

Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsrecht



Univ.-Prof. Dr. Georg Kodek, LL.M.

STAND: MAI 2021



- I. Einleitung
- II. Exkurs: Blick nach Deutschland
- III. Das System des einstweiligen Rechtsschutzes nach der EO
- IV. Individualarbeitsrecht
- V. Kollektives Arbeitsrecht
- VI. Verfahrensrechtliches
- VII. Schluss

I. Einleitung

- Praktische Bedeutung
- Schwierigkeiten hinsichtlich der Voraussetzungen
- Überblick über bisherigen Diskussionsstand
- „Seitenblick“ nach Deutschland

II. Exkurs: Blick nach Deutschland

- Größere praktische Bedeutung
 - über 4.000 EV jährlich
- Gewährung von Urlaub
- Herausgabe von Arbeitspapieren
- Weiterbeschäftigungsanspruch
- Konkurrentenklage
- allgemeiner betriebsverfassungsrechtlicher Unterlassungsanspruch des BR
- Arbeitskampf
 - Zurückweisung des EV-Antrags kann Rechtmäßigkeit des Streiks bewirken,
 - BAG 1 AZR 611/11

III. Das System des einstweiligen Rechtsschutzes nach der EO

- EV zur Sicherung von **Geldforderungen** (§ 379 EO)
 - Sicherungsmittel taxativ aufgezählt
 - Subjektive Gefährdung (dh durch Handlungen des Gegners)
 - Kaum praktische Bedeutung (ebenso in D)
 - Am ehesten gegen ausländische AG (Vermeidung von Auslandsvollstreckung)
- EV zur Sicherung **anderer Individualansprüche** (§ 381 Z 1 EO)
 - Objektive Gefährdung
- EV zur Sicherung der **sonstigen Rechtssphäre** (§ 381 Z 2 EO)
 - Verhütung drohender Gewalt oder Abwehr eines drohenden unwiederbringlichen Schadens
 - Sicherungsmittel in § 382 EO nicht taxativ aufgezählt
 - „Regelungsverfügung“?
 - Anspruchsbindung gelockert
 - Auch „vorgreifende“ EV zulässig

IV. Individualarbeitsrecht

A. Recht auf Beschäftigung

- Allgemeines Vertragsrecht: idR keine Pflicht zur Abnahme der Leistung
- Allgemeines Recht auf Beschäftigung?
 - *Strasser*: Erhalt der Arbeitssubstanz, Ehrenkränkung
 - *Schmitzer*: Aus- und Weiterbildungsinteressen, Öffentlichkeitsbezug
 - *Resch*: Persönlichkeitsrecht
 - Vgl auch *Windisch-Graetz*, GedS Rebhahn : Art 15 GRC

- **Rsp:**
 - Nur in gesetzlich geregelten Fällen
 - § 9 BAG für Lehrlinge
 - § 18 TAG für Schauspieler
 - Aus „Natur des Angestelltendienstvertrags“ abgeleitet: Gefäßchirurg (9 ObA 2263/96a); Neurochirurg (8 ObA 202/02t); Profifußballer (9 ObA 121/06v), Rechtsanwaltsanwärter (OLG Wien 7 Ra 31/19h)
- aA VwGH (außer bescheidmäßig zuerkannt): Chirurgin (2010/12/0074), Augenarzt (3013/12/0196)
- Großzügigere Rechtslage in **D**: aus Art 2 GG (Entfaltung der Persönlichkeit) abgeleitet

Primararzt 9 ObA 2263/96a

- Dienstfreistellung während (einjähriger) Kündigungsfrist
 - Aber: Ermächtigung, woanders zu operieren
- ASt begehrt **EV auf Weiterbeschäftigung** als Vorstand der Abteilung für Allgemein- und Gefäßchirurgie
- Vorinstanzen weisen ab
 - Keine Diskriminierung
 - Organisationsmängel
 - Aggressives Verhalten, Beschimpfungen?
- **OGH**: hebt Entscheidung zur Verfahrensergänzung auf
- Anspruch auf Beschäftigung aus Natur des Angestelltendienstvertrages
 - Verweis auf Piloten, Wissenschaftler mit Labor (!), Taxifahrer (Topographiekennntnisse)
- „grundlose Suspendierung“ (?)
- Interessenabwägung
- **Kritik**: Leiterfunktion muss nicht aufrechterhalten werden

Linienpilot 9 ObA 2247/96y

- KI wegen Vertrauensunwürdigkeit entlassen
 - „Drohung“, krank zu werden, wenn er kein Hotelzimmer bekommt.
- Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit (im zweiten Rechtsgang, klagsstattgebendes Urteil des ersten Rechtsgangs aufgehoben)
- EV-Antrag auf Ermöglichung der Erbringung der Arbeitsleistung wegen der für die Verlängerung der Lizenz erforderlichen Flugstunden
- Vorinstanzen weisen ab
 - Kein unwiederbringlicher Schaden (Erfordernis einer neuerlichen Prüfung)
 - Weiterbeschäftigung unzumutbar
- **OGH** bestätigt
 - Prozessverlust als Gefahr kann nicht der Bekl angelastet werden
 - Weiterbeschäftigung hätte Vorliegen der Flugberechtigung zur Voraussetzung, diese sind aber abgelaufen

- „Erster Oberarzt“ enthoben, eingeteilt zum Verfassen rückständiger Krankengeschichten, keine Nachdienste, keine Operation von Privatpatienten
- Begehren auf Feststellung der Unwirksamkeit der Versetzung
- EV-Antrag, Kläger in den ordnungsgemäßen Dienstbetrieb der neurochirurgischen Abteilung der Beklagten aufzunehmen und ihn insb mit der Durchführung von Operationen zu betrauen
- Vorinstanzen erlassen EV, OGH bestätigt (§ 381 Z 2 EO)
 - Bei Ärzten Recht auf Beschäftigung aus Natur des Dienstvertrags
 - Gefährdung des beruflichen Fortkommens allein kann nicht Schutz höherwertiger Rechtsgüter verdrängen
 - Allerdings sei gesetzliche Vorgangsweise einzuhalten (§ 101 ArbVG, Zustimmung des BR), ggf vorläufige Versetzung
 - Vertragsändernde Versetzung
 - Feststellungsansprüche seien sicherungsfähig, wenn diese Leistungsansprüche nach sich ziehen können

Balletttänzer 9 ObA 100/06f

- Kläger begehrt Verpflichtung der Beklagten, ihn im Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung am Training aktiv teilnehmen zu lassen und bei Vorstellungen in Rollen als Gruppentänzer und gehobener Statist zu beschäftigen sowie am Besetzungszettel anzuführen
- EV-Antrag auf Zulassung zu den für Gruppentänzer vorgesehenen Trainingseinheiten
- Vorinstanzen erlassen EV
- OGH: Abweisung
- (§ 381 Z 2 EO)
- Kläger leite seine Ansprüche aus aufrechtem Arbeitsverhältnis ab
- Liege hier nicht vor, „Nichtverlängerung“
- Behauptete Sittenwidrigkeit nicht erwiesen

- Planung der weiteren Saison aus sportlichen Überlegungen ohne ASt
- ASt beehrt dem Verein aufzutragen,
 - Ihn als Profifußballer vertragskonform zu beschäftigen
 - Teilnahme am vollen Trainingsbetrieb der Kampfmannschaft
 - An Lehrgängen
 - Spielerbesprechungen
 - Sonstige Veranstaltung
 - Sportmedizinische Maßnahmen
 - Öffentlichkeitsarbeit
- Vorinstanzen weisen ab
- **OGH** erlässt EV hinsichtlich Trainingsbetrieb und Lehrgängen
 - § 381 Z 2 EO, Erhalt des „Marktwerts“

- Kündigung und Dienstfreistellung, Entzug der Lehrgangsführung, Hausverbot, Aufforderung, Schlüssel und Mitarbeiterkarte zurückzugeben
- **KI** beantragt Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses
- **EV** auf Fortsetzung der Lehr- und Forschungstätigkeit
 - Ausübung der ihr vom Senat übertragenen Funktion
 - Freie Ausübung der *venia docendi*
 - Nutzung sämtlicher Einrichtungen und Ressourcen der Beklagten (Datenbanken, Bibliothek)
- **Vorinstanzen:**
 - Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht
 - Aus Lehrbefugnis abgeleitete Ansprüche seien vom konkreten Arbeitsverhältnis unabhängig, gebe aber Recht auf Benützung der Ressourcen
 - Aus Nichtausübung drohe kein Qualitätsverlust

- **OGH:**

- Zurückweisung
- (§ 381 EO nicht erwähnt)
- Zutreffende Differenzierung zwischen Rechten aus *venia docendi* und Rechten aus dem Dienstvertrag
- Sittenwidrigkeit der Kündigung nicht bescheinigt
- Kündigung wird erst durch Urteil rückwirkend aufgehoben
- Daher kein Beschäftigungsanspruch während Arbeitsverhältnisses
- Keine konkreten Forschungsvorhaben oder Lehrveranstaltung genannt

- Univ.-Prof, beantragt EV zur Sicherung des Anspruchs auf Lehr- und Forschungstätigkeit während des Verfahrens über die Rechtswirksamkeit der Kündigung
 - Zulassung der Lehr- und Forschungstätigkeit wie bisher
 - Belassung der Leitung des Instituts,
 - Keine Entziehung der betrieblichen, infrastrukturellen und personellen Mittel
 - Zugang zum Labor
 - Internationales Netzwerk
- OGH 9 ObA 51/16i: **Abweisung des Antrags**
 - Keine Sicherung des Hauptanspruchs (Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses),
 - § 381 Z 2 EO: bei Vorwegnahme des angestrebten Prozess Erfolgs strenge Auslegung
 - Auch bei Bescheinigung der Unwirksamkeit der Kündigung ist EV nur bei Bejahung eines Anspruchs auf Beschäftigung möglich
 - Gefährdung durch Nichtbeschäftigung bei geistigen Fähigkeiten nicht offenkundig
 - Schäden nur aus Nichtbeschäftigung während Verfahrens, nicht aus unberechtigter Kündigung
 - Nachteile Dritter (hier: Studenten) rechtfertigen keine EV
- **Kritik** (*Löschnigg*): nicht private Grundrechtsausübung, sondern auch Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Orchestermusiker 9 ObA 112/19i DRdA 2020/50 (Kozak)

- Orchestermusiker fristlos entlassen und suspendiert. Kl begehrt, Bkl zur Aufhebung der Dienstfreistellung zu verpflichten, hilfsweise Teilnahme an Orchesterproben zu ermöglichen, beantragt inhaltsgleiche EV
- ErstG weist zur Gänze ab
- RekG bewilligt Eventualbegehren
- OGH weist Revisionsrekurs des Kl (!) zurück
 - Kein unwiederbringlicher Schaden iSd § 381 Z 2 EO
 - Zur Verhinderung von „Qualitätsverlust“ genüge Teilnahme an Orchesterproben

- Leiter der klinischen Abteilung für *** am LKH Universitätsklinikum ***
- Gänzlich dienstfreigestellt
- Begehrt, ihn unverzüglich als Univ.-Prof. und Leiter der Abteilung zu beschäftigen und mit Patientenbetreuung und Forschung an Patienten zu beschäftigen, Dienstfreistellungen aufzuheben
- Inhaltsgleiche EV beantragt: Verlust der chirurgisch-handwerklichen Fähigkeiten, Ehre, Grundrecht auf Forschung und Lehre
- ErstG weist ab
 - Habe andere Ärzte nicht operieren lassen (wegen Privathonoraren)
 - Sonderklassepatienten operiert statt an Notfalloperation teilzunehmen
 - Privatpatienten zu Lasten dringender Herzoperationen vorgezogen
 - Psychisch belastet durch Medienberichte
 - Interessenabwägung schlage zugunsten der Bekl aus
- Zwischenzeitige Entlassung, daher Rekurs zurückgewiesen

- Judikaturdivergenz:
- Macht der AN im bestehenden Arbeitsverhältnis im Wege eines Antrags auf Erlassung einer EV seinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung geltend, muss er kein besonderes Beschäftigungsinteresse darlegen, wenn der Anspruch unzweifelhaft besteht.
 - LAG Hamm ArbRAktuell 2021, 199 (Behinderter, Mitarbeiter in Bürstanlage)
- Gegenauffassung: Glaubhaftmachung eines gesteigerten Beschäftigungsinteresses, etwa weil tatsächliche Beschäftigung unabdingbar ist, um Qualifikationen nicht zu verlieren oder ein Betriebsratsamt wahrzunehmen.
 - LAG Baden-Württemberg, ArbRAktuell 2017, 233 (Rölz); LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2011, 521
- Keine Anrufung des BAG (§ 92 Abs 1 Z 3 ArbGG)

- § 381 Z 2 EO
- Verhältnis des Erfordernisses des „unwiederbringlichen Schadens“ zu allgemeinen Erfordernissen für Recht auf Beschäftigung nicht klar
- Auch bei gesetzlichem oder arbeitsvertraglichem Recht auf Beschäftigung ist Bescheinigung eines aufrechten Arbeitsverhältnisses erforderlich
- Entschiedene Fälle unterscheiden sich auch stark durch konkrete Schutzwürdigkeit im Einzelfall
- Augenmerk ist auf Umfang des Sicherungsantrags zu legen
- Nach Rsp keine Anleitungspflicht im Provisorialverfahren, daher besondere Anforderungen an Verfassung des Antrags

B. Urlaubsfestsetzung

- In D einer der häufigsten Anwendungsfälle
- Für Ö vgl Freistellung eines BR-Mitglieds gem § 118 Abs 1 ArbVG zur Teilnahme an Schulungsveranstaltung
 - KG Steyr ARD 4149/26/90
- Insoweit „rechtfertigungslose“ EV; summarische Endentscheidung im Provisorialverfahren (krit dazu *Konecny*)

C. Abwehr unzulässiger Weisungen?

- Allgemein zum Weisungsrecht *Wachter*, Grenzen des Weisungsrechts in Bezug auf Art und Ort der Tätigkeit, DRdA 2001, 495
- Kaufhaus Franz Josefs-Bahnhof, Arb 11.902 = ZAS 2001/8 (zust *Korn*)
- Buchbinderei Salzburg, Betriebsverlegung, OGH RdA 2001/17 (*Pfeil*)
- BAG NZA 2017, 1452: unbillige Weisungen müssen nicht befolgt werden (Versetzung von Kundenbetreuung Dortmund nach Berlin für „Archivprojekt“)

- **8 ObA 95/10v**: dienstfreigestellter (zuletzt in Wien tätig) definitivgestellter Bankangestellter wird zum Dienstantritt als Kommerzkundenbetreuer in Vorarlberg aufgefordert
- Klage auf Feststellung, dass er nicht verpflichtet sei, diese Tätigkeit zu verrichten
- Antrag auf EV gegen Erteilung einer Weisung und gegen Setzen disziplinarer Maßnahmen wegen Nichtantritts der verlangten Dienstleistung
- OGH: bestätigt Abweisung, sei keine Sicherung des Klagebegehrens
- **9 ObA 23/19a**: EV auf Verbot, die Klägerin aufzufordern, die Tätigkeit laut Weisung zu verrichten
 - Vorinstanzen weisen übereinstimmend a limine ab,
 - Revisionsrekurs (daher) unzulässig

D. Durchsetzung der Arbeitspflicht

- § 1162a ABGB: Dienstgeber kann bei unberechtigtem Austritt ua **Wiedereintritt** zur Dienstleistung verlangen
 - Wird teilw als materiell derogiert angesehen
 - Dagegen *Spielbüchler/Grillberger*, ArbR I⁴ (1998) 161: „wenig feste Anhaltspunkte“; abl auch Schrammel in Klang³ § 1162a Rz 21
 - *Adler/Höller* in Klang² V 345:
 - Anspruch auf Wiedereintritt, vollstreckbar mit Geld- und Haftstrafen (§ 354 EO)
 - Aber nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist
- Deutschland: § 888 Abs 3 dZPO: **Exekution** zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen kommen „im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung“
- § 354 öEO kennt keine vergleichbare Einschränkung
- Problem: EV zulässig, auch wenn nicht vollstreckbar?
 - OGH verweist in anderem Zusammenhang auf freiwillige Befolgung

- LAG Frankfurt III LAB 63/56: EV ohne Beugemittel
- *Diekhof*, Einstweilige Verfügung bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers?
Arbeit und Recht 1956, 353
 - Unterlassungsanspruch könne sich nur durchsetzen, wenn sich Interesse des AG nicht in der bloßen Wiederaufnahme der Arbeit erschöpfe, sondern darüber hinaus selbständiges schutzwürdiges Interesse an der Nichtleistung beim neuen AG vorliege
- *Diekhof*, Rechtsbehelfe gegen vertragsbrüchige Arbeitnehmer , in Mensch und Arbeit 14 (12962), 207

- OGH 1 Ob 114/46 = JBI 1947, 156; 1 Ob 571/50; JBI 1951, 353 (obiter): Nicht zulässig sei, Schauspieler zu Auftritt zu verpflichten, weil damit eine nicht mehr rückführbare Sachlage geschaffen werde
- FL OG 4 CG 2017.297 ON 35:
 - Abweisung eines Antrags auf (vom ErstG bewilligter) EV aus Verpflichtung eines Organs einer Treuhandgesellschaft, der in 600 Rechtsträgern Verwaltungsrats-Funktionen bekleidet, zur teilweisen Anwesenheit in den Büroräumlichkeiten
 - Interessenabwägung schlage zum Nachteil der ASt aus
 - Notwendigkeit der Anwesenheit nicht ausreichend bestimmt

E. Konkurrenzverbot iwS

- Konkurrenzklausel für ein Jahr für „Verpackungs- und Werbebranche des Grünen Marktes“ **9 ObA 24/96**
 - Antrag auf EV zu verbieten, im Zusammenhang mit der Akquisition von Aufträgen für Firmen tätig zu werden, die mit Saatgut oder Pflanzen handeln
 - Vorinstanzen erlassen EV (inländische Gerichtsbarkeit als Nachwirkung des Dienstverhältnisses)
 - Keine unbillige Erschwerung (Sprachkenntnisse D, PL, Englisch, Russisch, Tschechisch)
 - OGH: EV trotz fehlender Vollstreckbarkeit nicht sinnlos, Einzelfall
- Konkurrenzklausel für ein Jahr: **8 ObA 401/97x**
 - Ehemaliger AG beantragt EV gegen AN auf Unterlassung jeglicher Dienstleistung für ein Konkurrenzunternehmen
 - AG hatte aus familiären Gründen gekündigt und sich dann aufgrund einer Annonce bei Konkurrenzunternehmen beworben
 - Vorinstanzen weisen ab
 - OGH weist zurück, weil das Jahr inzwischen abgelaufen war
 - Beschränkung durch Konkurrenzklausel sei übermäßig
- Verbot des Abwerbens von Vertragspartnern **8 ObA 114/00y** (EV erlassen)

F. Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen

- 9 ObA 93/15i: EV gegen Weitergabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen
- 9 ObA 7/20z: Abweisung mangels inhaltlicher Bestimmtheit
 - Keine Anleitungspflicht im Provisorialverfahren

V. Kollektives Arbeitsrecht

- **Freistellung** eines BR-Mitglieds gem § 118 Abs 1 ArbVG zur Teilnahme an Schulungsveranstaltung
 - KG Steyr ARD 4149/26/90
- EV gegen Widerruf der Freistellung als Mitglied des Personalausschusses: 8 ObA 50/16k
 - Erstgericht: Unterlassungs-EV gehe ins Leere, weil Erklärung bereits erfolgt
 - OGH: kein unwiederbringlicher Schaden, (entlassener) Kl ohnehin dienstfrei gestellt, kann sich ganzzeitig Personalvertretungsaufgaben widmen
- Verbot von einseitigen **Alkoholkontrollen** 9 ObA 23/15w (§ 381 Z 2 EO, nicht zitiert, unwiederbringlicher Schaden liegt schon in möglicher Durchführung weiterer Kontrollmaßnahmen und des dadurch eintretenden nachteiligen Zustands (Vereitelung des Mitbestimmungsrechts)
- Verbot von Zeiterfassung mittels **Fingerscanner** 9 ObA 109/06d: Sicherung der Mitwirkungsrechte der Belegschaft

- Verbot der **Betriebsratswahl**
 - LGZ Graz 33 Cga 13/20t (dazu *Schima/Pinczolits*, DRdA 2020, 317)
- Organisation der Betriebsratswahl?
 - Dt Recht: Anmietung von geeigneten Räumen (*Bafteh/Vitt*, BB 2021, 183)
- **Informationsrecht** nach §§ 108, 109 ArbVG?
 - Vgl aber 4 Ob 234/07a: keine EV auf Offenlegung des Jahresabschlusses

- Arbeits- und Sozialgerichte können **EV** erlassen
 - Sowohl während als auch außerhalb eines anhängigen Verfahrens (§ 387 Abs 3 EO analog anzuwenden)
 - Achtung: Daneben Regeln über **einstweilige Vollstreckbarkeit** (§ 61 ASGG)
- Außerhalb der Verhandlung: Zuständigkeit des **Vorsitzenden** (§ 11a Abs 1 Z 3 ASGG)
- Besetzung im Rekursverfahren: **3 Berufsrichter** (§ 11a Abs 2 Z 1 und Abs 3 Z 1 ASGG)
- Besetzung des OGH: 3 Berufsrichter (6 ObA 1/06z)
- Unrichtige Besetzung **kein Nichtigkeitsgrund** (§ 11a Abs 4 ASGG)

VII. Schluss

- Grundsätzlich EVs auch in Österreich möglich,
- dt E wegen abweichender Rechtslage nicht uneingeschränkt auf Ö zu übertragen
- Hauptanwendungsfall ist Recht auf Beschäftigung
- Aber auch im kollektiven Arbeitsrecht
- Statistische Erfolgsquote in den besprochenen Instanzentscheidungen 50%
- Daher kein „Selbstläufer“
- besondere Anforderungen an Verfassung entsprechender Anträge

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!



VIENNA UNIVERSITY OF
ECONOMICS AND BUSINESS

Department für Privatrecht

Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht
Welthandelsplatz 1/D3/1.OG, 1020 Vienna,
Austria

Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M.

T +43-1-313 36-4276 DW

F +43-1-313 36-714 DW

georg.kodek@wu.ac.at

www.wu.ac.at/privatrecht