

Walter Schrammel, Wien

# Vertragliche Abtretung von Gestaltungs- und Disziplinarrechten

## Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Ausübung von Gestaltungsrechten durch Stellvertreter
- III. Übertragung von Gestaltungsrechten an Dritte
  - A. Zulässigkeit der Übertragung
  - B. Disziplinarstrafen
    - 1. Begriff
    - 2. Inhaltliche Schranken
    - 3. Kündigungen und Entlassungen als Disziplinarstrafen
    - 4. Betriebsratspflichtige Betriebe

## I. Einleitung

Mit Abschluss eines Arbeitsvertrags verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Diensten, die im Vertrag in der Regel nur gattungsmäßig umschrieben sind. Innerhalb der Grenzen der vertraglichen Verpflichtung zur Leistungserbringung kann der Arbeitgeber durch *einseitige Direktion* (Weisung) bestimmen, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung nachzukommen hat. Dieses (individuelle) *Weisungsrecht* des Arbeitgebers bezieht sich nicht nur auf rein sachliche Weisungen (zB Art und Umfang der Leistungserbringung), sondern auch auf persönliche Weisungen. Demgemäß umfasst das Direktionsrecht auch die Möglichkeit zu bestimmen, wann, auf welche Art und Weise, mit welchen Produktionsmitteln und in welcher Form der Arbeitnehmer seine Leistung zu erbringen hat. Die Weisung ist nach ganz herrschender Auffassung ein dem Arbeitgeber aufgrund des Vertrags zustehendes Gestaltungsrecht.

Dieses Gestaltungsrecht steht dem Arbeitgeber – bei juristischen Personen den zur gesetzlichen Vertretung berufenen Personen – nicht persönlich zu. Es ist allgemein anerkannt, dass Weisungen auch von gewillkürten Stellvertretern erteilt werden können. Dies gilt auch für andere dem Arbeitsverhältnis inhärente Gestaltungsrechte. Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, das typischerweise auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird. Eine Beendigung kann von beiden Teilen durch Kündigung oder vorzeitige Auflösung herbeigeführt werden. Auch hier wird auf Arbeitgeberseite sehr häufig durch Stellvertreter gehandelt.

In der betrieblichen Praxis kommt es auch vor, dass arbeitsvertragsspezifische Gestaltungsrechte vom Gestaltungsberechtigten einem Dritten übertragen werden, der die Gestaltung nicht als Stellvertreter, sondern im eigenen Namen ausübt. So kann es etwa in Konzernen vorkommen, dass der Konzernmutter

das Recht zur Versetzung eines bei einem Tochterunternehmen beschäftigten Arbeitnehmers zusteht. Bedeutsamer sind aber „disziplinar“ Gestaltungen des Arbeitsverhältnisses, die einer vom Arbeitgeber verschiedenen Stelle (Disziplinarkommission) übertragen werden.

Auf damit im Zusammenhang stehende Probleme soll im Folgenden näher eingegangen werden.

## II. Ausübung von Gestaltungsrechten durch Stellvertreter

Stellvertretung ist rechtsgeschäftliches Handeln für einen anderen in dessen Namen. Sie führt zu direkter Berechtigung oder Verpflichtung des Vertretenen. Für das Stellvertretungsrecht gilt der Offenlegungsgrundsatz. Ob Handeln im fremden Namen vorliegt, hängt davon ab, wie der Geschäftspartner (der Arbeitnehmer) das Auftreten des Vertreters verstehen durfte. Wer einen Vertrag als Vertreter eines anderen abschließt, muss dies seinem Vertragspartner gegenüber somit eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, insbesondere dann, wenn der Wille des Handelnden zur Vertretung nicht bereits aus den Umständen klar erkennbar ist.<sup>1)</sup> In gleicher Weise muss auch derjenige, der im eigenen Namen abschließen will, dies klar zum Ausdruck bringen, wenn der Partner aus den Umständen schließen kann, dass für einen anderen abgeschlossen werden soll.<sup>2)</sup>

Für die Offenlegung genügt es, wenn sich das Geschäft eindeutig auf ein Unternehmen bezieht, für das der Handelnde einschreiten kann; einer ausdrücklichen Offenlegung bedarf es dann nicht. Ist erkennbar, dass der Handelnde im Namen eines bestimmten Unternehmens abschließt, dann berechtigt und verpflichtet er den jeweiligen Unternehmensträger,<sup>3)</sup> wenn dem Handelnden auch eine entsprechende Vertretungsmacht eingeräumt ist. Diese Vertretungsmacht ist nicht nur bei ausdrücklicher Einräumung durch den Geschäftsherrn, sondern auch dann anzunehmen, wenn der Vertretene ein Verhalten setzt, aus dem der Schluss gezogen werden kann, er habe dem Vertreter früher Vollmacht erteilt. Der Vertretene muss den Rechtsschein, den er selbst gesetzt hat, gegen sich wirken lassen (Anscheinsvollmacht). Für die Annahme einer Anscheinsvollmacht müssen Umstände vorhanden sein, die im Arbeitnehmer den begründeten Glauben erwecken, dass der Vertreter zum Abschluss des Geschäfts befugt sei. Das Vertrauen muss seine Grundlage im Verhalten des Vollmachtgebers haben, der diesen äußeren Tatbestand schuf und die Überzeugung des Arbeitnehmers vom Vorhandensein der Vertretungsmacht begründete.<sup>4)</sup> Wenn also der Personalchef eines Unternehmens in den Geschäftsräumlichkeiten des Unternehmens mit einem Bewerber Einstellungsgespräche führt und in der Folge einen Arbeitsvertrag abschließt, handelt es sich aus der Sicht des Arbeitnehmers wohl zweifelsfrei um ein unternehmensbezogenes Geschäft, das den jeweiligen Unternehmensträger verpflichtet.

<sup>1)</sup> OGH 1 Ob 72/01x ecolex 2001, 841 mwN.

<sup>2)</sup> OGH 4 Ob 137/84. Vgl auch *Hügel*, JBl 1983, 449.

<sup>3)</sup> OGH 1 Ob 713/84 SZ 57/198; 3 Ob 279/02d.

<sup>4)</sup> OGH 9 ObA 211/01x.

Vollmachtloses Handeln führt grundsätzlich zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Ein vollmachtlos geschlossenes Geschäft kann allerdings gem § 1016 ABGB entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Vertretenen oder durch Vorteilszuwendung genehmigt werden. Vorteilszuwendung liegt vor, wenn der Geschäftsherr die ihm aus dem vollmachtlos oder in Vollmachtsüberschreitung geschlossenen Geschäft – seine Rechtswirksamkeit unterstellt – zukommenden Rechte ganz oder teilweise in Anspruch nimmt.<sup>5)</sup> Damit die Vorteilszuwendung als Genehmigung wirkt, muss allerdings der Geschäftsherr davon wissen, dass in seinem Namen kontrahiert wurde und dass der Vorteil aus diesem Geschäft stammt, das er nunmehr will.<sup>6)</sup> Ist zB dem Arbeitnehmer die Beschränkung der Vollmacht eines Filialleiters auf den Abschluss freier Dienstverträge bekannt, kann er nicht davon ausgehen, dass der Filialleiter bevollmächtigt ist, ein zunächst ordnungsgemäß zustande gekommenes freies Dienstverhältnis später konkludent in ein echtes Dienstverhältnis umzuwandeln. Die weitere Entgegennahme der Dienste durch den unwirksam Vertretenen stellt nach Meinung der Judikatur keine Zuwendung des Vorteils iSd § 1016 ABGB dar, weil nicht automatisch auf die Kenntnis des unwirksam Vertretenen geschlossen werden kann, dass die Arbeitsleistungen nicht mehr aufgrund eines freien Dienstvertrags, sondern aufgrund eines echten Dienstvertrags erbracht werden.<sup>7)</sup>

Stellvertretung ist in Arbeitsverhältnissen allerdings nicht auf den Abschluss des Vertrags beschränkt. Im Arbeitsvertrag wird in der Regel nicht ausdrücklich bestimmt, wer im laufenden Arbeitsverhältnis zur Vertretung des Arbeitgebers – und damit zur Abgabe von Willenserklärungen im Namen des Arbeitgebers – berufen ist. Es besteht daher die Gefahr, dass der Arbeitnehmer im Vertrauen auf die „Zuständigkeit“ des Vertreters diesem gegenüber Erklärungen abgibt (etwa Kündigung des Dienstvertrags), Weisungen des Vertreters befolgt bzw ihm gegenüber die aus der Treupflicht entspringenden Nebenpflichten erfüllt, obwohl dies durch die Zuständigkeit des Vertreters nicht oder nicht mehr gedeckt ist.<sup>8)</sup>

Arbeitnehmer sind in aller Regel in eine betriebliche Hierarchie eingeordnet. Es ist wohl nicht zu bezweifeln, dass ein in der betrieblichen Hierarchie Vorgesetzter berechtigt ist, Art und Umfang der Leistungserbringung zu konkretisieren. Wird vom Vorgesetzten Überstundenarbeit angeordnet, hat der Arbeitnehmer diese Gestaltung seines Arbeitsvertrags zu befolgen; der Arbeitgeber wird verpflichtet, die für Überstundenarbeit gesetzlich und kollektivvertraglich vorgesehene Mehrarbeitsvergütung zu leisten. Fraglich ist allerdings, ob ein Dienstvorgesetzter auch berechtigt ist, andere Gestaltungen – zB Versetzungen oder Kündigungen – vorzunehmen, die sich nicht unmittelbar auf die konkrete Abwicklung der Dienste beziehen. Die Stellung als „betrieblicher Vorgesetzter“ ist dem Arbeitgeber zwar zuzurechnen, sie bedeutet aber aus der Sicht des Arbeitnehmers nicht zweifelsfrei, dass der Vorgesetzte auch zur Beendigung des Arbeitsverhält-

<sup>5)</sup> Strasser in Rummel<sup>3</sup> §§ 1016, 1017 Rz 14.

<sup>6)</sup> Strasser in Rummel<sup>3</sup> §§ 1016, 1017 Rz 14; Apathy in Schwimann<sup>3</sup> § 1016 Rz 6; P. Bydliński in KBB<sup>2</sup> § 1016 Rz 4. Vgl auch OGH 9 ObA 41/09h.

<sup>7)</sup> OGH 9 ObA 175/02d.

<sup>8)</sup> OGH 9 ObA 3/87.

nisses bevollmächtigt ist. Als „schlechtgläubig“ gilt derjenige, der bei gehöriger Aufmerksamkeit Bedenken über die Vertretungsmacht hätte haben müssen.<sup>9)</sup> Die Aufforderung des Vorgesetzten, der Arbeitnehmer möge seinen Arbeitsplatz sofort verlassen („Verschwinden Sie“), mag zwar einen Beendigungswillen zum Ausdruck bringen, sie führt aber nicht zur sofortigen Beendigung des Arbeitsvertrags, wenn dem Vorgesetzten keine Vertretungsmacht zur Beendigung des Arbeitsvertrags eingeräumt war.<sup>10)</sup>

Wird zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer ein „Entsendungsarbeitsvertrag“ abgeschlossen, der den Arbeitnehmer zur Leistung von Diensten bei einem Tochterunternehmen des Arbeitgebers im Ausland verpflichtet, und wird diese Entsendung durch einen eigenständigen Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und der Konzerntochter ergänzt, führt eine Beendigungserklärung durch den Geschäftsführer der Konzerntochter („Ihre Funktion ist nicht mehr haltbar, daher müsse der Vertrag gekündigt werden“) nicht zur Beendigung des Entsendungsvertrags, weil der Geschäftsführer der Konzerntochter dazu nicht bevollmächtigt war und eine Bevollmächtigung auch nicht aus den Umständen erschlossen werden konnte.<sup>11)</sup> Der OGH meinte in diesem Zusammenhang, dass der Offenlegungsgrundsatz auch dann gilt, wenn der Geschäftsführer als Bote der Konzernmutter tätig geworden wäre.<sup>12)</sup>

In der Praxis stellen sich Fragen der Vertretungsmacht bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses sehr oft bei Erklärungen, die von Organen einer juristischen Person abgegeben werden. Beschränkungen der Vertretungsmacht können sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Die Judikatur hat zB eine Anordnung des Aufsichtsratsvorsitzenden an den Vorstand der Gesellschaft als unwirksam angesehen, weil der Aufsichtsratsvorsitzende kraft Gesetzes nicht Vertreter des Aufsichtsrats im Willen, daher nicht dessen Vertreter und auch nicht der Vertreter der Gesellschaft ist. Um Vertretungsrechte des Aufsichtsrats rechtswirksam ausüben zu können, muss der Aufsichtsratsvorsitzende konkret bevollmächtigt sein.<sup>13)</sup> Beschränkungen der Vertretungsmacht können sich allerdings auch aus „internen“ Organisationsvorschriften ergeben. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wirken die in internen Organisationsvorschriften für juristische Personen des *öffentlichen* Rechts enthaltenen Handlungsbeschränkungen der zur Vertretung berufenen Personen auch im Außenverhältnis; fraglich ist allerdings,

<sup>9)</sup> OGH 8 Ob 201/97k.

<sup>10)</sup> Vgl dazu auch OGH 4 Ob 88/59 Arb 7098. Im Anlassfall wurde diese Erklärung nach Dienstschluss abgegeben; der OGH leitete daraus ab, dass der Arbeitnehmer diese Bemerkung daher nicht als Aufforderung verstehen konnte, er solle die Arbeitsstelle *während* der Dienstzeit verlassen.

<sup>11)</sup> Die Entsendungsvereinbarung konnte im Fall von Krieg, Bürgerkrieg, Krankheit, Nichterteilung von Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen, wirtschaftlichen Schwierigkeiten, Einstellung des Projekts oder der Aktivitäten des Unternehmens und Problemen des Dienstnehmers bei der Erfüllung seiner Aufgabe aufgelöst werden; der Auslandseinsatz galt damit als beendet. Der Dienstnehmer hatte die freie Wahl zwischen der Wiederverwendung im Unternehmen oder einer freiwilligen Abfertigung.

<sup>12)</sup> OGH 9 ObA 164/88 SZ 61/195.

<sup>13)</sup> OGH 9 ObA 28/07v.

ob dies in gleicher Weise auch für juristische Personen des *privaten* Rechts gilt. Die Judikatur des OGH ist uneinheitlich.

Der OGH hat in älteren Entscheidungen die Meinung vertreten, dass es bei privatrechtlichen Körperschaften ausschließlich darauf ankomme, dass die rechtsgeschäftliche Erklärung vom zuständigen Organ abgegeben wurde. Nicht entscheidend sei, ob die Erklärung auch auf einem satzungsmäßigen Beschluss im Innenverhältnis beruhe.<sup>14)</sup> Andererseits hat der OGH die Kündigung eines Arbeitnehmers durch die Verwaltungskommission einer Stiftung als unwirksam angesehen, weil die Willensbildung in der Verwaltungskommission nicht in einer den Statuten entsprechenden Weise zustande kam.<sup>15)</sup> Auch bei Vereinen hat der OGH auf die Organisationsvorschriften Bedacht genommen. Der OGH hat allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass einem Arbeitnehmer bei Vereinen im Innenverhältnis erfolgte Beschränkungen der Vertretungsmacht in der Regel nicht bekannt sind. Bloß interne, nicht aus der Satzung an entsprechender Stelle ersichtliche Vorbehalte würden daher bei kundgemachter Vollmacht nicht zur Unwirksamkeit des Vertretungsakts führen. Anders sei dies allerdings bei Beschränkungen, die aus der Satzung ersichtlich sind und von denen daher durch Einsichtnahme in die Satzung Kenntnis erlangt werden kann. Wenn in den statutenmäßigen Regelungen über die Vertretung des Vereins vorgesehen ist, dass der Verein „nach außen durch den Obmann vertreten“ wird, schriftliche Ausfertigungen aber in allen Angelegenheiten, die der Beschlussfassung der Gruppenhauptversammlung oder des Gruppenvorstandes bedürfen, sowohl vom Obmann als auch vom Gruppenschriftführer und in finanziellen Angelegenheiten auch vom Kassier unterzeichnet sein müssen, um rechtverbindlich zu sein, dann ist dies als Beschränkung der Vertretungsmacht zu werten.<sup>16)</sup> Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als sich aus dem ABGB kein unmittelbares Verbot der Beschränkung der organmäßigen Vertretungsmacht ableiten lässt.<sup>17)</sup> Es kann daher nicht von der grundsätzlichen Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Organkompetenz ausgegangen werden. Vielmehr sind Beschränkungen der Vertretungsmacht der Vereinsorgane auf bestimmte Aufgaben oder die Aufteilung der Vertretungsmacht auf verschiedene Personen möglich.<sup>18)</sup>

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob eine Einsichtnahme in die Statuten immer zu erfolgen hat oder ob hier zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften differenziert werden muss. Je komplizierter derartige Vertretungsbeschränkungen sind, desto mehr belasteten sie den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Wie bei Unzumutbarkeit des Kennens oder Verstehens gesetzlicher Normen Rechtsunkenntnis trotz der Anordnung des § 2 ABGB entschul-

<sup>14)</sup> OGH 8 ObA 177/00p; 8 ObA 72/99t. Vgl auch *Binder*, Arbeitsvertragslösung durch juristische Personen öffentlichen Rechts und Fehler im Organisationsablauf, RdW 1991, 113.

<sup>15)</sup> OGH 9 ObA 160/89.

<sup>16)</sup> OGH 9 Ob 41/09h. Vgl auch OGH 8 ObA 177/00p ZAS 2002/5 (*Vonkilch*).

<sup>17)</sup> *Vonkilch*, Zur privatrechtlichen Rechtsfähigkeit und Vertretung von Klubs und Fraktionen in den allgemeinen Vertretungskörpern, JBl 2000, 77.

<sup>18)</sup> *Krejci* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer (1988) 51 (101 f); *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup> § 26 Rz 24.

dig, so muss wohl auch die unzumutbare und unklare Gestaltung von Vertretungsverhältnissen letztlich zu Lasten des Vertretenen und nicht zu Lasten des Dritten gehen.<sup>19)</sup> Jedenfalls für außergewöhnliche Geschäfte bzw für Geschäfte von weit tragender Bedeutung hat die Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass der Vertragspartner sich Gewissheit über Inhalt und Umfang der Vertretungsmacht des für den Verein handelnden Organs und darüber schaffen muss, dass die Handlungen des Vereinsorgans im Rahmen seines statutenmäßigen Wirkungskreises erfolgen.<sup>20)</sup>

Für das hier interessierende „allgemeine“ Problem der Vertretung ergibt sich daraus Folgendes: Ist der Arbeitgeber eine natürliche Person, werden Beschränkungen der Vertretungsmacht von „geschäftsführungsbefugten“ Arbeitnehmern in der Regel nicht kundgemacht; sie sind dem „einfachen“ Arbeitnehmer typischerweise auch nicht bekannt. Entscheidend ist, ob für den einfachen Arbeitnehmer aus der Stellung des Geschäftsführungsbefugten ableitbar ist, dass dieser im konkreten Fall zur Vertretung des Arbeitgebers befugt ist. Insoweit muss sich der Arbeitgeber rechtsgeschäftliches Handeln des Geschäftsführungsbefugten zurechnen lassen. Verallgemeinernd lässt sich daher sagen, dass allein die Stellung als unmittelbarer Dienstvorgesetzter noch nicht den Rechtsschein erweckt, der Vorgesetzte sei auch zur Kündigung oder zur Entlassung berechtigt; beim Personalchef wird man diese Vollmacht hingegen annehmen dürfen. Bei juristischen Personen stellt sich zunächst die Frage, ob die Organe der juristischen Person ausreichend Vertretungsmacht haben. Nimmt ein zur Vertretung berufenes Organ rechtsgeschäftliche Handlungen vor, darf der Arbeitnehmer in aller Regel davon ausgehen, dass diesem Organ auch eine darauf bezogene unbeschränkte Vertretungsmacht zusteht. Dem „einfachen“ Arbeitnehmer ist es nicht zusinnbar, dass er ein vom Obmann eines Vereins unterzeichnetes Kündigungsschreiben statutenmäßig überprüft, ob der Obmann zu dieser Erklärung bevollmächtigt war. Anders ist die Situation bei Arbeitnehmern in gehobener Stellung. Hier mag sich im Sinn der Judikatur eine Überprüfungspflicht der Vertretungsmacht ergeben, wenn eine außergewöhnliche Maßnahme – zB Entlassung des Chefarztes – von einer Einzelperson ausgeht. Eine derartige Überprüfungspflicht besteht freilich nur dann, wenn Beschränkungen der Vertretungsmacht für den Dritten zugänglich sind. Für rechtsgeschäftliches Handeln geschäftsführungsbefugter Arbeitnehmer gilt das oben Gesagte. Das statutenmäßig zuständige Organ muss sich den von ihm gesetzten Rechtsschein entgegen halten lassen.

### **III. Übertragung von Gestaltungsrechten an Dritte**

#### **A. Zulässigkeit der Übertragung**

Ob Gestaltungsrechte selbständig übertragen werden können, ist strittig. Dem ABGB ist eine generelle Regelung der Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten nicht zu entnehmen.<sup>21)</sup> Zum Teil wird die Meinung vertreten, dass vertrags-

<sup>19)</sup> So *Krejci in Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 101 f.

<sup>20)</sup> Vgl OGH 8 ObA 209/02x; 8 Ob 201/97k.

<sup>21)</sup> *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 24.

bezogene Gestaltungsrechte – wie zB das Kündigungsrecht – nur durch Vertragsübernahme übertragen werden können.<sup>22)</sup> Heute ist es allerdings in Lehre und Rechtsprechung weitestgehend anerkannt, dass die Übertragung von unselbständigen Gestaltungsrechten entsprechend den Regeln über die Forderungsabtretung (§§ 1392 ff ABGB) möglich ist, weil bzw soweit damit keine Verschlechterung der Position des Gestaltungsgegners verbunden ist und nachvollziehbare, rechtlich anerkannte Interessen an einer solchen Disposition bestehen.<sup>23)</sup> Diese allgemeinen Überlegungen gelten auch für die Übertragung von Gestaltungsrechten, die auf die Auflösung des Arbeitsvertrags abzielen. Beschränkungen können sich allerdings ergeben, wenn die Übertragung zwingenden Rechtsvorschriften widerspricht.<sup>24)</sup>

## B. Disziplinarstrafen

### 1. Begriff

Mit der Verhängung einer Disziplinarstrafe wird ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers missbilligt. Die Disziplinarstrafe ist auf die Sanktionierung des beanstandeten Verhaltens selbst gerichtet. Sie bringt ein „Unwerturteil“ über das gesetzte Verhalten zum Ausdruck und hat damit einen *abschließenden Sanktionscharakter*.<sup>25)</sup> Die Disziplinarstrafe ist vorwiegend vergangenheitsbezogen. Unter „Disziplinarmaßnahmen“ in diesem technischen Sinn sind alle jene Maßnahmen zur Wahrung oder Wiederherstellung einer vorgegebenen Ordnung zu verstehen, die dem Arbeitnehmer rechtliche oder wirtschaftliche Nachteile zufügen mit dem ausdrücklich erklärten Zweck, ihn für eine Verfehlung zu bestrafen und andere Arbeitnehmer von ähnlichen Verfehlungen abzuhalten.<sup>26)</sup> Der Katalog möglicher Disziplinarstrafen ist weit gefächert. Disziplinarmittel sind vor allem Ermahnungen, Geldstrafen, Vorrückungssperren oder verschlechternde Versetzungen. Auch die vorzeitige Lösung des Arbeitsvertrags kann in diesem weiten Verständnis eine Disziplinarstrafe sein.

Von einer Vertragsstrafe unterscheidet sich die Disziplinarstrafe vor allem dadurch, dass die Vertragsstrafe einen indirekten Erfüllungszwang ausübt und einen durch Nichterfüllung entstandenen Schaden pauschaliert. Die Vertragsstrafe steht im Vorhinein fest; sie wird nicht verhängt. Ihr fehlt daher das in der Disziplinarstrafe zum Ausdruck kommende Unwerturteil über die begangene „Tat“.

<sup>22)</sup> Vgl *Krejci*, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (1972) 185; *Iro*, Probleme des Eintritts des außerbücherlichen Erwerbers in das Bestandsverhältnis, wobl 1997, 117.

<sup>23)</sup> Vgl OGH 3 Ob 135/87; *P. Bydlinski*, Der Übergang von „vertragsbezogenen“ Gestaltungsrechten bei Veräußerung der Bestandsache am Beispiel der Vermieterkündigung, JBl 1997, 151.

<sup>24)</sup> Vgl *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 177f.

<sup>25)</sup> Vgl OGH 9 ObA 246/94 DRdA 1996, 132 (*Holzer*); 8 ObA 2113/96 ZAS 1997/8, 83 ff (*Risak*). Vgl auch *Binder*, Das betriebliche Disziplinarrecht im Widerstreit, RdW 1999, 600 ff; *Schrammel*, Schiedsgerichtsbarkeit im Sport, in *Nautz/Brix/Luf* (Hrsg), Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft (2001) 187 ff.

<sup>26)</sup> Vgl OGH 9 ObA 51/95 DRdA 1996, 131.



Ein Recht des Arbeitgebers zur Verhängung einer Disziplinarmaßnahme ergibt sich in aller Regel nicht allein aus dem Arbeitsvertrag.<sup>27)</sup> Der Arbeitsvertrag berechtigt den Arbeitgeber nicht, Löhne zu kürzen oder Gehaltsvorrückungen auszusetzen. Für die Verhängung von Disziplinarstrafen ist vielmehr eine besondere gesetzliche, kollektivvertragliche, betriebsvereinbarungsrechtliche oder einzelvertragliche Grundlage erforderlich,<sup>28)</sup> die dem Arbeitgeber ein einseitiges *Gestaltungsrecht* einräumt sein, das zur Verhängung von Disziplinarmaßnahmen berechtigt, wobei nicht nur verbessernde, sondern auch verschlechternde Bestimmungen von einem solchen Gestaltungsrecht umfasst sind.<sup>29)</sup>

Eine besondere Rechtsgrundlage ist auch dann erforderlich, wenn Kündigungen oder Entlassungen als Disziplinarmaßnahme eingesetzt werden. Das Recht, Kündigungen und Entlassungen auszusprechen, muss zwar nicht vertraglich eingeräumt werden, weil sich diese Gestaltungsmittel schon unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und – jedenfalls soweit es Entlassungen betrifft – dem Dauerschuldverhältnis immanent sind. Kündigungen und Entlassungen können vom Arbeitgeber auch mit der Intention ausgesprochen werden, damit ein „Unwerturteil“ zum Ausdruck zu bringen. Es ist daher durchaus fraglich, ob man Kündigungen oder Entlassungen als „Disziplinarmaßnahmen“ ansehen kann. Zu beachten ist allerdings, dass „disziplinar“ Kündigungen oder Entlassungen regelmäßig an die Einhaltung bestimmter *Verfahrensvorschriften* gebunden sind. Über die Berechtigung der Auflösung des Arbeitsvertrags soll nicht allein der Arbeitgeber entscheiden; vielmehr soll die Entscheidung über das Fehlverhalten des Arbeitnehmers „betriebsintern“ vorbereitet oder überprüft werden. Diese Überprüfung wird typischerweise einer vom Arbeitgeber verschiedenen Stelle übertragen. Die zur Überprüfung berufene „Disziplinarkommission“ wird mit der Beurteilung betraut, ob Fehlverhalten geeignet sind, aus disziplinarischen Gründen eine Entlassung auszusprechen. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses soll nur zulässig sein, wenn die Disziplinarkommission die Entlassung empfiehlt. Denkbar ist auch, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Disziplinarkommission übertragen wird. Insoweit bedarf aber auch die „disziplinar“ Kündigung oder Entlassung einer besonderen Rechtsgrundlage. Eine „verfahrensabhängige“ Kündigung oder Entlassung kann daher durchaus als Disziplinarmaßnahme im weiteren Sinn verstanden werden.

## 2. Inhaltliche Schranken

Disziplinarmaßnahmen sind zunächst nur dann zulässig, wenn sie nicht gegen zwingendes Recht verstoßen. Eine Kürzung des Urlaubsanspruchs kann daher selbst dann keine rechtmäßige Disziplinarmaßnahme sein, wenn diese Gestaltung zB in einer kollektivvertraglichen oder betrieblichen Disziplinarordnung vorgesehen ist. Der Urlaubsanspruch steht nicht zur Disposition des Arbeitgebers; er ist kraft Gesetzes unabdingbar.<sup>30)</sup> Schwieriger ist die Frage zu beantworten,

<sup>27)</sup> OGH 4 Ob 97/77 Arb 9623; 40 Ob 127/77 Arb 9649.

<sup>28)</sup> OGH 8 ObA 2113/96 ZAS 1997/8, 81 (*Risak*).

<sup>29)</sup> Vgl OGH 9 ObA 17/99m.

<sup>30)</sup> *Binder in Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz § 96 Rz 12.



inwieweit Entgeltkürzungen als Disziplinarmaßnahme eingesetzt werden können. *Binder* vertritt die Auffassung, dass Geldstrafen als Disziplinarmaßnahme vorgesehen werden können. Wenn die Geldstrafe in einer betrieblichen Disziplinarordnung vorgesehen ist und auch im Einzelfall mitbestimmungsunterworfen verhängt wird, sei auch eine Unterschreitung des kollektivvertraglichen Mindestlohns zulässig.<sup>31)</sup> *Marhold/Friedrich* meinen demgegenüber, eine Entgeltkürzung scheide als „betriebliche“ Disziplinarmaßnahme aus. Eine betriebliche Disziplinarordnung dürfe den Kollektivvertragslohn nicht schmälern, die Kürzung einer überkollektivvertraglichen Entlohnung scheitere am Günstigkeitsprinzip.<sup>32)</sup>

In der Sache ist zu differenzieren. Wenn die Entgeltkürzung in einer kollektivvertraglichen Disziplinarordnung vorgesehen ist, kommt auch eine Kürzung des kollektivvertraglichen Mindestlohns in Betracht. Der Kollektivvertrag kann nach herrschender Auffassung auch dispositive Regelungen enthalten.<sup>33)</sup> Insoweit muss auch ein Unterschreiten des Kollektivvertragslohns zulässig sein. Dies gilt jedenfalls für Arbeitnehmer, mit denen keine besondere Entgeltvereinbarung getroffen wurde, deren individueller Lohn also ausschließlich im Kollektivvertrag begründet ist. Wurde mit dem Arbeitnehmer eine überkollektivvertragliche Entlohnung vereinbart, scheint eine Entgeltkürzung auf den ersten Blick mit dem Günstigkeitsprinzip – Vorrang des günstigeren Einzelvertrags – im Widerspruch zu stehen. Zu beachten ist allerdings, dass der Kollektivvertrag günstigere Einzelvereinbarungen auch ausschließen oder beschränken darf (Ordnungsprinzip – § 3 ArbVG). Wenn nun in einem Kollektivvertrag eine Entgeltkürzung als Disziplinarmaßnahme auch bezüglich einer überkollektivvertraglichen, individuell vereinbarten Entlohnung vorgesehen ist, lässt sich dies durchaus als Ordnungsnorm verstehen. Eine betriebliche (durch Betriebsvereinbarung eingeführte) Disziplinarordnung kann demgegenüber für sich allein weder eine Kürzung des Kollektivvertragslohns anordnen noch Grundlage für eine Reduktion eines individuell vereinbarten Lohns sein. Die Kürzung des Kollektivvertragslohns scheitert an dessen zwingendem Charakter; die Kürzung einer überkollektivvertraglichen Entlohnung ist mit dem Günstigkeitsprinzip nicht vereinbar. Die Kürzung einer überkollektivvertraglichen Entlohnung muss daher individualrechtlich „abgesichert“ sein. Dies wäre etwa der Fall, wenn sich der Arbeitnehmer im Einzelvertrag einer disziplinären Gestaltung unterworfen hat oder wenn der zu kürzende Lohnbestandteil vom Arbeitgeber widerrufen werden kann.<sup>34)</sup>

### 3. Kündigungen und Entlassungen als Disziplinarstrafen

Besondere Schwierigkeiten wirft die Frage auf, ob auch Kündigungen und Entlassungen wirksam als Disziplinarmaßnahme vorgesehen werden können. Kündigungen können nach österreichischem Recht (§ 1158 ABGB) vom Arbeitgeber ohne besondere Begründung ausgesprochen werden. Dem Arbeitgeber steht ein „freies“ Kündigungsrecht zu. Eine Einschränkung des Kündigungs-

<sup>31)</sup> *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz § 96 Rz 19.

<sup>32)</sup> *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 590.

<sup>33)</sup> Vgl die Nachweise bei *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 17 (2011) 158 ff.

<sup>34)</sup> So auch OGH 8 ObA 2113/96 ZAS 1997/8, 81 (*Risak*).

rechts oder eine Bindung des Arbeitgebers an bestimmte Kündigungsgründe ist allerdings zulässig. Die „freie“ Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses ist kein dem Arbeitgeber unabdingbar zustehender Anspruch. Unter diesem Aspekt ist auch eine Bindung des Arbeitgebers an die Durchführung eines Disziplinarverfahrens vor Ausspruch der Kündigung grundsätzlich zulässig.

Anders ist die Situation bei der Entlassung. Die „wichtigen“ Gründe, die den Arbeitgeber zur sofortigen Auflösung des Arbeitsvertrags berechtigen, sind in ihrem Kern *zweiseitig zwingend*,<sup>35)</sup> auch wenn die zwingende Wirkung in § 1164 nicht ausdrücklich erwähnt wird. Es wäre ein Verstoß gegen die guten Sitten, würden die Vertragsparteien im Vorhinein generell die Möglichkeit ausschließen, das Arbeitsverhältnis wegen eines Umstandes auflösen zu können, der nach allgemeiner Ansicht die Fortführung des Dienstverhältnisses unzumutbar macht. Das gilt zumindest für auf Verschulden beruhende Auflösungsgründe.<sup>36)</sup> Aber auch die Vereinbarung zusätzlicher Auflösungsgründe, die objektiv nicht als wichtiger Grund anzusehen sind, wäre nichtig.<sup>37)</sup> Zulässig ist lediglich die nähere Konkretisierung eines Auflösungsgrundes durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag.

Unter dem Aspekt der Frage der Zulässigkeit der Einschränkung des Entlassungsrechts des Arbeitgebers sind zwei verschiedene Fragenbereiche zu unterscheiden, und zwar einerseits (formell), inwieweit vorgesehen werden kann, dass Entlassungen ein Verfahren vorgeschaltet werden muss und andererseits (materiell), inwieweit das in seinem Kernbereich als unverzichtbar anzusehende Entlassungsrecht allgemein oder nur partiell einem Dritten übertragen werden kann bzw inwieweit die Ausübung dieses Rechts durch den „Dritten“ überprüft werden kann.

Die Übertragung der Entlassungsbefugnis auf eine Disziplinarkommission wird von der Judikatur als unproblematisch angesehen. Nach Meinung der Rechtsprechung kann aus arbeitsvertragsrechtlicher Sicht eine Disziplinarkommission als „Dritter“ mit der Konkretisierung bestimmter Rechte des Arbeitgebers beauftragt werden. Die Disziplinarkommission kann organisationsrechtlich auch als weisungsfreie – vom Arbeitgeber und auch vom Betriebsrat unabhängige – Einrichtung gestaltet sein. Ein in Grundzügen ähnliches Modell findet sich – so der OGH – schon in § 1056 ABGB über die Zulässigkeit der Preisfestsetzung durch einen Dritten im Rahmen des Kaufvertrags. Auch dort wird der „Dritte“ nicht als Schiedsrichter, sondern als Privatperson mit Gestaltungsbefugnis hinsichtlich eines noch „unvollständigen“ Rechtsgeschäfts verstanden.<sup>38)</sup>

Bezogen auf die Übertragung des Entlassungsrechts auf eine Disziplinarkommission ergibt sich für den OGH daraus, dass es zulässig ist, in den Randbereichen das Entlassungsrecht auszuschließen und dementsprechend auch das

<sup>35)</sup> OGH 4 Ob 121/83 ZAS 1985, 139 (insoweit zustimmend *Mayer-Maly*); 9 ObA 192/94 DRdA 1995/23 (*Strasser*). Vgl auch *Tomandl*, Einschränkungen des Entlassungsrechts durch kollektivvertragliche Disziplinarordnungen – dargestellt am Beispiel der Versicherungsangestellten (Innendienst), RdW 1983, 108 ff.

<sup>36)</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 27 (2011) 236 f.

<sup>37)</sup> Grundlegend OGH 1 Ob 442/30 Arb 3985/1930.

<sup>38)</sup> So ausdrücklich OGH 8 ObA 12/04d.