

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Einführung	19
A. Der Untersuchungsgegenstand	19
B. Gang der Untersuchung	23

Zweiter Teil

Rechtsgrundlage des Weisungsrechts	25
A. Einleitung	25
B. Uneinheitliche Rechtsprechung	28
C. Arbeitsteilung als Grund für das Weisungsrecht	32
D. Weisungsbefugnis aus Eigentum	39
E. Wesen, Natur der Sache, Institutionen und NS-Arbeitsrecht	44
F. Begründung aus Gesetz und Vertrag	56
G. Summa	97

Dritter Teil

Rechtsnatur von Weisungsrecht und Weisung	98
A. Differenzierung zwischen Weisungsrecht und Weisung	98
B. Rechtsnatur des Weisungsrechts	100
C. Rechtsnatur der Einzelweisung	112
D. Das Weisungsrecht und seine Neuausübbarkeit	123
E. Bewertung beim erweiterten Weisungsrecht	137

Vierter Teil

Erweiterung des Weisungsrechts	139
A. Relevanz arbeitsvertraglicher Flexibilisierung	139
B. Arten der Weisungsrechtserweiterung	141

C. Rechtsgrundlage bei Erweiterung des Weisungsrechts	154
D. Allgemeine Anforderungen an Weisungsklauseln	155
E. Konkrete Anforderungen an die Weisungsrechtserweiterung	161
F. Summa	186
G. Unwirksame Weisungsklauseln und Sozialauswahl	188

Fünfter Teil

Die Verbindlichkeit unbilliger Weisungen	204
A. Entscheidung des Großen Senats abgewendet	204
B. Vermittelnde Lösungsansätze	212
C. Fazit und Stellschrauben für ausgewogene Risikoverteilung	225

Sechster Teil

Verhältnis von § 106 GewO zu § 315 BGB	240
A. Regelungsübergreifende Argumente	243
B. Regelungsinterne Argumente	255
C. Fazit: Was bleibt von § 315 BGB?	268

Siebenter Teil

Zusammenfassung	270
------------------------	-----

Literaturverzeichnis	279
-----------------------------------	-----

Sachverzeichnis	303
------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

<i>Erster Teil</i>	
Einführung	19
A. Der Untersuchungsgegenstand	19
B. Gang der Untersuchung	23
<i>Zweiter Teil</i>	
Rechtsgrundlage des Weisungsrechts	25
A. Einleitung	25
B. Uneinheitliche Rechtsprechung	28
C. Arbeitsteilung als Grund für das Weisungsrecht	32
I. Adam Smith als Vordenker der Arbeitsteilung	32
II. Aus Arbeitsteilung folgt Weisungsrecht	34
III. Vermengung von Grund und Rechtsgrund	36
IV. Beispiele aus Literatur und Rechtsprechung	36
V. Zwischenfazit	39
D. Weisungsbefugnis aus Eigentum	39
I. Eigentumstheorie als Kristallisierungspunkt des strukturellen Ungleichgewichts	39
II. Eigentumstheorie am Beispiel Sinzheimers	40
III. Rezeption und Kritik	41
IV. Spielart der Eigentumstheorie: Weisung kraft Hausrechts	43
E. Wesen, Natur der Sache, Institutionen und NS-Arbeitsrecht	44
I. Aus der Natur bzw. aus dem Wesen	44
II. Institution und institutionelles Rechtsdenken	45
III. Das Denken in konkreten Ordnungen im Nationalsozialismus	46
IV. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)	49
V. Relevanz des AOG für das Arbeitsvertragsrecht und für das Weisungsrecht	50
VI. Die Wandlung des Weisungsrechts	51

1. Durch das Führerprinzip	51
2. Durch eine Ausweitung der Treuepflicht	52
VII. Fazit	55
F. Begründung aus Gesetz und Vertrag	56
I. Gesetzentheorie	56
1. Wortlaut	60
2. Systematik	61
3. Gesetzesbegründung	65
4. Vorgeschichte der Regelung: Rechtszustand vor dem 1.1.2003	67
5. Regelungsgehalt des § 106 GewO	68
6. Fazit zur Begründungswirkung des § 106 GewO	70
II. Vertragstheorie	71
1. Vorbemerkungen	72
a) Untersuchungsfrage als Problem der Rechtsgeschäftslehre	72
b) Abgrenzung vom besonderen Weisungsrecht	73
c) Entscheidungsfreiheit über das Weisungsrecht	74
2. Eigenständiger Weisungsvertrag	76
3. Mitvereinbarung im Arbeitsvertrag	79
a) Ausdrückliche Mitvereinbarung	81
b) Konkludente Mitvereinbarung	83
c) Spielart der Mitvereinbarung: Essentielle-Begründung	86
4. Hier vertretener Ansatz: Mittelbar-vertraglicher Ursprung	87
a) Arbeitsverhältnisse ohne Arbeitsvertrag	90
b) Kein Widerspruch zu generellen Weisungen	93
5. Fazit zur Vertragstheorie	96
III. Vereinzelt: Doppelte Rechtsgrundlage	96
G. Summa	97

Dritter Teil

Rechtsnatur von Weisungsrecht und Weisung	98
A. Differenzierung zwischen Weisungsrecht und Weisung	98
B. Rechtsnatur des Weisungsrechts	100
I. Seckel als Ausgangspunkt, Bötticher als prägender Einfluss	100
II. Enriquez: Gestaltungsrechtsdefinition als Ausgangspunkt	103
1. Unterscheidung zwischen Rechtsänderungs- und Rechtswirkungsdefinition	103
2. Enriquez: Rechtsänderung versus Rechtskonkretisierung	105

3. Neue dogmatische Kategorie der Konkretisierungsrechte	106
4. Einordnung und Bewertung	106
a) Altbekanntes neu formuliert?	106
b) Rechtswirkungsdefinition nicht von Söllner	107
c) Konsequenz dieser Definitionsdivergenz schon bekannt	108
d) Rechtswirkung als Oberbegriff zu verstehen	108
III. Ansatzpunkt: Begriff der Rechtsänderung	110
1. Rechtswirkungsdefinition besonders beim Weisungsrecht	110
2. Verständnis der Rechtsänderung	110
C. Rechtsnatur der Einzelweisung	112
I. Reine Faktizität und Realakt	113
II. Willenserklärung	115
III. Differenzierung nach Regelungsgegenstand	116
IV. (Rechts)geschäftsähnliche Handlung	120
V. Zwischenfazit: Rechtsnatur der Einzelweisung	123
D. Das Weisungsrecht und seine Neuausübbareit	123
I. Begriff der Neuausübbareit	123
II. Interessenlage beim Gestaltungsrecht	124
III. Grundsatz des Verbrauchs	126
1. Formulierung des Grundsatzes	126
2. Ausnahme bei Dauerschuldverhältnissen	126
3. Abzulehnender Erklärungsversuch: Das Muttergestaltungsrecht	127
4. Weisungsrecht und ständige Pflichtanspannung	129
IV. Grundsatz der Unwiderruflichkeit	131
1. Rechtsverhältnislösung	132
2. Starke – Schutzzwecklösung	133
3. Vertragslösung	134
4. Derogationslösung	135
5. Melange aus den unterschiedlichen Begründungsansätzen	137
E. Bewertung beim erweiterten Weisungsrecht	137

Vierter Teil

Erweiterung des Weisungsrechts	139
A. Relevanz arbeitsvertraglicher Flexibilisierung	139
B. Arten der Weisungsrechtserweiterung	141

I.	Die echte Weisungsrechtserweiterung	141
II.	Die unechte Weisungsrechtserweiterung	142
III.	Umfang des Weisungsrechts aus § 106 GewO?	143
1.	Überwiegende Auffassung: § 106 GewO vermittelt weiten Umfang	143
2.	A.A. (insbes. Hromadka): § 106 GewO vermittelt keinen Umfang	144
3.	Ergebnis: Umfang folgt aus § 106 GewO	146
IV.	Deklaratorische Weisungsklausel	146
V.	Weisungsrechtserweiterung in Notfällen und bei mutterschutzrechtlichem Be- schäftigungsverbot	147
1.	Weisungsrechtserweiterung in Notfällen	147
2.	Das „mutterschutzrechtliche Umsetzungsrecht“	148
3.	Abzulehnende Ansicht: <i>Gesetzliche Erweiterung</i> in solchen Fällen	150
VI.	Keine Erweiterung durch § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX	151
VII.	Zusammenfassung	153
C.	Rechtsgrundlage bei Erweiterung des Weisungsrechts	154
D.	Allgemeine Anforderungen an Weisungsklauseln	155
I.	Zwei-Ebenen-Prüfung im Rahmen des Weisungsrechts	155
II.	Von der Kernbereichs-Rechtsprechung zur AGB-Prüfung	155
III.	Übergreifende AGB-rechtliche Hinweise	157
1.	§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB – die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten	157
2.	§ 305c Abs. 1 BGB – überraschende Klauseln	158
3.	§ 305c Abs. 2 BGB – Unklarheitsregel	158
4.	Tarifliche Weisungsklauseln: Keine AGB-Kontrolle, aber § 2 KSchG	159
5.	Bloße Beschreibung der Hauptleistungspflicht?	160
E.	Konkrete Anforderungen an die Weisungsrechtserweiterung	161
I.	Anforderungen an die unechte Weisungsrechtserweiterung	161
1.	Keine Inhaltskontrolle bei unechter Weisungsrechtserweiterung	161
2.	Anforderungen an die Transparenz	162
II.	Anforderungen an die echte Weisungsrechtserweiterung	164
1.	Unanwendbarkeit des § 308 Nr. 4 BGB	165
2.	Unangemessene Benachteiligung	165
3.	Konkretisierung durch Abwägungskriterien	166
a)	Art der zu flexibilisierenden Leistung	167
b)	Spezifisches Anpassung- und Flexibilisierungsbedürfnis	167
c)	Dauer der Vertragsdurchführung	168
d)	Kompensatorische Effekte	168

e) Bestand des Arbeitsverhältnisses an sich nicht gefährdet	169
f) Verlagerung des unternehmerischen Risikos	170
g) Stellung des Arbeitnehmers	170
h) Weite der Tätigkeitsvereinbarung	170
i) Unternehmensgröße	171
4. Inhalt der Arbeitsleistung: Zuweisung geringerwertiger Tätigkeit	171
a) Relevanz von Weisungsklauseln bzgl. des Inhalts der Tätigkeit	171
b) Zentrale Judikate (Neunter und Zehnter Senat)	173
c) Bestimmung der Arbeitswertigkeit	174
d) Zuweisung geringerwertiger Tätigkeit mit Vergütungsabsenkung	177
e) Geringerwertige Tätigkeit bei gleicher Vergütung	180
aa) Vergleich zu Widerrufs- Abrufklauseln	180
bb) Fazit: weitere materielle Anforderungen an die Angemessenheit ...	182
(1) Harmonisierung der Maßstäbe für Flexibilisierungsklauseln ..	182
(2) Weitere materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen	183
III. Rechtsfolgen der AGB-rechtlichen Unwirksamkeit	184
F. Summa	186
G. Unwirksame Weisungsklauseln und Sozialauswahl	188
I. Erste Vorbemerkung: Weisungsrecht und Sozialauswahl	189
II. Zweite Vorbemerkung: Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl	191
III. Keine klare Positionierung der Rechtsprechung	192
IV. Argumentation im Schrifttum	195
1. Objektive Rechtslage	195
2. Komplettsperrung der betriebsbedingten Kündigung	195
3. Verteilung des Prozessrisikos	196
4. Sanktionswirkungen	197
5. Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB	198
6. Argumentationstopos Vertrag zu Lasten Dritter	198
7. AGB-rechtliche Grundsätze: Kein Berufen des Verwenders auf die Unwirksamkeit seiner AGB	199
a) Nutzens- bzw. Belastungsargument	200
b) Argument aus dem Drittbezug der Sozialauswahl	201
V. Fazit	202

Fünfter Teil

Die Verbindlichkeit unbilliger Weisungen	204
A. Entscheidung des Großen Senats abgewendet	204
I. Die wesentlichen Argumente des Zehnten Senats	207
II. Vereinzelte Kritik an der Entscheidung des Zehnten Senats	209
1. Betriebsorganisatorische Bedenken	209
2. Vergleichbarkeit mit der Änderungskündigung	210
B. Vermittelnde Lösungsansätze	212
I. Differenzierung zwischen Arten der Unbilligkeit	212
II. Differenzierung zwischen normalen/untergeordneten Weisungen	214
III. Zeitlicher Ansatz: Vorläufige Bindung bis zur ersten Entscheidung	215
IV. Differenzierung nach Intensität der Betroffenheit <i>und</i> Zeit	217
V. Prozessual: Stärkung des einstweiligen Rechtsschutzes?	220
1. Mögliche Hauptsacheverfahren	220
2. Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes	221
a) Verfügungsanspruch	222
b) Verfügungsgrund	223
C. Fazit und Stellschrauben für ausgewogene Risikoverteilung	225
I. Klassisches Dilemma	225
1. Schwierigkeiten für den Arbeitgeber	225
2. Aber hohe Hemmschwelle der Nichtbefolgung	226
3. Weitere einzubeziehende Faktoren	228
4. Ergebnis der Abwägung	228
II. Folgen für die Beratungspraxis	229
III. Gleiche Rechtsfolge für rechtswidrige und unbillige Weisungen?	230
1. Für differenzierende Rechtsfolge	231
2. Gegen differenzierende Rechtsfolge (Einheitslösung)	231
IV. Hinweispflicht des Arbeitnehmers mit Fristbindung	233
V. Annahmeverzugslohn für Arbeitnehmer nur bei Hinweis	237
VI. Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers auf Billigkeitsaspekte?	238

<i>Sechster Teil</i>	
Verhältnis von § 106 GewO zu § 315 BGB	240
A. Regelungsübergreifende Argumente	243
I. Wortlaut des § 106 GewO: Verweis auf § 315 BGB?	243
II. Gesetzesbegründung: Gesetzgeber zu § 106 GewO	244
III. Historischer Gesetzgeber zu § 315 BGB	245
IV. Früher Anwendung des § 315 BGB wegen „billigen Ermessens“	248
V. Klammerprinzip <i>für</i> Anwendung des § 315 BGB	250
VI. Klammerprinzip <i>gegen</i> Anwendung des § 315 BGB	250
VII. Weisungsrecht als Leistungsbestimmungsrecht	251
VIII. Komplementierung vs. Konkretisierung	252
IX. Sachlicher Regelungsgegenstand	253
X. Dauercharakter des Weisungsrechts	253
XI. Inhaberschaft des Rechts	254
B. Regelungsinterne Argumente	255
I. Weitere Anwendung von § 315 Abs. 1 BGB?	255
II. Weitere Anwendung von § 315 Abs. 2 BGB?	255
III. Weitere Anwendung von § 315 Abs. 3 S. 1 BGB?	256
1. Rechtsfolge des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB verführt zur Anwendung	256
2. Ablehnung von Bindung mit § 106 S. 1 GewO	257
3. Ablehnung von Bindung mit § 134 BGB i. V. m. § 106 S. 1 GewO	258
a) Weisungserteilung als Rechtsgeschäft	258
b) § 106 S. 1 GewO als Verbotsgesetz	259
aa) Wortlaut des § 106 S. 1 GewO	260
bb) Abdingbarkeit des § 106 S. 1 GewO	261
cc) Sinn und Zweck des § 106 S. 1 GewO	261
c) Telos des § 106 S. 1 GewO ergibt „nichts anderes“	261
d) Fazit	262
4. Anschlussfrage: Erforderlichkeit von Leistungsverweigerungsrechten?	263
IV. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB	263
1. Hauptargument: Unzulässiger Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG	264
2. Weitere Nuancierungen in der Literatur	265
3. Fazit: Keine Anwendung außer bei Ermessensreduzierung	266
C. Fazit: Was bleibt von § 315 BGB?	268

	<i>Siebenter Teil</i>	
	Zusammenfassung	270
Literaturverzeichnis		279
Sachverzeichnis		303