

Sind unbillige Weisungen unwirksam?

Nach § 106 GewO müssen Weisungen billigem Ermessen entsprechen. § 106 GewO sagt nichts über die Rechtsfolge, die eine unbillige Weisung hat. Rechtsprechung und Literatur suchen die Lösung in § 315 BGB. Abs. 1 und 2 der Norm sind für die Frage unergiebig. Also machen sie sie an Abs. 3 fest. Dessen Satz 1 sagt, die getroffene Bestimmung sei für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Das heißt zugleich: Der Bestimmende ist an seine Erklärung gebunden. Entspricht die Bestimmung nicht der Billigkeit, so trifft sie das Gericht (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). Auf die Weisung angewendet: Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer, den er unbilligerweise von A nach dem ungeliebten B versetzt hat, nicht nach C versetzen, was dem Arbeitnehmer vielleicht auch nicht recht ist, aber billigem Ermessen entsprechen würde. Er muss – auf die Klage des Arbeitnehmers – warten, bis das Gericht entscheidet. Ein nicht eben sinnvolles Ergebnis. Gar keine Lösung enthält § 315 Abs. 3 BGB für die Fragen, die in der Praxis die eigentlich wichtige Rolle spielen, nämlich: Kann der Mitarbeiter sich weigern, eine unbillige Weisung zu befolgen? Wenn nein, wer trägt das Entgeltrisiko? Was ist mit Abmahnung und Kündigung, die der Arbeitgeber wegen Arbeitsverweigerung ausgesprochen hat, wenn ein Gericht später feststellt, dass die Weisung unbillig war?

Der 5. Senat des BAG hat in einem Urteil am 22.2.2012 (5 AZR 249/11, AuA 6/13, S. 373) entschieden, dass der Arbeitnehmer eine unbillige Weisung zunächst zu befolgen hat. Die LAG Hamm (Urt. v. 27.3.2015 – 17 Sa 1660/15) und Düsseldorf (Urt. v. 6.4.2016 – 12 Sa 1153/15) widersprechen jetzt. Die Literatur ist gespalten und, was die Begründung anbelangt, wenig ergiebig. Am gründlichsten hat die Fragen Hromadka aufgearbeitet (in Festschrift von Hoyningen-Huene, 2014, S. 145 ff. und demnächst ausführlich in der NZA). Seine Gedanken sind zusammengefasst folgende:

§ 106 GewO lex specialis zu § 315 BGB

§ 315 BGB ist auf Weisungen nicht anwendbar. § 106 GewO ist lex specialis zu Abs. 1. Nach § 106 GewO müssen Weisungen immer billigem Ermessen entsprechen; § 315 Abs. 1 BGB enthält nur

eine Auslegungsregel. Abs. 2 spricht lediglich eine Selbstverständlichkeit aus und Abs. 3 „passt“ auf Weisungen nicht. Der Text gibt, beim Wort genommen, unsinnige Lösungen vor; für die entscheidenden Fragen hat er keine Antwort. Der Grund dafür liegt – so Hromadka – darin, dass § 315 BGB für Weisungen nicht gedacht war. Der Gesetzgeber geht von einer Leistung aus, deren Höhe oder Umfang der Schuldner nach billigem Ermessen selbst festsetzen darf. Beim Weisungsrecht ist es genau umgekehrt. Hier darf der Arbeitgeber die Leistung eines anderen, nämlich die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, nach billigem Ermessen bestimmen („konkretisieren“).

Lösung nach allgemeinen Grundsätzen

Das Weisungsrecht ist ein „Muttergestaltungsrecht“. Unbillige Weisungen darf der Arbeitgeber – im Rahmen der Billigkeit – genauso wie billige Weisungen jederzeit zurücknehmen oder ändern. Das Gericht darf zwar im Wege einer Feststellungs- oder Leistungsklage eine Weisung für unbillig erklären. Es darf aber nicht anstelle dieser Weisung eine andere, für billig gehaltene Weisung erteilen. Das ist Sache des Arbeitgebers (Art. 12 GG). Die Klage ist also, anders als nach § 315 Abs. 3 BGB, keine Gestaltungs- oder Leistungs-klage. Der Beschäftigte muss einer unbilligen Weisung zunächst nachkommen. Das folgt aus § 275 Abs. 3 BGB, der einer Person, die eine persönliche Leistung schuldet, ein Leistungsverweigerungsrecht erst dann einräumt, wenn die Leistung unzumutbar ist. Das zeigen aber auch §§ 2, 8 KSchG. Der Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber eine Änderungskündigung ausspricht, muss nach Ablauf der Kündigungsfrist zunächst zu den neuen Bedingungen arbeiten, gleichgültig, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt war oder nicht.

Aus § 275 Abs. 3 BGB ergibt sich auch die Lösung für die Frage, wer das Entgeltrisiko trägt, wenn ein Arbeitnehmer im Hinblick auf eine unbillige Ermessensausübung die Leistung verweigert: Der Beschäftigte verliert den Entgeltanspruch, gleichgültig, ob die Weisung unbillig ist oder nicht. Das folgt daraus, dass der Gesetzgeber ihm das Entgeltrisiko sogar dann auferlegt, wenn ihm die Leistung nicht zugemutet werden kann (§ 275

Abs. 3 mit § 326 Abs. 1 BGB). Ist der Mitarbeiter zur Weiterarbeit bis zu einer gerichtlichen Entscheidung verpflichtet, dann verletzt er bei Leistungsverweigerung seine Leistungspflicht, gleichgültig, wie die Entscheidung ausfällt. Deshalb wird, wenn später ein Gericht die Unbilligkeit der Weisung feststellt, weder eine Abmahnung noch eine Kündigung unwirksam.

Abgestufte Folgen

Damit kommt es zu einer Dreierstufung:

1. Eine Weisung ist unwirksam, wenn sie gegen ein Gesetz, eine Kollektivvereinbarung oder gegen den Arbeitsvertrag verstößt, das heißt, wenn der Arbeitgeber etwas verlangt, was der Arbeitnehmer nicht schuldet. Letzterer ist in einem solchen Fall zur Leistung nicht verpflichtet.
2. Ist die Befolgung einer Weisung dem Mitarbeiter unzumutbar, so kann dieser die Leistung verweigern. Er verliert allerdings auch den Entgeltanspruch.
3. Bei einer „nur“ unbilligen Weisung muss der Betroffene vorläufig, das heißt, bis zu einer gerichtlichen Entscheidung, weiterarbeiten. Weigert er sich, so verletzt er seine Arbeitspflicht. Der Arbeitgeber kann ihn abmahnen, und er kann ihm ggf. sogar kündigen.

UNSER AUTOR



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