert für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 30. April 1975 - 3 Sa 98/74 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger, der als ausländischer Arbeitnehmer seit mehr als zehn Jahren in der Bundesrepublik Deutschland arbeitet, war seit dem 12. Juli 1973 bei der Beklagten als Maschinenarbeiter beschäftigt. Er besaß eine Arbeitserlaubnis, die bis zum 18. November 1973 befristet war. Am 19. November 1973 beantragte der Kläger ihre Verlängerung. Das zuständige Arbeitsamt S lehnte den Antrag des Klägers auf Erteilung einer weiteren Arbeitserlaubnis mit Bescheid vom 5. März 1974 ab. Dieser Bescheid enthielt den Hinweis darauf, daß eine Arbeitsausübung ohne Erlaubnis gemäß § 19 AFG nicht gestattet sei und das Arbeitsverhältnis auch im Falle des Widerspruchs nicht fortgesetzt werden dürfe. Außerdem wurde darauf aufmerksam gemacht, daß die Beschäftigung eines Arbeitnehmers ohne Arbeitserlaubnis als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 10.000,--DM geahndet werden könne. Die Beklagte erhielt am 14. März 1973 eine Abschrift dieses Bescheides zur Kenntnisnahme. Zugleich wurde sie gebeten, bis zum 20. März 1974 dem Arbeitsamt schriftlich zu bestätigen, daß das Beschäftigungsverhältnis beendet worden sei.

Die Beklagte versuchte daraufhin durch mehrere fernmündliche Rücksprachen beim Arbeitsamt, eine Genehmigung zur Weiterbeschäftigung des Klägers - wenigstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zu erreichen. Als diese Bemühungen erfolglos geblieben waren, kündigte die Beklagte am 15. März 1974 dem Kläger fristlos.

Am 27. März 1974 hob das Arbeitsamt auf den Widerspruch des Klägers hin den Versagungsbescheid auf und erteilte diesem eine weitere Arbeitserlaubnis. Nach dem Vortrag des Klägers ging der ablehnende Bescheid vom 5. März 1974 von falschen Voraussetzungen aus. Eine Weiterbeschäftigung des Klägers lehnte die Beklagte ab.

Gegen die Kündigung hat der Kläger fristgerecht nach § 4 KSchG Klage erhoben. Er hat beantragt festzustellen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten vom 15. März 1974 rechtsun-



- 3 -

wirksam sei und das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst habe. Hilfsweise hat er begehrt, die Beklagte zu verurteilen, die fristlose Kündigung zurückzunehmen und den Kläger weiter zu beschäftigen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgebracht, nach der Androhung einer hohen Geldbuße durch das Arbeitsamt sei ihr nichts anderes übrig geblieben, als dem Kläger fristlos zu kündigen. Nachdem das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet worden sei, bestehe kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage sowohl hinsichtlich des Feststellungsantrags wie auch des Hilfantrags abgewiesen. Die Berufung des Klägers gegen dieses Urteil ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, daß die Beklagte den Kläger wegen § 19 Abs. 1 AFG nach Ablauf seiner Arbeitserlaubnis nicht mehr beschäftigen durfte. Wegen dieses Beschäftigungsverbots sei aber nicht von einem nichtigen Arbeitsvertrag auszugehen, der jederzeit ohne Beachtung von Kündigungsvorschriften einseitig durch eine einfache Erklärung der Beklagten beendet werden könne (BAG 12, 104 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis).

1. Das Auslaufen einer befristeten Arbeitserlaubnis oder die Ablehnung, eine neue Arbeitserlaubnis zu erteilen, bewirkt nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 134 BGB in Verbindung mit § 19 Abs. 1 AFG. Der Gesetzgeber verlangt nur für die Ausübung einer Beschäftigung durch einen ausländischen Arbeitnehmer das Vorliegen einer Arbeitsgenehmigung (BAG 22, 22 [28] = AP Nr. 4 zu § 35 AVAVG - allerdings noch zu § 43 AVAVG, an dessen Stelle

- 4 -



- 4 -

jetzt § 19 AFG getreten ist). Der Abschluß des Arbeitsvertrages selbst ist nicht genehmigungspflichtig (vgl. LAG Hamm, DB 1976, 872; Heldmann, BB 1975, 1306 [1308]). Aus diesem Grunde wird auch nur die Ausübung einer Beschäftigung ohne eine erforderliche Erlaubnis als Ordnungswidrigkeit von dem Gesetz ausgestaltet (§ 229 AFG; vgl. Krebs, AFG, § 229 Anm. 3 - 5). Auch die arbeitsmarktpolitische Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit § 19 AFG verfolgt, erfordert nicht eine Erlaubnispflicht für den Abschluß eines Arbeitsvertrages selbst. Das mit der Erlaubnispflicht der Arbeitsverwaltung in die Hand gegebene Instrument zur Steuerung der Ausländerbeschäftigung und zugleich des inländischen Arbeitsmarktes (vgl. Krebs, aaO, Anm. 2; Weber-Paul, AFG, § 19 Anm. 1) wirkt schon, wenn lediglich die tatsächliche Beschäftigung verboten wird (vgl. LAG Hamm aaO). Da § 19 Abs. 1 AFG lediglich ein Beschäftigungsverbot, nicht aber auch ein Genehmigungserfordernis für den entsprechenden Arbeitsvertrag enthält, bewirkt der Ablauf einer befristeten Arbeitserlaubnis nicht, daß der gesamte Kündigungs- und Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses entfällt und das Arbeitsverhältnis dadurch ohne weiteres beendet wird.

2. Das Bundesarbeitsgericht ist zwar in der genannten Entscheidung (BAG 22, 22 = AP Nr. 4 zu § 35 AVAVG und ihm folgend die herrschende Meinung vgl. z.B. LAG Hamm, DB 1972, 293; DB 1972, 1171; LAG Baden-Württemberg, AP Nr. 1 zu § 19 AFG; LAG Berlin, ARSt 1974, 104; Krebs, aaO, § 19 Anm. 4; Henning-Kühl-Heuer, AFG, § 19 Anm. 2; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2. Aufl., § 27 III 4; Woltereck-Kues, AR-Blattei, Ausländische Arbeitnehmer I C, II 1) davon ausgegangen, daß ein ohne Arbeitserlaubnis geschlossener Arbeitsvertrag von vornherein nach § 134 BGB nichtig sei, wenn er nach der Absicht der Parteien trotz Kenntnis des Genehmigungserfordernisses ohne Genehmigung durchgeführt werden soll. Ob an diesem Grundsatz, der in neuerer Zeit auf Kritik gestoßen ist (vgl. Heldmann, BB 1975, 1306 ff.; Engels, RdA 1976, 165 [174]; LAG Hamm, BB 1976, 872; vgl. auch LAG Frankfurt, DB 1972, 2264), festzuhalten ist, bedarf hier keiner Erörterung. Denn dieser Grundsatz kann auf den vorliegenden Fall

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

nicht übertragen werden. Er betrifft nur die Frage, ob ein wirksamer Arbeitsvertrag zustande kommt, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Arbeitserlaubnis vorgelegen hat. Hier dagegen lag bei Vertragsabschluß eine Arbeitserlaubnis vor, so daß ein wirksamer Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist.

3. Das mit Ablauf der Arbeitserlaubnis eingetretene Beschäftigungsverbot berührt lediglich die Möglichkeit, den Arbeitsvertrag zu erfüllen. Steht ein nach Abschluß des Vertrages eingetretenes gesetzliches Verbot der Erbringung der geschuldeten Leistung entgegen, so wird die Erfüllung des Vertrages rechtlich unmöglich. Bei einem derartigen aus Rechtsgründen eingetretenen nachträglichen Leistungshindernis handelt es sich um einen Fall der Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB (vgl. BGHZ 37, 233 [240]; **Erman-Battes**, BGB, 5. Aufl., vor § 275 bis 292 Rdnr. 33; Soergel-Siebert-Schmidt BGB, 10. Aufl., § 306 Rdnr. 5). Die Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses, dessen Erfüllung durch den Ablauf einer Arbeitserlaubnis gestört ist, richtet sich demnach ausschließlich nach den Regeln über die nachträgliche Unmöglichkeit eines Schuldverhältnisses (§§ 275, 323 ff. BGB; so insbesondere: Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 29 zu § 615 BGB; LAG Hamm, DB 1976, 872; Engels, RdA 1976, 171 [173]; Heldmann, aaO, 1308; aA.: Krebs, aaO, § 19 Anm. 4 Brill, BB 1976, 1276; Woltereck-Kues, aaO, die, ohne jedoch eine Begründung zu geben, die oben bezeichneten Grundsätze der herrschenden Meinung für den Fall der ohne Erlaubnis begründeten Arbeitsverhältnisse auch für den Fall des Ablaufs einer Arbeitserlaubnis entsprechend anwenden wollen). Das nach Abschluß des Arbeitsvertrages eingetretene Beschäftigungs- und Arbeitsverbot nach § 19 Abs. 1 AFG bewirkt nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 134 BGB. Das Arbeitsverhältnis konnte daher nur durch Kündigung wirksam beendet werden.

II. Das Landesarbeitsgericht hat die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 15. März 1974 als gerechtfertigt erachtet.

1. Es hat ausgeführt, die Beklagte habe rechtzeitig innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gekündigt. Ein wichtiger Grund für die Kündigung sei gegeben, weil die Beklagte den Kläger wegen der fehlenden Arbeitserlaubnis nicht habe beschäftigen



- 6 -

dürfen, ohne sich ordnungswidrig zu verhalten und sich der Gefahr der Verhängung eines Bußgeldes auszusetzen. Das Landesarbeitsgericht hat ferner dargelegt, bei der Interessenabwägung sei zugunsten des Klägers zu prüfen gewesen, ob die Beklagte statt zu kündigen nicht die Arbeitsleistung des Klägers hätte ablehnen können und abwarten müssen, bis über den Bescheid des Arbeitsamts rechtskräftig erkannt worden sei. Dies sei der Beklagten jedoch nicht zumutbar gewesen, weil bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis Monate, sogar vielleicht Jahre vergehen könnten und der Kläger selbst versäumt habe, rechtzeitig die Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen.

2. Diese Interessenabwägung berücksichtigt nicht alle maßgebenden Umstände und ist deswegen fehlerhaft.

a) Nicht begründet ist allerdings die Rüge der Revision, die fristlose Kündigung sei ungerechtfertigt, weil die Frist des § 626 Abs. 2 BGB verstrichen gewesen sei. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht zu Recht darauf hingewiesen, die Weiterbeschäftigung ohne Arbeitserlaubnis sei ein sogen. Dauertatbestand. Dieser Zustand hat auch innerhalb der letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung angehalten (vgl. BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlußfrist unter II 2 c der Gründe). Abgesehen davon ist durch die Androhung eines hohen Bußgeldes in Verbindung mit der Aufforderung, das Beschäftigungsverhältnis zu beenden, eine neue Lage für die Beklagte entstanden, und damit ein für ihre außerordentliche Kündigung weiterer maßgeblicher Umstand eingetreten.

b) Begründet ist jedoch die Rüge, dem Landesarbeitsgericht seien bei Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB Fehler unterlaufen. Zwar kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die von dem Landesarbeitsgericht für die Annahme des wichtigen Grundes gegebene Begründung revisionsrechtlich

- 7 -



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



nur daraufhin nachgeprüft werden, ob der Tatrichter von einem Sachverhalt ausgegangen ist, der, unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles, geeignet ist, überhaupt einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu geben (BAG 2, 214 [215] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB; BAG AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Vom Revisionsgericht ist weiter nachzuprüfen, ob der Tatrichter den Begriff des wichtigen Grundes in seiner rechtlichen Bedeutung richtig erkannt und richtig angewendet hat. Hierzu gehört die Prüfung und Abwägung, ob und inwieweit demjenigen, der eine außerordentliche Kündigung ausspricht, zuzumuten ist, das Vertragsverhältnis bis zum Wirksamwerden einer ordentlichen Kündigung fortzusetzen oder nicht. Der Begriff des wichtigen Grundes ist demnach nur dann richtig erkannt und richtig angewendet, wenn sich diese Zumutbarkeitsprüfung auf alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles erstreckt und diese vollständig und widerspruchsfrei gegeneinander abwägt. Ist dies nicht der Fall, so ist nicht ausgeschlossen, daß der Tatrichter den Begriff des wichtigen Grundes verkannt und damit rechtsfehlerhaft angewendet hat. Dies hat das Revisionsgericht, wie jede fehlerhafte materielle Rechtsanwendung auch ohne Verfahrensrügen nachzuprüfen (vgl. nur BAG 2, 175 [182] = AP Nr. 1 zu § 23 BetrVG; BAG 2, 214 [215] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 70 HGB).

Im Streitfall hat das Landesarbeitsgericht einen maßgebenden Gesichtspunkt bei der Interessenabwägung nicht berücksichtigt. Es hat nicht geprüft, ob es der Beklagten nicht zumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen, um auf diese Weise dem Kläger die mit einer fristlosen Kündigung regelmäßig verbundene Diskriminierung zu ersparen. Das Landesarbeitsgericht hat zwar mit vertretbaren Erwägungen ausgeführt, der Beklagten sei es nicht zuzumuten gewesen mit der Kündigung abzuwarten bis über den Bescheid des Arbeitsamtes wegen der Arbeitserlaubnisverlängerung rechtskräftig entschieden worden wäre. Darüber, ob es der Beklagten zumutbar gewesen ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungs-



frist fortzusetzen, enthält das Urteil jedoch keine Ausführungen. Nach dem bisherigen Streitstand mag es für die Beklagte durchaus zumutbar gewesen sein, diese verhältnismäßig kurze Frist (das Urteil enthält allerdings keine Ausführungen über die Dauer der geltenden Kündigungsfrist) einzuhalten, zumal sie für diese Zeit, in der sie den Kläger wegen § 19 Abs. 1 AFG und insbesondere nach dem entsprechenden Hinweis des Arbeitsamtes nicht weiter beschäftigen durfte, nicht verpflichtet gewesen wäre, dem Kläger Lohn zu zahlen.

3. Der Senat vermag die Interessenabwägung nicht selbst zu ergänzen. Es ist nämlich anzunehmen, daß die rechtliche Beurteilung durch den Senat den Parteien Anlaß zu neuem Tatsachenvortrag geben wird, der nach dem bisherigen Verlauf des Rechtsstreits unerheblich erschien (vgl. BAG 21, 46 = AP Nr. 127 zu § 242 BGB Ruhegehalt). Das folgt aus dem Vortrag der Revisionsklägerin, sie würde auf Befragen im Berufungsverfahren unter Beweisantritt geltend gemacht haben, daß sie den Arbeitsplatz des Klägers nach der vorläufigen Ablehnung der Arbeitserlaubnis sofort wieder habe besetzen müssen, um Ausfälle im Betriebsablauf zu vermeiden. Außerdem habe sie das Schreiben des Arbeitsamtes und die Anrufe des Amtes dahin verstehen können und dürfen, daß das Arbeitsamt die fristlose Kündigung des Klägers gefördert hätte. Die Kündigung der Beklagten wäre in diesem Fall unter dem Prüfungsmaßstab der Druckkündigung zu prüfen. In beiden Fällen könnte die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein.

Das Landesarbeitsgericht wird sich daher mit diesem angekündigten Sachvortrag der Beklagten auseinanderzusetzen haben und ihn, falls er zutrifft, in die Interessenabwägung mit einzubeziehen haben.

gez.: Hillebrecht

Roeper

Dr. Jobs

Sickert

Dr. Peppler

