

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 359

Grundlagen des Weisungsrechts

Von

Dominik Bitzenhofer



Duncker & Humblot · Berlin

DOMINIK BITZENHOFER

Grundlagen des Weisungsrechts

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 359

Grundlagen des Weisungsrechts

Von

Dominik Bitzenhofer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18019-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58019-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen.

Zunächst gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Stefan Greiner, der mich während meiner Zeit als Mitarbeiter und Doktorand an seinem Lehrstuhl gefördert und mir zugleich die nötigen Freiräume zur Erstellung dieser Arbeit gelassen hat. Herrn Professor Dr. Raimund Waltermann danke ich für seine Anregungen und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ebenfalls danke ich der Konrad-Adenauer-Stiftung, durch die ich während meiner Promotionszeit in erheblichem Maße gefördert wurde.

Die Drucklegung wurde durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und die Sozietät Pinsent Masons Germany LLP (Düsseldorf) bezuschusst.

Zudem wurde diese Dissertation mit dem Wissenschaftspreis 2020 der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung) ausgezeichnet.

Dank gebührt ferner meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn für die gute Zusammenarbeit und ihre hilfreichen Anregungen.

Schließlich möchte ich ganz besonders meinen Eltern danken, die mich stets unterstützt und mir meine Ausbildung ermöglicht haben. Hierdurch haben sie einen großen Anteil an der Fertigstellung dieser Arbeit.

Köln, den 26.5.2020

Dominik Bitzenhofer

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. Regelungübergreifende Argumente	243
B. Regelungsinterne Argumente	255
C. Fazit: Was bleibt von § 315 BGB?	268

Siebenter Teil

Zusammenfassung 270

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

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

Inhaltsverzeichnis

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
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 Kristallisationspunkt 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. Gesetzestheorie	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: Essentiale-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 Neuausübbarkeit	123
I. Begriff der Neuausübbarkeit	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 Beschäftigungsverbot	147
	1. Weisungsrechtserweiterung in Notfällen	147
	2. Das „mutterschutzrechtliche Umsetzungsrecht“	148
	3. Abzulehnende Ansicht: <i>Gesetzliche</i> Erweiterung 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 Anpassungs- 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 geringwertiger 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 geringwertiger Tätigkeit mit Vergütungsabsenkung	177
e) Geringwertige 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. Komplettsperre 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

Sechster Teil

	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

Siebenter Teil

Zusammenfassung 270

Literaturverzeichnis 279

Sachverzeichnis 303

Erster Teil

Einführung

A. Der Untersuchungsgegenstand

Diese Untersuchung befasst sich mit dem Kernelement einer jeden Arbeitsbeziehung: dem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Mit ihm konkretisiert er die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Arbeitspflicht. Das Weisungsrecht ist damit der Transmissionsriemen der abstrakten Arbeitspflicht zur konkreten Arbeitsleistung.

Weil die Weisungsgebundenheit das entscheidende Kriterium für den Grad der persönlichen Abhängigkeit und damit für die Arbeitnehmereigenschaft ist¹, muss man das Weisungsrecht als Schlüssel zum Arbeitsrecht oder – in diesem Kontext treffender – zum Recht der abhängigen Arbeit sehen. Die herausragende Bedeutung des Weisungsrechts erkennt man schon am Wortreichtum, mit dem der Gesetzgeber das Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung in § 611a BGB umschrieben hat.²

Das Weisungsrecht ist erst³ seit dem 1.1.2003 in § 106 GewO geregelt. Satz 1 der Vorschrift lautet: „Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“ Auf den ersten Blick folgt hieraus dreierlei. *Erstens*: Das Weisungsrecht kann sich nur auf Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung beziehen. *Zweitens*: Die Ausübung des Weisungsrechts muss immer das billige Ermessen wahren. *Drittens*: Der Arbeitgeber kann nur vom Weisungsrecht Gebrauch machen, soweit die Arbeitsbedingungen nicht durch die höherrangigen Gestaltungsmittel Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder Gesetz festgelegt sind. Das Weisungsrecht ermöglicht damit eine *Ausfüllung*, aber keine *Änderung* des Arbeitsvertrages.

¹ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 –, NZA 2017, 1452 (1459 Rn. 60); *Thüsing*, Mit Arbeit spielt man nicht, S. 50; *Hromadka*, NZA 2018, 1583 (1583 ff.) arbeitet überzeugend heraus, dass die Formulierungen „im Dienste eines anderen“, „fremdbestimmt“ und „in persönlicher Abhängigkeit“ des § 611a BGB letztlich alle dasselbe meinen: Die Weisungsgebundenheit. Im Ergebnis ähnlich *Preis*, NZA 2018, 817 (819 ff.).

² ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 33.

³ *Birk*, FS Hyung-Bae, 25 (25) – die Festschrift erschien 1995, das Weisungsrecht war also noch nicht kodifiziert: „Grundkategorien zeichnen sich meistens im Recht dadurch aus, daß der Gesetzgeber sich mit ihnen nicht auseinandersetzt, sondern von ihrer Existenz ausgeht.“

Die herausragende Bedeutung des Weisungsrechts beruht auf dem Dauerschuldverhältnischarakter des Arbeitsverhältnisses. Das Grundproblem von Dauerschuldverhältnissen, was besonders auf Arbeitsverhältnisse zutrifft⁴, beschreibt Fastrich: „Dauerschuldverhältnisse sind mehr als alle anderen Vertragstypen Entwürfe in eine unbekannte Zukunft. Weil in einer sich verändernden Welt wenig so beständig ist wie der Wandel, hat das Dauerschuldverhältnis immer eine offene Flanke gegenüber künftigen Entwicklungen, die zu Veränderungen der dem Vertrag ursprünglich zugrunde liegenden Verhältnisse führen.“⁵ Trotz der Kenntnis, dass es nach Vertragsschluss zu einer Änderung der Umstände kommen wird, ist es regelungstechnisch unmöglich, einen Arbeitsvertrag aufzusetzen, der alle in der Zukunft liegenden Eventualitäten abdeckt.⁶ Aus diesen beiden Gewissheiten – beständiger Wandel des vertraglichen Umfeldes einerseits und Unmöglichkeit eines vollständigen Vertrages andererseits – resultiert ein erhöhter Bedarf an Änderungsinstrumenten im Arbeitsverhältnis. Nur so kann die Tätigkeit im Laufe der Jahre an wechselnde Marktbedingungen, neue Produktionstechniken oder andere Organisationsformen angepasst werden.⁷ Hier tritt das Weisungsrecht als das Hauptinstrument⁸ der Flexibilisierung auf den Plan.⁹

Damit wird klar, mit welchem Problemfeld der Untersuchungsgegenstand in unmittelbarem Zusammenhang steht: Der Änderung von Arbeitsbedingungen.¹⁰ Diese ist nach Hromadka eine der „Kardinalfragen im Dauerschuldverhältnis Arbeitsvertrag“¹¹, Reichold sieht hierin ein „Ewigkeitsthema für Juristengenerationen“.¹² Diese Thematik ist wiederum bestimmt durch den Konflikt zwischen Bestands- und Inhaltsschutz, zwischen Stabilität und Flexibilität.¹³ Einerseits sind Verträge einzuhalten¹⁴, andererseits dürfen diese nicht – so ein oft verwendetes Bild – „versteinern“.¹⁵ Die Vereinigung dieser beiden grundsätzlich gegenläufigen Interessen in einer Rechtsbeziehung kommt in dem Modewort „Flexicurity“ zum Ausdruck.¹⁶

⁴ Benecke, Anmerkung zu AP BGB § 307 Nr. 17, zu II. 2.

⁵ Fastrich, FS Wiedemann, 251 (252).

⁶ Stöhr, ZFA, 2015, 167 (180).

⁷ Ähnlich der Gesetzgeber zu § 106 GewO, vgl. BT-Drucks. 14/8796, S. 24.

⁸ Kort, FS Birk, 459 (461).

⁹ Ebenfalls anschaulich in Bezug auf das Weisungsrecht LAG Rheinland-Pfalz Urte. v. 19.9.2019 – 5 Sa 91/19 –, Rn. 33, juris = BeckRS 2019, 33203 Rn. 19.

¹⁰ Grundlegender Beitrag von Hromadka, RdA 1992, 234 ff., der inhaltlich an die Beiträge aus Hromadka, *Änderung von Arbeitsbedingungen*, 1990, anknüpft.

¹¹ Hromadka, FS Buchner, 330 (330).

¹² Reichold, RdA 2002, 321 (322).

¹³ Grundlegend Stöhr, ZFA 2015, 167 ff.

¹⁴ Thüsing, Mit Arbeit spielt man nicht, S. 9 f.; Lorenz, Unerwünschter Vertrag, S. 1.

¹⁵ So erstmals BAG Urte. v. 30.1.1970 – 3 AZR 44/68 –, AP BGB § 242 Ruhegehalt Nr. 142, zu B. I. a. E.; Kort, FS Birk, 459 (459); Hromadka, RdA 1992, 234 (235) baut das Bild aus: „Ein Rechtsverhältnis, das möglicherweise 30 oder 40 Jahre währt, kann nicht wie ein erratischer Block den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel überdauern.“

¹⁶ Hierzu Waltermann, Arbeitsrecht, Rn. 43.

Bereits 1992 beklagte Hromadka, dass es keine „Theorie der Anpassung von Arbeitsbedingungen“ gebe und dass die Änderungsinstrumente nur punktuell gesehen würden.¹⁷ Eine solche Theorie zu entwickeln kann und soll hier nicht geleistet werden. Soviel sei aber gesagt: Im Unterschied zu anderen Änderungsinstrumenten ist das Weisungsrecht als Instrument der ständigen Feinjustierung zu sehen: So wird es treffend als „Element der Alltags-Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses“¹⁸ bezeichnet. Mit der Formulierung der „ständigen Feinjustierung“ kommen zwei Umstände zum Ausdruck: Zum einen, dass der Arbeitgeber vom Weisungsrecht häufig Gebrauch macht. Zum anderen, dass die überwiegende Zahl der Weisungen nicht den Kern des Arbeitsverhältnisses betrifft. Mit der *Änderungskündigung* ist dem Weisungsrecht die Einseitigkeit der Maßnahme gemein – erstere strebt allerdings eine Vertragsänderung unter Inkaufnahme der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an, wohingegen das Weisungsrecht sich nur innerhalb des vertraglich gesteckten Rahmens bewegt (Binnenflexibilisierung).¹⁹ Der *Änderungsvertrag* unterscheidet sich vom Weisungsrecht durch die Einvernehmlichkeit der Änderung und dadurch, dass der Vertrag als solcher geändert wird.²⁰

Der zuvor betonte Aspekt der Feinjustierung von Betriebsabläufen darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Weisungen im Einzelfall durchaus auch einschneidenden Charakter für den Arbeitnehmer haben können. Deshalb wird das Weisungsrecht teilweise sogar als die „schärfste Waffe des Arbeitgebers“²¹ oder als sein „Königsrecht“²² bezeichnet. Auch wenn man sich diese Formulierungen nicht zu eigen macht, verdeutlichen sie doch, dass das Weisungsrecht dem Arbeitgeber eine „spürbare Macht“²³ einräumt. Die Versetzung von Berlin nach München kann – unabhängig davon, ob sie auch die Billigkeitskontrolle passieren würde – den Arbeitnehmer stark unter Druck setzen. Damit ist es Aufgabe der Arbeitsrechtsordnung, die Weisungsmacht des Arbeitgebers so einzuhegen, dass der

¹⁷ Hromadka, RdA 1992, 234 (235).

¹⁸ Benecke, Anmerkung zu AP BGB § 307 Nr. 17, zu II. 2. a. E.; ähnlich Preis, NZA 2015, I (5): „Der Arbeitgeber ist bei der Ausübung seines Weisungsrechts, dass er täglich und stündlich mehrfach ausübt [...]“

¹⁹ BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte, 44. Ed., § 106 GewO Rn. 11; LAG Berlin-Brandenburg Urt. v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18 –, BeckRS 2018, 34001 Rn. 21 [keine Zuweisung von Telearbeit kraft allgemeinen Weisungsrechts].

²⁰ BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte, 44. Ed., § 106 GewO Rn. 18. Wenn der Arbeitgeber die Grenzen seines Weisungsrechts überschreitet, kann darin ein Angebot zur Vertragsänderung liegen. Die widerspruchslose Weiterarbeit kann im Einzelfall als Annahme interpretiert werden, vgl. BeckOGK-ZR/Maschmann, § 106 GewO Rn. 16 ff. Zu den rechtlichen Folgewirkungen schlüssigen Verhaltens der Arbeitsvertragsparteien insgesamt Hennige, NZA 1999, 281 ff.

²¹ Zundel, NJW 2018, 126 (128); Zundel, NJW 2014, 195 (195). Diese Formulierung wird von vielen Autoren aufgegriffen, vgl. nur Stöhr, ZFA 2015, 167 (180) und Busemann, NZA 2015, 705 (710).

²² Schmitz-Scholemann, JhrbArbR 51 (2014), 53 (54).

²³ Schmitz-Scholemann, JhrbArbR 51 (2014), 53 (54).