

Liebe Leserinnen und Leser,

in dieser Ausgabe des Newsletters möchte ich Ihnen ein rechtliches Problem vorstellen, welches bislang aufgrund der Rechtsprechung des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts in vielen Augen unbefriedigend gelöst ist. Der 10. Senat möchte hier die Arbeitnehmer besser schützen und eine Rechtsprechungsänderung herbeiführen. Das kann er aber nicht alleine (obwohl das andere Senate bei "ihrer" Rechtsprechung nicht immer gestört hat).

Ihr Rechtsanwalt Stefan von Zduowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht

1 Muss der Arbeitnehmer einer unbilligen Weisung des Arbeitgebers bis zu einer anderslautenden gerichtlichen Entscheidung Folge leisten?

BAG, Beschluss vom 14.06.2017 (10 AZR 330/16), Pressemitteilung Nr. 25/17

Der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts möchte von einer Rechtsprechung des 5. Senats abweichen. Bevor der 10. Senat nun den Großen Senat des BAG anrufen kann, der in solchen Fällen die Einheitlichkeit der Rechtsordnung durch eine die Senate bindende Entscheidung wahren soll, muss der abweichende Senat zunächst den anderen Senat fragen, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhält. Dies geschieht durch entsprechende Beschlüsse. Ich möchte mir gar nicht vorstellen, welche Diskussionen auf den Fluren des BAG vorausgegangen sind. Alles entzündet sich an einem Urteil des BAG vom 22. Februar 2012 (5 AZR 249/11), in dem es heißt:

"Entgegen der Auffassung des Klägers ist es allerdings für die Frage des (fehlenden) Leistungswillens unerheblich, ob die Zuweisung der Tätigkeit am OSZ St billigem Ermessen entsprach. Die unbillige Leistungsbestimmung ist nicht nichtig, sondern nur unverbindlich, § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB. Entsteht Streit über die Verbindlichkeit, entscheidet nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB das Gericht. Deshalb darf sich der Arbeitnehmer über eine unbillige Ausübung des Direktionsrechts - sofern sie nicht aus anderen Gründen unwirksam ist - nicht hinwegsetzen, sondern muss entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Gerichte für Arbeitsachen anrufen. Wegen der das Arbeitsverhältnis prägenden Weisungsgewundenheit (vgl. dazu BAG 20. Januar 2010 - 5 AZR 106/09 - Rn. 18 mwN, ...) ist der Arbeitnehmer an die durch die Ausübung des Direktionsrechts erfolgte Konkretisierung ua. des Inhalts der Arbeitsleistung vorläufig gebunden, bis durch ein rechtskräftiges Urteil (etwa aufgrund einer Klage auf Beschäftigung mit der früheren Tätigkeit) die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung feststeht (...)."

Der insoweit maßgebliche Gesetzestext des § 315 Abs. 3 BGB ("Bestimmung der Leistung durch eine Parte") lautet:

"Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; ..."

Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer also zum Beispiel einer Versetzung vorläufig Folge leisten muss, auch wenn diese "unbillig" ist, bis ein Arbeitsgericht zugunsten des Arbeitnehmers entschieden hat. Da der 5. Senat in dem oben wiedergegebenen Zitat ausdrücklich darauf abstellt, dass die Unverbindlichkeit der Weisung "durch ein rechtskräftiges Urteil" feststehen muss, bedeutet das aber auch, dass gegebenenfalls ein Zug durch die Instanzen anstehen kann und der Arbeitnehmer einer solchen Weisung möglicherweise jahrelang Folge leisten muss, bis er ein rechtskräftiges Urteil in Händen hält.

In dem hier zu entscheidenden Fall war der Kündigungsschutzklage eines Arbeitnehmers, der einer Versetzung nicht Folge geleistet hatte und daraufhin abgemahnt und fristlos gekündigt worden war, in zwei Instanzen stattgegeben worden, weil die Weisung des Arbeitgebers nicht billigem Ermessen entsprochen hatte. Die Revision ist beim 2. Senat anhängig. Außerdem hat der Arbeitnehmer parallel Klage auf Feststellung erhoben, dass er nicht verpflichtet war, der Weisung Folge zu leisten. Hiermit ist nun der 10. Senat befasst und sagt:

"... Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Bestimmungen des Arbeitsvertrags der Parteien ließen zwar grundsätzlich eine Änderung des Arbeitsortes des Klägers zu, die Versetzung von Dortmund nach Berlin habe aber nicht billigem Ermessen entsprochen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Fünfte Senat hat allerdings die Auffassung vertreten, dass sich ein Arbeitnehmer über eine unbillige Weisung, die nicht aus

anderen Gründen unwirksam sei, nicht hinwegsetzen dürfe, solange keine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorliege, die deren Unwirksamkeit feststelle. Der Zehnte Senat möchte hingegen die Auffassung vertreten, dass der Arbeitnehmer einer unbilligen Weisung des Arbeitgebers nicht - auch nicht vorläufig - folgen muss und fragt deshalb nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an, ob der Fünfte Senat an seiner Rechtsauffassung festhält."

Es würde mich wundern, wenn der 5. Senat hier klein beigibt, allerdings mögen die Senate in der Regel auch eine Einflussnahme durch den Großen Senat nicht gerne. Je nach Entscheidung nun entweder des 5. oder des Großen Senats müsste wohl auch die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers durch den 2. Senat abgewiesen werden.

Ich meine, dass der 10. Senat Recht hat. Wenn ein Arbeitnehmer einer eigentlich unverbindlichen Weisung unter Umständen jahrelang folgen muss, bis er ein rechtskräftiges Urteil in Händen hält, sind damit nicht zuletzt auch Schikanen durch den Arbeitgeber Tür und Tor geöffnet. Letztlich wird die Frage, ob eine Weisung billigem Ermessen entsprach, inzident im Kündigungsschutzverfahren geprüft. Und der Arbeitnehmer trägt dann auch noch das Risiko, dass das Gericht die Weisung als verbindlich ansieht und er wirksam gekündigt worden ist, weil er dieser nicht gefolgt ist. Umgekehrt muss das Risiko, eine unbillige Weisung auszusprechen, beim Arbeitgeber liegen, der dann für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses das Annahmeverzugslohnrisiko trägt.

Man kann gespannt sein, ob die Rechtsprechung sich auf Initiative des 10. Senats ändern wird.

IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:
Rechtsanwalt Stefan von Zduowski
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Ludwigkirchplatz 2
10719 Berlin-Wilmersdorf
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de