



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Das Recht auf tatsächliche Beschäftigung“

Verfasser

Mag. iur. Mehmet Saim Akagündüz

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brodil

Vorwort

Die Idee der vorliegenden Dissertation reicht hin bis zu meiner Diplomprüfung aus Arbeitsrecht im Jahr 2004. Eine der mir damals gestellten Prüfungsfragen war, ob ein Berufsfußballspieler ein Recht auf Beschäftigung hat. Überlegungen und Anreiz, eine dogmatische Grundlage in unserer Rechtsordnung für diese Frage zu finden, mündeten darin, dass ich bei Herrn ao. Univ.-Prof Dr. Wolfgang Brodil eine Diplomandenseminararbeit zum Thema „Recht auf Beschäftigung im Berufsfussballsport“ verfasst habe. Schließlich packte mich der „Standpunkt“ des Arbeitnehmers, ein Recht auf Beschäftigung zu haben, so sehr, dass ich mich dazu entschloss, mich mit diesem Thema in Form einer Dissertation zu auseinandersetzen.

An dieser Stelle sei daher die Gelegenheit ergriffen, Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brodil meinen aufrichtigen Dank auszusprechen. Mein Dank gilt insbesondere dafür, dass er die Betreuung dieser Arbeit übernommen und das gegenständliche Thema seinerzeit angeregt hat. Mein Dank gilt auch Herrn ao. Univ. Prof. Dr. Andreas Kletecka, der sich – trotz Berufung an die Universität Salzburg – bereit erklärt hat, die Zweitbetreuung der Arbeit zu übernehmen. Dank gebührt auch meinen Kollegen, Herrn Dr. Konstantin Köck, LL.M., MBA und Frau Dr. Anna Mertinz, die die kritische Durchsicht der Arbeit übernommen haben.

Ohne den Rückhalt und Geduld meiner Frau Zekiye wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen. Ihr waches und lebhaftes Interesse an diesem Thema hat mir immer wieder Auftrieb gegeben. Ihr kann ich nicht genug danken!

Grundvoraussetzung für die Entstehung dieser Arbeit war ein erfolgreich abgeschlossenes Diplomstudium. Dieses wäre ohne die großzügige Unterstützung meiner Eltern nicht möglich gewesen. Als vorrangiges Zeichen meines Dankes sei ihnen diese Arbeit gewidmet.

Wien, im November 2009

Mehmet Saim Akagündüz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	VII
Gedicht	XII
Thematische Einführung	XIII
ALLGEMEINER TEIL	1
I. Praktische Anschauungsfälle	1
A. Anschauungsfall 1: Berufsfußballer	1
B. Anschauungsfall 2: Arzt.....	2
C. Anschauungsfall 3: Pilot	2
D. Anschauungsfall 4: Schauspieler.....	3
E. Fragestellung.....	3
II. Begriffsabgrenzung	4
A. Definition des Rechts auf Beschäftigung	5
B. Terminologische Abgrenzungen.....	8
1. Recht auf Arbeit.....	9
a) Abgrenzung zum Recht auf Beschäftigung	9
b) Recht auf Arbeit als soziales Grundrecht	9
2. Recht am Arbeitsplatz.....	11
3. Recht auf freie Arbeitsplatzwahl.....	11
4. Recht auf freie Berufswahl.....	11
III. Abnahmepflicht des Gläubigers im Zivilrecht	13
A. Schuldnerverzug	14
1. Objektiver Verzug.....	14
2. Subjektiver Verzug	15
B. Gläubigerverzug	16
1. Gläubigerverzug als Obliegenheitsverletzung.....	16
2. Gläubigerverzug als Pflichtverletzung	17
a) Ableitung der Abnahmepflicht aus § 1062 ABGB.....	18
b) Meinungsstand	19
C. Zusammenfassung und eigene Meinung.....	26
IV. Annahmeverzug im Arbeitsrecht	27
A. Der Arbeitsverhältnis als besonderes Schuldverhältnis.....	27
B. § 1155 ABGB als dogmatische Grundlage für den Beschäftigungsanspruch?	28
C. Resümee.....	29
V. Gesetzliche und kollektivvertragliche Regelungen	31
A. Gesetzliche Regelungen.....	32

1.	§ 21 SchSpG	32
2.	§§ 9 und 18 BAG	32
3.	Exkurs: Behinderteneinstellungsgesetz	33
4.	Resümee und Ausblick.....	35
B.	Kollektivvertragliche Regelungen.....	37
VI.	Meinungsstand in der Lehre	38
A.	Ablehnung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung	38
B.	Begründungsansätze für die Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung	42
1.	Ableitung aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses	42
2.	Ableitung aus der Fürsorgepflicht.....	44
a)	Für die Ableitung aus der Fürsorgepflicht.....	45
b)	Gegen die Ableitung aus der Fürsorgepflicht.....	46
3.	Ableitung aus dem Persönlichkeitsrecht	47
4.	Ableitung aus internationalen Übereinkommen.....	48
5.	Ableitung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz	49
6.	Beschäftigungsanspruch aufgrund gesellschaftlicher Verpflichtung	50
7.	Zusammenfassung.....	50
C.	Recht auf Beschäftigung in Ausnahmefällen	51
1.	Ausdrückliche vertragliche Vereinbarung	51
2.	Konkludente Vereinbarung (Natur des abgeschlossenen Vertrages, nähere Umstände des Geschäftes sowie ergänzende Vertragsauslegung)	52
3.	Analoge Anwendung des § 21 SchSpG und §§ 9,18 BAG	54
a)	Meinungsstand	54
b)	Zusammenfassung und eigene Meinung	57
D.	Recht auf Beschäftigung bei besonders schützenswerten Beschäftigungsinteressen... 58	
a)	Beispiele für besonders starke Interessen des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung.....	59
b)	Zusammenfassung.....	62
E.	Zusammenfassung	63
VII.	Entwicklung des Rechts auf Beschäftigung in der Judikatur	64
A.	Ältere Judikatur	65
B.	Jüngere Judikatur	67
C.	Aktuelle Judikatur.....	69
1.	„Gefäßchirurgenentscheidung“ vom 13.11.1996.....	70
a)	Sachverhalt.....	70
b)	Entscheidungsgründe des OGH.....	71
c)	Analyse.....	72
2.	„Pilotenentscheidung“ vom 15.1.1997.....	75
a)	Sachverhalt.....	75
b)	Entscheidungsgründe des OGH.....	76
c)	Analyse.....	76
3.	„Neurochirurgenentscheidung“ vom 28.11.2002.....	77
a)	Sachverhalt.....	77
b)	Entscheidungsgründe des OGH.....	79
c)	Analyse.....	79
4.	„Internistenentscheidung“ vom 21.5.2003	80
a)	Sachverhalt.....	80
b)	Entscheidungsgründe des OGH.....	82
c)	Analyse.....	83
5.	„Berufsfußballerentscheidung“ vom 1.2.2007	84
a)	Sachverhalt.....	84
b)	Entscheidungsgründe	88
c)	Analyse.....	91

D.	Zusammenfassung und Resümee	96
VIII.	Eigene Meinung zum Recht auf Beschäftigung	99
IX.	Exkurs: Das Recht auf Beschäftigung in Deutschland im Rechtsvergleich.....	103
A.	Das Recht auf Beschäftigung im aufrechten Arbeitsverhältnis.....	104
1.	Historische Entwicklung	104
2.	Meinungsstand	109
a)	Rechtssprechung.....	109
b)	Literatur.....	110
(1)	Begründungsversuche für die Anerkennung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs....	110
(2)	Ablehnung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs	113
c)	Zusammenfassung	115
B.	Das Recht auf Weiterbeschäftigung im gekündigten Arbeitsverhältnis.....	115
1.	Historische Entwicklung	116
2.	Meinungsstand.....	119
a)	Das Recht auf Weiterbeschäftigung während der Kündigungsfrist.....	119
b)	Das Recht auf Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum Ende des Kündigungsschutzverfahrens	119
(1)	Das Recht auf Weiterbeschäftigung bei vorläufigem Bestandschutz	120
(2)	Das Recht auf Weiterbeschäftigung ohne vorläufigem Bestandschutz	122
(3)	Das Recht auf Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Kündigungsschutzverfahrens bei außerordentlicher Kündigung	126
C.	Vergleich der Rechtsordnungen.....	127
X.	Umfang des Rechts auf Beschäftigung.....	130
A.	Arbeitsvertrag als Ausgangspunkt des Umfangs der Beschäftigungspflicht	130
B.	Beschäftigungsumfang mangels Vereinbarung.....	132
C.	Exkurs: Versetzung	133
XI.	Grenzen des Rechts auf Beschäftigung	139
A.	Gesetzliche Beschäftigungsverbote	139
B.	Verzicht.....	140
C.	Schützenswerte Interessen des Arbeitgebers	141
1.	Meinungsstand	142
a)	Rechtssprechung	142
b)	Lehre	143
c)	Zusammenfassung	146
2.	Rechtfertigungsgründe des Arbeitgebers	146
a)	Betriebsbezogene Gründe.....	147
b)	In der Person bzw im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Gründe	149
c)	Sonstige gewichtige Gründe für eine Nichtbeschäftigung	155
d)	Exkurs: Suspendierung.....	156
XII.	Rechtsfolgen der Nichtbeschäftigung.....	159
A.	Erfüllungsanspruch.....	160
1.	Klagbarkeit.....	160
a)	Lehre	160
b)	Judikatur	165
2.	Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs.....	166
3.	Zwangsvollstreckung	168
B.	Austritt.....	171
C.	Entgeltanspruch.....	174

1.	Allgemeines	174
2.	Meinungsstand	176
a)	Lehre	176
b)	Judikatur	180
c)	Eigene Meinung	180
3.	Höhe des Entgelts.....	182
D.	Schadenersatz.....	185
1.	Schadenersatz bei aufrechtem Arbeitsverhältnis.....	185
2.	Schadenersatz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	187
a)	Kündigungsschädigung als Schadenersatz	187
b)	Weitergehender Schadenersatz.....	188
3.	Immaterieller Schaden	190
4.	Konventionalstrafe	193
	BESONDERER TEIL.....	195
	XIII. Das Recht auf Beschäftigung des Schauspielers	195
A.	Allgemeines.....	195
B.	Rechtsgrundlage für das Recht auf Auftritt des Schauspielers.....	197
C.	Umfang des Rechts auf Auftritt des Schauspielers.....	198
D.	Grenzen des Rechts auf Auftritt des Schauspielers	200
E.	Rechtsfolgen der Nichtbeschäftigung	202
F.	Analogie	205
G.	Zusammenfassung	206
	XIV. Das Recht auf Beschäftigung des Arztes.....	207
A.	Inhalt der ärztlichen Tätigkeit	207
B.	Die verschiedenen Gruppen von Ärzten.....	208
1.	Ärzte für Allgemeinmedizin	208
2.	Fachärzte	209
3.	Turnusärzte	209
4.	Formen der Ausübung des ärztlichen Berufes	209
C.	Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Arztes	211
D.	Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Arztes	214
E.	Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Arztes	215
F.	Zusammenfassung	218
	XV. Das Recht auf Beschäftigung der Auszubildenden.....	219
A.	Lehrlinge.....	219
1.	Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Lehrlings	220
a)	... während der Lehrzeit.....	220
b)	... während der Behaltezeit	221
2.	Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Lehrlings	223
a)	... während der Lehrzeit.....	223
b)	... während der Behaltezeit	226
3.	Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Lehrlings	227
4.	Rechtsfolgen der Nichtbeschäftigung.....	230
5.	Analogie	232
6.	Zusammenfassung.....	233
B.	Rechtsanwaltsanwärter	234
1.	Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters	235
2.	Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters.....	237

3.	Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters	241
4.	Zusammenfassung.....	243
C.	Turnusärzte.....	244
1.	Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Turnusarztes	245
2.	Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Turnusarztes.....	249
3.	Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Turnusarztes	256
4.	Zusammenfassung.....	256
XVI.	Das Recht auf Beschäftigung des Piloten.....	258
A.	Der Pilotenschein	259
1.	Allgemeines	259
2.	Voraussetzungen zur Erlangung eines Berufs- und Linienschein.....	260
a)	Mindestalter.....	260
b)	Verlässlichkeit.....	260
c)	Tauglichkeit.....	261
d)	Fachliche Befähigung.....	261
e)	Prüfungswesen	262
B.	Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Piloten	262
C.	Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Piloten	264
D.	Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Piloten	265
E.	Zusammenfassung	266
XVII.	Das Recht auf Beschäftigung des Berufsfußballers.....	267
A.	Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Berufsfußballers.....	268
B.	Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Berufsfußballers.....	270
C.	Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Berufsfußballers.....	281
D.	Zusammenfassung	286
Literaturverzeichnis	288	
Literatur.....	288	
Österreichische Literatur	288	
Deutsche Literatur	292	
Judikatur	293	
Österreichische Judikatur	293	
Deutsche Judikatur	297	
Internetquellen	297	
Anhang 1.....	299	
Zusammenfassung	299	
Anhang 2.....	300	
Lebenslauf	301	

Abkürzungsverzeichnis

aA	= anderer Ansicht
AB	= Ausschussbericht
ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
abl	= ablehnend
Abs	= Absatz
AlVG	= Arbeitslosenversicherungsgesetz
allg	= allgemein, -e, -es
AngG	= Angestelltengesetz
Anm	= Anmerkung
AnwBl	= Österreichisches Anwaltsblatt (1970).
AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
ARD	= ARD-Betriebsdienst
ÄAO	= Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsverordnung 2006
ÄrzteG	= Ärztegesetz 1998
Arb	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter (1900 ff).
ArbG	= (deutsches) Arbeitsgericht
ArbVG	= Arbeitsverfassungsgesetz
arg	= argumento (folgt aus)
Art	= Artikel
ASG	= Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	= Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	= Arbeits- und Sozialrechtskartei (1997 ff)
ASVG	= Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AtomHG	= Atomhaftungsgesetz
AuslBG	= Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVG	= Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991
AZR	= Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache samt Abkürzungsverzeichnis.
BAG	= Berufsausbildungsgesetz
BAGE	= Sammlung der Entscheidungen des (deutschen) Bundesarbeitsgerichts (1954 ff)
BayPersVG	= Bayerisches Personalvertretungsgesetz
BB	= Der Betriebsberater (deutsch; 1946 ff)
Bespr	= Besprechung
BEinstG	= Behinderteneinstellungsgesetz
BDG	= Beamten-Dienstrechtsgesetz
BG	= Bezirksgericht
BGB	= (deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BlgNR	= Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BPersVG	= Bundespersonalvertretungsgesetz
BRG	= (deutsches) Bundesrätegesetz
Bsp	= Beispiel
bspw	= beispielsweise

BV	= Betriebsvereinbarung
BVG	= Bundesverfassungsgesetz
bzgl	= bezüglich
bzw	= beziehungsweise
d BetrVG	= deutsches Betriebsverfassungsgesetz
DentG	= Dentistengesetz
ders	= derselbe
dgl	= dergleichen
dh	= das heißt
dies	= dieselbe (n)
Diss	= Dissertation
dKSchG	= (deutsches) Kündigungsschutzgesetz
DRdA	= Das Recht der Arbeit (1951ff)
dRGBI	= (deutsches) Reichsgesetzblatt
dZPO	= deutsche Zivilprozessordnung
E	= Entscheidung(en)
ecolex	= Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (1990 ff)
EKHG	= Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
EKUG	= Elternkarenzurlaubsgesetz
EMRK	= Europäische Menschenrechtskonvention
EO	= Exekutionsordnung
Erl	= Erläuterung
ESC	= Europäische Sozialcharta
etc	= et cetera
EV	= einstweilige Verfügung
EvBl	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung (1934-1938, 1946 ff)
EU	= Europäische Union
f	= und der, die folgende
ff	= und der, die folgenden
FN	= Fußnote
FS	= Festschrift
gem	= gemäß
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GIUNF	= Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge; begonnen von <i>Glaser</i> und <i>Unger</i> , fortgeführt von <i>Pfaff</i> , <i>Schey</i> , <i>Krupsky</i> , <i>Schrutka von Rechtenstamm</i> und <i>Stepan</i> (1898 bis 1915)
GIBG	= Gleichbehandlungsgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	= Gesetzgebungsperiode
GS	= Großer Senat
GuKG	= Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
GVBl	= (deutsches) Gesetz- und Verordnungsblatt
hA	= herrschende Ansicht
HausbG	= Hausbesorgergesetz

HBRG	= (deutsches) Hessisches Betriebsrätegesetz
HebG	= Hebammengesetz
HGB	= Handelsgesetzbuch (nunmehr UGB)
hL	= herrschende Lehre
hM	= herrschende Meinung
Hrsg	= Herausgeber
hrsg	= herausgegeben
HS	= Handelsrechtliche Entscheidungen (1939 ff), hrsg derzeit von <i>Jabornegg, Karollus und Huemer</i>
idF	= in der Fassung
idgF	= in der geltenden Fassung
idR	= in der Regel
idS	= in diesem Sinne
infas	= Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht (1984 ff).
inkl	= inklusive
insb	= insbesondere
IPWSK	= Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
iS	= im Sinne
iSd	= im Sinne des, - der
iVm	= in Verbindung mit
JAA	= Joint Aviation Authorities
JAR	= Joint Aviation Requirements
JBl	= Juristische Blätter (1872-1938, 1946 ff)
Jud	= Judikatur
K ap	= Kapitel
Kfz	= Kraftfahrzeug, -e
k.k.	= kaiserlich-königlich
KollV	= Kollektivvertrag
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz
krit	= kritisch
KTG	= Kardioteknikergesetz
LAG	= (deutsches) Landesarbeitsgericht
LAG	= Landarbeitsgesetz 1984
LFG	= Luftfahrtgesetz
LG	= Landesgericht
LGZ	= Landesgericht für Zivilrechtssachen
Lit	= Literatur
LuftVG	= Luftverkehrsgesetz
m A	= meiner Ansicht
Mat	= Materialien
max	= maximal
maW	= mit anderen Worten
mE	= meines Erachtens
MedienG	= Mediengesetz
MLPV	= Militärluftfahrt-PersonalV 1968
MRG	= Mietrechtsgesetz

MRK	= Menschenrechtskonvention
MSchG	= Mutterschutzgesetz
mwN	= mit weiteren Nachweisen
Nov	= Novelle(n)
Nr	= Nummer
NZfA	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (deutsch)
OB DK	= Oberste Berufungs- und Disziplinarcommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter
OGH	= Oberster Gerichtshof
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung (1946 ff)
OLG	= Oberlandesgericht
OR	= schweizer Obligationenrecht
PatG	= Patentgesetz
PersFrSchG	= BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit
PersVG	= Personalvertretungsgesetz
PR	= Public relations
RAA	= Rechtsanwaltsanwärter
RAO	= Rechtsanwaltsordnung
RAPG	= Rechtsanwaltsprüfungsgesetz
RdA	= Recht der Arbeit (deutsch)
RdM	= Recht der Medizin (1994 ff)
RdW	= Österreichisches Recht der Wirtschaft (Lit und E 2000 ff)
RL-BA	= Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwaltsanwärter (Standesrichtlinie)
RL-RAA	= Richtlinie für die Ausbildung von Rechtsanwaltsanwärtern (Ausbildungsrichtlinie)
RPG	= Rechtspraktikantengesetz
Rsp	= Rechtsprechung
RV	= Regierungsvorlage
Rz	= Randzahl
s	= siehe
sa	= siehe auch
SanG	= Sanitätergesetz
SchSpG	= Schauspielergesetz
sog	= sogenannt, -e, er, es
Sess	= Session
sog	= sogenannt(r)
SpuRt	= (deutsche) Zeitschrift für Sport und Recht (1994 ff)
StGBI	= Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StGG	= Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
stRsp	= ständige Rechtsprechung
SZ	= Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern (1919 – 1938, 1946 ff)

ua	= unter anderem, unter anderen
uÄ	= und Ähnliches
udgl	= und dergleichen
UGB	= Unternehmensgesetzbuch
UrhG	= Urhebergesetz
usw	= und so weiter
uU	= unter Umständen
uvam	= und viele(s) andere mehr
UWG	= BG gegen den unlauteren Wettbewerb
v	= vom, von
va	= vor allem
VdF	= Vereinigung der Fußballer
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
vgl	= vergleiche
vgla	= vergleiche auch
VO	= Verordnung
VwGH	= Verwaltungsgerichtshof
wbl	= wirtschaftliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht (1987ff)
ZÄG	= Zahnärztegesetz
ZAS	= Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (1966 ff)
ZASB	= Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, Judikaturbeilage (1966 – 2002)
zB	= zum Beispiel
ZBl	= Zentralblatt für die juristische Praxis (1883-1938)
ZfA	= (deutsche) Zeitschrift für Arbeitsrecht (1970 ff)
ZfVB	= Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge
ZLPV	= Zivilluftfahrt-Personalverordnung 2006
ZPO	= Zivilprozessordnung
zT	= zum Teil
zust	= zustimmend
ZVR	= Zeitschrift für Verkehrsrecht (1956ff)
zz	= zurzeit

Gedicht

Die Arbeit ist in erster Linie Pflicht,
darüber täusche man sich nicht.
Zu arbeiten ist aber auch ein Recht,
für Menschen beiderlei Geschlechts.
Ein allgemeines Recht auf Arbeit wäre ideal,
doch da wird der Marktwirtschaftler fahl.
Dies kann sein Wirtschaftssystem nicht bringen,
muß es doch um Gewinne ringen.
Der Kommunismus glaubt, daß er's kann,
doch sieht sich dies nun anders an.
Nur in des Arbeitsverhältnis Rahmen,
braucht dieses Recht zu erlahmen.
Aus der Pflicht zur Arbeit wird hier ein Recht,
so verkehrt sich der Paragraphen Geflecht.

Es reicht nicht, daß der Arbeitgeber gibt Entgelt,
und seine Zahlungspflicht einhält.
Gearbeitet wird nicht nur um Geldes willen,
sondern auch um eine Lust zu stillen.
Wird ein Arbeitnehmer kaltgestellt,
er sich durch Klage auf Beschäftigung schadlos hält,
Nur wenn des Arbeitgebers Interesse überwiegt,
eine andere Rechtslage sich ergibt.
Der Beschäftigungsanspruch tritt dann zurück,
zu des Arbeitgebers Glück.

(Peter Hanau)

Thematische Einführung

Der Standpunkt des Arbeitnehmers, ein Recht auf Beschäftigung zu haben, hat in den letzten Jahren, vor allem im Berufsfußballsport, an Aktualität gewonnen und ist zu einem viel diskutierten Thema geworden. Beim Anspruch auf Beschäftigung geht es um die Kernfrage, ob der Arbeitnehmer – unabhängig vom Entgeltanspruch – im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses bei Nichtbeschäftigung einen klagbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber auf tatsächliche Verwendung seiner Arbeitskraft hat. Die Frage nach einem Recht auf Beschäftigung ist im Gegensatz zum deutschen Arbeitsrecht in der österreichischen Rechtsordnung noch nicht abschließend geklärt, zumal bisher darüber sehr wenig publiziert und judiziert wurde.

Im Rahmen dieser Arbeit soll daher untersucht werden, ob bzw inwieweit das österreichische Rechtssystem den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers anerkennt. Dabei werden zunächst im Allgemeinen Teil dieser Arbeit Bestand, Umfang und Grenzen des Rechts auf Beschäftigung näher beleuchtet und in diesem Zusammenhang die Entwicklungen und Lösungen sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung aufgezeigt. Anschauungsfälle zu Beginn der Arbeit sollen dabei dem Leser bei der Erfassung des gegenständlichen Problems helfen.

Weiters wird im Allgemeinen Teil im Rahmen eines Exkurses die deutsche Rechtslage zum Recht auf Beschäftigung dargestellt und mit der österreichischen verglichen, um, aufgrund der Ähnlichkeit dieser beiden Rechtsordnungen, Rückschlüsse oder Erkenntnisse auf eine mögliche Rechtsentwicklung in Österreich gewinnen zu können.

Im zweiten Teil der Arbeit ist das Hauptaugenmerk auf verschiedene Berufsgruppen gerichtet, für die ein Recht auf Beschäftigung in Frage kommen könnte. Der Besondere Teil behandelt ausführlich den Beschäftigungsanspruch der ausgewählten Berufsgruppen.

ALLGEMEINER TEIL

I. Praktische Anschauungsfälle

Um den Problembereich der gegenständlichen Arbeit näher vor Augen zu führen, erscheint es angebracht, diese mit vier einschlägigen Anschauungsfällen einzuleiten. In Österreich haben Arbeitnehmer unter anderem in den folgenden Anschauungsfällen näher bezeichneten Berufsgruppen, für ein Recht auf Beschäftigung plädiert.¹

A. Anschauungsfall 1: Berufsfußballer

Ein Berufsfußballer der österreichischen Bundesliga macht durch starke Leistungen auf sich aufmerksam und wird daraufhin in die österreichische Fußball-Nationalmannschaft einberufen. Sein Spielervertrag mit seinem Verein läuft aber mit Ende der Saison aus. Der Verein beabsichtigt, diesen Spieler weiter an den Verein zu binden und verlangt vom Spieler seinen auslaufenden Vertrag zu verlängern, dies insbesondere auch deswegen, damit der Verein bei einem Vereinswechsel des Spielers am Transfer des Spielers mitverdienen kann. Der Spieler lehnt aber den vom Verein vorgelegten Spielervertrag ab, da einerseits, die Vertragsverlängerung für ihn zu früh ist und er sich andererseits für die Zukunft noch nicht festlegen möchte. Daraufhin wird er aus der Kampfmannschaft ausgeschlossen und in die Amateurm Mannschaft des Vereins versetzt, wo er zwar am Training teilnehmen kann, aber im Wesentlichen nicht zum wettbewerbsmäßigen Einsatz kommt. Das Training mit der Kampfmannschaft wird ihm gänzlich verboten.²

Kann der Spieler zu den Amateuren versetzt werden bzw kann er die Teilnahme am Training sowie einen wettbewerbsmäßigen Einsatz in der Kampfmannschaft erzwingen?

¹ Der OGH hat sich – wenn auch die Zahl der einschlägigen Entscheidungen überschaubar ist – mit dem Problem des Rechts auf Beschäftigung in folgenden E auseinandergesetzt: OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a – Gefäßchirurg; 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y – Pilot; 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t – Neurochirurg; 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w – Primarius Innere Medizin; zuletzt OGH 18.10.2006, 9 Ob A 100/06f – Tänzer; 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v – Schopp; ausführlich zu diesen E s Seite 69 ff.

² Vgl dazu OGH 26.4.2004, 8 Ob A 38/04b – Feldhofer, OLG Graz, 28.11.2004, 8 Ra 115/03y – Feldhofer; LG Graz 13.8.2003, 38 Cga 39/02a bzw 38 Cga 51/02s – Feldhofer.

B. Anschauungsfall 2: Arzt

Ein Arzt ist seit über 10 Jahren in einem großen Krankenhaus als Gefäßchirurg beschäftigt. Neben seiner Spitalstätigkeit betreibt der Chirurg auch eine eigene Privatpraxis. Gegenüber dem Arzt häufen sich aber die Beschwerden. Es wird ihm zunächst vorgeworfen, dass er seiner Ausbildungsverpflichtung nicht nachkommt, wodurch ein massiver Qualitätsabfall der ärztlichen Leistungen im Spital verzeichnet wurde. Weiters wird ihm angelastet, die ärztlichen Kollegen bei der Visite vor Pflegepersonal und Patienten massiv zu beschimpfen und ebenso Konflikte mit der übrigen Abteilungsbelegschaft zu haben. Außerdem überweise er seine Privatpatienten in das Krankenhaus, die den Kassenpatienten vorgezogen werden und einen früheren Operationsterminen erhalten. Aus diesen Gründen wird der Chirurg gekündigt und während seiner Kündigungsfrist vom Dienst freigestellt.³

Hat der Arzt während der Kündigungsfrist ein Recht weiterhin Operationen durchzuführen, um seine operative Geschicklichkeit zu erhalten?

C. Anschauungsfall 3: Pilot

Ein Pilot ist seit Jahren in einem großen Flugunternehmen als Linienpilot beschäftigt. Er muss jährlich den Nachweis von mindestens 100 Stunden im Fluglinienverkehr erbringen, um eine Verlängerung seiner Flugberechtigung zu erlangen. Überdies ist bei zahlreichen Luftfahrtunternehmen der Besitz eines gültigen Linienpilotscheins Voraussetzung für eine Anstellung, da die Wiedererlangung der Fluglizenz mit einem hohen Aufwand verbunden ist. Wegen Personalabbaus wird der Pilot gekündigt und während der Kündigungsfrist vom Flugeinsatz freigestellt.⁴

Hat der Pilot einen Anspruch, von der Fluggesellschaft im Linienflugverkehr tatsächlich eingesetzt zu werden?

³ Vgl dazu OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a – Gefäßchirurg.

⁴ Vgl dazu OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y – Pilot.

D. Anschauungsfall 4: Schauspieler

Ein Theater schließt mit einem Schauspieler einen Bühnendienstvertrag ab, wobei ihm vertraglich eine bestimmte Rolle während der vereinbarten Vertragszeit an der betreffenden Bühne in Aussicht gestellt wird. Der Schauspieler studiert und probt eifrig seine Rolle für die Aufführungen. Jedes Mal, wenn es zur Aufführung kommt, wird die Rolle einem anderen Schauspieler, der ebenfalls die Rolle beherrscht, zugeteilt. Er muss sich mit den Proben hinter den Vorhängen begnügen, wobei ihm der Auftritt vor dem Publikum verwehrt bleibt.

Hat der Schauspieler ein Recht auf angemessene Beschäftigung?

E. Fragestellung

Wie ist in den veranschaulichten Fällen das Verhalten des Vereins, des Krankenhauses, der Fluggesellschaft sowie des Theaterunternehmens, nämlich die Nichtzulassung zur tatsächlichen Beschäftigung, juristisch zu qualifizieren? Hat der Arbeitnehmer unabhängig vom Entgeltanspruch einen Anspruch auf tatsächliche Verwendung seiner Arbeitskraft gegenüber dem Arbeitgeber? Liegt bei der Beschäftigungsverweigerung ein Fall von Schuldner- bzw Gläubigerverzug vor und treten demgemäß die Rechtsfolgen des § 918 ABGB oder § 1419 ABGB ein? Oder ist die Lösung in den arbeitsrechtlichen Sondernormen des § 1155 ABGB oder § 21 SchSpG zu suchen? Oder kommt für den Anspruch auf Beschäftigung eine ganz andere dogmatische Rechtsgrundlage in Betracht?

Auf all diese Fragen wird im Rahmen dieser Arbeit ausführlich eingegangen werden.

II. Begriffsabgrenzung

Literatur: *Brodil*, DRdA, 2007/49 (Anm zu 9 Ob A 121/06v); *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁵ (2009); *Cerny*, Das Recht auf Arbeit als soziales Grundrecht, DRdA 1967, 1; *ders*, Wie steht es um die Ausprägung sozialer Grundrechte in Österreich, DRdA, 1965, 109; *Damjanovic*, Soziale Grundrechte, in *Heissl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009); *Feil/Wennig*, Bühnenrecht: künstlerische und darstellende Berufe (2001); *Gagawczuk/Krapf*, Arbeitsrechtliche Ansprüche von A-Z² (2002); *Kapfer/Bündsdorf*, Schauspielergesetz (1974); *Lepke*, Der Anspruch auf Beschäftigung (Diss Berlin 1966); *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6; *Mayer-Maly/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht I² (1987); *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009); *ders*, Soziale Grundrechte, in FS Floretta 1983, 277; *Pallasch*, Der Beschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers (1992); *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003); *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60.

Bevor das Recht auf Beschäftigung, dessen grundsätzliche Fragestellung einführend dargestellt wurde, gegenüber anderen Rechtsinstituten⁵ abgegrenzt wird, soll eine Definition des „Rechts auf Beschäftigung“⁶ festgelegt werden.

Das ABGB kennt kein Recht auf Beschäftigung. Aber auch der arbeitsrechtliche Gesetzgeber hielt sich – abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen⁷ – zurück, den Beschäftigungsanspruch ausdrücklich zu statuieren. Mangels Vorliegens einer Legaldefinition ist daher kein Aufschluss darüber zu gewinnen, was unter „Beschäftigungsanspruch“ eines Arbeitnehmers zu verstehen ist.

Hingegen kommt der Terminus „Beschäftigung“ in fast allen arbeitsrechtlichen Gesetzen, wie bspw im AngG⁸, ArbVG⁹, BAG¹⁰, BEinStG¹¹, GIBG¹² und MSchG¹³, umfangreich wörtlich vor. Jedoch stößt man auch in diesen Gesetzen auf keine Legaldefinition.¹⁴ Es ist daher davon auszugehen, dass der österreichische Gesetzgeber die Kenntnis über die Bedeutung des Beschäftigungsbegriffes offenbar für selbstverständlich gehalten hat. Andere Gründe für die

⁵ Wie das „Recht auf Arbeit“, das „Recht am Arbeitsplatz“, das „Recht auf freie Berufswahl“ und das „Recht auf freie Arbeitsplatzwahl“; s dazu sogleich.

⁶ Im Folgenden wird darauf hingewiesen, dass zwischen den Begriffen Recht auf Beschäftigung, Beschäftigungspflicht sowie Beschäftigungsanspruch kein sachlicher Unterschied besteht und diese daher in der vorliegenden Arbeit immer im gleichen Sinne zu verstehen sind.

⁷ Vgl an dieser Stelle § 21 SchSpG, der von einem „Recht auf Beschäftigung“ sowie § 1 Abs 1 BEinstG, der von Beschäftigungspflicht spricht; s dazu Seite 32 ff.

⁸ Angestelltengesetz 1921 BGBl 1921/292 idF BGBl I 2006/35.

⁹ Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22 idF BGBl I 2007/77.

¹⁰ Berufsausbildungsgesetz 1969 BGBl 1974/142 idF BGBl I 2008/82.

¹¹ Behinderteneinstellungsgesetz 1969 BGBl 1970/22 idF BGBl I 2008/67.

¹² Gleichbehandlungsgesetz BGBl 1993/100 idF BGBl I 2008/97.

¹³ Mutterschutzgesetz 1979 BGBl I 1979/221 idF BGBl I 2007/53.

¹⁴ Vgl aber § 2 Abs 1 AuslBG, wo die Beschäftigung ua als Verwendung in einem Arbeitsverhältnis definiert wird.

mangelnde Definition des Beschäftigungsbegriffes könnten aber auch in der Fülle der Bedeutungen dieses Begriffes in der österreichischen Rechtsordnung, sowie in ihrer unterschiedlichen Bedeutung in den jeweiligen Gesetzen liegen. Tatsächlich fällt bei näherer Durchsicht der arbeitsrechtlichen Gesetze auf, dass dem Wort Beschäftigung als Rechtsbegriff in diversen Gesetzen keine einheitliche Bedeutung zukommt.¹⁵ Daher kann aus dem Begriff der „Beschäftigung“ keine Definition für das „Recht auf Beschäftigung“ hergeleitet werden.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass es in der österreichischen Rechtsordnung an einer Definition sowohl für den Begriff des „Rechts auf Beschäftigung“ als auch für jenen „Beschäftigung“ fehlt. Aus diesem Grund ist eine Definition für den Gegenstand dieser Arbeit zu suchen. Was bedeutet das „Recht auf Beschäftigung“ und wie kann dieser Begriff definiert werden?

A. Definition des Rechts auf Beschäftigung

Als Ansatz für die Herleitung einer Definition kann zunächst auf den Aufsatz von *Strasser*¹⁶ zurückgegriffen werden. *Strasser* gibt zwar keine Definition für den Beschäftigungsanspruch, hält aber fest, dass das Problem eines Beschäftigungsanspruchs die Frage betrifft, „*ob der Dienstnehmer während des Bestandes des Dienstverhältnisses ein Recht hat, vom Dienstgeber die Annahme seiner Arbeitsleistung, also die tatsächliche Verwendung seiner Arbeitskraft, zu verlangen.*“¹⁷ Aus dieser Fragestellung *Strassers* können durchaus Merkmale für eine Definition des Beschäftigungsanspruchs gewonnen werden. Mit dieser Fragestellung legt *Strasser* auch den Inhalt und Zweck des Beschäftigungsanspruchs fest. Das Charakteristische am Beschäftigungsanspruch ist somit, dass dieser nur die tatsächliche Abnahme der Arbeitsleistung, nicht dagegen den Anspruch auf das vereinbarte Arbeitsentgelt zum Gegenstand hat. Schon an dieser Stelle kann daher festgehalten werden, dass der Beschäftigungsanspruch mit dem inhaltlich davon verschiedenen Entgeltanspruch nichts gemein hat. Dem Arbeitnehmer steht auch dann der volle Gehalts- oder Lohnanspruch zu, wenn der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung bereit ist, der Arbeitgeber davon aber keinen Gebrauch macht.¹⁸

¹⁵ Vgl nur § 2 Abs 1 AuslBG.

¹⁶ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60.

¹⁷ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60.

¹⁸ Vgl an dieser Stelle bloß § 1155 ABGB; s im Detail Seite 174 ff.

Um wieder zur Suche nach einer Definition für das Recht auf Beschäftigung zurück zu kommen, gibt es diesbezüglich in der österreichischen Literatur einige kurze Definitionsvorschläge:

Das Schrifttum versteht unter dem Recht auf Beschäftigung das „(einklagbare) Recht des Arbeitnehmers tatsächlich beschäftigt zu werden“¹⁹ oder „das Recht des Arbeitnehmers auf tatsächliche Inanspruchnahme seiner Arbeitskraft“.²⁰ Weiters wird unter dem Beschäftigungsanspruch ein „privatrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber“²¹ oder „der durchsetzbare Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine dem Inhalt des Dienstvertrages entsprechende Verwendung“²² verstanden. Vielfach wird auch das Recht auf Beschäftigung im negativen Sinn definiert: Der Dienstnehmer hat zwar die Verpflichtung, Dienste zu leisten, aber „nicht das Recht, zu verlangen, dass diese Dienste auch in Anspruch genommen werden, dass er beschäftigt werde.“²³

Den zitierten Definitionen sind zwar Merkmale für eine Definition des Beschäftigungsanspruches zu entnehmen, jedoch sind sie im Einzelnen für eine abschließende Konkretisierung des Rechts auf Beschäftigung unzureichend. Hebt man jedoch bei den einzelnen Definitionenversuchen die wesentlichen Merkmale („tatsächlich“, „Inanspruchnahme der Arbeitskraft“, „privatrechtlicher Anspruch“, „dem Inhalt des Dienstvertrages entsprechende Verwendung“) hervor, lässt sich das Recht auf Beschäftigung vorläufig wie folgt definieren:

*Unter dem Recht auf Beschäftigung ist der gegen den Arbeitgeber gerichtete privatrechtliche Anspruch²⁴ des Arbeitnehmers zu verstehen, während des aufrechten Arbeitsverhältnisses zu den vertraglich vereinbarten Tätigkeiten tatsächlich in Anspruch genommen zu werden.*²⁵

¹⁹ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht⁵ Rz 243.

²⁰ Brodil, DRdA 2007/49 (482).

²¹ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 248.

²² Gagawczuk/Krapf, Arbeitsrechtliche Ansprüche² Rz 26.

²³ So zB Kapfer/Büindsdorf, SchSpG § 21 Anm 1.

²⁴ Der Begriff „privatrechtlich“ ist in die Definition deshalb aufzunehmen, um eine Grenze einerseits zum Recht auf Arbeit und andererseits zu öffentlichen-rechtlichen Ansprüchen zu ziehen.

²⁵ Vgl den Überblick der Definitionsvorschläge für den Beschäftigungsanspruch in Deutschland bei Pallasch, Beschäftigungsanspruch 34; vgl die Definition von Lepke, Beschäftigung 2: „Der Beschäftigungsanspruch bedeutet das gegen den Arbeitgeber gerichtete Verlangen des Arbeitnehmers, im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zur Bewirkung der vereinbarten Dienstleistung tatsächlich herangezogen werden; kürzer: Der Beschäftigungsanspruch ist auf das konkrete Tätig-Sein-Dürfen des Arbeitnehmers gerichtet.“

Auf den ersten Blick erscheint die vorgeschlagene Definition für das Recht auf Beschäftigung abschließend zu sein. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sie lediglich den Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung festhält. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers setzt aber eine entsprechende Verpflichtung auf der Seite des Arbeitgebers voraus, die sog Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Normalerweise stehen Recht – hier Beschäftigungsanspruch – und Pflicht – hier Beschäftigungspflicht – immer in einer Wechselbeziehung. Legt man aber dem Verhältnis „Anspruch und Pflicht“ die Frage nach dem Bestehen eines Rechts auf Beschäftigung zugrunde, so tritt ein anderer Aspekt in den Vordergrund, nämlich jener, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, von seinem Recht auf Dienste des Arbeitnehmers Gebrauch zu machen.²⁶ MaW bedeutet dies, dass – soweit eine Beschäftigungspflicht besteht – der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Leistung, der im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeit ermöglichen muss, dh diejenige Arbeit, zu deren Verrichtung sich der Arbeitnehmer verpflichtet hat. Die Leistung der Arbeit des Arbeitnehmers ist daher bei bestehender Beschäftigungspflicht nicht nur Pflichterfüllung, sondern auch zugleich Rechtsausübung. Im umgekehrten Fall, also wenn keine Beschäftigungspflicht besteht, vollzieht der Arbeitgeber alle Maßnahmen, welche die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ermöglichen oder vorbereiten sollen, nur, um seinen Anspruch realisieren zu können. Er beschäftigt den Arbeitnehmer auch hier, aber er tut es nur in Ausübung eines Rechts. Besteht jedoch eine Beschäftigungspflicht, so ist dieselbe Tätigkeit zugleich auch Pflichterfüllung. Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers bildet in Zusammenhang mit dem Recht auf Beschäftigung das Korrelat zum Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.²⁷

Nach diesen Ausführungen muss die letzterfolgte Definition des Rechts auf Beschäftigung modifiziert und um die Beschäftigungspflicht erweitert werden, sodass sie nun wie folgt lautet:

Unter dem Recht auf Beschäftigung ist der gegen den Arbeitgeber gerichtete privatrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers zu verstehen (der Beschäftigungsanspruch), der die Verpflichtung des Arbeitgebers beinhaltet, den Arbeitnehmer während des aufrechten Arbeitsverhältnisses entsprechend der vertraglich vereinbarten Tätigkeiten tatsächlich in Anspruch zu nehmen (Beschäftigungspflicht).

²⁶ Lepke, Beschäftigung 2.

²⁷ So Lepke, Beschäftigung 2.

Mit der Definition des Begriffs des Beschäftigungsanspruches ist natürlich noch nichts darüber ausgesagt, ob ein solcher Anspruch rechtlich überhaupt anzuerkennen ist. Ziel der Arbeit ist es daher zu beleuchten, ob bzw inwieweit das österreichische Arbeitsrecht einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers entsprechend der vorgenommenen Definition anerkennt.

Abschließend sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass es sich beim Beschäftigungsanspruch – wie die bisherige Darstellung auch gezeigt hat – um einen privatrechtlichen Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber handelt.²⁸ Im Rahmen dieser Arbeit soll nur der privatrechtliche Beschäftigungsanspruch, nicht aber öffentlich-rechtliche Ansprüche, insb der Anspruch der Beamten auf Ausübung ihrer der ihnen übertragenen Amtsfunktion untersucht werden, da sie vom untersuchten Gegenstand in ihrer rechtlichen Struktur abweichen.²⁹

B. Terminologische Abgrenzungen

In der Praxis wird der in dieser Arbeit in Frage gestellte Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung nicht immer scharf genug von anderen Rechtsinstituten unterschieden. Insbesondere erscheint eine Abgrenzung des Rechts auf Beschäftigung vom Recht auf Arbeit besonders vordringlich, weil beide Begriffe sowohl von Laien, als auch von Juristen nicht selten verwechselt, wiederholt sogar miteinander gleichgesetzt und somit nicht auseinander gehalten werden.³⁰ Oft wird von einem Recht auf Arbeit gesprochen, obwohl eigentlich der Anspruch auf Beschäftigung gemeint ist. Um Missverständnisse über den Gegenstand der vorliegenden Arbeit vorzubeugen, wird nachstehend eine Abgrenzung zum Recht auf Arbeit vorgenommen. Im Zusammenhang mit der Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute erscheint es auch notwendig, die anderen soziologisch verwandten oder ähnlich klingenden Begriffe, wie etwa das „Recht am Arbeitsplatz“, das „Recht auf freie Berufswahl“, das „Recht auf freie Arbeitsplatzwahl“ vom Recht auf Beschäftigung abzugrenzen.³¹

²⁸ Vgl *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 248.

²⁹ Die Verschiedenheiten ergeben sich vor allem aus der Tatsache, dass der Beamte als Organ des Staates in aller Regel hoheitliche Gewalt ausübt und eine Trennung von Rechten und Pflichten schwer bis unmöglich ist.

³⁰ Vgl *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 248; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 103; vgl a *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I² 147.

³¹ Vgl *Cerny*, DRdA 1967, 1 (4).

1. Recht auf Arbeit

a) Abgrenzung zum Recht auf Beschäftigung

Obwohl das viel diskutierte „Recht auf Arbeit“ dem ersten Anschein nach dem Begriff des „Rechts auf Beschäftigung“ durchaus ähnlich sein mag, sind sie dennoch nicht ident und unterscheiden sich ganz deutlich, sowohl hinsichtlich der „Rechtsgrundlage als auch hinsichtlich der Normadressaten“.³² Während das Recht auf Arbeit ein soziales Grundrecht darstellt, handelt es sich beim Recht auf Beschäftigung um einen zivilrechtlichen Anspruch auf tatsächliche Verwendung in einem aufrechten Arbeitsverhältnis, der seine Rechtsgrundlage in einem Vertrag oder in einer einfachgesetzlichen Vorschrift hat.³³ Beim Recht auf Arbeit stehen einander Staatsbürger und Staat als Berechtigter und Verpflichteter gegenüber, beim Recht auf Beschäftigung hingegen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Parteien eines Arbeitsvertrages.³⁴

b) Recht auf Arbeit als soziales Grundrecht

Das Recht auf Arbeit, das in manchen Staatsverfassungen³⁵ verankert ist, stellt wie bereits erwähnt ein Grundrecht, genauer ein soziales Grundrecht³⁶ dar. Grundrechte, die in der österreichischen Bundesverfassung³⁷ mit dem Terminus „verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte“³⁸ gleichgesetzt werden, sind subjektive Rechte, die ihre Grundlage in Rechtsvorschriften im Verfassungsrang haben. In Österreich sind die Grundrechte nicht

³² So *Cerny*, DRdA 1967, 1 (4).

³³ *Cerny*, DRdA 1967, 1 (4).

³⁴ *Cerny*, DRdA 1967, 1 (4) mwN; vgl. *Feil/Wennig*, Bühnenrecht Rz 45.

³⁵ Ein Recht auf Arbeit normieren diverse deutsche Länderverfassungen: *Bayern*: „Jedermann hat das Recht, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen“ (Art 166), „Jeder Bewohner Bayerns, der arbeitsunfähig ist, oder dem keine Arbeit vermittelt werden kann, hat ein Recht auf Fürsorge (Art 168); *Berlin*: „Jedermann hat das Recht auf Arbeit. Dieses Recht ist durch die Politik der Vollbeschäftigung und Wirtschaftslenkung zu verwirklichen. Wenn Arbeit nicht nachgewiesen werden kann, besteht Anspruch auf Unterhalt aus öffentlichen Mitteln“ (Art 12); *Bremen*: „Der Staat ist verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, dass jeder, der auf Arbeit angewiesen ist, durch Arbeit seinen Unterhalt erwerben kann. Wer ohne Schuld arbeitslos ist, hat einen Anspruch auf Unterhalt für sich selbst und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen“ (Art 49); *Nordrhein-Westfalen*: „Jedermann hat ein Recht auf Arbeit“ (Art 24); dazu ausführlich *Cerny*, DRdA 1967, 1 (4).

³⁶ Zum Wesen und zur Bedeutung der sozialen Grundrechte s *Cerny*, DRdA, 1965, 109; *ders*, DRdA 1967, 1; sa *Damjanovic* in *Heissl* 516 und *Öhlinger* in *FS Floretta* 277 ff.

³⁷ Der Begriff der Grundrechte kommt in der Verfassungsurkunde selbst nicht vor.

³⁸ Wie etwa das Recht auf Leben, Recht auf persönliche Freiheit, Wahlrecht, Glaubens- und Gewissensfreiheit; s dazu *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ 298.

einheitlich kodifiziert, sondern über zahlreiche Rechtsquellen³⁹ verstreut. Die Grundrechte selbst sollen Schutz vor Eingriffen des Staates gewähren und sind daher jedenfalls Abwehrrechte gegenüber dem Staat. Diesen liberalen Grund- und Freiheitsrechten stehen die sozialen Grundrechte⁴⁰ gegenüber, die sich nicht als Ausgrenzungsrechte gegen den Staat auszeichnen, sondern positive Eingriffe der Gemeinschaftsorgane zu Gunsten der Bürger postulieren. Deren Wesen ist also die Garantie staatlicher Leistungen. Das Recht auf Arbeit richtet sich somit in seiner Ausprägung gegen die Allgemeinheit⁴¹, insb gegen den Staat und hat als Ziel die Verpflichtung, nach Möglichkeit, die notwendigen Arbeitsplätze zu schaffen bzw zu beschaffen.⁴²

Um wieder auf die Abgrenzung zwischen Recht auf Arbeit bzw Beschäftigung zurückzukommen, kann abschließend festgehalten werden, dass im Mittelpunkt des Rechts auf Arbeit das Verlangen des arbeitslosen Bürgers auf Abschluss eines Arbeitsvertrages steht und darauf, dass die Aufrechterhaltung bestehender Arbeitsverhältnisse garantiert wird. Anders ist die Situation im Hinblick auf den Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung. Hier besteht zwischen dem Bürger als Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber bereits ein Arbeitsverhältnis. Im Gegensatz zum arbeitslosen Bürger erhält der Arbeitnehmer in diesem Fall ein Entgelt, sodass seine materielle Existenz als gesichert erscheint.⁴³

³⁹ Auf Details wird hier nicht eingegangen; vgl aber Staatsgrundgesetz vom 21.12.1987 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (StGG); BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit; EMRK samt ihren Zusatzprotokollen, die im Bundesverfassungsrang stehen und unmittelbar anwendbar sind; s hierzu ausführlich *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ 298.

⁴⁰ Als Beispiele sind zu nennen: Recht auf Arbeit, gerechten Lohn, Sozialhilfe, Altersversorgung, Wohnung, Gesundheitsleistung; einen Katalog sozialer Grundrechte enthält etwa die ESC, die jedoch nicht im Verfassungsrang ratifiziert und überdies mit einem Erfüllungsvorbehalt abgeschlossen wurde und daher innerstaatlich nicht unmittelbar zur Anwendung kommt.

⁴¹ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 248; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 103.

⁴² Die Meinungen, ob es ein Grundrecht auf Arbeit gibt, sind sehr widersprüchlich. Kritische Stimmen, wie *Öhlinger* in FS Floretta 277 sind der Ansicht, dass ein Recht, welches einen klagbaren Anspruch auf einen angemessenen Arbeitsplatz beinhalten würde, nicht justiziabel sei. In einer Marktwirtschaft – auch wenn in Österreich die soziale Marktwirtschaft herrscht – verfüge der Staat nicht über so viele Arbeitsplätze, die er dafür brauchen würde. ME ist dieser Kritik Recht zu geben, weil ein generelles Recht auf Arbeit tatsächlich nicht erfüllbar ist, auch wenn in der ESC, die von Österreich 1963 unterzeichnet wurde, ein solches Recht anerkannt ist. Denn wäre dieses durchsetzbar, müsste der Staat in einem fast grenzenlosen Umfang über entsprechende Arbeitsplätze verfügen, um ein solches Recht wirklich erfüllen zu können. Ein klagbarer Anspruch auf Arbeit ist aber vor allem aus jenem Grund abzulehnen, weil ein solcher in der Praxis kaum durchsetzbar wäre und dadurch die Grundrechte an sich zwangsläufig in ihrer Bedeutung gemindert würden. Man stelle sich vor, wenn etwa Arbeitslose die Möglichkeit geboten bekämen, ihren Anspruch auf Arbeit vor dem Verfassungsgerichtshof einzuklagen.

⁴³ Vgl *Cerny*, DRdA 1967, 1 (4).

2. Recht am Arbeitsplatz

Weiters muss das Recht auf Beschäftigung begrifflich vom Recht am Arbeitsplatz getrennt werden. Obwohl beide Ansprüche ihre Grundlage im Arbeitsvertrag – auch hierbei handelt es sich um einen Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber – haben, ist der Inhalt beider Rechte jeweils ein Verschiedener.⁴⁴ Es sollte daher vermieden werden, vom Recht des Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz zu sprechen, wenn tatsächlich der Beschäftigungsanspruch in Rede steht.⁴⁵ Das Recht am Arbeitsplatz bezweckt die Erhaltung eines bestehenden Arbeitsplatzes durch einen besonderen Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses.

Im Vergleich dazu geht es beim Beschäftigungsanspruch nicht um die Erhaltung des Arbeitsverhältnisses und damit des Arbeitsplatzes in seinem rechtlichen Bestand.⁴⁶ Der Anspruch auf Beschäftigung setzt vielmehr die Existenz eines Arbeitsverhältnisses voraus.

3. Recht auf freie Arbeitsplatzwahl

Ebenso ist das Recht auf Beschäftigung vom Recht auf freie Arbeitsplatzwahl zu differenzieren. Dieses Recht beinhaltet die Freiheit des Einzelnen, seinen Arbeitsplatz innerhalb der vorhandenen Arbeitsmöglichkeiten frei zu wählen und verpflichtet den Staat, Eingriffe in diese individuelle Freiheit zu unterlassen. Dieses Grundrecht vermittelt aber weder einen Anspruch auf Zuweisung oder Beschaffung eines konkreten Arbeitsplatzes noch auf staatliche Maßnahmen zur Arbeitsbeschaffung bzw Existenzsicherung.⁴⁷

4. Recht auf freie Berufswahl

Schließlich darf das Recht auf Beschäftigung nicht mit dem Recht auf freie Berufswahl verwechselt werden. Das Recht auf freie Berufswahl ist in Art 18 StGG verankert, wonach jeder das Recht hat, den für sich geeigneten Beruf zu erlernen und diesen auch auszuüben.

⁴⁴ *Cerny*, DRdA 1967, 1 (5).

⁴⁵ Im Übrigen sollte auch die Gleichsetzung des Rechts am Arbeitsplatz mit dem Recht auf Arbeit vermieden werden.

⁴⁶ Im Vergleich ermöglicht ein Recht auf Arbeit dem Einzelnen erst die Erlangung eines Arbeitsplatzes durch entsprechende Maßnahmen des Staates.

⁴⁷ *Cerny*, DRdA 1967, 1 (5).

Das ergibt sich unter anderem aus Art 15/1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, wonach jeder Unionsbürger das Recht hat „zu *arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben*“. Dieses klassisch-liberale Grundrecht gewährleistet demnach die Freiheit, sich für einen beliebigen Beruf zu entscheiden und die dafür nötige Ausbildung zu erlangen, ohne dabei durch gesetzliche Vorschriften behindert oder beschränkt zu werden.⁴⁸

Mit dem Anspruch des Arbeitnehmers, faktisch beschäftigt zu werden, hat dieses Recht nichts zu tun. Der Beschäftigungsanspruch hat seine Grundlage im Arbeitsvertrag. Es besteht bereits ein Arbeitsverhältnis, wobei hingegen beim Recht auf freie Berufswahl noch kein Arbeitsverhältnis existiert. Jedermann hat aber das Recht, innerhalb seiner freien Berufswahl mit einem potentiellen Arbeitgeber ein solches Arbeitsverhältnis einzugehen.

⁴⁸ Vgl. *Cerny*, DRdA 1967, 1 (5).

III. Abnahmepflicht des Gläubigers im Zivilrecht

Literatur: *Apathy*, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBl 1982, 561; *Barta*, Zivilrecht I (2004); *Binder* in *Schwimann IV*³ §§ 904, 1062; *Binder/Reidinger* in *Schwimann IV*³ §§ 918, 921; *Bydlinksi* in *Klang IV/2*² (1978); *Dullinger*, Allgemeiner Teil Schuldrecht³ (2008); *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil² (1989); *Heidinger* in *Schwimann VI*³ § 1419; *Koziol* in *KBB* § 1419; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007); *Krejci*, Privatrecht⁷ (2007); *Mayerhofer*, Allgemeiner Teil Schuldrecht (1986); *Rabl*, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, JBl 1997, 488; *Reischauer* in *Rummel I*³ §§ 904, 918; *ders* in *Rummel II/3*³ § 1419; *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; *Schnitzer*, Gibt es dennoch ein "Recht" auf Beschäftigung? wbl 1989, 360.

Nach der Begriffsabgrenzung und vor der Untersuchung, ob und inwieweit der Arbeitgeber zur tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet ist, ist das Augenmerk zunächst auf die Grundstruktur eines solchen Rechts zu richten. Die Suche nach einer dogmatischen Begründung für einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung führt unweigerlich in das Leistungsstörungenrechts des ABGB.

Der Problembereich der Leistungsstörungen ist von größter praktischer Bedeutung.⁴⁹ Täglich geraten tausende Schuldner und Gläubiger in Verzug oder erfüllen mangelhaft bzw schlecht. Von Leistungsstörung⁵⁰ spricht man, wenn ein gültig begründetes Schuldverhältnis, insb ein wirksamer Vertrag, nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt wird, wenn also die Leistung gar nicht⁵¹, verspätet⁵² oder nicht in der geschuldeten Qualität und/oder Quantität⁵³ erbracht wird.⁵⁴

Für die uns interessierende Frage, ob der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entgegennehmen muss, ist aus dem Gebiet des Leistungsstörungenrechts das Rechtsinstitut des Verzugs einschlägig. Denn nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln handelt es sich beim Arbeitgeber um einen Gläubiger der Arbeitsleistung und um einen Schuldner des Entgelts.

⁴⁹ *Krejci*, Privatrecht⁷ Rz 373 bezeichnet das Rechtsinstitut des Leistungsstörungenrechts als Herzstück des allgemeinen Schuldrechts.

⁵⁰ Störungen oder Mängel bei der Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses sind grundsätzlich von jenen Mängeln zu trennen, die bereits die Begründung des Schuldverhältnisses, insb den Vertragsabschluss betreffen. Diese Wurzel- oder Abschlussmängel verhindern entweder von vornherein das Zustandekommen des Vertrages oder führen zu dessen rückwirkender Aufhebung. Wurzelmängel sind zB Dissens, Gesetz- oder Sittenwidrigkeit, mangelnde Geschäftsfähigkeit, Wucher, Irrtum, Drohung und List; s dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 45.

⁵¹ = Nichterfüllung gem § 920 ff ABGB.

⁵² = Verzug gem §§ 918 ff, 1419 ABGB.

⁵³ = Schlechterfüllung gem § 922 ff ABGB.

⁵⁴ Näheres bei *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 45 ff; *Mayerhofer*, ATSchR 351 ff; *Gschnitzer*, ATSchR² 79 ff; *Dullinger*, ATSchR³ Rz 3/1 ff.

Der Arbeitgeber gerät in Verzug, wenn er den Arbeitnehmer nicht tatsächlich beschäftigt. In welche Art von Verzug – nämlich Schuldner- oder Gläubigerverzug – der Arbeitgeber bei Nichtannahme der Arbeitsleistung gerät, soll nun näher dargestellt werden. Diese Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, da grundsätzlich nur der Schuldnerverzug eine Rechtspflicht zur Annahme einer Leistung bestimmt.⁵⁵

A. Schuldnerverzug

Nach § 918 Abs 1 ABGB gerät der Schuldner in Verzug, „wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird (...).“ Bietet der Schuldner bei Fälligkeit eine Leistung an, die nicht der Vereinbarung entspricht, braucht der Gläubiger diese Leistung grundsätzlich⁵⁶ nicht anzunehmen und kann die Rechtsbehelfe des Schuldnerverzugs geltend machen.⁵⁷ Gerät der Schuldner ohne sein Verschulden in Leistungsverzug, spricht man von objektivem Verzug, bei Vorliegen eines Verschuldens von subjektivem Verzug.

1. Objektiver Verzug

Der Schuldner erfüllt den Vertrag nicht gehörig, wenn die Leistung vom Schuldner in zeitlicher oder örtlicher Hinsicht nicht vertragsgemäß erbracht wird. Dabei genügt es, um den Verzug eintreten zu lassen, dass die Leistung objektiv nicht korrekt iSd § 918 ABGB erbracht wird.⁵⁸ Das österreichische Verzugsrecht setzt also für den Eintritt des Verzuges kein Verschulden des Schuldners für die Nichterfüllung voraus.⁵⁹ Ein Schuldner gerät vielmehr auch dann in Verzug, wenn ihn persönlich kein Vorwurf am Nichtanbringen der Leistung

⁵⁵ S an dieser Stelle statt aller *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 52 ff.

⁵⁶ Es bestehen gewisse Ausnahmen: Sind zB Leistung und Gegenleistung auf solche Weise teilbar, dass dem ausständigen Leistungsteil ein äquivalenter Teil der Gegenleistung zugeordnet werden kann, berechtigt der Teilverzug nicht zum Gesamt-, sondern nur zum Teilrücktritt. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 918 Abs 2 ABGB; s dazu *Reischauer* in *Rummel* I³ § 918 Rz 20; *Dullinger*, ATSchR³ Rz 3/26.

⁵⁷ Übernimmt hingegen der Gläubiger die mangelhafte Leistung, kann er sich nach hA nicht mehr auf Verzug berufen, sondern es stehen ihm nur mehr Gewährleistungsrechte zu; zur hA s *Reischauer* in *Rummel* I³ § 904 Rz 5; zust *Binder* in *Schwimann* IV³ § 904 Rz 29.

⁵⁸ Mag das deshalb sein, weil der Schuldner vergessen hat oder weil er die Leistung nicht erbringen kann, weil er zB die nötigen Vorbereitungen nicht getroffen hat oder weil er selbst von seinen Zulieferern im Stich gelassen wurde.

⁵⁹ Nach dem römischen Recht setzte der Verzug Verschulden des Schuldners voraus. Daran hielt, unter dem Einfluss des kanonischen Rechts, die gemeinrechtliche Praxis fest und dem folgt auch das deutsche BGB im § 285 BGB. Das ältere deutsche Recht sah dagegen vom Verschulden ab. Ihm schließt sich – wie das schweizerische (Art 102 schwOR) und das angloamerikanische Recht – auch das österreichische Recht an; dazu ausführlich *Mayerhofer*, ATSchR 367 mwN.

trifft. Bietet der Schuldner die Leistung bei Fälligkeit nicht oder nicht pflichtgemäß an, hat der Gläubiger beim bloß objektiven Schuldnerverzug ein Wahlrecht. Er kann den Vertrag aufrechterhalten und somit weiter auf Erfüllung⁶⁰ bestehen, oder er hat die Möglichkeit sich von seinem unzuverlässigen Partner zu trennen, indem er den Rücktritt vom Vertrag für den Fall erklärt, dass der Schuldner auch in der gesetzten Nachfrist den Vertrag nicht korrekt erfüllt.⁶¹

2. Subjektiver Verzug

Wenn zum objektiven Verzug ein Verschulden des Schuldners hinzutritt, liegt ein subjektiver Verzug vor. Dieser verschuldete Verzug löst besondere, weitergehende Rechtsfolgen aus.

Zunächst kann der Gläubiger – wie beim objektiven Verzug – entweder auf Erfüllung bestehen, oder unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten. Zusätzlich hat er Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Verspätung oder das gänzliche Ausbleiben der Leistung entstanden ist.⁶² Besteht der Gläubiger auf Erfüllung oder erbringt der Schuldner seine Leistung innerhalb angemessener Frist nach Rücktrittserklärung, ist nur der sog Verspätungsschaden zu ersetzen.⁶³ Der Gläubiger kann also den Ersatz für jenen Nachteil verlangen, den er durch die Verspätung der Leistung erlitten hat.⁶⁴ Wird hingegen der Vertrag aufgelöst, gebührt dem Gläubiger der Ersatz seines Nichterfüllungsschadens.⁶⁵ Der Gläubiger ist vermögensrechtlich so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.⁶⁶

⁶⁰ Der Verzug endet, wenn der Schuldner die Leistung obligationsgemäß anbietet. Der Schuldner muss den Gläubiger von seiner Leistungsbereitschaft informieren und ihm für allfällige Dispositionen nötige Zeit einräumen.

⁶¹ Zu den Rechtsfolgen des objektiven Verzugs s im Detail *Reischauer* in *Rummel I*³ § 918 Rz 2 mwN; *Binder/Reidinger* in *Schwimmann IV*³ § 918 Rz 27 mwN; *Mayerhofer*, ATSchR 369 mwN; *Krejci*, Privatrecht⁷ Rz 386.

⁶² Zu den Rechtsfolgen des subjektiven Verzugs s im Detail *Reischauer* in *Rummel I*³ § 918 Rz 2 mwN; *Binder/Reidinger* in *Schwimmann IV*³ § 918 Rz 27 mwN; *Mayerhofer*, ATSchR 371 mwN; *Dullinger*, ATSchR³ Rz 3/20 ff; *Krejci*, Privatrecht⁷ Rz 390.

⁶³ Vgl § 918 Abs 1 ABGB.

⁶⁴ ZB die Kosten für ein Mietwagen bei verspäteter Lieferung des gekauften Autos.

⁶⁵ Vgl § 921 S 1 ABGB.

⁶⁶ Die Höhe dieses Schadenersatzes kann nach Wahl des Gläubigers konkret oder abstrakt berechnet werden; zur Berechnung s statt aller *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 58.

B. Gläubigerverzug

Die Erfüllung einer Verbindlichkeit kann auch durch das Verhalten des Gläubigers verzögert oder verhindert werden. Dazu gehören vor allem die Nichtannahme der Leistung oder die Unterlassung der erforderlichen Mitwirkung. Man spricht hier vom Gläubiger- oder Annahmeverzug. Die mit dem Gläubigerverzug verbundenen Rechtsfolgen hängen davon ab, ob die Annahme bloß als Obliegenheitsverletzung oder als echte Pflichtverletzung zu qualifizieren ist.⁶⁷

1. Gläubigerverzug als Obliegenheitsverletzung

§ 1419 ABGB formuliert knapp: „*Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen; so fallen die widrigen Folgen auf ihn.*“ Der Gläubiger gerät in Annahmeverzug, wenn er die vom Schuldner ordnungsgemäße – verbal⁶⁸ und real⁶⁹ – angebotene Leistung, aus welchem Grund auch immer⁷⁰, nicht annimmt.⁷¹ Der Gläubigerverzug kann also nur eintreten, wenn die Leistung fällig ist und vom Schuldner in gehöriger Weise angeboten wird.⁷²

Nach der hA⁷³ hat der Gläubiger zwar ein Recht auf die Leistung, nicht aber die Pflicht, die ihm vom Schuldner – wenn auch korrekt – angebotene Leistung abzunehmen. Die Wirkungen des Gläubigerverzugs bestehen daher nicht darin, dass der Schuldner die Abnahme des geschuldeten Gegenstands erzwingen kann. Die Übernahmsverweigerung des Gläubigers ist lediglich eine bloße Obliegenheitsverletzung. Das bedeutet, dass es sich dabei um eine

⁶⁷ S statt aller *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 60.

⁶⁸ So bei einer Holschuld, bei dem ein wörtliches Angebot genügt.

⁶⁹ So bei einer Bringschuld, bei dem der Schuldner die Sache zum Gläubiger bringen muss. Unterscheide auch die Schickschuld (Versendungskauf), bei dem die abgesandte Ware beim Gläubiger eintreffen muss.

⁷⁰ Auch der Verzug des Gläubigers setzt grundsätzlich kein Verschulden voraus, wie sich aus dem Wortlaut des § 1419 ABGB ergibt. Es genügt, dass das Hindernis der Erfüllung auf seiner Seite eingetreten ist; vgl dazu §§ 1155, 1168 ABGB.

⁷¹ Entspricht die vom Schuldner angebotene Leistung nicht dem Schuldinhalt, kann sie der Gläubiger grundsätzlich zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu geraten (§ 1413 ABGB); s zu diesbezüglichen Ausnahmen FN 58.

⁷² Im Detail s *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 59; *Reischauer* in *Rummel* II/3³ § 1419 Rz 2 mwN; *Heidinger* in *Schwimann* VI³ § 1419 Rz 3 mwN; *Mayerhofer*, ATSchR 459 mwN; *Dullinger*, ATSchR³ Rz 3/34.

⁷³ **Lit:** *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 60; *Reischauer* in *Rummel* II/3³ § 1419 Rz 3 mwN; *Heidinger* in *Schwimann* VI³ § 1419 Rz 1 und 7 mwN; *Mayerhofer*, ATSchR 460 mwN; *Dullinger*, ATSchR³ 3/36; *Bydlinksi* in *Klang* IV/2 353; *Krejei*, Privatrecht⁷ Rz 396; *Rabl*, JBl 1997, 488; *Apathy*, JBl 1982, 561; *Gschnitzer*, ATSchR² 114; **Jud:** grundlegend OGH 12.6.1907 Judikat 179 = GIUNF 3809; ihm folgend OGH 11.11.1959, 3 Ob 418/59 EvBl 1959/402; 14.11.1962, 7 Ob 285/62; 14.7.1965, 6 Ob 191/65 JBl 1966, 142; 19.4.1967, 5 Ob 81/67 JBl 1968, 206 (abl *Sprung*); 13.1.1970, 8 Ob 259/69 EvBl 1970/246 = SZ 43/6; 11.2.1970, 6 Ob 19/70; 9.9.1975, 5 Ob 112/75; 12.6.1980, 7 Ob 759/79; 27.1.1982, 1 Ob 788/81 EvBl 1982/68; 9.3.1983, 1 Ob 519/83; 14.11.1984, 1 Ob 666/84 JBl 1985, 746 (zust *Wilhelm*); zuletzt OGH 29.4.2004, 6 Ob 89/04p.

Rechtspflicht milderer Art⁷⁴ handelt, welche nicht einklagbar ist. Bei diesem Annahmeverzug treten nicht die Rechtsfolgen des Verzuges gemäß §§ 918 ff ABGB ein.

Der Gläubiger ist aber zur Abnahme mittelbar verpflichtet; er muss abnehmen, wenn er den nachteiligen Folgen des Gläubigerverzugs entgehen will.⁷⁵ In diesem Sinne bestimmt § 1419 ABGB, dass die „widrigen Folgen“ dem Gläubiger zu Last fallen. Diese Bestimmung legt keine konkrete Regelung der Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs fest und ist sehr dürftig geregelt.⁷⁶ Aus der unklaren und unbestimmten Formulierung des § 1419 ABGB haben die Lehre und Rsp Regeln entwickelt.⁷⁷ Unter den „widrigen Folgen“ versteht die hM im Wesentlichen, dass die Preisgefahr somit das Risiko eines zufälligen Untergangs auf den Gläubiger übergeht. Außerdem führt der Annahmeverzug zu einer Einschränkung der Haftung des Schuldners auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.⁷⁸ Schließlich kommt dem Schuldner das Recht zur schuldbefreienden Hinterlegung gemäß § 1425 ABGB zu.⁷⁹

2. Gläubigerverzug als Pflichtverletzung

Unter gewissen Voraussetzungen kann sich jedoch auch eine Abnahmepflicht für den Gläubiger ergeben. Judikatur⁸⁰ und Lehre⁸¹ haben sich bereits in zahlreichen Entscheidungen und Stellungnahmen mit der Frage des Gläubigerverzuges im Zusammenhang mit der Nichtannahme der Leistung als Obliegenheitsverletzung bzw als echte Pflichtverletzung auseinandergesetzt. Diese werden im Folgenden dargestellt.

⁷⁴ So *Bydlinksi* in Klang IV/2 355.

⁷⁵ So *Mayerhofer*, ATSchR 460; vgl. *Rabl*, JBl 1997, 488 (489).

⁷⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 61; *Reischauer* in *Rummel* II/3³ § 1419 Rz 9 mwN; *Heidinger* in *Schwimann* VI³ § 1419 Rz 13 mwN; *Mayerhofer*, ATSchR 462 mwN; *Dullinger*, ATSchR³ 3/38; *Rabl*, JBl 1997, 488; *Apathy*, JBl 1982, 561.

⁷⁷ Die entwickelten Regeln sind zum Teil umstritten, worauf hier nicht näher eingegangen wird; s dazu ausführlich *Reischauer* in *Rummel* II/3³ § 1419 Rz 9 mwN; *Heidinger* in *Schwimann* VI³ § 1419 Rz 14 mwN; *Mayerhofer*, ATSchR 462 mwN; *Dullinger*, ATSchR³ Rz 3/39; *Gschnitzer*, ATSchR² 97; *Rabl*, JBl 1997, 488 (489).

⁷⁸ Dies ist strittig, s die Nachweise bei *Dullinger*, ATSchR³ Rz 3/40 FN 13, 14 und 16.

⁷⁹ Dazu *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/3³ § 1419 Rz 9 mwN; *Heidinger* in *Schwimann* VI³ § 1419 Rz 15; *Apathy*, JBl 1982, 561 *Rabl*, JBl 1997, 489; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 61; *Mayerhofer*, ATSchR 462.

⁸⁰ S die Nachweise der Jud bei FN 75.

⁸¹ S die Nachweise der Lit bei FN 75.

a) Ableitung der Abnahmepflicht aus § 1062 ABGB

Einen Ansatzpunkt für die Qualifikation des Gläubigerverzugs als echte Pflichtverletzung scheint auf den ersten Blick die Formulierung des § 1062 ABGB zu bieten.⁸² Der Auffassung der hM, dass der Schuldner keinen Anspruch auf Übernahme der Sache durch den Gläubiger hat, kann daher im ersten Anschein der klare Wortlaut des § 1062 ABGB vorgehalten werden.⁸³ Demnach normiert § 1062 ABGB folgendes: „Der Käufer (...) ist verbunden, die Sache (...) zu übernehmen.“ Eine wörtlichen Interpretation des § 1062 ABGB ergibt, dass der Käufer zur Annahme der Leistung nicht bloß berechtigt, sondern zugleich auch verpflichtet ist. Wenn die Abnahme der Sache eine Pflicht darstellt, dann kommt aber der Gläubiger durch die Säumnis nicht nur in Gläubigerverzug, sondern in Schuldnerverzug; denn soweit er verpflichtet ist, ist er Schuldner.⁸⁴ Entsprechend den Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs gem § 918 ABGB ist der Verkäufer bei einer Übernahmeverweigerung berechtigt vom Vertrag zurückzutreten oder auf Erfüllung, dh auf Abnahme zu klagen.⁸⁵ Nach § 1062 ABGB würde daher dem Schuldner ein im Klagswege durchsetzbarer Anspruch auf Abnahme des Kaufobjekts zustehen.⁸⁶

Vorauszuschicken ist aber, dass sich diese Ansicht nicht durchsetzen konnte.⁸⁷ Nach hM ist § 1062 ABGB – obwohl dessen Wortlaut von einer Abnahmepflicht spricht – dahin zu verstehen, dass der Käufer mit der Nichtabnahme bloß gegen eine Obliegenheit verstoße, deren Sanktion eben in § 1419 ABGB statuiert ist.⁸⁸

Die Ablehnung einer allgemeinen Abnahmepflicht ist mE richtig. Das ABGB unterscheidet zwischen dem Schuldnerverzug gem § 918 ABGB und dem Gläubigerverzug gem § 1419 ABGB. Hätte der Gesetzgeber in jeder Nichtannahme zugleich eine Abnahmepflicht gesehen, wäre die Regelung des § 1419 ABGB überflüssig und totes Recht, weil jeder Gläubigerverzug die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs nach sich ziehen würde.⁸⁹ Wenn man daher aus § 1062 ABGB ableitet, dass in jeder Nichtannahme der pflichtgemäß

⁸² Apathy, JBl 1982, 561 (562); vgl. Barta, Zivilrecht I 456.

⁸³ Apathy, JBl 1982, 561 (562); Barta, Zivilrecht I 456; Dullinger, ATSchR³ Rz 3/36.

⁸⁴ Apathy, JBl 1982, 561 (562); Mayerhofer, ATSchR 461 mwN.

⁸⁵ Apathy, JBl 1982, 561 (562).

⁸⁶ S statt aller Binder in Schwimann IV³ § 1062 Rz 34 mwN.

⁸⁷ OGH 11.11.1959, 3 Ob 418/59 EvBl 1959/402; 14.11.1962, 7 Ob 285/62; 14.7.1965, 6 Ob 191/65 JBl 1966, 142; 19.4.1967, 5 Ob 81/67 JBl 1968, 206 (abl Sprung); 11.2.1970, 6 Ob 19/70; 12.6.1980, 7 Ob 759/79; s weitere Nachweise bei Apathy, JBl 1982, 561 (562).

⁸⁸ S dazu die Nachweise bei Apathy, JBl 1982, 561(562) FN 17, 18 und 20.

⁸⁹ So auch Apathy, JBl 1982, 561 (566).

angebotenen Leistung zugleich eine Pflichtverletzung iS des § 918 ABGB vorliegt, würde man die Differenzierung zwischen Schuldner- und Gläubigerverzug unterlaufen.⁹⁰ Denn es müsste bei einer Obliegenheit auf Abnahme der Leistung bleiben, wenn die Nichtannahme die Interessen des Schuldners im konkreten Fall nicht beeinträchtigt, da in diesem Fall der Annahmeverzug nicht als pflichtwidrig eingestuft werden könnte.⁹¹

Es kann daher festgehalten werden, dass dem Verkäufer bei Annahmeverzug des Käufers aus § 1062 ABGB kein klagbarer Anspruch auf Abnahme zusteht. Ein Anspruch auf Abnahme der Leistung gibt es aber ausnahmsweise dann, wenn ein konkretes Interesse des Verkäufers vorliegt, bei dem ihm mit den Rechtsfolgen des bloßen Annahmeverzuges nicht gedient wäre.⁹² Auf diese Abnahmepflicht in bestimmten Ausnahmefällen wird nun näher eingegangen.

b) Meinungsstand

Nach der hA⁹³ führt der Gläubigerverzug ausnahmsweise nicht zu einer Obliegenheitsverletzung, sondern zu einer Pflichtverletzung, wenn der Schuldner über den „Erhalt der Gegenleistung hinausgehendes und schützenswertes Interesse an der Abnahme der Leistung“ hat, bzw sich aus dem Vertragssinn und besonderer Vereinbarung ergibt, dass die Nichtannahme den Schuldner schädigen würde.

Dieser Grundsatz kommt bereits im Judikat 179⁹⁴, dem sich auch die jüngere Judikatur⁹⁵ anschließt, klar und deutlich zum Ausdruck. Danach hat grundsätzlich die Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung durch den Käufer lediglich zur Folge, dass dieser in Annahmeverzug gerät und der Verkäufer von jenen Rechten Gebrauch machen kann, die in Art 343 HGB⁹⁶ und in § 1425 ABGB eingeräumt sind. Dadurch, und weiters durch den

⁹⁰ Apathy, JBl 1982, 561 (566).

⁹¹ Apathy, JBl 1982, 561 (566).

⁹² Vgl nur OGH 29.4.2004, 6 Ob 89/04p.

⁹³ **Lit:** Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 60; Koziol in KBB § 1419 Rz 2; Reischauer in Rummel II/3³ § 1419 Rz 3; Heidinger in Schwimann VI³ § 1419 Rz 8; Barta, Zivilrecht I 456; Mayerhofer, ATSchR 461; Gschritzer, ATSchR² 461; Dullinger, ATSchR³ Rz 3/36; Apathy, JBl 1982, 561 (562); **Jud:** OGH 12.6.1907 Judikat 179 = GIUNF 3809; ihm folgend OGH 13.1.1970, 8 Ob 259/69 EvBl 1970/246 = SZ 43/6; 9.9.1975, 5 Ob 112/75; 27.1.1982, 1 Ob 788/81 EvBl 1982/68; 9.3.1983, 1 Ob 519/83; 14.11.1984, 1 Ob 666/84 JBl 1985, 746 (zust Wilhelm); 29.4.2004, 6 Ob 89/04p.

⁹⁴ OGH 12.6.1907 Judikat 179 = GIUNF 3809.

⁹⁵ OGH 13.1.1970, 8 Ob 259/69 EvBl 1970/246 = SZ 43/6; 9.9.1975, 5 Ob 112/75; 27.1.1982, 1 Ob 788/81 EvBl 1982/68; 9.3.1983, 1 Ob 519/83; 14.11.1984, 1 Ob 666/84 JBl 1985, 746 (zust Wilhelm); 29.4.2004, 6 Ob 89/04p.

⁹⁶ Nunmehr § 373 UGB.

Anspruch auf die Kaufpreisforderung, die er unabhängig von der Annahme bzw Nichtannahme geltend machen kann, sollen seine Interessen im Regelfall ausreichend geschützt sein. Hinsichtlich der generellen Abnahmepflicht gestützt auf § 1062 ABGB steht die Rechtsprechung einer wörtlichen Interpretation des § 1062 ABGB entgegen. Der OGH ist der Ansicht, dass § 1062 ABGB nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern stets im Zusammenhang mit den übrigen, den Gläubigerverzug regelnden Bestimmungen gesehen werden muss.

Klagbarkeit hingegen wird ausnahmsweise in jenen Fällen bejaht, in denen der Verkäufer nicht nur ein Interesse am Erhalt der Gegenleistung hat, sondern darüber hinaus auch ein besonderes Interesse an der Abnahme selbst hat. Eine Verpflichtung zur Abnahme wird im zitierten Judikat etwa anerkannt, wenn ein zum Abbruch bestimmtes Bauwerk (weil das Grundstück frei werden soll), der Hausrat anlässlich einer Übersiedlung, Schutt in der Absicht das Gelände frei zu machen, verkauft wird. Ein über dem Erhalt der Gegenleistung hinausgehendes Interesse wird weiters von der Rsp beim Abtransport von Humus, um Bauarbeiten beginnen zu können, angenommen.⁹⁷ Ein klagbarer Anspruch auf Abnahme besteht ebenso bei einer geleasteten Sache, wenn der Leasinggeber ein über das Interesse am Leasingentgelt hinausgehendes Interesse nachweist, zB beim Kauf von Bohnenkaffee und der Aufstellung des Kaffeeautomaten.⁹⁸ Nach der Rsp ist ein derartiges Interesse auch im Falle eines drittfinanzierten Kaufes anzunehmen.⁹⁹ Der Verkäufer soll den Kaufpreis vereinbarungsgemäß vom dritten Kreditgeber nach Übernahme der Kaufsache durch den Käufer ausbezahlt erhalten. Weigert sich der Käufer die Kaufsache zu übernehmen, so besteht ein klagbarer Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Übernahme der Kaufsache. Der Verkäufer hat ein dem Käufer erkennbares Interesse, den Kaufpreis ganz und ohne Komplikationen vom dritten Kreditgeber zu erhalten. Eine Abnahmeverpflichtung besteht immer dann, wenn eine bestimmte Tätigkeit des Käufers zusätzlich ein wesentlichen Bestandteil der von ihm vertragsmäßigen übernommenen Leistung darstellt.

Wie die jüngere Rsp, folgen auch *Koziol/Welser*¹⁰⁰ im Wesentlichen der vom Judikat 179 ausgehenden Judikaturlinie. Sie vertreten den Standpunkt, dass der Gläubiger im Regelfall ein Recht, nicht aber auch die Pflicht hat, die Leistung anzunehmen. Aus diesem Grund kann er

⁹⁷ OGH 14.11.1984, 1 Ob 666/84 JBl 1985, 746 (zust *Wilhelm*).

⁹⁸ OGH 27.1.1982, 1 Ob 788/81 EvBl 1982/68.

⁹⁹ OGH 13.1.1970, 8 Ob 259/69 EvBl 1970/246 = SZ 43/6.

¹⁰⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 60; vgl *Koziol* in KBB § 1419 Rz 2.

auch nicht zur Übernahme der Sache gezwungen werden. Eine Übernahmeverpflichtung besteht deshalb nicht, weil der Schuldner gewöhnlich das Geschäft abschließt, um die Gegenleistung zu erhalten, auf die er auch einen Anspruch hat, selbst wenn der Gläubiger in Annahmeverzug ist. Mangels Abnahmepflicht löst der Verzug auch nicht die Rechtsfolgen der §§ 918 ff ABGB. Er entfaltet bloß die Wirkung einer Obliegenheitsverletzung, die das Gesetz in § 1419 ABGB besonders ordnet. Ausnahmsweise könne aber auch der Gläubigerverzug eine Pflichtverletzung darstellen, wenn etwa der Schuldner ein besonderes Abnahmeinteresse hat, das über das Interesse am „*Erhalt der Gegenleistung hinausgeht*.“. Als typisches Beispiel wird der eben erwähnte Kauf auf Abbruch genannt. Der Verkäufer hat in diesem Fall nicht nur ein Interesse an der Bezahlung des Kaufpreises für das Abbruchmaterial, sondern auch, ein für ihn viel wichtigeres, Interesse daran, dass der Bauplatz durch den Abbruch frei wird. Eine klagbare Abnahmepflicht könnte zudem auch ausdrücklich oder konkludent¹⁰¹ vereinbart werden. Dies ist allgemein immer dann der Fall, „*wenn schon bei Vertragsabschluß klar ist, dass die Nichtannahme den Schuldner erheblich schädigen würde*.“ Sollte daher den Gläubiger aufgrund eines besonderen Abnahmeinteresses eine Abnahmepflicht treffen, bewirkt die unberechtigte Nichtannahme durch den Gläubiger zugleich Schuldnerverzug. Dabei treten die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs alternativ neben die des § 1419 ABGB.¹⁰² Demnach kann der vertragstreue Teil entweder nach §§ 918ff ABGB vorgehen oder es bei den Rechtsfolgen des § 1419 ABGB belassen.

Dieser Standpunkt wird auch im Wesentlichen von *Mayrhofer*¹⁰³ vertreten. Er ist der Ansicht, dass die Wirkung des Gläubigerverzuges nicht darin besteht, dass der Schuldner die Abnahme der geschuldeten Leistung erzwingen kann. Die Abnahme sei nämlich ein Recht, aber keine echte Pflicht des Gläubigers. In Ausnahmefällen sei eine Verpflichtung zur Übernahme der Leistung gegeben. Eine solche Pflicht könne zunächst ausdrücklich vereinbart werden. Überdies ist ein Abnahmeanspruch auch dann anzunehmen, wenn der Schuldner – dem Gläubiger erkennbar – an der „*Abnahme ein über die Befreiung von der Leistungspflicht hinausgehendes Interesse*“ hat. Liegt ein solcher Fall vor, käme der Gläubiger durch die

¹⁰¹ Vgl *Koziol* in KBB § 1419 Rz 2.

¹⁰² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 60; aA bezüglich der Rechtsfolgen: OGH 13.1.1981, 5 Ob 778/80 SZ 54/3 = JBl 1982, 96, der unter Berufung auf das einhellige deutsche Schrifttum die Ansicht vertritt, dass Annahme- und Schuldnerverzug grundsätzlich nebeneinander stehen; für eine kumulative Anwendung *Gschnitzer*, ATSchR² 114; *Apathy*, JBl 1982, 561 (562) FN 12; vgl *Rabl*, JBl 1997, 488 (490), der diese Kombination einschränkend anwenden will.

¹⁰³ *Mayerhofer*, ATSchR 461.

Säumnis nicht nur in Gläubiger-, sondern auch in Schuldnerverzug, da er, soweit er verpflichtet ist, auch Schuldner ist.¹⁰⁴

*Dullinger*¹⁰⁵ spricht sich ebenfalls gegen die wörtliche Interpretation des § 1062 ABGB aus und führt aus, dass der Gläubigerverzug entgegen § 1062 ABGB im Regelfall keine Pflichtverletzung, sondern eine bloße Obliegenheitsverletzung darstelle. Es besteht daher keine klagbare Vertragspflicht des Käufers auf Übernahme der Sache, da der Schuldner idR kein eigenständiges Interesse an der Erbringung seiner eigenen Leistung hat. Er verspricht die Leistung nur deshalb, weil er die Gegenleistung erhalten will. Diese kann der Schuldner trotz Annahmeverzugs seines Vertragspartners fordern.¹⁰⁶ In Ausnahmefällen jedoch könne eine Übernahmeverpflichtung bestehen, insb dann, wenn der Schuldner an der Erbringung seiner eigenen Leistung ein selbständiges Interesse hat, das über jenes am Erhalt der Gegenleistung hinausgeht. Das besondere Abnahmeinteresse muss allerdings dem anderen Teil bei Vertragsabschluss erkennbar sein. Bei Verletzung der Abnahmepflicht treten die Rechtsfolgen des §§ 918 ff und § 1419 ABGB nebeneinander ein.¹⁰⁷

*Bydlinski*¹⁰⁸ ist hingegen der Auffassung, dass der Schuldner einen Anspruch auf Abnahme hat, weil dieses Recht § 1062 ABGB nahe legt, welche die Übernahmeverpflichtung des Käufers parallel zur Kaufpreiszahlungspflicht regelt. Er führt diesbezüglich ins Treffen, dass neben den regulären Schuldpflichten, denen ein klagbarer Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung und das Erfüllungsinteresse entspricht, „Pflichten minderer Intensität“ stehen, nämlich die sog Obliegenheiten. Diese sind dadurch gekennzeichnet sind, dass der „Pflichtenverstoß“ eben andere, geringere Rechtsfolgen nach sich zieht als die Ansprüche auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse.¹⁰⁹ Genau dies trifft gem § 1419 ABGB beim Gläubigerverzug zu. Daraus erhellt, dass es sich beim Annahmeverzug nicht ausschließlich um eine Rechtsausübung, sondern auch um eine Verletzung einer Obliegenheit zur Abnahme handelt, die die widrigen Folgen des § 1419 ABGB auslöst, wenn auch nur solche „minderer Intensität“. Aus diesem Grund ist § 1062 ABGB, soweit er von einer Abnahmepflicht spricht, für den Regelfall so zu verstehen, dass er eine Obliegenheit im Auge hat. Zur Relativierung der Abnahmepflicht weist er überdies darauf hin, dass durch die Regeln über den Annahmeverzug und durch den

¹⁰⁴ So auch *Heidinger* in *Schwimann VI*³ § 1419 Rz 8.

¹⁰⁵ *Dullinger*, ATSchR³ Rz 3/36.

¹⁰⁶ So auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 60.

¹⁰⁷ Vgl FN 104.

¹⁰⁸ *Bydlinski* in *Klang IV/2*² 353.

¹⁰⁹ *Bydlinski* in *Klang IV/2*² 355.

klagbaren Anspruch auf die Kaufpreisforderung den Verkäuferinteressen ausreichend Rechnung getragen wird, zumal sonst die Regelung über die Hinterlegung und Verwahrungsbefugnisse des Schuldners sinnlos wäre, wenn der Schuldner einen klagbaren Anspruch auf Abnahme hätte. Dass dieser klagbare Anspruch ohne ersichtliche sachliche Begründung nicht in jedem Fall von Annahmeverzug in Frage käme, sondern nur gerade bei Annahmeverzug des Käufers, ist im Übrigen für ihn wegen der Willkürlichkeit der Differenzierung ein weiteres Argument gegen eine isolierte verbale Auslegung des § 1062 ABGB hinsichtlich der Abnahmepflicht.¹¹⁰ Aus den genannten Gründen soll nach *Bydlinski* ein Anspruch auf Übernahme der Leistung in Ausnahmefällen nur durch eine genaue Prüfung der Interessenslage und des Gesetzeszusammenhangs bestehen. Ist der Verkäufer lediglich am Erhalt des Kaufpreises interessiert, so bedarf es keines klagbaren Abnahmeanspruchs. Dieser Anspruch würde nur ein zusätzliches, durch die Notwendigkeit von Prozess und Exekution überdies kompliziertes Zwangsmittel gegen den Käufer darstellen, das dem Verkäufer keinen zusätzlichen Nutzen bringt und den Käufer daher unnötig belasten würde. In so einem Fall ist ein klagbarer Anspruch auf Abnahme den Interessen des Verkäufers weniger dienlich als die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs. Er kommt schließlich zum Ergebnis, dass eine Abnahmepflicht grundsätzlich nur in jenem Fall besteht, in dem der Verkäufer ein Interesse an der Abnahme hat, das über den Erhalt des Kaufpreises hinausgeht; in dem der Verkäufer etwa daran interessiert ist, dass gerade der Käufer die Kaufsache entfernt.¹¹¹ Ist dieses besondere Abnahmeinteresse bei Vertragsabschluss hervorgetreten, so müsse der Vertrag dahin verstanden werden, dass der Käufer in der Tat die betreffenden Abnahmehandlungen schuldet. Neben der stets bestehenden Obliegenheit könne dann im Rahmen des § 1062 ABGB auch eine echte, klagbare und mit Schadenersatzsanktionen ausgestattete Erfüllungspflicht des Käufers auf Abnahme bestehen. Ebenso wäre es natürlich möglich, dass die Vertragspartner unzweifelhaft ausdrücklich eine echte Abnahmepflicht des Käufers, wo dem Verkäufer, nach der dem Käufer erkennbaren konkreten Interessenslage, mit den Rechtsfolgen des bloßen Annahmeverzuges nicht gedient wäre, vereinbaren. Eine generelle Pflicht zur Übernahme lehnt er jedoch ab.

*Heidinger*¹¹² und *Binder*¹¹³ vertreten ebenfalls die Ansicht, dass im Allgemeinen der Schuldner keinen Anspruch auf Übernahme der Sache durch den Gläubiger hat. Auch

¹¹⁰ *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 355.

¹¹¹ Und nicht etwa er selbst zum Zwecke der gerichtlichen Hinterlegung oder Verwahrung bei einem Dritten auf Rechnung des Käufers.

¹¹² *Heidinger* in *Schwimann* VI³ § 1419 Rz 7.

¹¹³ *Binder* in *Schwimann* IV³ § 1062 Rz 34.

§ 1062 ABGB vermag keine Grundlage für einen im Klagswege durchsetzbaren Anspruch auf Abnahme zu begründen, da aus diesem nur eine Annahme-Obliegenheit entnommen werden könne.¹¹⁴ Nach *Binder* muss für eine Abnahmepflicht im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob der Verkäufer ein schützenswertes – von den Rechtsfolgen des Annahmeverzugs nicht aufgefangenes Interesse – an der Abnahme habe.¹¹⁵ *Heidinger* argumentiert ähnlich und meint, dass eine Übernahmeverpflichtung zu bejahen ist, wenn der Schuldner schon beim Abschluss des Vertrags ein erkennbares Interesse an der Erbringung der Leistung hat, das über jenes am Erhalt der Gegenleistung hinausgeht.¹¹⁶

*Apathy*¹¹⁷ – der sich an *Bydlinski*s Ansicht orientiert – meint zwar, dass der Wortlaut des § 1062 ABGB auf den ersten Blick den Anschein einer Abnahmepflicht erweckt. Jedoch ist er ebenfalls der Meinung, dass § 1062 ABGB nicht wörtlich, sondern systematisch interpretiert werden müsste. Wenn man § 1062 ABGB im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Gläubigerverzugs betrachtet, dann gelangt man zum Ergebnis, dass die Vorschriften über den Annahmeverzug im Regelfall den Interessen des Verkäufers vollkommen zureichend Rechnung tragen. Aus diesem Grund rechtfertigt es den Wortlaut des § 1062 ABGB dahin zu verstehen, dass der Käufer mit der Nichtabnahme bloß gegen eine Obliegenheit verstoße, deren Sanktion eben in § 1419 ABGB statuiert ist.¹¹⁸ Weiters führt er aus, dass für die Beurteilung der Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs entscheidend ist, ob die Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung als rechtmäßiges oder als rechtswidriges Verhalten des Gläubigers zu qualifizieren ist. Aus § 1305 ABGB, welcher anordnet, dass nicht rechtswidrig handelt, wer ein Recht gebraucht, darf seiner Ansicht nach nicht zwingend der Schluss gezogen werden, dass die Nichtausübung eines Rechts ex definitione auch rechtmäßig sein muss. Bei der Beantwortung der Frage wie die Nichtausübung eines Rechts zu qualifizieren ist, dürfen nicht nur die Interessen des Gläubigers, sondern vor allem auch jene des Schuldners an der Annahme durch den Gläubiger berücksichtigt werden.¹¹⁹ Immer dann, wenn durch den Gläubigerverzug die Interessen des Schuldners beeinträchtigt werden, sei dieser jedenfalls auf seine Pflichtwidrigkeit hin zu untersuchen. Lediglich soweit die Nichtannahme die Schuldnerinteressen im konkreten Fall nicht berührt, sei diese auch nicht als rechtswidrig einzustufen, sondern lediglich als Obliegenheitsverletzung zu betrachten,

¹¹⁴ Zur Annahme-Obliegenheit vgl OGH 1.7.1982, 7 Ob 534/82 HS 12.895 = SZ 55/102; 26.11.1986, 7 Ob 708/86.

¹¹⁵ *Binder* in *Schwimann* V³ § 1062 Rz 34; vgl *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 356.

¹¹⁶ *Heidinger* in *Schwimann* VI³ § 1419 Rz 8.

¹¹⁷ *Apathy*, JBI 1982, 561 (564).

¹¹⁸ So bereits *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 356.

¹¹⁹ IdS bereits *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 355; vgl *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (362).

deren Rechtsfolgen in § 1419 ABGB angeordnet sind.¹²⁰ Im Ergebnis wird nach *Apathy* eine Abnahmepflicht nur dort verneint, wo den Schuldner die Nichtannahme der Leistung als solche nicht belasten kann. Mit dem Hinweis auf § 1419 ABGB iVm § 1425 ABGB wendet er sich über dies gegen eine generelle Gleichstellung des Gläubigerverzugs mit dem Schuldnerverzug. Durch die Möglichkeit der Hinterlegung kann sich der Schuldner ohne Zutun des Gläubigers von seiner Verpflichtung befreien. Er führt dazu ins Treffen, dass dadurch den Schuldnerinteressen sogar in höherem Maße Rechnung getragen wird, als mit einer nur nach § 354 EO vollstreckbaren Abnahmepflicht.

*Barta*¹²¹ folgt grundsätzlich der Rsp und meint zunächst, dass eine Abnahmepflicht sowohl bei besonderem Interesse des Schuldners an der Abnahme seiner Leistung, als auch bei entsprechender Vereinbarung besteht. Jedoch übt er an dieser Judikaturhaltung auch Kritik. Er führt ins Treffen, dass die Haltung der Rsp ein Beispiel für Gewohnheitsrecht contra legem darstelle, weil sie wirklichkeitsfremd und dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspräche. § 1047 ABGB („(...) sind (...) verpflichtet (...) zu übernehmen“) und § 1062 ABGB („Der Käufer (...) ist verbunden, die Sache (...) zu übernehmen“) würden ausdrücklich eine Übernahmespflicht normieren. Obwohl er diese Position der Judikatur kritisiert, akzeptiert er im Ergebnis dennoch diese Lösung beim Erwerb beweglicher Sachen. Hinsichtlich unbeweglicher Sache ist er der Auffassung, dass die bisherige Judikatur überdacht werden müsste, weil der Liegenschaftskäufer nach dem abgeschlossen Kaufvertrag auch ohne Mitwirkung des Käufers, den Käufer verbüchern lassen kann.¹²²

Anders als die bisherigen Meinungen argumentiert *Reischauer*¹²³ am schärfsten in Richtung Abnahmepflicht. Er plädiert für eine grundsätzliche Pflicht zur Übernahme der Sache als Regelfall und verneint einen Abnahmeanspruch des Schuldners nur dort, wo diesen die Nichtabnahme nicht belasten kann. Während die Judikatur die Abnahmepflicht nur bei besonderem Interesse gerechtfertigt sieht, die sich regelmäßig aus Vertragsinn oder besonderer – uU konkludenter – Vereinbarung ergibt, vertritt *Reischauer* die Ansicht, dass eine Übernahmeverpflichtung bereits – auch ohne eine besondere Vereinbarung – bei einem

¹²⁰ *Apathy*, JBl 1982, 561 (564) gibt als Bsp den Fall, in dem ein Hotelgast ein gemietetes Zimmer nicht bewohnt. Das Interesse des Hoteliers geht hier zweifellos nicht über den Empfang an der Gegenleistung hinaus.

¹²¹ *Barta*, Zivilrecht I 456.

¹²² Nach der Rsp gilt das Judikat 179 aber auch beim Verkauf unbeweglicher Sachen; vgl nur OGH 11.11.1959, 3 Ob 418/59 EvBl 1959/402; vgl *Binder* in *Schwimann IV*³ § 1062 Rz 35; aA jedoch OGH 1.2.1983, 5 Ob 38/81 JBl 1984, 360 (zust *Hoyer*), in dem der OGH die Durchsetzbarkeit der Verbücherungspflicht des Liegenschaftskäufers bejahte; vgl *Reischauer* in *Rummel II/3*³ § 1419 Rz 3;

¹²³ *Reischauer* in *Rummel II/3*³ § 1419 Rz 2.

schützenwerten Abnahmeinteresse des Schuldners besteht. Derartige schützenswerte, besondere Interessen liegen für ihn vor, wenn der Schuldner ein Interesse hat, das über das am Loswerden der Sache hinausgeht.¹²⁴

C. Zusammenfassung und eigene Meinung

Zusammenfassend lassen die hier geschilderten Auszüge aus Lehre und Judikatur deutlich erkennen, dass ein klagbarer Abnahmeanspruch nur dort bejaht wird, wo der Schuldner ein über den Erhalt der Gegenleistung hinausgehendes und schützenswertes, Interesse an der Abnahme der Leistung hat bzw sich aus dem Vertragssinn und besonderer (konkludenter) Vereinbarung ergibt, dass die Annahmeverweigerung den Schuldner schädigen würde. Im Regelfall jedoch, wenn dem Schuldner mit den Rechtsfolgen des bloßen Annahmeverzugs ausreichend gedient ist, ist in der Nichtannahme lediglich eine Obliegenheitsverletzung zu sehen, deren Rechtsfolgen in § 1419 ABGB statuiert sind.

Der hM ist zweifellos zuzustimmen, da sie einerseits, der im Gesetz verankerten Differenzierung zwischen den Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs gem § 918 ff ABGB und jenen des Gläubigerverzugs gem § 1419 ABGB Beachtung schenkt, andererseits aber auch im konkreten Fall mögliche Schuldnerinteressen mitberücksichtigt. Daher ist die von *Reischauer* vertretene These einer grundsätzlichen Abnahmepflicht mit gewissen Ausnahmen sicherlich zu weit gegriffen. Wollte man nämlich in jeder Nichtannahme zugleich eine Pflichtverletzung sehen, so würde die vom Gesetzgeber vorgesehene Differenzierung zwischen § 918 ABGB und § 1419 ABGB jedenfalls unterlaufen werden.¹²⁵

¹²⁴ Vgl *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 357.

¹²⁵ So auch *Apathy*, JBI 1982, 560 (566); vgl a *Resch*, DRdA 1991, 424 (426).

IV. Annahmeverzug im Arbeitsrecht

Literatur: *Pfeil* in *Schwimmann V*³ § 1155; *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB; *Schmitzer*, Gibt es dennoch ein "Recht" auf Beschäftigung? wbl 1989, 360; *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60.

Im vorangehenden Kapitel wurde erörtert, dass nach obligationsrechtlichen Grundsätzen der Schuldner keinen Anspruch auf Übernahme der Sache durch den Gläubiger hat. Eine Abnahmepflicht bzw ein Abnahmeanspruch wird nur bei Vorliegen besonderer, schützenswerter Interessen bejaht.

In diesem Kapitel ist nun die Frage zu klären, inwieweit diese Grundsätze der allgemeinen Zivilistik auf das Arbeitsverhältnis übertragbar sind. Es soll insb die Frage geklärt werden, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn zwar der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur geschuldeten Arbeitsleistung anbietet, der Arbeitgeber sie aber nicht in Anspruch nimmt. MaW soll erörtert werden, ob der Arbeitnehmer bei Annahmeverzug des Arbeitgebers ein Recht auf Beschäftigung hat, oder ob er bei Nichtannahme der angebotenen Arbeitsleistung lediglich eine Obliegenheitsverletzung begeht, sodass nur eine Pflicht zur Entgeltfortzahlung, aber nicht zur Beschäftigung besteht.

A. Der Arbeitsverhältnis als besonderes Schuldverhältnis

Der Arbeitsvertrag als synallagmatisches Schuldverhältnis regelt nach den § 1151 ABGB den Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt. Mit diesen Mindestvoraussetzungen für einen gültigen Arbeitvertrag ist aber der Inhalt des Arbeitsvertrages bei weitem nicht ausgeschöpft. Insbesondere die jeden Arbeitsvertrag innewohnenden inäquivalenten Nebenpflichten, wie die Treue- und Fürsorgepflicht und das im Arbeitsverhältnis dominierende wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber lassen erkennen, dass es sich bei einem Arbeitsverhältnis um ein besonderes Schuldverhältnis handelt, welches nicht bloß den Austausch von Geld und Arbeit regelt.¹²⁶ Der schuldrechtliche „Normalfall“ (Geld für Arbeit) wird eher die Ausnahme von der Regel darstellen.¹²⁷

¹²⁶ *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (362).

¹²⁷ *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (362).

B. § 1155 ABGB als dogmatische Grundlage für den Beschäftigungsanspruch?

Bevor die Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze der allgemeinen Zivilistik im Arbeitsrecht erörtert wird, ist ein Blick auf § 1155 ABGB zu werfen und zu prüfen, ob nicht diese dem Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Beschäftigung des Arbeitnehmers auferlegt.

§ 1155 ABGB ordnet für den Bereich des Arbeitsrechts an, dass für nicht zustande gekommene Arbeitsleistungen dem Arbeitnehmer das Entgelt gebührt, wenn er leistungsbereit war und die Umstände der Verhinderung auf Arbeitgeberseite liegen.¹²⁸ § 1155 ABGB modifiziert sohin das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Bereich des Annahmeverzugs. Das Besondere an dieser Regelung ist, dass das Entgeltrisiko insofern abgeschwächt ist, da sich der Arbeitnehmer bei Annahmeverzug durch den Arbeitgeber alles anrechnen muss, was er sich durch Nichterbringung der Arbeitsleistung erspart bzw durch anderwertige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.¹²⁹ Dadurch wird ersichtlich, dass der Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis durch die Regelung des § 1155 ABGB eine spezielle Normierung erfährt, welche aber für das hier zu behandelnde Problem über § 1419 ABGB hinaus keine besondere Anordnung trifft.¹³⁰ § 1155 ABGB ist lediglich eine reine Entgeltfortzahlungsbestimmung. Diese Bestimmung regelt als *lex specialis* zu § 1419 ABGB die entgeltrechtlichen Folgen des Annahmeverzugs im Arbeitsverhältnis, mit der Besonderheit, dass der Anspruch nach § 1155 ABGB durch Anrechnung gemindert wird. Dieser Sondernorm ist aber nicht zu entnehmen, ob nun der Dienstgeber bei Annahmeverzug bloß eine Obliegenheitsverletzung oder eine vertragliche Pflichtverletzung begeht.¹³¹ Mangels anderer Regelungen ist somit auch für das Arbeitsverhältnis die Beantwortung dieser Frage in den bereits für das allgemeine Schuldrecht erarbeiteten Grundsätzen zu suchen.¹³²

Die Geltung der zivilrechtlichen Grundsätze für das Arbeitsvertragsrecht bedeutet, dass es keinen allgemeinen Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Inanspruchnahme seiner Arbeitskraft durch den Arbeitgeber gibt. Nimmt der Arbeitgeber die Leistung des

¹²⁸ S *Rebhahn* in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 5; *Pfeil* in *Schwimann V*³ § 1155 Rz 4.

¹²⁹ Jedoch verbleibt dem Arbeitnehmer bei grundloser Dienstfreistellung der volle Entgeltanspruch. Der Arbeitgeber kann sich nicht auf die Anrechnungsbestimmung berufen, weil dies einen Rechtsmissbrauch darstellen würde; zur Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB s ausführlich Seite 174 ff.

¹³⁰ So auch *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

¹³¹ *Schmützer*, wbl 1989, 360.

¹³² Natürlich bleibt der wesentliche Unterschied, dass dem Arbeitnehmer als Schuldner im Arbeitsvertrag idR de facto eine andere Befreiungsmöglichkeit, wie sie § 1425 ABGB anbietet, gerade nicht zur Verfügung steht.

Arbeitnehmers nicht an, begeht er lediglich eine Obliegenheitsverletzung. Den Arbeitgeber treffen somit bei Nichtannahme der Arbeitsleistung nur die Folgen des Annahmeverzugs, welche darin bestehen, dass der Arbeitnehmer nur die Fortzahlung des Entgelts fordern kann. Dem Arbeitnehmer steht demnach wie beim Schuldnerverzug nicht die rechtliche Möglichkeit zu, auf Entgegennahme der Arbeitsleistung zu dringen oder aber unter gleichzeitiger Schadenersatzforderung fristlos auszutreten.

Nach den schuldrechtlichen Grundsätzen wurde aber der Abnahmeanspruch bei Vorliegen eines besonderen, schützenswerten Interesses des Schuldners an der Abnahme bejaht. Hat demgemäß der Arbeitnehmer ein vordringliches Interesse an der Abnahme der Arbeitsleistung, gerät der Arbeitgeber in Schuldnerverzug, wenn er den Arbeitnehmer zur Arbeit nicht zulässt. Legt man nun die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs auf das Arbeitsverhältnis um, so hat der Arbeitnehmer als Gläubiger das Recht, entweder die tatsächliche Beschäftigung zu verlangen oder unter gleichzeitiger Schadenersatzforderung fristlos auszutreten.¹³³

C. Resümee

Um das bisher gesagte zusammenzufassen, kann festgehalten werden, dass § 1155 ABGB bei Annahmeverzug zwar die Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung vorsieht, nicht aber auch die Möglichkeit des Arbeitnehmers die tatsächliche Übernahme seiner Arbeitsleistung zu verlangen. Da letztere Bestimmung lediglich eine Entgeltfortzahlungsregelung darstellt und keine Aussage über einen Beschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers trifft, sind auch für den Arbeitnehmer für die Lösung dieser Frage die bereits erarbeiteten Grundsätze der allgemeinen Zivilistik heranzuziehen.

Demnach ist die Verweigerung der Inanspruchnahme der Arbeitskraft des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber eine Pflichtverletzung, wenn der Arbeitnehmer über den Erhalt des Arbeitsentgelts hinausgehendes und schützenswertes Interesse an der Abnahme der Arbeitsleistung hat, bzw sich aus dem Vertragssinn und besonderer Vereinbarung ergibt, dass die Nichtannahme den Arbeitnehmer schädigen würde.

¹³³ Vgl *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (64).

Natürlich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, welche Umstände vorliegen müssen, damit sich der Arbeitnehmer auf eine den schuldrechtlichen „Normalfall“ übersteigenden Interessenslage berufen kann.¹³⁴ Im heutigen modernen Arbeitsverhältnis sind zahlreiche Situationen denkbar¹³⁵, in denen der Arbeitnehmer bei Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht nur ein Interesse an der Fortzahlung des Entgelts, sondern darüber hinaus auch ein besonderes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung selbst hat.¹³⁶

In den nachfolgenden Kapiteln wird im Rahmen der Darstellung der österreichischen Lehre und Judikatur auf das besondere Interesse des Arbeitnehmers an einer tatsächlichen Beschäftigung ausführlich eingegangen.

¹³⁴ Vgl. *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (363).

¹³⁵ Vgl. die Fallgruppen bei *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (363).

¹³⁶ *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (364) ist der Ansicht, dass im Arbeitsverhältnis die Notwendigkeit der Interessenabwägung eine besondere Ausprägung findet, da der moderne Arbeitsvertrag nicht bloß den Austausch von Arbeit für Geld regelt, sondern darüber hinaus auch persönlichkeitsbezogen gestaltet ist. Aus diesem Grund wird es zahlreiche Arbeitnehmer geben, die ein besonderes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung haben.

V. Gesetzliche und kollektivvertragliche Regelungen

Literatur: *Adametz*, Das österreichische Arbeitsrecht (1976), SchSpG § 21; *Adler/Höller* in *Klang V/2*² (1978); *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008); *ders.*, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen in *Grunde/Karollus*, Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47; *Ernst/Haller*, BEinstG⁶ (2006); *Feil/Wennig*, Bühnenrecht: künstlerische und darstellende Berufe (2001); *Firlei*, Kein Urlaub ohne Kinder! DRdA 1991, 477; *ders.*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 187; *Gagawczuk/Krapf*, Arbeitsrechtliche Ansprüche von A-Z² (2002); *Gerhartl*, Beschränkungen zur Ausübung eines Berufs- und Amateursport nur in engen Grenzen zulässig – Arbeitnehmerfreizügigkeit und Recht auf Beschäftigung, ASoK 2006, 405; *Gruber*, Betriebsstilllegung – Behaltezeit, DRdA 1993/39 (Anm zu OGH 9 ObA 190/92); *Hodik*, Auswirkungen des Entwurfes eines Sozialgerichtsgesetzes auf das Bühnenrecht, ZAS 1983, 170; *Holzer*, Das Dienstrecht der Lizenzfußballers im österreichischen Fussballbund, DRdA 1972, 63; *Mayr* in *ZellKomm*, § 1 BEinstG; *ders.*, Verhältnis:Transfervereinbarung zu Konkurrenzklausel, DRdA 1999, 139 (Anm zu OGH 8 ObA 268/97p); *Kapfer/Bündsdorf*, Schauspielergesetz (1974); *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2007); *Laimer*, Beschäftigungsrecht von Berufsfußballern, ecolex 2007, 418; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6; *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht I (1970); *Posch* in *Schwimann* I³ § 7; *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; *Schmitzer*, Gibt es dennoch ein "Recht" auf Beschäftigung? wbl 1989, 360; *Schrammel*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in *Karollus/Achatz/Jabornegg*, Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports I (2000) 87; *ders.* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ (2008); *A.Schwarz*, Historische Entwicklung und aktueller Stand des Schauspielerrechts (2005); *W.Schwarz*, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in *FS Floretta* (1983) 415; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003); *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998); *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60; *Thomas*, Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballspielers, ZAS 2008/12 (Anm zu OGH 9 ObA 121/06v).

In den vorangehenden Kapiteln wurde unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Grundsätze dargelegt, dass nicht jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung hat. Die Inanspruchnahme ihrer Arbeitsleistung können nur jene Arbeitnehmer fordern, die nicht nur ein Interesse an der Fortzahlung des Arbeitsentgelts, sondern darüber hinaus auch ein besonders schützenswertes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung haben.

Eine Durchsicht der österreichischen Arbeitsrechtsnormen zeigt, dass der Gesetzgeber für zwei Berufsgruppen das besondere Interesse an der Beschäftigung speziell hervorhebt. Er gewährleistet den Schauspielern *expressis verbis* in § 21 SchSpG¹³⁷ und den Lehrlingen in den §§ 9 und 18 BAG ein sondergesetzliches Recht auf Beschäftigung.¹³⁸

Abseits dieser Sondernormen gibt es auch Kollektivverträge, die einen Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung vorsehen.

¹³⁷ Schauspielergesetz 1922 BGBl 1922/441 idF BGBl I 2001/98.

¹³⁸ S statt aller *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 300; mE haben auch RAA und Turnusärzte einen gesetzlichen Anspruch auf Beschäftigung; zur Begründung s ausführlich Seite 234 ff.

Im Folgenden wird ein kurzer Blick auf diese gesetzlichen und kollektivvertraglichen Bestimmungen geworfen. Eine vertiefende Auseinandersetzung mit den betreffenden Arbeitnehmern erfolgt später im besonderen Teil dieser Arbeit.

A. Gesetzliche Regelungen

1. § 21 SchSpG

§ 21 SchSpG unterstellt Schauspielern ein besonderes Interesse an der tatsächlichen Aufführung, in dem er den Theaterunternehmer – „unter Bedachtnahme auf den Inhalt des Vertrages, die Eigenschaften und Fähigkeiten des Mitglieds und die Art der Führung des Betriebes“ – zu angemessener Beschäftigung des Schauspielers verpflichtet.¹³⁹ Für Schauspieler besteht das besondere, über den bloßen Entgeltanspruch liegende, Interesse am tatsächlichen Auftritt darin, dass sie einen permanenten Kontakt zum Publikum herstellen bzw wahren müssen, damit sie im Geschäft bleiben.¹⁴⁰ Denn wird der Schauspieler nicht beschäftigt, kann er sich dem Publikum nicht zeigen, sich der Presse nicht zur Kritik stellen und verliert so unweigerlich an Wert, sodass seine künstlerischen Dienste bald nicht mehr gefragt werden.¹⁴¹ Diese Gründe scheinen den Gesetzgeber dazu bewogen zu haben, das publikumsbezogene Beschäftigungsinteresse der Schauspieler ausdrücklich zu statuieren.¹⁴²

2. §§ 9 und 18 BAG

Obwohl das BAG nicht wie das SchSpG den Beschäftigungsanspruch begrifflich erwähnt¹⁴³, veranlasst die Ausbildungsverpflichtung in § 9 Abs 1 BAG („Der Lehrherr hat für die Ausbildung des Lehrlings zu sorgen (...)“) die herrschende Rechtsmeinung, einen Rechtsanspruch des Lehrlings auf tatsächliche Beschäftigung anzuerkennen.¹⁴⁴ Die Anerkennung des Beschäftigungsanspruchs ist dadurch zu erklären, dass der Lehrling das

¹³⁹ Dazu ausführlich *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1; *Adametz*, Arbeitsrecht, SchSpG § 21; ferner *Strasser*, ÖJZ 1954, 60; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 105; *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 300.

¹⁴⁰ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1; *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171); *Resch*, DRdA 1991, 424 (431).

¹⁴¹ So *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1; ihm folgend *W.Schwarz* in FS *Floretta* 415 (421); *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); vgl. *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (364).

¹⁴² Zur Ratio des § 21 SchSpG s *W.Schwarz* in FS *Floretta* 415 (421); sa *Resch*, DRdA 1991, 424 (431).

¹⁴³ § 21 SchSpG trägt die Überschrift „Recht auf Beschäftigung“.

¹⁴⁴ So etwa *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (61); *Adler/Höller* in *Klang V/2*² 247; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel II*⁶ 114; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8.

Lehrverhältnis zu Zwecken der fachlichen Ausbildung und um sich gewisse Kenntnisse und Fertigkeiten anzueigen, eingeht. Zur Erlernung dieser Eigenschaften wird er ganz besonders vordringlich an der tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung interessiert sein.¹⁴⁵ Ähnliches gilt auch für § 18 BAG, wonach dem ausgelernten Lehrling ausdrücklich das Recht auf weitere Verwendung in seinem erlernten Beruf zugestanden wird.¹⁴⁶ Das besondere, berücksichtigungswürdige Interesse des ausgelernten Lehrlings tatsächlich beschäftigt zu werden liegt hingegen darin, dass er nur in der Behaltezeit die Möglichkeit hat, die im Lehrverhältnis erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten anzuwenden und zu festigen, um durch die praktische Umsetzung auch mehr Sicherheit in der Ausübung des Berufes zu erhalten.¹⁴⁷

3. Exkurs: Behinderteneinstellungsgesetz

In Zusammenhang mit der Darstellung der spezialgesetzlichen Vorschriften erscheint es sinnvoll, den Beschäftigungsanspruch eines Behinderten iS des BEinstG¹⁴⁸ näher zu untersuchen. Dies deshalb, da § 1 BEinstG die Überschrift „Beschäftigungspflicht“ trägt und sich demnach die Frage aufdrängt, ob jeder Behinderte iS des BEinstG ein Recht auf Beschäftigung hat. Die Beantwortung dieser Frage erscheint umso zweckmäßiger zu sein, wenn man das Gesetz im Detail betrachtet. Denn auch an anderen Stellen dieses Gesetzes findet sich verschiedentlich der Begriff der Beschäftigungspflicht in Verwendung. So normiert § 5 BEinstG die „Erfüllung der Beschäftigungspflicht“, § 9 BEinstG regelt die Entrichtung der „Ausgleichstaxe, (...) wenn die Beschäftigungspflicht nicht erfüllt ist“ und § 17 BEinstG statuiert die Überwachung der „Einhaltung der Beschäftigungspflicht“. Auf den ersten Blick würde man – ohne die Bedeutung der Beschäftigungspflicht in diesem Gesetz näher zu untersuchen – wohl aufgrund des nackten Wortlauts der eben angeführten Gesetzesstellen zu dem Ergebnis gelangen, dass der Gesetzgeber behinderten Arbeitnehmern einen Beschäftigungsanspruch kraft Gesetzes zuerkannt haben muss. Ein solcher Schluss wäre aber voreilig, da der Begriff der Beschäftigungspflicht – wie eingangs erwähnt – innerhalb eines Rechtssystems von unterschiedlichem Gehalt sein kann. Sie kann sich zum einen auf die

¹⁴⁵ Vgl. *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (422); *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (363).

¹⁴⁶ *Mayer-Maly*, Arbeitrecht I 102; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249.

¹⁴⁷ *Gruber*, DRdA 1993/39 (323).

¹⁴⁸ Vorgänger des BEinstG war das am 1.10.1920 beschlossene Invalidenbeschäftigungsg StGBI 1920/459, welches vorwiegend auf die verpflichtende Einstellung von Kriegsbeschädigten abstellte. Mit 1.10.1946 trat das Invalideinstellungsg BGBI 1946/163 in Kraft, welches den besonderen Kündigungsschutz für Behinderte einführt. Nach zahlreichen Nov wurde schließlich das Invalideinstellungsg ab 1.1.1989 in BEinstG BGBI 1988/721 umbenannt; dazu ausführlich *Ernst/Haller*, BEinstG⁶ 130.

bloße Einstellungspflicht und zum anderen auf die Beschäftigungspflicht im eigentlichen Sinn beziehen.¹⁴⁹

Die im BEinstG positiviert Beschäftigungspflicht ist als Einstellungspflicht zu verstehen. Der Sinn und Zweck des BEinstG ist die Eingliederung von begünstigten Behinderten in den Arbeitsprozess. Der Verpflichtung, einen Beitrag zur Einstellung und Beschäftigung von Schwerbehinderten zu leisten, soll in erster Linie dadurch entsprochen werden, dass der Dienstgeber entsprechend der jeweiligen Pflichtzahl begünstigte Behinderte beschäftigt.¹⁵⁰ So sind nach § 1 Abs 1 BEinstG alle Dienstgeber, die im Bundesgebiet 25 oder mehr Dienstnehmer¹⁵¹ beschäftigen, verpflichtet, auf je 25 Dienstnehmer mindestens einen begünstigten Behinderten¹⁵² einzustellen.¹⁵³ Diese Einstellungspflicht gilt für alle Arbeitgeber in Österreich mit Ausnahme der in § 1 Abs 1 BEinstG genannten internationalen Organisationen.¹⁵⁴ Ist der Dienstgeber nicht bereit oder nicht in der Lage, soll er als Ausgleich¹⁵⁵ einen Geldbetrag zur Förderung der im BEinstG für die Behinderten vorgesehenen Hilfeleistungen zahlen.¹⁵⁶

Obwohl also die Terminologie des BEinstG auf den ersten Blick einen gesetzlichen Beschäftigungsanspruch des Behinderten zu normieren scheint¹⁵⁷, kann diese Beschäftigungspflicht aus der ratio legis nur als Einstellungsgebot verstanden werden. Daher kann der eingestellte Invalide für sich aus diesem Schutzgesetz keine privatrechtliche Beschäftigungspflicht ableiten, weil das Gesetz eben nur ein öffentlich-rechtliches Einstellungsgebot enthält.¹⁵⁸ Dieser „öffentlich-rechtlichen Beschäftigungspflicht“ kommt der Arbeitgeber dadurch nach, indem er mit dem Behinderten einen Arbeitsvertrag abschließt, aufgrund dessen dieser sein Entgelt erhält. Dass die Einstellungsverpflichtung keine

¹⁴⁹ Vgl *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (61).

¹⁵⁰ *Ernst/Haller*, BEinstG⁶ § 1 Anm 1.

¹⁵¹ Wer als Dienstnehmer anzusehen ist, ist in § 4 BEinstG geregelt.

¹⁵² Wer als begünstigter Behinderter gilt, ist in § 2 BEinstG geregelt.

¹⁵³ *Mayr* in *ZellKomm* § 1 BEinstG Rz 5.

¹⁵⁴ Zur Befreiung der internationalen Organisationen von der Beschäftigungspflicht s *Mayr* in *ZellKomm* § 1 BEinstG Rz 6.

¹⁵⁵ Die Ausgleichsteuer wird gem § 9 Abs 1 BEinstG vom Bundesministerium für Soziales und Behindertenwesen jährlich im Nachhinein mit Bescheid vorgeschrieben. Durch die Zahlung des Betrages wird ein Ausgleich zwischen jenen Dienstgebern geschaffen, die begünstigte Behinderte beschäftigen, und solchen, die begünstigte Behinderte nicht beschäftigen wollen oder nicht beschäftigen können.

¹⁵⁶ *Ernst/Haller*, BEinstG⁶ § 1 Anm 1.

¹⁵⁷ ME wäre es sachdienlicher, wenn sich der Gesetzgeber im BEinstG eines eindeutigen Begriffs, nämlich den der Einstellung, bedient.

¹⁵⁸ Vgl *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (61): Aus dem BEinstG kann kein subjektives Recht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abgeleitet werden. Bei der Beschäftigungspflicht iS des BEinstG handelt es sich vielmehr um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung im Allgemeinen; ähnlich *Adler/Höller* in *Klang* V/2² 247.

Beschäftigungspflicht im eigentlichen Sinn ist, deutet auch die Bestimmung des § 9 BEinstG an, wonach man sich durch Zahlung der sog Ausgleichtaxe von dieser Verpflichtung befreien kann.¹⁵⁹

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass unter der Beschäftigungspflicht im BEinstG nicht der gesetzliche Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung des Behinderten normiert ist, sondern darunter eine öffentlich-rechtliche Einstellungsverpflichtung in Gestalt einer Vertragsabschlusspflicht zu verstehen ist, von dem man sich aber durch Zahlung einer Ausgleichtaxe befreien kann.

4. Resümee und Ausblick

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die österreichische Rechtsordnung auf gesetzlicher Ebene lediglich dem Schauspieler in § 21 SchSpG und dem Lehrling in den §§ 9, 18 BAG ein Recht auf Beschäftigung zubilligt.

Aufgrund der punktuellen Regelung des Beschäftigungsanspruchs drängt sich in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob die einschlägigen Bestimmungen des SchSpG und BAG, die für ihre Arbeitnehmer ein besonderes Interesse, nämlich auf Seiten der Schauspieler ein publikumsbezogenes und auf Seiten der Lehrlinge ein ausbildungsbezogenes Beschäftigungsinteresse, vorsehen, einer Analogie zugänglich sind. Denn sollten derartige Interessen bei anderen Berufsgruppen festgestellt werden, müssten die einschlägigen Bestimmungen analog angewendet und somit ein Recht auf Beschäftigung für die Angehörigen dieser Berufe anerkannt werden.¹⁶⁰

Ein Analogieschluss ist aber nur zulässig, wenn eine ungewollte planwidrige Unvollständigkeit des jeweiligen Gesetzes vorliegt. Liegt keine Lücke vor, müsste man *argumentum e contrario* zu einer einschränkenden Auslegung gelangen. Eine analoge Anwendung wäre in so einem Fall unzulässig, da der Gesetzgeber die nichtgeregelten Fälle gesetzlich eben nicht regeln wollte.¹⁶¹ Ebenso könnte der Analogie der Satz „*singularia non sunt extendenda*“ entgegenstehen, wonach bei Ausnahmegesetzen und sondergesetzlichen

¹⁵⁹ So auch *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (61).

¹⁶⁰ Zu den Regeln einer Analogie *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 28; *Posch* in *Schwimann* I³ § 7 Rz 8.

¹⁶¹ Zum Umkehrschluss s *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 29; *Posch* in *Schwimann* I³ § 7 Rz 16.

Regelungen, die ja das SchSpG und BAG unzweifelhaft sind, grundsätzlich keine Analogie betrieben werden darf.¹⁶²

Tatsächlich ist es nun so, dass es in der österreichischen Rechtsordnung eine beträchtliche Anzahl von Berufsgruppen gibt, bei denen ebenso eine besondere Interessenslage – Ausbildungsinteresse oder ein Interesse auf Öffentlichkeitsbezug – anzutreffen ist.

Ein Ausbildungsinteresse haben bspw Praktikanten, Volontäre, Rechtsanwaltsanwärter, Notariats,- und Patentanwaltskandidaten sowie mE Turnusärzte.¹⁶³ Auch diese Arbeitnehmer gehen das Arbeitsverhältnis nicht nur des Entgeltes willen, sondern vor allem zu Zwecken der fachlichen Ausbildung ein.¹⁶⁴

Das öffentlichkeitsbezogene Beschäftigungsinteresse des Schauspielers kann hingegen für andere an der „Gunst des Publikums“ interessierte Berufsgruppen analog herangezogen werden. Eine analoge Anwendung kann allgemein für jene Berufe in Betracht kommen, bei denen der Wert der Arbeit nur dann geschaffen bzw erhalten werden kann, wenn dieser besondere Öffentlichkeitsbezug hergestellt werden kann.¹⁶⁵ Neben anderen künstlerisch Tätigen, ist hier vor allem an Arbeitnehmer wissenschaftlicher Berufe, sowie sonstige Arbeitnehmer, deren Wirken vornehmlich öffentlichkeitsbezogen ist und im erhöhten Maße der öffentlichen Kritik ausgesetzt ist, wie bspw Journalisten und bei Film, Rundfunk und Fernsehen beschäftigte Arbeitnehmer, zu denken.¹⁶⁶ In diese Kategorie gehören auch Berufssportler, da zur Wahrung ihres Marktwertes öffentliche Auftritte unerlässlich sind.¹⁶⁷

Die Analogie stellt ultima ratio zur dogmatischen Begründung des Beschäftigungsanspruches dar. Auf sie ist nur zurückzugreifen, wenn keine andere Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung existiert. In den nächsten Kapiteln werden die von der Lehre und

¹⁶² Dazu Posch in Schwimann I³ § 7 Rz 16.

¹⁶³ Vgl Strasser, ÖJZ 1954, 60 (61); Adler/Höller in Klang V/2² 247.

¹⁶⁴ W.Schwarz in FS Floretta 415 (422).

¹⁶⁵ Schmitzer, wbl 1989, 360 (364).

¹⁶⁶ Ausführlich dazu W.Schwarz in FS Floretta 415 (423); vgl Schmitzer, wbl 1989, 360 (364); Firlei, DRdA 1991, 477 (481); Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ 114.

¹⁶⁷ W.Schwarz in FS Floretta 415 (423); Schmitzer, wbl 1989, 360 (364); Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ 115; Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; zur Ähnlichkeit zwischen Schauspielern und Fußballern s Mayr, DRdA 1999/19 (143); zu Berufsfußballern allg OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (Marhold-Weinmeier) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (Resch) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (Brodil) = ZAS 2008/12 (Thomas) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656; Holzer, DRdA 1972, 63 (79); Firlei, DRdA 2003, 187; Brodil in Grundei/Karollus 47; Schrammel in Karollus/Achatz/Jabornegg I 87 (101); vgl zuletzt Gerhartl, ASoK 2006, 405; Laimer, ecolex 2007, 418; s im Übrigen zum Beschäftigungsanspruch des Profifußballers Seite 267 ff.

Rechtsprechung vertretenen Anspruchsgrundlagen für ein (allgemeines) Recht auf Beschäftigung ausführlich dargestellt.

B. Kollektivvertragliche Regelungen

Ein Anspruch auf Beschäftigung kann nach hM auch aus der Regelung eines KollV abgeleitet werden.¹⁶⁸ Häufig wird ein Recht auf Beschäftigung in KollVe für Bühnengehörige aufgenommen.¹⁶⁹

Zuletzt sieht auch der KollV der österreichischen Fußball-Bundesliga einen Beschäftigungsanspruch für Profifußballspieler explizit vor.¹⁷⁰ Gem § 9 lit b dieses KollV ist der Fußballklub verpflichtet, jedem einzelnen Spieler adäquate Bedingungen zur Erhaltung und Förderung ihrer sportlichen Leistungsfähigkeit zu bieten, insb dem Spieler, die seiner Leistungsstufe entsprechenden Möglichkeiten des Trainings und der Wettkampfvorbereitung, zur Verfügung zu stellen; „*Spieler haben während der Vertragslaufzeit das Recht auf Teilnahme am Mannschaftstraining*“.¹⁷¹

Der KollV der Fußball-Bundesliga gewährt also expressis verbis den Spielern einen Anspruch auf Teilnahme am Training, da sie andernfalls bei einem Ausschluß vom Training, das für die Ausübung ihres Berufes notwendige spielerische Niveau nicht halten können, und ihren „Marktwert“ verlieren würden.¹⁷²

¹⁶⁸ OGH 30.3.1982, 4 Ob 26/82 Arb 10.102 (KollV für Angestellte des Innendienstes der Versicherungsunternehmungen): Eine Suspendierung darf gem § 32 Abs 1 des KV vom Arbeitgeber nur bei Vorliegen taxativ aufgezählter Gründe verhängt werden; außerhalb dieser Gründe ist sie rechtswidrig und ihre Aufhebung gerichtlich durchsetzbar; LGZ Wien 3.1.1963, 44 Cg 221/62 Arb 7.676 (KollV für Filmschaffende); vgl. *Schmitzer*, wbl 1989, 360 FN 3; *Resch*, DRdA 1991, 421 (431) FN 91; *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 300.

¹⁶⁹ So etwa Vereinigte Bühnen Wien, Wiener Bühnenverein, Theaterhalterverband; eine Durchsetzungsmöglichkeit des Rechts auf Beschäftigung an sich ergibt sich durch die Regelung im KollV (so OLG Wien 29.1.1996, 10 Ra 124/95). In der Regel sehen die KollVe nur ein Austrittsrecht und sonstige indirekte Sanktionen vor. Klagbar soll der Beschäftigungsanspruch jedoch sein, wenn dem Bühnenmitglied schriftlich und vertraglich eine bestimmte Rolle zugesichert worden ist; vgl. *Gagawczuk/Krapf*, Arbeitsrechtliche Ansprüche² Rz 30; *Resch*, DRdA 1991, 421 (431) FN 91; *A.Schwarz*, Schauspielerrecht 127 FN 215.

¹⁷⁰ Kollektivvertrag für Fußballspieler/innen der Österreichischen Fußball-Bundesliga (Stand 16.3.2008).

¹⁷¹ Vgl. OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = *ecolex* 2007/175 = *SpuRt* 2007, 161 (*Resch*) = *infas* 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656; vgl. im KollV die Pflichten des Spielers, insb § 8 lit a und lit g.

¹⁷² Zum Marktwert des Profifußballer s *Thomas*, ZAS 2008/12 (91).

VI. Meinungsstand in der Lehre

Literatur: *Adler/Höller* in *Klang V/2*² (1978); *Aicher* in *Rummel I*³ § 16; *Andexlinger*, Recht auf Bildung? *ecolex* 1998, 49; *Binder*, Grundrechtsverletzung und Grundrechtsprägung im Arbeitsrecht, DRdA 1985, 1; *ders* in *Schwimann IV*³ § 914; *ders* in *Löschnigg*, AngG II⁸ (2007) § 18; *Brodil*, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen in *Grundeil/Karollus (Hrsg)*, Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47; *ders* in *Mazal/Risak (Hrsg)*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008); *ders*, DRdA 2007/49 (Anm zu OGH 9 ObA 121/06v); *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁵ (2009); *Dirschmied*, Ausbildungskosten – Rückersatz durch den Arbeitnehmer, DRdA 1994/19 (Anm zu OGH 9 Ob A 130-132/93); *Firlei*, Kein Urlaub ohne Kinder! DRdA 1991, 477; *ders*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 187; 170; *Holzer*, Das Dienstrecht der Lizenzfußballers im österreichischen Fussballbund, DRdA 1972, 63; *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung (1975); *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153; *Laimer*, Beschäftigungsrecht von Berufsfußballern, *ecolex* 2007, 418; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ (2007) § 6; *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (Anm zu OGH 9 Ob A 121/06v); *Martinek/Schwarz*, AngG⁷ (1991); *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht I (1970); *Mayer-Maly/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht I² (1987); *Mayr*, Verhältnis:Transfervereinbarung zu Konkurrenzklausel, DRdA 1999/19 (Anm zu OGH 8 ObA 268/97p); *Mosler* in *ZellKomm* § 18 AngG; *Pfeil* in *Schwimann V*³ §§ 1153, 1157; *Rebhahn/Kietaihl* in *ZellKomm* § 1153 ABGB; *Reis*, Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse, in *Hauser/Kostal (Hrsg)*, Hochschulrecht Jahrbuch 2008 (2008) 367; *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; *Schmitzer*, Gibt es dennoch ein "Recht" auf Beschäftigung? *wbl* 1989, 360; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ (2008); *ders*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in *Karollus/Achatz/Jabornegg (Hrsg)*, Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports I (2000) 87; *ders*, in *AngG-Kommentar* (2008) § 6; *W.Schwarz*, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in *FS Floretta* (1983) 415; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003); *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998); *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, *ÖJZ* 1954, 60; *Thomas*, Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballspielers, *ZAS* 2008/12 (Anm zu OGH 9 ObA 121/06v).

Nach dem die Grundsätze des allgemeinen Schuldrechts sowie die gesetzlichen und kollektivvertraglichen Regelungen in Zusammenhang mit dem Beschäftigungsanspruch ausführlich behandelt wurden, werden im Folgenden die Meinungen des arbeitsrechtlichen Schrifttums zum Recht auf Beschäftigung dargestellt.

A. Ablehnung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung

Wie bereits ausführlich dargelegt, sind die Grundsätze des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, dass der Gläubiger keine Pflicht zur Abnahme der Leistung hat – mangels spezieller Regelungen – grundsätzlich auch im Arbeitsrecht anwendbar. Unter Hinweis auf die schuldrechtlichen Prinzipien verneint ein großer Teil der österreichischen Lehre einen allgemeinen Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung durch den Arbeitgeber.¹⁷³ Danach kann der Arbeitgeber nach Belieben auf Erbringung der

¹⁷³ *Adler/Höller* in *Klang V/2*² 246; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 114; *ders* in *Karollus/Achatz/Jabornegg I* 86 (101); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (48); *ders* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; *ders*, DRdA 2007/49 (482); *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 243; *Firlei*, DRdA 1991, 477 (481); *ders*, DRdA 2003, 183 (186); *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153

Arbeitsleistung verzichten und begeht damit keine Vertragsverletzung, solange er seiner Entgeltfortzahlungspflicht nachkommt.

Zu den ersten Gegnern des allgemeinen Beschäftigungsanspruches sind unzweifelhaft *Adler/Höller*¹⁷⁴ zu zählen. Sie sind der Ansicht, dass der Arbeitgeber zur Zahlung des Entgelts, aber grundsätzlich nicht zur Entgegennahme der Arbeitsleistung verpflichtet sei. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes sehen sie jedoch bei Schauspielern und Lehrlingen und anerkennen demnach für diese Berufsgruppen ausnahmsweise einen Beschäftigungsanspruch. Außerdem erkennen sie aus ähnlichen Gesichtspunkten, wie im Fall von Lehrlingen ein Recht auf Beschäftigung für Volontäre und in weiterer Folge auch noch für andere Ausbildungsverhältnisse wie zB Rechtsanwaltsanwärter, Notariats- und Patentanwaltskandidaten, an. Abgesehen davon besteht ihrer Ansicht nach ein Recht auf Beschäftigung, wenn durch die Nichtbeschäftigung erhebliche Nachteile für den Arbeitnehmer drohen. Diese können etwa in der Schmälerung der Fähigkeiten und Leistungsmöglichkeit des Arbeitnehmers liegen.

Unter den strikten Ablehnern eines grundsätzlichen Rechts auf Beschäftigung des Arbeitnehmers ist auch *Schrammel*¹⁷⁵ zu nennen. Seine ablehnende Haltung begründet er zunächst mit dem Argument, dass ein Anspruch auf Beschäftigung deshalb abzulehnen sei, weil die österreichische Rechtsordnung nur in Ausnahmefällen *expressis verbis* ein Recht auf Beschäftigung anerkennt und daher überall, wo diese nicht der Fall sei, ein solches Recht auch nicht anzunehmen sei. Seiner Ansicht nach dürfe außerdem ein generelles Bedürfnis für einen Anspruch auf Beschäftigung gar nicht bestehen, da in den Fällen, in denen das Interesse eines Arbeitnehmers über die Existenzsicherung hinausgeht, der Arbeitnehmer diese Absicht lediglich bei den Vertragsverhandlungen deutlich erkennen lassen brauche. In so einem Fall würde schon nach allgemeinem Vertragsrecht die Pflicht des Arbeitgebers begründet, die Leistung des Arbeitnehmers auch tatsächlich anzunehmen. Damit deutet er an, dass eine vertragliche Fixierung eines Beschäftigungsanspruches jederzeit möglich ist. Ungeachtet einer ausdrücklichen Vereinbarung ergäbe sich seiner Ansicht nach eine Pflicht des Arbeitgebers zur tatsächlichen Beschäftigung ohnehin oft schon konkludent aus der Natur des

Rz 24 ff; gegen die allgemeine Beschäftigungspflicht zuletzt auch *Laimer*, *ecolex* 2007, 418 (419); zT unklar *Schmitzer*, *wbl* 1989, 360.

¹⁷⁴ *Adler/Höller* in *Klang*, V/2² 247.

¹⁷⁵ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht* II⁶ 114; *ders* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 86 (101); *ders* in *AngG-Kommentar* § 6 Rz 42.

abgeschlossenen Vertrages oder aus besonderen Umständen des Vertragsabschlusses.¹⁷⁶ Im Übrigen bestehe für einen generellen Beschäftigungsanspruch insofern kein Bedarf, da die bestehenden gesetzlichen Sonderregelungen ohnehin auf ähnliche Arbeitsverhältnisse analog angewendet werden können.¹⁷⁷ Aus diesen Gründen sei die Anerkennung eines Rechts auf Beschäftigung nicht notwendig. Daher sind seiner Ansicht nach die von der jüngeren Lehre für ein allgemeines Recht auf Beschäftigung vorgebrachten Argumente wie Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers¹⁷⁸, Recht auf Selbstverwirklichung¹⁷⁹, Verletzung der Fürsorgepflicht¹⁸⁰, aus internationalen Abkommen abzuleitende Auslegungsmaxime¹⁸¹, zwar „rechtspolitisch eindrucksvoll, aber nicht ausreichend sind, um für den Arbeitsvertrag eine generell Abkehr von den Grundsätzen des Vertragsrechts de lege lata zu begründen.“¹⁸²

Ein weiterer Verfechter eines generellen Rechts auf Beschäftigung ist *Firlei*.¹⁸³ Er verneint dabei mit einer interessanten Begründung die pauschale Anerkennung des Rechts auf Beschäftigung. Er führt aus, dass der Gesetzgeber sich bei ungerechtfertigter Entlassung und sozialwidriger Kündigung dazu entschlossen hat, dem Arbeitnehmer nur einen Geldanspruch zu gewähren, statt die Unwirksamkeit und damit die Rücknahme der Entlassung bzw Kündigung zu ermöglichen. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber bei so gravierenden Einschnitten wie einer ungerechtfertigten Entlassung und einer sozialwidrigen Kündigung dem Arbeitnehmer keine Möglichkeit einräumt, tatsächlich wieder beschäftigt zu werden, zieht er den Schluss, dass die österreichische Rechtsordnung „ganz generell das Rechtsgut, seiner Arbeit faktisch nachzugehen“ nicht sehr hoch bewertet. Er führt ins Treffen, dass aufgrund des weniger bedeutsamen Stellenwerts der Beschäftigungspflicht wohl auch ein allgemeines Recht auf Beschäftigung nicht geben könnte. Außerdem verweist er wie *Schrammel*¹⁸⁴ auf die im Gesetz vorhandenen Beschäftigungspflichten, die seiner Ansicht nach als Ausnahmefälle zu verstehen sind. In den beiden gesetzlich geregelten Fällen würden besonders starke, für diese Tätigkeiten charakteristische Interessen des Arbeitnehmers an der

¹⁷⁶ Vgl *Firlei*, DRdA 1991, 477 (482).

¹⁷⁷ *Schrammel* führt dabei das Argument ins Treffen, dass nicht nur der Bühnenschauspieler sich wegen der üblicherweise kurzen Dauer seines Engagements häufig um einen Vertrag bemühen muss und seinen Marktwert verliert, wenn er nicht auftreten kann, sondern ähnliches auch für andere Künstler und Berufssportler gilt; vgl *Firlei*, DRdA 1991, 477 (481); *Krejci*, in *Rummel I*³ § 1153 Rz 24; unklar *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (422).

¹⁷⁸ Grundlegend *Strasser*, ÖJZ 1954, 60; *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I² 147.

¹⁷⁹ *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 300.

¹⁸⁰ *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I² 147; *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 300.

¹⁸¹ *W.Schwarz* in FS Floretta 415; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 248.

¹⁸² Ähnlich *Firlei*, DRdA 1991, 477 (481).

¹⁸³ *Firlei*, DRdA 1991, 477 (481); *ders*, DRdA 2003, 183.

¹⁸⁴ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115.

faktischen Verwendung bestehen. Ein so hohes Ausmaß an Beschäftigungsinteresse liegt aber beim durchschnittlichen Arbeitsverhältnis nicht vor. Daher erscheint eine generelle Ausdehnung der Beschäftigungspflicht auf alle Arbeitsverhältnisse nicht vertretbar. Ein Anspruch auf Beschäftigung kann analog nur für jene Arbeitnehmer gewonnen werden, deren Interessenlage strukturell ähnlich zu den im Gesetz geregelten Berufsgruppen ist. Ungeachtet einer Analogie kann sich das Recht auf Beschäftigung, so *Firlei*, allgemein aus Vertrag, auch konkludent oder ausnahmsweise sogar aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergeben.¹⁸⁵

Auch *Brodil*¹⁸⁶ zählt zu den Stimmen in der Literatur, die ebenfalls gegen das Vorhandensein eines Rechts auf Beschäftigung jedes Arbeitnehmers eintreten. *Brodil* vertritt die Auffassung, dass die Prinzipien des Leistungsstörungenrechts, wonach der Gläubiger nicht zur Annahme der ihm aus einem Vertrag zustehenden Leistung verpflichtet ist, auch im Arbeitsrecht zur Anwendung kommen. Aufgrund dieses „*ehernen Grundsatzes*“ des Schuldrechts hätte der leistungsbereite Arbeitnehmer keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, sondern nur auf das Entgelt. Des Weiteren lässt sich seiner Meinung nach die Ablehnung einer grundsätzlichen Beschäftigungspflicht auch aus den beiden Ausnahmebestimmungen ableiten.¹⁸⁷ Ein Beschäftigungsanspruch besteht aber in jenen Fällen, in welchen aus vertraglicher Vereinbarung bzw aus den näheren Umständen des Geschäfts ausnahmsweise doch ein Recht auf Beschäftigung abgeleitet werden kann. *Brodil* erkennt neben den spezialgesetzlich geregelten Fällen ausnahmsweise ein Recht auf Beschäftigung vor allem in jenen Bereichen, in denen das Unterbleiben der tatsächliche Beschäftigung schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers verletzt, wie der Verlust von Qualifikationen (zB bei Ärzten¹⁸⁸), von berufsspezifischen Berechtigungen (zB Führer- und Pilotscheine¹⁸⁹) und des

¹⁸⁵ So bereits *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115.

¹⁸⁶ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; *ders* in *Grundeis/Karollus* 47; zuletzt *ders*, DRdA 2007/477; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 243.

¹⁸⁷ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8.

¹⁸⁸ Zum Recht auf Beschäftigung eines Chirurgen s nur OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

¹⁸⁹ Zum Recht auf Beschäftigung eines Piloten s OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot; vgl *Schrammel* in AngG-Kommentar § 6 Rz 44; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 106.

Marktwerts (zB Berufssportler¹⁹⁰), sowie die wesentliche Erschwerung der Weiterentwicklung der Karriere, an.¹⁹¹

B. Begründungsansätze für die Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung

Nach den soeben dargestellten Literaturstimmen wird ein genereller Beschäftigungsanspruch verneint. Diese Ablehnung ist aber in der österreichischen Arbeitsrechtsliteratur umstritten. Es existieren viele Gegenmeinungen, die ihre Forderung nach einem allgemeinen Recht auf Beschäftigung auf unterschiedliche Begründungen stützen.¹⁹²

1. Ableitung aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses

*Strasser*¹⁹³ kann in Österreich als „der Vorreiter“ der Anerkennung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs bezeichnet werden. Noch zu einer Zeit, als man in der Lehre einem etwaigen allgemeinen Recht auf Beschäftigung durchwegs kritisch und ablehnend gegenüberstand, hat *Strasser* eine gegenläufige Position vertreten und für die Anerkennung eines solchen Rechts plädiert.

Das Recht auf Beschäftigung entspringt seiner Auffassung nach aus dem „*Wesen des Beschäftigungsverhältnisses*“. Trotz der Tatsache, dass die österreichischen arbeitsrechtlichen Gesetze im Allgemeinen ein Recht auf Beschäftigung weder anerkennen noch verneinen, ist er der Ansicht, dass bereits grundsätzlich aus der Interessenlage heraus jedem Arbeitsvertrag ein Beschäftigungsanspruch innewohne. Aus diesem Grund behauptet er, dass es Grundlage des Arbeitsvertrags sei, dass der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsvertrages auch tatsächlich beschäftigt wird und, dass er dies auch rechtlich beanspruchen kann. Der

¹⁹⁰ Zum Recht auf Beschäftigung des Berufssportlers s OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*; zum Recht auf Beschäftigung eines Schifahrers s *Eisenberger*, Berufssport 77.

¹⁹¹ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; ebenso *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 243.

¹⁹² Grundlegend *Strasser*, ÖJZ 1954, 60; *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I² 147; *W.Schwarz* in FS Floretta 415; *Martinek/Schwarz*, AngG⁷ § 6 Erl 3; *Binder*, DRdA 1985, 1 (5); *Resch*, DRdA 1991, 424; *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 300; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG § 6 Rz 106; *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (252); *Andexlinger*, ecolex 1998, 43; unklar *Schmitzer*, wbl 1989, 360, geht aber eher von einem allgemeinen Recht auf Beschäftigung aus, macht dieses aber von einer „gerechten Interessenabwägung“ abhängig. Für ein allgemeines Recht auf Beschäftigung auch die hA in Deutschland; s ausführlich dazu Seite 103 ff.

¹⁹³*Strasser*, ÖJZ 1954, 60.

Arbeitnehmer schließe den Arbeitsvertrag nur unter dieser Voraussetzung ab, die zumindest schlüssig in jedem Falle dem Arbeitgeber bekannt sei bzw sein müsse, da nicht nur der einzelne konkrete Arbeitnehmer ein rechtliches Interesse an der tatsächlichen Verwendung, sondern die gesamte Klasse der unselbstständig tätigen Arbeitnehmer ein solches Interesse habe. Aus all diesen Gründen stützt *Strasser* seine Befürwortung für die Existenz eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs auf das Wesen des Beschäftigungsverhältnisses.

Des Weiteren führt *Strasser* in diesem Zusammenhang ins Treffen, dass mit der Nichtausübung des Berufs eine menschliche und fachliche Schädigung einhergehe. Dazu führt er zunächst aus, dass jene Auffassung überholt sei, wonach der Arbeitnehmer an der Arbeit kein anderes Interesse, als jenes auf Bezahlung des Lohns habe. Denn, dass das Interesse an der tatsächlichen Arbeitsleistung jenes an der Entgeltzahlung überwiege, zeigen all jene Fälle, in denen der Arbeitnehmer oft wochenlang arbeitet, ohne dabei ein Entgelt zu erhalten. Wenn auch solche Fälle nicht allzu häufig vorkommen, so genügen sie doch zur Widerlegung der Ansicht, der Arbeitnehmer habe nur an der Entgeltfortzahlung ein Interesse. Daneben sind aber auch in jenen Fällen, in denen derartige unentgeltliche Leistungen nicht erbracht werden, das Interesse am Entgelt und das an der tatsächlichen Arbeit zumindest gleich groß. Dies begründet er damit, dass jeder Arbeitnehmer eine Qualifikation aufweisen muss, die dann unter jeder Nichtbeschäftigung leidet. Jeder Arbeitnehmer, der längere Zeit keine Beschäftigung hat, wohl aber Entgelt bezieht, erführe eine derartige tatsächliche Verminderung der Qualifikation, was ihm zweifellos in seinem weiteren Fortkommen hinderlich sei. Daher sei die Nichtbeschäftigung unter Fortzahlung des Entgelts eine empfindliche Schädigung der Arbeitssubstanz, wobei der Grad der Schädigung mit der beruflichen Qualifikation steige. Aber nicht nur bei Arbeitnehmern mit intellektuellen Berufen, wie zB dem eines Chirurgen, sondern auch bei minderqualifizierten Arbeitnehmern sei eine Schädigung feststellbar. Der Spruch „*Wer rastet, der rostet*“ gelte eben auch hier.

Im Übrigen verkennen seiner Ansicht nach die alten Grundsätze, wonach der Arbeitnehmer nur ein materielles Interesse hätte, die Tatsache, dass eigentlich ein Mensch der Arbeit verrichtet, durch diese Arbeitsverrichtung zu einem „*vollwertigen Mitglied der menschlichen Gesellschaft*“ werde. Wird diesem arbeitsbereiten Menschen nun die Leistungserbringung verweigert, erführe er einen „*schweren seelischen Schock*“, da er sich aus dieser Gesellschaft ausgeschlossen fühlen würde. Außerdem stelle das Verbot der Erbringung der Arbeitsleistung auch eine Ehrenkränkung dar. Darüber hinaus bedeute eine Suspendierung vom Dienst immer

den „*schwerwiegenden Verdacht einer unehrenhaften Handlung*“. Aus all diesen Gründen wäre es, so *Strasser*, widersinnig zu erklären, dass der Arbeitnehmer an der Erbringung der Arbeitsleistung nicht interessiert sei und sich ein solches Interesse nur auf Arbeitgeberseite befinden würde. Richtig sei vielmehr, dass der Arbeitnehmer mindestens in genau demselben Maß wie der Arbeitgeber, in der Regel aber auch noch weitaus stärker als dieser an der tatsächlichen Verwendung im Betrieb interessiert sei. Stärker als der Arbeitgeber deshalb, weil für diesen die Erbringung oder Nichterbringung der Arbeitsleistung eines einzelnen Arbeitnehmers nur den reibungslosen Ablauf seiner wirtschaftlichen Unternehmung berührt, während der Arbeitnehmer von dieser Frage in seiner Existenz als Mensch und Arbeitskraft zutiefst betroffen sein würde.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass nach *Strasser* der Arbeitnehmer eine menschliche („*seelischer Schock*“, „*Ehrenkränkung*“, „*schwerwiegenden Verdacht einer unehrenhaften Handlung*“) und fachliche („*Qualifikationsverlust*“) Schädigung erleidet, wenn ihm die Erbringung der Arbeitsleistung verweigert wird. Aus diesem Grund leitet er aus dem Wesen des Beschäftigungsverhältnisses ein allgemeines Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung ab.

Strasser deutet mit seiner Auffassung somit darauf hin, dass die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für die Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht verkannt werden dürfe und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers den Beschäftigungsanspruch mitumfasse.

Tatsächlich hat ein Teil der Lehre sich an den Ansätzen von *Strasser* orientiert und die Fürsorgepflicht und Persönlichkeitsverwirklichung für ihre dogmatische Begründung des Rechts auf Beschäftigung herangezogen.

2. Ableitung aus der Fürsorgepflicht

Das Arbeitsverhältnis als besonderes Schuldverhältnis wird stärker als alle anderen Schuldverhältnisse von der persönlichen Beziehung zwischen den Vertragspartnern geprägt. Da der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in seiner Person zu leisten hat und vom Arbeitgeber persönlich und wirtschaftlich abhängig ist, muss dieser Umstand zur Anerkennung eines

Pflichtenkreises führen, der außerhalb des schuldrechtlichen Synallagmas liegt.¹⁹⁴ Dieser Pflichtenkreis findet auf der Arbeitgeberseite ihren Ausdruck in der Ausbildung der Fürsorgepflicht.¹⁹⁵ Bei der Fürsorgepflicht handelt es sich im Kern daher um die Pflicht zur Wahrnehmung bestimmter, besonders gefährdeter persönlicher Interessen.¹⁹⁶ Zu diesen rechtlich geschützten materiellen und immateriellen Interessen gehören Leben, Gesundheit, Vermögen sowie Persönlichkeit des Arbeitnehmers.¹⁹⁷

Da der Arbeitgeber aufgrund der Fürsorgepflicht zum Schutz der Interessen des Arbeitnehmers verpflichtet ist, will ein Teil der Lehre daraus die dogmatische Basis für ein allgemeines Recht auf Beschäftigung gefunden zu haben. Sie unterstellen den Beschäftigungsanspruch der Fürsorgepflicht. Die Verneinung eines generellen Beschäftigungsanspruches sei nach dieser Ansicht jedenfalls mit dem Wesen eines modernen Arbeitsverhältnisses nicht mehr zu vereinbaren.¹⁹⁸

a) Für die Ableitung aus der Fürsorgepflicht

*Mayer-Maly*¹⁹⁹, dem auch *Kramer*²⁰⁰ folgt, gehört zu jenen Stimmen, die in der Fürsorgepflicht die Anspruchsgrundlage für ein grundsätzliches Recht auf Beschäftigung erblicken. Seiner Ansicht nach kommt es für die Anerkennung der Beschäftigungspflicht nicht nur auf das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers an, seine Fähigkeiten durch Erfahrung zu bewahren und zu mehren, sondern genauso auch auf die personenbezogene Bedeutung der Arbeit als „*sinnvolle Lebensgestaltung, als Selbstverwirklichung und Selbstbetätigung*“. Wenn der Arbeitnehmer ein begründetes Interesse hat, hat er einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung. Dieser Anspruch gehört, so *Mayer-Maly*, zum

¹⁹⁴ Vgl. *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (430).

¹⁹⁵ Vgl. § 1157 ABGB, § 18 AngG. Der Begriff Fürsorgepflicht ist unter Umständen antiquiert und irreführend, da der Eindruck entstehen könnte, es handle sich um eine bloß ethisch gebotene freiwillige oder karitative Versorgungsleistung. Dem ist natürlich nicht so, es handelt sich hierbei vielmehr um eine echte Rechtspflicht; s. dazu *Mosler* in ZellKomm § 18 AngG Rz 1.

¹⁹⁶ S. dazu *Mosler* in ZellKomm § 18 AngG Rz 1 mwN; *Pfeil* in *Schwimmann* V³ § 1157 Rz 1; *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18 Rz 1.

¹⁹⁷ Ausführlich dazu *Pfeil* in *Schwimmann*, V³ § 1157 Rz 6 ff; *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18 Rz 4 ff.

¹⁹⁸ So etwa *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I² 147; *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten 64; *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 301; *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18 Rz 5 und 107; vgl. *Thomas*, ZAS 2008/12 (91), der die Teilnahmemöglichkeit des Fußballers an öffentlichen Auftritten aus der Fürsorgepflicht ableiten will, da ansonsten der Spieler durch den Ausschluß von der Öffentlichkeit aus dem Blickfeld der Spielervermittler und anderer Vereine verschwindet und ihm dadurch Vereinswechsel und Vertragshandlungen erschwert werden.

¹⁹⁹ *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht I 102.

²⁰⁰ *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten 64.

schuldigen Respekt vor der Person des Arbeitnehmers und damit zur Fürsorgepflicht nach § 1157 ABGB.

Aus der Fürsorgepflicht leitet auch *Spielbüchler*²⁰¹ kraft Größenschluss ein Recht auf Beschäftigung ab. Er führt zunächst aus, dass bei einem Arbeitsvertrag nicht mehr nur – wie nach herkömmlicher Weise – der Austausch von Arbeit und Lohn die jeweilige Hauptpflicht darstelle, da diese Grundhaltung die Bedeutung der Arbeit für die Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht berücksichtige. Vielmehr hätte der Arbeitnehmer unabhängig vom Entgeltanspruch ein besonderes Interesse an seinem vertrauten Arbeitsplatz tatsächlich beschäftigt zu werden. Nur durch die Bindung und die Betätigung an seinem Arbeitsplatz hätte der Arbeitnehmer die Gelegenheit zur Selbstverwirklichung. Daher ist seiner Ansicht nach kraft Größenschluß aus der Pflicht des Arbeitgebers zur Fürsorge für die Person des Arbeitnehmers gem § 1157 ABGB jedem Arbeitsverhältnis ein Recht auf Beschäftigung immanent.

*Mayer-Maly/Marhold*²⁰² führen die Geltung eines Rechts auf Beschäftigung auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Wahrung schutzwürdiger Interessen des Arbeitnehmers zurück. Aus der Fürsorgepflicht ergibt sich somit für diese Autoren zugleich eine wichtige Begrenzung der Beschäftigungspflicht; dort nämlich, wo ein schutzwürdiges Interesse fehlt, soll sie nicht greifen.

Schließlich leitet auch *Aicher*²⁰³ aus der auf den Persönlichkeitsschutz bezogenen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab, dass eine sachlich unbegründete Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers unzulässig sei. Dies sei auch der Grund für die Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung.

b) Gegen die Ableitung aus der Fürsorgepflicht

*Schwarz*²⁰⁴ ist zwar für die grundsätzliche Anerkennung eines Rechts auf Beschäftigung, lehnt aber die Ableitung des Beschäftigungsanspruches aus der Fürsorgepflicht ab. Für seine Skepsis für diese dogmatische Herleitung des Beschäftigungsanspruches führt er ins Treffen,

²⁰¹ *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 301.

²⁰² *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I² 147.

²⁰³ *Aicher* in *Rummel* I³ § 16 Rz 26.

²⁰⁴ *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (417).

dass man kaum generell sagen könnte, die tatsächliche Beschäftigung eine prinzipiell gebotene Fürsorgemaßnahme des Arbeitgebers wäre. Außerdem komme hinzu, dass die Dimension arbeitsvertraglicher Fürsorgepflicht durch die Integration öffentlich-rechtlicher Pflichten bedeutend angewachsen sei, sodass die Generalklausel überstrapaziert und damit abgewertet wäre, wenn man ihr schlechthin alles unterstellt, was man für recht und billig hält.

Auch nach *Schwarz/Löschnigg*²⁰⁵ ist in einer tatsächlichen Beschäftigung keine Fürsorgemaßnahme zu erblicken. Er vertritt aber die Meinung, dass sich Anhaltspunkte für ein allgemeines Beschäftigungsrecht aus den Wertmaßstäben des internationalen Rechts ergeben würden.²⁰⁶

3. Ableitung aus dem Persönlichkeitsrecht

*Binder*²⁰⁷ vertritt die Position, dass ein Arbeitnehmer generell ein Persönlichkeitsrecht auf tatsächliche Beschäftigung habe. Seine Ansicht basiert auf einer Entscheidung des LG Linz²⁰⁸, die, so *Binder*, „beachtenswerte Überlegungen in Richtung Befürwortung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches des Arbeitnehmers angestellt“ hat. Das Instanzengericht hatte ausgeführt, dass der Arbeitnehmer „mit Rücksicht auf sein Interesse, sich im erlernten Beruf zu betätigen und fortzubilden, sein allgemeines Interesse an einer Betätigung als Mittel zu seiner persönlichen Entfaltung sowie zur Wahrung seiner Ehre, insbesondere seiner Berufsehre“ grundsätzlich tatsächlich beschäftigt werden müsste. In der besonderen Hervorhebung des Strebens des Arbeitnehmers, durch berufliche Arbeit größere Geschicklichkeit, Findigkeit und Umsicht zu erwerben und letztlich Vervollkommnung zu erreichen, ist damit seiner Auffassung nach nichts anderes zu verstehen, als die Anerkennung des „materiell zu verstehenden Grundrechts auf Berufs(ausübungs)freiheit“. Bei dieser handle es sich um eine spezifische Ausfaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem § 16 ABGB, sodass der Arbeitnehmer ein Persönlichkeitsrecht habe, tatsächlich beschäftigt zu werden.

²⁰⁵ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249.

²⁰⁶ S dazu sogleich.

²⁰⁷ *Binder*, DRdA 1985, 1 (5); *ders* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18 Rz 5 und 107.

²⁰⁸ LG Linz 9.12.1953, Cg 33/53 Arb 5.960.

Auch *Resch*²⁰⁹ hält den Ansatz des Persönlichkeitsrechts für die Begründung eines allgemeinen Beschäftigungsrechtes für plausibel. Er ist der Ansicht, dass ein allgemeines Persönlichkeitsrecht auf Beschäftigung sowohl aus der Tatsache der Ehrverletzung infolge der Nichtbeschäftigung, als auch aus der Erwerbsausübungsfreiheit abgeleitet werden könnte. Zu Letzterem führt er aus, dass die Erwerbsausübung, als ein gewichtiges immaterielles Interesse des Arbeitnehmers, eine dogmatische Basis für einen Beschäftigungsanspruch darstellt. In diesem Zusammenhang rekurriert er auf Art 6 StGG, wonach man iS der Drittwirkung der Erwerbsausübungsfreiheit ableiten kann, dass auch die Erwerbstätigkeit als Persönlichkeitsrecht geschützt ist, und zwar auch dann, wenn sie im Rahmen eines Arbeitsvertrags unselbstständig ausgeübt wird.

4. Ableitung aus internationalen Übereinkommen

Ein anderer Teil der Lehre leitet ein allgemeines Recht auf Beschäftigung aus Art 1 Z 2 der Europäischen Sozialcharta (ESC)²¹⁰ und Art 6 Abs des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSK)²¹¹ – obwohl beide Normen unter Erfüllungsvorbehalt stehen²¹² – ab.²¹³ In Art 2 Z 2 der ESC wird die Verpflichtung normiert, das Recht der Arbeitnehmer wirksam zu schützen, ihren Lebensunterhalt durch eine frei übernommen Tätigkeit zu verdienen. Eine ähnliche Bestimmung enthält Art 6 Abs 1 IPWSK, wonach die Vertragsstaaten das Recht auf Arbeit anerkennen, welches das Recht jedes einzelnen auf die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen, umfasst, wobei geeignete Schritte zum Schutz dieses Rechts zu unternehmen sind. Diese zu unternehmenden Schritte umfassen gemäß Abs 2 dieser Bestimmung fachliche und berufliche Beratung und Ausbildungsprogramme, sowie die Festlegung von Grundsätzen und Verfahren zur Erzielung einer stetigen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung und einer produktiven Vollbeschäftigung unter

²⁰⁹ *Resch*, DRdA 1991, 421 (429); eine ausgeprägte Bezugnahme auf § 16 ABGB findet sich bei *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (429).

²¹⁰ Europäische Sozialcharta BGBl 1969/460.

²¹¹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte BGBl 1978/590.

²¹² Aus diesem Grund hält *Resch*, DRdA 1991, 421 (429) diese Ansätze für verfehlt; *W.Schwarz* in FS Floretta, 415 (420) und *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249 sind hingegen der Ansicht, dass die „auslegungssteuernde Kraft“ dieser beiden internationalen Übereinkommen – auch wenn sie von Österreich formell zwar nicht in Verfassungsrang und unter Erfüllungsvorbehalt ratifiziert wurden – auch durch den Erfüllungsvorbehalt nicht ausgeschaltet werden.

²¹³ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249; *W.Schwarz* in FS Floretta 417 (420) und (429); *Martinek/Schwarz*, AngG⁷ 153; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 103.

Bedingungen, welche die politischen und wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Einzelnen schützen.²¹⁴

Aus den einschlägigen Bestimmungen der ESC und des IPWSK leitet diese Auffassung einerseits die Arbeitsvertragsfreiheit und das Recht der freien Berufswahl und andererseits die Interpretationsmaxime, wonach der Entfaltungsfreiheit des Arbeitnehmers nicht nur der Abschluss eines Arbeitsvertrages, sondern auch das Recht auf tatsächliche Beschäftigung unterstellt werden kann, ab.²¹⁵ Die in den oben zitierten Bestimmungen genannten Maßnahmen, wie Arbeitsvermittlung, Berufsberatung, berufliche Ausbildung und Wiedereingliederung, zielen darauf ab, die Arbeitskraft krisenfester zu machen, dh ihre Einsatzmöglichkeit zu erweitern, sie wieder herzustellen und der modernen Entwicklung anzupassen. Da dies alles ohne faktische Betätigung nicht möglich sein kann, kommen die Vertreter dieser Ansicht zum Schluss, dass der „*international konstituierten Arbeitsvertragsfreiheit ein entsprechendes Beschäftigungsrecht immanent*“ ist.²¹⁶ Als Interpretationsregel müsse daher gelten, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu beschäftigen hat, sofern nicht hinreichende Weigerungs- und Unzumutbarkeitsgründe seitens des Arbeitgebers entgegenstehen. Da dieser Grundsatz dispositiv sei, falle er weg, wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht geleistet habe.

5. Ableitung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz

*Krejci*²¹⁷ und *Firlei*²¹⁸ hingegen stellen eine ganz andere Anspruchgrundlage zur Diskussion. Ihrer Ansicht nach schützt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz vor sachlich ungerechtfertigten Nichtbeschäftigungen. Die grundlose Verweigerung der tatsächlichen Beschäftigung oder eine unbegründete Überstellung an einen anderen Arbeitsplatz, der nicht der vertraglich vereinbarte ist, stelle ohne sachliche Rechtfertigung eine Diskriminierung iSd allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes dar, welches einen Anspruch des Arbeitnehmers darauf begründet, nicht schlechter behandelt zu werden, als die Mehrheit der Arbeitnehmer, dh also, beschäftigt zu werden.²¹⁹ *Löschnigg*²²⁰ vertritt einen ähnlichen Ansatz, wonach

²¹⁴ Vgl *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249.

²¹⁵ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249; *W.Schwarz* in FS Floretta 417 (420).

²¹⁶ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249; *W.Schwarz* in FS Floretta 417 (420) und (429); *Martinek/Schwarz*, AngG⁷ 153.

²¹⁷ *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153 Rz 24.

²¹⁸ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (190).

²¹⁹ So auch zuletzt *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

²²⁰ *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 103; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249.

Grundlage für den Beschäftigungsanspruch das arbeitsrechtliche Willkürverbot und der Diskriminierungsschutz sein kann, die beide ja lediglich eine spezifische Facette und Ausfaltung des Gebots der Gleichbehandlung darstellen.²²¹

Die dogmatische Herleitung des Beschäftigungsanspruchs aus dem Gleichbehandlungsgebot wird mit der Begründung kritisiert, dass sich der Beschäftigungsanspruch nur in seltenen Fällen aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ableiten wird, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wohl selten ohne sachlichen Grund freistellen wird, wenn er zur Fortzahlung des Entgelts weiterhin verpflichtet ist.²²²

6. Beschäftigungsanspruch aufgrund gesellschaftlicher Verpflichtung

Mit einer interessanten Begründung bejaht *Dirschmied*²²³ ein allgemeines Recht auf Beschäftigung. Er meint, dass der Arbeitgeber bereits aus gesellschaftlicher Sicht die Verpflichtung trifft, die Qualifikation seiner Arbeitnehmer zu sichern und auf dem aktuellen Stand zu halten. Dies ergibt sich insofern aus der Tatsache, dass weltweit die ständige berufliche Aus- und Weiterbildung auch aus Mitteln der öffentlichen Hand finanziert und die Nach- und Umschulungsbereitschaft von Arbeitskräften als unverzichtbare Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Arbeitswilligkeit gem § 9 Abs 1 AIVG als Anspruchsvoraussetzung auf eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung verlangt wird.

Abgesehen davon sei in der immer komplizierteren und ständig Veränderungen unterliegenden Arbeitswelt ein permanenter Wissenserwerb unverzichtbar geworden, welche nur durch „learning by doing“ gesichert werden könnte, sodass aus dieser Sichtweise jedem Arbeitnehmer ein Recht auf Praxis zuzugestehen ist.²²⁴

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach den Befürwortern eines grundsätzlichen Rechts auf Beschäftigung die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Annahme der Arbeitsleistung dogmatisch aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses, aus der Fürsorgepflicht, aus

²²¹ Vgl. *Resch*, DRdA 1991, 424 (430).

²²² So *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; *Rebhahn/Kietzbl* in *ZellKomm* § 1153 ABGB Rz 8.

²²³ *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (252).

²²⁴ Vgl. *Andexlinger*, *ecolx* 1998, 49 (50).

internationalen Abkommen abzuleitender Interpretationsmaxime, aus dem in der Rechtsordnung geschützten Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, aus der Gleichbehandlungspflicht sowie aus einer gesellschaftlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Qualifikationserhaltung erfließen kann.

C. Recht auf Beschäftigung in Ausnahmefällen

Nach dem ablehnende und befürwortende Ansichten im Zusammenhang mit dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch erörtert wurden, werden im Folgenden Anspruchsgrundlagen dargestellt, bei deren Vorliegen ein Recht auf Beschäftigung – neben den gesetzlichen Bestimmungen – ausnahmsweise doch anerkannt wird.

Ein Recht auf Beschäftigung wird bejaht im Fall einer einzelvertraglicher Vereinbarung, wenn sich der Anspruch konkludent aus der Natur des Vertrags, aus näheren Umständen des Geschäftes oder ergänzender Vertragsauslegung ergibt, sowie analog für Arbeitnehmer, bei denen eine strukturell ähnliche Interessenslage wie bei gesetzlich geregelten Arbeitnehmern vorliegt.

1. Ausdrückliche vertragliche Vereinbarung

Als Rechtsgrundlage für einen konkreten Beschäftigungsanspruch kommt zunächst der Einzelvertrag in Frage. Gegen die Zulässigkeit einen Beschäftigungsanspruch ausdrücklich zu vereinbaren, bestehen aufgrund der Privatautonomie, mit Rücksicht auf den insoweit auch im Arbeitsvertragsrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, keine Bedenken. Nach der hL²²⁵ kann das Recht auf Beschäftigung Inhalt eines Vertrages sein.²²⁶ Im Fall einer ausdrücklichen Vereinbarung in seinem Arbeitsvertrag kann sich der Arbeitnehmer bei Verweigerung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber auf sein vertragliches Recht auf Beschäftigung berufen.

²²⁵ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ 115; Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 103; Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; Krejci in Rummel I³ § 1153 Rz 3; Pfeil in Schwimann V³ § 1153 Rz 35; Resch, DRdA 1991, 424 (430).

²²⁶ Wie die Möglichkeit einer ausdrücklichen Vereinbarung ist auch dessen Verzicht möglich und rechtswirksam: Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 103; W.Schwarz in FS Floretta 417 (431); OGH 18.11.1932, 1 Ob 999/32 Arb 4.220.

Bezüglich der Vereinbarung eines Beschäftigungsanspruchs ist jedoch anzumerken, dass eine Vereinbarung infolge der auch heute noch vorhandenen wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers praktisch kaum bedeutsam ist. Das ist nicht nur auf die Überlegenheit des Vertragspartners zurückzuführen, sondern überdies auch darauf, dass nur die wenigstens damit rechnen, dass sie einen Tages zwar „bezahlt“, jedoch nicht beschäftigt werden. Daher werden nur ausnahmsweise jene Arbeitnehmer solch eine Beschäftigungsklausel zu vereinbaren versuchen, wenn sie sich der Möglichkeit der Nichtbeschäftigung trotz Fortzahlung des Entgelts bewusst geworden sind.

2. Konkludente Vereinbarung (Natur des abgeschlossenen Vertrages, nähere Umstände des Geschäftes sowie ergänzende Vertragsauslegung)

Haben die Arbeitsvertragsparteien keine explizite Vereinbarung über einen Beschäftigungsanspruch getroffen, so wollen einige Autoren den Beschäftigungsanspruch konkludent aus der Natur des abgeschlossen Vertrages, aus ergänzender Vertragsauslegung sowie aus näheren Umständen des Geschäftes ableiten.²²⁷

*Schrammel*²²⁸ vertritt die Ansicht, dass sich die Beschäftigungspflicht konkludent aus der Natur des abgeschlossen Vertrages ergeben kann.²²⁹ Als Beispiel nennt er den Ausbildungsvertrag und eine Entgeltvereinbarung, nach der die Höhe des zustehenden Entgelts vom Ausmaß der zugewiesenen Arbeit abhängt. Diese Konstruktion *Schrammels* erscheint auf den ersten Blick unklar zu sein, da aufgrund der unscharfen Terminologie offen bleibt, was „Natur“ des abgeschlossen Vertrages überhaupt bedeuten soll. Durch die Aufzählung der Beispiele leuchtet aber ein, dass mit „Natur“ nur die Eigenart bzw Besonderheit des jeweiligen Arbeitsverhältnisses gemeint sein kann. Ein Recht auf Beschäftigung ergibt sich daher im Einzelfall aus der Natur des jeweils abgeschlossen Arbeitsvertrages, wenn der Arbeitnehmer schon aus der Besonderheit seines Berufes ein besonderes – dem Arbeitgeber bei Vertragsabschluss erkennbares – Interesse daran hat, nicht nur entlohnt, sondern auch beschäftigt zu werden. MaW: wenn dem Arbeitgeber erkennbar ist oder er erkennen hätte können, dass der Arbeitnehmer ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat, muss er davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer das Einverständnis des

²²⁷ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; ebenso *Firlei*, DRdA 1991, 477 (482); zuletzt *Thomas*, ZAS 2008/12 (90).

²²⁸ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115.

²²⁹ So auch *Brodil* in *Grunde/Karollus* IV 47; vgl. *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8.

Arbeitgebers dahingehend versteht, dass ein Recht auf Beschäftigung begründet werden soll. Damit kann im Wege der Auslegung der Willenserklärung gem § 914 ABGB ein Beschäftigungsanspruch für Arbeitnehmergruppen begründet werden, die ein erkennbares, besonderes Interesse an ihrer tatsächlichen Beschäftigung haben, wobei sich die Erkennbarkeit des Beschäftigungsinteresses für den Arbeitgeber aus der Eigenart des jeweiligen Arbeitsvertrages ergibt.

Auf das selbe Ergebnis kommt man auch durch ergänzende Vertragsauslegung.²³⁰ Bei diesem kommt es auf den hypothetischen Parteiwillen an, was also Vertragsparteien vernünftiger- und redlicherweise gewollt haben.²³¹ Für Arbeitnehmer, die auf eine ständige arbeitsmäßige Betätigung zur Erhaltung ihrer Arbeitsqualifikation angewiesen sind, für welche die tatsächliche Ausübung des Berufes eine gesetzliche Voraussetzung für die Erhaltung der Berufsberechtigung bzw -bewilligung darstellt (zB Führer- und Pilotenscheine), sowie die tatsächliche Beschäftigung für die Wahrung ihres Arbeitsmarktwertes unbedingt notwendig ist, kann durch vertragsergänzende Auslegung ein Recht auf Beschäftigung hergeleitet werden. Bei solchen Berufen wäre demnach davon auszugehen, dass redliche und vernünftige Parteien gem § 914 ABGB eine für die Erhaltung der Qualifikation, der Berufsberechtigung bzw -bewilligung und des Marktwertes erforderliche Beschäftigung vereinbart hätten.²³²

Schließlich kann sich ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung auch aus näheren bzw besonderen Umständen des Vertragsabschlusses ergeben.²³³ Als Beispiel führt *Schrammel* den Forscher an, der mit dem Hinweis auf besonders reichhaltig ausgestattete Forschungseinrichtung und interessante Forschungsaufgaben zum Vertragsabschluss bewogen wird. In so einem Fall hätte der Forscher aus besonderen Umständen des Vertragsabschlusses ein Recht auf Beschäftigung.²³⁴

²³⁰ *Firlei*, DRdA 1991, 477 (482); zuletzt *Thomas*, ZAS 2008/12 (90); vgl. OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot.

²³¹ Vgl § 914 ABGB; allg zur ergänzenden Vertragsauslegung s nur *Binder* in *Schwimann IV*³ § 914 Rz 177 ff.

²³² Vgl dazu OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95– Pilot.

²³³ So *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8.

²³⁴ Zum Recht auf Beschäftigung eines Forschers s *Reis* in *Hauser/Kostal* 377.

3. Analoge Anwendung des § 21 SchSpG und §§ 9,18 BAG

a) Meinungsstand

Wie bereits angedeutet wurde, stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Bestimmungen einer Analogie zugänglich sind, oder der Gesetzgeber die nichtgeregelten Fälle eben nicht regeln wollte und die Sonderbestimmungen somit tatsächlich eine Ausnahmeregelung darstellen.²³⁵

Zur Analogie der Spezialbestimmungen hat *Strasser*²³⁶ bereits sehr früh die Ansicht vertreten, dass es in keinsten Weise gerechtfertigt sei, aus den bestehenden Sondervorschriften den Gegenschluss auf das Nichtvorhandensein eines Beschäftigungsanspruches zu ziehen. Obwohl *Strasser* nicht die Analogiefähigkeit der Ausnahmebestimmungen, sondern die generelle Anerkennung des Beschäftigungsanspruches an sich andiskutierte, hält er eine These fest, die für die Zulässigkeit der Analogie spricht. Er führt demnach aus, dass die Tatsache, dass der Normschöpfer den Beschäftigungsanspruch nur zweimal, nämlich bei den Schauspielern und Lehrlingen, ausdrücklich anerkennt, könnte nur so erklärt werden, dass er es in diesen Fällen eben besonders hervorheben wollte. Aus diesem Grund kann auf keinen Fall a contrario bei Stillschwiegen des Gesetzgebers auf die Nichtexistenz eines Rechts auf Beschäftigung geschlossen werden. Ein derartiger Schluss sei „gefährlich“ und „berüchtigt“ und daher Fehl am Platz.

Zu den Vorreitern der Befürwortung der Analogiezugänglichkeit der Ausnahmeregelungen gehören in der österreichischen Literatur auch *Adler/Höller*.²³⁷ Sie bejahen die Analogiefähigkeit der Bestimmungen des BAG. Aus der Anerkennung eines Rechts auf Beschäftigung bei den Lehrlingen schließen sie auf die Anerkennung dieses Rechts bei lehrvertragsähnlichen Rechtsverhältnissen, wie zB beim Volontär, Rechtsanwaltsanwärter, Notariatsanwärter und Patentanwaltsanwärter. Sie begründen dies damit, dass auch diese Arbeitnehmer in der gleichen Intensität wie der Lehrling ein Interesse an ihrer tatsächlichen fachlichen Ausbildung haben. Diese Autoren unterlassen es jedoch, die Analogiefähigkeit des publikumsbezogenen Beschäftigungsinteresses der Schauspieler festzustellen.²³⁸

²³⁵ Sa Seite 35 ff.

²³⁶ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (62) mwN.

²³⁷ *Adler/Höller* in Klang V² 246 mwN.

²³⁸ Krit *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (423).

*Schwarz*²³⁹ ist über den Standpunkt *Adler/Höllers* verwundert, welche über die analoge Anwendung des publikumsbezogenen Beschäftigungsinteresses „verschämt“ schweigen.²⁴⁰ Außerdem führt er aus, dass die Tatsache, dass das als Ausbildungsinteresse zu deutende Beschäftigungsinteresse vom Berufsausbildungsgesetz ausgehend, analog auf ähnliche Arbeitsverhältnisse angewendet und das dass durchaus verwandte publikumsbezogene Beschäftigungsinteresse der Bühnenkünstler einer solchen Aspektion nicht unterzogen wird, ein Messen mit zweierlei Maß darstellt. Gleich darauf bemerkt er, dass der Grund für die Leugnung der analogen Anwendung des SchSpG in der expandierende Wirkung dieses Analogieschlusses liegen könnte, da sich eine beträchtliche Anzahl von Berufsgruppen finden lässt, wo dieses „publikums- bzw öffentlichkeitsbezogene“ Beschäftigungsinteresse vorherrscht, etwa für Bühnen- und andere Künstler, Intendanten, Regisseure, Dramaturgen, Ballettmeister, Bühnenmaler, Journalisten, Redakteure, Rundfunk- und Fernsehsprecher. In diesen Bereich fallen auch Profisportler, sodass § 21 SchSpG per analogiam auf alle Arbeitsverhältnissen angewendet werden könnte, bei denen der Wert einer Arbeit nur dann erhalten bzw erweitert werden kann, wenn ein bestimmter Öffentlichkeitsbezug hergestellt wird. Im Anschluss meint er aber, dass er grundsätzlich kein Freund von Analogieschlüssen sei. Denn der Analogievorgang beziehe sich grundsätzlich immer nur auf Kategorien von Arbeitnehmern, so dass im konkreten Fall neben den Sonderbestimmungen zusätzliche Gruppierungen von Arbeitnehmern mit und ohne Recht auf Beschäftigung entstehen würden. Durch die Analogie und der mit ihr einhergehenden Anerkennung des Beschäftigungsanspruchs für die jeweilige Berufsgruppe würde seiner Ansicht nach aber das Problem der Gleichheitswidrigkeit immer wieder vom neuen aufgeworfen werden. Durch das Mittel der Analogie geräte man in einen Teufelskreis, sodass nach anderen Rechtsgrundlagen für einen Beschäftigungsanspruch zu suchen ist.²⁴¹

Weiters erkennt *Holzer*²⁴² analog zu § 21 SchSpG und § 9 BAG überall dort ein Recht auf Beschäftigung an, wo die Arbeitnehmer vergleichbare Interesse haben, etwa in Ausbildungsberufen wie dem des Rechtsanwaltsanwärters und in Berufen, in denen gleich wie beim Bühnenkünstler die Stellung und der Marktwert des Arbeitnehmers von der öffentlichen Wahrnehmung abhängig ist. Einerseits sieht er interessanterweise Berufsfußballer als vom Publikum abhängige Arbeitnehmer. Er meint diesbezüglich, dass der

²³⁹ *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (423).

²⁴⁰ *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (423) kritisiert auch die Leugnung des Erfüllungsanspruches im Falle einer Verletzung eines Beschäftigungsanspruches.

²⁴¹ *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (424).

²⁴² *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79).

Fussballzirkus zum Showgeschäft gehöre und zu den Gesetzen des Showgeschäftes gehöre es nun einmal, dass der Marktwert vom Bekanntheitsgrad, der vor allem durch Erwähnung in Sportberichten zu Stande kommt, abhängt. Andererseits habe der Berufsfussballer insofern auch ein Ausbildungsinteresse, als er ein Interesse an der Zulassung zum Training hat, das den Zweck hat, die Form zu erhalten und zu verbessern. Eine Nichtzulassung am Training hätte eine nachhaltige Verminderung seiner sportlichen Qualität zur Folge.²⁴³

So wie *Holzer* sieht auch *Mayr*²⁴⁴ Parallelitäten zwischen Schauspielern und Berufsfußballern. Ähnlich wie Schauspieler haben Berufsfußballer ein Interesse daran, in den Medien auftreten zu können, um so ihre Bekanntheit und ihren Marktwert zu steigern. Als Vergleich nennt er ein sehr ungünstig gewähltes Beispiel, wonach das schauspielerische Talent von Fußballspielern vor allem bei Foulszenen zum Vorschein kommen soll.²⁴⁵

Ferner tritt *Tomandl*²⁴⁶ für eine Analogie der gesetzlichen Regelungen ein. Seiner Auffassung nach müssen sich nicht nur Schauspieler – wegen der üblicherweise kurzen Dauer ihres Engagements – häufig um einen neuen Vertrag bemühen und verlieren an Marktwert, wenn sie nicht auftreten können. Diese Charakteristik sei auch in vielen anderen Berufsgruppen zu finden, sodass etwa auch Künstler und Berufssportler ein publikumsbezogenes Beschäftigungsinteresse an der tatsächlichen Beschäftigung haben.

Schließlich befürwortet auch *Firlei*²⁴⁷ eine Analogie zum BAG und SchSpG. Er meint, dass eine Analogie zu den gesetzlichen Ausnahmevorschriften dann geboten ist, wenn „nach Qualität und Intensität eine strukturelle Ähnlichkeit der Interessen an einer de-facto-Beschäftigung vorliegt.“ Eine analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen stelle er sich bei Arbeitnehmern vor, die in einer publikumsbezogenen Branche ihren Marktwert erhalten wollen, wie etwa darstellende und sportliche Tätigkeiten. Dasselbe gilt für Arbeitnehmer, bei denen die ständige Beschäftigung der Erhaltung der Qualifikation dient, wie etwa bei Chefkochs und Tätigkeiten mit Ausbildungselementen, journalistische Tätigkeiten u.Ä. Qualifizierte Interessen sind einer Analogie zu den gesetzlichen Bestimmungen

²⁴³ ME ist der Beruf des Fußballers keine Ausbildung iSd BAG, da (bezahlte) Berufsfußballer bei Ausübung ihres Berufes – als mittlerweile wohl ausgebildete – mitten im Erwerbsleben stehen. Eine Analogie zum BAG ist daher verfehlt.

²⁴⁴ *Mayr*, DRdA 1999/19 (143).

²⁴⁵ ME hat das schauspielerische Talent für einen Analogieschluss wenig rechtsdogmatische Relevanz. Vielmehr ist das Kriterium der Öffentlichkeit als analoge Basis heranzuziehen.

²⁴⁶ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115.

²⁴⁷ *Firlei*, DRdA 1991, 477 (481); *ders.*, DRdA 2003, 183 (187); vgl. *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153 Rz 24.

liegen auch in der Computertechnologie vor, da Arbeitnehmer dieser Berufssparte ständig beschäftigt werden müssten, um mit dem Fortschritt der Technik und der Arbeitsmethoden durch „learning by doing“ Schritt zu halten zu können.

b) Zusammenfassung und eigene Meinung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach hL § 21 SchSpG und §§ 9, 18 BAG der Analogie zugänglich sind, sodass all jenen Arbeitnehmern, bei denen nach Qualität und Intensität vergleichbare Interessen zu Schauspielern und/oder Lehrlingen vorliegen, per analogiam ein Recht auf Beschäftigung zuzugestehen ist.

Der Ansicht der hL ist zuzustimmen. Ein Umkehrschluss ist verfehlt. Die gesetzlich statuierten Sonderbestimmungen können nicht als Hindernis für die Analogie gesehen werden, sondern es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber – wie *Strasser* auch richtig meint – den Anspruch auf Beschäftigung bei diesen Arbeitnehmern besonders hervorheben wollte. Bei genauem Studium der beiden Gesetze muss jedoch zugestanden werden, dass tatsächlich nur das SchSpG ein Recht auf Beschäftigung ausdrücklich statuiert. Im BAG fehlt eine definitive Anordnung auf Beschäftigung. Der Beschäftigungsanspruch wird eigentlich aus der Ausbildungsverpflichtung des Lehrberechtigten abgeleitet.²⁴⁸

Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass ein Analogieschluss nur durchgeführt werden kann, wenn eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Dieser wird auch im konkreten Fall, insb bei Analogie zum SchSpG, vorliegen. Denn zur Zeit des Inkrafttretens des SchSpG wurde das Arbeitsverhältnis rein vermögensrechtlich erfasst, wonach der Arbeitnehmer nur an der Erlangung des Entgelts interessiert sei.²⁴⁹ Im Laufe der Zeit sind aber zahlreiche Berufsgruppen entstanden, die der Gesetzgeber des SchSpG im Jahre 1922 kaum in seine Überlegungen einbeziehen konnte. Aus diesem Grund kann man von einer Lücke in der österreichischen Rechtsordnung ausgehen, die einen Analogieschluss erlaubt. Auch hinsichtlich der Ausbildungsberufe wird eine Regelungslücke vorliegen, sodass auch für die betreffenden Berufe das Mittel der Analogie zulässig wäre. Jedoch muss angemerkt werden, dass bei auszubildenden Arbeitnehmern – ähnlich wie bei Lehrlingen – der Beschäftigungsanspruch idR schon ex legem vorliegen und daher Herleitung im Wege der Analogie sich erübrigen wird. Ein Ausschluss der Analogiefähigkeit der gesetzlichen

²⁴⁸ Vgl *Schmitzer*, wbl 1989, 360.

²⁴⁹ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

Bestimmungen kommt hingegen nicht in Betracht, auch wenn Bedenken wegen ihrer expandierenden und uferlosen Wirkung bestehen.²⁵⁰ Der Auffassung von *Schwarz*, dass durch eine Analogie neuen Kategorien von Arbeitnehmern ein Beschäftigungsanspruch zugebilligt wird, die das Problem der Gleichheitswidrigkeit immer wieder neu aufwerfen, kann ich nicht zustimmen. Ich gehe diesbezüglich den anderen Gedankenweg und meine, dass es viele Berufsgruppen gibt, die einer Analogie zu Schauspielern und Lehrlingen nicht zugänglich sind, sodass auch ein Beschäftigungsanspruch, welcher alleine aus einem Analogievorgang zum SchSpG und BAG resultiert, auch keine besonders weitreichenden Konsequenzen haben kann. Außerdem ist das Mittel der Analogie nur „ultima ratio“ sein. Auf die Analogie ist erst zu greifen, wenn keine anderen wissenschaftlichen Methoden, die zu einem gleichartigen, wenn nicht sogar weiter reichenden Ergebnis führen, gefunden werden. Demnach sind vor einem Analogievorgang andere dogmatische Rechtsgrundlagen für einen Beschäftigungsanspruch aufzuspüren. In Ermangelung dessen ist schließlich Analogie zu betreiben. Methodisch ist bei publikumabhängigen Arbeitnehmern, bezüglich der Beibehaltung des Marktwerts sowie Erhaltung der bestehenden beruflichen Qualifikation eine Analogie zum SchSpG bezüglich der Aus- und Weiterbildung, ein Analogieschluß zu den §§ 9, 18 BAG anzunehmen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass – wie oben erwähnt – die Analogie für gewisse Berufsgruppen durchaus eine dogmatische Rechtsgrundlage darstellen könnte. Jedoch greift sie für die gegenständliche Problematik zu kurz. Denn es gibt ebenso viele Berufsgruppen, für die sich im Analogiewege kein Recht auf Beschäftigung ermitteln lässt. Für nicht-analogiefähige Berufsgruppen ist eine andere Anspruchsgrundlage zu ermitteln.

So eine Grundlage wird in besonderes schützenswerten Interessen des Arbeitnehmers erblickt, die sogleich ausführlich dargestellt wird.

D. Recht auf Beschäftigung bei besonders schützenswerten Beschäftigungsinteressen

Wie bereits mehrfach festgehalten, gelten nach der hA die zivilrechtlichen Grundsätze mangels einschlägiger Regelungen auch für das Arbeitsvertragsrecht, wonach der Gläubiger nicht zur Annahme, der ihm aus einem Vertrag zustehende Leistung, verpflichtet ist. Diese

²⁵⁰ Vgl. *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (423).

Prinzipien sehen aber auch die Ausnahme vor, dass die Nichtausübung dieses Rechts auch pflichtwidrig sein kann, wenn durch den Annahmeverzug die Interessen des Schuldners beeinträchtigt werden. Die hA formuliert die Interessensbeeinträchtigung im positiven Sinne dahingehend, dass der Gläubigerverzug ausnahmsweise doch eine Pflichtverletzung darstellt, wenn der Schuldner „über den Erhalt der Gegenleistung hinausgehendes und schützenswertes Interesse an der Abnahme der Leistung“ hat.

Auf das Arbeitsrecht übertragen, hat die österreichische Lehre diesen Grundsatz dazu verwendet, eine rechtsdogmatische Begründung für den Beschäftigungsanspruch zu finden. Sie hat dabei zahlreiche Berufsgruppen eruiert, die nicht nur ein Interesse an der Fortzahlung des Entgelts, sondern darüber hinaus auch ein besonders schützenswertes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung haben.

Nachstehend werden die von der Lehre angenommenen besonderen schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers an der Beschäftigung dargestellt.

a) Beispiele für besonders starke Interessen des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung

Strasser hat frühzeitig – wenn er auch für einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch plädiert²⁵¹ – im Ansatz auf das besondere Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung hingewiesen. Er ist der Ansicht, dass jeder Arbeitnehmer ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat, da die Nichtbeschäftigung zur Verminderung der Qualifikation und Verhinderung des weiteren Fortkommens führe. Der Verlust der Qualifikation ist nicht nur bei intellektuellen Berufen, wie etwa bei Chirurgen, sondern auch bei minderqualifizierten Dienstnehmer anzutreffen, wobei er aber festhält, dass der Grad der Schädigung mit der beruflichen Qualifikation steigt.²⁵²

Adler/Höller anerkennen hingegen das besondere Interesse faktisch beschäftigt zu werden nur bei gewissen Berufsgruppen. Sie meinen in diesem Zusammenhang, dass in jedem Arbeitsverhältnis, in welchem die Nichtbeschäftigung eine erhebliche Benachteiligung des Arbeitnehmers in sich schließt, in dem sie eine Schmälerung seiner Fähigkeiten oder

²⁵¹ S dazu Seite 42 ff.

²⁵² *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

Leistungsmöglichkeit herbeiführt, eine Verletzung der schützenswerten Interessen des Arbeitnehmers besteht.²⁵³

Löschnigg erweitert den Kreis der besonderen Interessen und bejaht ein besonders schützenswertes Interesse an der Beschäftigung, wenn die Nichtbeschäftigung zu einer Minderung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers, wie etwa Verlust von Fertigkeiten und Berufsberechtigungen sowie Ausschluss von Kenntnissen, Kontakten und spezifischen Fachwissen führt. Ebenso besteht ein besonderes Beschäftigungsinteresse, wenn das spätere Fortkommen des Arbeitnehmers erschwert wird, wie etwa Verlust des Marktwertes bei Berufssportlern.²⁵⁴

Ganz ähnlich argumentiert auch *Brodil*. Für ihn ist abseits der Sonderbestimmungen ein Recht auf Beschäftigung dort anzunehmen, wo durch das tatsächliche Unterbleiben der Arbeitsleistung schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers verletzt werden. Schutzwürdige Interessen liegen vor, wenn der Arbeitnehmer durch die Nichtbeschäftigung berufsrechtliche Bewilligungen, Qualifikationen oder Marktwert verliert oder die Weiterentwicklung seiner Karriere erschwert wird.²⁵⁵

Firlei ist hingegen der Ansicht, dass besondere Interessen des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung auch dann vorliegen, wenn es aufgrund des Unterbleibens der Arbeitsleistung zu Verdienstauffällen kommt.²⁵⁶ Ebenso will *Schrammel* die Einkommensinteressen durch einen Beschäftigungsanspruch schützen.²⁵⁷

Auch die gängige Kommentarliteratur vertritt die Ansicht, dass ein punktuelles Recht auf Beschäftigung durch Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen zu legitimieren ist. *Pfeil*²⁵⁸ stellt darauf ab, dass bei Gefährdung der wichtigen und schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers, etwa Verlust der Qualifikation eines Sportlers oder Piloten, ein Beschäftigungsanspruch ausnahmsweise zu bejahen ist. *Krejci*²⁵⁹ ist der Ansicht, dass der

²⁵³ *Adler/Höller* in *Klang* V² 247.

²⁵⁴ *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 106; vgl. *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 250.

²⁵⁵ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; vgl. *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115.

²⁵⁶ *Firlei*, DRdA 1991,477 (481); *ders.*, DRdA 2003, 183 (187).

²⁵⁷ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115.

²⁵⁸ *Pfeil* in *Schwimmann* V³ § 1153 Rz 24.

²⁵⁹ *Krejci* in *Rummel* I³ § 1153 Rz 36.

Arbeitnehmer das Interesse hat, seine Fähigkeiten, Erfahrungen und seinen „Arbeitsmarktwert“ zu erhalten und zu entwickeln.

*Schmitzer*²⁶⁰ hat sich mit der besonderen Interessenslage intensiv beschäftigt. Er ist – in Anlehnung an die Auffassung *Apathys*²⁶¹ – der Meinung, dass der Dienstnehmer ein den allgemeinen zivilrechtlichen „Normalfall“ übersteigendes Interesse hat, tatsächlich beschäftigt zu werden. Diese Interessen teilt er in Fallgruppen:

Zunächst führt er das besondere Ausbildungs- und Weiterbildungsinteresse an. Er meint in diesem Zusammenhang, dass ein modernes Wirtschaftssystem von dynamischen Abläufen geprägt ist, weshalb ein Arbeitnehmer mit ständig sich ändernden beruflichen Rahmenbedingungen konfrontiert wird. Er muss also in der Lage sein sich raschen Veränderungen auch anzupassen. Daher wird er zweifellos nicht nur Interesse daran haben, durch die Beschäftigung seine materielle Existenzgrundlage zu sichern, sondern vielmehr auch ein besonderes Interesse daran haben, durch die tatsächliche Betätigung seine berufliche Qualifikation auf jenen Stand zu bringen bzw zu halten, der notwendig ist, um den konkreten Anforderungen gerecht zu werden. Aus diesem Grund ist seiner Ansicht nach ein besonderes Interesse nicht nur in der Phase des Berufseinstieges, wie zB bei einem (ausgelernten) Lehrling, Volontär oder Rechtsanwaltsanwärter anzunehmen, sondern auch im Rahmen der beruflichen Tätigkeit. Als Beispiel führt er die Tätigkeit des Wirtschaftsfachmannes, der durch die ständig zunehmende internationale Verflechtung der Wirtschaft sich auf völlig neue und wechselnde Formen der Wirtschaftsabläufe einzustellen hat. Weiters denkt er auch an den Facharbeiter, der mit ständig neuen Technologien konfrontiert wird, oder an den Angestellten, der sich durch die modernen Formen der Informationserfassung und Informationsübermittlung mit ständig neuen Arbeitsmethoden auseinander zu setzen hat. Aus all dem wird, so *Schmitzer*, deutlich erkennbar, dass der Arbeitnehmer ein besonderes Interesse an einer permanenten Berufs- und Weiterbildung hat. Weiters bezieht er sich auf das Interesse auf Öffentlichkeitsbezug. Ein Arbeitnehmer hat demnach ein besonderes Interesse auf tatsächliche Ausübung der Arbeitsleistung, wenn die Werterhaltung bzw Werterhöhung seiner Arbeitskraft von der Arbeitsleistung abhängt. Er denkt dabei an all jene Fälle, bei denen der Wert einer Arbeit nur dann geschaffen bzw erhalten werden kann, wenn ein

²⁶⁰ *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (363) hat die Untersuchung der Arbeitnehmerinteressen im Hinblick auf einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch näher geprüft. Wenn diese Interessen seiner Meinung nach ein allgemeines Recht auf Beschäftigung legitimieren und dogmatisch begründen sollen, denn werden sie mE umso mehr für die Herleitung eines Rechts auf Beschäftigung in Ausnahmefällen herangezogen werden können.

²⁶¹ *Apathy*, JBl 1982, 564.

bestimmter Öffentlichkeitsbezug hergestellt bzw. aufrecht erhalten wird. In diesen Bereich fallen vor allem künstlerisch und wissenschaftlich tätige Personen wie zB Schauspieler, Rundfunk- und Fernsehsprecher, Journalisten, Regisseure, Ballettmeister usw. Bei diesen publikumsbezogenen Tätigkeitsbereichen besteht das besondere Interesse für den Arbeitnehmer darin, den permanenten Kontakt zur Öffentlichkeit (potentielle Auftraggeber, Kritiker, Kunden usw.) herzustellen bzw. zu wahren. Ferner bringt *Schmitzer* den Aspekt der Gefährdung von vertraglichen Haupt- und Nebenrechten ein. Hier stellt er sich jene Fälle vor, bei denen ein bestimmter vertraglicher Anspruch von der tatsächlichen Erbringung der Dienstleistung abhängt. Dies trifft im Bereich der Hauptleistungspflichten insb. bei leistungsbezogenen Entgeltansprüchen, Akkordlohn, Prämien, Provisionen, aber auch im Bereich der Nebenleistungspflichten zu. Schließlich soll auch bei Gefährdung von außervertraglichen Rechten ein Interesse an der faktischen Beschäftigung bestehen. Damit sind vor allem die betrieblichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte gemeint. Denn der Betriebsrat oder der Jugendvertrauensrat kann diese Rechte nur wirkungsvoll ausüben, wenn er im Betrieb anwesend ist und dort seine Tätigkeit ausüben kann.

b) Zusammenfassung

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass die voranstehenden Auszüge aus der Lehre sehr deutlich zeigen, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass der Arbeitnehmer über seinen normalen Entgeltanspruch hinaus ein besonderes Interesse an der Erbringung der Arbeitsleistung hat. Bei Vorliegen bzw. Beeinträchtigung der schutzwürdigen Arbeitnehmerinteressen ist daher im konkreten Einzelfall bzw. bei der jeweiligen Berufsgruppe ausnahmsweise ein Recht auf Beschäftigung anzunehmen.

Die Arbeitnehmerinteressen können beispielhaft wie folgt zusammengefasst werden:

- Interesse an der Erhaltung der berufsspezifischen Bewilligungen (Berufe: zB Busfahrer, Taxifahrer, Pilot);
- Interesse an der Erhaltung der berufsspezifischen Qualifikation (Berufe: zB Chirurg, Fußballer);
- Interesse an der Wahrung des „Arbeitsmarktwertes“ (Berufe: zB Berufsfußballer, Schauspieler, Redakteur);

- Interesse an der Erhaltung des permanenten Kontakts zur Öffentlichkeit (Berufe: zB Fußballer, Schauspieler, Künstler, Rundfunk- und Fernsehsprecher, Journalisten, Regisseur);
- Interesse an der Weiterentwicklung der Karriere (Berufe: zB Fußballer, Schauspieler);
- Interesse an der Vermeidung von Verdienstauffälligkeiten (Berufe: zB Fußballer, sonstige Arbeitnehmer mit leistungsbezogenen Entgeltansprüchen, wie etwa Prämien und Provisionen);
- Interesse an fachlicher Ausbildung (Berufe: zB Lehrling, ausgebildeter Lehrling, Volontär, Praktikant, Rechtsanwaltsanwärter, Turnusarzt);
- Interesse an der Weiterbildung.

E. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der österreichischen Lehre die Frage der Anerkennung eines Rechts auf Beschäftigung ungeklärt ist.

Die wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung in Literatur lehnt ein allgemeines Recht auf Beschäftigung strikt ab und bejaht neben den Sonderbestimmungen des § 21 SchSpG und §§ 9, 18 BAG und ihrer Analogie ausnahmsweise ein Recht auf Beschäftigung vor allem in jenen Bereichen, wo durch die tatsächliche Nichtbeschäftigung bzw Nichtausübung des Berufes schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers verletzt werden. Abgesehen davon kann ein derartiger Anspruch vertraglich vereinbart werden oder sich konkludent aus der Natur des abgeschlossenen Vertrages ergeben.

Die Mindermeinung, vor allem die ältere Lehre, fordert hingegen – wenn auch ihre Begründungen unterschiedlicher dogmatischer Natur sind (Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, Recht auf Selbstverwirklichung, Verletzung der Fürsorgepflicht, aus internationalen Abkommen abzuleitender Interpretationsmaxime, Gleichbehandlungspflicht, gesellschaftliche Verpflichtung) – die Anerkennung eines allgemeinen, jedem Arbeitnehmer zuzubilligenden, Recht auf Beschäftigung.

Wie die Rechtsprechung in Österreich dazu steht, wird sogleich erläutert.

VII. Entwicklung des Rechts auf Beschäftigung in der Judikatur

Literatur: *Aigner*, ZASB 1997, 10 (Anm zu OGH 9 Ob A 2263/96a); *Andexlinger*, Recht auf Bildung, *ecolex* 1997, 49; *Binder*, Grundrechtsverletzung und Grundrechtsprägung im Arbeitsrecht, DRdA 1985, 1; *Brodil*, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen, in *Grundeis/Karollus* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47; *ders.*, DRdA 2007/49 (Anm zu OGH 9 Ob A 121/06v); *Dirschmied*, Ausbildungskosten – Rückersatz durch den Arbeitnehmer, DRdA 1994/19 (Anm zu OGH 9 Ob A 130-132/93); *Firlei*, Kein Urlaub ohne Kinder! DRdA 1991, 471; *ders.*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 183; *Gerhartl*, Beschränkungen zur Ausübung eines Berufs- und Amateursport nur in engen Grenzen zulässig – Arbeitnehmerfreizügigkeit und Recht auf Beschäftigung, ASoK 2006, 405; *Hollerer*, Der Profifußballer im Arbeitsrecht (2002); *Holzer*, Das Dienstrecht der Lizenzfußballers im österreichischen Fussballbund, DRdA 1972, 63; *Laimer*, Beschäftigungsanspruch von Profifußballern, *ecolex* 2007, 418; *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (Anm zu OGH 9 Ob A 121/06v); *Mazal*, Nichtbeschäftigung und Versetzung eines Chirurgen, DRdA 2003/47 (Anm zu OGH 8 Ob A 202/02t); *Mayr*, Verhältnis: Transfervereinbarung zu Konkurrenzklausele, DRdA 1999/19 (Anm zu OGH 8 ObA 268/97p); *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; *ders.*, Grundlose Suspendierung – Recht auf Beschäftigung, DRdA 1997/22 (Anm zu OGH 9 Ob A 2263/96a); *ders.*, SPuRt 2007, 161 (Anm zu OGH 9 Ob A 121/06v); *Risak*, Die Suspendierung von Ärzten, RdM 2006/117; *Rotter*, Das Recht des Primararztes auf Beschäftigung – OGH zur Dienstfreistellung während der Kündigungsfrist, ASoK 1997, 66 (Anm zu OGH 9 Ob A 2263/96a); *Schmitzer*, Gibt es nicht dennoch ein Recht auf Beschäftigung, wbl 1989, 360; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ (2008); *ders.*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Profifußballspielers, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports I (2000) 101; *ders.*, Berufssportgesetz – Probleme und Lösungssätze, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II (2001) 27; *Standeker*, Grenzen einseitiger Dienstfreistellung, Diplomarbeit Graz (1997); *Thomas*, Recht auf Beschäftigung eines Profifußballspielers, ZAS 2008/12 (Anm zu OGH 9 ObA 121/06v); www.vdf.at.

Vorauszuschicken ist, dass höchstgerichtliche Entscheidungen zum Recht der Beschäftigung rar sind, wie eine Durchsicht der Judikatur belegt. Der OGH verhielt sich zur Frage eines Rechts auf Beschäftigung bis Mitte der 90er Jahre zurückhaltend. In den Fällen in denen der OGH mit der Frage nach diesem Rechtsanspruch konfrontiert war, liefen seine Ausführungen nicht über ein obiter dictum hinaus, wobei er hartnäckig die Anerkennung des Rechts auf Beschäftigung ablehnte. Erst in der zweiten Hälfte der 90-er Jahre begann das Höchstgericht zum Recht auf Beschäftigung ausführlicher Stellung zu nehmen, wobei es in mehreren Entscheidungen gewissen Arbeitnehmern ein Recht auf tatsächliche Inanspruchnahme der Arbeitsleistung zubilligte. Im Folgenden soll die Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht auf Beschäftigung dargestellt werden.²⁶²

²⁶² Zur Entwicklung der Rsp sa *Resch*, DRdA 1991, 424 (428); *ders.*, DRdA 1997, 207 (210).

A. Ältere Judikatur

Die ältere österreichische Judikatur stand zwischen 1906 und 1975 der Anerkennung eines grundsätzlichen Rechts auf Beschäftigung des Arbeitnehmers ablehnend gegenüber.²⁶³ Die den Entscheidungen der Gerichte zu Grunde liegenden Begründungen fielen dabei stets kurz und dürftig aus. Die Gerichte setzten sich mit den Fragen zum Recht auf Beschäftigung – bedingt natürlich auch durch den Anlaßfall – immer am Rande auseinander und stellten dabei meist fest, dass im Allgemeinen eine tatsächliche Beschäftigung nicht erzwungen werden kann, der Arbeitnehmer also kein Recht auf Beschäftigung besitzt.²⁶⁴

Die ältere Rechtsprechung verneinte nahezu einstimmig einen allgemeinen Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung. Diese ablehnende Haltung wurde zudem damit begründet, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich neben seinem Entgeltanspruch keinen darüber hinausgehenden Anspruch auf die Annahme seiner Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber habe.²⁶⁵ Die ältere Rechtsprechung billigte bei Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers lediglich einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu.

Nur das LG Linz als Berufungsinstanz vertrat gegenläufig die Rechtsansicht, dass jedem Arbeitnehmer aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Recht auf Beschäftigung zuzugestehen ist.²⁶⁶ Das Instanzengericht führte aus, dass der Arbeitnehmer „*mit Rücksicht auf seine Interessen sich im erlernten Beruf zu betätigen und fortzubilden, sein allgemeines Interesse an einer Betätigung als Mittel zu seiner persönlichen Entfaltung sowie zur Wahrung seiner Ehre, insbesondere seiner Berufsehre*“ grundsätzlich beschäftigt werden müsse.

²⁶³ OGH 13.12.1906, GIUNF 3600; 27.3.1935, 1 Ob 215 ZBl 1935/201; 19.6.1935, 1 Ob 489/35 Arb 4.636 (Ein Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung besteht im Allgemeinen nicht); 19.1.1954, 4 Ob 219/53 Arb 5.894; 6.4.1954, 4 Ob 21/54 Arb 5.960 = JBl 1954, 495 (Dem Dienstnehmer steht, sofern nicht ein Gesetz für bestimmte Berufe eine andere Regelung trifft, kein Recht auf Beschäftigung zu); vgl aber auch LGZ Wien 5.7.1962, 44 Cg 129/62 Arb 7.584; 3.1.1963, 44 Cg 221/62 Arb 7.676; 9.9.1965, 44 Cg 96/65 Arb 8.116; 9.2.1967, 44 Cg 13/67 Arb 8.349.

²⁶⁴ Vgl statt aller OGH 19.6.1935, 1 Ob 489/35 Arb 4.636.

²⁶⁵ So zB LGZ Wien 9.2.1967, 44 Cg 13/67 Arb 8.349 (Der Arbeitnehmer hat bei aufrechtem Bestand des Arbeitsverhältnisses die auf Einstellung der Arbeitsleistung gerichtete Anordnung des Arbeitgebers zu beachten, weil er – unbeschadet seines Entgeltanspruches – kein Recht darauf hat, die vereinbarte Arbeit gegen den Willen des Arbeitgebers fortzusetzen).

²⁶⁶ LG Linz 9.12.1953, Cg 33/53 Arb 5.960; das Berufungsgericht erkennt jedoch den Beschäftigungsanspruch nicht unbedingt an, sondern nur mit den Rechtsfolgen, dass der Arbeitnehmer vorzeitig austreten und Schadenersatz geltend machen kann; vgl dazu *Binder*, DRdA 1985, 1 (5), der bei seiner Befürwortung des allgemeinen Beschäftigungsanspruches auf das Urteil des LG Linz Bezug nimmt.

Die Auffassung des LG Linz fand keinen durchschlagenden Widerhall, zumal sich der OGH – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – gegen die Existenz eines Rechts auf Beschäftigung explizit aussprach, in dem er festhielt, dass dem Arbeitnehmer kein Rechtsanspruch auf die vereinbarte Arbeitsleistung zusteht.²⁶⁷

Von der Regel, dass kein Arbeitnehmerrecht auf Beschäftigung existiere, wich die Rechtsprechung nur in sehr wenigen Ausnahmefällen ab. So gestand die Judikatur ausnahmsweise im Fall des § 21 SchauSpG²⁶⁸, beim Ausbildungsverhältnis eines Lehrlings nach § 9 Abs 1 BAG²⁶⁹, bei der Weiterverwendungs- und Behaltspflicht eines ausgelernten Lehrlings nach § 18 BAG²⁷⁰, bei Einräumung eines Rechts auf Beschäftigung im Kollektivvertrag²⁷¹ und bei vertraglicher Vereinbarung eines Beschäftigungsanspruches²⁷², sowie wenn das Entgelt nur nach Maßgabe der tatsächlich geleisteten Arbeit (Akkord-, Stück-, und Gedingelöhne) gebührt²⁷³, ein Recht des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung zu.

²⁶⁷ OGH 6.4.1954, 4 Ob 21/54 Arb 5.960.

²⁶⁸ OGH 19.6.1935, 1 Ob 489/35 Arb 4.636; 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109.

²⁶⁹ OGH 14.9.1982, 4 Ob 99/81 Arb 10.176 = DRdA 1983, 8 (*Tögl*); 26.4.1983, 4 Ob 39/83 ARD 3527/15/83 = ZAS 1983/24 (*Andexlinger/Filzmoser*) = Arb 10.244 (Nach der geltenden Rechtslage erhält ein Lehrling, wenn er wegen des Schlechtwetters einen Arbeitsunfall erleidet, keine Schlechtwetterentschädigung, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Lehrling auch in so einem Fall ohnehin einen unverkürzten Anspruch auf Lehrlingsentschädigung hat. Dieser Anspruch ergibt sich schon daraus, dass der Lehrling einen gesetzlichen Anspruch auf Beschäftigung hat); vgl. OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109; 16.9.1987, 9 Ob A 77/87 DRdA 1988, 149 = ARD 3940/13/87.

²⁷⁰ OGH 10.12.1985, 4 Ob 161/85 Arb 10.511 = RdW 1986,153 = SZ 58/198 (§ 18 BAG bewirkt nicht einen Vertragsabschluss ex lege; er normiert lediglich eine einseitige Verpflichtung des Lehrberechtigten zum Abschluss eines entsprechenden Arbeitvertrages, deren Nichtbefolgung dem Lehrling einen Anspruch auf Erfüllung, gegebenenfalls auf Schadenersatz gibt. Der Lehrling besitzt daher insoweit ein Recht auf Beschäftigung).

²⁷¹ OGH 30.3.1982, 4 Ob 26/82 Arb 10.102 (Kollektivvertrag für Angestellte des Innendienstes der Versicherungsunternehmungen – Eine Suspendierung darf vom Arbeitgeber nur bei Vorliegen taxativ aufgezählter Gründe verhängt werden; außerhalb dieser Gründe ist sie rechtswidrig und ihre Aufhebung gerichtlich durchsetzbar); vgl. auch LGZ Wien 3.1.1963, 44 Cg 221/62 Arb 7.676 (Kollektivvertrag für Filmschaffende).

²⁷² OGH 19.1.1954, 4 Ob 219/53 Arb 5.894 (Der Dienstnehmer hat kein Recht auf Dienstleistung, es wäre denn, dass ihm ein solches Recht vertraglich eingeräumt worden ist); vgl. OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109.

²⁷³ OGH 18.11.1932, 1 Ob 999/32 Arb 4.220; vgl. dazu *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; ebenso *Firlei*, DRdA 1991, 477 (482).

B. Jüngere Judikatur

Ebenso verneint die jüngere Rechtsprechung ein grundsätzliches Recht auf Beschäftigung, jedoch steht sie dem ganzen vorsichtiger gegenüber und lässt die Grundsatzfrage offen.²⁷⁴

In seiner Entscheidung aus dem Jahre 1985²⁷⁵ klammert das Höchstgericht die Frage nach einem allgemeinen Beschäftigungsanspruch explizit aus, anstatt wie in den älteren höchstgerichtlichen Entscheidungen den Nichtbestand eines solchen Rechts ausdrücklich hervorzuheben. Der OGH führte folgendes aus: *„Ob einem solchen Anspruch schon der Umstand entgegensteht, dass einem Arbeitnehmer grundsätzlich, sieht man vom § 21 SchSpG und dem § 9 BAG sowie den Fällen einer vereinbarten Beschäftigungspflicht ab, mangels gesetzlicher Grundlage ein Recht auf Beschäftigung nicht zustehe, kann hier dahingestellt bleiben. Selbst wenn man mit Martinek-Schwarz und Schwarz-Löschnigg annehmen könnte, aus Artikel 1 der Europäischen Sozialcharta und aus Artikel 6 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte oder aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers oder aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses ergeben sich ein grundsätzliches Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung, so wäre dieses Recht auch nach der Meinung all dieser Autoren davon abhängig, dass nicht entsprechende Weigerungsgründe oder Unzumutbarkeitsgründe der tatsächlichen Beschäftigung entgegenstehen.“*

Diese Entscheidung zeigt, dass der OGH den Beschäftigungsanspruch alternativ auf dem Boden der – den Beschäftigungsanspruch befürwortenden – Lehre geprüft hat. Jedoch meint er aber, dass sich das Ergebnis nicht geändert hätte, auch wenn er ein allgemeines Recht auf Beschäftigung bejaht hätte.²⁷⁶ Denn im Einklang mit den Lehrmeinungen besteht nach Ansicht des Gerichtshofes jedenfalls kein Recht auf Beschäftigung, wenn der tatsächlichen Beschäftigung entsprechende „Weigerungsgründe“ oder „Unzumutbarkeitsgründe“ entgegenstehen.²⁷⁷

²⁷⁴ OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109; 27.4.1988, 9 Ob 74/88 DRdA 1989, 60 = RdW 1989, 29; sa Resch, DRdA 1991, 424 (428).

²⁷⁵ OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109.

²⁷⁶ So auch in OGH 27.4.1988, 9 Ob 74/88 DRdA 1989, 60 = RdW 1989, 29, wonach sich das Höchstgericht deshalb nicht genötigt sah, auf das grundsätzliche Recht auf Beschäftigung einzugehen, weil der Arbeitgeber einen viel weitergehenden Eingriff in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers vornahm, in dem er nicht bloß auf die weitere Einbringung der Arbeitsleistung verzichtete, sondern den Arbeitnehmer suspendierte und ihm gegenüber ein Hausverbot verhängte; vgl dazu Resch, DRdA 1991, 424 (429).

²⁷⁷ Resch, DRdA 1991, 424 (428).

Die zitierte Entscheidung des OGH ließ die Tendenz erkennen, dass das Höchstgericht in Zukunft von seiner bisherigen strengen Judikaturlinie abgehen und ein Recht auf Beschäftigung anerkennen könnte.

Knapp zehn Jahre später blieb mit dem Judikat aus dem Jahr 1994²⁷⁸ die Hoffnung weiterhin aufrecht, dass der OGH bald eine Judikaturwende vollziehen werde. Denn auch in dieser Entscheidung verneinte der OGH nicht mehr wie früher ausdrücklich die Existenz eines Rechts auf Beschäftigung, sondern ließ es wieder dahingestellt. Er führte in dieser Entscheidung aus, dass es *„einer Auseinandersetzung mit dem in der Literatur geforderten Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung nicht bedarf, weil unabhängig von einem solchen Recht auf Beschäftigung dem Arbeitgeber die Befugnis zur (vorübergehenden) Dienstfreistellung zugebilligt wird, insbesondere unter solchen Umständen, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen könnten.“* Der 8. Senat wollte damit zum Ausdruck bringen, dass kein Recht auf Beschäftigung bestehen kann, wenn auf Seiten des Arbeitnehmers Umstände vorliegen, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen könnten.

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass in der jüngeren Judikatur Lockerungstendenzen erkennbar waren und vom Höchstgericht daher die Frage des Rechts auf Beschäftigung zumindest nicht mehr ausdrücklich verneint, sondern stattdessen explizit dahingestellt wurde.²⁷⁹ Überdies setzte der OGH mit den zitierten Entscheidungen ein Zeichen in Richtung einer Anerkennung des Rechts auf Beschäftigung, zumal er in den genannten Entscheidungen auch die Grenzen des Beschäftigungsanspruchs aufzeigte. So verneint der OGH ein Recht auf Beschäftigung, wenn der tatsächlichen Beschäftigung entsprechende „Weigerungsgründe“ oder „Unzumutbarkeitsgründe“ entgegenstehen²⁸⁰ oder „Umstände vorliegen die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen könnten.“²⁸¹

²⁷⁸ OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = ecollex 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107.

²⁷⁹ Resch, DRdA 1991, 424 (428).

²⁸⁰ OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109.

²⁸¹ OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = ecollex 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107.

C. Aktuelle Judikatur

Nach seiner ständigen Zurückhaltung nahm das Höchstgericht endlich ab Mitte der 90-er Jahre – natürlich unter Druck der Lehre – kontinuierlich in mehreren Entscheidungen zum Recht auf Beschäftigung Stellung. Die umfangreichen literarischen Auseinandersetzungen²⁸² – die längste Zeit ein vergebliches Unterfangen zu sein schienen²⁸³ – machten sich endlich bezahlt. Der OGH, der bisher ein Recht auf Beschäftigung nur ausnahmsweise anerkannt hatte, bejahte in seinen jüngsten Judikaten²⁸⁴ ein Recht auf Beschäftigung. Er lehnte aber das von einem Teil der Lehre geforderte allgemeine Recht auf Beschäftigung weiterhin strikt ab. Im Gegenzug trug er aber mit der punktuellen Anerkennung jenen Stimmen Rechnung, die für ein Recht auf Beschäftigung für Angehörige spezifischer Berufssparten, aufgrund deren besonderen Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung, insistierten.²⁸⁵

So hat der OGH in drei Entscheidungen aus dem Jahr 1996²⁸⁶, 2002²⁸⁷, 2003²⁸⁸ betreffend angestellten Spitalsärzten und deren Recht auf Beschäftigung im Zusammenhang mit einer Suspendierung ausführlich Stellung genommen. Überdies erging eine Entscheidung bezüglich des Beschäftigungsanspruches eines Piloten im Jahre 1997.²⁸⁹ Zuletzt beurteilte der OGH im Jahr 2007 das Recht auf Beschäftigung von Berufsfußballern.²⁹⁰ In einer zuvor ergangenen Entscheidung behandelte der OGH auch den Beschäftigungsanspruch des Schauspielers obiter dictum, auf welche in concreto nicht näher eingegangen wird, da – wie bereits erörtert – das österreichische Arbeitsrecht im § 21 SchSpG ein gesetzlich statuiertes Recht auf Beschäftigung kennt.²⁹¹

²⁸² Vgl Kapitel VI.

²⁸³ Vgl Überblick der Lit und Rsp bei *Resch*, DRdA 1991, (424) 428.

²⁸⁴ Zu diesen E s sogleich.

²⁸⁵ Vgl Kapitel VI.

²⁸⁶ OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

²⁸⁷ OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg.

²⁸⁸ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

²⁸⁹ OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot.

²⁹⁰ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JB1 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*; vgl. zuvor OGH 24.6.2004, 8 Ob A 38/04b – *Feldhofer*, insb. aber die Ausführungen der Instanzengerichte zum Recht auf Beschäftigung OLG Graz 28.1.2004, 8 Ra 115/03y; LG Graz 13.8.2003, 38 Cga 39/02a bzw. 38 Cga 51/02s.

²⁹¹ OGH 18.10.2006, 9 Ob A 100/06f – Tänzer; vgl. OGH 1.2.2007, 9 Ob A 137/06x ecolex 2007/196 = ZAS-Judikatur 2007/104 – Ballettdirektor.

Gemeinsam ist den zwischen 1996 und 2007 ergangenen Entscheidungen, dass es sich dabei jeweils um Berufssparten handelt, für die die faktische Ausübung ihres Berufs für die Erhaltung ihrer spezifischen Qualifikationen unbedingt erforderlich ist.²⁹²

Im Folgenden werden die Judikate entsprechend ihres Entscheidungsdatums ausführlich dargestellt und dabei untersucht, ob sie – wie von *Resch* behauptet – einen „klaren Standpunkt und in gewisser Weise eine Neupositionierung“ der Rsp darstellen.²⁹³

1. „Gefäßchirurgenentscheidung“ vom 13.11.1996²⁹⁴

a) Sachverhalt

In dieser grundlegenden Entscheidung hatte sich der OGH mit dem Anspruch eines gekündigten Gefäßchirurgen auf Beschäftigung während der einjährigen Kündigungsfrist im Provisorialverfahren zu befassen. Der Kläger war bei der beklagten Partei als Vorstand der Abteilung für Allgemein- und Gefäßchirurgie im Krankenhaus beschäftigt. Über sein Verhalten gegenüber dem ärztlichen und nichtärztlichen Personal einerseits und über seine organisatorische Mängel in seiner Abteilung andererseits gab es seit langem Beschwerden. Aus diesem Grund wurde der Chirurg mit Schreiben der beklagten Partei vom 14.5.1996 vom Dienst suspendiert und mit Schreiben vom 25.6.1996 zum 30.6.1997 gekündigt. Der gekündigte Primararzt beehrte unter Hinweis auf sein Recht auf Beschäftigung die Weiterbeschäftigung und zugleich, zur Sicherstellung dieses Anspruchs, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ihn als Vorstand der genannten Abteilung des Krankenhauses für die Dauer des Rechtsstreites, längstens aber während der Kündigungsfrist bis 30.6.1997 weiter zu beschäftigen. Er brachte diesbezüglich vor, dass seine zwangsweise Nichtbeschäftigung während der langen Kündigungsfrist zu einem Qualifikationsverlust führe, sodass auch ein drohender, unwiederbringlicher Schaden gegeben sei. Seine berufliche Tätigkeit erfordere neben der theoretischen Weiterbildung auch ein ständiges manuelles Training, sodass die operative Geschicklichkeit ohne ein solches Training schwindet. Das Krankenhaus sei daher verpflichtet, ihn während der einjährigen Kündigungszeit als Vorstand der betreffenden Abteilung weiter zu beschäftigen.

²⁹² Überblick der neuen Rsp bei *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (200); vgl. *Risak*, RdM 2006, 117 (177).

²⁹³ So *Resch*, DRdA, 1997/22 (210).

²⁹⁴ OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

Das Erstgericht²⁹⁵ wies den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab. In rechtlicher Hinsicht erachtete das Erstgericht die Dienstfreistellung des Chirurgen während der Kündigungsfrist für zulässig, da nur in Ausnahmefällen in Gesetzen, Kollektivverträgen oder Einzelarbeitsverträgen ein Recht auf Beschäftigung vorgesehen sei. Ein derartiger Ausnahmefall liege im konkreten Fall nicht vor.

Das Rekursgericht²⁹⁶ bestätigte diese Entscheidung und vertrat die Rechtsauffassung, dass zwar in der Lehre eine Suspendierung, als Verweigerung der Beschäftigung, als ein Fall des „qualifizierten Annahmeverzuges“ angesehen werde, was einen Erfüllungsanspruch auslöse, die Rechtsprechung bisher aber kein allgemeines Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung anerkannt habe. Dem Arbeitgeber stehe die Befugnis zu, den Arbeitnehmer vorübergehend dienstfrei zu stellen, insb dann, wenn Umstände vorlägen, welche den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen könnten.

b) Entscheidungsgründe des OGH

Der OGH trat den Rechtsauffassungen der unteren Instanzen entgegen und gab dem Sicherungsantrag des Primararztes statt. In seinem Beschluss hielt der Gerichtshof fest, dass der Gefäßchirurg zu einer *„Gruppe von Dienstnehmern gehöre, bei denen das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualifikationsverlust und zur Minderung des chirurgisch-handwerklich Niveaus führe“*, weshalb auch ein unwiederbringlicher Schaden drohe. Daher ergebe sich der Anspruch des Chirurgen auf tatsächliche Beschäftigung schon aus der *„Natur des abgeschlossenen Angestelltendienstvertrages für Primärärzte“*. Darüber hinaus hielt der 9. Senat fest, dass eine grundlose Suspendierung eine einseitige Maßnahme des Dienstgebers darstelle, die einen diskriminierenden Eingriff in die renommierte Position des Arztes bedeute.

In einem zweiten Schritt stellte der OGH eine Interessenabwägung an: Das Recht auf Beschäftigung kann durch gewichtige Gründe, die die Weiterbeschäftigung während der einjährigen Kündigungsfrist objektiv unzumutbar machen, neutralisiert werden. Im vorliegenden Fall sah der OGH keine „hinreichend rechtfertigenden Unzumutbarkeitsgründe“

²⁹⁵ LG Ried im Innkreis 2.7.1996, 14 Cga 89/96.

²⁹⁶ OLG Linz 22.8.1996, 12 Ra 201/96.

als gegeben an, die die Verletzung der schutzwürdigen Interessen des Chirurgen aufwiegen könnten. Die vom Krankenhaus dargestellten Gründe, wie Führungsstil und Organisationsmängel, erachtete der OGH in der Abwägung nicht für ausreichend. Dies aber auch deshalb, weil das Rekursgericht die Feststellungen des Erstgerichts über die ständigen massiven Beschimpfungen der ärztlichen Kollegen bei der Visite vor Pflegepersonal und Patienten durch den Chirurgen nicht übernommen hat, welche durchaus rechtfertigende Unzumutbarkeitsgründe für das Krankenhaus hätten darstellen können. Aus diesem Grund wurde die Rechtssache an das Rekursgericht zur ergänzenden Tatsachenerhebung zurückgewiesen.²⁹⁷

c) Analyse

Der OGH nahm erstmals zum Recht eines Arztes auf Beschäftigung Stellung. Eine klare Festlegung hinsichtlich der Frage, wie es nun denn um das Recht auf Beschäftigung in Österreich wirklich bestellt ist, blieb weiterhin unbeantwortet. Er entzog sich der Stellungnahme zu einem allgemeinen Recht auf Beschäftigung durch das Argument, dass diese Frage „auch im vorliegenden Fall nicht entscheidend“ ist, weil der Kläger zu einer Gruppe von Dienstnehmern gehört, bei denen das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualifikationsverlust und zur Minderung des chirurgisch-handwerklich Niveaus (unwiederbringlichen Schaden) führt. Zugleich gibt das Höchstgericht jedoch eine Judikaturwende bezüglich der Anerkennung eines Rechts auf Beschäftigung zu erkennen. Denn auch wenn der OGH zum Problem eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung keine Stellung bezieht, ist aus den Ausführungen des OGH zumindest zu schließen, dass sich in all jenen Fällen, in denen die Nichtbeschäftigung eines Dienstnehmers zu einem Qualifikationsverlust und zur Minderung des beruflichen Niveaus führt, ein Anspruch dieser Dienstnehmer auf tatsächliche Beschäftigung schon aus der Natur des abgeschlossenen Arbeitsvertrages ergibt.²⁹⁸

²⁹⁷ Kritisch gesehen könnte man die Entscheidung als Rüge des OGH an das Rekursgericht darstellen, weil das Rekursgericht laut dem 9. Senat seiner Funktion als Tatsacheninstanz nicht entsprechend nachgekommen ist. Das Rekursgericht hat den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt lediglich so verdünnt dargestellt, dass die Gründe, die eine Dienstfreistellung rechtfertigen hätten können, dem vor Rekursgericht weitgehend eingeschränkten und im wesentlichen verdünnten Sachverhalt nicht mehr zu entnehmen waren. Diese Rüge soll aber nicht die Bedeutung der Ausführung des OGH zur Problematik des Rechts auf Beschäftigung mindern; vgl dazu auch *Rotter*, ASoK 1997, 66; *Aigner*, ZASB 1997, 10.

²⁹⁸ So bereits *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel II*⁶ 115.

Bezugnehmend auf *Schrammel*²⁹⁹ erschließt der OGH den Beschäftigungsanspruch dogmatisch aus der „*Natur des abgeschlossenen Angestelltenvertrages*“. Was der 9. Senat unter „Natur eines Vertrages“ versteht, sagt er nicht und lässt diesen für Interpretationen offen. Aber auch *Schrammel*³⁰⁰ hat es unterlassen diese recht unscharfe Floskel „Natur des Vertrages“ zu präzisieren.³⁰¹

Mangels Konkretisierung kann „Natur des Vertrages“ zunächst dahin ausgelegt werden, dass damit die Eigenart bzw Besonderheit des ausgeübten Berufes gemeint sein kann. MaW kommt es auf den Inhalt der Tätigkeit des Arbeitnehmers an.³⁰² Ein Recht auf Beschäftigung ergibt sich daher im Einzelfall insofern aus der Natur des abgeschlossenen Vertrages, wenn der Arbeitnehmer schon aus dem Wesen seines Berufs ein besonders starkes Interesse daran hat, nicht nur entlohnt, sondern auch beschäftigt zu werden. Werden durch die Nichtbeschäftigung spezifische berufsmäßige Interessen verletzt, ist aus der Natur des abgeschlossenen Vertrages ein Recht auf Beschäftigung anzunehmen.

Wenn man nun den Beruf des Chirurgen betrachtet, so handelt es sich bei diesem um eine hochspezialisierte und hochqualifizierte Tätigkeit, dessen Nichtausübung für den Chirurgen den Verlust von Qualifikationen, wie etwa die der operativen Geschicklichkeit bedeuten würde. Aus diesem Grund hat der Chirurg der „Natur seines Arbeitvertrages“ nach ein über das Interesse am Entgeltbezug hinausgehendes Interesse an der tatsächlichen Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit, um sein berufliches Niveau zu erhalten. Aber auch andere Berufsgruppen mit einer gleichermaßen hochqualifizierten Tätigkeit haben ein, mit dem Interesse des Chirurgen vergleichbares Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung, weil auch diese Arbeitnehmer einen, durch die Nichtbeschäftigung, Qualifikationsverlust zu befürchten haben.

An dieser Stelle kann daher festgehalten werden, dass grundsätzlich in allen Fällen, in denen sich aus der Natur des Arbeitsvertrages bzw aus der Natur der Tätigkeit ein besonderes, über den Entgeltbezug hinausgehendes Interesse des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung ergibt, ein Recht auf Beschäftigung anerkannt werden müsste.³⁰³

²⁹⁹ Der OGH zitiert irrtümlich *Tomandl*, der den I. Band der beiden Lehrbücher bearbeitet.

³⁰⁰ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel II*⁶ 115; vgl. *Firlei*, DRdA 1991, 477 (482); *Resch*, DRdA 1991, (424) 430.

³⁰¹ Krit *Rotter*, ASoK 1997, 66; vgl. *Andexlinger*, *ecolex* 1997, 49; vgl. dazu Seite 52 ff.

³⁰² So auch *Standeker*, Dienstfreistellung 51.

³⁰³ Vgl. Seite 52 ff.

Die in diesem Beschluss des OGH gefundene Lösung, dass sich der Anspruch auf Beschäftigung des Chirurgen schon aus der „Natur des Arbeitsvertrages“ ergebe, kann auch auf andere Weise interpretiert werden. *Resch*³⁰⁴ vertritt die Ansicht, dass in jenen Fällen, wo ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitnehmers besteht, eine Beschäftigungspflicht bereits als Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages zu sehen ist. Aus konkludenter Vereinbarung oder zumindest in ergänzender Vertragsauslegung könnte bei erkennbarem schutzwürdigem Interesse des Arbeitnehmers eine vertragliche Beschäftigungspflicht dem Arbeitsvertrag unterstellt werden. In Anlehnung an *Resch* kann „Natur des Vertrages“ so verstanden werden, dass dem Arbeitgeber beim Vertragsabschluss mit Angehörigen spezifischer Berufsgruppen die schützenswerten Beschäftigungsinteressen erkennbar sind bzw sein müssen. Liegt ein solcher Fall vor, ist der Beschäftigungsanspruch konkludent oder in ergänzender Vertragsauslegung, bereits ein Bestandteil des Arbeitsvertrages.³⁰⁵

Im konkreten Fall handelt es sich beim Chirurgen eben um einen hochqualifizierten Arbeitnehmer, der für die Erhaltung seines chirurgisch-handwerklichen Niveaus der praktischen Betätigung bedarf. Aufgrund dieser Tatsache muss dem Krankenhaus bereits beim Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Gefäßchirurgen dessen schützenswertes Interesse an der tatsächlichen Erbringung von ärztlichen Leistungen erkennbar gewesen sein. Daher hat der OGH die Beschäftigungspflicht – sei es durch konkludente Vereinbarung, sei es durch ergänzende Vertragsauslegung – dem Arbeitsvertrag unterstellt.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die gegenständliche Entscheidung als ein Meilenstein in der Judikatur zur Frage des Beschäftigungsanspruchs eines Arbeitnehmers angesehen werden kann. Mit dieser Entscheidung hat der OGH eine Judikaturwende vollzogen und sich neu positioniert, da er einerseits erstmals einem Chirurgen ein Recht auf Beschäftigung zugesprochen und andererseits auch dies – anders als wie bisher – rechtsdogmatisch begründet hat. Dass die Begründung kurz und unpräzise ausgefallen ist, mindert die Bedeutung diese Entscheidung jedoch keineswegs.

³⁰⁴ *Resch*, DRdA 1991, (424) 428; *ders*, DRdA, 1997/22 (210).

³⁰⁵ Vgl OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot.

2. „Pilotenentscheidung“ vom 15.1.1997³⁰⁶

a) Sachverhalt

In der sog „Pilotenentscheidung“ hat sich der OGH mit der Entlassung eines Piloten auseinandergesetzt. In diesem Verfahren war der Kläger, ein Linienpilot, wegen Vertrauensunwürdigkeit entlassen worden. Mit der Klage wandte sich der Pilot gegen die Entlassung und beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in der die beklagte Partei, ein Flugunternehmen, geboten werde, ihm die Erbringung seiner Arbeitsleistung wegen der für die Verlängerung der Berechtigung der für Linienpiloten erforderlichen Flugstunden zu ermöglichen. Er brachte vor, dass er für eine Verlängerung und Erneuerung der Flugberechtigung den Nachweis zu erbringen habe, dass er innerhalb der letzten sechs Monate unter anderem bestimmte Flugstunden im Fluglinienverkehr absolviert habe. Da er aber trotz aufrechtem Arbeitsverhältnis nicht weiter beschäftigt werde, drohe ihm durch die Nichtbeschäftigung ein unwiederbringlicher Schaden, weil ihm dadurch die Verlängerung der Berechtigung für Piloten verwehrt werde und er gezwungen sei, die Linienpilotenprüfung nochmals abzulegen. Bei zahlreichen Luftfahrtunternehmen sei der Besitz eines gültigen Linienpilotenscheins Voraussetzung für eine Anstellung.

Die beklagte Partei beantragte, den Sicherungsantrag abzuweisen und wandte ein, dass die Weiterbeschäftigung nicht nur unzumutbar, sondern auch ein grobes Sicherheitsrisiko wäre. Da dem Piloten die Praxis fehle, sei er zum Risiko für Mensch und Material geworden.

Das Erstgericht³⁰⁷ und das Rekursgericht³⁰⁸ lehnten das Sicherungsbegehren ab. Begründet wurde dies einerseits damit, dass die Weiterbeschäftigung des Piloten für die Fluggesellschaft unzumutbar sei. Andererseits stelle die neuerliche Ablegung einer theoretischen und praktischen Prüfung zur Erneuerung des ruhenden Linienpilotenscheines keinen unwiederbringlichen Schaden gemäß § 381 Abs 2 EO dar.

³⁰⁶ OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot.

³⁰⁷ LG Innsbruck 24.11.1996, 4 Cga 90/96k.

³⁰⁸ OLG Innsbruck 23.7.1996, 15 Ra 96/96x.

b) Entscheidungsgründe des OGH

Der OGH wies das Sicherungsbegehren des Piloten auf Ermöglichung der erforderlichen Flugstunden ab, da in der Zwischenzeit die öffentlich-rechtlichen Flugberechtigung des Piloten abgelaufen und daher aus diesem Grund die Erbringung der Dienstleistung unmöglich geworden war.³⁰⁹ Der 9. Senat hielt zunächst fest, dass es keinen Grund gibt den Piloten zu beschäftigen, wenn die Entlassung zu Recht erfolgt sein sollte. Über dies hätte für die Zeit der vorläufigen Rechtsgestaltungswirkung iS des § 61 Abs 1 Z 5 ASGG daher auch bei Bejahung einer Beschäftigungspflicht selbständig geprüft werden müssen, ob den „*schutzwürdigen Interessen des Klägers auf Erhaltung seiner Flugberechtigungen so gewichtige Gründe entgegenstehen, dass der Beklagten die Weiterbeschäftigung des Klägers während der Dauer des Verfahrens dennoch objektiv unzumutbar ist.*“ Eine weitere Erbringung der Arbeitsleistung wegen der für die Verlängerung der Berechtigung der für Linienpiloten erforderlichen Flugstunden, hat aber jedenfalls das Vorliegen der öffentlich-rechtlichen Flugberechtigungen zur Voraussetzung. Da die öffentlich-rechtliche Flugberechtigung aber zwischenzeitlich abgelaufen war, könnte weder die Ermöglichung der Dienstleistung aufgetragen noch die Flugberechtigung durch Urteil substituiert werden.³¹⁰

c) Analyse

Nach der viel „umjubelten“ Chirurgenentscheidung kam gleich im Anschluss mit der gegenständlichen Entscheidung wieder die Ernüchterung. Anstatt die Gelegenheit zu ergreifen und zum Recht auf Beschäftigung des Piloten Stellung zu nehmen, verhielt das Höchstgericht sich wieder zurückhaltender. Es kehrte zu seiner Rechtsprechung vor 1996³¹¹ zurück, sodass dies – entgegen *Resch*³¹² – keine Neupositionierung, sondern ein Rückschritt bzw ein „Stocken“ in der Entwicklung des Beschäftigungsanspruchs bedeutete. Im Übrigen ließ der OGH wie gewohnt die Frage nach einem allgemeinen Recht auf Beschäftigung weiterhin unbeantwortet. Positiv an der konkreten Entscheidung ist lediglich, dass der Bestand eines Rechts auf Beschäftigung – im Gegensatz zur älteren Judikatur – auch hier nicht mehr explizit ausgeschlossen wurde. Gegenständlich hat der Gerichtshof – wie so oft – die Falllösung alternativ mit der Annahme, es bestünde ein Recht auf Beschäftigung, durchgeführt, wobei

³⁰⁹ Vgl dazu *Dirschmied*, DRdA 1997/19 (251).

³¹⁰ Vgl dazu *Dirschmied*, DRdA 1997/19 (251).

³¹¹ Vgl OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109.

³¹² *Resch*, DRdA 1997/22 (210).

sich durch Anerkennung eines Beschäftigungsanspruches am Ergebnis der Entscheidung nichts geändert hätte.³¹³ Aus den Ausführungen des OGH ist zu entnehmen, dass auch wenn die öffentlich-rechtliche Flugberechtigung nicht abgelaufen gewesen wäre und dem Piloten die Ermöglichung der erforderlichen Flugstunden sehr wohl hätte aufgetragen werden können, dennoch eine Abwägung der Interessen hätte stattfinden müssen. Anhand dieser hätte noch geprüft werden müssen, ob den schutzwürdigen Interessen des Piloten auf Erhaltung seiner Flugberechtigung gewichtige Unzumutbarkeitsgründe entgegenstehen, welche die Verletzung dieser schutzwürdigen Interessen rechtfertigen könnte. Solcherart gewichtige Unzumutbarkeitsgründe liegen – so auch nach der Ansicht der unteren Instanzengerichte – im vorliegenden Fall ohne Zweifel vor. Ein Pilot, dem die für Linienpiloten erforderlichen Flugstunden fehlen, ist für das Flugunternehmen ein großes Sicherheitsrisiko, ja sogar ein Risiko für Mensch und Maschine. Dem Beschäftigungsanspruch stehen hier die höherwertigen Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit von Menschen gegenüber. Da das Luftfahrtunternehmen die Verantwortung für die Sicherheit im Betrieb und der Passagiere trifft, kann diese Verantwortung durchaus als so gewichtig bezeichnet werden, sodass ihr eine Weiterbeschäftigung nicht zuzumuten wäre. Dies hat die Konsequenz, dass auch bei Bejahung einer Beschäftigungspflicht diese im konkreten Fall nicht durchgesetzt hätte werden können, weil die schutzwürdigen und berechtigten Interessen des Luftfahrtunternehmens jene des Piloten aufgewogen hätten.

3. „Neurochirurgenentscheidung“ vom 28.11.2002³¹⁴

a) Sachverhalt

In der einen Neurochirurgen betreffenden Entscheidung war der betroffene Chirurg versetzt worden, und zwar aus dem „patientennahen“ Bereich in den „administrativen“ Bereich des Krankenhauses. Der Chirurg wurde fortan mit dem Diktat und Abschließen von Krankengeschichten sowie mit Ordnen von Befunden und dem Diktat von OP-Berichten beauftragt.

Er klagte daraufhin auf Feststellung der Unwirksamkeit der Versetzung und beehrte zudem die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die beklagte Partei geboten werde, ihn

³¹³ Vgl OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109; *Resch*, DRdA 1997/22 (210).

³¹⁴ OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg.

bis zur Recktskraft des im Hauptverfahren ergehenden Urteils in den ordnungsgemäßen Dienstbetrieb der Neurochirurgischen Abteilung aufzunehmen und ihn insb mit der Durchführung von Operation zu betrauen und die beklagte Partei schuldig zu sprechen, ihn als Vorstand der genannten Abteilung des Krankenhauses weiter zu beschäftigen. Dabei verwies er auf sein Recht auf Beschäftigung, wonach er als Neurochirurg auf chirurgische Tätigkeiten angewiesen sei, um nicht durch das Brachliegen seiner Fähigkeiten einen Qualifikationsverlust zu erleiden.

Der beklagte Partei wandte ein, dass der Einsatz des Chirurgen im administrativen Bereich keine Versetzung, sondern aufgrund der gesundheits- und konstitutionsbedingten Problemen, insb der beeinträchtigten Sehfähigkeit eine medizinische Notmaßnahme darstelle, die unumgänglich notwendig gewesen wäre, weil sonst die Weiterbeschäftigung des Chirurgen im patientennahen Bereich im Interesse der Sicherheit der Patienten nicht mehr verantwortet hätte werden können. Außerdem gäbe es zwischen dem Chirurgen und der Abteilungsbelegschaft ständig Konflikte.

Das Erstgericht³¹⁵ erließ die einstweilige Verfügung antragsgemäß. Es führte rechtlich aus, dass der Kläger als Neurochirurg zu einer Gruppe von Dienstnehmers zähle, bei denen eine längere Untätigkeit zwangsläufig und offenkundig zu einem Qualifikationsverlust und zur Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus führe, was einen unwiederbringlichen Schaden bedeute. Außerdem sei die grundlose Änderung des Tätigkeitsbereichs ein diskriminierender, die Persönlichkeitsrechte des Chirurgen verletzender Eingriff, da dadurch auch die renommierte Position des Chirurgen in der Abteilung und unter der Fachkollegenschaft beeinträchtigt werde.

Das Rekursgericht³¹⁶ gab dem erhobenen Rekurs der beklagten Partei keine Folge. Es führte aus, dass sich aus der Natur des Dienstvertrages des Chirurgen ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im Umfang des Dienstvertrages ergebe und eine Einschränkung seines Aufgabenbereichs daher unzulässig sei. Grundsätzlich dürfe mit einer einstweiligen Verfügung nicht in ein höherwertiges Rechtsgut zu Gunsten eines geringwertigen Rechtsguts eingegriffen werden, wobei die Sicherheit der Patienten gegenüber dem Beschäftigungsanspruch des Chirurgen das höherwertigere Rechtsgut darstelle. Der beklagten Partei sei es aber nicht gelungen, eine Gefährdung der Sicherheit der Patienten durch die

³¹⁵ LG Klagenfurt, 7.5.2002, 31 Cga 36/02a.

³¹⁶ OLG Graz 24.7.2002, 8 Ra 158/02w.

antragsgemäße Erlassung der einstweiligen Verfügung zu bescheinigen. Die erlassene einstweilige Verfügung decke sich auch mit dem im Hauptverfahren angestrebten Ziel und erscheine zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens erforderlich.

b) Entscheidungsgründe des OGH

Der OGH setze seine Rsp zum Recht auf Beschäftigung des Gefäßchirurgen³¹⁷ fort und meinte, dass es keinen Grund gibt von dieser Rechtsansicht abzugehen. Das Höchstgericht hielt grundsätzlich fest, dass ein Neurochirurg auf die regelmäßige Ausübung einer seinem Fach entsprechenden Tätigkeiten angewiesen sei, weil ein Operationsverbot zum Verlust seiner diesbezüglichen Fähigkeiten führen würde.

Allerdings stellte der OGH auch hier in einem zweiten Schritt eine Interessensabwägung an. Er hob zwar hervor, dass die Gefährdung des beruflichen Fortkommens des Chirurgen allein nicht den Schutz höherwertiger Rechtsgüter, wie Gesundheit und Leben von Patienten, verdrängen könnte. Jedoch führte der OGH aus, dass selbst aber, wenn das oberste Priorität genießende Patientenwohl in Frage stünde, dennoch die vom Gesetz vorgeschriebene Vorgangsweise eingehalten werden müsse. Der Sicherungsantrag wurde somit im Ergebnis vor allem deswegen berechtigt angesehen, weil die Versetzung des Chirurgen nicht auf gesetzlich vorgeschriebene Weise erfolgt war.³¹⁸

c) Analyse

In dieser Entscheidung setzte der OGH in konsequenter Weise seine Rechtsprechung im Bereich hochqualifizierter Chirurgen fort. Der Gerichtshof führte aus, dass „*an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist*“. Diese Entscheidung ist als Bestätigung der vollzogenen Judikaturwende anzusehen, die durch die Pilotenentscheidung aus dem Jahr 1997 einen geringfügigen Einschnitt erfuhr.

Nach der Rsp des OGH hat ein Chirurg einen Anspruch auf Beschäftigung, wenn die Nichtbeschäftigung für den Arzt in fachlicher Hinsicht zu einem erheblichen Qualitätsverlust

³¹⁷ OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

³¹⁸ Zur Versetzungsproblematik wird hier nicht näher eingegangen; dazu ausführlich OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg; zur Versetzung sa Seite 133 ff.

führt. Wie der OGH schon mehrmals judiziert hat, ist der Beschäftigungsanspruch begrenzt. Er fällt weg, wenn gewichtige Gründe vorliegen, die die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar machen. Im vorliegenden Fall konkretisierte das Höchstgericht die gewichtigen Gründe für eine gerechtfertigte Beschäftigungsverweigerung. In concreto setze der Gerichtshof die Grenze bei den höherwertigen Rechtsgütern, wie Gesundheit und Leben von Patienten, an. Besteht durch die Berufsausübung eine Gefährdung von höherwertigen Rechtsgütern, muss der Schutz der beruflichen Qualifikation dem Schutz höherwertiger Gütern weichen.³¹⁹

4. „Internistenentscheidung“ vom 21.5.2003³²⁰

a) Sachverhalt

In der bislang jüngsten, einen Arzt betreffenden Entscheidung, beschäftigte sich der OGH mit dem Recht auf Beschäftigung eines Primarius für Innere Medizin. Da zwischen dem Primarius und seinen Mitarbeitern sowie der Führung des Krankenhauses schwerwiegende Differenzen bestanden, durch die ein tiefgreifender Vertrauensbruch zwischen ihm und dem Arbeitgeber eingetreten war, kündigte der Arbeitgeber den Internisten und stellte ihn für die Dauer der Kündigungsfrist dienstfrei. Der Arzt hatte in seinem mit dem Krankenhaus abgeschlossenen Dienstvertrag ausdrücklich auf den Beschäftigungsanspruch für die Dauer einer Dienstfreistellung verzichtet.

Daraufhin klagte der Arzt auf Feststellung, dass die erfolgte Dienstfreistellung rechtsunwirksam sei und beantragte zu dem die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die beklagte Partei geboten werde, ihn in den ordnungsgemäßen Dienstbetrieb der Internen Abteilung des Krankenhauses aufzunehmen bzw als Leiter der Internen Abteilung einzusetzen und als solchen arbeiten zu lassen. Er brachte dazu im Wesentlichen vor, dass er als Facharzt der Inneren Medizin zu jenen Dienstnehmer zähle, bei denen längere Untätigkeit zwangsläufig und offenkundig zu einem Qualifikationsverlust und zur Minderung eines internistisch-handwerklichen Niveaus führe, was einen unwiederbringlichen Schaden bedeute. Er benötige zur Aufrechterhaltung seiner Qualifikation sowie der erforderlichen Geschicklichkeit zur Durchführung spezieller Untersuchungsmethoden den permanenten

³¹⁹ Vgl *Risak*, RdM 2006/117 (178); s dazu ebenso RdW 2004/142.

³²⁰ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

Kontakt zu Patienten. In seiner Privatordination sei der Patientenzustrom gering; er verfüge dort auch nicht über die notwendige technische Ausstattung. Er habe sich auf bestimmte Unterfächer spezialisiert. Die Durchführung der damit verbundenen speziellen Untersuchungsmethoden sei nur in einem Krankenhaus möglich. Im Übrigen sei aus dem im Dienstvertrag vereinbarten Verzicht auf Beschäftigung für die Dauer der Dienstfreistellung nichts zu gewinnen, weil die Suspendierung einen diskriminierenden Eingriff bedeute, zumal ihr in der Regel Verdachtsmomente unkorrekten Verhaltens zugrunde liegen würden.

Das Krankenhaus wandte ein, dass der Internist auf seinen Beschäftigungsanspruch für die Dauer der Dienstfreistellung verzichtet habe, was auch rechtswirksam zustande gekommen wäre, da das Recht auf Beschäftigung nicht unabdingbar sei. Ein Internist, der auch eine Privatordination habe, habe – anders als etwa ein Chirurg – keinen Qualifikationsverlust bei zeitweiliger Nichtausübung zu befürchten. Die Dienstfreistellung des Internisten sei wegen schwerer Störungen im Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern der Abteilung erfolgt. Die Konflikte seien trotz Bemühungen nicht ausgeräumt worden und der Kläger habe sich als unwillig und unfähig erwiesen, an einer tragbaren Lösung mitzuarbeiten. Die Kündigung einschließlich der Dienstfreistellung seien verfügt worden, weil die Befürchtung nicht ordnungsgemäßer Versorgung der Patienten und nicht angemessener Ausbildung der Ärzte bestanden habe. Es lägen somit schwerwiegende, in der Person des Klägers liegende Gründe vor, die bei der durchzuführenden Interessenabwägung zu berücksichtigen seien. Dem Interesse des Klägers, während der Kündigungsfrist einer Tätigkeit nachzugehen, stünde das Interesse der beklagten Partei gegenüber, die Gesundheit von Patienten und Mitarbeitern zu schützen.

Das Erstgericht³²¹ wies die einstweilige Verfügung ab. Es führte aus, dass die jüngere Rechtsprechung ein Recht auf Beschäftigung nur bei Dienstnehmern angenommen habe, bei denen das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung ihres handwerklichen Niveaus führe. Im Gegensatz zu der Vorjudikatur liege hier keine grundlose Suspendierung vor; vielmehr machten die schwerwiegenden Differenzen zwischen dem Internisten und den Mitarbeitern sowie der Führung des Krankenhauses, wodurch ein tiefgreifender Vertrauensbruch zwischen den Streitparteien eingetreten sei, eine Weiterbeschäftigung des Klägers schon aus objektiven Gründen unzumutbar. Anders als bei besonders spezialisierten Fachärzten im Bereiche der Chirurgie müssten sich die Tätigkeiten

³²¹ LG Klagenfurt 13.11.2002, 31 Cga 135/02.

eines Internisten nicht notwendig auf die Infrastruktur eines Krankenhauses beschränken. Dem Argument des Internisten, er habe sich auf spezielle Behandlungstechniken spezialisiert, die teilweise nur in wenigen Krankenhäusern anwendbar seien, sei entgegenzuhalten, dass er bei Fortführung dieses Gedankens überhaupt nicht gekündigt werden könnte.

Das Rekursgericht³²² bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Es begründete dies damit, dass die jüngere Judikatur in bestimmten Fällen ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung aus der Natur des abgeschlossenen Dienstvertrages ableite. Sei das Recht auf Beschäftigung nun aus dem Dienstvertrag abgeleitet, könne es ebenso auch abbedungen werden. Im vorliegenden Fall hätten die Streitparteien im Dienstvertrag ausdrücklich einen Verzicht des Klägers auf Beschäftigung für die Dauer einer Dienstfreistellung vereinbart. Darüber hinaus sei nach dem Rekursgericht auch zu bezweifeln, dass der Kläger als Internist derselben Gefahr der Minderung des ärztlich-handwerklichen Niveaus durch längere Untätigkeit ausgesetzt sei wie ein Gefäßchirurg oder Neurochirurg, zumal er auch eine kleine Privatordination betreibe und ihm ausdrücklich eine andere ärztliche Betätigung gestattet worden sei, möge es auch sein, dass er nicht alle Untersuchungs- und Behandlungsmethoden wie im Krankenhaus durchführen könne.

b) Entscheidungsgründe des OGH

Der OGH wies den Sicherungsantrag ab und hielt dem Antrag entgegen, dass in der höchstgerichtlichen Judikatur ein allgemeines Recht jedes Dienstnehmers auf Beschäftigung, also das tatsächliche Leisten der übernommenen Dienste, nicht anerkannt sei. Ein solches Recht leite sich ausnahmsweise – wie bereits judiziert – nur für Personen bestimmter Berufe, bei denen das Brachliegen der spezifischen Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung des ärztlich-handwerklichen Niveaus führt, aus der Natur des abgeschlossenen Dienstvertrags ab. Im vorliegenden Fall habe der Internist in seinem Dienstvertrag auf ein allfälliges Recht auf Beschäftigung ausdrücklich und wirksam verzichtet. Abgesehen davon kann das Recht auf Beschäftigung durch gewichtige Gründe, die die Weiterbeschäftigung unzumutbar machen, wegfallen. Da schwerwiegende Differenzen zwischen Internist und Mitarbeiter sowie Krankenhaus zu einem tiefgreifenden Vertrauensbruch zwischen den Parteien führten, hielt der OGH diesbezüglich folgendes fest, dass „(...) *unabhängig von einer Verschuldenszuweisung, bereits aus objektiver Sicht ein*

³²² OLG Graz 13.2.2003, 7 Ra 4/03.

keineswegs zu vernachlässigendes Interesse des Dienstgebers an einer reibungslosen Abwicklung des Dienstbetriebs besteht, was umso mehr dort gelten muss, wo die Gesundheit von Krankenhauspatienten betroffen ist.“

c) Analyse

Wie erwartet hat der OGH auch im gegenständlichen Beschluss ein allgemeines Recht auf Beschäftigung abgelehnt. Er wies daraufhin, dass ein solches Recht nur für Personen bestimmter Berufe, bei denen das Brachliegen der spezifischen Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung des ärztlich-handwerklichen Niveaus führt, aus der Natur des abgeschlossenen Dienstvertrags ab. Was dabei auffällt ist, dass das Höchstgericht im konkreten Fall die bisherige von der Vorjudikatur verwendete Wortfolge „*Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus*“ in „*Minderung des ärztlich-handwerklichen Niveaus*“ umgeändert hat. Dies wahrscheinlich deshalb, da es sich beim gegenständlichen Arzt – wie in den bisherigen Entscheidung – nicht um einen Chirurgen, sondern um einen Internisten handelte. Jedoch ließ der OGH die Frage ungeklärt, ob seine bisherige Rechtsprechung nur Chirurgen oder aber alle Ärzte erfasst, ob also iS der bestehenden Judikatur ein Recht jedes Arztes auf Beschäftigung besteht.³²³ Obwohl die Instanzengerichte auf dieses Problem, insb auf den Unterschied zwischen Chirurg und Internist näher eingingen, ließ der OGH diese Frage offen und verwies lediglich auf seine bisherige Judikatur. Die Auseinandersetzung mit dieser Frage wäre aber von großer Bedeutung, da abschließend geklärt worden wäre, ob nur bestimmten hochspezialisierten oder allen Ärzten der Beschäftigungsanspruch zugestanden wird. Die Instanzengerichte hatten dabei gute Argumente gegen ein Recht jedes Arztes auf Beschäftigung geliefert. Sie hielten fest, dass nur jene Ärzte, die der Gefahr der Minderung des ärztlich-handwerklichen Niveaus durch längere Untätigkeit ausgesetzt sind, wie ein Gefäßchirurg oder Neurochirurg, für ein Rechtsanspruch auf Beschäftigung in Frage kommen. Einem Internisten, der auch nebenbei eine kleine Ordination führt, wird ein Recht auf Beschäftigung nicht zugebilligt werden, wie einem Chirurgen, der auf die notwendige technische Ausstattung im Krankenhaus angewiesen, sowie dem die Durchführung spezieller Untersuchungsmethoden nur im Krankenhaus möglich ist.³²⁴ Der Grund für den OGH, sich mit dem Beschäftigungsanspruch jedes Arztes nicht auseinanderzusetzen, lag vermutlich darin, dass der Internist im gegenständlichen Fall auf sein allfälliges Recht auf Beschäftigung verzichtet hatte. Der OGH hielt im Ansatz fest, dass auf das Recht auf Beschäftigung

³²³ *Risak*, RdM 2006/117 (178) lehnt ein Recht jedes Arztes auf Beschäftigung ab.

³²⁴ S dazu Seite 211 ff.

vertraglich verzichtet werden könnte. Da das Recht auf Beschäftigung nach der Rsp aus der Natur des Arbeitsvertrages abgeleitet wird, kann durch einen vertraglichen Verzicht ein solches Recht beseitigt werden.

Im Übrigen wiederholte der OGH seine bisherige Judikatur, was die Grenzen eines Beschäftigungsanspruchs betrifft. Besteht ein Recht auf Beschäftigung, kann diese durch gewichtige Gründe, durch die für den Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht zuzumuten ist, neutralisiert werden. Bisher sah der OGH diese Gründe im Schutz von höherwertigen Rechtsgütern wie Gesundheit und Leben an. Aber auch im konkreten Fall hielt der 9. Senat fest, dass das Wohl und die Sicherheit der Patienten vom Beschäftigungsinteresse nicht verdrängt werden könnte. Die Gefährdung einer beruflichen Qualifikation kann darüber hinaus nach dem OGH auch nicht betriebliche Interessen, wie etwa das Interesse des Dienstgebers an einer reibungslosen Abwicklung des Dienstbetriebs, verdrängen.

Insgesamt ist dieser Entscheidung einerseits zu entnehmen, dass nunmehr das Recht auf Beschäftigung eines Chirurgen ständige Rechtsprechung darstellt und andererseits auf den Beschäftigungsanspruch rechtswirksam verzichtet werden könnte.

5. „Berufsfußballerentscheidung“ vom 1.2.2007³²⁵

a) Sachverhalt

Nach dem bislang vorrangig Ärzte Gegenstand von Auseinandersetzungen betreffend eines Beschäftigungsanspruches waren, entschied der OGH nunmehr auch über das Recht auf Beschäftigung von Berufsfußballern.

In dieser Entscheidung ging es um einen Berufsfußballspieler, der in einem Arbeitsverhältnis zu einem Verein der obersten österreichischen Spielklasse stand. Der Spieler schloss einen Spielervertrag vom 1.7.2005 bis zum 30.6.2008 mit einer Verlängerungsoption bis 30.6.2009 ab. Nach dem Spielervertrag war der Spieler verpflichtet, an allen Vereinsspielen, an Lehrgängen und am Training teilzunehmen, und zwar auch dann, wenn ein Mitwirken als Spieler oder Ersatzspieler in der Kampfmannschaft nicht in Betracht kommt. Auch der

³²⁵ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*; sa *Laimer*, ecolex 2007, 418.

Einsatz in der Amateurm Mannschaft wurde ausdrücklich im Vertrag festgehalten. In der Saison 2006/2007 verpflichtet der Verein ein neues Trainerduo, wobei diese dem Spieler mitteilten, dass sie ihn in der Mannschaftsplanung nicht mehr vorsehen und dass er im Kader nicht mehr berücksichtigt werde. Am 16.6.2006 erhielt der Spieler ein Schreiben des Vereins, wonach er bis auf weiteres vom Dienst freigestellt sei. Das Recht auf Training werde ihm jedoch zugesichert, ebenso die eventuell notwendige medizinische Versorgung und die benötigten Ausrüstungsgegenstände. Am gleichen Tag teilte man ihm mit, dass er doch nicht am ordentlichen Mannschaftstraining teilnehmen könnte. Er könnte aber in Hinkunft ein gesondertes Training erhalten, für das vom Verein ein Trainerstab zur Verfügung gestellt wird. Jedoch stehe dem Spieler frei, mit der Amateurm Mannschaft des Vereins, die in der dritten Liga der österreichischen Vereine spielt, im gesamten Umfang zu trainieren und auch als Spieler zum Einsatz zu kommen. Der Spieler absolvierte mit 3 bis 6 Spielern abgesonderte Trainingseinheiten. Zu einem Trainingslager wurde er nicht mitgenommen.

Zur Sicherung seines Anspruchs auf Beschäftigung stellte der Spieler daraufhin einen Antrag auf einstweilige Verfügung, in dem der Verein geboten wird, ihn als Profifußballer vertragskonform im Rahmen des Spielervertrages vom 13.5.2005 zu beschäftigen, insb ihm als Vertragsspieler die Teilnahme am vollen Trainingsbetrieb der Kampfmannschaft, an den Lehrgängen, den Spielerbesprechungen und an sonstigen, der Spiel- und Wettkampfvorbereitung dienenden Veranstaltungen, an sportmedizinischen und sporttherapeutischen Maßnahmen, an In- und Auslandsreisen, an allen sonstigen Darstellungen zum Zweck der Öffentlichkeitsarbeit sowie an allen sportlichen Veranstaltungen des Vereins zu ermöglichen.

Der Spieler brachte vor, dass durch die Verweigerung der Teilnahme am Training sein Markt- bzw Spielerwert gezielt und nachteilig beeinträchtigt werde, was eine Erschwerung seines Fortkommens bewirke. Für einen Berufsfußballspieler sei es unabdingbar, das Training mit der Kampfmannschaft zu absolvieren. Es werde ihm jegliche Möglichkeit genommen, seine körperliche und mentale Fitness und damit seinen Marktwert zu halten. Über dies versuche der Verein damit auch, seine leistungsabhängigen Ansprüche zu vereiteln. Aus diesen Gründen habe er daher ein gerechtfertigtes Interesse an der Beschäftigung, um seinen Marktwert zu erhalten. Sein Recht auf Beschäftigung umfasse das Recht auf Teilnahme am Training der Kampfmannschaft, an Mannschaftsbesprechungen, an Trainingslagern, an der Öffentlichkeitsarbeit, an gesundheitsfördernden Maßnahmen, ärztlichen Untersuchungen,

Coaching-Angeboten und auch auf eine Aufstellung als Reservespieler. Dieses Recht könne nur durch gravierende Rechtfertigungsgründe eingeschränkt werden, die im vorliegenden Fall nicht gegeben seien. Durch den Ausschluss von der Teilnahme am Training der Kampfmannschaft und von den damit einhergehenden weiteren Rechten entstehe ihm ein unwiederbringlicher Schaden, weil die Maßnahmen automatisch auch einen Verlust an Bekanntheit und möglichen medialen Auftritten nach sich ziehen würden, was mit dem Verlust des „good-will“ eines Unternehmens vergleichbar sei. Je länger dieser Zustand andauere, umso intensiver sei die Verletzung seiner Rechte.

Der Verein beantragte die Abweisung des Antrags und wandte ein, dass die Entscheidung, den Spieler nicht mehr aufzustellen, ausschließlich aus sportlich-taktischen Überlegungen erfolgt sei. Dem Spieler stünden nach wie vor alle Einrichtungen des Vereins zur Verfügung. Er sei auch von sportmedizinischen Tests sowie von medizinischer und sporttherapeutischer Behandlung nicht ausgeschlossen. Es stehe ihm auch jederzeit frei, in der Amateurm Mannschaft zu trainieren. Die Entscheidung über die Zusammensetzung der Kampfmannschaft obliege ausschließlich den sportlich Verantwortlichen. Von den üblichen Vorbereitungen abgesehen, sei jede Trainingseinheit der Kampfmannschaft die taktische Probe des Ernstfalls, wobei vor allem im Trainingsbetrieb die Mannschaftsleistung zu einem homogenen Ganzen mit möglichst blindem Verständnis und bester Abstimmung der Spieler untereinander erarbeitet werden solle. Diese Zielrichtung vertrage keinen Fremdkörper. Von einem Recht auf Beschäftigung könne im professionellen Mannschaftssport nicht gesprochen werden. Auch aus dem Spielervertrag ergebe sich, dass dem Trainer völlig freie Hand gelassen sei, den Spieler aus sportlich gerechtfertigten Gründen zur Amateurm Mannschaft zu transferieren. Die Stattgebung des Antrags der Fußball in den Grundfesten erschüttert und der Verein in seiner Existenz gefährdet werde.

Das Erstgericht³²⁶ wies sämtliche Begehren des Spielers ab. Zwar habe grundsätzlich auch ein Berufsfußballspieler ein Recht auf Beschäftigung, weil er ohne Beschäftigung seine berufliche Qualifikation nicht halten könne. Die in diesem Sinn zu Fachärzten ergangene Rechtsprechung könne aber auf Mannschaftssportarten nicht uneingeschränkt übertragen werden, weil bei diesen mehr Personen unter Vertrag genommen werden müssten, als in einem Spiel benötigt werden, sodass jeder Teilnehmer wissen müsse, dass er keinen unbedingten Anspruch auf Teilnahme am Wettkampf habe. Die Nichtberücksichtigung in der

³²⁶ LG Salzburg, 1.8.2006, 20 Cga 126/06s.

Kampfmannschaft sei daher – abgesehen von sachlich gänzlich unbegründeten und schikanösen Vorgangsweisen – keine Verletzung des Rechts auf Beschäftigung. Für die Aufrechterhaltung der Mindestqualifikation eines Berufsfußballspielers genügte die derzeitigen Trainingsmöglichkeiten des Vereins nicht. Der Verein habe ihm jedoch die Möglichkeit eingeräumt, in der Amateurm Mannschaft zu trainieren und auch zu spielen. Obzwar dort die Anforderungen im Training geringer seien, sei damit dem Spieler die Möglichkeit gegeben, seine Qualifikation zu erhalten. Damit könne der Spieler den behaupteten Schaden minimieren, wozu er auch verpflichtet sei. Dass er durch den Einsatz bei der Amateurm Mannschaft einen allenfalls schwer gutzumachenden Schaden erleide, rechtfertige die Annahme eines unwiederbringlichen Schadens nicht.

Das Rekursgericht³²⁷ bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts und führte aus, dass ein allgemeines Recht auf Beschäftigung im österreichischen Recht nicht anerkannt sei; einen solchen Anspruch gestehe die Rechtsprechung unter Berufung auf die Natur des Arbeitsvertrages nur hochqualifizierten Chirurgen zu, bei denen das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus (unwiederbringlicher Schaden) führe. Die Frage, ob bzw in welchem Umfang auch ein Berufssportler ein derartiges Recht auf Beschäftigung habe, sei in der Rechtsprechung noch nicht behandelt worden. In der Lehre werde ein Recht des Berufssportlers auf Beschäftigung im Hinblick auf den mit dem Verlust der Einsatzmöglichkeit gegebenen Verlust an Marktwert bejaht. Allerdings werde etwa von *Schrammel*³²⁸ betont, dass dies nicht bedeute, dass bei Mannschaftssportarten jeder Sportler einen Anspruch auf Einsatz in der Kampfmannschaft habe. Bei Mannschaftssportarten würden naturgemäß mehr Personen unter Vertrag genommen, als in einem Spiel benötigt werden. Hätte jeder einzelne Spieler einen Anspruch auf Einsatz im Wettkampf, wäre letztlich der Richter für die Mannschaftsaufstellung zuständig. Jeder Mannschaftssportler müsse daher wissen, dass er keinen unbedingten Anspruch auf Teilnahme am Wettkampf habe, sondern seine tatsächliche Beschäftigung im Wettkampf durch Trainingsleistungen erkämpfen müsse. Das Recht auf Beschäftigung erschöpfe sich daher im Recht, am Training so teilzunehmen, dass eine Berücksichtigung in der Kampfmannschaft offen stehe. Überdies weist das Rekursgericht auf die Lehrmeinung von *Firlei*³²⁹ hin, wonach zum einen einem Fußballer das Recht auf Teilnahme am Training, an Mannschaftsbesprechungen, Trainingslagern,

³²⁷ OLG Linz, 12.9.2006, 11 Ra 75/06p.

³²⁸ *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102).

³²⁹ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188).

Öffentlichkeitsarbeit, gesundheitsfördernden Maßnahmen, ärztlichen Untersuchungen, Coaching-Angeboten usw sowie wohl auch auf eine Aufstellung als Reservespieler ohne Vorliegen gravierender Rechtfertigungsgründe nicht eingeschränkt werden dürfen. Zum anderen werde die Beschäftigungspflicht verletzt, wenn ein Spieler ohne ausreichende Rechtfertigung gänzlich aus dem Spielerkader genommen werde – wenn er auch weiter trainieren dürfe – und somit nicht einmal grundsätzlich die Chance habe, an den (Meisterschafts-)Spielen teilzunehmen. Das Rekursgericht folgt letzteren Lehrmeinungen nicht und führt aus, dass die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber einem Berufssportler im Mannschaftssport nicht die Verpflichtung umfasse, ihn in den Kader der Kampfmannschaft – sei es auch nur zum Zweck des gemeinsamen Trainings – aufzunehmen, was insbesondere im Hinblick darauf gelten müsse, dass die Auswahlkriterien oft einer objektiven Überprüfung nicht zugänglich seien. Dies zeige gerade der vorliegende Fall, in dem neue Trainer ihr eigenes sporttaktisches Konzept umsetzen und dabei nur auf bestimmte Spieler zurückgreifen wollen. Auch aus dem Spielervertrag des Spielers lasse sich das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht ableiten, zumal der Verein ihn vertragskonform in der Amateurm Mannschaft einsetzen könne. Damit verletze der Verein aber nicht seine Fürsorgepflicht, wenn er den Antragsteller nur mit der Amateurm Mannschaft trainieren lasse. Die Entscheidungen des OGH, mit denen aufgrund der Natur des Dienstvertrags bestimmten Chirurgen ein Anspruch auf Beschäftigung zugebilligt wurde, seien mit dem gegenständlichen Fall nicht vergleichbar. Während es sich bei diesen Chirurgen um hochqualifizierte Ärzte handle, leiste der Spieler, dem seine fußballerischen Qualitäten nicht abzusprechen seien, keine höheren, nicht kaufmännischen Dienste, weshalb er (nur) als Arbeiter anzusehen sei. Auch aus diesem Grund sei der Sicherungsantrag abzuweisen.

b) Entscheidungsgründe

Der OGH gab im Gegensatz zu den Vorinstanzen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise statt und verpflichtete den Verein, den Spieler ab sofort die Teilnahme am Training der Kampfmannschaft und anderen Lehrgängen zu ermöglichen. Das darüber hinausgehende Begehren des Spielers wurde abgewiesen.

Als Begründung für seine Entscheidung führt der 9. Senat des OGH einleitend aus, dass ein allgemeines Arbeitnehmerrecht auf Beschäftigung nicht bestehe und die Rechtsprechung unter Berufung auf die Natur des Arbeitsvertrages nur hochqualifizierten Chirurgen ein Recht

auf Beschäftigung zugestehe, bei denen Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus führe. Dieser Beschäftigungsanspruch könne nur durch gewichtige Rechtfertigungsgründe eingeschränkt werden. In concreto führte der OGH aus, dass im Einklang mit der Lehre diese Überlegungen zu den Chirurgen grundsätzlich auch für hoch qualifizierte Berufsfußballspieler zum Tragen kommen müssen, bei denen die *„Nichtbeschäftigung nicht nur zum Verlust ihres „Marktwert“, sondern vor allem zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung des fußballerischen Niveaus führen muss. Grundsätzlich ist daher auch hoch qualifizierten Berufsfußballern ein Recht auf Beschäftigung zuzubilligen.“* Die dagegen vom Berufungsgericht ins Treffen geführten gegenläufigen Vereinsinteressen sind bei der Frage zu berücksichtigen, wie weit das Recht des Berufsfußballers auf Beschäftigung geht bzw in welchem Umfang es besteht. Sie reichen aber nicht aus, den Beschäftigungsanspruch der betroffenen Arbeitnehmer gänzlich zu verneinen. Umso weniger reicht hiefür der Hinweis auf jene vom Rekursgericht zitierten Entscheidungen aus, in denen – in völlig anderem Zusammenhang – die Angestellteigenschaft von Berufsfußballern vereint wurde. Die für das vom OGH in Ausnahmefällen judizierte Recht auf Beschäftigung maßgebenden Überlegungen haben mit der Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern überhaupt nichts zu tun.

Im Einklang mit den Lehrmeinungen geht der OGH aber davon aus, dass das *„Recht des Berufsfußballspielers auf Beschäftigung nicht das Recht auf Einsatz in der Kampfmannschaft umfasst“*. Als Begründung nimmt er die vom Berufungsgericht ausgearbeitete Lehrmeinung *Schrammels*³³⁰, wonach im Profifußball jeder Verein weit mehr als 11 Berufsfußballspieler unter Vertrag haben muss, sodass jedem Berufsfußballspieler klar sein muss, dass ein Einsatz in der Kampfmannschaft von seinen fußballerischen Leistungen, aber auch von sportlichen Überlegungen der Vereinsleitung abhängig ist. Er hält daher folgendes fest: *„Dass der Vereinsleitung weitestgehende Autonomie in der Wahl der Taktik sowie der Spielform der Mannschaft und damit in der Mannschaftsaufstellung zukommen muss, ist unbestritten und zwingt daher dazu, das Recht des Berufsfußballspielers auf Beschäftigung in diesem Sinn einzuschränken.“*

Darüber hinaus führt er aus, dass aber jenen Lehrmeinungen beizupflichten ist, nach denen dem *„Berufsfußballspieler die Teilnahme am Training der Kampfmannschaft jedenfalls*

³³⁰ *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* II 87 (102).

ermöglicht werden muss.“ Er hält diesbezüglich fest, dass gesonderte Trainingseinheiten das Training, das Berufsfußballspieler der Kampfmannschaft absolvieren, nicht ersetzen können. Auch der Einsatz in der Amateurm Mannschaft in der dritthöchsten österreichischen Spielklasse ist nicht geeignet, Fähigkeiten, die für einen Einsatz in der ersten Liga erforderlich sind, aufrecht zu erhalten. Auch wenn der Spieler nach diesem Spielervertrag aus Gründen der Regeneration oder aus anderen sportlich gerechtfertigten Gründen auch in der Amateurm Mannschaft eingesetzt werden kann, kann dies nicht gleichgesetzt werden mit dem Recht, dem Spieler jenes Training zu verweigern, das zur Erhaltung seiner fußballerischen Fähigkeiten notwendig ist.

In diesem Zusammenhang hielt das Höchstgericht gegen das Vorbringen des Vereines, dass im Training der Ernstfall geprobt und die Mannschaftsleistung zu einem homogenen Ganzen mit möglichst blindem Verständnis und bester Abstimmung der Spieler untereinander erarbeitet werden soll, entgegen, dass *„angesichts der Größe des am Training der Kampfmannschaft beteiligten Kaders dieses – legitime und notwendige – Ziel aber durch das Mittrainieren des Spielers nicht in einer Weise gefährdet, die es erlauben würde, den Interessen des Vereins gegenüber jenen des Spieler so weit Vorrang einzuräumen, dass der Anspruch auf Beteiligung am Training der Kampfmannschaft verneint werden könnte.“*

Ferner hält der OGH fest, dass vom Recht auf Beschäftigung – neben dem Recht auf Teilnahme am Training – auch das vom Spieler geltend gemachte Recht auf Teilnahme an den Lehrgängen umfasst ist, weil insofern all jene Überlegungen zum Tragen kommen, die oben im Zusammenhang mit dem Training erörtert wurden.

Schließlich billigt der OGH dem Spieler einen Anspruch auf *„medizinische und sporttherapeutische Betreuung“* zu. Der Spieler konnte im konkreten Fall die Verletzung dieses Anspruchs nicht bescheinigen, sodass dem Sicherungsantrag nicht stattzugeben wurde. Abgesehen davon war aber dieser Anspruch unstrittig. Der OGH schränkt dieses Recht insofern ein, in dem er meint, dass es in der Natur der Sache liegt und den Beschäftigungsanspruch nicht verletzt, wenn der Spieler bei der Termineinteilung gegenüber jenen Spielern zurücktreten muss, die in der Kampfmannschaft eingesetzt werden.

Hingegen verneint der 9. Senat das *„Recht auf Teilnahme an allen Spielerbesprechungen des Vereins, an allen „sonstigen, der Spiel- und Wettkampfvorbereitung dienenden*

Veranstaltungen", an In- und Auslandsreisen und an allen sportlichen Veranstaltungen des Vereins, da ein Anspruch nur jene Besprechungen, Vorbereitungen, Reisen und Veranstaltungen erfassen kann, die zur Aufrechterhaltung der Qualifikation des Spieler erforderlich sind.“ Dies trifft nach der Ansicht des Höchstgerichts aber nicht zwangsläufig für jede Spielerbesprechung bzw für jede vorbereitende Veranstaltung und schon gar nicht für jede Reise zu.

Das Recht auf Beschäftigung des Spielers umfasst ebenso nicht die Teilnahme *„an allen sonstigen Darstellungen des Vereines oder der Spieler zum Zwecke der Öffentlichkeitsarbeit für den Verein.“* Der OGH führt diesbezüglich aus, dass sich mit der *„Notwendigkeit, die für die Ausübung des Spitzensfußballs notwendigen Qualitäten des Spielers zu erhalten, ein solcher Anspruch nicht begründen lässt.“* Dass mit der Nichtteilnahme des Spielers an solchen „Darstellungen“ eine Beeinträchtigung des Marktwerts eines Fußballers verbunden sein kann, mag zwar unter Umständen zutreffen, reicht aber nicht aus, um einen Beschäftigungsanspruch zu bejahen.

Zusammenfassend ist daher nach dem OGH davon auszugehen, dass ein Berufsfußballer einen Anspruch auf Teilnahme am Trainingsbetrieb und an den Lehrgängen der Kampfmannschaft eines Vereines hat, da ein Ausschluss vom Training und von den Lehrgängen ein Verlust oder zumindest eine Beeinträchtigung seiner für die Ausübung seines Berufs essentiellen fußballerischen Fähigkeiten bedeutet.

c) Analyse

In dieser jüngst ergangenen Entscheidung hat sich der OGH mit der spezifischen – in der Literatur bereits mehrfach diskutierten – Frage des Rechts auf Beschäftigung von Berufsfußballer befasst. Erwartungsgemäß hat er in konsequenter Fortsetzung seiner Rechtsprechung ein allgemeines Arbeitnehmerrecht auf Beschäftigung weiterhin nicht anerkannt.

Unter Berufung auf seine im Bereich für Chirurgen entwickelte Judikatur hat der 9. Senat auch für Berufsfußballspieler ein Recht auf Beschäftigung anerkannt. So führt das Höchstgericht diesbezüglich richtig aus, dass die Überlegungen zu Arbeitnehmern, bei denen das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualifikationsverlust und zur

Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus führt, in gewissen Umfang grundsätzlich auch für hoch qualifizierte Berufsfußballspieler zum Tragen kommen müssen, bei denen die Nichtbeschäftigung nicht nur zum „Verlust ihres Marktwertes, sondern vor allem zu einem Qualifikationsverlust und zur Minderung des fußballerischen Niveaus führen muss.“

Wie eingangs erwähnt, fand die Auseinandersetzung mit der spezifischen Frage des Rechts auf Beschäftigung eines Berufsfußballers in der Literatur interessanterweise beachtlichen Niederschlag. So bejahen mit Unterschieden im Detail *Schrammel*³³¹, *Schmitzer*³³², *Firlei*³³³ sowie *Brodil*³³⁴ ein Recht des Berufsfußballspielers auf tatsächliche Beschäftigung im Hinblick auf den Verlust des Marktwertes bei längeren mangelnden medienwirksamen Einsätzen. Diskussionen gab es nur hinsichtlich der Reichweite des Rechts eines Profifußballspielers auf Beschäftigung.³³⁵ Mit der nun vorliegenden Entscheidung hat der Umfang des Beschäftigungsanspruchs des Berufsfußballers klare Konturen bekommen.³³⁶ Der OGH hat entschieden, dass sich das Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballspielers in erster Linie auf die Teilnahme am Training bezieht und diese sich insofern aus der Natur eines Spielervertrages ergibt. Bei der Entscheidungsfindung hat der OGH dabei die Besonderheiten des Mannschaftssports ins Kalkül gezogen. Unter ausschließlicher Anlehnung an *Schrammel*³³⁷ begründet der OGH die wesentliche Einschränkung des Beschäftigungsanspruches auf die Teilnahme am Training damit, dass aus der Natur des Mannschaftssports davon ausgegangen werden kann, dass das Recht eines Spielers auf Beschäftigung verständlicherweise nicht das Recht auf Einsatz in einem Bewerbungsspiel umfasse, da der Einsatz nicht nur von den fußballerischen Leistungen abhängt, sondern der Vereinsleitung weitgehende Autonomie in der Wahl der Taktik sowie der Spielanlage der Mannschaft und damit in der Mannschaftsaufstellung zukommen müsse.³³⁸

Die Lösung des OGH, dass dem Spieler zumindest die Teilnahme am Training der Kampfmannschaft nicht versagt werden darf, steht auf dem Boden der Lehre und ist in diesem Punkt insofern unstrittig.³³⁹ Dieser fand in der Praxis kurze Zeit später im Kollektivvertrag für

³³¹ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; *ders* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* II 27 (39).

³³² *Schmitzer*, wbl 1989, 360.

³³³ *Firlei*, DRdA 1991, 477 (481); *ders*, DRdA 2003, 183 (188).

³³⁴ *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (55); *ders*, DRdA 2007/49 (481).

³³⁵ Vgl. *Thomas*, ZAS 2008/12 (91).

³³⁶ So *Resch*, SpuRt 2007, 161 (164).

³³⁷ *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102).

³³⁸ Dazu ausführlich *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102).

³³⁹ *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79); *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; *ders* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* II 27 (39); *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (364); *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188); *Brodil* in

Fußballspieler der österreichischen Fußball-Bundesliga³⁴⁰ ihren Niederschlag. § 9 dieses KollV sieht vor, dass Spieler während „*der Vertragslaufzeit das Recht auf Teilnahme am Mannschaftstraining haben.*“

Differenziert gelöst wurde hingegen die Frage, welche Einzeltätigkeiten noch vom Recht auf Beschäftigung geschützt werden. Der Gerichtshof hat über den Teilnahmeanspruch am Training hinaus den Anspruch des Spielers auf Teilnahme an Lehrgängen und Teilhabe an medizinischen und therapeutischen Betreuung bejaht. Hingegen umfasst seiner Ansicht nach der Beschäftigungsanspruch des Fußballspielers nicht das „*Recht auf Teilnahme an allen Spielerbesprechungen des Vereins, an allen „sonstigen, der Spiel- und Wettkampfvorbereitung dienenden Veranstaltungen“, an In- und Auslandsreisen und an allen sportlichen Veranstaltungen des Vereins*“ sowie ebenso nicht die Teilnahme „*an allen sonstigen Darstellungen des Vereines oder der Spieler zum Zwecke der Öffentlichkeitsarbeit für den Verein*“, mit der Begründung, dass „*diese Tätigkeiten nicht zur Aufrechterhaltung der Qualifikation des Spieler erforderlich sind.*“³⁴¹

Der OGH hat letztere Tätigkeiten somit pauschal als Teil des Beschäftigungsanspruches des Berufsfußballers verneint, ohne sich aber in weiterer Folge auch sich mit diesen Problembereichen, insbesondere aber mit der Öffentlichkeitsarbeit des Berufsfußballers ausführlich auseinanderzusetzen. Dies wäre aber geboten, zumal der 9. Senat im gegenständlichen Fall – allerdings ohne dann weiter darauf einzugehen – das Kriterium des „Marktwerts“ bei der Anerkennung des Beschäftigungsanspruches des Fußballspielers in seine rechtliche Begründung aufgenommen hat. Mit dem Aspekt des Marktwertes hat der OGH seinen Begründungsansatz um eine Facette erweitert, wonach – im Gegensatz zu seiner bisherigen Rsp – die Nichtbeschäftigung nicht nur zur Minderung des fußballerischen Niveaus, sondern auch zum „Verlust des Marktwertes“ führt. Wenn nun der 9. Senat in seine rechtliche Begründung das Kriterium des Marktwertes aufnimmt, im Gegenzug aber den Anspruch des Fußballspielers auf Teilnahme „*an allen sonstigen Darstellungen des Vereines oder der Spieler zum Zwecke der Öffentlichkeitsarbeit für den Verein*“ mit der Begründung,

Grundeil/Karollus 47 (55); *ders.*, DRdA 2007/49 (481); *Gerhartl*, ASoK 2006, 405; *Hollerer*, Berufsfußballer 56; *Laimer*, *ecolex* 2007, 418 (419); *Resch*, *SpuRt* 2007, 161 (164); *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201); *Thomas*, ZAS 2008/12 (90).

³⁴⁰ Kollektivvertrag für Fußballspieler/innen der Österreichischen Fußball-Bundesliga; dieser KollV kann unter www.vdf.at/KV-Entwurf_Stand_18.03.08_final.pdf (Stand 17.11.2009) abgerufen werden.

³⁴¹ AA *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188), der ua sogar die Aufstellung als Reservespieler vom Recht auf Beschäftigung miterfasst sehen will; vgl. auch *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (56) und seine Kritik in DRdA 2007/49 (483).

dass die „*Öffentlichkeitsarbeit nicht erforderlich ist, um die notwendigen Qualitäten des Spielers aufrecht zu erhalten*“, verneint, verwickelt er sich insofern in einen Widerspruch, zumal mE „Marktwert“ und Öffentlichkeitsarbeit in einem engeren Sinneszusammenhang stehen. Beide Begriffe haben etwas mit dem öffentlichen Auftreten des Spielers gemein. Der OGH hat zwar richtigerweise das Kriterium des Marktwertes bei der Begründung des Beschäftigungsanspruchs des Fußballspielers berücksichtigt, aber in weitere Folge ohne nähere Begründung die Teilnahme des Spielers an der Öffentlichkeitsarbeit verweigert. Entgegen dieser Ansicht hat aber mE der Fußballspieler wohl doch im Hinblick auf Erhaltung seines Marktwertes Anspruch auf public relations-Arbeit und Öffentlichkeitsarbeit.³⁴²

Was ist aber nun unter diesem Marktwert zu verstehen? Ist dieser Begriff mit dem „fußballerischen Niveau“ gleichzusetzen?³⁴³ Mangels Auseinandersetzung des Höchstgericht mit diesem Begriff ist auf diesen nun näher einzugehen. Fußballspieler zielen darauf ab, bei zukünftigen Engagements bzw bei Verlängerung ihrer Spielerverträge ihre Gage zu erhöhen. Ihr Einkommen wird sich dabei nach ihrem Marktwert richten. Der Wert des Berufsfußballers wird sich zum einen aus seiner Spielstärke (Können), zum anderen jedoch auch aus seinem medienwirksamen Auftreten, welches das Verhalten der Fußballfans bzw die Zuschauerzahlen beeinflusst, ableiten.³⁴⁴ Um also seine Verdienstmöglichkeiten zu steigern, ist es für einen Profifußballer daher zunächst wichtig, möglichst oft bei Spielen eingesetzt zu werden. Einen Anspruch hat er – wie bereits ausführlich erörtert – aber nicht darauf. Er hat die Möglichkeit, seine spielerischen Fähigkeiten jedoch beim Training der Kampfmannschaft sowie in Lehrgängen aufrechtzuerhalten. Der Marktwert hängt aber auch vom Bekanntheitsgrad des Spielers in der Öffentlichkeit ab. Der Verein wird dem Spieler eine höhere Gage geben, wenn er für den Verein Vermarktungspotential hat und viele Zuschauer in die Stadien lockt.³⁴⁵ Der Spieler wird daher ein großes Interesse haben, einen ständigen Kontakt mit den Medien zu haben, zumal der Berufsfußball einen – nicht nur in Österreich – medial gut erfassten Bereich darstellt. Dieser Aspekt unterscheidet den Berufsfußball von Ärzten und anderen Arbeitnehmern. Denn solange es nur um die Aufrechterhaltung der Qualitäten eines Arbeitnehmers geht, sind öffentliche Auftritte – wie bei Ärzten – wohl

³⁴² Vgl dazu *Brodil*, DRdA 2007/49 (483); *Thomas*, ZAS 2008/12 (91).

³⁴³ *Thomas*, ZAS 2008/12 (91) ist der Ansicht, dass der Begriff „Marktwert“ im Verhältnis zum Begriff „fußballerisches Niveau“ der weitere ist.

³⁴⁴ *Thomas*, ZAS 2008/12 (91); vgl. *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79); *Mayr*, DRdA 1999/19 (143).

³⁴⁵ Vgl *Thomas*, ZAS 2008/12 (91), der als Bsp den englischen Nationalspieler David Beckham nennt, mit dessen Transfer zu Real Madrid seine Vermarktung im asiatischen Raum bezweckt war.

tatsächlich nicht notwendig und daher auch vom Beschäftigungsanspruch nicht erfasst.³⁴⁶ Hingegen geht es beim Fußballspieler nicht nur um die Aufrechterhaltung seiner spielerischen Fähigkeiten, sondern auch um das medienwirksame Auftreten. Für den Berufsfußballer ergibt sich daher aus der Natur des Spielervertrages, dass er als in der Öffentlichkeit stehende und von der Publicity abhängende Person einen Anspruch hat, an der Öffentlichkeitsarbeit des Vereins teilzunehmen, um nicht aus dem Blickfeld der Medien, Vereine sowie der Spielervermittler zu verschwinden. So meint *Brodil*³⁴⁷ zutreffend, dass der Beschäftigungsanspruch eines Fußballers neben dem Erhalt der sportlichen Form durch Training „wohl auch die Aufrechterhaltung des „sportlichen good will“, des Rufs des Spielers“ erfasst.³⁴⁸ Er meint damit auch nichts anderes, als dass dem Spieler ein Anspruch auf Öffentlichkeitsarbeit zukommt, um nicht seinen Marktwert zu beeinträchtigen.

Der OGH hält bei der Reduzierung des Umfangs des Rechts auf Beschäftigung fest, dass ein Recht auf Einsatz in der Kampfmannschaft insofern nicht möglich ist, als der Vereinsleitung weitgehende Autonomie in der Wahl der Taktik sowie der Spielanlage der Mannschaft und damit in der Mannschaftaufstellung zukommen müsse. Dies leuchtet ein und ist verständlich. Jedoch darf das Recht auf Teilnahme an den außersportlichen Veranstaltungen im PR-Bereich und Öffentlichkeitsbereich nicht von der Disposition des Vereins abhängen. Die Teilnahme an letzteren Aktivitäten hängt ja nicht von den sportlichen Leistungen ab, sodass die Verweigerung der Teilnahme an diesen Aktivitäten ein Abschotten des Spielers wäre, die ohne sachliche Rechtfertigungsgründe rechtswidrig wäre.³⁴⁹

Im Einklang mit *Brodil* ist daher Fußballspielern die Teilnahme an außersportlichen Veranstaltungen, wie Öffentlichkeitsarbeit und PR-Aktionen, zu ermöglichen.³⁵⁰ Außerdem ist ihnen zur Aufrechterhaltung ihrer medialen Präsenz die Teilnahme an den Darstellungen des Vereins, wie etwa Darstellungen auf Mannschaftspostern, Autogrammkarten, Verein website, Spielerpräsentationen udgl weiterhin einzuräumen.³⁵¹

³⁴⁶ *Thomas*, ZAS 2008/12 (91).

³⁴⁷ *Brodil*, DRdA 2007/49 (483).

³⁴⁸ Zum good-will des Fußballers vgl OGH 25.1.2001, 8 Ob 276/00x; sowie Ausführung des OLG Linz, 12.9.2006, 11 Ra 75/06 – *Schopp*.

³⁴⁹ *Firlei*, DRdA 2003,183 (188); *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (58); *ders*, DRdA 2007/49 (483); vgl *Resch*, SpuRt 2007, 161 (164), der der Ansicht ist, dass dem Spieler zumindest die private Teilnahme an PR-Veranstaltungen nicht verboten werden dürfte.

³⁵⁰ *Brodil*, 2007/49 (483).

³⁵¹ *Brodil*, 2007/49 (483).

Abschließend ist festzuhalten, dass insgesamt gesehen die Entscheidung des OGH zu begrüßen und grundsätzlich bis auf die vereinzelt Kritik richtig ist. Die Entscheidung ist aber auch in einem Punkt bereichernd. Das Höchstgericht hat gegenständlich zusätzlich das Kriterium des Marktwertes als dogmatische Begründung für die Anerkennung des Beschäftigungsanspruches herangezogen. In den bisherigen Entscheidungen ging es stets um den Verlust der Qualifikation des Arbeitnehmers. Denkt man diesen Ansatz weiter, so könnte dies im Ergebnis dazu führen, dass das Höchstgericht in Zukunft auch Arbeitnehmern, deren Marktwert von einer gewissen Präsenz in der Öffentlichkeit abhängt, ein Recht auf Beschäftigung zubilligt. Zu denken wäre – abgesehen von anderen Sportlern – etwa an Journalisten, Fernsehsprecher oder Künstler.³⁵²

Für die Fussballwelt hat diese Entscheidung insofern eine große Bedeutung erlangt, als der OGH mit dieser Entscheidung der öffentlichkeitswirksamen „Demontage“ von Berufsfußballern Grenzen gesetzt hat. Nach dieser Entscheidung wird es nicht mehr möglich sein, in einem aufrechten Arbeitsverhältnis einen Spieler gänzlich vom Spielerkader zu entfernen bzw zu suspendieren.

D. Zusammenfassung und Resümee

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der OGH ein allgemeines Arbeitnehmerrecht auf Beschäftigung strikt ablehnt. Jedoch hat er seine strenge Judikaturlinie insofern gelockert, als er nun in konsequenter Fortsetzung seiner Rechtsprechung bestimmten Berufsgruppen, beginnend bei den Ärzten, über Piloten in Ansätzen, bis hin zu den Berufsfußballspielern, bei Vorliegen schützenswerter Interessen ein aus dem Arbeitsvertrag erfließendes Recht auf Beschäftigung zugesteht. Als schutzwürdig sieht der OGH das Interesse des Arbeitnehmers an, wenn der Arbeitnehmer bei tatsächlichem Unterbleiben der Arbeitsleistung in fachlicher Hinsicht ein Qualifikationsverlust erleidet oder berufsrechtliche Berechtigungen bzw Bewilligungen verliert. Beim Berufsfußballer hat er zusätzlich zu letzteren Kriterien die Marktwerteinbuße ins Spiel gebracht. Es bleibt abzuwarten, ob das Höchstgericht durch dieses neue Kriterium den Kreis der Arbeitnehmer mit Anspruch auf Beschäftigung um weitere Berufssparten ausdehnen wird.

³⁵² *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

Der OGH hielt in den bisherigen Entscheidungen fest, dass sich ein Recht auf Beschäftigung aus der Natur des abgeschlossenen Arbeitsvertrages ergibt. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Inhalt des Arbeitsvertrages mangels anderer Regelungen als Schuldverhältnis nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist. Den Gläubiger trifft – bekanntlich – grundsätzlich keine Verpflichtung, die angebotene Leistung des Schuldners entgegenzunehmen, außer der Schuldner hat ein besonderes Interesse an der Abnahme der Leistung. Arbeitsrechtlich folgt daraus, dass der Arbeitnehmer im Falle der Nichtbeschäftigung lediglich ein Anspruch auf das Entgelt, nicht aber auf tatsächliche Beschäftigung hat. Der OGH billigt einen Beschäftigungsanspruch zu, wenn mit der Nichtbeschäftigung ein Verlust der Qualifikationen, Berechtigungen oder des Marktwertes verbunden ist. Die betroffenen Arbeitnehmer haben daher zivilrechtlich ein besonderes Interesse an der eigenen Erfüllungshandlung, um eben aus der Nichtausübung des Berufes keinen Verlust der Qualifikationen, Berechtigungen oder des Marktwertes zu erleiden. Vergleicht man nun die Judikate des OGH, so lässt sich dadurch die Erkenntnis ableiten, dass das Höchstgericht im Ergebnis für die Lösung nichts anderes als die schuldrechtlichen Grundsätze anwendet, wobei er im Einzelfall das besondere Interesse des betroffenen Arbeitnehmers an der tatsächlichen Arbeitsleistung hervorhebt.

Auf Basis des Arbeitsvertrages als dogmatische Grundlage ist daher in der Rechtsprechung davon auszugehen, dass jenen Arbeitnehmern, die ein über die Existenzsicherung hinausgehendes Interesse an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung haben, ein Recht auf Beschäftigung zukommt. Daraus folgt, dass kein Recht auf Beschäftigung besteht, wenn keine schutzwürdigen Interessen an der tatsächlichen Beschäftigung bestehen. Dasselbe gilt für Fälle, in denen der Arbeitnehmer zwar ein schutzwürdiges Interesse daran hat, tatsächlich beschäftigt zu werden, diesem jedoch gewichtige berechtigte Interessen (Weigerungs- und Unzumutbarkeitsgründe) des Arbeitgebers, wie etwa Schutz höhererangiger Rechtsgüter, betriebliche oder in der Person oder Verhalten des Arbeitnehmers liegende Gründe entgegenstehen.

Es ist anzumerken, dass es sich bei den höchstgerichtlichen Entscheidungen um keine Urteile, sondern um in Provisorialverfahren ergangene Beschlüsse handelt. Die Tatsache, dass die Ausführungen zum Recht auf Beschäftigung in Beschlüssen ergangen sind, mindert

keineswegs ihre Bedeutung. Vielmehr ist den vom OGH zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen allgemeiner Wert zuzusprechen.³⁵³

Ob die Rechtsprechung nach seiner Neupositionierung zum Recht auf Beschäftigung darüber hinaus auch den Forderungen des Teils der Lehre nach einer grundsätzlichen Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung in Hinkunft nachkommen wird oder nicht, bleibt abzuwarten. Da einerseits kein Bedürfnis nach Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung besteht und andererseits der OGH seit über einem Jahrhundert in der Verneinung eines solchen Anspruchs hartnäckig geblieben ist und in seiner letzten Entscheidung nochmals diese Ansicht unterstrichen hat, ist zu bezweifeln, dass er seine Judikatur ändern wird. Da hilft auch die Kritik von *Resch* nicht, dass die Tatsache, dass in der österreichischen Rechtsprechung als Regelfall ein Recht auf Beschäftigung verneint wird, ein „*Nachhinken der Judikatur gegenüber dem Standard vergleichbarer anderer moderner Arbeitsrechtsordnungen*“ bedeutet.³⁵⁴

³⁵³ So auch *Brodil*, DRdA 2007/49 (481).

³⁵⁴ *Resch*, DRdA 1991, 424 (432).

VIII. Eigene Meinung zum Recht auf Beschäftigung

Vorausschickend möchte ich festhalten, dass ich mich im Ergebnis dem OGH und dem Teil der Lehrmeinungen anschließe, die sich gegen die Anerkennung eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung stellen. Folglich lehne ich alle Literaturstimmen, die anhand verschiedener rechtlicher Konstruktionen die Existenz eines allgemeinen Rechts auf Beschäftigung begründen wollen, strikt ab. Die dogmatischen Begründungsversuche für einen Anspruch jeden Arbeitnehmers tatsächlich beschäftigt zu werden, sind nicht überzeugend, zumal die Rechtqualität dieser herausgearbeiteten Rechtsgrundlagen kritisch zu hinterfragen ist.

Die Ansätze der Befürworter eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches, dass die Nichtbeschäftigung zur einer menschlichen Schädigung führe und jedem Arbeitnehmer durch die Beschäftigungsverweigerung die Gelegenheit zur sinnvollen Lebensgestaltung, Selbstverwirklichung und Selbstbetätigung genommen werde, sind mE völlig verfehlt. Es mag sein, dass eine auf Dauer angelegte Arbeit das Leben des einzelnen Menschen maßgeblich beeinflusst. Tatsache ist auch, dass die Arbeit zur Bedingung des Lebens wird, da heute die meisten Menschen die längste Zeit des Tages bei ihrer Arbeit verbringen, wodurch der Arbeitsraum des Menschen zum Teil seines Lebensraumes wird. Es wird daher nicht abzustreiten sein, dass es Arbeitnehmer geben wird, für die die Arbeit nicht nur eine Notwendigkeit zur Sicherung der Existenz darstellt, sondern die auch aus ideellen Gründen an der tatsächlichen Ausübung des Berufes interessiert, wie etwa das Interesse an seinem vertrauten Arbeitsplatz tatsächlich beschäftigt zu werden und durch Bindung und Betätigung am Arbeitsplatz seinen Daseinzzweck zu erfüllen. Es ist aber zu bezweifeln, dass jeder Arbeitnehmer diese Interessen verfolgt. Es ist daher verfehlt, daraus eine Generalisierung zu schließen und nicht ersichtlich, wieso diese Annahme auf jeden Arbeitnehmer und auf jede Freistellung zutreffen soll. Gegen eine allgemeine Beschäftigungspflicht sprechen auch einige Berufsgruppen, die ihre Arbeit – ohne natürlich dies pauschalisieren zu wollen – alles andere als Ausdruck der freien Entfaltung der Persönlichkeit ansehen oder die tatsächliche Beschäftigung als besondere Arbeits- und Lebensfreude betrachten. Zu denken ist etwa an Arbeitsplätze, an denen eintönige, mechanische (etwa Fließbandarbeit) oder besonders gesundheitsbelastende (etwa Bergbau, Spenglerei) Arbeiten zu verrichten sind.³⁵⁵ Weshalb sollen diese Arbeitnehmer trotz Entgeltfortzahlung an einer tatsächlichen Beschäftigung

³⁵⁵ Vgl. *Resch*, DRdA 1991, 424 (430).

interessiert sein? Die Arbeitnehmer dieser Berufsgruppen werden vielmehr froh sein, sich der Schwere bzw der Eintönigkeit der Arbeit entziehen zu können, gleichwohl aber ihr Entgelt zu erhalten. Es liegt daher auf der Hand, dass sie Entgeltzahlungen auch bei einer Dienstfreistellung als willkommen heißen und mit Sicherheit nicht ihre Nichtzulassung zur Beschäftigung mit dem Argument, ein Recht auf Beschäftigung zu haben, bekämpfen werden. *Geffert* bringt diese Bedenken auf den Punkt, in dem er meint, dass „es schon eines gesunden Zynismus bedarf, die tatsächliche Arbeitsleistung grundsätzlich als „menschwürdig“ und als Ausdruck der freien Entfaltung der Persönlichkeit anzusehen“.³⁵⁶ Denn würde die Nichtbeschäftigung – nach Meinung genannter Autoren – gegen das Persönlichkeitsrecht oder die Menschenwürde verstoßen, weil der Arbeitnehmer sein Arbeitsentgelt erhält, im Gegenzug aber seine Arbeitsleistung vom Arbeitgeber verweigert wird, so müsse dies erst recht jede Kündigung tun, durch welche dem Arbeitnehmer nicht nur die Selbstverwirklichung in der Arbeit, sondern ihm zusätzlich noch sein Entgelt genommen wird. Es kann daher festgehalten werden, dass für ein Großteil der Arbeitnehmer keine Rolle spielen wird, ob sie ihr Arbeitsentgelt erhalten, ohne dafür eine entsprechende Gegenleistung erbracht zu haben. Dies zeigen etwa Beispiele des bezahlten Urlaubs, die Lohn- und Gehaltszahlung im Krankheitsfall sowie die Entgeltfortzahlung während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers gem § 1155 ABGB. Ebenso wenig wird der Arbeitnehmer aus „reinem Idealismus“ seine Arbeitskraft unentgeltlich zur Verfügung stellen.

Aus den genannten Gründen wird es die Regel sein, dass der Arbeitnehmer primär das Interesse verfolgt, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Demnach ist die eine generelle Betrachtungsweise des Beschäftigungsanspruchs auf Grundlage des Persönlichkeitsrechts in der österreichischen Rechtsordnung verfehlt. Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich mit der Leistung des Arbeitsentgelts befriedigt, seine Interessen reichen nicht über diesen vermögensrechtlichen Aspekt hinaus. Folglich kann es keinen allgemeinen Beschäftigungsanspruch geben, da, solange der Arbeitgeber der Hauptpflicht der Entgeltzahlung nachkommt, die Nichtbeschäftigung – mangels einer Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschäftigung des Arbeitnehmers – einen vertragskonformen Zustand darstellt.

Abzulehnen ist auch die Ansicht, wonach sich der allgemeine Beschäftigungsanspruch aus den Wertmaßstäben des internationalen Rechts ergibt. Eingangs wurde klargestellt, dass es

³⁵⁶ *Geffert*, Beschäftigung 13.

fast unmöglich ist, das Recht auf Arbeit derart zu verwirklichen, dass der Einzelne einen Anspruch gegen den Staat auf Zuteilung eines Arbeitsplatzes hat, weil es nun einmal unvorstellbar ist, dass der Staat über die entsprechenden Arbeitsplätze verfügen kann. Aus den in der ESC festgelegten Verpflichtungen der Staaten, durch eine entsprechende Politik für einen möglichst hohen Grad an Beschäftigung zu sorgen, ist es nahe ausgeschlossen, einen subjektiven öffentlichen Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf bestimmte Leistungen von Seiten des Staates ableiten, da der einzelne Bürger als Individuum nicht der geeignete Partner für eine derartige Rechtsbeziehung ist. Die Verletzung eines Artikels der ESC zieht auch nahezu keine Sanktionen nach sich. Als einziges und relativ schwaches Kontrollinstrument zur Überwachung der Einhaltung der ESC durch die ratifizierenden Staaten ist eine nicht sanktionierte Empfehlung vorgesehen. Ungeachtet all dessen darf auch nicht vergessen werden, dass die Vollbeschäftigung immer in Zusammenhang mit den jeweiligen Wirtschaftsverhältnissen steht und deshalb immer nur in dieser Relation beurteilt werden kann.

Überdies ist für die Begründung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht die Heranziehung der Fürsorgepflicht Fehl am Platz, da der Fürsorgepflicht nicht die Funktion der „Lückenfüllung“ im österreichischen Arbeitsrecht zukommt.

Ebenso ist aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz für eine dogmatische Begründung nichts zu gewinnen, da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer selten ohne sachlichen Grund zur Arbeit nicht zulassen wird.³⁵⁷

Abseits der bisher dargestellten Gründe sprechen auch zahlreiche anderen Gründe gegen ein grundsätzliches Recht auf Beschäftigung:

So wird das Recht auf Beschäftigung – außer der Sonderbestimmung des § 21 SchSpG – in der österreichischen Rechtsordnung nirgendwo normiert. Argumentum a contrario ist daraus der Schluss abzuleiten, dass der Gesetzgeber keine Beschäftigungspflicht für alle Berufsgruppen schaffen wollte. Dies schließt natürlich nur einen generellen Beschäftigungsanspruch aus. Ein Analogieschluss zu anderen Arbeitnehmern oder Ableitung des Beschäftigungsanspruchs aus anderen dogmatischen Rechtsgrundlagen für bestimmte Berufsparten bleiben hiervon natürlich unberührt.

³⁵⁷ Vgl. Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ 115.

Außerdem spricht auch eine systematische Auslegung gegen einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch. Der Gesetzgeber gewährt selbst bei ungerechtfertigter Entlassung dem Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Beschäftigung, sondern nur einen Schadenersatzanspruch. Hätte der Gesetzgeber der tatsächlichen Beschäftigung eines Arbeitnehmers eine große Bedeutung beigemessen, so hätte er sich bei ungerechtfertigter Entlassung für die Unwirksamkeit der Entlassung entschieden. Da die „Beschäftigung“ in der Arbeitsrechtsordnung keinen hohen Stellenwert besitzt, gibt es demnach auch kein allgemeines Recht jeden Arbeitnehmers auf Beschäftigung.

Der Anerkennung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs steht auch die Konzeption des ABGB entgegen. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei § 1155 ABGB um eine arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlungsbestimmung, sodass für das Arbeitsrecht die schuldrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen. Demgemäß ist der Gläubiger nicht zur Annahme der Leistung verpflichtet. Da keine generelle Abnahmepflicht des Gläubiger besteht, gibt es auch keine allgemeine Beschäftigungspflicht.

Abschließend ist festzuhalten, dass die materielle Legitimation für einen etwaigen Beschäftigungsanspruch in diesen zivilrechtlichen Grundsätzen – und nicht in anderen Rechtsgrundlagen – zu suchen ist. Denn nach dem ABGB ist der Gläubiger zur Annahme in Ausnahmefällen dann verpflichtet, wenn der Schuldner ein Interesse an der Abnahme hat. In der Arbeitswelt gibt es unstrittig eine Vielzahl von Berufsgruppen, die ein gesteigertes Interesse an der Beschäftigung haben. Arbeitnehmer, bei denen zu befürchten ist, dass sie bei einer Nichtbeschäftigung bestimmte Kenntnisse, Fähigkeiten oder Marktwert verlieren, werden ein verstärktes Interesse an der Beschäftigung haben. Ist ein Nachteil oder Schaden aus der Nichtbeschäftigung für eine Berufsgruppe nicht zu befürchten, gibt es keinen Grund ein Recht auf Beschäftigung für diese Berufsgruppe anzuerkennen. Besteht ein besonderes Interesse, kann für die in Betracht kommende Berufsgruppe unter Anwendung der schuldrechtlichen Grundsätze ein Beschäftigungsanspruch im Einzelfall zugebilligt werden. Im Übrigen kann sich ein Recht auf Beschäftigung neben einer Analogie auch allgemein aus dem Arbeitsvertrag, konkludent oder aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergeben.

IX. Exkurs: Das Recht auf Beschäftigung in Deutschland im Rechtsvergleich

Literatur: *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis (1999); *Böhm*, Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers – Die Fragwürdigkeit der Begründung mit Grundrechten und die Notwendigkeit einer zivilrechtlichen Analyse (2007); *Fabricius*, Kollision von Beschäftigungspflichten aus Doppelarbeitsverhältnissen, ZfA 1972, 35; *Geffert*, Beschäftigung wider Willen – Das Recht des Weiterbeschäftigten (1994); *Hueck*, Deutsches Arbeitsrecht² (1944); *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I (1927); *dies*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I⁷ (1963); *Hueck/Nipperdey/Dietz*, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit⁴ (1943); *Immenkötter*, Das allgemeine Recht auf Beschäftigung insbesondere die rechtlichen Folgen der Verletzung dieses Rechts durch den Arbeitgeber (Diss Köln 1968); *Kaskel*, Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, NZfA 1922, 1; *Kraft*, Beschäftigungsanspruch und Weiterbeschäftigungsanspruch, ZfA 1979, 123; *Kuderna*, ASGG² §§ 50, 61; *Lepke*, Der Anspruch auf Beschäftigung (Diss Berlin 1966); *Müller-Glöge* in MünchKommBGB § 611; *Nikisch*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis (1941); *ders*, Arbeitsrecht I³ (1961); *Pallasch*, Der Beschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers (1992); *Richardi* in *Staudinger-Ricardi* (2005) § 611; *Schniedermann*, Das Recht auf tatsächliche Beschäftigung (Diss Köln 1960); *Standeker*, Grenzen einseitiger Dienstfreistellung, Diplomarbeit Graz (1997); *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60; *Weber*, Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers gem § 102 Abs 5 BetrVG, BB 1974, 698; *ders*, Zur Dogmatik eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs im Arbeitsverhältnis, RdA 2007, 344; *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966); *Weidenkaff* in *Pallandt*, BGB⁶⁷ § 611.

Die österreichische Rechtsordnung hat gewisse Ähnlichkeiten mit jener der deutschen. Es ist daher unvermeidbar und unumgänglich einen Blick über die österreichischen Grenzen hinaus nach Deutschland zu werfen, um auf diese Weise rechtsvergleichende Überlegungen anzustellen. Da die Entwicklung des Rechts auf Beschäftigung in Deutschland im Vergleich zu Österreich schon viel fortgeschrittener sowie auch anerkannt ist³⁵⁸, könnte die Darstellung der deutschen Rechtsentwicklung in diesem Rechtsgebiet für die gegenständliche Problematik möglicherweise bereichernde Aspekte bringen.³⁵⁹

Dieser grenzüberschreitende Vergleich mit Deutschland soll zunächst Klarheit darüber verschaffen, ob aus der deutschen Rechtsentwicklung eventuelle Rückschlüsse oder Erkenntnisse auf eine mögliche Rechtsentwicklung in Österreich zu gewinnen sind. Überdies soll auch überdacht werden, inwieweit die deutsche Rechtslage als Vorbild oder aber als Warnschild für die Entwicklung in Österreich gelten könnte.³⁶⁰

In der Folge wird zum besseren Verständnis des in Deutschland herrschenden Meinungsstandes, und um aufzuzeigen, dass es bis zur Anerkennung des allgemeinen Rechts

³⁵⁸ Ohne hier Einzelheiten vorwegzunehmen s dazu bloß die E des BAG 10.11.1955, 2 AZR 591/54 BAGE 2, 221.

³⁵⁹ Vgl zu rechtsvergleichenden Überlegungen *Standeker*, Dienstfreistellung 58 ff.

³⁶⁰ So *Standeker*, Dienstfreistellung 58.

auf Beschäftigung ein weiter Weg war, ein kurzer Abriss der geschichtlichen Entwicklung der Beschäftigungspflicht dargestellt.³⁶¹ Aus der Darstellung des Fortgangs der Entwicklungen in Deutschland könnten möglicherweise auch Parallelitäten zur Entwicklung in Österreich festgestellt werden.

Vorauszuschicken ist, dass nach der deutschen Rechtslage hinsichtlich der Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs immer zwischen dem Recht auf Beschäftigung im aufrechten³⁶² und im gekündigten³⁶³ Arbeitsverhältnis differenziert werden muss.

Im Folgenden wird im Anschluss an die Darstellung der historischen Entwicklung des Beschäftigungsanspruchs die in Deutschland herrschende Rechtsposition zur Frage der Anerkennung eines klagbaren Rechts auf Beschäftigung dargelegt. Abschließend daran werden beide Rechtssysteme verglichen und einer Analyse unterzogen.

A. Das Recht auf Beschäftigung im aufrechten Arbeitsverhältnis

1. Historische Entwicklung

Die geschichtliche Entwicklung des Beschäftigungsanspruches ist vom Wandel der Anschauungen über das Wesen des Arbeitsverhältnisses geprägt. Dabei ist festzustellen, wie sich die Auffassungen von der rein materialistischen hin zur persönlichkeitsrechtlichen Vorstellung vom Arbeitsverhältnis geändert haben.³⁶⁴ Sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten des BGB³⁶⁵ fehlt im Bürgerlichen Gesetzbuch³⁶⁶ – ähnlich wie im österreichischem ABGB – eine gesetzliche Regelung, wonach der Arbeitgeber verpflichtet

³⁶¹ Zur historischen Entwicklung s *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 17 ff.

³⁶² S dazu ausführlich *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 34 ff.

³⁶³ S dazu ebenfalls *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 89 ff; aber auch *Geffert*, Beschäftigung 25 ff.

³⁶⁴ *Geffert*, Beschäftigung 4; *Immenkötter*, Beschäftigung 9 mwN.

³⁶⁵ *Nikisch*, Arbeitsvertrag 67 leitet aus dem Gesinderecht eine Beschäftigungspflicht ab. In der Tat scheint § 45 der Preußischen Gesindeordnung vom 8.11.1810 dieser Meinung Recht zu geben, lautet er doch: „*Nach einmal gegebenen und genommenen Mietsgeldes ist die Herrschaft schuldig, das Gesinde anzunehmen und letzteres, den Dienst zur bestimmten Zeit anzutreten*“. Doch nach *Lepke*, Beschäftigung 25 ist aus dieser Bestimmung keine Beschäftigungspflicht begründbar, da diese nur eine besondere Ausnahmeregelung verkörpert, die im Zusammenhang mit der völligen Eingliederung des Gesindes in die herrschaftliche Hausgemeinschaft gesehen werden muss; vgl. *Schniedermann*, Beschäftigung 14.

³⁶⁶ Das BGB normiert in den §§ 433 Abs 2, 640 Abs 1 eine Abnahmepflicht für den Käufer. Die abweichende Regelung beim Dienstvertrag ist daraus zu erklären, dass der Gesetzgeber des BGB den Dienstvertrag am Modell der Sachmiete ausgerichtet hat, eine Konzeption, die auf die im römischen Recht als Sachmiete (*locatio conductio rei*) konstruierte Sklavenmiete zurückgeht. Das Mietrecht des BGB kennt keine Abnahmepflicht für den Mieter; vgl. in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 615 BGB, die – wie § 1155 ABGB – bei Nichtbeschäftigung den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung normiert; s dazu *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 17.

wäre, die ihm angebotenen Dienste anzunehmen.³⁶⁷ Der allgemeine Beschäftigungsanspruch wurde einerseits wegen der Konzeption des BGB und andererseits deswegen abgelehnt, weil man das Arbeitsverhältnis lediglich als materialistisches Austauschverhältnis an Arbeitsleistung und Lohn angesehen hatte.³⁶⁸ Demnach konnte der Arbeitgeber über die Arbeitskraft frei verfügen, sodass er im Fall einer Nichtbeschäftigung keine Pflichtverletzung begehen konnte.

Diese ablehnende Einstellung zum allgemeinen Recht auf Beschäftigung war zu Beginn des 20. Jahrhunderts herrschende Ansicht in der deutschen Rechtsprechung und Lehre.³⁶⁹ Lediglich in den Fällen, in denen eine ausdrückliche Abmachung vorlag, oder eine stillschweigende Vereinbarung im Wege der Auslegung gem §§ 133, 157 BGB³⁷⁰ wegen eines besonderen Interesses des Arbeitnehmers an der Beschäftigung angenommen wurde, bejahte man einen Beschäftigungsanspruch.³⁷¹ Ein derartiges Beschäftigungsinteresse wurde frühzeitig bei den Schauspielern angenommen, da nicht verkannt werden konnte, dass diese Arbeitnehmergruppe ein besonderes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung hatte und dass dem jeweiligen Vertragspartner dieses besondere Interesse an der Beschäftigung bei Abschluss des Schauspielervertrages erkennbar sein musste.³⁷² In weiterer Folge wurde die Beschäftigungspflicht auch bei anderen Berufen bejaht; so bei Lehrlingen und Volontären wie auch bei leitenden Angestellten, die „Dienste höherer Art“ verrichten, wie zB Schriftsteller, Redakteure, Ärzte und Erfinder.³⁷³

Im Jahre 1923 wurde die Idee geboren, die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers gesetzlich zu verankern. Es wurde der „Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes“ veröffentlicht, der in seinem § 46 Abs 1 eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers vorsah,

³⁶⁷ Die für das Arbeitsverhältnis maßgebende Norm des BGB – § 611 Abs 1 – lautet: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“ Eine Pflicht zur Entgegennahme der Dienste ist in dieser Bestimmung nicht enthalten. Lediglich im Kaufrecht (§ 433 Abs 2 BGB) und im Werkvertragsrecht (§ 640 BGB) ist eine Abnahmeverpflichtung des Käufers bzw des Werkbestellers ausdrücklich verankert; s dazu *Weidenkaff* in *Pallandt*, BGB⁶⁷ § 611 Rz 118.

³⁶⁸ S dazu *Immenkötter*, Beschäftigung 10 mwN der damals hM; ebenso *Geffert*, Beschäftigung 4 mwN.

³⁶⁹ Vgl die umfangreichen Nachweise der herrschenden Rsp und Lit der damaligen Zeit bei *Immenkötter*, Beschäftigung 10 FN 2.

³⁷⁰ Vgl § 914 ABGB.

³⁷¹ Vgl *Lepke*, Beschäftigung 31; *Immenkötter*, Beschäftigung 10.

³⁷² Näheres bei *Lepke*, Beschäftigung 28 mwN; *Immenkötter*, Beschäftigung 10.

³⁷³ Vgl *Immenkötter*, Beschäftigung 12 mwN; die Beschäftigungspflicht der Akkordarbeiter wurde aber hingegen – auch wenn sie auf den ersten Blick ein besonderes Interesse an der Beschäftigung zu haben scheinen – abgelehnt. Dies wurde damit begründet, dass die Beschäftigung lediglich als Maßstab für den vom Arbeitgeber zu leistenden Lohn herangezogen wird und daher ein besonderes Interesse an der Beschäftigung nicht vorliegt. Wenn der Arbeitgeber dem Akkordarbeiter keine ausreichende Akkordarbeit zuweise, so lasse sich der Lohn leicht aus dem durchschnittlichen Lohn des Arbeiters errechnen.

sofern der Arbeitnehmer ein besonderes Interesse an der Erbringung seiner Arbeitsleistung hatte.³⁷⁴ Der Entwurf fiel jedoch in Wasser, weil sie nie Gesetz wurde. Überdies spiegelte er nur den damaligen Diskussionstand zum Beschäftigungsanspruch wieder, da die zitierte Bestimmung infolge der Voraussetzung eines Beschäftigungsinteresses nur einem begrenzten Kreis von Arbeitnehmern zugute gekommen wäre und insofern nichts zur Weiterentwicklung der Problematik beigetragen hätte.³⁷⁵

Ein grundlegender Wandel in den Anschauungen über den Beschäftigungsanspruch erfolgte während der nationalsozialistischen Zeit. Unter dem Einfluss des nationalsozialistischen Gedankenguts trat der individuelle Arbeitsvertrag mehr und mehr in den Hintergrund zugunsten des nach dem Führerprinzip strukturierten Betriebes.³⁷⁶ Ab 1933 zeichnete sich mit der Schaffung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 20.1.1934³⁷⁷ ein Meinungswandel ab. Die deutsche Lehre entnahm dem AOG nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht des Arbeitnehmers, zum Nutzen von Volk und Staat tätig zu werden.³⁷⁸ So wurde bspw. in der Verbundenheit zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft, wie sie in § 2 Abs 2 AOG³⁷⁹ zum Ausdruck kam, eine Grundlage für die Beschäftigungspflicht gesehen.³⁸⁰ Der Arbeitgeber sei daher nicht berechtigt, den Arbeitnehmer willkürlich an der Erfüllung dieser Ehrenpflicht zu hindern. Trotz des Meinungswandels in der Lehre³⁸¹ blieb die deutsche Rechtsprechung der Auffassung, die sie schon vor 1933 vertreten hat. Sie hielt daran fest, dass eine Beschäftigungspflicht nur dann besteht, wenn der Arbeitnehmer ein besonderes Interesse an der Beschäftigung habe.

Nach 1945 trat hinsichtlich der Frage des allgemeinen Beschäftigungsanspruch eine erhöhte Rechtsunsicherheit ein. Sie wurde vor allem dadurch ausgelöst, dass das AOG, aus denen die überwiegende Anzahl der Autoren der nationalsozialistischen Zeit das allgemeine Recht auf Beschäftigung hergeleitet hatten, aufgehoben wurde.³⁸² Nach dem Wegfall des AOG und dem

³⁷⁴ S. dazu *Lepke*, Beschäftigung 34.

³⁷⁵ So *Lepke*, Beschäftigung 34.

³⁷⁶ Zur Entwicklung des Beschäftigungsanspruch in der nationalsozialistischen Zeit ausführlich *Lepke*, Beschäftigung 36 mwN; *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 23.

³⁷⁷ AOG 20.1.1934, RGBI I, welches durch den Alliierten Kontrollrat aufgehoben wurde und zum 1.1.1947 außer Kraft trat; vgl. *Lepke*, Beschäftigung 38.

³⁷⁸ Vgl. § 1 AOG, wonach der Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam zur Förderung des Betriebszweckes und zum Nutzen von Volk und Staat zusammenarbeiten sollen.

³⁷⁹ Gem. § 2 Abs 2 AOG hatte der Führer des Betriebes für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hatte ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten.

³⁸⁰ S. dazu *Geffert*, Beschäftigung 5; *Lepke*, Beschäftigung 38; *Immenkötter*, Beschäftigung 15.

³⁸¹ *Dietz* in *Hueck/Nipperdey/Dietz*, AOG § 2 Rz 18; *Hueck*, Arbeitsrecht² 121; *Nikisch*, Arbeitsvertrag 65 leiteten eine allgemeine Beschäftigungspflicht aus nationalsozialistischen Gesichtspunkten ab.

³⁸² So *Immenkötter*, Beschäftigung 18.

Inkrafttreten des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland wurde die Idee einer allgemeinen Beschäftigungspflicht wieder daher strikt abgelehnt, weil sie Ausdruck einer typisch nationalsozialistischen Gesinnung gewesen sei.³⁸³ Aus diesem Grund erfolgte eine Art Rückbesinnung auf das BGB und die herrschende Auffassung vor Inkrafttreten des AOG, die die Existenz eines Beschäftigungsanspruchs bekanntermaßen verneint hatte.³⁸⁴

Die Lehrmeinungen, die während der Geltung des AOG noch vereinheitlichte Tendenzen bezüglich einer allgemeinen Beschäftigungspflicht aufwiesen, wurden wieder geteilt. Ein bedeutender Teil der deutschen Lehre anerkannte jedoch weiterhin grundsätzlich ein Recht auf Beschäftigung, versuchte allerdings von der dem nationalsozialistischen Gedankengut verhafteten Begründung loszukommen und fand Argumente in der Betonung der individuellen Rechte des einzelnen Staatsbürgers auf Entwicklung seiner Persönlichkeit.³⁸⁵

Auch die Rechtsprechung, die nur ganz wenigen Berufsgruppen ein Beschäftigungsanspruch zubilligte, wurde uneinheitlich. Viele Instanzengerichte blieben allerdings bei der schon immer in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht und verneinten die allgemeine Beschäftigungspflicht.³⁸⁶ In einem bedeutenden Teil der Untergerichte setzte sich aber zu Beginn der 50er Jahre allmählich die Auffassung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht mit Blick auf das Wesen des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis durch.³⁸⁷ Waren es zunächst nur Untergerichte, die jedem Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch zubilligten, so zeichnete sich auch in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine Wandlung ab.³⁸⁸

Der entscheidende Durchbruch zugunsten eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches und ein vorläufiger Schlussstrich im Meinungsstreit erfolgte endlich durch das BAG Urteil vom 10.11.1955.³⁸⁹ Der 2. Senat schloss sich im Ergebnis der vorstehenden Entwicklung an und erkannte eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers an, die es aus dem verfassungsrechtlich gewährleistete Persönlichkeitsschutz (Art. 1 und 2 GG) des Arbeitnehmers ableitete. Das

³⁸³ Lepke, Beschäftigung 42; Geffert, Beschäftigung 5.

³⁸⁴ Immenkötter, Beschäftigung 18; Lepke, Beschäftigung 41mwN; Pallasch, Beschäftigungsanspruch 24.

³⁸⁵ Vgl die Nachweise bei Immenkötter, Beschäftigung 19.

³⁸⁶ Nachweise der Rsp der 60er Jahre bei Immenkötter, Beschäftigung 19 FN 19.

³⁸⁷ Vgl etwa LAG Bayern 17.2.1954, in dem unter Hinweis auf das Recht des Arbeitnehmers zur Persönlichkeitsentfaltung ausgeführt wurde, dass ein Beschäftigungsanspruch „nicht grundsätzlich abzulehnen“ sei; vgl ebenso die umfangreichen Nachweise zur einsetzenden Rechtsprechung der Instanzengerichte zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch bei Immenkötter, Beschäftigung 20 FN 21; Böhm, Beschäftigungsanspruch 60.

³⁸⁸ Vgl nur die Nachweise bei Immenkötter, Beschäftigung 20 mwN.

³⁸⁹ BAG 10.11.1955, 2 AZR 591/54 BAGE 2, 221.

Höchstgericht führte in diesem Grundsatzurteil aus, dass der Arbeitgeber die grundsätzliche Pflicht hat, den Arbeitnehmer während des Bestehens des Arbeitsvertrages im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz aus Art 1 und 2 GG, aber auch aus seiner Fürsorgepflicht und aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, tatsächlich zu beschäftigen. Eine Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts sei ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nur vorübergehend oder bei besonderem schutzwürdigem Interesse des Arbeitgebers, dessen Vorliegen sorgfältig zu prüfen sei, zulässig. Überdies hob das BAG in den Urteilsgründen den Charakter des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis hervor, welches den Arbeitnehmer in seiner ganzen Person erfasse und deshalb wesentlich sein Leben gestalte sowie seine Persönlichkeit bestimme. Der Arbeitgeber müsse nicht bloß aufgrund der Treuepflicht, sondern vor allem auch aufgrund der jedermann aus Art 1 und 2 GG obliegenden Verpflichtung alles unterlassen, was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen kann. Die Achtung und Anerkennung des Arbeitnehmers als Mensch beruhe nicht nur auf dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistungen, sondern weitgehend in der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben. Entscheidend war vor allem der Gedanke, die Freistellung von der Beschäftigungspflicht könnte auf einen Zwang zum Nichtstun hinauslaufen und den betreffenden Arbeitnehmer nicht mehr als vollwertiges Mitglied der Berufsgemeinschaft und der Gesellschaft erscheinen lassen.³⁹⁰ Darüber hinaus würden es sowohl Arbeitnehmer als auch die Allgemeinheit für verächtlich halten, Lohn in Empfang zu nehmen, ohne ihn durch entsprechende Leistung verdient zu haben. Schließlich wurde auf die Entfaltungsfreiheit der Arbeitnehmer hingewiesen, seine beruflichen Fähigkeiten durch ununterbrochene Tätigkeit zu erhalten und fortzubilden.³⁹¹

Am Ende des historischen Überblicks zur Entwicklung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs bis in die Mitte der fünfziger Jahre des letzten Jahrhunderts bleibt als Resümee, dass das Bestehen einer Beschäftigungspflicht solange abgelehnt wurde, wie man im Arbeitsvertrag allein einen schuldrechtlichen Austauschvertrag erblickte.

Trotz überwiegender Anerkennung eines Rechts auf Beschäftigung gab es und gibt es auch heute noch dogmatische Begründungsschwierigkeiten, zumal eine ausdrückliche Regelung im geltenden Recht nach wie vor fehlt.

³⁹⁰ Vgl die ähnliche Argumente von *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

³⁹¹ Vgl *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

Im Folgenden wird der Meinungsstand in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur dargestellt. Dabei soll sie so kurz wie möglich gefasst werden, da Rechtsprechung und Literatur zu diesem Problem seit langem unübersehbar geworden ist.³⁹²

2. Meinungsstand

a) Rechtsprechung

Die Frage, ob der Arbeitnehmer im aufrechten Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung hat, wird in der deutschen Rechtsprechung seit der Entscheidung des deutschen Bundesarbeitsgerichts vom 10.11.1955³⁹³ im Grundsatz bejaht. Demnach hat der Arbeitgeber nicht nur den Lohn zu bezahlen, sondern auch den Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen. Der Beschäftigungsanspruch ergibt sich nach der deutschen Judikatur nicht allein aus § 611 BGB, sondern wird auf den Arbeitsvertrag in Verbindung mit dem Persönlichkeitsrecht (Art 1 und 2 Abs 1 GG) des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der personalen Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses gestützt. Im Vordergrund der Herleitung der Anspruchsgrundlage für den Beschäftigungsanspruch stehen nach der Rsp in erster Linie ideelle und gesellschaftsbezogene Gründe. Diese sind Beeinträchtigung des Selbstwertgefühls, gesellschaftliche Ächtung und Diskriminierung des Arbeitnehmers aufgrund Nichtzulassung zur Arbeitsleistung. Materielle Elemente wie die Erhaltung der Fähigkeiten und Fertigkeiten treten dabei in den Hintergrund. Die beiden Säulen des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs sind daher namentlich die Würde des Menschen und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dem Arbeitnehmer wird auf dieser generalklauselartigen Grundlage schon immer dann ein Anspruch auf Beschäftigung eingeräumt, wenn er die tatsächliche Verwendung seiner Arbeitskraft verlangt und keine überwiegenden Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen.³⁹⁴

Die Grundsatzentscheidung des 2. Senats aus 1955 wurde Wegbereiter für die weitere Entwicklung des Rechts auf Beschäftigung. So ist der Anspruch in verschiedenen weiteren Urteilen des BAG nicht nur bestätigt³⁹⁵, sondern darüber hinaus auch inhaltlich weiter konkretisiert und fortgeführt worden.³⁹⁶

³⁹² Vgl zuletzt *Weber*, RdA 2007, 344 (345).

³⁹³ BAG 10.11.1955, 2 AZR 591/54 BAGE 2, 221.

³⁹⁴ Vgl *Geffert*, Beschäftigung 8.

³⁹⁵ Vgl zB BAG 4.6.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 85: „Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Beschäftigung.“; 26.10.1971, 1 AZR 113/68, BAGE 23, 507:

Es kann festgehalten werden, dass seit der Grundsatzentscheidung in der deutschen Rechtsprechung ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch in einem aufrechten Arbeitsverhältnis fast uneingeschränkt bejaht wird.

b) Literatur

(1) Begründungsversuche für die Anerkennung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs

Unter dem Eindruck des zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch ergangenen Grundsatzurteils setzte sich auch in der deutschen Literatur die Ansicht durch, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich ein Recht auf Beschäftigung hat, der nur bei Nichtinteresse des Arbeitnehmers an einer Beschäftigung bzw. überwiegenden gegenteiligen Interessen des Arbeitgebers entfallen sollte. Jedoch stieß in der Literatur die unmittelbare Heranziehung von Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 1 GG als Anspruchgrundlage zur Begründung einer generellen Beschäftigungspflicht durch das BAG im Urteil von 10.1.1955 auf Kritik.³⁹⁷ Die Kritik bezog sich allein auf die rechtliche Begründung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs mit Art 1 Abs 1 GG und Art 2 Abs 1 GG, nicht hingegen auf das Ergebnis, die Existenz dieses Anspruchs.³⁹⁸ Die Ablehnung des Beschäftigungsanspruchs aus den Grundrechten führte zum Versuch, den Beschäftigungsanspruch dogmatisch aus einer anderen Rechtsgrundlage abzuleiten. Das führte dazu, dass die dogmatischen Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsgrundlage des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs unüberschaubar wurden. Aus diesem Grund wird hier auf eine ausufernde Darstellung des Meinungsstreits über die

„(...) das dem Antrag auf Verurteilung zur Beschäftigung stattzugeben war, folgt aus (...) der feststehenden Rechtsprechung des BAG, das schon in seiner Entscheidung BAG 2, 221 eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschäftigung bejaht und diese Rechtsansicht stets aufrecht erhalten hat.“; 19.8.1976, 3 AZR 173/75, BAGE 28, 172: „Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG hat jeder Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, im Rahmen seines Arbeitsvertrages beschäftigt zu werden. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Schutz seiner Persönlichkeit (Art. 1, 2 GG).“; 26.5.1977, 2 AZR 632/76, BAGE 29, 206: „Nach der grundlegenden Entscheidungen des Senats vom 10.11.1955 (...) ist der Arbeitnehmer während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz der Art 1. und 2 GG auch zu beschäftigen.“; dazu ausführlich Böhm, Beschäftigungsanspruch 61 ff.

³⁹⁶ So in BAG 27.2.1985, GS 1/84, BAGE 48, 122 ff.

³⁹⁷ Vgl etwa Hueck/Nippede, Lehrbuch I⁷ 382: „Allein aus Art 1 und Art 1 GG vermögen eine positive Pflicht des Arbeitgebers zur Beschäftigung kaum begründen.“; Kraft, ZfA 1979, 132: „Auch im Rahmen der Art 1 und 2 GG muss festgestellt werden, ob ein Arbeitnehmer durch die Nichtbeschäftigung in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt wird. Diese Verletzung einfach zu unterstellen, besteht weder Grund noch rechtliche Basis.“

³⁹⁸ So Böhm, Beschäftigungsanspruch 114; Geffert, Beschäftigung 10.

Anspruchsgrundlage eines Beschäftigungsanspruches verzichtet.³⁹⁹ Trotz der kontroversen Meinungen bei der materiellen Begründung des Beschäftigungsanspruches besteht Einigkeit darüber, dass jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf Beschäftigung hat.

In der Literatur finden sich aber auch Stimmen, die der Judikatur folgen und damit für eine Ableitung des allgemeinen Beschäftigungsanspruches aus dem verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem Art 1 und 2 GG eintreten.⁴⁰⁰ So will *Fabricius*⁴⁰¹ den Arbeitsvertrag in Verbindung mit Art 1 und 2 GG und dem Sozialstaatsprinzip als dogmatische Rechtsgrundlage für die Anerkennung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht heranziehen. Auch *Müller-Glöge*⁴⁰² geht davon aus, dass „den Arbeitgeber grundsätzlich die Pflicht trifft, den Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, weil dies der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art 1, 2 GG) erfordert.“ Er stützt dabei den Beschäftigungsanspruch unmittelbar auf die Grundrechte, in dem er festhält, dass Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG der verfassungsrechtlichen Begründung des Arbeitnehmers dienen.⁴⁰³

Andere Autoren, die die verfassungsrechtliche Herleitung des Beschäftigungsanspruches ablehnen, stützen die von ihnen angenommene allgemeine Beschäftigungspflicht auf die Treuepflicht.⁴⁰⁴ So ist *Hueck*⁴⁰⁵ der Auffassung, dass für den Beschäftigungsanspruch immer eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der für Arbeitgeber und Arbeitnehmer maßgebenden Treuepflicht bedarf. Eine Beschäftigungspflicht sei jedenfalls dann zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer gar kein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat, oder wenn überwiegende Interessen des Arbeitgebers gegen die Beschäftigung sprechen. Auch für *Nikisch*⁴⁰⁶ findet die Beschäftigungspflicht ihre Grenze in der das ganze Arbeitsverhältnis beherrschenden Treuepflicht. Er ist der Ansicht, dass „mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht vereinbar“ sei, wenn dem Arbeitnehmer „das natürliche Bestreben, seine Arbeitskraft zu betätigen“ verwehrt würde.

³⁹⁹ Ziel der gegenständlichen Arbeit ist die umfassende Darstellung des Beschäftigungsanspruches nach dem österreichischem Recht. Der deutsche Meinungsstand dient nur dem Rechtsvergleich. Es ist daher nicht intendiert eine umfassende Darstellung der deutschen Rechtsmeinung hier abzubilden. Dies würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

⁴⁰⁰ *Fabricius*, ZfA 1972, 35 (45 und 47); *Müller-Glöge* in MünchKommBGB § 611 Rz 973.

⁴⁰¹ *Fabricius*, ZfA 1972, 35 (44); krit *Böhm*, Beschäftigungsanspruch 114.

⁴⁰² *Müller-Glöge* in MünchKommBGB § 611 Rz 973.

⁴⁰³ So *Müller-Glöge* in MünchKommBGB § 611 Rz 295.

⁴⁰⁴ So zB *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch I⁷ 380.

⁴⁰⁵ *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch I⁷ 380.

⁴⁰⁶ *Nikisch*, Arbeitsrecht I³ 512.

Weiters vertritt auch *Kaskel*⁴⁰⁷ die Meinung, dass grundsätzlich jedem Arbeitnehmer das Recht zuzuerkennen sei, seine Arbeitskraft auch tatsächlich im Arbeitsverhältnis zu verwenden. Dieses Recht soll er nur ausnahmsweise dann nicht haben, wenn nach den Umständen des besonderen Falles dem Arbeitgeber die tatsächliche Beschäftigung nicht zugemutet werden kann, zB wenn der betreffende Arbeitnehmer so unverträglich ist, dass eine Zusammenarbeit mit anderen Belegschaftsmitgliedern unmöglich geworden ist, oder wenn nach dem Geschäftsgang keine Arbeit vorhanden ist, etwa wegen Rückgang der Aufträge, oder auch wenn es sich um eine Vertrauensstellung handelt, die man dem betreffenden Arbeitnehmer nicht mehr überlassen kann. Um jedoch nicht ins Uferlose zu geraten, dürfen diese Ausnahmeumstände, aus denen die Unzumutbarkeit zu begründen ist, nicht rein im subjektiven Ermessen des Arbeitgebers liegen, sondern, so betont er, müssen objektiver Art, nach einem aus der Verkehrsanschauung zu entnehmenden objektiven Maßstabe zu begründen sein.

*Wiedemann*⁴⁰⁸ siedelt die Beschäftigungspflicht im Schuldrecht an.⁴⁰⁹ Seiner Meinung handelt es sich nach dem BGB beim Gläubigerverzug um eine Pflichtverletzung, wenn der Schuldner ein Interesse an der Inanspruchnahme seiner Leistung hat. Es handelt sich dabei um eine für Austauschverträge überhaupt und nicht nur für den Arbeitsvertrag typische Rechtsfigur. Die Beschäftigungspflicht stellt sich vor diesem Hintergrund als „Abnahmepflicht des Arbeitgebers“ dar.⁴¹⁰

*Pallasch*⁴¹¹ hingegen sieht die materielle Legitimation des Beschäftigungsanspruchs in seiner Ergänzungsfunktion im Hinblick auf den Kündigungsschutz.⁴¹² Nach dieser Ansicht könnte der Arbeitgeber durch die willkürliche Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers einen Kündigungsgrund schaffen, wenn der Arbeitnehmer namentlich in Berufen, die ständige Übung erfordern, über einen längeren Zeitraum an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert werde, so dass er schließlich nicht mehr in der Lage wäre, die vertraglich zugesagte Leistung zu erbringen und eine ausgesprochene Kündigung nunmehr wegen

⁴⁰⁷ *Kaskel*, NZfA 1922, 1.

⁴⁰⁸ *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis 62 leitet außerdem die Beschäftigungspflicht auch aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab.

⁴⁰⁹ *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis 62.

⁴¹⁰ Vgl zuletzt *Weber*, RdA 2007, 344 (352).

⁴¹¹ *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 74.

⁴¹² *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 74; so auch *Richardi* in *Staudinger-Ricardi* § 611 Rz 906 ff; abl *Böhm*, Beschäftigungsanspruch 118.

personenbedingter Gründe sozial gerechtfertigt wäre.⁴¹³ Diese willkürliche Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers führt somit dazu, dass sich die rechtlichen Möglichkeiten für den Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis durch Kündigung rechtswirksam zu beenden, verbessern.⁴¹⁴

Nach *Immenkötter*⁴¹⁵ und *Schniedermann*⁴¹⁶ stellt die Verweigerung der Beschäftigung des Arbeitnehmers eine Verletzung des „Rechts am Arbeitsplatz“ dar. Das Recht am Arbeitsplatz schützt nicht nur wie die Kündigungsschutzvorschriften den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Aus diesem Recht kann darüber hinaus ein Beschäftigungsanspruch hergeleitet werden. Da das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht iS von § 823 Abs 1 BGB anerkannt ist, führt eine widerrechtliche und schuldhafte Verletzung dieses Rechts gemäß § 249 BGB zum Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.

*Boemke*⁴¹⁷ leitet aus der gesetzlichen Normierung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs gem § 102 Abs 5 S 1 BetrVG⁴¹⁸ die Anerkennung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches ab. Wenn dem Arbeitnehmer schon im gekündigten Arbeitsverhältnis unter besonderen Voraussetzungen ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht, müsse er im ungekündigten Arbeitsverhältnis, so *Boemke*, erst recht die tatsächliche Beschäftigung verlangen können.

(2) Ablehnung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs

Obwohl die überwiegende Lehrmeinung in Deutschland ein allgemeines Recht auf Beschäftigung anerkennt und für gerechtfertigt erscheint ansieht, gibt es Stimmen die einen Beschäftigungsanspruch trotz der höchstgerichtlichen Judikatur nur in Ausnahmefällen anerkennen wollen.

In der Zeit nach der Grundsatzentscheidung gab es sogar eine Ansicht, die sowohl das Bestehen eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs wie auch weitergehende, einen

⁴¹³ *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 76.

⁴¹⁴ *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 76.

⁴¹⁵ *Immenkötter*, Beschäftigung 61.

⁴¹⁶ *Schniedermann*, Beschäftigung 37.

⁴¹⁷ So *Boemke*, Schuldvertrag 329.

⁴¹⁸ Zum Weiterbeschäftigungsanspruch s sogleich.

Beschäftigungsanspruch in Fällen eines besonderen Interesses des Arbeitnehmers an der Beschäftigung ablehnte.⁴¹⁹

Für einen Beschäftigungsanspruch bei Vorliegen von besonderen Beschäftigungsinteressen sind zunächst *Lepke*⁴²⁰ und *Kraft*⁴²¹. Sie lehnen einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch ab und widmen sich alternativen rechtsdogmatischen Begründungen, wonach ein Beschäftigungsanspruch nur für Arbeitnehmer anzuerkennen ist, die ein besonderes, schutzwürdiges Beschäftigungsinteresse geltend machen können. Diesen partiellen Beschäftigungsanspruch versucht *Lepke* aus der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht abzuleiten. Schutzwürdiges Berufsinteresse haben, so *Lepke*, zB Künstler, Architekten und Arbeitnehmer, die sich in ihrem Beruf ständig betätigen müssen, um ihre beruflichen Fertigkeiten zu erhalten und zu erweitern. Arbeitnehmer ohne berufliche Vor- und Ausbildung hätten dagegen keine Beschäftigungsinteresse und mithin auch keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung. Auch *Kraft*⁴²² anerkennt keine generelle Beschäftigungspflicht und stellt für den Beschäftigungsanspruch, wie *Lepke*, das schutzwürdige Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers in der Vordergrund. Seine dogmatische Begründung variiert jedoch von der *Lepkes*. Nach *Kraft* hat ein Arbeitnehmer ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung, wenn ihm durch die Nichtbeschäftigung ein materieller Schaden entsteht oder er durch die Nichtbeschäftigung in einem schutzwürdigen Interesse verletzt wird.⁴²³ Als Beispiel nennt *Kraft* jene Berufsgruppen, die ein besonderes Beschäftigungsinteresse haben, wie der Chefarzt und der Provisionsangestellte.⁴²⁴ Seine Ansicht stützt er dabei auf § 342 BGB, wonach jede Vertragspartei verpflichtet ist, während der Dauer der Vertragsbeziehung alles zu unterlassen, was den anderen Teil schädigen könnte.⁴²⁵

⁴¹⁹ So *Weber*, BB 1974, 698 (701): Seiner Ansicht nach sind wegen des Fehlens einer Gesetzeslücke im Hinblick auf die Frage einer Beschäftigungspflicht allein die § 615, 628 Abs 2 BGB maßgeblich, die den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers sichern und ihm ein außerordentliches Kündigungsrecht einräumen. Die Ablehnung des Beschäftigungsanspruchs in Fällen eines besonderen Beschäftigungsinteresses begründet *Weber* mit dem Umstand, dass gerade in diesen Fällen auch der Arbeitgeber ein besonderes Interesse daran haben könne, den Arbeitnehmer zwar zu bezahlen, aber nicht zu beschäftigen; vgl zuletzt auch *Böhm*, Beschäftigungsanspruch 109; *Weber*, RdA 2007, 344 (352).

⁴²⁰ *Lepke*, Beschäftigung 120.

⁴²¹ *Kraft*, ZfA 1979, 123 (129).

⁴²² *Kraft*, ZfA 1979, 123 (132).

⁴²³ *Kraft*, ZfA 1979, 123 (132).

⁴²⁴ *Kraft*, ZfA 1979, 123 (129).

⁴²⁵ *Kraft*, ZfA 1979, 123 (131).

*Geffert*⁴²⁶ ist der Auffassung, dass nicht grundsätzlich jedem Arbeitnehmer ohne weiteres aus der Existenz eines Arbeitsvertrages ein Beschäftigungsanspruch zugestanden werden könnte. Auch aus Art 1 und Art 2 GG lässt sich ein generelles anspruchbegründendes Beschäftigungsinteresse nicht ableiten. Er ist der Ansicht, dass der Beschäftigungsanspruch „eine Tatfrage des einzelnen Falles“ ist.⁴²⁷ Eine Differenzierung bzw ein genereller Vorzug der Interessen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber sei nicht begründbar. Vielmehr können sowohl Interessen des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers schutzwürdig sein. Demnach sind die Interessenlagen beider Parteien im Einzelfall abzuwägen.

Auch *Böhm*⁴²⁸ ist für Einzelfallbetrachtung eines Beschäftigungsanspruchs und lehnt einen für alle Arbeitsverhältnisse geltenden allgemeinen Beschäftigungsanspruch ab. Sie ist der Auffassung, dass die aus Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG abgeleitete grundrechtliche Begründung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruch diese Verfassungsnormen überstrapaziert. Ihre Ansicht nach lässt sich der Beschäftigungsanspruch nur im Einzelfall aufgrund einer stillschweigenden Vereinbarung (§§ 133,157 BGB) oder einer Erwirkung durch Individualübung (§ 242 BGB) begründen.⁴²⁹

c) **Zusammenfassung**

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass nach hM in Deutschland jedem Arbeitnehmer während einem aufrechten Arbeitsverhältnis ein Recht auf Beschäftigung zugebilligt wird. Die Beschäftigungsanspruch entfällt nur dann, wenn das besondere Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung den Belangen des Arbeitnehmers für eine tatsächliche Beschäftigung überwiegt.

B. Das Recht auf Weiterbeschäftigung im gekündigten Arbeitsverhältnis

Der unter Punkt A. dargestellte Überblick berücksichtigte nur die Entwicklung eines Beschäftigungsanspruches in einem bestehenden Arbeitsverhältnis. Nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw nach Zugang einer fristlosen Kündigung stellt sich für den Arbeitnehmer die Frage nach einem Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung in ähnlicher Weise. In

⁴²⁶ *Geffert*, Beschäftigung 24.

⁴²⁷ *Geffert*, Beschäftigung 24.

⁴²⁸ *Böhm*, Beschäftigungsanspruch 166.

⁴²⁹ Vgl zuletzt *Weber*, RdA 2007, 344 (352), der ein allgemeines Recht auf Beschäftigung ablehnt.

Deutschland besteht daher im gekündigten Arbeitsverhältnis – im Vergleich zu Österreich – das Rechtsinstitut des sog Weiterbeschäftigungsanspruches. Die geschichtliche Entwicklung dieses praktisch bedeutsameren (Weiter-)beschäftigungsanspruches hat sich – im Gegensatz zum „klassischen“ Beschäftigungsanspruch – später durchgesetzt. In der Folge soll nun kurz dargestellt werden, wie sich eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung auf den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers auswirkt.⁴³⁰ Vorweg soll aber ein historischer Überblick über das Weiterbeschäftigungsanspruch gegeben werden.

1. Historische Entwicklung

Eine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers hat es bereits im BRG 1920⁴³¹ gegeben, wonach bei Unwirksamkeit einer Kündigung eine Weiterbeschäftigungspflicht bestand, sofern es der Arbeitgeber nicht auf eine Entschädigung ankommen lassen wollte. Nach der ganz überwiegenden Meinung⁴³² war diese Weiterbeschäftigungspflicht keine Rechtsgrundlage für ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung. Sie sicherte lediglich den Fortbestand des alten Arbeitsvertrages und damit der vertraglichen Vergütungsansprüche.⁴³³

Ähnliche Weiterbeschäftigungsvorschriften wurden auch im AOG⁴³⁴ und HBRG⁴³⁵ normiert. Diese Gesetze statuierten ebenfalls keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur tatsächlichen Verwendung der Arbeitskraft, sondern bestimmten lediglich eine Zahlungspflicht zwischen Entlassung und Weiterbeschäftigung.⁴³⁶

Im Gegensatz zu den oben zitierten Gesetzen wurde im BetrVG 1952⁴³⁷ eine Regelung zur Weiterbeschäftigungspflicht gar nicht gesetzlich verankert und die bisherigen auf diesem Gebiet bestehenden Bestimmungen außer Kraft gesetzt. Dass die Weiterbeschäftigung im BetrVG keinen Niederschlag gefunden hatte, wurde damit begründet, dass die Fragen des Kündigungsschutzes erschöpfend und ausreichend im deutschen Kündigungsschutzgesetz von

⁴³⁰ Ausführlich dazu *Geffert*, Beschäftigung 25 ff.

⁴³¹ BRG 4.2.1920 dRGBI I 147.

⁴³² S dazu *Geffert*, Beschäftigung 25 mwN.

⁴³³ *Geffert*, Beschäftigung 25.

⁴³⁴ AOG 20.1.1934, dRGBI I 45.

⁴³⁵ HBRG 31.5.1948, GVBI 23/1948.

⁴³⁶ *Geffert*, Beschäftigung 25 mwN.

⁴³⁷ dBetrVG 10.11.1952 dRGBI I 681.

1951(KSchG) ⁴³⁸ geregelt worden seien. Mit der Zeit wurde dem Gesetzgeber aber klar, dass das dKSchG seiner Aufgabe, den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten nur unvollkommen gerecht werden konnte.⁴³⁹ Die natürliche Konsequenz war, dass der Gesetzgeber dieser Lücke entgegenwirken musste. Um auf der einen Seite einen vollkommenen Kündigungsschutz zu gewährleisten und auf der anderen Seite nicht dem bereits Anerkennung gefunden habenden allgemeinen Beschäftigungsanspruchs nachzuhinken, führte der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des dBetrVG eine Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers für die Dauer des Kündigungstreits ein.⁴⁴⁰ Gem § 102 Abs 5 dBetrVG 1972⁴⁴¹ ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer auch nach Ablauf der Kündigungsfrist unter bestimmten Voraussetzungen so lange weiterzubeschäftigen, bis das Kündigungsschutzverfahren rechtskräftig entschieden ist.⁴⁴² Nachdem Inhalt und Umfang dieser betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungspflicht – trotz detaillierter gesetzlicher Regelung – lange Zeit umstritten war, ist inzwischen allgemein anerkannt, dass die Bestimmung des § 102 Abs 5 dBetrVG dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung gewährt.⁴⁴³

Als sich diese Rechtsauffassung Mitte der siebziger Jahre immer mehr etablieren konnte, dauerte es nicht lang bis Stimmen in Rsp⁴⁴⁴ und Literatur⁴⁴⁵ laut wurden, die für einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch postulierten. So wurde ein – diesem gesetzlichen Anspruch vergleichbarer – Status auch außerhalb des eigentlichen Anwendungsbereich des § 102 Abs 5 BetrVG in Betracht gezogen, was sich in weiterer Folge zu einem der heftigsten Streitpunkte im deutschen Arbeitsrecht überhaupt entwickelte. Ein überwiegender Teil der Meinungen war grundsätzlich für die Ausdehnung der Weiterbeschäftigungspflicht, wenn auch mit teils unterschiedlichen Begründungen.⁴⁴⁶

Die – inzwischen zur herrschende Meinung aufgestiegene – Rechtsauffassung wurde durch das Urteil des BAG vom 26.5.1977⁴⁴⁷ gedämpft. Zur Überraschung und gleichzeitig zur

⁴³⁸ dKSchG 10.8.1951 dBGBI I 499.

⁴³⁹ S dazu ausführlich *Geffert*, Beschäftigung 26.

⁴⁴⁰ dBetrVG 15.2.1972 dBGBI I 13.

⁴⁴¹ dBetrVG 15.2.1972 dBGBI I 13.

⁴⁴² Im Einzelnen setzt der Anspruch voraus: eine ordentliche Kündigung, die Existenz eines Betriebsrats, die Erhebung einer form- und fristgerechten Widerspruchs, das Verlangen des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung und das Vorliegen einer fristgerechten Kündigungsschutzklage.

⁴⁴³ Vgl die ausführlichen Nachweise bei *Geffert* Beschäftigung 27.

⁴⁴⁴ S Nachweise der Jud bei *Geffert* Beschäftigung 28 FN 21.

⁴⁴⁵ S Nachweise der Lit bei *Geffert* Beschäftigung 28 FN 20.

⁴⁴⁶ Ausführliche Nachweise bei *Geffert* Beschäftigung 28 FN 25.

⁴⁴⁷ BAG 26.5.1977, 2 AZR 632/76, BAGE 29, 195.

Enttäuschung der sich zwischenzeitig gebildeten hM lehnte der 2. Senat des BAG in dieser höchstgerichtlich erstmalig zum Weiterbeschäftigungsanspruch ergangenen Entscheidung eine allgemeine Weiterbeschäftigungspflicht über das Ende der Kündigungsfrist hinaus bzw nach Zugang der fristlosen Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung ab. Ausnahmen sollte es nur in solchen Fällen geben, in denen das Arbeitsverhältnis trotz erfolgter Kündigung nach der objektiven Rechtslage unzweifelhaft fortbesteht; bspw bei einer offensichtlich unwirksamen und bei einer offenbar rechtsmißbräuchlichen oder willkürlichen Kündigung.⁴⁴⁸

Die Entscheidung des 2. Senats des BAG stieß – wie erwartet – sowohl in der Lit als auch in der Rsp der Instanzengerichte zum Teil auf heftigen Widerstand.⁴⁴⁹ Die Konsequenz der Kritik an das BAG war, dass die Untergerichte abweichende Auffassungen vertraten.⁴⁵⁰ Aus der wachsenden Kritik an der Rechtsansicht des 2. Senats sah sich der BAG veranlasst, den Großen Senat des BAG anzurufen, um Umfang und Grenzen eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch festlegen zu lassen.⁴⁵¹

Eine Entscheidung ließ jedoch zunächst auf sich warten, da in einem den gegenständlichen Fall betreffenden Verfahren der klagende Arbeitnehmer die Revision mit Zustimmung des beklagten Arbeitgebers zurücknahm. Endlich führte aber der Vorlagebeschluss vom 21.12.1983 durch den 7. Senat zu der langersehnten Entscheidung des Großen Senats des BAG. In der Entscheidung vom 27.2.1985⁴⁵² hat der Große Senat einen Beschäftigungsanspruch während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses befürwortet, jedoch sind auch nach dieser Entscheidung viele Fragen bezüglich der Rechtsbeziehungen der Parteien offen geblieben.⁴⁵³

⁴⁴⁸ *Geffert*, Beschäftigung 29.

⁴⁴⁹ S Nachweise bei *Geffert*, Beschäftigung 30 FN 29.

⁴⁵⁰ Zu dieser Kritik s ausführlich *Geffert*, Beschäftigung 30 mwN.

⁴⁵¹ S dazu ausführlich *Geffert*, Beschäftigung 32.

⁴⁵² BAG 27.2.1985, GS 1/84 BAGE 48, 122.

⁴⁵³ S dazu ausführlich *Geffert*, Beschäftigung 33 ff.

2. Meinungstand

a) Das Recht auf Weiterbeschäftigung während der Kündigungsfrist

Nach Ausspruch der ordentlichen Kündigung ist das Arbeitsverhältnis kein ungekündigtes mehr. Auch bei Wirksamkeit der Kündigung enden die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien erst mit Ablauf der Kündigung. MaW hat der Ausspruch einer Kündigung auf arbeitsvertragliche Ansprüche keine Auswirkungen.⁴⁵⁴ Daher ist es unstrittig, dass der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers für diesen fraglichen Zeitraum fortbesteht, sofern natürlich solcher im ungekündigten Arbeitsverhältnis anerkannt ist. Dieser Beschäftigungsanspruch während der Kündigungsfrist wird aber häufig von den Vertragsparteien – wie überhaupt der Ausschluss des Beschäftigungsanspruches für das ganze Arbeitsverhältnis möglich ist – idR vertraglich abbedungen.⁴⁵⁵ Während des Laufs der Kündigungsfrist kann eine Freistellung ausnahmsweise auch dann in Betracht kommen, wenn schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung überwiegen, bspw wenn das Verhalten des Arbeitnehmers einen normalen Betriebsablauf unmöglich macht. Abgesehen von einer notwendigen Interessenabwägung besteht grundsätzlich der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist materiellrechtlich fort. Die Gründe, die zur Anerkennung des Beschäftigungsanspruches geführt haben, sind in diesem Fall keine anderen als die im ungekündigten Arbeitsverhältnis.⁴⁵⁶

b) Das Recht auf Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum Ende des Kündigungsschutzverfahrens

Nach Ablauf der Kündigungsfrist müssen für die Phase bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zwei verschiedene Sachverhalte unterschieden werden. Es ist nämlich danach zu differenzieren, ob es sich beim Weiterbeschäftigungsanspruch um einen betriebsverfassungsrechtlichen oder um einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch handelt. MaW muss unterschieden werden, ob für das gekündigte Arbeitsverhältnis ein vorläufiger Bestandschutz gemäß § 102 Abs 5 dBetrVG besteht oder nicht.

⁴⁵⁴ Vgl Pallasch, Beschäftigungsanspruch 108.

⁴⁵⁵ Vgl Pallasch, Beschäftigungsanspruch 88.

⁴⁵⁶ Vgl Pallasch, Beschäftigungsanspruch 109.

(1) Das Recht auf Weiterbeschäftigung bei vorläufigem Bestandschutz

Der Arbeitnehmer ist gem § 102 Abs 5 S 1 dBetrVG⁴⁵⁷ auf sein Verlangen⁴⁵⁸ bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt⁴⁵⁹, der Betriebsrat der Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen⁴⁶⁰ und der Arbeitnehmer fristgerecht nach dem Klage auf Feststellung nach dem dKSchG erhoben hat.

Bei Vorliegen all dieser tatbestandlichen Voraussetzungen des § 102 Abs 5 dBetrVG muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer „bei unveränderten Arbeitsbedingungen“ weiterbeschäftigen.

Hinsichtlich der Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsverhältnisses, die als Anspruch iSd § 194 Abs 1 BGB konzipiert erscheint, besteht ein Meinungsstreit. Ein Teil der deutschen Lehre klassifizieren das Weiterbeschäftigungsverhältnis des § 102 Abs 5 dBetrVG entweder als gesetzliches Schuld- bzw Arbeitsverhältnis oder sie sprechen von einem „speziellen Beschäftigungsanspruch“.⁴⁶¹ Nach der hM handelt es sich bei dem Weiterbeschäftigungsverhältnis des § 102 Abs 5 dBetrVG um das ursprüngliche, durch Arbeitsvertrag begründete Arbeitsverhältnis, das als auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortgesetzt wird.⁴⁶² Der Arbeitnehmer genießt dadurch – unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung – einen vorläufigen Bestandschutz für das Arbeitsverhältnis, in dem die arbeitgeberseitige Kündigung suspendiert und das Arbeitsverhältnis über den Kündigungstermin hinaus verlängert wird. § 102 Abs 5 dBetrVG legt materiellrechtlich fest, dass der Arbeitgeber das Risiko der Ungewissheit über die Wirksamkeit seiner Kündigung zu

⁴⁵⁷ Eine entsprechende Regelung enthalten die §§ 79 Abs 2 BPersVG, 77 Abs 2 PersVG Baden-Württemberg sowie Art 77 Abs 2 BayPersVG. Da sich diese Vorschriften inhaltlich nicht voneinander unterscheiden, wird hier lediglich § 102 Abs 5 BetrVG dargestellt; vgl *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 89.

⁴⁵⁸ Dieses Weiterbeschäftigungsverlangen ist ein Gestaltungsrecht.

⁴⁵⁹ Bei außerordentlichen Kündigungen greift § 102 Abs 5 BetrVG nicht ein, weil dem Arbeitgeber bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht zuzumuten ist, dem Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen; vgl *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 90 mwN.

⁴⁶⁰ Ob der Widerspruchsggrund tatsächlich vorliegt, spielt keine Rolle. Der Arbeitgeber ist auch dann zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet, wenn der Widerspruch des Betriebsrats unbegründet war; vgl *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 90 mwN.

⁴⁶¹ S diesbezüglich *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 92.

⁴⁶² Der hM ist deshalb gegenüber der Konstruktion als gesetzliches Schuld- bzw Arbeitsverhältnis der Vorzug zu geben, weil im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung das gesetzliche Schuld- bzw Arbeitsverhältnis parallel zum vertraglichen begründeten Arbeitsverhältnis fortbestehen würde; vgl *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 92.

tragen hat. Bei Unwirksamkeit der Kündigung treten die materiellen Auswirkungen nicht in Erscheinung, da das Arbeitsverhältnis materiellrechtlich ohnehin fortbestanden hat.⁴⁶³

Weiters stellt sich die – die gegenständliche Arbeit betreffende – Frage, wieso es sich beim Weiterbeschäftigungsverhältnis überhaupt um ein umfassendes Rechtsverhältnis handelt und nicht jedoch um einen bloßen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, wie es der Wortlaut des § 102 Abs 5 dBetrVG nahe legen könnte. Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Abs 5 dBetrVG und der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch sind sowohl inhaltlich als auch ihrer rechtsdogmatischen Struktur nach wesensverschieden.⁴⁶⁴ Beim Beschäftigungsanspruch handelt es sich um einen echten, klagbaren Anspruch iSd § 194 Abs 1 dBGB auf tatsächliche Beschäftigung. Hingegen ist der Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers in diesem Sinne gar kein Anspruch.⁴⁶⁵ Durch § 102 dBetrVG hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, mit der Ausübung seines Weiterbeschäftigungsverlangens die Rechtswirkungen der Kündigung zu suspendieren. Die Folge ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit allen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens.⁴⁶⁶ Der wesentliche Punkt ist, dass der Beschäftigungsanspruch, ebenso alle anderen arbeitsvertraglichen Ansprüche, sich aus dem vorläufig bestandgeschützten Arbeitsverhältnis und nicht aus § 102 Abs 5 dBetrVG ergeben. MaW hat der Beschäftigungsanspruch im vorläufig bestandgeschützten Arbeitsverhältnis keine andere Funktion und Reichweite als im ungekündigten Arbeitsverhältnis. § 102 Abs 5 dBetrVG trifft im Hinblick auf den arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers überhaupt keine Aussage.⁴⁶⁷ Da § 102 Abs 5 dBetrVG materiellrechtlich das Risiko der Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung auf den Arbeitgeber überwälzt, kann dem Beschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers nicht allein der Tatbestand der Kündigung entgegengehalten werden. Der Arbeitnehmer verwirklicht mit seiner tatsächlichen Beschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht nur sein typisches Beschäftigungsinteresse, sondern sichert zugleich auch seinen Arbeitsplatz für den Fall des Obsiegens im Kündigungsschutzprozess. Der Arbeitnehmer wird daher insofern zum „Hüter seines Arbeitsplatzes“. Dieser Umstand ist aber nicht der „Funktionserweiterung des

⁴⁶³ Pallasch, Beschäftigungsanspruch 90 mwN.

⁴⁶⁴ Pallasch, Beschäftigungsanspruch 96.

⁴⁶⁵ Pallasch, Beschäftigungsanspruch 96.

⁴⁶⁶ Auch wenn nach dem Wortlaut vom „weiterbeschäftigen“ die Rede ist, geht es nach der hM vielmehr um den Fortbestand des gesamten Arbeitsverhältnisses; vgl Pallasch, Beschäftigungsanspruch 90 mwN.

⁴⁶⁷ Pallasch, Beschäftigungsanspruch 94.

arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch“⁴⁶⁸ zuzuschreiben, sondern der Risikoabwälzung an den Arbeitgeber aufgrund des § 102 Abs 5 dBetrVG, der die Ungewissheit über die Wirksamkeit seiner Kündigung trägt.

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass sich der Beschäftigungsanspruch nicht aus § 102 Abs 5 dBetrVG, sondern sich dieser vielmehr aus dem vorläufig bestandgeschützten Arbeitsverhältnis ergibt, indem der gekündigte Arbeitnehmer aufgrund des Weiterbeschäftigungsverhältnisses keine andere Rechtsstellung als im ungekündigten Arbeitsverhältnis hat. Beim Weiterbeschäftigungsverhältnis handelt es sich um das ursprüngliche, durch Arbeitsvertrag begründete Arbeitsverhältnis, das den Zweck hat den Arbeitnehmer im Falle des Obsiegens im Kündigungsschutzrechtstreit seinen Arbeitsplatz zu behalten.⁴⁶⁹

An dieser Stelle ist abschließend noch anzumerken, dass die praktische Bedeutung des § 102 Abs 5 dBetrVG nicht allzu groß ist, da seine formalen Voraussetzungen – wie oben gezeigt – so kompliziert gestaltet sind, dass ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nur in seltenen Fällen geltend gemacht werden kann. So können bspw nur jene Arbeitnehmer eine Klage nach dem dKSchG erheben und in den Genuß des vorläufigen Bestandschutzes kommen, die in den persönlichen Geltungsbereich des § 1 Abs 1 dKSchG fallen. Darüber hinaus ist der Katalog der Gründe, auf die der Betriebsrat seinen Widerspruch gegen ordentlichen Kündigung stützen kann (§ 102 Abs 3 dBetrVG) abschließend, was eine erhebliche Einschränkung der Weiterbeschäftigungspflicht zur Folge hat.⁴⁷⁰

Aus diesem Grund wurden Stimmen laut, die neben diesem betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch für einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch für die Zeit nach der Kündigungsfrist postulierten. Dies wird im Folgenden nun näher dargestellt.

(2) Das Recht auf Weiterbeschäftigung ohne vorläufigem Bestandschutz

Wie bereits weiter oben erwähnt, wurde im deutschen Schrifttum und Rsp gefordert, einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch auch außerhalb des Anwendungsbereiches des § 102 Abs 5 BetrVG nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Entscheidung

⁴⁶⁸ Pallasch, Beschäftigungsanspruch 96.

⁴⁶⁹ Pallasch, Beschäftigungsanspruch 90 und 93.

⁴⁷⁰ Pallasch, Beschäftigungsanspruch 90.

des Kündigungsschutzverfahrens anzuerkennen. Da der Gesetzgeber dem Weiterbeschäftigungsanspruch § 102 Abs 5 dBetrVG sehr enge Grenzen gesetzt hat und der überwiegende Teil der Arbeitnehmerschaft nicht diesen Bestandschutz in Anspruch nehmen kann, stellt der Beschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses in einem nicht bestandgeschützten Arbeitsverhältnis die größte praktische Bedeutung dar.⁴⁷¹ Die Bedeutung ist vor allem dann schlagend, wenn sich die Arbeitgeberkündigung retrospektiv als unwirksam herausstellt. Denn besteht für das Arbeitsverhältnis kein vorläufiger Bestandschutz, hat eine Kündigung des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer weitaus folgenschwere Konsequenzen. Wie bereits erwähnt, hängt der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers vom Bestehen eines Arbeitsvertrages ab. Der Arbeitnehmer kann ohne einen wirksamen Arbeitsvertrag naturgemäß keine arbeitsvertraglichen Ansprüche geltend machen. Ob die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung wirksam ist, ist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits ungewiß. Der vorläufige Fortbestand des gesamten Arbeitsverhältnisses über den Kündigungstermin hinaus wurde abgelehnt, da die für den Beschäftigungsanspruch geforderten Voraussetzungen vertauscht werden würden: Die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags würde in so einem Falle aus dem Bestehen des Beschäftigungsanspruches folgen.⁴⁷²

Dass der Arbeitgeber nicht wie im Anwendungsbereich des § 102 Abs 5 dBetrVG das Risiko der Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung nicht zu tragen hätte, hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer jedenfalls nach Ablauf der Kündigungsfrist seinen Arbeitsplatz verliert. Diese Ansicht teilte zunächst auch der BAG. Der 2. Senat des BAG hat in seiner Entscheidung vom 26.5.1977⁴⁷³ unter Hinweis auf § 102 Abs 5 BetrVG eine allgemeine Beschäftigungspflicht über das Ende der Kündigungsfrist hinaus bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung abgelehnt und nur ausnahmsweise, zB bei einer offensichtlich rechtsunwirksamen Kündigung diesen Anspruch bejaht.⁴⁷⁴ Das Gericht führt dabei aus, dass *„wenn das Gesetz nur unter den sehr engen Voraussetzungen des § 102 Abs 5 BetrVG zugelassen hat, dass ein durch die rechtskräftige Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Arbeitsverhältnis bestehen soll, so liegt hierin zugleich, dass ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch während des*

⁴⁷¹ So Pallasch, Beschäftigungsanspruch 108.

⁴⁷² Pallasch, Beschäftigungsanspruch 103.

⁴⁷³ BAG 26.5.1977, 2 AZR 632/76, BAGE 29, 195.

⁴⁷⁴ Geffert, Beschäftigung 29; Pallasch, Beschäftigungsanspruch 111.

*Kündigungsschutzprozesses vom Gesetzgeber abgelehnt wird. Die Ausdehnung des in § 102 Abs 5 BetrVG geregelten gesetzlichen Entstehungsstatbestandes auf die Fälle einer in ihrer Wirksamkeit zweifelhaften Kündigung geht über die Grenzen hinaus, die den Gerichten bei der Rechtsanwendung gesetzt sind (...)*⁴⁷⁵

Der Große Senat des BAG hat Jahre später das Problem noch einmal aufgerollt und die Ablehnung des Beschäftigungsanspruchs während des Kündigungsprozesses in Zweifel gezogen. Mit seinem Beschluss vom 27.2.1985 hat der Große Senat schließlich die Ansicht des BAG aus dem Jahre 1977 verworfen.⁴⁷⁶ Seiner Ansicht nach sollte der Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung auch während des Kündigungsschutzprozesses auf den arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch gestützt werden. Der Große Senat erkannte zutreffend, dass (materielle) Voraussetzung für den Beschäftigungsanspruch ein bestehender Arbeitsvertrag sei, sodass eigentlich bei Wirksamkeit der Kündigung durch den Arbeitgeber der Anspruch auf Beschäftigung nicht (fort-)bestehen würde. Da der Beschäftigungsanspruch auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis nur bei Nichtvorliegen von schützenswerten Interessen des Arbeitgebers anzuerkennen sei, vertrat er die Ansicht, dass auch nach Ablauf der Kündigungsfrist die Interessen der Arbeitsvertragsparteien abzuwägen seien. Mit Hilfe dieser materiellrechtlichen Abwägungskonstruktion prüfte der Große Senat das beiderseitige Risiko des ungewissen Prozessausgangs.

Der Große Senat führte diesbezüglich aus, dass der gekündigte Arbeitnehmer „außerhalb der Bestimmung des § 102 Abs 5 BetrVG einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist und bei fristloser Kündigung über deren Zugang hinaus bis zum rechtskräftigen Abschlusses Kündigungsschutzprozess besitze, wenn die Kündigung unwirksam sei und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstünden. Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründe die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsverfahrens. Dieses überwiege in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsprozess ein die Unwirksamkeit der

⁴⁷⁵ Das BAG unterschied dabei allerdings nicht hinreichend zwischen dem arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch und einem Weiterbeschäftigungsanspruch zur Verwirklichung eines vorläufigen Bestandschutzes für das Arbeitsverhältnis; s dazu *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 111.

⁴⁷⁶ BAG 27.2.1985, GS 1/84, BAGE 48, 122 ff.

Kündigung feststellendes Urteil ergeht. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen. Hinzu kommen müssen dann vielmehr zusätzliche Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen.“

Mit anderen Worten stellte der Große Senat die Regel auf, dass – abgesehen von offensichtlich unwirksamer Kündigung – bis zur erstinstanzlichen Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers überwiegt. Obsiegt der Arbeitnehmer in erster Instanz vor dem Arbeitsgericht, so hat er für die weitere Prozessdauer einen Weiterbeschäftigungsanspruch, es sei denn, der Arbeitgeber kann noch besondere Umstände für eine Interessenabwägung zu seinen Gunsten vorbringen.

In seinem Beschluss erkannte das BAG, dass ein Weiterbeschäftigungsanspruch nur selbstverständlich dann Bestand haben kann, wenn nach objektiver Rechtslage die Kündigung unwirksam ist. Nur in diesem Fall würde das Arbeitsverhältnis während des Kündigungsschutzprozesses fortbestehen. Hauptproblem ist aber, dass diese objektive Rechtslage über die Wirksamkeit der Kündigung zum Zeitpunkt, in welcher eine Entscheidung über den Beschäftigungsanspruch getroffen werden muss, nicht feststeht. Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist daher im Kündigungsschutzprozess für beide Parteien ungewiss. Stellt sich hingegen die Wirksamkeit der Kündigung heraus, so hat auch kein vertraglicher Beschäftigungsanspruch mehr über diesen Zeitpunkt hinaus bestanden, weil die wichtigste Voraussetzung für einen derartigen Anspruch objektiv gefehlt hat. Einen vertraglichen Beschäftigungsanspruch nach einer wirksamen Kündigung kann es denknotwendig nicht geben. Außerdem könne bei rechtskräftiger Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung eine vollzogene Beschäftigung nicht mehr ungeschehen machen lassen. Umgekehrt soll aber das Beschäftigungsinteresse des gekündigten Arbeitnehmers bei Verneinung der Wirksamkeit der Kündigung durch das erstinstanzliche Gericht schutzwürdiger sein, weshalb von diesem Zeitpunkt an der Beschäftigungsanspruch anerkannt werden müsste, es sei denn, es lägen Gründe vor, die einer Beschäftigung des Arbeitnehmers auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis entgegengestanden hätten.

Mit der eigens geschaffenen Abwägungskonstruktion wollte der Große Senat die Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses gerechter gestalten. Gegen die Abwägungskonstruktion des Großen Senats „hagelte“ es jedoch schnell an Kritik.⁴⁷⁷ Anstatt in dieser Sache einen Schlusstrich zu ziehen, sorgte der Große Senat für mehr Diskussions- und Streitstoff als jeher.⁴⁷⁸

Das BAG hat – auch wenn er es nicht eingestehen will⁴⁷⁹ – ein neues Rechtsgebilde⁴⁸⁰ geschaffen, weil der Weiterbeschäftigungsanspruch durch die neue Konstruktion eine andere Qualität als der Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis hat. Die beiden Rechtsinstitute sind nicht mehr identisch, weil der Weiterbeschäftigungsanspruch im Gegensatz zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch ganz andere Voraussetzungen fordert.⁴⁸¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Fall einer offensichtlich unwirksamen Kündigung, der Arbeitnehmer unabhängig von § 102 Abs 5 dBetrVG einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch für die Dauer des Verfahrens in erster Instanz hat. Liegt keine offensichtlich unwirksame Kündigung vor, überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zur erstinstanzlichen Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses. Obsiegt jedoch der Arbeitnehmer in erster Instanz, so überwiegt für die weitere Prozessdauer sein Interesse, es sei denn, der Arbeitgeber kann besondere Umstände für eine Interessenabwägung zu seinem Gunsten vorbringen.

(3) Das Recht auf Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Kündigungsschutzverfahrens bei außerordentlicher Kündigung

Im Falle einer außerordentlichen Kündigung kann sich ein Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf des Kündigungsschutzverfahrens nur nach den Grundsätzen zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch ergeben. Ein solcher Anspruch wird jedoch wegen der hierbei durchzuführenden Interessenabwägung regelmäßig ausscheiden, falls nicht eine offensichtliche Unwirksamkeit – zB wegen Verletzung von §102 Abs 1 dBetrVG – vorliegt.

⁴⁷⁷ Abl *Geffert*, Beschäftigung mwN; ebenso *Pallasch*, Beschäftigungsanspruch 105.

⁴⁷⁸ S dazu ausführlich *Geffert*, Beschäftigung 59.

⁴⁷⁹ So *Geffert*, Beschäftigung 59.

⁴⁸⁰ Nach *Geffert*, Beschäftigung 60 stellt dieser Weiterbeschäftigungsbeschluss des Großen Senat eine unzulässige Rechtsfortbildung dar.

⁴⁸¹ So *Geffert*, Beschäftigung 59.

Der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch gem §102 Abs 5 BetrVG kommt – wie schon oben erörtert – ausschließlich bei einer ordentlichen Kündigung in Betracht.

C. Vergleich der Rechtsordnungen

Vergleicht man abschließend den Meinungsstand der Lehre und Judikatur in Deutschland mit jenem Österreichs zur Frage der Anerkennung eines Rechts des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung, so lässt sich feststellen, dass hinsichtlich des Umfangs Beschäftigungsanspruchs sowie mit dessen Auseinandersetzung erhebliche Unterschiede bestehen..

Während die Rsp und Lit in Deutschland sowohl zum Beschäftigungsanspruch als auch zum Weiterbeschäftigungsanspruch seit langem unübersehbar ist, ist das Recht auf Beschäftigung in Österreich selten Streitgegenstand vor den Gerichten oder Thema literarischer Abhandlungen geworden.

Des Weiteren besteht der Unterschied in beiden Rechtsordnungen darin, dass, während die Kontroversen in Österreich über die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs nicht über das Ende des Arbeitsvertrages gehen, sich die deutschen Diskussionen auch über das Ende des Arbeitsvertrages hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsverfahrens erstrecken. Der Grund, dass es in Österreich an einem Weiterbeschäftigungsanspruch mangelt, liegt in der Regelung des § 61 Abs 1 Z 5 ASGG . Unter dem Titel „die Wirkungen von Entscheidungen“ normiert diese Bestimmung, dass die rechtzeitige Erhebung der Berufung gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz nur den Eintritt der Rechtskraft hemmt, nicht jedoch den Eintritt der Verbindlichkeit der Feststellung, den der Rechtsgestaltungswirkung oder den der Vollstreckbarkeit in Rechtsstreitigkeiten nach § 50 Abs 2 ASGG. Diese Bestimmung hat daher für die österreichische Rechtslage die Konsequenz, dass Urteile der ersten Instanz, die sich in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 2 ASGG ergehen – also im Wesentlichen in den betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten – vorläufig sofort vollstreckbar sind.⁴⁸² Aus diesem Grund erscheint in Österreich die Auseinandersetzung mit einem etwaigen Weiterbeschäftigungsanspruch über

⁴⁸² Vgl Kuderna, ASGG² § 50 Anm 16 und § 61 Anm 14.

das Ende des Arbeitsvertrages bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozess für entbehrlich. In Deutschland gibt es hingegen keine Bestimmung, die eine Vollstreckbarkeitswirkung des Urteils des Gerichts erster Instanz vorsieht. Das Faktum der aufschiebenden Wirkung ist es also, die in Deutschland im Gegensatz zu Österreich die Existenz eines Weiterbeschäftigungsanspruchs geradezu notwendig macht.⁴⁸³

Was das Recht auf Beschäftigung im aufrechten Arbeitsverhältnis betrifft, so wird von der Rsp und Lit in Deutschland seit über fünfzig Jahren ein Recht jedes Arbeitnehmers auf Beschäftigung anerkannt, obwohl in dieser Rechtsordnung keine einzige gesetzliche Regelung normiert ist, die einen Beschäftigungsanspruch vorsieht. In Österreich wird hingegen – obwohl sogar mit § 21 SchSpG ein Norm existiert, die ein Recht auf Beschäftigung vorsieht – ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch vom OGH und der überwiegenden Lehre abgelehnt. Wie bereits ausführlich dargestellt, versucht ein Teil der österreichischen Arbeitsrechtswissenschaft die Anerkennung eines Rechts auf Beschäftigung im aufrechten Arbeitsverhältnis mit verschiedenen dogmatischen Begründungen durchzusetzen. Sie fordert die Rsp auf, mit ihrer Auffassung nicht anderen vergleichbaren Jurisdiktionen nachzuhinken und von ihren ablehnenden Haltung abzuweichen. Durch den Druck des Schrifttums kam es in der Rsp Mitte der 90er Jahre – also ungefähr fünfzig Jahre nach der Anerkennung in Deutschland – zu einem leichten Schwenk in Richtung „Recht auf Beschäftigung“. Ein Schwenk deshalb, weil die Rsp – wie bekannt – keinen allgemeinen, sondern nur einen partiellen Beschäftigungsanspruch, nämlich nur für spezielle Berufsgruppen zugesteht, in denen eine ständige Praxis für das Ausüben des Berufes, Erhaltung der Arbeitsqualifikation und -berechtigung besonders wichtig ist. Diese Haltung bedeutet aber keineswegs eine Tendenz zur Anerkennung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht, zumal sich der OGH mehrmals explizit gegen Letztere ausgesprochen hat.

Die österreichische Rsp ist somit mit der Ablehnung eines generellen Beschäftigungsanspruchs auf dem richtigem Weg. Sie soll sich in Zukunft weiterhin nicht von den wenig überzeugenden dogmatischen Begründungen der Arbeitsrechtswissenschaft blenden lassen und ihre Position verteidigen. Auch die deutsche Rechtslage soll dabei nicht als Vorbild genommen werden, zumal in letzter Zeit auch dort die Befürwortung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht wieder kritisch gesehen wird, und vielleicht die deutsche

⁴⁸³ So *Standeker*, Dienstfreistellung 72.

Rsp durch die neuen überzeugenden Lehrmeinungen ihren Standpunkt revidieren könnte.⁴⁸⁴ Dennoch bleibt abzuwarten, ob die Entwicklung in der österreichischen Rsp nach dem Vorbild Deutschlands in die Richtung einer Anerkennung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches voranschreitet, oder aber vielleicht die deutsche Rsp von ihrer jahrzehntelangen Judikatur abgeht und der Lösung des OGH folgt.

Abschließend ist anzumerken, dass sich durch die Divergenz der Auffassungen in beiden Ländern zum Recht auf Beschäftigung ein bedeutender Unterschied in Bezug auf die Beweislast ergibt. Nach der in Deutschland geltenden Rechtslage besteht ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch, sodass von vornherein von einem besonderen Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung ausgegangen wird. Hier muss der Arbeitgeber beweisen, dass er berechnete überwiegende Gegeninteressen hat. Hingegen besteht in Österreich nur ausnahmsweise ein Recht auf Beschäftigung, sodass der Arbeitnehmer zunächst sein schutzwürdiges Interesse an der faktischen Beschäftigung beweisen muss.

⁴⁸⁴ Krit *Böhm*, Beschäftigungsanspruch 166; *Weber*, RdA 2007, 344 (352).

X. Umfang des Rechts auf Beschäftigung

Literatur: *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008), Kap X; *ders.*, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen, in *Grundeis/Karollus*, Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47; *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, ArbVG III² § 101; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht (2003); *Kapfer/Bündsdorf*, Schauspielergesetz (1974); *Krejci* in *Rummel* I³ § 1153; *Lepke*, Der Anspruch auf Beschäftigung (Diss Berlin 1966); *Mazal*, Nichtbeschäftigung und Versetzung eines Chirurgen, DRdA 2003/47 (Anm zu OGH 8 Ob A 202/02t); *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6; *Pfeil* in *Schwimmann* V³ § 1153; *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1153 ABGB; *Reissner* in *ZellKomm* § 101 ArbVG; *Risak*, Die Suspendierung von Ärzten, RdM 2006/117; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ (2008); *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003).

A. Arbeitsvertrag als Ausgangspunkt des Umfangs der Beschäftigungspflicht

Mit der Frage nach der Existenz eines Rechts auf Beschäftigung stellt sich zwangsläufig auch die Frage nach Umfang und Reichweite dieses Rechtsanspruches. Die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruches für einen Arbeitnehmer bedeutet, dass der Arbeitgeber ihn faktisch beschäftigen muss. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, wie und in welchem Umfang der Arbeitnehmer zu beschäftigen ist. Der Inhalt der Beschäftigungspflicht richtet sich jeweils nach dem zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abgeschlossenen Arbeitsvertrag. Hat der Arbeitnehmer im Einzelfall ein Recht auf Beschäftigung, so erfüllt daher der Arbeitgeber seine Pflicht nicht schon dadurch, dass er den Arbeitnehmer irgendwie beschäftigt. Er muss ihn vielmehr entsprechend des Inhalts des Arbeitsvertrages beschäftigen. Dort ist festgelegt, welche Art von Arbeit er leisten möchte und zu leisten hat.⁴⁸⁵

Es kann daher festgehalten werden, dass für den Umfang des Beschäftigungsanspruches in erster Linie der Inhalt des Arbeitsvertrages entscheidend ist. Aus diesem Grund ist es nicht möglich, die Frage nach dem Umfang generell zu beantworten und ein Prinzip festzulegen. Beim Beschäftigungsumfang ist daher immer auf den konkreten Einzelfall abzustellen.⁴⁸⁶

Ist der Arbeitnehmer – ohne nähere Konkretisierung – als Arzt, Fußballspieler, Schauspieler oder ähnlich angestellt worden, so kommt der Arbeitgeber seiner Beschäftigungspflicht schon dadurch nach, dass er diesen Arbeitnehmern entsprechende Arbeiten zuweist. In so einem Fall wäre die Tätigkeit vom Arbeitsvertrag gedeckt. Denn der Beschäftigungsanspruch beinhaltet

⁴⁸⁵ Vgl § 1153 ABGB und § 6 AngG; zum Inhalt bzw Umfang der Arbeitspflicht s *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 36 ff; *Rebhahn* in *Zellkomm* § 1153 ABGB Rz 13 ff.

⁴⁸⁶ Vgl *Lepke*, Beschäftigung 149.

nicht zusätzlich das Recht des Arbeitnehmers, an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt zu werden. Der Arbeitgeber könnte daher einen angestellten Arzt in irgendeiner Abteilung des Krankenhauses beschäftigen, ohne seine Beschäftigungspflicht zu verletzen, da der Arbeitsvertrag eben die Tätigkeit als Arzt und nicht eine Tätigkeit in einer bestimmten Abteilung vorsieht. Im Allgemeinen kann der Arbeitgeber daher den Arbeitnehmer, ohne gegen die Beschäftigungspflicht zu verstoßen, auf einen anderen Arbeitsplatz gleicher Art und Güte versetzen. Ist das Aufgabengebiet des Arbeitnehmers arbeitsvertraglich nicht festgelegt, ist es nicht Sinn und Zweck des Beschäftigungsanspruches, dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz zu geben.⁴⁸⁷ Der Arbeitnehmer soll nur das bekommen, wozu sich der Arbeitgeber bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet hat. MaW kann der Arbeitnehmer nur die im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeit verlangen.

Veranschaulicht sei dies am Beispiel des Berufsfußballers und Schauspielers: Wird ein Spieler bei einem Verein bloß als „Fußballer“ angestellt und ist im Spielervertrag ein konkreter Arbeitsplatz des Spielers nicht vorgesehen, so wird der Verein den Spieler idR in der Kampfmannschaft, im Kooperationsverein sowie in der Amateurmansschaft einsetzen können. Der Spieler wird demnach ordnungsgemäß beschäftigt, wenn er schon bei der Amateurmansschaft trainieren kann, da im Spielervertrag nur die Art der Arbeit, nämlich die Verpflichtung ihn als „Fußballspieler“ einzusetzen, vereinbart wurde. Dem Anspruch des Spielers auf Teilnahme am Training und an Lehrgängen wird in diesem Fall Genüge getan, wenn der Spieler bei einer der Mannschaften des Vereins in Verwendung kommt. Ähnlich ist es auch beim Schauspieler, der gemäß dem Bühnendienstvertrag als Schauspieler ohne eine konkrete Rolle angestellt wird. Mangels konkreter Arbeitsstelle wird er dann tatsächlich entsprechend dem Vertrag beschäftigt, wenn er irgendeine Rolle, und nicht eine, die er auch beherrscht, erhält.⁴⁸⁸

Wie eben erörtert, ist mit dem Beschäftigungsanspruch grundsätzlich kein Anspruch auf einen örtlich bestimmten Arbeitsplatz verbunden. Dies gilt aber nicht, wenn im Arbeitsvertrag nicht nur die Art der Arbeit, sondern auch die Arbeitsstelle genau umrissen wird. In so einem Fall besteht ein Anspruch auf einen örtlich bestimmten Arbeitsplatz. Ist im Spielervertrag die Teilnahme an Bewerbungsspielen und Training der ersten Mannschaft bzw der Mannschaft des Kooperationsvereines vorgesehen, so wird die Verwendung des Spielers bei der Amateurmansschaft den Beschäftigungsanspruch des Spielers nicht erfüllen. So ist vom

⁴⁸⁷ So *Lepke*, Beschäftigung 149.

⁴⁸⁸ Vgl *Kapfer/Büindsdorf*, SchSpG § 21 Anm 8.

Beschäftigungsanspruch eines Arztes, der zB als Oberarzt einer chirurgischen Abteilung angestellt worden ist, auch sein Arbeitsplatz mitumfasst. In diesen Fällen bedingt die Beschäftigung eben zwangsläufig eine Arbeit als Arzt an dieser Stelle. Der Chirurg wird aber nicht vertragsgemäß beschäftigt, wenn man ihn als Narkotiseur oder Röntgenologe tätig werden lässt. Ebenfalls wird ein Schauspieler nicht ordnungsgemäß beschäftigt, wenn sich die Beschäftigung nicht im Rahmen des vertraglichen vereinbarten Rollengebietes hält. Sollte das Theaterunternehmen etwa das zum Bühnendienstvertrag angeschlossene „Rollenverzeichnis“ nicht berücksichtigen und den Schauspieler für eine andere – nicht vereinbarte – Rolle einteilen, wird der Anspruch des Schauspielers auf Beschäftigung nicht erfüllt.⁴⁸⁹

B. Beschäftigungsumfang mangels Vereinbarung

Wie oben dargelegt ist für den Inhalt und Umfang des Beschäftigungsanspruches primär die Einzelvereinbarung maßgebend. In der Praxis neigt der Arbeitgeber jedoch dazu, die Arbeitspflicht eher nur im groben Rahmen, insbesondere auch durch Berufsbezeichnungen, zu umschreiben, um sich später höchstmögliche Flexibilität in der Abrufung der konkreten Leistungsverpflichtung zu sichern.⁴⁹⁰ Aufgrund der globalen Umschreibung der Arbeitspflicht ist iS von § 914 ABGB auf die Absicht der Arbeitsvertragsparteien sowie auf die Verkehrssitte als Auslegungsbehelf bei der Auffüllung des arbeitsvertraglichen Rahmens abzustellen.⁴⁹¹ Sie kann Auskunft darüber geben, welche Tätigkeiten nach allgemeiner Auffassung zu den Aufgaben des jeweiligen Arbeitnehmers gehören und welche nicht.⁴⁹² Bei beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmern wird die Verkehrssitte regelmäßig ergeben, dass diese zur Ausübung von qualifikationserhaltenden Tätigkeiten verpflichtet bzw iS eines Beschäftigungsanspruches des Arbeitnehmers zu solchen berechtigt sind. Führt die Verkehrssitte nicht weiter, greifen § 1153 ABGB und § 6 AngG. Aus diesen Bestimmungen geht die Zweifelsregel hervor, wonach mangels Vereinbarung des Umfangs der Dienstleistungen subsidär die *„nach dem Ortsgebrauch für die betreffende Art der*

⁴⁸⁹ Natürlich wird das Recht des Schauspielers auf Beschäftigung seine Grenzen in dem Recht des Theaterleiters, den Spielplan zu bestimmen und die Rollen nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu besetzen, finden; dazu ausführlich *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 9.

⁴⁹⁰ Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel II*⁶ 102; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 37; *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1153 ABGB Rz 17.

⁴⁹¹ Der Vertrag bleibt damit zunächst auch dann wesentliche Quelle der konkreten Verpflichtungen, wenn im Hinblick auf die Ausgestaltung der Arbeitsleistung nichts vereinbart worden ist; s dazu *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1153 ABGB Rz 17; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 41.

⁴⁹² *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel II*⁶ 103.

„Unternehmung“ in Betracht kommenden (§ 6 AngG) bzw. „den Umständen nach angemessenen“ (§ 1153 ABGB, § 6 AngG) Dienste zu verrichten sind.⁴⁹³

Es kann daher festgehalten werden, dass bei der Beurteilung des Umfangs des Beschäftigungsanspruches subsidiär zum Vertrag die Ortsüblichkeit und Angemessenheit als Kriterien zum Tragen kommen. Den Umständen nach angemessene Dienste werden bei Arbeitnehmern mit einem Anspruch auf Beschäftigung jene Tätigkeiten umfassen, bei denen diese ihre berufsspezifischen Qualifikationen aufrechterhalten können.

C. Exkurs: Versetzung

Beim Umfang der Beschäftigungspflicht spielt auch die Versetzung eine wesentliche Rolle, da mit einer Versetzung die Änderung des Umfangs der Arbeits- (Beschäftigungs)pflcht verbunden ist. Abgesehen davon ist auf die Versetzung auch deshalb einzugehen, weil der OGH in einer jüngeren Entscheidung zum Recht auf Beschäftigung vor allem im Kontext mit der Versetzung ausführlich Stellung genommen hat.⁴⁹⁴

Unter Versetzung – § 101 ArbVG spricht synonym von der „Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz“⁴⁹⁵ – ist die Änderung des Arbeitsplatzes, und zwar die Änderung des Arbeitsortes oder des Tätigkeitsbereiches oder beide Aspekte zu verstehen.⁴⁹⁶ Für die gegenständliche Arbeit stellt sich daher die Frage, ob der Arbeitnehmer bei einer Versetzung seine berufsspezifischen Qualitäten und Fertigkeiten auf dem neuen geänderten Arbeitsplatz weiterhin aufrechterhalten kann. Ist mit der Versetzung zwangsläufig ein Verlust der Qualifikationen, Kenntnisse, Fertigkeiten oder des Marktwertes verbunden, so ist der Arbeitnehmer auf seinem neuen Arbeitsplatz nicht ordnungsgemäß beschäftigt, da er dort sein Beschäftigungsinteresse nicht wahrnehmen kann.

⁴⁹³ Dazu ausführlich *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 243; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG-Kommentar I⁸ § 6 Rz 62; *Pfeil* in *Schwimann V*³ § 1153 Rz 20; *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153 Rz 3; *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1153 Rz 15.

⁴⁹⁴ OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg.

⁴⁹⁵ Dazu s. sogleich.

⁴⁹⁶ Zum Begriff der Versetzung s. *Reissner* in *ZellKomm* § 101 ArbVG Rz 3; *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, ArbVG III² § 101 Erl 2; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 8 ff; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 71; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 96; *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht Rz 1521.

Im Folgenden wird auf die Frage, inwieweit Versetzungen von Arbeitnehmern mit einem Recht auf Beschäftigung aus arbeitsvertraglicher und betriebsverfassungsrechtlicher Sicht zulässig sind, näher eingegangen.

Bei der Versetzung ist im Sinne der sog. „Zwei-Ebenen-Theorie“ zwischen der arbeitsvertraglichen und der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene zu unterscheiden.⁴⁹⁷ Beide Aspekte sind völlig getrennt zu betrachten. Für eine rechtswirksame Versetzung muss der Arbeitgeber die allenfalls in beiden Bereichen bestehenden Voraussetzungen erfüllen.

Auf arbeitsvertraglicher Ebene ist weiters zwischen einer vertragsändernden und einer direktorialen Versetzung zu differenzieren.⁴⁹⁸ Von einer vertragsändernden Versetzung ist die Rede, wenn die Versetzung im bestehenden Arbeitsvertrag keine Deckung findet und daher eine Änderung des Arbeitsvertrages nötig ist.⁴⁹⁹ Dies vertragsändernde Weisung ist als Angebot zur Änderung des Arbeitsvertrages anzusehen. Der Arbeitnehmer kann ein derartiges Offert entweder annehmen oder ablehnen.⁵⁰⁰ Er kann die Zustimmung verweigern, ohne dass ihn der Arbeitgeber deshalb entlassen kann.⁵⁰¹ Von einer direktorialen Versetzung spricht man hingegen, wenn die Änderung des Arbeitsplatzes im Arbeitsvertrag – oder ganz ausnahmsweise bei betrieblichen Notständen in der Treuepflicht – gedeckt ist.⁵⁰² Letztere kann einseitig im Rahmen des Weisungsrechts des Arbeitgebers angeordnet werden und bedarf somit keiner Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers.⁵⁰³ Es kann daher festgehalten werden, dass für die arbeitsvertragliche Beurteilung der Versetzung nicht entscheidend ist, ob die Versetzung iSd § 101 ArbVG verschlechternd ist, sondern ob sie durch den Inhalt des Arbeitsvertrages gedeckt ist.⁵⁰⁴ Steht einem Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung zu, so wird die Auftragung einer anderen Tätigkeit in der Regel eine vertragsändernde Versetzung

⁴⁹⁷ Reissner in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 1; Schrank in Tomandl, ArbVG § 101 Rz 1 ff mwN; vgl. die Mat RV 840 BlgNR 13.GP, 85 zu § 101 ArbVG.

⁴⁹⁸ Zu diesen beiden Begriffen ausführlich Reissner in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 8; Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 96; Schrank in Tomandl, ArbVG § 101 Rz 3; Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 3; Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht Rz 1523; Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 47 ff.

⁴⁹⁹ Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 96.

⁵⁰⁰ Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 49.

⁵⁰¹ Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 96; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 252.

⁵⁰² Reissner in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 8; Schrank in Tomandl, ArbVG § 101 Rz 3 FN 7; Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 3; Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 96.

⁵⁰³ Ob eine direktoriale oder eine vertragsändernde Versetzung vorliegt, richtet sich in erster Linie nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages. Ist aus diesem nichts ersichtlich, so sind § 1153 ABGB oder § 6 AngG maßgeblich; vgl. dazu Reissner in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 9.

⁵⁰⁴ Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 3; Schrank in Tomandl, ArbVG § 101 Rz 3; zu § 101 ArbVG s. sogleich.

darstellen, die ohne Zustimmung des Arbeitnehmers aus vertraglicher Sicht unwirksam ist. So hat der OGH etwa die Versetzung des Vorstands einer Neurochirurgischen Abteilung vom patientennahen in den administrativen Bereich als vertragsändernde Versetzung qualifiziert.⁵⁰⁵ Daraus ist abzuleiten, dass bei Versetzungen, mit denen der Verlust von Qualitäten und Fertigkeiten von beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmers verbunden ist, die Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer erforderlich ist. Dies deshalb, da eine massive Änderung des Aufgabengebietes einen arbeitsvertragsändernden Charakter hat und dadurch überdies das Recht des beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmers auf „qualifikationserhaltende“ Beschäftigung verletzt wird. Bewegt sich hingegen die Auftragung von Tätigkeiten im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrages, kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Weisungsrechts den Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers ändern. Dieses Weisungsrecht ist bei Arbeitnehmern mit einem Beschäftigungsinteresse jedoch nicht unbegrenzt. Die Schranke liegt dort, wo der Arbeitsinhalt in einem solchen Umfang geändert wird, dass dadurch eine fachliche Abqualifizierung droht.

Bei der Versetzung ist aber – wie oben erwähnt – unabhängig von ihrer vertragsrechtlichen Zulässigkeit auch der betriebsverfassungrechtliche Versetzungsschutz zu beachten. Gemäß § 101 ArbVG ist jede dauernde Einreihung eines Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz dem Betriebsrat unverzüglich mitzuteilen. Eine dauernde Versetzung ist dieser Bestimmung liegt vor, wenn sie für 13 Wochen oder länger vorgesehen ist.⁵⁰⁶ Ist mit dieser Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen verbunden, so bedarf sie zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates.⁵⁰⁷

Wie eingangs erwähnt, ist der Begriff der Versetzung nicht nur örtlich, sondern auch funktionell zu verstehen. Von einer „Einreihung eines Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz“ ist § 101 ArbVG kann man daher nur sprechen, wenn entweder der Arbeitsort

⁵⁰⁵ OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg; vgl *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 15; *Reissner* in *ZellKomm* § 101 ArbVG Rz 33.

⁵⁰⁶ Versetzungen auf voraussichtlich weniger als 13 Wochen gelten gem § 101 ArbVG nicht als dauernd und bedürfen keiner Zustimmung des Betriebsrates, bei einer verschlechternden Versetzung sehr wohl aber der Zustimmung des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber darf aber das Gesetz, nicht umgehen, dass er anstelle einer dauernden Versetzung immer wieder kürzere Versetzungen durchführt. Bei solchen „Kettenversetzungen“ wäre analog zu unzulässigen Befristungen die Versetzung als einheitliche und damit zustimmungspflichtige Versetzung zu behandeln; dazu und zur Dauer der Versetzung ausführlich *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, ArbVG III² § 101 Erl 5; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 22 ff; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 101; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 253.

⁵⁰⁷ Verschlechtern sich die Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen nicht, steht dem Betriebsrat nur das Recht auf Information und das Beratungsrecht zu.

oder der inhaltliche oder zeitliche Arbeitsbereich des Arbeitnehmers verändert wird.⁵⁰⁸ Den Maßstab für eine zustimmungspflichtige Versetzung bildet jedoch die Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen.⁵⁰⁹ Verschlechterung bedeutet jede Änderung zum Nachteil des Arbeitnehmers, wobei sowohl materielle als auch immaterielle Nachteile Berücksichtigung finden.⁵¹⁰ Unter Verschlechterung der Entgeltbedingungen versteht die Rechtspraxis die Reduzierung des Arbeitseinkommens⁵¹¹ sowie Änderung der das Entgelt betreffenden Rechtsvorschriften.⁵¹² Unter „sonstigen Arbeitsbedingungen“ iS von § 101 ArbVG versteht man hingegen die Verschlechterung der allgemeinen Situation am Arbeitsplatz.⁵¹³ Letztere verschlechtert sich etwa bei Verlängerung des Anmarschweges zum Arbeitsplatz, wesentlicher Änderung der Art der Arbeitszeiteinteilung sowie wesentlicher Verminderung der Qualifikationserfordernisse.⁵¹⁴ Zuletzt hat der OGH die Nichtbeschäftigung eines Neurochirurgen auf seinem bisherigen Arbeitsplatz als wesentliche Änderung des Arbeitsinhaltes und damit als Versetzung beurteilt, mit dem die Verschlechterung der Entgelt- und sonstigen Arbeitsbedingungen verbunden sind.⁵¹⁵

Erteilt der Betriebsrat der verschlechternden dauernden Versetzung keine Zustimmung, kann der Arbeitgeber beim Arbeits- und Sozialgericht auf ersatzweise Erteilung der Zustimmung klagen. Das Gericht hat die Zustimmung zu erteilen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt ist. Die sachliche Rechtfertigung kann aus betrieblichen Gründen oder aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, resultieren.⁵¹⁶

Um die Trennung der beiden Ebenen des Versetzungsrechts zu verdeutlichen, ist hier nochmals hervorzuheben, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unabhängig vom

⁵⁰⁸ Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 5; Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 71; Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht Rz 1522 mwN.

⁵⁰⁹ Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 98.

⁵¹⁰ Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 98.

⁵¹¹ Aus dem Begriff „Entgelt“ ist zu entnehmen, dass nicht nur die Verringerung des Lohnes oder Gehaltes, sondern auch der Verlust von Zulagen, Pauschalen, Zuschlägen und sonstigen Entgeltleistungen eine Verschlechterung iS von § 101 ArbVG bewirkt.

⁵¹² Näheres s Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 6 mwN; Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 72 mwN.

⁵¹³ Im Detail s Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 6 mwN.

⁵¹⁴ Vgl Judikaturnachweise bei Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 6; Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6 Rz 98.

⁵¹⁵ OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (Mazal) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg; vgl a Schrank in Tomandl, ArbVG § 101 Rz 3; Brodil in Grundei/Karollus 47 (65); Risak, RdM 2006/117 (179); Reissner in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 33.

⁵¹⁶ Das Gericht kann wie der Betriebsrat durch eine Zustimmung keine Vertragsänderung bewirken. Eine solche ist nur mit Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers möglich; näheres bei Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 3 und 8; Reissner in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 36 ff.

Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer und unabhängig vom Willen der Arbeitsvertragspartner besteht.⁵¹⁷ Das Mitbestimmungsrecht kommt demnach bei allen dauernden und verschlechternden Versetzungen zum Tragen, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine direktoriale oder eine vertragsändernde Versetzung handelt.⁵¹⁸ Für eine gültige Versetzung müssen die Voraussetzungen beider Ebenen der Versetzung getrennt geprüft werden. Bei einer vertragsändernden Versetzung ist von § 101 ArbVG muss sowohl der Arbeitnehmer als auch der Betriebsrat einer rechtswirksamen Versetzung zustimmen, da die vertragsrechtlichen Abwehrrechte des Arbeitnehmers von den betriebsverfassungrechtlichen des Betriebsrates zu trennen sind. Daher kann die Zustimmung des Betriebsrates die erforderliche Zustimmung des Arbeitnehmers nicht ersetzen und umgekehrt berührt die Zustimmung (oder Nichtzustimmung) des Arbeitnehmers zur Versetzung nicht das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats.⁵¹⁹ Eine vom Arbeitnehmer akzeptierte zustimmungspflichtige Versetzung ist daher rechtsunwirksam. Handelt es sich um eine direktoriale Versetzung, ist diese von der Zustimmung des Arbeitnehmers unabhängig. Stimmt ihr der Betriebsrat zu, kann sie der Arbeitgeber unmittelbar anordnen.⁵²⁰ Beim Versetzungsschutz stehen daher die direktorialen Versetzungen im Vordergrund, da bei ihnen die Nichtzustimmung des Betriebsrates idR den einzigen Schutzmechanismus des Arbeitnehmers darstellt.

Abschließend ist zum Recht auf Beschäftigung im Zusammenhang mit dem Versetzungsschutz folgendes festzuhalten:

Der Beschäftigungsanspruch steht in der Regel in einem engen Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz. Der beschäftigungsberechtigte Arbeitnehmer hält grundsätzlich an einem bestimmten konkreten Arbeitsplatz seine Qualifikation und seinen Marktwert aufrecht. Das Recht auf Beschäftigung ergibt sich bei solchen Arbeitnehmern aus der Natur des Vertrages. Aus diesem Grund kann ein beschäftigungsberechtigter Arbeitnehmer nur mit seiner Zustimmung auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt werden, da eine solche Einreihung eine

⁵¹⁷ Der Normzweck des § 101 ArbVG besteht darin, den einzelnen Arbeitnehmer wegen seiner Abhängigkeit vom Betriebsinhaber unter dem Schutz der Betriebsvertretung zu stellen. Bei Ausübung seines Mitbestimmungsrechtes hat der Betriebsrat das Interesse der Belegschaft und nicht nur das Interesse des von der Versetzung betroffenen Arbeitnehmers zu wahren: OGH 16.11.1994, 9 Ob A 214/94 Arb 11.311 = infas 1995, A 71.

⁵¹⁸ Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 1; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 253 und 255; Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht Rz 1523; Reissner in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 18.

⁵¹⁹ Dazu ausführlich mit Fallgruppen Cerny in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, ArbVG III² § 101 Erl 3; zur vertragsändernden Versetzung s Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ 109 ff.

⁵²⁰ S statt aller Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 255.

vertragsändernde Maßnahme darstellt. Abgesehen davon ist zusätzlich zur Zustimmung des Arbeitnehmers für die Versetzung – sollte es sich um eine dauernde, somit 13 Wochen übersteigende, Versetzung handeln – die Zustimmung des Betriebsrates notwendig, weil die Versetzung eines beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz, wo er sein Beschäftigungsinteresse nicht wahrnehmen kann, in der Regel als eine Verschlechterung der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ iS von § 101 ArbVG zu qualifizieren ist.⁵²¹ Dass unter Verschlechterung der sonstigen Arbeitsbedingungen auch der Verlust von Berufsqualifikationen oder Marktwert fällt, liegt auf der Hand, zumal der OGH bisher die Minderung der Arbeitsleistung als Verschlechterung der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ qualifiziert hat.⁵²²

Der Vollständigkeit halber ist aber darauf hinzuweisen, dass eine Suspendierung (Dienstfreistellung) weder unter eine vertragsändernde Versetzung noch unter den Geltungsbereich des § 101 ArbVG fällt, weil mangels Zuweisung irgendeiner anders gearteten Tätigkeit keine Versetzung vorliegt.⁵²³ Der Versetzungsschutz greift daher nicht bei einer bloßen Nichtbeschäftigung, sondern erst bei einer Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz.⁵²⁴

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass für die Versetzung eines beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmers aufgrund des vertragsändernden Charakters sowohl die Zustimmung des Arbeitnehmers als auch – bei einer 13 Wochen übersteigenden Versetzung – des Betriebsrates notwendig ist.

⁵²¹ *Reissner* in ZellKomm § 101 ArbVG Rz 33; *Schrank* in *Tomandl*, ArbVG § 101 Rz 15; wie in der E des OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 kann bei beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmern auch eine Verschlechterung der Entgeltbedingungen eintreten, so wie beim Neurochirurgen, der durch seine Versetzung die Nachtdienstzulage verlor.

⁵²² Vgl nur OGH 6.12.1977, 4 Ob 119/77, DRdA 1979, 136 (krit *Mörkelsberger*).

⁵²³ So *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 71.

⁵²⁴ Bei einer bloßen Nichtbeschäftigung kann der Arbeitnehmer seinen Beschäftigungsanspruch mit einer Klage geltend machen.

XI. Grenzen des Rechts auf Beschäftigung

Literatur: *Binder*, DRdA 1991/13 (Anm zu OGH 9 Ob A 351/89); *ders* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁵ (2009); *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008) Kap X; *ders*, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen, in *Grundeis/Karollus* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports (2006) 47; *Firlei*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 183; *Friedrich*, AngG-Kommentar § 27; *Gerhartl*, Anrechnung bei Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsausfall aus Umständen in der Arbeitgebersphäre, wbl 2007, 14; *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 27; *Lepke*, Der Anspruch auf Beschäftigung (Diss Berlin 1966); *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6; *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (Anm zu OGH 9 Ob A 121/06v); *Pfeil* in *Schwimmann V*³ § 1153; *ders* in *ZellKomm* § 27 AngG; *Rebhahn/Kietaibl* in *ZellKomm* § 1153 ABGB; *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; *ders*, Grundlose Suspendierung – Recht auf Beschäftigung, DRdA 1997/22; *Risak*, Die Suspendierung von Ärzten, RdM 2006/117; *Schmitzer*, Gibt es nicht dennoch ein "Recht" auf Beschäftigung? wbl 1989, 360; *Schrammel*, AngG-Kommentar § 6; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003); *Strasser*, Das Recht auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60; *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008) Kap X; *Wachter*, Zum Kündigungsschutz für Invalide, DRdA 1987/3 (Anm zu OGH 4 Ob 103/83); *Wolfsgruber* in *ZellKomm* § 5 MSchG; *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG, *Wüterich/Breucker*, Das Arbeitsrecht im Sport (2006).

Nachdem dogmatischen Grundlagen und Umfang des Rechts auf Beschäftigung ausführlich erörtert wurden, sind nun die Grenzen des Beschäftigungsanspruches aufzuzeigen. Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers ist nicht unbegrenzt, sondern sie fällt weg, wenn ihrer Erfüllung gesetzliche Verbote, ein vertraglicher Verzicht sowie gewichtige schützenswerte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen.

A. Gesetzliche Beschäftigungsverbote

Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers findet zunächst dort ihre Grenze, wo ihrer Erfüllung gesetzliche Verbote entgegenstehen. In erster Linie sind ua die im Mutterschutzgesetz (MSchG) enthaltenen Beschäftigungsverbote zum Schutz der Frauen zu nennen.⁵²⁵ Die §§ 3, 5 MSchG legen das absolute Beschäftigungsverbot für Mütter vor und nach der Entbindung fest. Unabhängig von ihrem Gesundheitszustand dürfen Frauen acht Wochen⁵²⁶ keinesfalls zur Arbeitstätigkeit zugelassen werden.⁵²⁷ Bei den zitierten Bestimmungen handelt es sich um absolut zwingendes, der Parteiendisposition entzogenes, Recht. Auch bei entsprechendem Einverständnis dürfen Arbeitnehmerinnen während der absoluten Schutzfrist nicht beschäftigt werden.⁵²⁸ Ein Zuwiderhandeln gegen diese Verbote ist

⁵²⁵ Zu weiteren Beschäftigungsverboten insb zum Verwendungsschutz von Kindern und Jugendlichen s *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 817 ff.

⁵²⁶ Im Falle von Früh-, Mehrlings- und Kaiserschnittgeburten verlängert sich das absolute Beschäftigungsverbot auf zwölf Wochen.

⁵²⁷ Auf die individuelle Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers wird nicht abgestellt.

⁵²⁸ *Wolfsgruber* in *ZellKomm* § 5 MSchG Rz 2.

nach § 37 MSchG mit Verwaltungsstrafe belegt. In diesen Fällen wird gerade durch die Nichtbeschäftigung dem höherwertigen Interesse des Arbeitnehmers Rechnung getragen und nicht umgekehrt. Auch wenn die Arbeitnehmerin innerhalb der Schutzfristen arbeitsfähig ist und zur Beschäftigung dringt, überwiegt das Interesse am Mutterschutz dem Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung, sodass auf der Hand liegt, dass die Nichtbeschäftigung (werdender) Mütter die Beschäftigungspflicht nicht verletzen kann.

B. Verzicht

Der Arbeitgeber ist weiters nicht verpflichtet, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entgegenzunehmen, wenn der Arbeitnehmer auf sein Recht auf Beschäftigung verzichtet hat. Wie bereits dargestellt, kann ein Recht auf Beschäftigung aufgrund der Vertragsfreiheit ausdrücklich vereinbart werden.⁵²⁹ Aus den gleichen Gründen kann dieser Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung auch vertraglich ausgeschlossen werden. Nach der Rsp ist ein vertraglicher Verzicht jedenfalls möglich und rechtswirksam.⁵³⁰

Dies ist mE auch richtig, denn beim Beschäftigungsanspruch handelt es sich nicht um ein absolutes Recht, das vertraglich nicht abbedungen werden könnte.⁵³¹ Es bleibt daher jedem Arbeitnehmer als freie und selbstverantwortliche Persönlichkeit überlassen, ob er auf seine qualifikationserhaltende Beschäftigung verzichtet oder nicht. Jedoch ist beim Verzicht in einem Arbeitsvertrag zu beachten, dass sich der Arbeitnehmer regelmäßig als wirtschaftlich schwächerer Vertragspartner in einer Zwangslage befindet. Die Zwangssituation kann dazu führen, dass der Arbeitgeber durch einen „diktierten“ Verzicht die Beschäftigungspflicht zu beseitigen versucht.⁵³² Aus diesem Grund muss bei einem Beschäftigungsverzicht natürlich berücksichtigt werden, ob der vertragliche Ausschluss im Einzelfall sittenwidrig oder rechtsmissbräuchlich ist.⁵³³ So ist *Resch* der Ansicht, dass bei der sittenwidrigen Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit dem Verzicht ausnahmsweise Wertungen des § 879 ABGB entgegenstehen können.⁵³⁴ Ungeachtet dessen ist bei einem Verzicht auch zu

⁵²⁹ Zur Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung des Beschäftigungsanspruch s Seite 51 ff.

⁵³⁰ OGH 18.11.1932, 1 Ob 999/32 Arb 4.220; ansatzweise OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin; der Rsp folgend auch *Resch*, DRdA 1997/22 (211); *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 106; *Risak*, RdM 2006/117 (178); *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (202).

⁵³¹ Vgl *Resch*, DRdA 1997/22 (211).

⁵³² So *Lepke*, Beschäftigung 168.

⁵³³ So *Risak*, RdM 2006/117 (178).

⁵³⁴ *Resch*, DRdA 1997/22 (211).

prüfen, ob überhaupt ein Ausschluss des Anspruches auf Beschäftigung gewollt ist.⁵³⁵ In der Praxis ist der Verzicht vor allem für die Freistellung während laufender Kündigungsfrist relevant. Die Arbeitgeber bauen in die Kündigungsbestimmungen Freistellungsklauseln ein, welche dem Arbeitgeber eine Freistellung des Arbeitnehmers – ohne die Beschäftigungspflicht zu verletzen – ermöglicht.⁵³⁶ Solche Freistellungsklauseln in vorformulierten Arbeitsverträgen werden in der Regel zulässig sein, weil der Arbeitgeber sich dadurch erhofft, dass der Arbeitnehmer im Betrieb nicht für Unruhe sorgt, in dem er gegen der Arbeitgeber nachtritt, Gerüchte streut, schlechte Stimmung verbreitet, Kunden und Arbeitskollegen abwirbt oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse beiseite schafft. Hingegen ist äußerst fraglich, ob ein jederzeitiges Freistellungsrecht des Arbeitgebers unabhängig von einer Kündigung in vorformulierten Arbeitsvertrag wirksam sein kann. Solche uneingeschränkten Freistellungsklauseln umgehen das Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung und sind mE unwirksam. Anderes gilt aber, wenn Arbeitgeber und der beschäftigungsberechtigte Arbeitnehmer die Freistellung einvernehmlich regeln und diese formularmäßig nicht „aufoktroziert“ wird.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Abdingbarkeit des Beschäftigungsanspruches bestehen, solange der Verzicht gewollt und gem § 879 ABGB nicht sittenwidrig ist.⁵³⁷

C. Schützenswerte Interessen des Arbeitgebers

Bei der Anerkennung des Rechts auf Beschäftigung bei Angehörigen bestimmter Berufsgruppen war es offenkundig, dass bei der Zuweisung einer Beschäftigung ein schützenswertes Interesse des Arbeitnehmers befriedigt und gesichert wird. Wie sieht die Rechtslage aber aus, wenn dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung gegenüber stehen; also wo es nicht um reine Willkürakte des Arbeitgebers geht, sondern wenn berechtigte Gegeninteressen existieren. Es kann nicht angehen, gerechtfertigte Interessen des Arbeitgebers hintanzustellen, nur um die Erfüllung des Anspruches auf tatsächliche Beschäftigung durchzusetzen. Freilich

⁵³⁵ Vgl OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

⁵³⁶ Vgl OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin; ebenso *Risak*, RdM 2006/117 (178).

⁵³⁷ Sollte sich herausstellen, dass der Ausschluss der Beschäftigungspflicht sittenwidrig war, führt dies dazu, dass nur die Verzichtsklausel, nicht aber der ganze Arbeitsvertrag nichtig ist.

ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die Begrenzung des Beschäftigungsanspruches nicht dazu führen darf, diesen illusorisch zu machen.

1. Meinungsstand

a) Rechtsprechung

Bemerkenswert ist, dass die Rsp die Fragen nach der Grenze eines Rechts auf Beschäftigung vor ihrer Anerkennung für spezifische Arbeitnehmer behandelt hat.

So hat der OGH – ohne bereits einen Beschäftigungsanspruch anerkannt zu haben – im Jahre 1985 festgehalten, dass jedenfalls kein Recht auf Beschäftigung bestehen kann, wenn diesem „entsprechende Weigerungsgründe“ oder „Unzumutbarkeitsgründe“ entgegenstehen.⁵³⁸ Ein Recht auf Beschäftigung verneinte der OGH auch in der Entscheidung 8 Ob A 262/94.⁵³⁹ Das Höchstgericht führte dabei aus, dass ein allenfalls bestehender Beschäftigungsanspruch zurücktreten müsste, wenn Umstände vorliegen, „*die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen könnten.*“⁵⁴⁰ In der Entscheidung 9 Ob A 2263/96a, in der sich das Höchstgericht erstmals ausführlich mit einem Beschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers befasste, führte der OGH aus, dass der Beschäftigungsanspruch wegfällt, wenn den Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers „*gewichtige Gründe entgegenstehen, die die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während der einjährigen Kündigungsfrist objektiv unzumutbar machen.*“⁵⁴¹ Diese Grenzziehung setzte der OGH in seiner Folgenentscheidung konsequent fort.⁵⁴² So führt der Gerichtshof aus, dass bei Bejahung einer Beschäftigungspflicht eines Piloten selbstständig zu prüfen ist, ob den schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers auf Erhaltung einer Flugberechtigung so „*gewichtige Gründe entgegenstehen, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dennoch objektiv unzumutbar ist.*“⁵⁴³ Gründe für den Wefall des Beschäftigungsanspruches sind auch

⁵³⁸ OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109.

⁵³⁹ OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = ecolex 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107: Die Interessen des Arbeitnehmers sind nur in Fällen einer willkürlichen Missachtung der Arbeitnehmerinteressen bzw im Fall eines unzureichend begründeten, diskriminierenden Eingriffes, oder allenfalls wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten verletzt.

⁵⁴⁰ So auch *Resch*, DRdA 1991, 424 (429); *Brodil* in *Grunde/Karollus* 47 (59).

⁵⁴¹ 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

⁵⁴² Vgl 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot.

⁵⁴³ OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot; vgl OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot; ebenso *Schrammel*, AngG-Kommentar § 6 Rz 44.

der Entscheidung des OLG Wien 9 Ra 147/95⁵⁴⁴ zu entnehmen. Das Instanzengericht hielt dabei fest, dass der Beschäftigungsanspruch nicht „*unabhängig von den Interessen des Arbeitgebers anzunehmen ist, sondern dann zu verneinen ist, wenn der Arbeitgeber aus dem Dienstverhältnis oder betrieblichen Umständen heraus maßgebliche Gründe gegen die Beschäftigung nachweisen kann*“. Dabei ist auch in Betracht zu ziehen, dass grundsätzlich dem „*Arbeitgeber die Befugnis der Gestaltung der betrieblichen Abläufe zukommt und er dementsprechend auch die Verantwortung dafür zu tragen hat*“.

In einer jüngeren Entscheidung konkretisierte der OGH das schützenswerte Interesse des Arbeitnehmers. Er führte im Rahmen einer Dienstfreistellung eines Arztes aus, dass unabhängig von einer Verschuldenszuweisung „*bereits aus objektiver Sicht ein keineswegs zu vernachlässigendes Interesse des Arbeitgebers an einer reibungslosen Abwicklung des Dienstbetriebs besteht, was umso mehr dort gelten muss, wo die Gesundheit von Krankenhauspatienten betroffen ist*“.⁵⁴⁵ Aus diesen Ausführungen des Höchstgerichts ist abzuleiten, dass die Gefährdung des beruflichen Fortkommens des Arztes alleine nicht den Schutz höherwertiger Rechtsgüter, wie insb Gesundheit und Leben von Patienten oder das Interesse des Dienstgebers an einer reibungslosen Abwicklung des Dienstbetriebes verdrängen kann, sodass in diesem Fall der Beschäftigungsanspruch zurücktreten muss.⁵⁴⁶

Schließlich hat der OGH in seiner aktuellsten den Beschäftigungsanspruch betreffenden Judikatur festgehalten, dass der Anspruch auf Beschäftigung bei Vorliegen von „*gewichtigen Rechtfertigungsgründen*“ eingeschränkt werden kann.⁵⁴⁷

b) Lehre

Wie die Judikatur ist auch die Lehre der Auffassung, dass der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nicht unbegrenzt ist.⁵⁴⁸ Auffallend ist, dass in der gesamten Lehre – im Gegensatz zu ihrer Begründung – Einigkeit darüber besteht, dass das Recht auf Beschäftigung

⁵⁴⁴ OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot.

⁵⁴⁵ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

⁵⁴⁶ Vgl dazu *Risak*, RdM 2006/117 (178); *Schrammel*, AngG-Kommentar § 6 Rz 44; *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

⁵⁴⁷ 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = *ecolex* 2007/175 = *SpuRt* 2007, 161 (*Resch*) = *infas* 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*.

⁵⁴⁸ So *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (64); *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (364); *Resch*, DRdA 1991, 424 (430); *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 250; *Risak*, RdM 2006/117 (178); *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

wegfällt, wenn gerechtfertigte Interessen des Arbeitgebers schwerer wiegen. Ein bedeutender Unterschied bleibt aber die Beweislastverteilung durch die unterschiedliche Verteilung von Regel und Ausnahme.⁵⁴⁹ Nach den Befürwortern eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches wäre im Zweifel von vornherein von einem entsprechenden Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung auszugehen, und nicht nach einem besonderen Beschäftigungsinteresse zu suchen.⁵⁵⁰

Zu den Grenzen des Beschäftigungsanspruches führt *Strasser*⁵⁵¹ – der bekanntlich ein generelles Recht auf Beschäftigung anerkennt – aus, dass die Durchsetzung des Rechts auf Beschäftigung dann nicht möglich sein soll, wenn diesem berechnete Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Ein solches Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung kann in den persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers, aber auch in betrieblichen Ursachen begründet sein. Als Maßstab zieht er das Prinzip der Zumutbarkeit heran. Die Interessenabwägung soll dabei dem schutzwürdigeren Interesse Rechtsschutz gewähren.

Auch *Schwarz/Löschnigg*⁵⁵² sind der Auffassung, dass als Interpretationsregel gelten muss, dass im Zweifel der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch tatsächlich zu beschäftigen hat, sofern nicht triftige Weigerungsgründe auf Seiten des Arbeitgebers entgegenstehen.

*Schmitzer*⁵⁵³ stellt auf das Kriterium der Interessenabwägung ab und meint, dass die Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers dort ihre Grenzen findet, wo die gerechtfertigten Interessen des Arbeitgebers überwiegen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Annahme der Arbeitsleistung muss sich innerhalb der Grenzen der Zumutbarkeit halten. Unzumutbares kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden. Muss der Betrieb stillgelegt oder eingeschränkt werden, ist der Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Arbeit nicht bereit oder gefährdet er den Frieden im Betrieb, so könne der Arbeitgeber die Beschäftigung wegen seiner überwiegenden entgegenstehenden Interessen ablehnen.

⁵⁴⁹ So *Resch*, DRdA 1991, 424 (429).

⁵⁵⁰ Vgl *Resch*, DRdA 1991, 424 (429).

⁵⁵¹ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (64).

⁵⁵² *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 250.

⁵⁵³ *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (364).

*Resch*⁵⁵⁴ sieht die Grenze des Beschäftigungsanspruchs dort, wo die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung jene des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung überwiegen. Schlägt die Abwägung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers den beeinträchtigten Interessen des Arbeitnehmers zugunsten des Arbeitgebers, besteht kein Recht auf Beschäftigung. Eine derartige Situation könnte dann gegeben sein, wenn der Arbeitgeber aus Gründen, die durch den Betrieb bedingt sind, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann.⁵⁵⁵ Ebenso fällt die Beschäftigungspflicht weg, wenn die Arbeitsleistung unmöglich wird, gleichgültig ob diese nun vom Arbeitgeber zu vertreten ist oder nicht.⁵⁵⁶

*Pfeil*⁵⁵⁷, *Risak*⁵⁵⁸ und *Marhold-Weinmeier*⁵⁵⁹ sind in Anlehnung an die *Jud*⁵⁶⁰ der Ansicht, dass stets eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Das Recht auf Beschäftigung kann durch gewichtige Gründe auf Seiten des Arbeitgebers, die die Weiterbeschäftigung objektiv unzumutbar machen, neutralisiert werden. Als Rechtfertigungsgründe kommen der Schutz höherwertiger Rechtsgüter, wie etwa Gesundheit und Leben von Patienten⁵⁶¹ sowie sämtliche Gründe, die etwa auch im Rahmen einer Entlassung geltend gemacht werden können, wie betriebliche Interessen und Gründe in der Person des Arbeitnehmers.⁵⁶²

Schließlich ist auch nach *Brodil*⁵⁶³ der Beschäftigungsanspruch nicht grenzenlos. Seiner Ansicht nach sind dem bestehenden Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung schützenswerte Interessen des Arbeitgebers unter Vornahme einer Interessenabwägung gegenüberzustellen. Er weist auch darauf hin, dass nicht verschuldete, dem Arbeitnehmer als nicht vorwerfbare Gründe einem Recht auf Beschäftigung entgegenstehen können.

⁵⁵⁴ *Resch*, DRdA 1991, 424 (430).

⁵⁵⁵ So schon bereits *Strasser*, ÖJZ 1954, 64; ebenso *Schmitzer*, Beschäftigung, wbl 1989, 360 (364); diese Grenzziehung ist mE auch vernünftig, da der Beschäftigungsanspruch sich im Rahmen des Überlebensinteresses des Betriebes halten muss. Denn es hat wenig Sinn, den Arbeitgeber auf die Beschäftigungspflicht zu verweisen und dadurch schwere wirtschaftliche Schäden herbeizuführen, die diesen zur Betriebseinschränkung oder gar zur Stilllegung einzelner Betriebsabteilungen zwingen.

⁵⁵⁶ *Resch*, DRdA 1991, 424 (431).

⁵⁵⁷ *Pfeil* in *Schwimann V*³ § 1153 Rz 36.

⁵⁵⁸ *Risak*, RdM 2006/117 (178).

⁵⁵⁹ *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

⁵⁶⁰ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

⁵⁶¹ *Pfeil* in *Schwimann V*³ § 1153 Rz 36; *Risak*, RdM 2006/117 (178); *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

⁵⁶² *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

⁵⁶³ *Brodil* in *Grunde/Karollus* 47 (59).

c) Zusammenfassung

Nach stRsp und hL gibt es kein Recht auf Beschäftigung, wenn es kein besonderes Arbeitnehmerinteresse an der tatsächlichen Beschäftigung gibt. Nach der hM besteht auch kein Recht auf Beschäftigung, wenn gerechtfertigte Interessen des Arbeitgebers die beeinträchtigten Beschäftigungsinteressen überwiegen. Der Arbeitgeber kann sich aber nicht bei jedem Vorliegen seiner eigenen Interessen von seiner im Einzelfall bestehenden Verpflichtung zur Beschäftigung befreien. Ein Recht auf Beschäftigung fällt nur dann weg, wenn der tatsächlichen Beschäftigung gewichtige Rechtfertigungsgründe des Arbeitgebers entgegenstehen, die die Erfüllung der Beschäftigungspflicht objektiv unzumutbar machen.

Eine Beschäftigungsverweigerung kann bei betrieblichen Interessen, in der Person und im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen sowie sonstigen gewichtigen Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Auf diese Rechtfertigungsgründe ist nun näher einzugehen.

2. Rechtfertigungsgründe des Arbeitgebers

In der Rsp und Lit gibt es keine abschließende Aufzählung der Fälle, in denen ein allenfalls bestehendes Recht auf Beschäftigung entfällt. Im Folgenden soll nun ein Versuch unternommen werden, die Grenzen der Beschäftigungspflicht genauer zu umreißen, wann der Arbeitgeber ein Recht haben soll, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den nachstehenden, die Beschäftigungsverweigerung rechtfertigenden, Umständen nur um beispielhaft angeführte Gründe handelt, denen kein Anspruch auf Vollständigkeit zukommt. Dies ist auch nicht bezweckt, da es sich für den Einzelfall mit absoluter Bestimmtheit nicht sagen lässt, wann die Beschäftigungspflicht gerechtfertigt entfällt. Es sollen hier lediglich unter Berücksichtigung der Jud und Lit Rechtfertigungsgründe zusammengestellt werden, mit welchen dem Arbeitnehmer die Grenzen seines Rechts auf Beschäftigung veranschaulicht werden. Dadurch soll eine gewisse Rechtsicherheit geschaffen werden.

a) Betriebsbezogene Gründe

Die Erfüllung der Beschäftigungspflicht kann dem Arbeitgeber zunächst aus betrieblichen Gründen nicht zugemutet werden.⁵⁶⁴ Dass betriebsbezogene Umstände den Wegfall der Beschäftigungspflicht zur Folge haben können, ergibt sich vor allem aus § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG, wonach eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, wenn betriebliche Interessen der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen.⁵⁶⁵ Wenn der Arbeitgeber aus diesen Gründen wegen objektiver Betriebsbedingtheit den Arbeitnehmer sogar kündigen kann, leuchtet daraus sofort ein, dass er argumentum a maiori ad minus auch zu einem „weniger“, dh zu einer Nichtbeschäftigung, berechtigt sein kann. Umstände iS des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG, die einer (Weiter-)beschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, können technischer, organisatorischer als auch wirtschaftlicher Art sein.⁵⁶⁶ So können etwa Betriebseinschränkungen, Betriebsstillegungen, Rationalisierungsmaßnahmen, Absatzmangel, Auftragsstockungen, Wettbewerbsrücksichten, geringe Ertragslage, Änderung der Produktionsmethoden, veraltete Betriebsanlagen, Kreditschwierigkeiten sowie Ausfall der Maschinen und Energiezufuhr zur Kündigung berechtigen.⁵⁶⁷ Dabei müssen diese betriebsbezogenen Gründe nicht von solchem Gewicht sein, dass bei Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses der Zusammenbruch des Betriebes zu erwarten ist.⁵⁶⁸ All die zur betriebsbedingten Kündigung berechtigten Umstände sind daher ebenfalls geeignet, den Arbeitgeber von seiner Verpflichtung zur Beschäftigung zu befreien, sofern die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber nicht zuzumuten ist.⁵⁶⁹

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch bei Anerkennung eines arbeitnehmerischen Beschäftigungsinteresses nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass die Beschäftigungspflicht ihren Sinn verliert, wenn dadurch die wirtschaftliche Existenz des Betriebs ernsthaften Gefahren ausgesetzt wäre. Denn es hat wenig Sinn, den Arbeitgeber auf die Beschäftigungspflicht zu verweisen und dadurch schwere wirtschaftliche Schäden herbeizuführen, die diesen zur Betriebseinschränkung oder möglicherweise gar zur Stilllegung einzelner Betriebsabteilungen zwingen. Der Anspruch auf Beschäftigung muss

⁵⁶⁴ So OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin; ebenso *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (64); *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (364), *Resch*, DRdA 1991, 424 (430); in Ansätzen zuletzt auch *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

⁵⁶⁵ Zur objektiv betriebsbedingte Kündigung s statt aller *Wolliger* in ZellKomm § 105 ArbVG Rz 213 ff.

⁵⁶⁶ Vgl *Wolliger* in ZellKomm § 105 ArbVG Rz 214; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 474.

⁵⁶⁷ *Wolliger* in ZellKomm § 105 ArbVG Rz 214 mwN.

⁵⁶⁸ *Wolliger* in ZellKomm § 105 ArbVG Rz 214 mwN.

⁵⁶⁹ Natürlich darf beim Wegfall der Beschäftigungspflicht als einem „weniger“ nicht der gleiche strenge Maßstab wie bei der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG gelegt werden.

sich daher im Rahmen des „Überlebensinteresses“ des Betriebs halten. Dem Arbeitgeber muss in solchen Fällen – soll er sich hinsichtlich des Einsatzes der Arbeits- und Produktionsmittel den sich ständig ändernden Gegebenheiten des Wirtschaftsmarktes anpassen können – ein Höchstmaß an im Rahmen des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz geschützten freier unternehmerischer Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit zustehen.⁵⁷⁰ Natürlich muss das freie wirtschaftliche Entscheidungsrecht von objektiven Erwägungen getragen sein und insofern eine gerichtliche Nachprüfung ermöglichen. Andernfalls könnte sich der Arbeitgeber jederzeit unter Berufung auf seine unternehmerische Entscheidungsbefugnis seiner Verpflichtung zur tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers entledigen. Abgesehen davon ist festzuhalten, dass die Nichtbeachtung wesentlicher wirtschaftlicher Aspekte den völligen Verlust des Arbeitsplatzes nach sich ziehen könnte, was sicherlich weder im Interesse des Arbeitnehmers noch Sinn und Zweck des Beschäftigungsanspruches sein kann.⁵⁷¹ Natürlich wird etwa nicht jeder Absatzmangel von vornherein den Wegfall der Beschäftigungspflicht begründen. Ob ein betriebliches Interesse zur Verweigerung der Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers berechtigt, wird stets vom konkreten Einzelfall abhängig sein. So wird bspw ein Großbetrieb einen vorübergehenden Auftragsmangel regelmäßig besser auszugleichen vermögen als ein Klein- und Mittelbetrieb.

Der Arbeitgeber wird bei Vorliegen von Betriebsstörungen sein Recht zur Nichtbeschäftigung nicht nur durch ein Größenschluss analog zu § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG, sondern auch aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ableiten können. Da der Arbeitnehmer aufgrund der Treuepflicht auf die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen hat, muss er sich auch eine Nichtbeschäftigung gefallen lassen, wenn sich der Arbeitgeber in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet. Es wäre lebensfremd, unter solchen Umständen in einer Nichtbeschäftigung eine Verletzung der Beschäftigungspflicht zu sehen.⁵⁷²

Sieht der Arbeitgeber von einer betriebsbedingten Kündigung ab, so ist es unzulässig, den Arbeitnehmer längerfristig von der Beschäftigung fernzuhalten. Es liegt auf der Hand, dass bei Betriebsstockungen die Dienstfreistellung nur vorübergehend sein kann. Hat sich der Arbeitgeber von der wirtschaftliche Krise erholt und betriebliche Schwierigkeiten überwunden, so hat er den Arbeitnehmer wieder zur Arbeit zuzulassen, andernfalls er seine

⁵⁷⁰ Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 475; *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 230 mwN.

⁵⁷¹ So *Lepke*, Beschäftigung 178.

⁵⁷² Zur Treuepflicht s statt aller *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 76.

Beschäftigungspflicht verletzt. Hat sich der Arbeitgeber für die betriebsbedingte Kündigung entschieden, so wird die Beschäftigungspflicht auch während der Kündigungsfrist entfallen, zumal Betriebsstörungen regelmäßig während dieser kurzen Zeitspanne weiterhin bestehen bleiben werden.

Der Vollständigkeit halber ist abschließend anzumerken, dass der Arbeitgeber bei betriebsbedingter Nichtbeschäftigung trotz Nichtleistung der Arbeit weiterhin verpflichtet ist, das Entgelt gem § 1155 ABGB fortzuzahlen. Das ist auch gerecht, denn Störungen im Betrieb oder im Wirtschaftsleben sind sein Risiko. Das gehört mit zum Unternehmensrisiko und ist grundsätzlich nicht auf den Arbeitnehmer abwälzbar.⁵⁷³

b) In der Person bzw im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Gründe

Der Arbeitgeber kann die Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht nur aus betriebsbezogenen, sondern auch aus unmittelbar oder mittelbar in der Person bzw in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen berechtigterweise verweigern.

Zu dieser Kategorie gehören zunächst einmal alle Umstände, die eine fristlose Entlassung nach den jeweiligen arbeitsrechtlichen Vorschriften nach sich ziehen können. Der OGH hat – wie bereits erwähnt – ein an sich bestehendes Recht auf Beschäftigung verneint, wenn Umstände vorliegen, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen könnten.⁵⁷⁴ Steht daher dem Arbeitgeber zu, das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung zum Erlöschen zu bringen, dann muss er auch aufgrund eines Größenschlusses das mindere Recht der Nichtbeschäftigung haben. Denn diese belastet den Arbeitnehmer weniger als die außerordentliche Kündigung, da das Arbeitsverhältnis nicht mit sofortiger Wirkung aufgelöst wird, sondern vorerst in seinem rechtlichen Bestand erhalten bleibt. Da die Nichtbeschäftigung nicht so schwerwiegend wie die fristlose Entlassung in die Rechtsposition des Arbeitnehmers greift, müssen die Gründe, die einer tatsächlichen Beschäftigung entgegenstehen, – auch hier – nicht das Gewicht eines Entlassungsgrundes erreichen. Liegt aber ein wichtiger Grund zur Entlassung vor, wird dies eo ipso das Erlöschen des Beschäftigungsanspruches bewirken. Die Entlassungstatbestände in § 27 AngG,

⁵⁷³ Vogt in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 170; ebenso *Gerhartl*, wbl 2007, 14 (17).

⁵⁷⁴ OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = *ecolex* 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107; vgl. *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189); *Brodil*, in *Grundeis/Karollus* 47 (59); *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (201).

§ 82 GewO 1859, § 15 Abs 3 BAG, § 38 SchSpG ua⁵⁷⁵ können dabei aber als Maßstab oder Richtschnur für die Nichtbeschäftigung herangezogen werden. Die Entlassungsgründe können zudem deshalb gegen das Recht auf Beschäftigung abgewogen werden, weil sich die Voraussetzungen für die Entlassung mit denen für die Nichtbeschäftigung decken. Die Entlassung setzt wie die Nichtbeschäftigung nicht immer ein schuldhaftes Verhalten voraus⁵⁷⁶, sondern zielt ebenfalls wie beim Wegfall der Beschäftigungspflicht auf die Zumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Vertrages – zum Ablauf der Befristung oder des Kündigungstermins – ab.⁵⁷⁷

Bei näherer Durchsicht der verschiedenen Entlassungsgründe kommen in erster Linie für eine Nichtbeschäftigung die Entlassungsgründe Vertrauensunwürdigkeit, Dienstunfähigkeit, Verraten von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, strafbare Handlungen sowie Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit oder Ehrverletzungen gegenüber dem Arbeitgeber in Betracht.⁵⁷⁸ So wird etwa bei Verdacht von strafbaren Handlungen, wie etwa Diebstahl, Veruntreuung sowie Unterschlagung die Beschäftigungspflicht ohne Zweifel wegfallen.⁵⁷⁹ Weiters wird die Beschäftigungsverweigerung des Arbeitgebers gerechtfertigt sein und die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, wenn der Arbeitnehmer Betriebsgeheimnisse weiterverräät.⁵⁸⁰ Im Übrigen wird dem Arbeitgeber eine tatsächliche Verwendung des Arbeitnehmers überall dort unzumutbar sein, wo die Vertrauensgrundlage im Arbeitsverhältnis wegfällt und der Arbeitnehmer aus berechtigten Gründen das Vertrauen des Arbeitgebers nicht mehr genießt.⁵⁸¹ Ein Ausnahmetatbestand, der eine Nichtbeschäftigung rechtfertigen wird, kann auch gegeben sein, wenn der Arbeitnehmer unfähig wird, die versprochenen oder den Umständen nach

⁵⁷⁵ Vgl auch die anderen Entlassungstatbestände in den Sondergesetzen wie § 20 HausbG, § 33 LAG, § 12 Abs 2 MSchG, § 6 Abs 4 EKUG, § 122 ArbVG.

⁵⁷⁶ Vgl bloß *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 419 mwN; zur Nichtbeschäftigung vgl OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

⁵⁷⁷ Zur Unzumutbarkeit im allg s statt aller *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 419 mwN; zur Unzumutbarkeit bei der Nichtbeschäftigung s bloß OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

⁵⁷⁸ Auf die einzelnen Entlassungsgründe wird hier nicht im Detail eingegangen, da dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde; vgl die einzelnen Entlassungsgründe etwa in § 82 GewO 1859, § 27 AngG, § 15 Abs 3 BAG sowie § 38 SchSpG.

⁵⁷⁹ In der Praxis wird aber die Nichtbeschäftigung wegen Verdacht von Begehung strafbaren Handlungen kaum vorkommen, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in solchen Fällen meistens fristlos kündigt; zu diesem Entlassungsgrund s *Pfeil* in ZellKomm § 27 AngG Rz 35 ff; *Friedrich*, AngG-Kommentar § 27 Rz 85 ff; *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 27 Rz 59 ff.

⁵⁸⁰ Näheres dazu bei *Pfeil* in ZellKomm § 27 AngG Rz 54 ff; *Friedrich*, AngG-Kommentar § 27 Rz 163 ff; *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 27 Rz 52 ff.

⁵⁸¹ Näheres dazu bei *Pfeil* in ZellKomm § 27 AngG Rz 21 ff; *Friedrich*, AngG-Kommentar § 27 Rz 71 ff; *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 27 Rz 21 ff.

angemessenen Dienste zu leisten.⁵⁸² Dies wird dann der Fall sein, wenn dem Arbeitnehmer für die Erbringung der Arbeitsleistung notwendigen körperlichen, geistigen oder rechtlichen Voraussetzungen zur Gänze und dauernd fehlen.⁵⁸³ Wenn der Arbeitnehmer „schlechthin unverwendbar“ für den Arbeitgeber ist, dann wird der Arbeitgeber wohl von der Beschäftigung Abstand nehmen können.⁵⁸⁴ Unterdurchschnittliche Arbeitsleistung, mangelnde Geschicklichkeit oder schwache Arbeitsleistung werden aber den Arbeitgeber nicht zur Nichtbeschäftigung berechtigen, denn der Arbeitnehmer ist nur zu Leistungen verpflichtet, die seiner subjektiven Leistungsfähigkeit entsprechen.⁵⁸⁵ So muss daher etwa ein Fußballverein einen Spieler zumindest zum Training zulassen, auch wenn dieser spielerisch unterdurchschnittlich schlecht ist oder schwache Leistungen erbringt. Solange sich der Spieler bemüht, kann ihm aber die Teilnahme am Training nicht verweigert werden. Unfähigkeit zur Dienstleistung wird aber vorliegen, wenn eine zur Erfüllung der Arbeitspflicht notwendige Voraussetzung fehlt.⁵⁸⁶ Ist etwa die Fahrerlaubnis – wie etwa bei Taxifahrern oder Buslenkern – wesentliche Voraussetzung zur Erfüllung der dienstvertraglichen Pflichten, so kann ihr Verlust den Arbeitgeber zur Beschäftigungsverweigerung berechtigen.⁵⁸⁷ Ungeachtet des entgegenstehenden Interesses des Arbeitgebers würde dem Recht auf Beschäftigung hier aber schon bereits das Fehlen der rechtlichen Voraussetzung für die Berufsausübung entgegenstehen. In solchen Fällen ist es unmöglich, diesen Arbeitnehmern einen Beschäftigungsanspruch weiterhin zuzuerkennen. Der Anspruch würde sich mangels Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen selbst aufheben. Hierher gehören – neben dem angesprochenen Fehlen bzw Entzug des Führerscheins – auch das Fehlen der Berufsberechtigung, wie etwa bei Ärzten oder Rechtsanwälten.

Noch unter einem anderen Gesichtspunkt kann die Beschäftigungspflicht eine Begrenzung erfahren. Der Anspruch auf Beschäftigung kann demnach gem § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG – wie bei betriebsbezogenen Gründen – bei Vorliegen von „*Umständen, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren*“,

⁵⁸² Zum Entlassungstatbestand der Dienstunfähigkeit s Pfeil in ZellKomm § 27 AngG Rz 59 ff; Friedrich, AngG-Kommentar § 27 Rz 269 ff; Grillberger in Löschnigg, AngG II⁸ § 27 Rz 62 ff.

⁵⁸³ Pfeil in ZellKomm § 27 AngG Rz 61 mwN.

⁵⁸⁴ Vgl Pfeil in ZellKomm § 27 AngG Rz 61; OGH 21.5.2003, 9 Ob A 1/03t, DRdA 2004, 362 (Trost).

⁵⁸⁵ Grillberger in Löschnigg, AngG II⁸ § 27 Rz 65; Pfeil in ZellKomm § 27 AngG Rz 67; vgl zur Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers OGH 19.6.1991, 9 ObA 77/91, DRdA 1992, 49 (Eypeltauer) = Arb 10.945 = RdW 1992, 21 = SZ 64/79 = wbl 1992, 60.

⁵⁸⁶ Grillberger in Löschnigg, AngG II⁸ § 27 Rz 67.

⁵⁸⁷ Vgl Friedrich, AngG-Kommentar § 27 Rz 277; Pfeil in ZellKomm § 27 AngG Rz 68; vgl a Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsecht⁵ Rz 243.

wegfallen.⁵⁸⁸ Wenn der Arbeitgeber gem § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG aus subjektiv betriebsbedingten Gründen den Arbeitnehmer sogar kündigen kann, dann wird er in Anwendung des Größenschlusses auch zu einer Nichtbeschäftigung berechtigt sein. Zu den die Person des Arbeitnehmers betreffenden Gründen zählen nach hM und Rsp sowohl die ausschließlich in dessen Person zum Ausdruck kommenden, sog personenbedingte Gründe, wie zB mangelnde körperliche und geistige Eignung, Arbeitsunfähigkeit, Krankheit, Minderleistung, als auch Motive, die im Verhalten des Arbeitnehmers gelegen sind, sog verhaltensbedingte Gründe, wie etwa Pflichtverletzung, strafbare Handlungen, Fehlleistungen etc.⁵⁸⁹ Das Vorliegen solcher Gründe reicht für die Rechtfertigung einer Kündigung und damit für die Abweisung der Anfechtungsklage nicht aus. Vielmehr müssen sich die Gründe auf die betrieblichen Interessen nachteilig auswirken (subjektiv betriebsbedingte Gründe). Auch hier müssen diese wirtschaftlichen Gründe nicht von solchem Gewicht sein, dass bei Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses der Zusammenbruch des Betriebes zu erwarten ist.⁵⁹⁰ Es wurde bereits festgehalten, dass der Grund für die Nichtbeschäftigung nicht so schwerwiegend sein muss, um etwa ein Recht zur fristlosen Entlassung zu begründen, da die Nichtbeschäftigung im Gegensatz zur Entlassung das „geringere Übel“ darstellt.⁵⁹¹ Durch die Regelung des § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG kann das Gewicht der Gründe eine weitere Milderung erfahren. Nach der hM müssen personenbedingte Gründe gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG nicht das Gewicht eines Entlassungsrundes erreichen, sie müssen aber die betrieblichen Interessen soweit nachteilig berühren, dass sie bei objektiver Betrachtungsweise einen verständigen Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würden und die Kündigung als gerechte, dem Sachverhalt adäquate Maßnahme erscheinen lassen.⁵⁹² Die Schlussfolgerung daraus ist, dass der Grund für die personen- und verhaltensbedingte Nichtbeschäftigung nicht so schwerwiegend zu sein braucht, dass er die subjektiv betriebsbedingte Kündigung rechtfertigt, geschweige denn, dass er ein Recht zur fristlosen Entlassung begründet.

Es kann daher festgehalten werden, dass der Beschäftigungsanspruch analog zur personenbedingten Kündigung wegfällt, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner persönlichen

⁵⁸⁸ Vgl *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 188.

⁵⁸⁹ *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 189.

⁵⁹⁰ *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 214 mwN.

⁵⁹¹ Zu den einzelnen Entlassungsgründen, auf die hier nicht näher eingegangen wird s *Friedrich*, *Ang-Kommentar* § 27 Rz 1ff; *Grillberger* in *Löschnigg*, *AngG II*⁸ § 27 Rz 1 ff.

⁵⁹² *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 191 und 192 mwN: Liegt ein Entlassungsrund vor, so ist die Kündigung jedenfalls subjektiv betriebsbedingt, dh ein Entlassungsgrund bildet auch ein Kündigungsgrund iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG und folglich auch ein Rechtfertigungsgrund für die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers.

Eigenschaften und Fähigkeiten nicht mehr in der Lage ist, künftig seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nachzukommen und dieser Umstand nachteilige Wirkungen auf die Betriebsverhältnisse zeitigt.⁵⁹³ So kann etwa eine mangelnde körperliche oder geistige Eignung, die eine ins Gewicht fallende Minderleistung verursacht, als Rechtfertigungsgrund für die Beschäftigungsverweigerung sein, wenn diese betriebliche Interessen nachteilig berührt und die Interessen des Arbeitnehmers überwiegt.

Ebenso ist der Arbeitgeber analog zur verhaltensbedingten Kündigung nicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer Pflichtverletzungen wie etwa Störung des Betriebsfriedens, Verletzung der Ordnung des Betriebes, persönliche Differenzen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie außerdienstliches Fehlverhalten begeht.⁵⁹⁴ Der Arbeitgeber hat ein schützenswertes Interesse, jede Gefährdung der Ruhe und Ordnung im Betrieb zu unterbinden.⁵⁹⁵ Der OGH hat diesbezüglich sogar judiziert, dass „unabhängig von einer Verschuldenszuweisung bereits aus objektiver Sicht ein keineswegs zu vernachlässigendes Interesse des Arbeitgebers an einer reibungslosen Abwicklung des Dienstbetriebes“ besteht.⁵⁹⁶ Nach diesem Judikat kann der Arbeitgeber daher – auch ohne dass ein Verschulden des Arbeitnehmers für eine Störung des Betriebsfriedens vorliegen muss – für die Ordnung und reibungslose Abwicklung des Dienstbetriebs auf die Dienste des Arbeitnehmers verzichten. Daraus leuchtet sofort ein, dass der Arbeitnehmer mit Recht dann nicht zu beschäftigen ist, wenn die Betriebsfriedensstörung durch sein eigenes Fehlverhalten verschuldet verursacht wurde. Die Zusammenarbeit in einer Betriebsgemeinschaft ist beeinträchtigt, wenn etwa in einem Sportverein ein Spieler den Vereinsbetrieb stört, das Mannschaftsklima durch ständige Beleidigungen oder Handgreiflichkeiten gegenüber Trainern, Mitspielern, Vereinsverantwortlichen vergiftet oder sonstige schützenswerte Interessen verletzt.⁵⁹⁷ Auch unsportlicher Lebenswandel, wie etwa Schlägereien, Trinkgelage und dergleichen können ein Fehlverhalten darstellen und für die reibungslose Abwicklung des Dienstbetriebs eine Weiterbeschäftigung unzumutbar machen.⁵⁹⁸ Die Gefährdung des Betriebsfriedens liegt ebenfalls vor, wenn etwa ein Primararzt seine ärztlichen Kollegen

⁵⁹³ *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 195.

⁵⁹⁴ Vgl Überblick der Gründe für eine verhaltensbedingte Kündigung bei *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 206.

⁵⁹⁵ Vgl *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18 Rz 189.

⁵⁹⁶ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin; vgl *Risak*, RdM 2006/117 (178).

⁵⁹⁷ Vgl *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (60); *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18 Rz 189.

⁵⁹⁸ Vgl *Wüterich/Breucker*, Sport Rz 300.

während der Visite vor dem Pflegepersonal und den Patienten ständig beschimpft.⁵⁹⁹ Zu verhaltensbedingten Gründen, die eine Nichtbeschäftigung rechtfertigen, gehören ferner auch die persönlichen Zwistigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Beruhen die Streitigkeiten auf einem Verschulden des Arbeitnehmers, so trifft den Arbeitgeber nicht mehr die Pflicht, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entgegenzunehmen. In so einem Fall wird der Arbeitnehmer regelmäßig die Ehre des Arbeitgebers verletzen. Der Arbeitnehmer kann sich in so einem Fall nicht auf seinen Beschäftigungsanspruch stützen, weil er durch sein eigenes Verhalten den Betriebsfrieden stört. Hingegen kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der tatsächlichen Beschäftigung nicht ausschließen, wenn er selbst die Streitigkeiten verschuldet hat. Auch wenn der Arbeitgeber in so einem Fall ein Interesse daran haben wird, den Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu entfernen, wird er sich dennoch nicht unter Berufung auf dieses Interesse von der Verpflichtung zur Beschäftigung befreien können. Wäre dem nicht so, würde es in der Hand des Arbeitgebers liegen, ob er den Arbeitnehmer beschäftigt oder nicht. Das Interesse des Arbeitgebers tritt hier hinter das beeinträchtigte Arbeitnehmerinteresse, tatsächlich beschäftigt zu werden, zurück. Anderes würde aber gelten, wenn die Zwistigkeiten ausufern und die Ruhe und Ordnung im Betrieb gefährden. In so einem Fall überwiegt – trotz des Verschuldens des Arbeitgebers an der Streitigkeit – das Interesse der Belegschaft an einer reibungslosen Abwicklung des Dienstbetriebs das Beschäftigungsinteresse des einzelnen Arbeitnehmers. Schließlich kann die Beschäftigungspflicht auch entfallen, wenn eine mangelnde Integrationfähigkeit eines Arbeitnehmers vorliegt, welche das allgemeine Betriebsklima gefährdet.⁶⁰⁰

Wie bei betrieblichen – die Nichtbeschäftigung rechtfertigenden – Gründen ist auch hier unzulässig, den Arbeitnehmer zeitlich unbeschränkt einer Arbeit nicht zuzuweisen. Als Obergrenze für eine Nichtbeschäftigung kommt analog zum Versetzungsrecht eine Dauer von 13 Wochen in Betracht.⁶⁰¹ Überschreitet die Nichtbeschäftigung diese rund dreimonatige Frist, so wird der Arbeitgeber nicht mehr rechtmäßig handeln und daher gegen seine Beschäftigungspflicht verstoßen. Hat sich der Arbeitgeber statt der Nichtbeschäftigung für eine Kündigung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, entschieden, ist der Arbeitnehmer grundsätzlich in der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen, damit er keinen beruflichen Qualifikationsverlust erleidet. Eine Nichtbeschäftigung ist, abgesehen von einer

⁵⁹⁹ OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg; vgl *Risak*, RdM 2006/117 (178); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (60).

⁶⁰⁰ Vgl *Wolliger* in *ZellKomm* § 105 ArbVG Rz 209 mwN; *Binder* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 18 Rz 192 mwN.

⁶⁰¹ So *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (62); vgl § 101 ArbVG.

vereinbarten Freistellungsklausel, nur dann möglich, wenn die Weiterbeschäftigung während der Kündigungsfrist für den Arbeitgeber objektiv unzumutbar ist.⁶⁰²

c) **Sonstige gewichtige Gründe für eine Nichtbeschäftigung**

Der Arbeitgeber wird oftmals nicht nur aus betrieblichen oder in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen die Beschäftigung verweigern. Die Freistellung von der Beschäftigung wird auch bei sonstigen gewichtigen Rechtfertigungsgründen des Arbeitgebers zulässig sein.

Zu diesen sonstigen Rechtfertigungsgründen gehören zunächst der Schutz höherwertiger Rechtsgüter. Das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers muss höherwertigen Rechtsgütern den Vortritt gewähren. Der OGH hat diesbezüglich judiziert, dass die Gefährdung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers den Schutz höherwertiger Rechtsgüter, wie insb Gesundheit und Leben von Patienten nicht verdrängen kann.⁶⁰³ Hier überwiegt nicht nur das Interesse des Krankenhauses für das Wohl der Patienten zu sorgen, sondern auch das Allgemeininteresse dem Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner beruflichen Qualifikation. Der Arbeitgeber wird mit Recht die Beschäftigung eines Chirurgen verweigern, wenn aufgrund gesundheitlicher Störungen Zweifel an seiner Dienstfähigkeit bestehen. Würde der Arbeitgeber in so einem Fall den Chirurgen trotz seines angeschlagenen Zustandes weiterhin operieren lassen, würde er die Gesundheit und Leben der Patienten für die unbedingte Erfüllung der Beschäftigungspflicht aufs Spiel setzen. Es versteht sich von selbst, dass in solchen Fällen sich der Arzt nicht auf sein Beschäftigungsrecht berufen kann, zumal die Erfüllung der Beschäftigungspflicht für den Arbeitgeber unzumutbar sein wird.

Gleiches wird im Fall eines Berufspiloten gelten, dem bei jedem Flug hunderte Menschenleben anvertraut sind. Auch schlagen hier die höherwertigen Rechtsgüter zugunsten eines überwiegenden Interesses des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung. Dem Flugunternehmen wird nicht zumutbar sein, einen gesundheitlich angeschlagenen Berufspiloten der Beschäftigung des Piloten willen für Linienflüge einzusetzen und damit das Leben der Fluggäste in einem hohen Maß gefährden. Im Vordergrund steht das primäre

⁶⁰² Vgl OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

⁶⁰³ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin; vgl *Risak*, RdM 2006,117 (178); *Schrammel*, AngG-Kommentar § 6 Rz 44; *Pfeil* in *Schwimann V*³ § 1153 Rz 36.

Interesse des Arbeitgebers, Gesundheit und Leben der Passagiere so wenig wie möglich zu beeinträchtigen und einen reibungslosen und komplikationslosen Flug zu gewährleisten. Diese höherwertigen Interessen des Arbeitgebers können durch das mindere Rechtsgut der Qualifikationserhaltung des Arbeitnehmers nicht verdrängt werden.

Das Beschäftigungsbegehren des Arbeitnehmers kann auch verweigert werden, wenn für die Ausübung der Tätigkeit die öffentlich-rechtliche Berechtigung fehlt.⁶⁰⁴ Hat etwa ein Arzt oder ein Pilot seine Berufsberechtigung (vorübergehend) verloren, ist es dem Krankenhaus oder Flugunternehmen – mangels Vorliegen der rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen für diese Ausübung dieser Berufe – nicht rechtlich möglich der Beschäftigungspflicht nachzukommen.⁶⁰⁵ Dasselbe wird auch bei Fehlen oder Entzug der Fahrerlaubnis (Führerschein) gelten, insb dann wenn diese eine zur Erfüllung der Arbeitspflicht – wie etwa bei Buslenkern und Taxifahrern – notwendige Voraussetzung darstellen.⁶⁰⁶

Auch bei sonstigen Rechtsfertigungsgründen ist der Arbeitgeber nicht zur zeitlich unlimitierten Nichtbeschäftigung berechtigt. Fallen diese sonstigen gewichtigen Gründe für die Beschäftigungsverweigerung wieder weg, dann ist der Arbeitnehmer wieder zur Beschäftigung zuzulassen.

d) Exkurs: Suspendierung

Im Zusammenhang mit dem Wegfall des Beschäftigungsanspruches erscheint es auch angebracht, auf die Zulässigkeit einer qualifizierten Suspendierung einzugehen.⁶⁰⁷ Der Unterschied zwischen einer normalen Nichtbeschäftigung und einer qualifizierten Suspendierung ist, dass die Suspendierung über die bloße Nichtbeschäftigung hinausgeht.⁶⁰⁸ Bei der Suspendierung beschränkt sich der Arbeitgeber nicht nur darauf, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht in Anspruch zu nehmen, sondern er geht insofern darüber hinaus, als

⁶⁰⁴ OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot; 12.6.1996, 9 Ob A 2075/96d ARD 4770/15/96.

⁶⁰⁵ Vgl Friedrich, AngG-Kommentar § 27 Rz 277; Pfeil in ZellKomm § 27 AngG Rz 68.

⁶⁰⁶ Vgl Grillberger in Löschnigg, AngG II⁸ § 27 Rz 67.

⁶⁰⁷ Nach Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 250 stellt die Suspendierung vom Dienst aufgrund ihrer Intensität und Außenwirkung einen Fall des „qualifizierten Annahmeverzugs“ dar; zur Suspendierung in Zusammenhang mit dem Beschäftigungsanspruch vgl Wachter, DRdA 1987/3 (61); Binder, DRdA 1991/13 (143); Resch, DRdA 1991, 424 (431); ders, DRdA 1997/22 (211); Brodil in Grunde/Karollus 47 (60); ders in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 10.

⁶⁰⁸ Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 10 versteht unter der Suspendierung die einseitige Anordnung des Ruhens der beiderseitigen Leistungspflichten, also der Nichtbeschäftigung bei gleichzeitiger Zurückbehaltung des Entgelts.

er durch eine Suspendierung dem Arbeitnehmer die Ausübung jeder Tätigkeit sowie häufig sogar das Betreten des Betriebes untersagt.⁶⁰⁹ Das Recht der Suspendierung stellt daher einen Anwendungsfall des Rechts auf Nichtbeschäftigung dar. Nach älteren Entscheidungen wurde die Suspendierung – soweit sie keine Strafmaßnahme war – als zulässig erachtet und dem Ermessen des Arbeitgebers anheimgestellt.⁶¹⁰ Der OGH hat jedoch in zwei jüngeren das Recht auf Beschäftigung betreffenden Entscheidungen die Verhängung der Suspendierung als eine diskriminierende Maßnahme angesehen, die nicht grundlos verhängt werden dürfe.⁶¹¹ Dabei folgt der OGH *Schwarz/Löschnigg*⁶¹², denzufolge die Suspendierung einen diskriminierenden Eingriff in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers darstellt und – sofern sie ohne Grund angeordnet wird – gegen die guten Sitten verstößt.⁶¹³ Daher sind diese Autoren der Auffassung, dass einem Arbeitnehmer aufgrund des diskriminatorischen Effekts der unbegründeten qualifizierten Dienstsuspendierung ein Recht auf Beschäftigung zukommt, da die Suspendierung immer unter dem schwerwiegenden Verdacht eines unehrenhaften Verhaltens steht.⁶¹⁴

Trotz dieses Totalverbots einer qualifizierten Suspendierung kann eine Suspendierung auch zulässig sein.⁶¹⁵ So verlangt der OGH im Fall einer ehrverletzenden Suspendierung vom Arbeitgeber den Nachweis von Gründen, die die Verhängung der Suspendierung rechtfertigen. Dabei hat das Höchstgericht die Suspendierungsmöglichkeit bereits bei objektiver Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bejaht.⁶¹⁶ Zu einer qualifizierten Suspendierung wird der Arbeitgeber idR greifen, wenn ein schwerer Verdacht auf

⁶⁰⁹ *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ 250; vgl. *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); *ders*, DRdA 1997/22 (211); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (60).

⁶¹⁰ Vgl. *Resch*, DRdA 1991, 424 (428) und (431); vgl. die Nachweise bei *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153 Rz 27; *Brodil* in *Mazal/Risak*, *Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar*, Kap X Rz 10.

⁶¹¹ In OGH 27.4.1988, 9 Ob 74/88 DRdA 1989, 60 = RdW 1989, 29 war die Suspendierung mit einem Hausverbot verbunden; in OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 wurde ein Chirurg während der Kündigungsfrist suspendiert.

⁶¹² *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ 250; zur ehrverletzenden Charakter der Suspendierung vgl. bereits *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63); jüngst auch *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (61).

⁶¹³ Vgl. *Resch*, DRdA 1991, 424 (431).

⁶¹⁴ Vgl. *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (61). Bei diskriminierenden Eingriffen in die renommierte Person des Arbeitnehmer ist nach *Rebhahn/Kietaibl* in *ZellKomm* § 1153 ABGB Rz 9 die Suspendierung auch ohne ein Recht auf Beschäftigung rechtswidrig.

⁶¹⁵ So OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ 250; *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); *ders*, DRdA 1997/22 (211); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (61); *Rebhahn/Kietaibl* in *ZellKomm* § 1153 ABGB Rz 9.

⁶¹⁶ OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg; vgl. *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (61); ebenso *Wachter*, DRdA 1987/3 (61), der darauf hinweist, dass eine Klage auf Feststellung, dass die Suspendierung ohne zureichenden Grund erfolgt ist, möglich ist.

Verfehlungen des Arbeitnehmers besteht, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde, aber er noch nicht sicher ist, ob die Vermutungen zutreffen. *Brodil*⁶¹⁷ meint allerdings, dass der Arbeitgeber bei schwerwiegenden Verdachtsmomenten kraft Größenschluss aus den entlassungsrechtlichen Grundprinzipien statt der Suspendierung den Arbeitnehmer unverzüglich zu entlassen habe. Natürlich sei dem Arbeitgeber dabei eine hinreichende Überlegungs- und Sachverhaltsklärungsfrist einzuräumen. Jedoch sei der Arbeitgeber nicht berechtigt, bis zur abschließenden Klärung bzw zur weiteren Einholung von Informationen das Arbeitsverhältnis ohne Entgeltzahlung zu suspendieren. Der Arbeitgeber trägt demnach das Risiko einer allenfalls ungerechtfertigten Beendigung. Eine Suspendierung wäre seiner Ansicht nach nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber bei einer Entlassung ein exorbitantes Risiko tragen würde, wie etwa bei Schadenersatzansprüchen durch längere befristete Arbeitsverträge. Außerdem käme eine kurzfristige Suspendierung unter Entgeltentfall bei „besonderen“ Vertrauenspositionen in Frage.⁶¹⁸

⁶¹⁷ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 10.

⁶¹⁸ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 10 mwN.

XII.Rechtsfolgen der Nichtbeschäftigung

Literatur: Adler/Höller in Klang V² 247; Binder, Grundrechtsverletzung und Grundrechtsprägung im Arbeitsrecht, DRdA 1985, 1; ders, Vorteilsanrechnung im Arbeitsverhältnis, in FS Schwarz 1991, 35; ders, Zur Bemessung und Dauer von Entgeltfortzahlungsansprüchen, ZAS 2007/17; Brodil, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen, in Grundei/Karollus, Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 27; ders, DRdA 2007/49 (Anm zu OGH 9 Ob 121/06 v); Bydlinski, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173 und 237; Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁵ (2007); Dirschmied, Ausbildungskosten – Rückersatz durch Arbeitnehmer DRdA 1994/19 (Anm zu 9 Ob A 130-132/93); Feil/Wennig, Bühnenrecht: künstlerische und darstellende Berufe (2001); Ehrenzweig, System² II/1 (1928); Etmayer, Die Anrechnung des zu erwerben absichtlich Versäumten nach § 1155 ABGB, JBl 2006, 295; Eypeltauer, Anrechnung gem § 1155 ABGB bei Nichtzulassung des Arbeitnehmers zur Arbeit, DRdA 2005, 160 (Anm zu OGH 9 Ob A 115/03g); Firlei, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 183; Friedrich in AngG-Kommentar § 26; Gerhartl, Anrechnung bei Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsausfall aus Umständen in der Arbeitgebersphäre, wbl 2007, 14; Grillberger in Löschnigg, AngG II⁸ § 26; Harrer in Schwimann VI³ §§ 1293, 1336; Hämmerle, Grundriß des Arbeitsrechts, Arbeitsvertrag (1949); Heger, Durchsetzung unvertretbarer Handlungspflichten (§ 354 EO) – Ein Plädoyer für die Gleichbehandlung von Handlungs- und Unterlassungspflichten, ZAK 2006/700; Hodik, Auswirkungen des Entwurfes eines Sozialgerichtsgesetzes auf das Bühnenrecht, ZAS 1983, 170; Holzer, Verschuldeter Annahmeverzug des Arbeitgebers und Anrechnung anderweitig absichtlich versäumten Verdienstes, DRdA 1983, 7 (Anm OGH 4 Ob 18/81); Höllwerth in Burgstaller/Deixler, EO §§ 354, 368; Kapfer/Bündsdorf, Schauspielergesetz (1974); Klicka in Angst² § 354; Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997); Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007); König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren³ (2007); Krejci in Rummel I³ §§ 1153, 1155, 1162b; Lautner, Geldendes und künftiges Angestellten-Vertragsrecht. Auf rechtsvergleichender Grundlage. Unter Berücksichtigung des deutschen Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes und der tschechoslovakischen Entwürfe. Teil 1 (1927); Marhold-Weinmeier, ASoK 2007,199 (Anm zu OGH 9 Ob 121/06v); Martinek/Schwarz, AngG⁷ (1991); Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht (1970); Petrovic, Einstweilige Verfügungen in Arbeitsrechtsachen – Eine Kritik an § 86 der Regierungsvorlage zum Sozialgerichtsgesetz, ZAS 1983, 163; Pfeil in Schwimann V³ §§ 1153,1155;1162b; ders in ZellKomm §§ 25, 26 AngG; Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB; Reischauer in Rummel I³ § 1336; Resch, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; ders, SpuRt 2007, 161 (Anm zu OGH 9 Ob 121/06 v); Risak, ZAS 1997/19 (Anm zu OGH 8 Ob A 2046/96); Sailer in Burgstaller/Deixler, EO §§ 381,382; Sandner, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis – Eine rechtsvergleichende Betrachtung ihrer geschichtlichen Entwicklung, ihrer Rechtsgrundlagen und ihres Umfanges im deutschen und österreichischem Recht, Diss Innsbruck (1961); A.Schwarz, Historische Entwicklung und aktueller Stand des Schauspielerechts (2005); W.Schwarz, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in FS Floretta (1983) 415; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003); Sonntag in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008), Kap XVII; Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998); Strasser, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60; Schrammel, ZAS 1983/5 (Anm zu OGH 4 Ob 18/81); ders in Tomandl/Schrammel II⁹ (2008); Thomas, Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballspielers, ZAS 2008/12 (Anm zu OGH 9 Ob 121/06 v); Vogt, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008), Kap XII; Wachter, Zum Kündigungsschutz für Invalide, DRdA 1987/3 (Anm zu OGH 4 Ob 103/83).

Wenn ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung besteht und ein entgegenstehendes gewichtiges Interesse des Arbeitgebers an der Nichtausübung des Berufes des Arbeitnehmers nicht vorliegt, so stellt sich die Frage, wie der Arbeitnehmer zu seinem Beschäftigungsanspruch kommt, falls die faktische Beschäftigung dennoch unterbleibt.

Neben der Möglichkeit der Klage auf Erfüllung hat der Arbeitnehmer, der zu Unrecht nicht beschäftigt wird, auch ein vorzeitiges Austrittsrecht, allenfalls einen Anspruch auf Schadenersatz. Diese „Rechtsbehelfe“ werden im Folgenden einer näheren Betrachtung

unterzogen, wobei auch die entgeltrechtlichen Konsequenzen Gegenstand dieses Kapitels sind.

A. Erfüllungsanspruch

1. Klagbarkeit

a) Lehre

Was die Klagbarkeit des Beschäftigungsanspruches anbelangt, ist die österreichische Lehre geteilter Auffassung.

*Strasser*⁶¹⁹ hat sich bereits vor über 50 Jahren für eine Klagbarkeit des Anspruchs auf Beschäftigung ausgesprochen. Stehen dem Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers entgegen, so ist *Strasser* der Auffassung, dass der Arbeitnehmer bei Verletzung seines Beschäftigungsanspruches auch die Möglichkeit haben sollte, auf Erfüllung zu klagen, also tatsächliche Beschäftigung zu verlangen. Die Ansichten, dass der Arbeitnehmer nur die Möglichkeit habe, den fristlosen Austritt zu erklären und Schadenersatz zu verlangen⁶²⁰, sind seiner Meinung nach verfehlt. Die Verweigerung des Erfüllungsbegehrens würde überdies gegen allgemeine Vertragsgrundsätze verstoßen, wonach im Falle eines Verzugs der Erfüllungsanspruch weiterhin fortbesteht. Darauf aufbauend ist er der Ansicht, dass der Arbeitnehmer wahlweise Erfüllung verlangen oder seinen fristlosen Austritt erklären und Schadenersatz fordern kann.⁶²¹

Auch *Schwarz/Löschnigg*⁶²² befürworten die Klagbarkeit des Beschäftigungsanspruches, weil es sich bei der Wiederzulassung zur Beschäftigung um „die natürlichste Form der Rehabilitation“ handelt.

Hingegen verneinen *Adler/Höller*⁶²³ einen klagbaren Erfüllungsanspruch. Die Verletzung der Beschäftigungspflicht berechtigt den Arbeitnehmer nicht zur klagsweise Geltendmachung des

⁶¹⁹ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (64).

⁶²⁰ Gegen die Klagbarkeit ist zB *Adler/Höller* in Klang V² 247.

⁶²¹ Vgl *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 301, der ebenfalls von der Klagbarkeit des Beschäftigungsanspruches ausgeht; für die Klagbarkeit weiters *Krejci* in *Rummel* I³ § 1153 Rz 27; *W.Schwarz* in FS *Floretta* 415 (421); *Binder*, DRdA 1985, 1 (5); *Wachter*, DRdA 1987/3 (62); vgl. *Resch*, DRdA 1991, 424 (430), der die Klagbarkeit für Schauspieler ausschließt.

⁶²² *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 250.

Beschäftigungsanspruches, sondern geben ihm lediglich – wie nach § 21 SchSpG – das Recht zum vorzeitigen Austritt und zur Inanspruchnahme eines begrenzten Schadenersatzes.⁶²⁴

Die Meinung, das Recht auf Beschäftigung dürfe nicht klagbar sein, scheint ihren Ursprung in der Sonderbestimmung des § 21 SchSpG zu haben.⁶²⁵ Für die Ablehnung der Klagbarkeit wird das Argument ins Treffen geführt, dass der Gesetzgeber selbst bei ausdrücklicher Regelung der Beschäftigungspflicht keine zwangsweise Durchsetzung, sondern lediglich ein Austrittsrecht sowie Entschädigungsansprüche zugesteht.⁶²⁶ § 21 Abs 2 SchSpG – der in der österreichischen Rechtsordnung das Recht auf Beschäftigung als einzige Norm explizit statuiert⁶²⁷ – lautet dabei wörtlich wie folgt: „Wenn es der Unternehmer trotz wiederholter Aufforderung ohne wichtigen Grund unterläßt, das Mitglied angemessen zu beschäftigen, kann das Mitglied den Vertrag vorzeitig auflösen und eine angemessene Vergütung begehren, die der Richter nach billigem Ermessen feststellt, die aber den Betrag der festen Bezüge eines Jahres nicht übersteigen darf.“

Diese zitierte Bestimmung wirft zwei Fragen auf: Zum einen stellt sich die Frage, ob § 21 SchSpG den Schauspielern tatsächlich den Erfüllungsanspruch versagt. Zum anderen, ob die Regelung des SchSpG in der Weise verallgemeinert werden kann, dass daraus die mangelnde Erzwingung eines an sich bestehenden Beschäftigungsanspruches ableitbar wäre.

Was die erste Frage betrifft, ist vorzuschicken, dass es in der Literatur keine Einigkeit darüber gibt, ob § 21 SchSpG dem Schauspieler nur die Möglichkeit einräumt, vorzeitig auszutreten und Schadenersatz zu verlangen oder ihm doch einen klagbaren Erfüllungsanspruch, dh die Erzwingung der tatsächlichen Beschäftigung, gibt.⁶²⁸

⁶²³ Adler/Höller in Klang V² 247.

⁶²⁴ Vgl dazu Sandner, Beschäftigungspflicht 85 und 88, der ebenso für die Klaglosigkeit des Beschäftigungsanspruches plädiert. Die Klaglosigkeit argumentiert er damit, dass die Dispositionsbefugnis des Arbeitgebers als eine aus dem Eigentum sich ergebende Rechtsposition möglichst unangetastet bleiben müsse. Dass die Klagbarkeit und Durchsetzung des Rechts auf Beschäftigung eine derartige Einschränkung darstelle, liege auf der Hand. Daher zähle die Beschäftigungspflicht zu den sog „unvollkommenen Verbindlichkeiten“, die sich durch das Fehlen der Klagbarkeit und damit der Durchsetzbarkeit auszeichnen würden.

⁶²⁵ Vgl Adler/Höller in Klang V² 247.

⁶²⁶ Vgl Adler/Höller in Klang V² 246 und 247; ebenso Resch, DRdA 1991, 424 (431).

⁶²⁷ S dazu Seite 32.

⁶²⁸ Für die klagsweise Durchsetzung: W.Schwarz in FS Floretta 415 (421); Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ 301; dagegen: Adler/Höller in Klang V² 246; Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 1 ff; Hodik, ZAS 1983, 170 (171); Resch, DRdA 1991, 424 (431) FN 87; A.Schwarz, Schauspielerrecht 126.

Ein kleiner Teil der Lehre – wie *Schwarz*⁶²⁹ und *Spielbüchler*⁶³⁰ – befürwortet die Klagbarkeit eines Rechts auf Beschäftigung für Schauspieler. *Schwarz* begründet seinen Standpunkt für eine Klagbarkeit damit, dass der Gesetzgeber die Verletzung der Beschäftigungspflicht nicht in die Enumeration der Austrittsgründe gem § 39 SchSpG aufgenommen habe. Die normalen Ersatzansprüche wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 40 SchSpG treten demnach nicht ein. Daraus ergibt sich für *Schwarz* ein im § 21 SchSpG festgelegter Austrittsgrund sui generis, mit dem besondere Vergütungsansprüche verbunden werden. Der Gesetzgeber habe eine angemessene Vergütung und besondere Entschädigung festgelegt, der auch ein immaterielles bzw pönales Element innewohne. Aus diesem Umstand ergibt sich aber keineswegs für *Schwarz*, dass der Arbeitgeber nicht primär zu erfüllen habe, also seiner Beschäftigungspflicht nachkommen müsse, um nicht in den Schuldnerverzug zu geraten. Schließlich führt er ins Treffen, dass es für die Klagbarkeit des Anspruchs auf Beschäftigung keiner besonderen Regelung bedürfe, da dieser sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebe.⁶³¹

Hingegen lehnt der überwiegende Teil der Lehre die klagbare Durchsetzung der Beschäftigung bei Schauspielern strikt ab:

*Kapfer/Bündsdorf*⁶³² sind der Ansicht, dass § 21 SchSpG dem Schauspieler nur ein scheinbares Recht auf Beschäftigung gibt.⁶³³ In Wahrheit hätte der Schauspieler keinen klagbaren und durchsetzbaren Anspruch auf Beschäftigung, sondern im Falle der Nicht- bzw. Unterbeschäftigung nur ein Recht auf vorzeitigen Austritt, eine angemessene Vergütung sowie Entschädigung.⁶³⁴

Ähnlich argumentiert *Hodik*⁶³⁵, in dem er meint, dass § 21 SchSpG mit der unrichtigen Überschrift „Recht auf Beschäftigung“ schmückt wurde. Diese Bestimmung räume dem Bühnenmitglied keinesfalls einen materiellen Anspruch auf Beschäftigung, dh auf bestimmte Auftritte, ein. Es verleihe dem Mitglied bloß das Recht, bei ungenügender Beschäftigung den Bühnendienstvertrag vorzeitig zu lösen und Schadenersatz zu verlangen. Abgesehen davon sei ein Recht auf Auftritt nicht sinnvoll, zumal die Ratio des § 21 SchSpG dahin gehe, dem Mitglied die Möglichkeit zu geben, sich dem Publikum zu präsentieren und so „im Geschäft“

⁶²⁹ *W.Schwarz* in FS Floretta, 415 (421).

⁶³⁰ *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 301.

⁶³¹ Vgl dazu *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (62).

⁶³² *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1.

⁶³³ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 7.

⁶³⁴ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1 und 13.

⁶³⁵ *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171).

zu bleiben. Dieser Zweck würde aber gerade durch einen erzwungenen Auftritt eher vereitelt als verwirklicht. Daher erweise sich die Lösung des SchSpG, wonach dem Schauspieler zwar nicht das Recht auf den Auftritt, wohl aber das rasche Wechseln ermöglicht wird, als sehr sinnvoll.

*Resch*⁶³⁶ lehnt sich an die Ansicht von *Hodik*⁶³⁷ und meint, dass die Auswahl der Darsteller eine künstlerische Entscheidung des Dirigenten bzw des Regisseurs sei, sodass klagbares Recht des Schauspielers auf Auftritt am Theater nicht sinnvoll sei. Die konkrete Ausübung von Kunst im Rahmen des Bühnendienstverhältnisses sei daher nicht ohne weiteres einer Exekution zugänglich, insb könne ein Richter keine künstlerische Entscheidung vornehmen. Im Extremfall dürfe daher ein Schauspieler eine konkrete Rolle nicht durch Gerichtsurteil erlangen. Eine solche Zwangsvollstreckung sei zur künstlerischen Ausübung nicht zweckmäßig und damit wirklichkeitsfremd und gehe am Theateralltag völlig vorbei.⁶³⁸

ME ist jenen Auffassungen beizupflichten, die die Klagbarkeit des Rechts auf Beschäftigung des Schauspielers verneinen. Die Überschrift des § 21 SchSpG ist daher irreführend und inkorrekt. Der OGH hätte jüngst unter diesem Meinungsstreit einen Schlusstrich ziehen können.⁶³⁹ Er hatte zur – in einer Revision aufgeworfenen – Frage, ob § 21 SchSpG einen klagbaren Beschäftigungsanspruch des Schauspielers normiert oder nicht, Gelegenheit gehabt Stellung zu nehmen.⁶⁴⁰ Er unterließ mit einer lapidaren Begründung jedoch jede Auseinandersetzung mit dieser Problematik, in dem das Höchstgericht ausführte, dass auf die Beschäftigungsproblematik *„mangels eines unmittelbaren Zusammenhanges mit dem Anspruch auf Vergütung nicht einzugehen ist“*. Der OGH hätte sich vielmehr aber die Bedeutung dieser Problematik annehmen und in dieser Sache Klarheit bringen müssen. Diese Haltung des OGH kommt aber nicht überraschend. Wie bereits erörtert, versucht der OGH stets – soweit es geht – der Problematik des Rechts auf Beschäftigung auszuweichen.

Um wieder zur Klagbarkeit zurückzukommen, kann festgehalten werden, dass die Klage und in der Folge die Exekution des Beschäftigungsanspruches im Fall der Schauspieler sehr

⁶³⁶ *Resch*, DRdA 1991, 424 (431).

⁶³⁷ *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171).

⁶³⁸ *Resch*, DRdA 1991, 424 (431).

⁶³⁹ Vgl OGH 1.2.2007, 9 Ob A 137/06x ecolex 2007/196 = ZAS-Judikatur 2007/104 – Ballettdirektor; vgl OGH 18.10.2006, 9 Ob A 100/06f – Tänzer.

⁶⁴⁰ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 137/06x ecolex 2007/196 = ZAS-Judikatur 2007/104 – Ballettdirektor; vgl OGH 18.10.2006, 9 Ob A 100/06f – Tänzer.

bedenklich und demnach nicht sinnvoll erscheint. Es ist daher hier *Resch*⁶⁴¹ zuzustimmen, wenn er sagt, dass eine konkrete Rolle nicht durch Gerichtsurteil erlangt werden kann. Denn wenn ein Richter und nicht der Regisseur über die Auswahl der Darsteller sowie über deren Auftritte entscheiden würde, wäre dies wirklichkeitsfremd und würde die Grundfesten der Theaterwelt erschüttern. Über dies liegt auf der Hand, dass eine solche zwangsweise Durchsetzung des Rechts auf Beschäftigung zwangsläufig neues Konfliktpotential mit sich bringen würde und insofern sicherlich kontraproduktiv wäre. Der Gesetzgeber hat dies richtig erkannt und sich demnach für einen Kompromiss – wie er im § 21 SchSpG vorzufinden ist – entschieden. Das Recht auf Beschäftigung des Schauspielers ist daher nicht mit Klage durchsetzbar. Ein Schauspieler bleibt gem § 21 SchSpG auf ein Austrittsrecht, eine angemessene Vergütung sowie Entschädigungsansprüche beschränkt.

Dies führt auch zur zweiten eingangs aufgeworfenen Frage, ob die Regelung des § 21 SchSpG in der Weise verallgemeinert werden darf, dass sie zum Vorbild einer umfassenden Regelung wird. Auch wenn aufgrund der Eigenart des Bühnendienstverhältnisses die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Beschäftigung des Schauspielers auszuschließen ist, so ist mE nicht erkennbar, wieso diese Sonderregelung zu generalisieren wäre. Dem Recht auf Beschäftigung sollte vielmehr die gewöhnlichen Eigenschaften eines jeden Anspruches, also die Klagbarkeit und Exekutierbarkeit zugebilligt werden. Dies sollte auch nicht die Tatsache ändern, dass sich im gesamten Arbeitsrecht keine Regelungen finden, die – wenn man von einer Entgeltfortzahlungspflicht absieht – ein klagbares Rechts auf Beschäftigung vorsehen. Abgesehen davon, dass aufgrund Letzterem ein Umkehrschluss auf die mangelnde Klagbarkeit falsch wäre, bedarf es für die Klagbarkeit des Anspruchs auf Beschäftigung keiner besonderen Regelung, da sich dieser bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergibt.⁶⁴² Außerdem würde die Anerkennung des Beschäftigungsanspruches – sollte dieser durch Klage nicht geltend gemacht werden können – nicht mehr als einen Pyrrhussieg darstellen, zumal ein Austrittsrecht in der Regel unabhängig vom Vorliegen eines Beschäftigungsanspruches bestehen wird, weil die einseitige Dienstfreistellung oft eine – zum Austritt berechtigende – Ehrverletzung darstellen wird.⁶⁴³

Aus den eben genannten Gründen kommt daher einem an sich bestehenden Beschäftigungsanspruch in der Regel die Klagbarkeit zu. Ausnahmeweise ist die

⁶⁴¹ *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); dazu bereits *Hodik*, ZAS 1983, 170.

⁶⁴² So *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (421).

⁶⁴³ S Seite 171 ff.

Durchsetzbarkeit aber zu versagen, wenn ihr Zweckmäßigkeitserwägungen oder die Eigenart des Arbeitsverhältnisses entgegenstehen. Einer dieser Ausnahmen findet sich im bereits erläuterten Schauspielergesetz. Hier hat sich der Gesetzgeber eben für die Lösung entschieden, dem Schauspieler nicht das Recht auf den Auftritt, wohl aber das rasche Wechseln des Theaters zu ermöglichen. Auch bei Fußballern wurde im Hinblick auf das Wesen dieses Sports als Mannschaftssport die klagsweise Durchsetzung des Rechts auf Einsatz in einem Bewerbungsspiel versagt.⁶⁴⁴ Damit ist beim Recht auf Beschäftigung im Einzelfall darauf Bedacht zu nehmen, inwiefern die Realisierung einer tatsächlichen Beschäftigung sinnvoll, wünschenswert und vor allem praktikierbar ist.

Zusammenfassend ist im Ergebnis festzuhalten, dass es sich beim Recht auf Beschäftigung um einen mit Klage durchsetzbaren Anspruch handelt, welchem ausnahmsweise aus Zweckmäßigkeitserwägungen oder aufgrund der Besonderheit des betreffenden Berufes die zwangsweise Durchsetzung verwehrt werden muss. Unter Umständen kann in solchen Fällen den Interessen des Arbeitnehmers auf eine andere Art und Weise Rechnung getragen werden, wie etwa Austritt aus dem Arbeitsverhältnis und doppelten Schadenersatz wegen Nichtbeschäftigung.⁶⁴⁵

b) Judikatur

Nach der Rsp bestehen keine Zweifel hinsichtlich der Klagbarkeit des Anspruchs auf Beschäftigung.⁶⁴⁶ Da sämtliche Entscheidungen zum Thema Recht auf Beschäftigung im Provisorialverfahren ergangen sind, ist es offenkundig, dass der Beschäftigungsanspruch durch eine einstweilige Verfügung sicherbar ist.⁶⁴⁷ In dem jüngst ergangenen Beschluss über das Recht auf Beschäftigung hat das Höchstgericht folgende einstweilige Verfügung erlassen⁶⁴⁸: „Zur Sicherung des Anspruchs der gefährdeten Partei gegen den Gegner der

⁶⁴⁴ Vgl OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*.

⁶⁴⁵ So wie bei den Schauspielern; vgl LG Linz 9.12.1953, Cg 33/53 Arb 5.960.

⁶⁴⁶ Vgl aber LG Linz 9.12.1953, Cg 33/53 Arb 5.960, der die Klagbarkeit mit der Begründung verneint, dass der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer auch für den Fall einer ungerechtfertigten vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber keinen Anspruch auf Beschäftigung, sondern nur einen Entgeltanspruch gewährt.

⁶⁴⁷ Vgl etwa nur OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v; ebenso *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (202); *Brodil*, DRdA 2007/49 (481); *König*, Einstweilige Verfügung³ Rz 1/12 FN 85; vgl *Resch*, DRdA 1991, 424 (432), der eine EV nach § 381 Z 2 EO für denkbar hält, aber das von der EO geforderte besondere Rechtsschutzinteresse in Zusammenhang mit dem Beschäftigungsanspruch schwer vorstellbar erachtet.

⁶⁴⁸ Vgl bloß Spruch des Beschlusses OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v.

gefährdeten Partei auf Teilnahme am vollen Trainingsbetrieb und an den Lehrgängen des Gegners wird dem Gegner aufgetragen, ab sofort der gefährdeten Partei die Teilnahme am Training seiner Kampfmannschaft und an seinen Lehrgängen zu ermöglichen“.

2. Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs

Die Durchsetzung des Beschäftigungsanspruches im Wege einer einstweiligen Verfügung wird für den Arbeitnehmer den effizientesten und raschesten Rechtsschutz darstellen.⁶⁴⁹ Denn der beschäftigungsberechtigte Arbeitnehmer hat ein ernstliches Rechtsschutzbedürfnis, seine Tätigkeit so schnell wie möglich aufzunehmen und seine berufliche Qualifikation und seinen Marktwert zu sichern. Denn nur wenn rasch rechtliche Abhilfe geleistet wird, können Nachteile für den Arbeitnehmer verhindert werden. Mit nur einer angestrebten Leistungsklage würde der Rechtsschutz womöglich zu spät kommen und ein unwiderbringlicher Schaden, nämlich die Minderung des beruflichen Niveaus des Arbeitnehmers, bereits eingetreten sein.⁶⁵⁰ Mit dem vorläufigen Rechtsschutz im Wege einer einstweiligen Verfügung könnte hingegen ein Qualifikations- und Marktverlust des nichtbeschäftigten Arbeitnehmers verhindert bzw zumindest in Grenzen gehalten werden.

Die Sicherung des Beschäftigungsanspruchs erfolgt gem § 381 Z 2 EO mit einer sog Regelungsverfügung.⁶⁵¹ Diese einstweilige Verfügung hat ua als Anspruchsvoraussetzung, dass eine „drohende Gewalt“ zu verhüten oder „drohender unwiderbringlicher Schaden“ abzuhalten ist.⁶⁵² Für den Beschäftigungsanspruch ist dabei das Tatbestandsmerkmal des „drohenden unwiderbringlichen Schadens“ von vordringlicher Bedeutung.⁶⁵³ Dass einem beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer bei einer Nichtbeschäftigung ein unwiderbringlicher Schaden, wie Qualifikationsverlust oder Minderung des Marktwerts droht⁶⁵⁴, liegt auf der Hand und wurde auch bereits ausführlich erörtert.

⁶⁴⁹ Die RV 7 BlgNR 16.GP zum Sozialgerichtsgesetz sah in § 86 Abs 2 Z 3 lit b ASGG eine besondere einstweilige Verfügung vor, wonach als Sicherungsmittel das an den Arbeitgeber gerichtete Gebot gehört „den Arbeitnehmer – soweit ihm ein Anspruch auf Beschäftigung zusteht – weiterhin im Betrieb zu beschäftigen“. Dieses Modell wurde aber nicht eingeführt. § 61 ASGG, der anstatt des § 86 der RV erlassen wurde, erfasst nicht mehr Klagen auf tatsächliche Beschäftigung; vgl dazu *Resch*, DRdA 1991, 424 (432); *Petrovic*, ZAS 1983, 163 (168); krit in Bezug auf den Schauspieler *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171).

⁶⁵⁰ In der Praxis werden Anträge auf einstweilige Verfügungen vor oder gleichzeitig mit der Leistungsklage gestellt; vgl *König*, Einstweilige Verfügung³ Rz 2/45.

⁶⁵¹ Zur Regelungsverfügung allg *König*, Einstweilige Verfügung³ Rz 2/12 ff und 3/79 ff.

⁶⁵² Im Detail s *König*, Einstweilige Verfügung³ Rz 3/79.

⁶⁵³ *König*, Einstweilige Verfügung³ Rz 1/11 FN 85 und Rz 3/81 FN 354.

⁶⁵⁴ Die Behauptungs- und Bescheinigungslast für den drohenden unwiderbringlicher Schaden liegt bei der gefährdeten Partei, also beim Arbeitnehmer; vgl *Sailer* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 381 Rz 18; ebenso OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v.

Natürlich kann der Arbeitnehmer die tatsächliche Beschäftigung statt durch eine einstweilige Verfügung gem § 381 Z 2 EO auch durch Erhebung einer Leistungsklage begehren.⁶⁵⁵ Mit der Leistungsklage begehrt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Leistung des von ihm behaupteten Anspruchs.⁶⁵⁶ Dabei unterscheidet man zwischen Zahlungsklagen und Individualleistungsklagen, je nachdem, ob der Kläger eine Geldsumme oder einen anderen Leistungsgegenstand begehrt.⁶⁵⁷ Bei der Klage auf tatsächliche Beschäftigung handelt es sich demnach um eine Individualleistungsklage. Diese Klage ist auf Leistung eines bestimmten Gegenstandes, auf Verrichtung von Handlungen, Duldung oder Unterlassung gerichtet. Bei der Klage auf Beschäftigung muss das Klagebegehren die gewünschte Beschäftigung, die sich ja aus dem Arbeitsvertrag ergibt, bezeichnen, um der Vorschrift des § 226 ZPO – Bestimmtheit des Klagebegehrens – zu genügen.⁶⁵⁸ Der Arbeitnehmer hat das Klagebegehren – wie auch das Sicherungsbegehren – derart genau zu beschreiben, dass das Begehren vollstreckungsfähig⁶⁵⁹ ist, anderenfalls er die Abweisung seiner Klage bzw seines Sicherungsantrags riskiert.⁶⁶⁰ Ein Klagebegehren ist unbestimmt, wenn der Arbeitnehmer eine „angemessene Beschäftigung“ oder eine Beschäftigung „zu den bisherigen Arbeitsbedingungen“ begehrt. Ein Klagebegehren wird hingegen bestimmt anzusehen sein, wenn der Arbeitnehmer Gegenstand, Art, Umfang und Zeit der vom Arbeitgeber geschuldeten Beschäftigung angibt.⁶⁶¹ Im Übrigen gilt: je konkreter das Tätigkeitsfeld des Arbeitnehmers bestimmt ist, umso eher kann dem Erfordernis der Bestimmtheit des Klagebegehrens entsprochen werden. Was die Behauptungs- und Beweislast betrifft, so hat der Arbeitnehmer die Voraussetzungen der Pflicht zu tatsächlicher Beschäftigung zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Hierzu gehören das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, die Tatsache der Nichtbeschäftigung und das Bestehen eines Beschäftigungsinteresses. Soweit die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers entfällt, weil die Beschäftigung zB unzumutbar

⁶⁵⁵ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (64); *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (421); *Binder*, DRdA 1985, 1 (5); *Wachter*, DRdA 1987/3 (62).

⁶⁵⁶ Eine Klage auf Feststellung des Bestehens der Beschäftigungspflicht dürfte in der Regel keinen Erfolg haben, da wegen der Möglichkeit einer Leistungsklage kein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht. Der Arbeitnehmer bleibt damit auf die Leistungsklage beschränkt.

⁶⁵⁷ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 84 ff.

⁶⁵⁸ Vgl ASG Wien 26.9.1996, 24 Cga 184/95v ARD 4820/22/97: Beim Begehren auf eine unvertretbare Handlung (hier: Beschäftigungsanspruch des Piloten) sind im Hinblick auf die Exekutierbarkeit strenge Anforderungen an die Bestimmtheit des Klagebegehrens zu stellen.

⁶⁵⁹ Vgl § 7 EO.

⁶⁶⁰ Vgl *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 13.

⁶⁶¹ Vgl § 7 EO.

geworden ist, ist es Sache des Arbeitgebers, diese rechtshindernden Einwendungen im Verfahren geltend zu machen.⁶⁶²

3. Zwangsvollstreckung

Die Erfüllungsklage ist für den beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer erst dann von Bedeutung, wenn er sie gegen den beschäftigungsverpflichteten Arbeitgeber auch zwangsweise durchsetzen kann.

Die Beschäftigungspflicht kann dabei als unvertretbare Handlung⁶⁶³ nach § 354 EO vollstreckt werden.⁶⁶⁴ Gem § 354 EO liegt eine unvertretbare Handlung⁶⁶⁵ vor, wenn sie nicht von einem Dritten vorgenommen werden kann, sondern nur vom Verpflichteten persönlich – also im konkreten Fall vom Arbeitgeber – vorgenommen werden muss und ihre Vornahme daher ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt.⁶⁶⁶ Dieser „alleinige Wille des Verpflichteten“ liegt bei einem Arbeitsverhältnis ohne Zweifel vor. Denn bei diesem ist nur der Arbeitgeber – und sonst kein Dritter – tatsächlich und rechtlich in der Lage, die geschuldete Leistung selbst und alleine zu erfüllen.⁶⁶⁷ Nur er wird etwa die Arbeitsmittel wie etwa Trainingsplatz, OP-Raum, Flugzeug, Bühne, Räumlichkeiten, Material, Maschinen, Pläne udgl zur Verfügung stellen, welche der Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung benötigt. Der Arbeitgeber ist nämlich als Eigentümer der Betriebsmittel und Inhaber des Betriebes allein berechtigt, darüber zu bestimmen, wer in seinem Betrieb arbeiten darf und wer nicht.

Wegen der Unvertretbarkeit der Handlungen kann die Durchsetzung der Beschäftigungspflicht nur durch stufenweise zu verschärfenden indirekten Zwang gegen den Verpflichteten erfolgen.⁶⁶⁸ MaW: da die vorzunehmende Handlung ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt, versucht man dessen Willen zu beugen. Als Beugemaßnahmen kommen Geld- oder Haftstrafen in Betracht. Diese sollen indirekt dazu

⁶⁶² Vgl *Resch*, DRdA 1997, 207 (211).

⁶⁶³ So *Strasser*, ÖJZ 1954, (60) 64; *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (431); *Binder*, DRdA 1985, 1 (5); *Wachter*, DRdA 1987/3 (62) und FN 38; *Resch*, DRdA 1991, 424 (432); *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153 Rz 27.

⁶⁶⁴ Zur Durchsetzung unvertretbarer Handlungspflichten vgl jüngst *Heger*, ZAK 2006/700 (407).

⁶⁶⁵ Im Zweifel ist eine Handlung zunächst als vertretbar zu behandeln, weil die Exekution vertretbarer Handlungen den Verpflichteten weniger stark belastet und einfacher zur Durchsetzung des Titels führt; vgl *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 14 mwN.

⁶⁶⁶ *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 1 mwN; *Klicka* in *Angst*² § 354 Rz 1; *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 505.

⁶⁶⁷ *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 15 mwN.

⁶⁶⁸ *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 26.

dienen, den Verpflichteten zur Erbringung der geschuldeten Handlung zu verhalten.⁶⁶⁹ Hier liegt es auf der Hand, dass die Zwangsvollstreckung ein schwacher Rechtsbehelf für die Arbeitnehmer darstellt.⁶⁷⁰ Die Erzwingung der Beschäftigung durch eine Geldstrafe kann nicht in jedem Falle die erstrebte Wirkung herbeiführen, auch wenn ihr ein Beugecharakter idR nicht abgesprochen werden kann. Gerade bei der Nichtbeschäftigung, die die Entgeltfortzahlungspflicht unberührt lässt, erweist sich, dass der Arbeitgeber eher zu einem finanziellen Opfer bereit ist als zur Beschäftigung des Arbeitnehmers. Aus diesem Grund wird sich der Arbeitgeber in den meisten Fällen auch durch eine Geldstrafe nicht in seinem Willen beeinflussen lassen. Im Übrigen könnte die Durchsetzung einer unvertretbaren Handlung vom Verpflichteten immer dadurch umgangen werden, dass er sich den Zwangs- und Beugemitteln unterwirft. Im Wesen der unvertretbaren Handlung liegt es daher, dass die Zwangsvollstreckung fruchtlos bleibt. Abgesehen davon macht die stufenweise Vollstreckung den Vollzug bei entsprechend hartnäckiger Leistungsunwilligkeit des Verpflichteten mühsam und langwierig und erweist ihn als ungeeignet für Leistungen, an denen der betreibende Gläubiger nur ein zeitlich begrenztes Interesse hat.⁶⁷¹ Für den Arbeitnehmer, der die Aufrechterhaltung seiner Fertigkeiten und Kenntnisse anstrebt, wäre ein langwieriger Vollzug nicht geeignet, seine Interessen zu wahren. In der Praxis wird der Arbeitnehmer sich diesen mühsamen Weg ersparen und bei Nichtbeschäftigung aus dem Arbeitsvertrag austreten und allenfalls Schadenersatz begehren. Die Schwierigkeit der Zwangsvollstreckung soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Exekution dennoch rechtlich möglich ist.

Klagt der Arbeitnehmer nun auf faktische Beschäftigung und erkennt er, dass eine Exekution aussichtslos ist, besteht noch während des Exekutionsverfahrens die Möglichkeit die Interessenklage gem § 368 EO einzubringen.⁶⁷² Um den Schwierigkeiten bei der Exekution von Ansprüchen entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, von der Erfüllung auf das Nichterfüllungsinteresse bzw Schadenersatz iS von § 368 EO zu wechseln.⁶⁷³ § 368 EO ist dabei eine reine Verfahrensvorschrift, die keinen materiellen

⁶⁶⁹ Dazu ausführlich *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 27; *Klicka* in *Angst*² § 354 Rz 19.

⁶⁷⁰ Vgl jüngst *Heger*, ZAK 2006/700 (410), die die Exekution zur Durchsetzung unvertretbarer Handlungen als „zahnloser Tiger“ sieht, weil die angedrohten und verhängten Beugestrafen oft nicht eingetrieben werden können.

⁶⁷¹ So *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 26; vgl *Heger*, ZAK 2006/700 (407).

⁶⁷² Auf Details wird hier nicht näher eingegangen; zur Interessenklage ausführlich *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 368 Rz 1 ff; *Klicka* in *Angst*² § 368 Rz 1 ff.

⁶⁷³ Vgl auch die ähnliche Bestimmung des § 893 dZPO.

Anspruch schafft, sondern das Bestehen eines solchen voraussetzt.⁶⁷⁴ Im Gegensatz zu einer als Beugemittel verhängten Geldstrafe gem § 354 EO fließt diese Entschädigung allerdings in das Vermögen des Arbeitnehmers.

Verzichtet der Arbeitnehmer auf die Interessenklage und drängt er auf die tatsächliche Beschäftigung, so hat im ersten Schritt des stufenweisen Vollzuges der Exekution nach § 354 EO der Auftrag an den Verpflichteten zur Vornahme der im Bewilligungsbeschluss beschriebenen unvertretbaren Handlung, die Bestimmung einer Frist hierfür und die Androhung einer Strafe für den Fall der Saumsal zu ergehen.⁶⁷⁵ Ist die Strafandrohung und Fristsetzung erfolglos geblieben, kann der Arbeitnehmer den Vollzug der angedrohten Beugemaßnahme beantragen. Das Gericht erlässt daraufhin einen zweiten Beschluss, der den Vollzug verfügt und zugleich eine verschärfte Beugemaßnahme androht, falls die Handlung binnen einer weiteren Frist nicht vorgenommen wird. Als erste Strafe darf dabei immer nur eine Geldstrafe angedroht werden, wobei die Obergrenze für eine einzelne Geldstrafe gem § 359 Abs 1 EO mit einem Betrag von EUR 100.000 festgesetzt ist.⁶⁷⁶ Nach § 361 EO kann eine Haftverhängung⁶⁷⁷ frühestens als zweite Strafe und nur bis zu einer Einzeldauer von zwei Monaten und einer Gesamtdauer von sechs Monaten verhängt werden, wenn der maßgebliche Sachverhalt, dh die Vornahme der Handlung bewiesen ist.⁶⁷⁸

Abschließend ist der Vollständigkeit halber kurz auf die Durchsetzung von einstweiligen Verfügungen einzugehen. Dem Arbeitnehmer wird zur Sicherung seines Beschäftigungsanspruches das Sicherungsmittel des § 382 Z 4 EO zur Verfügung gestellt.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ Der materielle Anspruch des Gläubiger kann sich aus §§ 918, 920 und 921 ABGB sowie aus einem deliktischen Schadenersatzanspruch gem § 1298 ff ABGB ergeben; dazu ausführlich *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 368 Rz 1 ff.

⁶⁷⁵ Ausführlich dazu *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 32; *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 505.

⁶⁷⁶ Eine Gesamtobergrenze – wie bei der Haftstrafe – für mehrere Geldstrafen gibt es nicht; zur Auswahl und Bemessung der Beugestrafen s statt aller *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 510.

⁶⁷⁷ Eine Haft zur gerichtlichen Erzwingung der Erfüllung zivilrechtlicher Verpflichtungen ist durch Art 2 Abs 1 Z 4 PersFrSchG und Art 5 Abs 1 lit b MRK verfassungsrechtlich ausdrücklich zulässig. Art 1 des 4. Zusatzprotokolls zur MRK schließt die Haft nur dann verfassungsrechtlich aus, wenn sie verhängt wird, „weil der Schuldner nicht in der Lage ist, eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen“ (Verbot der exekutiven Schubhaft). Das bedeutet, dass zur Durchsetzung einer vertraglichen begründeten unvertretbaren Verpflichtung die Haft dann nicht zur Verfügung steht, wenn der Schuldner zur Erfüllung subjektiv nicht in der Lage ist. In so einem Fall wird freilich die Exekution nach § 354 EO idR scheitern, weil die es an der Grundvoraussetzung fehlt, wonach die Vornahme der Handlung ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt; vgl *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 511.

⁶⁷⁸ Im Detail dazu *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 354 Rz 32 ff; *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 511.

⁶⁷⁹ § 381 Z 2 EO regelt nur die Voraussetzung für die einstweilige Verfügung. Beim Beschäftigungsanspruch ist diese gegeben, weil durch die Nichtbeschäftigung eines geschützten Arbeitnehmers unwiderbringlichen Schaden droht. § 382 EO regelt hingegen die zulässigen Sicherungsmittel.

Bei diesem Sicherungsmittel handelt es sich um ein Handlungsgebot. Es wird vom Gericht dabei das Gebot erteilt, den Arbeitnehmer wieder die tatsächliche Beschäftigung zu ermöglichen, wie zB das Gebot, den Fußballer die Teilnahme am Training zu ermöglichen.⁶⁸⁰ Die Vollstreckung von Handlungsgeböten regelt näher § 384 Abs 1 EO durch Verweis auf §§ 353 bis 358 EO. Für die Exekution von Handlungsgeböten kommt daher – da eine unvertretbare Handlung vorliegt – auch die bereits näher behandelte Bestimmung des § 354 EO in Betracht.

B. Austritt

Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, auf Erfüllung der Beschäftigungspflicht zu klagen. Er könnte auch aus dem Arbeitsvertrag austreten. Ein Austrittsrecht kommt aber grundsätzlich nur in Betracht, wenn sich im Einzelfall ergibt, dass die Verweigerung der Beschäftigung einen wichtigen Grund im Sinne der einschlägigen Auflösungsbestimmungen darstellt.⁶⁸¹ Der Austritt ist aber weiters nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, dass dem Arbeitnehmer bei Nichtbeschäftigung bzw nicht vertragsgemäßer Beschäftigung die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages bis zum Ablauf der vorgesehenen Befristung bzw der Kündigungsfrist unzumutbar ist.⁶⁸²

Nach hA steht dem Arbeitnehmer das Recht zu, aus dem Arbeitsvertrag auszutreten, wenn der Arbeitgeber die tatsächliche Beschäftigung verweigert.⁶⁸³ Jedoch ist die Lehre⁶⁸⁴ und Rsp⁶⁸⁵ auch der Ansicht, dass nicht jede Nichtbeschäftigung schlechthin dem betroffenen Arbeitnehmer das Recht zum Austritt gewährt, es sei denn, es handelt sich um eine schikanöse, willkürliche oder auf Ehrverletzung angelegte Vorgangsweise, die einen diskriminierenden Eingriff in die Rechtsposition des Arbeitnehmers darstellt. Es ist daher davon auszugehen, dass bei Vorliegen sachlicher Gründe für die Dienstfreistellung ein Austritt

⁶⁸⁰ Dazu ausführlich *Sailer* in *Burgstaller/Deixler*, EO § 382 Rz 10.

⁶⁸¹ Vgl etwa § 26 AngG, § 82a GewO 1859 sowie § 15 BAG; vgl dazu *Pfeil* in *ZellKomm* § 25 AngG Rz 23 ff.

⁶⁸² Vgl allg *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 419; *Pfeil* in *ZellKomm* § 25 AngG Rz 23 ff; in Zusammenhang mit dem Beschäftigungsanspruch vgl *Resch*, DRdA 1991, 424 (430); *Firlei*, DRdA 2003, 183 (191); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (63); *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (202).

⁶⁸³ So *Resch*, DRdA 1991, 424 (428) und (430); *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 301; *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (252); *Firlei*, DRdA 2003, 183 (191); *Brodil* in *Grundeil/Karollus*, 47 (63); *Krejci* in *Rummel I*³ § 1153 Rz 27; in diese Richtung auch *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (202).

⁶⁸⁴ *Resch*, DRdA 1991, 424 (430); *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 301; *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 26 Rz 42; *Friedrich* in AngG-Kommentar § 26 Rz 161; *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XVII Rz 137; *Pfeil* in *ZellKomm* § 26 AngG Rz 36; *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (63).

⁶⁸⁵ OGH 16.6.1994, Arb 11.208 = *ecolex* 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107; OLG Wien 28.1.1994, 33 Ra 143/93, ARD 4541/14/94; vgl LG Wien 9.9.1965, 44 Cg 96/65 Arb 8.116.

keinesfalls gerechtfertigt sein kann. Eine sachliche Rechtfertigung für die Dienstfreistellung ist vor allem dann anzunehmen, wenn der Verdacht des Vorliegens eines Entlassunggrundes besteht, der allein noch nicht zur Entlassung berechtigt und der Arbeitgeber die Zeit der Dienstfreistellung für weitere Sachverhaltsermittlungen nutzt.⁶⁸⁶ Derselben Ansicht ist auch der OGH, der dem Arbeitgeber die Befugnis zur Dienstfreistellung zubilligt, wenn Umstände vorliegen, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen können.⁶⁸⁷ Im Übrigen wird der Arbeitnehmer kein Recht zum Austritt haben, wenn die Beschäftigung deshalb unterblieben ist, weil der Arbeitgeber gewichtige Interessen an der Nichtbeschäftigung vorzuweisen hat.

Es kann aber davon ausgegangen werden, dass der beschäftigungsberechtigte Arbeitnehmer wohl in den meisten Fällen zur vorzeitigen Auflösung des Vertrages berechtigt sein wird, insb dann, wenn der Arbeitgeber grundlos und schwerwiegend gegen die Beschäftigungspflicht verstößt.⁶⁸⁸ So wird der beschäftigungswillige Arbeitnehmer berechtigt austreten können, wenn er längere Zeit nicht beschäftigt wird, während aber eine vorübergehende, wenige Tage andauernde völlige oder teilweise Beschäftigungslosigkeit noch nicht unbedingt zum Austritt berechtigen muss.⁶⁸⁹ Dem Arbeitnehmer wird in den meisten Fällen nicht zugemutet werden können, ein Arbeitsverhältnis fortzusetzen, in welchem sein Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung und damit die Erhaltung der berufsspezifischen Qualifikation gefährdet ist. Ob aber eine Nichtbeschäftigung für den Arbeitnehmer unzumutbar ist und einen Austrittsgrund bildet, lässt sich nicht allgemein beantworten. Aus diesem Grund bedarf es in jedem Einzelfall der Berücksichtigung aller Umstände, um die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bejahen zu können.

Für den beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer kommen als Austrittstatbestände zunächst allgemein § 26 Z 2 AngG bzw § 82a lit d GewO 1859 wegen der „Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmung“⁶⁹⁰ in Betracht. Nach den zitierten Bestimmungen kommt für die Beurteilung des Austritts entsprechend dem Wortlaut in erster Linie auf den Arbeitsvertrag an. Es kommt also darauf an, ob eine wesentliche arbeitsvertragliche Pflichtverletzung des Arbeitgebers vorliegt, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht. Der

⁶⁸⁶ Vgl *Friedrich* in AngG-Kommentar § 25 Rz 15 und § 26 Rz 161.

⁶⁸⁷ OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = *ecolex* 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107.

⁶⁸⁸ *Resch*, DRdA 1991, 424 (430).

⁶⁸⁹ Vgl *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 26 Rz 42.

⁶⁹⁰ *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 26 Rz 42; *Firlei*, DRdA 2003, 183 (192), *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (63); *Marhold-Weinmeier*, ASoK 2007, 199 (202).

OGH hat eine Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen etwa beim Beharren des Arbeitgebers auf einer rechtswidrigen Versetzung anerkannt.⁶⁹¹ Daher liegt es auf der Hand, dass die Verletzung des Beschäftigungsanspruches ebenfalls unter „Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmung“ subsumiert werden kann, zumal eine grundlose Nichtbeschäftigung einen schwerwiegenden Eingriff in die aus dem Arbeitsvertrag erfließende Beschäftigungspflicht darstellt.⁶⁹²

Außerdem kann bei grundloser Nichtbeschäftigung eine „erhebliche Ehrverletzung“ gem § 26 Z 4 AngG bzw § 82a lit b GewO 1859 verwirklicht werden.⁶⁹³ Die Beschäftigungsverweigerung ist ehrverletzend, wenn damit ein diskriminierender Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers verbunden ist.⁶⁹⁴ Ein derartiger Eingriff liegt etwa vor, wenn damit Bloßstellungen, Machtdemonstrationen, Mobbinghandlungen, Ansehensverlust sowie Degradierung des Arbeitnehmers verwirklicht werden.⁶⁹⁵ Abgesehen davon, hat der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Zuweisung der Beschäftigung grundsätzlich Handlungen zu unterlassen, die den Anspruch des Arbeitnehmers auf Achtung seiner Person verletzen, wobei aber nicht jede Dienstfreistellung einen Angriff auf Ansehen, Ehre und Integrität der Persönlichkeit bedeuten muss.⁶⁹⁶ Bei einer unzulässigen qualifizierten Suspendierung wird hingegen ein Recht auf Austritt aus dem Arbeitsvertrag immer zulässig sein, weil dem Arbeitnehmer der diskriminierende Eingriff in seine Rechtsposition nicht zumutbar sein wird.⁶⁹⁷

Bei einer rechtswidrigen Nichtbeschäftigung werden die beiden hervorgehobenen Austrittstatbestände in den meisten Fällen gleichzeitig verwirklicht sein, wenn der Verletzung der vertraglichen Beschäftigungspflicht der erniedrigende, diskriminierende Charakter der Maßnahme hinzukommt.⁶⁹⁸ In diesem Zusammenhang ist jedoch anzumerken, dass zwischen

⁶⁹¹ Vgl OGH 16.3.1988, 9 Ob A 34/88 DRdA 1988, 352 = ARD 4006/8/88; OGH 10.5.1989, 9 Ob A 165/89 DRdA 1989, 424 = RdW 1989, 372; *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 26 Rz 42; *Friedrich* in AngG-Kommentar § 26 Rz 116.

⁶⁹² Vgl OLG Graz 28.1.2004, 8 Ra 115/03y – *Feldhofer*, das die sittenwidrige Nichtbeschäftigung unter Verletzung der wesentlichen Vertragsbestimmungen gem § 82a lit d GewO 1859 subsumiert.

⁶⁹³ So *Friedrich* in AngG-Kommentar § 26 Rz 161; *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG II⁸ § 26 Rz 42; *Pfeil* in *ZellKomm* § 26 AngG Rz 36; in Ansätzen auch *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47; vgl OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = *ecolex* 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107.

⁶⁹⁴ So bereits *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (62); ebenso *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189) und (192); *Friedrich* in AngG-Kommentar § 26 Rz 161; *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (63); OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = *ecolex* 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107.

⁶⁹⁵ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (192); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (63).

⁶⁹⁶ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (192); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (63).

⁶⁹⁷ *Brodil* in *Grundeil/Karollus*, 47 (63).

⁶⁹⁸ *Brodil* in *Grundeil/Karollus*, 47 (64).

der Beschäftigungspflicht einerseits und der Verletzung der Ehre bzw Persönlichkeit andererseits zu unterscheiden ist.⁶⁹⁹ Eine an sich bestehende Beschäftigungspflicht ist eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers, bei dessen Verletzung unter Umständen ein Austrittsrecht besteht. Die Verletzung der Ehre bzw Persönlichkeit hingegen wird durch eine diskriminierende Nichtbeschäftigung verwirklicht, die – unabhängig von der Existenz eines Rechts auf Beschäftigung – das Recht des Arbeitnehmers zum berechtigten Vertragsaustritt auslöst. Der Ehren- und Persönlichkeitsverletzung kommt daher nur in Zusammenhang mit dem Austritt eine Bedeutung zu. Ihre Verletzung begründet hingegen grundsätzlich keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung.

Abschließend bleibt darauf hinzuweisen, dass der vorzeitige Austritt für den beschäftigungswilligen Arbeitnehmer in der Praxis dann ein untaugliches Mittel darstellt, wenn der Arbeitnehmer gerade an einer Beschäftigung in dem betreffenden Betrieb Interesse zeigt, oder wenn es erhebliche Schwierigkeiten bereitet, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

C. Entgeltanspruch

1. Allgemeines

Als nächste Stufe stellt sich die Frage nach dem Entgeltanspruch des arbeitswilligen, beschäftigungsberechtigten, aber nichtbeschäftigten Arbeitnehmers. Welche gesetzliche Bestimmung kommt in so einem Fall zur Anwendung? Welches Entgelt kann der Arbeitnehmer für die beschäftigungslose Zeit verlangen?

Nach den allgemeinen Regeln über den Annahmeverzug des Gläubigers gem § 1419 ABGB würde dem Arbeitnehmer das volle Entgelt gebühren, da beim Annahmeverzug die Preisgefahr stets sogleich auf den Arbeitgeber übergeht. Da die Arbeitsleistung Fixschuldcharakter hat und durch einen Verzug somit nicht mehr nachholbar ist, würde dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf das volle Entgelt zustehen.⁷⁰⁰ Für den arbeitsrechtlichen Bereich gibt es jedoch die einschlägige Bestimmung des § 1155 ABGB. Gemäß dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Fortzahlung seines Entgelts, wenn er im aufrechten Arbeitsverhältnis zur Leistung bereit ist, an der Leistung der Dienste aber durch

⁶⁹⁹ Vgl *Firlei*, DRdA 2003, 183 (191).

⁷⁰⁰ Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel II*⁶ 156; *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 4.

Umstände auf Seiten des Arbeitgebers verhindert wird.⁷⁰¹ § 1155 ABGB bestimmt also, dass der Arbeitnehmer beim Unterbleiben der Dienstleistung aus Gründen, die in die Sphäre des Arbeitgebers fallen, den Entgeltanspruch weiterhin behält.⁷⁰² Diese Sondernorm des Leistungsstörungsrechts normiert demnach eine Ausnahme vom funktionellen Synallagma im Dienstvertrag und durchbricht den Grundsatz „Ohne Arbeit kein Entgelt“.⁷⁰³

Anders als das bloße Entgeltausfallsprinzip sieht § 1155 ABGB bei der Fortzahlung des Entgelts eine Vorteilsanrechnung vor. Der nichtbeschäftigte Dienstnehmer muss sich auf den Entgeltanspruch anrechnen lassen, „*was er in Folge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderwertige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat*“. § 1155 ABGB enthält jedoch keine weiteren Aussagen, insb zum Umfang der Anrechnung. Der Wortlaut der Bestimmung eröffnet vielmehr einen weiten Spielraum für eine Auslegung.⁷⁰⁴ Aus diesem Grund sind in der Lehre Zweifel aufgekommen, ob zu den nicht zustande gekommenen Diensten auch die Fälle des Gläubiger- bzw Annahmeverzuges zählen, oder ob diese doch nur unter die Bestimmung des § 1419 ABGB fallen, der für den Arbeitnehmer günstiger wäre, da er keine Anrechnung vorsieht.⁷⁰⁵ Die Frage, ob § 1155 ABGB universell anwendbar ist, nämlich ob der Annahmeverzug des Arbeitgebers unter § 1155 ABGB fällt und dies zur – durch die Vorteilsanrechnung eingeschränkten – Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers führt, ist Gegenstand einer heftigen literarischen Kontroverse geworden.⁷⁰⁶ Im Folgenden wird ein Überblick des Meinungsstreits in der Lit und im Anschluss daran kurz die Position der Jud dargestellt.

⁷⁰¹ Voraussetzung für die Anwendung des § 1155 ABGB ist ein aufrechtes Arbeitsverhältnis. Ist dieses bereits beendet, gebührt uU, insb bei unberechtigter Entlassung bzw berechtigtem Austritt, bis zu jenem Zeitpunkt, zu dem das Dienstverhältnis ordnungsgemäß hätte beendet werden können, kein Anspruch nach § 1155 ABGB, sondern die Kündigungsentschädigung nach § 29 AngG bzw § 1162b ABGB bzw § 84 GewO; s dazu Pfeil in Schwimann V³ § 1155 Rz 2 mwN; Krejci in Rummel I³ § 1155 Rz 3; Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 1 und 9; Schrammel in Tomandl/Schrammel II⁶ 156.

⁷⁰² Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist weit, weil arbeitsrechtliche Spezialgesetze keine gleichartige Regelung enthalten; s dazu Pfeil in Schwimann V³ § 1155 Rz 2; Krejci in Rummel I³ § 1155 Rz 2.

⁷⁰³ So Krejci in Rummel I³ § 1155 Rz 1; Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 15; zuletzt auch Etmayer, JBl 2006, 295.

⁷⁰⁴ S dazu statt aller jüngst Etmayer, JBl 2006, 295.

⁷⁰⁵ Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 17.

⁷⁰⁶ Adler/Höller in Klang V² 283; Krejci in Rummel I³ § 1155 Rz 9; Pfeil in Schwimann V³ § 1155 Rz 23; Martinek/Schwarz, AngG⁷ 215; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 392; Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ 155; ders, ZAS 1983, 63 (Anm zu OGH 4 Ob 18/81); Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 15; Holzer, DRdA 1983, 7; Risak, ZAS 1997/19; Eypeltauer, DRdA 2005, 160; Etmayer, JBl 2006, 295; zuletzt Gerhartl, wbl 2007, 14.

2. Meinungsstand

a) Lehre

Die spezielle Anrechnungsklausel des § 1155 ABGB erweckte wie bereits erwähnt Zweifel an der Anwendbarkeit dieser Bestimmung für sämtliche Fälle des Nichtzustandekommens der Dienstleistung. Dieser Zweifel war auch begründet, zumal die uneingeschränkte Anwendung der Anrechnungsregel, bspw in Fällen einer grundlosen Nichtbeschäftigung oder der schuldhaften Herbeiführung des Hinderungsgrundes, zu unbilligen und grotesken Ergebnissen führte.⁷⁰⁷ So könnte etwa dem Arbeitnehmer, der während einer unberechtigten Nichtbeschäftigung keine andere Arbeit aufnimmt, entgegengehalten werden, er hätte es absichtlich verabsäumt, ein anderes Einkommen zu erwerben, so dass der Arbeitgeber von der Entgeltspflicht befreit ist. Ginge der Arbeitnehmer hingegen ein anderes Arbeitsverhältnis ein, wäre der Arbeitgeber ebenfalls leistungsfrei und hätte somit das Entgeltrisiko auch in diesem Fall erfolgreich auf den Arbeitnehmer überwältigt.⁷⁰⁸

Aus diesen Gründen wurde in der Literatur gestritten, ob § 1155 ABGB neben Fällen der Unmöglichkeit⁷⁰⁹ auch solche des Annahmeverzugs⁷¹⁰ umfasst und wie sich ein „Verschulden“ des Arbeitgebers an der Dienstverhinderung auf die Rechtsfolgen auswirkt.

Vorauszuschicken ist, dass § 1155 ABGB sowohl nach dem Wortlaut als auch nach den Materialien⁷¹¹ die Fälle des „Annahmeverzugs“ und der „Unmöglichkeit“ umfasst.⁷¹² Nach der hA⁷¹³ ist diese Bestimmung auch dann anwendbar, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne ersichtlichen Grund nicht zur Arbeit zulässt, was zu einem durch die Vorteilsanrechnung eingeschränkten Entgeltanspruch führt.

⁷⁰⁷ So etwa *Holzer*, DRdA 1983, 7 (8); *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 156 mwN; *Gerhartl*, wbl 2007, 14 (15).

⁷⁰⁸ *Holzer*, DRdA 1983, 7 (8); *Gerhartl*, wbl 2007, 14 (15).

⁷⁰⁹ Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einsetzen kann; vgl *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 15; *Ettmayer*, JBl 2006, 295 (296).

⁷¹⁰ Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einsetzen will oder der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht wirtschaftlich sinnvoll beschäftigen; vgl *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 15; *Ettmayer*, JBl 2006, 295 (296).

⁷¹¹ 78 Blg HH 21.Sess 221.

⁷¹² *Krejci* in *Rummel I*³ § 1155 Rz 9; *Holzer*, DRdA 1983,7 (8); *Ettmayer*, JBl 2006, 297.

⁷¹³ Vgl die Nachweise bei *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* II⁶ 156 FN 54.

In der älteren Lehre vertritt *Ehrenzweig*⁷¹⁴ die Ansicht, dass § 1155 ABGB in keinem Fall des Annahmeverzuges des Arbeitgebers Anwendung zu finden habe. Der Arbeitnehmer habe daher gem § 1419 ABGB Anspruch auf das volle Entgelt. Nur bei Unmöglichkeit der Leistung komme die Anrechnungsklausel des § 1155 ABGB zur Anwendung. Er begründet dies damit, dass § 1155 ABGB nur das Risiko bei Unmöglichkeit verteile, während die Verteilung der Preisgefahr bei Annahmeverzug schon aus den allgemeinen Regeln des § 1419 ABGB abgeleitet werden kann.⁷¹⁵

Ebenso sei nach *Hämmerle*⁷¹⁶ § 1155 ABGB nur auf die Unmöglichkeit der Abnahme der Arbeitsleistung anzuwenden. Beim vorübergehenden Annahmeverzug würde § 1419 ABGB mit dem Ergebnis eines vollen Entgeltanspruchs zum Tragen kommen. Hingegen setzt er den dauernden Annahmeverzug einer rechtswidrigen Entlassung gleich und beurteilt ihn nach § 1162b ABGB, was im Ergebnis zu einem in den ersten drei Monaten anrechnungsfreien Anspruch führt.

Auch die jüngere Lehre hat sich mit der Frage der Anrechnungsregel auseinandergesetzt und billigt grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 1155 ABGB bei Annahmeverzug des Arbeitgebers zu.⁷¹⁷ Hingegen ist dieser Teil Lehre, was die Frage der Anwendbarkeit der Anrechnungsregel des § 1155 ABGB bei Annahmeverzug des Arbeitgebers betrifft, vollkommen geteilter Meinung.

*Schrammel*⁷¹⁸ und *Risak*⁷¹⁹ sind unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien der Ansicht, dass die Anrechnungsregel des § 1155 ABGB auf die Fälle des beiderseits unverschuldeten Unterbleibens der Dienstleistung einzuschränken ist. Hingegen sollen sowohl einerseits die Fälle der grundlosen Weigerung zur Entgegennahme der angebotenen Dienste als auch andererseits die schuldhafte Herbeiführung des Hinderungsgrundes vom Anwendungsbereich des § 1155 ABGB ausgenommen werden, wodurch die Anrechnung unterbleibt. Für diese Fälle gelte das allgemeine zivilrechtliche Prinzip, wonach beim Annahmeverzug die

⁷¹⁴ *Ehrenzweig*, System II/1² 492; so auch *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht I 92; vgl die Nachweise älterer Literatur bei *Holzer*, DRdA 1983,7.

⁷¹⁵ Vgl *Rebhahn* in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 17; *Ettmayer*, JBl 2006, 295 (297).

⁷¹⁶ *Hämmerle*, Arbeitsvertrag 192.

⁷¹⁷ Vgl die Darstellung der jüngeren Lehrmeinungen bei *Eypeltauer*, DRdA 2005, 160 (163).

⁷¹⁸ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 156; *Schrammel* hat somit die Ansicht von *Tomandl* übernommen, der das Lehrbuch bis zur 3.Auflage bearbeitet hatte, und revidierte somit seine eigene Auffassung, wonach er von einer generellen Anwendbarkeit der Anrechnungsregel bei jeder Form des Arbeitgeberverzuges ausgegangen ist; vgl *Gerhartl*, wbl 2007, 14 FN 6; *Eypeltauer*, DRdA 2006, 160 (163).

⁷¹⁹ *Risak*, ZAS 1997/19 (169).

Gegenleistungspflicht des Gläubigers weiterhin aufrecht bleibe und er das Entgelt nach § 1419 ABGB schulde.⁷²⁰

*Holzer*⁷²¹ und *Binder*⁷²² wollen die Anrechnung bei Nichtbeschäftigung im Rahmen eines beweglichen Systems⁷²³ beurteilen und schlagen eine Abstufung entsprechend dem Verschuldensgrad des Arbeitgebers vor. Bei vorsätzlichem oder rechtsmissbräuchlichem Verhalten soll die Anrechnung zur Gänze entfallen. Nach *Holzer* kommt die Anrechnungsregel des § 1155 ABGB zudem nicht zum Tragen, wenn dem Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung zukommt und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Erbringung der Arbeitsleistung vorsätzlich abhält.⁷²⁴

*Eypeltauer*⁷²⁵ vertritt den Standpunkt, dass die Nichtanwendbarkeit der Anrechnungsregel des § 1155 ABGB bei jedem verschuldeten Annahmeverzug des Arbeitgebers und nicht nur bei grundloser Nichtinanspruchnahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber in Betracht kommen soll.⁷²⁶ Ein solches Verschulden liegt immer dann vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zur Arbeit zulässt bzw dessen Arbeitsleistung nicht in Anspruch nimmt, obwohl es keinen objektiven Hinderungsgrund für dessen Beschäftigung gibt.

*Rebhahn*⁷²⁷ plädiert, dass die Anrechnungsregel nicht zur Anwendung kommt, wenn die Arbeitsleistung ohne den gegenteiligen Willen des Arbeitgebers ohne weiters möglich ist. Außerdem hat seiner Ansicht nach die Anrechnung unter anderem dann auszuscheiden, wenn der Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung hat, weil der Arbeitgeber in so einem Fall vertragswidrig handelt und die implizite Risikoverteilung des Vertrages jener des § 1155 ABGB vorgeht.

⁷²⁰ Nach dieser Ansicht ist daher bei grundloser Nichtbeschäftigung nicht ein zweifach modifizierter § 1155 ABGB (sachlicher Anwendungsbereich, keine Anrechnung), sondern § 1419 ABGB heranzuziehen; vgl *Vogt in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XII Rz 158 FN 159.*

⁷²¹ *Holzer, DRdA 1983, 7 (8):* Obwohl *Holzer* nach dem Wortlaut und Mat den verschuldeten Annahmeverzug von § 1155 ABGB umfasst sieht, tritt er dennoch für eine teleologische Reduktion der Anrechnungsregel.

⁷²² *Binder in FS Schwarz 1991, 35 (46).*

⁷²³ Krit *Gerhartl, wbl 2007, 14 (19)*, der von einer teilweisen Anrechnung nichts hält.

⁷²⁴ *Holzer, DRdA 1983, 7 (8); vgl Gerhartl, wbl 2007, 14 (17) FN 29.*

⁷²⁵ *Eypeltauer, DRdA 2005, 160 (167).*

⁷²⁶ Krit zuletzt *Gerhartl, wbl 2007, 14 (15) FN 29:* Da der Arbeitgeber das Recht hat, den Arbeitnehmer (selbst willkürlich) nicht zu beschäftigen, stellt die Nichtzulassung zur Arbeit kein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten des des Arbeitgebers dar.

⁷²⁷ *Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 56 und 57.*

Zuletzt verfolgt *Gerhartl*⁷²⁸ den Lösungsansatz, dass – gestützt auf die Wertungen des § 1419 ABGB – § 1155 ABGB dahin gehend einzuschränken ist, dass eine Vorteilsanrechnung zu unterbleiben hat, wenn dem Arbeitgeber die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers vorzuwerfen ist.⁷²⁹ Dem Arbeitgeber ist die Nichtbeschäftigung vorzuwerfen, wenn es dafür keinen – aus Sicht eines redlichen, mit den rechtlichen Werten verbundenen Arbeitgebers – vertretbaren Grund gibt.⁷³⁰ Hat ein Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung, so muss hinsichtlich der Vertretbarkeit der Beschäftigungsanspruch gegen die Interessen des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die Beschäftigung aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen zu verweigern, abgewogen werden.⁷³¹

Ferner wird in den gängigen Lehrbüchern und Kommentaren der jüngeren Zeit die grundsätzliche Anwendbarkeit der Anrechnungsregel des § 1155 ABGB bei Annahmeverzug des Arbeitgebers, allerdings unter teleologischer Reduktion dieser Vorschrift bzw Nichtanwendung bei Rechtsmissbrauch des Arbeitgebers, befürwortet.⁷³²

Schließlich gibt es Stimmen, die für die Nichtanwendbarkeit der Anrechnungsregel den dogmatischen Boden in einer analogen Anwendung erblicken.⁷³³ Für diesen Ansatz wird ein Größenschluss von § 1162b ABGB auf § 1155 ABGB in Erwägung gezogen. Wenn bei verschuldeter Entlassung ohne wichtigen Grund dem Arbeitnehmer für die ersten drei Monate ein durch Anrechnung nicht verminderbarer Anspruch auf Kündigungsentschädigung zusteht, dann muss dies umso mehr bei verschuldetem Annahmeverzug des Arbeitgebers während aufrechtem Arbeitsverhältnis gelten.⁷³⁴ Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, muss eine Einschränkung der Anrechnungsregel des § 1155 ABGB erfolgen.⁷³⁵ Die Vertreter dieser Auffassung plädieren unter Berufung auf § 1162b ABGB für eine 3-monatige

⁷²⁸ *Gerhartl*, wbl 2007, 14 (16).

⁷²⁹ *Gerhartl* wbl 2007, 14 (16) FN 23 ist der Ansicht, dass diese Lösung auch aus § 1162b ABGB zutage tretenden Wertungen begründet werden kann. Da jedoch § 1155 ABGB für aufrechte Arbeitsverhältnisse gilt, ist dieser gegenüber – für beendete Verfahren in Anwendung gelangende – § 1162b ABGB *leges specialis*, sodass keine Analogieschluss notwendig ist.

⁷³⁰ Zu den einzelnen Bsp der Vertretbarkeit s *Gerhartl*, wbl 2007, 14 (16).

⁷³¹ So etwa im Fall von Streitigkeiten zwischen Arbeitskollegen.

⁷³² *Krejci* in *Rummel* I³ § 1155 Rz 10; *Pfeil* in *Schwimann* V³ § 1155 Rz 23; *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 70; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 393; krit *Rebhahn*, ZellKomm § 1155 ABGB Rz 56.

⁷³³ Für eine analoge Anwendung: *Pfeil* in *Schwimann* V³ § 1155 Rz 23; *Krejci* in *Rummel* I³ § 1155 Rz 42; *Eypeltauer*, DRdA 2005, 160 (166); *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 157; *Rebhahn*, ZellKomm § 1155 ABGB Rz 57. *Hämmerle*, Arbeitsvertrag 192 vertritt bei dauerndem Annahmeverzug des Arbeitgebers den Analogieschluss zu § 1162b ABGB; dagegen: *Holzer*, DRdA 1983, 7 (9).

⁷³⁴ So etwa *Eypeltauer*, DRdA 2005, 160 (166).

⁷³⁵ *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 157; *Eypeltauer*, DRdA 2005, 160 (166); *Pfeil* in *Schwimann* V³ § 1155 Rz 23; *Krejci* in *Rummel* I³ § 1155 Rz 42; *Rebhahn*, ZellKomm § 1155 ABGB Rz 57.

Anrechnungsfreiheit⁷³⁶, für eine zeitlich unbeschränkte Nichtanrechenbarkeit⁷³⁷ sowie für eine Einschränkung der Anwendbarkeit des § 1155 ABGB bei unverschuldeten Hinderungsgründen auf Seiten des Arbeitgebers.⁷³⁸

b) Judikatur

Die Rechtsprechung ist wie die Lehre nicht geteilt, sondern gefestigt.⁷³⁹ Der OGH wendet § 1155 ABGB samt Anrechnung grundsätzlich auch dann an, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer „willkürlich“ und „vorsätzlich“ nicht zur Arbeit zulässt.⁷⁴⁰ Die Anwendung des § 1419 ABGB wird abgelehnt.⁷⁴¹ Die Vorteilsanrechnung hat nach dem Höchstgericht erst dann zu unterbleiben, wenn das Nichtzulassen zur Arbeit oder das Begehren auf Anrechnung rechtsmissbräuchlich wäre.⁷⁴² Für die Frage, wann ein Rechtsmissbrauch vorliegt, fehlt hingegen eine einheitliche Judikaturlinie. Während der 8. Senat im Jahr 1997 schon die grundlose Nichtzulassung zur Arbeit unter Rechtsmissbrauch subsumiert hat⁷⁴³, verneinte der 9. Senat in den Jahren 2001 und 2004 das Vorliegen von Rechtsmissbrauch durch Nichtzulassung zur Arbeit sowohl infolge einer unbegründeten Entlassung⁷⁴⁴ als auch bei rechtswidriger Ablehnung des Überganges des Arbeitsverhältnisses gem § 3 AVRAG.⁷⁴⁵

c) Eigene Meinung

ME ist § 1155 ABGB auf den arbeitsrechtlichen Annahmeverzug heranzuziehen. Die Anwendbarkeit des § 1419 ABGB ist abzulehnen. Abgesehen davon, dass § 1419 ABGB die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs mit der Wendung „widrigen Folgen“ dürftig regelt, ist die Regelung nach § 1155 ABGB gegenüber § 1419 ABGB *lex specialis*. Diese Bestimmung ist auf den Arbeitsvertrag als besonderes synallagmatisches Schuldverhältnis zugeschnitten.

⁷³⁶ Lautner, Angestellten-Vertragsrecht 490 ff; Krejci in Rummel I³ § 1155 Rz 42 plädiert für eine 3-monatige Anrechnungsfreiheit, wenn das Verschulden des Dienstgebers an der Dienstverhinderung iSd § 1155 ABGB eine den Vorwürfen des § 1162b ABGB entsprechende Schwere erreicht.

⁷³⁷ So etwa Eypeltauer, DRdA 2005, 160 (166).

⁷³⁸ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ 157.

⁷³⁹ Für einen Überblick der Rsp s Eypeltauer, DRdA 2005, 160 (166).

⁷⁴⁰ Vgl die Leitentscheidung OGH 23.6.1981, 4 Ob 18/81 DRdA 1983, 7 (Holzer) = ZAS 1983/5 (Schrammel).

⁷⁴¹ Vgl zB OGH 1.7.1980, 4 Ob 76/80 DRdA 1981, 52; 14.12.1982, 4 Ob 3/82 Arb 10.199; 16.3.1994, 9 Ob S 34/93 DRdA 1994, 421; vgl die Nachweise bei Vogt in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XII Rz 158 FN 188.

⁷⁴² OGH 30.1.1997, 8 Ob A 2046/96g SZ 70/20 = ZAS 1997/19 (zust Risak); 17.3.2004, 9 Ob A 115/03g DRdA 2005, 160 (krit Eypeltauer).

⁷⁴³ OGH 30.1.1997, 8 Ob A 2046/96g SZ 70/20 = ZAS 1997/19 (zust Risak).

⁷⁴⁴ OGH 5.9.2001, 9 ObA 24/01x DRdA 2002, 154 = RdW 2002, 362.

⁷⁴⁵ OGH 17.03.2004, 9 ObA 115/03g DRdA 2005, 160 (krit Eypeltauer).

Denn es wäre unverständlich, sollte die Rechtsfolgenanordnung in einer Spezialbestimmung gegen den erst auslegungsbedürftigen Rechtsterminus des allgemeinen Zivilrechts ausgetauscht werden. Im Übrigen bestätigt der Wortlaut des § 1155 ABGB mit der weiten Formulierung (arg: „*durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen*“), dass die Bestimmung den Annahmeverzug mitumfasst. Um jedoch unbilligen und unhaltbaren Ergebnissen bei Anwendung der Anrechnungsregel zu entgehen, muss bei grundloser und verschuldeter Dienstverhinderung die Anrechnungsregel teleologisch reduziert werden.⁷⁴⁶ Denn keinesfalls darf dem die Dienst Erfüllung grundlos und schuldhaft verhindernden Dienstgeber aus der Anrechnungsregel des § 1155 ABGB ungebührliche Vorteile erwachsen.⁷⁴⁷ Dies gilt insbesondere bei der Verletzung der Beschäftigungspflicht.⁷⁴⁸ Denn so wie es *Holzer* ins Treffen führt, wäre es „besonders grotesk“, wenn sich der Arbeitgeber trotz schuldhafter Verletzung der Beschäftigungspflicht, aufgrund des Vorteilsanrechnungsgebotes des § 1155 ABGB auch noch die Entgeltzahlung ersparen könnte.⁷⁴⁹ Für die uns interessierende Frage bedeutet dies, dass ein Arbeitgeber während eines aufrechten Beschäftigungsverhältnisses stets das volle Entgelt zu zahlen hat, wenn er einen beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer schuldhaft nicht zur Arbeit zulässt. Solange ein gewichtiges Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitgebers nicht vorliegt, wird die Nichtbeschäftigung als grundlose und schuldhafte Dienstverhinderung zu qualifizieren sein. Der Arbeitgeber kann sich nicht auf die Anrechnungsbestimmung berufen, weil dies einen Rechtsmissbrauch darstellen würde.

Zu dem oben erzielten Ergebnis würde man auch durch eine – von einem Teil der Lehre ins Treffen geführte – systematische Auslegung gelangen. Nach § 1162b ABGB und § 29 AngG hat beim Kündigungsentschädigungsanspruch des Arbeitnehmers eine Anrechnung für die ersten drei Monate zu erfolgen, wenn das Arbeitsverhältnis aus Verschulden des Arbeitgebers geendet hat. Die ratio legis dieser Bestimmungen muss daher umso mehr bei verschuldetem Annahmeverzug des Arbeitgebers während aufrechten Arbeitsverhältnis gelten, zumal die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei aufrechten Arbeitsverhältnis stärker als nach

⁷⁴⁶ Ähnlich *Holzer*, DRdA 1983, 7 (8).

⁷⁴⁷ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 393.

⁷⁴⁸ *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 388 meinen, dass der Arbeitgeber bei der Nichtbeschäftigung nicht nur in Annahmeverzug, sondern zugleich auch in Schuldnerverzug gerät, die eine Verletzung des Vertrages bedeutet. Nach § 918 ABGB hätte der Arbeitnehmer die Wahl, Erfüllung und allenfalls Verspätungsschaden zu verlangen oder unter Setzung einer angemessenen Frist den Rücktritt vom Vertrag zu erklären. Zutreffend weisen sie aber auch darauf hin, dass diese Bestimmung für die Problemlösung betreffend die Entgeltfortzahlung während eines aufrechten Arbeitsverhältnisses nicht nutzbar gemacht werden kann; vgl. *Gerhartl*, wbl 2007, 17 FN 29.

⁷⁴⁹ *Holzer*, DRdA 1983, 7 (8).

deren Beendigung ist. Im Einklang mit der Auffassung *Eypeltauers* führt dieses argumentum a maiori ad minus nicht nur zu einer analogen Heranziehung des § 1162b ABGB bei grundloser und verschuldeter Dienstverhinderung, sondern zum generellen Ausschluss einer Vorteilsanrechnung bei Entgeltansprüchen nach § 1155 ABGB.⁷⁵⁰ Aufgrund der Tatsache, dass der Normschöpfer in der III. Teilnovelle⁷⁵¹ die beiden Bestimmungen §§ 1155, 1162b ABGB novelliert hat, kann aus den unterschiedlichen Vorteilsanrechnungsgeboten auf die „weitergehende Nichtanrechnung bei verschuldetem Annahmeverzug des Arbeitgebers und damit auf die zeitlich unbeschränkte Nichtanrechenbarkeit geschlossen werden“.⁷⁵² Es ist somit festzuhalten, dass auch nach systematischer Betrachtung bei grundloser und verschuldeter Nichtbeschäftigung keine Anrechnung auf das fortzuzahlende Entgelt erfolgt. Für den uns interessierenden Arbeitnehmer mit einem Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung bedeutet dies, dass diesem bei grundloser und schuldhafter Nichtinanspruchnahme der Arbeitsleistung während dem aufrechten Arbeitsverhältnis gem § 1155 ABGB iVm § 1162 ABGB das volle und zeitlich uneingeschränkte Entgelt gebührt.⁷⁵³

Abschließend ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass der Entgeltanspruch nach § 1155 ABGB nicht direkt aus einer Verletzung der Beschäftigungspflicht folgt. Die Entgeltfortzahlungspflicht würde auch dann bestehen, wenn kein Beschäftigungsanspruch besteht. Denn solange der Dienstnehmer „durch Umstände, die auf Seiten des Dienstgebers liegen“ an der Dienstleistungserbringung gehindert wird, steht ihm das vereinbarte Arbeitsentgelt zu. Im gegenständlichen Zusammenhang stellt die Entgeltfortzahlung somit eine Begleitfolge der Verletzung der Beschäftigungspflicht dar. Bei einem beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer ist der Entgeltanspruch aber ausnahmsweise – wie oben ausgeführt – nicht zu kürzen.

3. Höhe des Entgelts

Nachdem festgestellt wurde, dass dem beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer während der Zeit der grundlosen und schuldhaften Dienstverhinderung das volle Entgelt gebührt, stellt sich als nächstes die Frage, in welcher Höhe dem Arbeitnehmer das Entgelt zu zahlen ist.

⁷⁵⁰ So auch *Eypeltauer*, DRdA 2005, 160 (166).

⁷⁵¹ 78 Blg HH 21.Sess, 221.

⁷⁵² So *Eypeltauer*, DRdA 2005, 160 (166); zu aA vgl FN 736-738.

⁷⁵³ Auf welche Rechtsgrundlage man seine Position auch zu stützen mag, ist dem beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer bei schuldhafter Beschäftigungsverweigerung stets der volle Entgeltanspruch zuzubilligen.

Nach § 1155 ABGB gebührt dem Arbeitnehmer jenes Entgelt, dass er verdient hätte, wäre er zur Arbeit zugelassen worden.⁷⁵⁴ Die Höhe des weiterzuzahlenden Entgelts ist also nach dem (fiktiven) Entgeltausfallsprinzip zu berechnen. Dabei geht der Gesetzgeber vom Begriff des „regelmäßigen Entgelts“ aus.⁷⁵⁵ Dies entspricht bei zeitbestimmter Arbeit dem vereinbarten Monatslohn, bei leistungsabhängiger Arbeit dem nach regelmäßigem Verlauf zu erwartenden Lohn. Der Begriff des Entgelts ist sehr weit und umfasst alle Ansprüche des Arbeitnehmers auf vermögenswerte Vorteile.⁷⁵⁶ Zum Entgelt zählen zB Nacht- und Feiertagszulagen sowie Überstundenentgelt für im Verhinderungszeitraum regelmäßig in Betracht kommende Mehrleistungen.⁷⁵⁷ Ebenso sind erfolgsabhängige Entgeltbestandteile wie Provisionen⁷⁵⁸ und leistungsbezogene Prämien⁷⁵⁹ vom Entgelt umfasst. Der Ermittlung des „regelmäßigen Entgelts“ ist ein vergangenheitsbezogener Durchschnittswert zugrunde zu legen. Der Beobachtungszeitraum umfasst in der Regel 13 Wochen, maximal ein Jahr.⁷⁶⁰

Unklarheit besteht aber bezüglich des Beobachtungszeitraumes bei Leistungsprämien von Fußballern. Grundsätzlich sind Leistungsprämien, die in der Regel zum Fixum eines Fußballers gewährt werden, nicht vom fiktiven Ausfallsprinzip erfasst, wenn der Spieler aus sportlichen Gründen – also auch aus Gründen in der Sphäre des Arbeitgebers – in der Kampfmannschaft nicht zum Einsatz kommt bzw zumindest nicht auf dem offiziellen Spielbericht genannt wird.⁷⁶¹ Jedoch muss der Prämienanspruch weiterhin gezahlt werden, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung bzw die Erwerbchance dieser Prämien sitten- oder treuwidrig vereitelt.⁷⁶² Grundlage für den Anspruch auf die entgangenen Prämien wird dabei der Arbeitsvertrag sein, der den Verein verpflichtet, die Erwerbchance der Prämien nicht

⁷⁵⁴ Dazu allg *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 161; *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 44 ff; *Krejci* in *Rummel I*³ § 1155 Rz 22 ff; *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XII Rz 16 ff.

⁷⁵⁵ *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XII Rz 16.

⁷⁵⁶ *Rebhahn*, *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 45; *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XII Rz 20; zu den einzelnen Entgeltbestandteilen s ausführlich *Binder*, ZAS 2007/17 (103).

⁷⁵⁷ *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 45 mwN.

⁷⁵⁸ Vgl die Sonderbestimmung § 12 AngG, die den Provisionsanspruch von Angestellten normiert und dabei § 1155 ABGB verdrängt, falls die Verhinderung der Dienste vom Arbeitgeber verschuldet war.

⁷⁵⁹ Vgl allg *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 45; zu den unterschiedlichen Prämienarten s *Binder*, ZAS 2007/17 (104); zu Leistungsprämien von Fussballern s *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 65; *Thomas*, ZAS 2008/12, (92).

⁷⁶⁰ S statt aller *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XII Rz 19 mwN.

⁷⁶¹ *Thomas*, ZAS 2008/12 (92).

⁷⁶² So *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 46; *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188); *Binder*, ZAS 2007/17 (102) FN 15; *Thomas*, ZAS 2008/12 (92); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 65.

treuwidrig zu vereiteln.⁷⁶³ Liegt Sittenwidrigkeit vor, gebührt die Einsatz- bzw Punkteprämie auch dann, wenn der Spieler nicht zum Einsatz gekommen wäre, da es hier um die vereitelte Erwerbchance an sich geht.⁷⁶⁴ Nach welchem Beobachtungszeitraum die Prämien fortgezahlt werden sollen, nämlich ob auf jüngste Erwerbskarriere oder die zukünftigen Mannschaftsleistungen während Nichtbeschäftigung abzustellen ist, ist unklar.⁷⁶⁵

Wenn einem (Stamm)spieler ohne sachlichen Grund der Erwerb von Prämien vereitelt wird, so richtet sich mE der Ersatz der entgangenen Prämien nach der zukünftigen Mannschaftsleistung. Denn würde man als Beobachtungszeitraum die Vergangenheit heranziehen, würde dies zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung von tatsächlich eingesetzten gegenüber den nicht eingesetzten Spielern führen. Sollte der Verein in der Zukunft keine Spiele gewinnen, würden den eingesetzten Spielern keine Siegesprämien zustehen, wobei aber bei Abstellen auf die jüngste Erwerbskarriere von den sittenwidrig nicht eingesetzten Spielern sehr wohl Prämien lukriert werden können, wenn in diesem Beobachtungszeitraum mehrere Siege erkämpft wurden.

Wird einem Spieler somit treuwidrig die Erwerbchance der Prämien vereitelt, so gebührt ihm mE pro futuro jene Prämie, die er erhalten hätte, wenn er eingesetzt worden wäre.⁷⁶⁶ Dies bedeutet, dass für die Zeit der Nichtbeschäftigung der Spieler eine eventuelle Einsatzprämie in voller Höhe erhält. Die Punkteprämie gebührt aber insoweit, als sich die Mannschaft zumindest ein Unentschieden erkämpft hat und der Spieler demnach einen Anspruch auf die Punkteprämie hat.

Zur Veranschaulichung des soeben gesagten soll ein Fall skizziert werden:

Wird ein Stammspieler mit einem Bruttolohn von EUR 40.000 und einer Einsatzprämie von EUR 2.000 und einer Punkteprämie⁷⁶⁷ von EUR 1.000 grundlos für 21 Tage suspendiert und verpasst er dadurch drei Wettkämpfe, wobei zwei Siege erkämpft und eine Niederlage erlitten wurden, hat er gemäß seinem Arbeitsvertrag – auch ohne tatsächlichen Einsatz – Anspruch

⁷⁶³ *Binder*, ZAS 2007/17 (102); *Thomas*, ZAS 2008/12 (92).

⁷⁶⁴ *Thomas*, ZAS 2008/12 (93).

⁷⁶⁵ Vgl *Brodil* in *Grunde/Karollus* 66; *Thomas*, ZAS 2008/12 (92) billigt dem vom Training ausgeschlossenen Spieler jene Leistungsprämie zu, die dieser in der davorliegende Meisterschaftsaison verdient hat.

⁷⁶⁶ *AA Thomas*, ZAS 2008/12 (92).

⁷⁶⁷ Die Punkteprämie im Fußballsport bedeutet, dass der Spieler für jeden Punkt (= Unentschieden), den sich die Mannschaft in der Meisterschaft erkämpft, eine Prämie in der vereinbarten Höhe bekommt. Bei einer vereinbarten Punkteprämie von EUR 1.000, würde der Spieler bei einem Unentschieden EUR 1.000, bei einem Sieg, also drei Punkten, das dreifache der Punkteprämie, mithin EUR 3.000 erhalten.

auf folgende Zahlung: Bruttolohn in Höhe von EUR 40.000 zuzüglich Einsatzprämien in Höhe von EUR 6.000 (für drei verpasste Spiele) und Punkte- bzw. Siegesprämien in Höhe von EUR 6.000 (für zwei Siege), mithin auf brutto EUR 52.000.

D. Schadenersatz

Die Entgeltfortzahlungspflicht und die Qualifikationserhaltung sind zwei verschiedene Rechtsgüter. Die Verletzung der Beschäftigungspflicht hat zur Folge, dass mit der Fortzahlung des Arbeitsentgelts per se noch nicht alle Nachteile abgegolten sind. Aus diesem Grund trifft den Arbeitgeber über die Entgeltfortzahlungspflicht hinaus eine Schadenersatzpflicht, wenn durch die Nichtbeschäftigung für den Arbeitnehmer zusätzliche Nachteile entstehen.⁷⁶⁸

Dies bedeutet, dass der durch den Beschäftigungsanspruch begünstigte Arbeitnehmer im Fall des Austritts oder des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bei schuldhafter Verletzung der Beschäftigungspflicht einen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen kann, der weder durch § 1155 ABGB noch durch § 1162b ABGB berührt wird.⁷⁶⁹

In diesem Zusammenhang sind an Schadenersatzansprüche sowohl bei aufrechten als auch bei beendeten Arbeitsverhältnissen zu denken.

1. Schadenersatz bei aufrechem Arbeitsverhältnis

Der Arbeitnehmer kann bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses neben der Fortzahlung seines Entgelts Schadenersatz verlangen, wenn sein Anspruch auf faktische Beschäftigung verletzt wird. Dieser Schadenersatzanspruch gem § 1293 ff ABGB wird durch die Fortzahlungsbestimmung des § 1155 ABGB nicht verdrängt.⁷⁷⁰ Der beschäftigungsberechtigte Arbeitnehmer wird seinen Anspruch auf Schadenersatz damit begründen, dass eine Verletzung des arbeitsvertraglichen⁷⁷¹ Beschäftigungsanspruchs vorliegt. Dabei kann die Pflichtverletzung in der Nichtbeschäftigung oder auch nur in einer unangemessenen

⁷⁶⁸ Vgl *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (251); vgl a OLG Graz 28.1.2004, 8 Ra 115/03 y.

⁷⁶⁹ *Adler/Höller* in *Klang* V² 247 und 349 mwN zur älteren Literatur; *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 18.

⁷⁷⁰ *Rebhahn* in *ZellKomm*, § 1155 ABGB Rz 18; so aber schon die *Mat* 78 BlgHH 21.Sess (1912) 221.

⁷⁷¹ Zu denken ist aber auch ein Schadenersatzanspruch aus Delikt, wenn man in der Verletzung der Beschäftigungspflicht – wie nach Auffassung eines Teiles der Lehre – ua die Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers sieht.

Beschäftigung bestehen. Nach dem im österreichischen Schadenersatzrecht herrschenden System der Verschuldenshaftung muss die Verletzung der Beschäftigungspflicht in jedem Falle auf einem Verschulden des Arbeitgebers beruhen. Dass eine grundlose Nichtbeschäftigung eines durch den Beschäftigungsanspruch begünstigten Arbeitnehmers in der Regel verschuldet sein wird, liegt wohl auf der Hand und muss nicht näher erläutert werden. Damit der Arbeitnehmer einen Ersatzanspruch aus der Verletzung der Beschäftigungspflicht geltend machen kann, muss ein Schaden vorliegen. Dieser Schaden muss konkret oder zumindest konkretisierbar sein, da es ansonsten zu keinem Schadenersatz kommt. Der Schaden kann sich in Form eines positiven Schadens oder eines entgangenen Gewinnes darstellen. Positiver Schaden bedeutet Beeinträchtigung bestehender Rechtsgüter, der entgangene Gewinn das Zunichtemachen künftiger Erwerbs- und Gewinnchancen.⁷⁷² Ist dem Arbeitgeber bei der Schadenszufügung leichtes Verschulden vorzuwerfen, so ist nur die erlittene Beschädigung (positiver Schaden) zu ersetzen. Vereitelt der Arbeitgeber hingegen die Dienstleistung grob schuldhaft oder vorsätzlich, so kann der Arbeitnehmer neben der Schadloshaltung auch den Ersatz des entgangenen Gewinns verlangen.⁷⁷³ Nach § 1323 ABGB hat der Arbeitgeber grundsätzlich den Zustand wiederherzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Auch hier gilt das Primat der Naturalrestitution.⁷⁷⁴ Die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes kann der Arbeitgeber bei Verletzung der Beschäftigungspflicht für die Zukunft dadurch erreichen, dass er den Arbeitnehmer wieder zur Arbeit zulässt. Für die Vergangenheit ist hingegen die Naturalrestitution nicht möglich, da die Arbeitsleistung nicht nachgeholt werden könnte, sodass dem Arbeitnehmer nur Geldersatz gebührt. Als Schaden kommen etwa die Minderung der beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten, Verlust der Qualifikation und des Marktwertes während der Beschäftigungsunterbrechung in Betracht.

Auch wenn der Schadenersatzanspruch während aufrechtem Arbeitsverhältnis hier erörtert wurde, kann er als theoretisch bezeichnet werden. Praktisch wird es fast immer am Schaden fehlen, da der Arbeitgeber ohnehin bei verschuldeter Nichtbeschäftigung zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet ist und ein weitergehender Schaden regelmäßig nicht besteht.⁷⁷⁵ Im Übrigen erscheint im aufrechten Arbeitsverhältnis der Anspruch auf Schadenersatz wegen

⁷⁷² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 304.

⁷⁷³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 324; vgl § 1324 ABGB.

⁷⁷⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 321.

⁷⁷⁵ Vgl in diesem Zusammenhang *Rebhahn* in *ZellKomm* § 1155 ABGB Rz 18, der im Wege des Schadenersatzes dem Arbeitnehmer bei schulhafter Vereitelung der Dienstleistung ein Anspruch auf das Entgelt ohne Anrechnung gibt. Diese Lösung kann mE jenen Stimmen in der Literatur, die auch bei grundlosem bzw schuldhaften Unterbleiben der Arbeitsleistung die Anrechnungsregel des § 1155 ABGB anwenden wissen wollen, eine Rechtsgrundlage für die Fortzahlung des vollen Entgelts bieten.

der auftretenden Beweisschwierigkeit in Frage gestellt. Der Anspruch auf Schadenersatz spielt eher nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine wichtige Rolle, deren Geltendmachung mE auch die Beschäftigungspflicht stärkt.

2. Schadenersatz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Entscheidet sich der Arbeitnehmer für den Austritt, steht ihm gemäß § 1162b ABGB im Falle einer berechtigten Auflösung des Arbeitsvertrages ein Ersatz zum Ausgleich der Nachteile zu, die er aufgrund des verschuldeten Unterbleibens der Arbeitsleistung erlitten hat.⁷⁷⁶ Die Lehre⁷⁷⁷ geht jedenfalls davon aus, dass dem Arbeitnehmer bei Nichtbeschäftigung ein Austrittsrecht und Schadenersatzanspruch zu steht.⁷⁷⁸

a) Kündigungsentschädigung als Schadenersatz

Dem Arbeitnehmer steht beim gerechtfertigten Austritt gem § 1162b ABGB⁷⁷⁹ zunächst eine Kündigungsentschädigung⁷⁸⁰ als Schadenersatzanspruch zu.⁷⁸¹ Diese Bestimmung befasst sich mit den Rechtsfolgen der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer wegen Verschulden des Arbeitgebers. § 1162b ABGB normiert, dass der berechtigt austretende Arbeitnehmer seine vertragsgemäßen Ansprüche auf das Entgelt für den Zeitraum, der bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit oder durch ordnungsgemäße Kündigung hätte verstreichen müssen, behält. Der Arbeitnehmer soll mit dem Anspruch so gestellt werden, wie dies bei regelmäßigem Ablauf des Dienstverhältnisses der Fall gewesen wäre.⁷⁸² Jedoch greift auch hier – wie bei § 1155 ABGB – eine Anrechnungsregel ein. Der ausgetretene Arbeitnehmer hat sich anrechnen zu lassen, „was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderwertige

⁷⁷⁶ Dieser Schadenersatzanspruch ergibt sich auch aus der allgemeinen Verzugsbestimmung des § 918 ABGB. § 1162b ABGB ist jedoch gegenüber § 918 ABGB *lex specialis* und daher Letzterem vorzuziehen.

⁷⁷⁷ Grundlegend *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (64); ebenso *Resch*, DRdA 1991, 417 (421); *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (252).

⁷⁷⁸ Vgl LG Linz 9.12.1953, Cg 33/53 Arb 5.960.

⁷⁷⁹ Zahlreiche arbeitsrechtliche Sondergesetze enthalten entsprechende Regelungen wie etwa § 29 AngG, § 40 Abs 2 SchSpG sowie § 84 GewO 1859.

⁷⁸⁰ Dieser finanzielle Entschädigungsanspruch wird nach dem OGH und Teile der Lehre auf dem Boden der sog Schadenersatztheorie gelöst. Diese Ansicht ist jedoch aufgrund des irrealen Perfekt Konjunktivs „hätte verstreichen müssen“ des § 1162b ABGB umstritten, sodass es Stimmen gibt, die den Anspruch nach § 1162b ABGB als einen vertraglichen Anspruch qualifizieren: dazu s statt aller *Pfeil* in *Schwimmann* V³ § 1162b Rz 6 mwN.

⁷⁸¹ Die Kündigungsentschädigung umfasst – wie das Entgelt nach § 1155 ABGB – alle Geldbezüge, wie etwa das laufende Gehalt, Zulagen, Provisionen und Prämien.

⁷⁸² *Krejci* in *Rummel* I³ § 1162b Rz 12.

*Verwendung erworben oder zu zu erwerben absichtlich versäumt hat.*⁷⁸³ Anders als im § 1155 ABGB gebührt hier der Entgeltanspruch für zumindest drei Monate in voller Höhe, wenn der Ablauf der Befristung oder die Kündigungsfrist unter dieser Mindestzeit bleibt.⁷⁸⁴ Es wird nicht nur nichts angerechnet, sondern diese Kündigungsentschädigung ist vielmehr sofort fällig. Alles was über diese Dreimonatsfrist hinausgeht, ist jedenfalls im Allgemeinen anzurechnen.

Wie beim Anrechnungsgebot des § 1155 ABGB, muss auch hier die Vorteilsanrechnung unterbleiben, wenn die Anrechnung zu unhaltbaren Ergebnissen führt. So wird etwa die 3-monatige Anrechnungsregel bei beschäftigungsberechtigten Berufsfußballern zu einem unbilligen Ergebnis führen: In Österreich haben Fußballspieler gemäß den ÖFB-Statuten die Möglichkeit, nur zweimal im Jahr⁷⁸⁵ den Verein zu wechseln. Löst ein Spieler nun berechtigt seinen befristeten Vertrag wegen Nichtbeschäftigung auf und hätte er zur nächsten Übertrittszeit noch fünf Monate, dann würde der Verein nach drei verstrichenen Monaten das versäumte Entgelt anrechnen und daraus einen Vorteil ziehen. Von absichtlichem Versäumen kann aber nur gesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer bei Vorhandensein realer Chancen keine Anstrengung unternimmt, sich eine zumutbare Beschäftigung zu verschaffen.⁷⁸⁶ Im Berufsfußballsport hat es der Spieler aufgrund der entgegenstehenden ÖFB-Statuten zum Vereinswechsel selbst nicht in der Hand, sich einem anderen Verein anzubieten. Der Spieler kann insofern nichts „absichtlich versäumen“. Aus diesen Gründen steht dem berechtigten austretenden Spieler bis zur rechtlichen bzw. statutenmäßigen Möglichkeit eines Wechsels des Vereins das volle Entgelt zu. Hat der Spieler während der Übertrittszeit von seinem Recht auf Wechsel des Vereins nicht Gebrauch gemacht, wird eine Anrechnung wieder gerechtfertigt sein.

b) Weitergehender Schadenersatz

Ungeachtet der pauschalierten Kündigungsentschädigung räumt § 1162b ABGB⁷⁸⁷ dem Arbeitnehmer auch einen „weitergehenden Schadenersatz“ ein.⁷⁸⁸ Dieser

⁷⁸³ *Krejci* in *Rummel* I³ § 1162b Rz 15; vgl § 1155 ABGB.

⁷⁸⁴ *Krejci* in *Rummel* I³ § 1162b Rz 15; *Pfeil* in *Schwimann* V³ § 1155 Rz 23.

⁷⁸⁵ Nämlich in der Sommerübertrittszeit und der Winterübertrittszeit.

⁷⁸⁶ *Pfeil* in *Schwimann* VI³ § 1162b Rz 20.

⁷⁸⁷ Vgl die dem § 1162b ABGB nachgebildeten Bestimmungen des § 29 AngG, § 40 Abs 2 SchSpG sowie § 84 GewO 1859. Bei Verletzung der Beschäftigungspflicht kann der Schauspieler den Vertrag vorzeitig auflösen und eine angemessene Vergütung gemäß § 21 Abs 2 SchSpG verlangen, sodass in diesem Fall nicht

Schadenersatzanspruch ist nicht anders als nach den allgemeinen Regeln des § 1293 ff ABGB im aufrechten Arbeitsverhältnis zu beurteilen und daher vom diesbezüglichen Verschulden des Dienstgebers abhängig.⁷⁸⁹ Bei einer grundlosen Nichtbeschäftigung, die zu einem berechtigten Austritt des Arbeitnehmers vom Arbeitsvertrag geführt hat, wird man dem Arbeitgeber stets ein Verschulden vorwerfen können. Da die Nichtzulassung zur Arbeit bei beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmern eine Verletzung des Arbeitsvertrages darstellt, kommt dem Arbeitnehmer auch die Beweislastumkehr gem § 1298 ABGB zu Gute.⁷⁹⁰ Natürlich stellt sich auch hier die Frage nach einem Ersatzanspruch nur, wenn ein Schaden tatsächlich entstanden ist. Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses wegen Verletzung der Beschäftigungspflicht wird idR kein Schaden entstehen, weil sich der Vermögensschaden häufig mit der Kündigungsentschädigung gemäß § 1162b ABGB decken wird. Das wird normalerweise dann der Fall sein, wenn die Nichtbeschäftigung nur kurze Zeit gedauert hat. Denn aus einer nur vorübergehenden, zeitlich geringen⁷⁹¹ Arbeitsunterbrechung wird der Arbeitnehmer keinen materiellen Schaden ableiten können, weil eine Einbuße von Qualitäten und Verlust des Marktwertes in der kurzen Zeit nur selten eintreten kann. Nichtsdestotrotz wird nicht auszuschließen sein, dass auch bei einer vorübergehenden Beschäftigungsverweigerung ein Vermögensschaden eintritt. Längere Beschäftigungsunterbrechungen können hingegen uU zu einem materiellen Berufsschaden führen. Ein Vermögensschaden wird oft darin liegen, dass der beschäftigungsberechtigte Arbeitnehmer durch die Nichtbeschäftigung in seinem beruflichen Fortkommen beeinträchtigt wird, indem er etwa von einem neuen Arbeitgeber einen ungünstigeren Vertrag erhält. Denn sobald der neue Arbeitgeber erfährt, dass der Arbeitnehmer beim letzten Arbeitgeber nicht tatsächlich beschäftigt wurde, wird er ihm unter diesem Vorwand ein niedrigeres Arbeitsentgelt anbieten. Der kalkulative Vermögensschaden besteht in diesen Fällen in dem Unterschied zwischen üblicherweise – bei Nichtverletzung der Beschäftigungspflicht – zu erzielenden und dem tatsächlich erzielten minderen Entgelt. Dieses Phänomen des Vermögensschadens tritt vor allem mit aller Deutlichkeit bei jenen Arbeitnehmern in Erscheinung, deren Marktwert in unzertrennbarem Zusammenhang mit der tatsächlichen Beschäftigung stehen. So wird etwa ein Fußballspieler, der aufgrund langer Beschäftigungslosigkeit austritt, bei einem neuen Verein oft einen finanziell schlechteren

§ 40 Abs 2 SchSpG, sondern die Sonderbestimmung des § 21 Abs 2 SchspG zur Anwendung kommt; vgl OGH 18.10.1951, 4 Ob 106/51 SZ 24/280.

⁷⁸⁸ Schindler in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap XX Rz 158; Pfeil in Schwimann V³ § 1162b Rz 22; Krejci in Rummel I² § 1162b Rz 12.

⁷⁸⁹ So Pfeil in Schwimann V³ § 1162b Rz 20; vgl OGH 18.10.1951, 4 Ob 106/51 SZ 24/280.

⁷⁹⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 320.

⁷⁹¹ Etwa maximal 4 Wochen.

Spielervertrag aushandeln können, als wenn er nach Ablauf seines Spielervertrages und vertragskonformer Beschäftigung zu einem neuen Verein wechseln würde. Der neue Verein wird dem Spieler – mag er auch technisch und spielerisch sehr gut sein – mangelnde Spielpraxis vorwerfen und ihn zu finanziellen Abschlägen bei seiner Gage zwingen. Ein Vermögensschaden wird aber nicht nur bei Fußballern entstehen, sondern bei allen beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmern, die aufgrund der Nichtbeschäftigung gewisse Kenntnisse und Fertigkeiten verlieren, die zu schlechter bezahlten Beschäftigungsangeboten führen. Weiters kann etwa ein möglicher vermögenswerter Schaden vorliegen, wenn ein Pilot wegen der Verletzung der Beschäftigungspflicht die bestimmte Mindestflugstundenanzahl zur Erhaltung des Pilotenscheines nicht absolvieren kann und dadurch die Fluglizenz verliert. In so einem Fall hätte die Fluggesellschaft bei verschuldeter Beschäftigungsverweigerung die Kosten für die Wiedererlangung der Fluglizenz aus dem Titel des Schadenersatzes zu zahlen.⁷⁹²

In den meisten Fällen wird allerdings der Nachweis der Höhe des Vermögensschadens auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. In solchen Fällen wird die freie richterliche Betragsschätzung gemäß § 273 ZPO zur Anwendung gelangen. Demnach kann der Richter gemäß § 273 Abs 1 ZPO den Schaden nach freiem Ermessen schätzen, wenn die Forderung dem Grunde nach feststeht, aber der Beweis über die Höhe nicht oder nur mit Schwierigkeiten erbracht werden kann.⁷⁹³ Als Höchstgrenze für den Schadenersatzanspruch kann mE die Bestimmung des § 21 Abs 2 SchSpG herangezogen werden, die dem Schauspieler einen Ersatzanspruch bis zu einem Jahresgehalt zubilligt. Aber auch ungeachtet dessen können die Wertungen des § 21 SchSpG als Grundlage für einen Schadenersatzanspruch von Arbeitnehmern mit einem Recht auf Beschäftigung, insb von vergleichbaren Berufsgruppen, denen per analogiam dieser Anspruch zukommen würde, dienen.

3. Immaterieller Schaden

Im Zusammenhang mit dem Ersatz des durch die Nichtbeschäftigung entstandenen Schadens stellt sich auch die Frage, inwieweit ein über den Vermögensschaden hinausgehender immaterieller Schaden zu ersetzen ist.⁷⁹⁴ Denn ein Schaden kann nicht nur materieller Art sein, sondern auch in der Beeinträchtigung von Interessen liegen, die keinen Vermögenswert

⁷⁹² *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (252).

⁷⁹³ Zur richterlichen Betragsschätzung s statt aller *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ Rz 162.

⁷⁹⁴ Zum Ersatz immaterieller Schäden ausführlich *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/1 ff.

haben.⁷⁹⁵ Der Gesetzgeber hat keine klare Regelung über die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden getroffen. Aus diesem Grund ist strittig, ob ein Ersatz in Geld für ideelle Schäden nur dann zu gewähren ist, wenn dies im Gesetz ausdrücklich angeordnet wird, oder umgekehrt stets dann, wenn das Gesetz diesen Ersatz nicht ausschließt.⁷⁹⁶ Nach der österreichischen Rechtsprechung ist der immaterielle Schaden – abgesehen von den gesetzlich geregelten⁷⁹⁷ oder durch Richterrecht anerkannten Fällen⁷⁹⁸ – nicht zu ersetzen.⁷⁹⁹ Dabei hat der Gesetzgeber die Ersatzfähigkeit sachbezogen und punktuell immer wieder erweitert.⁸⁰⁰ Ein Teil der Lehre sieht aber in § 1323 ABGB die Anordnung gefunden zu haben, dass mit „Tilgung der erlittenen Beleidigung“ der Ersatz der ideellen Schäden gemeint ist.⁸⁰¹ Abgesehen davon wird für die Ersatzfähigkeit der ideellen Schäden als Argument ins Treffen geführt, dass der schadenersatzrechtliche Schutz der Vermögensinteressen mittelbar immateriellen Interessen dient. Da die Rechtsordnung ideelle Güter gegenüber den Vermögensgütern höher stellt, müssten daher diese umso mehr geschützt sein, wenn sie unmittelbar⁸⁰² beeinträchtigt werden.⁸⁰³

Bejaht man die prinzipielle Ersatzfähigkeit ideeller Schäden, stellt sich unter diesem Gesichtspunkt die Frage, ob die Verletzung der Beschäftigungspflicht den Ersatz des „Nichtvermögensschadens“ auslösen kann. Zu denken ist hier an die Herabsetzung und Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers durch die Verweigerung der Beschäftigung, die – wie bereits erläutert – für einen Teil der Lehre ein Argument für einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch darstellt. Obwohl die Persönlichkeitsverletzung als dogmatische Begründung des Beschäftigungsanspruches verneint wird, kommt ihr im Zusammenhang mit dem Ersatz immaterieller Schäden Bedeutung zu, da sie unabhängig von einem Recht auf

⁷⁹⁵ Vgl. *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 2/102.

⁷⁹⁶ Vgl. nur *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 11/1.

⁷⁹⁷ So ua § 1325 ABGB (*Schmerzensgeld*), § 1331 ABGB (*Wert der besonderen Vorliebe*), § 1328 ABGB (*angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung*), § 1328a ABGB (*Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung*); § 12 Abs 1 Z 4 und § 13 Z 4 EKHG, § 12 Abs 1 z 4 und § 13 Z 4 AtomHG (*Schmerzensgeld*); § 29 LuftVG (*billige Entschädigung für Nichtvermögensschäden*); § 16 Abs 2 UWG (*Ersatz für erlittene Kränkung*); § 87 Abs 2 UrhG; § 150 Abs 3 PatG (*Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile*); § 6, 7, 7a, 7b MedienG und in § 8 Abs 3 MRG (*Bedachtnahme auf erlittenes Ungemach*); § 31e Abs 3 KSchG (*Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude*).

⁷⁹⁸ Vgl. etwa die Fälle zum Ersatz der Trauer- und Schockschäden sowie zur Verunstaltungsentschädigung; s. dazu statt aller *Harrer* in *Schwimann* VI³ § 1293 Rz 3 und 24 FN 110.

⁷⁹⁹ *Harrer* in *Schwimann* VI³ § 1293 Rz 24 FN 110.

⁸⁰⁰ Vgl. § 1328 ABGB (*angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung*); § 1328a ABGB (*Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung*); § 31e Abs 3 KSchG (*Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude*).

⁸⁰¹ So *Bydlinski*, *JBl* 1965, 173 (179); ihm folgend *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 11/6.

⁸⁰² Dafür spricht auch § 1331 ABGB. Aus dem Größenschluss *argumentum a minori ad maius* ergibt sich, dass ideale Güter jedenfalls zu schützen sind, wenn sie unmittelbar beeinträchtigt werden, da § 1331 ABGB sie selbst dann schützt, wenn primär ein Vermögensgut verletzt wird.

⁸⁰³ *Bydlinski*, *JBl* 1965, 237 (249); *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 11/6.

Beschäftigung eintreten kann. Wie *Strasser*⁸⁰⁴ diesbezüglich hervorgehoben hat, ist die Nichtzulassung zur Arbeit und gleichzeitige Weiterzahlung des Lohnes eine Ehrenkränkung und Herabsetzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Die in der Nichtbeschäftigung liegende Demütigung bringt den Arbeitnehmer nicht nur bei seinen Arbeitskollegen, sondern auch bei seinen Freunden und in seiner Familie, also in einem verhältnismäßig großen Personenkreis, in den Ruf einer nicht vollwertigen Persönlichkeit.⁸⁰⁵ Lässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schikanös, mutwillig und schuldhaft nicht zur Beschäftigung zu, liegt darin eine Diffamierung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die neben dem Ersatz des materiellen Schadens auch einen Ersatz für immaterieller Schäden rechtfertigt. Dies wird insbesondere dann vorliegen, wenn die Nichtbeschäftigung in besonders beleidigender Form erfolgt, wie etwa dann, wenn der Arbeitnehmer vor seinen Arbeitskollegen oder gar öffentlich im Betrieb bloßgestellt oder gemobbt wird. Ein Nichtvermögensschaden wird ferner dann bestehen, wenn die Nichtbeschäftigung zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung führt und damit einen Krankheitswert erreicht. Auch *Strasser*⁸⁰⁶ hat betont, dass die Nichtbeschäftigung einen seelsicheren Schock beim Arbeitnehmer hervorrufen kann.⁸⁰⁷ Eine Rechtsgrundlage für den Ersatz ideeler Schäden kann auch in § 21 SchSpG erblickt werden. Denn nach *Schwarz* hat die Rechtsfolge des Ersatzes der „angemessenen Vergütung“ einen immateriellen Charakter.⁸⁰⁸

In diesem Zusammenhang stößt aber die Bemessung ideeler Schäden auf erhebliche Schwierigkeiten.⁸⁰⁹ Während bei Vermögensschäden die in Geld messbare Minderung des Vermögens die Höhe des Ersatzes ergibt, kann für ideale Schäden ihrer Natur nach die Minderung des Vermögens kein Maßstab sein. Überdies ist das Ausmaß des ideellen Nachteils von subjektiven Umständen abhängig, die kaum objektiv meßbar sind.⁸¹⁰ Daher kann auf den Eintritt eines ideellen Schadens und dessen Ausmaß nur aufgrund objektiver Momente geschlossen werden. In der Praxis werden ideale Schäden vom Richter bemessen. Empfindet nun ein Arbeitnehmer die verschuldete Nichtbeschäftigung als Verletzung seiner Persönlichkeit oder erreicht diese sogar Krankheitswert, so wird der Richter gemäß § 273 ZPO – idR mit Hilfe eines Sachverständigen – nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls einen Kapitalbetrag festlegen. Aber auch die

⁸⁰⁴ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

⁸⁰⁵ In diese Richtung auch *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

⁸⁰⁶ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

⁸⁰⁷ *Strasser*, ÖJZ 1954, 60 (63).

⁸⁰⁸ So in Ansätzen *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (422).

⁸⁰⁹ Vgl *W.Schwarz* in FS Floretta, 415 (422).

⁸¹⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/19.

Rechtsfolge des § 21 SchSpG kann als Hilfe für die Bemessung des ideellen Schadens herangezogen werden.

4. Konventionalstrafe

Der Arbeitnehmer kann aber an Stelle eines Schadenersatzanspruches⁸¹¹ seine Ansprüche durch eine Konventionalstrafe absichern.⁸¹² Diese grundsätzlich von keinem Schadenseintritt, aber vom Verschulden abhängige Vertragsstrafe, gebührt dann anstelle⁸¹³ des nach Schadenersatzrecht zu vergütenden Nachteils.⁸¹⁴ Die Vereinbarung eines solchen pauschalierten Schadenersatzes für den Fall eines erlittenen Schadens wegen Nichtbeschäftigung hat jedenfalls zum einen den Vorteil, dass der Arbeitnehmer ein Druckmittel in der Hand hat mit dem er den Arbeitgeber zur vertragsgemäßen tatsächlichen Beschäftigung veranlassen kann. Zum anderen handelt es sich dabei wie erwähnt um eine Pauschalierung des Schadenersatzes, wodurch im Streitfall langwierige und komplizierte Prozesse um Ersatzansprüche des Arbeitnehmers wegen Nichtbeschäftigung vorgebeugt werden kann.

Ebenso bietet sich die Möglichkeit, durch eine Vertragsstrafe auf die Erfüllung des Rechts auf Beschäftigung Einfluß zu nehmen und bei Nichtbeschäftigung oder nicht angemessener Beschäftigung die vereinbarte Konventionalstrafe zu fordern und zwar sinnvollerweise neben der Beschäftigungspflicht, weil andernfalls dem beschäftigungsberechtigten Arbeitnehmer, der ja in erster Linie beschäftigt werden will, wenig geholfen wäre.

Bedenkt man aber, dass die Parteien des Arbeitsvertrages nur ganz ausnahmsweise ausdrückliche Vereinbarungen über das Recht auf Beschäftigung treffen, dann liegt es auf der Hand, dass ein Pönale noch viel seltener Gegenstand einzelvertraglicher Abmachung sein wird. Die Arbeitgeber nützen ihre mächtigere Stellung vielmehr dazu aus, die

⁸¹¹ Die Kündigungsentschädigung nach § 1162b ABGB aus dem Titel Schadenersatz hat zwingenden Charakter und daher nicht abdingbar.

⁸¹² Pfeil in *Schwimann V*³ § 1162b Rz 22; vgl. OGH 14.9.1994, 9 Ob A 160/94 *ecolex* 1995, 49.

⁸¹³ Gemäß § 1336 Abs 1 S 1 ABGB besteht kein Anspruch auf Differenz: Die Konventionalstrafe soll „anstatt des zu vergütenden Nachteils“ entrichtet werden. Es steht den Vertragsparteien jedoch frei, zu vereinbaren, dass auch ein über die Vertragsstrafe hinausgehender Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Die Vertragsstrafe ist in diesem Fall ein Mindestbetrag, der Gläubiger kann auch einen übersteigenden Schaden fordern; vgl. *Harrer* in *Schwimann VI*³ § 1336 Rz 10 mwN.

⁸¹⁴ *Harrer* in *Schwimann VI*³ § 1336 Rz 9 bis 12; *Reischauer* in *Rummel I*³ § 1336 Rz 5; ebenso *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 22.

Beschäftigungspflicht auszuschließen.⁸¹⁵ Daraus folgt, dass in der Praxis Arbeitnehmer in der Regel keine Möglichkeit haben werden, eine Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung der Beschäftigungspflicht zu vereinbaren.

⁸¹⁵ S dazu Seite 140.

BESONDERER TEIL

Recht auf Beschäftigung anhand ausgewählter Berufsgruppen

Im Folgenden werden Rechtsgrundlagen, Umfang und Grenzen des Rechts auf Beschäftigung anhand einiger ausgewählter Berufsgruppen dargestellt.

XIII. Das Recht auf Beschäftigung des Schauspielers

Literatur: *Adametz*, Das österreichische Arbeitsrecht (1976) SchSpG § 21; *Feil/Wennig*, Bühnenrecht: künstlerische und darstellende Berufe (2001); *Hodik*, Auswirkungen des Entwurfes eines Sozialgerichtsgesetzes auf das Bühnenrecht, ZAS 1983, 170; *Kapfer-Bündsdorf*, Schauspielergesetz (1974); *Lepke*, Der Anspruch auf Beschäftigung (Diss Berlin 1966); *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; *A.Schwarz*, Historische Entwicklung und aktueller Stand des Schauspielerrechts (2005); *W.Schwarz*, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in FS Floretta (1983), 415; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003).

A. Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis der Schauspieler ist im Schauspielergesetz 1922 geregelt. Obwohl der Haupttitel dieses Gesetzes richtig als „Bundesgesetz über den Bühnendienstvertrag“ bezeichnet wird, ist es legistisch merkwürdig, dass der Kurztitel nicht nach dem Dienstnehmer des Bühnendienstvertrages, dem „Mitglied“, sondern nach einer – in der Theater- und Umgangssprache zwar sehr geläufigen, im Gesetz selbst aber nicht besonders hervorgehobenen – Untergruppe dieser Dienstnehmertypen, dem Schauspieler, als Schauspielergesetz benannt wird.⁸¹⁶ Dieser vom Gesetzgeber gewählte Kurztitel ist zu eng und insofern misslungen, da die Bestimmungen des SchSpG nicht nur auf Schauspieler, sondern gemäß § 1 Abs 1 SchSpG⁸¹⁷ auf alle Personen anzuwenden sind, „die sich einem Theaterunternehmen zur Leistung künstlerischer Dienste in einer oder mehreren

⁸¹⁶ So *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 1 Anm 20.

⁸¹⁷ Die Überschrift von § 1 SchSpG deckt nicht dessen Inhalt, da dieser nämlich nicht den „Inhalt des Dienstvertrages“ angibt, sondern in Abs 1 und 2 den Geltungsbereich des SchSpG umschreibt, wobei er gleichzeitig damit den Bühnendienstvertrag und dessen beide Partner (Theaterunternehmer und Mitglied) definiert; s dazu *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 1 Anm 1.

Kunstgattungen (...) verpflichten“, wie *„insbesondere Darsteller, Spielleiter, Dramaturg, Kapellmeister, Musiker.“*⁸¹⁸

Die vorliegende Arbeit befasst sich nur mit dem Schauspieler, der als Darsteller⁸¹⁹ iS von § 1 Abs 1 SchSpG gilt. Bemerkenswert ist, dass § 21 SchSpG nicht nur dem Darsteller, sondern jedem Mitglied eines Ensembles, also auch dem Spielleiter, Dramaturgen, Kapellmeister und Musiker, das Recht auf Beschäftigung zugesteht.⁸²⁰ Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass der Beschäftigungsanspruch in erster Linie dem Darsteller, somit dem Schauspieler, zuzubilligen sein wird.⁸²¹ Aus diesem Grund sind alle anderen Bühnenmitglieder nicht Gegenstand der Arbeit und bleiben in Folge daher ausgeklammert.

Die Grundlage für das Arbeitsverhältnis von Schauspielern bildet der Bühnendienstvertrag.⁸²² Ein Bühnendienstverhältnis entsteht, wenn sich jemand einem Theaterunternehmen zur Leistung künstlerischer Dienste in einer oder mehreren Kunstgattungen verpflichtet. Der Schauspieler ist ein Darsteller, der während der Aufführung von Bühnenwerken künstlerische Dienste leistet.⁸²³ Abzugrenzen sind von den Schauspielern jene Bühnendienstnehmer, die nicht während einer Aufführung, sondern schon vor dieser mit künstlerischen Tätigkeiten beschäftigt sind. So ist vor der Aufführung etwa der Regisseur mit der Herstellung des Regiebuches, der Dramaturg mit der Einrichtung des Stückes für die betreffende Bühne und der Kapellmeister mit Orchesterproben beschäftigt.⁸²⁴

Für Schauspieler kommt das SchSpG nur dann zur Anwendung, wenn die Erwerbstätigkeit hauptsächlich in Anspruch genommen wird. Bei der Ausübung der Tätigkeit als bloße Nebenbeschäftigung finden die Bestimmungen des SchSpG keine Anwendung.⁸²⁵ Abgesehen davon unterliegt der Schauspieler dem SchSpG nur dann, wenn er künstlerische Dienste leistet. Personen, die sich in einem Theaterunternehmen zur Leistung kaufmännischer

⁸¹⁸ Auch bei Ballett-, Chor- und Orchestermitglieder, Komparsen und Statisten gemäß § 23 Abs 4 SchSpG handelt es sich um Mitglieder iS von § 1 Abs 1 SchSpG.

⁸¹⁹ Der Dienstnehmertypus des Darstellers wird zwar nicht im SchSpG, wohl aber in der Theaterpraxis weiter untergliedert in Einzeldarsteller, wie etwa den Schauspieler, Solotänzer und Sänger, einerseits und Ballett- sowie Chormitglieder und Bühnenmusiker, andererseits.

⁸²⁰ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 6.

⁸²¹ So Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 6.

⁸²² Vgl Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ 144.

⁸²³ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 1 Anm 16.

⁸²⁴ Zu den einzelnen Mitgliedern eines Theaterunternehmens s im Detail Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 1 Anm 7 ff.

⁸²⁵ Vgl § 1 SchSpG.

Dienste, höherer nichtkaufmännischer Dienste oder von Kanzleiarbeiten verpflichtet haben, unterliegen gem § 51 SchSpG dem AngG.⁸²⁶

Die Anwendung des SchSpG ist deshalb von großer Bedeutung, da nur das SchSpG explizit ein Recht auf Beschäftigung normiert, sodass nur Schauspieler die unter das SchSpG fallen, dieses „Recht“ beanspruchen können. Im Folgenden ist auf den Beschäftigungsanspruch des Schauspielers näher einzugehen.

B. Rechtsgrundlage für das Recht auf Auftritt des Schauspielers

Der Schauspieler gehört zu jener Berufsgruppe, für die der Gesetzgeber in § 21 SchSpG ausdrücklich ein Recht auf Beschäftigung gesetzlich verankert hat.⁸²⁷ Durch die gesetzliche Statuierung muss daher das Recht des Schauspielers auf Auftritt nicht erst dogmatisch hergeleitet werden.⁸²⁸ Der Sinn des § 21 SchSpG ist offensichtlich.⁸²⁹ Diese Bestimmung trägt damit der Bedeutung Rechnung, die der Auftritt des Schauspielers für sein Bekanntheitsgrad und seine berufliche Reputation hat. Dem Schauspieler geht es bei der Ausübung seines Berufes oft nicht so sehr – zumindest nicht in erster Linie – um die Erlangung einer Gage, sondern vielmehr um die Anerkennung seiner künstlerischen Darbietung, um die Möglichkeit sein Können durch wiederholtes Auftreten vor dem Publikum zu praktizieren, unter Beweis zu stellen und weiter zu entwickeln, um das Bekanntwerden seines Namens sowie um sein späteres Fortkommen.⁸³⁰ Durch seine Leistung auf der Bühne strebt der Schauspieler danach, den Beifall des Publikums zu erwerben. Der Gesetzgeber erkennt daher ganz richtig, dass für das Fortkommen eines Schauspielers der Bezug zum Publikum „lebensnotwendig“ ist. Längere Perioden der Bühnenabsenz hingegen führen auf der einen Seite dazu, dass der Künstler in Vergessenheit gerät, da er den Kontakt zum Publikum verliert und sich der Presse nicht zur Kritik stellen kann, sodass dadurch sein künstlerisches Renommée leidet.⁸³¹ Auf der

⁸²⁶ Das AngG findet auf Bühnendienstverträge keine subsidiäre Anwendung.

⁸²⁷ Gemäß § 45 Abs 2 SchSpG ist § 21 SchSpG relativ zwingend ist, dh zugunsten des Schauspielers zwingend unabdingbar.

⁸²⁸ Vgl zuletzt OGH 18.10.2006, 9 Ob A 100/06f – Tänzer; vgl OGH 1.2.2007, 9 Ob A 137/06x ecolex 2007/196= ZAS-Judikatur 2007/104 – Ballettdirektor. Ungeachtet aber der gesetzlichen Normierung würde dem Schauspieler auch durch den von der Judikatur zum Beschäftigungsanspruch entwickelten Grundsatz ein Recht auf Beschäftigung zukommen. Demgemäß kommt dem Schauspieler aus der besonderen Natur des Bühnendienstvertrages ein Recht auf Beschäftigung zu; vgl dazu bereits *Adametz*, Arbeitsrecht, SchSpG § 21.

⁸²⁹ Zur ratio legis *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1; ebenso *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (421); *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171).

⁸³⁰ Vgl *A.Schwarz*, Schauspielerecht 127 FN 221.

⁸³¹ Vgl dazu *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1; *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (421); *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); *A.Schwarz*, Schauspielerecht 127.

anderen Seite birgt die Abgeschiedenheit von der künstlerischen Öffentlichkeit die Gefahr der Minderung des künstlerischen Niveaus sowie seines „Marktwertes“, sodass seine Dienste bald nicht mehr gefragt sein werden.⁸³²

C. Umfang des Rechts auf Auftritt des Schauspielers

Nachdem festgestellt wurde, dass die Existenz eines Beschäftigungsanspruches für den Schauspieler unstrittig ist, stellt sich als nächstes die Frage nach dem Umfang dieses Rechtsanspruches.

§ 21 SchSpG normiert in diesem Zusammenhang, dass das Theaterunternehmen verpflichtet ist, den Schauspieler „angemessen“ zu beschäftigen. Gleichlautende Regelungen sind auch in Kollektivverträgen zu finden.⁸³³ Hinsichtlich der Angemessenheit der Beschäftigung ordnet § 21 SchSpG an, dass diese nach dem Inhalt des maßgeblichen Vertrages, nach den Eigenschaften und Fähigkeiten des Schauspielers sowie nach der Art der Führung des Theaterunternehmens beurteilt werden muss.⁸³⁴

Als Grundlage für die Beurteilung, ob der Schauspieler angemessen beschäftigt ist, ist primär der „Inhalt des Vertrages“ heranzuziehen. Ein Schauspieler wird iSd § 21 SchSpG nur dann angemessen beschäftigt, wenn er tatsächlich entsprechend dem abgeschlossenen Bühnendienstvertrag beschäftigt wird.⁸³⁵ Aus dem Inhalt des Bühnendienstvertrages lässt sich in der Praxis meist eine sehr genaue Umschreibung des Faches des betreffenden Schauspielers ableiten, wobei in den meisten Fällen auch in der Anlage zum Bühnendienstvertrag ein sog Rollenverzeichnis angeschlossen ist. Dieses Verzeichnis beinhaltet Rollen, die der Schauspieler beherrscht oder in denen sein Auftreten während der vereinbarten Vertragszeit auf der betreffenden Bühne in Aussicht gestellt wird.⁸³⁶ Neben dem Spielverzeichnis sind in der Bühnenpraxis auch verschiedene Zusatzvereinbarungen anzutreffen: so wird etwa mit einem Schauspieler vereinbart, dass er allein eine Rolle darstellen dürfe (Rollenmonopol), dass er jede Rolle oder bestimmte Rollen eines Faches spielen dürfe oder dass er nur unter

⁸³² Vgl dazu *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 1; *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (421); *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); *A.Schwarz*, Schauspielerrecht 127; *Adametz*, Arbeitsrecht, SchSpG § 21.

⁸³³ *A.Schwarz*, Schauspielerrecht 126 FN 215.

⁸³⁴ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 7.

⁸³⁵ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 8.

⁸³⁶ Dazu ausführlich *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 8.

einem bestimmten Regisseur beschäftigt werde dürfe.⁸³⁷ Wird aber, die für den Schauspieler entsprechend der Vereinbarung in Frage kommende Rolle, anderwertig besetzt oder unterbleibt die Ansetzung der in Frage kommenden Bühnenwerke auf dem Spielplan, dann ist der Künstler nicht iSd § 21 SchSpG angemessen beschäftigt. Das Theaterunternehmen verletzt in solchen Fällen das Recht des Schauspielers auf Auftritt.⁸³⁸ Im Hinblick auf die Angemessenheit wird dem Theaterunternehmer anzuraten sein, dem Schauspieler nicht die Darstellung einer einzigen Rolle in Aussicht zu stellen. Denn je umfassender das Rollenfach des Schauspielers ist desto leichter und häufiger kann er iSd § 21 SchSpG beschäftigt werden.⁸³⁹ Daher wäre das Theaterunternehmen gut beraten, wenn es den Schauspieler von vornherein für mehrere Fächer oder schlechthin als „Schauspieler“ engagiert. Je begrenzter hingegen das Fach des Schauspielers ist, desto schwerer wird es dem Theaterunternehmer gelingen, der Verletzung seiner Beschäftigungspflicht zu entkommen.⁸⁴⁰

In zweiter Linie sind betreffend der Angemessenheit der Beschäftigung die „*Eigenschaften und Fähigkeiten*“ des Schauspielers zu berücksichtigen. Beherrscht der Schauspieler die Rollen, für die er vertraglich engagiert wurde, dann ist der Schauspieler angemessen beschäftigt, wenn er diese Rollen tatsächlich erhält. Waren diese Rollen im Vertrag hingegen nur demonstrativ aufgezählt und im Übrigen nur die Kunstgattung und das Kunstfach festgelegt oder war ohne Rollenaufzählung überhaupt nur Kunstgattung und das Kunstfach des Schauspielers bezeichnet, dann wird der Schauspieler jede Rolle beanspruchen, die seinen Eigenschaften und Fähigkeiten entspricht. Dies gilt natürlich nur unter der Voraussetzung, dass das betreffende Bühnenwerk auf den Spielplan gesetzt wird und nach „*Art der Führung des Betriebes*“ zur Aufführung bei dem betreffenden Theaterunternehmen in Betracht kommt.⁸⁴¹ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie der Theaterunternehmer vorzugehen hat, um seine Beschäftigungspflicht nicht zu verletzen, wenn ein anderer Schauspieler, der die gleiche Rolle beherrscht, in Konkurrenz zu einem Schauspieler die gleiche Rolle unter Berufung auf den Inhalt seines Vertrages und auf seine Eigenschaften und Fähigkeiten beansprucht. Liegt solch eine Kollision vor, wird in letzter Linie die Art der Führung des Betriebes das maßgebende Kriterium darstellen, wer die in Frage kommende Rolle erhält oder wem diese Rolle allenfalls zB alternierend zugeteilt werden muss.⁸⁴²

⁸³⁷ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 8.

⁸³⁸ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 8.

⁸³⁹ Vgl Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 2.

⁸⁴⁰ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 2.

⁸⁴¹ Details in Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 9.

⁸⁴² Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 9.

Schließlich ist hinsichtlich der Angemessenheit der Beschäftigung in dritter und letzter Stufe auf die „*Art der Führung des Unternehmens*“ Bedacht zu nehmen, worunter vor allem die mit dem Spielplan zusammenhängende Führung des Unternehmens zu verstehen ist. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass ein Schauspieler, der in einem Theater tätig ist, das verschiedene Genres pflegt, wie Oper, Operette, Prosastücke, Ballett, damit rechnen muss, dass er eine Beschäftigung nur im Rahmen des üblichen Spielplanes und nur insoweit finden kann, als in diesem ein Platz für das Genre eingeräumt ist, in dem er verpflichtet wurde. So meinen etwa *Kapfer/Bündsdorf*⁸⁴³ in diesem Zusammenhang, dass aus dem Umstand, dass der Schauspieler durch eine Serienaufführung eines Zugstücks, in dem er nicht beschäftigt wird, eine längere Zeit beschäftigungslos bleibt, noch nicht auf die Unangemessenheit seiner Beschäftigung abgeleitet werden darf.⁸⁴⁴ Das Auftreten des Schauspielers darf jedoch nicht ein Einmaliges sein, sondern muss durch den Spielplan entsprechend häufig ermöglicht werden, dies natürlich unter Berücksichtigung der Art der Führung des Theaterbetriebes.⁸⁴⁵

D. Grenzen des Rechts auf Auftritt des Schauspielers

Als nächster Aspekt stellt sich die Frage, ob das *expressis verbis* gewährleistete Beschäftigungsrecht des Schauspielers auf irgendwelche Grenzen stößt. Nach der hA besteht kein Recht auf Beschäftigung, wenn diesem so gewichtige Gründe entgegenstehen, die dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers objektiv unzumutbar machen, oder Umstände vorliegen, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen können. Ähnliches ist auch § 21 Abs 2 SchSpG zu entnehmen, wonach die Beschäftigungspflicht dann verletzt wird, wenn der Unternehmer die angemessene Beschäftigung des Schauspielers „*ohne wichtigen Grund*“ unterlassen hat. Daraus ist zu folgern, dass der Theaterunternehmer den Auftritt des Schauspielers verweigern kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Wann solch ein „wichtiger Grund“, aus welchem die Beschäftigung unterbleiben dürfte, vorliegt, wird im SchSpG nicht festgelegt.⁸⁴⁶ Unter wichtigem Grund wird ein Verhalten des Schauspielers zu qualifizieren sein, bei dessen Vorliegen dem Theater die Weiterbeschäftigung nicht zuzumuten ist. Die Verweigerung des Auftritts durch das Theater wäre zunächst in den Fällen gerechtfertigt, wo der Schauspieler

⁸⁴³ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 10.

⁸⁴⁴ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 10.

⁸⁴⁵ *A.Schwarz*, Schauspielrecht 127: Der Beschäftigungsanspruch des Schauspielers besteht sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht.

⁸⁴⁶ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 12.

Entlassungsgründe iS von § 38 SchSpG setzt. Außerdem ist argumentum a maiori ad minus die Ablehnung des Auftritts des Schauspielers bereits bei weniger gravierenden Gründen gerechtfertigt, etwa wenn die Übernahme der Rolle nicht den bereits oben näher erörterten Erfordernissen, wie Inhalt des Vertrages, Eigenschaften und Fähigkeiten des Mitgliedes und Art der Führung des Betriebes entspricht.⁸⁴⁷ Der Wortlaut des § 21 Abs 1 SchSpG (arg „*ist Bedacht zu nehmen*“) zielt dabei auf eine Interessenabwägung ab. Dies bedeutet, dass die gegenseitigen Interessen des Schauspielers und Theaterunternehmens abzuwägen sind und bei überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Theaterbetriebes dem Schauspieler der Auftritt zu verweigern ist. Schützenswerter als der Beschäftigungsanspruch ist etwa das Recht des Regisseurs, einen Spielplan festzulegen, da die Beschäftigung des Schauspielers von diesem Spielplan determiniert ist. Bleibt der Schauspieler aufgrund des Theaterprogramms einige Zeit „auftrittslos“, wird der Schauspieler die Verletzung seines Beschäftigungsanspruches noch nicht geltend machen können, da er ein Recht auf Beschäftigung nur im Rahmen des üblichen Spielplanes und nur insoweit hat, als in diesem ein Platz für das Kunstfach vorgesehen ist, für das er verpflichtet wurde. Darüber hinaus kann es wohl nicht angehen, dass ein Theaterbetrieb einen Schauspieler angemessen beschäftigen muss, wenn dieser eine Rolle übernommen hat, die er gar nicht beherrscht oder die Grenzen seiner Fähigkeit übersteigt.⁸⁴⁸ In solchen Fällen wird sich der Schauspieler nicht auf sein Recht auf angemessene Beschäftigung berufen können, zumal solche Umstände abgesehen von der mangelnden Rollenbeherrschung auch den Entlassungsgrund der „Dienstunfähigkeit“ erfüllen, der ebenfalls darauf abstellt, dass die „versprochenen“ Dienste zu leisten sind und eben nicht geleistet werden können. Bringt der Schauspieler nicht die vertraglich versprochenen Eigenschaften und Fähigkeiten mit sich, kann dem Unternehmer billigerweise nicht zugemutet werden, den Schauspieler angemessen zu beschäftigen und dadurch den Ruf des Unternehmens und damit zusammenhängend auch dessen wirtschaftliche Entwicklung zu gefährden.⁸⁴⁹ Anderes gilt natürlich, wenn das Theaterunternehmen die Qualitäten des Schauspielers selbst falsch eingeschätzt hat. In so einem Fall trägt das Risiko das Theater selbst. Auch unzureichende Leistungen rechtfertigen die Beschränkung des Beschäftigungsanspruches nicht. Es besteht nämlich ein zwingender Bühnenbrauch, wonach der Schauspieler für ein Versagen auf der Bühne nicht haftet.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ AA Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 12.

⁸⁴⁸ Vgl Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 9.

⁸⁴⁹ So Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 9.

⁸⁵⁰ A.Schwarz, Schauspielerrecht 127 FN 222.

Im Übrigen kann ein wichtiger Grund für die Nichtbeschäftigung etwa in der Unverträglichkeit des Schauspielers mit anderen Schauspielerkollegen, die sich negativ auf die Bühne auswirkt oder im anstössigen Privatleben des Schauspielers, das in der Öffentlichkeit zur Ablehnung des Schauspielers führt, liegen. Zu denken wäre auch an einen Konflikt zwischen Schauspieler und Publikum. Ein derartiger Konflikt würde dem Theater die Rechtfertigung geben, dem Schauspieler den Auftritt zu verweigern, um sowohl Ruf und Ansehen des Unternehmens nicht zu gefährden als auch den Rückgang des Zuschauerzahlen zu riskieren. Denn das Publikum stellt das Fundament des Theaters dar, von dem es lebt.⁸⁵¹

E. Rechtsfolgen der Nichtbeschäftigung

Wie *Hodik*⁸⁵² richtigerweise meint, trägt § 21 SchSpG die unkorrekte Überschrift „Recht auf Beschäftigung“. Denn obwohl § 21 SchSpG mit „Recht auf Beschäftigung“ titulierte ist, hat der Schauspieler nach hA kein „Recht auf Beschäftigung“, dh einen klagbaren und durchsetzbaren Anspruch auf bestimmte Auftritte.⁸⁵³ Dieses vom SchSpG nur scheinbar gewährleistete Recht auf Beschäftigung räumt dem Schauspieler im Falle seiner Nichtbeschäftigung bzw Unterbeschäftigung nur einen Anspruch auf vorzeitige Lösung und eine angemessene Vergütung bzw eine Entschädigung ein.⁸⁵⁴ Wie bereits ausführlich erörtert, ist die Klagbarkeit der künstlerischen Performance nicht möglich, da die Darstellung einer Rolle einer exekutionswesenen Durchsetzung unzugänglich ist. Man stelle sich etwa den Extremfall vor, in dem ein Schauspieler eine konkrete Rolle durch eine einstweilige Verfügung erlangt. Der Schauspieler könnte sich durch den erzwungenen Auftritt zwar dem Publikum präsentieren, aber weder das Publikum noch er selbst würden von der Vorstellung sehr begeistert sein. Solche Auftritte würden nicht seinen Marktwert steigern, sondern das Gegenteil bewirken und wären seiner Karriere nicht förderlich.⁸⁵⁵ Der Zweck des § 21 SchSpG würde durch den „Zwangsauftritt“ eher vereitelt als verwirklicht. Schließlich würde ein durch Zwangsvollstreckung durchgesetzter künstlerischer Auftritt wirklichkeitsfremd sein und am Theateralltag vorbeigehen.⁸⁵⁶ Praktikabler ist daher die vom

⁸⁵¹ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 9.

⁸⁵² *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171).

⁸⁵³ Zum Problem der Klagbarkeit wird hier nicht nochmals eingegangen; s dazu Seite 160 ff.

⁸⁵⁴ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 13.

⁸⁵⁵ *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171).

⁸⁵⁶ *Resch*, DRdA 1991, 424 (431).

Gesetzgeber gewählte Möglichkeit, dem Schauspieler zwar nicht das Recht auf einen Auftritt, wohl aber eine rasche anderweitige Engagementaufnahme zu ermöglichen.⁸⁵⁷

Die Möglichkeit eines schnellen Wechsels des Theaters wegen Unterlassung der angemessenen Beschäftigung setzt voraus, dass das Theaterunternehmen es „*trotz wiederholter Aufforderung*“ ohne wichtigen Grund unterlässt, den Schauspieler angemessen zu beschäftigen. Unter wiederholter Aufforderung ist zumindest eine zweimalige Aufforderung zu verstehen, wobei gem § 21 Abs 3 SchSpG für die letzte Aufforderung Schriftlichkeit und die gleichzeitige Setzung einer entsprechenden Frist zur Nachholung der angemessenen Beschäftigung vorgeschrieben ist.⁸⁵⁸ Die Nachfrist muss so gewählt werden, dass sich ein Auftritt des Schauspielers noch bewerkstelligen lässt.⁸⁵⁹ Liegen diese formalen Voraussetzungen vor, kann der Schauspieler berechtigt den Bühnendienstvertrag vorzeitig auflösen.

Abgesehen von der vorzeitigen Auflösung des Vertrages kann der Schauspieler auch eine angemessene Vergütung verlangen, die im Einzelfall vom Richter „*nach billigem Ermessen*“⁸⁶⁰ festzusetzen ist.⁸⁶¹ Dieser Ersatzanspruch ist nach oben hin allerdings begrenzt. Er darf die Summe der festen Bezüge eines Jahres nicht übersteigen.⁸⁶² Beim Ersatz der angemessenen Vergütung ist auf keinen Fall die allgemeine Schadenersatzregelung des § 40 Abs 2 SchSpG anzuwenden, weil § 21 Abs 2 SchSpG dieser allgemeinen Regelung als Spezialbestimmung vorgeht.⁸⁶³ Mangels Anwendbarkeit des § 40 Abs 2 SchSpG ist hinsichtlich der Fälligkeit des Anspruchs auf angemessene Vergütung wohl anzunehmen, dass dieser Anspruch für das erste Jahr sofort fällig wird, während der allfällige Entschädigungsanspruch für das zweite Jahr nach Maßgabe der bisherigen Zahlungszeit, unter jedesmaliger Anrechnung der etwa in Betracht kommende Beträge, zu leisten ist.⁸⁶⁴ In der Praxis wird diesbezüglich häufig eine Konventionalstrafe vereinbart, um die Schwierigkeit

⁸⁵⁷ So *Hodik*, ZAS 1983, 170 (171); *Resch*, DRdA 1991, 424 (431); *A.Schwarz*, Schauspielerrecht 126; vgl. OGH 1.2.2007, 9 Ob A 137/06x ecolex 2007/196 = ZAS-Judikatur 2007/104 – Ballettdirektor.

⁸⁵⁸ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 11; *Feil/Wennig*, Bühnenrecht Rz 45.

⁸⁵⁹ *Adametz*, Arbeitsrecht, SchSpG § 21.

⁸⁶⁰ Vgl § 273 ZPO.

⁸⁶¹ Vgl OGH 1.2.2007, 9 Ob A 137/06x ecolex 2007/196 = ZAS-Judikatur 2007/104 – Ballettdirektor: Der Anspruch auf „angemessene Vergütung“ steht nur zu, wenn das Mitglied gleichzeitig den Vertrag mangels angemessener Beschäftigung zur vorzeitigen Auflösung bringt. Der OGH lehnt die Auffassung von Klemperer, Das Schauspielergesetz (1924) 23, wonach der Vergütungsanspruch nach § 21 Abs SchSpG auch dann zustehen soll, wenn das Mitglied an der Aufrechterhaltung des Engagements festhält.

⁸⁶² *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 15; *Feil/Wennig*, Bühnenrecht Rz 45.

⁸⁶³ Vgl OGH 18.10.1951, 4 Ob 106/51 SZ 24/ 280; s dazu die Ausführung zu – dem Inhalt des § 40 Abs 3 SchSpG angeglichenen Bestimmung des – § 1162b ABGB auf Seite 187 ff.

⁸⁶⁴ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 21 Anm 14.

eines Schadensbeweises zu ersparen.⁸⁶⁵ Auch für die Geltendmachung dieses Anspruchs ist die vorangegangene wiederholte Aufforderung des Unternehmens durch den Schauspieler, gerichtet auf angemessene Beschäftigung, formale Voraussetzung.

Ein Schauspieler, dessen Dienstverhältnis noch mindestens fünf Jahre gedauert hätte, kann über den Anspruch auf angemessene Vergütung hinaus „eine Entschädigung im gleichen Betrag“ verlangen. Für diesen zweiten Schadenersatzbetrag besteht jedoch eine nach dem Muster des § 1162b ABGB⁸⁶⁶ nachgebildete Pflicht zur Anrechnung „dessen, was er im zweiten Jahr nach Vertragsauflösung infolge Unterbeliebens der Dienstleistung erspart, oder durch anderwertige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat“.⁸⁶⁷ Im Unterschied zum Muster des ABGB – wo die Anrechnung schon nach drei Monaten einsetzt – ist diese zusätzliche spezielle Entschädigung eines auf lange Zeit engagiert gewesenen Schauspielers nach dem SchSpG im ersten Jahr nach der Auflösung des Bühnendienstvertrages nicht durch Anrechnungsbeträge zu verkürzen.⁸⁶⁸ Da der Entschädigungsanspruch neben der „angemessenen Vergütung“ gebührt, kann man gewissermaßen meinen, dass der Schauspieler Anspruch auf doppelten Schadenersatz hat. Die einjährige Nichtanrechnung im SchSpG ist auch nur das einzig Positive gegenüber den allgemeinen Bestimmungen nach dem ABGB und AngG. Denn während das SchSpG hinsichtlich der „Entschädigung“ und „angemessenen Vergütung“ auf die „festen Bezüge eines Jahres beschränkt ist“, sieht das ABGB bzw AngG bei Dienstverhältnissen auf bestimmte Zeit vor, dass der Arbeitnehmer unbeschadet eines weitergehenden Schadenersatzes Anspruch auf Entschädigung hat, „der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit hätte verstreichen müssen“, also unter Umständen auf viele Jahre hinaus. Der Schauspieler könnte hingegen im Hinblick auf § 21 SchSpG niemals mehr als zwei Jahresbezüge erhalten. Zudem ist festzuhalten, dass der Schauspieler neben den beiden ihm durch § 21 SchSpG gewährten Ersatzleistungen auch nicht noch einen weitergehenden Schadenersatz verlangen kann, wie ihm für sonstige Fälle der vorzeitigen Auflösung der – für das Recht auf Beschäftigung aber nicht anwendbare⁸⁶⁹ – § 40 Abs 2 SchSpG gewähren würde.⁸⁷⁰

⁸⁶⁵ So Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 15.

⁸⁶⁶ Ebenso nach dem des § 29 AngG.

⁸⁶⁷ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 18; Resch, DRdA 1991, 424 (426).

⁸⁶⁸ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 18.

⁸⁶⁹ Vgl OGH 18.10.1951, 4 Ob 106/51 SZ 24/ 280.

⁸⁷⁰ Kapfer/Bündsdorf, SchSpG § 21 Anm 18.

Um sein Recht auf vorzeitige Auflösung des Vertrages, auf angemessene Vergütung und Entschädigung nicht zu verlieren, muss der Schauspieler gem § 44 SchSpG diese Ansprüche innerhalb von sechs Monaten gerichtlich geltend machen.⁸⁷¹

F. Analogie

Im allgemeinen Teil dieser Arbeit wurde festgehalten, dass analog zu § 21 SchSpG für andere von der Gunst des Publikums abhängige und deshalb daran interessierte Berufsgruppen ein Recht auf Beschäftigung begründet werden kann, wenn nach Qualität und Intensität ähnliche Beschäftigungsinteressen vorliegen.⁸⁷²

Zu denken ist hier primär an Filmschaffende, denen aus ähnlichen Gesichtspunkten ein besonderes publikumsbezogenes Beschäftigungsinteresse nicht abgesprochen werden kann. Im Gegensatz zu Schauspielern werden Filmschaffende nicht für ein bestimmtes Fach, sondern für eine bestimmte Rolle unter Vertrag genommen. Da Filmschaffende eine Rolle nur für eine kurze Zeit bzw nur für einen konkreten Film erhalten, liegt es auf der Hand, dass diese tatsächlich beschäftigt werden müssen, um sich durch die öffentliche Kritik für den gleichen bzw anderen Filmproduzenten zu empfehlen.⁸⁷³

Weiters kommt analog zu den Schauspielern den Berufssportlern ein Recht auf Beschäftigung zu. Der Marktwert des Sportlers definiert sich über ein öffentliches Auftreten. Wird ein Profisportler nicht beschäftigt, wird er in Sportmedien nicht mehr erwähnt, gerät in Vergessenheit und seine Chancen auf ein neues gutes Engagement sinken beträchtlich.⁸⁷⁴

Schließlich liegen bei allen Arbeitnehmern, deren Wirken vornehmlich öffentlichkeitsbezogen ist und im erhöhten Maße der öffentlichen Kritik ausgesetzt sind, wie etwa Journalisten, Redakteure, Rundfunk- und Fernsehsprecher, ein zu den Schauspielern vergleichbares Beschäftigungsinteresse vor, das vor allem nicht nur darin besteht, durch die Darbietung die erworbenen Qualitäten und Qualifikationen zu erhalten und weiter zu entwickeln, sondern auch den Kontakt zur Öffentlichkeit zu pflegen.⁸⁷⁵

⁸⁷¹ *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § 44 Anm 1; die Frist des § 44 SchSpG ist eine Präklusivfrist, die vom Amts wegen beachtet werden muss, mit deren Ablauf der Anspruch erloschen ist.

⁸⁷² Zur Analogie sa Seite 35 und 54 ff.

⁸⁷³ Vgl dazu nur *Lepke*, Beschäftigung 127.

⁸⁷⁴ Vgl nur *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79).

⁸⁷⁵ Vgl *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (423) mwN.

G. Zusammenfassung

1. Der Schauspieler hat ein gesetzliches Recht auf angemessene Beschäftigung. Die Angemessenheit der Beschäftigung wird nach dem Individualvertrag, den Eigenschaften und Fähigkeiten des Schauspielers und Art der Führung des Unternehmens beurteilt.
2. Der Schauspieler hat keine Möglichkeit die tatsächliche Auftritte klagsweise durchzusetzen. Wird ihm der Auftritt verweigert, hat er einen Anspruch auf vorzeitigen Austritt und eine angemessene dem richterlichen Ermessen obliegende Vergütung bzw Entschädigung.
3. § 21 SchSpG ist per analogiam auf alle Arbeitnehmer anwendbar, bei denen ebenso der Wert der Arbeit nur dann geschaffen bzw erhalten werden kann, wenn ein Öffentlichkeitsbezug hergestellt werden kann.

XIV. Das Recht auf Beschäftigung des Arztes

Literatur: *Aigner* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht (2008); *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ (2007); *Andexlinger*, Recht auf Bildung? *ecolex* 1998, 49; *Mazal*, Nichtbeschäftigung und Versetzung eines Chirurgen, DRdA 2003/47 (Anm zu 9 Ob A 51/03w); *Resch*, Grundlose Suspendierung – Recht auf Beschäftigung 1997/22 (Anm zu 9 Ob A 2263/96a); *Risak*, Die Suspendierung von Ärzten, RdM 2006/117; *Rotter*, Das Recht eines Primararztes auf Beschäftigung, ASoK 1997, 66 (Anm zu 9 Ob A 2263/96a); *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer*, Recht für Gesundheitsberufe⁴ (2008); *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I, Arzt und Recht (1999).

Wie im Allgemeinen Teil der Arbeit ausführlich dargestellt, ergingen die wenigen höchstgerichtlichen Entscheidungen zum Recht auf Beschäftigung in jüngster Vergangenheit hauptsächlich in Zusammenhang mit der Suspendierung von Ärzten.⁸⁷⁶ Der OGH hat dabei ausnahmsweise das Recht auf Beschäftigung für Chirurgen bejaht.⁸⁷⁷ Offen gelassen wurde hingegen vom Höchstgericht die Frage, ob nicht jeder Arzt ein Recht auf Beschäftigung hat.

Im Folgenden wird – nachdem die verschiedenen Gruppen von Ärzten und die Form der Ausübung des ärztlichen Berufes dargestellt werden – der Beschäftigungsanspruch des Arztes näher erläutert sowie der Frage nachgegangen, ob dieser Anspruch jedem Arzt zusteht, oder doch nur bestimmten Fachärzten.

A. Inhalt der ärztlichen Tätigkeit

Das Recht der ärztlichen Berufsausübung ist im ÄrzteG 1998⁸⁷⁸ geregelt.⁸⁷⁹ Nach dem ÄrzteG 1998 ist der Arzt zur Ausübung der Medizin berufen („Arztvorbehalt“).⁸⁸⁰ Demnach steht das Recht zur Ausübung der Medizin in Österreich ausschließlich Ärzten zu, die aber berechtigt sind, bestimmte medizinische Tätigkeiten an andere Gesundheitsberufe zu delegieren.⁸⁸¹ Nach § 2 Abs 2 ÄrzteG 1998 umfasst die Ausübung des ärztlichen Berufes jede auf medizinisch-

⁸⁷⁶ OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg; 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg; 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

⁸⁷⁷ Vgl nur den Gefäßchirurgen betreffenden leading case OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

⁸⁷⁸ BGBl I 1998/169 idF 2008/57.

⁸⁷⁹ Zum historischen Überblick des ärztlichen Berufes s *Aigner* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht III/3.

⁸⁸⁰ Vgl § 2 Abs 1 ÄrzteG 1998; schon seit dem Ärztegesetz des Jahres 1949 ist dieser sog Arztvorbehalt bestimmend für die Regelung der Gesundheitsberufe.

⁸⁸¹ Die unbefugte Ausübung der den Ärzten vorbehaltenen Tätigkeiten kann neben einschlägigen Verwaltungsübertretungen nach dem ÄrzteG auch den Straftatbestand der Kurpfuscherei erfüllen.

wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird.⁸⁸² Personen, die nicht Ärzte sind, können eine ärztliche Tätigkeit nur auf Grundlage einer speziellen Regelung rechtmäßig ausüben. Diese besteht für Studenten der Medizin – den sog „Famulanten“ – bereits im § 49 Abs 4 ÄrzteG 1998 selbst.⁸⁸³ Aufgrund dieser gesetzlichen Grundlage sind Famulanten zur unselbstständigen Ausübung bestimmter taxativ genannter Tätigkeiten unter Anleitung und Aufsicht der ausbildenden Ärzte berechtigt.⁸⁸⁴ Im Übrigen gibt es eine Reihe weiterer einschlägiger Rechtsgrundlagen für nichtärztliche Berufe.⁸⁸⁵

B. Die verschiedenen Gruppen von Ärzten

Nach dem ÄrzteG 1998 unterscheidet man Ärzte, die eine allgemeinmedizinische Berufstätigkeit ausüben (= Ärzte für Allgemeinmedizin) und Ärzte, die sich einem Sonderfach, dh einem bestimmten Teilgebiet der Heilkunde, zuwenden (= Fachärzte).⁸⁸⁶ Ärzte, die noch in praktischer Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin oder zum Facharzt stehen, nennt man Turnusärzte.⁸⁸⁷

1. Ärzte für Allgemeinmedizin

Ärzte für Allgemeinmedizin sind zur selbstständigen Berufsausübung auf dem Gebiet der gesamten Heilkunde berechtigt. Nach Erlangen des Doktorats der gesamten Heilkunde benötigen sie eine mindestens dreijährige praktische Ausbildung und eine Prüfung zum Arzt für Allgemeinmedizin.⁸⁸⁸

⁸⁸² Die Aufzählung der Tätigkeiten in § 2 Abs 2 Z 1 bis 8 ÄrzteG 1998 ist nur demonstrativ (arg „insbesondere“); dadurch wird aber die ärztliche Berufstätigkeit entscheidend charakterisiert; so *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I 423; *Aigner* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht III/12; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ § 2 Anm 5 und 8.

⁸⁸³ S dazu *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ § 49 Anm 18 bis 20.

⁸⁸⁴ Tätigkeiten die von Famulanten gemäß § 49 Abs 5 ÄrzteG 1998 ausgeübt werden dürfen, sind: Erhebung der Anamnese, einfache physikalische Krankenuntersuchung einschließlich Blutdruckmessung, Blutabnahme aus der Vene, die Vornahme intramuskulärer und subkutaner Injektionen, Hilfeleistung bei anderen ärztlichen Tätigkeiten; näheres bei *Aigner* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht III/7.

⁸⁸⁵ So zB DentG, HebG, GuKG, KTG, SanG usw; näheres zu diesen Berufsgruppen s *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer*, Gesundheitsberufe⁴ 42 ff.

⁸⁸⁶ Vgl hierzu § 1 ÄrzteG 1998, welcher durch die 7. ÄrzteG-Nov, BGBl I 2005/156 neu gefasst wurde. Dabei wurden die Angehörigen des zahnärztlichen Berufs aus dem ÄrzteG durch das ZahnärzteG-ZÄG herausgelöst. Daher beziehen sich die ärztegesetzlichen Begriffe „Arzt“ bzw „ärztlich“ nicht mehr auf Zahnärzte iSd ZÄG.

⁸⁸⁷ *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer*, Gesundheitsberufe⁴ 48.

⁸⁸⁸ Vgl § 4 Abs 4 und § 31 Abs 1 ÄrzteG 1998. Der Beruf des Arztes für Allgemeinmedizin hieß bis 1.1.1994 „praktischer Arzt“. Diese Berufsbezeichnung durfte bis 31.12.1999 weitergeführt werden.

2. Fachärzte

Fachärzte sind zur selbständigen Berufsausübung in einem Sonderfach der Heilkunde berechtigt. Mit Ausnahme der Fachärzte für Mund-, Zahn-, und Kieferchirurgie benötigen sie nach Erlangung des Doktorats der gesamten Heilkunde eine mindestens sechsjährige praktische Ausbildung zum Facharzt und eine Prüfung zum Facharzt.⁸⁸⁹ Fachärzte haben ihre Berufsausübung auf ihr Sonderfach zu beschränken.⁸⁹⁰

3. Turnusärzte

Turnusärzte sind Ärzte, die in Österreich in Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin oder zum Facharzt stehen.⁸⁹¹ Sie sind lediglich zur unselbständigen Ausübung der ärztlichen Tätigkeiten im Rahmen von Arbeitsverhältnissen unter Anleitung und Aufsicht der auszubildenden Ärzte berechtigt.⁸⁹²

4. Formen der Ausübung des ärztlichen Berufes

Eine Ausübung des ärztlichen Berufes kann nach § 3 ÄrzteG 1998 unselbständig als Turnusarzt⁸⁹³ oder selbständig als Arzt für Allgemeinmedizin, approbierter Arzt, Facharzt oder Zahnarzt erfolgen gleichgültig, ob freiberuflich oder in einem Dienstverhältnis.⁸⁹⁴

Selbständigkeit iSd § 3 ÄrzteG 1998 ist aber nicht mit dem gleichlautenden arbeitsrechtlichen Begriff gleichzusetzen. Eine selbständige ärztliche Tätigkeit kann daher auch durch „unselbständige“ Arbeitnehmer im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt werden.⁸⁹⁵

Nach dem Wortlaut des ÄrzteG 1998 kann die selbständige Ausübung ärztlicher Tätigkeiten daher sowohl freiberuflich als auch in einem Dienstverhältnis erfolgen.⁸⁹⁶ Die freiberufliche

⁸⁸⁹ Fachärzte für Mund-, Zahn- und Kieferchirurgie benötigen nach Erlangung des Doktorats der gesamten Heilkunde und des Doktorates der Zahnheilkunde (Doppelstudium) eine vierjährige praktische Ausbildung und eine Facharztprüfung; s hierzu *Sladeczek/Marzi/Schmiedbauer*, Gesundheitsberufe⁴ 47.

⁸⁹⁰ Vgl § 4 Abs 5 und § 31 Abs 2 ÄrzteG 1998.; s dazu *Sladeczek/Marzi/Schmiedbauer*, Recht der Gesundheitsberufe⁴ 47.

⁸⁹¹ Vgl § 3 Abs 3 ÄrzteG 1998.

⁸⁹² Vgl § 4 Abs 6 ÄrzteG 1998; zu den Turnusärzten s ausführlich Seite 247 ff.

⁸⁹³ Vgl § 3 Abs 3 ÄrzteG 1998.

⁸⁹⁴ Vgl § 3 Abs 1 ÄrzteG 1998; sa *Aigner* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht III/14.

⁸⁹⁵ S statt aller *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ § 3 Anm 2.

⁸⁹⁶ Das Recht zur selbständigen, dh eigenverantwortlichen Ausübung des ärztlichen Berufes schließt nicht aus, dass im Rahmen eines Dienstverhältnisses auch grundsätzlich Weisungen zu beachten sind, doch findet die Beachtung solcher Weisungen freilich dort sehr schnell ihre Grenze. Dies erhellt daraus, dass der zur selbständigen Berufsausübung berechtigte – hierarchisch nachgeordnete – Arzt sich im Einzelfall nach eigener

Berufsausübung bedarf dabei der Begründung eines Berufssitzes (Ordinationsstätte) oder der Tätigkeit als Wohnsitzarzt, wenn die wiederkehrende Ausübung ärztlicher Tätigkeiten keine Ordinationsstätte erfordert und die Ausübung des ärztlichen Berufes auch nicht in einem Dienstverhältnis erfolgt.⁸⁹⁷ Die unselbständige Berufsausübung erfolgt hingegen etwa in einem Dienstverhältnis mit einem Krankenhaus.⁸⁹⁸ Diese angestellten Spitalsärzte unterliegen nicht einem einheitlichen Dienstrecht. Bei Spitalsärzten hängt es vom Dienstgeber (Bund, Land, Gemeinde oder Privater) und von der Art des Dienstverhältnisses (Beamte, Vertragsbedienstete oder Angestellte) ab, welche dienstrechtlichen Bestimmungen bei ihnen zur Anwendung kommen.⁸⁹⁹ Besteht ein Dienstverhältnis zum Bund bzw einer Gebietskörperschaft, handelt es sich beim jeweiligen Arzt um einen Beamten oder Vertragsbediensteten, für die jeweils unterschiedliche dienstrechtliche Bestimmungen gelten.⁹⁰⁰ Ist der Dienstgeber ein Privater (Privatspital in Form einer GmbH, ein Orden oder Verein), so unterliegt der Arzt dem „normalen“ Arbeitsrecht, also insb den einschlägigen Bestimmungen des ABGB und des AngG.⁹⁰¹

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass das vorliegende Kapitel den Beschäftigungsanspruch nur von jenen Ärzten behandelt, bei denen die arbeitsrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen. Bei diesen in Frage kommenden Ärzten handelt es sich zum einen um die Vertragsbediensteten des Bundes und – soweit überblickbar – auch jenes der Länder sowie zum anderen um Ärzte, die von einem Privatspital beschäftigt werden.⁹⁰² Ausgenommen von der gegenständlichen Untersuchung sind Ärzte, für die ein spezieller Suspendierungstatbestand – wie es etwa in den Bundes- und Landesbeamtendienstgesetzen der Fall ist – zur Anwendung kommen.⁹⁰³

fachlicher Einschätzung nur im Stande sieht das Wohl des Patienten zu wahren, in dem er von der fachlichen Vorgabe des Vorgesetzten abweicht.

⁸⁹⁷ Aigner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht III/15.

⁸⁹⁸ Aigner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht III/15.

⁸⁹⁹ Risak, RdM 2006/117 (174).

⁹⁰⁰ ZB das (Bundes)Beamten-Dienstrechtsgesetz oder die jeweiligen Landesbeamtendienstgesetze.

⁹⁰¹ So Risak, RdM 2006/117 (175).

⁹⁰² Das BDG sieht in seinem § 112 die Suspendierung von Beamten vor. Diese Bestimmung kommt daher als *lex specialis* vor den allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung. Da aber das Vertragsbedienstetenrecht des Bundes und der Länder keine gesetzlichen Sonderbestimmungen über die Suspendierung enthält, sind auf sie die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen anwendbar; vgl Risak, RdM 2006/117 (177).

⁹⁰³ Zum Recht auf Beschäftigung der Ärzte als Beamte s ausführlich Risak, RdM 2006/117 (175).

C. Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Arztes

Für die Beurteilung eines eventuellen Beschäftigungsanspruches angestellter Ärzte ist ein Blick auf die wegweisende Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1997 zu werfen.⁹⁰⁴ Wie im Allgemeinen Teil ausführlich behandelt, hielt der 9. Senat des Höchstgerichts im Zusammenhang mit der Suspendierung eines Gefäßchirurgen fest, dass ein Gefäßchirurg „zu einer Gruppe von Dienstnehmern gehört, bei denen das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualifikationsverlust und zur Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus (und damit zu einem unwiderbringlichen Schaden) führt“, sodass diesem schon aus der Natur des abgeschlossenen Dienstvertrages ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zusteht. An dieser Auffassung hielt der OGH auch hinsichtlich eines Neurochirurgen ausdrücklich fest.⁹⁰⁵

Es kann daher zunächst festgehalten werden, dass sich bei Chirurgen die Rechtsgrundlage für einen Beschäftigungsanspruch aus dem abgeschlossenen Dienstvertrag im Weg ergänzender Vertragsauslegung ergibt. Damit die operativen Kenntnisse und Fertigkeiten qualitativ nicht gemindert werden, hat der Dienstgeber aus der Natur des Berufes die Pflicht, den Chirurgen tatsächlich zu beschäftigen. Die berufliche Tätigkeit eines Chirurgen erfordert nicht nur eine ständige theoretische Weiterbildung, sondern auch ein ständiges manuelles Training, da die operative Geschicklichkeit ohne ein solches Training schwindet. Eine Verweigerung der Beschäftigung und damit einhergehende länger dauernde Unterbrechungen führen zu einem Qualifikationsverlust, zum Niedergang des chirurgisch-handwerklichen Niveaus, und beeinflussen die berufliche Tätigkeit des Arztes ebenso negativ, wie sie sich für künftige Patienten schädlich auswirken können.⁹⁰⁶ Allein die Problematik des sog Kunstfehlers lässt im Übrigen anklingen, dass eine ärztliche Tätigkeit ohne ausreichende Praxis nicht zu verantworten ist.⁹⁰⁷

Die Anerkennung des Beschäftigungsanspruches für Chirurgen bedeutet aber nicht, dass dieses Recht dadurch automatisch allen Ärzten zusteht, zumal die Chirurgen lediglich für ein Teilgebiet der ärztlichen Heilkunde zuständig sind. Es ist daher nicht geklärt, ob jeder Arzt

⁹⁰⁴ OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (Resch) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (Rotter) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

⁹⁰⁵ OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (Mazal) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg.

⁹⁰⁶ Vgl nur OGH 13.11.1996, 9 ObA 2263/96a.

⁹⁰⁷ So Andexlinger, eolex 1998, 49 (50).

ein Recht auf Beschäftigung hat.⁹⁰⁸ Deshalb stellt sich die Frage, ob jeder Arzt – wie der Chirurg – der Gefahr der Minderung der Qualifikation durch längere Untätigkeit ausgesetzt ist oder nicht. Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst ein Blick in die jüngste – das Recht auf Beschäftigung betreffende – Entscheidung des OGH zu werfen, wo es um die Dienstfreistellung eines Internisten ging.⁹⁰⁹ Der Internist – welcher auch eine Privatordination betrieb – brachte in diesem Rechtsstreit vor, dass er als Facharzt für Innere Medizin zu jenen Dienstnehmern zähle, bei denen „*längere Untätigkeit zwangsläufig und offenkundig zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung seines internistisch-handwerklichen Niveaus führe*“, was einen unwiederbringlichen Schaden bedeute, der seine wirtschaftliche Existenz bedrohe. Er benötige zur Aufrechterhaltung seiner Qualifikationen sowie der erforderlichen Geschicklichkeit zur Durchführung spezieller Untersuchungsmethoden den permanenten Kontakt zu Patienten. In seiner Privatordination sei der Patientenzustrom gering; er verfüge dort nicht über die notwendige technische Ausstattung. Sowohl das Erstgericht als auch das Rekursgericht lehnten ein Recht auf Beschäftigung mit der Begründung ab, dass ein Arzt als Internist nicht derselben Gefahr der Minderung des ärztlich-handwerklichen Niveaus durch längere Untätigkeit ausgesetzt sei wie ein Gefäß- oder Neurochirurg. Der OGH hingegen ließ dabei die Frage bezüglich des Beschäftigungsanspruches eines jeden Arztes offen und wiederholte lediglich die bereits bekannte Vorjudikatur zum Recht auf Beschäftigung des Chirurgen.⁹¹⁰

Für die Frage nach einem Recht eines jeden Arztes auf Beschäftigung muss speziell bei Ärzten besonders differenziert werden. Nach der Ärzte-Ausbildungsverordnung 2006⁹¹¹ bestehen 45 Sonderfächer (zB Chirurgie, Innere Medizin, Neurologie ua) und 26 Additivfächer, die eine spezielle Ausbildung im Rahmen eines Sonderfaches voraussetzen. Bei diesem großen Spektrum an Fachrichtungen spielt das praktizierte ärztliche Fach eine große Rolle, da sich die Frage stellt, ob der Arzt nicht auf eine andere Weise seine ärztliche Qualifikation aufrechterhalten könnte.⁹¹² In diesem Zusammenhang stellt sich weiters die Frage, wie es mit der Beschäftigungspflicht aussieht, wenn etwa ein Chirurg neben seiner Spitalstätigkeit eine Praxis als Facharzt für Chirurgie betreibt. Dazu ist zu sagen, dass bei

⁹⁰⁸ So auch *Risak*, RdM 2006/117 (178).

⁹⁰⁹ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

⁹¹⁰ Der OGH hat sich in concreto deshalb nicht mit dem Beschäftigungsanspruch eines jeden Arztes beschäftigt, weil im Vordergrund der Verzicht des Beschäftigungsanspruches stand.

⁹¹¹ Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über die Ausbildung zur Ärztin für Allgemeinmedizin/ zum Arzt für Allgemeinmedizin und zur Fachärztin/zum Facharzt (Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsverordnung 2006 – ÄAO 2006) – BGBl II 2006/286.

⁹¹² Vgl *Resch*, DRdA 1997/22 (210).

Chirurgen in der Regel eine private Arztpraxis mit einer parallelen Tätigkeit als praktizierender Chirurg in einer Krankenanstalt einhergeht.⁹¹³ Die Tätigkeiten spezialisierter Ärzte im Bereich der Chirurgie beschränken sich jedoch hauptsächlich auf die Infrastruktur eines Krankenhauses. Abgesehen von kleinen operativen Eingriffen in der privaten Arztpraxis werden chirurgische Eingriffe vorwiegend in Krankenhäusern durchgeführt, sodass die Existenz einer privaten Ordination am Recht der Beschäftigung des Chirurgen nichts ändert.

Anders ist dies etwa bei einem Internisten oder Psychologen. Diese haben wohl – anders als ein Chirurg – die Möglichkeit der Qualifikationserhaltung auch durch eine Tätigkeit außerhalb der Krankenanstalt. Das gilt insb dann, wenn sie daneben zulässigerweise eine Praxis betreiben. In diesen Fällen kann deshalb nicht von einem besonderen Interesse an der Erhaltung von Fertigkeiten, die nur durch eine Tätigkeit in einer Krankenanstalt gewahrt werden könnte, gesprochen werden.⁹¹⁴

Aus dem eben Gesagten kann daher festgehalten werden, dass ein genereller Anspruch jedes Arztes auf Beschäftigung nicht besteht.⁹¹⁵ Bei Ärzten muss im Einzelfall geklärt werden, ob aus der Natur des Dienstvertrages ein Recht auf Beschäftigung erfließt. So werden besonders spezialisierte Fachärzte einen Beschäftigungsanspruch haben, wenn ihre Tätigkeiten nur auf die Infrastruktur eines Krankenhauses beschränkt sind, etwa wenn die speziellen Behandlungs- und Untersuchungsmethoden nur im Krankenhaus möglich sind. In solchen Fällen fällt der Anspruch auf Beschäftigung auch nicht weg, wenn der Arzt parallel eine private Arztpraxis betreibt, da die Qualifikationserhaltung, sowie die erforderliche Geschicklichkeit zur Durchführung spezieller Untersuchungsmethoden eben nur durch Tätigkeit im Spital gesichert werden kann. Abweichendes gilt jedoch, wenn der Arzt die Möglichkeit der ärztlichen Qualifikationserhaltung auch durch Tätigkeit außerhalb der Krankenanstalt hat und nicht auf die Infrastruktur des Spitals beschränkt ist. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Spitalsarzt zulässigerweise eine Praxis betreibt oder in einem erheblichen Ausmaß in anderen Krankenanstalten als Belegarzt tätig ist und daher dort seine berufliche Qualifikation aufrechterhalten kann.⁹¹⁶ Bei diesen Ärzten ist daher der Verlust der praktischen Fähigkeiten – wie es vor allem bei Chirurgen der Fall ist – durch die Verweigerung der Beschäftigung nicht zu befürchten. Betreibt hingegen der Spitalsarzt keine

⁹¹³ Vgl *Resch*, DRdA 1997/22 (210).

⁹¹⁴ So *Risak*, RdM 2006/117 (178).

⁹¹⁵ So auch *Risak*, RdM 2006/117(178); vgl auch *Resch*, DRdA 1997/22 (211).

⁹¹⁶ Vgl *Resch*, DRdA 1997/22 (211); ebenso *Risak*, RdM 2006/117 (178).

zusätzliche Privatpraxis, steht diesem ein Recht auf Beschäftigung zu, zumal sonst durch eine Nichtbeschäftigung zwangsläufig ein Qualifikationsverlust und Minderung des ärztlich-handwerklichen Niveaus droht. Die täglichen Vorstellungen, Beobachtungen und Untersuchungen der Patienten, durch die der Arzt einerseits, allein seine Fachkenntnisse und Erfahrungen zu erweitern und zu vertiefen, andererseits neue ärztliche Erkenntnisse zu gewinnen vermag, sind nur durch eine tatsächliche Beschäftigung im Spital möglich. Im Fall einer – vor allem lang andauernden – Untätigkeit drohen dem Arzt der Verlust der elementarsten Kenntnisse und Fähigkeiten des ärztlichen Berufes.

D. Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Arztes

Hat ein Arzt einen Anspruch auf Beschäftigung, ist als nächster Aspekt zu klären, „wie“ der Arzt zu beschäftigen ist. Bei Ärzten ergibt sich die konkrete Beschäftigung aus dem Anstellungsvertrag. Dabei ist im Vertrag in der Regel nicht nur die Art der Arbeit, also die Tätigkeit als Arzt, sondern auch die Arbeitsstelle umrissen. Der Beschäftigungsanspruch eines Arztes, der bspw. als Leiter der urologischen Abteilung angestellt worden ist, umfasst auch seinen Arbeitsplatz. In diesen Fällen bedingt die Beschäftigung eben zwangsläufig eine Arbeit als Arzt an dieser Stelle, sonst wird er nicht ordnungsgemäß beschäftigt. Daher wird etwa ein Oberarzt der chirurgischen Abteilung nicht vertragsgemäß beschäftigt, wenn man ihn etwa als Narkotiseur tätig werden lässt. Ebenso ist die Beschäftigungspflicht verletzt, wenn etwa ein Orthopäde in der Radiologie beschäftigt wird. Dem Anspruch auf Beschäftigung wird daher nur Genüge geleistet, wenn der Chirurg in der chirurgischen Abteilung und der Orthopäde in der orthopädischen Abteilung ärztlich tätig sein kann. Bei Chirurgen wird es aber nicht reichen, wenn sie allein in der Abteilung beschäftigt werden. Um die Beschäftigungspflicht zu erfüllen, müsste das Spital den Chirurgen überdies auch Operationen durchführen lassen, da die operative Tätigkeit des Chirurgen für die Qualifikationserhaltung unerlässlich ist. Auch bei anderen Ärzten wird der Beschäftigungsanspruch nur dann erfüllt, wenn der jeweilige Arzt jene ärztlichen Tätigkeiten durchführen kann, die unbedingt für seine Qualifikationserhaltung sowie Geschicklichkeit zur Durchführung von Behandlungen und Untersuchungen erforderlich sind. Abschließend ist aber anzumerken, dass der Arzt natürlich nichts einzuwenden hat, wenn die Heranziehung für andere nicht vertragsgemäße ärztliche Tätigkeiten nur kurzfristig und bei Notfällen bleibt. Dass dies selbstverständlich ist, liegt mE in der Natur des Ärzteberufes.⁹¹⁷ Ausgeschlossen ist jedoch die Zuweisung eines Arztes zu

⁹¹⁷ Vgl. § 48 ÄrzteG 1998, die die Erste-Hilfe Pflicht der Ärzte regelt.

administrativen Tätigkeiten, solange nicht ein gewichtiges schützenswertes Interesse des Dienstgebers vorliegt.

E. Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Arztes

In nächster und letzter Stufe sind die Grenzen des ärztlichen Beschäftigungsanspruches aufzuzeigen. Der Beruf des Arztes gehört zu einigen wenigen Gruppen, deren Tätigkeit in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Gesundheit und dem Leben von Menschen steht.⁹¹⁸ Der OGH vertritt die Ansicht, dass die Zulassung zur Arbeit verweigert werden kann, wenn der Beschäftigung gewichtige Gründe entgegenstehen, die dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar machen.⁹¹⁹ Derartige gewichtige Unzumutbarkeitsgründe können in der Gefährdung von höherrangigen Rechtsgütern, wie etwa Gesundheit, Unversehrtheit und Leben von Menschen gesehen werden. So ist auch das Höchstgericht der Auffassung, dass beim Beschäftigungsanspruch des Arztes eine Abwägung zwischen den höherrangigen gefährdeten Rechtsgütern und dem Interesse des Arbeitnehmers an der seiner Qualifikation entsprechenden Beschäftigung stattzufinden hat. Die Abwägung des OGH fällt zugunsten des Wohls des Patienten aus, da die Gefährdung des beruflichen Fortkommens des Arztes, so der OGH, nicht alleine den Schutz höherwertiger Rechtsgüter, wie insb Gesundheit und Leben, verdrängen kann.⁹²⁰ Dabei müssen die Umstände die zu einer Beschäftigungsverweigerung wegen Gefährdung von Leben und Gesundheit von Patienten führen, nicht unbedingt dem Arzt vorwerfbar sein. Der OGH führt diesbezüglich aus, dass *„unabhängig von einer Verschuldenszuweisung bereits aus objektiver Sicht ein keineswegs zu vernachlässigender Interesse des Arbeitgebers an einer reibungslosen Abwicklung des Dienstbetriebes besteht (...)*“. Ein Größenschluss ergibt daher, dass dies umso mehr gelten muss, wenn durch die tatsächliche Beschäftigung die Gesundheit der Patienten gefährdet wird.⁹²¹ Es ist daher festzuhalten, dass für die Beschäftigungsverweigerung ein schuldhaftes Verhalten des Arztes nicht unbedingt Voraussetzung ist, sondern die Beschäftigung aus jenen Gründen zurückgewiesen werden kann, die eine Beschäftigung unzumutbar machen. So kann sich bspw ein Chirurg nicht mehr auf seinen Beschäftigungsanspruch berufen, wenn er etwa an einer Augenkrankheit bzw an Parkinson leidet, die eine gefahrlose Durchführung

⁹¹⁸ So etwa auch der Beruf eines Piloten.

⁹¹⁹ Vgl OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot; 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (Resch) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (Rotter) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

⁹²⁰ OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (Mazal) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg; 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

⁹²¹ OGH 21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin.

komplizierter Operationen nicht mehr zulässt. Obwohl dem Arzt hier kein vorwerfbares Verhalten anzulasten ist, muss das Recht auf Beschäftigung den höherwertigen Rechtsgütern wie Gesundheit und Leben den Vortritt gewähren. Ein Arzt ist für die Wahrung des Wohls der ihm anvertrauten Patienten verantwortlich. Dieser Verantwortung kann er nur gerecht werden, wenn er die Patientenversorgung sicherstellen kann. Diese wird ihm aber nicht möglich sein, wenn er selbst an einer schweren Krankheit leidet.⁹²² Der Arzt wird sich in solchen Fällen auch nicht auf seine durch jahrelange Tätigkeit erworbene überdurchschnittliche Erfahrung und Qualifikation berufen können, da ein Fehler in der Heilbehandlung irreversible Folgen hätte, im schlimmsten Fall sogar den Tod eines Patienten herbeiführen könnte. In anderen Berufen, wo Gesundheit und Leben der Menschen nicht auf dem Spiel stehen, könnte die Erfahrung möglicherweise die körperliche Beeinträchtigung eines Arbeitnehmers kompensieren. In der Humanmedizin ist dieses Risiko jedoch zu hoch, als dass man einen Arzt in einem patientennahen Bereich weiterhin beschäftigt.

In der Praxis sind jedoch jene Beschäftigungsverbote interessant, die durch ein vorwerfbares Verhalten verursacht werden und es sich bei denen um gewichtige Gründe handelt, die eine Weiterbeschäftigung unzumutbar machen. Zu denken ist hier bspw an jene Fälle, in denen ein Arzt ständig und in einer massiven Weise die ärztlichen Kollegen bei der Visite vor Pflegepersonal und Patienten beschimpft⁹²³ oder wo der Arzt ständig Konflikte mit der übrigen Abteilungsbelegschaft schürt.⁹²⁴ Liegt daher ein ungebührliches, unverträgliches oder nicht tolerierbares Verhalten des Arztes vor, wird sein Interesse an der Erhaltung seiner Qualifikation wegfallen. Um die reibungslose Abwicklung und Ordnung des Spitalbetriebs wiederherzustellen, kann das Spital – ohne die Beschäftigungspflicht zu verletzen – die Beschäftigung des Arztes verweigern oder ihn auf Tätigkeiten versetzen, die einen Kontakt mit Arbeitskollegen und mit Patienten reduzieren.⁹²⁵ Der Arzt kann sich als Entschuldigung für sein nicht tolerierbares Verhalten gegenüber ärztlichen Kollegen und Pflegepersonal nicht

⁹²² Vgl LAG Rheinland-Pfalz 16.3.2005, Az 9 Sa 51/05, wonach ein Chefarzt der anästhesiologischen Abteilung eines Krankenhauses aufgrund kognitiver Störungen im Bereich des Gedächtnisses kein Recht auf Beschäftigung hat, da Zweifel an seiner Dienstfähigkeit bestehen und er dadurch der Wahrung des Wohls der Patienten nicht gerecht werden könnte.

⁹²³ Vgl OGH 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg.

⁹²⁴ Vgl OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg.

⁹²⁵ Vgl OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg, wonach zur Wahrung des Patientenwohls die Versetzung eines Arztes in einen patientenfernen Bereich als zulässig erachtet wurde. Die Versetzung in den patientenfernen Bereich ist aber nur für maximal 13 Wochen möglich. Bei einer längeren bzw dauernden Versetzung ist die Zustimmung des Betriebsrats gem § 101 ArbVG erforderlich; s dazu *Risak*, RdM 2006/117 (179).

auf seine fachliche Qualität und berufliche Anspannung berufen. Denn würde bei derartigen Fällen dem drohenden Qualifikationsverlust eines Arztes dennoch eine Bedeutung beigemessen werden, so hätten – wie *Mazal*⁹²⁶ zutreffend formuliert – Personen, bei denen die nicht einschlägige Beschäftigung zum kurzfristigen Qualifikationsverlust führt, einen „Freibrief für unkollegiales Verhalten“.

Darüber hinaus kommen noch andere schützenswerte Interessen des Krankenhauses in Betracht, die eine Beschäftigung des Arztes unzumutbar machen. Ein schutzwürdiges Interesse liegt jedenfalls bei Verfehlungen auf der Hand, die in der Regel zur Entlassung führen. Außerdem ist das Spital zur Erfüllung der Beschäftigungspflicht nicht verpflichtet, wenn der Arzt gegen das ärztliche Disziplinarrecht gem § 136 ÄrzteG 1998 verstößt. Ein Arzt macht sich ua eines Disziplinarvergehens schuldig, wenn er das Ansehen der in Österreich tätigen Ärzteschaft beeinträchtigt⁹²⁷, ärztliche Berufspflichten verletzt⁹²⁸ oder strafgerichtlich zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 360 Tagesätzen verurteilt wird.⁹²⁹ So fällt der Beschäftigungsanspruch wegen Unzumutbarkeit weg, wenn ein Arzt nachhaltig derart durch Alkohol und Medikamente beeinträchtigt ist, dass er nicht mehr in der Lage ist, einem Patienten Blut abzunehmen.⁹³⁰ Ebenso wird sich das Krankenhaus weigern den Arzt weiter zu beschäftigen, wenn er immer wieder das Schamgefühl der Patienten im Zuge von Untersuchungen verletzt.⁹³¹ Auch der Verdacht einer sexuellen Belästigung wird den Wegfall des Beschäftigungsanspruchs rechtfertigen.⁹³² Außerdem könnte das Beschäftigungsverlangen des Arztes zurückgewiesen werden, wenn er Krankengeschichten mangelhaft oder gar nicht geführt hat.⁹³³ Ferner ist der Beschäftigungsanspruch zu versagen, wenn der Arzt verdächtigt wird, für bevorstehende Operationen rechtswidrig Honorare von Patienten verlangt und erhalten, Nebenbeschäftigungen nicht angezeigt und untergeordnetes Krankenhauspersonal für private Tätigkeiten herangezogen zu haben.⁹³⁴

⁹²⁶ *Mazal*, DRdA 2003/47 (541).

⁹²⁷ Vgl § 136 Abs 1 Z 1 ÄrzteG 1998; näheres bei *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I 524; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ § 136 Anm 3a.

⁹²⁸ Vgl § 136 Abs 1 Z 2 ÄrzteG 1998; näheres bei *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I 526.

⁹²⁹ Vgl § 136 Abs 2 Z 2 ÄrzteG 1998; näheres bei *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I 526.

⁹³⁰ Disziplinarsenat 25.1.1988 Ds 11/1987.

⁹³¹ Vgl Disziplinarsenat 22.11.1993, Ds 6/1993 RdM 1994/2 (63); vgl *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I 525.

⁹³² Vgl VwGH 27.6.2002, 2000/09/0053 – Verwaltungsdirektor; vgl *Risak*, RdM 2006/117 (175).

⁹³³ Vgl VwGH 28.2.2002, 2000/09/0122 ZfVB 2004/654; vgl *Risak*, RdM 2006/117 (176).

⁹³⁴ Vgl VwGH 4.9.2003, 2000/09/0175 – Herz-Thoraxchirurgie: Denn mit einem derart belasteten Chirurgen ist weder die Zusammenarbeit (zB bei einer Operationen) zumutbar, noch kann der Allgemeinheit zugemutet werden, medizinische Leistungen eines Arztes in Anspruch zu nehmen, gegen den diese vertrauenzerstörenden Vorwürfe bestehen; vgl *Risak*, RdM 2006/117 (175).

Im Übrigen verletzt der Dienstgeber seine Beschäftigungspflicht nicht, wenn der Beschäftigung von vornherein öffentlich-rechtliche Hindernisse entgegenstehen. So etwa, wenn nach erfolgter Eintragung in die Ärzteliste die allgemeinen oder besonderen Erfordernisse zur Berufsausübung wegfallen und dadurch die Berufsausübung ex lege erlischt.⁹³⁵ Die Berechtigung zur Berufsausübung kann ebenfalls wegfallen, wenn dem Arzt aufgrund eines rechtskräftigen Disziplinarerkenntnisses die Berufsausübung für eine bestimmte Zeit untersagt wurde.⁹³⁶ Schließlich besteht auch die Möglichkeit der Untersagung der Ausübung des ärztlichen Berufes zur Wahrung des öffentlichen Wohls im Wege einer einstweiligen Maßnahme durch die Disziplinarbehörde.⁹³⁷ In allen letztgenannten Fällen kann der Arzt seiner eigenen Arbeitspflicht selbst nicht nachkommen, sodass schon aus der Sicht des Arbeitnehmers gar kein Anspruch auf Beschäftigung bestehen kann.

F. Zusammenfassung

1. Ein Chirurg hat aus der Natur des Dienstvertrages ein Recht auf Beschäftigung, da bei Brachliegen der Fähigkeiten zwangsläufig ein Qualitätsverlust und eine Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus eintreten würde.
2. Hingegen besteht kein Recht auf Beschäftigung eines jeden Arztes. Es muss immer im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob dem Arzt aus der Natur des Dienstvertrages ein Recht auf Beschäftigung zukommt. Ein Recht auf Beschäftigung besteht nicht, wenn der Arzt neben seiner Krankenhaustätigkeit eine Privatordination betreibt und für die Qualifikationserhaltung nicht auf die Infrastruktur des Spitals angewiesen ist. Hingegen ist ein Verlust der ärztlichen Qualitäten, Kenntnisse und Erfahrungen zu befürchten und Recht auf Beschäftigung demnach zu bejahen, wenn der Arzt keine Privatpraxis führt und lediglich als Spitalsarzt tätig ist.

⁹³⁵ Vgl § 59 Abs 1 Z 1-2 ÄrzteG 1998: Es erfolgt eine Streichung aus der Ärzteliste und eine bescheidmäßige Feststellung des Nichtbestehens der Berechtigung zur Berufsausübung; vgl. *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I 450.

⁹³⁶ Vgl § 59 Abs 1 Z 4-5 und Abs 3 ÄrzteG 1998: Auch hier erfolgt eine Streichung aus der Ärzteliste, wenn die Berufsausübung für mehr als drei Monate untersagt wurde; vgl. *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 451.

⁹³⁷ Vgl § 62 Abs 1 ÄrzteG 1998; vgl. *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I 452.

XV. Das Recht auf Beschäftigung der Auszubildenden

In diesem Kapitel wird der Beschäftigungsanspruch von in Berufsausbildung stehenden Arbeitnehmern näher dargestellt. Gegenstand der Untersuchung ist der Lehrling, der Rechtsanwaltsanwärter sowie der Turnusarzt. Nicht behandelt werden hingegen die ebenfalls in Ausbildungsverhältnissen stehenden Volontäre und Ferialpraktikanten.

A. Lehrlinge

Literatur: Adler-Höller in Klang V² (1978); Andexlinger/Filzmoser, ZAS 1983/24 (Anm zu OGH 4 Ob 39/83); Berger, ZAS 1977/3 (Anm zu OGH 4 Ob 78/74); Brodil in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008), Kap X; Firlei, Kein Urlaub ohne Kinder! DRdA 1991, 477; Forsthuber, ZAS 1986/7 (Anm zu OGH 4 Ob 82/84); Gruber, Zur Behaltepflcht beim Lehrverhältnis, DRdA 1992/37 (Anm zu OGH 9 Ob S 13/91); ders, Betriebsstillegung – Behaltezeit, DRdA 1993/39 (Anm zu OGH 9 Ob A 190/92); Jabornegg, Unbegründete Entlassung eines Lehrlings und Behaltepflcht, DRdA 1977, 16; ders, DRdA 2001/24 (Anm zu 8 ObA 297/99f); Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht (2003); Löschnigg in Löschnigg, AngG I⁸ § 6; Preiss in ZellKomm § 1 ff BAG; Radner, Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, DRdA 2001, 3, 128; Resch, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424; Schmitzer, Gibt es dennoch ein „Recht“ auf Beschäftigung? wbl 1989, 360; Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁶ (2008); W.Schwarz, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in FS Floretta (1983) 415; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003); Strasser, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60; Tögl, Probleme der Beendigung eines Lehrverhältnisses, DRdA 1983/8; Uher, Handbuch zur Lehrlingsausbildung³ (2003).

Für Lehrverhältnisse, der wichtigsten Gruppe der Ausbildungsverhältnisse, existiert mit dem BAG ein eigenes Sondergesetz.⁹³⁸ Das BAG dient einerseits dem Schutz der Lehrlinge und soll andererseits eine gute Ausbildung gewährleisten, an der vor allem auch ein öffentliches Interesse besteht.⁹³⁹

Nach dem BAG sind Lehrlinge alle Personen, die aufgrund eines Lehrvertrages zur Erlernung eines in der Lehrberufsliste angeführten Lehrberufes bei einem Lehrberechtigten fachlich ausgebildet und im Rahmen dieser Ausbildung verwendet werden.⁹⁴⁰

⁹³⁸ Das Lehrverhältnis ist von den nicht gesetzlich geregelten Ausbildungsverhältnissen wie bspw des Anlernlings, des Volontärs oder des Praktikanten zu unterscheiden. Zum Ausbildungsverhältnis des Volontärs bzw Praktikanten s ausführlich Radner, Die (arbeits-) rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, DRdA 2001, 3, 128; ebenso Preiss in ZellKomm § 1 BAG Rz 2.

⁹³⁹ Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht Rz 148.

⁹⁴⁰ Vgl § 1 BAG. Liegt eine dieser vier Voraussetzungen (Lehrvertrag, Lehrberuf, Lehrberechtigter und fachliche Ausbildung und Verwendung im Rahmen dieser Ausbildung) nicht vor, ist der Arbeitnehmer nicht als Lehrling zu qualifizieren: ASG Wien 1.12.2000, 2 Cga 134/00i, ARD 5261/8/2001.

Ausbildungsverhältnisse sind auf der einen Seite normale Arbeitsverhältnisse, da der Auszubildende auch an der Arbeitskraft des Auszubildenden interessiert ist, auf der anderen Seite aber insb durch den Zweck der Ausbildung gekennzeichnet.⁹⁴¹ Das Lehrverhältnis ist trotz seines primären Ausbildungszwecks daher als Arbeitsverhältnis spezifischer Art zu qualifizieren.⁹⁴² Der Umstand, dass der Lehrling nicht nur wie ein anderer Arbeitnehmer zu arbeiten hat, sondern auch zum Lernen verpflichtet ist, kann daher nicht bewirken, dass deshalb das Lehrverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis anzusehen ist. Seine Arbeitsleistung besteht darin, die aufgetragenen Arbeiten zu erledigen und durch seine Verwendung das Gewerbe praktisch zu erlernen.

1. Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Lehrlings

a) ... während der Lehrzeit

Nachdem festgestellt wurde, dass das Lehrverhältnis den Zweck hat, eine gute Ausbildung des Lehrlings sicherzustellen, knüpft an diese Feststellung nahtlos die Frage an, ob der Lehrling im Rahmen der Ausbildung ein Recht auf tatsächliche Verwendung durch den Lehrberechtigten hat.

§ 9 Abs 1 BAG regelt diesbezüglich Folgendes: „*Der Lehrberechtigte hat für die Ausbildung des Lehrlings zu sorgen und ihn unter Bedachtnahme auf die Ausbildungsvorschriften des Lehrberufes selbst zu unterweisen oder durch geeignete Personen unterweisen zu lassen.*“ Obwohl diese Bestimmung keine definitive Anordnung⁹⁴³ auf Beschäftigung normiert, leiten Lehre⁹⁴⁴ und Rsp⁹⁴⁵ aus dieser Bestimmung einen gesetzlichen Anspruch auf Beschäftigung des Lehrlings ab. Nach der hA ergibt sich das Recht auf tatsächliche Beschäftigung aus dem Wesen des Lehrvertrages, insb aus der im § 9 Abs 1 BAG verankerten Ausbildungspflicht des Lehrberechtigten. Der Lehrberechtigte ist daher verpflichtet den Lehrling tatsächlich im Betrieb zu beschäftigen, damit ihm jene praktischen Kenntnisse und Fertigkeiten vermittelt werden können, die unbedingt notwendig sind, wenn der Lehrling nach Abschluss seiner

⁹⁴¹ Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht Rz 148.

⁹⁴² Preiss in ZellKomm § 12 BAG Rz 1 mwN; Berger, ZAS 1977/3 (24) mwN.

⁹⁴³ So Schmitzer, wbl 1989, 360; vgl § 21 SchSpG.

⁹⁴⁴ Strasser, ÖJZ 1954, 60; Adler-Höller in Klang V² 247; W.Schwarz in FS Floretta 415; Andexlinger/Filzmoser, ZAS 1983/24 (228); Schmitzer, wbl 1989, 360.

⁹⁴⁵ OGH 14.9.1982, 4 Ob 99/81 Arb 10.176 = DRdA 1983, 8 (Tögl); 26.4.1983, 4 Ob 39/83 ARD 3527/15/83 = ZAS 1983/24 (Andexlinger/Filzmoser) = Arb 10.244; 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109; 16.9.1987, 9 Ob A 77/87 DRdA 1988, 149 = ARD 3940/13/87.

Ausbildung fähig sein soll, Tätigkeiten auszuüben, die nach Art und Umfang denen des Lehrgewerbebetriebes entsprechen. Nur durch die tatsächliche Beschäftigung des Lehrlings im Lehrberuf kann die Ausbildung sichergestellt werden, zumal sich der Lehrberechtigte auch nur dadurch eine Meinung über den bisher erzielten Ausbildungserfolg bilden kann.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Beschäftigungsanspruch des Lehrlings seiner Natur entsprechend nur für eine bestimmte Zeit besteht, da das Lehrverhältnis kraft Gesetzes nur als Rechtsverhältnis auf bestimmte Zeit zustande kommt. In der Regel wird der Lehrvertrag für die Dauer der für den Lehrberuf in der Lehrberufsliste festgesetzten Zeit abgeschlossen, die meistens drei bzw vier Jahre beträgt.⁹⁴⁶ Nach der Beendigung des Lehrverhältnisses und abgesehen von der sogleich zu behandelnden Behaltspflicht gem § 18 Abs 1 BAG richtet sich der Beschäftigungsanspruch des zukünftigen Arbeitnehmers nach dem erlernten Beruf. Nur für den Fall, dass dem Arbeitnehmer des erlernten Berufs ein Recht auf Beschäftigung zukommt, kann der ehemalige Lehrling im Fall der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf Beschäftigung geltend machen.

b) ... während der Behaltezeit

Gem § 18 Abs 1 BAG ist der „Lehrberechtigte verpflichtet, den Lehrling (...) im Betrieb drei Monate im erlernten Beruf weiter zu verwenden“.⁹⁴⁷ Aus dieser Legaldefinition für die Weiterverwendungspflicht des Lehrberechtigten leitet die hA⁹⁴⁸ ein gesetzliches Recht auf Beschäftigung für den ausgebildeten Lehrling ab. Der Beschäftigungsanspruch ist hier, ähnlich wie während der Lehrzeit, befristet. Der ehemalige Lehrling und nunmehrige Arbeitnehmer kann seine tatsächliche Beschäftigung nur innerhalb eines Zeitraumes von drei Monaten ab Ende der Lehrzeit verlangen.⁹⁴⁹ Die in § 18 Abs 1 BAG normierte Weiterverwendungspflicht impliziert demnach die Verpflichtung des Lehrberechtigten zum Abschluss eines neuen

⁹⁴⁶ Vgl § 13 BAG; sa *Berger*, ZAS 1977/3 (24).

⁹⁴⁷ Die Pflicht zur Weiterverwendung von ausgebildeten Lehrlingen wird gemeinhin Behaltspflicht genannt.

⁹⁴⁸ **Lit:** *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (422); *Resch*, DRdA 1991, 424 (426); *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 249; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG I⁸ § 6 Rz 105; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 8; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 1153 Rz 24; *Firlei*, DRdA 1991, 477 (481); *Preiss* in *ZellKomm* § 18 BAG Rz 9; *Gruber*, DRdA 1993/39 (323); *Berger*, ZAS 1977/3 (25); **Jud:** OGH 10.12.1985, 4 Ob 161/85 Arb 10.511 = RdW 1986, 153 = SZ 58/198; 16.9.1987, 14 Ob A 85/87 Arb 10.672 = JBl 1998, 127 = RdW 1988, 140 = SZ 60/174; 11.11.1992, 9 Ob A 190/92 wbl 1993, 92 = DRdA 1993/39 (*Gruber*); 16.4.1998, 8 Ob A 108/98k ARD 4945/6 = 4951/40/98; 17.3.1999, 9 Ob A 22/99x SZ 72/45; LG Salzburg 18.10.1994, 20 Cga 76, 77/94 Arb 11.270.

⁹⁴⁹ Die Behaltspflicht ist nicht von der erfolgreichen Absolvierung der Lehrabschlussprüfung abhängig. Sie knüpft an das durch Befristung ablaufenden Lehrverhältnis an; vgl OGH 16.12.1992, 9 Ob A 270/92 ARD 4432/5/93.

zumindest auf drei Monate befristeten oder eines unbefristeten Arbeitsvertrages, bei dem während der ersten drei Monate⁹⁵⁰ die Arbeitgeberkündigung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.⁹⁵¹ Diese Bestimmung normiert daher den Beschäftigungsanspruch als eine einseitige den Lehrberechtigten treffende Kontrahierungspflicht.⁹⁵² Sie begründet aber kein „gesetzliches Arbeitsverhältnis“ und ordnet auch keinen ipso-iure Vertragsabschluss an. Der Lehrberechtigte ist vielmehr kraft Gesetzes verpflichtet, in unmittelbarem Anschluss an das Lehrverhältnis mit dem „ausgelernten“ Lehrling für die gesetzlich vorgeschriebene Weiterverwendungszeit ein dem Inhalt nach am Lehrberuf orientiertes Arbeitsverhältnis einzugehen.⁹⁵³

Der Regelung der Verpflichtung des Lehrberechtigten den ausgelerten Lehrling im erlernten Beruf für eine Mindestzeit weiter zu beschäftigen, liegen offensichtlich zwei Normzwecke zu Grunde.⁹⁵⁴ Auf der einen Seite kommt darin die bildungspolitische Zielsetzung zum Ausdruck, dem Lehrling nach Absolvierung einer Lernphase in einem spezifischen Arbeitsverhältnis (= Lehrverhältnis) die Möglichkeit zu geben, die angeeigneten Fertigkeiten und Kenntnisse im Rahmen eines zweckbestimmten „Anschlussarbeitsverhältnisses“ in der praktischen Verwendung zu festigen und zu vervollkommen. In der Behaltezeit muss der Lehrberechtigte und nunmehrige Arbeitgeber den ausgelerten Lehrling mit Arbeiten betrauen, die seinem erlernten Beruf entsprechen. Er ist aber nicht verpflichtet ihn darin auszubilden. Es erlischt zwar seine Ausbildungspflicht, nicht aber seine Pflicht, dem „Ausgelernten“ die weitere Ausbildung bzw. Vervollkommnung der in der Lehrzeit erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen zu ermöglichen. Der ehemalige Lehrling soll durch den speziellen Beschäftigungsanspruch während der Behaltezeit die Möglichkeit haben, die im Lehrverhältnis erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten anzuwenden und zu festigen, um durch die praktische Umsetzung auch mehr Sicherheit in der Ausübung des Berufes zu erhalten.⁹⁵⁵ Der zweite Normzweck hat einen sozialpolitischen Hintergrund. Durch die Sicherstellung eines Anschlussarbeitsverhältnisses soll dem künftigen Arbeitnehmer der

⁹⁵⁰ Durch BGBl I 2000/83 wurde die zuvor viermonatige Behaltezeit auf drei Monate verkürzt. Nach den Materialien (AB 216 BlgNR 21.GP) ist durch die dreimonatige Behaltefrist der Zweck der Weiterverwendung – dem ausgelerten Lehrling den Einstieg ins Arbeitsleben zu erleichtern – ausreichend erfüllt. § 18 BAG ist einseitig zwingender Natur, es können also für Arbeitnehmer günstigere Regelungen getroffen werden. In der Praxis machen KollV auch tatsächlich Gebrauch davon und sehen längere Behaltefristen vor; s dazu *Uher*, *Lehrlingsausbildung*³ § 18 Rz 119; *Preiss* in *ZellKomm* § 18 BAG Rz 2 und 8.

⁹⁵¹ Vgl dazu RIS-Justiz RS0021659.

⁹⁵² Vgl *Berger*, ZAS 1977/3 (25); *Gruber*, DRdA 1993/39 (322).

⁹⁵³ Vgl *Berger*, ZAS 1977/3 (25); *Gruber*, DRdA 1993/39 (322); ebenso OGH 5.9.2001, 9 Ob A 218/01a SZ 74/146.

⁹⁵⁴ *Gruber*, DRdA 1993/39 (322).

⁹⁵⁵ Vgl OGH 17.3.1999, 9 Ob A 22/99x SZ 72/45; *Gruber*, DRdA 1993/39 (322).

Einstieg ins Arbeitsleben und das Aufsuchen eines Arbeitsplatzes erleichtert werden.⁹⁵⁶ Die Weiterverwendungspflicht garantiert für einen bestimmten Zeitraum das Erwerbseinkommen und ist somit Beitrag zur Existenzsicherung.⁹⁵⁷ Dieser bildungspolitische Normzweck kann nur zum Tragen kommen, wenn der ausgelernte Lehrling während der Behaltezeit tatsächlich beschäftigt wird.

Aus all den oben genannten Gründen hat der Lehrling während der Behaltspflicht neben dem Entgeltanspruch auch einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung.

2. Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Lehrlings

a) ... während der Lehrzeit

Das Recht auf Beschäftigung eines Lehrlings während der Lehrzeit ist nicht mit einem Recht auf Beschäftigung schlechthin erschöpft, der Lehrling hat vielmehr ein Recht darauf, mit Tätigkeiten beschäftigt zu werden, die seiner Berufsausbildung dienen. Der genaue Umfang der Beschäftigungspflicht lässt sich aus der Ausbildungsverpflichtung des Lehrberechtigten gem § 9 Abs 1 BAG iVm § 9 Abs 2 BAG ableiten. In diesem Sinne normiert § 9 Abs 2 BAG dass *„der Lehrberechtigte den Lehrling nur zu solchen Tätigkeiten heranzuziehen hat, die mit dem Wesen der Ausbildung vereinbar sind.“* Die zitierte Bestimmung legt somit den Umfang des Beschäftigungsanspruches dahingehend fest, dass die Verwendung eines Lehrlings zu berufsfremden Tätigkeiten verboten ist. Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit noch mit dem Wesen der Ausbildung vereinbar ist, ist der Inhalt des Lehrvertrages.⁹⁵⁸ In diesem Zusammenhang ist bezüglich des Umfanges der Tätigkeiten auch der Inhalt des in den jeweiligen Ausbildungsvorschriften enthaltenen Berufsbildes zu beachten, in welchem Ausbildungsinhalte normiert sind.⁹⁵⁹ Das Berufsbild umschreibt den Mindestumfang der im Betrieb zu vermittelnden Ausbildung und ist nach Lehrjahren gegliedert. Die Vermittlung der aufgezählten Kenntnisse und Fertigkeiten muss in dem

⁹⁵⁶ Vgl OGH 17.3.1999, 9 Ob A 22/99x SZ 72/45; Gruber, DRdA 1993/39 (322).

⁹⁵⁷ So Gruber, DRdA 1993/39 (322).

⁹⁵⁸ OGH 14.9.1982, 4 Ob 107/82 Arb 10.181; 10.7.1984, 4 Ob 82/84 Arb 10.360 = RdW 1984, 349 = ZAS 1986/7 (Forsthuber).

⁹⁵⁹ OGH 14.9.1982, 4 Ob 107/82 Arb 10.181; 10.7.1984, 4 Ob 82/84 Arb 10.360 = RdW 1984, 349 = ZAS 1986/7 (Forsthuber); vgl § 8 Abs 2 BAG.

Lehrjahr beginnen, in dem sie erstmal angeführt sind.⁹⁶⁰ Sind Kenntnisse und Fertigkeiten nur in einem Lehrjahr angeführt, muss ihre Vermittlung in diesem Jahr abgeschlossen sein. Erstreckt sich die Anführung einer Kenntnis oder Fertigkeit auf mehr als ein Jahr, soll die Vermittlung auf den angegebenen Zeitraum sinnvoll verteilt werden. Der Lehrherr hat die Ausbildung so zu gestalten, dass sich der Lehrling bis zum Ende der Lehrzeit die im betreffenden Lehrberuf erforderlichen Fertigkeiten und Kenntnisse aneignen kann und in der Lage ist, die dem erlernten Lehrberuf eigentümlichen Tätigkeiten selbst fachgerecht auszuführen.⁹⁶¹ Erfolgt aber die Ausbildung eines Lehrlings äußerst lückenhaft und unsystematisch und hat er durch die überwiegende Auslastung der Arbeitszeit mit unqualifizierten Hilfstätigkeiten kaum Gelegenheit, die den Beruf in der späteren Praxis bestimmenden qualifizierten Kenntnisse und Fertigkeiten zu erwerben und mangelt es ihm zudem an der Gelegenheit zur praktischen Umsetzung der bereits erlernten berufstypischen Fähigkeiten in der betrieblichen Praxis, kommt der Lehrberechtigte seiner ordnungsgemäßen Ausbildungs- bzw Beschäftigungspflicht mangels Vermittlung der Kenntnisse und Fertigkeiten für das in Frage kommende Berufsbild nicht nach.⁹⁶²

Es wurde oben erläutert, dass der Lehrherr seine Beschäftigungspflicht verletzt, wenn er den Lehrling zu ausbildungsfremden Arbeiten heranzieht. Diese Feststellung knüpft gleich an das Problem zwischen Hilfsverrichtung und berufsfremder Tätigkeit an. Es ist schwierig festzulegen, in welchem Ausmaß der Lehrling zu Hilfsverrichtungen herangezogen werden darf und wo die Grenze zwischen Hilfsverrichtung und berufsfremden Tätigkeiten verläuft. Bei Hilfsverrichtungen handelt es sich um Tätigkeiten, ohne die, die dem Lehrberuf eigentümlichen Arbeiten nicht ausgeführt werden können. Die – nach Lehrjahren gegliederten – wesentlichen Fähigkeiten und Kenntnisse, die während der Ausbildung zu vermitteln und daher im Berufsbild festzulegen sind, ergeben sich aus den, dem Lehrberuf eigentümlichen Arbeiten samt Hilfsverrichtungen und Anforderungen, die die Berufsausbildung stellt.⁹⁶³ Das Ausmaß von notwendigen Hilfseinrichtungen muss jedenfalls stets beschränkt bleiben und die Hilfsverrichtung einen echten sachlichen Bezug zur Ausbildung haben.⁹⁶⁴

⁹⁶⁰ Der Begriff der Fertigkeiten bezieht sich tendenziell auf den manuellen Bereich, während hingegen der Begriff Kenntnisse sich auf den Bereich des Wissens – also etwa über Arbeitsvorgänge, Arbeitsmittel und entsprechende Vorschriften – bezieht.

⁹⁶¹ Vgl ASG Wien 23.7.1997, 3 Cga 172/95z ARD 4955/13/98; Uher, Lehrlingsausbildung³ § 9 Rz 63.

⁹⁶² Vgl ASG Wien 19.1.1989, 15 Cga 1144/89 ARD 4060/13/89; Uher, Lehrlingsausbildung³ § 9 Rz 63.

⁹⁶³ OGH 14.9.1995, 8 Ob A 280/95 ARD 4711/29/96 = DRdA 1996, 161 = RdW 1996, 330.

⁹⁶⁴ OGH 14.9.1995, 8 Ob A 280/95 ARD 4711/29/96 = DRdA 1996, 161 = RdW 1996, 330.

In diesem Zusammenhang hat der OGH bei einem Elektroinstallateurlehrling entschieden, dass seine Heranziehung in einem zeitlich begrenzten Ausmaß auch zu den mit der Verlegung von Erdkabeln notwendig verbundenen Grabungsarbeiten keine berufsfremde Tätigkeit darstellt.⁹⁶⁵ Die Grabungsarbeit ist daher noch als im Rahmen der Berufsausbildung liegende Hilfsverrichtung zu qualifizieren. Aber auch das Vorliegen einer berufsfremden Tätigkeit schließt nicht automatisch auf die Verletzung der Beschäftigungspflicht, insb dann nicht, wenn diese Tätigkeit zeitlich sehr gering und dadurch die einschlägige Ausbildung nicht verkürzt wird.⁹⁶⁶

Nach der Jud verletzt der Lehrberechtigte seine Ausbildungspflicht auch nicht, wenn er im geringen Ausmaß einen Kochlehrling zum Reinigen der Küche heranzieht, obwohl dies keine berufsspezifische Tätigkeit darstellt. Nach der Rsp gehört diese aber ebenfalls zur Verwirklichung des Ausbildungszweckes, da die Möglichkeit besteht, dass ihm in seiner späteren Berufslaufbahn auch die Überprüfung der ordnungsgemäßen Durchführung derartiger, auch von Hilfskräften verrichtbarer Arbeiten, auferlegt sein kann.⁹⁶⁷

Ebenfalls verletzt nach dem Höchstgericht der Lehrherr nicht die ordnungsgemäße Beschäftigungspflicht, wenn er einen KFZ-Mechanikerlehrling zum Autoreinigen und Reinigen des Gestells für die Autoreifen heranzieht.⁹⁶⁸ Die Vermittlung dieser Tätigkeiten sind zwar den Ausbildungsvorschriften nicht zu entnehmen, jedoch handelt es sich durchaus um für einen Kfz-Mechaniker nicht unnütze Fertigkeiten und Kenntnisse, insbesondere im Hinblick darauf, dass er in seiner späteren Berufslaufbahn mit der Überprüfung der ordnungsgemäßen Durchführung derartiger Arbeiten durch Hilfskräfte konfrontiert sein wird. Das Recht auf Beschäftigung wird aber dann verletzt, wenn der Kfz-Mechanikerlehrling zB zum Kanalreinigen herangezogen wird.⁹⁶⁹ Weiters liegt eine berufsfremde Tätigkeit und somit die Verletzung der Beschäftigungspflicht vor, wenn der Lehrling bei der Ausbildung zum Radio- und Fernsehmechaniker zu rein privaten Zwecken des Lehrberechtigten ein Kfz lenkt.⁹⁷⁰

⁹⁶⁵ OGH 14.9.1982, 4 Ob 107/82 Arb 10.181.

⁹⁶⁶ Vgl OGH 10.7.1984, 4 Ob 82/84 Arb 10.360 = RdW 1984, 349 = ZAS 1986, 53 (*Forsthuber*).

⁹⁶⁷ ASG Wien 23.7.1997, 3Cga 172/95z, ARD 4955/13/98.

⁹⁶⁸ OGH 14.9.1995, 8 Ob A 280/95 ARD 4711/29/96 = DRdA 1996, 161 = RdW 1996, 330.

⁹⁶⁹ So OGH 14.9.1995, 8 Ob A 280/95 ARD 4711/29/96 = DRdA 1996, 161 = RdW 1996, 330.

⁹⁷⁰ OGH 14.9.1982, 4 Ob 99/81 Arb 10.176 = DRdA 1983, 8 (*Tögl*).

Mit dem Wesen der Ausbildung nicht vereinbar ist auch, wenn etwa ein Lehrling Geschäfts- und Privatwäsche des Lehrberechtigten transportiert und aufhängt, den Hof reinigt und Blumen gießt, sowie Fenster putzt.⁹⁷¹ Hingegen liegt keine Verletzung der Beschäftigungspflicht vor, wenn ein Lehrling, wie die anderen im Betrieb tätigen Mitarbeiter gelegentlich einkaufen geht oder das Geschirr abwäscht, da dies ein Akt der Solidarität ist.⁹⁷²

Schließlich schließt die dem Lehrherrn gesetzlich zwingend auferlegte Beschäftigungspflicht die Vereinbarung einer Teilzeitbeschäftigung aus, da eine derartige Vereinbarung einen Widerspruch zum Ausbildungsziel bedeuten würde.⁹⁷³ Eine ordnungsgemäße Ausbildung des Lehrlings ist nur bei Vollbeschäftigung desselben gewährleistet.⁹⁷⁴

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass der Lehrling im Rahmen der Ausbildungsvorschriften des Berufsbildes beschäftigt werden muss, wobei Hilfsverrichtungen in einem beschränkten Ausmaß, die in einem sachlichen Zusammenhang zur Ausbildung stehen, die Beschäftigungspflicht noch nicht verletzen. Der Lehrling ist nur zu solchen Tätigkeiten heranzuziehen, die mit dem Wesen der Ausbildung vereinbar sind und eine entsprechende Ausbildung des Lehrlings in seinem Lehrberuf sicherstellen.

b) ... während der Behaltezeit

Aus dem Wortlaut des § 18 Abs 1 BAG ergibt sich für den ehemaligen Lehrling und nunmehrigen Arbeitnehmer nicht nur ein gesetzlicher Anspruch auf Beschäftigung schlechthin, sondern vielmehr ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im erlernten Beruf.⁹⁷⁵ Er kann daher während der Behaltezeit ebenso wenig wie ein Lehrling zur Besorgung berufsfremder Tätigkeiten verpflichtet werden.⁹⁷⁶ Der Umfang des Beschäftigungsanspruches des ausgelernten Lehrlings ist während der Behaltezeit gleich wie während der Lehrzeit, sodass auf die dortigen Ausführungen zu verweisen ist. Der Unterschied zum Lehrling liegt lediglich darin, dass der Lehrberechtigte den künftigen Arbeitnehmer nicht mehr ausbilden, sondern ihm die Möglichkeit geben muss, die in der

⁹⁷¹ S *Uher*, Lehrlingsausbildung³ § 9 Rz 63.

⁹⁷² ASG Wien 7.11.1994, 6 Cga 124/94 ARD 4671/23/95; *Uher*, Lehrlingsausbildung³ § 9 Rz 63.

⁹⁷³ OGH 16.9.1987, 9 Ob A 77/87 ARD 3940/13/87 = DRdA 1988, 149.

⁹⁷⁴ OGH 16.9.1987, 9 Ob A 77/87 ARD 3940/13/87 = DRdA 1988, 149.

⁹⁷⁵ *Gruber*, DRdA 1993/39 (323); OGH 16.4.1998, 8 Ob A 108/98k ARD 4945/6 = 4951/40/98.

⁹⁷⁶ OGH 16.4.1998, 8 Ob A 108/98k ARD 4945/6 = 4951/40/98.

Lehrzeit erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen praktisch durch tatsächliche Verwendung umzusetzen.⁹⁷⁷

3. Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Lehrlings

Obwohl nach dem Wesen des Lehrverhältnisses die Ausbildung immanent ist und der Lehrberechtigte zur tatsächlichen Beschäftigung während der Ausbildungs- und Behaltezeit des Lehrlings verpflichtet ist, besteht diese Pflicht dennoch nicht unbegrenzt. Auch wenn die Ausbildung des Lehrlings oberste Priorität genießt, geht es nicht an, berechnete Belange des Lehrberechtigten hintanzustellen, nur um die Erfüllung des auf tatsächliche Beschäftigung gerichteten Anspruchs durchzusetzen.

Auch in diesem Fall muss das schützenswerte Interesse des Lehrberechtigten an der Nichtbeschäftigung mit dem Ausbildungsinteresse des Lehrlings abgewogen und beim Überwiegen des Nichtbeschäftigungsinteresses, sowie bei Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, dem Interesse des Lehrberechtigten der Vorzug gegeben werden.

Welche schutzwürdigen Interessen könnten aber den Lehrberechtigten berechnete dem gesetzlich besonders geschützten Lehrling die Beschäftigung zu verweigern? Zunächst ist hier an wirtschaftliche oder innerbetriebliche Umstände auf Seiten des Lehrberechtigten zu denken, die eine dauernde oder vorübergehende Nichtbeschäftigung rechtfertigen können.⁹⁷⁸ So kann etwa eine Auftragsstockung oder eine völlige oder teilweise Betriebsstilllegung geeignet sein, den Lehrberechtigten von seiner Verpflichtung zur Ausbildung bzw Weiterverwendung zu befreien. Auch wenn das Recht auf Beschäftigung des Lehrlings gesetzlich verankert ist, darf nicht unbeachtet bleiben, dass der Beschäftigungsanspruch seinen Sinn verliert, wenn dadurch die wirtschaftliche Existenz des Gewerbebetriebes ernsthaften Gefahren ausgesetzt wäre. Es wird nicht im Interesse des Lehrlings liegen, dass er durch die Missachtung der betrieblichen Interessen seine Lehrstelle verliert. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass § 18 Abs 3 BAG der wirtschaftlichen Existenz des Betriebs voll Rechnung trägt. Gemäß dieser Bestimmung kann der Lehrberechnete, wenn er aus wirtschaftlichen Gründen, wie etwa Unmöglichkeit der Beschäftigung zufolge Betriebsstilllegung, nicht mehr in der Lage ist, den ausgebildeten Lehrling

⁹⁷⁷ Vgl OGH 17.3.1999, 9 Ob A 22/99x SZ 72/45.

⁹⁷⁸ Vgl OGH 11.5.1988, 9 Ob A 114/88 ARD 3933/12/88 = RdW 1988, 359 = wbl 1988, 372; 11.11.1992, 9 Ob A 190/92 wbl 1993,92 = DRdA 1993/39 (Gruber); 16.12.1992, 9 ObA 270/92 ARD 4432/5/93.

weiterzubeschäftigen, die Befreiung von der Weiterverwendungspflicht oder die Bewilligung der Kündigung vor Ende der Behaltefrist bei der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft beantragen.⁹⁷⁹ In so einem Fall kann die Wirtschaftskammer die Behaltspflicht des Lehrberechtigten durch Bescheid erlassen, welcher den öffentlich-rechtlichen Wegfall der Beschäftigungspflicht bedeutet. ME gilt diese Bestimmung auch analog für den Lehrling während der Lehrzeit, da es keinen Grund bzw Rechtfertigung gibt, die Grenzen beider Beschäftigungsansprüche unterschiedlich zu behandeln. Freilich wird nicht jeder wirtschaftliche Umstand von vornherein den Wegfall der Beschäftigungspflicht bedeuten. Denn würde jede Betriebsstilllegung schlechthin den Wegfall der Beschäftigungspflicht bedingen, würde dies nicht nur Willkür Tür und Tor eröffnen, sondern auch dem vorgesehenen System des BAG völlig widersprechen.⁹⁸⁰ Es wird daher immer auf den konkreten Einzelfall ankommen, ob der Beschäftigungsentfall aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist oder nicht.

Weiters fällt die Beschäftigungspflicht weg, wenn der Lehrberechtigte gemäß § 14 BAG von der Lehrlingsausbildung ausgeschlossen oder die Lehrlingsausbildung ihm bescheidmäßig untersagt wird. Gemäß § 14 Abs 2 lit d BAG endet in solchen Fällen das Lehrverhältnis ex lege und der Lehrberechtigte verliert sein Recht zur Ausbildung von Lehrlingen, wodurch ihm die Erfüllung der Beschäftigungspflicht rechtlich unmöglich gemacht wird.⁹⁸¹ Außerdem sieht § 18 Abs 1 BAG ausdrücklich vor, dass eine Behaltspflicht für den Lehrberechtigten nur bei Ablauf des befristeten Lehrverhältnisses⁹⁸² sowie bei erfolgreicher Absolvierung der Lehrabschlussprüfung⁹⁸³ besteht.⁹⁸⁴ Die Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit (Ausschließungsgrund, Untersagungsbescheid) gemäß § 14 Abs 2 lit d BAG sind explizit von § 18 Abs 1 BAG ausgeschlossen. Liegt eine Ausschließung oder Untersagung vor, ist der Lehrberechtigte von der Behaltspflicht befreit. Das Gleiche wird auch bei Endigung der Gerwerbberberechtigung gelten.⁹⁸⁵ Wenn der Lehrberechtigte sein Gewerbe an mehreren Betriebsstätten betreibt und eine oder einzelne davon einstellt, dann fällt die Beschäftigungspflicht weg, wenn die Ausbildung des Lehrlings ausdrücklich nur in der eingestellten Betriebsstätte vereinbart war. Ist dies nicht der Fall, verletzt der Lehrberechtigte

⁹⁷⁹ Vgl § 18 Abs 3 BAG; OGH 11.5.1988, 9 Ob A 114/88 ARD 3933/12/88 = RdW 1988, 359 = wbl 1988, 372.

⁹⁸⁰ Gruber, DRdA 1993/39 (324).

⁹⁸¹ Zur Ausschließung von der Lehrlingsausbildung und Untersagung der Lehrlingsausbildung s § 4 BAG; s dazu auch Preiss in ZellKomm § 4 BAG Rz 1 ff und § 14 BAG Rz 7.

⁹⁸² Vgl § 18 Abs 1 BAG iVm § 14 Abs 1 BAG.

⁹⁸³ Vgl § 18 Abs 1 BAG iVm § 14 Abs 2 lit e BAG.

⁹⁸⁴ S statt aller Gruber, DRdA 1992/37.

⁹⁸⁵ Vgl Preiss in ZellKomm § 14 BAG Rz 8 mwN.

seine Beschäftigungspflicht, wenn er die Ausbildung des Lehrlings nicht in den übrigen Betriebsstätten fortsetzt.⁹⁸⁶

Darüber hinaus kann auch das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Lehrlings oder in dessen Verhalten den gerechtfertigten Wegfall der Beschäftigungspflicht des Lehrberechtigten bewirken. Zu den eine Beschäftigungsverweigerung rechtfertigenden Gründen gehören etwa alle Umstände, die die vorzeitige Auflösung des Lehrverhältnisses nach § 15 Abs 3 BAG⁹⁸⁷ nach sich ziehen können, wenn auch keineswegs das Vorliegen so schwerwiegender Gründe erforderlich ist, um den Lehrberechtigten von der Beschäftigungspflicht zu befreien. Die Nichtannahme der Arbeitsleistung des Lehrlings ist etwa dann gerechtfertigt, wenn es dem Lehrling an der erforderlichen Eignung, den körperlichen und geistigen Fähigkeiten fehlt, um den Lehrberuf zu erlernen. Natürlich wird ein einmaliges Versagen die Verletzung einer Beschäftigungspflicht nicht rechtfertigen. Dem Lehrling muss auf jeden Fall die Gelegenheit gegeben werden, den Lehrberechtigten von seiner Leistungsfähigkeit zu überzeugen. War dem Lehrherrn bereits in der Probezeit die mangelnde Eignung bewusst, kann er sich natürlich nicht mehr auf den Wegfall der Beschäftigungspflicht berufen.⁹⁸⁸ Als weiterer Grund lässt sich der objektiv begründete Verdacht von strafbaren oder anderen pflichtwidrigen Handlungen anführen, da solche Handlungen den Lehrling gegenüber dem Lehrberechtigten vertrauensunwürdig und somit die Beschäftigung unzumutbar machen. Wenn ein solcher Verdacht schon nach § 15 Abs 3 BAG zur Entlassung führt, dann lässt sich erst recht die Nichtbeschäftigung des Lehrlings rechtfertigen. Überdies wird die beharrliche Verletzung von Pflichten aus dem Lehrvertrag bzw der Pflicht zum Schulbesuch die Beschäftigungsverweigerung rechtfertigen, wobei aber im Einzelfall zu beurteilen ist, ob die Verletzung schwerer wiegt als der Anspruch auf Beschäftigung.⁹⁸⁹ Ferner kann die Beschäftigungspflicht vor allem dann wegfallen, wenn der Lehrling durch den mangelnden Schulbesuch keine theoretischen Kenntnisse erlangt, die im Betrieb praktisch umzusetzen wären. Ein Recht auf Ausbildung bzw Weiterverwendung wird auch zu verneinen sein, wenn der Lehrling mit anderen Lehrlingen oder mit dem Lehrberechtigten ständig Streitigkeiten oder Differenzen hat und dadurch die Ordnung des

⁹⁸⁶ Vgl *Preiss* in *ZellKomm* § 14 BAG Rz 9.

⁹⁸⁷ Die Entlassung eines Lehrling kann nur aus einem der in § 15 Abs 3 BAG taxativ aufgezählten Gründen erfolgen. Eine Ausdehnung dieser Gründe durch KollV, BV oder Einzelvertrag ist unzulässig; s dazu *Preiss* in *ZellKomm* § 15 BAG Rz 20.

⁹⁸⁸ Vgl hierzu § 15 Abs 3 lit f BAG, der diesbezüglich normiert, dass der Lehrberechtigte zur vorzeitigen Auflösung berechtigt ist, wenn der Lehrling unfähig wird, den Lehrberuf zu erlernen, sofern innerhalb der Lehrzeit die Wiedererlangung dieser Fähigkeit nicht zu erwarten ist.

⁹⁸⁹ Vgl § 15 Abs 3 lit c BAG; s *Preiss* in *ZellKomm* § 15 BAG Rz 35 mwN.

Betriebes gestört wird, die eine weitere Zusammenarbeit mit dem Lehrling unzumutbar macht. Aber auch ein schlechtes Benehmen des Lehrlings in der Berufsschule, das als schwerwiegend anzusehen ist, kann einen Grund darstellen, den Lehrling zur Beschäftigung nicht zuzulassen.

4. Rechtsfolgen der Nichtbeschäftigung

Verletzt der Lehrberechtigte seine Pflicht zur Ausbildung bzw Weiterverwendung, stellt sich die Frage, ob der Lehrling diese Ansprüche auch einklagen kann. Auch wenn beide Ansprüche des Lehrlings gegenüber seinem Lehrherrn zwar in Richtung eines Rechts auf Beschäftigung gehen, verneint ein Teil der Lehre mit Verweis auf § 21 SchSpG ein klagbares Recht auf Beschäftigung.⁹⁹⁰ Der Lehrling hat demnach kein Recht auf Durchsetzung der beiden Ansprüche. Die Verletzung der Beschäftigungspflicht stellt bloß eine gröbliche Pflichtverletzung gemäß § 15 Abs 4 lit b BAG dar, die den Lehrling lediglich zum vorzeitigen Austritt berechtigt.⁹⁹¹ Ob darüber hinaus ein schadenersatzrechtlicher Anspruch entsteht, hängt vom Verschulden des Lehrberechtigten an der Nichtbeschäftigung ab.

Die Judikatur bejaht hingegen in Ansätzen die Klagbarkeit.⁹⁹² So bejaht der OGH in ständiger Rechtsprechung, dass der Lehrberechtigte gemäß § 18 Abs 1 BAG verpflichtet ist, im Falle der Endigung des Lehrverhältnisses dem ausgebildeten Lehrling den Abschluss eines Arbeitsvertrages zum Zweck der Erfüllung der Behaltspflicht anzubieten.⁹⁹³ Weigert sich der Arbeitgeber zu kontrahieren, so kann nach dem Höchstgericht der Lehrling die Erfüllung gerichtlich begehren.⁹⁹⁴ Die klagsweise Durchsetzung der Kontrahierungspflicht bedeutet mE nichts anderes als die klagsweise Durchsetzung der Behaltspflicht. Verweigert der Lehrherr dem Lehrling einen neuen Vertrag, verweigert er ihm zugleich die ihm zustehende tatsächliche Beschäftigung. Gibt die Rsp dem ausgebildeten Lehrling einen Erfüllungsanspruch iS einer Zustimmung zum Vertragsabschluss, ist daraus zugleich die Klagbarkeit der

⁹⁹⁰ *Adler/Höller* in Klang V² 247; *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (422); *Resch*, DRdA 1991, 424 (426).

⁹⁹¹ Vgl *Preiss* in ZellKomm § 15 BAG Rz 57; ebenso OGH 13.4.2000, 8 ObA 297/99f = DRdA 2001/24 (*Jabornegg*).

⁹⁹² Grundlegend OGH 9.6.1959, 4 Ob 59/59 EvBl 1959/291= Arb 7.072; 12.7.1983, 4 Ob 75/83 Arb 10.276; 10.12.1985, 4 Ob 161/85 SZ 58/198 = RdW 1986, 153 = Arb 10.511; 11.5.1988, 9 Ob A 114/88 RdW 1988, 359 = wbl 1988, 372; 5.9.2001, 9 ObA 218/01a SZ 74/146.

⁹⁹³ Vgl OGH 9.6.1959, 4 Ob 59/59 EvBl 1959/291= Arb 7.072; 12.7.1983, 4 Ob 75/83 Arb 10.276; 10.12.1985, 4 Ob 161/85 SZ 58/198 = RdW 1986, 153 = Arb 10.511; 11.5.1988, 9 Ob A 114/88 RdW 1988, 359 = wbl 1988, 372; 5.9.2001, 9 Ob A 218/01a SZ 74/146; vgl *Jabornegg*, DRdA 1977, 16 (17); *Gruber*, DRdA 1993/39 (323).

⁹⁹⁴ Vgl OGH 9.6.1959, 4 Ob 59/59 EvBl 1959/291= Arb 7.072; 12.7.1983, 4 Ob 75/83 Arb 10.276; 10.12.1985, 4 Ob 161/85 SZ 58/198 = RdW 1986, 153 = Arb 10.511; 11.5.1988, 9 Ob A 114/88 RdW 1988, 359 = wbl 1988, 372; 5.9.2001, 9 Ob A 218/01a SZ 74/146; vgl *Jabornegg*, DRdA 1977, 16 (17); *Gruber*, DRdA 1993/39 (323).

Weiterverwendung des ausgebildeten Lehrlings abzuleiten. Diese Rsp kann analog für Lehrlinge während der Ausbildungszeit angewendet werden, zumal Lehrlinge schutzwürdiger sind als bereits ausgebildete Lehrlinge.

Im Übrigen kann der Ansicht der Lehre, insb dem Vergleich mit den Schauspielern nicht zugestimmt werden. Bei einem Lehrling ist im Gegensatz zum Schauspieler betreffend der Klagbarkeit des Beschäftigungsanspruches zu differenzieren. Außerdem ist der Verweis auf die mangelnde Klagbarkeit bei Schauspielern verfehlt.⁹⁹⁵ Wie im allgemeinen Teil der Arbeit bereits ausführlich dargestellt, ist der Beschäftigungsanspruch grundsätzlich einklagbar. Für die Durchsetzung braucht es im jeweiligen Einzelfall keine besondere rechtliche Grundlage, da sich der Anspruch aus allgemeinen Grundsätzen ergibt.⁹⁹⁶ Dem Schauspieler ist deshalb die klagsweise Durchsetzung seines Rechts auf Auftritt verwehrt, weil diesem die Ausnahmebestimmung des § 21 SchSpG entgegensteht, wonach der Gesetzgeber aufgrund der Eigenart des Bühnendienstverhältnisses dem Schauspieler ausdrücklich für den Fall des verweigerten Auftritts nur ein Austrittsrecht sowie Entschädigungsansprüche zugesteht. Eine vergleichbare Regelung ist aber dem BAG nicht zu entnehmen. § 15 Abs 4 lit b BAG normiert, dass der Lehrling zum vorzeitigen Austritt berechtigt ist, wenn der Lehrberechtigte die ihm obliegenden Pflichten gröblich verletzt. Diese ist aber keine besondere dem § 21 SchSpG vergleichbare Sonderaustrittsbestimmung, sondern ein typischer – in vielen arbeitsrechtlichen Gesetzen vorzufindender – Austrittstatbestand. Aus dieser Bestimmung ist aber keineswegs abzuleiten, dass durch diese Austrittsregelung die klagsweise Durchsetzung des Beschäftigungsanspruches des Lehrlings ausgeschlossen sein soll. Abgesehen davon steht der einschlägige Austrittstatbestand in keinem Zusammenhang mit dem Beschäftigungsanspruch des Lehrlings, wie es eben in § 21 SchSpG der Fall ist. Der Lehrling würde bei Verletzung der Ausbildungspflicht und Behaltspflicht – auch ohne die Existenz eines Beschäftigungsanspruches – ein Recht auf Austritt haben, da diese genannten Verletzungen in den meisten Fällen – unabhängig vom Bestehen eines Rechts auf Beschäftigung – eine gröbliche Pflichtverletzung iS § 15 Abs 4 lit b BAG darstellen.

Für eine Klagbarkeit des Anspruchs auf Beschäftigung spricht auch der Normzweck des § 9 Abs 1 bzw 18 Abs 1 BAG. Im Gegensatz dazu hat § 21 SchSpG eine andere Zielsetzung vor Augen. Der Schauspieler ist ein Arbeitnehmer, der auf einen unmittelbaren Kontakt zum Publikum angewiesen ist. Dieser Umstand hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, dem

⁹⁹⁵ Wie etwa durch *Adler/Höller* in *Klang V*² 247.

⁹⁹⁶ So *Strasser*, *ÖJZ* 1954, 60 (62).

Schauspieler für die Erhaltung seiner künstlerischen Fähigkeiten und seines Marktwerts das rasche Wechseln des Theaters zu ermöglichen und die Klaglosigkeit zu normieren. Diese Erwägungen spielen aber bei der Berufsausbildung des Lehrlings keine Rolle. Der Lehrling ist an kein Publikum gebunden. Zweck des § 9 Abs 1 BAG ist es, die Ausbildung des Lehrlings zu sichern und dem Lehrling Fertigkeiten und Kenntnisse zu vermitteln, damit dieser die dem erlernten Lehrberuf eigentümlichen Tätigkeiten selbst fachgerecht ausführen kann. Dieses Ausbildungsziel kann aber nur erreicht werden, wenn der Lehrling tatsächlich beschäftigt und die Ausbildungspflicht zwangsweise durchgesetzt wird. Auch der ehemalige Lehrling nach § 18 Abs 1 BAG soll bei Beschäftigung in der Behaltezeit durch das Recht der Verwendung in seinem erlernten Beruf die Möglichkeit haben, die im Lehrverhältnis angeeigneten Fertigkeiten und Kenntnisse anzuwenden und zu festigen, um durch die praktische Umsetzung auch mehr Sicherheit in der Ausübung des Berufes zu erhalten. Diese bildungspolitische Zielsetzung würde aber nicht erreicht werden, wenn dieser Anspruch nicht durch Klage geltend gemacht werden könnte. Aus diesem Grund kann der künftige Arbeitnehmer sein Recht auf tatsächliche Beschäftigung im erlernten Beruf, im Betrieb des früheren Lehrberechtigten klagsweise durchsetzen.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass entsprechend den allgemeinen Grundsätzen und mangels entgegenstehender Regelungen, sowohl der Lehrling während der Lehrzeit gem § 9 Abs 1 BAG als auch der ausgelernte Lehrling während der Behaltezeit gem § 18 Abs 1 BAG einen durch Klage durchsetzbaren Anspruch auf Beschäftigung haben.

5. Analogie

Der Anerkennung des Beschäftigungsanspruches des Lehrlings kommt nicht nur innerhalb der Grenzen der Lehrberufe, sondern auch außerhalb eine wichtige Bedeutung zu. Da die österreichische Arbeitsrechtsordnung – außer in bereits bekannten Ausnahmefällen – das Recht auf Beschäftigung nicht normiert, stellt sich die Frage, ob das als Ausbildungsinteresse zu deutende Beschäftigungsinteresse iS von § 9 Abs 1 und § 18 Abs 1 BAG auf vergleichbare Ausbildungsverhältnisse analog anwendbar ist.

Das Recht auf Beschäftigung des Lehrlings ist analog auf alle Arbeitnehmer auszudehnen, die ein Arbeitsverhältnis vor allem zum Zwecke der Ausbildung und um gewisse Kenntnisse und Fertigkeiten anzueignen, eingehen. In diesen Fällen hat der betroffene Arbeitnehmer nicht nur

ein Interesse an der Erlangung des Entgelts, sondern auch ein vordringliches Interesse an der fachlichen Ausbildung. Ein solches Ausbildungsinteresse wird etwa bei den – sogleich zu behandelnden – Rechtsanwaltsanwärtern⁹⁹⁷ und Turnusärzten sowie bei im Rahmen von Ausbildungsverhältnissen beschäftigten Volontären⁹⁹⁸ und Praktikanten⁹⁹⁹ anzunehmen sein. Nach *Radner* hat der Volontär bzw Praktikant ein Recht auf Beschäftigung, da diese, die aufgrund der praktischen Tätigkeit erlangten Kenntnisse und Fertigkeiten für eine erfolgreiche Schul- bzw Studienausbildung und für die daran anschließende Berufsausübung benötigen.¹⁰⁰⁰

6. Zusammenfassung

1. Der Lehrling hat sowohl während der Dauer des Lehrverhältnisses gem § 9 Abs 1 BAG als auch nach dessen Beendigung als Arbeitnehmer während der Behaltezeit für einen Zeitraum von drei Monaten gem § 18 Abs 1 BAG ein klagbares gesetzliches Recht auf tatsächliche Verwendung im Lehrgewerbebetrieb.
2. Das Recht auf Beschäftigung des Lehrlings bzw ausgelernte Lehrlings erschöpft sich nicht in einem Recht auf Beschäftigung schlechthin, sondern vielmehr in einem Recht auf ausbildungsdienliche Beschäftigung.
3. §§ 9 Abs 1 und 18 Abs 1 BAG sind auf Arbeitnehmer analog anwendbar, wenn deren Arbeitsverhältnis gleichfalls der fachlichen Ausbildung dienen.

⁹⁹⁷ Ebenso Notariatsanwärter und Patentanwaltsanwärter.

⁹⁹⁸ Nach der Legaldefinition des § 3 Abs 5 lit a AuslBG sind als Volontäre Personen zu bezeichnen, die ausschließlich zum Zwecke der Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen und zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis ohne Arbeitspflicht und ohne Entgeltanspruch beschäftigt werden. Diese Definition ist wohl im gesamten Arbeitsrecht anwendbar. Zu weiteren Definitionen s Nachweise bei *Radner*, DRdA 2001, 3 (5).

⁹⁹⁹ Im Gegensatz zum Volontär definiert die Literatur einhellig den Praktikanten als eine Person, die, die praktische Tätigkeit in Ergänzung zu einer theoretischen, meist schulischen- oder hochschulmäßigen Ausbildung kennenlernen will. Nach der Rsp handelt es sich bei einem Praktikanten um eine Person, deren kurzfristiger Aufenthalt im Betrieb lediglich dazu dient, die Einrichtung des Betriebes kennenzulernen und, weil es ihre Studienordnung fordert, sich gewisse praktische Kenntnisse und Fähigkeiten anzueignen; eine Übersicht des Meinungsstandes s *Radner*, DRdA 2001, 3 (4).

¹⁰⁰⁰ Zum Recht auf Beschäftigung sowie zur sonstigen arbeitsrechtlicher Stellung der Praktikanten und Volontäre ausführlich *Radner*, DRdA 2001, 3, 128; vgl *Adler/Höller* in *Klang V*² 247.

B. Rechtsanwaltsanwärter

Literatur: *Adler/Höller* in *Klang V²* (1978); *Allmayer-Beck*, Auf dem Weg zur österreichischen Anwaltsakademie, *AnwBl* 1989, 240; *Feil/Wennig*, *Anwaltsrecht⁴* (2006); *Gebauer*, Der Ausbildungs-Anwalt – Ein kritischer Blick in die standesrechtliche Judikatur, *AnwBl* 1982, 599; *Schwarz*, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in *FS Floretta* 1983, 415; *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, *ÖJZ* 1954, 60; *Strigl*, *AnwBl* 1997, 943 (Anm zu *OBDK Bkv 3/96*); *ders*, *AnwBl* 1995, 131 (Anm zu *OBDK Bkv 4/91*).

Nach der hL steht der Rechtsanwaltsanwärter zu seinem Ausbildungsanwalt in einem lehrvertragsähnlichen Rechtsverhältnis.¹⁰⁰¹ Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung sieht die Tätigkeit des Rechtsanwaltsanwärters als Berufsausbildung an.¹⁰⁰² Der OGH hält diesbezüglich fest, dass der Begriff der Berufsausbildung voraussetzt, dass eine Ausbildung im Hinblick auf den zukünftigen Beruf vorgenommen wird. Ausgehend von dieser Definition kann festgehalten werden, dass der Rechtsanwaltsanwärter in einem Ausbildungsverhältnis beschäftigt ist, weil er den Rechtsanwaltsberuf anstrebt. Obwohl die „Verwendung“ eines Rechtsanwaltsanwärters gem § 2 Abs 2 RAO nicht begriffsnotwendig ein Arbeitsverhältnis voraussetzt, wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Rechtsanwaltsanwärter und dem Ausbildungsanwalt in der Regel als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sein.¹⁰⁰³ Dass der Rechtsbeziehung zwischen dem Rechtsanwalt und dem Rechtsanwaltsanwärter auch ein Ausbildungszweck zugrunde liegt, steht der Annahme eines Arbeitsvertrages nicht entgegen. Wesentlich ist nur, dass der angehende Anwalt zu einer bestimmten Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.¹⁰⁰⁴ Daher sind für Konzipienten die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des AngG bzw ABGB anzuwenden.

Der Rechtsanwaltsanwärter hat nach Absolvierung des Studiums der Rechtswissenschaften keinen Anspruch auf einen Ausbildungsvertrag.¹⁰⁰⁵ Der Anwärter hat insofern keinen gesetzlichen Anspruch auf Anstellung bzw Ausbildung bei einem Rechtsanwalt. Ein

¹⁰⁰¹ Vgl *Adler/Höller* in *Klang V²* 247; ihm folgend *Strasser*, *ÖJZ* 1954, 60 (61); *W.Schwarz* in *FS Floretta* 415 (422).

¹⁰⁰² OGH 28.4.1998, 10 Ob S 420/97f SZ 71/80: In dieser Entscheidung qualifizierte der OGH in der Unfallversicherung die Tätigkeit des Konzipient als Berufsausbildung iS von § 180 ASVG.

¹⁰⁰³ *OBDK* 20.12.1993, *Bkv 4/91 AnwBl* 1995, 131 (*Strigl*). Die Verwendung in anderer Form müsste allerdings als besonderer Ausnahmefall begründet dargetan werden, etwa im Rahmen einer familiären Mitarbeit eines Rechtsanwaltsanwärters in der Kanzlei seines Vaters bzw seiner Mutter. Die Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses ist daher der Regelfall, da der Rechtsanwaltsanwärter seine Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit zu erledigen hat.

¹⁰⁰⁴ Der Rechtsanwaltsanwärter ist zugleich – so auch in der Praxis – Angestellter, da er seine Tätigkeit bereits mit einem Hochschulfachwissen ausgestattet beginnt. Er leistet jedenfalls höhere Dienste iS des AngG, mag auch in dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt begründeten Rechtsverhältnis der Ausbildungszweck im Vordergrund stehen.

¹⁰⁰⁵ Den Ausbildungsanwalt trifft somit keine Kontrahierungspflicht.

Rechtsanspruch besteht lediglich explizit gem § 2 Abs 1 RPG¹⁰⁰⁶ auf die Zulassung zur Gerichtspraxis.

Mangels Anspruch auf einen Ausbildungsplatz muss der Berufsanwärter sich um eine Anstellung bei einem Anwalt bemühen. Da der Arbeitsmarkt für Konzipienten im großen Maß überlaufen ist, muss der Rechtsanwaltsanwärter um eine vakante Stelle mit anderen Konzipienten „kämpfen“. ¹⁰⁰⁷ Die größte Hürde für Berufsanfänger nach dem Studium bzw Gerichtsjahr stellt daher die Suche nach einer freien Konzipientenstelle bei einem Anwalt dar.

Hat aber der Konzipient eine freie Ausbildungsstelle angetreten, stellt sich die Frage, ob er nach Anstellung und daher während des aufrechten Ausbildungsverhältnisses einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung hat. Gegen diese Frage wird der Praxiseinwand erhoben, dass dem Beschäftigungsanspruch des Konzipienten an sich nur akademische Bedeutung zukommen kann. Dies deshalb, da die Rechtsanwaltsanwärter mit überdurchschnittlicher Wochenarbeitszeit beschäftigt werden und sich demnach die Frage nach einer tatsächlichen Beschäftigung erübrigt. Ob diesem Einwand Berechtigung zukommt, wird im Rahmen dieses Kapitels untersucht werden.

1. Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters

Die hL billigt dem Rechtsanwaltsanwärter in Analogie zum Lehrling ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung zu. ¹⁰⁰⁸ Sie begründet dies damit, dass der Zweck des Ausbildungsverhältnisses zwischen dem Konzipient und dem Anwalt nicht nur in der Erlangung des Entgelts, sondern auch in der Leistung der Dienste besteht, da das Ausbildungsverhältnis – ähnlich wie bei Lehrlingen – ihrer fachlichen Ausbildung dient. ¹⁰⁰⁹

Der hL ist in der grundsätzlichen Befürwortung des Beschäftigungsanspruches zuzustimmen. Jedoch kann die Beschäftigungspflicht für den Ausbildungsanwalt dogmatisch nicht nur analog hergeleitet werden, sondern findet auch im Gesetz ihre Deckung, da einige

¹⁰⁰⁶ Rechtspraktikantengesetz – RPG BGBl 644 idF BGBl I 2002/136.

¹⁰⁰⁷ Diese Situation führt bei den Berufsanfängern zur Notwendigkeit, auch unvorteilhafte Dienstverhältnisse mit Ausbildungsanwältinnen einzugehen. Der Angebotsdruck am Konzipientenmarkt führt zu niedrigen Gehältern bei überdurchschnittlicher Wochenarbeitszeit. Die Rechtsanwaltsanwärter haben sich in der Praxis mit dieser Tatsache schon abgefunden.

¹⁰⁰⁸ So Adler/Höller in Klang V² 247; ihm folgend Strasser, ÖJZ 1954, 60 (61); W.Schwarz in FS Floretta 415 (422).

¹⁰⁰⁹ S statt aller Adler/Höller in Klang V² 247, der aus gleichen Gründen auch den Beschäftigungsanspruch der Notariats- und Patentanwaltskandidaten bejaht.

Bestimmungen der RAO und Standesrichtlinien auf die Ausbildungsverpflichtung des Ausbildungsanwalts und damit auf die Beschäftigungspflicht hindeuten. So normiert § 2 Abs 1 RAO, dass die praktische Verwendung eines Rechtsanwaltsanwärters bei einem Rechtsanwalt nur anrechenbar ist, soweit diese Tätigkeit „*hauptberuflich und ohne Beeinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit*“ ausgeübt wird.¹⁰¹⁰ Weiters hat nach § 2 Abs 2 RAO diese praktische Verwendung fünf Jahre zu dauern, wovon mindestens neun Monate bei Gericht und „*drei Jahre bei einem Rechtsanwalt*“ zu verbringen sind. Darüber hinaus regelt § 21b RAO, dass der Rechtsanwalt für die „*umfassende Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters entsprechend dem Berufsbild des Rechtsanwalts Sorge zu tragen*“ und ihn dementsprechend hauptberuflich zu verwenden hat. Schließlich statuiert § 32 der Standesrichtlinie (RL-BA)¹⁰¹¹, dass der Rechtsanwalt dem bei ihm in praktischer Verwendung stehenden Rechtsanwaltsanwärter eine „*sorgfältige Ausbildung*“ für den Beruf angeeignen zu lassen hat.

Obwohl in den oben zitierten Bestimmungen nicht *expressis verbis* ein Recht auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters angeordnet ist, ergibt sich mE dennoch aus dem Zusammenhalt der genannten Gesetzesstellen ein Beschäftigungsanspruch für den Konzipienten. Wenn die hA bei Lehrlingen ein Recht auf Beschäftigung im Gesetz verankert sieht, dann müsste dies auch für Rechtsanwaltsanwärter gelten. Denn § 9 Abs 1 BAG und die §§ 2 Abs 1 RAO, § 21b RAO und § 32 RL-BA haben einen sehr ähnlichen Inhalt und verfolgen die gleiche Ratio. Auf der einen Seite hat der Lehrberechtigte für die Ausbildung des Lehrlings und auf der anderen Seite hat der Rechtsanwalt als Berufspflicht für die umfassende und sorgfältige Ausbildung des Konzipienten zu sorgen. Aufgrund der Ähnlichkeit und der Vielzahl der Gesetzesbestimmungen, die für eine Beschäftigungspflicht sprechen, steht dem Rechtsanwaltsanwärter daher ein gesetzlicher Anspruch auf Beschäftigung zu.

Ungeachtet der analogen oder gesetzlichen Herleitung des Beschäftigungsanspruchs erfließt dieser Anspruch auch aus dem Ausbildungsvertrag. Denn der Rechtsanwaltsanwärter wird sein Recht auf „Praxis“ auch aus der Natur des Ausbildungsverhältnisses ableiten können.

¹⁰¹⁰ Im Folgenden wird nur die rechtsberufliche Tätigkeit bei einem Rechtsanwalt behandelt. Die rechtsberuflichen Tätigkeiten bei Gericht als Rechtspraktikant, Richteramtsanwärter und die sonstige rechtberuflichen Tätigkeiten gem § 2 Abs 1 RAO, die für die Ausübung des Rechtsanwaltberufes dienlich sind, sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

¹⁰¹¹ Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltberufes und für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes RL-BA 1977 idgF.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Beschäftigungsanspruch des Konzipienten nicht sofort nach der Anstellung entsteht, sondern erst mit der Ausstellung einer kleinen Legitimationsurkunde und der gleichzeitigen Eintragung des Konzipienten in die Liste der Rechtsanwaltsanwärter bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer.¹⁰¹² Dies deshalb, weil der Berufsanwärter zum einen nur mit der Legitimationsurkunde seinen Ausbildungsanwalt nach außen vertreten kann und zum anderen erst ab Eintragung die praktische Verwendung bei einem Rechtsanwalt als anrechenbare Praxis iSd § 2 RAO anerkannt wird.¹⁰¹³ Die Beschäftigungspflicht endet mit der Ablegung der Anwaltsprüfung, da nach der Absolvierung der Anwaltsprüfung keine Ausbildungspflicht mehr besteht.¹⁰¹⁴

2. Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters

Als nächster Punkt stellt sich natürlich die Frage, „wie“ die auszubildenden künftigen Anwälte tatsächlich beschäftigt werden müssen, damit die Beschäftigungspflicht nicht verletzt wird. Um auf den eingangs erwähnten Praxiseinwand zurückzukommen, wonach der Anspruch des angehenden Rechtsanwalts lediglich akademische Bedeutung habe, ist zu sagen, dass es beim Beschäftigungsanspruch des Konzipienten nicht auf die überdurchschnittlich abzuleistenden Arbeitszeiten, sondern vielmehr darauf ankommt, ob er entsprechend dem Berufsbild des Rechtsanwalts beschäftigt wird. Denn der Konzipient hat – so wie der Lehrling – nicht nur ein Recht auf Beschäftigung schlechthin, sondern er hat vielmehr ein Recht darauf, nur mit jenen Tätigkeiten beschäftigt zu werden, die für seine Berufsausbildung maßgeblich sind. Das Recht auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters hat daher insofern praktische Relevanz, als dass – wie sogleich erörtert wird – Mängel bei der Qualität und Umfang Ausbildung bestehen, die allein durch überdurchschnittliche Arbeitszeiten nicht kompensiert werden.

Hinsichtlich der Qualität des Beschäftigungsanspruches normiert einerseits § 21b RAO, dass der Ausbildungsanwalt für die *„umfassende Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters entsprechend dem Berufsbild des Rechtsanwalts Sorge zu tragen“* hat. Andererseits normiert § 32 RL-BA, dass der Rechtsanwalt den heranwachsenden Berufskollegen eine *„sorgfältige*

¹⁰¹² Vgl § 15 Abs 4 RAO.

¹⁰¹³ Feil/Wennig, Anwaltsrecht⁴ § 2 RAO Rz 6 und 7, § 30 RAO § 30 Rz 1.

¹⁰¹⁴ Vgl OGH 28.4.1998, 10 Ob S 420/97f SZ 71/80: Die Berufsausbildung eines Rechtsanwaltsanwärters ist frühestens mit der Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung abgeschlossen.

Ausbildung für den Beruf angedeihen zu lassen hat.“ Um diese sorgfältige und umfassende Ausbildung sicherzustellen, hat der Gesetzgeber überdies nur die hauptberufliche Konzipiententätigkeit als anrechenbare praktische Verwendung des Rechtsanwaltsanwärters bei einem Rechtsanwalt vorgesehen.¹⁰¹⁵ Daraus leuchtet sofort ein, dass der Normschöpfer durch die Regelung der hauptberuflich – ohne Beinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit – auszuübenden Tätigkeit des Konzipienten die Wichtigkeit der umfassenden Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters unterstreichen wollte. So hat der VfGH erkannt, dass die hauptberufliche Tätigkeit des Rechtsanwaltsanwärters insbesondere deshalb erforderlich ist, weil durch eine solche Tätigkeit gewährleistet ist, dass der Konzipient umfassend mit allen Facetten des Berufsbildes des Rechtsanwalts vertraut gemacht werden kann und dem Ausbildungssanwalt dadurch überdies die Möglichkeit eingeräumt wird, sich umfassend Kenntnis von den einzelnen Fähigkeiten des Berufsanwärters zu verschaffen und dementsprechend die Ausbildung zu gestalten.¹⁰¹⁶

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Rechtsanwalt seiner Beschäftigungspflicht ordnungsgemäß nachkommt, wenn er seinen künftigen bei ihm tätigen Berufskollegen umfassend und sorgfältig ausbildet.

Dies führt aber nahtlos zum nächsten Aspekt, nämlich wie diese umfassende Ausbildung des Anwärters auszusehen hat. Durch die Ausbildung soll das Ziel erreicht werden, dass sich der angehende Anwalt Rechtskenntnisse und sonst für den Beruf des Rechtsanwalts erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten aneignet. Letztere Zielsetzung ist aber so einzurichten, dass der heranwachsende Berufskollege durch die erworbenen Kenntnisse den Erwartungen und Anforderungen des Dienstleistungsmarktes, in dem Anwälte künftig agieren, entsprechen kann. Es soll dem Anwärter dabei bewusst gemacht werden, dass er in einem großen Beratungsmarkt tätig sein wird, in dem für den einzelnen Anwalt – aber auch für den ganzen Berufsstand – die Devise gilt, Marktanteile zu behaupten und nach Möglichkeit auch zu vergrößern.¹⁰¹⁷ Um dieses oberste Ziel zu erreichen, haben die künftigen Rechtsanwälte ihre Ausbildung so abschließen, dass sie sowohl als der umfassendste Parteienvertreter vor allen Gerichten und Behörden als auch als exzellente Berater in diesem Dienstleistungsmarkt auftreten können.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁵ Feil/Wennig, Anwaltsrecht⁴ § 2 RAO Rz 3.

¹⁰¹⁶ VfGH 21.6.1997, B 29/97 AnwBl 1997, 943 (Strigl); vgl. OGH 12.02.1987, 7 Ob 519/87 JBl 1987, 533; Feil/Wennig, Anwaltsrecht⁴ § 2 RAO Rz 2 und 3.

¹⁰¹⁷ Allmayer-Beck, AnwBl 1989, 240 (241).

¹⁰¹⁸ Allmayer-Beck, AnwBl 1989, 240 (241).

Diese bezeichnete Eigenschaft erlangen sie nur dadurch, dass sie in jenen Rechtsgebieten ausgebildet werden, die Gegenstand der Anwaltsprüfung gemäß §§ 13, 20 RAPG¹⁰¹⁹ sind.¹⁰²⁰ § 1 RAPG regelt in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsanwaltsprüfung *„die für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse des Prüfungswerbers, im besonderen seine Gewandheit bei der Einleitung und Besorgung der einem Rechtsanwalt übertragenen öffentlichen und privaten Angelegenheiten sowie seine Eignung zur Abfassung von Rechtsurkunden und Rechtsgutachten sowie zum geordneten schriftlichen und mündlichen Vortrag einer Rechts- und Sachlage nachweisen“* soll.

Es kann daher weiters festgehalten werden, dass das RAPG abstrakt den Umfang der Beschäftigungspflicht des Ausbildungsanwalts vorgibt. Nur jener Ausbildungsanwalt, der diese Fähigkeiten und Kenntnisse iS des § 1 RAPG dem Rechtsanwaltsanwärter vermittelt, kommt seiner Beschäftigungspflicht ordnungsgemäß nach. Der Konzipient hat daher einen Anspruch darauf, dass er – selbstverständlich unter Aufsicht des Rechtsanwaltes – in den für die Rechtsanwaltsprüfung vorgesehenen Rechtsgebieten Verträge, Schriftsätze, Rechtsgutachten ausarbeitet sowie Gerichtverhandlungen verrichtet. Dem angehenden Anwalt sind aber darüber hinaus nicht nur rechtliche, sondern auch soziale Kompetenzen zu vermitteln. So hat der Anwalt den Konzipienten auch zu Besprechungen mit dem Mandanten beizuziehen, um ihm auch den „Verhaltenskodex“ zum Klienten zu vermitteln. Denn nur durch die Vermittlung genannter Rechts- und Praxiskenntnisse ist die erfolgreiche Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung und im Anschluss der Einstieg in den harten Beratungsmarkt als selbständiger Anwalt gewährleistet.

Werfen wir noch einen Blick auf die Praxis, um zu überprüfen, ob Rechtsanwaltsanwärter auch tatsächlich diese umfassende Ausbildung genießen. In der Praxis wird zwischen Einperson- bzw. kleinen Kanzleien und großen international ausgerichteten Wirtschaftskanzleien unterschieden.¹⁰²¹

Die kleinen Anwaltskanzleien sind im traditionellen Berufsbild tätig und werden daher in der Praxis unter Juristen als „allgemeine“ oder „Wald- und Wiesen“-Anwälte bezeichnet. Sie

¹⁰¹⁹ Rechtsanwaltsprüfungsgesetz – RAPG BGBl 1985/556 idF BGBl I 2004/28.

¹⁰²⁰ Vgl § 13 RAPG bzw § 20 RAPG, in dem Rechtsgebiete der schriftlichen bzw mündlichen Anwaltsprüfung normiert sind.

¹⁰²¹ Über 5200 Rechtsanwälte sind in Österreich bei den Kammern registriert.

haben grundsätzlich keine rechtliche Spezialisierung und übernehmen Mandate in jedem Rechtsgebiet, wobei der Schwerpunkt bei den alltäglichen Rechtsproblemen liegt. Der Rechtsanwaltsanwärter darf in der Regel in solchen Kanzleien die Mandanten meist relativ selbständig betreuen und spricht nur die Strategie und die Schriftsätze und Briefe mit dem Ausbildungsanwalt ab. Es geht auch so weit, dass der Konzipient selbständig Termine vereinbaren darf und alles vorbereitet und der Anwalt nur mehr durchliest und unterschreibt. Im Übrigen verrichtet der Anwärter – um auch den Ausbildungsanwalt zu entlasten – fast täglich Gerichtsverhandlungen. Aus dem Tätigkeitsfeld eines Rechtsanwaltsanwärters bei einer allgemeinen Kanzlei kann daher festgehalten werden, dass der angehende Anwalt in solchen Kanzleien umfassend und sorgfältig iS § 21b RAO und § 32 RL-BA beschäftigt wird und dadurch eine erfolgreiche Absolvierung der Rechtsanwaltsprüfung gewährleistet ist. Der Ausbildungsanwalt einer kleinen Anwaltssozietät erfüllt daher in der Regel seine Beschäftigungspflicht.

Anders spielt es sich aber in den großen Wirtschaftskanzleien ab. Die Arbeit der Anwälte bei großen Anwaltskanzleien hat sich weit weg vom traditionellen Anwaltsberuf entfernt. Die Anwälte arbeiten dort eher als Unternehmensberater, die auf ein bestimmtes Fachgebiet rechtlich spezialisiert sind. Aufgrund der Spezialisierung ihres Ausbildungsanwalts müssen die Anwärter sich ebenfalls zwangsläufig in diesem Fachgebiet spezialisieren. Im Übrigen werden Konzipienten speziell für diese Fachabteilungen eingestellt. Für die Dauer der Ausbildung bleiben die angehenden Anwälte der Großkanzleien grundsätzlich auf dieses Fachgebiet beschränkt und werden in der Regel von anderen Rechtsgebieten ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass in Großkanzleien der Rechtsanwaltsanwärter wenig bis gar keinen Kontakt mit Mandanten hat. In der Regel sprechen meist die Anwälte mit den Klienten und der Rechtsanwaltsanwärter erhält oft nur einen Aktenvermerk mit einem Auftrag. Darüber hinaus verhandelt der Konzipient einer Großkanzlei selten vor Gericht, wobei sogar vorkommen soll, dass Rechtsanwaltsanwärter von Großkanzleien, ohne einmal verhandeln gewesen zu sein, zur Rechtsanwaltsprüfung antreten. Auch das Verfassen von klassischen Schriftsätzen ist in den Großkanzleien eine Rarität für den Anwärter. Diese Form der Ausbildung entspricht der vorgesehenen Ausbildung iS § 21b RAO und § 32 RL-BA keineswegs. Sie ist nicht umfassend, sondern einseitig und bereitet den angehenden Berufskollegen in keiner Weise auf den Anwaltsberuf vor. Ein Konzipient in einer Wirtschaftskanzlei, der nur mit einem Fachgebiet befasst ist, wird – sollte er später Einzelanwalt werden – die Erwartungen und Anforderungen des Dienstleistungsmarktes der

Anwälte nicht erfüllen können. Auch wenn aufgrund der Internationalität und Komplexität der Mandate eine einseitige Spezialisierung gerechtfertigt erscheint, sollte eine große Wirtschaftskanzlei mE dennoch das traditionelle Berufsbild des Anwalts in einem Mindestumfang vermitteln. Dieses umfasst die Abfassung von Verträgen und Schriftsätzen sowie die Verrichtung von Gerichtsverhandlungen. Die Ausarbeitung von Verträgen stellt in Wirtschaftskanzleien das geringste Problem dar, da das Gros ihrer Tätigkeit neben der Beratung auch in der Ausarbeitung von Verträgen liegt. Problematisch ist hingegen die Ausbildung und Erfahrung in Schriftsatz- und Verhandlungstechnik. Daher sollte der Ausbildungsanwalt, um der Beschäftigungspflicht in einem Minimum Genüge zu leisten, etwa Verfahrenshilfen nicht an Substituten, sondern an die Anwörter weitergeben, um ihnen wenigstens die Möglichkeit zu geben, praktische Erfahrung bei Verhandlungen und dem Abfassen von Schriftsätzen zu sammeln. Schließlich sollte versucht werden, ein Rotationssystem für Konzipienten einzuführen, um ihnen auch Einblick in andere Rechtsgebiete zu verschaffen. Ist die Ausbildung zu einseitig und wird dem Konzipienten nicht zumindest ein Minimum des klassischen Berufsbildes des Anwalts vermittelt, kommt der Ausbildungsanwalt seiner Beschäftigungspflicht nicht nach.

Dennoch wird es für den Ausbildungsanwalt sowohl einer kleinen als auch einer großen Kanzlei nicht immer möglich sein, Kenntnisse in allen Rechtsgebieten zu vermitteln. Für diese fehlenden Rechtsgebiete dienen als Surrogat die verpflichtenden Ausbildungsveranstaltungen gem § 1 Abs 1 Ausbildungsrichtlinie (RL-RAA).¹⁰²² Rechtsanwaltsanwörter sind gem § 1 RL-RAA verpflichtet an Ausbildungsveranstaltungen im Ausmaß von 42 Halbtagen teilzunehmen. Gem § 4 RL-RAA hat der Rechtsanwalt die Teilnahme an diesen Seminaren zu gestatten. Wenn dem Konzipienten nicht während des Kanzleibetriebes alle Fachgebiete vermittelt werden, dann sollte ihr Ausbildungsinteresse zumindest durch Besuch der Seminare gewährleistet werden.

3. Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Rechtsanwaltsanwärters

Freilich ist diese Beschäftigungspflicht des Ausbildungsanwalts nicht zu überspannen. Die Existenz der Anwaltskanzlei darf jedenfalls durch die Erfüllung der Berufs- bzw Beschäftigungspflicht nicht gefährdet werden. Denn es wird dem Ausbildungsanwalt nicht zumutbar sein, während der gesamten Ausbildungszeit alle Rechtsgebiete zu vermitteln. Der

¹⁰²² Richtlinie für die Ausbildung von Rechtsanwaltsanwörtern (Ausbildungsrichtlinie) – BGBl 1993/21.

Ausbildungsanwalt hat seine Beschäftigungspflicht nur insoweit zu erfüllen, als es sein Kanzleibetrieb zulässt. Er ist mE nicht verpflichtet, über die Grenzen und Möglichkeiten seines Kanzleibetriebes hinaus für die Ausbildung des Rechtsanwaltsanwärters zu sorgen. Der Beschäftigungsanspruch des Konzipienten muss daher den Interessen, und insb dem Überleben der Anwaltskanzlei weichen. Jedoch ist die Eigenschaft als Wirtschaftskanzlei an sich kein Grund, das Recht auf angemessene Beschäftigung des Konzipienten zu verweigern. Einer Großkanzlei ist in der Regel die Vermittlung eines Mindestumfangs des klassischen Anwaltsberuf zuzumuten.

Weiters kann der Konzipient nicht ein Recht auf Beschäftigung beanspruchen, wenn der tatsächlichen Beschäftigung des angehenden Anwalts Entlassungsgründe entgegenstehen.¹⁰²³ In diesen Fällen wird der Ausbildungsanwalt die Beschäftigung in der Regel wegen Vertrauensunwürdigkeit verweigern können. So ist etwa auch nach § 30 Abs 3 RAO der Rechtsanwaltsanwärter nicht in die Liste der Rechtsanwaltsanwärter aufzunehmen, wenn er vertrauensunwürdig ist.¹⁰²⁴ Aber auch bei der Vertrauensunwürdigkeit des Ausbildungsanwalts kann der Beschäftigungsanspruch entfallen, da der Anwalt durch seine Vertrauensunwürdigkeit nicht die allgemeine geforderte fachliche und insbesondere standesethische Berufsausbildung gewährleisten kann.¹⁰²⁵ Denn wie soll ein Rechtsanwalt gegenüber seinem, bei ihm tätigen Anwärter, bestehenden Verpflichtung auf sorgfältige Berufsausbildung gerecht werden, wenn er wiederholt gegen anwaltliche Berufspflichten verstößt, wie wenn er etwa – um hier einige Fälle illustrativ zu erwähnen – mit Klientengelder sorglos umgeht, die Verschwiegenheitspflicht verletzt, Doppelvertretungen vornimmt, übernommene Mandate nicht erledigt uvam. Außerdem wird die Beschäftigungspflicht des Rechtsanwalts entfallen, wenn der Konzipient wiederholt disziplinar verurteilt wird. Ein einmaliges disziplinäres Vergehen allein wird noch nicht die berechtigte Verletzung der Beschäftigungspflicht rechtfertigen.

Da der Ausbildungsanwalt ein starkes Interesse an der Ordnung und der reibungslosen Abwicklung des Kanzleibetriebes hat, ist er ferner berechtigt, die Beschäftigung zu

¹⁰²³ Vgl § 27 AngG.

¹⁰²⁴ Für die Vertrauenswürdigkeit des Konzipienten ist ganz allgemein entscheidend, ob sein gesamtes berufliches und charakteristisches Verhalten eine in jeder Hinsicht korrekte und absolut verlässliche Berufsausübung insbesondere in Geldangelegenheiten und bei der Besorgung derartiger Angelegenheiten für andere erwarten lässt; vgl *Feil/Wennig, Anwaltsrecht*⁴ § 30 RAO Rz 1; *Gebauer, AnwBl* 1982, 599.

¹⁰²⁵ *Gebauer, AnwBl* 1982, 599.

verweigern, wenn der Konzipient das Kanzleiklima nachhaltig stört, in dem er etwa ständig mit anderen Konzipienten und dem Kanzleipersonal streitet.

Schließlich entfällt die Beschäftigungspflicht auch, wenn ihr gesetzliche Hindernisse entgegenstehen. Gemäß § 34 Abs 5 RAO ist der Rechtsanwaltsanwärter aus der Liste zu löschen, wenn er die österreichische Staatsbürgerschaft verloren hat. Der Beschäftigungsanspruch entfällt also, wenn die Zulassungsvoraussetzungen für die Ausbildung später wegfallen. Ebenso besteht keine Beschäftigungspflicht, wenn gem § 34 Abs 1 RAO die Berechtigung des Ausbildungsanwalts zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes erlischt, wie etwa ua bei Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft, bei Verzicht und bei rechtskräftiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw gem § 34 Abs 2 RAO ruht, wie etwa ua bei einer disziplinären Verurteilung.¹⁰²⁶ In solchen Fällen kann der Ausbildungsanwalt mangels Berechtigung zur Berufsausübung seiner Beschäftigungspflicht nicht nachkommen, sodass auf der Hand liegt, dass für den Konzipienten kein Anspruch auf Beschäftigung bestehen kann.

4. Zusammenfassung

1. Der Rechtsanwaltsanwärter hat einen gesetzlichen Anspruch auf Beschäftigung. Er hat ein Recht auf umfassende und sorgfältige Ausbildung.
2. Der Rechtsanwaltsanwärter hat nicht nur ein Recht auf Beschäftigung schlechthin, sondern er hat vielmehr ein Recht darauf, nur mit jenen Tätigkeiten beschäftigt zu werden, die für seine Berufsausbildung maßgeblich sind. Die Beschäftigungspflicht ist erfüllt, wenn ein Mindestumfang des traditionellen Berufsbildes des Anwalts vermittelt wird, wie etwa die Abfassung von Verträgen, Schriftsätzen sowie die Verrichtung von Gerichtsverhandlungen.

¹⁰²⁶ S dazu ausführlich *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁴ § 34 RAO Rz 1 ff.

C. Turnusärzte

Literatur: *Kopetzki*, Turnusärzte und Famulanten – rechtliche Aspekte der Ausübung ärztlicher Tätigkeiten während der Ausbildung (1990); *Risak*, Die Suspendierung von Ärzten, RdM 2006/117; *Schrammel*, Rechtsprobleme des Turnusarztverhältnisses, ZAS 1982, 203; *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer*, Recht für Gesundheitsberufe⁴ (2008); *Wimmer*, Rechtsfragen im Turnusarztverhältnis (2000).

Wie bereits im Kapitel XIV erwähnt, ist die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes ausschließlich praktischen Ärzten und Fachärzten vorbehalten.¹⁰²⁷ Personen, die den ärztlichen Beruf eigenverantwortlich („ius practicandi“) als praktische Ärzte oder als Fachärzte ausüben beabsichtigen, müssen nach Abschluss des Medizinstudiums als Turnusärzte eine weitere, postpromotionelle praktische drei- bzw sechsjährige Ausbildung – den sog Turnus – absolvieren.¹⁰²⁸ Nach der Legaldefinition des § 3 Z 9 ÄAO 2006¹⁰²⁹ sind Turnusärzte jene Ärzte, die in der Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin, zum Facharzt oder in eine Additivfachausbildung stehen.¹⁰³⁰

Sowohl die Überschrift der Verordnung („Ausbildungsverordnung“) als auch die zitierte Legaldefinition spricht von einer Ausbildung von Turnusärzten. Aber auch § 3 Abs 3 ÄrzteG 1998, die, die für die turnusärztliche Berufsausübung zentrale Bestimmung darstellt, sowie andere zahlreiche Bestimmungen des ÄrzteG 1998 deuten auf den Ausbildungscharakter des Turnusarztdaseins hin, sodass das Rechtsverhältnis zwischen Krankenanstalt und Turnusarzt unstrittig als Ausbildungsverhältnis zu qualifizieren ist.¹⁰³¹ Diese Ausbildung des Turnusarztes ist nach der ÄAO 2006 auf Basis eines Arbeitsverhältnisses zu absolvieren.¹⁰³²

¹⁰²⁷ § 3 Abs 1 ÄrzteG 1998.

¹⁰²⁸ *Schrammel*, ZAS 1982, 203.

¹⁰²⁹ Während dem ÄrzteG 1998 neben spezifisch die Berufsausübung von Turnusärzten berührenden Regelungen überwiegend Vorschriften zu entnehmen sind, die für alle Ärzte gelten, enthält die ÄAO Bestimmung über Ausbildungsstätten, Dauer, Art, Umfang, Inhalt und Ziele der postpromotionellen Ärzteausbildung.

¹⁰³⁰ Vgl § 3 Abs 3 ÄrzteG 1998. Es sind daher nicht nur ausschließlich Ärzte in Ausbildung zum Allgemeinmediziner als Turnusärzte zu bezeichnen, sondern auch Facharztaspiranten (im üblichen Sprachgebrauch als „Assistenzarzt“ bezeichnet) gelten als Turnusärzte im Rechtsinn; vgl *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 4.

¹⁰³¹ *Schrammel*, ZAS 1982, 203; *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 137 ff.

¹⁰³² Vgl § 7 Abs 1 ÄAO 2006 (allgemeinärztliche Ausbildung), § 12 Abs 1 ÄAO 2006 (fachärztliche Ausbildung), § 17 Abs 1 ÄAO 2006 (Additivfachausbildung). Aber auch ungeachtet dieser zitierten Bestimmungen wird regelmäßig ein Arbeitsverhältnis vorliegen, da die Verpflichtung des Turnusarztes zur Erbringung ärztlicher Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit für jedes ärztliche Ausbildungsverhältnis charakteristisch ist. Es kommt daher zur Anwendung der zwingenden und dispositiven Bestimmungen des Arbeitsrechts, insb des AngG, da Turnusärzte höhere Dienstleistungen iS des AngG erbringen; zum Arbeits- bzw Dienstrecht der Turnusärzte s *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 3, 117 und 140; *Schrammel*, ZAS 1982, 203 (204).

Das Ärztegesetz räumt den Turnusärzten – wie die RAO den Konzipienten – kein subjektives Recht auf Zuweisung eines Ausbildungsplatzes ein. Aus diesem Grund hängt die Begründung eines Ausbildungsverhältnisses allein vom Willen eines Krankenhauses ab, dem angehenden Arzt in ihrer Anstalt die praktische Ausbildung in der vom Gesetz geforderten Art und Dauer zu ermöglichen.¹⁰³³

Hat der Turnusarzt eine Ausbildungsstätte gefunden, stellt sich die für die gegenständliche Arbeit wesentliche Frage, ob Turnusärzte während des Ausbildungsverhältnisses ein Recht auf Erbringung von ärztlichen Dienstleistungen entsprechend den gesetzlichen Vorschriften haben oder nicht.

Die Beantwortung dieser Frage hat auch eine große praktische Bedeutung, da in den letzten Jahren die Ausbildungsqualität der Turnusärzte sehr heftig unter Kritik stand und noch immer steht. Junge, angehende Ärzte arbeiten vielfach nicht nur über das gesetzlich vorgegebene Maß hinaus, sondern übernehmen auch in zunehmendem Maß arztfremde Sekretariats- oder Pflegearbeiten. Abgesehen davon wird die Ausbildung des Turnusarztes auch dahingehend bemängelt, dass jenseits der Routinetätigkeiten keine Zeit für die eigentliche ärztliche Ausbildung übrig bleibt.¹⁰³⁴

Im Folgenden wird die Rechtsgrundlage für den Beschäftigungsanspruch des Turnusarztes und im Anschluss daran Umfang bzw Qualität dieses Anspruches näher erläutert.

1. Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Turnusarztes

In der Lehre sind auf den Beschäftigungsanspruch des Turnusarztes – soweit überblickbar – nur *Risak*¹⁰³⁵ und *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer*¹⁰³⁶ eingegangen. *Risak* bejaht das Recht auf Beschäftigung des Turnusarztes mit der Begründung, dass das Ausbildungsinteresse des angehenden Arztes nur durch die tatsächliche Erbringung der ärztlichen Dienstleistung gewahrt werden kann.¹⁰³⁷ *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer* leiten den Beschäftigungsanspruch des Turnusarztes analog aus dem BAG ab, da ein angehender Arzt ebenso wie der Lehrling

¹⁰³³ *Schrammel*, ZAS 1982, 203.

¹⁰³⁴ Vgl etwa *Ärztezeitung* November 2006 – www.kaerndgesund.at/aerztezeitung/2006/november/turnusaerzte.html (17.11.2009).

¹⁰³⁵ *Risak*, RdM 2006/117 (178).

¹⁰³⁶ *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer*, Gesundheitsberufe⁴ 175.

¹⁰³⁷ *Risak*, RdM 2006/117 (178).

sich in Ausbildung befindet und für ihn weniger die Arbeitsleistung, sondern vielmehr der Ausbildungszweck im Vordergrund steht.¹⁰³⁸ Im Übrigen ist ihrer Ansicht nach der Anspruch auf Beschäftigung auch deshalb zu bejahen, weil für Turnusärzte eine bestimmte Praxiszeit in einem Arbeitsverhältnis unverzichtbare Voraussetzung für die spätere Berufsausübung ist.¹⁰³⁹

Den beiden Auffassungen ist grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch bedarf die dogmatische Herleitung des Anspruchs auf Beschäftigung des Turnusarztes einer näheren Untersuchung.

Wie bereits eingangs erörtert, handelt es sich bei der Ausbildung des Turnusarztes um eine postpromotionelle Pflichtausbildung, die für die selbständige Berufsausübung – dem sog ius practicandi – unbedingte Voraussetzung ist. Während der gesetzlich vorgesehenen drei- bzw sechsjährigen Praxiszeit sollen dem Turnusarzt durch den Ausbildungsarzt praktische Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen im jeweiligen Fachgebiet vermittelt werden, die unerlässlich sind, wenn der Turnusarzt nach Abschluss seiner Praxiszeit fähig sein soll, als praktischer Arzt oder Facharzt zu arbeiten. Dieses Ausbildungsinteresse des angehenden Jungmediziners kann nur gewahrt werden, wenn dieser tatsächlich die ärztlichen Dienstleistungen erbringen kann. Daher steht dem Turnusarzt das Recht auf Beschäftigung nicht erst durch Analogie zu § 9 BAG, sondern bereits aus der Natur des Ausbildungsverhältnisses zu.¹⁰⁴⁰ Bei Eingehen des Ausbildungsverhältnisses ist der Ausbildungseinrichtung klar, dass das Ziel der praktischen Ausbildung die schrittweise Hinführung des Turnusarztes von der unselbständigen in die selbständige Berufsausübung ist. Dieser stimmt beim Vertragsabschluss konkludent der Erfüllung dieses Ausbildungsprozesses und demnach auch auf die tatsächliche Beschäftigung des Turnusarztes zu.

Wenngleich der Beschäftigungsanspruch des Turnusarztes sich aus dem Angestelltenvertrag ergibt, stellt sich – wie beim Lehrling und Rechtsanwalthanwörter – auch bei dieser auszubildenden Berufsgruppe die Frage, ob das Recht auf Praxis nicht schon ex lege zu bejahen ist, sodass die Herleitung aus anderen Rechtsgrundlagen sich erübrigen würde.

¹⁰³⁸ Zur Ähnlichkeit von Lehrlingen und Turnusärzten s *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 139. *Wimmer* meint, dass das Lehr- und Turnusarztverhältnis eine gemeinsame Zielrichtung haben, nämlich die Vermittlung bestimmter Fertigkeiten und Kenntnisse im Rahmen einer festen organisatorischen Einbindung in den Ausbildungsbetrieb. Weiters führt er aus, dass zwischen dem Turnusarztverhältnis und den Rechtsverhältnissen von Auszubildenden nichtärztlicher akademischer Berufe (Notariatsanwörter, Rechtsanwalthanwörter) sich noch weitergehende inhaltliche Parallelen als im Falle von Lehrlingsverhältnissen ziehen lassen. Gemeinsam ist den letztgenannten Rechtsverhältnissen, dass es sich ebenso wie bei der Tätigkeit des Turnusarztes um eine qualifizierte Berufsausbildung handelt. Zu Gemeinsamkeiten zwischen Turnusarzt und Rechtsanwalthanwörter s *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 140 FN 140.

¹⁰³⁹ *Sladeček/Marzi/Schmiedbauer*, Recht der Gesundheitsberufe⁴ 176.

¹⁰⁴⁰ Vgl *Kopetzki*, Turnusärzte 32 FN 117.

Tatsächlich stößt man im ÄrzteG 1998 auf zahlreiche Bestimmungen, welche den dienstgebenden Ausbildungsseinrichtungen eine Ausbildungsverpflichtung auferlegen. So sind gem §§ 9 Abs 5, 10 Abs 6, 11 Abs 5, 12a Abs 4, 13 Abs 5 ÄrzteG 1998 die Träger der anerkannten Ausbildungseinrichtungen in programatischer Weise verpflichtet, in kürzest möglicher Zeit und unter Beachtung der jeweils vorgesehenen Ausbildungszeiten „für die bestqualifizierte Ausbildung der Turnusärzte zu sorgen.“¹⁰⁴¹ Weiters enthalten die zitierten Bestimmungen, dass Turnusärzte mit dem Ziel der selbstständigen Ausübung des ärztlichen Berufes auszubilden sind.¹⁰⁴² Aus dem Wesen der Ärzteausbildung, die zum erheblichen Teil eine praktische Ausbildung ist, und insb aus der im ÄrzteG 1998 verankerten Ausbildungsverpflichtung, ergibt sich auch für Turnusärzte ein gesetzlicher Anspruch auf Beschäftigung¹⁰⁴³, zumal die bestqualifizierte Ausbildung sowie die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes nur möglich ist, wenn der Turnusarzt während der Ausbildung tatsächlich beschäftigt wird.

Der Beschäftigungsanspruch des Turnusarztes ergibt sich aber auch aus der Verpflichtung zur Wahrung des Patientenwohls¹⁰⁴⁴ und eines anerkannten medizinischen Standards.¹⁰⁴⁵ Durch die praktische Turnusarztausbildung soll im Anschluss an die unselbständige Ausbildung die fachgerechte Behandlung der Patienten garantiert und Gefahren für den Patienten abgewendet werden sowie der Leistungsstandard eines gewissenhaften Durchschnitts(fach)arztes in jedem Fall gewahrt bleiben.¹⁰⁴⁶ Patienten müssen darauf vertrauen können, dass ihr Haus- und Facharzt während der Ausbildung alles gelernt hat, was er für seinen verantwortungsvollen Beruf und die optimale Patientenversorgung notwendig ist.¹⁰⁴⁷ Dies ist aber nur dann sichergestellt, wenn der Turnusarzt entsprechend der im ÄrzteG 1998 und ÄAO 2006 vorgeschriebenen Weise ausgebildet und faktisch beschäftigt wird. Bei mangelnder Ausbildung infolge der Nichtbeschäftigung wären kranke Menschen den vom ungeübten und unzureichend ausgebildeten Arzt ausgehenden Unsicherheiten unvermeidlich ausgesetzt. Um der potentiellen Gefährdung der höherwertigen Rechtsgüter, wie Leben und Gesundheit der Patienten, vorzubeugen, sind Turnusärzte auch unter dem Aspekt der Wahrung des

¹⁰⁴¹ Vgl *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 121.

¹⁰⁴² Ausführlich dazu *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 121.

¹⁰⁴³ Für eine gesetzliche Ausbildungsverpflichtung auch *Kopetzki*, Turnusärzte 32 FN 117.

¹⁰⁴⁴ Vgl § 6 und § 11 ÄAO 2006, wonach Ziel der Ausbildung des Turnusarztes der Erwerb und Nachweis von für die gewissenhafte (fach)ärztliche Betreuung von Patienten notwendigen (fachspezifischen) Kenntnissen, Erfahrungen und Fertigkeiten ist.

¹⁰⁴⁵ *Kopetzki*, Turnusärzte 32 ff.

¹⁰⁴⁶ *Kopetzki*, Turnusärzte 33.

¹⁰⁴⁷ Vgl *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 1.

Patientenwohls sowie der Qualitätssicherung ärztlicher Leistungen, also iS eines Allgemeininteresses, tatsächlich zu beschäftigen.

Es kann daher festgehalten werden, dass sich die Existenz eines Rechts auf tatsächliche ärztliche Dienstleistung des Turnusarztes aus mehreren dogmatischen Grundlagen ergibt und daher uneingeschränkt zu bejahen ist.

In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber auch auf die Frage einzuzugehen, ob der Turnusarzt einen Rechtsanspruch auf einen Ausbildungsplatz hat. Gem § 196 Abs 1 ÄrzteG 1998 (Grundsatzbestimmung) ist, in als Ausbildungsstätten zum Arzt für Allgemeinmedizin anerkannten allgemeinen Krankenanstalten – ausgenommen Universitätskliniken – und in Sonderkrankenanstalten, hinsichtlich der Bereiche, für die sie als Ausbildungsstätten zum Arzt für Allgemeinmedizin auf den im § 7 Abs 2 ÄrzteG 1998 genannten Gebieten anerkannt sind, auf je 15 systematisierte Betten „*mindestens ein in Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin stehender Arzt zu beschäftigen*“. § 196 Abs 2 ÄrzteG 1998 (Grundsatzbestimmung) ermöglicht eine Anrechnung der Zahl der Facharztanwärter auf jene der in Ausbildung stehenden Allgemeinmediziner, sofern sie auf Ausbildungsstellen beschäftigt werden, die wegen des dringenden Bedarfes an Fachärzten der betreffenden Sonderfächer nach dem 31. Dezember 1987 geschaffen worden sind oder geschaffen werden.

Bei der Betrachtung des reinen Wortlauts könnte man die Ansicht vertreten, dass der Gesetzgeber angehenden Allgemeinmedizineren bzw unter den genannten Voraussetzungen auch Facharztanwärtern einen Anspruch auf Zuweisung eines Ausbildungsplatzes eingeräumt hätte. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die normierte Kontingentierung von Ausbildungsplätzen auf die individuelle Rechtsposition der betroffenen Turnusärzte keinerlei unmittelbare Wirkungen zeitigt.¹⁰⁴⁸ § 196 ÄrzteG 1998 verschafft kein subjektives Recht auf Zuweisung eines Ausbildungsplatzes¹⁰⁴⁹, sondern normiert lediglich die generelle Verpflichtung anerkannter Ausbildungsstätten zur Beschäftigung einer bestimmten Anzahl von Turnusärzten.¹⁰⁵⁰ Mangels eines gesetzlichen Anspruchs auf einen Ausbildungsplatz kann die

¹⁰⁴⁸ So Wimmer, Turnusarztverhältnis 119.

¹⁰⁴⁹ Schrammel, ZAS 1982, 203.

¹⁰⁵⁰ Wimmer, Turnusarztverhältnis 120 mwN.

Begründung eines Ausbildungsverhältnisses zwischen Turnusarzt und Ausbildungsträger somit nur einvernehmlich erfolgen.¹⁰⁵¹

2. Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Turnusarztes

Eingangs wurde darauf hingewiesen, dass Turnusärzte aufgrund der „Überfrachtung“ mit Bürokratie, Schreib- und Dokumentationsarbeit, der Routinetätigkeiten und sonstigen nichtärztlichen Aufgaben keine Zeit für die eigentliche ärztliche Ausbildung haben.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Ausbildungseinrichtungen durch das Heranziehen von Turnusärzten zu Verwaltungs- und Routinetätigkeiten ihrer Beschäftigungspflicht ausreichend nachkommen. Um dieser Frage beantworten zu können, muss der Kreis der ärztlichen Tätigkeiten, zu deren Ausführung Turnusärzte berechtigt sind, festgestellt werden.

Vorauszuschicken ist, dass die Ausführung von ärztlichen Tätigkeiten durch Turnusärzte von Gesetzes wegen grundsätzlich nicht beschränkt ist. Der Turnusarzt ist ebenso wie der zur selbständigen Berufsausübung berechtigte Arzt schlechthin „zur Ausübung der Medizin berufen“.¹⁰⁵² Er darf sämtliche der in § 2 Abs 2 und 3 ÄrzteG 1998 umschriebenen Tätigkeiten – wenngleich „unselbständig“ und unter „Anleitung und Aufsicht“ – ausüben.¹⁰⁵³ Zu diesen Tätigkeiten zählt „jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird“, insb die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von körperlichen und psychischen Krankheiten oder Störungen, von Behinderungen oder Mißbildungen und Anomalien, die krankhafter Natur sind¹⁰⁵⁴, die Behandlung solcher Zustände¹⁰⁵⁵, die Vornahme operativer Eingriffe einschließlich der Entnahme oder Infusion von Blut¹⁰⁵⁶, die Vorbeugung von Erkrankungen¹⁰⁵⁷, die Geburtshilfe sowie die Anwendung von Maßnahmen der medizinischen Fortpflanzungshilfe¹⁰⁵⁸, die Verordnung von Heilmitteln,

¹⁰⁵¹ Schrammel, ZAS 1982, 203; Wimmer, Turnusarztverhältnis 120.

¹⁰⁵² § 2 Abs 1 ÄrzteG 1998.

¹⁰⁵³ § 3 Abs 3 ÄrzteG 1998; vgl Kopetzki, Turnusärzte 24.

¹⁰⁵⁴ Einschließlich der Beurteilung dieser Zustände bei Verwendung medizinisch-diagnostischer Hilfsmittel: § 2 Abs 2 Z 1 und 2 ÄrzteG 1998.

¹⁰⁵⁵ § 2 Abs 2 Z 3 ÄrzteG 1998.

¹⁰⁵⁶ § 2 Abs 2 Z 4 ÄrzteG 1998.

¹⁰⁵⁷ § 2 Abs 2 Z 5 ÄrzteG 1998.

¹⁰⁵⁸ § 2 Abs 2 Z 6 ÄrzteG 1998.

Heilbehelfen und medizinisch diagnostischen Hilfsmitteln¹⁰⁵⁹, sowie die Vornahme von Leichenöffnungen.¹⁰⁶⁰ Aus dieser umfassenden Natur der turnusärztlichen Berufsberechtigung ist aber wenig Auskunft darüber zu gewinnen, welche konkreten ärztlichen Handlungen ein Turnusarzt im Einzelfall tatsächlich ausführen darf. Der Dienstvertrag, die Anstaltsordnung oder dienstliche Weisungen vorgesetzter Ärzte können den ärztlichen Tätigkeiten des Turnusarztes Grenzen setzen. Dennoch ergeben sich vor allem auch aus der unselbständigen Berufsausübung des Turnusarztes und aus der Unterordnung unter die „Anleitung und Aufsicht der ausbildenden Ärzte“ wesentliche Einschränkungen von Art und Umfang des Tätigkeitsbereiches.¹⁰⁶¹

Näheres über den konkreten Tätigkeitsbereich eines Turnusarztes ist der ÄAO 2006 zu entnehmen. In dieser sind ua Aufgabengebiet, Ziele und Umfang der allgemeinärztlichen Ausbildung, fachärztliche Ausbildung und der Additivfachausbildung normiert.¹⁰⁶² Aus der AÄO 2006 läßt sich im Hinblick auf den Umfang des Beschäftigungsanspruchs ableiten, dass der Beschäftigungsanspruch des Turnusarztes nur dann erfüllt ist, wenn ihm praktisch und theoretisch die in der ÄAO 2006 vorgesehenen Ausbildungsinhalte vermittelt werden. Der Turnusarzt ist primär ausbildungsrelevant einzusetzen und zu artfremden Tätigkeiten nicht heranzuziehen.

In diesem Zusammenhang hat die österreichische Ärztekammer ein Tätigkeitsprofil für Turnusärzte erstellt, woraus der konkrete Umfang der Beschäftigungspflicht von Ausbildungseinrichtungen abgeleitet werden kann.¹⁰⁶³ Nach diesem Tätigkeitsprofil sind Turnusärzte unbedingt zu folgenden ärztlichen Tätigkeiten heranzuziehen:

- Miteinbeziehung in den stationären Ablauf und somit volle Teilnahme an allen patientenbezogenen Entscheidungsfindungsprozessen, dazu zählt als Hauptpunkt Hauptvisiten, wie auch die Teilnahme an allen patientenbezogenen Besprechungen (zB Morgen- und Röntgenbesprechung);

¹⁰⁵⁹ § 2 Abs 2 Z 7 ÄrzteG 1998.

¹⁰⁶⁰ § 2 Abs 2 Z 8 ÄrzteG 1998.

¹⁰⁶¹ *Kopetzki*, Turnusärzte 24.

¹⁰⁶² Ausführlich dazu s §§ 5 ÄAO 2006 ff.

¹⁰⁶³ Turnusärzte-Tätigkeitsprofil für die Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin der österreichischen Ärztekammer. Das Turnusärzte-Tätigkeitsprofil wurde vom Vorstand der österreichischen Ärztekammer am am 6.9.2000 einstimmig beschlossen. Das Tätigkeitsprofil kann unter www.aerztekammer.at/service/TA_TP_31082000.pdf (17.11.2009) abgerufen werden.

- Ermöglichung der Präsentation der von ihm betreuten Patienten im Rahmen der täglichen Abteilungsbesprechung (zB Morgenbesprechung, Visite);
- Führung von Patienten zB (auch zimmerweise) unter fachärztlicher Aufsicht;
- Ambulanztätigkeit;
- Aufnahme, Anamnese und klinische Untersuchung des Patienten;
- Assistenz bei Operationen;
- Erstbeurteilung und Erste-Hilfe-Maßnahmen bei vitalen Notfällen;
- Anlegen von venösen und arteriellen Zugängen, Verabreichung von Chemotherapeutika und Blutprodukten, Trachealabsaugung und alle übrigen im Rahmen der Ausbildung erlernten diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen;
- ärztliche Dokumentation (Arztbrief, Codierung, Krankengeschichte);
- Ermöglichung der Teilnahme an den jeweiligen diagnostischen und therapeutischen Eingriffen – auch fächerübergreifend;
- Mitarbeit bei der Organisation der Dokumentation allgemein medizinischer Abläufe.¹⁰⁶⁴

Es ist daher festzuhalten, dass die auszubildenden Ärzte im Rahmen ihrer Ausbildung entsprechend den im Tätigkeitsprofil exemplarisch aufgezählten Tätigkeiten heranzuziehen sind, um dadurch umfassende Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für die selbständige Berufsausübung zu erlangen. Denn nur dadurch wird die bestqualifizierte Ausbildung gewährleistet und dem Beschäftigungsanspruch des Turnusarztes Genüge getan. Die Ausbildungseinrichtungen haben unbedingt dafür Sorge zu tragen, dass der Turnusarzt diese Tätigkeiten ausführt, damit er später bei der selbständigen Berufsausübung gegenüber den Patienten als qualifizierter Haus- oder Facharzt auftreten kann.

Hingegen wird die Ausbildungseinrichtung ihrer Beschäftigungspflicht und der bestqualifizierten Ausbildung nicht nachkommen, wenn der Dienstgeber dem Turnusarzt ständig Fieber, Puls- und Blutdruck messen, EKG schreiben oder Infusionsflaschen an- und abhängen lässt. Ebenso wird ein „Jungarzt“ nicht ausbildungsdienlich beschäftigt, wenn er andauernd zu Tätigkeiten wie dem Beschriften, sowie dem Bekleben von Blutröhrchen, dem Einordnen von Befunden, der Blutabnahme aus der Vene, dem Spülen von Infusionsleitungen, der Durchführung einfacher labor-chemischer Befunderhebungen, der Zubereitung von Medikamenten, Infusionslösungen und Chemotherapeutika und der

¹⁰⁶⁴ S ausführlich Turnusärzte-Tätigkeitsprofil.

pflegerische Tätigkeiten am Patienten herangezogen wird.¹⁰⁶⁵ In diesen Fällen liegt deshalb eine Verletzung der Beschäftigungspflicht vor, da es sich bei diesen Tätigkeiten nicht um ärztliche Aufgaben handelt. Für solche Tätigkeiten sind Krankenschwestern, Pflegehelfer oder das jeweils zuständige geschulte nichtärztliche Personal heranzuziehen. Ferner können Terminvereinbarungen, Befundabfragungen und Arztbriefanforderungen nur in jenen Fällen Aufgaben des Turnusarztes sein, in denen eine persönliche ärztliche Kontaktaufnahme notwendig ist. Ansonsten ist für derartige Tätigkeiten anderes, geeignetes Krankenhauspersonal heranzuziehen.¹⁰⁶⁶ Das gleiche gilt auch für Sekretariatstätigkeiten und administrativ organisatorische Tätigkeiten, wie zB Dienstleistungen, die dem Hol- und Bringdienst obliegen, das Ausheben alter Krankengeschichte udgl.¹⁰⁶⁷

Des Weiteren kann daher festgehalten werden, dass die Ausbildungseinrichtungen bei Heranziehung des Turnusarztes zu arztfremden oder nicht ausbildungsdienlichen Tätigkeiten ihre Beschäftigungspflicht verletzen, da dadurch die bestqualifizierte Ausbildung der Turnusärzte nicht gewährleistet ist.

Es wurde darauf hingewiesen, dass sich für den Turnusarzt aus der unselbständigen Berufsausübung und aus der Unterordnung unter die „Anleitung und Aufsicht der ausbildenden Ärzte“ wesentliche Einschränkungen von Art und Umfang des Tätigkeitsbereiches ergeben.¹⁰⁶⁸ Diese „Einschränkungen“ sind aber für die praktische Ausbildung immanent, da eine bestqualifizierte Ausbildung nur gewährleistet ist, wenn die – für die spätere Berufsausübung als Allgemeinmediziner oder Facharzt – erforderlichen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen „unter Anleitung und Aufsicht“ eines erfahrenen Arztes schrittweise erworben werden müssen, um in der Folge die Eigenverantwortlichkeit zu erlangen. Neben der erwähnten Sicherstellung der Turnusarztausbildung ist die Funktion der Anleitung und Aufsicht auch die Abwendung der durch den Einsatz geringer qualifizierter Ärzte drohenden Gefahren für den Patienten. Das Risiko der Anfängereigenschaft soll durch Vorbereitung, Beaufsichtigung und Kontrolle durch erfahrene Ärzte minimiert werden.¹⁰⁶⁹ Abgesehen von der Wahrung des Patientenwohls soll durch die Aufsicht auch der

¹⁰⁶⁵ S dazu Turnusärzte-Tätigkeitsprofil.

¹⁰⁶⁶ S dazu Turnusärzte-Tätigkeitsprofil.

¹⁰⁶⁷ S dazu Turnusärzte-Tätigkeitsprofil.

¹⁰⁶⁸ Vgl *Kopetzki*, Turnusärzte 25.

¹⁰⁶⁹ *Kopetzki*, Turnusärzte 33 mwN.

Leistungsstandard eines gewissenhaften Durchschnitts(fach)arztes in jedem Fall gewahrt bleiben.¹⁰⁷⁰

Wie muss die Aufsicht erfolgen, damit der Dienstgeber seiner Beschäftigungspflicht nachkommt?¹⁰⁷¹ Darf der Turnusarzt ärztlichen Tätigkeiten eigenhändig und nach eigener Entscheidung durchführen oder ist er auf eine unterstützenden Mitwirkung beschränkt? Muß der aufsichtsführende Arzt während der Ausführung der Tätigkeiten danebenstehen oder genügt eine – regelmäßige oder stichprobenartige – Kontrolle im nachhinein? Ist der beaufsichtigende Arzt verpflichtet während der Ausführung in der Anstalt bzw Abteilung anwesend zu sein oder genügt ein Hintergrunddienst in Form einer Rufbereitschaft außerhalb der betreffenden Abteilung?¹⁰⁷²

Vorauszuschicken ist, dass die Aufsicht des Turnusarztes in einem abgestuften Einsatz der Aufsichtsmittel zu erfolgen hat.¹⁰⁷³ MaW muss mit zunehmenden Ausbildungsstand die Aufsichtsintensität abnehmen.¹⁰⁷⁴ Welches Maß an Aufsichtsintensität bei welcher Tätigkeit erforderlich ist, kann wegen der Vielfalt ärztlicher Tätigkeiten nicht durch eine einheitliche Formel ausgedrückt werden. Festzuhalten ist, dass die Aufsicht über Turnusärzte nicht schlechthin mit ständiger unmittelbarer Aufsicht („Draufsicht“) gleichzusetzen ist.¹⁰⁷⁵ Dies bedeutet, dass der ausbildende Arzt nicht immer „danebenstehen“ muss. Daraus folgt in Verbindung mit § 3 Abs 3 ÄrzteG 1998 zugleich auch, dass der Turnusarzt ärztliche Tätigkeiten selbst durchführen darf und nicht auf bloßes Zusehen oder Mithelfen beschränkt ist.¹⁰⁷⁶

Wendet man sich nun den Abstufungen von Aufsicht und Anleitung zu, so können folgende Schritte unterschieden werden:¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁰ *Kopetzki*, Turnusärzte 33.

¹⁰⁷¹ Weder im ÄrzteG 1998 noch in den Mat (RV 362 B1gNr 10.GP) finden sich nähere Hinweise auf die konkrete Ausgestaltung der Aufsicht über Turnusärzte; offenbar wurde der Inhalt der Wendung „Anleitung und Aufsicht“ vom Normschöpfer vorausgesetzt.

¹⁰⁷² *Kopetzki*, Turnusärzte 34.

¹⁰⁷³ Zur abgestuften Aufsicht ausführlich *Kopetzki*, Turnusärzte 35 ff; *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 49.

¹⁰⁷⁴ Das Konzept einer abgestuften Aufsicht ist daraus abzuleiten, dass das ÄrzteG 1998 nur eine Determinierung der Ziele der Aufsicht normiert und es weitgehend ins Ermessen der ausbildenden Ärzte stellt, jene Vorgangsweise zu wählen, die zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist; dazu ausführlich *Kopetzki*, Turnusärzte 34.

¹⁰⁷⁵ Die ständige Aufsicht ist ein Merkmal der Aufsicht über nichtärztliche Hilfspersonen.

¹⁰⁷⁶ *Kopetzki*, Turnusärzte 39 mwN.

¹⁰⁷⁷ Dazu ausführlich *Kopetzki*, Turnusärzte 41 ff; *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 50 ff.

Am Beginn der turnusärztliche Ausbildung hat die Anleitung zu stehen, die im § 3 Abs 3 ÄrzteG 1998 durch den eigens genannten Begriff der „Anleitung“ besonders hervorgehoben wird. In dieser Phase hat der Turnusarzt bloß zu „beobachten“, wie der ausbildende Arzt die Vorgangsweise erklärt und Ratschläge für die Durchführung gibt. Manuellen Tätigkeiten, wie etwa die Vornahme von Injektionen oder Führung eines Operationsschnittes, sind zu demonstrieren. Einem ärztlichen Anfänger dürfen in jedem Fall nur solche Tätigkeiten übertragen werden, die lediglich Kenntnisse erfordern, die im Rahmen des Medizinstudiums nachzuweisen sind.¹⁰⁷⁸

Als nächsten Schritt kommt die eigenhändige assistierende Mitwirkung des Turnusarztes in Frage, wenn sich der Turnusarzt eine bestimmte Verrichtung bzw bei komplexen Tätigkeiten die entsprechenden Teilschritte eingeprägt hat. Je nach Natur der Tätigkeit kann dies gemeinsam mit dem ausbildenden Arzt oder bei weniger komplexen Arbeiten (zB Injektion, Setzen von Kathetern etc) zwar selbst, jedoch unter ständiger und unmittelbarer Anleitung und Aufsicht durchgeführt werden. Tätigkeiten, die Spezialkenntnisse, Erfahrung und Routine erfordern, dürfen dem Turnusarzt erst dann überlassen werden, wenn eine entsprechende Unterweisung und eine Vergewisserung stattgefunden hat. Bloße Diagnose- und Behandlungsentscheidungen sind zunächst vom Turnusarzt zu treffen und mit diesen vor der Umsetzung zu erörtern.¹⁰⁷⁹

Mit zunehmendem Ausbildungsfortschritt, insb wenn der Turnusarzt sich bei Tätigkeiten bewährt hat, kann die begleitende Kontrolle gemindert werden. Die Kontrollintervalle dürfen verlängert werden, wobei eine gewisse Regelmäßigkeit einzubehalten ist, ärztliche Visiten bieten dazu eine Gelegenheit. Gleichzeitig werden die dem Turnusarzt übertragbaren Tätigkeiten umfassender und komplexer. Eine Herabsetzung der Aufsichtsintensität bzw Übertragung komplexer Tätigkeiten setzt eine neuerliche Vergewisserung seitens des ausbildenden Arztes voraus. In weiterer Folge kann sich die Kontrolle auf eine Ergebniskontrolle beschränken, wobei auch hier die Intervalle sukzessive zu reduzieren sind. Die Auflockerung der Beaufsichtigung eines Turnusarztes nähert sich schließlich inhaltlich der für jeden bediensteten Arzt geltenden allgemeinen Fachaufsicht an. Ärzte in Facharztausbildung nach einer mehrjährigen praktischen Tätigkeit, bedürfen einer Aufsicht im Regelfall nur mehr in Form stichprobenartiger Kontrollen.¹⁰⁸⁰ Ein gewisses

¹⁰⁷⁸ *Kopetzki*, Turnusärzte 41; *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 50.

¹⁰⁷⁹ *Kopetzki*, Turnusärzte 41; *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 50.

¹⁰⁸⁰ *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 51; vgl. *Kopetzki*, Turnusärzte 42.

Mindestquantum an einweisenden und überprüfenden Gesprächen, die in gezielter Form – also auch außerhalb von Visten – zu erfolgen haben, ist freilich jedenfalls beizubehalten, denn die bis zur Erlangung der selbständigen Berufsausübungsberechtigung bestehende berufsrechtliche Unselbständigkeit beinhaltet jedenfalls ein gewisses Maß an Verantwortung des ausbildenden Arztes.¹⁰⁸¹

Die Frage, wie schnell die Phasen abnehmender Aufsichtsintensität und wachsender Selbständigkeit durchlaufen werden können, ist zunächst anhand der Aufsichtsziele zu beurteilen, wonach der fachliche Standard zu wahren und Patientenschäden abgewendet werden sollen. Die Abnahme der Aufsichtsintensität hängt weiters vom Ausbildungsstand ab. Die Aufsichtsintensität nimmt demnach tendenziell mit der Erfahrung ab, wobei die Qualifikation jeweils im Lichte des Anforderungsprofils der jeweils vorzunehmenden Tätigkeit zu beurteilen ist. Neben dem Gesamtbild der Qualifikation des Turnusarztes spielt für die Beurteilung der gebotenen Aufsicht va dessen Eignung im Hinblick auf die gerade anstehende Verrichtung ein tragende Rolle.¹⁰⁸² Für die Aufsichtsintensität ist auch die persönliche Qualifikation von Relevanz, von der sich der ausbildende Arzt vergewissern muss. Berücksichtigungswürdige persönliche Faktoren sind etwa Verlässlichkeit, Geschicklichkeit, Auffassungsgabe, Intelligenz oder Bereitschaft zur Weiterbildung.¹⁰⁸³ Schließlich spielen auch die Gefährlichkeit und die Komplexität der Behandlung für die Eruerung der erforderlichen Aufsicht eine wesentliche Rolle. Dabei ist die statistisch festgestellte Anzahl, der bei einer bestimmte ärztlichen Maßnahme zu befürchtenden Zwischenfälle, ebenso wie die Schwere und Irreversibilität denkbarer Unglücksfälle ins Kalkül zu ziehen.¹⁰⁸⁴ Bei besonders gefahrgeneigten Tätigkeiten, die eine bestimmten Schwierigkeitsgrad aufweisen, kann eine ständige „Draufsicht“ auch noch für erfahrene Turnusärzte notwendig sein.¹⁰⁸⁵ Die Risikoeignung einer Tätigkeit und somit das Maß der Aufsichtsintensität hängt vom fachlichen Einsatzgebiet ab. So werden etwa internistische Routinemaßnahmen, wie die Erhebung bestimmter Befunde und Laborwerte, bei denen Fehlentscheidungen meist auch im nachhinein noch ohne Schaden für den Patienten korrigierbar sind, viel eher eine bloß nachprüfende Ergebniskontrolle rechtfertigen als schwere Eingriffe im Bereich der Chirurgie (Operation), Anästhesie (Narkose) oder Gynäkologie (Geburtshilfe), bei denen Korrekturen erfahrungsgemäß schon nach wenigen

¹⁰⁸¹ *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 52.

¹⁰⁸² *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 49.

¹⁰⁸³ *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 50; *Kopetzki*, Turnusärzte 43.

¹⁰⁸⁴ *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 50; *Kopetzki*, Turnusärzte 43.

¹⁰⁸⁵ *Wimmer*, Turnusarztverhältnis 50.

Minuten zu spät kommen können.¹⁰⁸⁶ In solchen Fällen ergeben sich die Mindestanforderungen an die Aufsicht aus der Natur des Eingriffs und der vitalen Bedeutung sofortigen fachkundigen Eingreifens im Komplikationsfall.¹⁰⁸⁷ Im Übrigen muss in jedem Fall gewährleistet sein, dass sich der Turnusarzt, sobald er sich unsicher und überfordert fühlt, an einen ausbildenden Arzt wenden kann. Dieser muss jederzeit verfügbar sein, wobei die zeitliche Dimension dieser Erreichbarkeit wiederum von der Gefährlichkeit der Tätigkeit und der Notwendigkeit schneller Intervention abhängt. Nach diesen Kriterien ist auch zu beurteilen ob der aufsichtsführende Arzt im selben Raum, in der selben Station oder lediglich im Anstaltsbereich anwesend sein muss. Die jederzeitige Verfügbarkeit des ausbildenden Arztes ist die Mindestanforderung der ärztlichen Aufsicht. Der aufsichtsführende Arzt muss selbst bei einer noch so „verdünnten“ Aufsicht – sollte dies erforderlich sein – in der Anstalt anwesend sein.¹⁰⁸⁸

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Turnusarzt nur dann ausbildungsdienlich beschäftigt wird, wenn er schrittweise unter abgestuften Aufsichtsmitteln zur selbständigen Berufsausübung hingeführt wird.

3. Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Turnusarztes

Da es sich bei Turnusärzten ebenso um Ärzte handelt, wird zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die diesbezüglichen Ausführungen bei den Ärzten unter Kapitel XIV verwiesen.¹⁰⁸⁹

4. Zusammenfassung

1. Die Ausbildungseinrichtungen haben für die bestqualifizierte Ausbildung der Turnusärzte zu sorgen und sie mit dem Ziel der selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes auszubilden. Aus dieser Ausbildungsverpflichtung ergibt sich ein gesetzlicher Anspruch des Turnusarztes auf Beschäftigung.

¹⁰⁸⁶ *Kopetzki, Turnusärzte 44.*

¹⁰⁸⁷ *Kopetzki, Turnusärzte 44.*

¹⁰⁸⁸ Dieser Grundsatz ist zwar nicht explizit im Gesetz zu finden, lässt sich aber aus § 13 Abs 2 Z 2 ÄrzteG 1998 ableiten: Die Anerkennung als Lehrambulatorium darf nur erteilt werden, wenn „*der Ausbildungsverantwortliche oder dessen Stellvertreter in einem solchen Ausmaß beschäftigt wird, dass durch deren Anwesenheit während der Betriebszeiten des Lehrambulatoriums eine Tätigkeit der Turnusärzte nur unter Anleitung und Aufsicht eines für die Ausbildung verantwortlichen Arztes erfolgen kann*“; vgl dazu *Kopetzki, Turnusärzte 40.*

¹⁰⁸⁹ S dazu Kapitel XIV Seite 215.

2. Der Turnusarzt darf nicht zu arztfremden oder nicht ausbildungsdienlichen Tätigkeiten herangezogen werden. Die Turnusärzte sind entsprechend den im Turnusärzte-Tätigkeitsprofil exemplarisch aufgezählten Tätigkeiten zu beschäftigen. Die Ärzteausbildung hat so zu erfolgen, dass die Turnusärzte entsprechend einem abgestuften Einsatz der Aufsichtsmittel schrittweise zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes hingeführt werden.

XVI. Das Recht auf Beschäftigung des Piloten

Literatur: *Bauer/Lichtl*, Österreichisches Luftfahrtrecht I (2008) und Ia (2008); *Brodil* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008), Kap X; *ders*, Recht auf Beschäftigungsmöglichkeiten und Grenzen, in *Grundeis/Karollus* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁵ (2009); *Dirschmied*, Ausbildungskosten – Rückersatz durch Arbeitnehmer, DRdA 1994/19 (Anm zu OGH 9 Ob A 130-132/93); *Gagawczuk/Krapf*, Arbeitsrechtliche Ansprüche von A-Z² (2002); *Pfeil* in *Schwimann IV*³ § 1153; *Riccabona-Zecha*, Die Führerschein-Familie (Teil IV) - Bereich Luftfahrt- der Pilotenschein, ZVR 2006, 270; *Schrammel*, AngG-Kommentar § 6; www.luftfahrtrecht.at.

Vorauszuschicken ist, dass – obwohl in Österreich täglich tausende Menschen Piloten ihr Leben und ihre Sicherheit anvertrauen – im österreichischen Schrifttum im Hinblick auf die Rechtsstellung des Piloten im Luftfahrtrecht bis lang – soweit überblickbar – wenig publiziert wurde.¹⁰⁹⁰ Daher erscheint es vor der Untersuchung des Beschäftigungsanspruches des Piloten – auch zur besseren Erfassung des Problems – angebracht, die Rechtsgrundlagen für die Ausübung der Pilotentätigkeit sowie die Voraussetzung für den Erwerb des Pilotenscheines kurz – ohne auszufern – zu erörtern, um im Anschluss daran das gegenständliche Thema aufzugreifen.

Die Rechtsgrundlagen für die Ausübung des Pilotenberufes finden sich im III. Teil des österreichischen Luftfahrtgesetzes (LFG)¹⁰⁹¹ mit der Überschrift „Luftpersonal“. Detaillierte und umfangreiche Bestimmungen über den Piloten sind hingegen in der Zivilluftfahrt-Personalverordnung 2006 (ZLPV 2006)¹⁰⁹² enthalten.

Im österreichischen Luftfahrtrecht ist der Pilot als Zivilluftfahrer definiert.¹⁰⁹³ Nach § 27 LFG ist Zivilluftfahrer, wer die Erlaubnis besitzt, ein Zivilluftfahrzeug im Fluge zu führen oder technisch zu bedienen. Nach §§ 26, 27 LFG ist diese Erlaubnis in Form eines schriftlichen

¹⁰⁹⁰ Dies ist sicherlich darauf zurückzuführen, dass das Luftfahrtrecht ein sehr komplexes Rechtsgebiet ist, für welches es nur einige wenige Spezialisten gibt; vgl zuletzt *Riccabona-Zecha*, ZVR 2006, 270. Für nähere Informationen zum Luftfahrtrecht s unter www.luftfahrtrecht.at; www.austrocontrol.co.at/.

¹⁰⁹¹ BGBl 1957/253 idF BGBl I 2008/83. Neben dem nationalen Luftfahrtrecht spielen im Bereich des Luftfahrtrechts im Interesse der Sicherheit und Rechtsvereinheitlichung auch völkerrechtliche Verträge eine große Rolle, so insb das Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt (BGBl 1949/97 idF BGBl III 1999/104). Die vereinigten Luftfahrtbehörden Europas (Joint Aviation Authorities - JAA), bei der die EU als ganzes ein Einzelmitglied ist, erzeugen laufend neue europaweit einheitliche Vorschriften. Österreich ist aufgrund der VO 3922/91 demnach verpflichtet, die von der JAA erstellten Anforderungen - die sog Joint Aviation Requirements - JAR (die JAR sind die einzelnen Kapitel der JAA und füllen zz etwa einen Bücherschrank mit 30 Bänden) für die Mitgliedstaaten in das nationale Recht einzugliedern; s dazu *Bauer/Lichtl*, Luftfahrtrecht Ia (2008); *Riccabona-Zecha*, ZVR 2006, 270; *sa* www.austrocontrol.co.at/content/lfa/Personenlizenzen/Lizenzen/JAR-FCL/JAR-FCL.shtml (17.11.2009).

¹⁰⁹² BGBl II 2006/205 idF BGBl II 2009/71.

¹⁰⁹³ Im Folgenden wird ausgehend vom Sprachgebrauch auch der Begriff des Piloten verwendet.

Bescheids (Zivilluftfahrerschein = Pilotenschein = Pilotenlizenz) zu erteilen und gilt für bestimmte Arten von Tätigkeiten.¹⁰⁹⁴

In der Folge werden die Voraussetzungen, die für die Erlangung der Flugberechtigung notwendig sind, kurz umrissen.

A. Der Pilotenschein

1. Allgemeines

Einführend wurde bereits erwähnt, dass zur Ausübung der Tätigkeit als Pilot eine Erlaubnis der Flugbehörde¹⁰⁹⁵ erforderlich ist. Diese Erlaubnis erfolgt durch Ausstellung einer Pilotenlizenz in Form eines Bescheides.¹⁰⁹⁶ Eine Pilotenlizenz kann einerseits dazu dienen, Flüge als reine Flugsportart durchzuführen, andererseits auch Basis für eine Berufsausbildung sein. Im Übrigen kann auch danach unterschieden werden, ob der Pilot berechtigt ist, Passagiere oder Gepäck im Luftfahrzeug mitzunehmen und damit eine größere Verantwortung besitzt.¹⁰⁹⁷

Für die gegenständliche Arbeit ist nur die Berufspilotenlizenz – CPL¹⁰⁹⁸ und die Linienpilotenlizenz – ATPL¹⁰⁹⁹ von Bedeutung, da in der Regel nur Piloten mit diesen Zivilluftfahrerscheinen in einem Arbeitsverhältnis zu einer Fluggesellschaft stehen können. So definiert die JAR-FCL 1 (Flugzeug)¹¹⁰⁰ einen beruflich tätigen Piloten, als einen Piloten im Besitz einer Lizenz (CPL/ATPL), die eine fliegerische Tätigkeit im gewerblichen Luftverkehr zulässt.¹¹⁰¹ Im Gegensatz dazu handelt es sich bei einem Privatpiloten um einen

¹⁰⁹⁴ Riccabona-Zecha, ZVR 2006, 270.

¹⁰⁹⁵ Diese ist die Austria Control GmbH; vgl § 26 LFG.

¹⁰⁹⁶ Zu den Arten von Zivilluftfahrt-Ausweisen s § 1 ZLPV 2006; ebenso Riccabona-Zecha, ZVR 2006, 270.

¹⁰⁹⁷ Riccabona-Zecha, ZVR 2006, 270 (271).

¹⁰⁹⁸ = Commercial Pilot License.

¹⁰⁹⁹ = Airline Transport Pilot License.

¹¹⁰⁰ Die Joint Aviation Requirements-Flight Crew Licensing (JAR-FCL) enthält Bestimmungen für die Zulassung von Cockpitpersonal, also von Piloten und Flugingenieuren. Sie besteht derzeit aus 4 Teilen: JAR-FCL 1 [Bestimmungen über die Lizenzierung von Piloten (Flugzeug)], JAR-FCL 2 [Bestimmungen über die Lizenzierung von Piloten (Helikopter)], JAR-FCL 3 (Bestimmungen über die Anforderungen an die Tauglichkeit des Luftfahrtpersonals), JAR-FCL 4 (Bestimmungen über die Lizenzierung von Flugingenieuren), welche für Österreich nicht relevant ist; ausführlich dazu www.austrocontrol.co.at/content/lfa/Personenlizenzen/Lizenzierung/JAR-FCL/JAR-FCL.shtml (17.11.2009); http://de.wikipedia.org/wiki/Joint_Aviation_Authorities (17.11.2009).

¹¹⁰¹ Vgl die Begriffsbestimmungen in Anlage 1 (JAR-FCL 1 – 1.001).

Piloten mit einer Lizenz (PPL)¹¹⁰², die eine fliegerische Tätigkeit im gewerblichen Luftverkehr nicht zulässt.¹¹⁰³

2. Voraussetzungen zur Erlangung eines Berufs- und Linienpilotenscheines

Nach dem Luftfahrtgesetz gibt es drei Möglichkeiten zur Erlangung von Zivilluftfahrerscheinen. Im Folgenden wird nur der Regelfall des § 30 Abs 1 LFG erörtert.¹¹⁰⁴

a) Mindestalter

§ 31 LFG gibt bezüglich des Mindestalter einen Rahmen von 15 bis 21 Jahren vor.¹¹⁰⁵ Berufspiloten und Linienpiloten müssen zumindest das 18.¹¹⁰⁶ bzw das 21. Lebensjahr¹¹⁰⁷ vollendet haben.¹¹⁰⁸

b) Verlässlichkeit

Weitere Voraussetzung für die Erlangung der Pilotenlizenz ist die Verlässlichkeit. Nach der ZLPV 2006 ist iS von § 32 LFG insbesondere derjenige nicht als verlässlich anzusehen ist, der Alkohol oder Suchtgifte missbraucht oder sich einer schweren Zuwiderhandlung oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- oder Verkehrsvorschriften oder gegen die Vorschriften zum Schutze der körperlichen Sicherheit schuldig gemacht hat.¹¹⁰⁹

¹¹⁰² = Private Pilot License.

¹¹⁰³ Vgl Begriffsbestimmungen in Anlage 1 (JAR-FCL 1 – 1.001)

¹¹⁰⁴ Sonderregelung gibt es für Militärluftfahrtscheine (§ 30 Abs 2 LFG) und ausländische Luftfahrtscheine (§§ 40 ff LFG); s dazu Militärluftfahrt-PersonalV 1968 – MLVP 1968, BGBl 1968/395 idF BGBl II 2000/389; sa *Riccabona-Zecha*, ZVR 2006, 270 (271).

¹¹⁰⁵ Im Detail s § 3 Abs 1 ZLPV 2006.

¹¹⁰⁶ § 3 Abs 1 Z 4 ZLPV 2006; sa Anlage 1 (JAR-FCL 1 – 1.140).

¹¹⁰⁷ § 3 Abs 1 Z 5 ZLPV 2006; sa Anlage 1 (JAR-FCL 1 – 1.265).

¹¹⁰⁸ Sa Anlage 1 (JAR-FCL 1 – 1.1060), wonach Piloten zwischen dem 60. bis 64. Lebensjahr nur eingeschränkt und Piloten nach Vollendung des 65. Lebensjahres gar nicht mehr als Pilot von Flugzeugen bei der gewerblichen Beförderung eingesetzt werden dürfen.

¹¹⁰⁹ In der Regel wird die Vorlage einer Strafregisterauskunft verlangt, wobei bei Vorliegen von Vorstrafen auf die seither verstrichene Zeit und auf das Verhalten des Bewerbers während der Zeit Bedacht zu nehmen ist; im Detail s § 32 LFG und § 4 ZLPV 2006.

c) **Tauglichkeit**

Überdies ist für die Erlangung des Pilotenscheines die Tauglichkeit nachzuweisen. Für die Beurteilung der Tauglichkeit des Piloten hat die Austria Control GmbH einen flugmedizinischen Sachverständigen zu bestellen.¹¹¹⁰ Dieser hat die körperliche und geistige Tauglichkeit gemäß den Voraussetzungen der JAR-FCL 3 festzustellen.¹¹¹¹ Nach der flugmedizinischen Untersuchung wird ein schriftlicher Bericht über die medizinischen Daten an die Austria Control GmbH übermittelt.¹¹¹² Diese hat bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Tauglichkeitszeugnis (Medical) in der Klasse 1 für Berufs- und Linienpiloten gemäß den Voraussetzungen der JAR-FCL 3 als Nachweis über die körperliche und geistige Tauglichkeit auszustellen.¹¹¹³ Dabei ist die Gültigkeitsdauer der Tauglichkeitszeugnisse je nach Klasse und Alter unterschiedlich. Die Gültigkeitsdauer für Berufs-Linienpiloten (Klasse 1) ist unter dem 40. Lebensjahr 12 Monate, danach 6 Monate.¹¹¹⁴

d) **Fachliche Befähigung**

Wenn die genannten Voraussetzung erfüllt sind, stellt die zuständige Behörde zur Durchführung der praktischen Ausbildung an Bord eines Luftfahrzeuges, unter der für die Wahrung der Sicherheit der Luftfahrt erforderlichen Aufsicht eines Zivilflugehrers, einen Flugschülerausweis aus.¹¹¹⁵ Gemäß § 36 LFG ist nach entsprechender praktischer Ausbildung bei einer Zivilluftfahrtschule die fachliche Befähigung durch Ablegung einer theoretischen und praktischen Prüfung nachzuweisen. Auf deren Grundlage wird von der Zivilluftfahrt-Prüferkommission ein Gutachten erstellt und an die zuständige Behörde übermittelt.¹¹¹⁶

¹¹¹⁰ §§ 33, 34, 35 LFG. Flugmedizinische Sachverständige werden in einer eigenen Sachverständigenliste geführt. Ein fliegerärztliches Gutachten ist ferner vor jeder periodischen Verlängerung eines Ausweises und auch während der Gültigkeitsdauer, wenn begründete Zweifel am Fortbestand bestehen, einzuholen.

¹¹¹¹ S im Detail Anlage 2 der ZLPV 2006.

¹¹¹² § 34 LFG.

¹¹¹³ Die Verweigerung eines Tauglichkeitsbescheides hat durch Bescheid zu erfolgen, wodurch dem Bewerber die Rechtshutzinstrumente entsprechend dem AVG offen stehen; zum Procedere im Detail s § 35 Abs 2 LFG.

¹¹¹⁴ Die Gültigkeitsdauer der Tauglichkeitszeugnisse ist im Vergleich zu Privatpiloten (Klasse 2) geringer: unter 30 Lebensjahr: 5 Jahre, zwischen 30. - 50. Lebensjahr: 2 Jahre, ab dem 50. Lebensjahr: 12 Monate.

¹¹¹⁵ § 12 ZLPV 2006.

¹¹¹⁶ Im Detail s § 36, 44 LFG und § 13 ZLPV 2006.

e) Prüfungswesen

Wer sich um einen Luftfahrtausweis bewirbt, muss vor Prüfungsantritt bestimmte Flüge (Motor,- Überland,- Navigations,- Instrumentenflüge) von bestimmter Dauer und Strecke sowie Landungen jeweils als verantwortlicher Pilot innerhalb eines bestimmten Zeitraums nachweisen. Dabei hat jeder Flugschüler gemäß § 42 LFG zum Nachweis seiner praktischen Betätigung als Flugschüler ein Flugbuch zu führen.¹¹¹⁷

Bei der theoretischen Prüfung hat der Bewerber nachzuweisen, dass er über die, zur Ausübung der angestrebten Erlaubnis, notwendigen Fachkenntnisse¹¹¹⁸ verfügt. Die theoretische Prüfung ist idR schriftlich abzulegen.¹¹¹⁹

Die praktische Prüfung dient dem Nachweis fliegerischer Befähigung für den Erwerb von Fluglizenzen- oder berechtigungen. Zu diesem Zweck sind bestimmte Flüge inkl Abflüge und Landungen durchzuführen; die Prüfungsinhalte sind im Detail in der ZLPV 2006 festgelegt. Die Prüfung ist vor dem Prüfer nach Abschluss der entsprechenden Flugausbildung und im Normalfall nach bestandener theoretische Prüfung auf den in der Ausbildung verwendeten Flugzeugtyp/klasse abzulegen.¹¹²⁰

B. Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Piloten

Nachdem ein Überblick über die Voraussetzungen für den Erwerb eines Pilotenscheins gegeben wurde, ist nun auf die Frage einzugehen, ob die dienstgebende Fluggesellschaft die Pflicht hat, für die Erhaltung der Flugberechtigung des Piloten zu sorgen. MaW stellt sich die Frage, ob der Pilot einen Anspruch auf eine „fluglizenzerhaltende“ Beschäftigung hat?

¹¹¹⁷ Riccabona-Zecha, ZVR 2006, 270 (272).

¹¹¹⁸ Geprüft werden ua folgende Fächer: Luftrecht, Allgemeine Luftfahrzeugkenntnisse, Flugleistung und Flugplanung, menschliches Leistungsvermögen, Meteorologie, Navigation, flugbetriebliches Verfahren, Aerodynamik.

¹¹¹⁹ ZB bei Berufs- und Liniepiloten unter Verwendung einer von den JAA verwalteten computergestützten Prüfungsdatenbank; soweit es von der Behörde für notwendig erachtet wird, ist auch eine mündliche Prüfung abzuhalten.

¹¹²⁰ Wiederholungen sind möglich, eventuell ist eine weitere Ausbildung möglich; s dazu Riccabona-Zecha, ZVR 2006, 270 (272).

Der Anspruch des Piloten auf lizenzhaltende Beschäftigung wird sowohl von der Lehre¹¹²¹ als auch von der Rsp¹¹²² anerkannt. In der Rechtsprechung des Höchstgerichts gehört der Pilot überhaupt zu den – neben den Chirurgen – ersten Berufsgruppen, denen der OGH ein Recht auf Beschäftigung zugebilligt hat.¹¹²³

Der Beschäftigungsanspruch wird von der Lehre und Rsp – zutreffend – damit begründet, dass der Pilot bei tatsächlichem Unterbleiben von Flugeinsätzen seine berufsrechtliche Bewilligung als Pilot verliert, da für die Aufrechterhaltung der Fluglizenz der unbedingte Einsatz als Pilot im Fluglinienverkehr erforderlich ist.¹¹²⁴ Die Nichtausübung des Berufes verletzt somit die schutzwürdigen Interessen des Piloten, sodass ihm aus der Natur des Vertrages ein Recht auf Beschäftigung zugebilligt wird.¹¹²⁵

Der hM ist zuzustimmen. Bei Piloten ist für das Weiterbestehen ihrer Berufsberechtigung der Nachweis von Flugstunden eine unverzichtbare Voraussetzung.¹¹²⁶ Die Gültigkeitsdauer von Pilotenlizenzen ist befristet.¹¹²⁷ Daher ist die Gültigkeitsdauer von Flugausweisen- und berechtigungen vor Ablauf der Befristung von der zuständigen Behörde auf Antrag zu verlängern, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung weiterhin gegeben sind und der Pilot diese nachweist.¹¹²⁸ Eine dieser Voraussetzungen ist, unter anderem, der Nachweis einer bestimmten Anzahl von Flugstunden.¹¹²⁹ Wenn die für die Verlängerung bzw. Aufrechterhaltung erforderlichen Flugstunden nicht entsprechend nachgewiesen werden, droht dem Piloten der Fluglizenzverlust. Dieser bringt für den Piloten viele Nachteile mit sich: Der Pilot kann zunächst mangels Vorliegen einer gültigen Pilotenlizenz für seinen aktuellen Dienstgeber keine Flüge mehr im Fluglinienverkehr durchführen. Außerdem ist ihm

¹¹²¹ *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 9; *ders* in *Grundeil/Karollus* 47 (51); *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 243; *Pfeil* in *Schwimann IV*³ § 1153 Rz 36; *Schrammel*, AngG-Kommentar § 6 Rz 44; *Gagawczuk/Krapf*, Arbeitsrechtliche Ansprüche² Rz 26; *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (251).

¹¹²² OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot; OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot; ASG Wien 26.9.1996, 24 Cga 184/95 ARD 4820/22/97 – Pilot.

¹¹²³ Zur Pilotenentscheidung s ausführlich Seite 75 ff.

¹¹²⁴ Vgl nur *Brodil* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz 9; OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot.

¹¹²⁵ Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz 243; OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot; ASG Wien 26.9.1996, 24 Cga 184/95 ARD 4820/22/97 – Pilot.

¹¹²⁶ Vgl *Dirschmied*, DRdA 1994/19 (251).

¹¹²⁷ Gemäß Anlage 1 (JAR-FCL 1 – 1.1025) sollen Lizenzen auf maximal 5 Jahre ausgestellt werden. Bezüglich der Gültigkeitsdauer für Berufs- und Linienpilotenlizenzen verweist die ZLPV 2006 direkt auf die JAR-FCL 1 (Anlage 1), wonach sich je nach Berechtigung hier unterschiedliche Zeiträume ergeben; s im Detail s Anlage 1 der ZLPV 2006.

¹¹²⁸ S dazu Anlage 1 (JAR-FCL 1 – 1.1025).

¹¹²⁹ Aufgrund der Komplexität werden die für Beruf- und Linienpiloten für die Verlängerung der Lizenz erforderlichen Stunden nicht näher erörtert; im Detail s Anlage 1 der ZLPV; s ebenfalls www.austrocontrol.co.at.

auch mangels einer Pilotenlizenz eine Anstellung bei einer anderen Fluggesellschaft in der Regel nicht möglich, da bei zahlreichen Flugunternehmen die Pilotenlizenz Voraussetzung für die Anstellung ist. Schließlich bedeutet der Fluglizenzverlust, dass der Pilot zur Erneuerung des ruhenden Pilotenscheines die kosten- und zeitintensive Pilotenprüfung noch einmal – wenn auch nicht im gleichen Umfang wie bei der Ersterlangung der Pilotenlizenz – ablegen muss.

Es liegt daher auf der Hand, dass der Pilot aufgrund dieser nachteiligen Konsequenzen ein eminentes Interesse daran hat, dass seine Flugberechtigung nicht ruht.¹¹³⁰ Folglich steht dem Piloten konkludent aus der Natur des Vertrags ein Recht auf Beschäftigung zu. Denn aus dem Inhalt des Angestelltenvertrages des Piloten kann abgeleitet werden, dass die Parteien ihrem Vertragsabschluss den Willen zu einer regelmäßigen – lizenzhaltenden – Beschäftigung zugrunde gelegt haben.¹¹³¹ Soll nach dem Dienstvertrag der Arbeitnehmer als Pilot eingesetzt werden, ist hierzu auch unbedingt die Erhaltung seiner Fluglizenz erforderlich. Zum vertraglichen Anspruch auf Beschäftigung gelangt man aber auch durch eine ergänzende Vertragsauslegung. Bei dieser wäre ebenfalls davon auszugehen, dass redliche und vernünftige Parteien schon zur Erhaltung der Lizenz des Piloten eine in diesem Ausmaß erforderliche Beschäftigung vereinbart hätten, zumal die Pilotenlizenz auch gesetzliche Voraussetzung für die Tätigkeit eines Piloten bildet.¹¹³²

C. Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Piloten

Hinsichtlich des Umfangs des Beschäftigungsanspruchs ist festzuhalten, dass die Fluggesellschaft die Beschäftigungspflicht nur in jenem Ausmaß trifft, als der Einsatz des Piloten im Flugbetrieb zur Erhaltung der Lizenz führt. Ein darüber hinausgehendes Interesse besteht mE nicht. Für den Piloten ist – abgesehen von seinen persönlichen Eigenschaften – für die Berufsausübung der Nachweis einer bestimmten Anzahl von Flugstunden erforderlich, zu deren Erfüllung die Fluggesellschaft arbeitsvertraglich verpflichtet ist.

¹¹³⁰ Vgl OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot.

¹¹³¹ OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot .

¹¹³² OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot.

D. Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Piloten

Obwohl die Nichtbeschäftigung des Piloten gravierende Konsequenzen mit sich bringt, ist der Beschäftigungsanspruch dennoch nicht unbegrenzt. So führt das OLG Wien aus, dass der Anspruch auf Beschäftigung nicht unabhängig von den Interessen des Arbeitgebers anzunehmen, sondern dann zu verneinen ist, wenn der Arbeitgeber aus dem Dienstverhältnis oder den betrieblichen Umständen heraus maßgebliche Umstände gegen die Beschäftigung nachweisen kann.¹¹³³ Der OGH hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass auch bei Bejahung der Beschäftigungspflicht selbständig zu prüfen ist, ob den schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers auf Erhalt seiner Flugberechtigung so gewichtige Gründe entgegenstehen, die dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung während der Dauer des Verfahrens dennoch objektiv unzumutbar machen.¹¹³⁴ Nach der Ansicht des Höchstgerichts entfällt der Beschäftigungsanspruch bei überwiegenden Interesse der Fluggesellschaft, den Piloten nicht zu beschäftigen.

Unter welchen Umständen die Interessen des Dienstgebers das „Lizenzershaltungsinteresse“ des Piloten überwiegen, ist im Einzelfall zu beurteilen. So wird der Anspruch auf Beschäftigung entfallen, wenn die Voraussetzungen für die Flugberechtigung wegfallen. Ist der Pilot nicht mehr als verlässlich einzuschätzen oder fehlt ihm die körperliche und geistige Tauglichkeit, wird das Flugunternehmen zu Recht die lizenzershaltenden Flugeinsätze des Piloten verweigern. In den genannten Fällen wird der Beschäftigungsanspruch nicht erst durch eine Interessenabwägung entfallen, sondern per legem, da die Verlässlichkeit und Tauglichkeit der Piloten zugleich auch gesetzliche Voraussetzungen für die Ausübung seines Berufes sind. Nach § 45 LFG hat die zuständige Behörde die Erlaubnis zur Ausübung des Berufes zu widerrufen, wenn eine der Voraussetzungen für die Flugberechtigung nicht mehr gegeben ist.

Weiters wird die Fluggesellschaft das Verlangen des Piloten auf Flugeinsatz verweigern, wenn die öffentlich-rechtliche Flugberechtigung des Piloten abgelaufen ist.¹¹³⁵ Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Fluglizenz darf nicht mehr geflogen werden, sodass für den Piloten die Erbringung der Dienstleistung persönlich unmöglich ist.

¹¹³³ OLG Wien 20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot.

¹¹³⁴ OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot.

¹¹³⁵ OGH 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot.

Außerdem wird das Flugunternehmen bei schweren Erkrankungen und sonstigen Gesundheitsbeeinträchtigungen das schutzwürdige Interesse haben, den Piloten nicht fliegen zu lassen, um die Sicherheit und das Leben der Menschen, aber auch der Flugmaschine, nicht zu gefährden. Da das Luftfahrtunternehmen die Verantwortung für die Sicherheit des Flugbetriebs trifft, kann diese Verantwortung durchaus als so gewichtig qualifiziert werden, dass dadurch eine (Weiter)beschäftigung des Piloten unzumutbar wird. Im Übrigen kann die Erhaltung der Flugberechtigung nicht den Schutz höherwertiger Güter, wie das Leben und die Gesundheit der Flugpassagiere, verdrängen.¹¹³⁶

Schließlich wird die Fluggesellschaft auch ein besonderes Interesse aus betrieblichen Gründen haben, den Flugeinsatz des Piloten zu verweigern. Wenn die Zahl der Passagiere drastisch zurückgeht, kann dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, ein leeres Flugzeug durch die Lüfte zu senden, nur damit der Pilot seine berufliche Qualifikation erhält.¹¹³⁷

E. Zusammenfassung

1. Der Pilot hat ein Recht auf lizenerhaltende Beschäftigung. Dieser Anspruch leitet sich konkludent aus der Natur des Angestelltenvertrages ab.
2. Der Pilot ist von der Fluggesellschaft in jenem Ausmaß zu beschäftigen, als dadurch die Erhaltung der Flugberechtigung gesichert ist.
3. Das Recht auf Beschäftigung entfällt, wenn schützenswerte Interessen des Flugunternehmens, das Interesse des Piloten auf Erhaltung seiner Flugberechtigung überwiegen und die Weiterbeschäftigung des Piloten unzumutbar ist.

¹¹³⁶ Pfeil in *Schwimmann IV*³ § 1153 Rz 36; OGH 28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 – Neurochirurg.

¹¹³⁷ So *Schrammel*, AngG-Kommentar § 6 Rz 44.

XVII. Das Recht auf Beschäftigung des Berufsfußballers

Literatur: *Binder*, Zur Bemessung und Dauer von Entgeltfortzahlungsansprüchen, ZAS 2007/17; *Brodil*, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen, in *Grundeis/Karollus* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47; *ders*, DRdA 2007/49 (Anm zu OGH 9 Ob A 121/06v); *Eisenberger*, Berufssport und Recht: die Rechtsbeziehungen zwischen Sportverbänden, Sportlern und Sponsoren am Beispiel des Skirennsports (1998); *Firlei*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 183; *Gerhartl*, Beschränkungen zur Ausübung eines Berufs- und Amateursport nur in engen Grenzen zulässig – Arbeitnehmerfreizügigkeit und Recht auf Beschäftigung, ASoK 2006, 405; *Hollerer*, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht (2002); *Holzer*, Das Dienstrecht der Lizenzfußballer im Österreichischen Fußballbund, DRdA 1972, 63; *Laimer*, Beschäftigungsanspruch von Berufsfußballern, *ecolex* 2007, 418; *Mayr*, Transfervereinbarung zu Konkurrenzklausel, DRdA 1999/19 (Anm zu OGH 8 Ob A 268/97p); *Resch*, SpuRt 2007, 161 (Anm zu OGH 9 Ob A 121/06v); *Schmitzer*, Gibt es nicht dennoch ein Recht auf Beschäftigung, *wbl* 1989, 360; *Schrammel*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports I (2000) 87; *ders*, Berufssportgesetz – Probleme und Lösungssätze, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II (2001) 27; *ders* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ (2008); *W.Schwarz*, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in *FS-Floretta* (1983), 415; *Tomandl/Schrammel*, Die Rechtstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JB1* 1972, 234; *Thomas*, Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballspielers, ZAS 2008/12 (Anm zu OGH 9 ObA 121/06v); *Wüterich/Breucker*, Das Arbeitsrecht im Sport (2006).

Der Berufsfußballer gehört zu jener Berufsgruppe, bei welcher interessanterweise die Frage nach dem Recht auf faktische Beschäftigung bzw dessen Umfang in der Judikatur¹¹³⁸ und – vor allem – in der Literatur¹¹³⁹ beachtlichen Niederschlag gefunden hat.

Im Folgenden werden Rechtsgrundlage, Umfang und Grenzen des Beschäftigungsanspruchs des Berufsfußballers anhand der Ansichten der Jud und Lit in geordneter Weise näher dargestellt.¹¹⁴⁰

¹¹³⁸ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v – *Schopp*; vgl. OGH 24.6.2004, 8 Ob A 38/04b – *Feldhofer*, aber vor allem die Ausführungen der Instanzengerichte zum Recht auf Beschäftigung OLG Graz 28.1.2004, 8 Ra 115/03y und LG Graz 13.8.2003, 38 Cga 39/02a bzw 38 Cga 51/02s; vgl. ebenso Senat 2 der österreichischen Fußball-Bundesliga 10.12.2001, Akte Nr 09-2001-02; Protestkomitee der österreichischen Fussball-Bundesliga 13.3.2002, Akte Nr 13-2001/02; zum Recht auf Beschäftigung in Ansätzen, insb zum Verlust des good-will des Fußballers OGH 25.1.2001, 8 Ob 276/00x.

¹¹³⁹ *Holzer*, DRdA 1972, 63 (78); *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102); *ders* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* II 27 (39); *Eisenberger*, Berufssport 73 (78); *Firlei*, DRdA 2003, 183; *Brodil* in *Grundeis/Karollus* IV 47; *ders*, DRdA 2007/49 (477); *Hollerer*, Berufsfußballer 56; *Gerhartl*, ASoK 2006, 405; *Laimer*, *ecolex* 2007, 418; *Resch*, SpuRt 2007, 161; *Thomas*, ZAS 2008/ 12 (89).

¹¹⁴⁰ An dieser Stelle ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass nach dem OGH 16.7.2004, 8 Ob S 20/03d Berufsfußballer als Arbeiter gelten, weil bei ihnen „eine einer typischen Angestellten vergleichbare Qualifikation“ fehlt und weil – freilich nicht auf Hände, sondern vielmehr auf die Beine konzentriert – die „manuellen Fähigkeiten“ gegenüber den intellektuellen dominieren; so bereits *Tomandl/Schrammel*, *JB1* 1972, 234 (239); *Hollerer*, Berufsfußballer 37 ff ; aA *Holzer*, DRdA 1972, 63 (66) und die hM in Deutschland, wo der Berufsfußballer als Angestellter angesehen wird. Die Unterscheidung ist gegenwärtig nicht mehr von besonderer Bedeutung, da es im Laufe der Zeit immer mehr zu einer Annäherung der beiden Gruppen gekommen ist. Während es früher größere Unterschiede, ua auch im Zusammenhang mit den Austrittsgründen gegeben hat, ist die Differenzierung praktisch nur noch für die Kündigungsfristen relevant, welche wiederum im Berufsfußball auf Grund der befristeten Verträge nicht bedeutend sind. Natürlich bleibt es den Vertragsparteien unbenommen, dem Arbeitnehmer den Status eines Angestellten zuzuweisen.

A. Rechtsgrundlage für das Recht auf Beschäftigung des Berufsfußballers

Nach hA¹¹⁴¹ kommt dem Berufsfußballspieler aus der Natur des Spielervertrages grundsätzlich ein Recht auf Beschäftigung zu. Dies ergibt sich insoweit aus der Vertragsauslegung gem § 914 ABGB und der sich zwischen dem Verein und dem Spieler ergebenden Interessenlage, wonach der Verein für Sicherung der Qualifikation und Aufrechterhaltung des Marktwertes zu sorgen hat. Beschäftigt der Arbeitgeber den Fußballer nicht, so führt dies zwangsläufig einerseits zu einer Marktwerteinbuße und andererseits zu einem Qualifikationsverlust sowie zur Minderung des fußballerischen Niveaus.

Der Anspruch auf Beschäftigung des Profifußballers erfließt demnach, zum einen aus der Natur des Fußballsports, welche die andauernde Ausübung dieser Sportart an sich erfordert, um zumindest die Aufrechterhaltung der sportlichen Fitness und der beruflichen Qualifikation zu gewähren und den Verlust der fußballerischen-technischen Fertigkeiten zu verhindern.¹¹⁴² Dazu kommt auch, dass der Markt- oder Spielerwert eines Fußballers ua davon abhängt, dass sich der Spieler durch ein gezieltes Mannschaftstraining fit hält und seine technischen, spielerischen und strategischen Qualitäten durch ein kollektives Training in einem qualifizierten Spielerkreis fördert. Wird aber einem Spieler über einen gewissen Zeitraum hindurch die Beschäftigung verweigert, so verliert er seine Form, Kondition und sein fußballerisches Leistungsvermögen.

Zum anderen besteht ein gesteigertes Beschäftigungsinteresse des Berufsfußballers auch deshalb, weil der Fußballsport ein medial außergewöhnlich gut erfasster Bereich ist.¹¹⁴³ Zum Beschäftigungsanspruch gehört neben dem Erhalt der sportlichen Form auch die Aufrechterhaltung des „sportlichen good will“, des Rufs des Spielers.¹¹⁴⁴ Denn Fußballerkarrieren, die in der Regel 10 bis maximal 20 Jahre dauern, sind typischerweise durch mehrere Vereinswechsel bzw Vertragsabschlüsse gekennzeichnet, und der

¹¹⁴¹ **Jud:** OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JB1 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*; OGH 24.6.2004, 8 Ob A 38/04b – *Feldhofer*, OLG Graz 28.1.2004, 8 Ra 115/03y – *Feldhofer*; Senat 2 der österreichischen Fußball-Bundesliga 10.12.2001, Akte Nr 09-2001-02 – *Feldhofer*; Proteskomitee der österreichischen Fussball-Bundesliga 13.3.2002, Akte Nr 13-2001/02 – *Feldhofer*; **Lit:** *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102); *ders* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* II 27 (39); *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (55); *Gerhartl*, ASoK 2006, 405; *Laimer*, ecolex 2007, 418 (419); *Thomas*, ZAS 2008/12 (93).

¹¹⁴² Vgl *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (55); vgl *Thomas*, ZAS 2008/12 (90).

¹¹⁴³ *Brodil*, DRdA 2007/49 (477); *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189); vgl OGH 25.1.2001, 8 Ob 276/00x.

¹¹⁴⁴ *Brodil*, DRdA 2007/49 (477).

Fußballspieler hat ein schutzwürdiges Interesse, dass er in einschlägigen Kreisen als einsatzfähiger Sportler bekannt bleibt und seinen Marktwert jedenfalls beibehalten kann.¹¹⁴⁵ Scheint nun ein Spieler eine zeitlang nicht in den Sportmedien auf, so gerät er in Vergessenheit, verschwindet aus dem Blickfeld der Spielervermittler oder anderer Vereine, und wird für diese Vereine weniger attraktiv. In der Folge sinken seine Chancen auf einen Vereinswechsel beträchtlich.¹¹⁴⁶ Durch die mangelnde Spielpraxis wird es für den Spieler schwieriger, einen adäquaten Verein zu finden. Es ist sogar zu befürchten, dass er in untere Spielklassen ausweichen und dadurch einen erheblichen finanziellen Schaden hinnehmen muss. Längere mangelnde Präsenz in der Öffentlichkeit beeinträchtigt den Marktwert des Fußballers erheblich.

Abgesehen von der Ableitung des Beschäftigungsanspruchs des Profifußballer aus dem Wesen des Beschäftigungsverhältnisses wird vertreten, dass ein Recht auf Beschäftigung auch aus einer Entgeltvereinbarung, nach der die Höhe des zustehenden Entgelts vom Ausmaß der zugewiesenen Arbeit abhängt, dogmatisch begründet werden kann.¹¹⁴⁷ Wird ein Spielervertrag so ausgestaltet, dass ein Teil des Entgelts über Leistungsprämien bezahlt wird, so muss man dem Spieler auch die Möglichkeit einräumen, das Leistungsziel zu erreichen.¹¹⁴⁸ Dies ist nur möglich, wenn dem Spieler ein Recht auf Beschäftigung zukommt, wodurch er seine Chance, Leistungsprämien zu erwerben, wahren kann.

Aufgrund der Bedeutung der Aufrechterhaltung des Marktwertes, lässt sich der Beschäftigungsanspruch des Fußballers schließlich auch durch eine Analogie zu § 21 SchSpG herleiten.¹¹⁴⁹ In Bedachtnahme auf den Marktwert, vor allem die Möglichkeit sein Können bei Spielen zur Schau zu stellen, in der Hoffnung Medien, Öffentlichkeit, Sportmanager und Vereine auf sich aufmerksam zu machen sowie die vom faktischen Einsatz abhängige Einkommenshöhe, lässt sich eine Ähnlichkeit zum Schauspieler erkennen, welcher ebenso von einem gewissen „Marktwert“ abhängt, der nur durch regelmäßiges Auftreten vor einem Publikum gehalten werden kann.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁵ *Brodil* in *Grundei/Karollus* 47 (55); vgl. *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188).

¹¹⁴⁶ Vgl. *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79).

¹¹⁴⁷ So bereits OGH 18.11.1932, 1 Ob 999/32 Arb 4.220; Protestkomitee der österreichischen Fussball-Bundesliga 13.3.2002, Akte Nr 13-2001/02 – *Feldhofer*; *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102); *ders.*, AngG-Kommentar § 6 Rz 42; *Thomas*, ZAS 2008/12 (92).

¹¹⁴⁸ *Thomas*, ZAS 2008/12 (92).

¹¹⁴⁹ *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79); *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁶ 115; *W.Schwarz* in FS Floretta 415 (423); *Firlei*, DRdA 2003, 183 (187); vgl. *Schmitzer*, wbl 1989, 360 (364).

¹¹⁵⁰ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (187); vgl. *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79); *Mayr*, DRdA 1999/19 (143); *Gerhartl*, ASoK 2006, 405 will das Recht auf Beschäftigung auch aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit ableiten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufsfußballer grundsätzlich einen Anspruch auf Beschäftigung hinsichtlich der Tätigkeit als Profifußballer hat. Der Umfang eines solchen Rechts bei Berufsfußballspielern, ob also auch ein Anspruch damit verbunden ist, in Bewerbungsspielen oder in einer bestimmten Position zum Einsatz zu kommen, wird im Folgenden näher beleuchtet.

B. Umfang des Rechts auf Beschäftigung des Berufsfußballers

Das Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballers als Mannschaftssportler muss differenzierter betrachtet werden, als der Beschäftigungsanspruch eines Einzelarbeitnehmers, wie etwa jener eines Arztes, Piloten, etc. Die besondere Problematik eines Rechts auf tatsächliche Beschäftigung im Berufsfußball liegt darin, dass bei einem Mannschaftssport naturgemäß mehr Personen unter Vertrag genommen werden müssen, als in einem Spiel benötigt werden.¹¹⁵¹ Den Trainern der österreichischen Bundesligaklubs stehen relativ große Spielerkader zur Verfügung. Von den etwa 20 bis 25 potentiellen Kandidaten können auf Grund der Wettkampfordnung pro Spiel nur 11 eingesetzt und diese während des Spiels nur durch eine begrenzte Anzahl (max drei Spieler) ersetzt werden.¹¹⁵² Zu den Profispielern kommen auch noch Spieler der Amateurm Mannschaft, die bei guten Leistungen auch in der Kampfmannschaft eingesetzt werden können. Die Notwendigkeit eines großen Kaders ergibt sich ua dadurch, um dem Trainer ein ausreichend großes Reservoir für, durch Verletzung und Sperre bedingten, Ausfälle zu geben. Aufgrund des Überschusses an Spielern insgesamt in Relation zu einsatzberechtigten Spielern, können rein mathematisch gesehen nicht alle Kaderpieler zum Einsatz in einem (Meisterschafts)spiel kommen. Allen Kaderspielern ein Recht auf Einsatz im Pflichtspiel einzuräumen, scheidet daher bereits an den für den Berufsfußballsport geltendem Regulativ. Wenn man bestimmten Spielern einen Beschäftigungsanspruch zugestehen würde, hieße dies automatisch, anderen Vereinsspielern dieses Recht abzuerkennen.¹¹⁵³ Die Entscheidung, welcher Spieler, wann und in welcher

¹¹⁵¹ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JB1 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*; so bereits *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102); ihm folgend *Hollerer*, Berufsfußballer 57; *Brodil* in *Grundei/Karollus* 47 (55); *Gerhartl*, ASoK 2006, 405.

¹¹⁵² OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JB1 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*; *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102); *Brodil* in *Grundei/Karollus* 47 (55).

¹¹⁵³ *Gerhartl*, ASoK 2006, 405.

Position tatsächlich bei einem konkreten Spiel einläuft, liegt daher beim Trainer.¹¹⁵⁴ Diese Dispositionsbefugnis wird sogar im Muster-Spielervertrag von der österreichischen Fußball-Bundesliga¹¹⁵⁵ ausdrücklich erwähnt: „Der Spieler anerkennt, dass über den Einsatz in der Kampfmannschaft ausschließlich die sportliche Leitung des Vereins, insbesondere der Trainer, entscheidet (...). Der Spieler kann aus einem Nichteinsatz oder Einsatz in der Amateurm Mannschaft oder in einer von ihm nicht gewünschten Eigenschaft bzw Position keine wie immer gearteten Ansprüche geltend machen.“¹¹⁵⁶ Abhängig ist der Einsatz des Spielers im Wettkampf von einer großen Anzahl an Faktoren, darunter natürlich das Spielverhalten des Gegners und die darauf gerichtete Taktik.¹¹⁵⁷ Bei einer eher defensiven Aufstellung können etwa nicht per se alle Stürmer eingesetzt werden. Der Trainer muss demnach die Möglichkeit haben, seine Aufstellung an taktischen Kriterien zu orientieren. Weiters ist die Aufstellung von der Einstellung, Form und Motivation des individuellen Spielers, die sich aus den Trainingsleistungen ablesen lassen, abhängig. Ungeachtet dessen liegt es in der Natur seiner Aufgabe, dass der Trainer in regelmäßigen Abständen neue Kombinationen ausprobiert und mit Aufstellungen experimentiert.¹¹⁵⁸ Was die Aufstellung, Strategie, Taktik sowie Spielanlage der Mannschaft betrifft, stehen dem Trainer somit weitestgehend rechtlich nicht überprüfbare Dispositionsbefugnisse zu.¹¹⁵⁹ Andernfalls wäre eine sinnvolle Trainertätigkeit in einem Mannschaftssport nicht möglich. Die Entscheidung des Trainers, den Spieler nicht aufzustellen, kommt nicht nur bei mangelhaften Leistungen oder Einstellungen zum Tragen. Vielmehr müssen Gründe keineswegs in der Person oder im Verhalten des Spielers vorliegen, die es rechtfertigen, dass dieser nicht, nur manchmal oder nicht an seinem üblichen Platz eingesetzt wird. Die Dispositionsbefugnisse des Arbeitgebers sind daher im Mannschaftssport deutlich weitergehend als in anderen Fällen des Bestehens einer Beschäftigung (etwa bei den erwähnten Gefäßchirurgen), wo an eine Nichtbeschäftigung daher höhere Anforderungen – wie etwa der Verdacht auf eine Dienstpflichtverletzung oder erhebliche Probleme bei der Erreichung der Betriebs- und Unternehmensziele – zu stellen sind.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁴ Firlei, DRdA, 2003, 183 (187); Gerhartl, ASoK 2006, 405.

¹¹⁵⁵ Dieser Muster-Spielervertrag wurde von der Vereinigung der Fußballer („VdF“) zusammen mit der Fußball-Bundesliga erstellt.

¹¹⁵⁶ Vgl Punkt II.1 Abs 1 lit a des Muster-Spielervertrags der österreichischen Fußball-Bundesliga.

¹¹⁵⁷ Brodil in Grundei/Karollus 47 (56); Firlei, DRdA, 2003, 183 (187); Eisenberger, Berufssport 73 (78).

¹¹⁵⁸ So Firlei, DRdA, 2003, 183 (187).

¹¹⁵⁹ Firlei, DRdA, 2003, 183 (187); vgl OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (Marhold-Weinmeier) = eolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (Resch) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (Brodil) = ZAS 2008/12 (Thomas) = JB1 2008, 56 = Arb 12.656 – Schopp.

¹¹⁶⁰ Firlei, DRdA, 2003, 183 (187); ihm folgend Brodil in Grundei/Karollus 47 (55).

Obwohl allen Spielern abstrakt ein Recht auf Beschäftigung zusteht, liegt es in der Natur des Fußballs als Mannschaftssport, dass nicht jeder Arbeitnehmer des Fußballvereins in jedem Bewerbungsspiel tatsächlich zum Einsatz kommt.¹¹⁶¹ Denn aufgrund der – der rechtlichen Überprüfung entzogenen – Autonomie des Trainers ist der jeweilige Spielervertrag jedenfalls nicht dahingehend auszulegen, dass dem Berufsfußballer ein Recht auf (dauernden) Einsatz in Bewerbungsspielen zusteht.¹¹⁶² Beim Berufsfußballsport ist naturgemäß jedem Spieler klar, dass ihm kein Platz in der Kampfmannschaft garantiert werden und er demnach keinen unbedingten Anspruch auf Einsatz bei Wettkämpfen beanspruchen kann. Der Nichteinsatz in einem Pflichtspiel bzw seine Möglichkeit – so zutreffend *Brodil*¹¹⁶³ – ist als Verkehrssitte anzusehen.

Aus diesem Grund ist das Recht des Berufsfußballspielers auf tatsächliche Beschäftigung ihrem Umfang nach einzuschränken.¹¹⁶⁴ Die individualistische Judikatur des OGH, die den nichtbeschäftigten Arbeitnehmer bei einer konkreten Gefährdung der beruflichen Qualifikation wieder mit seinem konkreten Arbeitsplatz verbindet, kann nicht uneingeschränkt auf den Berufsfußball als Mannschaftssportarten übertragen werden.¹¹⁶⁵ Klar ist, dass über die Mannschaftsaufstellung bzw die Spielstrategie kein richterliches Urteil entscheiden kann und darf, da es der Grundintention widersprechen würde.¹¹⁶⁶ Ein klagbares Recht auf Beschäftigung würde bedeuten, dass der Richter mittels einstweilliger Verfügung die Aufstellung für das nächste Meisterschaftspiel vornehmen müsste. Bei dem eingangs dargestellten Quantum an Spielern im Verhältnis zur spielberechtigten Anzahl von Spielern bei einem Bewerbungsspiel würde das bedeuten, dass diejenigen, die gerade rechtzeitig eine einstweilige Verfügung erwirkt haben, zum Einsatz gelangen würden.

Es ist daher festzuhalten, dass sich aus dem Wesen des Fußballsports ergibt, dass der Nichteinsatz in der Kampfmannschaft in einem Pflichtspiel noch keine Verletzung des Rechts

¹¹⁶¹ Vgl *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (55); vgl *Hollerer*, Berufsfußballer 57.

¹¹⁶² *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (55); vgl *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg I* 87 (102); OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = *ecolex* 2007/175 = *SpuRt* 2007, 161 (*Resch*) = *infas* 2007 A45 = *DRdA* 2007/49 (*Brodil*) = *ZAS* 2008/12 (*Thomas*) = *JB1* 2008, 56 = *Arb* 12.656 – *Schopp*.

¹¹⁶³ *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (56).

¹¹⁶⁴ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = *ecolex* 2007/175 = *SpuRt* 2007, 161 (*Resch*) = *infas* 2007 A45 = *DRdA* 2007/49 (*Brodil*) = *ZAS* 2008/12 (*Thomas*) = *JB1* 2008, 56 = *Arb* 12.656 – *Schopp*; *Holzer*, *DRdA* 1972, 63 (79); *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg I* 87 (102); *Firlei*, *DRdA* 2003, 183 (188); *Gerhartl*, *ASoK* 2006, 405; *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (55); *Laimer*, *ecolex* 2007, 418 (419).

¹¹⁶⁵ Zutreffend *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg I* 87 (102); ihm folgend *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (56).

¹¹⁶⁶ *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg I* 87 (102); *Firlei*, *DRdA*, 2003, 183 (187).

auf Beschäftigung darstellt.¹¹⁶⁷ Während dies aufgrund der dargestellten Gründe einsichtig ist, stellt sich die Frage, inwiefern das auch für ein Freundschaftsspiel gilt. Wegen der besonderen Wichtigkeit für den Berufsfußballer, sein fußballerisches Leistungsvermögen auch im Wettkampf zu erhalten und zu verbessern, erscheint es interessensgerecht, dem Spieler zumindest in Freundschaftsspielen eine Einsatzmöglichkeit zu gewähren. Im Falle einer Nichtberücksichtigung müssen gewichtige Gründe gegeben sein, die nicht auf der Willkür des Trainers oder des Vereines beruhen. In Freundschaftsspielen, die nicht unmittelbar der Vorbereitung auf die Pflichtspiele dienen, hat der Verein nur ein geringes Interesse am ausschließlichen Einsatz der besten Spieler. Es ist daher dem Verein zumutbar, gerade in einem Freundschaftsspiel diejenigen Kaderspieler einzusetzen, denen unter normalen Umständen ein Einsatz in der Kampfmannschaft verwehrt bleibt. Kaderspieler, die de facto keine Chance auf einen Einsatz haben und nur in absoluten Notfällen, wie etwa bei Verletzung oder sonstigem Ausfall vieler Spieler zum Einsatz kommen, sind daher in Freundschaftsspielen einzusetzen, um auch ihre Wettkampffähigkeit in einem Mindestumfang zu wahren. In der Praxis ist das meist selbstverständlich, da die Vereine ihre „Stars“ zum Missfallen der zahlenden Zuschauer in sportlich unbedeutenden Spielen schonen, und damit zwangsläufig andere Spieler an die Reihe kommen.

Fraglich ist, ob der Fußballer das Recht hat, vor willkürlicher und sittenwidriger Nichtnominierung geschützt zu werden.¹¹⁶⁸ *Resch*¹¹⁶⁹ meint in diesem Zusammenhang, dass die Aufnahme in den Kader ausnahmsweise denkbar ist, wenn die Nichtberücksichtigung aus nach dem GIBG verpönten rassistischen Motiven erfolgt. In einem solchen Fall wäre die Vereinsleitung verpflichtet, den Trainer zur Vollziehung der gesetzlichen Antidiskriminierungsvorschriften anzuhalten. Ähnlich darf der Trainer oder die Vereinsleitung nicht aus willkürlichen und sachwidrigen Kriterien verhindern, dass der Berufsfußballer eine vertraglich vereinbarte Prämie verdient. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Vereinsleitung den Trainer anweist, einen Stammspieler mit 29 Einsätzen im letzten Spiel der Saison nicht mehr zu nominieren, da der Verein ansonsten die bei 30 Einsätzen fällige Jahresleistungsprämie von 100.000 EUR bezahlen müsste.¹¹⁷⁰ In diese Kategorie fällt etwa auch, wenn einem Stammspieler der Einsatz im letzten Spiel der Saison verweigert wird, um

¹¹⁶⁷ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188) ist der Ansicht, dass dem Spieler eine grundsätzliche Chance zuzugestehen ist, an Spielen der Kampfmannschaft teilzunehmen; krit *Brodil*, DRdA 2007/49 (483).

¹¹⁶⁸ Vgl *Resch*, SpuRt 2007, 161 (164); *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102); *Brodil*, DRdA 2007/49 (483).

¹¹⁶⁹ *Resch*, SpuRt 2007, 161 (164).

¹¹⁷⁰ Vgl *Wüterich/Breucker*, Sport Rz 296; zur treuwidrigen Vereitelung der Erwerbchance von Prämien s *Thomas*, ZAS 2008/12 (92); *Binder*, ZAS 2007/17 (103).

durch diesen Einsatz nicht eine – für den Spieler finanziell günstige – Vertragsverlängerung des Spielers zu bewirken. Bei sittenwidriger Vereitelung vom Eintritt von Vertragsbedingungen wird daher ausnahmsweise ein Recht auf Einsatz in der Kampfmannschaft bei einem Pflichtspiel zuzubilligen zu sein. Ähnliche Konstellation sind denkbar, wenn ein Stammspieler seinen Wechsel zum Ende der Saison zu einem anderen Verein bekannt gibt oder den Vertrag nicht vorzeitig verlängern will und ihn der Verein daraufhin gleichsam zur „Strafe“ oder zur gezielten Minderung seines Marktwertes nicht mehr einsetzt.¹¹⁷¹ In all den vorgenannten Fällen würde die Nichtnominierung zum Zwecke einer unzulässigen sittenwidrigen Schädigung des Spielers erfolgen. In derartigen Fällen steht dem Spieler neben dem Anspruch auf Beschäftigung auch ein Anspruch auf Schadenersatz zu.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass es grundsätzlich kein Recht des Berufsfußballers auf einen tatsächlichen Einsatz in der Kampfmannschaft an einem bestimmten Spieltag in einer bestimmten Spielposition gibt.¹¹⁷² Dem Berufsfußballer ist ein Recht auf Einsatz unter Umständen bei Freundschaftsspielen sowie bei einer willkürlichen, sittenwidriger oder schädigenden Nichtnominierung zuzugestehen.

Nach hA besteht das Recht eines Berufsfußballspielers in erster Linie darin, am Training der Kampfmannschaft teilzunehmen.¹¹⁷³ Dieser Anspruch ist derart unstrittig, dass der Anspruch auf Trainingsteilnahme auch in den im Jahr 2008 eingeführten KollV für Fußballspieler der Österreichischen Bundesliga aufgenommen wurde.¹¹⁷⁴ Gemäß § 9 dieses KollV haben Bundesligaspieler ein Recht auf Teilnahme am Mannschaftstraining. Durch die Teilnahme am Mannschaftstraining ist dem Spieler ein Mindestumfang an Beschäftigung gewährleistet, durch die er ständig einerseits seine sportliche Fitness und andererseits seine technischen, spielerischen und strategischen Qualitäten aufrecht erhalten kann. Sein Marktwert wird dabei

¹¹⁷¹ Vgl dazu OGH 24.6.2004, 8 Ob A 38/04b – *Feldhofer*; OLG Graz 28.1.2004, 8 Ra 115/03y und LG Graz 13.8.2003, 38 Cga 39/02a bzw 38 Cga 51/02s – *Feldhofer*; Senat 2 der österreichischen Fußball-Bundesliga 10.12.2001, Akte Nr 09-2001-02– *Feldhofer*; Protestkomitee der österreichischen Fussball-Bundesliga 13.3.2002, Akte Nr 13-2001/02 – *Feldhofer*; vgl *Wüterich/Breucker*, Sport Rz 297.

¹¹⁷² Unter Punkt II.1 Abs 1 lit a des Muster-Spielervertrag der österreichischen Fußball-Bundesliga ist nun ausdrücklich geregelt, dass der Spieler keinen Anspruch auf den Einsatz in der Kampf- oder Amateurmansschaft, den Einsatz in einer bestimmten Eigenschaft bzw Position hat.

¹¹⁷³ So zuletzt OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = *ecolex* 2007/175 = *SpuRt* 2007, 161 (*Resch*) = *infas* 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBI 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*; so bereits *Holzer*, DRdA 1972, 63 (79); *Schrammel* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* I 87 (102); *ders* in *Karollus/Achatz/Jabornegg* II 37 (39); *ders* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht II⁵ 97; *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188); *Hollerer*, Berufsfußballer 57; *Gerhartl*, ASoK 2006, 405; *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (55); *ders*, DRdA 2007/49 (477); *Laimer*, *ecolex* 2007, 418 (419); *Resch*, *SpuRt* 2007, 161 (164).

¹¹⁷⁴ S Seite 37 FN 170.

– aufgrund mangelnder Spielpraxis – zwar sinken, dieser muss jedoch aufgrund des Wesens des Berufsfußballsports in Kauf genommen werden.¹¹⁷⁵

Strittig ist jedoch, welche Einzeltätigkeiten vom Beschäftigungsanspruch des Fußballers sonst noch umfasst sind. Nach *Firlei*¹¹⁷⁶ besteht der Anspruch auf Beschäftigung neben der Teilnahme am Training, auch an Mannschaftsbesprechungen, Trainingslagern, Öffentlichkeitsarbeit, gesundheitsfördernden Maßnahmen, ärztlichen Untersuchungen, Coachingangeboten, etc. Der OGH sieht dies anders.¹¹⁷⁷ Seiner Ansicht nach umfasst der Beschäftigungsanspruch des Fußballers neben der Teilnahme am Trainingsbetrieb auch die an Lehrgängen der Kampfmannschaft sowie die Teilhabe an medizinischer und sporttherapeutischer Betreuung, wobei es bei letzterer in der Natur der Sache liegt, dass bei der Termineinteilung jene Spieler, die in der Kampfmannschaft zum Einsatz kommen, vor den anderen Vorrang haben. Hingegen besteht nach dem Höchstgericht kein Rechtsanspruch auf Teilnahme an allen Spielerbesprechungen des Vereins, an allen sonstigen, der Spiel- und Wettkampfvorbereitung dienenden Veranstaltungen, an In- und Auslandsreisen und an allen sportlichen Veranstaltungen des Vereins sowie an allen sonstigen Darstellungen des Vereines oder der Spieler zum Zwecke der Öffentlichkeitsarbeit für den Verein, weil alle diese Aktivitäten nicht notwendig sind, um die fußballerischen Qualitäten zu erhalten. Was die Besprechungen, Vorbereitungen, Reisen und Veranstaltungen betrifft, führt der OGH aus, dass nicht jede Spielbesprechung bzw jede vorbereitende Veranstaltung bzw Reise zur Aufrechterhaltung der spielerischen Fähigkeiten erforderlich ist.¹¹⁷⁸ *Brodil*¹¹⁷⁹ stimmt zum Teil diesen Ausführungen des OGH zu und meint, dass eine Spielerbesprechung bloß der konkreten taktischen Anweisung der tatsächlich zum Einsatz kommender Spieler dient. Daraus ist zu folgern, dass ein Anspruch auf Teilnahme an Spielerbesprechungen nicht besteht, wenn der Spieler für den jeweiligen Spieltag nicht zum Bewerbungsspiel der Kampfmannschaft nominiert wurde. Hingegen kritisiert er zutreffend die Auffassung des Höchstgerichts, dass der Fußballer keinen Anspruch auf Teilnahme an „sonstigen Darstellungen des Vereins“ hätte, zu welchen etwa die Darstellung auf Mannschaftspostern, Autogrammkarten, Spielerpräsentationen, etc zählen. Wie bereits im Allgemeinen Teil

¹¹⁷⁵ *Gerhartl*, ASoK 2006, 405.

¹¹⁷⁶ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188).

¹¹⁷⁷ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = *ecolex* 2007/175 = *SpuRt* 2007, 161 (*Resch*) = *infas* 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = *Arb* 12.656 – *Schopp*; aA *Brodil*, DRdA 2007/49 (483); *Thomas*, ZAS 2008/12 (93).

¹¹⁷⁸ *Zust Brodil*, DRdA 2007/49 (483).

¹¹⁷⁹ *Brodil*, DRdA 2007/49 (483).

erörtert¹¹⁸⁰, hängt der Marktwert des Spielers nicht nur von den spielerischen Fähigkeiten, sondern auch vom Bekanntheitsgrad des Spielers in der Öffentlichkeit ab. Kommt ein Spieler nicht oder selten in der Kampfmannschaft zum Einsatz, besteht für den Spieler nur mehr die Möglichkeit, durch Präsenz in der Öffentlichkeit, wie etwa durch gesellschaftliche Kontakte, Einbau in den üblichen Publikums- und Medienbetrieb und in die PR-Arbeit der Kampfmannschaft, seinen Marktwert zu wahren und somit nicht aus dem Blickfeld der Sportmedien und anderer Vereine zu verschwinden.¹¹⁸¹ Daher ist dem Spieler im Hinblick auf die (Mindest)wahrung seines Marktwertes die Möglichkeit zu geben, an den Außendarstellungen, wie Präsentationen oder PR-Terminen (Autogrammstunden), teilzunehmen, sowie ihn in die Darstellung des Vereins (Mannschaftsposter, Autogrammkarte, Fotos, web-sites) zu integrieren.¹¹⁸² Das Gleiche gilt mE auch für die Teilnahme „an allen sportlichen Veranstaltungen des Vereins“, welche ebenso der Aufrechterhaltung des „sportlichen good will“ dienen.

Zusammengefasst kann daher – entgegen der Ansicht des OGH – festgehalten werden, dass das Recht auf Beschäftigung des Berufsfußballers im Kern darin besteht, am Training, Trainingslager, an der sportmedizinischen und sporttherapeutischen Betreuung, an Öffentlichkeitsarbeit und an PR-Aktionen teilzunehmen.

Als nächstes stellt sich die Frage, welche Qualität die dem Fußballspieler gewährte Berufsausübung, insb die Teilnahme am Training, haben muss. Ist die Versetzung zu den Amateuren, Training in abgesonderten Kleingruppen, mit der Mannschaft des Kooperationsvereins oder „Sondertraining“ schon als Verletzung der Beschäftigungspflicht des Vereins anzusehen? Oder liegen derartige Einsätze ebenso in der zulässigen einseitigen Gestaltungsbefugnis des Vereins?¹¹⁸³

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass für die Einsatzmöglichkeiten eines Spielers primär der konkret abgeschlossene Spielervertrag maßgebend ist, und somit auch die äußerste Grenze vorgibt. In Ermangelung einer ausreichenden vertraglichen Determinierung der

¹¹⁸⁰ S dazu auch Seite 91 ff.

¹¹⁸¹ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188); *Brodil* in *Grundei/Karollus* 47 (58); *ders*, DRdA 2007/49 (483); vgl. *Thomas*, ZAS 2008/12 (93).

¹¹⁸² *Brodil*, DRdA 2007/49 (483).

¹¹⁸³ *Brodil* in *Grundei/Karollus* 47 (57).

Einsatzmöglichkeiten sind den Umständen entsprechende Dienste oder dem Ortsgebrauch angemessene Dienste zu leisten.¹¹⁸⁴

Um das Problem näher vor Augen zu führen, soll kurz zur Veranschaulichung die *causa Feldhofer* skizziert werden. Der Spieler Feldhofer, der etwa ein Jahr vor Ablauf seines aktuellen Vertrages das Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrages nicht angenommen hatte, wurde von der Kampfmannschaft ausgeschlossen und in die Landesligamannschaft versetzt, wo er zwar trainieren konnte, aber im wesentlichen nicht zum wettbewerbsmäßigen Einsatz kam. Aus dem Arbeitsvertrag dieses Fußballspielers ging hervor, dass er als Spieler in der Bundesliga zum Einsatz kommen sollte. Eine Vereinbarung, der Spieler sei auch dazu verpflichtet, bei den Amateuren zu spielen, wurde weder ausdrücklich noch konkludent getroffen. Eine solche Pflicht hätte ausdrücklich vereinbart werden müssen, da nach den Regeln der Vertragsinterpretation nicht anzunehmen ist, dass ein Spieler der österreichischen Bundesliga mit einer derart weiten Umschreibung seiner Arbeitspflicht – und mit ihren gravierenden finanziellen und karrierebezogenen Folgen – ohne weiteres einverstanden ist.¹¹⁸⁵

Die Versetzung in die Landesligamannschaft war daher bereits außerhalb des Spielervertrages und damit außerhalb der Leistungsverpflichtung des Arbeitgebers. Wird also ein Spieler für die ausschließliche Verwendung in der Kampfmannschaft verpflichtet, so wird der Verein seiner Beschäftigungspflicht nachkommen, wenn er den Spieler nur in der Kampfmannschaft trainieren lässt. Eine Verwendung des Spielers bei den Amateuren ist in diesem Fall vertragswidrig.¹¹⁸⁶ Im Übrigen ist es für den Berufsfußballspieler nicht möglich im Kreis von Amateuren seine für den Einsatz in der Bundesliga erforderlichen Fähigkeiten aufrecht zu erhalten. Denn mit zunehmender Dauer würde sich der Spieler dem dortigen Amateurniveau anpassen. Er wäre dort unterfordert, das Trainingsprogramm würde nicht seinem fußballerischen Leistungsniveau entsprechen, die Geübtheit hinsichtlich der Spielzüge und die Umsetzung von taktischen Konzepten wäre vernachlässigt.¹¹⁸⁷ Abgesehen davon, wäre ihm durch die Nichtteilnahme am Training der Kampfmannschaft die abstrakte Chance genommen, die im Vertrag vorgesehenen Leistungsprämien zu verdienen.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁴ Vgl § 1153 ABGB, § 6 AngG.

¹¹⁸⁵ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188).

¹¹⁸⁶ *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (57). Nach *Firlei*, DRdA 2003, 183 (190) stellt die Versetzung zu den Amateuren eine Herabsetzung der Persönlichkeit dar, wie sie im Profisport schwerer kaum verwirklicht werden kann. Der Ausdruck „Amateur“ muss von einem Berufsfußballer und von der interessierten Öffentlichkeit als beleidigend empfunden werden.

¹¹⁸⁷ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188); vgl OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = *ecolex* 2007/175 = *SpuRt* 2007, 161 (*Resch*) = *infas* 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*.

¹¹⁸⁸ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188).

Anders ist dies bei jungen Fußballspielern. Diese bekommen in der Regel einen Vertrag für die Amateurm Mannschaft, wobei ihnen vom Verein die Option eingeräumt wird, sie auch in der Kampfmannschaft einsetzen zu können. In solchen Fällen erfüllt der Verein seine Beschäftigungspflicht, wenn er den Spieler in einer der beiden Mannschaften trainieren lässt. Es liegt auf der Hand, dass die Verwendung des Amateurspielers in der Kampfmannschaft nur im Interesse des Spielers liegt, da dadurch sein Marktwert steigt, er aufgrund der höheren Prämien finanziell besser dasteht und sich schließlich seine fußballerischen Fähigkeiten verbessern. Einer Rückversetzung des Amateurspielers, nach seiner Nominierung in die Kampfmannschaft, zur Amateurm Mannschaft steht nichts im Wege, wenn diese innerhalb einer kurzen Frist erfolgt. In der Regel beruhen die Nominierungen zumeist auf Verletzung und durch Sperre bedingten Ausfällen. Wenn aber der Amateurspieler über längere Zeit in der Kampfmannschaft eingesetzt wird, wird man nach Umständen des Einzelfalles annehmen können, dass es zu einer konkludenten Änderung des Spielervertrages gekommen ist. Ab diesem Zeitpunkt ist der Amateurspieler nicht mehr verpflichtet, bei der „zweiten Mannschaft“ zu trainieren.

Daneben kommt es häufig vor, dass Verträge neben dem Einsatz in der Bundesligamannschaft auch die Verwendung des Spielers in der Mannschaft des Kooperationsvereines vorsehen. Im Profifußball ist es üblich, dass große Klubs vor allem junge oder nicht benötigte Spieler entweder an die Konkurrenz oder an einen Partnerverein „verleihen“. ¹¹⁸⁹ Diese „Überlassung“ von besonders jungen Spielern hat aber den Zweck diesen Spielern durch Wettkampfeinsätze die Möglichkeit zu geben, ihre spielerischen Fähigkeiten zu verbessern, sich im Partnerverein ins Rampenlicht zu spielen, um wieder von ihrem Stammklub in die Bundesliga zurückgeholt zu werden und somit schließlich ihren Marktwert zu erhöhen. Diese Verleihungspraxis schützt demnach die Interessen der jungen Profifußballer. Sie kommen im Partnerverein zum Einsatz und müssen sich daher keine Gedanken über ihr Recht auf Beschäftigung machen.

Ist der Spieler hingegen ohne Bezeichnung des konkreten Arbeitsplatzes lediglich als „Spieler“ angestellt worden, so wird bei der Beurteilung des Umfangs des Beschäftigungsanspruches auf die bisherige Tätigkeit des verpflichteten Fußballers Bedacht zu nehmen sein. Ein Nationalspieler, Spieler mit mehrjähriger Bundesligaerfahrung oder gar einer, der vor dem Vereinswechsel in einer qualitativ höherstehenden ausländischen Liga

¹¹⁸⁹ Dazu ausführlich *Hollerer*, Berufsfußballer 122 ff.

gespielt hat, wird nach der Vertragsauslegung nur für den Einsatz in der Kampfmannschaft in Frage kommen, sodass er nur bei dieser zu trainieren hat. Demgegenüber wird der Verein berechtigt sein, einen jüngeren und unroutinierten Spieler auch bei der Amateurm Mannschaft einzusetzen, solange er sich nicht einen zumindest längerfristigen Stammplatz in der ersten Mannschaft erarbeitet hat.

Zur Teilnahme am Mannschaftstraining ist zu sagen, dass es zunächst keinen vernünftigen Grund gibt, der den Verein daran hindern könnte, einen Spieler nicht am Training teilnehmen zu lassen. Hier gibt es keine zahlenmäßige Einschränkung seitens der Spielregeln, hier kommt es auch nicht auf die Einstellung, Form, Motivation oder auf die Taktik an. Für einen Spieler, der sonst nicht zum Einsatz kommt, stellt das Training somit eine der wenigen Möglichkeiten dar, sich mit Kollegen bzw Konkurrenten zu messen. Darüber hinaus ist ein regelmäßiges Training unerlässlich für ein Halten der Form und Fitness, und daraus folgend also die Voraussetzung, um in weiterer Folge überhaupt dem Beruf nachgehen zu können. Durch die Teilnahme am Mannschaftstraining wird dem Fußballer ein Minimum an Erhaltung seiner Fähigkeiten gewährleistet.¹¹⁹⁰ Nach dem OGH ist das Interesse des Vereins, dass jede Trainigseinheit der Kampfmannschaft die taktische Probe für den Ernstfall sei, wobei vor allem im Trainingsbetrieb die Mannschaftsleistung zu einem homogenen Ganzen mit möglichst gleichem Verständnis und bester Abstimmung der Spieler untereinander erarbeitet werden solle, und daher keinen Fremdkörper vertrage, nicht gewichtig genug, um dem Spieler die Teilnahme am Training der Kampfmannschaft zu verweigern. Aufgrund der Größe des am Training der Kampfmannschaft beteiligten Kaders ist dieses legitime und notwendige Ziel des Vereins durch das Mittrainieren eines Spielers nicht gefährdet.¹¹⁹¹

Jedoch kann der Trainer in verkehrsüblichem Ausmaß auch einmal ein Sondertraining in Kleingruppen oder spezielles Einzeltraining – etwa zur Wiedererlangung der Leistungsfähigkeit nach Verletzungen – für angemessene und begrenzte Zeiträume anordnen.¹¹⁹² Der Verein ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Spieler nicht „unterfordert“ ist und seine sportliche Form beibehalten kann.¹¹⁹³ Nach längeren Verletzungen können Spieler nur schrittweise zu ihrer vollen Leistungsfähigkeit herangeführt

¹¹⁹⁰Vgl Gerhartl, ASoK 2006, 405.

¹¹⁹¹ OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007, 199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt 2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) = JBl 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*.

¹¹⁹² Ausführlich dazu *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (58); vgl *Thomas*, ZAS 2008/12 (92).

¹¹⁹³ *Brodil* in *Grundeil/Karollus* 47 (58).

werden. Denn in der Regel ist es so, dass diese Spieler erst ins Mannschaftstraining wieder einsteigen können, wenn sie durch das spezielle Einzeltraining auf dasselbe sportliche Leistungsniveau wie die gesunden und einsatzfähigen Spieler gebracht worden sind. Es liegt auf der Hand, dass in solchen Fällen das Interesse an der Wiederlangung der Leistungsfähigkeit, das Interesse, am Training der Kampfmannschaft teilzunehmen, überwiegen wird. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Weisungen des Trainers, wie alle einseitigen Gestaltungsrechte im Arbeitsverhältnis, am Maßstab der Sittenwidrigkeit zu messen sind. Demnach darf der Spieler nicht gröblich in seinen Interessen benachteiligt werden.¹¹⁹⁴ Der Trainer darf zB von seinem Ermessen bei der Festlegung der Trainingsmethoden nicht unsachgemäß bzw willkürlich Gebrauch machen, sondern nur insoweit, als die (Höchsts)leistungsfähigkeit durch das spezielle Einzel- oder Sondertraining wiederhergestellt ist.

In Zusammenhang mit dem Recht auf Teilnahme am Mannschaftstraining hat das ArbG Hannover¹¹⁹⁵ die Möglichkeit des Vereins, ein zeitversetztes Sondertraining in Kleingruppen anzuordnen, bejaht. Das Gericht hat zwar gemeint, dass das Training von fünf Spielern untereinander einen anderen Inhalt und andere Schwerpunkte hat, als das Training mit der übrigen Mannschaft, die gegebenenfalls taktische Spielzüge einübt. Jedoch liegt es im Ermessen des Trainers, Spieler aus der Gemeinschaft herauszunehmen, um ihre speziellen Schwächen aufzuarbeiten. Die Maßnahme eines Sondertrainings dient der Wiederherstellung der von einem Berufsfußballer zu erwartenden Leistungsfähigkeit, Kondition oder Motivation. Um die Funktionsfähigkeit und somit den Erfolg des Teams zu gewährleisten, sind die Maßnahmen eines Einzel- oder Gruppentrainings ohne Zweifel zulässig.

Nach dem eben Gesagten, kann festgehalten werden, dass es bei der Trainingsteilnahme keiner Auswahlentscheidung wie für ein Bewerbungsspiel bedarf, der Trainer jedoch, bei rekonvaleszenten oder gesperrten bzw „außer Form befindlichen“ Spielern, ein Sonder- bzw Einzeltraining anordnen kann.¹¹⁹⁶ In solchen Fällen tritt das Recht auf Beschäftigung deutlich hinter den Interessen des Vereines zurück. Daher ist auch, natürlich unter beschränkter Dauer, ein Einsatz außerhalb des Kerntrainings der Kampfmannschaft zulässig und stellt keine Verletzung der Beschäftigungspflicht dar.

¹¹⁹⁴ *Brodil in Grundei/Karollus* 47 (58).

¹¹⁹⁵ ArbG Hannover, 25.3.93, Az 3 Ga 2/93 SpuRt 1998, 197 ff.

¹¹⁹⁶ Vgl *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188); *Brodil in Grundei/Karollus* 47 (58).

Was die zeitliche Dauer einer Verwendung außerhalb des Kernbereichs betrifft, ist festzuhalten, dass diese nur in zeitlich limitierter Dauer und bei Vorliegen entsprechend gewichtiger Interessen des Vereins zulässig ist. Liegen hingegen nur wenige gewichtige (Organisations)interessen des Vereins vor, so ist der Spieler eher im Kernbereich des Vertrags zu beschäftigen.¹¹⁹⁷

Abschließend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass jene Verwendungen, die nicht zur Sportausübung im engeren Sinn gehören, möglicherweise gar nicht bzw nur bei Vorliegen ganz besonderer Rechtfertigungsgründe reduziert bzw ausgesetzt werden dürfen.¹¹⁹⁸ Ausnahmen werden wohl bei beschränkten Kapazitäten bestehen.¹¹⁹⁹ *Brodil* meint in diesem Zusammenhang, dass dem Spieler jedenfalls die Möglichkeit zu geben ist, an der „situationsadäquat zu erfassenden, alltäglichen beruflichen Kommunikation mit Trainern und Mitspielern teilzunehmen.“¹²⁰⁰ Dies gilt auch für sonstige Aktivitäten, wie etwa PR-Aktionen und Öffentlichkeitsarbeit.¹²⁰¹

C. Grenzen des Rechts auf Beschäftigung des Berufsfußballers

Nachdem Rechtsgrundlage und Reichweite des Beschäftigungsanspruchs des Profifußballers näher erörtert wurde, stellt sich die Frage, wo dieser Anspruch seine Grenzen findet. Unter welchen Umständen ist der Verein berechtigt, den Ausschluss vom Training anzuordnen? In Frage kommen einerseits sportliche, andererseits disziplinarische Gründe.

Nach der Rsp besteht kein Recht auf Beschäftigung, wenn der tatsächlichen Beschäftigung „entsprechende Weigerungsgründe“ oder Unzumutbarkeitsgründe entgegenstehen.¹²⁰² Der OGH verneint ein an sich bestehendes Recht auf Beschäftigung, wenn diesem so gewichtige Gründe entgegenstehen, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers objektiv unzumutbar ist, oder Umstände vorliegen, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen können.¹²⁰³

¹¹⁹⁷ *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (58).

¹¹⁹⁸ *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (58); *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189).

¹¹⁹⁹ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188); *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (58); *ders*, DRdA 2007/49 (483); vgl. OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v.

¹²⁰⁰ *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (59); *ders*, DRdA 2007/49 (483).

¹²⁰¹ *Brodil* in *Grundeis/Karollus* 47 (59); *ders*, DRdA 2007/49 (483).

¹²⁰² OGH 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109.

¹²⁰³ OGH 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = ecolex 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107.

Dem Spieler nicht vorwerfbare Umstände, die eine Weiterbeschäftigung objektiv unzumutbar machen, sind kaum vorstellbar. Zu denken ist aber an Spieler, die durch langwierige Verletzung dem Verein über lange Zeiträume nicht zur Verfügung stehen, dennoch wegen Dienstunfähigkeit nicht entlassen werden.¹²⁰⁴

Sportliche Gründe, wie etwa Leistungsschwäche eines Spielers, strategische und taktische Überlegungen des Trainers oder aber fehlende Motivation, berechtigen den Verein zwar zu einem Nichteinsatz in der Kampfmannschaft, doch darf daraus kein generelles Trainingsverbot mit der Kampfmannschaft oder eine Versetzung zu den Amateuren resultieren.¹²⁰⁵ Denn auch für Berufsfußballer gilt das allgemeine Prinzip des Arbeitsrechts, wonach der Arbeitnehmer nur seine Arbeitsleistung schuldet, aber nicht einen bestimmten Erfolg seiner Arbeitsleistung.¹²⁰⁶ Daher trifft auch den Profifußballer nur eine Bemühenspflicht, jedoch keine Erfolgshaftung.¹²⁰⁷ Mangels Erbringung eines konkreten Arbeitserfolges, handelt es sich bei Leistungsschwäche des Fußballers um keine Pflichtverletzung. Daher kann die Teilnahme am Training sowie an allen weiteren mannschaftsbezogenen Aktivitäten wegen Minderleistung des Fußballers nicht verweigert werden. Dazu kommt, dass der Verein freiwillig mit den Spielern einen Vertrag abschließt, woraus zu schließen ist, dass der Verein diese durchaus für ausreichend fußballerisch befähigt gehalten hat, in dem Verein zu trainieren und für diesen in Bewerbungsspielen zum Einsatz zu kommen. MaW ist sich der Verein bewusst, was für einen Spieler er unter Vertrag genommen hat, sodass ein Ausschluss vom Training aus dem Grund der schlechten sportlichen Leistung unzulässig ist. Ist jedoch die Leistungsbereitschaft des Spielers nicht mehr gegeben, sieht die Sachlage anders aus. Dem Verein, der die Beweislast trägt, wird es in der Praxis schwer gelingen, die mangelnde Leistungsbereitschaft des Spieler zu beweisen. Ein Trainingsverbot wird nur bei offenkundiger Leistungsverweigerung zulässig sein, wobei aber in einem solchen Fall schon ein Entlassungsgrund gegeben sein wird. Ein grundloses „Kaltstellen“ unliebsamer Spieler soll nicht so einfach möglich sein. Ein zeitlich beschränkter Ausschluss vom Training ist stets nur bei Vorliegen schützenswerter Interessen zulässig.

¹²⁰⁴ So *Brodil* in *Grundel/Karollus* 47 (60).

¹²⁰⁵ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188).

¹²⁰⁶ Vgl OGH RIS RS 0021299.

¹²⁰⁷ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (188).

Bei disziplinenären Gründen hingegen, wird der Verein die Beschäftigung verweigern können, wenn der Spieler durch ein vorwerfbares Verhalten den Vereinsbetrieb stört, das Mannschaftsklima „vergiftet“ oder sonst schützenswerte Interessen des Vereins verletzt.

Bei Fällen einer gerechtfertigten Beschäftigungsverweigerung ist etwa an den Profifußballer Paul Scharner¹²⁰⁸ zu denken, der aufgrund einer verweigerten Einwechslung in einem Spiel gegen den GAK im Herbst 2003 vom Mannschaftstraining ausgeschlossen wurde und auf ein Sondertraining außerhalb des Kaders verwiesen worden ist. Scharner weigerte, sich als Wechelspieler auf einer von ihm nicht beliebten Position zum Einsatz zu kommen. Durch diese Verweigerung beging er eine Vertragsverletzung, weil zu den angemessenen Diensten gem § 1153 ABGB wohl der Einsatz in jeder Position gehört. Überdies sind Berufsfußballer gem § 76 GewO 1859 verpflichtet, die ihnen anvertrauten gewerblichen Verrichtungen nach besten Kräften zu besorgen. Daher ist die Verweigerung der Einwechslung als Pflichtverletzung zu sehen.¹²⁰⁹

Weiters wird ein Ausschluss vom Training immer dann gerechtfertigt sein, wenn das persönliche Fehlverhalten des Spielers sportliche Auswirkungen hat. Den Ausschluss rechtfertigendes Fehlverhalten könne etwa Beleidigungen und Handgreiflichkeiten gegenüber Trainern, Mit- oder Gegenspielern, Schiedsrichtern, Zuschauern oder Vereinsverantwortlichen sein.¹²¹⁰ Aber auch die gern zitierten Eskapaden eines Fußballers im Privatbereich, wie etwa Schlägereien, Trinkgelage und dgl, können Auswirkungen auf die körperliche und mentale Leistungsfähigkeit des Sportlers haben und zu einem gerechtfertigten sanktionierenden Ausschluss vom Kernttraining führen.

Die Beschäftigung kann auch zur Aufrechterhaltung der Disziplin verweigert werden, wenn etwa ein Spieler seine Mitspieler überredet, die befristeten Spielerverträge nicht zu verlängern. Darüber wird ein Ausschluss vom Training generell gerechtfertigt sein, wenn durch die Disziplinwidrigkeiten des Spielers die geschäftlichen oder sportlichen Interessen des Vereines geschädigt werden, wie etwa wenn der Spieler den Kampfwillen, die Motivation und die Moral der Mannschaft schwächt oder die Autorität des Trainers untergräbt.¹²¹¹

¹²⁰⁸ Zu diesem Spieler s http://de.wikipedia.org/wiki/Paul_Scharner (10.11.2009).

¹²⁰⁹ Brodil in *Grundei/Karollus* 47 (60).

¹²¹⁰ Vgl Brodil in *Grundei/Karollus* 47 (60).

¹²¹¹ Firlei, DRdA 2003, 183 (189).

Hingegen ist es nicht gerechtfertigt bei einem Trainerwechsel einen – vom neuen Trainer – unerwünschten Spieler vom Training auszuschließen.¹²¹² Kaltstellen von Profifußballern in Form von Suspendierung ist nicht möglich. Möchte sich der Verein daher größtmögliche Flexibilität im Hinblick auf sportliche Veränderungen vorbehalten, wird er gezwungen sein, nur kurzfristige Spielerverträge abzuschließen, was mögliche Ablösechancen vermindert. Ebenso ist die Verweigerung der vorzeitigen Verlängerung eines Vertrages, wie dies etwa in der causa *Feldhofer* der Fall war, kein Grund einen Spieler zu den Amateuren zu versetzen bzw ihn aus dem Mannschaftstraining der Kampfmannschaft auszuschließen. Jeder Arbeitnehmer hat das Recht, seinen Arbeitsplatz am Arbeitsmarkt nach reiflicher Überlegung aller Vor- und Nachteile und zu einem für ihn günstigen Zeitpunkt auszuwählen. Gerade aufstrebende junge Nationalspieler, die durch gute Leistungen im Verein und in der Nationalmannschaft im Blickpunkt der internationalen Fußball-Öffentlichkeit stehen, werden ein besonderes Interesse daran haben, für einen sportlich und finanziell interessante Vereinswechsel – eventuell auch ins Ausland – flexibel zu sein. Dies wäre aber durch den Abschluss eines längerfristigen Vertrages nicht möglich, weil jeder Verein die Möglichkeit hat, einen an den Verein vertraglich gebundenen Spieler durch die Forderung von unrealistischen Ablösesummen an einen Vereinswechsel zu hindern.

Liegen aber die erörterten disziplinarischen Gründen, die in der Regel einen Entlassungstatbestand erfüllen werden, vor, so ist aufgrund massiver Vereinsinteressen eine „Absonderung“ des Spielers notwendig. Sieht der Verein in einem solchen Fall von einer Entlassung ab, darf er den Spieler – um auch die Ordnung und Disziplin im Verein aufrecht zu erhalten – auch gänzlich vom Trainingsbetrieb ausschließen bzw ihm Einzeltraining zuweisen und ihm den Kontakt mit der restlichen Mannschaft verwehren, zumal das Trainingsverbot gegenüber der Entlassung noch ein gelindes Mittel darstellt. Bei Unterlassung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind aber auch in diesem Fall Minimalerfordernisse der Beschäftigungsmöglichkeit einzuhalten, wie etwa medizinische Versorgung.¹²¹³ Hingegen ist eine qualifizierte Suspendierung, wie etwa das Verbot, das Vereinsgelände zu betreten, unzulässig, weil ein derartiges Totalverbot einer Ehrkränkung für den Spieler gleichkommt, da die Suspendierung immer unter dem schwerwiegenden Verdacht einer unehrenhaften Handlung steht. In so einem Fall wäre der Spieler auf privat organisiertes Einzeltraining angewiesen.¹²¹⁴ Abgesehen davon, darf nicht jede Disziplinwidrigkeit des Spielers zu einer

¹²¹² Vgl nur OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v.

¹²¹³ Vgl *Brodil* in *Grundei/Karollus* 47 (62).

¹²¹⁴ Näheres bei *Brodil* in *Grundei/Karollus* 47 (62).

Absonderung des Spielers vom Rest der Kaders führen, sondern nur bei Vorliegen von gravierenden rechtlich geschützten Interessen des Vereins.¹²¹⁵ War der Spieler bisher Stammspieler, darf er bei einer einmaligen Disziplinlosigkeit, wie etwa bei Schiedrichterbeileidigung oder unsportlichem Lebenswandel, nicht vom Mannschaftstraining ausgeschlossen oder ein Sondertraining angeordnet werden. Denn in so einem Fall würde nach außen der Eindruck entstehen, dass der Spieler seine Spielerpflichten erheblich verletzt hat. Solche Vorgänge werden sofort durch die Medienberichterstattung nicht nur vereinsintern bekannt und dem Ansehen des Spielers nicht nur im Kreis der Mannschaft abträglich, sondern werden von einer breiten Öffentlichkeit wahrgenommen. Dieser Umstand führt im Bereich des Berufsfußballsports, dessen Angehörige auf ihr Image angewiesen sind, zu einer besonderen Prestigebeeinträchtigung.¹²¹⁶ Diese Ansehensminderung führt zwangsläufig zu einer Marktwerteinbuße. Dies erfließt insb aus der in § 16 ABGB und Art 3 EMRK geschützten Würde des Menschen, wonach der Arbeitgeber die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer nicht unbegründet abwerten, ihr Ansehen beeinträchtigen und ihren Ruf schädigen darf. Diese Schutzpflichten sind zudem umso mehr zu beachten, wenn die Verhaltensweisen – wie im Profifußballsport – öffentlich bekannt werden, und der Ruf des Arbeitnehmers – wie der Marktwert des Fußballers – für sein Fortkommen einen wichtigen Stellenwert besitzt.¹²¹⁷ Das gleiche gilt auch, wenn der Spieler von der Profimannschaft in die Amateurmansschaft versetzt wird, da dies eine Diffamierung der Persönlichkeit des Spielers in der Öffentlichkeit darstellt, wie sie, so *Firlei*, „im Profisport schwerer kaum verwirklicht werden kann.“ Denn der „Amateurstatus“ wird sowohl vom professionellen Fußballer, als auch von der Sportöffentlichkeit als abwertend und beleidigend empfunden. Durch die oben genannten Bestimmungen soll damit die entwürdigende, bloßstellende und ansehensmindernde Behandlung des Spielers verhindert und mit dieser einhergehend zugleich sein Image bzw Marktwert gewahrt werden.

Liegt aber ein gerechtfertigtes, auf disziplinarischen Gründen beruhendes Trainingsverbot vor, so liegt auf der Hand, dass diese nur zeitlich beschränkt ausgesprochen werden kann. Ist binnen angemessener Frist ein Vereinswechsel nicht zustande gekommen, und verzichtet der Verein weiterhin auf die Dienste des Spielers, muss der Spieler in zumutbarem Ausmaß wieder in den Trainingsbetrieb integriert werden. Dabei ist wohl weiterhin von der Möglichkeit auszugehen, aus betriebsorganisatorischen Gründen dem Spieler nicht sämtliche

¹²¹⁵ Dazu ausführlich *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189).

¹²¹⁶ Dazu ausführlich *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189).

¹²¹⁷ *Firlei*, DRdA 2003, 183 (189).

Betätigungsmöglichkeiten einräumen zu müssen. Das Recht auf Beschäftigung gewinnt aber sukzessive wieder dermaßen an Bedeutung, dass es einem Spieler möglich sein muss, sein sportliches Leistungsvermögen auch in diesen Phasen annähernd zu erhalten. Kurzfristige Pausen, die auch durch Sperren, Verletzungen oder ähnliches hervorgerufen werden können, sind zwar hinzunehmen, das längerfristige Aussetzen des Kerntrainings erscheint aber unzulässig. Die zeitliche Grenze hierfür kann analog zum Versetzungsrecht mit 13 Wochen festgelegt werden. Die dreimonatige Obergrenze erscheint für ein gerechtfertigtes Trainingsverbot sachgerecht. Das ArbG Solingen hat ein Fernhalten von der Kampfmannschaft im Ausmaß von mehr als zwei Monaten bereits für unzulässig erachtet.¹²¹⁸ Ein Fernhalten von der Kampfmannschaft im Ausmaß von neun Monaten – wie es in der *causa Feldhofer* aufgrund des befristeten Vertrages der Fall gewesen wäre – ist auf jeden Fall unzulässig und greift gravierend in die Interessen des Fußballers ein.¹²¹⁹ Die Praxis zeigt jedoch, dass es bei Streitigkeiten zwischen Verein und Spielern, beide Parteien das Ziel vor Augen haben, einen Vereinswechsel herbeizuführen, und somit die dreimonatige Grenze kaum beansprucht wird, wie etwa im Fall *Feldhofer*, wo der Spieler gerechtfertigt aus dem Vertrag ausgetreten ist¹²²⁰

D. Zusammenfassung

1. Der Berufsfußballspieler hat grundsätzlich ein Recht auf Beschäftigung aus der Natur des Spielervertrages. Eine Nichtbeschäftigung führt zwangsläufig zum Verlust seines Marktwertes und zur Minderung der fußballerischen (Höchst)leistungsfähigkeit.
2. Aufgrund des Wesen des Berufsfußballs als Mannschaftssport¹²²¹ einerseits und der rechtlich unüberprüfbaren Dispositionsbefugnis des Trainers andererseits, ist der

¹²¹⁸ ArbG Solingen, 16. 1. 1996, 2 Ga 1/96 SpuRt 1997, 98 ff.

¹²¹⁹ S nur Protestkomitee der österreichischen Fussball-Bundesliga 13.3.2002, Akte Nr 13-2001/02.

¹²²⁰ Im Profifußballsport geht es bei Beendigung von Verträgen um sehr hohe Summen. Wenn etwa ein Spieler ein Verhalten zur Entlassung setzt, wird der Verein sich überlegen, ob er die Entlassung ausspricht oder nicht, da bei einer Auflösung der Verein keine Ablöse lukrieren kann. Kleinere Vereine, für die diese Transferzahlungen die wirtschaftliche Existenz bedeuten, stehen aufgrund dieses Transfersystems enorm unter Druck. *Brodil* in *Grunde/Karollus* 47 (62) schlägt in solchen Fällen vor, entweder eine bedingte Entlassung auszusprechen oder den Spieler sofort, unter Geltendmachung eines allfälligen Ablöseverlustes als Schadenersatzanspruch, zu entlassen.

¹²²¹ In Vergleich zum Mannschaftssport vgl das Recht auf Beschäftigung des Berufsskifahrers als Individualsportler in *Eisenberger*, Berufssport 73 (77). Letzter leitet den Beschäftigungsanspruch aus einem Analogieschluss zum Schauspieler oder aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab. ME kommt dem Berufsskifahrer ebenso wie dem Berufsfußballer ein Recht auf Beschäftigung aus der Natur des Vertrages zu. Wie beim Berufsfußballsport handelt es sich auch beim Skisport um eine Tätigkeit, die regelmäßig – vor allem im Winter – in der Öffentlichkeit ausgetragen wird. Der Skifahrer muss tatsächlich beschäftigt werden, um durch

Anspruch auf Beschäftigung einzuschränken. Das Recht auf Beschäftigung des Berufsfußballers besteht im Kern darin, an Trainings, Trainingslagern, sportmedizinischer und sporttherapeutischer Betreuung, Öffentlichkeitsarbeit und PR-Aktionen teilzunehmen.

3. Bei Vorliegen objektiver, die Interessen des Vereins beeinträchtigender Gründe, kann für einen angemessenen und begrenzten Zeitraum in verkehrsüblichem Ausmaß ein Sondertraining in Kleingruppen oder Einzeltraining angeordnet werden. Ein Ausschluss vom Mannschaftstraining ist für einen begrenzten Zeitraum zulässig, wenn vorwerfbare – unter die Entlassungstatbestände subsumierbare – disziplinäre Gründe vorliegen. Bei Leistungsschwäche ist mangels Verpflichtung zur Erbringung eines Leistungserfolges ein Fernhalten vom Mannschaftstraining hingegen unzulässig.

außerordentliche Leistungen für die Medien und damit für Sponsoren attraktiv zu werden. Wird der Skifahrer bei Wettkämpfen eingesetzt und zeigt er dort gute Leistung, so wird er die für seine wirtschaftliche Existenz notwendigen Sponsorverträge abschließen. Heute sind praktisch alle Werbeverträge im Sport leistungsbezogen, und ein Abschluss eines solchen Vertrages ist daher nur dann möglich, wenn der Profiskirennläufer auch wirklich starten darf. Beim Skisport ist es nun so, dass eine Startberechtigung für ein Weltcup-Rennen durch das Training erkämpft werden muss. Anders als im Berufsfußballsport, wo die Beschäftigung von Gegner, Taktik, Form und Motivation abhängt, kommt es im Skisport für die Startberechtigung in einem speziellen Rennen einzig darauf an, welche Leistung der Skirennläufer beim Training erbringt. Aus diesem Grund muss jedem Skirennläufer die Möglichkeit gegeben werden, sich anhand von Trainingsrennen für einen speziellen Wettkampf zu qualifizieren. Dabei darf nicht nur eine einzelne Trainingseinheit, sondern müssen auch frühere Leistungen und das zukünftige Leistungspotential des Rennläufers berücksichtigt werden. Somit steht dem Skifahrer aus der Natur der Skisports ein unbeschränkter Anspruch auf Teilnahme an Trainingseinheiten zu, weil diese die einzige Möglichkeit darstellen, sich für den Wettkampfeinsatz zu empfehlen bzw zu qualifizieren, bei dem beträchtliche Preisgelder ausgeschüttet werden. Erbringt der Skifahrer sehr gute Trainingsleistungen, ist er im Wettkampf einzusetzen und kann mit seinen Leistungen Werbung betreiben. Beim Skisport gibt es keine rechtlich nicht überprüfbare Dispositionsbefugnis, die beim Berufsfußballsport auf das Wesen dieses Sports als Mannschaftsport zurückzuführen ist.

Literaturverzeichnis

Im Folgenden findet sich ausschließlich die in der Arbeit zitierte und abgekürzte Literatur. Bei jedem Kapitelanfang sind die verwendeten Werke in einem Literaturverzeichnis festgehalten, sodass die Zitierung des Volltitels des einzelnen Werkes bei ihrer ersten Erwähnung entfällt. Besondere, vor allem von *Friedl/Loebenstein* (Hrsg), Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtsprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)⁶ (2008), abweichende Abkürzungen sind eigens angegeben.

Literatur

Österreichische Literatur

Adametz, Das österreichische Arbeitsrecht (1976), SchSpG § 21: zitiert: *Adametz*, Arbeitsrecht, SchSpG § 21

Aigner, ZASB 1997, 10 (Anm zu OGH 9 Ob A 2263/96a)

Aigner/Kierin/Kopetzki, Ärztegesetz 1998³ (2007): zitiert *Aigner/Kierin/Kopetzki*, ÄrzteG³ § X Anm X

Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht (2008), Band I bis III: zitiert: *Bearbeiter* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht (Kapitel)/(Seite)

Allmayer-Beck, Auf dem Weg zur österreichischen Anwaltsakademie, AnwBl 1989, 240

Andexlinger, Recht auf Bildung? ecolex 1998, 49

Andexlinger/Filzmoser, ZAS 1983/24 (Anm zu OGH 4 Ob 39/83)

Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008): zitiert: *Bearbeiter* in *Angst* § X Rz X

Apathy, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBl 1982, 564

Barta, Zivilrecht: Grundriss und Einführung ins Rechtsdenken (2004), Band I und Band II: zitiert *Barta*, Zivilrecht I bzw II (Seite)

Bauer/Lichtl, Österreichisches Luftfahrtrecht, Band I (2008) und Band Ia (2008): zitiert *Bauer/Lichtl*, Luftfahrtrecht I bzw Ia (Seite)

Berger, ZAS 1977/3 (Anm zu OGH 4 Ob 78/74)

Binder, Grundrechtsverletzung und Grundrechtsprägung im Arbeitsrecht, DRdA 1985, 1

-, Vorteilsanrechnung im Arbeitsverhältnis, in FS Schwarz 1991, 35

-, Anfechtung eines BR-Beschlusses, DRdA 1991/13 (Anm zu OGH 9 Ob A 351/89)

-, Zur Bemessung und Dauer von Entgeltfortzahlungsansprüchen, ZAS 2007/17

Brodil, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen, in *Grundeis/Karollus* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47

-, DRdA 2007/49 (Anm zu 9 Ob A 121/06v)

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen⁵ (2009): zitiert: *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht⁵ Rz X

Burgstaller/Deixler-Hübner (Hrsg) Exekutionsordnung – Kommentar (ab 1999): zitiert *Bearbeiter* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § X Rz X
Bydlinski, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 179

Cerny, Das Recht auf Arbeit als soziales Grundrecht, DRdA 1967, 1
-, Wie steht es um die Ausprägung sozialer Grundrechte in Österreich? DRdA, 1965, 109
Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht, Band III² (2002): zitiert *Bearbeiter* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, ArbVG III² § X Erl X.

Damjanovic, Soziale Grundrechte, in *Heissl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009)
Deixler/Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁵ (2007)
Dirschmied, Ausbildungskosten – Rückersatz durch den Arbeitnehmer, DRdA 1994/19 (Anm zu OGH 9 Ob A 130-132/93)
Dullinger, Allgemeiner Teil Schuldrecht³ (2008): zitiert *Dullinger*, ATSchR³ (Seite)

Eisenberger, Berufssport und Recht: die Rechtsbeziehungen zwischen Sportverbänden, Sportlern und Sponsoren am Beispiel des Skirennsports (1998)
Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II/1²: Das Recht der Schuldverhältnisse (1928): zitiert: *Ehrenzweig*, System II/1² (Seite)
Ernst/Haller, Behinderteneinstellungsgesetz⁶ (2006); zitiert *Ernst/Haller*, BEinstG⁶ (Seite)
Ettmayer, Die Anrechnung des zu erwerben absichtlich Versäumten nach § 1155 ABGB, JBl 2006, 295
Eypeltauer, Anrechnung gem § 1155 ABGB bei Nichtzulassung des Arbeitnehmers zur Arbeit, DRdA 2005, 160 (Anm zu OGH 9 Ob A 115/03g)

Feil/Wennig, Bühnenrecht: künstlerische und darstellende Berufe (2001).
-, Anwaltsrecht⁴ (2006)
Firlei, Kein Urlaub ohne Kinder, DRdA 1991, 477
-, Versetzung eines Profifussballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 187
Floretta, Bürgerliche Freiheitsrechte und soziale Grundrechte, DRdA 1969, 1
Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998): zitiert *Bearbeiter* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser* I⁴ (Seite)
Forsthuber, ZAS 1986/7 (Anm zu OGH 4 Ob 82/84)

Gagwczuk/Krapf, Arbeitsrechtliche Ansprüche von A-Z² (2002)
Gebauer, Der Ausbildungs-Anwalt – Ein kritischer Blick in die standesrechtliche Judikatur, AnwBl 1982, 599
Gerhartl, Beschränkungen zur Ausübung eines Berufs- und Amateursport nur in engen Grenzen zulässig – Arbeitnehmerfreizügigkeit und Recht auf Beschäftigung, ASoK 2006, 405
-, Anrechnung bei Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsausfall aus Umständen in der Arbeitgebersphäre, wbl 2007, 14
Gruber, Zur Behaltspflicht beim Lehrverhältnis, DRdA 1992/37 (Anm zu OGH 9 Ob s 13/91)
-, Betriebsstilllegung – Behaltezeit, DRdA 1993/39 (Anm zu OGH 9 Ob A 190/92)
-, DRdA 2001/24 (Anm zu OGH 8 Ob A 297/99f)
Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil² (1989): bearbeitet von *Faisterberger/Barta/Eccher*: zitiert *Gschnitzer*, ATSchR² (Seite)

Hämmerle, Grundriß des Arbeitsrechts, Arbeitsvertrag (1949)

Heger, Durchsetzung unvertretbarer Handlungspflichten (§ 354 EO) – Ein Plädoyer für die Gleichbehandlung von Handlungs- und Unterlassungspflichten, ZAK 2006/700

Hodik, Auswirkungen des Entwurfes eines Sozialgerichtsgesetzes auf das Bühnenrecht, ZAS 1983, 170

Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht (2002)

Holzer, Das Dienstrecht der Lizenzfußballers im Österreichischen Fußballbund, DRdA 1972, 63

-, Verschuldeter Annahmeverzug des Arbeitgebers und Anrechnung anderwertig absichtlich versäumten Verdienstes, DRdA 1983, 7

Jabornegg, Unbegründete Entlassung eines Lehrlings und Behaltepflcht, DRdA 1977, 16

-, DRdA 2001/24 (Anm zu 8 ObA 297/99f)

Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht (2003)

Kapfer/Bündsdorf, Schauspielergesetz (1974): zitiert: *Kapfer/Bündsdorf*, SchSpG § X Anm X Klang ua (Hrsg), Kommentar zum ABGB, Band IV² und V²: zitiert *Bearbeiter* in Klang IV²-V² (Seite)

Kopetzki, Turnusärzte und Famulanten – rechtliche Aspekte der Ausübung ärztlicher Tätigkeiten während der Ausbildung (1990)

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I³ (1997): zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz X

Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I¹³ (2007) und Band II¹³ (2007): zitiert *Koziol/Welser* I¹³ bzw II¹³ (Seite)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB: zitiert: *Bearbeiter* in KBB § X Rz X

König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren³ (2007): zitiert: *König*, Einstweilige Verfügungen³ Rz X

Kramer, Arbeitsvertragsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung (1975)

Krejci, Privatrecht⁷ (2007)

Kuderna (Hrsg), Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz² (1995): zitiert: *Kuderna*, ASGG² § X Anm X

Laimer, Beschäftigungsrecht von Berufsfußballern, ecolex 2007, 418

Lautner, Geltendes und künftiges Angestellten-Vertragsrecht. Auf rechtsvergleichender Grundlage. Unter Berücksichtigung des deutschen Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes und der tschechoslowakischen Entwürfe. Teil 1 (1927)

Löschnigg (Hrsg), Angestelltengesetz (2007) Band I⁸ und Band II⁸: zitiert: *Bearbeiter* in *Löschnigg*, AngG I⁸ bzw II⁸ § X Rz X

Marhold-Weinmeier, ASoK 2007, 199 (Anm zu 9 Ob A 121/06v)

Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz (2007): zitiert *Bearbeiter* in AngG-Kommentar § X Rz X

Martinek/Schwarz, Angestelltengesetz⁷ (1991): zitiert: *Martinek/Schwarz*, AngG⁷ § X Erl X

Mayerhofer, Allgemeiner Teil Schuldrecht (1986): zitiert *Mayerhofer*, ATSchR (Seite)

Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht I (1970)

Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht I² (1987)

Mayr, Verhältnis: Transfervereinbarung zu Konkurrenzklausel, DRdA 1999/19 (Anm zu OGH 8 Ob A 268/97p)

Mazal, Nichtbeschäftigung und Versetzung eines Chirurgen, DRdA 2003/47 (Anm zu OGH 8 Ob A 202/02t)

Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar (2008): zitiert: *Bearbeiter in Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht-System und Praxiskommentar, Kap X Rz X

Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006): zitiert: *Bearbeiter in Zellkomm § X (Gesetz) Rz X*

Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009)
-, Soziale Grundrechte, in FS Floretta 1983, 277

Petrovic, Einstweilige Verfügungen in Arbeitsrechtsachen – Eine Kritik an § 86 der Regierungsvorlage zum Sozialgerichtsgesetz, ZAS 1983, 163

Rabl, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, JBl 1997, 488

Radner, Die (arbeits-)rechtliche Stellung von Praktikanten und Volontären, DRdA 2001, 3, 128

Reis, Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse, in *Hauser/Kostal* (Hrsg), Hochschulrecht Jahrbuch 2008 (2008)

Resch, Anmerkung zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 426

-, Grundlose Suspendierung – Recht auf Beschäftigung 1997/22 (Anm zu OGH 9 Ob A 2263/96a)

-, SpuRt 2007, 161 (Anm zu 9 Ob A 121/06v)

Ricabona-Zecha, Die Führerscheinfamilie (Teil IV) Bereich Luftfahrt – Der Pilotenschein, ZVR 2006, 75

Risak, ZAS 1997/19 (Anm zu OGH 8 Ob A 2046/96)

-, Suspendierung von Ärzten, RdM 2006/117

Rotter, Das Recht eines Primararztes auf Beschäftigung, ASoK 1997, 66 (Anm zu OGH 9 Ob A 2263/96a)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB, Band I³ bis Band II/6³: zitiert *Bearbeiter in Rummel I³- II/6³ § X Rz X*

Sandner, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis – Eine rechtsvergleichende Betrachtung ihrer geschichtlichen Entwicklung, ihrer Rechtsgrundlagen und ihres Umfangs im deutschen und österreichischem Recht, Diss Innsbruck (1961)

Schmitzer, Gibt es dennoch ein „Recht“ auf Beschäftigung? wbl 1989, 362

Schrammel, Rechtsprobleme des Turnusarztverhältnisses, ZAS 1982, 203

-, ZAS 1983/5 (Anm zu OGH 4 Ob 18/81)

-, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports I (2000) 87

-, Berufssportgesetz – Probleme und Lösungssätze, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II (2001) 27

A.Schwarz, Historische Entwicklung und aktueller Stand des Schauspielrechts (2005): zitiert: *Schwarz*, Schauspielrecht (Seite)

W.Schwarz, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis, in FS Floretta (1983) 415

Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrechts¹⁰ (2003)

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band I bis VIII³ (ab 1997): zitiert *Bearbeiter in Schwimann I³-VIII³ § X Rz X*

Sladeček/Marzi/Schmiedbauer, Recht für Gesundheitsberufe⁴ (2008)

Standeker, Grenzen einseitiger Dienstfreistellung, Diplomarbeit Graz (1997)

Stellamor/Steiner, Handbuch Arztrecht I, Arzt und Recht (1999): zitiert: *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I (Seite)

Strasser, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60
-, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964)
Strigl, AnwBl 1995, 131 (Anm zu OBDK Bkv 4/91)
-, AnwBl 1997, 943 (Anm zu OBDK Bkv 3/96)

Thomas, Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballspielers, ZAS 2008/12 (Anm 9 Ob A 121/06v)
Tomandl (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (2007): zitiert *Bearbeiter* in *Tomandl*, ArbVG § X Rz X
Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht Band I⁶ bzw II⁶ (2008): zitiert *Bearbeiter* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I⁶ bzw II⁶ (Seite)
-, Die Rechtstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl 1972, 234
Tögl, Probleme der Beendigung eines Lehrverhältnisses, DRdA 1983/8 (Anm zu OGH 4 Ob 99/81)

Uher, Handbuch zur Lehrlingsausbildung³ (2003): zitiert *Uher*, Lehrlingsausbildung³ § X Rz X

Wachter, Zum Kündigungsschutz für Invalide, DRdA 1987/3 (Anm zu OG 4 Ob 103/83)
Wimmer, Rechtsfragen im Turnusarztverhältnis (2000)

Deutsche Literatur

Boemke, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis (1999)
Böhm, Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers – Die Fragwürdigkeit der Begründung mit Grundrechten und die Notwendigkeit einer zivilrechtlichen Analyse (2007)

Fabricius, Kollision von Beschäftigungspflichten aus Doppelarbeitsverhältnissen, ZfA 1972, 35

Geffert, Beschäftigung wider Willen – Das Recht des Weiterbeschäftigten (1994)

Hueck, Deutsches Arbeitsrecht² (1944): zitiert: *Hueck*, Arbeitsrecht² (Seite).
Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I (1927). zitiert: *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch I (Seite)
-, Lehrbuch des Arbeitsrechts I⁷ (1963): zitiert: *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch I⁷ (Seite).
Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit⁴ (1943): zitiert: *Bearbeiter* in *Hueck/Nipperdey/Dietz*, AOG § X Rz X

Immenkötter, Das allgemeine Recht auf Beschäftigung insbesondere die rechtlichen Folgen der Verletzung dieses Rechts durch den Arbeitgeber (Diss Köln 1968)

Kaskel, Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, NZfA 1922, 1
Kraft, Beschäftigungsanspruch und Weiterbeschäftigungsanspruch, ZfA 1979, 123

Lepke, Der Anspruch auf Beschäftigung (Diss Berlin 1966)

MünchenerKommentar zum Bürgerlichen Recht, Band IV⁴: zitiert *Bearbeiter* in MünchKommBGB § X Rz X

Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis (1941): zitiert: *Nikisch*, Arbeitsvertrag (Seite).
-, Arbeitsrecht I³ (1961)

Pallandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷ (2008): zitiert: *Bearbeiter* in *Pallandt*, BGB⁶⁷ § X Rz X.
Pallasch, Der Beschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers (1992)

Schniedermann, Das Recht auf tatsächliche Beschäftigung (Diss Köln 1960)
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 (2005): zitiert *Bearbeiter* in
Staudinger-Ricardi (2005), § X Rz X

Weber, Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers gem
§ 102 Abs 5 BertVG, BB 1974, 698
-, Zur Dogmatik eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs im Arbeitsverhältnis, RdA 2007,
344

Wiedemann, Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966): zitiert:
Wiedemann, Arbeitsverhältnis (Seite)

Wüterich/Breucker, Das Arbeitsrecht im Sport (2006): zitiert: *Wüterich/Breucker*, Sport Rz X

Judikatur

Österreichische Judikatur

OGH:

13.12.1906, GIUNF 3600

12.6.1907 Judikat 179 = GIUNF 3809

18.11.1932, 1 Ob 999/32 Arb 4.220

27.3.1935 1Ob 215 ZBl 1935, 201

19.6.1935 1Ob 489/35 Arb 4.636

18.10.1951, 4 Ob 106/51 SZ 24/280

19.1.1954, 4 Ob 219/53 Arb 5.894

6.4.1954, 4 Ob 21/54 Arb 5.960 = JBl 1954, 495

9.6.1959, 4 Ob 59/59 EvBl 1959/291= Arb 7.072

11.11.1959, 3 Ob 418/59 EvBl 1959/402

14.11.1962, 7 Ob 285/62

14.7.1965, 6 Ob 191/65 JBl 1966, 142

19.4.1967, 5 Ob 81/67 JBl 1968, 206 (abl *Sprung*)

13.1.1970, 8 Ob 259/69 EvBl 1970/246 = SZ 43/6

11.2.1970, 6 Ob 19/70

8.4.1975, 4 Ob 78/74 ZAS 1977/3 (*Berger*)

9.9.1975, 5 Ob 112/75

6.12.1977, 4 Ob 119/77 DRdA 1979, 136 (krit *Mörkelsberger*)

12.6.1980, 7 Ob 759/79

1.7.1980, 4 Ob 76/80 DRdA 1981, 52

13.1.1981 5 Ob 778/80 SZ 54/3 = JBl 1982, 96
 23.6.1981, 4 Ob 18/81 DRdA 1983, 7 (*Holzer*) = ZAS 1983/5 (*Schrammel*)
 27.1.1982, 1 Ob 788/81 EvBl 1982/68
 30.3.1982, 4 Ob 26/82 Arb 10.102
 1.7.1982, 7 Ob 534/82 HS 12.895 = SZ 55/102
 14.9.1982, 4 Ob 99/81 Arb 10.176 = DRdA 1983, 8 (*Tögl*)
 14.9.1982, 4 Ob 107/82 Arb 10.181
 14.12.1982, 4 Ob 3/82 Arb 10.199
 1.2.1983, 5 Ob 38/81 JBl 1984, 360 (zust *Hoyer*)
 9.3.1983, 1 Ob 519/83
 26.4.1983, 4 Ob 39/83 ARD 3527/15/83 = ZAS 1983/24 (*Andexlinger/Filzmoser*) = Arb 10.244
 12.7.1983, 4 Ob 75/83 Arb 10.276
 10.7.1984, 4 Ob 82/84 Arb 10.360 = RdW 1984, 349 = ZAS 1986, 53 (*Forsthuber*)
 14.11.1984, 1Ob 666/84 JBl 1985, 746 (zust *Wilhelm*)
 5.2.1985, 4 Ob 3/85 DRdA 1985, 319 = ARD 3720/8/85 = infas 1985, 109
 10.12.1985, 4 Ob 161/85 SZ 58/198 = RdW 1986, 153 = Arb 10.511
 26.11.1986, 7 Ob 708/86
 12.02.1987 7 Ob 519/87 JBl 1987, 533
 16.9.1987, 9 Ob A 77/87 ARD 3940/13/87 = DRdA 1988, 149
 16.9.1987, 14 Ob A 85/87 Arb 10.672 = JBl 1998,127 = RdW 1988, 140 = SZ 60/174
 16.3.1988, 9 Ob A 34/88 DRdA 1988, 352 = ARD 4006/8/88
 27.4.1988, 9 Ob 74/88 DRdA 1989, 60 = RdW 1989, 29
 11.5.1988, 9 Ob A 114/88 ARD 3933/12/88 = RdW 1988, 359 = wbl 1988, 372
 10.5.1989, 9 Ob A 165/89 DRdA 1989, 424 = RdW 1989, 372

 19.6.1991, 9 Ob A 77/91, DRdA 1992, 49 (*Eypeltauer*) = Arb 10.945 = RdW 1992, 21 = SZ 64/79 = wbl 1992, 60
 28.08.1991, 9 Ob S 13/91 DRdA 1992/37 (*Gruber*) EvBl 1992/20 = wbl 1991, 390 = SZ 64/116 = ecolex 1991, 872 = RdW 1992, 118
 11.11.1992, 9 Ob A 190/92 wbl 1993, 92 = DRdA 1993/39 (*Gruber*)
 16.12.1992, 9 Ob A 270/92 ARD 4432/5/93
 11.8.1993, 9 Ob A 130-132/93 (*Dirschmied*)
 16.3.1994, 9 Ob S 34/93 DRdA 1994, 421
 16.6.1994, 8 Ob A 262/94 Arb 11.208 = ecolex 1994, 707 = DRdA 1994, 523 = SZ 67/107.
 14.9.1994, 9 Ob A 160/94 ecolex 1995, 49
 16.11.1994, 9 Ob A 214/94 Arb 11.311 = infas 1995, A 71
 14.9.1995, 8 Ob A 280/95 ARD 4711/29/96 = DRdA 1996, 161 = RdW 1996, 330.
 12.6.1996, 9 Ob A 2075/96d ARD 4770/15/96
 13.11.1996, 9 Ob A 2263/96a DRdA 1997/22 (*Resch*) = RdM 1997/26 = ASoK 1997, 66 (*Rotter*) = wbl 1997, 208 = ÖJZ 1997/93 = ZASB 1997, 10 = SZ 69/252 – Gefäßchirurg
 15.1.1997, 9 Ob A 2247/96y ARD 4873/18/97 = DRdA 1997, 227 – Pilot
 30.1.1997 8 Ob A 2046/96g SZ 70/20 = ZAS 1997/19 (zust *Risak*)
 16.4.1998, 8 Ob A 108/98k ARD 4945/6 = 4951/40/98
 28.4.1998, 10 Ob S 420/97f SZ 71/80
 25.6.1998, 8 Ob A 268/97p DRdA 1999/19 (*Mayr*)
 17.3.1999, 9 Ob A 22/99x SZ 72/45

 13.4.2000, 8 ObA 297/99f = DRdA 2001/24 (*Jabornegg*)
 25.1.2001, 8 Ob 276/00x
 5.9.2001 9 Ob A 24/01x DRdA 2002, 154 = RdW 2002, 362

5.9.2001, 9 Ob A 218/01a SZ 74/146
28.11.2002, 8 Ob A 202/02t DRdA 2003/47 (*Mazal*) = RdW 2004/142 = SZ 2002/163 –
Neurochirurg
21.5.2003, 9 Ob A 51/03w wbl 2003/540 – Primarius Innere Medizin
21.5.2003, 9 Ob A 1/03t, DRdA 2004, 362 (*Trost*)
17.3.2004, 9 Ob A 115/03g DRdA 2005, 160 (krit *Eypeltauer*)
24.6.2004, 8 Ob A 38/04b – *Feldhofer*
29.4.2004, 6 Ob 89/04p
16.7.2004, 8 Ob S 20/03d
18.10.2006, 9 Ob A 100/06f – Tänzer
1.2.2007, 9 Ob A 137/06x ecolex 2007/196 = ZAS-Judikatur 2007/104 – Ballettdirektor
1.2.2007, 9 Ob A 121/06v ASoK 2007,199 (*Marhold-Weinmeier*) = ecolex 2007/175 = SpuRt
2007, 161 (*Resch*) = infas 2007 A45 = DRdA 2007/49 (*Brodil*) = ZAS 2008/12 (*Thomas*) =
JBl 2008, 56 = Arb 12.656 – *Schopp*

OLG Wien:

28.1.1994, 33 Ra 143/93, ARD 4541/14/94
20.10.1995, 9 Ra 147/95 ARD 4705/16/95 – Pilot
29.1.1996, 10 Ra 124/95

OLG Graz:

24.7.2002, 8 Ra 158/02w – Neurochirurg
13.2.2003, 7 Ra 4/03 – Primarius Innere Medizin
28.1.2004, 8 Ra 115/03y – *Feldhofer*

OLG Linz:

22.8.1996, 12 Ra 201/96 – Gefäßchirurg
12.9.2006, 11 Ra 75/06p – *Schopp*

OLG Innsbruck:

23.7.1996, 15 Ra 96/96x – Pilot

LGZ Wien:

5.7.1962, 44 Cg 129/62 Arb 7.584
3.1.1963, 44 Cg 221/62 Arb 7.676
9.9.1965, 44 Cg 96/65 Arb 8.116
9.2.1967, 44 Cg 13/67 Arb 8.349

LG Graz:

3.8.2003, 38 Cga 39/02a bzw 38 Cga 51/02s – *Feldhofer*

LG Linz:

9.12.1953, Cg 33/53 Arb 5.960

LG Sazburg:

18.10.1994, 20 Cga 76, 77/94 Arb 11.270

1.8.2006, 20 Cga 126/06s – *Schopp*

LG Ried im Innkreis:

2.7.1996, 14 Cga 89/96 – Gefäßchirurg

LG Innsbruck:

24.11.1996, 4 Cga 90/96k – Pilot

LG Klagenfurt:

7.5.2002, 31 Cga 36/02a – Neurochirurg

13.11.2002, 31 Cga 135/02 – Primarius Innere Medizin

ASG Wien:

19.1.1989, 15 Cga 1144/89 ARD 4060/13/89

7.11.1994, 6 Cga 124/94 ARD 4671/23/95

26.9.1996, 24 Cga 184/95 ARD 4820/22/97 – Pilot

23.7. 1997, 3 Cga 172/95z ARD 4955/13/98

1.12.2000, 2 Cga 134/00i, ARD 5261/8/2001

VwGH:

28.2.2002, 2000/09/0122, ZfVB 2004/654

27.6.2002, 2000/09/0053 – Verwaltungsdirektor

4.9.2003, 2000/09/0175 – Herz-Thoraxchirurgie

VfGH:

21.6.1997, B 29/97 AnwBl 1997, 943 (*Strigl*)

Disziplinarsenat der Ärzte:

Disziplinarsenat 25.1.1988, Ds 11/1987

Disziplinarsenat 22.11.1993, Ds 6/1993 RdM 1994/2

OBDK:

20.12.1993, Bkv 4/91 AnwBl 1995, 131 (*Strigl*)

Entscheidungen der österreichischen Fußball-Bundesliga:

Senat 2 der österreichischen Fußball-Bundesliga 10.12.2001, Akte Nr 09-2001-02

Protestkomitee der österreichischen Fußball-Bundesliga 13.3.2002, Akte Nr 13-2001/02

Deutsche Judikatur

BAG:

10.11.1955, 2 AZR 591/54 BAGE 2, 221
4.6.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 85
26.10.1971, 1 AZR 113/68, BAGE 23, 507
19.8.1976, 3 AZR 173/75, BAGE 28, 172
26.5.1977, 2 AZR 632/76, BAGE 29, 195
27.2.1985, GS 1/84, BAGE 48, 122

LAG:

Rheinland-Pfalz 16.3.2005, Az 9 Sa 51/05

ArbG:

ArbG Hannover, 25. 3. 93, Az 3 Ga 2/93 SpuRt 1998, 197
ArbG Solingen, 16. 1. 1996, Az 2 Ga 1/96 SpuRt 1997, 98

Internetquellen

Piloten:

www.austrocontrol.co.at
www.luftfahrtrecht.at
www.austrocontrol.co.at/content/lfa/Personenlizenzen/Lizenziierung/JAR-FCL/JAR-FCL.shtml
www.austrocontrol.co.at/content/lfa/Personenlizenzen/Lizenziierung/JAR-FCL/JAR-FCL.shtml
http://de.wikipedia.org/wiki/Joint_Aviation_Authorities

Turnusärzte:

www.kaerngesund.at/aerztezeitung/2006/november/turnusaerzte.html
www.aerztekammer.at/service/TA_TP_31082000.pdf

Berufsfußballer:

http://de.wikipedia.org/wiki/Paul_Scharner
www.vdf.at/KV-Entwurf_Stand_18.03.08_final.pdf
www.vdf.at

Anhang 1

Zusammenfassung

Beim Recht auf Beschäftigung handelt es sich um die grundlegende Kernfrage, ob der Arbeitnehmer im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses bei einer Nichtbeschäftigung trotz Fortzahlung des Arbeitsentgelts einen klagbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber auf tatsächliche Verwendung seiner Arbeitskraft hat. Die überwiegende Lehre und Judikatur lehnt einen allgemeinen – jedem Arbeitnehmer zustehenden – Beschäftigungsanspruch strikt ab, während ein Teil der Lehre durch unterschiedliche dogmatische Begründungen (Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, Recht auf Selbstverwirklichung, Verletzung der Fürsorgepflicht, aus internationalen Abkommen abzuleitende Interpretationsmaxime, Gleichbehandlungspflicht, gesellschaftliche Verpflichtung) einen solchen vehement fordert. In der deutschen Rechtsordnung ist der allgemeine Beschäftigungsanspruch seit der Grundsatzentscheidung des BAG aus dem Jahre 1955 sowohl im aufrechten als auch im gekündigten Arbeitsverhältnis anerkannt, wobei die Beschäftigungspflicht mit dem personenrechtlichen Wesen des Arbeitsvertrages und dem Hinweis auf Art 1 und 2 Bonner Grundgesetz, wonach der Schutz der Persönlichkeit und der Menschenwürde gewährleistet wird, begründet wird.

Ein allgemeines Recht auf Beschäftigung ist abzulehnen. Denn hätte der Normschöpfer der „Beschäftigung“ einen so hohen Stellenwert eingeräumt, hätte er sich bei einer ungerechtfertigten Entlassung wohl für die Wiedenzulassung zur Beschäftigung entschieden und nicht lediglich für die schadenersatzrechtliche Lösung. Darüber hinaus erkennt selbst die arbeitsrechtliche Spezialbestimmung des § 1155 ABGB dem Arbeitnehmer bei Nichtannahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber lediglich einen Anspruch auf Lohnfortzahlung zu. Abgesehen davon, besteht auch nach den allgemeinen Grundsätzen des Leistungsstörungenrechts keine generelle Abnahmepflicht des Gläubigers. Nach diesen – für das Arbeitsrecht unmittelbar anwendbaren – zivilrechtlichen Grundsätzen ist ein Recht auf Beschäftigung jedoch zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer nicht nur ein Interesse an der Fortzahlung des Arbeitsentgelts, sondern darüber hinaus auch ein besonders schützenswertes Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung selbst hat (Interesse an fachlicher Aus- und Weiterbildung, an der Wahrung des Marktwerts, an der Erhaltung berufsspezifischer Bewilligungen und Qualifikationen, auf Öffentlichkeitsbezug). Dieses besondere

Beschäftigungsinteresse ist in der österreichische Rechtsordnung für Schauspieler *expressis verbis* in § 21 SchSpG und für Lehrlinge in den §§ 9 und 18 BAG normiert. Weiters kann dieses Interesse allgemein im Arbeitsvertrag festgeschrieben sein oder sich konkludent aus der Natur des abgeschlossenen Arbeitsvertrages (so der OGH) oder durch ergänzende Vertragsauslegung ergeben. Im Übrigen kann *per analogiam* zu den gesetzlichen Ausnahmvorschriften ein Recht auf Beschäftigung ermittelt werden, wenn nach Qualität und Intensität eine strukturelle Ähnlichkeit der Interessen an einer tatsächlichen Beschäftigung vorliegen. Eine Analogie ist beim Öffentlichkeitsinteresse zum SchSpG (zB Berufsfußballer) und beim Ausbildungsinteresse (zB Rechtsanwaltsanwärter oder Turnusärzte) anzunehmen.

Bei Verletzung eines bestehenden Rechts auf Beschäftigung hat der Arbeitnehmer neben der Möglichkeit der Klage auf Erfüllung auch ein vorzeitiges Austrittsrecht. Führt die verschuldete oder sittenwidrige Nichtbeschäftigung zu einem Berufsschaden, so hat der Arbeitgeber den konkreten, unter Umständen auch den immateriellen Schaden, zu ersetzen. Die Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs kann mit einer Leistungsklage oder im Regelfall mit der schnelleren und zweckdienlicheren einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden. Da die Beschäftigungspflicht eine unvertretbare Handlung ist, kann sie nur durch indirekte Zwangsmittel (Geld- oder Haftstrafen) erzwungen werden. Die Klagbarkeit ist jedoch im Einzelfall zu versagen, wenn die Durchsetzung des Beschäftigungsrechts den Grundfesten des betreffenden Berufes widersprechen würde. Dem Arbeitnehmer gebührt während der Beschäftigungsverweigerung durch den Arbeitgeber entgegen § 1155 ABGB das volle Entgelt.

Ein Recht auf Beschäftigung ist nicht nur dann zu verneinen, wenn keine besonders schützenswerten Interessen an der tatsächlichen Beschäftigung bestehen, sondern auch in Fällen, in denen der Arbeitnehmer zwar ein schutzwürdiges Interesse daran hat, faktisch beschäftigt zu werden, diesem jedoch gewichtige berechnete Interessen (Weigerungs- und Unzumutbarkeitsgründe) des Arbeitgebers, wie etwa der Schutz höherrangiger Rechtsgüter, betriebliche oder in der Person bzw im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Gründe entgegenstehen.

Ein Recht auf Beschäftigung haben jedenfalls der Schauspieler, der Chirurg, sämtliche auszubildende Arbeitnehmer (Lehrlinge, Rechtsanwaltsanwärter und Turnusärzte), Piloten sowie Berufsfußballer.

Anhang 2

Lebenslauf

Mag. iur
Mehmet Saim Akagündüz
geb. am 20.12.1980 in Kigi/Türkei



Schulbildung:

9/1987-6/1991
9/1991-6/1999

Volksschule in 1160 Wien
Bundesgymnasium in 1170 Wien

Studium:

11/2002-1/2006

Diplomstudium der Rechtswissenschaften an
der Universität Wien
Schwerpunktausbildung: Wohnrecht

4/2006-2009

Doktoratsstudium an der Universität Wien:
Dissertationsgebiet: Arbeitsrecht

Berufserfahrung:

1/2001-6/2002

Profisport:
Berufsfußballspieler beim SV Ried (2001) und
Swarowski Wattens(2001-2002):

8/2004

Praktikum bei der Arbeiterkammer Wien

4/2005-3/2006

Rechtsanwaltsgehilfe bei RA Mag. Christoff Beck
in 1010 Wien

4/2006-12/2006

Gerichtspraxis: Rechtspraktikant im Sprengel des
OLG Wien (BG Hernalds, ZRS Wien)

8/2006-12/2009

Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH:
Rechtsanwaltsanwärter im Bereich
Gesellschaftsrecht, Fremdenrecht,
Liegenschaftsrecht, Zivilprozessrecht