

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.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Sie entstand größtenteils während meiner Tätigkeit als akademischer Mitarbeiter am dortigen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht in den Jahren von 2015 bis 2017. Rechtsprechung und Literatur konnten nach Abschluss des Manuskripts im Wintersemester 2017/2018 weitgehend noch bis einschließlich September 2019 berücksichtigt werden.

Besonders danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Hermann Reichold*, an dessen Lehrstuhl in Tübingen ich arbeiten durfte und der mich bei meiner Forschung dort stets unterstützt hat. Die Zusammenarbeit mit ihm habe ich jederzeit als wissenschaftlich und persönlich bereichernd erfahren. Dafür, dass er mir von Beginn meiner Zeit am Lehrstuhl an die Möglichkeit gewährte, an einer Vielzahl von Projekten in verantwortungsvoller Position mitzuarbeiten und damit meinen Horizont zu erweitern, was auch zum Gelingen des Verfassens der vorliegenden Arbeit beigetragen hat, gebührt ihm großer Dank.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. *Ernst Mikosch*, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D., für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. *Jörg Eisele* für die Übernahme des Vorsitzes im Rahmen der Disputation am 17. September 2019.

Gedankt sei an dieser Stelle auch herzlich den vielen Freunden insbesondere aus Tübingen, Heidelberg sowie meiner Heimatstadt Neckargemünd, die mir während der Promotionszeit als Gesprächspartner zu Verfügung standen.

Besonders danken möchte ich darüber hinaus meiner Verlobten *Natalie Frank*, die mich vor allem in der Phase der Fertigstellung der vorliegenden Arbeit stets liebevoll unterstützt hat, so dass ich das Projekt zu einem guten Ende führen konnte.

Mein größter Dank gilt meiner Familie, insbesondere meinen Eltern *Birgit Susanne* und *Michael Ferdinand Pfrang*, die mich während meiner Ausbildung immer bedingungslos unterstützt haben.

Heidelberg, im Oktober 2019

Sebastian Ferdinand Pfrang

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

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

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

(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

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

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

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

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

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

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

(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 vorgeschlagnene 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

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

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

Schaubilderverzeichnis

Schaubild 1:	Rechtsgrundlagen arbeitsrechtlicher Weisungen und ihr Verhältnis zueinander	146
Schaubild 2:	Unterschiede zwischen klassischer und agiler Projektorganisation	185
Schaubild 3:	Struktur einer betrieblichen Übung	282
Schaubild 4:	Struktur einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	282
Schaubild 5:	Bestimmtheit des Angebots auf Konkretisierung der Arbeitspflicht	358
Schaubild 6:	Übersicht zu den Möglichkeiten des Zustandekommens einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	369
Schaubild 7:	Rechtsfolgen einer Konkretisierung der Arbeitspflicht	387
Schaubild 8:	Überblick über die Rechtsverhältnisse bei der Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG	412
Schaubild 9:	Möglichkeiten einer Konkretisierung der Arbeitspflicht bei der Arbeitnehmerüberlassung	424

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AI	Automobil Industrie (Zeitschrift)
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
allg. M.	allgemeine Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AN-RV	Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung: Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Bensheimer Sammlung)
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
ArztR	ArztRecht (Zeitschrift)
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundes-Angestellentarifvertrag
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
Beschl. v.	Beschluss vom
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BinSchG	Binnenschiffahrtsgesetz
BJELL	Berkeley Journal of Employment & Labor Law
bm	bank und markt (Zeitschrift)
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CRi	Computer Law Review International (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe / dieselben
DIN	Deutsches Institut für Normung
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung

etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzBAT	Entscheidungssammlung zum Bundesangestellten-Tarif
f.	folgende
FDD	Feature Driven Development
ff.	(und) die folgenden
Fn.	Fußnote / Fußnoten
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Großer Senat / Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HBR	Harvard Business Review (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
HRP	Human Resource Planning (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des / im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IEEE Software	Institute of Electrical and Electronics Engineers Software (Zeitschrift)
IFIP	International Federation for Information Processing
ISO	International Organization for Standardization
IT	Informationstechnik
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
jM	juris – Die Monatszeitschrift

Abkürzungsverzeichnis

JOLE	Journal of Labor Economics
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LeSS	Large Scale Scrum
lit.	littera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MiLoG	Mindestlohngesetz
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
Mot.	Motive
MuSchG	Mutterschutzgesetz
n.F.	neuer Fassung
n.v.	nicht veröffentlicht
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
PersR	Der Personalrat (Zeitschrift)
PM	ProjektMagazin (Zeitschrift)
pM aktuell	projektManagement aktuell (Zeitschrift)
PMBOK	Project Management Body of Knowledge
PMI	Project Management Institute

Prot.	Protokolle
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin (Zeitschrift)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz / Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer / Randnummern
RVA	Reichsversicherungsamt
S.	Seite / Satz
s.o.	siehe oben
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes
SeemG	Seemannsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte / sogenannten / sogenannter / sogenanntes
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
SZ rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	unter anderem
Urt. v.	Urteil vom
UVG	Unfallversicherungsgesetz
Var.	Variante
VDI nachrichten	Verein Deutscher Ingenieure nachrichten (Zeitschrift)
VGfA	Versicherungsgesetz für Angestellte
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung / Vorbemerkungen
WG	Wechselgesetz
XP	Extreme Programming
z.B.	zum Beispiel

Abkürzungsverzeichnis

ZAT	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in Kirche und Caritas
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zugl.	zugleich

1. Kapitel: Einleitung

Selten stand das arbeitsrechtliche Weisungsrecht mehr im Fokus als heutzutage. Seit der Gesetzgeber mit § 611a BGB durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017¹ eine Norm geschaffen hat, die – in Teilen abweichend von § 106 S. 1 GewO – in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB statuiert, das Weisungsrecht könne „Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen“, wird so viel wie lange nicht mehr über Inhalt und Grenzen arbeitsrechtlicher Weisungen sowie die Weisungsbindung im Arbeitsverhältnis geschrieben und diskutiert.²

Während dem Vorgang der Ausübung von Weisungsrechten im Arbeitsverhältnis sowie der dogmatischen Herleitung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bereits in der Vergangenheit viel Aufmerksamkeit geschenkt wurde,³ trifft dies für den Zustand des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis nicht zu. Das Thema wird vielmehr nur beiläufig „mitbehandelt“, etwa wenn es um die Möglichkeit eines Statuswechsels vom Arbeitnehmer zum Selbstständigen,⁴ den Vergleich von (sozialrechtlichem) Beschäftigten- und (ar-

1 BGBl. 2017, I, S. 258.

2 Vgl. nur *Wank*, AuR 2017, 140 (143 ff., 146 f.); *Deinert*, RdA 2017, 65 (66, 71); *Henssler*, RdA 2017, 83 (84 ff.); *R. Krause*, NZA-Beil. 2/2017, 53 (59); *Preis*, NZA 2018, 817 (819 f., 823 f.); *Richardt*, NZA 2018, 974 (975); *Hromadka*, NZA 2018, 1583 (1584 ff.); *Rinck*, RdA 2019, 127 (128); im Vorfeld der Neuregelung bereits *Baack/Winzer/Hies*, NZG 2016, 415 (416); *Thüsing/M. Schmidt*, ZIP 2016, 54 (57); *Henssler*, RdA 2016, 18 (19).

3 Der dogmatischen Herleitung sowie der Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts und deren Grenzen wurden bereits zahlreiche Monographien gewidmet, etwa von *F. Bauer*, Direktionsrecht, 2015; *Birk*, Leitungsmacht, 1973; *Böker*, Weisungsrecht, 1971; *Böttner*, Direktionsrecht, 1971; *Brunhöber*, Weisungsrecht, 2006; *Gast*, Arbeitsvertrag und Direktion, 1978; *Greiser*, Direktionsrecht, 1958; *Haug*, Direktion, 1979; *Juschka*, Direktionsrecht, 1955; *Lange*, Direktionsrecht, 1933; *Lehmann*, Direktionsrecht, 2010; *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, 1966; *M.-L. Stamm*, Weisungsrecht, 1977; *Stenschke*, Direktionsrecht, 1932; *Zapf*, Direktionsrecht, 1971. Sich hauptsächlich mit Inhalt und Grenzen arbeitsrechtlicher Weisungen beschäftigend auch *Hüber*, Arbeitnehmer, 1975.

4 Vgl. nur *Müller-Glöge*, in: FS Hromadka (2008), S. 255 (268); *Tillmanns*, RdA 2015, 285 (287).

beitsrechtlichem) Arbeitnehmerbegriff⁵ oder die sog. „Konkretisierung der Arbeitspflicht“⁶ geht.

Eine Rechtfertigung dafür, dass es einer gesonderten rechtswissenschaftlichen Erforschung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis nicht bedarf, könnten letztlich nur zwei Umstände, ein tatsächlicher und ein rechtlicher, darstellen: Entweder kommt das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis in der Praxis regelmäßig schon gar nicht vor, so dass eine ausführliche Erörterung desselben nicht notwendig erscheint. Oder dem Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen kann von vornherein bereits keine rechtliche Bedeutung zukommen. Auch in diesem Fall bedürfte es keiner gesonderten rechtswissenschaftlichen Untersuchung.

Beides trifft allerdings schon auf den ersten Blick nicht zu: So ist es in der Praxis nicht so, dass einem Arbeitnehmer ununterbrochen arbeitsrechtliche Weisungen erteilt werden. Dies wäre weder sinnvoll, noch würde es einer verantwortungsvollen Unternehmensführung entsprechen, die auch auf die Interessen von Arbeitnehmern Rücksicht zu nehmen hat.⁷ Würden einem Arbeitnehmer permanent arbeitsrechtliche Weisungen erteilt, führte dies zu einer Überforderung, die sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber regelmäßig Nachteile brächte. Die Realität ist daher eine andere: Arbeitnehmer arbeiten, sofern sie ihre Arbeitsleistung zur Zufriedenheit ihres Arbeitgebers erbringen und der Arbeitgeber auch nicht aufgrund anderer Faktoren einen Anpassungsbedarf sieht, regelmäßig ohne dass ihnen in Bezug auf jede Arbeitsbedingung, der sie unterliegen, (weitere) Weisungen erteilt werden. Nicht selten bleiben so Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern über Jahre unverändert. Die Zeitungsverlagsangestellte, die mehr als zehn Jahre ausschließlich in der Spätschicht eingesetzt wird,⁸ oder der Kfz-Mechaniker, der seit über 35 Jahren

5 So etwa von *Greiner*, NZS 2009, 657 (659); *Rolfs/Witschen*, NZA 2011, 881 (884).

6 Vgl. nur *Klempt*, in: FS Stahlhacke (1995), S. 261 (261 f.); *Lehmann*, Direktionsrecht, S. 52 f.; auf die „Nichtausübung des Direktionsrechts“ in diesem Zusammenhang eingehend in jüngerer Zeit auch BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12 – NZA-RR 2014, 181 (183); LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.4.2015 – 14 Sa 2300/14 – NJ 2016, 203 (204).

7 Hierzu *Sutter*, in: Schneider/Schmidpeter, Corporate Social Responsibility: Verantwortungsvolle Unternehmensführung in Theorie und Praxis, S. 647 (653 ff.); zu Aspekten arbeitsrechtlicher Compliance vgl. nur *Mengel*, Compliance, 2009; zu Eckpunkten „guter“ Unternehmensführung in jüngerer Zeit *Moosmayer*, NJW 2012, 3013.

8 So im Fall BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 574/79 – n.v.

nur in einem einzigen Betrieb des ihn beschäftigenden Unternehmens tätig wird,⁹ sind insofern nur zwei von zahllosen Beispielen.

Und auch, dass dem Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis rechtliche Bedeutung zukommen kann, entspricht heute bei genauerem Hinsehen allgemeiner Ansicht. Wer die Möglichkeit einer Verwirkung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts infolge Zeitablaufs im Einzelfall bejaht,¹⁰ erkennt zugleich das Vorliegen eines für die Verwirkung notwendigen sog. „Zeitmoments“ an, für das erforderlich ist, dass das verwirkende Recht über einen längeren Zeitraum nicht ausgeübt wird.¹¹ Und auch wer es – wie die heute ganz vorherrschende Ansicht – für möglich hält, dass sich Arbeitspflichten im Arbeitsverhältnis in einer Art und Weise konkretisieren, dass eine Änderung der konkretisierten Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber nicht mehr möglich ist (sog. „Konkretisierung der Arbeitspflicht“),¹² und insofern ausführt, dass hierfür allein das Arbeiten unter unveränderten Arbeitsbedingungen über einen längeren Zeitraum nicht ausreicht,¹³ misst dem Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen rechtliche Bedeutung zu. Gesagt wird nämlich nicht, dass dem Arbeiten unter unveränderten Arbeitsbedingungen, d.h. ohne die Änderung dieser Arbeitsbedingungen durch Weisung,¹⁴ über einen längeren Zeitraum keine rechtliche Bedeutung zukomme, sondern vielmehr nur, dass noch weitere Umstände hinzutreten müssten, damit die – in der Praxis regelmäßig vom Arbeitnehmer erstrebte – rechtliche Wirkung in Form einer Konkretisierung der Arbeitspflicht eintreten kann. Davon, dass dem Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis von vornhe-

9 So im Fall BAG, Urt. v. 3.6.2004 – 2 AZR 577/03 – NZA 2005, 175.

10 So etwa BAG, Urt. v. 3.4.2007 – 9 AZR 283/06 – NJOZ 2008, 3145 (3158); *Deeg*, Verwirkung, S. 284 f.

11 Dazu später ausführlich unter 4. Kapitel, B., II., 2.

12 St. Rspr., vgl. nur BAG, Urt. v. 14.12.1961 – 5 AZR 180/61 – AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 17; BAG, Urt. v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92 – NZA 1993, 89 (91); BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12 – NZA-RR 2014, 181 (183); BAG, Urt. v. 10.12.2014 – 10 AZR 63/14 – NZA 2015, 483; aus der Literatur etwa *Bayreuther*, NZA-Beil. 2006, 3 (4); *Hennige*, NZA 1999, 281 (285); *Reichold*, in: MünchArbR, I, § 40 Rn. 18 f.; zur „Konkretisierung der Arbeitspflicht“ später noch ausführlich im 6. Kapitel der Arbeit.

13 So etwa BAG, Urt. v. 7.12.2000 – 6 AZR 444/99 – NZA 2001, 780 (781); BAG, Urt. v. 10.12.2014 – 10 AZR 63/14 – NZA 2015, 483 (483); *Bayreuther*, NZA-Beil. 2006, 3 (4); *Hennige*, NZA 1999, 281 (286); *Hunold*, NZA-RR 2001, 337 (341); *Preis*, in: Preis, Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 22.

14 Zutreffend *Klempt*, in: FS Stahlhacke (1995), S. 261 (262); vgl. auch *Bieder*, ZfA 2016, 1 (10), wonach eine Konkretisierung der Arbeitspflicht „typischerweise“ an die Nichtausübung des Weisungsrechts anknüpfe.

rein keine rechtliche Bedeutung zukommen könne, kann damit keine Rede sein.

A. *Aktueller Anlass: Branchenspezifische Zunahme weisungsfreien Arbeitens*

Den konkreten Anlass zur Untersuchung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis stellte allerdings nicht allein der Umstand dar, dass hinsichtlich der Untersuchung dieses Themas seit langem eine größere Forschungslücke existiert. Wird die sich aktuell im Zuge der sog. „Industrie 4.0“ in vielfältiger Weise verändernde Arbeitswelt¹⁵ näher betrachtet, zeigt sich nämlich, dass das weisungsfreie Arbeiten von Arbeitnehmern in einigen Branchen rasant zunimmt. Dies lässt sich beispielsweise anhand der IT-Branche belegen, in der heute ganze Unternehmensbereiche nach dem Prinzip organisiert werden, dass Arbeitnehmer in autonomen Einheiten ohne die Erteilung von arbeitsrechtlichen Weisungen arbeiten sollen.¹⁶ Werden Arbeitnehmern dennoch Weisungen erteilt, wird dies nicht selten als Fehler im Arbeitsablauf des Betriebs betrachtet. Dies gilt besonders in solchen Unternehmen, die intern auf ein Arbeiten mittels sog. „agiler Projektorganisation“ setzen, und die sich davon schnellere, kreativere und besser verwertbare Arbeitsergebnisse erhoffen.

Bei der agilen Projektorganisation, auf deren Besonderheiten im Laufe der Untersuchung noch näher einzugehen sein wird,¹⁷ handelt es sich um eine moderne Form der Projektdurchführung, bei der zwischen den an dem Projekt Mitarbeitenden keine Hierarchien bestehen, das Projekt in Iterationen, d.h. vorher festgelegten Zeiträumen, die beliebig oft durchlaufen werden, durchgeführt wird und die Projektarbeit der einzelnen Projektmitarbeiter möglichst weisungsfrei abläuft.¹⁸ Die Anzahl der an einem agilen Projekt mitarbeitenden Personen beträgt üblicherweise nicht mehr als fünfzehn Personen, die regelmäßig eine besondere Spezialisierung, teil-

15 Vgl. hierzu *R. Krause*, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, S. B 7 ff. sowie *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025 (1026); *Raif/Nann*, GWR 2016, 221; *Kobte*, NZA 2015, 1417 (1418 ff.).

16 Hierauf nur kurz eingehend *R. Krause*, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, S. B 91; vgl. demgegenüber ausführlich die vorliegende Untersuchung unter 3. Kapitel, B., IV.

17 Siehe unter 3. Kapitel, B., IV., 1.

18 Überblicksartig zu den Besonderheiten agiler Projektorganisation etwa *Patzak/Rattay*, Projektmanagement, S. 666 ff.; *Bea/Scheurer/Hesselmann*, Projektmanagement, S. 429 ff.; ausführlich hierzu noch unter 3. Kapitel, B., IV., 1., a), cc).

weise in unterschiedlichen Fachbereichen, aufweisen.¹⁹ Agile Formen der Projektorganisation werden heute häufig im Bereich der IT-Branche und dort insbesondere bei der Softwareentwicklung eingesetzt,²⁰ aber auch für andere Branchen, z.B. die Automobilindustrie, das Banken- und Versicherungswesen oder die Werkzeugproduktion, wird deren Anwendung bereits diskutiert oder sie dort sogar schon praktiziert.²¹

B. Allgemeinerer Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung nimmt das weisungsfreie Arbeiten von Arbeitnehmern, nicht nur bei der Einführung agiler Projektorganisation in Unternehmen, sondern auch in zahlreichen anderen Konstellationen,²²

-
- 19 Schwaber/Beedle, Agile Software Development with Scrum, S. 26 f. sowie Schwaber/Sutherland, Scrum Guide, S. 7 empfehlen für die agile Methode "Scrum" ein aus maximal neun Personen bestehendes Umsetzungsteam, wobei der sog. „Product Owner“ sowie der sog. „Process Master“ (zu den Rollenbildern bei agiler Projektorganisation siehe später unter 3. Kapitel, B., IV., 1., a), cc), (1)) nicht mitgezählt werden; Patzak/Rattay, Projektmanagement, S. 681 gehen von in der Regel zwischen fünf bis zehn Mitgliedern aus. Darauf hinweisend, dass sich agile Projektorganisation nur für Projekte mit einer überschaubaren Mitgliederanzahl eignen, u.a. auch Seibert, pM aktuell 1/2007, 41 (47); Oestereich/Weiss, APM, S. 20 f.; Highsmith, Agile Project Management, S. 88, der jedoch auch betont, dass die Werte agiler Projektorganisation auch größeren Teams nützen können; ähnlich Cockburn, Agile Software Development, S. 171.
- 20 Dazu etwa Welge, pM aktuell 2/2014, 33 (33), wonach agile Arbeitsmethoden im Bereich der Softwareentwicklung heute „kaum noch wegzudenken“ seien; Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427 (427), die in diesem Bereich einen „rapiden“ Bedeutungszuwachs agiler Projektorganisation feststellen; Broy/Kuhrmann, Projektorganisation, S. 98, die davon sprechen, dass agile Arbeitsmethoden „mittlerweile in der Praxis allgegenwärtig“ seien.
- 21 Vgl. nur Welge, pM aktuell 2/2014, 33 (34 ff.) zur Anwendbarkeit agiler Arbeitsmethoden im Bereich der Automobilindustrie; Balfanz, bm 2/2017, 35 zur praktischen Anwendung agiler Arbeitsmethoden bei Banken und Versicherungen; Mellinger, BC 2015, 306 (310 ff.) zu einem Anwendungsbeispiel in einem mittelständischen Betrieb für Präzisionswerkzeuge. Für weitere Nachweise siehe noch unter 3. Kapitel, B., IV.; zu den Einsatzmöglichkeiten der agilen Projektorganisationsform „Scrum“ außerhalb der IT-Branche außerdem später noch unter 3. Kapitel, B., IV., 1., c).
- 22 Zu den Konstellationen, in denen von einem Ausbleiben arbeitsrechtliche Weisungen im Arbeitsverhältnis auszugehen ist, siehe unter 3. Kapitel, A.; zu den Gründen, wieso arbeitsrechtliche Weisungen im Arbeitsverhältnis ausbleiben, siehe unter 3. Kapitel, B.

zum Anlass, grundsätzliche Fragen der rechtlichen Bedeutung des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis zu klären.

I. Terminologische Klarstellung

1. „Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen“

Von einem „Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen“ (statt beispielsweise vom „Schweigen des Arbeitgebers“) wird hierbei gesprochen, weil Weisungen auch in Situationen unterbleiben können, in der ein Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer keineswegs stumm bleibt. Denn nicht jede Äußerung eines Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern stellt eine arbeitsrechtliche Weisung dar.²³ Informiert der Arbeitgeber den Arbeitnehmer etwa darüber, dass er mit dessen Arbeitsleistung zufrieden (oder unzufrieden) ist, ist darin lediglich eine Information und keine auf Befolgung abzielende Weisung des Arbeitgebers zu sehen. Und selbst ein Vorbringen des Arbeitgebers wie etwa, dass der Arbeitnehmer „morgen nach Möglichkeit etwas früher zur Arbeit erscheinen“ solle, stellt aufgrund fehlender Verbindlichkeit,²⁴ im Beispiel zu erkennen an der Formulierung „nach Möglichkeit“, nur einen Wunsch und keine – für die vorliegende Untersuchung relevante – Weisung dar.²⁵

Mit der allgemeinen Formulierung „Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen“ (statt beispielsweise „Ausbleiben von arbeitsrechtlichen Weisungen des Arbeitgebers“) wird schließlich auch ausgedrückt, dass Arbeitnehmern auch von Dritten keine arbeitsrechtlichen Weisungen erteilt werden. Von Dritten erteilt werden Arbeitnehmern arbeitsrechtliche Weisungen z.B. typischerweise in Fällen der Arbeitnehmerüberlassung, wo neben dem

23 Zutreffend *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 184, der zwischen „Weisungen“ und „Wünschen, Vorschlägen und Empfehlungen“ unterscheidet und dabei einen Vergleich zur Situation der Vertragsabwicklung von Unternehmer und Besteller bei Abschluss eines Werkvertrages gemäß § 631 BGB zieht; vgl. auch *Häusele*, Weisung, S. 6, wonach die Weisung von zweiseitigen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzugrenzen sei.

24 Vgl. im Auftragskontext *Schäfer*, in: MünchKommBGB, V, 7. Auflage 2017, § 665 Rn. 7; im Werkvertragskontext *Nicklisch*, in: FS Bosch (1976), S. 731 (733).

25 Zur Unterscheidung zwischen „Wunsch“ und „Weisung“ im Werk- und Arbeitsvertragskontext zutreffend *Maschmann*, Arbeitsverträge, S. 184: „Wünsche sind Anregungen, deren Beachtung und Ausführung im Belieben des Unternehmers stehen. Weisungen dagegen erheischen unbedingte Geltung; sie verlangen strikte Befolgung“.

in arbeitsvertraglicher Beziehung zum Arbeitnehmer stehenden Verleiher ein zur Erteilung arbeitsrechtlicher Weisungen berechtigter Entleiher existiert.²⁶ Auch solche Konstellationen werden daraufhin zu untersuchen sein, welche Bedeutung dem (zeitweisen) Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen bei Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses zukommt.

2. „Konkretisierung der Arbeitspflicht“

Den zweiten, schon im Untertitel der vorliegenden Untersuchung vorzufindenden Fachbegriff stellt die „Konkretisierung der Arbeitspflicht“ dar. Hierunter wird in der vorliegenden Arbeit zweierlei verstanden: Zum einen beschreibt „Konkretisierung der Arbeitspflicht“ den Vorgang, dass einem Arbeitnehmer arbeitsrechtliche Weisungen erteilt werden und dadurch die zuvor im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig festgelegte Arbeitspflicht näher eingegrenzt wird.²⁷ „Konkretisierung der Arbeitspflicht“ bedeutet in diesem Zusammenhang nichts anderes, als dass gegenüber einem Arbeitnehmer das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ausgeübt wird. Woraus sich diese Möglichkeit der Erteilung arbeitsrechtlicher Weisungen dogmatisch herleiten lässt, wird Gegenstand vor allem des zweiten Kapitels der vorliegenden Untersuchung sein.²⁸

Zum anderen wird mit „Konkretisierung der Arbeitspflicht“ der Zustand beschrieben, dass einem Arbeitnehmer über einen gewissen Zeitraum betreffend bestimmter Arbeitsbedingungen keine arbeitsrechtlichen Weisungen erteilt werden, diese Arbeitsbedingungen dadurch unverändert bleiben und sich u.a. deshalb die Arbeitspflicht künftig nur noch auf diese Arbeitsbedingungen beschränken soll.²⁹ Es geht hier im Gegensatz zur Konkretisierung der Arbeitspflicht durch Weisungserteilung grundsätzlich

26 *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 93 f.; *Boemke*, in: Boemke/Lembke, AÜG, § 1 Rn. 32, 39 f.; zu den (Vertrags-)Beziehungen der an Konstellationen einer Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Personen siehe später noch ausführlich im 7. Kapitel, B., I.

27 Allg. M., siehe nur *Lakies*, BB 2003, 364 (364); *Hromadka*, RdA 1992, 234 (235 f.); *Müller-Glöge*, in: MünchKommBGB, IV, 7. Auflage 2016, § 611 Rn. 1016; *Reichold*, in: MünchArbR, I, § 40 Rn. 4 ff.

28 Siehe unter 2. Kapitel, A., I., 1., b) zum sog. „allgemeinen arbeitsrechtlichen Weisungsrecht“, 2. Kapitel, B., II. zum sog. „erweiterten arbeitsrechtlichen Weisungsrecht“ sowie 2. Kapitel, C. zum sog. „arbeitsrechtlichen Weisungsrecht in Notfällen“.

29 Vgl. nur BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12 – NZA-RR 2014, 181 (183); *Klempt*, in: FS Stahlhacke (1995), S. 261 (261 f.); *Hennige*, NZA 1999, 281 (285);

1. Kapitel: Einleitung

nicht um eine „positive“ Handlung, die der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer vornimmt, sondern vielmehr um eine Situation, in der einem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber keine arbeitsrechtliche Weisungen erteilt werden, mithin gerade keine „positive“ Handlung erfolgt. Inwieweit sich hierauf ein Rechtsinstitut der „Konkretisierung der Arbeitspflicht“ dogmatisch stützen lässt, wird hauptsächlich im sechsten Kapitel der vorliegenden Arbeit behandelt.³⁰

II. Inhaltliche Schwerpunkte der Untersuchung

Im Rahmen der Untersuchung der rechtlichen Bedeutung des Ausbleibens von arbeitsrechtlichen Weisungen im Arbeitsverhältnis muss einmal die Frage beantwortet werden, ob auch dadurch vom Arbeitgeber, wie im Falle der Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts, das Arbeitsverhältnis „gestaltet“ wird. Da eine „positive“ Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses mangels Vorgabe bestimmter Arbeitsbedingungen grundsätzlich ausscheidet, gilt es vor allem eine mögliche „negative“ Gestaltung des Arbeitsverhältnisses durch das Ausbleiben von arbeitsrechtlichen Weisungen im Arbeitsverhältnis zu untersuchen. Dabei wird einerseits die Möglichkeit eines Statuswechsels von Arbeitnehmern zu Selbstständigen durch das Ausbleiben arbeitgeberseitiger Weisungen, d.h. die mögliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen, und andererseits die konkludente Freistellung von Arbeitnehmern durch stillschweigende Willenserklärung(en) zu analysieren sein.

Den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit wird sodann eine Untersuchung der Konkretisierung der Arbeitspflicht (auch) aufgrund des Ausbleibens arbeitsrechtlicher Weisungen darstellen. Bereits die Erwähnung in einer Vielzahl arbeitsgerichtlicher Entscheidungen³¹ zeigt die große praktische Relevanz dieses (vermeintlichen) Rechtsinstituts, das sich von der blo-

Rieble, in: Staudinger, BGB (2015), § 315 Rn. 200; zur unterschiedlichen terminologischen Verortung des Rechtsinstituts siehe noch unter 6. Kapitel, A.

30 Siehe unter 6. Kapitel, D. sowie 6. Kapitel, E.

31 Vgl. aus der Rechtsprechung des BAG in jüngerer Zeit nur BAG, Urt. v. 26.9.2012 – 10 AZR 311/11 – NZA-RR 2013, 403 (405); BAG, Urt. v. 18.10.2012 – 6 AZR 86/11 – AP GewO § 106 Nr. 23; BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12 – NZA-RR 2014, 181 (183); BAG, Urt. v. 10.12.2014 – 10 AZR 63/14 – NZA 2015, 483 (484); aus der untergerichtlichen Rechtsprechung etwa LAG Sachsen, Urt. v. 25.10.2011 – 7 Sa 248/10 – n.v.; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 3.7.2014 – 5 Sa 120/14 – RDG 2015, 20 (22).