

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

Gesetz: AFG § 19, § 229; Arbeitserlaubnis VO § 11;
RuStAG § 25; GG Art. 116; BGB § 134, § 611 Fürsorgepflicht, § 622

Leitsätze:

Steht ein ausländischer Arbeitnehmer längere Zeit hindurch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, für das keine Arbeitserlaubnis erteilt ist, so ist dieses Arbeitsverhältnis nicht ohne weiteres nach § 134 BGB nichtig; nur seine Realisierung ist verboten. Für die rechtliche Beendigung eines solchen Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist regelmäßig die außerordentliche oder ordentliche Kündigung erforderlich.

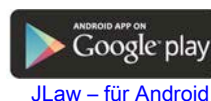
Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Aktenzeichen: 3 AZR 716/75
Urteil des BAG vom 16. Dezember 1976

IAG Düsseldorf
(Köln)



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



Verkündet am
16. Dezember 1976

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 1976 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Gehring sowie die ehrenamtlichen Richter Donnig und Dr. Bermel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 26. September 1975 - 13 Sa 40/75 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten 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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

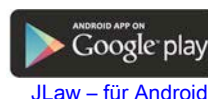
Der am 6. Juni 1926 geborene Kläger, der ab 1943 Soldat war und im August 1947 aus der Kriegsgefangenschaft heimkehrte, verließ die Bundesrepublik im Jahre 1952 und war in den folgenden Jahren im Ausland als Vermessungsingenieur tätig. Im Jahre 1962 erwarb er die kanadische Staatsangehörigkeit. Im Oktober 1966 kehrte er in die Bundesrepublik zurück. Er wurde seitens der Behörden darauf hingewiesen, daß er durch den Erwerb der kanadischen Staatsbürgerschaft seine frühere deutsche Staatsangehörigkeit verloren habe. Im Dezember 1966 erhielt der Kläger erstmals eine Aufenthaltsgenehmigung; die letzte von ihm beantragte Aufenthaltsgenehmigung lief am 1. Juli 1968 ab. Eine Arbeitserlaubnis wurde dem Kläger nach seinen Angaben letztmalig im Oktober 1968 für die Dauer eines Jahres erteilt, so daß er von Oktober 1969 ab weder im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis noch einer Arbeitserlaubnis war. Am 14. Mai 1975 ist ihm jedoch nach einem Verwaltungsrechtsstreit eine unbefristete Aufenthaltsgenehmigung eingeräumt worden.

Vom 1. April 1971 ab war der Kläger bei dem Beklagten als Angestellter gegen ein monatliches Gehalt nach der Vergütungsgruppe IV b BAT (zuletzt 2.902,71 DM) beschäftigt. Am 7.4.1971 hat er einen "Sonderpersonalbogen" ausgefüllt und darin zur Staatsangehörigkeit angegeben: deutsch und kanadisch. Mit Formscheiben vom 2. Oktober 1972 hat er um Gewährung eines Zuschusses zu den Kosten für Fahrten zwischen seinem Wohnort in Waldesch/Hunsrück, wo er zusammen mit seiner Ehefrau und fünf minderjährigen Kindern wohnt, und seiner Arbeitsstätte in Porz-Wahn nachgesucht. Dabei hat er angegeben, daß er für die täglichen Fahrten zwischen Wohnort und Arbeitsstätte seinen eigenen PKW benutze. Der Beklagte gewährte ihm antragsgemäß einen monatlichen Zuschuß von zunächst 118,60 DM und später von 142,-- DM. Im Dezember 1973 forderte der Beklagte den Kläger auf mitzuteilen, an welchen Tagen er im Jahre 1973 nach Dienstschluß nicht nach Hause gefahren sei.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Der Kläger überreichte am 22. Januar 1974 eine Aufstellung mit dem Bemerken, er habe an den darin angeführten Tagen auf eine Nachhausefahrt verzichtet. In der Zwischenzeit war bei dem Beklagten der Verdacht entstanden, der Kläger habe in P - in der F Straße ein möbliertes Zimmer, wo er öfter übernachtete. Der Beklagte ließ daher das Haus beobachten. Die Beobachter ermittelten an zehn Abenden im Oktober und November 1973, daß der Kläger jeweils seinen Wagen auf das Grundstück fuhr, die Haustür aufschloß, das Haus betrat, es am nächsten Morgen auf dem gleichen Wege wieder verließ und dann mit seinem Wagen wegfuhr. In der Annahme, der Kläger habe im Zusammenhang mit der Gewährung von Fahrtkostenzuschüssen mehrfach falsche Angaben gemacht, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 1. Februar 1974, zugegangen am 4. Februar, durch außerordentliche Kündigung unter Zubilligung einer Auslauffrist aus sozialen Gründen zum 28. Februar 1974.

Der Kläger erstrebt die Feststellung der Rechtsunwirksamkeit dieser Kündigung. Er hat bestritten, für die Fahrtkostenerstattung falsche Angaben gemacht zu haben, und hat vorgetragen, ein Bekannter habe ihm im Haus P , F Straße , ein Zimmer zur Verfügung gestellt. Dieses habe er aber nur gelegentlich zur Übernachtung benutzt. An den vom Beklagten angegebenen Tagen im Oktober und November 1973 habe er zwar seinen Wagen auf dem Grundstück abgestellt, übernachtet habe er in seinem Zimmer jedoch nicht. Vielmehr habe er sich dort nur vorübergehend aufgehalten und das Haus später durch den Hintereingang verlassen, um auf dem kürzesten Wege zum Bahnhof zu gelangen und mit dem Zug nach Koblenz und von hieraus weiter nach Waldesch zu fahren. Auf dem gleichen Wege sei er dann am nächsten Morgen zurückgekommen, habe seinen Wagen abgeholt und sei zum Dienst gefahren.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gemäß §§ 9, 10 KSchG aufzulösen. Er hat die von ihm ausgesprochene Kündigung verteidigt und vorgetragen, der Kläger habe im Zusammenhang mit der Fahrt-

- 4 -



- 5 -

Demgegenüber hat der Kläger geltend gemacht, bei seiner Rückkehr in die Bundesrepublik habe er zwei Pässe besessen, nämlich einen deutschen Reisepaß, der ihm kurz vor seiner Ausreise im Jahre 1952 ausgestellt worden sei, und einen kanadischen Paß. Nach behördlicher Unterrichtung über den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit habe er sogleich seine Wiedereinbürgerung beantragt, obwohl er der Ansicht gewesen sei, seine deutsche Staatsangehörigkeit niemals verloren zu haben. Von Oktober 1969 ab sei seine Arbeitserlaubnis nicht verlängert worden, weil er damals nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gewesen sei. Seine Bemühungen um eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis seien erst im Mai 1975 nach einem längeren Verwaltungsrechtsstreit erfolgreich gewesen. Wenn er von Herbst 1969 bis Mai 1975 ohne Aufenthaltsgenehmigung in der Bundesrepublik gelebt habe, so könne ihm das nicht vorgeworfen werden, da ihm die Aufenthaltsgenehmigung und die darauf aufbauende Arbeitserlaubnis an sich zugestanden hätten.

Schließlich hat der Kläger bestritten, den Beklagten über den Umfang seiner Kriegsverletzungen getäuscht oder zu täuschen versucht zu haben. Seine Schwerbehinderteneigenschaft sei teilweise auf eine Kriegsbeschädigung zurückzuführen. Über die Unterschiede zwischen den verschiedenen Begriffen der Schwerbehinderung und der Schwerbeschädigung habe er sich keine Gedanken gemacht. Jedenfalls habe er die Begriffe ohne böse Absicht verwechselt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts scheitert das Feststellungsbegehren des Klägers, sein Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung des Beklagten vom 1. Februar 1974 nicht aufgelöst worden, an der aus § 19 AFG in Verbindung mit § 134



- 6 -

- 4 -

kostenerstattung einen versuchten Betrug begangen. An den genannten Tagen sei er nicht nach Hause gefahren, sondern habe in P übernachtet. Es bestehe weiter der Verdacht, daß er dies auch an anderen Tagen getan und mit der unrichtigen Behauptung, jeweils nach Hause gefahren zu sein, zu Unrecht Fahrtkostenerstattung entgegengenommen habe. Außerdem habe der Kläger bewußt falsche Angaben über den Grad seiner Kriegsbeschädigung (60 v.H. statt in Wahrheit 30 v.H.) gemacht und sich dadurch zu Unrecht einen Sonderurlaub als Schwerbeschädigter gewähren lassen.

Weiter hat der Beklagte vorgetragen, der Kläger habe ihn bei der Einstellung bewußt über seine fehlende deutsche Staatsangehörigkeit getäuscht. Er habe damals angegeben, die deutsche und die kanadische Staatsangehörigkeit zu besitzen, während er in Wahrheit die deutsche Staatsbürgerschaft mit seiner Einbürgerung in Kanada verloren und erst nach seiner Rückkehr in die Bundesrepublik wieder einen Antrag auf Rückbürgerung gestellt habe. Von diesen Umständen habe der Beklagte erstmals erfahren durch ein Ersuchen der Kreisverwaltung Mayen-Koblenz vom 31. Januar 1975, zu dem Einbürgerungsantrag des Klägers Stellung zu nehmen. Der Kläger sei folglich bei seiner Einstellung nicht Deutscher gewesen, er habe auch weder eine Aufenthaltserlaubnis noch eine Arbeitserlaubnis gehabt. Da der Beklagte als Forschungsinstitut verteidigungsrelevante Forschungsaufträge erhalte und im Verwaltungsbereich Ausländer grundsätzlich nicht einstelle, wäre auch der Kläger damals nicht eingestellt worden, wenn die näheren Umstände seiner Staatszugehörigkeit bekannt gewesen wären. Zumindest wäre die Sicherungsüberprüfung von einer Spezialgruppe vorgenommen worden, so daß der Kläger jedenfalls nicht in der Weise, wie zum 1. April 1971 geschehen, in den Dienst des Beklagten übernommen worden wäre. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 13. Mai 1975 die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung des Klägers (§ 123 BGB) erklärt.

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

- 5 -



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



- 6 -

BGB folgenden Nichtigkeit seines Arbeitsvertrages. Zwischen den Parteien habe lediglich ein ungültiges Arbeitsverhältnis bestanden, das jederzeit von jedem Partner durch einseitige Erklärung habe beendet werden können, ohne daß die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung erfüllt zu sein brauchten. Zu diesem Ergebnis ist das Landesarbeitsgericht aufgrund der Überlegung gelangt, der Kläger habe im Jahre 1962 mit dem von ihm betriebenen Erwerb der kanadischen Staatsangehörigkeit seine deutsche Staatsangehörigkeit nach § 25 RuStAG verloren und sei daher bei Abschluß des Arbeitsvertrages mit dem Beklagten nicht mehr Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes gewesen. Als Ausländer habe er nach § 19 Abs. 1 AFG zur Ausübung einer Beschäftigung bei dem Beklagten einer Erlaubnis der Bundesanstalt für Arbeit bedurft. Eine solche Erlaubnis habe er jedoch seit Oktober 1969 nicht mehr gehabt. Als Folge der fehlenden Erlaubnis ergebe sich, daß der von den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag gemäß § 134 BGB von Anfang an nichtig sei.

2. Diesem Ergebnis kann nicht zugestimmt werden.

a) Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 AFG bedürfen Arbeitnehmer, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes sind, zur Ausübung einer Beschäftigung einer Erlaubnis der Bundesanstalt für Arbeit, soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nichts anderes bestimmt ist. Arbeitgeber dürfen ausländische Arbeitnehmer nur beschäftigen, wenn sie eine Arbeitserlaubnis besitzen (§ 19 Abs. 1 Satz 4 AFG). Die unbefugte Beschäftigung von Ausländern ist ordnungswidrig und kann mit einer Geldbuße bis zu 50.000,-- DM geahndet werden (§ 229 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 AFG). Der gesetzgeberische Zweck des § 19 AFG liegt darin, zu verhindern, daß anstelle geeigneter deutscher Arbeitnehmer, die dann arbeitslos würden, ausländische Arbeitnehmer beschäftigt werden. Entsprechend dieser Zielsetzung richtet sich das Beschäftigungsverbot unmittelbar lediglich gegen die Durchführung von Arbeitsverträgen ohne Arbeitserlaubnis. Das hat bereits der Fünfte Senat in einem Urteil vom 30. Mai 1969 zu dem damals gültigen § 43 AVAVG, der mit § 19

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

AFG inhaltsgleich ist, herausgestellt (BAG 22, 22 [27] = AP Nr. 4 zu § 35 AVAVG [zu 2 der Gründe]). Welche rechtlichen Auswirkungen es auf den Arbeitsvertrag selbst hat, wenn eine nach § 19 Abs. 1 AFG erforderliche Arbeitserlaubnis zwar fehlt, aber noch erteilt werden kann, regelt das Gesetz nicht. Diese Frage läßt sich auch nicht einheitlich für alle denkbaren Fälle beantworten. Der Fünfte Senat hat in der eben erwähnten Entscheidung die von Anfang an gegebene Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nur für den Fall angenommen, daß der Vertrag nach der Absicht beider Vertragsparteien trotz Kenntnis des Genehmigungserfordernisses ohne Erlaubnis durchgeführt werden sollte. Wenn dagegen eine Erlaubnis zwar noch nicht erteilt, aber bereits beantragt ist oder wenigstens demnächst vor Arbeitsaufnahme beantragt werden soll, kann jedoch von einer von Anfang an bestehenden Nichtigkeit nicht gesprochen werden; in diesem Fall erfordert die mit § 19 AFG verfolgte Schutzwirkung der Norm lediglich die Verhinderung der tatsächlichen Beschäftigung, nicht jedoch eine "totale Nichtigkeit" des Vertrages.

b) Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmten Urteil vom 13. Januar 1977 - 2 AZR 423/75 - [demnächst] AP Nr. 2 zu § 19 AFG - diesen Gedanken aufgegriffen und ebenfalls ausgeführt, bei einem ordnungsgemäß begonnenen und durchgeführten Arbeitsverhältnis führe das Fehlen der Arbeitserlaubnis nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Behinderung der Ausführung des Arbeitsvertrages; wenn feststehe, daß eine Arbeitserlaubnis nicht beantragt oder nicht erteilt werde, trete ebenfalls keine automatische Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ein, sondern sei der Arbeitgeber berechtigt, den Vertrag - je nach den Umständen außerordentlich oder ordentlich - zu kündigen und damit zu beenden. Diesen Überlegungen des Zweiten Senats hat sich der erkennende Senat in seinem Urteil vom 19. Januar 1977 - 3 AZR 66/75 - [demnächst] AP Nr. 3 zu § 19 AFG - mit der weiteren Begründung angeschlossen, eine rückwirkende rechtliche Vernichtung und Annullierung

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



- 8 -

eines zunächst ordnungsgemäß begonnenen Vertrages wegen fehlender Arbeitserlaubnis verstoße gegen elementare menschliche Rücksichten; eine solche Folge sei vom Gesetzgeber nicht gewollt.

3. Für den vorliegenden Fall müssen ähnliche Überlegungen gelten.

a) Zwar hat der Kläger für seine Tätigkeit bei dem Beklagten nie eine Arbeitserlaubnis besessen, und insoweit unterscheidet sich der Fall des Klägers von den Sachverhalten, die das Bundesarbeitsgericht in den vorerwähnten Urteilen entschieden hat. Andererseits kann nicht angenommen werden, daß die Parteien gemeinsam § 19 AFG umgehen wollten.

b) Damit ist aber eine Lebenssituation gegeben, die sich nicht wesentlich von denjenigen unterscheidet, über die das Bundesarbeitsgericht in den genannten Urteilen zu befinden hatte.

Die von Anfang an fehlende Arbeitserlaubnis macht für die Lebenswirklichkeit nicht ungeschehen, daß der Kläger mehrere Jahre hindurch in einem für die Verteidigung wichtigen Betrieb des Beklagten gearbeitet hat. Sollte der Kläger seine frühere deutsche Staatsangehörigkeit verloren haben (was hier lediglich unterstellt und nicht abschließend beurteilt wird), so konnte er nach allen Regeln der Erfahrung damit rechnen, daß man ihm als ehemaligem Deutschen und angesichts seiner in Waldesch ansässig gewordenen großen Familie die Arbeitserlaubnis nicht ohne Grund verweigern werde.

c) Die Gesamtumstände verwehrten es dem Beklagten, sich wegen fehlender Arbeitserlaubnis gegenüber dem Kläger auf eine von Anfang an gegebene Nichtigkeit oder auf eine jederzeitige Lösbarkeit des mit ihm geschlossenen Vertrages zu berufen. Nach allen Grundsätzen der Redlichkeit und des Vertrauensschutzes durfte der Kläger erwarten, daß der Beklagte das Arbeitsverhältnis kündigte, wenn er den Kläger nicht mehr beschäftigen durfte. Er durfte auch erwarten, daß der Beklagte nicht mehr wegen der in der Vergangenheit fehlenden Arbeitserlaubnis kündigen werde, wenn er sich diese nachträglich besorgte. Grundsätzlich ist es Sache des Arbeitnehmers, sich um die erforderliche Arbeitserlaubnis zu bemühen (§ 11 Abs. 1 ArbeitserlaubnisVO); der Arbeitgeber



kann kraft seiner Fürsorgepflicht gehalten sein, den Arbeitnehmer dabei zu unterstützen.

4. Nach allem war Voraussetzung der Beendigung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses die Wirksamkeit der Kündigung. Solange diese Wirksamkeit nicht feststeht, ist von einem zwar fehlerhaften, aber noch nicht endgültig nichtigen Arbeitsvertrag auszugehen.

Das Landesarbeitsgericht muß die Sache daher noch einmal daraufhin untersuchen, ob dem Beklagten ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung oder ein Grund für die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers zur Seite gestanden hat. Der Senat kann diese Entscheidung nicht selbst treffen, weil das Landesarbeitsgericht bisher davon abgesehen hat, diese Frage zu prüfen. Die dazu erforderliche Abwägung aller Umstände des Falles ist jedoch Aufgabe der Tatsacheninstanz. Zutreffend ist im übrigen die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, daß es auf die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses nach § 123 BGB durch den Beklagten nicht ankommt, weil diese erst nach Ausspruch der streitigen Kündigung erklärt worden ist.

Falls das Landesarbeitsgericht eine nochmalige Zeugenvernehmung der Ehefrau des Klägers für geboten und dabei die Zuziehung eines Dolmetschers für angezeigt halten sollte, wäre § 189 GVG (Notwendigkeit der Vereidigung) zu berücksichtigen (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 189 GVG).

gez.: Dr. Stumpf

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Dr. Bermel

Donnig

