



XING Gruppe Arbeitsrecht Newsletter 2019-01

Thema: "Das Weisungsrecht des Arbeitgebers"

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers

Einleitung

Das einseitige Bestimmungsrecht des Arbeitgebers sog. Direktionsrecht auch bekannt als Weisungsrecht des Arbeitgebers ist niedergeschrieben in § 106 der Gewerbeordnung (GewO). Da im Gesetzestext von Weisungsrecht gesprochen wird, wird auch hier im Folgenden vom Weisungsrecht gesprochen. Die Lage der Gesetzesnorm irritiert zunächst, da Arbeitnehmer gerade nicht gewerblich tätig sind, sondern abhängige Beschäftigte. Aber ein Blick in den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung hilft, da in § 6 Abs. 2 GewO darauf verwiesen wird, dass die Bestimmungen des Abschnitts I des Titel VII für alle Arbeitnehmer Anwendung finden.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist Ausgestaltung und Ausdruck der abhängigen Beschäftigung des Arbeitnehmers und grenzt einen Arbeitnehmer gerade von einem Selbstständigen ab. Da die Weisungsgebundenheit und einseitige Leistungsbestimmung ein wesentliches Abgrenzungskriterium hierfür sind. Wobei zu berücksichtigen bleibt welche Art der Arbeit zu erbringen ist, bei eher einfachen Tätigkeiten wird i.d.R. eine sehr starke Weisungsgebundenheit vorliegen.

Häufig gibt es Unsicherheiten, was noch vom Weisungsrecht umfasst ist und welche Weisung nicht geeignet ist bzw. durch eine Änderungsvereinbarung getroffen werden muss. Dieser Themenbrief soll diese Thematik nochmals aufgreifen und einen Gesamtüberblick über die elementare dennoch nicht zu unterschätzende Materie. Insbesondere ist im Arbeitsrecht - wie immer – ein Augenmerk auf aktuelle Tendenzen der Rechtsprechung zu legen.

Geschuldete Arbeitsleistung

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers dient der nähen Ausgestaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten. Das Weisungsrecht soll die Arbeitsleistung näher konkretisieren, da nicht alle Pflichten und Nebenpflichten des Arbeitnehmers detailliert im Arbeitsvertrag niedergeschrieben werden. Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung einer Arbeitsleistung ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag, § 611a BGB. Der Arbeitnehmer schuldet regelmäßig, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Dienste nicht den Erfolg. Der Arbeitgeber schuldet die Vergütung.

BAG v. 2.11. 2016 – AZR 596/16: „Das Weisungsrecht betrifft danach zum einen die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht. Es ermöglicht dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer bestimmte Aufgaben zuzuweisen und den Ort und die Zeit ihrer Erledigung verbindlich festzulegen. Das beinhaltet die Berechtigung, den Arbeitnehmer zur Teilnahme an Gesprächen zu verpflichten, in denen der Arbeitgeber Weisungen in einem der oben genannten Bereiche vorbereiten, erteilen oder ihre Nichterfüllung beanstanden will (BAG 23. Juni 2009 - 2 AZR 606/08 - Rn. 17)“

Die Qualität und Intensität der Arbeitsleistung sowie das Arbeitstempo ist schwer regelbar. Der Inhalt der zu erbringenden Arbeitsleistung wird im Arbeitsvertrag meist nur allgemein und nicht abschließend geregelt. Beispielsweise findet man häufig die Formulierung der Arbeitnehmer wird als „kaufmännischer Angestellter“ eingestellt und schuldet alle sich daraus ergebenden Tätigkeiten. Was hierunter alles fällt lässt sich im Einzelfall streiten, völlig fachfremde Arbeitsleistungen wie beispielsweise das Reparieren oder Justieren von Maschinen werden jedenfalls nicht mehr hierunter fallen.

Weisungsrecht

Das Weisungsrecht steht dem Arbeitgeber zu. Er kann es aber auf andere Arbeitnehmer, sowie auf leitende Angestellte, delegieren. Beim Leiharbeitsverhältnis hat der Arbeitnehmer den Weisungen des Entleihers zu folgen, diesem steht das Weisungsrecht zu. Allerdings hat sich der Entleiher an die Vereinbarungen zu halten, die zwischen dem entleihenden Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer getroffen sind. Ohne Zustimmung des Arbeitnehmers kann der Umfang der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht verändert werden. D.h. auch der Leiharbeiter kann nicht zu Arbeiten herangezogen werden, die nicht mehr vom Vertrag gedeckt sind.

Wenn man sich nochmals die Rechtsquelle, welche auf ein Arbeitsverhältnis wirken können in Erinnerung ruft, sieht man dass das Weisungsrecht zum Arbeitsvertrag gehört und eine relativ schwache Rechtsquelle ist.

Rechtquellen sortiert nach Rang:

- Europarecht
- Grundrechte
- Gesetze
- Verordnungen
- Tarifverträge
- Betriebsvereinbarungen
- Arbeitsvertrag, Betriebliche Übung
- Weisungsrecht des Arbeitgebers

§ 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers

*Der Arbeitgeber kann **Inhalt, Ort und Zeit** der Arbeitsleistung nach **billigem Ermessen** näher bestimmen, **soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind**. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf **Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht** zu nehmen.*

Das Weisungsrecht gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit den Inhalt, den Ort und die Zeit der Arbeitsleistung näher zu bestimmen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers muss sich allerdings an höherrangigem Recht orientieren. Es wird begrenzt durch den Arbeitsvertrag, die Betriebsvereinbarung, den Tarifvertrag und muss sich ganz allgemein an Gesetz und Verfassung halten.

Vom Weisungsrecht umfasst sind auch Mitarbeitergespräche: Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers umfasst die Pflicht zur Teilnahme an einem vom Arbeitgeber während der Arbeitszeit im Betrieb angewiesenen Gespräch, dessen Gegenstand Inhalt, Ort und Zeit der zu erbringenden Arbeitsleistung ist, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht anderweitig festgelegt sind (vgl. BAG vom 2.11.2016, 10 AZR 596/15).

Beispiel: Eine Kleiderordnung kann vom Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst sein. Dies ist dann der Fall, wenn ein Unternehmen darauf besteht, dass seine Mitarbeiter weder in Jeans, noch in Turnschuhen zur Arbeit zu erscheinen haben. Das Weisungsrecht kann im Einzelfall sehr weit gehen wie folgender Fall zeigt. Da hier regelmäßig auch die Ordnung des Betriebes betroffen ist, ist auch die Arbeitnehmervertretung zu beteiligen.

BAG v. 2.11. 2016 – AZR 596/16: *„Ebenfalls vom Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst, weil zur „Leistung der versprochenen Dienste“ iSd. § 611 Abs. 1 BGB zählend, ist jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise von deren Erbringung unmittelbar zusammenhängt (BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 355/12 - Rn. 17). Als derartige Tätigkeit kann zum Beispiel das vorherige Anlegen einer arbeitgeberseitig vorgeschriebenen Dienstkleidung oder das Unterlassen des Tragens bestimmter privater Kleidungsstücke anzusehen sein (vgl. dazu BAG 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 27 mwN).“*

Fall: LAG Köln, 3 TaBV 15/10

Hier hat der Arbeitgeber (eine Fluggesellschaft) eine Trageordnung für Dienstkleidung zusammen mit dem Gesamtbetriebsrat erlassen, welche sehr detaillierte Regelungen enthält. Nach einem

Betriebsübergang klagte der neue Gesamtbetriebsrat gegen einzelne Regelungen mit der Begründen, dass diese gegen das Persönlichkeitsrecht der einzelnen Mitarbeiter (Fluggastkontrolle) verstießen. Darin waren beispielsweise enthalten: *„Das Tragen von BHs, Bustiers, bzw. eines Unterhemdes ist vorgeschrieben. Diese Unterwäsche ist in **weiß oder in Hautfarbe** ohne Muster/Beschriftungen/Embleme, etc. zu tragen bzw. anders farbige Unterwäsche darf in keiner Form durchscheinen (...) Fingernägel (Länge und Farbe) sind jederzeit gepflegt zu halten; sie sind einfarbig und in maximaler Länge von **0,5 cm über der Fingerkuppe** zu tragen“*

Das Gericht hielt einige Eingriffe als zu weit gehend: *„Hinsichtlich der in § 2 Ziff. 9 h) der Trageordnung enthaltenen Regelung für Mitarbeiterinnen, die Fingernägel einfarbig zu tragen, fehlt es bereits an der Geeignetheit dieses Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerinnen zur Erreichung des Regelungszwecks. Zwar kann die Gewährleistung eines einheitlichen Erscheinungsbildes durch eine einheitliche Dienstkleidung erreicht werden. Die Farbe der Fingernägel der Mitarbeiterinnen ist hierfür aber offensichtlich ohne Bedeutung. Erst recht ist diese Einschränkung der persönlichen Freiheit zur Erreichung des Regelungszwecks nicht erforderlich.(...) Dabei ist aus Sicht der erkennenden Kammer auch unproblematisch, dass die Unterwäsche weiß oder in Hautfarbe sein muss und keine Embleme, Beschriftungen oder Muster enthalten darf. Eine erhebliche Einschränkung des Persönlichkeitsrechts stellt diese Vorgabe nicht dar. Das Gleiche gilt für die Verpflichtung zum Tragen von Feinstrumpfhosen oder Socken.“*

Der genaue Inhalt einer arbeitsvertraglichen Leistung wird in der Regel nicht aufgenommen werden können. Daher ist das Weisungsrecht ein wichtiges Instrument des Arbeitgebers um die Arbeitsleistung zu konkretisieren.

Weisungsrecht und Arbeitszeit

Das Arbeitszeitvolumen (ganze Stelle, Teilzeit) wird im Arbeitsvertrag regelmäßig festgehalten. Die Arbeitszeitlage lässt man meist außen vor, damit der Arbeitgeber hier von seinem Weisungsrecht gebrauch machen kann, wenn Änderungen erforderlich werden sollten. Nicht außen vor darf in diesem Zusammenhang das Arbeitszeitgesetz gelassen werden.

Enthält der Arbeitsvertrag nur die Bestimmung des Arbeitszeitvolumens, z.B. wöchentliche Arbeitszeit 40 Stunden, kann der Arbeitgeber dieses Arbeitsvolumen nach billigem Ermessen dem Arbeitnehmer zuteilen und diesen z.B. täglich ab 8:00 Uhr morgens Montag bis Freitag, genauso gut aber z.B. ab 13:00 Uhr an 6 Tagen pro Woche beschäftigen oder den Mitarbeiter in Wechselschicht einsetzen.

Wurde dagegen im Arbeitsvertrag geregelt, dass die Arbeitsleistung von montags bis freitags von 9:00 Uhr bis 17:30 Uhr zu erbringen sei, kann der Arbeitgeber eine Veränderung der festgelegten Zeiten nicht im Wege des Direktionsrechts anweisen. Vielmehr müsste Änderungsvereinbarung oder eine Änderungskündigung ausgesprochen werden.

Weisungsrecht und Leistungsort

Der Arbeitgeber kann nach billigem Ermessen auch den Ort der Arbeitsleistung bestimmen, soweit im Arbeitsvertrag nicht nur ein ganz bestimmter Arbeitsort vereinbart ist. Soweit ein bestimmter Ort vorgegeben wird findet man häufig auch einen Versetzungsvorbehalt. Auch bei der Versetzung

müssen die konkreten Umstände des Einzelfalls geprüft werden. Die Rechtmäßigkeit einer Versetzung kann ebenso gerichtlich überprüft werden. Die Regelungen des SGB III können hier nicht einfach als Maßstab herangezogen werden (z.B. § 140 Abs. 4 SGB III). Der Begriff „Beschäftigungsort“ stammt aus dem Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch und wird nach § 9 SGB IV wie folgt definiert: Beschäftigungsort ist der Ort, an dem die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt wird.

BAG v. vom 30.11.2016, 10 AZR 744/15: „Die Bestimmung eines Orts der Arbeitsleistung in Kombination mit einer im Arbeitsvertrag durch Versetzungsvorbehalt geregelten Einsatzmöglichkeit im gesamten Unternehmen verhindert regelmäßig die vertragliche Beschränkung auf den im Vertrag genannten Ort der Arbeitsleistung (st. Rspr., zuletzt zB BAG 13. November 2013 - 10 AZR 1082/12 - Rn. 26 mwN). Fehlt es an einer Festlegung des Inhalts oder des Orts der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag, ergibt sich der Umfang der Weisungsrechte des Arbeitgebers aus § 106 GewO.“

Ordnung und Verhalten

Das Weisungsrecht bezieht sich, soweit es kollektiv ausgesprochen wird, auch auf die Ordnung und das Verhalten des Arbeitnehmers z.B. Alkoholverbote, Rauchverbote, Torkontrollen etc. Wobei hier parallel auch kollektivrechtliche Aspekte zu beachten sind und der Betriebsrat zu beteiligen ist im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG.

Beispiel: Im Einzelfall darf der Arbeitgeber ein Smartphoneverbot an einzelne Mitarbeiter erteilen. Denn dass private telefonieren oder das übermäßige Nutzen des Smartphones während der Arbeitszeit geht zu Lasten der geschuldeten Arbeitsleistung. Beabsichtigt der Arbeitgeber allerdings, allen Beschäftigten ein generelles Smartphoneverbot zu erteilen, so muss er die Zustimmung des Betriebsrats einholen bzw. eine Betriebsvereinbarung schließen. Denn bei einem generellen Nutzungsverbot ist nicht nur das individuelle Arbeitsverhalten, sondern das Ordnungsverhalten im Betrieb betroffen. Damit unterliegt die Anweisung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung.

Übersicht Weisungsrecht

- Recht des Arbeitgebers, die Tätigkeit des Arbeitnehmer näher zu bestimmen
- Ort der Arbeit
- Art der Arbeit
- Zeit der Arbeit
- Reihenfolge der zu erbringenden Arbeitsleistungen
-

Grenzen des Weisungsrechts

Einschränkungen durch Gesetze und Vereinbarungen

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist begrenzt durch Gesetze, kollektiv- und einzelvertragliche Vereinbarungen, vgl. §§ 106 S. 1,2 GewO. Ein Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer nicht so anweisen, dass dieser gegen geltendes Recht verstößt. Ebenso muss der Arbeitgeber die Kollektivvereinbarungen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarungen), die für das Arbeitsverhältnis gelten beachten.

Beispiel 1: Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer nicht anweisen, gegen das Arbeitszeit oder andere Arbeitsschutzgesetze zu verstoßen z.B. regelmäßig 10 Stunden pro Tag zu arbeiten, da gem. § 3 S. 1 ArbZG grundsätzlich eine tägliche Arbeitshöchstzeit von 8 Stunden pro Tag zulässig sind. Überstunden müssen entsprechend § 3 S.2 ArbZG ausgeglichen werden.

Beispiel 2: Ein IT-Angestellter muss nicht der Aufforderung seines Arbeitgebers nachkommen, eine illegale Softwarekopie im Firmennetz zu installieren. Denn dadurch würde er Urheberrechte verletzen, was neben zivilrechtlichen Konsequenzen auch strafrechtliche Verfolgung nach sich ziehen könnte.

Eine Weisung, die offensichtlich gegen ein Gesetz verstößt muss nicht durch den Arbeitnehmer befolgt werden. Eine verhaltensbedingte Abmahnung oder Kündigung durch den Arbeitgeber hierauf beruhend ist rechtswidrig.

Ausübung nach billigem Ermessen

Bei der Ausübung des Weisungsrechts muss der Arbeitgeber neben den vertraglichen und gesetzlichen Grenzen auch beachten, dass Weisungen nur nach billigem Ermessen (§ 106 GewO, § 315 BGB) erfolgen dürfen, so das BAG bereits in einer Entscheidung 1961 (BAG vom 12.10.1961 5 AZR 423/60).

BAG, Urte. v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78: *„Auf Grund seines Weisungsrechts (Direktionsrechts) kann der Arbeitgeber einseitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher bestimmen. [...] Seine Grenzen findet das Weisungsrecht in den Vorschriften der Gesetze, des Kollektiv- und des Einzelarbeitsvertragsrechts; es darf nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden.“* Das entspricht weitgehend nahezu wörtlich dem heutigen § 106 GewO.

Hier hat der Arbeitgeber beispielsweise auf Behinderungen, Alter oder familiäre Situation des Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen. Es muss eine Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen. Eine Weisung, die nur die Interessen des Arbeitgebers berücksichtigt kann im Einzelfall unbillig sein. D.h. die Weisung darf nicht völlig unsachlich sein und muss die Fähigkeiten sowie die bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers berücksichtigen. Der Arbeitgeber hat auch Behinderungen des betroffenen Arbeitnehmers zu bedenken, vgl. § 106 S. 3 GewO. Die Grundrechte des Arbeitnehmers sind bei der Billigkeitsabwägung zu berücksichtigen. Bedeutsam sind regelmäßig das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, dessen Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG und der Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 GG (vgl. BAG, Urte. v. 10. 7. 2013 – 10 AZR 915/12).

BAG, Urte. v. 9.4.2014 – 10 AZR 637/13: *„Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind.“*

Beispiel: Wenn es mehrere Arbeitnehmer gibt, die für eine Versetzung in Frage kommen, muss abgewogen werden, ob gerade die Versetzung des Arbeitnehmers X eine unbillige Härte darstellt z.B. weil dieser keinen Führerschein hat und nun täglich zu einem anderen Betrieb fahren müsste. Und Arbeitnehmer Y, ohnehin näher am anderen Betrieb wohnt und einen Führerschein hat.

LAG Schleswig-Holstein v. 26.08.2015 – 3 Sa 157/15

Unter dem Gesichtspunkt des billigen Ermessens sah das LAG Schleswig-Holstein eine Versetzung im Wege des Direktionsrechts als unwirksam an. Der Arbeitnehmer, ein Vater von drei schulpflichtigen Kindern, wurde von einer Dauerbaustelle an seinem Wohnort in Brunsbüttel nach Ludwigshafen (ca. 700 km) versetzt. Der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers sah vor, dass er auf allen Baustellen im Bundesgebiet eingesetzt werden dürfe, auch wenn er seine Wohnung von dort aus nicht jeden Tag erreichen könne. Dennoch sah das LAG die Interessen des Arbeitnehmers nicht genügend berücksichtigt. Bestehen Auswahlmöglichkeiten, muss der Arbeitgeber denjenigen Arbeitnehmer für die Versetzung auswählen, der weniger schutzwürdig ist. Schon weil der Arbeitgeber diese Erwägung nicht angestellt hätte, sei die Weisung an den Arbeitnehmer, fortan in Ludwigshafen zu arbeiten, unwirksam.

Rechtsfolge einer unbilligen Weisung

Nach der bislang herrschenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht (BAG) darf sich ein Arbeitnehmer über eine unbillige Weisung nicht hinwegsetzen. Vielmehr sei er verpflichtet, die Weisung zunächst zu befolgen. Zur Klärung der Unbilligkeit müsse er ein Gericht anrufen (hier könnte sich die Rechtsprechung des BAG ändern s.u.)

Kein Weisungsrecht bei Arbeitsunfähigkeit

Das BAG entschied, dass ein durch Arbeitsunfähigkeit an seiner Arbeitsleistung verhandelter Arbeitnehmer regelmäßig nicht verpflichtet ist, auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen, um dort an einem Gespräch zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeit teilzunehmen. In diesem Fall hatte der Arbeitgeber ein Krankengespräch während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers angesetzt und diesen später abgemahnt wegen Nichterscheinens.

BAG v. 2.11.2016 – AZR 596/15: „Während der Dauer einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitgeber kein Weisungsrecht gemäß § 106 GewO, soweit es Pflichten betrifft, von deren Erfüllung der Arbeitnehmer krankheitsbedingt befreit ist. Dazu zählen die Arbeitspflicht als Hauptleistungspflicht (zu diesem Begriff vgl. BGH 13. November 2012 - XI ZR 145/12 - Rn. 28) sowie die unmittelbar damit zusammenhängenden Nebenleistungspflichten, die der Arbeitspflicht nahekommen oder sogar Bestandteil der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht sind und ausschließlich den Interessen des Arbeitgebers dienen (vgl. dazu BAG 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 18). Solche Nebenleistungspflichten entfallen für den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, falls ihre

Erfüllung nicht ohnehin krankheitsbedingt unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB), jedenfalls nach § 275 Abs. 3 BGB, weil das Leistungsinteresse des Gläubigers insoweit zurückzutreten hat.“

Außerdienstliches Verhalten

Da der Arbeitgeber nicht den privaten Bereich seiner Arbeitnehmer regeln darf gilt dies auch hinsichtlich des Weisungsrechts, was nicht ausschließt, dass im Einzelfall ein außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers auch Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis haben kann (z.B. Äußerungen in Socialmedia, Verstöße gegen Wettbewerbsverbote etc.).

Besonderheiten bei Notfällen

Besonderheiten ergeben sich bei **Notfällen**. Bei außergewöhnlichen Notfällen (z.B. Naturkatastrophen, Überschwemmungen) ergibt sich ganz ausnahmsweise aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, dass er dann auch zu solchen Arbeiten herangezogen werden kann, die nicht in seinen Tätigkeitsbereich fallen. Es muss sich allerdings hierbei um einen unvorhersehbaren, durch rechtzeitige Personalplanung nicht behebbaren Engpass handeln. Regelmäßiger Arbeitskräftemangel (zu dünne Personaldecke – Stichwort: „Organisationsversagen“ oder regelmäßig auftretende Eilfälle fallen nicht darunter.

Grenzen des Weisungsrechts

- Gesetze
- Ausdrücklich arbeitsvertragliche Regelungen
- Tarifvertragliche Regelungen
- Betriebsvereinbarungen
- Billiges Ermessen

Wichtig

Achten Sie bei Auszubildenden darauf, dass diese nach § 14 Berufsbildungsgesetz (BBiG) nur Arbeiten zugewiesen bekommen dürfen, die ihrer Berufsausbildung dienen und ihren körperlichen Kräften entsprechen.

Gerichtliche Überprüfung

Ob eine Weisung des Arbeitgebers der Billigkeit entspricht unterliegt der gerichtlichen Überprüfbarkeit. Wenn ein Arbeitnehmer mit einer zugewiesenen Arbeit bzw. Versetzung nicht einverstanden ist und der Meinung ist, dass diese nicht mehr von seinem Tätigkeitsbereich erfasst

wird bzw. unbillig ist, so kann er auf Feststellung oder auf vertragsgemäße Beschäftigung vor dem Arbeitsgericht klagen.

Hier ist insbesondere die neue Tendenz der BAG Rechtsprechung zu beachten.

Das BAG vertrat bisher uneingeschränkt die Auffassung, dass der Arbeitnehmer an eine Weisung des Arbeitgebers, sofern sie nicht aus sonstigen Gründen unwirksam ist, vorläufig gebunden ist, bis durch rechtskräftiges Urteil die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung festgestellt wurde (BAG, v. 22. 02.2012, 5 AZR 249/11). D.h. auch wenn die Parteien sich über die Rechtmäßigkeit der Weisung uneinig sind muss der Arbeitnehmer sich zunächst daran halten bis gerichtlich die Unrechtmäßigkeit bzw. Unbilligkeit der Weisung festgestellt ist. Manche Arbeitgeber missbrauchen diese Rechtsprechung um selbst einen Kündigungsgrund zu produzieren, wenn sich nämlich der Arbeitnehmer nicht an diese Weisung hält bis gerichtlich etwas anderes ausgeurteilt wurde.

Der Pressemitteilung Nr. 25/17 des Bundesarbeitsgerichtes (BAG 14.06.2017 – 10 AZR 330/16) zu entnehmen ist, möchte der Zehnte Senat nun die Auffassung vertreten, dass Arbeitnehmer unbilligen Weisungen des Arbeitgebers auch dann nicht Folge leisten müssen, wenn eine rechtskräftige arbeitsgerichtliche Entscheidung noch nicht vorliegt. Der Zehnte Senat fragt daher nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an, ob der Fünfte Senat erklärt, dass er an seiner Rechtsauffassung festhält. Daher bleibt die Thematik spannend und es ist die weitere Rechtsprechung abzuwarten.

Folgender Sachverhalt liegt hier zugrunde: Der Kläger ist seit dem Jahr 2001 bei der Beklagten beschäftigt. Er war zuletzt als Immobilienkaufmann am Standort Dortmund eingesetzt. Zwischen den Parteien war im Jahre 2013/14 ein Kündigungsrechtsstreit anhängig, der zugunsten des Klägers ausging. Nachdem Mitarbeiter im März 2014 eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger abgelehnt hatten, teilte die Beklagte ihm mit Schreiben vom 23. Februar 2015 mit, dass sie ihn für die Zeit vom 16. März bis zum 30. September 2015 am Standort Berlin einsetzen werde; eine Beschäftigungsmöglichkeit in Dortmund außerhalb dieses Teams bestehe nicht. Nachdem der Kläger seine Arbeit am Standort Berlin nicht aufgenommen hatte, mahnte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 26. März 2015 ab. Im April erfolgte eine weitere Abmahnung. Mit Schreiben vom 28. Mai 2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Mit der vorliegenden Klage möchte der Kläger klären, dass er nicht verpflichtet war, der Weisung vom 23. Februar 2015 Folge zu leisten. Des Weiteren begehrt er die Entfernung der Abmahnungen aus seiner Personalakte. In einem weiteren Verfahren wendet er sich gegen die Wirksamkeit der Kündigung. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben.

Tipp:

Die Pressemitteilungen und Entscheidungen des BAG können unter www.bundesarbeitsgericht.de abrufen.

Weitere Möglichkeiten

Da das Weisungsrecht begrenzt ist, ist es sinnvoll eine Versetzungsklausel in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, diese darf auch nicht zu weit formuliert werden da sonst die Klausel einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhält.

Beispiel: Wenn wie oben dargestellt ein Arbeitnehmer als „kaufmännischer Angestellter“ eingestellt wird, dann kann dieser nicht eine Aufgabe zugewiesen bekommen, die mit diesem Arbeitsbereich nicht zu tun hat beispielsweise kann hier der Arbeitnehmer nicht, weil gerade wenig zu tun ist als Lagerfachkraft einspringen.

Es können nur Tätigkeiten zugewiesen werden, die noch im Zusammenhang mit der ausgeübten Tätigkeit und dem Beruf zusammenhängen, mithin im billigen Ermessen.

Versetzungsklauseln

Wenn der Arbeitgeber bestimmte Tätigen zuweisen möchte, die nicht von der eigentlichen Tätigkeit erfasst sind muss der Arbeitgeber eine Versetzungsklausel in den Arbeitsvertrag aufnehmen aber auch diese muss einer AGB-Kontrolle standhalten, also transparent (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) und klar verständlich (§ 305 Abs. 2 BGB) sein und auch hier muss ein billiges Ermessen ausgeübt werden. Solche Klauseln beinhalten meist Regelungen, dass dem Arbeitnehmer eine inhaltlich andere, aber gleichwertige Tätigkeit wie die vertraglich geschuldete zu übertragen ist.

Abgrenzung Änderungsvertrag

Soll eine ganz andere Tätigkeit ausgeübt werden, geht dies einseitig nicht. Hier müssen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer eine Änderungsvereinbarung unterzeichnen, dass nun ein neuer Arbeitsbereich ausgeübt werden soll. Dies kann beispielsweise in einem Nachtrag zum Arbeitsvertrag geschehen.

Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer Änderungen zum Vertrag vorschlagen. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können Arbeitsverträge im Laufe der Zeit angepasst werden. Da hier jedoch wie für jeden Vertrag zwei übereinstimmende Willenserklärungen notwendig sind, bleiben die einzelnen Bestimmungen unverändert, wenn der Arbeitnehmer nicht zustimmt. Alternativ kann der Arbeitgeber muss nun den gesamten Arbeitsvertrag kündigen, auch wenn nur einzelne Teile des Arbeitsvertrages geändert werden sollen. Hier ist jedoch der Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes und die Auswahl des mildesten Mittels zu beachten. Eine mögliche Änderungskündigung ist milder als eine Kündigung.

Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung ist eine Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses mit einem gleichzeitigen Angebots eines neuen Arbeitsvertrages zu neuen Bedingungen. Auch bei einer Änderungskündigung ist der Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes insbesondere die soziale Rechtfertigung zu beachten. Soweit sich der Arbeitgeber für den Weg der Änderungskündigung entscheidet, also eine Kündigung der aktuellen Beschäftigung und gleichzeitig ein neues Angebot für

eine neue Tätigkeit stellt, muss bzgl. der Kündigung auch der Betriebsrat beteiligt werden. Denn der Betriebsrat ist „vor jeder Kündigung“ zu hören, vgl. § 102 BetrVG.

Wichtig

Beachten Sie bei einer Änderungskündigung die soziale Rechtfertigung und die Beteiligungsrecht des Betriebsrates. Eine Änderungskündigung kann zunächst auch unter Vorbehalt einer gerichtlichen Überprüfung angenommen werden.

Mitbestimmung Betriebsrat

Bei Regelungen, welche die Ordnung des Betriebes betreffen, mithin mehrere Arbeitnehmer wird regelmäßig ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausgelöst. Bei generellen Regelungen der Lage der Arbeitszeit steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu.

Die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs kann eine Mitbestimmung nach § 99 BetrVG auslösen.

Was eine Versetzung i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes ist gibt § 95 Abs. 3 BetrVG wieder:

§ 95 Abs. 3 BetrVG

*Versetzung im Sinne dieses Gesetzes ist die **Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs**, die voraussichtlich die **Dauer von einem Monat** überschreitet, **oder** die mit einer **erheblichen Änderung der Umstände verbunden** ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Werden Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt, so gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung.*

Eine Versetzung, die der Arbeitgeber ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates durchführt ist gegenüber dem Arbeitnehmer unwirksam. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit vor dem Arbeitsgericht eine Ersetzung der Zustimmung zu beantragen, § 99 Abs. 4 BetrVG.

Eine Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches liegt vor, wenn dem Arbeitnehmer derart ein neuer Arbeitsbereich zugewiesen wird, dass sich der Gegenstand der geforderten Arbeitsleistung und somit das Gesamtbild der Tätigkeit verändert. Hierunter fallen die Veränderung des Arbeitsortes, der Arbeitsaufgabe, Änderungen in der Organisation und/oder der Arbeitsumstände. Ein weiteres Indiz kann eine damit verbundene Umgruppierung sein.

Wichtig

Die Beteiligung des Betriebsrates nach §§ 99, 95 BetrVG greift erst ein, wenn im Betrieb in der Regel mehr als 20 volljährige Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Fazit

Das Weisungsrecht (Direktionsrecht) des Arbeitgebers dient der näheren Ausgestaltung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung. Das Weisungsrecht ist vielfältig und betrifft, Ort, Art und Zeit der Arbeitsleistung. Eine Weisung kann daher im Einzelfall soweit diese im billigen Ermessen erfolgt, einseitig durch den Arbeitgeber angeordnet werden. Soweit die Ordnung des Betriebs tangiert wird ist die Arbeitnehmervertretung zwingend zu beteiligen. Eine Versetzung oder Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches löst nach §§ 95, 99 BetrVG ebenso Beteiligungsrechte aus. Einen dauerhaft anderen Arbeitsbereich oder Tätigkeit kann der Arbeitgeber durch Weisungsrecht dem Arbeitnehmer nicht zuweisen, hierzu bedarf es einer entsprechenden Versetzungsklausel bzw. eines Änderungsvertrages oder soweit keine einvernehmliche Einigung gefunden werden kann einer Änderungskündigung. Wobei zu beachten bleibt, dass auch bei einer Änderungskündigung der Maßstab einer „normalen“ Kündigung angelegt werden muss (insbesondere Beteiligung des Betriebsrates durch Anhörung und Sozialauswahl, sowie Berücksichtigung der Wahl des mildesten Mittel).

(Autoren RA Jünger und RAin Dimartino)

Hinweis I

Unser Newsletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Newsletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Weitere interessante Newsletter mit aktuellen arbeitsrechtlichen Themen finden Sie auf unserer Homepage unter folgendem Link: <http://www.kanzleijuenger.de/medien/newsletter/>

Hinweis II

Das Seminar mitunter dem Thema Weisungsrecht kann gerne für Sie als **Inhouse-Seminar** „Arbeitsrecht“ durchgeführt werden. Details hierzu gerne auf Anfrage.

Weitere Seminarthemen finden Sie unter:

<http://www.kanzleijuenger.de/seminare/seminarthemen-arbeitsrecht/>

Beste Grüße

Jean-Martin Jünger
Rechtsanwalt
XING Ambassador Gruppe Arbeitsrecht



RA Jean-Martin Jünger
Kanzlei für Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Jean-Martin Jünger
LB Wirtschafts- und Arbeitsrecht Hochschule Heidelberg und DHBW Mannheim
Kanzlei für Arbeitsrecht
Friedrich-König-Str. 3-5
68167 Mannheim
Phone: +49 (0)621-49076513
Fax: +49 (0)621-49076514
Mobil: +49 (0)178-8535717
E-Mail: ra.juenger@kanzlei-juenger.de
Online: <http://www.KanzleiJuenger.de>