

Sebastian Ferdinand Pfrang

# Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis

Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Herleitung der Konkretisierung der Arbeitspflicht



**Nomos**

**Arbeits- und Sozialrecht**  
**Band 159**

Sebastian Ferdinand Pfrang

# Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis

Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Herleitung der Konkretisierung der Arbeitspflicht



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6411-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0502-8 (ePDF)

**D21**

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsübersicht

1. Kapitel: Einleitung	43
A. Aktueller Anlass: Branchenspezifische Zunahme weisungsfreien Arbeitens	46
B. Allgemeinerer Gegenstand der Untersuchung	47
C. Gang der Untersuchung	52
2. Kapitel: Rechtsgrundlagen und Kontrolle arbeitsrechtlicher Weisungen	56
A. Allgemeines arbeitsrechtliches Weisungsrecht	56
B. Erweitertes arbeitsrechtliches Weisungsrecht	133
C. Arbeitsrechtliches Weisungsrecht in Notfällen	144
D. Die Rechtsgrundlagen arbeitsrechtlicher Weisungen im Überblick	145
3. Kapitel: Definition und Gründe des Ausbleibens von arbeitsrechtlichen Weisungen im Arbeitsverhältnis	147
A. Rechtliche Einordnung und Definition des Ausbleibens von arbeitsrechtlichen Weisungen	147
B. Gründe für das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis	158
C. Fazit	202
4. Kapitel: Rechtliche Bedeutung des Schweigens einer Person im allgemeinen Zivilrecht	203
A. Schweigen als Willenserklärung	203
B. Rechtsverlust bei Schweigen einer Person	213
C. Schweigen als Pflichtverletzung	221
D. Zusammenfassung und Folgerungen für die nachfolgenden Untersuchungsabschnitte	221

*Inhaltsübersicht*

5. Kapitel: Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder Freistellung bei Ausbleiben von Weisungen	223
A. Schweigen des Arbeitgebers als Beitrag zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses?	223
B. Schweigen des Arbeitgebers als möglicher Beitrag zur Freistellung	249
C. Fazit	254
6. Kapitel: Die sog. „Konkretisierung der Arbeitspflicht“	256
A. Zur Terminologie	256
B. Überblick über bisherige Fallkonstellationen in der Rechtsprechung	258
C. Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Eintritt einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	269
D. Kritische Würdigung bestehender dogmatischer Ansätze zur Herleitung einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	275
E. Eigene dogmatische Herleitung	341
F. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	386
7. Kapitel: Rechtliche Bedeutung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen Dritter	388
A. Normalzustand bei nicht weisungsberechtigten Dritten	388
B. Bedeutung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen bei Übertragung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts auf Dritte	388
C. Fazit	427
8. Kapitel: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	428
A. Grundlagen arbeitsrechtlicher Weisungen und deren Ausbleiben im Arbeitsverhältnis	428
B. Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen des Arbeitgebers	431
C. Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen Dritter	436

*Inhaltsübersicht*

9. Kapitel: Ausblick	439
Literaturverzeichnis	441
Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen	477

## Inhaltsverzeichnis

Schaubilderverzeichnis	35
Abkürzungsverzeichnis	37
1. Kapitel: Einleitung	43
A. Aktueller Anlass: Branchenspezifische Zunahme weisungsfreien Arbeitens	46
B. Allgemeinerer Gegenstand der Untersuchung	47
I. Terminologische Klarstellung	48
1. „Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen“	48
2. „Konkretisierung der Arbeitspflicht“	49
II. Inhaltliche Schwerpunkte der Untersuchung	50
III. Eingrenzung	51
C. Gang der Untersuchung	52
I. Allgemeiner Teil – Notwendige Grundlagen (Kapitel 2–4)	52
II. Besonderer Teil – Analyse der rechtlichen Bedeutung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis (Kapitel 5–7)	54
2. Kapitel: Rechtsgrundlagen und Kontrolle arbeitsrechtlicher Weisungen	56
A. Allgemeines arbeitsrechtliches Weisungsrecht	56
I. Regelungsinhalte und dogmatische Herleitung	56
1. Allgemeines Direktionsrecht und Arbeitsvertrag	57
a) Ökonomische Notwendigkeit einer Konkretisierung im Arbeitsverhältnis	57
b) Rechtsnatur des allgemeinen arbeitsrechtlichen Weisungsrechts	59
aa) Herleitung aus (vermeintlichen) Wesensmerkmalen des Arbeitsverhältnisses	59
(1) Eigentum an den Arbeitsmitteln	60
(2) Über- und Unterordnungsverhältnis	60

*Inhaltsverzeichnis*

(3) Wesen des Arbeitsverhältnisses als solches	61
bb) Vereinbarung des Weisungsrechts im Arbeitsvertrag	62
cc) Herleitung des Weisungsrechts aus dem einfachen Gesetz	63
dd) Stellungnahme	63
(1) Eigentum und Rangverhältnis als überholte Begründungsansätze	63
(2) Überprüfung der These vom Weisungsrecht als Wesensmerkmal	65
(a) Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht als Relikt von Sklaverei und Leibeigenschaft?	65
(b) Historie der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen in Deutschland	68
(c) Ursprung und Entwicklung der Abgrenzung anhand des Weisungsrechts	78
(d) Erstmalige Regelung der Abgrenzungsfrage in § 611a Abs. 1 BGB	85
(e) Zwischenergebnis: Weisungsrecht als Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses	93
(3) Erfordernis einer weiteren Begründung	93
(a) Bedenken gegen eine allgemeine Herleitung aus gesetzlichen Vorschriften	94
(b) Vorzugswürdiger vertraglicher Begründungsansatz	95
(c) Ausnahmen von der Notwendigkeit einer vertraglichen Vereinbarung	106
(4) Ergebnis: Differenzierendes Herleitungsmodell	107
c) Zusammenfassung	108
2. Aufzählung möglicher Regelungsinhalte in § 106 S. 1, 2 GewO	109
a) Inhalt der Arbeitsleistung	110

b) Arbeitsort	111
c) Arbeitszeit	113
d) Arbeitsbegleitendes Verhalten	115
3. Änderung der grundsätzlichen Regelungsinhalte durch § 611a Abs. 1 S. 2 BGB?	115
a) Auslegung von § 611a Abs. 1 S. 2 BGB	116
aa) Grammatikalische Auslegung	116
bb) Genetische Auslegung	117
cc) Systematik: Abweichende Regelung zu § 106 S. 1 GewO?	117
dd) Teleologische Auslegung	118
b) Fazit	119
II. Allgemein anerkannte Grenzen der Weisungsrechtsausübung	119
1. Bestimmungen im Arbeitsvertrag	119
2. Kollektivrechtliche Regelungen und gesetzliche Vorschriften	120
3. Zwingende Billigkeitskontrolle gemäß § 106 S. 1 GewO	120
a) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	121
b) Abwägung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber	122
III. Rechtsfolgen unzulässiger Weisungen	123
1. Grundsätzlich keine Befolgungspflicht	123
2. Befolgungspflicht bei lediglich unbilligen Weisungen?	124
a) „Erforderlichkeit“ der einen oder anderen Sichtweise als Argument?	126
b) Wortlautargumente und Systematik	126
aa) Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 S. 1 BGB	127
(1) Verneinende Sichtweise	127
(2) Bejahende Sichtweise	127
(3) Stellungnahme	128
bb) Entkräftung von § 315 Abs. 3 S. 1 BGB durch § 315 Abs. 3 S. 2 BGB?	130
(1) Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB	130
(2) Keine Statuierung einer Klageobliegenheit	131
c) Zwischenergebnis	132

*Inhaltsverzeichnis*

B. Erweitertes arbeitsrechtliches Weisungsrecht	133
I. Regelungsinhalte	134
II. Grenzen der vertraglichen Regelungsbefugnis	135
1. Direktionsrechtserweiterung im Tarifvertrag	135
2. Direktionsrechtserweiterung im Arbeitsvertrag	136
a) AGB-Kontrolle	136
aa) Differenzierung zwischen „echter“ und „unechter“ Direktionsrechtserweiterung	137
bb) Keine Überprüfung anhand von § 308 Nr. 4 BGB	138
cc) Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB	141
dd) Transparenzkontrolle, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	142
b) Zusammenfassung	143
III. Ausübungskontrolle	143
C. Arbeitsrechtliches Weisungsrecht in Notfällen	144
D. Die Rechtsgrundlagen arbeitsrechtlicher Weisungen im Überblick	145
3. Kapitel: Definition und Gründe des Ausbleibens von arbeitsrechtlichen Weisungen im Arbeitsverhältnis	147
A. Rechtliche Einordnung und Definition des Ausbleibens von arbeitsrechtlichen Weisungen	147
I. Rechtsnatur arbeitsrechtlicher Weisungen	147
1. Meinungsstand	148
a) Rein tatsächliches Handeln	148
b) Geschäftsähnliche Handlung	148
c) Empfangsbedürftige Willenserklärung	149
2. Stellungnahme	149
a) Fortsetzung eines Diskurses um Gestaltungsrechte im Dauerschuldverhältnis	149
b) Die Unwiderruflichkeit von Gestaltungserklärungen als Argument?	152
c) Entscheidende Bedeutung von § 315 Abs. 2 BGB	154
aa) Anwendbarkeit von § 315 Abs. 2 BGB	154
bb) Konstitutive Wirkung der Vorschrift	155
d) Jedenfalls: Stellvertretungserfordernis und erforderlicher Rechtsgestaltungswille	156

3. Ergebnis: Arbeitsrechtliche Weisungen als empfangsbedürftige Willenserklärungen	157
II. Definition des Ausbleibens von Weisungen im Arbeitsverhältnis	157
B. Gründe für das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis	158
I. Fehlende Notwendigkeit der Erteilung beim Weisungsberechtigten	158
1. Fehlende tatsächliche Notwendigkeit	158
2. Fehlende rechtliche Notwendigkeit	159
a) Pflicht zur (Neu-)Konkretisierung als Ausnahme	160
aa) Grundsatz: Freiheit hinsichtlich des „Ob“ der Weisungserteilung	160
bb) Pflicht zur (Neu-)Konkretisierung als Ausnahme	160
(1) Konkretisierung zur Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs	161
(a) Dogmatische Herleitung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs	161
(b) Aus dem Anspruch resultierende Pflicht zur Konkretisierung als Ausnahme	164
(2) Pflicht zur Neukonkretisierung bei Vorliegen eines Arbeitshindernisses	165
(3) Konkretisierungspflicht nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung	166
b) Fehlende rechtliche Notwendigkeit der Weisungserteilung als Regelfall	167
3. Zwischenergebnis	167
II. Unzulässigkeit der Weisungserteilung oder Unsicherheit darüber	168
III. Fehlende Fachkompetenz beim Arbeitgeber	168
IV. Erwartungshaltung hinsichtlich einem „besseren“ Arbeiten ohne Weisungen	169
1. Agile Projektorganisation als eine moderne Form des Projektmanagements	170
a) Unterschiede zwischen klassischer und agiler Projektdurchführung	170
aa) Projektbegriff	171

*Inhaltsverzeichnis*

bb)	Klassische Vorgehensweise bei der Durchführung von Projekten	174
	(1) Führung durch Projektleiter	174
	(2) Relativ starre zeitliche Abfolge wesensverschiedener Phasen	174
	(a) Gesamtprojektplanung nach Projektstart	175
	(b) Projektumsetzung, -kontrolle und -abschluss nach Gesamtprojektplanung	177
cc)	Agile Projektorganisation	178
	(1) Autonomes Arbeiten mit neuen Rollenbildern	179
	(a) Der „Product Owner“	179
	(b) Der „Process Master“	180
	(c) Selbstorganisiertes Umsetzungsteam	182
	(d) Fehlendes Äquivalent zum Projektleiter bei klassischer Projektdurchführung	183
	(2) Iterative Vorgehensweise statt umfassender Gesamtplanung zu Beginn	184
dd)	Die wesentlichen Unterschiede im Überblick	185
b)	Der Unterschied aufgezeigt am Beispiel der Softwareentwicklung	186
	aa) Vorgehen mittels Wasserfallmethode und ursprünglichem V-Modell	186
	(1) Wasserfallmodell nach <i>Royce</i>	187
	(2) Ursprüngliches V-Modell von <i>Boehm</i>	188
	bb) Vorgehen mittels „Scrum“	189
c)	Einsatz von „Scrum“ auch in anderen Bereichen	191
d)	Weitere Formen agiler Projektorganisation	192
	aa) Spezifische Eigenschaften von XP, FDD und Crystal im Überblick	193
	bb) Einsatz hauptsächlich im Bereich der Softwareentwicklung	194
e)	Abgrenzung agiler Projektorganisation von anderen modernen Arbeitsmethoden	194
	aa) Crowdworking	194
	bb) Work on demand	196

2. Agile Projektorganisation und das Ausbleiben von arbeitsrechtlichen Weisungen im Arbeitsverhältnis	197
a) Rechtlicher Status der Projektmitarbeiter	197
aa) Sog. „Freelancer“ als „echte“ Selbstständige?	197
bb) Arbeitnehmerähnliche Personen	198
cc) Arbeitnehmer	199
b) Konstellationen des Ausbleibens von arbeitsrechtlichen Weisungen im Arbeitsverhältnis	200
3. Zusammenfassung	200
V. Wille, den Arbeitnehmer nicht aus seinem gewohnten Umfeld „herauszureißen“	201
C. Fazit	202
4. Kapitel: Rechtliche Bedeutung des Schweigens einer Person im allgemeinen Zivilrecht	203
A. Schweigen als Willenserklärung	203
I. Grundsatz: Fehlender Erklärungswert des Schweigens	203
II. Ausnahmen	204
1. Rechtswirkungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften	204
2. Vereinbarung eines Erklärungswerts	206
3. Erklärungswert bei erwartbarem Widerspruch	206
a) Unter Kaufleuten	208
b) Im sonstigen Rechtsverkehr	209
4. Erklärungswert bei vorteilhaften Rechtsgeschäften?	210
III. Zwischenergebnis	212
B. Rechtsverlust bei Schweigen einer Person	213
I. Verjährung und Einhaltung von Ausschlussfristen	213
II. Verwirkung von Rechten infolge Zeitablaufs	214
1. Gegenstand der Verwirkung und Abgrenzung	216
2. Zur Bedeutung der Geltendmachung des Rechts	216
a) Zeitmoment und Umstandsmoment	216
aa) Zeitmoment	217
bb) Umstandsmoment	218
b) Wechselwirkung zwischen Zeit- und Umstandsmoment	218
c) Bedeutung der Geltendmachung durch Willenserklärung	220
III. Zwischenergebnis	221

*Inhaltsverzeichnis*

C. Schweigen als Pflichtverletzung	221
D. Zusammenfassung und Folgerungen für die nachfolgenden Untersuchungsabschnitte	221
5. Kapitel: Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder Freistellung bei Ausbleiben von Weisungen	223
A. Schweigen des Arbeitgebers als Beitrag zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses?	223
I. Praktischer Anwendungsbereich	224
II. Meinungsstand und Begründungsansätze	225
1. Verneinung eines Statuswechsels des Arbeitnehmers durch die Rechtsprechung	225
2. Uneinigkeit im Schrifttum für Fälle eines faktischen (fehlerhaften) Arbeitsverhältnisses	227
III. Kritische Würdigung der Begründungsansätze	228
1. Entgegenstehen der „Schutzfunktion des Arbeitsrechts“?	228
a) Kein Entgegenstehen von Grundrechten	228
b) Schutzbedürftigkeit gerade auch aufgrund der Weisungsabhängigkeit	230
c) Berücksichtigung gegenläufiger Schutzzwecke im Arbeitsrecht	231
2. Argumentation mit der Vertragsfreiheit	232
3. Entgegenstehen von § 623 BGB	233
a) Zweck des Schriftformerfordernisses	233
b) Ausbleiben von Weisungen als Beendigungserklärung?	235
aa) Kündigungserklärung durch bloßes Schweigen?	236
(1) Möglichkeit einer stillschweigenden Gestaltungserklärung	236
(2) Anwendung der Grundsätze über das Schweigen als Willenserklärung	236
(a) Vereinbarung einer Beendigungswirkung des Schweigens?	237
(b) Erklärungswert aufgrund erwartbarem Widerspruch?	239
(3) Zwischenergebnis	240

bb) Auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages gerichtete Erklärung	240
(1) Kein Angebot des Arbeitgebers durch bloßes Schweigen	240
(2) Annahme eines Angebots des Arbeitnehmers	241
(a) Kein Angebot durch bloßes Fernbleiben von der Arbeit	241
(b) Rechtslage bei ausdrücklichem Angebot des Arbeitnehmers	241
(3) Zwischenergebnis	242
cc) Jedenfalls keine Wahrung der Schriftform gemäß §§ 623, 126 BGB	242
dd) Ausnahme für Fälle eines faktischen (fehlerhaften) Arbeitsverhältnisses?	243
(1) Anwendbarkeit von § 623 BGB	243
(a) Unmittelbare Anwendung?	243
(b) Analoge Anwendung	245
(2) Faktische (fehlerhafte) Arbeitsverhältnisse als Arbeitsverhältnisse „zweiter Klasse“?	247
c) Zusammenfassung	248
4. Zwischenergebnis	248
B. Schweigen des Arbeitgebers als möglicher Beitrag zur Freistellung	249
I. Einseitige Freistellung	250
1. Zulässigkeit einer einseitigen Suspendierung des Beschäftigungsanspruchs	250
a) Überwiegendes Arbeitgeberinteresse in Fällen fehlender Freistellungsklauseln	250
b) Freistellungsklauseln im Arbeitsvertrag	251
c) Freistellung als milderer Mittel	251
2. Notwendigkeit einer hinreichend bestimmten Freistellungserklärung	252
3. Zwischenergebnis	253
II. Abschluss einer Freistellungsvereinbarung	253
1. Kein Angebot durch bloßes Schweigen	253
2. Wirksame Annahme eines Angebots durch Schweigen des Arbeitgebers	254
3. Zwischenergebnis	254

*Inhaltsverzeichnis*

C. Fazit	254
6. Kapitel: Die sog. „Konkretisierung der Arbeitspflicht“	256
A. Zur Terminologie	256
B. Überblick über bisherige Fallkonstellationen in der Rechtsprechung	258
I. Die „konkludente Beförderung“ als klassischer Fall einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	259
1. Rechtsprechung des RAG	259
2. Rechtsprechung des BAG	260
a) 1958: Aufstellung des Erfordernisses „besonderer Umstände“	260
b) 1960: Erstmals Annahme einer „konkludenten Beförderung“	261
3. Verfestigung der Rechtsprechung zur „konkludenten Beförderung“ bis heute	262
II. Ausdehnung des Konkretisierungsgedankens in der Rechtsprechung	263
1. (Sonstige) Konkretisierung des Inhalts der Tätigkeit	263
2. Konkretisierung der Arbeitspflicht in Bezug auf den Arbeitsort	264
3. Konkretisierung der Arbeitspflicht in Bezug auf die Arbeitszeit	265
III. Indizien für verschärfte Anforderungen an eine Konkretisierung der Arbeitspflicht	267
IV. Zusammenfassung	269
C. Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Eintritt einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	269
I. Weitgehend unklare Voraussetzungen von Zeit- und Umstandsmoment	269
1. Fehlen gesicherter Anknüpfungspunkte für das Umstandsmoment	270
2. undefinierte Länge des Zeitraums bis zum Konkretisierungseintritt	272
II. Negative Konsequenzen der bestehenden Rechtsunsicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber	273
III. Umgehung der Rechtsunsicherheit durch Arbeitsvertragsgestaltung?	275

D. Kritische Würdigung bestehender dogmatischer Ansätze zur Herleitung einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	275
I. Vertragstheorie	276
1. Dogmatischer Ansatz	276
2. Stellungnahme	277
a) Konkretisierung der Arbeitspflicht als <i>aliud</i> zur betrieblichen Übung	277
aa) Begriff und Musterfall der betrieblichen Übung	278
bb) Unterschiedliche Sachverhalte bei Konkretisierung der Arbeitspflicht und betrieblicher Übung	279
(1) Unterschied zwischen positivem und fehlendem Handeln nicht ausschlaggebend	279
(2) Kollektiver Bezug der betrieblichen Übung?	279
(3) Verschiedenheit der den Rechtsinstituten zugrunde liegenden Sachverhalte	280
cc) Kein Automatismus von Weisungsrechtsbegrenzung und Anspruchsentstehung	283
dd) Betriebliche Übung keine Begrenzung des Weisungsrechts	284
ee) Zwischenfazit	285
b) Interesse des Arbeitgebers an einer Konkretisierung der Arbeitspflicht in Bezug auf die Sozialauswahl?	286
aa) H.M.: Keine Berücksichtigung einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	286
bb) Stellungnahme	287
(1) Einordnung als Vertragsänderung als Argument für eine Berücksichtigung	287
(2) Aber: Berücksichtigung spezifischer Schutzzwecke von § 1 Abs. 3 KSchG nach heutigem Verständnis von einer Konkretisierung der Arbeitspflicht zwingend	289
cc) Zwischenergebnis	290

*Inhaltsverzeichnis*

c)	Anwendung der allgemeinen Grundsätze über ein Schweigen als Willenserklärung	291
aa)	Kein Angebot des Arbeitnehmers	291
bb)	Angebot des Arbeitgebers?	291
(1)	Anwendung der Grundsätze über ein Schweigen als Willenserklärung	292
(a)	Kein Erklärungswert aufgrund gesetzlicher Vorschriften	292
(b)	Vereinbarung eines Erklärungswerts im Arbeitsvertrag?	293
(2)	Willenserklärung bei „besonderen Umständen“	293
(a)	Überprüfung vermeintlicher Konkretisierungskonstellationen	294
(b)	Zwischenergebnis	295
cc)	Jedenfalls: Fehlende Annahme auf Seiten des Arbeitnehmers	296
dd)	Zusammenfassung	297
d)	Modifizierte Rechtsgeschäftslehre im Arbeitsverhältnis?	297
aa)	Fehlende gesetzliche Grundlage	297
bb)	Fehlende innere Rechtfertigung	299
3.	Zusammenfassung	299
II.	Verwirkung infolge Zeitablaufs	300
1.	Dogmatischer Ansatz	300
2.	Stellungnahme	301
a)	Möglichkeit einer Verwirkung des Direktionsrechts als solchem	301
aa)	Meinungsstand	301
bb)	Möglichkeit der Verwirkung eines jeden Rechts als Grundsatz	302
cc)	Art und Bedeutung des Weisungsrechts als Verwirkungshindernis	302
(1)	Große Bedeutung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Weisungsrechts für den Arbeitgeber	303
(2)	Entgegenstehen der „Art“ des Weisungsrechts	303
(a)	Fortlaufende Aktualisierung und Konkretisierungsnotwendigkeit?	304

(b) Allgemeines arbeitsrechtliches Weisungsrecht als Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses	305
dd) Zwischenergebnis	305
b) Verwirkung von Teilen des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts?	306
aa) Abgeschwächte Bedeutung bloßer Teile des Weisungsrechts?	306
bb) Fehlen eines Umstandsmoments im Einzelfall	308
(1) Tatsächliches Einstellen auf die zukünftige Nichtausübung des Weisungsrechts	308
(2) Einstellen dürfen?	308
(a) Fehlende Aussagekraft des Arbeitgeberverhaltens	309
(b) Keine gefestigte Rechtsprechung wie etwa bei der betrieblichen Übung	310
(3) Zwischenergebnis	311
cc) Bedenken gegen eine generelle Zulässigkeit der Teilverwirkung	311
dd) Fehlende Kongruenz von Verwirkung infolge Zeitablaufs und Konkretisierung der Arbeitspflicht	312
3. Zwischenergebnis	313
III. „Erwirkung“	314
1. Dogmatischer Ansatz	314
2. Stellungnahme	314
a) Zweifel an der Existenz eines Rechtsinstituts der „Erwirkung“	314
b) Konkretisierung der Arbeitspflicht jedenfalls kein Fall der Erwirkung	315
3. Zwischenergebnis	316
IV. Allgemeine Vertrauenslehre	316
1. Dogmatischer Ansatz	316
2. Stellungnahme	317
a) Vertrauen als Schutzgrund	317
b) Vertrauenslehre als Lehre von der Verwirkung infolge Zeitablaufs	318

*Inhaltsverzeichnis*

c) Schutzwürdiges Vertrauen als Grundlage des Rechtsausschlusses beim Arbeitgeber?	318
aa) Enge Grenzen der rechtlichen Wirkung von Vertrauen	319
(1) Überblick über die Grenzen im allgemeinen Zivilrecht	319
(a) Limitationen aufgrund gesetzlicher Vorschriften	319
(b) Entstehung von Erfüllungsansprüchen durch bloßes Vertrauen?	323
(2) Ähnliche Grenzen der Rechtswirkung von Vertrauen im Arbeitsrecht	324
(3) Zwischenergebnis	325
bb) Rechtsstaatliche Bedenken gegen eine „allgemeine Vertrauens­theorie“	326
(1) Allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes	326
(2) Grundgesetzliches Bestimmtheitsgebot	327
(3) Zwischenergebnis	328
cc) Hinreichende Anknüpfungspunkte für ein schutzwürdiges Vertrauen bei einer Konkretisierung der Arbeitspflicht?	328
(1) Unklare Voraussetzungen im Detail als Schutzwürdigkeitsproblem	329
(2) Schutzwürdigkeit ohne konkrete Vermögensdisposition?	330
(3) Schutzwürdigkeit trotz Kontaktmöglichkeit zum Arbeitgeber?	331
3. Zwischenergebnis	332
V. Berücksichtigung bei der Billigkeitskontrolle nach § 106 S. 1 GewO	332
1. Dogmatischer Ansatz	332
2. Stellungnahme	333
a) Berücksichtigung des Interesses am Unterliegen bestimmter Arbeitsbedingungen	333
b) Höheres Gewicht bei Vorliegen eines „Beibehaltungsinteresses“?	334
aa) Bejahende Sichtweise in Rechtsprechung und Schrifttum	334

bb) Bedenken	335
(1) Fehlende Interessengerechtigkeit im Hinblick auf andere Arbeitnehmer	335
(2) Kein höheres Gewicht aufgrund fehlenden „Vertrauendürfens“	336
(3) Zwischenergebnis	337
c) Aufgabe des Rechtsinstituts der Konkretisierung der Arbeitspflicht als ungewollte Folge	337
aa) Bloße Berücksichtigung im Rahmen der Ausübungskontrolle als Aufgabe des Rechtsinstituts	338
bb) Fehlen eines gesetzgeberischen Willens zur Aufgabe	338
d) Insuffizienz einer Lösung über die Interessenabwägung nach § 106 GewO	339
aa) Umfassende Interessenabwägung als institutionalisierte Rechtsunsicherheit	339
bb) Rechtsstaatliche Bedenken	339
3. Zwischenergebnis	340
VI. Fazit	340
E. Eigene dogmatische Herleitung	341
I. Herleitung auf Grundlage der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre	342
1. Keine stillschweigenden Erklärungen beider Parteien des Arbeitsverhältnisses	343
2. Erfordernis eines ausdrücklichen Angebots	343
a) Ausdrückliches Angebot oder einseitiger Verzicht des Arbeitgebers?	343
aa) Ausdrückliches Angebot des Arbeitgebers äußerst selten	343
bb) Einseitiger Verzicht des Arbeitgebers möglich?	344
b) Ausdrückliche Angebotserklärung des Arbeitnehmers	345
aa) Begründung einer Obliegenheit zur Angebotserklärung	345
(1) Pflicht zur Wahrung von Arbeitgeberinteressen gemäß § 241 Abs. 2 BGB	346

*Inhaltsverzeichnis*

(2) Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers bei Weisungsrechtsbeschränkungen	347
(3) Verhältnismäßigkeit der Obliegenheit zur Angebotsunterbreitung	348
(a) Geeignetheit	348
(b) Erforderlichkeit	349
(c) Angemessenheit	350
(4) Obliegenheit zum ausdrücklichen Angebot als Folge der Schutzpflicht	353
bb) Faktische Notwendigkeit einer ausdrücklichen Erklärung des Arbeitnehmers als Rechtsproblem?	353
(1) Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Zulässigkeit konkludenter Willenserklärungen	353
(2) Kein Verstoß gegen Arbeitnehmerschutzrecht	354
(3) Die Obliegenheit als Ausdruck der Privatautonomie im Arbeitsverhältnis	355
cc) Anforderungen an die ausdrückliche Erklärung	357
dd) Zwischenergebnis	358
3. Annahme / Ablehnung des Angebots	358
a) Annahme des Arbeitnehmers	359
aa) Allgemeines	359
bb) Keine Annahme bei Schweigen des Arbeitnehmers	359
b) Annahme des Arbeitgebers	360
aa) Ausdrückliche Annahme	361
bb) Konkludente Annahme	361
(1) Allgemeines	361
(2) Rechtslage bei Ausbleiben einer Reaktion des Arbeitgebers	362
(a) Grundsatz: Konkludente Annahme	362
(b) Ablehnung in Fällen, in denen keine Annahme erwartet werden kann	363
cc) Ablehnung des Angebots	364
(1) Ausdrückliche Ablehnung	364
(a) Allgemeines	364

(b) Ablehnung trotz unveränderter Beschäftigung als Rechtsmissbrauch?	364
(2) Konkludente Ablehnung	367
4. Zwischenergebnis	368
II. Folgen der dogmatischen Herleitung	369
1. Konkretisierung der Arbeitspflicht nur bei Vorliegen eines ausdrücklichen Angebots	369
2. Keine Hinderung des Konkretisierungseintritts durch Schriftformklauseln und Versetzungsvorbehalte	370
3. Berücksichtigung der Konkretisierung der Arbeitspflicht bei der Sozialauswahl	370
III. Seltenheit ausdrücklicher Konkretisierungsangebote in der Praxis und Möglichkeit der Ablehnung durch den Arbeitgeber als Argumente gegen die hier vorgeslagene Lösung?	372
1. Verkleinerter Anwendungsbereich für eine Konkretisierung der Arbeitspflicht?	373
a) Minderung der Rechtsunsicherheit als Anwendungsvorteil	373
b) Zur Rolle der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie von Betriebsräten und Personalvertretungen	373
aa) Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände als „Aufklärer“ ihrer Mitglieder	374
bb) Der Betriebsrat bzw. die Personalvertretung als „Unterstützer“ der Belegschaft	374
(1) Zum Verhältnis von Betriebsrat und Belegschaft	374
(a) Betriebsrat als „Repräsentant“ der Belegschaft?	375
(b) Betriebsrat als „Vertragshelfer für betriebliche Arbeitsbedingungen“	376
(2) Aufklärung über Konkretisierungsvoraussetzungen als Unterstützerhandlung	377
(3) Vergleichbare Funktion der Personalvertretungen im öffentlichen Dienst	378

*Inhaltsverzeichnis*

c)	Zur Rolle der Arbeitsgerichte sowie der Arbeitsrechtswissenschaft	378
2.	Zur „Gefahr“ einer ständigen Ablehnung von Konkretisierungsangeboten	380
a)	Vergleich zum Rechtsinstitut der betrieblichen Übung	380
b)	Vorteil einer Annahme für den Arbeitgeber	381
c)	„Heimlichkeit“ des Konkretisierungseintritts rechtsgeschäftlich nicht begründbar	381
d)	Ablehnungsmöglichkeit kein Argument gegen die Notwendigkeit eines ausdrücklichen Angebots	382
3.	Zwischenergebnis	383
IV.	Wesentliche Vorteile der hier vorgeschlagenen Lösung	383
1.	Klare Voraussetzungen einer „Konkretisierung der Arbeitspflicht“	383
2.	Bewusstere Anwendung des Rechtsinstituts in der Praxis	384
3.	Interessengerechte Risikoverteilung im Verhältnis Arbeitnehmer – Arbeitgeber	384
V.	Zwischenergebnis	385
F.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	386
I.	Allgemeine Anerkennung einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	386
II.	Rechtsunsicherheit aufgrund des Fehlens einer zufriedenstellenden dogmatischen Herleitung	386
III.	Möglichkeit einer dogmatischen Herleitung <i>de lege lata</i> und Folgen dieser Lösung	387
7. Kapitel:	Rechtliche Bedeutung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen Dritter	388
A.	Normalzustand bei nicht weisungsberechtigten Dritten	388
B.	Bedeutung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen bei Übertragung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts auf Dritte	388
I.	Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung	389
1.	Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer	391
a)	Voraussetzungen und gesetzliche Vorgaben	391

b) Echter Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB	393
aa) Voraussetzungen eines echten Vertrags zugunsten Dritter	394
bb) Haftungsmöglichkeit des Arbeitnehmers kein hinreichendes Argument	395
cc) Interessenlage der Beteiligten bei Übertragung des Weisungsrechts	396
(1) Entleiher	396
(2) Verleiher	397
(3) Arbeitnehmer	398
dd) Zusammenfassung	401
2. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Ver- und Entleiher	401
a) Überblick über formelle und materielle Anforderungen nach dem AÜG	402
b) Dogmatische Einordnung	403
3. Beschäftigungsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer	405
a) Vorliegen eines „Arbeitsverhältnisses“ unionsrechtlich nicht vorgegeben	407
b) Kein „Arbeitsverhältnis“ nach deutscher Dogmatik	409
4. Zusammenfassung	411
II. Rechtliche Wirkungen des Ausbleibens von arbeitsrechtlichen Weisungen des Entleihers	412
1. Nichtvorliegen bzw. Beendigung einer Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG?	413
a) Auslegung von §§ 1 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 1 S. 2 AÜG	413
aa) Wortlaut	414
bb) Gesetzgebungshistorie	414
cc) Systematik	415
dd) <i>Telos</i>	416
b) Zwischenergebnis: Arbeitnehmerüberlassung auch bei Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen des Entleihers	417
c) Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert	417

*Inhaltsverzeichnis*

2. Einfluss auf den Eintritt einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	418
a) Konkretisierung der Arbeitspflicht bei der Arbeitnehmerüberlassung unmöglich?	419
aa) Keine Auseinandersetzung mit der Thematik in Rechtsprechung und Schrifttum	419
bb) Möglichkeit einer Konkretisierung der Arbeitspflicht nach hier vertretener Ansicht	419
b) Vertragspartner einer Konkretisierungsvereinbarung	420
aa) Verleiher und Entleiher	420
bb) Arbeitnehmer und Verleiher	420
cc) Arbeitnehmer und Entleiher	422
c) Möglichkeiten einer Konkretisierung der Arbeitspflicht bei der Arbeitnehmerüberlassung im Überblick	423
d) Handlungsoptionen für Leiharbeitnehmer	425
III. Zusammenfassung	426
C. Fazit	427
8. Kapitel: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	428
A. Grundlagen arbeitsrechtlicher Weisungen und deren Ausbleiben im Arbeitsverhältnis	428
B. Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen des Arbeitgebers	431
I. Kein Beitrag zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses	431
II. Beitrag zur Freistellung des Arbeitnehmers als Ausnahmefall	432
III. Konkretisierung der Arbeitspflicht als anders gelagerte Konstellation	433
1. Insuffizienz bestehender dogmatischer Herleitungen	433
2. Vorzugswürdige rechtsgeschäftliche Lösung	434
a) Zustandekommen einer Konkretisierungsvereinbarung	434
b) Rechtsfolgen	434
c) Bedeutung der Sozialpartner sowie von Betriebsräten und Personalvertretungen	435
3. Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen regelmäßig ohne Bedeutung	436

C. Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen Dritter	436
I. Weisungsberechtigte und nicht weisungsberechtigte Dritte	437
II. Keine Beendigung einer Arbeitnehmerüberlassungskonstellation	437
III. Konkretisierung der Arbeitspflicht bei der Arbeitnehmerüberlassung	438
9. Kapitel: Ausblick	439
Literaturverzeichnis	441
Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen	477