

# Einordnung und Auswirkungen der vorläufigen Entscheidungswirkungen gem § 61 ASGG

Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek

- I. Einführung
- II. Überblick über die geltende Regelung
- III. Historisches
- IV. Systematische Einordnung
- V. Dauer der vorläufigen Entscheidungswirkungen
- VI. Erfasste Urteile
- VII. Rückzahlungspflicht
- VIII. Fazit
- IX. Ausgewählte Literatur

# I. Einführung

- „quaestio famosa“ (*Gamerith*)
- § 61 hat **Ausnahmecharakter**
- **Zweck:** „keinen langen Schwebezustand“ (ErläutRV ASGG 7 BlgNR 16. GP 50, 62)
- **Hauptanwendungsfälle:**
  - Feststellungsurteil über aufrechten Bestand des Dienstverhältnisses
  - Gestaltungsurteil, das einer Kündigungsanfechtung stattgibt
  - Gestaltungsurteil, mit dem BR-Wahl für ungültig erklärt wurde
- **Problem:** Annahmeverzug des Arbeitgebers nach vorläufiger Entscheidung über aufrechtes Dienstverhältnis
- **Spannungsverhältnis** zwischen Vorläufigkeit der Entscheidung, Rückzahlungsanspruch (Abs 4) und Intention des Gesetzgebers

# II. Überblick über die geltende Regelung

- **Wirkungen von Entscheidungen**
- **§ 61.** (1) Die rechtzeitige Erhebung der Berufung gegen das erste Urteil des Gerichts erster Instanz hemmt nur den Eintritt der Rechtskraft, nicht jedoch den Eintritt der Verbindlichkeit der Feststellung, den der Rechtsgestaltungswirkung oder den der Vollstreckbarkeit in Rechtsstreitigkeiten.
  - 1. über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und daraus abgeleitete Ansprüche auf das rückständige laufende Arbeitsentgelt;
    - [...]
    - 5. nach § 50 Abs 2.
- (2) Das im Abs. 1 genannte Urteil wirkt, auch wenn es inzwischen aufgehoben oder durch ein anderes Urteil ersetzt worden ist, bis zur Beendigung des Verfahrens weiter, soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren oder nicht nach Abs. 4 anderes angeordnet ist. Urteile nach Abs. 1 Z 1 oder 2 wirken unbeschadet eines allfälligen Rückzahlungsanspruchs.
- [...]

- Vorläufige Entscheidungswirkungen: Rechtskraft wird durch Berufung aufgeschoben, aber **nicht**:
  - Verbindlichkeit der Feststellung
  - Verbindlichkeit der Rechtsgestaltungswirkung
  - Vollstreckbarkeit
- Fünf **Anwendungsfälle**:
  - Z 1: Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und daraus abgeleitete Ansprüche auf das rückständige laufende Arbeitsentgelt
  - 2. Ansprüche auf das bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückständige laufende Arbeitsentgelt
  - Herausgabe der Arbeitspapiere
  - Zurückstellung der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Gegenstände
  - § 50 Abs 2

- Nur **erstes** Urteil **erster** Instanz
  - Wirkt auch, wenn Urteil inzwischen aufgehoben oder durch anderes Urteil ersetzt wurde (§ 61 Abs 2, abweichende Vereinbarung möglich)
- Allfälliger **Rückzahlungsanspruch** (§ 61 Abs 2 S 2)
- **Vorläufige Hemmung** nach Abs 4 nur für Z 2 (Ansprüche bei Beendigung):
  - Zwingend, wenn soziale Lage des Arbeitnehmers dies zulässt (also keine Interessenabwägung),
  - Bescheinigung (Abs 5) ausreichend,
  - Antrag muss vor Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden (Abs 6)
- Gilt auch für **arbeitnehmerähnliche Personen** (Abs 7)

# III. Historische Entwicklung

- RV sah noch besondere EV vor
  - § 86 RV: „vorläufige Entscheidung“ über Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, „unbeschadet eines allfälligen Rückzahlungsanspruchs“)
- § 61 durch Justizausschuss geschaffen.
- Stammfassung:
  - Berufung hemmt nur „Rechtskraft“, nicht „Vollstreckbarkeit“
  - Gemeint waren eindeutig, dass Urteil auch die sonstigen Entscheidungswirkungen entfalten konnte
- Argumente:
  - Kein langer Schwebezustand
  - Bei betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten kam VwGH-Beschwerde gegen die Entscheidung des Einigungsamts auch keine aufschiebende Wirkung zu

- OGH: § 61 gilt nur für Vollstreckbarkeit (9 ObA 253/89 SZ 62/171)
- (nahezu) gesamte Literatur vertrag gegenteilige Auffassung
- Art IX Z 1 KarenzurlaubserweiterungsG (KUEG) BGBl 1990/408: authentische Interpretation
  - Klarstellung, dass vorläufige Vollstreckbarkeit alle Urteilswirkungen umfassen sollte
  - Damit Erweiterung auf E, die Rechtsverhältnis *für die Zukunft* gestalten
- VfGH 1991: Aufhebung des § 61 Z 2 als verfassungswidrig
  - „materielles Rechtsstaatsprinzip“, faktische Effizienz von Rechtsbehelfen



- Reparatur erst mit ASGG-Nov 1994 (BGBl 1994/624)
  - Möglichkeit, Hemmung der Vollstreckbarkeit zu beantragen (Abs 4 – 6), allerdings nur für Z 2 (!)
  - OGH hält Neuregelung für verfassungskonform (9 ObA 67/07d; RS0122904)
- Außerdem authentische Interpretation, dass § 61 auch auf arbeitnehmerähnliche Personen anzuwenden ist (Abs 7)
  - Korrektur der ggt Rsp (3 Ob 163/88; 3 Ob 63/92 ua)

# IV. Systematische Einordnung

- Österr Rechtsordnung sehr zurückhaltend bezüglich vorläufiger Entscheidungswirkungen
  - Beschlüsse (§ 524 ZPO), Zuerkennung aufschiebender Wirkung möglich
  - Einstweilige Verfügung (Zuerkennung aufschiebender Wirkung, verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch)
  - Sicherstellungsexekution (Schadenersatzanspruch)
  - § 44 AußStrG: „vorläufige Verbindlichkeit oder Vollstreckbarkeit“ (nachträglich jederzeit abänderbar)
  - Keine vorweggenommene Befriedigung (Ausnahme: Unterhalt?)

# V. Dauer der vorläufigen Urteilswirkungen

- § 62 Abs 3: „Urteile in Rechtsstreitigkeiten nach § 50 Abs. 2 – ausgenommen solche über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses – wirken nicht zurück.“
- Daher: Rückwirkung, wenn es im Prozess um Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geht
- Keine Rückwirkung etwa bei sonstigen betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten
  - In diesem Fall stellt (klagsstattgebendes?) Ersturteil die Rechtslage bis zur Rechtskraft der Endentscheidung verbindlich fest und gestaltet sie;
  - Für alle in diesem Zeitraum fallenden Sachverhalte ist Ersturteil maßgeblich, selbst wenn es nachträglich aufgehoben wurde

# VI. Erfasste Urteile

- Nur **erstes** Urteil **erster** Instanz
  - Wirkt auch, wenn Urteil inzwischen aufgehoben oder durch anderes Urteil ersetzt wurde (§ 61 Abs 2, abweichende Vereinbarung möglich)
- Am „Weiterwirken“ ändert daher auch entgegenstehendes Urteil eines Rechtsmittelgerichts oder des Erstgerichts nichts
- Versäumnungsurteil nach Widerspruch?

- Einschränkung auf **klagsstattgebende** Urteile?
  - So der OGH(9 ObA 166/94 ua)
    - Ziel der Bestimmung sei rasche Durchsetzung von Ansprüchen des Klägers und nicht von Kostenersatzansprüchen des Beklagten
    - Aufschiebung bezieht sich auf stattgebende Urteile (*Kuderna*)
    - Daher sei, wenn mit chronologisch erstem Urteil die Klage abgewiesen und dieses vom Berufungsgericht aufgehoben wurde, das in der Folge ergehende zweite, klagsstattgebende Urteil ein „erstes“ Urteil iSd § 61 Abs 1 (9 ObA 166/94)

- **Parteirollenverteilung** allerdings **unterschiedlich** geregelt, ohne dass dem erkennbares System zugrundeliegt,
  - Abstellen auf Klagsstattgebung bzw –abweisung ohne Berücksichtigung ist rein formaler Zugang
    - Beispiele: Ergeht über Entlassungsanfechtung stattgebendes Urteil, kann AN gem § 61 Abs 1 Z 5 sofort seinen rückständigen Anspruch auf Entgelt einklagen
    - Bei Abweisung einer Klage auf nachträgliche Zustimmung zur Entlassung eines BR-Mitglieds (§ 122 Abs 1 ArbVG) kein Schutz? (*Kuderna*)
      - Abweisung der Klage hat zur Folge, dass Entlassung unwirksam ist (§ 122 ArbVG, § 12 MSchG)
- **Keine klare Abgrenzung** zwischen Feststellungs- und Gestaltungsurteilen, abweisendes Gestaltungsurteil enthalte auch Feststellungskomponente (*Grießer*)

- Eine gegen nachträgliche gerichtliche Zustimmung (= Gestaltungsentscheidung, RS0051226) ausgesprochene **Entlassung eines BR-Mitglieds** ist schwebend unwirksam
- BR-Mitglied ist während des Schwebezustands weiter berechtigt, seinen Aufgaben nachzukommen
- Ist weiter zur Arbeitsleistung verpflichtet
- Daher kein Rückzahlungsanspruch, wenn letztlich gerichtliche Zustimmung zu Entlassung erteilt wird (9 ObA 148/97y)
  - Anders bei Suspendierung (krit *Schrammel*, FS Rechberger)
  - Eventualkündigung und –entlassung während des Rechtsmittelverfahrens (dazu *Lovrek*, FS Bauer/Maier/Petrage)

# VII. Rückzahlungspflicht

- **Rückwirkung** von Urteilen gem § 62
- **Rückforderungsanspruch?**
  - Abs 2 Satz 2 schafft keinen Rückzahlungsanspruch (arg „unbeschadet eines **allfälligen** Rückzahlungsanspruchs“)
  - Setzt aber jedenfalls Rückzahlungsanspruch als prinzipiell möglich voraus
  - Schließt Möglichkeit gutgläubigen Verbrauchs aus (9 ObA 42/91; RS0085764)
  - § 61 Abs 1 schaffe keinen endgültigen Entgeltanspruch (9 ObA 283/99d)
  - vgl auch § 338 ABGB (Beklagter ist unredlicher Besitzer)



- Wurde AN aufgrund des Ersturteils weiterbeschäftigt, so steht ihm ein angemessenes Entgelt für seine Tätigkeit zu (Anrechnung empfangener Leistungen)
- Wurde er zwar entlohnt, aber nicht weiterbeschäftigt, hat er die Entgeltleistungen zurückzuzahlen.
  - OGH, *Konecny*
- **Gegenmeinung:** Rückzahlungspflicht nur für Zeitraum bis Ergehen des ersten Urteils, ab dann vorläufige Gestaltungswirkung (*Grießer*)

- **Interessenlage** (*Rebhahn*):
- **AN** soll nicht dazu gedrängt werden, schon während des Prozesses ein neues Arbeitsverhältnis suchen zu müssen
- **AG:** Kündigungsschutzverfahren soll Personaldisposition nicht über das materielle Recht (§ 105 ArbVG) hinaus erschweren
- Bewältigung des Schwebbezustands hat auch rechtsstaatlichen Aspekt
- Effizienter Rechtsschutz gilt für beide Seiten
- Rückabwicklung eines (zumindest) faktisch bestanden habenden Arbeitsverhältnisses

## Gegen Rückzahlungspflicht

- Arbeitnehmer hat Entgeltanspruch schon für Arbeitsbereitschaft
- Keine Schadenersatzpflicht statuiert wie bei EV, Sicherstellungsexekution etc
- Ordentliches Erkenntnisverfahren mit höherer Richtigkeitsgewähr
- Schutzzweck, sonst Verschiebung auf Endentscheidung

## Für Rückzahlungspflicht

- idR ist derjenige, der sich Vorteile aus einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung zuwendet, auch mit Risiko belastet
- Obliegenheit des AG zur Weiterbeschäftigung nicht ausdrücklich statuiert
- § 86 RV (EV): hätte jedenfalls Rückzahlungspflicht bestanden
- Verfassungsrechtliche Bedenken (keine Aufschiebungsmöglichkeit)

- Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Z 1 und Z 2?
- „wohlwollende Prüfung“ ? (*Grießer*):
  - Nichtzahlung bei unbestrittenem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses
    - Kein Bedarf nach vorläufiger Vollstreckung (*Grießer*), für Analogie Konecny
  - Nichtzahlung bei bestrittenem Bestand des Arbeitsverhältnisses (Z 1)
    - Gemeint sind bis zur Verfahrensbeendigung *entstehende* Ansprüche, besonders sensibel, kein „Aushungern“
  - Nichtzahlung bei beendetem Arbeitsverhältnis (Z 2)
    - AN könne Leistungen aus Arbeitslosenversicherung oder anderem Arbeitsverhältnis beziehen
- Überzeugt nicht zur Gänze; ABER: in Z 1 (nahezu) regelmäßig existenzielles Interesse des AN, bei Annahme einer Arbeitsobliegenheit kein Raum für Aufschub bezüglich Entgeltanspruchs

# VIII. Fazit

- Unsicherheiten in der Anwendung des § 61 legen Neuregelung nahe
- Ursprünglicher Regelungszweck nicht erreicht
- Rechtspolitisches Ziel nur mit Beschäftigungspflicht zu erreichen,
- Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nach stattgebendem Urteil bis Verfahrensbeendigung
- Klares Bekenntnis des Gesetzes wäre wünschenswert
- Stärkere Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben

# IX. Ausgewählte Literatur

- *Gamerith*, Fünf Jahre ASGG – Rückblick und Ausblick, in Tomandl, Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung 127
- *Grießer*, Zur Wirkung klagsabweisender Urteile gem § 61 Abs 1 ASGG, DRdA 1997, 10
- *Grießer*, Vorläufige Entgeltzahlungspflicht nach Urteil über aufrechtes Arbeitsverhältnis, RdW 1999, 353
- *Konecny*, Gedanken zur Neuregelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in Arbeitsrechtssachen, ÖJZ 1991, 724
- *König/Praxmarer*, Vorläufige Vollstreckbarkeit, Rückforderung und Schadenersatz (2016)
- *Kuderna*, Die sofortige Vollstreckbarkeit nach § 61 ASGG, DRdA 1988, 89
- *Rebhahn*, Die Rechtslage während eines arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzprozesses, DRdA 1988, 16
- *Rechberger*, Die vorläufige Vollstreckbarkeit in Arbeitsrechtssachen, ecolex 1991, 189
- *Schrammel*, Die vorläufige Vollstreckbarkeit arbeitsrechtlicher Entscheidungen, FS Rechberger (2005) 539

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



VIENNA UNIVERSITY OF  
ECONOMICS AND BUSINESS

**Department für Unternehmensrecht,  
Arbeits- und Sozialrecht**

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

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

T +43-1-313 36-4276DW

F +43-1-313 36-714DW

[georg.kodek@wu.ac.at](mailto:georg.kodek@wu.ac.at)

[www.wu.ac.at/privatrecht](http://www.wu.ac.at/privatrecht)