



## Mandanteninfo 04/2017: Folgen einer unbilligen Weisung (Versetzung)

### Bundesarbeitsgericht:

[Beschluss vom 14.06.2017 – 10 AZR 330/16 \(Pressemitteilung Nr. 25/17\)](#)

Einseitige Weisungen des Arbeitgebers bezogen auf Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sind grundsätzlich unwirksam, wenn sie gegen den Arbeitsvertrag, gegen ein Gesetz, gegen Bestimmungen eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung verstoßen ([§ 106 GewO](#)). Auch dann aber, wenn dies nicht der Fall ist, hat der Arbeitgeber sein Weisungsrechts nach „billigem Ermessen“ auszuüben, muss also die betrieblichen Interessen mit den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers angemessen gegeneinander abwägen. Muss aber ein Arbeitnehmer, der vom Arbeitgeber im Rahmen einer grundsätzlich zulässigen, einseitigen Versetzung angewiesen wurde, seine Tätigkeit an einem anderen Arbeitsort zu verrichten, dieser Weisung auch dann Folge leisten, wenn sie gemessen an dem arbeitgeberseitigen Weisungsrecht des § 106 GewO billigem Ermessen nicht entspricht?

Diese Frage hatte der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer viel kritisierten Entscheidung vom 22.02.2012 ([5 AZR 249/11](#)) bejaht und entschieden, dass ein Arbeitnehmer sich auch über eine unbillige Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung der Arbeitsgerichte nicht hinwegsetzen dürfe. Der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem ganz aktuellen Beschluss vom 14.06.2017 mitgeteilt, dass er die gegenteilige Auffassung vertreten möchte, wonach der Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des § 106 GewO eine unbillige Weisung des Arbeitgebers auch dann nicht befolgen muss, wenn keine dementsprechende rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Wegen der damit verbundenen Abweichung von der Rechtsprechung des 5. Senats hat der 10. Senat deshalb nach [§ 45 Abs. 3 S. 1 ArbGG](#) beim 5. Senat des BAG nachgefragt, ob er an seiner Rechtsauffassung festhalten will.

#### *Zum Prozessrecht:*

Das [Arbeitsgerichtsgesetz \(ArbGG\)](#) sieht Regelungen vor, die die Einheitlichkeit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sichern sollen, bei dem zehn unterschiedlich besetzte Senate gebildet sind. Teilweise sich überschneidende Zuständigkeitsregelungen können dazu führen, dass der eine Senat zu einer Rechtsfrage eine andere Auffassung vertritt als ein Anderer. Nach [§ 45 Abs. 1 ArbGG](#) ist beim Bundesarbeitsgericht deshalb ein Großer Senat gebildet, der zu entscheiden hat, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will. § 45 Abs. 3 ArbGG bestimmt, dass eine Vorlage an den Großen Senat aber nur dann zulässig ist, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats, der abweichen will, erklärt hat, dass er an seiner Rechtsauffassung festhält. Diese Anfrage hat jetzt in der oben genannten Rechtsfrage erfreulicherweise der 10. Senat an den Fünften gerichtet, so dass jetzt entweder der 5. Senat seine frühere Rechtsprechung aufgibt oder eine Entscheidung des Großen Senats erzwungen wird.

#### *Zum materiellen Recht:*

Das ist deshalb erfreulich, weil die Entscheidung des 5. Senats nicht nur in ihrer rechtlichen Begründung außerordentlich fragwürdig ist und deshalb zu Recht in der Fachliteratur und Teilen der Rechtsprechung auf heftige Kritik gestoßen ist. Sie führt in ihren Konsequenzen auch dazu, dass ein Arbeitnehmer, der sich einer unbilligen und damit rechtswidrigen Weisung seines Arbeitgebers ausgesetzt sieht, dieser entweder folgen muss, bis nach einem möglicherweise Jahre dauernden Rechtsstreit rechtskräftig (so oder so) entschieden wurde, oder der Weisung nicht folgt und damit das Risiko geht, trotz ihrer „Unbilligkeit“, mit Abmahnung und Kündigung rechnen zu müssen und seinen Vergütungsanspruch zu verlieren.

In dem jetzt dem Anfragebeschluss des 10. Senats zugrunde liegenden Fall, war der Kläger seit dem Jahr 2001 als Immobilienkaufmann in Dortmund beschäftigt. Einen Kündigungsschutzrechtsstreit im Jahre

2013/2014 konnte der Kläger für sich entscheiden, woraufhin der Arbeitgeber ihm im Februar 2015 mitgeteilt hat, dass er ihn für die Zeit von 16.03. bis 30.09.2015 in Berlin einsetzen werde (ein überörtlicher Versetzungsvorbehalt war arbeitsvertraglich wirksam vereinbart). Nachdem der Kläger seine Arbeit am Standort Berlin nicht aufgenommen hatte, mahnte ihn die Beklagte im März und mit einer weiteren Abmahnung im April ab und kündigte Ende Mai 2015 das Arbeitsverhältnis fristlos. In dem vom 10. Senat noch zu entscheidenden Verfahren hat der Kläger über zwei Instanzen erfolgreich die Feststellung geltend gemacht, dass er nicht verpflichtet war, der Weisung vom Februar 2015 (Versetzung nach Berlin) Folge zu leisten und die Entfernung der Abmahnungen aus seiner Personalakte erwirkt. (In einem weiteren, noch beim 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts anhängigen, noch nicht entschiedenen Verfahren, wendet er sich gegen die Wirksamkeit der danach ausgesprochenen Kündigung.)

Das Arbeitsgericht Dortmund und das Landesarbeitsgericht Hamm ([Urteil vom 17.03.2016 17 Sa 1660/15](#)) hatten also der Klage (Unwirksamkeit der Versetzung nach Berlin) stattgegeben. Dabei hatte das Berufungsgericht wegen eines entsprechenden Versetzungsvorbehalts im Arbeitsvertrag des Klägers zwar die einseitige Versetzung grundsätzlich für zulässig gehalten und auch andere Unwirksamkeitsgründe (denkbare Verstöße gegen gesetzliche Verbote, Unwirksamkeit der Weisung wegen nicht ordnungsgemäßer Mitwirkung des Betriebsrats oder wegen Verletzung des Arbeitsvertrags) verneint, gleichzeitig aber festgestellt, dass die Versetzungsanordnung unbillig gewesen sei: Die Interessen des Arbeitgebers an der Versetzung und die Interessen des Arbeitnehmers an seiner Weiterarbeit am bisherigen Arbeitsort seien vom Arbeitgeber nicht angemessen gegeneinander abgewogen worden. Auf solche Fälle „bloßer Unbilligkeit“ einer Weisung hatte sich der 5. Senat des BAG in seiner Entscheidung von 2012 bezogen. Das LAG Hamm hat sich in seiner Begründung ausführlich mit den Argumenten des 5. Senats auseinandergesetzt und vor allem darauf hingewiesen, dass eine Bindung des Arbeitnehmers an unbillige Weisungen dem Wortlaut des [§ 315 Abs. 1 S. 1 BGB](#) und des [§ 106 S. 1 GewO](#) widerspricht, der ja jeweils die Billigkeit der Leistungsbestimmung voraussetzt. Vor allem hat das LAG Hamm auf die nicht hinnehmbaren Konsequenzen für den Arbeitnehmer verwiesen, zu der diese Rechtsprechung führt und die mit einer, so wörtlich, „untragbaren Risikoverlagerung“ zu Lasten der Arbeitnehmer verbunden ist. Dieser Argumentation hat sich jetzt der 10. Senat im Ergebnis angeschlossen. Es bleibt zu hoffen, dass der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts auf den Anfragebeschluss seinen Irrweg aufgibt, was im Bereich einseitiger Arbeitgeberweisungen wieder zu einer ausgewogeneren Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer führen könnte.

#### *Konsequenzen:*

Was sicher auch in Zukunft bleiben wird, ist die meist nicht kleine Schwierigkeit oft sehr rasch und trotzdem rechtssicher entscheiden zu müssen, wie ein Gericht eine solche arbeitgeberseitige Weisung im Streitfall bewerten würde. Eine rechtliche Fehlbeurteilung geht auch zukünftig zu Lasten des Arbeitnehmers und könnte weiterhin eine ggf. auch fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses begründen. Dieses immer verbleibende Risiko könnte aber bei einer entsprechenden Rechtsprechungskorrektur des Bundesarbeitsgerichts dadurch reduziert werden, dass betroffene Arbeitnehmer im Wege einer einstweiligen Verfügung zukünftig wieder vorläufigen Rechtsschutz bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache erlangen könnten. Dies war bislang auf dem Hintergrund der Entscheidung des 5. Senats vom 22.02.2012 in der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte höchst umstritten. Die hoffentlich zu erwartende Rechtsprechungskorrektur des Bundesarbeitsgerichts dürfte insoweit Arbeitnehmern, die von möglicherweise unbilligen Arbeitgeberweisungen betroffen sind, zukünftig wieder ein wenig mehr Rechtssicherheit bringen. Heute schon ist zu raten, auf dem Hintergrund des Anfragebeschlusses des 10. Senats in geeigneten Fällen rasch einstweiligen Rechtsschutz gegen unbillige Arbeitgeberweisungen beim Arbeitsgericht zu beantragen. Entscheidet nämlich das Arbeitsgericht im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, dass einer Weisung „bis zur Entscheidung in der Hauptsache“ nicht Folge zu leisten sei, sind Abmahnung und Kündigung sogar dann ausgeschlossen, wenn sich der Arbeitgeber im Hauptsacheverfahren im Ergebnis durchsetzen sollte.

#### **Nachtrag September 2017**

Der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat mit [Beschluss vom 14.09.2017 \(5 AS 7/17\)](#) mitgeteilt, dass er an seiner früheren Auffassung nicht mehr festhält, sondern sich insoweit der Auffassung des 10. Senats anschließt.

**[Sie interessieren sich für andere Ausgaben?](#)**

<http://www.arbeitsrecht24.com/mandanteninfo.php>

