

**Wilhelm Mestwerdt,  
Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen  
Präsident des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs  
Arbeitsrechtsforum Ruhruniversität Bochum  
15. Mai 2024**

Aktuelles Direktionsrecht +  
Änderungskündigung  
was geht und was geht nicht



# Gliederung



- **Rechtsgrundlagen (§§ 106 GewO, 315 BGB)**
- **Arbeitsverhältnis/sonstiges Rechtsverhältnis – Bedeutung des Direktionsrechts**
- **Reichweite des Direktionsrechts**
  - **Ort der Arbeitsleistung**
  - **Zeit der Arbeitsleistung**
  - **Inhalt der Arbeitsleistung**
- **Prüfungsstruktur für die Praxis**
- **Anträge für die Praxis**
- **Direktionsrecht und (Änderungs)Kündigung**
- **Direktionsrecht und Vergütung**



# Direktionsrecht - Rechtsgrundlagen

- **§ 106 S. 1 GewO: Einseitiges gesetzlich begründetes Weisungsrecht des AG**
  - Reichweite umfassend, soweit keine Beschränkung durch Gesetz (z.B. ArbZG), TV, BV, AV
  - Arbeitsbezogen: Inhalt, Ort, Zeit der Arbeitsleistung
  - Ausübung nur nach billigem Ermessen



# Direktionsrecht - Rechtsgrundlagen

- **§ 106 S. 2 GewO: Einseitiges gesetzlich begründetes Weisungsrecht des AG**
  - Weisungsrecht bezogen auf Ordnung und Verhalten im Betrieb
  - Reichweite auch umfassend, soweit keine Beschränkung durch Gesetz TV, BV, AV
  - Ausübung auch nur nach billigem Ermessen

# Direktionsrecht - Rechtsgrundlagen



- **§ 315 BGB Einseitiges abgeleitetes Recht zur Leistungsbestimmung**
  - Abgeleitetes Recht auf Grundlage TV, BV, AV (Beispiel: variable Vergütung)
  - Ausübung nach billigem Ermessen
  - Leistungsbestimmung ist verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB)
  - Bei Unbilligkeit Leistungsbestimmung durch Urteil (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB)

# Direktionsrecht - Rechtsgrundlagen



- **§ 611a Abs. 1 BGB**

„Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen.“

# Direktionsrecht – Abgrenzung ArbV – sonst. RV (Vereinsmitglied)



- BAG 25. April 2023 – 9 AZR 253/22  
(Yogalehrerin)

„Kommt eine **aufgrund Vereinsmitgliedschaft zu erbringende fremdbestimmte, weisungsgebundene Tätigkeit** ihrer Verbindlichkeit nach einer arbeitsvertraglichen Pflicht gleich, ist dann zwingend von einem Arbeitsverhältnis auszugehen, wenn die beschäftigte Person nicht aufgrund ihrer Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt ist. Als unabdingbarer Mindestschutz auf Entgeltebene ist dabei der gesetzliche Mindestlohn zu garantieren.“

„Die **Parteien einer privatrechtlichen Vereinbarung über die Erbringung von Dienst- bzw. Arbeitsleistungen** sind danach nicht frei darin, den Vertragstyp unabhängig von den vereinbarten Bedingungen, unter denen die Leistung erbracht werden soll, und der tatsächlichen Vertragsdurchführung zu bestimmen. Sie **sind an die zwingenden Vorgaben des § 611a Abs 1 BGB gebunden.**“

# Direktionsrecht im ArbV - Änderung des Arbeitsorts



- BAG 30. November 2016 – 10 AZR 11/16 –  
(Versetzung von Hamburg nach Frankfurt)

## **Klausel im Arbeitsvertrag:**

„... wird als Flugbegleiterin im Bereich Kabinenbesatzungen Kontinent in Hamburg beschäftigt. Der Einsatzort Hamburg umfasst einen Einsatz von und zu allen Flughäfen der Region.

... kann ... an einem anderen Ort sowie vorübergehend bei einem anderen Unternehmen einsetzen.“



# Direktionsrecht im ArbV - Änderung des Arbeitsorts



- BAG 30. November 2016 – 10 AZR 11/16 –

**„Fehlt es an einer Festlegung des Inhalts oder des Ortes der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag, ergibt sich der Umfang der Weisungsrechte des Arbeitgebers aus § 106 GewO. Auf die Zulässigkeit eines darüber hinaus vereinbarten Versetzungsvorbehalts kommt es dann nicht an. Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsort zu, unterliegt dies der Ausübungskontrolle gem. § 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 3 BGB.“**

**„Ein Arbeitsvertrag hat sich im Hinblick auf den Einsatzort nicht dadurch konkretisiert, dass der Arbeitnehmer dort jahrelang tätig gewesen ist.“**

**(vgl. BAG 30. November 2022 – 5 AZR 336/21 – Rn. 22: Die Nichtausübung des Direktionsrechts über einen längeren Zeitraum hat keinen Erklärungswert und schafft keinen Vertrauenstatbestand dahingehend, der Arbeitgeber wolle von seinem Recht in Zukunft nicht mehr Gebrauch machen.)**

# Direktionsrecht – Änderung des Arbeitsorts - Prüfungsstruktur für die Praxis



- **Arbeitsvertrag ohne Ortsangabe:** Unbeschränkte Geltung § 106 S. 1 GewO – Ausübungskontrolle nach billigem Ermessen
- **Arbeitsvertrag mit Ortsangabe ohne Versetzungsklausel:** Frage: vertragliche Beschränkung des Direktionsrechts oder deklaratorische Beschreibung der ersten Ausübung des Direktionsrechts? **Auslegung!**
- **Arbeitsvertrag mit Ortsangabe und Versetzungsklausel:** Auslegung: keine Beschränkung des Direktionsrechts! Keine AGB – Kontrolle der Versetzungsklausel! Folge: **Unbeschränkte Geltung von § 106 S. 1 GewO – Ausübungskontrolle nach billigem Ermessen**

# Direktionsrecht – Arbeitsort - Versetzung ins Ausland



- BAG 30. November 2022 – 5 AZR 336/21  
aus dem Arbeitsvertrag (sinngemäß aus dem Englischen):

„Sie werden grundsätzlich am Flughafen Nürnberg und an einem anderen Ort oder an anderen Orten eingesetzt, die das Unternehmen in nachvollziehbarer Weise zur ordnungsgemäßen Erfüllung Ihrer Pflichten und Verantwortlichkeiten im Rahmen dieser Vereinbarung benötigt. Es ist eine Bedingung für Ihre Beschäftigung, dass Sie diese Anforderung erfüllen. Dies umfasst, um Zweifel auszuschließen, auch eine entschädigungslose Versetzung zu jedem anderen Standort des Unternehmens.“

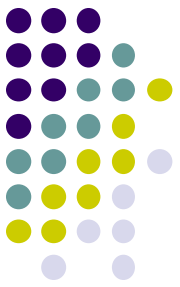
# Direktionsrecht – Arbeitsort - Versetzung ins Ausland



- BAG 30. November 2022 – 5 AZR 336/21

„Der Arbeitgeber kann aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch einen Arbeitsplatz im Ausland zuweisen, wenn die möglichen Arbeitsorte nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften auf das Inland begrenzt sind. Eine Beschränkung des Weisungsrechts auf Arbeitsorte in der Bundesrepublik Deutschland ist dem Arbeitsvertrag als solchem nicht immanent.“

# Kündigung - Direktionsrecht – (keine) anderweitige Beschäftigung im Ausland?



## ● BAG 24. September 2015 – 2 AZR 3/14

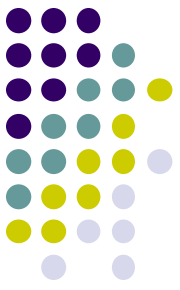
„Die aus § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KSchG folgende Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung an einem anderen - freien - Arbeitsplatz zu beschäftigen, erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb oder Betriebsteil des Unternehmens.“

## **Abgrenzung nach BAG 30. November 2022 – 5 AZR 336/21 Rn. 30:**

„... beruht nicht auf einer entsprechenden Beschränkung des Weisungsrechts des Arbeitgebers. Vielmehr hat der Zweite Senat dies damit begründet, dass der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes nur auf in Deutschland gelegene Betriebe Anwendung finde und die sich daraus ergebenden Beschränkungen des Bestandsschutzes auch im Rahmen von § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KSchG zu berücksichtigen seien.“

**Rechtssicherheit erst nach neuer Entscheidung des 2. Senats!**

# Direktionsrecht – Arbeitszeit - Dienstplan

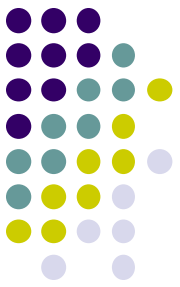


- BAG 16. März 2023 – 6 AZR 130/22

„Wird in einem Betrieb der Einsatz der Arbeitnehmer üblicherweise durch einen Dienstplan geregelt, übt der Arbeitgeber sein **Direktionsrecht durch die Bekanntgabe des von ihm erarbeiteten Dienstplans** aus. Dadurch konkretisiert er auf individualrechtlicher Ebene die Leistungsverpflichtung der betroffenen Arbeitnehmer in zeitlicher Hinsicht.“

„**Sofern der Arbeitgeber** bei der Aufstellung des Dienstplans gesetzliche, tarifvertragliche, sich aus einer Betriebs-/Dienstvereinbarung ergebende oder **arbeitsvertragliche Konkretisierungen des Direktionsrechts missachtet bzw. dessen Ausübung nicht billigem Ermessen entspricht, ist der Arbeitnehmer nicht, auch nicht vorläufig, verpflichtet, entsprechend der Festlegungen des Arbeitgebers tätig zu werden.** Er kann die Erbringung der Dienste grundsätzlich verweigern, ohne seine vertragliche Leistungspflicht zu verletzen.“

# Direktionsrecht – Arbeitszeit – Diensteinteilung am Sonntag



- BAG 23. August 2023 – 5 AZR 349/22

„Ist dem Arbeitnehmer bekannt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung für den darauffolgenden Tag in Bezug auf Uhrzeit und Ort konkretisieren wird, ist er verpflichtet, eine solche, per SMS mitgeteilte Weisung auch in seiner Freizeit – auch am Sonntag - zur Kenntnis zu nehmen.“

„Bei der **Kenntnisnahme der Weisung zum konkretisierten Dienst** handelt es sich nicht um **Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtliche Sinne**. Die Erfüllung dieser leistungssichernden Nebenpflicht führt nicht zu einer Kollision mit den Regelungen des Arbeitszeitgesetzes und der EGRL 88/2003.“

# Direktionsrecht - Inhalt der geschuldeten Leistung



- BAG 24. Oktober 2018 – 10 AZR 19/18 – (Entzug einer Tätigkeit)

„Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer eine bestimmte Funktion im Weg des Weisungsrechts (§ 106 S 1 GewO, § 315 BGB) entziehen, wenn dieser Teil der Tätigkeit nicht Inhalt des Arbeitsvertrages der Parteien geworden ist und dem Arbeitnehmer im Rahmen billigen Ermessens eine Tätigkeit auch ohne diese Aufgabe zuweisen.“

„Das Interesse des Arbeitgebers an einer störungsfreien Kommunikation ist ein wesentliches Kriterium für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit. Ein Problem in diesem Bereich kann ein Grund für eine Abberufung sein.“



# Direktionsrecht – Reichweite - Verhalten und Ordnung im Betrieb (§ 106 S. 2 GewO)



- BAG 1. Juni 2022 – 5 AZR 28/22

„Der Arbeitgeber kann in Umsetzung der ihn treffenden arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen nach § 618 Abs. 1 BGB iVm. § 106 Satz 2 GewO berechtigt sein, auf Grundlage eines betrieblichen Schutz- und Hygienekonzepts Corona-Tests einseitig anzuordnen.“



# Direktionsrecht - Reichweite

- weitere Anwendungsfälle:
  - Dienstkleidung,
  - Sprachgebrauch (Kundenansprache, Gendern...Duz-Duldungspflicht, Duz-Nutzungspflicht)
  - .....immer: Abwägung Unternehmensinteresse – Persönlichkeitsrecht – billiges Ermessen

# Direktionsrecht – Anträge - Prozessrecht



- **Feststellungsklage** (...festzustellen, dass die Versetzung vom ... nach/in den Bereich unwirksam ist) und kumulativ
- **Klage auf künftige Leistung/Beschäftigung** (... zu verurteilen, den Kläger als ... mit den Tätigkeiten ... in ... zu beschäftigen.)
- Wichtig: Antrag kann nur auf die zuletzt durch Direktionsrecht wirksam zugewiesene Tätigkeit gerichtet sein
- Bedenke: Vollstreckbarkeit nur eingeschränkt möglich, AG kann durch neue Ausübung des Direktionsrechts Vollstreckung vereiteln.
- **Darlegungs- und Beweislast:** AG obliegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 106 GewO.
- **Einstweiliger Rechtsschutz?:** Rspr.: ist restriktiv (arg.: Vorwegnahme der Hauptsache)

# Direktionsrecht – (überflüssige) Änderungskündigung



## Variante 1: Annahme unter Vorbehalt

- BAG 26. Januar 2012 – 2 AZR 102/11

„Unter "geänderten Arbeitsbedingungen" iSv. § 2 Satz 1, § 4 Satz 2 KSchG sind andere Vertragsbedingungen zu verstehen. Änderungen, die der AG durch Ausübung seines Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO bewirken kann, halten sich im Rahmen der bestehenden vertraglichen Vereinbarungen. Zu ihrer Durchsetzung bedarf es keiner "Änderung von Arbeitsbedingungen" nach § 2 Satz 1 KSchG.“

„**Eine Klage nach § 4 Satz 2 KSchG ist angesichts ihres Streitgegenstands unbegründet**, wenn der Arbeitgeber rechtlich in der Lage ist, die im "Änderungsangebot" genannten Änderungen durchzusetzen. Darauf, ob er sein Direktionsrecht tatsächlich bereits (wirksam) ausgeübt hat, kommt es nicht an.“

**Folge: AN wird kündigungsrrechtlich ein Strick daraus gedreht, dass er sein Arbeitsverhältnis nicht gefährden will... Folge: Kostenentscheidung zu seinen Lasten.**

# Direktionsrecht – (überflüssige) Änderungskündigung



## Variante 2: Annahme unter Vorbehalt - sonstige Mängel

- BAG 22. Oktober 2015 – 2 AZR 124/14

„Ein Mangel in der Kündigungserklärung (z.B. Verstoß gegen § 102 BetrVG) kann auch dann zum Erfolg einer Änderungsschutzklage führen, wenn die Änderungskündigung "überflüssig" war und der Arbeitnehmer das "Änderungsangebot" unter Vorbehalt angenommen hat.“

instruktiv hierzu: Ziemann jurisPR-ArbR 25/2016 Anm. 2

# Direktionsrecht – (überflüssige) Änderungskündigung



## Variante 3: keine Annahme – volles Risiko BAG 22. September 2016 – 2 AZR 509/15

„Eine Änderungskündigung ist wegen der mit ihr verbundenen Bestandsgefährdung unverhältnismäßig, wenn die erstrebte Änderung der Beschäftigungsbedingungen durch Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitsgebers gemäß § 106 GewO möglich ist. Der mögliche Wegfall des Beschäftigungsbedarfs zu den bisherigen Bedingungen "bedingt" in diesem Fall nicht i.S.v. § 2 S 1, § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG eine (Änderungs-)Kündigung. **Hat der Arbeitnehmer das mit der Kündigung verbundene Änderungsangebot nicht unter Vorbehalt angenommen, ist auf seinen Antrag nach § 4 S. 1 KSchG festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.**“

# Vorschlag AN - Mandat

## Anträge bei Annahme unter Vorbehalt



„festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die mit der Änderungskündigung der Beklagten angebotenen Vertragsbedingungen inhaltlich nicht geändert wird.

hilfsweise

festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung der Beklagten rechtsunwirksam ist.“

# Vorschlag AG – Mandat bei unsicherer Reichweite des Direktionsrechts



Ausübung des Direktionsrechts (z.B. Versetzung an anderen Ort)

vorsorglich (hilfsweise): Änderungskündigung

zulässig, weil Kündigung unter einer Rechtsbedingung!  
(vgl. BAG 17. Dezember 2015 – 2 AZR 304/15)





# Direktionsrecht – Annahmeverzug

- BAG 18. Oktober 2017 – 10 AZR 330/16 –  
(Aufgabe von BAG 22. Februar 2012 – 5 AZR 249/11 nach  
vorheriger Anfrage an den 5. Senat)

„Ein Arbeitnehmer ist nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB nicht - auch nicht vorläufig - an eine Weisung des Arbeitgebers gebunden, die die Grenzen billigen Ermessens nicht wahrt (unbillige Weisung).“

**Folge für AG: Annahmeverzug bei Angebot der bisher geschuldeten Arbeit!**

**Problem für AN: Anrechnung unterlassenen Zwischenverdienstes!**

# Direktionsrecht – Annahmeverzug – zugewiesene Tätigkeit



- BAG 19. Mai 2010 – 5 AZR 162/09 –

„Ein Arbeitnehmer, dessen Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig beschrieben ist, kann den Arbeitgeber nur mit dem Angebot der zuletzt kraft Direktionsrecht wirksam zugewiesenen Tätigkeit in Annahmeverzug setzen, nicht aber mit einer anderen kraft Arbeitsvertrag auch möglichen „leidensgerechten“ Tätigkeit.“

# Direktionsrecht und Vergütung – Umkleide- Wege- und Duschzeit



## ● LAG Nürnberg 6. Juni 2023 – 7 Sa 275/22

„Die **innerbetrieblichen Wege**, die dadurch veranlasst sind, dass der Arbeitgeber das Umkleiden nicht am Arbeitsplatz ermöglicht, sondern dafür eine vom Arbeitsplatz getrennte Umkleidestelle einrichtet, die der Arbeitnehmer zwingend benutzen muss, zählen zur Arbeitszeit.“

„Für die Frage, ob **Körperreinigungszeiten** auch als Arbeitszeit anzusehen sind, kommt es darauf an, ob die Zeit zum Reinigen des Körpers überwiegend oder ausschließlich fremdnützig ist und nicht nur dazu dient, dass der Arbeitnehmer sauber nach Hause kommt. Die Fremdnützigkeit ist zu bejahen, wenn es um Körperreinigungszeit geht, die aufgewendet werden muss, weil die Verunreinigung des Körpers deutlich über das Maß hinausgeht, das üblicherweise im Privatleben anfällt.“

**(Revisionsentscheidung BAG 23. April 2024 - 5 AZR 212/23: Bestätigung in Bezug auf Wegezeit; Aufhebung in Bezug auf Umkleide- und Duschzeiten)**

# Direktionsrecht – Vergütung – Wege/Umkleidezeiten - Handlungsoptionen der anwaltlichen Beratung



**„Durch Arbeits- oder Tarifvertrag kann eine gesonderte Vergütungsregelung für eine andere als die eigentliche Tätigkeit und damit auch für Umkleidezeiten getroffen werden.**

Unter Beachtung der Binnenschranken der Betriebsverfassung ist eine **gesonderte Vergütungsregelung auch in einer Betriebsvereinbarung** möglich.

Eine Vergütung kann ausgeschlossen werden, sofern nicht der jedem Arbeitnehmer für tatsächlich geleistete vergütungspflichtige Arbeit nach § 1 Abs 1 MiLoG zustehende Anspruch auf den Mindestlohn unterschritten wird.“