

Denkwürdiges vom 10. Senat zum Weisungsrecht

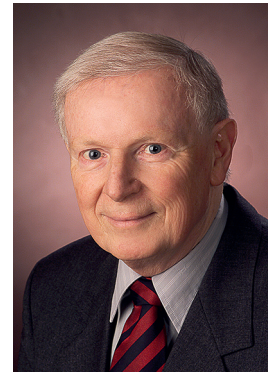
Man kann sicher unterschiedlicher Meinung über die wünschenswerten Folgen einer unbilligen Weisung sein. Der Gesetzgeber hüllt sich in Schweigen. Der 10. Senat erkannte nun im Gegensatz zur Rechtsprechung des 5. Senats (unter dessen früherem Vorsitzenden) auf Unwirksamkeit von Anfang an. Man fragt sich natürlich, ob sich dahinter mehr verbirgt als ein Wechsel von einer eher arbeitgeber- zu einer eher arbeitnehmerfreundlichen Sicht. Um es kurz zu machen: Die rechtlichen Ausführungen des 10. Senats überzeugen nicht.

Wenn der Gesetzgeber sagt, Unternehmen könnten heute „nicht mehr nur durch Über- und Unterordnung, sondern durch ein eher partnerschaftliches Miteinander von Arbeitgebern und Beschäftigten bestehen“, dann erklärt er damit den Wechsel von der altväterlichen Formulierung des § 121 GewO zu der zeitgemäßerem des § 106 GewO. An die Rechtsfolgen einer unbilligen Weisung hat er nicht gedacht. Es wäre ihm ein Leichtes gewesen, das Rätselraten der Praxis durch einen Satz 4 in § 106 GewO zu beseitigen („Eine unbillige Weisung ist unwirksam“). Dass der Arbeitnehmer bei vorläufiger Wirksamkeit einer unbilligen Weisung das Risiko der Unwirksamkeit zu tragen hat, ist sicher bedauerlich; es ist aber kein Beweis, sondern das zu Beweisende. Das Zitat aus *Schauß* (ArbRAktuell 2016, 518 [519]), die vorläufige Wirksamkeit sei eine „Spielwiese für trennungswillige Arbeitgeber“, ersetzt eine Auseinandersetzung mit den Wertungsgrundlagen nicht. Man hätte diesem Satz zumindest den von *Schmitz-Scholemann* (JbArbR 2013, 53 [86]) gegenüberstellen müssen: „Könnte jede (unbillige) Weisung durch Prozesse blockiert werden, könnte die Praxis des Arbeitsverhältnisses zu einer dauernden Hängepartie degenerieren“. Niemand wird bestreiten, dass unter den Abertausenden von Weisungen auch missbräuchliche sind. Das rechtfertigt es aber nicht, den Ausnahmefall zum Ausgangspunkt für eine allgemeine Regel zu machen. Missbräuche sind mit § 242 BGB zu bekämpfen.

Schwer verständlich ist die Annahme des Senats, § 106 GewO sei *lex specialis* zu § 275 III BGB, nicht aber zu § 315 BGB. Das Gegenteil ist richtig. Mit der Behauptung, § 275 III BGB gehe § 106 GewO vor, entzieht sich der Senat einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Frage, warum Unzumutbarkeit der Leistung, also auch der Arbeitsleistung, nur zu einem Leistungsverweigerungsrecht führen soll, Unbilligkeit aber zur Nichtigkeit. § 315 I (billiges Ermessen nur im Zweifel) und 315 III 2 BGB (Weisung durch das Gericht) will der Senat selbst nicht anwenden.

Schließlich: Die Bemerkung, einer Änderungskündigung, die den Arbeitnehmer zur vorläufigen Leistung zu den neuen Bedingungen verpflichtet, habe dieser ja zugestimmt, steht in krassem Gegensatz zu der Rechtsprechung zur Angemessenheitskontrolle von Änderungsverträgen. Systematische Auslegung sieht anders aus.

Fehler macht jeder, sagt *Ulrich Preis* (S. 1353 in diesem Heft). Wohl wahr!



Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka, Passau