



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Unbillige Weisungen des Arbeitgebers und ihre Folgen
- Zugleich ein Beitrag zu ausgewählten Grundlagenfragen
des Weisungsrechts“**

Dissertation vorgelegt von Florian Klein

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Zweitgutachter: Prof. Dr. Thomas Lobinger

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Der Autor hat die Rechtsfolgen einer unbilligen Weisung und die sonstigen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis untersucht. Die Arbeit hatte zum Ziel, einen Gesamtüberblick über die möglicherweise in Betracht zu ziehenden Ansprüche des Arbeitnehmers zu schaffen und einen Beitrag zu ausgewählten Grundlagenfragen des Weisungsrechts zu leisten. Die Untersuchung führte zu den nachfolgenden Ergebnissen.

A. Erster Teil: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers

1. Neben vereinzelt vorzufindenden spezialgesetzlichen Regelungen bilden die §§ 315, 611a Abs. 1 S. 2 BGB, § 106 GewO die gesetzlichen Grundlagen zur Bewertung von arbeitgeberischen Weisungen. § 611a Abs. 1 S. 2 BGB bleibt inhaltlich hinter § 106 GewO zurück, weshalb § 106 GewO insoweit maßgeblich ist.

2. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist im Arbeitsverhältnis von grundlegender Bedeutung. Es nimmt insbesondere drei Funktionen wahr. Erstens ist die Weisungsabhängigkeit des Arbeitnehmers das wichtigste Element („primus inter pares“) zur Feststellung der „persönlichen Abhängigkeit“, welche den Arbeitnehmer vom Selbständigen unterscheidet. Es ist nicht gleichbedeutend mit dem Merkmal „fremdbestimmt“, welchem Auffangcharakter zukommt. Zweitens ist das Weisungsrecht in tatsächlicher Hinsicht das historisch gewachsene Leitungsinstrument des Arbeitgebers schlechthin. Rechtlich ist es ein Konkretisierungsrecht, mit dessen Hilfe der Arbeitgeber die regelmäßig nur abstrakt vereinbarte Arbeitspflicht zeitweilig konkretisieren kann. Drittens ist die Reichweite des Weisungsrechts maßgeblich für die Feststellung der horizontalen Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern im Rahmen der nach § 1 Abs. 3 KSchG vorzunehmenden Sozialauswahl.

3. Die Rechtsgrundlage des Weisungsrechts des Arbeitgebers ist seit dessen Einführung in § 106 GewO und damit im Gesetz und nicht mehr im Arbeitsvertrag zu sehen.

4. Bei dem Weisungsrecht des Arbeitgebers handelt es sich in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung um ein Gestaltungsrecht mit besonderen Charakteristiken. Es erschöpft sich nicht in der einmaligen Ausübung und der Arbeitgeber ist auch nicht an seine Leistungsbestimmung dauerhaft gebunden (sog. Grundsatz der Neuausübbarkeit). Die einzelne Weisung ist die zur Ausübung eines Gestaltungsrechts notwendige Gestaltungserklärung. Sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und damit ein Rechtsgeschäft.

5. Das Weisungsrecht steht originär dem Arbeitgeber als Gläubiger der versprochenen Dienste bzw. dessen gesetzlichen Vertretern zu. Es kann jedoch an einzelne Mitarbeiter ganz oder teilweise delegiert werden. Die Weisungsrechtsausübung unterliegt gesetzlich keinen Formzwängen.

6. Gegenstand des Weisungsrechts kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sowie die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb sein. Diese sich aus § 106 GewO ergebende Auflistung ist abschließend. Der Inhalt der Arbeitsleistung umfasst auch die „Durchführung“ der Arbeitsleistung, die in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB eigens erwähnt ist. Äußere Grenze des inhaltlichen Weisungsrechts bildet der vereinbarte sachliche Tätigkeitsbereich. Innerhalb dessen vermag der Arbeitgeber das „Was“ der Arbeitsleistung zu bestimmen. Damit das arbeitsvertragliche Synallagma nicht gestört wird, muss die neu zugewiesene Tätigkeit im Vergleich zur alten gleichwertig sein. Das örtliche Weisungsrecht berechtigt den Arbeitgeber vorbehaltlich vertraglicher Einschränkungen dazu, den Arbeitnehmer unternehmensweit einzusetzen. Vertragliche Versetzungsklauseln sind in aller Regel deklaratorisch, weshalb gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB auch keine Inhaltskontrolle vorzunehmen ist. Das zeitliche Weisungsrecht umfasst im Wesentlichen nur die Bestimmung der Lage der Arbeitszeit.

7. Im Ausgangspunkt ist die Reichweite des Weisungsrechts umfassend. Entgegen der wohl noch herrschenden Auffassung, wonach sich der Umfang der Weisungsbefugnis allein durch Auslegung des Vertrages ermitteln lässt, folgt der originäre Umfang des Weisungsrechts aus § 106 GewO (sog. Gesetzesakzessorischer Umfang). Dies ist nur konsequent, wenn man, wie hier, die Rechtsgrundlage des Weisungsrechts in § 106 GewO erblickt.

8. Die Reichweite des Weisungsrechts kann je nach Einzelfall variieren. Im Vergleich zum ohnehin umfangreichen „originären“ Weisungsrecht kann es unter Umständen noch weiter reichen. Neben den wenigen gesetzlichen (z.B. § 36 Abs. 1 S. 1 SeeArbG) und richterrechtlichen Erweiterungen (z.B. Notfälle) sind vertragliche Modifikationen die bedeutsamsten. Hierbei ist zwischen sog. unechten und echten Direktionsrechtsklauseln sowie solchen Klauseln, die dem Arbeitgeber ein anderweitiges Leistungsbestimmungsrecht einräumen, zu differenzieren. Unechte Direktionsrechtsklauseln sind lediglich deklaratorisch und unterliegen wegen § 307 Abs. 3 S. 1 BGB keiner Inhaltskontrolle. Echte Direktionsrechtsklauseln erweitern das Weisungsrecht des Arbeitgebers vor allem in Hinblick auf die Hauptleistungspflichten und müssen einer Inhaltskontrolle standhalten. Andere

Leistungsbestimmungsrechte betreffen nicht die Weisungsmöglichkeiten des Arbeitgebers hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sowie Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Sie müssen aber ebenfalls der Inhaltskontrolle standhalten. Für sie gilt im Übrigen allein § 315 BGB und nicht § 106 GewO.

9. Begrenzt wird das Weisungsrecht ausweislich des § 106 S. 1 GewO durch Bestimmungen aus dem Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen und durch Gesetz. Zu den gesetzlichen Bestimmungen gehören auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, nicht aber Leistungsverweigerungsrechte. Regelungsabreden begrenzen das Weisungsrecht des Arbeitgebers wegen des Wortlauts von § 106 S. 1 GewO und mangels normativer Wirkung nicht unmittelbar.

10. Neben der Grenze des billigen Ermessens hat lediglich noch der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eine eigenständige Bedeutung als Ausübungsschranke. Eine hiergegen verstoßende Weisung ist unwirksam.

11. Die Prüfung der Wirksamkeit einer Weisung des Arbeitgebers erfolgt dreistufig. Zunächst muss es sich um eine arbeitsrechtliche Weisung handeln (erste Stufe). Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Weisung vorwiegend das Privatleben des Arbeitnehmers betrifft. Auf der zweiten Stufe bedarf es der Prüfung, ob sich die Weisung innerhalb des durch höherrangiges Recht gesteckten Rahmen hält (Inhaltskontrolle). Schließlich ist auf dritter Stufe (Ausübungskontrolle) zu überprüfen, ob der Arbeitgeber die Grenze des billigen Ermessens gewahrt hat.

12. Ist die Weisung wirksam, wird die abstrakte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers entsprechend dem Inhalt der Weisung konkretisiert, bis eine inhaltlich widersprechende Weisung ergeht oder die Konkretisierung auf andere Weise, z.B. durch Erledigung, endet. Der Arbeitnehmer schuldet die Erbringung der konkretisierten Arbeitsleistung.

B. Zweiter Teil: Tatbestand der unbilligen Weisung

1. „Billigkeit“ und „Ermessen“ lassen sich nur schwer miteinander vereinbaren. „Billiges Ermessen“ i.S.d. § 315 Abs. 1 BGB und § 106 S. 1 GewO bedeutet, dass dem Bestimmungsberechtigten ein Entscheidungsspielraum zusteht, der durch die Billigkeit begrenzt wird. Die Grenzen der Billigkeit sind dann eingehalten, wenn der

Bestimmungsberechtigte die widerstreitenden Interessen objektiv angemessen berücksichtigt und gegeneinander abgewogen hat.

2. Jede Weisung des Arbeitgebers muss billiges Ermessen wahren. Vom Maßstab des billigen Ermessens kann einseitig zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. § 106 S. 1 GewO ist als Arbeitnehmerschutzvorschrift insoweit nur einseitig zwingend. Daher kann ein strengerer Maßstab zur Ausübungskontrolle, nicht aber ein milderer (z.B. freies Ermessen) zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden.

3. Für die Prüfung, ob eine Weisung billigem Ermessen entspricht, kommt es auf den Zugang (§ 130 Abs.1 S. 1 BGB) der Weisung beim Arbeitnehmer an.

4. Die vom Arbeitgeber einzufordernde Intensität bei der Prüfung, ob eine Weisung billigem Ermessen entspricht, ist abhängig davon, wie stark die Weisung voraussichtlich in die berechtigten Belange des Arbeitnehmers eingreift. Weisungen von ersichtlich untergeordneter Bedeutung (z.B. „Hau ruck!“) erfordern keine tiefergehenden Erwägungen des Arbeitgebers.

5. Die Billigkeitskontrolle ist objektiv aus Sicht des Arbeitgebers vorzunehmen. Dementsprechend sind nur solche Umstände zu berücksichtigen, die dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Weisungsrechtsausübung bekannt gewesen oder wenigstens fahrlässig unbekannt geblieben sind. Mithin gilt ein modifiziert subjektiver Maßstab. Insofern trifft den Arbeitnehmer eine Mitteilungsobliegenheit.

6. Bei der Billigkeitskontrolle sind sämtliche Umstände des Einzelfalls in den Blick zu nehmen. Die hiergegen von einigen Stimmen in der Literatur vorgebrachten Einwände verfangen nicht.

7. In Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Billigkeit seiner Weisung ergeben soll. Es greifen die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, weshalb es zunächst genügt, dass der Arbeitgeber darlegt, welche Umstände er bei der Interessenabwägung wie berücksichtigt hat. Sodann ist es am Arbeitnehmer im Rahmen des substantiierten Beschreitens vorzubringen, welche Faktoren nicht oder nicht genügend beachtet wurden. Danach erst hat der Arbeitgeber abschließend darzulegen und ggf. zu beweisen, dass sich seine Weisungsrechtsausübung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben hält.

8. Einer unternehmerischen Entscheidung, die Grundlage für die Weisung war, kommt im Rahmen der Billigkeitskontrolle besonderes Gewicht zugunsten des Arbeitgebers zu. Zu berücksichtigende Belange auf Seiten des Arbeitnehmers haben zumeist eine persönliche und soziale Dimension. Hat der Arbeitgeber hinsichtlich einer Weisung die Wahl zwischen mehreren Arbeitnehmern, denen gegenüber die Weisung billigerweise ergehen kann, kann er sie gegenüber jedem aussprechen. Eine Art Sozialauswahl muss der Arbeitgeber nicht vornehmen. Zukünftige Entwicklungen muss der Arbeitgeber nur ausnahmsweise bei Weisungserteilung berücksichtigen, wenn sie zu diesem Zeitpunkt bereits erkennbar waren.

9. Das Gericht prüft nur, ob der Spielraum, der durch die Billigkeit beschränkt wird, vom Arbeitgeber eingehalten wurde. Es findet keine Zweckmäßigkeitkontrolle statt. Die vom Arbeitgeber ergangene Weisung muss nicht die effizienteste oder wirtschaftlichste Lösung darstellen.

10. In Anlehnung an die verwaltungsrechtliche Abwägungsfehlerlehre können dem Arbeitgeber bei der Abwägung im Rahmen des billigen Ermessens fünf Arten von Fehlern unterlaufen (Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit, Abwägungsüberschuss, Abwägungsfehlgewichtung oder Abwägungsdisproportionalität). Die Unterteilung dient in erster Linie der Systematisierung. Letztlich ist nur die Abwägungsdisproportionalität beachtlich, weil es wegen der objektiven gerichtlichen Überprüfung nur darauf ankommt, ob sich das Ergebnis der Abwägung innerhalb der Grenzen der Billigkeit hält.

11. Das „billige Ermessen“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und unterliegt daher nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung. Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts ist in seiner Entscheidung vom 18.10.2017 zu Recht dem teilweise in der Vergangenheit von Teilen der Rechtsprechung eingenommenen Standpunkt entgegengetreten, wonach die Einhaltung des billigen Ermessens trotz seiner Einordnung als unbestimmter Rechtsbegriff revisionsrechtlich voll überprüfbar sei. Das Revisionsgericht untersucht daher lediglich, ob das Tatsachengericht den Rechtsbegriff des billigen Ermessens selbst verkannt hat, ob es bei der Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist.

C. Dritter Teil: Rechtsfolgen einer gegen höherrangiges Recht verstoßenden Weisung

1. Weisungen die gegen Gesetze, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge oder arbeitsvertragliche Regelungen, also gegen höherrangiges Recht verstoßen, sind unwirksam.

2. Die Unwirksamkeitsfolge kann grundsätzlich auf unterschiedlichen Wegen begründet werden. Richtigerweise folgt die Unwirksamkeit einer Weisung bereits aus § 106 S. 1 GewO selbst, wenn die Weisung gegen höherrangige arbeitsrechtliche Gestaltungsfaktoren i.S.d. § 106 S. 1 Hs. 2 GewO verstößt.

3. § 106 S. 1 GewO stellt sich insoweit als Grenze rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht dar. Der Arbeitgeber überschreitet sein rechtliches Können. Eines Rückgriffs auf § 134 BGB bedarf es dann nicht. Verstößt die Weisung zwar nicht gegen höherrangige arbeitsrechtliche Bestimmungen, die selbst den Inhalt, Ort oder Zeit der Arbeitsleistung regeln, aber gegen andere Verbotsgesetze (z.B. Strafgesetze), folgt die Unwirksamkeit stattdessen aus § 134 BGB, falls das Verbotsgesetz nicht selbst die Rechtsfolge anordnet.

D. Vierter Teil: Rechtsfolgen unbilliger Weisungen

1. Richtigerweise verdrängt § 106 GewO den § 315 BGB vollständig in seinem Anwendungsbereich, also immer dann, wenn die Überprüfung einer Weisung des Arbeitgebers in Rede steht. Die Fälle unbilliger Weisungen können widerspruchsfrei mithilfe von § 106 GewO ohne Rückgriff auf § 315 BGB gelöst werden. Für die fortdauernde Anwendung von § 315 BGB (analog) besteht kein Bedürfnis mehr.

2. In Übereinstimmung mit dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts und zahlreichen Stimmen aus der Literatur ist eine unbillige Weisung nicht verbindlich. Sie ist es auch nicht nur vorübergehend, bis durch rechtskräftiges Urteil die Unverbindlichkeit feststeht. Die an der Entscheidung des Zehnten Senats vom 18.10.2017 geübte Kritik vermag in der Sache nicht durchzugreifen (S. **Fehler! Textmarke nicht definiert.** ff.). Auch die alternativen Lösungsvorschläge – Differenzierung nach dem Grad der Unbilligkeit; Ausnahme bei untergeordneten Weisungen; zeitlich kürzer bemessene Dauer der vorübergehenden Verbindlichkeit – vermögen nicht zu überzeugen.

3. Die Unverbindlichkeit einer unbilligen Weisung folgt trotz fehlender ausdrücklicher Rechtsfolgenanordnung aus § 106 S. 1 GewO. Unverbindlichkeit ist nicht gleichbedeutend mit

Unwirksamkeit. Eine unbillige Weisung ist nicht eo ipso unwirksam. Vielmehr steht dem Arbeitnehmer in Anlehnung an die im Rahmen von § 74a Abs. 1 S. 1, 2 HGB geltenden Grundsätze ein Wahlrecht zu. Die Unbilligkeit bedarf in Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur eine Form der Geltendmachung, an die jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Der Arbeitnehmer hat auch die Möglichkeit, die Weisung vorbehaltlich einer gerichtlichen Überprüfung vorerst zu befolgen. Die Annahme der Weisung unter Vorbehalt stellt sich als eine gem. § 158 Abs. 2 BGB auflösend bedingte Willenserklärung dar, die unter der Bedingung steht, dass das Gericht die Unbilligkeit der Weisung feststellt. Tritt die Bedingung ein, also stellt das Gericht die Unbilligkeit rechtskräftig fest, gilt die Weisung als von Anfang an unwirksam.

4. Eine Verweigerungspflicht dergestalt, dass der Arbeitnehmer die Befolgung einer Weisung ablehnen muss, besteht allenfalls bei gesetzeswidrigen Weisungen. Bei unbilligen Weisungen ist eine solche jedoch per se ausgeschlossen.

5. Den Arbeitnehmer trifft bei Weisungen, die zeitlich versetzt ihre Wirkung entfalten sollen, eine aus § 241 Abs. 2 BGB folgende Hinweispflicht, wonach er dem Arbeitgeber gegenüber formlos, aber ausdrücklich zu erkennen geben muss, dass er einer unbilligen Weisung nicht nachkommen will. Die Verletzung der Hinweispflicht stellt eine Pflichtverletzung dar, mit allen damit einhergehenden Konsequenzen. Unter Umständen kann dem Arbeitgeber daher auch ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zustehen. Die Verletzung der Hinweispflicht ist strikt von der Nichtbefolgung der unbilligen Weisung zu trennen. Letzteres ist keine Pflichtverletzung, sondern rechtskonformes Verhalten.

6. Terminologisch ist an der Unterscheidung von unbilligen und aus anderen Gründen rechtswidrigen Weisungen festzuhalten. Von unbilligen Weisungen ist dann zu sprechen, wenn der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechts nicht die Grenzen des billigen Ermessens eingehalten hat. Derartige Weisungen sind „unverbindlich“, was auf das Wahlrecht des Arbeitnehmers hindeutet. Akzeptiert er die Weisung vorbehaltlos, so wird die Weisung endgültig wirksam und die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers konkretisiert sich des Inhalts der Weisung entsprechend. Lehnt der Arbeitnehmer die Befolgung ab, so ist die Weisung unwirksam. Von vornherein unwirksam (oder auch: nichtig) sind alle anderen Weisungen, die nicht gegen die Grenze des billigen Ermessens verstoßen, sondern im Widerspruch zu Gesetzen, Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder einzelvertraglicher Abreden stehen. Mithin in all

den anderen in § 106 S. 1 GewO angesprochenen Fällen und in denen die allgemeinen zivilrechtlichen Wirksamkeitsgrenzen (z.B. §§ 134, 138 BGB) eingreifen. Damit stellt sich die „Unverbindlichkeit“ als eine Art „Vorstufe“ zur „Unwirksamkeit“ dar. Während die beiden Begriffe die Rechtsfolgenseite beschreiben, wird durch Begriffe wie „unbillige“, „gesetzeswidrige“, „betriebsvereinbarungswidrige“, „tarifvertragswidrige“ oder „arbeitsvertragswidrige“ Weisung die Tatbestandsseite beschrieben. Derartige Weisungen verstoßen alle gleichermaßen gegen das Recht, weshalb sie sich unter dem Oberbegriff „rechtswidrige“ Weisung zusammenfassen lassen.

7. Hinsichtlich der weiteren Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis, die aus einer unbilligen Weisung hervorgehen können, ist danach zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer die unbillige Weisung befolgt oder nicht.

8. Verweigert der Arbeitnehmer zwar die Befolgung der unbilligen Weisung, erbringt er aber eine andere vertragsgemäße Arbeitsleistung, steht ihm auch sein Vergütungsanspruch zu (§ 611a Abs. 2 BGB). Befolgt der Arbeitnehmer die unbillige Weisung nicht, kann ihm dennoch unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs seine Vergütung gem. §§ 611a Abs. 2, 615 S. 1 BGB zu zahlen sein. In welcher Art und Weise das Leistungsangebot des Arbeitnehmers erfolgen muss, ist davon abhängig, in welchem „Zustand“ sich die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers befindet. War die Arbeitspflicht bereits vor der unbilligen Weisung wirksam konkretisiert, ist regelmäßig ein tatsächliches Angebot i.S.d. § 294 BGB notwendig. Ein wörtliches Angebot genügt nur ausnahmsweise. § 295 S. 1 Alt. 2 BGB ist nicht einschlägig. Die kündigungsrechtliche Rechtsprechung, wonach als kalendermäßige Mitwirkungshandlung das tägliche Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes und die Zuweisung von Arbeit erforderlich ist, ist auf den Fall der unbilligen Weisung nicht übertragbar. Ist der Arbeitnehmer lediglich eingeschränkt leistungsfähig, kommt es für die Erfüllung des § 297 BGB darauf an, ob die Leistungsunfähigkeit hinsichtlich der konkret geschuldeten Tätigkeit besteht. Wenn dem so ist, liegt ein Fall des § 297 BGB vor. Die Nichtbefolgung einer unbilligen Weisung kann per se kein böswilliges Unterlassen einer Erwerbsmöglichkeit darstellen, weshalb jedenfalls eine Minderung des Annahmeverzugslohns nach § 615 S. 2 Var. 3 BGB ausscheidet.

9. Der Arbeitnehmer kann nach einer unbilligen Weisung auf Grund des aus §§ 611a, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Beschäftigungsanspruchs nicht

verlangen, wie bisher beschäftigt zu werden. Er kann lediglich beanspruchen, auf irgendeine Weise vertragsgemäß beschäftigt zu werden. Nur so wird dem Direktionsrecht des Arbeitgebers ausreichend Rechnung getragen. Der Beschäftigungsanspruch tritt neben einen etwaigen Anspruch auf Annahmeverzugslohn. Verletzt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht, steht dem Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zu. Schadensersatzansprüche stehen dem Arbeitnehmer bei Verletzung der Beschäftigungspflicht grundsätzlich nicht zu. Der Schutz des materiellen Interesses wird nicht von der Beschäftigungspflicht bezweckt. Das Vermögensinteresse wird durch andere Vorschriften geschützt, insbesondere durch §§ 615 S. 1, 293 ff. BGB. Ausnahmsweise steht dem Arbeitnehmer ein Geldentschädigungsanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG zu.

10. Dem Arbeitnehmer steht unter Umständen gegen den Arbeitgeber ein Anspruch auf Neuausübung des Weisungsrechts zu. Die Pflicht zur Neuausübung des Weisungsrechts ist eine eigenständige Nebenleistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB. Sie ist von der allgemeinen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers unabhängig, wenngleich einige Gemeinsamkeiten bestehen. Der Anspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Neuausübung des Weisungsrechts verlangt und mitteilt, wie es um seine Restleistungsfähigkeit bestellt ist. Entgegen der Rechtsprechung ist es nicht zwingend erforderlich, dass der Arbeitnehmer sich die Zuweisung zu einem konkreten Arbeitsplatz wünscht. Ist eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden und ist dem Arbeitgeber die Zuweisung des Arbeitnehmers auf diesen Arbeitsplatz zumutbar und rechtlich möglich, so kann der Arbeitnehmer nach Ablauf einer angemessenen, im Einzelfall zu bestimmenden Prüffrist vom Arbeitgeber die Neuausübung des Weisungsrechts verlangen. Die Länge der Prüffrist ist abhängig von der Größe des betroffenen Unternehmens und der Dauer für die voraussichtlich vom Arbeitgeber notwendigerweise vorzunehmenden Handlungen zu bestimmen. Der Anspruch besteht ferner nur dann, wenn der Arbeitnehmer hinsichtlich der ihm konkret zugewiesenen Tätigkeit leistungsunfähig i.S.d. § 297 BGB ist. Ein mögliches Verschulden des Arbeitnehmers hinsichtlich des Leistungshindernisses schließt den Anspruch auf Neuausübung des Weisungsrechts nicht per se aus. Sind die Voraussetzungen erfüllt, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit zuzuweisen. Der Arbeitnehmer kann grundsätzlich nicht verlangen, dass ihm sein „Wunscharbeitsplatz“ zugewiesen wird. Auf Grund des Anspruchs auf Neuausübung des Weisungsrechts kann der Arbeitgeber unter Umständen verpflichtet sein, dem Arbeitnehmer eine Beschäftigung außerhalb des bisherigen

vertraglichen Rahmens anzubieten und den Arbeitsvertrag entsprechend zu ändern. Kommt der Arbeitgeber seiner Direktionspflicht schuldhaft nicht nach, so kann der Arbeitnehmer für die vergangene Zeit Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB verlangen und für die Zukunft weiterhin die Erfüllung des Primäranspruchs.

11. Lehnt der Arbeitnehmer die Befolgung einer unbilligen Weisung ab, sind hierauf gestützte Sanktionen des Arbeitgebers rechtswidrig und der Arbeitnehmer kann gegen sie.

12. Dem Arbeitnehmer steht unabhängig davon, ob er die unbillige Weisung unter Vorbehalt oder vorbehaltlos befolgt, ein Vergütungsanspruch nach § 611a Abs. 2 BGB zu.

13. Befolgt der Arbeitnehmer die unbillige Weisung, können ihm Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche zustehen. Dabei ist danach zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer sich die gerichtliche Überprüfung vorbehalten hat oder nicht. Kam er der unbilligen Weisung vorbehaltlos nach, sind etwaige erbrachte Vermögensopfer freiwillig gemacht worden, sodass er, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 670 BGB analog vorliegen, vom Arbeitgeber Aufwendungsersatz verlangen kann. Schadensersatzansprüche scheiden in dem Fall mangels Pflichtverletzung des Arbeitgebers aus. Hat der Arbeitnehmer sich hingegen die gerichtliche Überprüfung vorbehalten und stellt das Gericht die Unbilligkeit im Nachhinein fest, scheidet ein Aufwendungsersatzanspruch richtigerweise bereits mangels Freiwilligkeit der Vermögensopfer aus, jedenfalls aber liegt keine wirksame Beauftragung zugrunde. Stattdessen kommt ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Durch den Ausspruch der unbilligen Weisung wird nicht die Beschäftigungspflicht, wohl aber die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB bzw. § 106 S. 1 GewO verletzt. Die Pflichtverletzung hat der Arbeitgeber in aller Regel zu vertreten. Ersatzfähig sind grundsätzlich Vermögens- und Nichtvermögensschäden. Immaterielle Schäden aber nur unter den Voraussetzungen des § 253 Abs. 1 BGB. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers gem. § 254 Abs. 1 BGB kann nicht in der Befolgung der unbilligen Weisung zu sehen sein, wenn sich der Arbeitnehmer die gerichtliche Überprüfung vorbehalten hat. In seltenen Ausnahmefällen kommt ein Geldentschädigungsanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG in Betracht.

Die Arbeit wird voraussichtlich im Jahr 2024 im Nomos-Verlag in der Schriftenreihe „Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht“ erscheinen.