

# TE OGH 2009/8/26 9ObA118/08f

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.08.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Mag. Ziegelbauer sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler und AR Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Avni S\*\*\*\*\*, vertreten durch Ganzert, Ganzert & Partner OEG, Rechtsanwälte in Wels, gegen die beklagte Partei „L\*\*\*\*\* \*\*\*\*\*- gesellschaft m.b.H., \*\*\*\*\*, vertreten durch Holter - Wildfellner, Rechtsanwälte GmbH in Grieskirchen, wegen 7.541,96 EUR brutto zzgl 34 EUR netto sA, über die Revisionen der klagenden Partei (Revisionsinteresse: 361,54 EUR) und der beklagten Partei (Revisionsinteresse: 7.214,42 EUR) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 24. Juni 2008, GZ 11 Ra 41/08s-36, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 4. Oktober 2007, GZ 10 Cga 63/06f-28, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Beide Revisionen werden zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 334,08 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 55,68 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Der Kläger arbeitete seit 20. 9. 2001 für die Beklagte als Reinigungskraft mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 40 Stunden bei einem vereinbarten Monatslohn von 1.212,40 EUR brutto. Auf das Arbeitsverhältnis war der Kollektivvertrag für Arbeiter im Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigungsgewerbe anzuwenden.

Für den Kläger wurde vom AMS \*\*\*\*\* mit Bescheid vom 18. 9. 2001 eine Beschäftigungsbewilligung befristet bis 19. 9. 2002 erteilt. Ab 20. 9. 2002 wurde dem Kläger vom AMS eine Arbeitserlaubnis befristet bis 19. 9. 2004 erteilt, diese Befristung wurde schließlich bis 19. 9. 2006 verlängert.

Der Kläger suchte am 10. 7. 2001 beim Bundesasylamt um Asyl an, dieser Antrag wurde letztlich abgewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof lehnte mit Beschluss vom 25. 3. 2003 die Behandlung einer Beschwerde des Klägers gegen den Bescheid des Unabhängigen Bundesasylsenats vom 19. 12. 2002 ab. Am 18. 9. 2003 brachte der Kläger einen Folgeantrag ein, welcher zurückgewiesen wurde. Diese Zurückweisung bekämpfte der Kläger mit Berufung, eine Entscheidung erging bisher nicht.

Vor Ablauf seiner Arbeitserlaubnis nahm der Kläger am 8. 9. 2006 Kontakt mit dem AMS auf. Er erfuhr dort, dass er diesmal die Erlaubnis nicht selbst beantragen könne, sondern dies der Arbeitgeber machen müsse. Der Kläger erhielt ein Formular, das er der Beklagten zukommen ließ. Das AMS gab dem Geschäftsführer der Beklagten die Auskunft, dass keine Aussicht auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung bestehe, weiters erhielt er von der Wirtschaftskammer die Auskunft, dass dieser Umstand einen Entlassungsgrund darstelle. Etwa eine Woche vor Ablauf der Arbeitserlaubnis kam es zu einem Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Kläger, in dem dem Kläger vom Geschäftsführer mitgeteilt wurde, dass die Arbeitserlaubnis nicht verlängert worden sei. Bis zum 19. 9. 2006 wurde weder ein Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis noch ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Kläger beim AMS von einem der Streitteile eingereicht.

Der Kläger war bis zum 20. 9. 2006 für die Beklagte tätig. Am 20. 9. 2006 erklärte ihm der Geschäftsführer der Beklagten, dass er ihn jetzt nicht weiter beschäftigen könne. Er teilte ihm mit, dass das Arbeitsverhältnis beendet wäre und der Kläger nun keine Ansprüche mehr gegen die Beklagte habe.

Erst danach, am 9. 10. 2006, beantragte die Beklagte eine Beschäftigungsbewilligung für den Kläger beim AMS. Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 10. 10. 2006 abgelehnt. In der Lohnabrechnung des Klägers rechnete die Beklagte eine Sonderzahlung im Ausmaß von 1.211 EUR zurück.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Zuerkennung folgender Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zur Beklagten (nach Einschränkung betreffend die Urlaubersatzleistung):

Lohn 1. 9. bis 19. 9. 06 728,00 EUR brutto

aliquoute Sonderzahlungen

1. 1. bis 19. 9. 06 1.740,54 EUR brutto

Überstunden 9/06 404,25 EUR brutto

Diäten 9/06 34,00 EUR netto

UEL für einen Arbeitstag 64,23 EUR brutto

Abfertigung

3 Monatsentgelte 4.243,40 EUR brutto

Kündigungsentschädigung

für eine Woche 361,54 EUR brutto

Der Kläger brachte zusammengefasst vor, dass ihn an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Ablaufs der Arbeitserlaubnis kein Verschulden treffe, weshalb ihm die Kündigungsentschädigung zustehe. Die übrigen Ansprüche seien bei der Endabrechnung für den Monat September 2006 nicht berücksichtigt worden. Ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags treffe ihn nicht. Ein wichtiger Grund, der die Beklagte zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt hätte, habe nicht bestanden.

Die Beklagte brachte vor, dass die Entlassung des Klägers wegen dauernder Dienstunfähigkeit gemäß § 82 Abs 1 lit b GewO 1859 zu Recht erfolgt sei. Der Asylantrag sei aufgrund der ungenauen Angaben des Klägers abgewiesen worden, sodass diesen daran das Verschulden treffe. Die Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen wäre Sache des Klägers gewesen. Die Beklagte habe ihn weiter beschäftigen wollen, weshalb eine Kündigung nicht angezeigt gewesen sei. Das AMS habe der Beklagten erklärt, dass ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung aussichtslos sei. Der Kläger habe die Beklagte nicht über den Umstand aufgeklärt, dass er seit Erhalt des Ablehnungsbescheids im Dezember 2002 gewusst habe, dass er jederzeit nach Mazedonien zurückverwiesen bzw abgeschoben werden könne.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es legte rechtlich dar, dass die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung wie auch einer Arbeitserlaubnis seit dem 1. 1. 2006 auch davon abhängig sei, ob eine rechtmäßige Niederlassung des Arbeitnehmers neben den sonst in den §§ 4, 14a AuslBG geregelten Voraussetzungen vorliege. Fehlten die Voraussetzungen für die Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung oder Arbeitserlaubnis, so trete gemäß § 7 Abs 8 AuslBG die Wirkung der Nichtverlängerung erst mit jenem Zeitpunkt ein, der sich aus den die Rechte des Ausländers sichernden gesetzlichen Bestimmungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung ergebe. Dies gelte analog gemäß § 14e AuslBG für die Nichtverlängerung der Arbeitserlaubnis.

Die Beklagte hätte durch die rechtzeitige Einbringung eines Antrags auf „Verlängerung/Erteilung“ einer Beschäftigungsbewilligung die legale Weiterbeschäftigung des Klägers für die Dauer der Kündigungsfrist erwirken können. Überdies habe sie es unterlassen, den Kläger darüber zu informieren, noch vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung eine Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen. Dem Kläger sei daher eine Kündigungsentschädigung zuzuerkennen. Ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags treffe ihn nicht. Im Übrigen habe sich der Kläger vor Ablauf der Arbeitserlaubnis um Verlängerung bemüht und die Beklagte derart zeitgerecht informiert, dass ihr eine rechtzeitige Kündigung wie auch die rechtzeitige Einbringung eines Antrags auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung möglich gewesen wäre. Der Wegfall der Beschäftigungsbewilligung sei ein Endigungsgrund eigener Art, und daher für die Abfertigung unschädlich, weil er nicht in § 23 Abs 7 AngG genannt sei. Daher gebühre dem Kläger auch die begehrte Abfertigung. Die weiteren Ansprüche seien dem Kläger mangels substantieller Bestreitung zuzuerkennen gewesen. Ein Abzug wegen nicht retournierter Fahrnisse in Höhe von 23,53 EUR sei zu Unrecht erfolgt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise dahin Folge, dass es das Begehren des Klägers auf Zuerkennung einer Kündigungsentschädigung abwies. Rechtlich führte es zusammengefasst aus, dass das Erlöschen oder der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung für sich allein noch nicht die Unfähigkeit des Ausländer zur vereinbarten Arbeitsleistung zur Folge habe, sodass der behauptete Entlassungsgrund nicht vorliege. Der Kläger sei daher nicht verpflichtet, die für das laufende Kalenderjahr bereits erhaltene Sonderzahlung zurückzuzahlen. An der Abweisung seines Asylantrags habe der Kläger kein Verschulden.

Die Kündigungsentschädigung sei jedoch nicht zuzuerkennen, weil die Beklagte kein Verschulden im Sinn des § 29 Abs 3 AuslBG an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses treffe. Die ihr für den Kläger erteilte Beschäftigungsbewilligung sei längst abgelaufen gewesen, sodass sie gar keinen Antrag auf Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung hätte stellen können, weshalb die Wirkungen des § 7 Abs 8 AuslBG dadurch nicht erreicht worden wären. Keinesfalls sei die Beklagte verpflichtet, den Kläger rechtzeitig auf eine Änderung der Gesetzeslage (hier: vor dem 1. 1. 2006) hinzuweisen und ihn darauf aufmerksam zu machen, die Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu beantragen. Dies falle vielmehr gemäß § 14e AuslBG allein in die Sphäre des Arbeitnehmers.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Rechtsfrage, ob eine vom Arbeitgeber am Tag des Ablaufs der Arbeitserlaubnis ausgesprochene sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Kündigungsentschädigung auslöse, keine Rechtsprechung existiere.

Gegen den klageabweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die Revision des Klägers aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im gänzlich klagestattgebenden Sinn abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt erkennbar die Zurückweisung der Revision, ausdrücklich, ihr nicht Folge zu geben.

Gegen den klagestattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich auch die Revision der Beklagten aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im gänzlich klageabweisenden Sinn abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise abzuweisen.

## **Rechtliche Beurteilung**

Entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts § 508a Abs 1 ZPO sind die Revisionen beider Streitteile nicht zulässig.

### **1. Zur Revision des Klägers:**

Der Kläger führt zusammengefasst aus, dass er die Beklagte rechtzeitig vom Ablauf der befristeten Arbeitserlaubnis informiert habe und die Beklagte ihn daher ordnungsgemäß hätte kündigen können. Darüber hinaus hätte die Beklagte den Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Kläger stellen können, sodass die legale Weiterbeschäftigung des Klägers für die Dauer der Kündigungsfrist erwirkt hätte werden können.

Dem sind die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts entgegenzuhalten § 510 Abs 3 ZPO). Es ist gemäß § 19 Abs 4 AuslBG Sache des Ausländer, einen Antrag auf Arbeitserlaubnis bei jener regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, die nach seinem Wohnsitz örtlich zuständig ist. Es wäre daher auch Sache des

Klägers gewesen, die Verlängerung seiner Arbeitserlaubnis zu beantragen. Ein rechtzeitig eingebrachter Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis hat gemäß § 7 Abs 7 AuslBG iVm § 14e Abs 2 AuslBG eine Verlängerung deren Geltungsdauer bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Verlängerungsantrag zur Folge. Im Fall der Ablehnung eines rechtzeitig eingebrachten Verlängerungsantrags wegen Fehlens der Voraussetzungen und Nichteinbringung eines Antrags auf Beschäftigungsbewilligung ist im Ablehnungsbescheid sowohl der ersten als auch der zweiten Instanz im Verwaltungsverfahren auf die hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses maßgeblichen Termine und Fristen iSd § 7 Abs 8 AuslBG zu achten (Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigteurecht § 14e, 315).

Umgekehrt wäre die Beklagte lediglich in der Lage gewesen, einen Antrag auf Erteilung einer (neuen) Beschäftigungsbewilligung für den Kläger zu stellen. Diese Fallkonstellation ist jedoch in § 7 Abs 7 und Abs 8 AuslBG nicht geregelt (für eine Berücksichtigung auch dieses Falls im Hinblick auf den Schutzzweck des § 7 Abs 7 AuslBG sprechen sich Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz aaO 315 aus). Dies kann im konkreten Fall dahingestellt bleiben, weil der beklagten Partei schon im Hinblick auf die ihr vom AMS erteilte Auskunft nicht vorwerfbar ist, keinen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung vor Ablauf der Arbeitserlaubnis gestellt zu haben. Dessen ungeachtet wäre hier der Kläger schon aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht verpflichtet gewesen, das Seinige zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustands beizutragen, sei es, dass er bei Ablauf der Arbeitserlaubnis selbst kündigt oder dass er zumindest den Arbeitgeber auf das Ungültigwerden seiner Arbeitserlaubnis hinweist (Schnorr, Ausländerbeschäftigungsgesetz4 § 14e Rz 3). Wenn das Berufungsgericht vor diesem Hintergrund zur Beurteilung kommt, dass die Beklagte ein Verschulden im Sinn des § 29 Abs 3 AuslBG nicht trifft, so ist diese Rechtsansicht vertretbar. Wenn den Arbeitgeber kein Verschulden am Wegfall der Beschäftigungsbewilligung im Sinn des § 29 Abs 3 AuslBG trifft, so besteht kein Anspruch auf Zuerkennung eines Schadenersatzanspruchs wie der Kündigungsentschädigung (Schnorr aaO § 29 Rz 3; 9 ObA 59/00t = Arb 12.019).

Die Revision des Klägers war daher als unzulässig zurückzuweisen.

## 2. Zur Revision der Beklagten:

Die Beklagte führt zusammengefasst aus, dass der Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis in die alleinige Sphäre des Arbeitnehmers falle, sodass der Schutz des § 7 Abs 8 AuslBG dem Kläger im konkreten Fall nicht zukomme. Der Ausnahmefall des § 7 Abs 8 AuslBG liege nicht vor. Unterlasse der Arbeitnehmer, den Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis zu stellen, müsse ihm bewusst sein, dass die rechtlichen Voraussetzungen zur Arbeitsleistung nicht gegeben seien, was zwangsläufig einen Entlassungsgrund darstelle. Nach dem Schadenersatzprinzip im Entlassungsrecht gebühre daher dem Kläger kein Anspruch auf Abfertigung. Eine analoge Anwendung der zur Beschäftigungsbewilligung entwickelten Judikatur auf das Fehlen der Arbeitserlaubnis sei nicht gerechtfertigt, weil dafür der Arbeitnehmer verantwortlich sei. Es liege daher der Entlassungsgrund der Unfähigkeit zur Verrichtung der Arbeitsleistung vor. Darüber hinaus treffe den Kläger ein Verschulden an der Nichterteilung eines Aufenthaltstitels. In diesem Zusammenhang lägen sekundäre Feststellungsmängel vor und wäre die Einvernahme des im Asylverfahren für den Kläger tätigen Rechtsanwalts als Zeuge erforderlich gewesen.

Damit zeigt die Beklagte keine wesentlichen Rechtsfragen im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO auf:

Soweit die Revisionswerberin eine Mängelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz rügt, wurde diese bereits vom Berufungsgericht verneint, sodass dem Obersten Gerichtshof ein Eingehen darauf verwehrt ist (RIS-Justiz RS0042963). Weder bedarf es der von der Revisionswerberin begehrten ergänzenden Feststellungen noch kommt dem Einwand, den Kläger treffe ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags, Berechtigung zu.

Nach ständiger Rechtsprechung hat der Ablauf der Beschäftigungsbewilligung oder des Befreiungsscheins nicht die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge (8 ObA 83/07z mwN). Nichts anderes kann für den Ablauf der Arbeitserlaubnis gelten. Damit ist nichts über die Berechtigung des Arbeitgebers ausgesagt, einen wegen Verstoßes gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz nichtigen Arbeitsvertrag mit sofortiger Wirkung zu beenden. Von diesem Recht hat die Beklagte ohnedies Gebrauch gemacht. Arbeitsverhältnisse mit Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind und die ohne Beschäftigungsbewilligung abgeschlossen werden, sind nichtig. Wenn es jedoch aufgrund des nichtigen Rechtsverhältnisses zu einer Arbeitsleistung kommt, kann jeder Teil dieses Verhältnis

für die Zukunft fristlos und ohne Bindung an die im Gesetz angeführten besonderen Endigungsarten beenden (Arb 10.111; 9 ObA 51/94). Diese Grundsätze gelten auch, wenn die Beschäftigungsbewilligung - bzw hier die Arbeitserlaubnis - infolge Zeitablaufs erlischt (8 ObA 83/07z).

Gemäß § 29 Abs 1 AuslBG stehen einem Ausländer, der entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt wird, gegenüber dem ihn beschäftigenden Betriebsinhaber für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrags zu. Ein Verschulden der Beklagten am Fehlen der Beschäftigungsbewilligung (oder der Arbeitserlaubnis) wurde nicht angenommen. Das Erlöschen des in die Zuständigkeit der Fremdenpolizei fallenden Aufenthaltstitels hat noch keine unmittelbare Auswirkung auf die in die Zuständigkeit des AMS fallende Arbeitserlaubnis (9 ObA 13/00b zur Rechtslage nach dem FrG 1992; dies gilt auch für die Rechtslage nach dem FrG 1997 und nach dem Fremdenrechtspaket 2005 BGBI I Nr 100; vgl etwa § 33 Abs 1 NAG). Weder das Erlöschen noch der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung eines Ausländers lösen daher dessen Unfähigkeit zur Erbringung der vereinbarten Arbeitsleistung und damit einen Entlassungsgrund aus (9 ObA 276/98y = SZ 71/190 = RIS-Justiz RS0111279; RS0111278).

Da ein Entlassungsgrund somit nicht vorliegt, kommt der von der Rekurswerberin aufgeworfenen Frage, ob den Kläger ein Verschulden an der Abweisung seines Asylantrags treffe, keine Erheblichkeit zu. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte nach den besonderen Gegebenheiten des nichtigen Arbeitsvertrags iVm § 29 AuslBG. Die den klagestattgebenden Teil tragende Begründung der Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich daher als jedenfalls vertretbar.

Die Revision der Beklagten erweist sich daher als unzulässig.

Die Streitteile haben in ihren jeweiligen Revisionsbeantwortungen auf die Unzulässigkeit der Revision der jeweiligen Gegenseite hingewiesen, sodass sie wechselseitig die Kosten ihrer Revisionsbeantwortungen zu ersetzen haben.

**Textnummer**

E91708

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:009OBA00118.08F.0826.000

**Im RIS seit**

25.10.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

23.05.2011

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)