

## 7. Vorüberlegungen zum Weisungsrecht des Arbeitgebers

Markus REHBERG\*

### *Inhaltsübersicht*

- A. Problem
  - I. Punktualität des klassischen Vertragsverständnisses
  - II. Weisungsrecht des Arbeitgebers
- B. Begründungsversuche
  - I. Wille oder Erklärung bei Vertragsschluss
  - II. Sonstiges
- C. Mehrstufige Transaktionen
  - I. Befund
  - II. Notwendigkeit eines substanziellen Maßstabs
  - III. Rechtfertigungsprinzip
- D. Umsetzung
  - I. Arbeitsvertrag
  - II. Weisungsrecht
- E. Fazit und Ausblick

### **A. Problem**

#### **I. Punktualität des klassischen Vertragsverständnisses**

Betrachtet man die zahlreichen Versuche, die Verbindlichkeit von Versprechen bzw. Verträgen zu begründen, stößt man auf eine geradezu unüberschaubare Vielfalt ganz unterschiedlicher Erklärungsmuster. Und doch besteht zwischen den verschiedenen Begründungen insofern eine bemerkenswerte Übereinstimmung, als sich nahezu alle in irgendeiner Form auf die Abgabe des Versprechens bzw. den Abschluss des Vertrags konzentrieren. Nimmt man diese Ansätze beim Wort, so muss sich in diesem kurzen Zeitraum und allein zwischen den beiden Vertragsparteien geradezu Magisches abspielen, nämlich all das festgelegt werden, was den Vertragsinhalt ausmacht. Ob hier nun von einer Willenserklärung, einem Sprechakt, einem In-Geltung-Setzen, einer Anerkennung oder einer sozialen Kommunikation die Rede ist – immer richtet sich der dogmatische Blick auf einen zeitlich wie personell äußerst begrenzten Lebensausschnitt, nämlich allein die Vertragspartner und allein den kurzen Augenblick des Vertragsschlusses.

---

\* Dr. iur., Dipl.-Volksw., LL.M. (Cantab), Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales Recht (Abteilung Rechtsvergleichung) der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Vergleicht man diese theoretische Idealvorstellung mit der rechtlichen Realität, so wird bei unbefangener Betrachtung schnell deutlich, dass hier der Gegensatz nicht größer sein könnte – und das ganz besonders beim Arbeitsvertrag. Zwar ist es natürlich richtig, dass *auch* die Vertragsparteien den Vertragsinhalt bestimmen, und zwar unabhängig davon, ob man hierzu auf den gemeinsamen Willen<sup>1)</sup> oder aber das objektiv Erklärte<sup>2)</sup> abstellt. Doch setzen keineswegs *nur* die Vertragsparteien Vertragsrecht, ganz egal ob wir uns etwa in einer asiatischen, kontinentaleuropäischen oder angloamerikanischen Rechtsordnung bewegen. Vielmehr beteiligt sich an jedem einzelnen Vertrag geradezu eine Armee höchst unterschiedlicher Personen mit teilweise äußerst divergenten und breit gefächerten Interessen. Dies wird noch kurz zu illustrieren sein.<sup>3)</sup>

Doch nicht nur in personeller, sondern auch in zeitlicher Hinsicht erweist sich die Piktualität unseres klassischen Vertragsverständnisses als fragwürdig. So wenig wir Menschen im kurzen Augenblick des Vertragsschlusses bedenken können, so beeindruckend sind unsere geistigen Leistungen, wenn wir sie auf einen längeren Zeitraum erstrecken. Tatsächlich finden die meisten Entscheidungen lange vor Vertragsschluss statt, etwa wenn beide Vertragspartner über einen langwierigen und mühsamen Prozess Klausel um Klausel eines Vertrags entwerfen. Ist es hier so weit gekommen, dass sich die Parteien zum

---

1) Diese Idee eines Selbstbindungswillens hat große Tradition und wurde spätestens von der spanischen Spätscholastik (zu deren Bedeutung siehe nur KOHLER, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 10 (1917), 235; THIEME, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 70 (1953), 230 oder DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, 1959) ausdrücklich formuliert, so dass ihn Naturrechtler aufgreifen und er sich schließlich in Europa und über Europa hinaus verbreiten konnte. Umfassend zur eigentlichen Willenstheorie ausgearbeitet wurde dieser Ansatz in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts, zu deren Vertreter etwa SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, S. 5 ff., 237; ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, S. 373 ff.; ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889, S. 140 f. oder WINDSCHEID, *AcP* 63 (1880), 72 gehören. Aus jüngerer Zeit vgl. nur FLUME, *FS Deutscher Juristentag*, Bd. 1, 1960, S. 135, 141 oder LOBINGER, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung*, 1999, S. 1, 93 ff., *passim*.

2) Die Relevanz des Erklärten wird dabei unterschiedlich begründet. Während manche das Vertrauen bemühen (stellv. FERGUSON, *Institutes of moral philosophy*, 1769, S. 205), stellen andere auf ein näher qualifiziertes Handeln ab, das zur Verbindlichkeit einer hierauf beruhenden Erklärung führe. Siehe dazu nur die Urteilstheorie eines MENDELSSOHN, *Jerusalem*, 1783, S. 47 ff.; EHRENZWEIG, *Über den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit*, 1889, S. 38 ff.; 43 ff. oder HÖLDER, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 18 (1876), 175, 177 f., die auf phänomenologisches Denken zurückgehende Sprechakttheorie (stellv. REINACH, in: *Husserl, Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Erster Band, Teil II, 1913, S. 685; AUSTIN, *How to do things with words*, 1962), Theorien sozialer Kommunikation (stellv. WIEACKER, *FS OLG Celle*, 1961, S. 263, 279), die Handlungstheorie im engeren Sinn (KOHLER, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 16 (1878), 325, 333 ff.) oder manche Spielart der sogenannten Geltungstheorie, die beispielsweise auch Fahrlässigkeit genügen lässt (siehe dazu nur SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 1876, S. 335, 347, *passim*; ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, S. 152; WINDSCHEID, *AcP* 63 (1880), 72, 99; KOHLER, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 28 (1889), 166, 221, 224 f., 228, *passim*.; LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 1930/1966, S. 52 oder PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, 1966, S. 211 ff., 212, 243, *passim*).

3) Unten E. (bei Fn. 30).

Vertragsschluss entscheiden, werden sie sich in diesem Zeitpunkt kaum mehr als darauf konzentrieren, einander freundlich die Hände zu schütteln oder ihre Unterschrift einigermaßen lesbar niederzulegen.

## II. Weisungsrecht des Arbeitgebers

Aber was hat all das nun mit dem Thema dieses Beitrags zu tun? Wie gleich zu zeigen wird, steht die klassische Vertragstheorie vor geradezu unüberwindbaren Problemen, wenn sie die Verbindlichkeit einer Weisung des Arbeitgebers an seinen Arbeitnehmer begründen will. Der tiefere Grund für diese Schwierigkeiten liegt in der zuvor bemängelten Punktualität unseres klassischen Vertragsverständnisses, das keine Handhabe dafür bietet, solche Entscheidungsprozesse zu berücksichtigen und dogmatisch schlüssig einzuordnen, die zeitlich vor oder nach Vertragsschluss liegen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist nur eines von vielen Beispielen dafür, wie schnell sich die gedankliche Fixierung auf den Vertragsschluss (und auch auf die vertragsschließenden Parteien) rächt.

Um zu illustrieren, dass und warum hier überhaupt ein Problem vorliegt, sei ein kleiner Fall gebildet: Angenommen, ein Unternehmen stellt einen frisch diplomierten Informatiker ein, der sich um die gesamte elektronische Datenverarbeitung kümmern soll. Sind vielleicht schon 20 Jahre vergangen, wird man nicht ernsthaft aus dem damaligen Vertragsschluss ableiten können, was für konkrete Tätigkeiten dieser Informatiker heutzutage schuldet. Schließlich schreitet die technische Entwicklung rasant voran. Arbeitgeber wie Arbeitnehmer wussten damals überhaupt nicht, wie die ferne Zukunft aussehen wird. Im Ergebnis – und das dürfte für das deutsche wie auch für das japanische Arbeitsrecht gelten – führt dies zu der wohl jedem einleuchtenden Konsequenz, dass dem Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer ein Weisungsrecht zusteht: In einem gewissen Rahmen darf der Arbeitgeber auch lange Zeit nach Vertragsschluss konkretisieren, was genau der Arbeitnehmer schuldet. Wie weit dieser Spielraum reicht, ist im Einzelfall nicht immer leicht zu bestimmen und Gegenstand zahlreicher Erörterungen. Doch dass ein solcher Spielraum überhaupt existiert, ist weithin unbestritten.<sup>4)</sup> Im Folgenden geht es dabei nicht um das Ob oder die genaue Reichweite eines solchen Weisungsrechts, sondern dessen dogmatische Einordnung dort, wo es sich in dem für zulässig erachteten Rahmen hält.

Die Frage, um die sich die nun folgenden Ausführungen ranken, ist äußerst schlicht. Angenommen, der Arbeitgeber erteilt dem vor zwanzig Jahren eingestellten Informatiker die Weisung, sich mit einem neuen Betriebssystem vertraut zu machen, das bei Vertragsschluss noch überhaupt nicht bekannt, ja in seiner Existenz nicht einmal zu erahnen war. Warum ist diese Weisung eigentlich rechtlich verbindlich? Wie lässt sich begründen, dass der Arbeitgeber ganz einseitig solche für den Arbeitnehmer verbindlichen Festlegungen trifft, die diesen

---

4) Siehe zu dieser Thematik nur monographisch TILLMANN, Strukturfragen des Dienstvertrags, 2007, S. 122 ff., passim, kommentierend Staudinger-RIEBLE, § 315 BGB (Stand: 2009), Rn. 181 ff. oder einführend JUNKER, Grundkurs Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2010, S. 111 f. (Rn. 205 ff.).

Arbeitnehmer ersichtlich belasten können? Wenn wir sonst immer eine Zustimmung der betroffenen Seite verlangen, warum nicht auch hier, beim Weisungsrecht des Arbeitgebers?

## B. Begründungsversuche

### I. Wille oder Erklärung bei Vertragsschluss

Zunächst mag der Leser hier völlig verständnislos reagieren. Denn schließlich liegt der Einwand nah, dass das Weisungsrecht bereits bei Vertragsschluss vereinbart wurde und sich deshalb die Grundlagen für die Erteilung einer Weisung in diesem ursprünglichen Vertrag finden. Immerhin mag dieses Weisungsrecht sogar ganz ausdrücklich besprochen und vertraglich niedergelegt worden sein.

Doch ist damit die Frage nach der Verbindlichkeit einer konkreten Weisung nicht beantwortet. Dies wird deutlich, wenn man nach dem Grund der Vertragsbindung fragt. Vertritt man hier etwa die Willentheorie, so mag zwar bei Vertragsschluss die Einräumung eines Weisungsrechts gewollt gewesen sein. Doch was die Parteien damals nicht wollen konnten, war der genaue Inhalt der Ausübung des Weisungsrechts zwanzig Jahre später. Gerade weil man bei Vertragsschluss überhaupt nicht wissen kann, wie die Pflichten des Arbeitnehmers in jeder Einzelheit aussehen sollten, darf der Arbeitgeber später Weisungen erteilen. Was man also aus dem Willen bei Vertragsschluss nicht ableiten kann – und das ist der entscheidende Punkt –, ist die konkrete Ausübung des Weisungsrechts. Der Hinweis auf den Willen bei Vertragsschluss kann in unserem Ausgangsfall nicht begründen, warum sich der Arbeitnehmer gerade in das vom Arbeitgeber bestimmte Betriebssystem einarbeiten soll.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangen wir, wenn wir vertragstheoretisch nicht auf den Willen, sondern die Erklärung der Parteien bei Vertragsschluss abstellen. Schließlich besagt diese Erklärung genauso wenig über die spätere konkrete Ausübung des Weisungsrechts, eben weil die Parteien zu diesem Zeitpunkt noch überhaupt nicht wissen und damit auch nicht erklären können, was genau der Arbeitnehmer in zwanzig Jahren machen soll.

Natürlich sind hier diverse Fiktionen denkbar. So mag man ein abstraktes Wollen unterstellen, das selbst diejenigen späteren Handlungen umfasse, von denen die Parteien bei Vertragsschluss keinerlei Vorstellung hatten.<sup>5)</sup> Doch kann jede noch so kunstvolle Abstrahierung keinen Willen dorthin zaubern, wo dieser Wille nun einmal fehlt. Genau deshalb bringt es auch für die hier gesuchte Begründung wenig, die vertragliche Einräumung einseitiger Gestaltungsmöglichkeiten als eine Kompetenzübertragung einzuordnen.<sup>6)</sup> So

---

5) Solche abstrakten und damit letztlich fiktiven Verweisungen finden sich auch in anderen Bereichen des Rechts, vgl. etwa für die Stellvertretung die sogenannte Geschäftsherrentheorie (siehe dazu nur die Darstellung bei MITTEIS, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, 1885, S. 89 ff.), wonach der Vertretene bereits all das „wolle“, was sein Vertreter später tut.

6) Siehe zu diesem Gedanken, der durchaus erhellend ist, nur eben nicht die hier gesuchte inhaltliche Begründung für die Verbindlichkeit einer konkreten Weisung liefert, RIEBLE (Fn. 4), Rn. 114 f. m.w.N.

hilfreich es ist, das unserem Vertragsrecht zu Grunde liegende Phänomen personell verteilter Entscheidungsfindung zu sehen und klar auszusprechen, kann nicht bereits bei Vertragsschluss festgelegt werden, wie diese Kompetenz später ausgeübt werden wird. Die Begründungslücke bleibt.

## II. Sonstiges

Wo immer wir mit Fällen konfrontiert sind, die sich nicht mit der jeweils bevorzugten Vertragstheorie lösen lassen, findet sich eine Fülle alternativer Begründungsmuster. Beim Weisungsrecht des Arbeitgebers verhält es sich nicht anders.<sup>7)</sup> So können wir gesetzliche Vorschriften bemühen, die dieses Recht ausdrücklich anordnen. In Deutschland etwa gilt für das Weisungsrecht des Arbeitgebers § 106 der Gewerbeordnung.<sup>8)</sup> Doch ist es der Anspruch jeder dogmatisch ernstzunehmenden Theorie, vertragsrechtliche Phänomene ganz unabhängig davon erklären zu können, ob sie der Gesetzgeber eines bestimmten Lands ausdrücklich anordnet oder nicht. Und findet sich eine gesetzliche Regelung, sollte ein dogmatischer Ansatz genau dieses Gesetz – ganz wie Richterrecht – erklären können und nicht einfach nur darauf verweisen. Daneben regeln solche gesetzliche Bestimmungen zwar die Existenz eines Weisungsrechts, nicht jedoch den konkreten Inhalt einer im Einzelfall erteilten Weisung.

Genauso kann man betonen, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers ein Gestaltungsrecht<sup>9)</sup>, ein subjektives Recht,<sup>10)</sup> eine Rechtsquelle oder eine Option sei, was keineswegs falsch sein mag. Doch hat man so nur das zu begründende Ergebnis in neue Worte gefasst. Denn warum dem Arbeitgeber das Recht zusteht, die vom Arbeitnehmer geschuldete Tätigkeit lange nach Vertragsschluss einseitig und zu Lasten des Arbeitnehmers zu konkretisieren, verraten diese Begrifflichkeiten nicht. Vor allem lassen sie offen, wie sie sich zum jeweils vertretenen vertragstheoretischen Konzept verhalten. Obwohl zahlreiche einseitige Bestimmungsmöglichkeiten den geschuldeten Leistungsinhalt beeinflussen und für jeden Vertrag geradezu typisch sind, wird dieses Phänomen so unter vertragsfremden Begriffen diskutiert und damit gewissermaßen aus der Vertragstheorie abgeschoben.

Ähnlich geht es am Problem vorbei, ganz einfach auf die Notwendigkeit einer –

---

7) Siehe dazu nur die Darstellung bei TILLMANN, Strukturfragen des Dienstvertrags, 2007, S. 100 ff., 123 ff., passim.

8) § 106 S. 1 GewO: „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.“ Das genaue Verhältnis dieser Bestimmung zu § 315 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs („Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.“) sei hier dahingestellt.

9) Siehe allgemein dazu nur SECKEL, Festgabe Koch, 1903, S. 205 m.w.N. sowie zur Einordnung des Weisungsrechts als Gestaltungsrecht RIEBLE (Fn. 4), Rn. 93 ff. m.w.N.

10) Monographisch zu diesem Themenkreis etwa THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; zur Einordnung des Weisungsrechts als subjektives Recht stellv. RIEBLE (Fn. 4), Rn. 100.

gegebenenfalls „normativen“, „vernünftigen“ oder „objektiven“ – Auslegung bzw. einer Berücksichtigung von Umständen oder die Bedeutung von Vorverständnissen zu verweisen. Abgesehen davon, dass sich diese Vorstellungen regelmäßig auf den Vertrag und nicht auf den Inhalt einer später erfolgenden einseitigen Weisung beziehen, ist „Auslegung“ zunächst nur die Frage nach dem gesuchten Inhalt, nicht aber eine Antwort darauf. „Normativ“ und ähnliche Begrifflichkeiten lassen sich nicht subsumieren, sondern verweisen lediglich auf neue Wertungsgesichtspunkte, für die ein überprüfbarer Tatbestand verwehrt wird. „Umstände“ zu berücksichtigen, mag sicher hilfreich sein, doch benötigen wir erst einmal ein handfestes Konzept, das uns verrät, welche Umstände wie zu berücksichtigen sind und dabei den Vertragsinhalt (oder gar den Inhalt der hier interessierenden Weisung) bestimmen. Ähnliches gilt für den gerne bemühten Gedanken einer „Zurechenbarkeit“ oder „Verantwortung“. Denn was den Vertragsparteien zurechenbar ist oder was diese zu verantworten haben, soll ja gerade erst beantwortet werden.<sup>11)</sup> Aus dem Begriff der Zurechenbarkeit oder der Verantwortung selbst lassen sich konkrete Vertragsinhalte nicht ableiten. Tatsächlich geht es hier regelmäßig darum, ganz neue Wertungen einzuführen, die dann aber mitsamt einem überprüfbaren Tatbestand offen gelegt und in ein schlüssiges Gesamtkonzept eingeordnet werden müssen. Daneben beantwortet der Hinweis auf eine Zurechenbarkeit oder Verantwortung nicht, warum wir einen bestimmten Vertrags- oder Weisungsinhalt überhaupt – also ganz unabhängig davon, ob dessen Durchsetzung jemandem zumutbar ist – annehmen sollten.

Schließlich bietet es sich gerade im Arbeitsrecht an, auf den besonderen Status von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und damit den Unterordnungscharakter des Arbeitsvertrags hinzuweisen. Immerhin ist der Gedanke eines besonderen personenrechtlichen Einschlags des Arbeitsverhältnisses sehr traditionsreich.<sup>12)</sup> Doch mag man zwar so der rechtlichen Tatsache Ausdruck verleihen, dass der Arbeitnehmer einem Weisungsrecht unterliegt. Warum gerade eine konkrete Ausübung rechtlich verbindlich ist und wie sich dies alles in ein schlüssiges Gesamtkonzept einfügt, bleibt jedoch offen. Zudem fällt es schwer, aus all dem konkrete inhaltliche Pflichten abzuleiten.

## C. Mehrstufige Transaktionen

### I. Befund

Die bisherigen Ausführungen sollten verdeutlicht haben, wie schwer wir uns mit klassischen Begründungsansätzen tun, nicht nur zu begründen, dass und warum dem Arbeitgeber Weisungsspielräume zustehen, sondern auch, warum die konkrete Ausübung dieser Spielräume selbst verbindlich ist. Denn hierüber wurde bei Vertragsschluss nicht

---

11) Letztlich ist Zurechnung nichts anderes als eine Fiktion, die wie viele Fiktionen durchaus rechtstechnische Funktionen erfüllen mag, aber keine Begründung ersetzt.

12) Siehe dazu nur die umfassende Darstellung bei GIERKE, Deutsches Privatrecht, Dritter Band (Schuldrecht), 1917, S. 590 ff.

entschieden. Der ganze Sinn nachvertraglicher Einwirkungsmöglichkeiten verdankt sich dem Umstand, dass die Parteien bei Vertragsschluss sämtliche Eventualitäten entweder überhaupt nicht festlegen können oder aber dies angesichts des damit verbundenen Aufwands jedenfalls nicht wollen.

Hat man diesen Befund einmal unumwunden akzeptiert, fällt die Lösung eigentlich ganz leicht. Wenn es nicht die bei Vertragsschluss erfolgende Transaktion sein kann, die den gesuchten Grund für die Verbindlichkeit der späteren, ganz konkreten Weisung liefert, muss es eine ganz andere, weitere Transaktion sein, die dies leistet. Es passiert noch später (nämlich bei Ausübung der Weisung) etwas, was auf einer eigenständigen und neuen Entscheidung beruht und rechtliche Konsequenzen hat. Das Problem der klassischen Vertragsrechtstheorien besteht darin, dass sie sich bereits in ihrem gedanklichen Ausgangspunkt auf den Vertragsschluss beziehen und damit naturgemäß nichts zu dem sagen können, was sich außerhalb dessen abspielt.<sup>13)</sup> Dabei rächt sich dieser vertragsschlussbezogene Ausgangspunkt keineswegs nur bei solchen einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten, die wie das Weisungsrecht bereits im ursprünglichen Vertragsinhalt angelegt oder sogar ausdrücklich vereinbart sein mögen. Vielmehr kennt jede Rechtsordnung diverse außervertragliche Transaktionen, die nur deshalb als „quasi-vertraglich“, „quasi-deliktisch“ oder Phänomene *sui generis* eingeordnet werden, weil man die Gründe für Leistungsansprüche allein in den Umständen eines Vertragsschlusses sucht. Die wohl bekanntesten Beispiele für derartige Transaktionen sind dabei die sogenannte Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>14)</sup> sowie das Verschulden bei Vertragsverhandlungen.<sup>15)</sup>

## II. Notwendigkeit eines substantiellen Maßstabs

Möchte man das Phänomen der mehrstufigen Bestimmung der vom Arbeitnehmer

---

13) Dieses ganz grundlegende Problem wird sehr deutlich von TILLMANN, Strukturfragen des Dienstvertrags, 2007, S. 100 formuliert: „Wenn man aber annimmt, dass die Verpflichtung des Dienstverpflichteten nicht oder doch nicht vollständig zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsteht, liegt es nahe, auch den Ursprung der Verpflichtung nicht mehr in dem Vertragsschluss als solchem zu sehen. Der Ursprung der Leistungspflicht des Dienstverpflichteten wäre damit nicht mehr der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erklärte Wille der Vertragsparteien. Die klassische, durch das römische Recht geprägte, vom Willensprinzip getragene Vertragstheorie wäre damit für den Dienstvertrag aufgegeben oder gelockert.“ Allerdings verzichtet Tillmanns dann – angesichts des anderen Schwerpunkts ihrer Arbeit verständlich – darauf, dieser Frage näher nachzugehen („Es handelt sich um eine vertragstheoretische, letztlich rechtsphilosophische Fragestellung, die nicht für den Dienstvertrag im besonderen, sondern für Schuldverträge oder Verträge im allgemeinen zu untersuchen ist.“) und beschränkt sich stattdessen auf die rechtstechnische Unterscheidung von Ursprung und Bestimmungszeitpunkt der vertraglichen Leistungspflicht (jeweils dort auf S. 105 f.). Genauso begrüßenswert ist es, wenn RIEBLE (Fn. 4), Rn. 14, 232 ff. die Zweistufigkeit des Weisungsrechts betont, wenngleich er ebenfalls offen lässt, worauf letztlich die Verbindlichkeit der konkreten Weisung beruht.

14) Siehe dazu nur KOHLER, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 25 (1887), 1 m.w.N.

15) Grundlegend JHERING, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 4 (1861), 1.

zu leistenden Dienste dogmatisch bewältigen, benötigt man ein Kriterium, das beide hier stattfindenden Transaktionen legitimiert: Erstens diejenige, die bei und mit dem Vertragsschluss erfolgt und insbesondere die Reichweite des Weisungsrechts bestimmt; und zweitens die Konkretisierung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste durch die spätere Ausübung des Weisungsrechts. Weiterhin drängt sich die Einsicht auf, dass das gesuchte dogmatische Konzept auf einem substanzial-inhaltsbezogenen (wie z.B. dem der Äquivalenz) und nicht nur formal-prozeduralen Gesichtspunkt (wie z.B. dem Willen oder der Erklärung bei Vertragsschluss) basieren muss. Denn rein prozedural haben Vertragsschluss (erste Transaktion) und Ausübung des Weisungsrechts (zweite Transaktion) nicht genug gemein, um hierauf eine Vertragstheorie zu errichten. Weiterhin haben substanziale Kriterien einige Vorteile:<sup>16)</sup> Erstens kennt jedes Vertragsrecht zahllose Vertragsinhalte, die sich nicht auf Wille oder Erklärung bei Vertragsschluss zurückführen lassen. Wer etwa den Willen bemüht, muss sich den Einwand gefallen lassen, dass die menschliche Aufmerksamkeit äußerst beschränkt ist. Wer die Erklärung für allein maßgeblich hält, stößt spätestens dort auf Schwierigkeiten, wo aus rein konkludenten Handlungen wie etwa dem Einstieg in eine Straßenbahn umfangreiche Vertragsinhalte folgen. Manchmal braucht man also ein substanzielles Kriterium und muss dieses direkt anwenden. Zweitens berücksichtigt keine Rechtsordnung jeden Willen oder jede Erklärung, sondern kennt umfangreiche Einschränkungen und Voraussetzungen. Wer getäuscht oder bedroht wurde, will und erklärt genauso wie etwa auch ein Kleinkind.<sup>17)</sup> Und dennoch sind wir gut beraten, dies nicht uneingeschränkt zu beachten. Schließlich erlauben es auch nur substanziale Kriterien, ein Phänomen zu erklären und dafür konkrete Kriterien und Erklärungen zu liefern, das für jedes Vertragsrecht unübersehbar ist und auf das bereits eingangs kurz hingewiesen wurde: Tatsächlich sind es keineswegs nur die Vertragsparteien, sondern auch ganz andere Individuen – staatlich wie privat –, die den Vertragsinhalt bestimmen. Wir müssen also begründen, warum welche Personen unter welchen Voraussetzungen wie den Vertragsinhalt beeinflussen. Gesichtspunkte wie insbesondere der Wille oder die Erklärung der Vertragsparteien bei Vertragsschluss haben also durchaus ihre Berechtigung, aber eben nur dort, wo sie das maßgebliche substanziale Kriterium besser verwirklichen als etwa eine staatliche Rechtsetzung (Subsidiarität<sup>18)</sup>).

---

16) Der Übergang auf die heute dominierende prozedurale Sichtweise vollzog sich erst im Naturrecht. In jüngerer Zeit hat beispielsweise SCHMIDT-RIMPLER, AcP 147 (1941), 130 den alten Standpunkt vertreten. Die Bewertung derartiger substanzialer Sichtweisen hängt natürlich maßgeblich davon ab, was als ein erstrebenswerter Vertragsinhalt definiert wird. Das hier vertretene Rechtfertigungsprinzip (siehe dazu gleich unten III.) hat den Vorzug, sich mit der liberalen Grundausrichtung moderner Vertragsrechte gut zu vertragen.

17) Für die Täuschung ist dies wohl unumstritten, bei der Drohung hingegen nicht, vgl. zur Letzteren nur aus jüngerer Zeit FEINBERG, *Harm to self*, 1986, S. 189 ff.; WERTHEIMER, *Coercion*, 1987 oder GUTMANN, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 2001.

18) Zum Subsidiaritätsgrundsatz vgl. etwa NELL-BREUNING, *Baugesetze der Gesellschaft*, 1968 oder ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968.

### III. Rechtfertigungsprinzip

So dringend es für ein realistisches Vertragsverständnis notwendig erscheint, auf ein substanzielles Kriterium zurückgreifen zu können, so schwierig fällt es, hier etwas Taugliches zu finden. Noch am Bewährtesten ist die traditionsreiche Äquivalenz, also grob gesprochen die typischerweise nach Marktpreisen zu bewertende Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen. Doch haben wir hier unter anderem das Problem, für die rechtliche Verbindlichkeit einer konkreten Weisung des Arbeitgebers ein passendes Gegenstück im Sinne eines eigenständigen, vom ursprünglichen Vertragsschluss losgelösten Äquivalents auszumachen. Dies müsste uns jedoch gelingen, haben wir einmal akzeptiert, dass die Ausübung des Weisungsrechts eine weitere, im ursprünglichen Vertragsschluss noch nicht enthaltene Transaktion darstellt. Weiterhin kennt unser Vertragsrecht nun einmal zahllose Verträge, bei denen sich Leistung und Gegenleistung keineswegs wirtschaftlich entsprechen. Die Schenkung ist dabei nur der offensichtlichste Fall. Schließlich verrät uns Äquivalenz nichts über den genauen Vertragsinhalt, sondern verlangt allein, dass Leistung und Gegenleistung – welchen Inhalts auch immer – einander wirtschaftlich entsprechen.

Angesichts derartiger Schwierigkeiten sei hier auf ein ganz anderes substanzielles Kriterium zurückgegriffen, das die Vertragsrechtsrealität besser abbildet: Eine rechtliche Einbuße sollte dann erfolgen, wenn sie auf Basis der jeweiligen rechtlichen Ausgangslage notwendig ist, um sich individuell zu verbessern (Rechtfertigungsprinzip).<sup>19)</sup> Zur so geschützten rechtlichen Ausgangslage gehören beispielsweise das Eigentum, sonstiges rechtlich anerkanntes Vermögen (z.B. Forderungen) oder auch die körperliche Unversehrtheit. Was eine individuelle Verbesserung darstellt, bestimmt sich allein nach den persönlichen Zielen der jeweils rechtlich betroffenen Person.

Da hier der Platz fehlt, um dieses Rechtfertigungsprinzip ausführlich zu illustrieren, seien nur vier Beispiele aufgeführt. Betrachtet man etwa Situationen von Zwang oder Drohung (Beispiel 1: Der Räuber ruft „Geld oder Leben“), so liegt es auf der Hand, dass der Geldverlust für das Opfer nicht notwendig ist, um sich individuell zu verbessern. Es verschlechtert sich einfach nur auf Basis der anfänglichen Rechtheausstattung.<sup>20)</sup> Am einfachsten lässt sich mit dem Rechtfertigungsprinzip eine Schenkung einordnen (Beispiel 2): Hier mag der Schenkende zwar Eigentum verlieren, doch tut er dies, weil die Nachteile, die er mit diesem Verlust verbindet (er ist ärmer geworden), weniger schwer wiegen als sein Anliegen, einem anderen Menschen zu helfen. Der Eigentumsverlust ist

---

19) Dabei lassen sich noch ergänzend vorvertragliche Aufwendungen einer Vertragsseite berücksichtigen, wenn sie für die individuelle Verbesserung kausal waren.

20) Dass es bei Zwang und Drohung vor allem um eine individuelle Verschlechterung auf Basis einer gegebenen rechtlichen Ausgangslage geht, dürfte die heutzutage dominierende Vorstellung sein, vgl. dazu neben den in Fn. 17 genannten Stimmen etwa KOHLER, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 25 (1887), 1, 28 ff.; BLUME, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 38 (1898), 224 oder NOZICK, in: Morgenbesser/Suppes/White, 1969, S. 440.

hier also notwendig, um dem Schenkenden die Verwirklichung seines Anliegens und die Verbesserung seines Gesamtzustands zu ermöglichen. Auch gegenseitige Verträge erfasst das Rechtfertigungsprinzip: Möchte ein Käufer eine Tafel Schokolade kaufen (Beispiel 3), setzt dies einen Eigentumsverlust des Verkäufers und damit bei diesem eine rechtliche Einbuße voraus. Diese ist ausweislich des Rechtfertigungsprinzips nur dann zulässig, wenn sich der Verkäufer individuell verbessert, was regelmäßig einen finanziellen Ausgleich in Form des Kaufpreises verlangt. Zwar führt die Zahlung des Kaufpreises wiederum auf Seiten des Käufers zu einer rechtlichen Einbuße, doch genügt diese ihrerseits dem Rechtfertigungsprinzip, wenn für den Käufer der Genuss einer Tafel Schokolade höher wiegt als der damit verbundene Geldverlust. Zum Abschluss sei noch ein klassischer Ausbeutungsfall betrachtet (Beispiel 4): Trifft ein Spaziergänger zufällig auf einen ertrinkenden Millionär, und bietet er diesem Millionär an, ihn für eine Million aus dem Wasser zu ziehen, so dürfte sowohl die japanische als auch die deutsche Rechtsordnung dieses Ergebnis missbilligen. Das Rechtfertigungsprinzip deckt sich mit diesem Ergebnis. Denn der Spaziergänger würde sich auch bei einer sehr viel niedrigeren Vergütung noch individuell verbessern. Ein größerer Geldverlust auf Seiten des ertrinkenden Millionärs ist nicht notwendig, um die eigene Rettung zu bewirken, das heißt die Voraussetzung dafür zu schaffen, dass die Verpflichtung zur Hilfeleistung nicht auf Seiten des rettenden Spaziergängers gegen das Rechtfertigungsprinzip verstößt.

## **D. Umsetzung**

Was kann nun ein substanzielles Kriterium wie das Rechtfertigungsprinzip beim Weisungsrecht des Arbeitgebers leisten, was andere Ansätze nicht leisten können? Nun, da das Rechtfertigungsprinzip nicht das Parteiverhalten bei Vertragsschluss zum gedanklichen Ausgangspunkt nimmt, kann es auch auf ganz andere Verhaltensweisen angewandt werden. Hierzu gehört auch die Erteilung einer Weisung durch den Arbeitgeber. Wir müssen also nichts anderes tun, als uns zu fragen, wann das Rechtfertigungsprinzip erfüllt ist und damit eine Transaktion auslöst. Wann immer sich das Rechtfertigungsprinzip ganz real, das heißt unter Berücksichtigung sämtlicher Lebensumstände verwirklichen lässt, sollte es auch verwirklicht werden. Bildlich gesprochen feuert diese Regel immer dann los, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Je höher dabei die individuelle Verbesserung der Parteien ausfallen kann und je überschaubarer die Sachlage ist, desto eher wird dies der Fall sein.

### **I. Arbeitsvertrag**

Die erste Transaktion, die es zu erklären gilt, ist der Abschluss des Arbeitsvertrags zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Einräumung eines Weisungsrechts. Dabei lässt sich auf den sehr alten und auch im Rechtfertigungsprinzip verkörperten Gedanken zurückgreifen, dass Verträge vor allem dazu dienen, die Parteien ihren selbstgewählten Zielen

näher zu bringen.<sup>21)</sup> Gerade unterschiedliche Wertschätzungen kann man dabei ausnutzen: Hat jemand einen Apfel, mag jedoch lieber Orangen, und findet diese Person jemand anderen, der eine Orange hat, jedoch Äpfel bevorzugt, so erlaubt es der Tausch dieser so unterschiedlich bewerteten Gegenstände, einen besonders vorteilhaften Vertrag zu schließen.<sup>22)</sup>

Bei dem hier interessierenden Arbeitsvertrag unterscheiden sich die Interessen der Vertragsparteien zunächst darin, dass der Arbeitnehmer sehr viel weniger als der Arbeitgeber bereit ist, ein eigenes wirtschaftliches Unternehmerrisiko zu tragen. Es macht daher im Interesse einer gemeinsamen Wertschöpfung wenig Sinn, vertraglich einen bestimmten Erfolg zu garantieren. Vielmehr sollte lediglich eine auf einen bestimmten Erfolg ausgerichtete Tätigkeit versprochen werden. Andererseits hat der Arbeitgeber ein sehr großes Interesse daran, dass der von ihm bezahlte Arbeitnehmer seine Arbeitskraft möglichst produktiv einsetzt, was eine Steuerung erfordert.<sup>23)</sup> Demgegenüber bricht für den Arbeitnehmer zumindest keine Welt (und auch kein Betrieb) zusammen, wenn er während seiner Arbeitszeit gewissen Weisungen des Arbeitgebers unterliegt. Vor diesem Hintergrund liegt die getreu dem Rechtfertigungsprinzip beste Lösung darin, dem Arbeitgeber ein Weisungsrecht einzuräumen, das eine möglichst produktive Leistungssteuerung ermöglicht, jedoch die damit für den Arbeitnehmer verbundenen Lasten möglichst gering hält. Dabei greift auch hier der Subsidiaritätsgedanke<sup>24)</sup> : Soweit die Vertragsparteien besser als etwa der Staat wissen, welche inhaltliche Gestaltung das Rechtfertigungsprinzip bestmöglich verwirklicht, sind wir gut beraten, für den Vertragsinhalt auf Wille oder Erklärung der Vertragsparteien bei Vertragsschluss abzustellen.

## II. Weisungsrecht

Wie können wir aber auch die spätere Ausübung des Weisungsrechts dogmatisch

---

21) Besonders eindringlich wurde dies von den Vertretern der sogenannten Grundfolgentheorie (vgl. zu deren Grundgedanken stellv. FITTING, AcP 52 (1869), 381, 389 ff.; KARLOWA, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, S. 163 f., 177, passim; SCHLOSSMANN, Grünhuts Zeitschrift 7 (1880), 543, 569 ff.; LENEL, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 19 (1881), 154, 164 ff., 188 f., 194, 198, 202, 250, passim; EHRLICH, Die stillschweigende Willenserklärung, 1893, S. 2, 4 ff., 11, passim oder DANZ, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911, S. 11 ff., 21 f., passim) sowie dem nachfolgend zitierten JHERING formuliert.

22) Den hierfür entscheidenden Gedanken formuliert bereits JHERING, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 5. Aufl. 1916, S. 94 in aller Deutlichkeit: „Diese Möglichkeit des beiderseitigen Gewinns beim Geschäft beruht auf der Verschiedenheit des beiderseitigen Bedürfnisses, jeder von beiden Teilen hat für die beiden Sachen oder Leistungen, welche den Gegenstand des Austausches bilden, in seinem eigenartigen Bedürfnis einen von dem des andern abweichenden individuellen Wertmaßstab, und so kommt es, dass jeder gewinnt, ohne dass der andere verliert.“ Und weiter: „Jede von ihnen sucht die Person auf, bei der sie ihre Bestimmung besser erreichen kann, für die sie also relativ einen höheren Wert hat als bei ihrem bisherigen Inhaber, sie tauscht mithin ihren bisherigen Platz gegen einen neuen aus.“ Aus jüngerer Zeit vgl. nur FISHER/URY/PATTON, Getting to Yes, 2. Aufl. 1991.

23) Eingehend dazu TILLMANN, Strukturfragen des Dienstvertrags, 2007, S. 24, 36 ff., 179 ff., 460 f., passim.

24) Vgl. dazu oben bei Fn. 18.

rechtfertigen? Wie kommt hier die Rechtsordnung dazu, allein die Interessen des Arbeitgebers zu berücksichtigen? Immerhin kann es für den Arbeitnehmer durchaus unangenehm sein, wenn ihm der Arbeitgeber eine bestimmte Weisung erteilt. Für die gesuchte Antwort muss man sich zunächst klarmachen, dass das Rechtfertigungsprinzip zwar jedes Ziel akzeptiert, das eine bestimmte Person warum auch immer verfolgen mag. Geschützt werden aber nicht diese Interessen, sondern Rechte.<sup>25)</sup> Das Rechtfertigungsprinzip bewahrt uns nicht pauschal davor, dass andere Menschen unsere eigenen Ziele durchkreuzen, sondern beschränkt sich auf das, worauf wir ein Recht haben.

Genau dieser Umstand lässt sich nicht nur passiv berücksichtigen. Vielmehr können die Parteien selbst festlegen, wie weit ihr rechtlicher Schutz untereinander reicht. Sie können die rechtliche Ausgangslage vorbereitend so ändern, dass der Arbeitgeber später nicht mehr auf rechtliche Schranken stößt, wenn er einseitig seine Interessen verwirklicht. Nichts anderes geschieht, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer in ihrem Arbeitsvertrag ein Weisungsrecht vereinbaren. Denn hierdurch verliert der Arbeitnehmer den ihm gegenüber dem Arbeitgeber zustehenden Schutz genau so weit, wie dies notwendig ist, um dem Arbeitgeber den erwünschten Spielraum zu geben.<sup>26)</sup> Dies wiederum bereitet den Boden dafür, dass später noch eine zweite Transaktion stattfinden kann. Denn verletzt die Weisung nicht mehr die Rechte des Arbeitnehmers, weil dieser auf den ihm an sich zustehenden Schutz vertraglich verzichtet hatte, kann der Leistungsinhalt später einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers und dennoch rechtlich verbindlich konkretisiert werden. Das Rechtfertigungsprinzip bleibt gewahrt. Damit aber ist das gelungen, woran die klassischen Vertragstheorien angesichts ihrer Fokussierung auf den Vertragsschluss scheitern mussten, nämlich den gesuchten Grund auch für die konkrete Umsetzung einseitiger Gestaltungsmöglichkeiten zu liefern.

Dass es allein der Arbeitgeber sein sollte, der über Ausübung und Inhalt des Weisungsrechts entscheidet, liegt dabei auf der Hand. Schließlich besteht überhaupt kein Anlass, dem Arbeitnehmer innerhalb des vereinbarten Spielraums ein Mitspracherecht einzuräumen. Was bei der ursprünglichen Transaktion (dem Abschluss des Arbeitsvertrags) noch geboten war, weil dem Arbeitnehmer rechtliche Einbußen drohten, kann nunmehr entfallen. Denn sofern sich die Konkretisierung im vertraglich vereinbarten Rahmen hält, wird der hierdurch in seinen Interessen betroffene Arbeitnehmer rechtlich erst gar nicht verletzt. Wohl aber sollte der Arbeitgeber über diese zweite Transaktion, also das Ob und den Inhalt einer Weisung, entscheiden dürfen. Schließlich ist es es, der seinen Arbeitnehmer innerhalb eines gegebenen Zeitraums nur einmal und nicht doppelt in Anspruch nehmen kann und daher sein Wahlrecht mit dessen Inanspruchnahme auch „verliert“.<sup>27)</sup> Da also die

---

25) Vgl. oben C. III.

26) Hierfür reicht es regelmäßig, dass der Arbeitnehmer diese rechtliche Einbuße nur relativ gegenüber dem Arbeitgeber und nicht gegenüber jedermann hinnimmt.

27) Insofern haben alle Dauerschuldverhältnisse wie etwa der Arbeitsvertrag einen gewissen Fixschuldcharakter. Zu beachten ist, dass dieser Verlust unvermeidlich ist (die Arbeitszeit läuft unerbittlich ab) und der Arbeitgeber hier nur versuchen kann, das Beste daraus zu machen.

Ausübung des Weisungsrechts durchaus die Rechtsstellung des Arbeitgebers beeinträchtigt<sup>28)</sup> und dieser Verlust ausweislich des Rechtfertigungsprinzips nur durch die Verwirklichung dessen eigener Ziele gerechtfertigt werden kann, ist es nur folgerichtig, dem Arbeitgeber die Entscheidung darüber zu überlassen, wie dessen Zielverwirklichung bestmöglich erfolgt. Diese einseitige Kompetenzzuweisung birgt also im Ergebnis die größten Chancen dafür, das Rechtfertigungsprinzip bei dieser zweiten Transaktion tatsächlich zu verwirklichen.

### **E. Fazit und Ausblick**

Dieser Beitrag beschäftigte sich mit nur einer einzigen, wenngleich praktisch durchaus bedeutsamen Frage, nämlich der dogmatischen Begründung der Verbindlichkeit einer vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer erteilten Weisung. Und doch sollte deutlich geworden sein, dass die Grundsätze, die hier auf ein arbeitsrechtliches Problem angewandt wurden, auf ganz andere Themenbereiche übertragbar sind. So kennt jede Vertragsrechtsordnung zahllose Möglichkeiten für eine Partei, die Leistungspflicht ihres Gegners nach Vertragsschluss einseitig zu beeinflussen. Hierzu gehört bereits die Entscheidung, ob man einen Anspruch überhaupt einfordert. Tatsächlich finden wir bei nahezu sämtlichen Vertragstypen andauernd einseitige Konkretisierungsmöglichkeiten, und sei es nur zu Details wie Lieferort und -zeitpunkt oder Einzelheiten der Verpackung. Weitere klassische Beispiele sind die zahlreichen Möglichkeiten, den Vertrag wieder zu beseitigen – man denke nur an Institute wie die Anfechtung, den Rücktritt, die Kündigung, den Widerruf oder auch Einreden wie das Zurückbehaltungsrecht oder die Verjährung. Schließlich lassen sich auch diejenigen Situationen nennen, in denen wir einen Vertrag als unvollständig, unfertig, schwebend oder heilbar ansehen, wie dies etwa im deutschen Recht für das Handeln Minderjähriger oder das eines Vertreters ohne Vertretungsmacht gilt. Bei alledem ist es eine eher hinderliche, weil auf naturalistisch-gegenständlichem Denken<sup>29)</sup> beruhende Frage, ob man nun gedanklich zu unterstellen habe, dass ein Recht „eigentlich“ eine Zeit lang „bestanden“ habe, dann aber doch „vernichtet“ worden sei (und sei es nur ab einem bestimmten Zeitpunkt wie etwa bei der Kündigung), oder ob von vornherein ein „Entstehungsgrund“ gefehlt habe.

Doch auch jenseits derartiger einseitiger nachvertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten sollte einem die gedankliche Fixierung der klassischen Vertragstheorien auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (wie auch allein auf die Vertragsparteien) zu denken geben. Mit der vertragsrechtlichen Realität, also dem tagtäglich praktizierten Vertragsrecht, hat all das

---

28) Deutlicher wird die mit Ausübung eines Wahlrechts (im weitesten Sinn) verbundene rechtliche Einbuße etwa bei der Ausübung eines Anfechtungsrechts, da deren Ob im ursprünglichen Vertrag ebenso wenig festgelegt ist wie der genaue Inhalt einer späteren Weisung, was daher genauso der hier beschriebenen zweistufigen Begründung bedarf.

29) Stellv. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 1876, S. 141 ff., 247 ff.; 268, 270 ff., 280, 338, passim; SCHUPPE, *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* 34 (1890), 801 oder *Esser*, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 1940, S. 132 ff., 154 ff., 171 ff., 203 ff., passim.

wenig zu tun. Tatsächlich wird der Inhalt jedes Vertrags wie bereits eingangs angedeutet weder allein von den Vertragsparteien beeinflusst, noch geschieht all dies im äußerst kurzen Zeitraum des Vertragsschlusses. Der Arbeitsvertrag liefert hier ein besonders eindringliches Beispiel:<sup>30)</sup> So gibt es jedenfalls im deutschen Recht zahllose dispositive wie (halb-) zwingende Vorschriften, die dessen Inhalt entscheidend beeinflussen. Hier ist es also der Gesetzgeber, der den Vertragsinhalt mitbestimmt. Daneben kommt gerade bei Arbeitsverträgen auch dem Richterrecht eine herausragende Stellung zu. Und für andere Inhalte wiederum verlassen wir uns weder auf das Urteil staatlicher Stellen noch dasjenige der Vertragsparteien, sondern stellen stattdessen auf (Verkehrs-) Sitte, Übung oder Brauch ab.<sup>31)</sup> Hierdurch werden gewissermaßen ganze Kollektive und die sich dort evolutionär herausbildenden Pflichtenstrukturen für die Konkretisierung des Vertragsinhalts berücksichtigt. Weitere Personen können ins Spiel kommen, verwendet der Arbeitgeber Allgemeine Geschäftsbedingungen, also vorformulierte Vertragsklauseln.<sup>32)</sup> Dabei mag es auch ein Verband gewesen sein, der lange vor dem jeweiligen Vertragsschluss die einzelnen Bestimmungen entwarf. Womöglich bediente sich ein in diesem Verband arbeitender Jurist wiederum eines Formularhandbuchs und damit der Vorarbeiten anderer Kollegen oder Wissenschaftler. Schließlich beeinflussen aber auch die zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverband geschlossenen Tarifverträge den Inhalt zahlloser Arbeitsverträge genauso wie die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat getroffenen Betriebsvereinbarungen.<sup>33)</sup> Besonders schwer einzuordnen sind schließlich solche Phänomene wie die betriebliche Übung, wonach die regelmäßige Wiederholung gleichförmiger Verhaltensweisen in einem Betrieb solche Rechte begründen kann, die wir sonst eigentlich nur einem Vertrag entnehmen.<sup>34)</sup> Auch hier findet offensichtlich nach Vertragsschluss eine weitere Transaktion statt, die mit klassischen Mustern einzuordnen uns erhebliche Mühe bereitet.

Sämtliche der gerade genannten Beispiele lassen sich dogmatisch so lange nicht befriedigend einordnen, wie man allein auf Wille oder Erklärung der Parteien bei Vertragsschluss abstellt. Anders verhält es sich hingegen, wenn man wie hier mit dem Rechtfertigungsprinzip ein substanzielles Kriterium als dogmatischen Ausgangspunkt wählt. Denn auf dieser Basis können wir dann fragen, wie dieses Prinzip ganz praktisch, das heißt unter Berücksichtigung sämtlicher real vorgegebener Lebensumstände, verwirklicht werden kann. Dies verbietet keineswegs, dem Vertragsschluss weiterhin eine zentrale Rolle zuzubilligen. Insbesondere wissen die vertragsschließenden Parteien oft am besten, welche rechtlichen Einbußen für sie notwendig sind, um sich individuell zu verbessern. Doch sollte man sich eben nicht auf die Vertragsparteien versteifen, sondern kann anhand des

---

30) Siehe zum Folgenden ADOMEIT, Rechtsquellen im Arbeitsrecht, 1969, S. 5, 91 ff.

31) Vgl. nur aus dem deutschen Recht etwa § 157 des Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

32) Eingehend dazu etwa RAISER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935.

33) Einführend JUNKER, Grundkurs Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2010, S. 35 (Rn. 74 f.), 285 ff. (Rn. 500 ff.), 385 ff. (Rn. 714 ff.).

34) Einführend JUNKER, Grundkurs Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2010, S. 40 ff. (Rn. 79 ff.).

Rechtfertigungsprinzips Kriterien dafür entwickeln, welche Personen (staatlich wie privat) zu welchem Zeitpunkt (vor- wie nachvertraglich) unter welchen Rahmenbedingungen über den Vertragsinhalt entscheiden sollten. Das in diesem Beitrag nur angedeutete Zusammenspiel zwischen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung eines einseitigen Gestaltungsspielraums und dessen späteren Ausfüllung durch den Arbeitgeber war nur ein kleines Anwendungsbeispiel für dieses ganz übergreifende Anliegen, die traditionelle Fokussierung auf den Vertragsschluss mit Hilfe eines tauglichen substanziellen Kriteriums zu überwinden.

