

Wann dürfen Weisungen missachtet werden?

Neue Richter neues Recht?

Zur Erinnerung: 2012 hatte der 5. Senat erkannt: Eine unbillige Weisung ist nicht nichtig, sondern nur unverbindlich. Entsteht Streit über die Verbindlichkeit, entscheidet das Gericht. Der Arbeitnehmer ist an die Weisung gebunden, bis das Gericht die Unverbindlichkeit rechtskräftig feststellt. Jetzt möchte der 10. Senat die Auffassung vertreten, dass der Mitarbeiter im Anwendungsbereich des § 106 GewO eine unbillige Weisung des Arbeitgebers auch dann nicht befolgen muss, wenn keine dementsprechende rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts vorliegt. Der 10. Senat fragt deshalb an, ob der 5. Senat an seiner Rechtsauffassung festhält.

Nunmehr hat der 5. Senat gem. Antwortbeschluss vom 14.9.2017 (5 AS 7/17) mitgeteilt, dass er an seiner Rechtsauffassung nicht mehr festhält. Danach wird aber die Rechtsprechung des 10. Senats noch lange nicht richtig.

Der 5. Senat hat(te) Recht

Der 5. Senat hatte Klarheit geschaffen. Bis zu einer gerichtlichen Entscheidung ist der Arbeitnehmer an unbillige Weisungen gebunden. Das bedeutete keinen Freibrief für die Unternehmen. § 275 Abs. 3 BGB räumt dem Beschäftigten ein Leistungsverweigerungsrecht ein, wenn ihm die Leistung „unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann“. Damit waren „grob unbillige“ Weisungen von der Leistungspflicht ausgenommen, wie die Lehre schon zum alten § 121 GewO aus § 242 BGB gefolgert hatte. Die heutige Diskussion leidet darunter, dass diese grob unbilligen mit den einfach unbilligen Weisungen in einen Topf geworfen werden und dass die Anhänger einer Nichtigkeit unbilliger Weisungen mit den grob unbilligen Weisungen argumentieren. Nicht zur Kenntnis genommen wird der Wertungswiderspruch nicht nur zu § 275 Abs. 3 BGB, sondern auch – darauf weisen Hromadka (NZA 2017, S. 601 ff.) und Schmitz-Scholeermann (JbArbR 2013, S. 53 ff., 86) zu Recht hin – zu §§ 2, 8 KSchG: Bei einer Änderungskündigung muss der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung zu den neuen Bedingungen arbeiten. Den Bedenken der Kritiker des 5. Senats, dass er bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung zu lange an eine

unbillige Weisung gebunden ist, hätte man durch eine Analogie zum arbeitsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch Rechnung tragen können: Bindung nur bis zu irgendeiner Entscheidung eines Arbeitsgerichts (vgl. Brennpunkt AuA 11/16, S. 658).

Doppelt unrichtige Auslegung von § 106 GewO

Der Streit um die Folgen unbilliger Weisungen hätte nie diese Brisanz gewonnen, wenn die Rechtsprechung § 106 GewO lege artis ausgelegt hätte. Soweit ersichtlich, ging es in allen Fällen, die vor die LAG und vor das BAG kamen, um Weisungen zum Arbeitsort oder zur Lage der Arbeitszeit. Auch in dem Fall, der der Anfrage des 10. Senats zugrunde liegt, geht es um den Arbeitsort. Der Arbeitgeber hatte einen Immobilienkaufmann von Dortmund nach Berlin versetzt, weil Kollegen in Dortmund die Zusammenarbeit mit ihm abgelehnt hatten und eine Beschäftigungsmöglichkeit außerhalb des Teams in Dortmund nach Ansicht des Arbeitgebers nicht bestand.

Die Rechtsprechung nimmt bei der Auslegung des § 106 GewO keine Rücksicht auf Entstehungsgeschichte und systematischen Zusammenhang und kommt mit ihrer wörtlichen Auslegung zu einem (fast) unbeschränkten Weisungsrecht. Hätte sie sich an die gesetzgeberische Konzeption gehalten (§ 105 GewO!), die von der früheren Rechtsprechung ausgeht, dann hätte sie judizieren müssen: „Im Rahmen der Vereinbarungen kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen.“ Die Vereinbarungen wären an § 307 BGB zu messen gewesen und manche Versetzung wäre – wie es dem Gedanken des AGB-Rechts entspricht – bereits im Vorfeld gescheitert. Mit der Rechtsprechung zu § 106 GewO hat das BAG erst die Gefahren heraufbeschworen, die der 10. Senat jetzt bekämpfen will. So zieht eine Fehlentscheidung die nächste nach sich.

Hilfsweise Änderungskündigung

Der Arbeitgeber – in der Gestalt der Vorgesetzten – hat Tag für Tag eine Unzahl von Weisungen zu erteilen. „Könnte jede von ihnen durch Prozesse blockiert werden“, so Schmitz-Scholeermann, „könnte die Praxis des Arbeitsverhältnisses zu

einer dauernden Hängepartie degenerieren.“ Dem ist nichts hinzuzufügen. Im 10. Senat sind offenbar Theoretiker am Werk, denen jede praktische Erfahrung fehlt und die auch kein Gespür für die Bedürfnisse der Praxis haben. Es stört sie auch nicht, dass sie sich rechtlich auf ganz dünnem Eis bewegen.

Was kann man Unternehmen empfehlen? Die einfachste Lösung besteht natürlich darin, unbillige Weisungen zu vermeiden. Ob eine Weisung unbillig war, weiß man leider erst nach einer gerichtlichen Entscheidung. Bis dahin ist es ein weiter Weg. Für die Zeit des Marsches durch die Instanzen muss der Arbeitgeber nicht nur Annahmeverzugslohn zahlen, wenn die Weisung unbillig war, sondern er ist auch dann in der Unternehmensführung behindert, wenn seine Weisung billigem Ermessen entsprach. Will oder kann er seine Weisung nicht zurücknehmen, dann wird er künftig hilfsweise eine Änderungskündigung aussprechen, sobald der Mitarbeiter die Leistung verweigert. Der Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsplatz nicht verlieren will und der deshalb das Änderungsangebot unter Vorbehalt annimmt, muss dann wenigstens nach Ablauf der Kündigungsfrist zu den neuen Bedingungen arbeiten. Eine paradoxe Folge, die den beiden involvierten Senaten zu denken geben sollte; die geplante Rechtsprechungsänderung passt einfach nicht in das vom Gesetzgeber vorgegebene System.

UNSER AUTOR



Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Partner in der Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes,
Faltermeier, München