

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11
Einführung	23
A. Untersuchungsgegenstand	23
B. Gang der Untersuchung	31
Erster Teil: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers	33
A. Grundlagen	33
B. Reichweite des Weisungsrechts	104
C. Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer wirksamen Weisung	140
Zweiter Teil: Tatbestand der unbilligen Weisung	145
A. Begriff des billigen Ermessens	145
B. Abwägungsprozess	150
C. Gerichtlicher Kontrollumfang	166
Dritter Teil: Rechtsfolgen einer gegen höherrangiges Recht verstoßenden Weisung	171
A. Unwirksamkeit als Konsens	171
B. Dogmatische Begründungsansätze	172
C. Evaluation der unterschiedlichen Lösungsansätze	204
Vierter Teil: Rechtsfolgen unbilliger Weisungen	209
A. § 106 GewO als lex perfecta	210
B. Rechtsfolgen für die konkrete unbillige Weisung	231
C. Auswirkungen im Falle der Nichtbefolgung	291
D. Auswirkungen im Falle der Befolgung	448

Untersuchungsergebnisse	473
A. Erster Teil: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers	473
B. Zweiter Teil: Tatbestand der unbilligen Weisung	476
C. Dritter Teil: Rechtsfolgen einer gegen höherrangiges Recht verstoßenden Weisung	478
D. Vierter Teil: Rechtsfolgen unbilliger Weisungen	478
Literaturverzeichnis	485

# Inhaltsverzeichnis

Einführung	23
A. Untersuchungsgegenstand	23
B. Gang der Untersuchung	31
Erster Teil: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers	33
A. Grundlagen	33
I. Begriff und normative Anknüpfung	33
1. § 315 BGB	34
2. § 106 GewO	34
3. § 611a Abs. 1 S. 2 BGB	35
II. Funktion und Bedeutung	38
1. Abgrenzungskriterium	38
a) Bedenken gegen die zentrale Bedeutung	39
b) Verhältnis der Merkmale in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB	40
c) Stellungnahme	44
2. Leitungs- und Konkretisierungsinstrument	47
a) Leitungsinstrument	48
b) Konkretisierungsrecht	49
3. Maßstab für die „horizontale Vergleichbarkeit“	51
III. Rechtsgrundlage des Weisungsrechts	52
1. Ältere Begründungsansätze	55
a) Ausfluss der Arbeitsteilung	56
b) Weisungsrecht kraft „Überordnung“	60
c) Unternehmerrisiko	61
d) Wirtschaftsverfassung	62
e) Wesensmäßigkeit und Natur der Sache	63
f) Ungeschriebene Rechtsnormen, Gewohnheitsrecht und Richterrecht	64
g) Zusammenfassung	65
2. Vertragstheorie	66
a) Eigenständiger Weisungsvertrag	66
b) Ausdrückliche Vereinbarung	67

c) Konkludente Vereinbarung	68
d) Mittelbar-vertragliche Vereinbarung	71
e) Stellungnahme	76
3. Gesetzestheorie	78
a) Wortlaut	80
b) Systematik	81
c) Entstehungsgeschichte und Telos	84
4. Stellungnahme	88
IV. Rechtsnatur	90
1. Rechtsnatur des Weisungsrechts	91
a) Atypisches Gestaltungsrecht	91
b) „Konkretisierungsrecht“	94
c) Stellungnahme	95
2. Rechtsnatur der Einzelweisung	96
a) Empfangsbedürftige Willenserklärung	97
b) Reine Faktizität	97
c) Rechtsgeschäftsähnliche Handlung	99
3. Ergebnis	101
V. Inhaberschaft und Ausübung	102
B. Reichweite des Weisungsrechts	104
I. Gegenstand des Weisungsrechts	104
1. Inhalt der Arbeitsleistung	105
a) Sachlicher Tätigkeitsbereich als äußere Grenze	107
b) Probleme bei der Zuweisung anderer Tätigkeiten	110
aa) Zuweisung geringerwertiger Tätigkeiten	111
bb) Zuweisung höherwertiger Tätigkeiten	112
2. Ort der Arbeitsleistung	113
3. Zeit der Arbeitsleistung	116
4. Ordnung und Verhalten im Betrieb	118
II. Umfang des Weisungsrechts	119
1. Grundsätzliche Reichweite des Weisungsrechts	119
a) Vertragsakzessorischer Umfang	119
b) Gesetzesakzessorischer Umfang	120
c) Diskussion	121
2. Erweiterungen	124
a) Gesetzliche Erweiterungen	125
b) Vertragliche Erweiterungen	126

III. Grenzen	129
1. Inhaltsschranken	129
a) Arbeitsvertrag	130
b) Gesetz	131
aa) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	132
bb) Nicht: Leistungsverweigerungsrechte	135
c) Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag	136
2. Ausübungsschranken	137
a) Billiges Ermessen	137
b) § 242 BGB	137
c) § 226 BGB	139
d) Gleichbehandlungsgrundsatz	140
C. Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer wirksamen Weisung	140
I. Voraussetzungen einer wirksamen Weisung	141
1. Arbeitsrechtliche Weisung	141
2. Inhaltskontrolle	143
3. Ausübungskontrolle	143
II. Rechtsfolge einer wirksamen Weisung	143
Zweiter Teil: Tatbestand der unbilligen Weisung	145
A. Begriff des billigen Ermessens	145
I. Bedeutung	145
1. Streitstand	146
2. Stellungnahme	147
II. Disponibilität	148
B. Abwägungsprozess	150
I. Zeitpunkt der Kontrolle	151
1. Meinungsstand	152
2. Stellungnahme	153
II. Beurteilungsmaßstab	154
1. Prüfungsdichte	155
2. Modifiziert subjektiver Maßstab	155
III. Zu berücksichtigende Umstände	156
1. Kritik an der Abwägung aller Umstände	157
2. Rechtfertigung	158
3. Darlegungs- und Beweislast	159

4. Einzelheiten	160
a) Arbeitgeberinteressen	160
b) Arbeitnehmerinteressen	162
aa) Wahl unter mehreren Arbeitnehmern	163
bb) Mitteilungsobliegenheit	164
c) Zukünftige Entwicklungen	166
C. Gerichtlicher Kontrollumfang	166
I. Grundsätze	166
II. Denkbare Fehler bei der Abwägung	167
III. Revisionsrechtliche Überprüfbarkeit	169
 Dritter Teil: Rechtsfolgen einer gegen höherrangiges Recht verstoßenden Weisung	 171
A. Unwirksamkeit als Konsens	171
B. Dogmatische Begründungsansätze	172
I. § 134 BGB	172
1. Anwendbarkeit auf arbeitsrechtliche Weisungen	173
2. Der Begriff des „gesetzlichen Verbots“	174
a) Gesetz i.S.d. § 134 BGB	174
b) Qualifikation als Verbotsgesetz	176
aa) Wortlaut als Anhaltspunkt	178
bb) Disponibilität als Indiz	179
cc) Strafvorschriften	182
dd) Verfassungsnormen	184
ee) Ergebnis	185
3. Nichtigkeitsfolge	186
a) Adressatenkreis als Anhaltspunkt	187
b) Sonderfall: Arbeitnehmerschutzvorschriften	188
c) Besonderheiten bei Strafgesetzen	189
4. Ergebnis	190
II. Eigenständige einfachgesetzliche Rechtsfolgenanordnungen	192
III. § 138 BGB	192
IV. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG	195
V. Grenzen der rechtlichen Gestaltungsmacht	196
1. Terminologie	196
2. § 106 S. 1 GewO als derartige Grenze	198
3. Rechtsfolge	199

VI. Rangprinzip	200
C. Evaluation der unterschiedlichen Lösungsansätze	204
I. Die vorherrschende Abgrenzung	205
II. Die hier vertretene Abgrenzung	205
Vierter Teil: Rechtsfolgen unbilliger Weisungen	209
A. § 106 GewO als lex perfecta	210
I. Regelungsgehalt von § 106 GewO und § 315 BGB	210
1. Regelungen in § 106 GewO	210
2. Regelungen in § 315 BGB	211
II. Verhältnis von § 106 GewO und § 315 BGB	212
1. Wortlaut von § 106 GewO unergiebig	214
2. Keine hinreichenden Anhaltspunkte in den Gesetzgebungsmaterialien	214
3. Allgemeine Bedenken gegen die Anwendbarkeit von § 315 BGB	216
a) Voraussetzung eines vertraglichen Leistungsbestimmungsrechts	217
b) Unterschiedliche Natur und Funktion	219
4. Bedenken gegen die Anwendbarkeit von § 315 Abs. 1 und Abs. 2 BGB	222
5. Bedenken gegen die Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB	223
a) Grundsätzliche Brauchbarkeit von § 315 Abs. 3 S. 1 BGB	224
b) Inadäquanz von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB	225
c) Stellungnahme	227
6. Keine analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB	227
7. Ergebnis	229
B. Rechtsfolgen für die konkrete unbillige Weisung	231
I. Keine vorübergehende Verbindlichkeit	231
1. Rechtslage vor der Entscheidung des Fünften Senats	233
2. Entscheidung des Fünften Senats	234
3. Entscheidung des Zehnten Senats	235
a) Fehlgehende Belege	236
b) Keine Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB	236

c) Keine Anhaltspunkte im Wortlaut der Regelungen	237
d) Keine zwingende Folge der Weisungsgebundenheit	239
e) Keine Vergleichbarkeit mit Änderungskündigung und Leistungsverweigerungsrechten	240
f) Keine Erforderlichkeit nach Sinn und Zweck	240
g) Kein praktisches Bedürfnis	240
h) Ergebnis	242
4. Kritik am Zehnten Senat	242
5. Alternative Lösungsvorschläge	246
a) Differenzierung nach dem Grad der Unbilligkeit	246
b) Ausnahme bei „untergeordneten Weisungen“ und Eil- oder Notfällen	251
c) Zeitliche Verkürzung der vorübergehenden Verbindlichkeit	253
6. Stellungnahme	257
II. Keine Unwirksamkeit eo ipso, sondern Wahlrecht	259
1. Unergiebigkeit des § 106 GewO	259
2. Bedeutung von „Unverbindlichkeit“	261
3. Geltendmachung oder Unwirksamkeit eo ipso	264
a) Begründung bei Unwirksamkeit eo ipso	267
b) Begründung bei „Unverbindlichkeit“	269
c) Zwischenergebnis	270
4. Form der Geltendmachung	270
5. Ergebnis	272
III. Keine Verweigerungspflicht in Ausnahmefällen	273
1. Verweigerungspflicht bei Gesetzeswidrigkeit	274
2. Einschränkungen auf Grund des Schutzzwecks	274
3. Keine Übertragbarkeit auf unbillige Weisungen	276
IV. Hinweispflicht des Arbeitnehmers	277
1. Anerkennung und Herleitung	277
2. Anwendungsbereich	280
3. Inhalt und formelle Aspekte	282
4. Rechtsfolge bei Verstoß	284
V. Inhalt der Arbeitspflicht nach unbilliger Weisung	286
VI. Terminologische Unterscheidung	287
VII. Ergebnis	290



C. Auswirkungen im Falle der Nichtbefolgung	291
I. Vergütungsanspruch	291
1. Verweigerung bei gleichzeitiger anderer Arbeitsleistung	292
2. Verweigerung ohne andere Arbeitsleistung	292
a) Keine Aufrechterhaltung nach §§ 611a Abs. 2, 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB	293
b) Aufrechterhaltung des Anspruchs nach §§ 611a Abs. 2, 615 S. 1 BGB	297
aa) Leistungsangebot (§§ 294 - 296 BGB)	298
(1) Tatsächliches Angebot (§ 294 BGB)	299
(2) Wörtliches Angebot (§ 295 BGB)	300
(a) Annahmeverweigerungserklärung (§ 295 S. 1 Alt. 1 BGB)	300
(b) Ausbleibende Mitwirkungshandlung (§ 295 S. 1 Alt. 2 BGB)	302
(3) Entbehrlichkeit des Angebots (§ 296 BGB)	303
(a) Keine Übertragung der kündigungsrechtlichen Rechtsprechung	304
(b) Auch keine Entbehrlichkeit bei alleiniger Verantwortung des Arbeitgebers für die Arbeitseinteilung	311
(4) Ergebnis	314
bb) Leistungsbereitschaft (§ 297 BGB)	315
(1) Leistungsfähigkeit	315
(a) Grundsätzliches	316
(b) Lediglich eingeschränkte Leistungsfähigkeit	317
(2) Leistungswilligkeit	324
cc) Nichtannahme durch den Arbeitgeber	325
dd) Kein böswilliges Unterlassen (§ 615 S. 2 BGB)	327
(1) Voraussetzungen des böswilligen Unterlassens	328
(2) Zumutbarkeit einer in Überschreitung des Direktionsrechts zugewiesenen Tätigkeit	330
(3) Zumutbarkeit einer unbillig zugewiesenen Tätigkeit	333
(a) Vergleich der jeweils zu berücksichtigenden Umstände	334

(b) Vergleich des jeweiligen Gewichts der zu berücksichtigenden Umstände	337
(c) Vergleich der jeweiligen Beurteilungszeitpunkte	338
(d) Bewertung	339
3. Zusammenfassung	341
II. Anspruch auf Beschäftigung mit der bisherigen Tätigkeit	342
1. Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers	343
2. Herleitung	346
a) §§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG	346
b) Kritik an der herrschenden Herleitung	348
c) Stellungnahme	349
3. Rechtliche Einordnung der Beschäftigungspflicht	354
4. Inhalt des Beschäftigungsanspruchs	358
a) Vertragsgemäße Beschäftigung	359
b) Anspruch auf Beschäftigung mit der bisherigen Tätigkeit	363
aa) Prozessrechtliche und vollstreckungsrechtliche Erwägungen	364
bb) Materiell-rechtliche Einwände	369
c) Ergebnis	374
5. Voraussetzungen und Geltendmachung	375
6. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung	377
a) Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 1 BGB)	377
b) Recht zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 Abs. 1 BGB)	378
c) Schadensersatzanspruch	380
aa) Anspruchsgrundlagen	380
(1) Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	381
(2) Kein Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282 BGB	381
(3) Ausnahmsweise Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB	384
(4) Ausnahmsweise Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB	384
(5) Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB	385

bb) Ersatzfähiger Schaden	387
(1) Entgangener Verdienst und sonstige Vermögensschäden	389
(2) Nichtvermögensschaden	393
cc) Ergebnis	401
7. Zusammenfassung	401
III. Anspruch auf Neuausübung des Weisungsrechts	402
1. Herleitung und rechtliche Einordnung	406
a) Verhältnis von Direktions- und Beschäftigungspflicht	406
b) Rechtliche Grundlage	410
c) Ergebnis	413
2. Voraussetzungen	413
a) Geltendmachung	413
aa) Verlangen der Weisungsausübung	414
bb) Mitteilung der Restleistungsfähigkeit	416
b) Vorhandensein einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit	418
c) Zumutbarkeit und rechtliche Möglichkeit	420
d) Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist	423
e) Leistungsunfähigkeit in Bezug auf die konkretisierte Arbeitspflicht	425
f) Nicht: Fehlendes Verschulden am Leistungshindernis	426
3. Rechtsfolgen	427
a) Primärrechtlicher Erfüllungsanspruch	428
aa) Kein „Arbeiten nach Wunsch“	428
bb) Pflicht zur Vertragsänderung	430
b) Sekundärrechtlicher Schadensersatzanspruch	435
aa) Anspruchsgrundlage	435
(1) Kein Schadensersatz neben der Leistung	436
(2) Kein Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 282 BGB	438
(3) Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB	439
bb) Geldersatz nach §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB	439
cc) Mitverschulden des Arbeitnehmers (§ 254 Abs. 1 BGB)	441
4. Prozessuale Durchsetzung und Vollstreckung	442

5. Zusammenfassung	445
IV. Sanktionen des Arbeitgebers	446
V. Schadensersatzanspruch	448
D. Auswirkungen im Falle der Befolgung	448
I. Vergütungsanspruch	449
II. Inhalt der Arbeitspflicht	449
III. Aufwendungsersatzanspruch (§ 670 BGB analog)	450
IV. Schadensersatzansprüche	452
1. Vorbehaltlose Befolgung	453
2. Befolgung unter Vorbehalt	453
a) §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB	453
aa) Vertragspflichtverletzung	454
(1) Beschäftigungspflicht	456
(2) Rücksichtnahmepflicht	456
(a) § 106 S. 1 GewO	457
(b) § 241 Abs. 2 BGB	457
(3) Beweislast	459
(4) Ergebnis	460
bb) Vertretenmüssen (§§ 276, 280 Abs. 1 S. 2 BGB)	461
(1) Verschuldensvermutung (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)	461
(2) Widerlegungsmöglichkeiten	461
(a) Nicht: Unkenntnis von Umständen	462
(b) Allenfalls: Rechtsirrtum	463
(3) Ergebnis	465
cc) Schaden	465
(1) Erstattungsfähige Schadenspositionen	466
(2) Denkbare Schadensposten	466
(3) Entschädigung in Geld	468
dd) Mitverschulden und Schadensminderungspflicht	468
ee) Ergebnis	470
b) § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG	471
c) Ergebnis	471
Untersuchungsergebnisse	473
A. Erster Teil: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers	473
B. Zweiter Teil: Tatbestand der unbilligen Weisung	476

C. Dritter Teil: Rechtsfolgen einer gegen höherrangiges Recht verstoßenden Weisung	478
D. Vierter Teil: Rechtsfolgen unbilliger Weisungen	478
Literaturverzeichnis	485