

# **Einstweilige Verfügungen im Arbeitsrecht<sup>1)</sup>**

## **Übersicht**

- I. Einleitung
- II. Exkurs: Blick nach Deutschland
- III. Verfassungsrechtliche Bedeutung
- IV. Das System der einstweiligen Verfügungen im Überblick
  - A. Einleitung
  - B. Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen (§ 379 EO)
  - C. Verfügungen zur Sicherung von anderen Individualansprüchen (§ 381 Z 1 EO)
  - D. Besondere Verfügungen zur Sicherung der sonstigen Rechtssphäre (§ 381 Z 2 EO)
- V. Zum Inhalt der Anordnung
  - A. Gebote und Verbote
  - B. Voreingreifende Verfügungen und „unwiederbringlicher“ Zustand
    - 1. Allgemeines
    - 2. Keine Vorwegnahme des Ergebnisses des Hauptverfahrens
    - 3. Rückführbarkeit als immanente Schranke einstweiligen Rechtsschutzes
    - 4. Interessenabwägung in der Rechtsprechung
    - 5. Einstweilige Verfügung trotz Nichtrückführbarkeit
- VI. Individualarbeitsrecht
  - A. Recht auf Beschäftigung
    - 1. Allgemeines
    - 2. Primararzt (9 ObA 2263/96a)
    - 3. Linienspieler (9 ObA 2247/96y)
    - 4. Neurochirurg (8 ObA 202/02t)
    - 5. Balletttänzer (9 ObA 100/06f)
    - 6. Profifußballer (9 ObA 121/06v)
    - 7. Universitätsdozentin an Privatuniversität (9 ObA 44/11b)
    - 8. Universitätsprofessor (9 ObA 51/16i)
    - 9. Orchestermusiker (9 ObA 112/19i)
    - 10. Universitätsprofessor (OLG Graz 6 Ra 43/19v)
    - 11. Eigene Stellungnahme
      - a) Recht auf Beschäftigung
      - b) Umfang des Sicherungsantrags
      - c) Gefährdung
  - B. Urlaubsfestsetzung

---

<sup>1)</sup> Schriftliche Fassung eines im Rahmen des Wiener Arbeitsrechtsforum am 27. 5. 2021 gehaltenen Vortrags. Für die Unterstützung bei der umfangreichen Recherche bin ich meiner Mitarbeiterin Frau Univ.-Ass. Mag. *Lena Werderitsch* zu Dank verpflichtet.

- C. Abwehr unzulässiger Weisungen?
  - 1. Einführung und Meinungsstand
  - 2. Eigene Stellungnahme
- D. Durchsetzung der Arbeitspflicht
  - 1. Meinungsstand
  - 2. Eigene Stellungnahme
- E. Konkurrenzverbot iWdS
  - 1. Konkurrenzklausel iS
  - 2. Abwerben von Vertragspartnern
- F. Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen
- VII. Kollektives Arbeitsrecht
  - A. Freistellung von Betriebsratsmitgliedern
  - B. Verbot einseitiger Kontrollmaßnahmen
  - C. Informationsrecht nach §§ 108, 109 ArbVG?
  - D. Verbot der Betriebsratswahl
- VIII. Schluss

## I. Einleitung

Wie alle modernen Verfahrensordnungen sieht auch das österreichische Recht einstweiligen Rechtsschutz vor. Darunter ist, wenngleich der Begriff des einstweiligen Rechtsschutzes als solcher dem österreichischen innerstaatlichen Recht fremd ist, aus funktionaler Sicht die Gesamtheit all jener Bestimmungen zu verstehen, die einerseits bloß die spätere Geltendmachung von Rechten in einem (Haupt-)Verfahren erleichtern oder *absichern* sollen,<sup>2)</sup> andererseits aber auch die *vorübergehende Regelung* der Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien ermöglichen, bis eine endgültige Entscheidung erwirkt werden kann.

Seit der Eingliederung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit mit Erlassung des ASGG kann keinem Zweifel unterliegen, dass auch Arbeits- und Sozialgerichte einstweilige Verfügungen erlassen können.<sup>3)</sup> Diese Zuständigkeit besteht sowohl während als auch außerhalb eines anhängigen Verfahrens; nach hA ist hier § 387 Abs 3 EO analog anzuwenden.<sup>4)</sup> Die einstweiligen Verfügungen treten damit neben die vorläufige Vollstreckbarkeit erstinstanzlicher Urteile nach § 61 ASGG, die bereits vor einigen Jahren Gegenstand des Wiener Arbeitsrechtsforums war.<sup>5)</sup> Aus systematischer Sicht ist hier

<sup>2)</sup> In diese Richtung weist EuGH C-261/90, *Reichert/Dresdner Bank II*, ECLI:EU:C:1992:149.

<sup>3)</sup> Für außerhalb der Verhandlung erlassene einstweilige Verfügungen ist der Vorsitzende zuständig (§ 11a Abs 1 Z 3 ASGG). Im Rekursverfahren entscheidet ein Senat aus drei Berufsrichtern (§ 11a Abs 2 Z 1 und Abs 3 ASGG): OGH 29. 6. 2006, 6 ObA 1/06z. Die unrichtige Besetzung stellt jedoch keinen Nichtigkeitsgrund dar (§ 11a Abs 4 ASGG).

<sup>4)</sup> Kodek in *Deixler-Hübner*, EO § 387 Rz 52 mwN.

<sup>5)</sup> Dazu ausführlich Kodek, Einordnung und Auswirkungen der vorläufigen Entscheidungswirkungen gem § 61 ASGG, in *Kozak*, Die Tücken des Bestandschutzes (2017) 29 ff und Kodek, Entgeltfortzahlung bei Kündigungsstreitigkeiten im Spannungsfeld von vorläufiger Urteilstwirkung (§ 61 ASGG) und Rückwirkung des Endurteils (§ 62 Abs 3 ASGG), in *GS Rehbahn* (2019) 265 ff.

im Übrigen darauf zu verweisen, dass in der Regierungsvorlage zum ASGG statt der vorläufigen Vollstreckbarkeit noch einstweilige Verfügungen vorgesehen waren.<sup>6)</sup>

Die praktische Herausforderung besteht für den Parteienvertreter einerseits in der fehlenden Routine und andererseits in der regelmäßig bestehenden besonderen Dringlichkeit, die für einschlägige Grundsatzüberlegungen meist wenig Raum lässt. Hier will der vorliegende Beitrag eine Hilfestellung bieten. Dabei soll der Schwerpunkt auf den („materiellen“) Voraussetzungen für die Erlassung einstweiliger Verfügungen liegen, zumal rein verfahrensrechtliche Fragen hier idR weniger Probleme aufwerfen.<sup>7)</sup> Nach einem kurzen „Seitenblick“ nach Deutschland (unten II.) soll zunächst die verfassungsrechtliche Bedeutung (unten III.) und das System des einstweiligen Rechtsschutzes (unten IV.), sowie allgemein der mögliche Inhalt einstweiliger Verfügungen (unten V.) behandelt werden. In der Folge werden die wichtigsten Anwendungsfälle im Individualarbeitsrecht (unten VI.) und im kollektiven Arbeitsrecht (unten VII.) besprochen. Im Individualarbeitsrecht stehen einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Rechts auf Beschäftigung im Vordergrund. In der Folge werden einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Urlaubsanspruchs und zur Abwehr unzulässiger Weisungen erörtert. Anschließend geht es um Sicherungsanträge des Arbeitgebers. Die Palette der hier in Betracht kommenden Maßnahmen reicht von einstweiligen Verfügungen zur Durchsetzung der Arbeitspflicht über Unterlassungsverfügungen zur Durchsetzung eines Konkurrenzverbots bis hin zur Verhinderung der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen.

## II. Exkurs: Blick nach Deutschland

In Deutschland kommt dem einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht wesentlich größere praktische Bedeutung als in Österreich zu. Jährlich gibt es über 4.000 derartige einstweilige Verfügungen. Dies schlägt sich naturgemäß auch in der Literatur nieder. Ein einschlägiges Handbuch liegt bereits in vierter Auflage vor.<sup>8)</sup>

Diese Unterschiede sind allerdings auch auf die abweichende Rechtslage zurückzuführen; die deutsche Judikatur lässt sich daher nur sehr eingeschränkt auch für Österreich fruchtbar machen. So sind in Deutschland auch vorgreifende Leistungsverfügungen zulässig. Vorgreifende Befriedigungsverfügungen stellen dort im Arbeitsrecht sogar den Hauptanwendungsfall vorläufigen Rechtsschutzes dar.<sup>9)</sup> In der Praxis begegnet man dort einstweiligen Verfügungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Urlaub, mit der Herausgabe von Arbeitspapieren, mit dem Weiterbeschäftigungsanspruch und mit der Konkurrenzenklage. Hervorzuheben ist auch ein allgemeiner betriebsverfassungsrechtlicher Unterlassungsanspruch des Betriebsrats. Auch einer breiteren Öffentlichkeit sind

<sup>6)</sup> § 86 RV; dazu *Kodek* in *Kozak* 29 (30); *Kodek* in *GS Rebhahn* 265 (269).

<sup>7)</sup> Zum Verfahren ausführlich *Kodek* in *Deixler-Hübner*, EO §§ 387 ff.

<sup>8)</sup> *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren<sup>4</sup> (2019).

<sup>9)</sup> Vgl. *Walker*, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitsgerichtsprozess, *ZfA* 2005, 45 (73).

schließlich einstweilige Verfügungen im Zusammenhang mit dem Arbeitskampf bekannt. Hier ist hervorzuheben, dass ausnahmsweise die Entscheidung im Provisorialverfahren eine Art „Bindung“ für das Hauptverfahren insofern entfalten kann, als die Zurückweisung eines Antrags auf Verbot eines Streiks die Rechtmäßigkeit des Streiks bewirken kann.<sup>10)</sup>

### III. Verfassungsrechtliche Bedeutung

Nach Art 6 EMRK<sup>11)</sup> hat jedermann einen Anspruch darauf, dass seine Sache in angemessener Weise gehört werde. Diese Formulierung (vgl auch *fair hearing* im englischen Text) scheint sich zunächst eher auf das Titelverfahren zu beziehen.<sup>12)</sup> Dennoch lässt sich nicht leugnen, dass für den effektiven Rechtsschutz auch erforderlich ist, dass die erwirkte gerichtliche Entscheidung auch wirksam durchgesetzt werden kann. In zahlreichen Entscheidungen betont deshalb der EGMR, dass für Zwecke des Art 6 EMRK die Vollstreckung einer Gerichtsentcheidung als integraler Bestandteil des Verfahrens angesehen werden müsse.<sup>13)</sup> Auch nach der Rechtsprechung des VfGH ist aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abzuleiten, dass die Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes *Mindestmaß an faktischer Effizienz* für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen.<sup>14)</sup> Diese Auffassung wurde freilich in völlig anderem Zusammenhang, nämlich zur aufschiebenden Wirkung der Berufung im Abgabenverfahren, entwickelt. Der Grundgedanke des VfGH, dass „Rechtsschutz“ nicht zuletzt die – rechtzeitige – *Wahrung und Gewährleistung einer faktischen Position* verlangt, lässt sich aber auch auf den vorliegenden Fall übertragen: Das *Gebot des effektiven Rechtsschutzes* verlangt einstweilige Regelungen, wenn nicht rechtzeitig eine endgültige Entscheidung erwirkt werden kann.

Diesen Gedanken hat der EuGH im Arbeitsrecht bereits einmal fruchtbar gemacht.<sup>15)</sup> Dabei ging es um die Durchsetzung des Urlaubsanspruchs. Nach Ansicht des EuGH würde es Art 7 der Richtlinie (EG) 88/2003 vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung und dem in Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nicht entsprechen, wenn im Fall einer Streitigkeit

<sup>10)</sup> BAG 1 AZR 611/11. Zum Verhältnis von Haupt- und Provisorialverfahren im österreichischen Recht eingehend Kodek in *Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 4 ff.

<sup>11)</sup> Die EMRK steht in Österreich im Verfassungsrang.

<sup>12)</sup> In diese Richtung weisen etwa die Entscheidung des EGMR 23. 4. 1987, 9616/81, *Erkner und Hofhauer/Österreich* und 23. 4. 1987, 9816/82, *Poiss/Österreich*.

<sup>13)</sup> Vgl EGMR 26. 10. 1988, 11371/85, *Martins Moreira/Portugal*; EGMR 23. 3. 1994, 14940/89, *Silva Pontes/Portugal*; EGMR 26. 9. 1996, 15797/89, *Di Pede/Italien*; EGMR 23. 9. 1996, 24295/94, *Zappia/Italien*; EGMR 19. 3. 1997, 18357/91, *Hornsby/Griechenland*; EGMR 23. 9. 1997, 22410/93, *Robins/United Kingdom*. Dies wird wie folgt begründet: „It would be inconceivable that Article 6 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions“: EGMR 19. 3. 1997, 18357/91, *Hornsby/Griechenland*.

<sup>14)</sup> VfGH G119/86 VfSlg 11.196 (1986).

<sup>15)</sup> EuGH C-214/16, *King*, ECLI:EU:C:2017:914. Dazu auch unten V.B.

zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber über die Frage, ob der Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub gemäß der erstgenannten Vorschrift hat, der Arbeitnehmer seinen Urlaub zunächst nehmen muss, ehe er feststellen kann, ob er für diesen Urlaub Anspruch auf Bezahlung hat.

Als Teilaspekt des umfassenden Gebots eines fairen Verfahrens des Art 6 EMRK erfüllt die einstweilige Verfügung somit eine wichtige *Komplementärfunktion*. Sie beruht auf dem Gedanken, dass dem Antragsteller in bestimmten Fällen ein Zuwarten bis zur (rechtskräftigen) Erledigung des Hauptverfahrens nicht zugemutet werden kann.<sup>16)</sup> Dabei sind zwei Aspekte zu unterscheiden, die freilich nicht stets voneinander exakt zu trennen sind: Einerseits dient die einstweilige Verfügung der Absicherung der späteren Vollstreckung, daneben aber in zunehmendem Maße auch der (vorläufigen) Entscheidung in jenen Fällen, in denen eine Entscheidung im Hauptverfahren nicht rechtzeitig gefällt werden kann.

## IV. Das System der einstweiligen Verfügungen im Überblick

### A. Einleitung

Die einstweiligen Verfügungen sind in §§ 378ff EO geregelt.<sup>17)</sup> Dennoch handelt es sich nach einhelliger Ansicht nicht um ein Vollstreckungsverfahren, sondern um ein *Erkenntnisverfahren eigener Art*. Die amtliche volle Bezeichnung der EO lautet auch nicht – wie die Abkürzung nahelegen könnte – bloß „Exekutionsordnung“, sondern „Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren“. Damit werden die einstweiligen Verfügungen auch im Titel des Gesetzes eigens hervorgehoben.

Die gesetzliche Einteilung und Terminologie ist wenig aussagekräftig; immerhin lässt sich aus dem Gesetz die Unterscheidung in drei Gruppen einstweiliger Verfügungen ableiten, nämlich einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen (§ 379 EO), einstweilige Verfügungen zur Sicherung anderer Individualansprüche (§ 381 Z 1 EO) und einstweilige Verfügungen zur Sicherung der sonstigen Rechtssphäre (§ 381 Z 2 EO).

### B. Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen (§ 379 EO)

Diese sollen die künftige „Exekution wegen Geldforderungen“ durch die Erhaltung des Vermögens sichern, aus dem sich der betreibende Gläubiger später befriedigen möchte. Die Erlassung einer solchen Verfügung setzt voraus, dass es wahrscheinlich ist, dass der Gegner durch Beschädigen, Zerstören, Verheimlichen oder Verbringen von Vermögensstücken, durch Veräußerung oder an-

<sup>16)</sup> Ihre Bedeutung hängt mit der Dauer des Titelverfahrens zusammen. Je kürzer das Hauptverfahren dauert, desto geringer ist idR das Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz. Die im internationalen Vergleich kurze Verfahrensdauer im österreichischen Zivilprozess ist wohl die Ursache dafür, dass in Österreich noch keine Forderung nach einer umfassenden Reform des insbesondere für Geldforderungen eher restriktiv ausgestalteten einstweiligen Rechtsschutzes erhoben wurde.

<sup>17)</sup> Die Praxis spricht in diesem Zusammenhang vom „Provisorialverfahren“. Zum Verfahren ausführlich *Kodek* in *Deixler-Hübner*, EO §§ 387 ff.

dere Verfügungen über Gegenstände seines Vermögens die Hereinbringung der Geldforderung vereiteln oder erheblich erschweren würde. Diesen subjektiven Gefährdungstatbeständen wird die konkrete objektive Gefährdung, wenn die Entscheidung in Staaten vollstreckt werden müsste, in denen die Vollstreckung des Anspruchs weder durch völkerrechtliche Verträge noch durch Unionsrecht gesichert ist, gegenübergestellt (vgl § 379 Abs 2 EO).

Nur die zur Sicherung von Geldforderungen zulässigen *Maßnahmen* sind im Gesetz *abschließend* geregelt (§ 379 Abs 3 EO). Die praktische Bedeutung derartiger einstweiliger Verfügungen ist wegen der relativ strengen Voraussetzungen, der im allgemeinen relativ kurzen Dauer des Titelverfahrens und der Möglichkeit der Sicherstellungsexekution gering. Am ehesten könnten derartige einstweilige Verfügungen zur Vermeidung von Auslandsvollstreckung gegen ausländische Arbeitgeber in Betracht kommen.

### **C. Verfügungen zur Sicherung von anderen Individualansprüchen (§ 381 Z 1 EO)**

In der Praxis wesentlich wichtiger sind einstweilige Verfügungen zur Sicherung anderer Ansprüche. Darunter sind Ansprüche zu verstehen, die nicht auf Zahlung, sondern auf sonstige Leistung, Duldung oder Unterlassung gerichtet sind. Für solche Ansprüche steht keine Exekution zur Sicherstellung zur Verfügung, weshalb die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch dann möglich ist, wenn bereits ein (noch nicht vollstreckbarer) Exekutionstitel vorliegt. Im Gegensatz zur Gefährdung beim Geldanspruch verlangt das Gesetz in diesem Fall bloß eine konkrete *objektive Gefährdung*, die nicht vom Verhalten des Schuldners abhängt. Es muss demnach zu besorgen sein, dass ohne die Verfügung die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des fraglichen Anspruchs, insbesondere durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes, vereitelt oder erheblich erschwert werden würde (zB dadurch, dass der Gegner den Gegenstand, auf den der Antragsteller Anspruch erhebt, zum Verkauf anbietet um aus dem Erlös seine Gläubiger zu befriedigen). Auch hier gilt als Gefährdung, wenn die Entscheidung in Staaten vollstreckt werden müsste, in denen die Vollstreckung des Anspruchs weder durch völkerrechtliche Verträge noch durch Unionsrecht gesichert ist (§ 381 Z 1 EO).

### **D. Besondere Verfügungen zur Sicherung der sonstigen Rechtssphäre (§ 381 Z 2 EO)**

Die Funktion dieser letzten Gruppe einstweiliger Verfügungen geht weit über den Sicherungszweck der anderen einstweiligen Verfügungen hinaus: Nach dem Gesetz geht es um die „Verhütung drohender Gewalt“ und um die „Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens“, also um die *umfassende Sicherung einer streitigen Rechtssphäre*. Die Verfügungen nach § 381 Z 2 EO haben daher vor allem Regelungsfunktion, zum Teil Leistungs- oder Befriedigungsfunktion. Aufgrund der Regelungsverfügung soll durch rechtsgestaltende Maßnahmen oder Unterlassungsaufträge ein einstweiliger Friedenszustand herbeigeführt werden bis die Rechtslage im Hauptverfahren geklärt ist.

Mit Hilfe einer solchen einstweiligen Verfügung können eine Fülle von (Dauer-)Rechtsverhältnissen provisorisch geregelt bzw gesichert werden: Das Eigentum oder Dienstbarkeiten, sonstige absolute Rechte wie Namens-, Urheber-, Patent- oder Wettbewerbsrechte, Miet- oder Gesellschaftsverhältnisse oder Ehe- und Kindschaftsverhältnisse. Die Bindung der einstweiligen Verfügung an den Hauptanspruch ist in diesen Fällen deutlich gelockert; außerdem sind hier von der Rechtsprechung auch sogenannte „vorgreifende“ einstweilige Verfügungen anerkannt.

Ein unwiederbringlicher (besser: nicht wieder gutzumachender<sup>18)</sup>) Schaden liegt vor, wenn Naturalrestitution nicht möglich oder untunlich ist und Geldersatz wahrscheinlich nicht geleistet werden oder nicht adäquaten Ersatz bieten kann.<sup>19)</sup> Dabei sind auch Beweisschwierigkeiten zu berücksichtigen.<sup>20)</sup> Aus diesem Grund ist ein nur nach § 273 ZPO bestimmbarer Schadenersatz kein adäquater Ersatz.<sup>21)</sup>

Hingegen reicht es nicht aus, dass der drohende Schaden nur schwer gutzumachen ist; erforderlich ist, dass Naturalrestitution nicht oder doch nur unter größten Schwierigkeiten und mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich ist und der Nachteil auch in seinen Auswirkungen nicht oder nur zum geringen Teil beseitigt werden kann.<sup>22)</sup> Reine *Vermögensschäden* sind an sich immer ersetzbar; anderes gilt bei drohendem *Verlust der wirtschaftlichen Existenz*.<sup>23)</sup>

Bei *immateriellen Schäden*<sup>24)</sup> und Gesundheitsschäden<sup>25)</sup> ist keine adäquate Entschädigung in Geld möglich. In einer Entscheidung wurde auch einmal die *Verunsicherung der Dienstnehmer und Störung des Arbeitsklimas* einer Gesellschaft als drohender unwiederbringlicher Schaden eingestuft.<sup>26)</sup> Dabei ging es aber um die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Regelung der Vertretungsbefugnisse eines Gesellschafters in einem Fall, in dem die Vertretungs- und Weisungsbefugnisse unklar waren, was zu einer Verunsicherung der Dienstnehmer geführt hatte. Der drohende unwiederbringliche Schaden betraf sohin die Gesellschaft, nicht die Arbeitnehmer.

<sup>18)</sup> König/Weber, Einstweilige Verfügungen<sup>6</sup> (2022) Rz 3.81.

<sup>19)</sup> König/Weber, Einstweilige Verfügungen<sup>6</sup> Rz 3.81.

<sup>20)</sup> OGH 16. 7. 2008, 16 Ok 3/08 – Bayerisches Sägerundholz I.

<sup>21)</sup> König, ÖBl 1996, 289; OGH 16. 7. 2008, 16 Ok 3/08 – Bayerisches Sägerundholz I; OGH 30. 1. 2017, 6 Ob 7/17y.

<sup>22)</sup> OGH 6 Ob 201/61 EvBl 1961/388; RIS-Justiz RS0005291.

<sup>23)</sup> Konecny, Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (1992) 280; E. Kodek in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 381 Rz 14 ff.

<sup>24)</sup> Konecny, Anwendungsbereich 284 f; Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung (1999) § 381 Rz 7; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 381 Rz 14.

<sup>25)</sup> OGH 3 Ob 37/66 SZ 39/58; OGH 5 Ob 70,71/89 SZ 62/209 = MietSlg 41.611/11 = WoBl 1990/83; OGH 7 Ob 576/94, Lärm; OGH 4 Ob 520/94 WoBl 1994/35; OGH 1 Ob 16/95 RdU 1995/52 (Kerschner) = MietSlg 47.741; OGH 3 Ob 2039/96s MietSlg 48.719, Unfallgefahr; Heller/Berger/Stix, EO<sup>4</sup> 2724 f; Pfeffer, Einstweiliger Rechtsschutz 118; Zechner, EV § 381 Rz 7; E. Kodek in Angst/Oberhammer, EO<sup>3</sup> § 381 Rz 12; Konecny, Anwendungsbereich 283 f.

<sup>26)</sup> OGH 4 Ob 503/78 SZ 51/21 = HS 10.376 = GesRZ 1978, 124.



## V. Zum Inhalt der Anordnung

### A. Gebote und Verbote

Das Gesetz regelt nur die für die Sicherung von Geldforderungen zulässigen Maßnahmen abschließend; für die „anderen“ einstweiligen Verfügungen werden die Sicherungsmittel (in § 382 EO) nur demonstrativ aufgezählt; auch diese Aufzählung geht sowohl quantitativ als auch qualitativ weit über jene der Sicherungsmittel bei einstweiligen Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen hinaus.

Wenngleich in der Praxis *Verbote* häufiger sind, finden sich doch in der Rechtsprechung eine Reihe von Fällen, in denen *Gebote* erlassen wurden.<sup>27)</sup> Beispiele sind etwa Gebote zur Abwendung des Einsturzes eines Hauses bzw zur Erhaltung desselben,<sup>28)</sup> das Gebot zur Duldung der Einleitung eines Telefons<sup>29)</sup> oder ein Kontrahierungsgebot an ein marktbeherrschendes Telekommunikationsunternehmen.<sup>30)</sup> Das Gebot auf Durchführung von Erhaltungsarbeiten an den Vermieter zugunsten der in § 6 Abs 1 Z 1 MRG genannten Personen ist sogar im Grundbuch von Amts wegen ersichtlich zu machen (§ 42a Abs 2 MRG).

Die (vorgreifende) *Leistungsverfügung* soll eine Rechtssphäre dadurch sichern, dass ein Leistungsanspruch vorläufig befriedigt wird. Ob solche Verfügungen über den vom Gesetz geregelten Sonderfall der Bestimmungen eines einstweiligen Unterhalts (§ 382 Abs 1 Z 8 lit a EO) hinaus möglich sind, ist strittig.<sup>31)</sup> Die überwiegende Auffassung lehnt dies ab. Damit hat die einstweilige Verfügung im Arbeitsrecht eine in anderen Rechtsgebieten festzustellende Tendenz, sich zu einem summarischen Verfahren zur endgültigen Erledigung von Rechtsstreitigkeiten fortzuentwickeln,<sup>32)</sup> nicht mit vollzogen. Beispiele für diese Entwicklung sind etwa vorläufiger Unterhalt nach § 382a EO, Gewaltschutz nach §§ 382b ff EO und die einstweilige Verfügung gegen Stalking gem § 382g EO.

Aus rechtsvergleichender Sicht ist darauf zu verweisen, dass in Deutschland vorgreifende Leistungsverfügungen zulässig sind und dort im Arbeitsrecht sogar den Hauptanwendungsfall bilden.<sup>33)</sup> Auch nach Schweizer Recht sind einstweilige Verfügungen, die ein positives *Tun* anordnen, zulässig. Nach der Generalklausel<sup>34)</sup> des Art 262 SchwZPO kann eine vorsorgliche Maßnahme jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Das Gericht kann ein positives *Tun* auftragen, wenn nur eine solche Maßnahme wirksamen Rechtsschutz bringt.<sup>35)</sup> Als Beispiel wird die Richtigstellung einer persönlichkeitsverletzenden Tatsachendarstellung angeführt.<sup>36)</sup>

<sup>27)</sup> Vgl die Beispiele bei *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen<sup>6</sup> Rz 3.50.

<sup>28)</sup> OGH 5 Ob 70/89 SZ 62/209 = wobl 1990, 163 ff (*Call*).

<sup>29)</sup> OGH 1 Ob 571/50 SZ 23/284.

<sup>30)</sup> OGH 6 Ob 18/91 SZ 65/11 = ecolex 1998, 334 (zu §§ 34 ff KartG aF).

<sup>31)</sup> Vgl *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht<sup>3</sup> Rz 495 ff.

<sup>32)</sup> Vgl *Konecny*, Anwendungsbereich 3.

<sup>33)</sup> Vgl schon oben II.

<sup>34)</sup> *Kofmel Ehrenzeller* in *Oberhammer/Domej/Haas*, ZPO Art 262 Rz 2.

<sup>35)</sup> *Güntherich*, Schweizerische Zivilprozessordnung Art 262 Rz 8.

<sup>36)</sup> *Güntherich*, Schweizerische Zivilprozessordnung Art 262 Rz 8 im Anschluss an *Kofmel Ehrenzeller* in *Oberhammer/Domej/Haas*, ZPO Art 262 Rz 7. Das Beispiel ist im



## B. Vorgreifende Verfügungen und „unwiederbringlicher“ Zustand

### 1. Allgemeines

Weil die einstweilige Verfügung grundsätzlich nur sichernde Funktion hat, darf sie im Allgemeinen der Endentscheidung nicht vorgreifen. Es darf keine Sachlage geschaffen werden, die im Fall eines die einstweilige Verfügung nicht rechtfertigenden Ausgangs des Hauptprozesses nicht rückgängig gemacht werden könnte.<sup>37)</sup> Dies gilt jedoch nach der Rechtsprechung dann nicht, wenn die einstweilige Verfügung zur Verhütung drohender Gewalt oder zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens (§ 381 Z 2 EO) nötig erscheint.<sup>38)</sup> Diesfalls kann auch eine einstweilige Verfügung bewilligt werden, die sich mit dem im Hauptverfahren angestrebten Ziel deckt. Die Rechtsprechung ist hier teilweise großzügig und lässt einstweilige Verfügungen auch dann zu, wenn dadurch ein unwiederbringlicher Zustand geschaffen wird.<sup>39)</sup> Damit wird eine wichtige *Rechtsschutzlücke* in all jenen Fällen geschlossen, in denen mit einer rechtzeitigen Entscheidung im Prozess nicht zu rechnen wäre. Die Funktion der einstweiligen Verfügung verschiebt sich freilich durch diese Entwicklung von einer einstweiligen Sicherungs- oder Regelungsmaßnahme zu einer endgültigen Streiterledigung in einem summarischen Verfahren.<sup>40)</sup>

Vorgreifende, also spruchmäßig die Hauptsacheentscheidung vorwegnehmende einstweilige Verfügungen sind allerdings nach hA auch zur Sicherung „anderer Ansprüche“ (§ 381 Z 1 EO) zulässig und nicht nur unter den qualifizierten Gefährdungsvoraussetzungen des § 381 Z 2 EO, wenn die Vorwegnahme die geeignetste Maßnahme ist, um den jeweiligen Verfügungszweck zu erfüllen.<sup>41)</sup> Allerdings ist in diesem Fall an die Bescheinigung der konkreten Gefährdung ein besonders strenger Maßstab anzulegen.<sup>42)</sup>

Übrigen auch deshalb instruktiv, weil es sich um eine vorgreifende, also den Prozesserfolg vorwegnehmende und zudem nicht wirklich rückführbare einstweilige Verfügung handelt.

<sup>37)</sup> OGH 3 Ob 727/54 SZ 27/317 = JBl 1955, 252; OGH 4 Ob 356/70 EvBl 1971/141, 241; OGH 5 Ob 85/87 JBl 1988, 112; OGH 4 Ob 14/94 EvBl 1994/115, 555 = MR 1994, 78.

<sup>38)</sup> OGH 1 Ob 174/74 SZ 47/109; OGH 7 Ob 607/82 SZ 55/78; OGH 4 Ob 14/94 EvBl 1994/115, 555 = MR 1994, 78 uva.

<sup>39)</sup> Vgl zB OLG Wien 31 Ra 122/89, *KG Steyr*, INFAS 1990/1, 13 = ARD 4149/26/90 (einstweilige Anordnung der Freistellung eines Betriebsrats für Schulungsveranstaltung) und OGH 4 Ob 527/84 JBl 1985, 423 (vorgreifende einstweilige Verfügung wegen bevorstehenden Auslaufens des streitigen Jagdpachtvertrages).

<sup>40)</sup> Vgl dazu *Konecny*, Anwendungsbereich 2 f.

<sup>41)</sup> *Konecny*, Anwendungsbereich 47; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen<sup>6</sup> Rz 2.52.

<sup>42)</sup> *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen<sup>6</sup> Rz 2.52 mwN. Vgl zB OGH 18. 4. 2012, 3 Ob 59/12s (Weigerung eines Fachunternehmens, nach einem Einbruch eine Reparatur vorzunehmen, weil Kunde Rechnungen noch nicht bezahlt hat; einstweilige Verfügung in concreto abgelehnt).

## 2. Keine Vorwegnahme des Ergebnisses des Hauptverfahrens

Nach verbreiteter Auffassung darf mit der einstweiligen Verfügung das Ergebnis des Hauptprozesses nicht „vorweggenommen“ werden.<sup>43)</sup> Allerdings ist hier auf eine wichtige Einschränkung hinzuweisen: Dass die einstweilige Verfügung *temporär* dem mit dem Klagebegehren im Hauptprozess verfolgten Rechtsschutzziel entspricht, ist keineswegs ungewöhnlich. Gerade bei Unterlassungsverfügungen, die in der Praxis rein zahlenmäßig im Vordergrund stehen, ist es sogar der Regelfall, dass mit der einstweiligen Verfügung für eine beschränkte Zeit, etwa die Dauer eines Prozesses, ein Verbot verhängt wird, das inhaltlich jenem entspricht, das der Antragsteller mit seiner Klage endgültig begehrt. Nach neuerer Auffassung nimmt ein mit dem (gefährdeten) Unterlassungsanspruch deckungsgleiches Unterlassungsgebot durch eine einstweilige Verfügung den Prozesserfolg nicht vorweg, wenn die einstweilige Verfügung im Gegensatz zur Hauptsacheverpflichtung nur eine *zeitlich befristete Unterlassungsverpflichtung* auferlegt und deren Erfolg wieder rückführbar ist.<sup>44)</sup> Diesfalls müssen die Voraussetzungen des § 381 Z 2 EO nicht vorliegen; vielmehr kann eine derartige einstweilige Verfügung schon unter den Voraussetzungen des § 381 Z 1 EO erlassen werden. Diese Grundsätze lassen sich mE auf einstweilige Verfügungen, die die Vornahme von *positiven Handlungen* auftragen, jedenfalls dann übertragen, wenn es sich dabei nicht um die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, sondern um schlichte Verhaltenspflichten handelt.

## 3. Rückführbarkeit als immanente Schranke einstweiligen Rechtsschutzes

Nach verbreiteter Auffassung stellt die Rückführbarkeit der angeordneten Maßnahme bzw der durch diese ausgelösten Wirkungen eine „immanente Schranke“ des einstweiligen Rechtsschutzes dar.<sup>45)</sup> Meist wird formuliert, eine einstweilige Verfügung könne immer nur eine „vorläufige Regelung“ zum Gegenstand haben;<sup>46)</sup> sie dürfe daher keine „Sachlage“ schaffen, die nicht mehr rückgängig gemacht werden könne.<sup>47)</sup> Dies wäre mit dem Wesen einer einstweiligen Verfügung als bloße Sicherungsmaßnahme nicht vereinbar.<sup>48)</sup> Dadurch würde kein Provisorium, sondern ein endgültiger Zustand herbeigeführt, der im Fall

<sup>43)</sup> Dazu *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen<sup>6</sup> Rz 2.49; *Konecny*, Anwendungsbereich 41 ff mwN.

<sup>44)</sup> *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen<sup>6</sup> Rz 2.50 mwN.

<sup>45)</sup> OGH 1 Ob 136/08v JBl 2009, 182 (*König*) im Anschluss an *Zackl*, Einstweilige Verfügungen und (Un-)Zulässigkeit unwiederbringlicher Eilmaßnahmen, ÖJZ 2005, 12 (17).

<sup>46)</sup> OGH 1 Ob 136/08v JBl 2009, 182 (*König*); OGH 5 Ob 214/06s ecolex 2007/80 ua.

<sup>47)</sup> OGH 4. 10. 2010, 16 Ok 6/10; OGH 19. 11. 2009, 17 Ob 13/09z uva; weitere Nachweise bei *König*, Die Nichtrückführbarkeit einstweiliger Verfügungen, in FS Griss (2011) 389 (391 FN 8).

<sup>48)</sup> OGH 4 Ob 153/03h MR 2004, 70; weitere Nachweise bei *König*, FS Griss 389 (391 FN 9).