

TE OGH 1977/10/18 4Ob95/77

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.10.1977

Norm

ABGB §2

ABGB §878

ABGB §879 Abs1

ABGB §1151

ABGB §1157

ABGB §1295

ABGB §1304

Ausländerbeschäftigungsgesetz §1

Ausländerbeschäftigungsgesetz §2 Abs2 lita

Ausländerbeschäftigungsgesetz §3 Abs1

Ausländerbeschäftigungsgesetz §4

Ausländerbeschäftigungsgesetz §19

Ausländerbeschäftigungsgesetz §29

Kopf

SZ 50/132

Spruch

Ein bezahlter Eishockeyspieler ist "Arbeitnehmer" im Sinne des § 2 Abs.2 lit. a AuslBG

Entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG ohne Beschäftigungsbewilligung oder Befreiungsschein abgeschlossene Arbeitsverträge sind gemäß § 879 Abs. 1 ABGB nichtig. Ist es auf Grund des nichtigen Vertrages zu Arbeitsleistungen gekommen, dann kann jeder Teil dieses Verhältnis für die Zukunft fristlos und ohne Bindung an die im Gesetz vorgesehenen besonderen Auflösungsarten beenden. Der ausländische Arbeitnehmer kann aus der Beendigung eines solchen "faktischen" Arbeitsverhältnisses keine wie immer gearteten Ansprüche aus dem Titel der Kündigung oder der (ungerechtfertigten) Entlassung ableiten

Hat der österreichische Arbeitgeber seine Verpflichtung, die notwendige Beschäftigungsbewilligung zu beschaffen, im Einzelfall schuldhaft verletzt und nicht alles Notwendige vorgekehrt, um die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zu vermeiden, dann wird er dem ausländischen Arbeitnehmer gegenüber nach allgemeinen Grundsätzen (§ 878 ABGB) schadenersatzpflichtig

Eigenverschulden des Geschädigten führt nach § 878 Satz 3 ABGB nicht, wie sonst, zur Schadensteilung nach§ 1304 ABGB, sondern regelmäßig zum gänzlichen Ausschluß der Ersatzpflicht des Schädigers; dieser bleibt nur dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er die Unmöglichkeit (Unerlaubtheit) des Vertrages tatsächlich bekannt hat, während dem Geschädigten diesbezüglich nur Fahrlässigkeit zur Last fällt

Den ausländischen Arbeitnehmer, der sich vor Aufnahme seiner Tätigkeit in Österreich nicht über die einschlägigen Rechtsvorschriften informiert und nicht einmal fragt, ob der österreichische Arbeitgeber eine Beschäftigungsbewilligung für ihn eingeholt hat, trifft ein Mitverschulden an der Ungültigkeit seines Arbeitsvertrages

OGH 18. Oktober 1977, 4 Ob 95/77 (LG Salzburg 31 Cg 9/77; ArbG Salzburg Cr 618/76)

Text

Mit Spielervertrag vom 10. September 1976 wurde der Kläger - ein nunmehr 35jähriger kanadischer Eishockeyspieler - vom beklagten Sportverein für die Saison 1976/77 engagiert. Dabei wurden eine Gage von 12 000 can. Dollar brutto, zahlbar in fünf gleichen Monatsraten jeweils zu Beginn der Monate Oktober 1976 bis Februar 1977, sowie verschiedene Nebenleistungen - nämlich eine Prämie für das Erreichen der Play-off-Runde, ein Wohnungsgeld, die Zahlung der Flugreise von Kanada nach Österreich und zurück für zwei Personen, die Beistellung eines Mietwagens und die Besorgung eines kostenlosen Eßplatzes - vereinbart. Der Kläger, welcher der deutschen Sprache nicht mächtig ist, wurde auf Grund eines von ihm unterfertigten Anmeldescheines vom beklagten Verein ordnungsgemäß beim Österreichischen Eishockeyverband gemeldet und dort als Amateur geführt; der beklagte Verein holte jedoch keine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl. 218/1975 (AuslBG) ein und teilte dem Kläger auch nicht mit, daß er in Österreich eine solche Genehmigung benötige.

Der Kläger hatte schon in den Jahren 1972 bis 1974 sehr erfolgreich für den beklagten Verein gespielt und hatte dann zwei Jahre lang bei der italienischen Spitzemannschaft HC Bozen gleichfalls sehr gute Leistungen geboten. In der Saison 1976/77 war jedoch der beklagte Verein mit seinen Leistungen von Anfang an nicht zufrieden. Als der Kläger am Samstag, den 6. November 1976 im Meisterschaftsspiel gegen den ATSE Graz abermals eine nach Ansicht des beklagten Vereins unzureichende Leistung geboten hatte, am darauffolgenden Montag nicht zum Training erschien und schließlich auch einen für Dienstag, den 9. November 1976 vereinbarten Untersuchungstermin beim Vereinsarzt nicht einhielt, wurde er noch am selben Tag durch Vorstandsbefehl des beklagten Vereins entlassen.

Mit der Behauptung, daß diese Entlassung zu Unrecht ausgesprochen worden sei, begehrte der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit vom beklagten Verein die Zahlung des Schilling-Gegenwertes von 7 200 can. Dollar brutto - das sind die noch ausständigen Monatsraten für Dezember 1976 sowie Jänner und Februar 1977 zum Devisenkurs Ware der Wiener Börse am Zahlungstag.

Der beklagte Verein hat dieses Begehren dem Grund und der Höhe nach bestritten und zunächst Unzulässigkeit des Rechtsweges bzw. sachliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes eingewendet, weil der Kläger als Mitglied des beklagten Vereins nach dessen Statuten und den Statuten des österreichischen Eishockeyverbandes vor dem Beschreiten des Rechtsweges ein Schiedsgericht hätte anrufen müssen. Im übrigen sei der Kläger nicht nur zu Recht entlassen worden, sondern er habe auch noch am 9. November 1976 einer einvernehmlichen Auflösung seines Dienstvertrages zugestimmt. Der Kläger hätte noch in der Saison 1976/77 für den Villacher Sportverein (VSV) spielen und dort monatlich 1000 can. Dollar verdienen können; diesen Entgang müsse er sich auf alle Fälle auf seine Forderung anrechnen lassen. Der Kläger wäre auch in der Lage gewesen, nach Kanada zurückzukehren und dort das gleiche Einkommen zu erzielen wie beim beklagten Verein.

Bei der Verhandlungstagsatzung vom 17. Dezember 1976 stützte der Kläger "auf Grund der Tatsache, daß für ihn keine Beschäftigungsbewilligung eingeholt wurde", sein Klagebegehren hilfsweise auch auf den Rechtsgrund des Schadenersatzes. Es wäre Sache des beklagten Vereins gewesen, dem Kläger noch vor dem Beginn seiner Tätigkeit die rechtlichen Grundlagen hiefür zu verschaffen; durch die Nichterfüllung des Vertrages und "auch durch das Nichteinholen der Beschäftigungsgenehmigung" habe der Kläger einen Schaden in der Höhe des Klagsbetrages erlitten. Infolge der fortgeschrittenen Saison sei es ihm nicht möglich gewesen, eine andere Beschäftigung als Eishockeyspieler zu finden; die Besprechungen mit dem VSV hätten sich zerschlagen.

Demgegenüber behauptet der beklagte Verein, daß der Kläger am 6. November 1976, sei es in Österreich, sei es sonst in Europa oder auch in Kanada, "jeder anderen Art der Beschäftigung" hätte nachgehen können und daher keinen Schaden erlitten habe; er müsse sich jede zumutbare Verdienstmöglichkeit auf seinen allfälligen Schaden anrechnen lassen.

Das Erstgericht erklärte sich "zur Behandlung der gegenständlichen Rechtssache örtlich und sachlich zuständig" und erkannte im Sinne des Klagebegehrens. Seinem Urteil liegen u. a. folgende Feststellungen über das Verhalten des Klägers nach der Entlassung zugrunde:

Als der Kläger am Abend des 9. November 1976 zum Spiel erschien, teilte ihm Peter W - ein Vorstandsmitglied des beklagten Vereins - seine Entlassung mit und verwies gleichzeitig darauf, daß sich ein anderer österreichischer Eishockeyclub, nämlich der VSV, für den Kläger interessiere. Der Kläger nahm die Entlassung nüchtern auf und sagte, daß er in Villach zeigen werde, wie gut er wirklich sei; der beklagte Verein möge jene Fehler, die er mit ihm gemacht habe, bei anderen Kanadiern nicht wiederholen. Peter W machte daraufhin den Kläger mit den Herren des VSV bekannt, welche sodann mit dem Kläger verhandelten.

Am 11. November 1976 erschien der Kläger bei seinem nunmehrigen Vertreter, Rechtsanwalt Dr. Z. und ersuchte ihn um Rechtsbeistand. Als Dr. Z daraufhin mit dem Beklagtenvertreter, Rechtsanwalt Dr. A, Kontakt aufnahm, empfahl ihm dieser, der Kläger solle beim VSV als Spieler eintreten. Auf eine Frage, ob der beklagte Verein bereit wäre, die Differenz zwischen den Bezügen des Klägers in Salzburg und jenen in Villach zu zahlen, erhielt der Klagevertreter vom Beklagtenvertreter eine verneinende Antwort. Obgleich sich der Kläger in der Folge bereit erklärte, beim VSV - einem Klub der Oberliga (zweite Division) - auch mit verminderten Bezügen zu spielen, erhielt der Klagevertreter auf ein diesbezügliches Angebot vom VSV die Antwort, daß ein Engagement des Klägers nicht in Betracht komme.

Eine Verpflichtung des Klägers, sich vor der Anrufung des ordentlichen Gerichtes an ein in den Statuten des Österreichischen Eishockeyverbandes oder des beklagten Vereins vorgesehenes Schiedsgericht zu wenden, wurde vom Erstgericht aus rechtlichen Erwägungen verneint. Da der Kläger ungeachtet seiner Bezeichnung als Amateur in einem Arbeitsverhältnis, zumindest aber in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zum beklagten Verein gestanden sei und dabei "höhere, nicht kaufmännische Dienste" im Sinne des Angestelltengesetzes geleistet habe, sei auch die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes Salzburg gegeben. Die Entlassung des Klägers sei zu Unrecht ausgesprochen worden, eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht erwiesen. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag sei mangels Einholung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG von Anfang an nichtig gewesen, so daß dem Kläger nur Ansprüche im Rahmen des § 29 dieses Gesetzes zustunden. Nach der erwähnten Gesetzesstelle habe der Kläger jedoch für die Zeit nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses weder einen Entgeltanspruch noch einen Anspruch auf Kündigungsentschädigung.

Hingegen sei die Schadenersatzforderung des Klägers berechtigt:

Durch das Unterlassen der Einholung einer Beschädigungsbewilligung für den Kläger habe der beklagte Verein die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages rechtswidrig und schulhaft verursacht und daher dem Kläger jenen Schaden zu ersetzen, den der Kläger durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten habe. Dieser Schaden bestehet hier in dem Entgelt, das der Kläger bei ordnungsgemäßem Vorgehen des beklagten Vereines entweder bei diesem selbst oder - im Fall des rechtzeitigen Abschlusses eines anderen Vertrages - bei einem anderen Eishockeyclub hätte verdienen können. Im November 1976 sei die Saison nicht nur in Österreich, sondern auch in den anderen Ländern, in denen es Berufseishockeysport gibt, bereits voll angelaufen gewesen, so daß es dem Kläger gar nicht oder doch nur sehr schwer möglich gewesen wäre, ein anderes, gleichwertiges Engagement zu finden. Die Verhandlungen mit dem VSV hätten sich aus Gründen, die nicht beim Kläger lagen, zerschlagen; im übrigen wäre es dem Kläger auch nicht zumutbar gewesen, bei einem zweitklassigen Verein zu spielen. Weitere konkrete Behauptungen in der Richtung, daß der Kläger seiner - aus § 1304 ABGB abzuleitenden - Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen wäre, habe der beklagte Verein nicht vorgebracht.

Das Berufungsgericht führte die Verhandlung gemäß § 25 Abs. 1 Z. 3 ArbGG von neuem durch und wies das Klagebegehren ab. Gleich dem Erstgericht, hielt auch das Gericht zweiter Instanz den Rechtsweg für zulässig und die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes Salzburg für gegeben; es teilte auch die Ansicht des Erstgerichtes, daß der Kläger in einem dem Angestelltengesetz unterliegenden Arbeitsverhältnis zum beklagten Verein gestanden sei. Richtig sei ferner, daß der zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag wegen Fehlens der im AuslBG vorgeschriebenen Beschäftigungsbewilligung von Anfang an nichtig gewesen sei und dem Kläger daher gemäß § 29 AuslBG keine Kündigungsentschädigung zustehe; die Entgeltansprüche des Klägers bis zum Zeitpunkt der Auflösung des Vertragsverhältnisses seien zur Gänze beglichen worden.

Es fehle aber auch an einer Rechtsgrundlage für die vom Erstgericht angenommene Schadenersatzpflicht des

beklagten Vereins: § 3 Abs. 1 AuslBG bestimmt zwar, daß ein Arbeitgeber einen Ausländer nur dann beschäftigen dürfe, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer einen Befreiungsschein besitzt; gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung dürfe aber umgekehrt auch ein Ausländer eine Beschäftigung in Österreich nur dann antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn er einen Befreiungsschein besitzt. Da § 2 ABGB auch für Ausländer gelte, könne sich der Kläger "nicht unbedingt" darauf berufen, daß ihm als Ausländer die österreichischen Bestimmungen über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer nicht bekannt waren und auch nicht bekannt sein mußten; wer in einem fremden Staat arbeiten wolle, müsse sich eben vorher nach den dort geltenden einschlägigen Vorschriften erkundigen. Bei dieser Sachlage sei von einer schuldhaften Verletzung einer Aufklärungspflicht durch den beklagten Verein keine Rede; der Kläger könne sein Schadenersatzbegehren aber auch nicht darauf stützen, daß der beklagte Verein nicht rechtzeitig eine Beschäftigungsbewilligung für ihn beantragt habe: Da sich die Verbotsbestimmungen des AuslBG an beide Vertragspartner richteten, seien beide Teile verpflichtet, die rechtlichen Voraussetzungen für ein solches Beschäftigungsverhältnis zu schaffen. Es wäre daher auch Sache des Klägers gewesen, sich entweder um einen Befreiungsschein zu kümmern oder zumindest beim Vertragsabschluß ausdrücklich darauf zu bestehen, daß der beklagte Verein seiner Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung nachkomme. Im Sinne der bisherigen, zu den analogen Bestimmungen der Verordnung über ausländische Arbeitnehmer RGBI. 1933 I, (AuslANV) ergangenen Rechtsprechung des OGH biete daher auch das AuslBG keine rechtliche Grundlage für einen Schadenersatzanspruch des ausländischen Arbeitnehmers. Das Klagebegehren müsse also schon aus rechtlichen Erwägungen erfolglos bleiben, so daß auf die Berufungsgrunde der Mängelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung nicht weiter einzugehen, vielmehr das angefochtene Urteil sogleich im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens abzuändern gewesen sei.

Infolge Revision des Klägers hob der Oberste Gerichtshof das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Berufsgericht zurück.

Rechtliche Beurteilung

Aus der Begründung:

Vorweg ist festzuhalten, daß auf die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges bzw. der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes Salzburg schon deshalb nicht mehr weiter einzugehen ist, weil die Untergerichte diese Prozeßeinrede des beklagten Vereins übereinstimmend verworfen und damit die genannten Prozeßvoraussetzungen für den OGH bindend bejaht haben.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer einen Berufungsschein besitzt; auch der Ausländer darf nach dem zweiten Absatz dieser Gesetzesstelle eine Beschäftigung nur dann antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn er einen Befreiungsschein besitzt. Gemäß § 2 Abs. 1 AuslBG gilt als "Ausländer" im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichischen Staatsbürgerschaft besitzt; als "Beschäftigung" gilt gemäß § 2 Abs. 2 des Gesetzes (u. a.) die Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerblicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird (lit. b). Daß der Kläger nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt und daher "Ausländer" im Sinne des mehrfach genannten Gesetzes ist, ist ebenso unbestritten wie der Umstand, daß er nicht dem in § 1 Abs. 2 lit. a bis f AuslBG angeführten, von der Anwendung dieses Gesetzes ausgenommenen Personenkreis angehört und daß es zwischen Kanada und Österreich derzeit auch keine zwischenstaatlichen Vereinbarungen über die Beschäftigung von Ausländern im Sinne des § 1 Abs. 3 des Gesetzes gibt.

Der OGH stimmt den Rechtsausführungen der Untergerichte aber auch insoweit zu, als sie das durch den Spielervertrag vom 10. September 1976 zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. a AuslBG beurteilt haben: Als bezahlter Eishockeyspieler war der Kläger - ungeachtet seiner offiziellen Bezeichnung als "Amateur" - vom beklagten Verein wirtschaftlich abhängig; er hatte ihm gegenüber die vertragliche Verpflichtung zu persönlicher, auf die Dauer berechneter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit und disziplinärer Verantwortung übernommen

-
auch die Ausübung eines bestimmten Sports kann Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein - und war damit

Arbeitnehmer des beklagten Vereins geworden (zur vergleichbaren Rechtsstellung der bezahlten Fußballspieler siehe vor allem Tomandl - Schrammel, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl. 1972, 234 ff., insbesondere 236; ferner Holzer, Das Dienstrecht der Lizenzfußballer im ÖFB, RdA 1972, 63 ff.). Zweifelhaft könnte lediglich sein, ob der Kläger auf Grund seines Spielervertrages im Sinne der übereinstimmenden Rechtsauffassung der Untergerichte tatsächlich "höhere, nicht kaufmännische Dienste" zu leisten hatte und damit als Angestellter zu qualifizieren war (gegen die Angestellteneigenschaft von Vertrags- und Lizenzfußballern: Tomandl

-
Schrammel a. a. O., 237 ff.; dafür: Holzer a. a. O., 66 ff.); diese Frage kann aber, da das AuslBG nur ein "Arbeitsverhältnis" voraussetzt, ohne zwischen Arbeitern und Angestellten zu unterscheiden, im konkreten Fall auf sich beruhen.

War der Kläger damit aber als "ausländischer Arbeitnehmer" im Sinne des AuslBG anzusehen, dann durfte er vom beklagten Verein nur beschäftigt werden, wenn dieser für ihn nach den Bestimmungen dieses Gesetzes eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 ff.) erwirkt hatte oder der Kläger einen Befreiungsschein (§§ 15 ff.) besaß. Beide Voraussetzungen waren hier nicht gegeben: Wie die Untergerichte übereinstimmend - und auch von den Parteien unbekämpft - festgestellt haben, hatte der beklagte Verein für den Kläger keine Beschäftigungsbewilligung eingeholt und ihm auch nicht mitgeteilt, daß er in Österreich eine solche Bewilligung benötige; daß der Kläger aber im Besitz eines Befreiungsscheines nach dem III. Abschnitt des AuslBG gewesen wäre, hat er selbst nicht behauptet.

Damit stellt sich aber die Frage nach den Rechtswirkungen eines entgegen § 3 Abs. 1 und 2 AuslBG ohne Beschäftigungsbewilligung bzw.

Befreiungsschein mit einem ausländischen Arbeitnehmer

abgeschlossenen Arbeitsvertrages: Während der Geltungsdauer der

Verordnung vom 23. Jänner 1933, RGBI. I, 26, über ausländische

Arbeitnehmer (AuslANV) hatte der OGH Arbeitsverträge, die entgegen

den Bestimmungen dieser Verordnung ohne Erteilung einer

Beschäftigungsgenehmigung oder einer Arbeitserlaubnis abgeschlossen

worden waren, in ständiger Rechtsprechung als gemäß § 879 Abs. 1

ABGB nichtig behandelt (SZ 36/78 = Arb 7798 = EvBl. 1963/375 = JBl.

1963, 542 = SozM I, A e 503; SZ 45/58 = Arb 9009 = EvBl. 1972/347 =

RdA 1973, 133; Arb 8158 = SozMI, A e 606; Arb 8523 = JBl. 1969, 226

= SozMI, A e 763 = ZAS 1969, 214; EvBl. 1977/51 = JBl. 1977, 501 =

ImmZ 1976, 287 mit weiteren Hinweisen auf die - grundsätzlich zustimmende - Rechtslehre); er hatte diese Auffassung vor allem damit begründet, daß der Zweck der genannten Verbotsnorm - welche den Inländern die Arbeitsplätze im Inland vorbehalten wolle, soweit dafür geeignete Inländische Bewerber vorhanden sind - die Nichtigkeit von Arbeitsverträgen erfordere, die entgegen den Bestimmungen der Verordnung ohne Beschäftigungsgenehmigung oder Arbeitserlaubnis abgeschlossen wurden. An dieser Rechtslage hat auch das mit 1. Jänner 1976 in Kraft getretene AuslBG nichts geändert:

Auch dieses Gesetz sagt zwar nicht ausdrücklich, welche Rechtswirkungen das Fehlen der Beschäftigungsbewilligung oder des Befreiungsscheins für den Arbeitsvertrag hat; es enthält aber gleich der AuslANV eine ausdrückliche Bestimmung, welche es einerseits dem Arbeitgeber untersagt, einen Ausländer ohne Beschäftigungsbewilligung oder Befreiungsschein zu beschäftigen, und andererseits auch dem ausländischen Arbeitnehmer das Antreten oder Ausüben einer Beschäftigung ohne diese Voraussetzungen verbietet (§ 3 Abs. 1 und 2 AuslBG). Arbeit zu gewähren und Arbeit auszuüben, ist aber der wesentliche Inhalt eines jeden Arbeitsvertrages. Ist der Gegenstand oder der Inhalt eines Vertrages unerlaubt, dann ist auch der Vertrag selbst unerlaubt (Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 184; ferner die oben angeführte Judikatur zur AuslANV). Wird überdies berücksichtigt, daß eine der wesentlichen Zielsetzungen auch des neuen Gesetzes darin besteht, die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte an solchen Stellen zu verhindern, für die

geeignete inländische Arbeitskräfte zur Verfügung stehen, dann kann es nach Ansicht des OGH keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach der neuen Rechtslage Arbeitsverträge, die entgegen den Bestimmungen des AuslBG ohne Beschäftigungsbewilligung oder Befreiungsschein abgeschlossen werden, gemäß § 879 Abs. 1 ABGB nichtig sind (so auch Schnorr, AuslBG 120 § 29 Anm. 1). Daß diese Auffassung auch der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht, zeigt im übrigen der Wortlaut des § 29 AuslBG, wonach dem gesetzwidrig beschäftigten Ausländer für die Dauer der Beschäftigung "die gleichen Ansprüche wie auf G rund eines gültigen Arbeitsvertrages" zustehen (vgl. dazu auch die EB zum AuslBG, 1451 BlgNR, XIII. GP zu § 29: "..., wie wenn der Beschäftigung ein gültiger Arbeitsvertrag zugrunde gelegen wäre").

Soweit der Kläger in der Revision die Nichtigkeit des mit ihm abgeschlossenen Arbeitsvertrages deshalb in Zweifel zieht, weil für seinen Posten beim beklagten Verein überhaupt kein geeigneter inländischer Bewerber vorhanden gewesen sei, der Normzweck also in seinem Fall gar nicht die Unwirksamkeit des Vertrages erfordere, ist er darauf zu verweisen, daß das Gesetz die Beurteilung dieser Frage und damit die Abwägung der mit der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer zwangsläufig verbunden Vor- und Nachteile im Einzelfall nicht den Parteien überlassen, sondern im öffentlichen Interesse den Behörden der staatlichen Arbeitsmarktverwaltung übertragen hat; das generelle Verbot des § 3 Abs. 1 AuslBG, einen ausländischen Arbeitnehmer ohne Beschäftigungsbewilligung oder Befreiungsschein zu beschäftigen, soll dem Arbeitsamt die Möglichkeit geben, im Einzelfall zu prüfen, ob die Lage und die Entwicklung des Arbeitsmarktes eine solche Beschäftigung zulassen und ihr nicht etwa wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen entgegenstehen (§ 4 Abs. 1 AuslBG; vgl. auch die in § 4 Abs. 3 AuslBG aufgezählten weiteren Erteilungsvoraussetzungen).

Gemäß § 29 AuslBG stehen einem Ausländer, der entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt wird, gegenüber dem ihn beschäftigenden Betriebsinhaber für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages zu; durch diese ausdrückliche gesetzliche Regelung ist die oben zitierte Rechtsprechung zur AuslANV, welche dem ausländischen Arbeitnehmer in einem solchen Fall nur Bereicherungsansprüche gemäß § 877, 1431 ABGB zugebilligt hatte, insoweit überholt und für die nach dem AuslBG zu beurteilenden Fälle nicht mehr anwendbar. Unabhängig davon muß aber auch nach der neuen Rechtslage weiterhin der Grundsatz gelten, daß dann, wenn es auf Grund des richtigen Vertrages zu Arbeitsleistungen gekommen ist, jeder Teil dieses Verhältnis für die Zukunft fristlos und ohne Bindung an die im Gesetz vorgesehenen besonderen Auflösungsarten beenden kann. Da der bestehende gesetzwidrige Zustand jederzeit zu beseitigen ist, kann kein Vertragspartner, mit dem die Herstellung eines solchen Zustandes vereinbart wurde, auf dessen Beibehaltung bestehen. Daraus folgt, daß der ausländische Arbeitnehmer aus der Beendigung eines solchen "faktischen" Arbeitsverhältnisses keine wie immer gearteten Ansprüche aus dem Titel der Kündigung oder der (ungerechtfertigten) Entlassung ableiten kann, weil alle diese Ansprüche einen rechtswirksamen, durch Kündigung oder Entlassung beendbaren Arbeitsvertrag voraussetzen (im gleichen Sinn die - noch zur AuslANV ergangenen - Entscheidungen SZ 45/58 = Arb. 9009 = EvBl.

1972/347 = RdA 1973, 133; Arb. 8523 = JBl. 1969, 226 = SozM I, A e

763 = ZAS 1969, 214; EvBl. 1977/51 = JBl. 1977, 501 = ImmZ 1976,

287; zum AuslBG ebenso Schnorr a. a. O., 121 und die EB zu § 29:

"Das bedeutet aber nicht daß dem Ausländer eine Kündigungsentschädigung zusteht"). Der vom Kläger primär erhobene Anspruch auf Kündigungsentschädigung - durch Fortzahlung des Entgelts für den Rest der vereinbarten Vertragsdauer - erweist sich also im Sinne der insoweit zutreffenden Rechtsausführungen des angefochtenen Urteils als von vornherein unbegründet.

Was aber den vom Kläger bei der Verhandlungstagsatzung vom 17.

Dezember 1976 hilfsweise erhobenen, aus der unterlassenen Einholung

einer Beschäftigungsbewilligung durch den beklagten Verein

abgeleiteten Schadenersatzanspruch anlangt, so kann der OGH hier der

Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes nicht folgen: Das AuslBG hat

die Frage, ob der Arbeitgeber gegenüber dem ausländischen

Arbeitnehmer schadenersatzpflichtig wird, wenn er schuldhaft nicht

die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat, um die Nichtigkeit des

Arbeitsvertrages zu vermeiden, ebensowenig geregelt wie zuvor die

AuslANV. Auch der OGH hat zu dieser Frage bisher nicht ausdrücklich

Stellung genommen: Während in Arb. 8523 = JBl. 1969, 226 = SozM I, A

e 763 = ZAS 1969, 214 ein aus der unbegründeten Entlassung

abgeleiteter Schadenersatzanspruch des ausländischen Arbeitnehmers

unter Hinweis auf die Berechtigung des Arbeitgebers zur fristlosen

Beendigung eines gesetzwidrigen und daher nichtigen Arbeitsvertrages

abgewiesen wurde, führte das Begehr auf Schadenersatz wegen

Nichteinhaltung der erforderlichen Beschäftigungsgenehmigung in zwei

anderen Fällen deshalb nicht zum Erfolg, weil nicht erwiesen war,

daß der beklagte Arbeitgeber die Erteilung der notwendigen

Genehmigung "schuldhaft hintertrieben" oder den Antrag verspätet

eingereicht hatte (Arb. 8158 = SozM I, A e 606) bzw. eine

Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschaffung einer

Beschäftigungsgenehmigung nach den Feststellungen der Untergerichte

nicht vereinbart worden war (SZ. 45/58 = Arb. 9009 = EvBl. 1972/347

= RdA 1973, 133).

Daß der Arbeitgeber auch ohne besondere Vereinbarung mit seinem Vertragspartner schon auf Grund des Gesetzes verpflichtet ist, die Beschäftigungsgenehmigung einzuholen, könne - wie der OGH in der letztgenannten Entscheidung ausgeführt hat - schon deshalb zu keinem anderen Ergebnis führen, weil zur Gültigkeit des Arbeitsvertrages nach der AuslANV auch eine Arbeitserlaubnis für den klagenden Arbeitnehmer notwendig gewesen wäre; ihre Erwirkung sei aber vornehmlich Sache des Arbeitnehmers, während der Arbeitgeber nur berechtigt, nicht aber auch verpflichtet sei, einen solchen Antrag für den Arbeitnehmer zu stellen. Gerade in diesem Punkt hat aber das AuslBG eine entscheidende Änderung der Rechtslage gebracht: Im Gegensatz zur AuslANV, welche neben der "Beschäftigungsgenehmigung" für den Arbeitgeber auch eine "Arbeitserlaubnis" für den Arbeitnehmer vorgesehen hatte, schreibt das AuslGB nur noch eine einheitliche Beschäftigungsbewilligung vor, welche sowohl für den

Arbeitgeber als auch für den ausländische Arbeitnehmer maßgebend ist. Damit ist aber auch die Pflicht des ausländischen Arbeitnehmers weggefallen, sich selbst um die Arbeitserlaubnis in Österreich zu bemühen; gemäß § 19 Abs. 1 AuslBG kann vielmehr der Antrag auf Ausstellung einer Beschäftigungsbewilligung - von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen der Abs. 2 und 3 abgesehen - nur vom Arbeitgeber eingebbracht werden (vgl. dazu Schnorr a. a. O., 98 ff. § 19 Anm. 1). Auch das vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang hervorgehobene "positive Mitwirkungsrecht" des Arbeitnehmers - welchem insbesondere gemäß § 21 AuslBG in allen Fällen, in denen seine persönlichen Umstände für die Entscheidung maßgeblich sind, Parteistellung, sonst aber die Stellung eines Beteiligten zukommt - kann nichts daran ändern, daß nach dem Recht des AuslBG allein der Arbeitgeber verpflichtet und auch in der Lage ist, die notwendige Beschäftigungsbewilligung zu erlangen und damit die rechtlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines gültigen Arbeitsvertrages zu schaffen. Hat der Arbeitgeber diese Verpflichtung im Einzelfall schuldhaft verletzt und nicht alles Notwendige vorgekehrt, um die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zu vermeiden, dann wird er dem ausländischen Arbeitnehmer gegenüber nach allgemeinen Grundsätzen (§ 878 ABGB; vgl. dazu Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 173; Ehrenzweig[2] II/1, 162; Gschnitzer, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts 160; EvBl. 1951/109 u. a.) schadenersatzpflichtig (so auch Schnorr a. a. O., 122 f. § 29 Anm. 5). Das AuslBG - welches, wie die EB zu diesem Gesetz zeigen, nicht zuletzt auch einen entsprechenden Schutz des ausländischen Arbeitnehmers im Zusammenhang mit seiner Beschäftigung in Österreich gewährleisten will - schließt einen solchen Schadenersatzanspruch mit keinem Wort aus, und es wäre auch in der Tat nicht einzusehen, warum ein ausländischer Arbeitnehmer, der durch schuldhaftes Verhalten seines österreichischen Vertragspartners zum Abschluß eines - nützlichen - Arbeitsvertrages bewogen worden ist, in seinem Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts weniger Schutz genießen sollte als jeder andere Arbeitnehmer.

Die vom Berufungsgericht zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung vorgebrachten Argumente können diese - schon vom Erstgericht vertretene - Rechtsansicht nicht widerlegen, zumal sie die dem beklagten Verein zur Last fallende Unterlassung gar nicht in Abrede stellen, sondern nur in die Richtung eines allfälligen Eigenverschuldens des Klägers zielen. Diesem Einwand - welchen der beklagte Verein zwar in erster Instanz nicht ausdrücklich erhoben, wohl aber durch den mehrfachen Hinweis, daß es dem Kläger im Hinblick auf seine frühere Tätigkeit in Salzburg leicht zumutbar gewesen wäre, sich über die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu informieren und um eine Beschäftigungsbewilligung zu kümmern, jedenfalls ausreichend deutlich geltend gemacht hat (siehe dazu EvBl. 1962/248; ZVR 1973/1 u. v. a.) - kommt aber hier tatsächlich entscheidende Bedeutung zu: Gemäß § 878 Satz 3 ABGB hat derjenige, der bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit (hier: die Unerlaubtheit) kannte oder kennen mußte, dem anderen Teil, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat. Eigenverschulden des Geschädigten führt hier also nicht - wie sonst - zur Schadensteilung im Sinne des § 1304 ABGB, sondern regelmäßig zum gänzlichen Ausschluß der Ersatzpflicht des Schädigers (Koziol - Welser[4] I, 114). Der Schädiger bleibt nach herrschender Ansicht nur dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er die Unmöglichkeit (Unerlaubtheit) des Vertrages tatsächlich gekannt hat, während dem Geschädigten diesbezüglich bloße Fahrlässigkeit zur Last fällt (SZ 15/150; Gschnitzer in Klang[2] IV/1, 174; Ehrenzweig[2] II/1, 160; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I, 191).

Im konkreten Fall ist nach Ansicht des OGH auf Grund der bisherigen Verfahrensergebnisse zumindest ein fahrlässiges Verhalten des Klägers anzunehmen: Wie schon mehrfach erwähnt, darf gemäß § 3 Abs. 2 AuslBG auch der ausländische Arbeitnehmer eine Beschäftigung in Österreich nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn er einen Befreiungsschein besitzt. Das gesetzliche Verbot einer Beschäftigung ohne diese Voraussetzungen richtet sich also nicht nur an den inländischen Arbeitgeber, sondern auch an den ausländischen Arbeitnehmer; ebenso wie jener, hat auch er die Rechtsfolgen einer verbotenen Beschäftigung zu tragen (Schnorr a. a. O., 36 § 3 Anm. 1). Angesichts dieses ausdrücklichen gesetzlichen Verbotes wäre aber der Kläger - welcher zugegebenermaßen über keinen Befreiungsschein im Sinne der §§ 15 ff. AuslBG verfügte - jedenfalls verpflichtet gewesen, sich noch vor dem Zustandekommen des Spielervertrages und vor der Aufnahme seiner sportlichen Tätigkeit für den beklagten Verein darüber Gewißheit zu verschaffen, daß der beklagte Verein die erforderliche Beschäftigungsbewilligung für ihn eingeholt hätte; tatsächlich hat der Kläger aber nicht einmal behauptet, auch nur eine Frage in dieser Richtung an seine Verhandlungspartner gerichtet zu haben. Auch der Hinweis darauf, daß er als Ausländer über die Rechtslage in Österreich nicht ausreichend informiert gewesen sei, kann ihn dabei nicht entschuldigen: Gewiß begründet - entgegen dem engen Wortlaut des § 2 ABGB - nicht jede Gesetzesunkenntnis auch schon ein Verschulden der betreffenden Person; bei der Beurteilung der Frage, ob dem Normunterworfenen die

Kenntnis einer bestimmten Vorschrift unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zumutbar war, ist aber stets - auch bei Ausländern - ein strenger Maßstab anzulegen (Koziol - Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts[4] I, 130). Ebenso wie sich etwa ein ausländischer Verkehrsteilnehmer, der am österreichischen Straßenverkehr teilnimmt, über die maßgeblichen österreichischen Rechtsvorschriften unterrichten muß (vgl. ZVR 1973/194 u. v. a.), ist auch ein Ausländer, der in Österreich eine Beschäftigung annimmt, verpflichtet, sich ein gewisses Mindestmaß an Kenntnissen über die einschlägigen Rechtsvorschriften in unserem Land zu verschaffen und sich dabei vor allem danach zu erkundigen, ob nicht - wie in zahlreichen anderen Ländern - auch in Österreich die Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch Ausländer einer besonderen behördlichen Bewilligung bedarf. Solche Erkundigungen konnten vom Kläger, wie das Berufungsgericht insoweit mit Recht hervorgehoben hat, um so mehr verlangt werden, als er schon auf eine mehrjährige Spielertätigkeit im Ausland - darunter auch schon zwei Saisonen beim beklagten Verein - zurückblicken konnte und daher ausreichend Gelegenheit hatte, sich über die entsprechenden Vorschriften seines jeweiligen Aufenthaltslandes zu informieren. Daß der Kläger nichts dergleichen unternommen, ja nicht einmal eine Frage in dieser Richtung an seine Verhandlungspartner gestellt hat, begründet nach Ansicht des erkennenden Senats jedenfalls den Vorwurf der Fahrlässigkeit und damit ein Verschulden des Klägers an der Ungültigkeit seines Arbeitsvertrages mit dem beklagten Verein.

Kann dem Kläger also nicht darüber hinaus nachgewiesen werden, daß er seine Tätigkeit beim beklagten Verein in Kenntnis des Fehlens einer Beschäftigungsbewilligung und damit der Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrages aufgenommen hat - in welchem Fall eine Ersatzpflicht des beklagten Vereins im Sinne der obigen Rechtsausführungen von vornehmest ausgeschlossen wäre -, dann hängt die Entscheidung darüber, ob der Kläger gemäß § 878 Satz 3 ABGB Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens hat, allein davon ab, ob der beklagte Verein die Unerlaubtheit und Unwirksamkeit des mit dem Kläger abgeschlossenen Spielvertrages tatsächlich gekannt hat, ihm also insoweit Vorsatz und damit eine bewußte Schädigung des Klägers zur Last fällt; die Behauptungs- und Beweislast für ein solches vorsätzliches Handeln des beklagten Vereins trägt dabei - ungeachtet der Vermutung des § 1298 ABGB - der Kläger (siehe dazu Wolff in Klang[2] VI, 47; JBl. 1954, 226). Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Frage - von seiner abweichenden Rechtsauffassung ausgehend - nicht auseinandergesetzt und dazu keine Feststellungen getroffen; seiner Entscheidung haftet demnach ein Feststellungsmangel an, welcher zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Rechtssache an die zweite Instanz nötigt. Im fortgesetzten Verfahren wird das Berufungsgericht in Erfüllung der ihm gemäß § 182 ZPO obliegenden Pflicht zur materiellen Prozeßleitung zunächst auf ein entsprechendes Sach- und Beweisvorbringen der Parteien zu dieser Frage zu dringen und die zur Beurteilung des Verschuldens des beklagten Vereins notwendigen Feststellungen zu treffen haben; erst dann wird es darüber absprechen können, ob der beklagte Verein die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung für den Kläger bewußt unterlassen hat und daher dem Kläger - falls diesem nicht selbst Vorsatz zur Last fällt - den Vertrauensschaden wenigstens zum Teil (§ 1304 ABGB) ersetzen muß.

Sollte das Berufungsgericht auf Grund der Ergebnisse der fortgesetzten mündlichen Verhandlung eine solche Schadenersatzpflicht des beklagten Vereins befürworten, dann wird es sich auch mit den übrigen Einwendungen des beklagten Vereins, insbesondere zur Höhe des Ersatzbetrages und zur Schadensminderungspflicht des Klägers, auseinanderzusetzen und auf die diesbezüglich in der Berufung erhobene Beweis- und Mängelrüge einzugehen haben.

Anmerkung

Z50132

Schlagworte

Arbeitnehmerbegriff für Eishockeyspieler Arbeitsverhältnis, "faktisches" - eines Ausländer ohne Ansprüche aus Kündigung oder Entlassung Ausländerbeschäftigung Ausländerarbeitsverträge ohne Beschäftigungsbewilligung oder Befreiungsschein nichtig Befreiungsschein für Ausländer Beschäftigungsbewilligung für Ausländer Beschäftigungsbewilligung, Säumnis bei Einholung macht schadenersatzpflichtig Eishockeyspieler ist Arbeitnehmer

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1977:0040OB00095.77.1018.000

Dokumentnummer

JJT_19771018_OGH0002_0040OB00095_7700000_000

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

© 2026 JUSLINE

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