

# Die juristische Vergewaltigung des § 106 GewO

## Der Fall

Im Vertrag des Klägers hieß es: „Vertragsgegenstand: B stellt die Fernsehsendung ‚TV t‘ sowie zahlreiche damit verbundene Shows und TV-Events ... her ... und beschäftigt Arbeitnehmer zur Mitwirkung an dieser Produktion. Tätigkeit: Der Arbeitnehmer wird bis 31.12.2015 als Produktionsleiter eingestellt. Dauer, Arbeitszeit: ... Der Arbeitnehmer wird ausschließlich im Rahmen der Produktion gemäß Ziffer 1 angestellt.“ Der Kläger wendet sich gegen eine betriebsbedingte Kündigung wegen Missachtung der Sozialauswahl. Er meint, diese hätte sich auch auf zwei weitere Produktionsleiter mit schwächeren Sozialdaten erstrecken müssen, da der Arbeitsvertrag keine wirksame Einschränkung des Direktionsrechts enthalte. Das LAG Köln (Urt. v. 8.5.2017 – 2 Sa 264/16) gab ihm recht (vgl. AuA 10/17, S. 612).

Die Kaskaden der gerichtlichen Irrtümer bauen sich wie folgt auf:

1. Die o. a. Vertragsregelung in Form der detaillierten Vereinbarung der geschuldeten vertraglichen Arbeitsleistung schränkte das Direktionsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO ein.
2. Damit sei die vertragliche Leistungsvereinbarung eine Abweichung von der Rechtsvorschrift des § 106 GewO i. S. v. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB.
3. Somit unterliege die vertragliche Leistungsvereinbarung der kompletten Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB.
4. Da die vertragliche Einschränkung des Direktionsrechts eine Sozialauswahl zugunsten des Klägers verhindere, liege in der vertraglichen Einschränkung des Direktionsrechts eine unangemessene Benachteiligung des Klägers mit der Folge, dass die Einschränkung des Direktionsrechts durch die vertragliche Leistungsvereinbarung unwirksam sei.
5. Deshalb müsse der Arbeitgeber eine Sozialauswahl unter Missachtung der vertraglichen Leistungsvereinbarung vornehmen. Da dies nicht geschehen sei, sei die streitgegenständliche Kündigung unwirksam.

Die Kaskade der aufgezeigten Rechtsirrtümer belegt, wie ein Irrtum den nächsten gebiert: Zu Ziff. 1: Falsch ist schon die Annahme, dass die vertragliche Leistungsvereinbarung das Direk-

tionsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO einschränke. Genau das Gegenteil ist richtig. Das Direktionsrecht besteht überhaupt nur im Rahmen der vertraglichen Leistungsvereinbarung. Dies belegt eindeutig die Gesetzessystematik, die die vertragliche freie Vereinbarung in § 105 GewO voranstellt und erst in diesem Rahmen in § 106 GewO regelt, dass einige Parameter der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmt werden können. Wenn aber etwas näher bestimmt werden kann, muss es etwas geben, was ferner schon bestimmt ist. Bei Anlegen des juristischen Fernglases entdeckt man dabei die arbeitsvertragliche Leistungsvereinbarung.

Zu Ziff. 2: Da das Direktionsrecht nur im Rahmen der vertraglichen Leistungsvereinbarung besteht, kann diese schon denkbare Abweichung von § 106 GewO ergeben.

Zu Ziff. 3: Die vertragliche Leistungsvereinbarung mag aus anderen Gründen der Inhaltskontrolle unterliegen – mit Sicherheit jedoch nicht wegen einer Abweichung von § 106 GewO.

Zu Ziff. 4: Das Direktionsrecht ist ein Recht des Arbeitgebers. Wie dessen Einschränkung gegenüber dem Arbeitnehmer überhaupt eine Benachteiligung – und gar eine unangemessene – auslösen soll, eröffnet ungeahnte Möglichkeiten, das gesamte Synallagma des Arbeitsvertragsrechts auf den Kopf zu stellen.

## Arbeitsvertragliche Austauschbarkeit

Nach § 1 Abs. 3 KSchG ist bei einer betriebsbedingten Kündigung eine Sozialauswahl durchzuführen. Darin einzubeziehen sind die vergleichbaren Arbeitnehmer. Die Vergleichbarkeit bestimmt sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen. Die Arbeitsplätze müssen nicht identisch sein; es genügt, wenn der Mitarbeiter eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann („qualifikationsmäßige oder arbeitsplatzmäßige Austauschbarkeit“). Hinzukommen muss, dass das Unternehmen den Beschäftigten einseitig, d. h. kraft Weisungsrechts, auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann („arbeitsvertragliche Austauschbarkeit“). An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn eine anderweitige Beschäftigung nur aufgrund einer Vertragsänderung oder einer Änderungskündigung in Betracht kommt.

## Das vertragliche Weisungsrecht als Grenze

Da die Grenzen der Sozialauswahl durch die arbeitsvertragsbezogene Austauschbarkeit bestimmt werden, kommt dem Umfang des Weisungsrechts entscheidende Bedeutung zu. Dieser richtet sich nach der Regelung im Arbeitsvertrag. Die Parteien sind frei, eine enge oder eine weite Umschreibung der Tätigkeit zu wählen.

Das LAG Köln überprüft nun die Vereinbarung einer bestimmten Tätigkeit auf Angemessenheit, weil sie das weite Weisungsrecht nach § 106 GewO konterkarriere. Das ist starker Tobak! Auf die Idee kann man nur kommen, wenn man mit dem BAG in § 106 GewO den Umfang des Weisungsrechts geregelt sieht. Der Gesetzgeber wollte aber nicht den Umfang regeln, sondern nur die dem Zeitgeist nicht mehr entsprechende Formulierung des früheren § 121 GewO – „Gesellen und Gehilfen sind verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten Folge zu leisten“ – durch eine zeitgemäßere ersetzen. Leider zerriss er den Satz „Das Direktionsrecht ermöglicht dem Arbeitgeber, die in einem Arbeitsverhältnis nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht nach Zeit, Ort und Art zu bestimmen.“ in zwei Teile – § 105 und § 106 GewO. Die Rechtsprechung setzte die beiden Paragraphen prompt absolut. Selbst wenn man ihr folgt, ist das Leitbild des Arbeitsvertrags nicht durch ein weites Weisungsrecht gekennzeichnet. Das Gesetz selbst sieht eine Festlegung der Arbeitsbedingungen durch Vertrag vor (§ 106 Satz 1 HS 2 GewO).

## UNSER AUTOR



**Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner in der Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes, Faltermeier, München