

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 38

Arbeitsvertrag und Direktion

Zweiseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis

Von

Wolfgang Gast



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG GAST

Arbeitsvertrag und Direktion

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 38

Arbeitsvertrag und Direktion

Zweiseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis

Von

Wolfgang Gast



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung
der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Alle Rechte vorbehalten
© 1978 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1978 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 04207 7

Vorwort

I.

Die Kategorie des „freien“ Arbeitsvertrags ist diskreditiert durch die soziale Misere des 19. Jahrhunderts. In den Ansätzen, die mit Hilfe des Rechts die gesellschaftliche Wirklichkeit zu verbessern suchten, erscheint die Vertragsfreiheit als Quelle des Übels und die Abkehr davon als rettender Ausweg. So qualifizierte Otto v. Gierke das Arbeitsverhältnis als ein Gewaltverhältnis, in welchem kraft Natur der Sache Unterwerfung gegen Fürsorge geschuldet werde: Dem Unternehmer falle eine Herrschaftsposition zu, gegen die das Vertragsprinzip machtlos bleibe; zum Ausgleich jedoch schulde er umfassende Fürsorgeleistungen, denen er sich nicht länger unter Berufung auf Vertragsfreiheit entziehen dürfe. Radikaler dachte Anton Menger; sein „Juristensozialismus“ (Engels) wollte mit der Vertragsfreiheit, die pure Fiktion sei, zugleich die kapitalistische Produktionsweise überwinden und in einem legalen Reformprozeß zum „volkstümlichen Arbeitsstaat“, einem totalen Wohlfahrtsstaat mit alles bestimmender Bürokratie, führen. Diese Konzepte, einst in kritischer Auseinandersetzung mit dem entstehenden BGB entwickelt, sind keineswegs zur Historie geworden; am wenigsten die Gedanken v. Gierkes, die in verbreiteten Lehren vom „Wesen“ des Arbeitsverhältnisses fortleben. Zumindest in die Nähe Mengers scheint die Betonung des kollektiven Arbeitsrechts zu führen: so jedenfalls, wenn man die Fortschritte des Rechtsgebiets aus der Sicht ihrer Kritiker begreifen wollte. Als Reaktion auf Fürsorgedenken wie auf Kollektivierungstendenzen ist in der arbeitsrechtlichen Diskussion eine Rückwendung zum Vertragsprinzip festzustellen; ihre Crux aber ist die Wiederaufrichtung eines abstrakten Vertragsbegriffs, der leicht und zu Recht den Verdacht auf sich zieht, ideologischer Maskierung längst durchschaubarer Herrschaftsmechanismen zu dienen.

Mit der Möglichkeit, materiale Vertraglichkeit im Produktionsprozeß zu verwirklichen, befaßt sich die vorliegende Untersuchung. Sie handelt ihr Thema juristisch ab, vom Standpunkt des in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Rechts aus. Das Vertragsprinzip kann zweifach mit dem Produktionsprozeß in Beziehung gebracht werden: unter dem Aspekt der Verteilung der Arbeitsergebnisse und unter

jenem der Direktion des Produktionsgeschehens. An der Verteilung wirken die individuellen Arbeitsverträge und vor allem die Tarifverträge mit, indem sie Arbeitsentgelte festlegen. Bei dieser Funktion treten die arbeitsrechtlichen Verträge in Konkurrenz mit Prinzipien und Mechanismen des Sozialstaats (und aktuell stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß sie ökonomische Privilegierung der „Arbeitsplatzbesitzer“ gegenüber den vom Produktionsprozeß Ausgeschlossenen vermitteln dürfen). Auf den Verteilungsaspekt, soweit er sich vom Direktionsproblem abstrahieren läßt, wird im folgenden allerdings nicht eingegangen, die Untersuchung beschränkt sich auf die arbeitsrechtliche Direktion. Angesprochen ist damit im weitesten Sinn die Bestimmung der Arbeitnehmerleistung; zur Diskussion steht die Alternative zwischen vertraglicher Regelung durch beide Parteien des („kapitalistisch“ genannten) Produktionsprozesses und einseitiger Reglementierung aufgrund eines Direktionsrechts des Unternehmers (Arbeitgebers).

II.

In „Rechtserkenntnis und Gewaltstrukturen“ habe ich versucht, Rechtserzeugung als institutionellen Diskurs zu erklären und dabei den Vertrag als diskursives Verfahren angesprochen (S. 96 ff.). Die Überlegungen dort sind auf eine Theorie der *Rechtserkenntnis* gerichtet, aus juristischer Sicht mithin — wenn man das Juristische als Theorie (Erklärung) des Rechts auffaßt — metatheoretisch. Den erkenntnistheoretischen Resultaten und ihrer *hypothetischen* Übersetzung zu rechtlichen Modellen korrespondieren indessen (und für dialektisches Denken notwendigerweise) Institutionen des *positiven* Rechts; so wie den juristischen Ergebnissen vom metajuristischen Kontext aus Richtigkeit bescheinigt oder verweigert wird, ist der Erkenntnisbegriff, das Kriterium für Richtigkeit, durch das als rechtens Positive mitbedingt. Wird einerseits vom Erkenntnisbegriff her, andererseits *de lege lata* in juristischer Argumentation eine Rechtslage reflektiert, dann treffen im Wahrheitsfall beide Wege im selben Ergebnis zusammen, jedenfalls im Prinzip des Ergebnisses (nicht unbedingt in den erkenntnistheoretisch gleichgültigen Akzidentien). Der Diskurs, als Rechtslage erkenntnistheoretisch vorgezeichnet, müßte sich hiernach auch im geltenden Arbeitsrecht als Struktur der Rechtserzeugung, konkret: der Leistungsbestimmung erweisen — wobei die vorgängige Erkenntnistheorie für die *juristische* Abhandlung zur bloßen These wird und zu nichts verpflichtet, was nicht auch spezifisch juristisch belegt werden kann. Die in Aussicht genommene „Theorie der institutionellen Wirklichkeit“ (Rechtserkenntnis, S. 176 f.) soll demgemäß hier für einen ersten Ausschnitt der gesellschaftlichen Wirklichkeit, die Arbeitswelt, entwickelt werden.

Diskursive Strukturen in der Fassung durch geltendes Arbeitsrecht (unterstellt, sie können nachgewiesen werden) sind Einlösungen eines allgemeinen Prinzips; das Prinzip selbst ist auf sie aber keineswegs reduzierbar. Diese Einsicht ist wichtig für den erkenntnistheoretischen Rückbezug: Von ihm kann keine Zementierung eines status quo, auch nicht eines diskursiv verfaßten, verlangt werden. Zudem muß klar unterschieden werden, inwieweit aktuelle Rechtswirklichkeit erst den *Stoff* für Diskurse, also das *Problem* stellt, und inwieweit sie eine dem Prinzip gemäße *Lösung* verkörpert. Der Stoff ist ambivalent: Im status quo nach geltendem Recht, der kapitalistischen Produktionsweise mit ihrer Parteilung zwischen Unternehmer (Arbeitgeber) und Arbeitnehmer, liegt eine Gelegenheit für diskursive, ebenso für herrschaftliche Strukturen. Das Diskursive als Prinzip läßt sich nicht zur Apologie dieser Ausgangslage mißbrauchen; es knüpft dort nur an und zeichnet vor, wie die so konstituierten Probleme mit Anspruch auf Richtigkeit bewältigt werden können. Die folgende Untersuchung handelt vom institutionellen Diskurs im Produktionsprozeß *unter der Bedingung* des Kapitalismus; die Ausgangslage wird weder bestätigt noch im Kern negiert: Das wäre ein anderes Thema. Ebenso wird sich erweisen, daß die aktuell konkurrierenden sozialistischen Produktionsverhältnisse nicht ohne weiteres diskursiv ausfallen. Das Problem diskursiver Strukturierung stellt sich dort lediglich unter anderen Voraussetzungen: nicht für den Verkehr zwischen zwei „antagonistischen Klassen“ beziehungsweise ihren Angehörigen, sondern für das Interagieren der „Eigentümer-Produzenten“ im vergesellschafteten Produktionsprozeß. Wie schwer im etablierten Sozialismus die Einlösung systemimmanenter Prämissen diskursiven Inhalts fällt, wird ein Exkurs (unten § 4 III 2) verdeutlichen.

III.

Das vorliegende Buch ist aus meiner Habilitationsschrift hervorgegangen, die unter dem Titel „Das arbeitsrechtliche Direktionsproblem“ im Wintersemester 1976/77 von den Vereinigten Konventen der Fakultät für Rechtswissenschaft und der Fakultät für Philosophie, Psychologie und Erziehungswissenschaft an der Universität Mannheim akzeptiert wurde. Zu danken habe ich allen meinen Gesprächspartnern aus beiden Fakultäten; in besonderem Maß aber bin ich Herrn Professor Dr. Günther Wiese verpflichtet, der mir als seinem Assistenten den Zugang zur Wissenschaft vermittelte.

Mannheim, September 1977

W. G.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

§ 1	Thematik	15
	I. Die Ausgangslage: Direktionsrecht versus Arbeitsvertrag	15
	II. Die aktuelle Diskussion des Themas	16
	III. Grundzüge der hier angewandten Methode	21
§ 2	Die Alternative zwischen einseitiger und zweiseitiger Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis	23
	I. Die rechtsdogmatischen Aspekte	23
	1. Rechtsgeschäftliche oder nicht-rechtsgeschäftliche Betrachtungsweise	23
	2. Direktionsrecht und Idealtypus des Schuldvertrags	28
	3. Direktionsrecht und Typologie des Arbeitsvertrags	33
	4. Direktionsrecht und arbeitsrechtliches System	37
	5. Die Einheit von Individual- und Kollektivarbeitsrecht	40
	II. Der faktische Kontext	44
	1. Die Gegenstände der Direktion	44
	2. Organisation der Direktion	49
	III. Die thematisierten Arbeitsverhältnisse	52

Erstes Kapitel

Die faktische Direktionschance des Arbeitgebers und die Ansätze der Arbeitsrechtsordnung für die Lösung des Direktionsproblems

§ 3	Vorbemerkung: Offenheit und Präjudiz in der Problemfassung	55
§ 4	Die Bedingungen der Direktionschance des Arbeitgebers	58

I. Die Lage infolge der Zuordnung der Produktionsmittel	58
1. Der Ansatz	58
2. Die sachenrechtliche Zuordnung insbesondere	62
3. Die Konfrontation von Inhaberschaft und Bedürfnis	65
4. Die Konstitution der Produktionsmittel	67
5. Wiederholung der Probleme durch die Zuordnung des Rechtsguts Unternehmen	69
II. Die zuordnungsrechtliche Ausgangslage in arbeitsrechtlicher Sicht	70
1. Die Zuordnung der Produktionsmittel und die Typologie des Arbeitsvertrags	70
2. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers	72
3. Die Abhängigkeit des Arbeitgebers	78
III. Direktionsproblem und Arbeitsteilung	81
1. Ansätze in der juristischen Literatur	81
2. Exkurs: Zur sozialistischen Planung und Leitung des Produktionsprozesses	86
3. Folgerungen	95
§ 5 Allgemeine Lösungsansätze: Tendenzen des Arbeitsrechts	98
I. Die Tendenzstruktur des Arbeitsrechts	98
1. Die Ausgangslage	98
2. Tendenz im Arbeitnehmerbegriff	99
3. Die Zweckbestimmung des Arbeitsrechts	101
II. Der inhaltliche Tendenzbefund	106
1. Vorbemerkung	106
2. Abhängigkeit von fremdem Unternehmertum und die Frei- heit zum Arbeitsvertrag	107
3. Weitere Ansätze gegen die Abhängigkeit von fremdem Unternehmertum; insbesondere das Recht auf Arbeit	110
4. Ansätze gegen die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeit- nehmers	117
5. Ansätze gegen die persönliche Abhängigkeit des Arbeitneh- mers	124
6. Zur Tendenz der Unterscheidung Unternehmen/Betrieb	132
III. Insbesondere der Tendenzbefund für das geltende Mitbestim- mungsrecht	137
1. Vorbemerkung	137
2. Mitbestimmung nach dem Montanmodell	138
3. Mitwirkungsrechte nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 und nach §§ 76 ff. BetrVG 1952	150

4. Die „Mitbestimmungs“gesetze und die Tendenz der Unternehmensverfassung	159
5. Mitwirkungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz	170
6. Mitbestimmung durch Tarifvertrag	181
IV. Zwischenergebnisse	193

Zweites Kapitel

**Versuche objektivrechtlicher (= außervertraglicher)
Begründung des Direktionsrechts**

§ 6 Vorbemerkung: Die Begründung als juristische Denkform	195
§ 7 Direktionsrecht und Sacheigentum	198
I. Der eigentumsrechtliche Ansatz	198
1. Das Problem der Eigentümerrechte	198
2. Meinungen	198
3. Die Rechtsgrundlagen	202
II. Anwendung des § 903 BGB auf das Arbeitsverhältnis	204
III. Direktionsrecht und positiver Eigentumstatbestand	206
1. Die Sachherrschaft	206
2. Sachherrschaft bei fremdem Bedürfnis an der Sache	209
3. Sachherrschaft und fremde Arbeit mit der Sache	213
4. Zweck und Grenzen der Sachherrschaft im Produktionsprozeß	214
IV. Direktionsrecht und negativer Eigentumstatbestand	222
V. Zusammenfassung	228
§ 8 Direktionsrecht und Unternehmenseigentum	229
I. Zur Auffindung der Rechtsgrundlagen	229
II. Gesetzliche Vermittlungen des Unternehmenseigentums	231
1. Deliktsrechtlich vermitteltes Unternehmenseigentum	231
2. Gesellschaftsrechtlich vermitteltes Unternehmenseigentum ..	234
3. Arbeitsrechtlich vermitteltes Unternehmenseigentum	243
III. Der allgemeine Tatbestand des Unternehmenseigentums	249
1. Die drei Aspekte der Dogmatik des Unternehmenseigentums	249
2. Eigentumsbedingungen nach Art. 14 GG	250

3. Die These von der Herrschaft dank Risiko	254
4. Eigentumsgarantie und Handlungsfreiheit des Eigentümers	263
5. Ergebnisse	269
§ 9 Sonstige nicht-vertragliche Begründungsversuche zum Direktionsrecht des Arbeitgebers	271
I. Die verbliebene Möglichkeit nicht-vertraglicher Begründung ..	271
II. Direktionsrecht und Wirtschaftsverfassung	272
1. Die Begründungsversuche	272
2. Kritik der Begründungsversuche	274
3. Möglichkeiten der Argumentation aus der Wirtschaftsverfassung	280
III. Die Organisationsgewalt des Arbeitgebers	287
IV. Besondere gesetzliche Grundlagen für Direktionsbefugnisse des Arbeitgebers	290
1. Die gesetzlichen Fundstellen	290
2. Überprüfung der gesetzlichen Fundstellen	291
V. Gewohnheitsrecht und Richterrecht als Grundlage für Direktionsbefugnisse des Arbeitgebers	296
VI. Zusammenfassung	298

Drittes Kapitel

Direktionsrecht und Arbeitsvertrag

§ 10 Die zu kritisierenden Lehren vom Arbeitsvertrag	299
I. Vorbemerkung: Vertragsrechtliche und vertragliche Begründung	299
II. Der Arbeitsvertrag als Vereinbarung einer Verfügungsmacht über Arbeitskraft	302
1. Die Dogmatik des so definierten Arbeitsvertrags	302
2. Der Topos „Verfügungsmacht über Arbeitskraft“	307
III. Der Arbeitsvertrag in der Einordnungslehre	311
1. Übersicht	311
2. Einordnung als Vertragsinhalt	313
3. Einordnung als Problem des Arbeitsvertrags	318
IV. Das Direktionsrecht (Weisungsrecht) als typischer Inhalt des Arbeitsvertrags	319
V. Der Arbeitsvertrag als Vertrag über gattungsmäßig vorbestimmte Dienste	321

§ 11 Arbeitsvertrag und herrschaftsfreie Sozialordnung	322
I. Der Ansatz	322
II. Materialien zur Dogmatik der herrschaftsfreien Sozialordnung	326
1. Der rechtsdogmatische Herrschaftsbegriff	326
2. Exkurs zur Theorie der Herrschaft in den Sozialwissen-	
schaften	328
3. Das Interesse im Recht	331
4. Zum Begriff der Selbstbestimmung	335
III. Die herrschaftsfreie (= selbstbestimmte) Rechtsbeziehung in	
interessentheoretischer Sicht	337
1. Allgemeine Grundsätze	337
2. Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses	340
IV. Ergebnisse	343
§ 12 Lösung des Direktionsproblems	343
I. Die Prämisse: Materiale Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht	343
II. Die Typologie des Arbeitsvertrags	347
1. Der Grundtatbestand des Arbeitsvertrags	347
2. Bestimmtheit und Geltendmachung der Arbeitnehmerlei-	
stung	348
3. Der Arbeitsvertrag und § 315 BGB	356
III. Die kollektive Ausübung der Vertragsfreiheit	357
IV. Die individuelle Ausübung der Vertragsfreiheit	362
V. Besondere Begründung von Direktionsbefugnissen des Arbeit-	
gebers	365
VI. Problemlösung durch die Fortbildung des kollektiven Arbeits-	
rechts	367

Einleitung

§ 1 Thematik

I. Die Ausgangslage: Direktionsrecht versus Arbeitsvertrag

Das geltende Arbeitsrecht ist Verkehrsrecht für die Parteien des kapitalistischen Produktionsprozesses. Es normiert die Beziehungen zwischen Inhabern von Produktionsmitteln, die fremder Arbeitskraft bedürfen, und ihren Arbeitskraftgebern. Das rechtliche Medium zwischen den Parteien ist der Arbeitsvertrag, rechtlicher Ort der Vertragserfüllung das Arbeitsverhältnis. Entsprechend dieser Musterung der Arbeitswelt wird über den Produktionsfaktor Arbeit durch die Begründung und Gestaltung einzelner Arbeitsverhältnisse verfügt. Im Arbeitsverhältnis werden Arbeitsleistungen erbracht und eingezogen: Der „Arbeitnehmer“ hat sich vertraglich zur Arbeit im fremden Unternehmen verpflichtet, sein Vertragspartner, der „Arbeitgeber“, einen Anspruch hierauf erworben¹.

Den Inhalt dieser Rechtsbeziehung hätte, legt man das Vertragsprinzip zugrunde, in den Grenzen zwingenden Rechts der Arbeitsvertrag zu bestimmen. Indessen erwartet die herrschende Meinung von ihm keine definitiven Regelungen und traut sie ihm auch nicht zu. Vielmehr steht für Rechtsprechung und Lehre ein Bestimmungsrecht („Direktionsrecht“) *einer* Vertragspartei, des Arbeitgebers, ganz außer Frage. Dem Arbeitgeber wird zugebilligt, Pflichten seines Vertragspartners einseitig festzusetzen, statt nur eine vertraglich bestimmte Leistung einzufordern. Damit ist der Arbeitsvertrag für den Regelungsbereich des Direktionsrechts suspendiert, die Vertragskompetenz seiner Parteien verkürzt. Die Koexistenz der beiden einander entgegengesetzten Regelungsformen in einer Rechtsbeziehung ist problematisch, der Widerspruch zwischen ihnen verlangt nach juristischer **Auflösung**.

¹ Der herrschende Gebrauch der Ausdrücke „Arbeitnehmer“ und „Arbeitgeber“ ist diesem Tatbestand unangemessen und darum ideologieverdächtig; hierzu *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 281. Andererseits haben die Bezeichnungen sich wohl zu neutralen Termini der Rechtssprache entwickelt, die durch ihren unmittelbaren Wortsinn das Verständnis der Rollen oder Rechtspositionen beider Parteien nicht (mehr) präjudizieren. Mit dieser Voraussetzung wird der gängige Sprachgebrauch hier beibehalten.

II. Die aktuelle Diskussion des Themas

Der Konsens hinter der herrschenden Meinung heißt, daß es ein Direktionsrecht des Arbeitgebers gibt. Die Versuche, ein solches Recht zu begründen und seinen Inhalt zu präzisieren, führen jedoch schnell zur Kontroverse um die richtige arbeitsrechtliche Theorie des Produktionsprozesses.

In seiner Habilitationsschrift hat Alfred Söllner es unternommen, das Arbeitsverhältnis auf den (vermeintlich zwingenden) Grundsatz einseitiger Leistungsbestimmung zu reduzieren. Die Rechtsordnung genüge den realen Produktionsbedingungen, indem sie die Befugnis des Arbeitgebers anerkenne, blanko („inhaltsleer“) begründete Arbeitsverhältnisse gemäß seinen Unternehmungen zu gestalten². Zweck des Arbeitsvertrags sei nicht die Vereinbarung von Arbeitnehmerpflichten, sondern die „Unterwerfung“ des Arbeitnehmers unter das Bestimmungsrecht des Arbeitgebers³. Dessen Recht, die Inhalte der Arbeitnehmerleistung vorzuschreiben, bestehe entsprechend den „sich ändernden Erfordernissen der Arbeitsteilung“⁴, in den Schranken fehlerfreien Ermessens⁵, und soweit die „Geschäftsgrundlage“ des Arbeitsverhältnisses reiche⁶. Innerhalb der so umrissenen Grenzen stellt Söllner die Arbeitsbedingungen zur Disposition des Arbeitgebers, gleichgültig ob sie ausnahmsweise vertraglich geregelt worden waren oder der Arbeitgeber sie schon einseitig vorgegeben hatte⁷. Söllners Lehre markiert das Äußerste dessen, was als Direktionsrecht aufgefaßt werden kann: die All- und Alleinkompetenz, über die Verwertung bereitgestellter Arbeitskraft zu entscheiden.

Gerade diese Zuspitzung aber weckt die Erinnerung daran, daß nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses beiden Vertragspartnern zustehen müßte⁸. Der merklichen Tendenz, das Arbeitsrecht wieder stärker in schuldrechtlicher Denk-

² Vgl. Einseitige Leistungsbestimmung, S. 13 ff., 22, 48 ff., 126; entsprechend Arbeitsrecht, S. 29, 167, 210.

³ Vgl. Einseitige Leistungsbestimmung, S. 22, 44.

⁴ Einseitige Leistungsbestimmung, S. 44.

⁵ Einseitige Leistungsbestimmung, insbes. S. 132 ff.

⁶ Einseitige Leistungsbestimmung, S. 48 ff.

⁷ Einseitige Leistungsbestimmung, S. 39, 44, 48 ff.

Soweit Söllner die Formel „einseitige Leistungsbestimmung“ als eigenen Terminus gebraucht, ist damit allerdings nicht nur die Disposition über Arbeitnehmerpflichten, sondern auch über Ansprüche des Arbeitnehmers gemeint. Dieser Teil der Arbeitsbedingungen, also die Gegenleistung des Arbeitgebers, wird in der vorliegenden Untersuchung nicht mit angesprochen. Beim Direktionsproblem geht es herkömmlich nur um das vom Arbeitnehmer geschuldete Verhalten; Böttner, Direktionsrecht, S. 5 mit Nachweisen.

⁸ So Richardi in der Rezension zu Söllners Schrift; RdA 1970, S. 208 (208 f.).

weise zu betrachten⁹, folgt Walter Böttners Theorie des Direktionsrechts¹⁰. Böttner fragt, „inwieweit sich mit der schuldrechtlichen Lehre vom Arbeitsverhältnis die Existenz eines Direktionsrechts des Arbeitgebers vereinbaren läßt“¹¹. Die Antwort lautet, daß nur solche Direktionsbefugnisse bestehen, die der einzelne Arbeitsvertrag jeweils gewährt¹². Bei diesem Ansatz wird ein Vertrag, die Urform zweiseitiger Leistungsbestimmung, zum eigentlichen Gestaltungsgrund des Arbeitsverhältnisses erklärt. Dem Prinzip zweiseitiger Bestimmung soll jedoch nicht nur die definitive vertragliche Regelung genügen, die das geschuldete Verhalten des Arbeitnehmers konkret und bloß einforderbar bezeichnet. Vielmehr gilt der Vertragsgedanke auch als eingelöst, wenn der Arbeitsvertrag die Arbeitnehmerleistung allgemein („nach Gattungsmerkmalen“) festlegt¹³ und die Einforderung mit einer Befugnis des Gläubigers zur endgültigen Bestimmung („Spezialisierung“) verknüpft. Diese Befugnis hängt nach Böttners Auffassung vom einzelnen Arbeitsvertrag ab, sie darf nicht mit einem typischen („normalen“) Inhalt vorausgesetzt werden¹⁴. Erscheint bei Söllner das Recht des Arbeitgebers zur einseitigen Leistungsbestimmung als Notwendigkeit jedes Arbeitsverhältnisses, so wird es bei Böttner zu einer möglichen Rechtslage, die einzuführen den Parteien jedes Arbeitsvertrages freisteht. Für Söllner ist das extensive Bestimmungsrecht des Arbeitgebers die „normale“ Rechtswirklichkeit der Arbeitsverhältnisse; Böttner akzeptiert nur die *Kategorie* Direktionsrecht, die sich mit individuell zu vereinbarenden Inhalten in Arbeitsverträgen manifestieren kann.

Söllner und Böttner haben die extremen Gegenpositionen vertreten, die bisher in der Literatur zum Problem arbeitsrechtlicher Leistungsbestimmung und mithin zur Stellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis entwickelt worden sind. Söllners Konzept ist bei den Rezensenten auf Ablehnung gestoßen¹⁵; indessen vermittelt es keine neu-

⁹ Vgl. dazu etwa *Simitis*, Faktische Vertragsverhältnisse, insbes. S. 281 ff., 329 ff., Ergebnis, S. 391 f.; *Mayer-Maly*, JZ 1961, S. 205 (insbes. 208); *Isele*, NJW 1964, S. 1441 ff.; *Dirk Neumann*, RdA 1968, S. 250 (253); *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie, S. 79 ff.; *Ernst Wolf*, Arbeitsverhältnis, insbes. S. 79 ff.; *Richardi*, ZfA 1974, S. 3 ff.; *Zöllner*, AcP 176, S. 221 ff.; *ders.*, Arbeitsrecht, S. 98 ff.

¹⁰ *Böttner*, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers (1971).

¹¹ Direktionsrecht, S. 1.

¹² Direktionsrecht, S. 70, 72 f., 78 ff.

¹³ *Böttner*, Direktionsrecht, S. 32.

¹⁴ *Böttner*, Direktionsrecht, S. 81.

¹⁵ *Säcker* rügt daran die Beschränkung kollektivrechtlicher Zuständigkeiten; BB 1966, S. 1403. *Böttlicher* moniert unter anderem den Schluß von der faktischen Macht des Arbeitgebers zur Direktion auf ein subjektives Recht; AuR 1967, S. 321 (322). *Richardi* wendet sich gegen Söllners Abkehr vom Prinzip vertraglicher (= zweiseitiger) Bestimmung der Arbeitsbedingungen;