

Aktenzeichen: 2 AZR 536/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 28. Februar 1985
- 2 AZR 536/83 -
I. Arbeitsgericht Urteil vom 19. Oktober 1982
Duisburg - 1 Ca 1781/82 -
II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 23. März 1983
Düsseldorf - 12 Sa 1929/82 -

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

Entscheidungsstichwort:

Beschäftigung vor erteilter Arbeitserlaubnis gem. § 19 AFG

Gesetz: BGB § 611; AFG § 19; SchwbG §§ 12, 17, 18

Leitsätze:

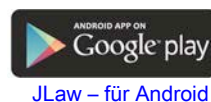
K e i n e

Hinweise des Senats:

Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers vor erteilter, aber beantragter Arbeitserlaubnis



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



2 AZR 536/83

12 Sa 1929/82 Düsseldorf

Verkündet am
28. Februar 1985

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Prof. Dr. Röhsler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Strümper und Baerbaum für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. März 1983 - 12 Sa 1929/82 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit 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 !

T a t b e s t a n d :

Der am 18. September 1939 geborene Kläger ist jugoslawischer Staatsangehöriger, ledig und drei in der Bundesrepublik lebenden Kindern unterhaltspflichtig. Er ist im Besitz einer am 22. Mai 1981 ausgestellten Zweitausfertigung eines Schwerbehindertenausweises über eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 80 % und den Zusatzstempeln "G" und "RF".

Ausländerbehördlich wurde der Kläger, der sich nach seinen Angaben seit 1966 in der Bundesrepublik aufhält, am 20. August 1982 erfaßt. Diese am 20. November 1982 ungültig gewordene Eintragung im Reisepaß des Klägers wurde am 22. November 1982 mit befristeter Gültigkeit bis zum 22. Februar 1983 wiederholt. Der Kläger hatte eine Aufenthaltserlaubnis bis zum 28. Dezember 1981 und für die Zeit vom 3. November 1981 bis zum 2. November 1982 eine Arbeitserlaubnis für eine Tätigkeit als Schlosser/Schweißer bei der Firma H. N in Duisburg.

Ende Juli 1982 nahm der Kläger Kontakt mit der Beklagten



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-3-

auf, die ihn vom 2. August bis zum 6. August 1982 stundenweise mit einem Stundenlohn von 14,-- DM brutto zum Zwecke der Feststellung, ob er für eine Beschäftigung als Spitzendreher in Betracht komme, beschäftigte. Auf Veranlassung des Klägers machte das Arbeitsamt Duisburg am 6. August 1982 mittels Formular mit dem Stempelaufdruck "Bitte unverzüglich Arbeitserlaubnis beantragen" der Beklagten den Vermittlungsvorschlag, den Kläger zu beschäftigen. Daraufhin beantragten die Beklagte und der Kläger - beide haben ohne Datumsangabe das Antragsformular unterzeichnet - eine Arbeitserlaubnis für den Kläger ab 16. August 1982 im Betrieb der Beklagten als Spitzendreher. Die beantragte Arbeitserlaubnis wurde dem Kläger vom Arbeitsamt Duisburg unter dem 13. August 1982 für die Zeit vom 16. August 1982 bis zum 15. August 1984 erteilt. Davon erhielt die Beklagte am 17. August 1982 Kenntnis.

Der Kläger, der Kenntnis von der erteilten Arbeitserlaubnis hatte, nahm am 16. August 1982 die Arbeit bei der Beklagten auf. Bei Schichtende am 17. August 1982 legte die Beklagte dem Kläger einen vorbereiteten schriftlichen Arbeitsvertrag mit Vertragsbeginn ab 16. August 1982 und einer Probezeit von sechs Wochen zur Unterzeichnung vor. Der Kläger, der bis dahin am 16. August und 17. August 1982 insgesamt 17 Stunden gearbeitet hatte, weigerte sich jedoch, diesen Vertrag zu unterzeichnen und zerriß ihn. Er bestand darauf, als Arbeitsbeginn den 2. August 1982 einzusetzen. Im Hinblick auf die Weigerung des Klägers, den vorbereiteten Vertrag zu akzeptieren, lehnte es die Beklagte ab, den Kläger zu beschäftigen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Kläger, der darin eine fristlose Kündigung sieht, hat am 18. August 1982 Klage erhoben und vorgetragen, bereits am 29. Juli 1982 sei mündlich ab 2. August 1982 ein Arbeitsverhältnis vereinbart worden. Die Beklagte habe ihm zugesagt, ihn nach einer Probezeit von drei Tagen auf Dauer mit einem Stundenlohn von 14,-- DM brutto zu beschäftigen, wenn er den Erwartungen entspreche. Seine am 18. August 1982 angebotene Arbeitskraft habe die Beklagte ignoriert. Die fristlose Kündigung der Beklagten sei, da er anerkannter Schwerbehinderter sei, wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß die fristlose Kündigung vom 17. August 1982 rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbesteht.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und geltend gemacht, der Kläger sei zunächst nur befristet auf drei Tage zur Probe beschäftigt worden, um festzustellen, ob er den fachlichen Anforderungen überhaupt entspreche. Sie habe es strikt abgelehnt, den Kläger vor Erteilung der Arbeitserlaubnis und ohne Abschluß eines schriftlichen Arbeitsvertrages zu beschäftigen. Ein Arbeitsvertrag sei daher infolge der Weigerung des Klägers, den vorbereiteten Vertrag zu unterzeichnen, nicht zustande gekommen. Eine Kündigung liege ihrerseits nicht vor.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die



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



Klage abgewiesen.

Mit der durch Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 22. September 1983 - 2 AZN 252/83 - zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

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

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht, das zutreffend von einer zulässigen Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO (auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den 17. August 1982 hinaus) ausgegangen ist, hat ausgeführt, am 17. August 1982 sei kein wirksam bestehender Arbeitsvertrag von der Beklagten gekündigt worden. Mangels einer erteilten oder vor dem 6. August 1982 beantragten Arbeitserlaubnis als Spitzendreher bei der Beklagten habe in der Zeit vom 2. August 1982 bis zum 6. August 1982 weder ein wirksamer noch ein schwebend unwirksamer Arbeitsvertrag bestanden. Ein unter welcher Bezeichnung auch immer abgeschlossener Vertrag wäre nach § 134 BGB nichtig. Ein Arbeitsvertrag wäre erst mit der Erteilung der Arbeitserlaubnis am 16. August 1982 erlaubt und zulässig gewesen. Das danach unterbreitete Angebot der Beklagten auf Abschluß eines nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstößenden Arbeitsvertrages ab 16. August 1982 habe der Kläger jedoch abgelehnt, indem er sich geweigert habe, diesen Vertrag zu



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-6-

unterzeichnen. Das am 16. und 17. August 1982 bestehende faktische Arbeitsverhältnis sei damit beendet worden, ohne daß es einer Kündigung bedurft habe.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 AFG bedürfen Arbeitnehmer, die nicht Deutsche im Sinne des Art. 116 GG sind, zur Ausübung einer Beschäftigung einer Erlaubnis der Bundesanstalt für Arbeit, soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Ausländische Arbeitnehmer dürfen von einem Arbeitgeber nur beschäftigt werden, wenn sie eine Arbeitserlaubnis besitzen (§ 19 Abs. 1 Satz 5 AFG). Ein in der beiderseitigen Absicht ohne Arbeitserlaubnis abgeschlossener und durchzuführender Arbeitsvertrag ist daher von Anfang an wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB nichtig (BAG 22, 22, 27). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Arbeitserlaubnis zwar noch nicht erteilt, aber beantragt ist oder wenn sie wenigstens demnächst vor Arbeitsaufnahme beantragt werden soll. Das Fehlen der Arbeitserlaubnis führt in einem solchen Falle nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages (§ 134 BGB), sondern macht die Leistung im Sinne des § 275 BGB nur unmöglich und berechtigt den Arbeitgeber - wenn feststeht, daß die Arbeitserlaubnis weder beantragt oder erteilt wird -, das "Arbeitsverhältnis" fristlos oder fristgerecht zu beenden (BAG 29,1 = AP Nr. 2 zu § 19 AFG; BAG Urteile vom 19. Januar 1977 - 3 AZR 66/75 - AP Nr. 3 zu § 19 AFG; vom 16. Dezember 1976 - 3 AZR 716/75 - AP Nr. 4 zu § 19



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



AFG; vgl. ferner Becker/Braasch, Recht der ausländischen Arbeitnehmer, 2. Aufl., S. 60, 61; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 27 II 4, S. 103, 104; Woltereck, AR-Blattei "Ausländische Arbeitnehmer I" unter C II 1; Gagel, AFG, § 19 Rz 34; Weber/Paul, AFG, § 19 Anm. 2; Krebs, AFG, § 19 Rz 4). Für den Streitfall folgt daraus, daß zwar jedenfalls ab erteilter Arbeitserlaubnis (16. August 1982), aber auch bereits ab 2. August 1982, zumindest aber ab Antragstellung (6. August 1982) zulässigerweise ein Arbeitsvertrag hätte abgeschlossen werden können, der allerdings für die Zeit vom 2. bis zum 15. August 1982 wegen des Beschäftigungsverbotes noch nicht durchgeführt werden durfte.

2. Aufgrund fehlender Arbeitserlaubnis hat das Landesarbeitsgericht für die Zeit vom 2. bis zum 6. August 1982 und wegen Ablehnung des schriftlichen Vertragsangebotes durch den Kläger vom 17. August 1982 auch für den 16. und 17. August 1982 nur das Vorliegen eines faktischen Arbeitsverhältnisses angenommen. Das Landesarbeitsgericht hat es damit - von seinem Standpunkt und Verständnis des § 19 AFG allerdings konsequent - rechtsfehlerhaft unterlassen, zu prüfen, ob und welche arbeitsvertraglichen Absprachen zwischen den Parteien getroffen worden sind. Wie ausgeführt, kommt einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung trotz fehlender Arbeitserlaubnis (§ 19 Abs. 1 AFG) rechtliche Relevanz zu, so daß das Landesarbeitsgericht diese Frage nicht hätte offen lassen dürfen. Da es für eine abschließende Stellungnahme auch an den entsprechenden tatsächlichen Feststellungen fehlt, mußte daher die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und erneuten



Überprüfung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden.
Dabei wird es insbesondere um die Klärung folgender Fragen gehen:

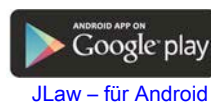
a) Der Kläger ist von der Beklagten vom 2. bis zum 6. August 1982 stundenweise und am 16. und 17. August 1982 ganztätig als Spitzendreher mit einem Stundenlohn von 14,-- DM brutto beschäftigt worden. Es liegt daher nahe, daß die Beklagte dem Kläger seinerzeit bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen Ende Juli 1982 zwar den Abschluß eines Dauerarbeitsverhältnisses in Aussicht gestellt, mit ihm aber ab 2. August 1982 zunächst nur ein befristetes, also kein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorschalteter Probezeit abgeschlossen hat. Dafür spricht nicht nur der Vortrag der Parteien, insbesondere auch der des Klägers, der einräumt, die Beklagte habe erst dann, wenn er den Anforderungen entspreche, mit ihm einen "dauerhaften Vertrag" abschließen wollen. Für diese Würdigung spricht vor allem auch die bis dahin fehlende Arbeitserlaubnis, die ausweislich des Antragsformulars ausdrücklich erst für die Zeit ab 16. August 1982 beantragt worden ist. Bei der gegebenen Sachlage kann schließlich nicht ohne weiteres angenommen werden, daß sich die Beklagte bereits vor dem Vorliegen einer Arbeitserlaubnis und einer Erprobung des Klägers, der bislang nicht als Spitzendreher gearbeitet hatte, auf Dauer binden wollte, zumal sie nach ihrer Behauptung Arbeitnehmer angeblich nicht ohne vorherigen Abschluß eines schriftlichen Arbeitsvertrages beschäftigte.

b) Die aufgezeigten Umstände lassen es allerdings auch als möglich erscheinen, daß die Parteien Ende Juli 1982 neben einem



dreitägigen Probearbeitvertrag für die Zeit vom 2. bis zum 6. August 1982 auch bereits einen Dauerarbeitsvertrag zu den betriebsüblichen Konditionen mit den aufschiebenden Bedingungen der Bewährung als Spitzendreher und der Bewilligung der Arbeitserlaubnis (§ 19 AFG) abgeschlossen haben (§§ 611, 158 Abs. 1 BGB). Sollte dies zutreffen und die Beklagte auch ohne vorherige schriftliche Fixierung eine solche Vereinbarung mit dem Kläger getroffen haben, so würde dies bedeuten, daß zwischen den Parteien mit Eintritt der Bedingungen ein wirksames Dauerarbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Der Kläger genügte, wie die Probezeit gezeigt hat, den fachlichen Anforderungen als Spitzendreher, und die Arbeitserlaubnis ist für die Zeit vom 16. August 1982 bis zum 15. August 1984 erteilt worden.

c) Denkbar ist allerdings auch, daß insoweit nur ein sogenannter Vorvertrag abgeschlossen worden ist (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 32 I 5, S. 120), die Parteien den (schriftlichen) Abschluß des endgültigen Arbeitsvertrages also bis zum Eintritt der Voraussetzungen (Bewährung, Erteilung der Arbeitserlaubnis) hinausgeschoben haben. Tatsächlich hat die Beklagte am 17. August 1982 ja auch einen schriftlichen Arbeitsvertrag vorgelegt, den abzuschließen der Kläger aber abgelehnt hat, weil - nach der Behauptung des Klägers - entgegen der mündlich getroffenen Vertragsabsprachen als Vertragsbeginn nicht der 2. August 1982, sondern der 16. August 1982 eingesetzt und außerdem auch eine erneute Probezeit vorgesehen war. Letzteres ist im Hinblick auf die bereits absolvierte Probezeit ungewöhnlich, aber nicht ausgeschlossen, da sich eine Probezeit



in der Regel nicht nur in der Erprobung der fachlichen Qualifikation erschöpft, sondern auch dem Zweck dient zu prüfen, ob der Arbeitnehmer charakterlich für die vorgesehene Stelle geeignet ist und sich in die betrieblichen Gegebenheiten einzuordnen vermag.

d) Falls keine konkreten Vertragsabsprachen zu ermitteln sind, bleibt zu prüfen, ob nicht zumindest konkludent durch die Arbeitsaufnahme des Klägers am 16. August 1982 zwischen den Parteien ein auch gemäß § 19 AFG zulässiges Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer zustande gekommen ist, obwohl die Beklagte erst am 17. August 1982 von der Erteilung der Arbeitserlaubnis für den Kläger offiziell Kenntnis erhalten hat. Abgesehen davon, daß über die wesentlichen Punkte (Tätigkeit als Spitzendreher mit einem Stundenlohn von 14,-- DM brutto) ohnehin Einigkeit bestand und der Vertrag im übrigen im Rahmen des Direktionsrechts oder der ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. MünchKomm-BGB § 155 Rz 11, 12) ausgefüllt werden kann, stünde dem auch nicht ein etwaiges in Aussicht genommenes Schriftformerfordernis entgegen, da von diesem auch formlos abgerückt werden kann (BAG Urteil vom 4. Juni 1963 - 5 AZR 16/63 - AP Nr. 1 zu § 127 BGB). Klärungsbedürftig bleibt dann aber jedenfalls die Frage, wie die Vorlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages durch die Beklagte am 17. August 1982 (mit teilweise abweichenden Vertragsbedingungen), die Ablehnung der Unterzeichnung dieses Vertrages durch den Kläger bzw. das Zerreißen desselben sowie die Ablehnung der Beklagten, den Kläger weiterzubeschäftigen, rechtlich zu bewerten ist.



In der Vorlage des schriftlichen Vertrages durch die Beklagte könnte dann möglicherweise eine Änderungskündigung (vgl. KR-Rost, 2. Aufl., § 2 KSchG Rz 8 ff.), aber auch ein Angebot auf Modifizierung bzw. Änderung des bestehenden Arbeitsvertrages liegen. Da sich der Kläger ausdrücklich gegen die vorgesehene erneute Probezeit und gegen den erst auf den 16. August 1982 angesetzten Vertragsbeginn ausgesprochen hat, könnte desweiteren in der Ablehnung des Klägers gegebenenfalls ein neuer Antrag im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB erblickt werden, den wiederum die Beklagte abgelehnt hat. Abwegig erscheint es dagegen, in der heftigen und demonstrativen Ablehnung der Vertragsunterzeichnung ein Angebot des Klägers an die Beklagte auf Vertragsaufhebung zu sehen, zumal der Kläger nach seiner Behauptung der Beklagten am nächsten Tag (18. August 1982) seine Arbeitskraft vergeblich angeboten haben will. Naheliegend ist dagegen, in der Ablehnung der Beklagten, den Kläger weiterzubeschäftigen, eine fristlose Kündigung zu sehen, die jedoch - sofern von einem bestehenden Arbeitsverhältnis ausgegangen werden kann - mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes (§ 626 BGB) und fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (§§ 12, 18 SchwbG) rechtsunwirksam wäre. Bei der gegebenen Sachlage ist jedoch auch in Betracht zu ziehen, ob die unwirksame fristlose Kündigung in ein vom Kläger allerdings abgelehntes Vertragsangebot auf sofortige einverständliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses umgedeutet werden kann (BAG Urteil vom 13. April 1972 - 2 AZR 243/71 - AP Nr. 64 zu § 626 BGB).

III. Das Landesarbeitsgericht wird somit den Parteien Gelegenheit



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zur Stellungnahme und zum ergänzenden Sachvortrag geben und die erforderlichen Feststellungen treffen müssen. Sodann wird es darüber zu befinden haben, ob und welche der aufgezeigten oder anderer Vertragsabsprachen die Parteien getroffen haben. Sodann wird es unter Beachtung der Tatsache, daß der Kläger Schwerbehinderter mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 80 % ist, die rechtlichen Folgerungen hieraus zu ziehen haben.

Hillebrecht - zugleich für den
durch Urlaub an der Unter-
schrift verhinderten Richter
Triebfürst

Dr. Röhsler

Strümper

Baerbaum

