

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
Teil 1: Die Grundlagen des Weisungsrechts sowie die Begründung einer Pflicht zur Gleichbehandlung bei dessen Ausübung	20
A. Einführung in die Gleichbehandlungsproblematik	20
I. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Überblick	20
1. Anwendungsbereich und Entstehungsgeschichte	20
2. Inhalt und Reichweite	21
II. Praktische Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Ausübung des Weisungsrechts	22
III. Die Problematik einer Rechtsgrundlage	23
1. Ausgangspunkt: Gebot der Verteilungsgerechtigkeit	24
2. Verhältnis zur Privatautonomie des Arbeitgebers (Art. 2 Abs. 1 GG)	24
IV. Verhältnis des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu den Diskriminierungsverboten des AGG	27
1. Abgrenzung zu den Diskriminierungsverboten	27
2. Ablösung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch das AGG?	28
V. Zusammenfassung	30
B. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers	30
I. Einführung	31
1. Die Notwendigkeit eines Weisungsrechts	31
2. Die Kodifizierung des Weisungsrechts	32
II. Rechtsgrundlage	33
1. Überblick über frühere Ansätze in der Literatur	33
2. § 106 GewO	34
III. Das Weisungsrecht als Gestaltungsrecht	36
IV. Die geschriebenen Grenzen des Weisungsrechts im Überblick (§ 106 GewO)	37
1. Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge, gesetzliche Vorschriften	38
2. Das „billige Ermessen“	38
V. Sonderproblem: Dauer der Arbeitszeit	40

VI. Rechtsfolgen bei Überschreiten der Grenzen des Weisungsrechts	42
1. Verstoß gegen zwingendes höherrangiges Recht (Gesetze, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) und gegen den Arbeitsvertrag	44
2. Verstoß gegen das „billige Ermessen“	45
a) Verhältnis von § 106 GewO zu § 315 BGB	45
aa) Anwendbarkeit des § 315 Abs. 1 BGB	46
bb) Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 S. 1 BGB	47
b) Rechtsfolgen der Unbilligkeit (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB)	48
c) Ergebnis	50
3. Schlussfolgerungen	50
VII. Verhältnis Weisungsrecht (§ 106 GewO)/ § 275 Abs. 3 BGB	51
VIII. Zusammenfassung	53
C. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Grundforderung des „billigen Ermessens“?	54
I. Das Gebot der Billigkeit als Rechtsgrundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes?	55
1. Die Billigkeit (Epicie) nach Aristoteles	56
2. Geschichtlicher Kurzüberblick der Bedeutung der Billigkeit	57
3. Die Billigkeit als „Gegenspieler zum strengen Recht“/ Die Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit	58
a) Abstrahierung vom Einzelfall und Festsetzung eines Vergleichsmaßstabes als Voraussetzung der Gleichbehandlung	59
aa) Die abstrakt–generelle Regel als Mittel der Gleichbehandlung	59
bb) Ungleichbehandlung von Gleichen durch eine abstrakt–generelle Regel	60
b) Die individualisierende Betrachtung als Voraussetzung einer Billigkeitsentscheidung	62
aa) Die Billigkeit als Differenzierungsgebot bei Vorliegen atypischer Umstände	62
bb) Gefahr der Willkür/ Verlust an Rechtssicherheit	63
cc) Zwischenergebnis	64
4. Die Billigkeit als Instrument zur Herstellung einer ausgleichenden Gerechtigkeit im Privatrecht	64
II. Ergebnis	66

<b>D. Die Rechtsgrundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Ausübung des Weisungsrechts</b>	<b>66</b>
I. Bestehende Begründungsansätze	67
1. Überblick	67
2. Vertragliche Begründungsansätze	68
3. Die Lehre vom Gemeinschaftsbezug	69
4. Die Lehre vom Normenvollzug	71
5. Gestaltungsmacht des Arbeitgebers	73
6. Zwischenergebnis/ Fazit	74
II. Eigener Begründungsansatz: Die objektive Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 1 GG als Rechtsgrundlage	76
1. Die Wirkung der Grundrechte in Privatrechtsbeziehungen	76
a) Das „billige Ermessen“ i. S. v. § 106 GewO als Einbruchstelle des Art. 3 Abs. 1 GG	77
b) Die Grundrechte als objektive Werteordnung – die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte im Privatrecht	77
2. Die objektive Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 1 GG	79
a) Ideengeschichtliche Grundlage des Art. 3 Abs. 1 GG	79
aa) Das Gebot der austeilenden Gerechtigkeit	80
bb) Die revolutionären Ideen des 18. und 19. Jahrhunderts – die Idee des Gesellschaftsvertrages	80
cc) Zwischenergebnis	83
b) Übertragung dieser ideengeschichtlichen Wurzeln auf die Gleichbehandlungspflicht bei der Ausübung des Weisungsrechts	83
aa) Vorüberlegungen	83
bb) Vergleich der Idee des Gesellschaftsvertrages mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages	85
cc) Sonderfall: Kollektiv- oder einzelvertraglich erweitertes Weisungsrecht	87
c) Ergebnis	88
III. Zusammenfassung	89
<b>E. Zusammenfassung Teil 1</b>	<b>89</b>

Teil 2: Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Ausübung des Weisungsrechts	91
A. Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Ausübung des Weisungsrechts	91
I. Grundvoraussetzungen der Gleichbehandlungspflicht bei der Ausübung des Weisungsrechts	91
1. Gestaltungshandlung in Ausübung des Weisungsrechts	91
a) Leistungsbestimmung innerhalb der arbeitsvertraglichen Rahmenermächtigung	91
b) Gestaltungshandlung	93
c) Zwischenergebnis	94
2. Möglichkeit der Gleich- oder Ungleichbehandlung	95
a) Vorliegen einer Bezugsgruppe/ einer Mehrzahl von Personen	95
b) Gestaltungsspielraum	95
3. Vorliegen eines Vergleichsmaßstabes	96
a) Erfordernis eines Abstraktionsvorgangs	96
b) Konkretisierung der Vergleichbarkeit	97
aa) Vergleich zur Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG	98
bb) Beispiele	99
cc) Zwischenergebnis	99
4. Erfordernis einer abstrakt-generellen Regelsetzung?	100
a) Überblick über die Hintergründe des Erfordernisses einer abstrakt-generellen Regelsetzung im Entgeltbereich	100
b) Überblick über die Rechtsprechung des BAG	101
c) Gedanke der Selbstbindung/ Geltungsgrund	102
d) Vorrang der Vertragsfreiheit	103
e) Erfordernis eines Vergleichsmaßstabs	104
f) Zwischenergebnis	104
5. Zusammenfassung/ Zwischenbemerkung	105
II. Ausschluss oder Einschränkung des Anwendungsbereichs aufgrund des in § 106 GewO geforderten „billigen Ermessens“?	107
1. Vergleich der Grundvoraussetzungen	107
a) Grundvoraussetzungen der Überprüfung einer Weisung auf „billiges Ermessen“: Gestaltungshandlung und Gestaltungsspielraum	107
b) Vergleich/ Überschneidungsbereich	108
c) Zwischenergebnis	109
2. Beispieldiskussion zur Verdeutlichung der Problematik	109

3. Das Verhältnis zwischen Gleichbehandlungsgrundsatz und „billigem Ermessen“	111
a) Vergleich zur Frage der Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Arbeitgeberkündigung	111
b) Gestaltungsspielraum als Voraussetzung der Pflicht zur Gleichbehandlung	113
aa) Vorrang der Gleichbehandlung?/ Gleichbehandlungsgrundsatz als gesetzliche Vorschrift	
i. S. v. § 106 GewO?	114
(1) Wortlaut des § 106 GewO	115
(2) Sinn und Zweck des § 106 GewO	115
(3) Vergleich zu § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG	116
(4) Zwischenergebnis	117
bb) „Billiges Ermessen“: Gestaltungsspielraum?	117
(1) Der Begriff „billiges Ermessen“ als Widerspruch in sich	118
(2) Ermessen	119
i. Entstehungsgeschichte	119
ii. Wortlaut	119
iii. Sinn und Zweck	120
(3) Die Problematik der „einzig richtigen Entscheidung“	121
(4) Zwischenergebnis	122
c) Konsequenzen für die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes	122
d) Lösung des Beispiefalles	124
e) Willkürgefahr?	124
4. Ergebnis	126
III. Sonderproblem: Überprüfung einer sog. „generellen Weisung“ auf „billiges Ermessen“	127
1. Einführung in die Problematik	127
2. Dogmatische Einordnung des „generellen Weisungsrechts“	128
3. Billigkeitskontrolle kollektiver Regelungen (am Beispiel der Betriebsvereinbarung)?	129
a) „Abstrakte Billigkeitskontrolle“ von Betriebsvereinbarungen	129
b) „Konkrete Billigkeitskontrolle“ von Betriebsvereinbarungen	130
c) Schlussfolgerungen/Ergebnis	131

4. Billigkeitskontrolle einer generellen Weisung?	132
a) Ausschluss der Billigkeitskontrolle bei generell erteilten Weisungen?	132
aa) Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers	132
bb) Wortlaut des § 106 GewO	132
b) Auslegung des „billigen Ermessens“ in § 106 GewO bei generell erteilten Weisungen	133
aa) Billiges Ermessen i. S. v. Einzelfallgerechtigkeit/ Verpflichtung zu Ausnahmeregelungen?	133
(1) Die Argumentation von v. Hoyningen-Huene	134
(2) Rechtstatsächliche Aspekte	135
i. Unterschied zwischen generellen Weisungen und kollektivrechtlichen Regelungen	135
ii. Berücksichtigung der individuellen Umstände	137
bb) Zwischenergebnis	139
5. Ergebnis	139
IV. Zusammenfassung	140
 B. Räumlicher Geltungsbereich und Inhalt des Gleichbehandlungsgebotes bei der Ausübung des Weisungsrechts	141
I. Räumlicher Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgebotes	141
II. Inhalt des Gleichbehandlungsgebotes	142
1. Sachliche Rechtfertigung einer Differenzierung	143
a) Überblick über die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung	144
b) Vergleich zur Rechtsprechung des BVerfG	145
c) Das Gebot teleologischer Folgerichtigkeit	147
d) Zwischenergebnis	149
e) Erhöhte Anforderungen an den sachlichen Grund?	150
f) Ergebnis	152
2. Abstrakte Differenzierungskriterien	153
a) Besondere Differenzierungsverbote	154
aa) Unzulässige Differenzierungsgründe	154
bb) Ausnahmen wegen besonderer Rechtfertigung (§§ 8, 9, 10 AGG)	154
b) Subjektive Einstellung der Arbeitnehmer	156
c) Kriterien der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG)	157
aa) Analoge Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG?	158
(1) Auswahlentscheidungen im Rahmen der Zuweisung einer Weiterbeschäftigungstätigkeit nach § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 b) KSchG	159

(2) Auswahlentscheidungen im Rahmen des Weisungsrechts	160
bb) Ergebnis	162
d) Auswahlentscheidungen per Los	162
3. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Differenzierungsgebot?	163
a) Vergleich zu Art. 3 Abs. 1 GG	163
b) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	164
c) Ergebnis	166
4. Verbot willkürlicher Bevorzugungen?	166
a) Willkürliche Bevorzugungen bei der Gewährung freiwilliger Leistungen	167
b) Rückschlüsse für die Ausübung des Weisungsrechts	168
c) Ergebnis	169
III. Zusammenfassung	170
C. Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	171
I. Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausübungsschranke	171
1. Unwirksamkeit benachteiligender Weisungen	171
2. Gleichbehandlungsverstoß durch Bevorzugung Einzelner	173
II. Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsgrundlage	174
1. Gleichbehandlungsgrundsatz	174
2. „Billiges Ermessen“	175
III. Ergebnis	177
D. Zusammenfassung Teil 2	177
Teil 3: Praktische Anwendungsbeispiele	179
A. Arbeitszuweisungen/ Heranziehungen zu Schulungen/ Versetzungen	179
I. Arbeitszuweisungen	179
1. Anwendungsbeispiele	179
2. Vergleichbare Arbeitnehmer	181
3. Differenzierungsgründe	181
a) Wiederkehrende Routineaufgaben	182
b) Voraussichtlich einmalige Aufgaben/ Auswahlsituationen	184
c) Sonderfall: Heranziehung zu unliebsamen Tätigkeiten als Sanktion	185
II. Heranziehungen zu Schulungen und Fortbildungen	186
III. Versetzungen	188

<b>B. Weisungen, die die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen (§ 106 S. 2 GewO)</b>	<b>190</b>
I. Überwachungsmaßnahmen (am Beispiel der Aus- und Eingangskontrolle)	192
1. Aus- und Eingangskontrollen zur Verhinderung von Straftaten	192
2. Eingangskontrollen/ Zeiterfassungssysteme	194
II. Erteilung von Verboten (insbesondere Rauchverbote)	195
1. Rauchverbote	196
2. Sonstige Verbote	199
III. Dienstkleidung/ Schutzkleidung	200
<b>C. Arbeitszeitfragen</b>	<b>201</b>
I. Dauer der Arbeitszeit	201
1. Gleichbehandlung bei einem individualvertraglich begründeten Recht zur Anordnung von Überstunden	202
a) Durch das Arbeitsentgelt abgegolte Überstunden	203
b) Vergütungspflichtige Überstunden	203
2. Gleichbehandlung bei einem tarifvertraglich begründeten Recht zur Anordnung von Überstunden	205
II. Lage der Arbeitszeit	206
1. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Einteilung der Pausen, Einführung von Gleitzeit bzw. einer Jahresarbeitszeit	207
2. Verteilung auf die einzelnen Wochentage/ Schichtarbeit/ Nachtarbeit/ Sonn- und Feiertagsarbeit	208
<b>D. Zusammenfassende Ergebnisse Teil 3</b>	<b>209</b>
<b>Zusammenfassung und Schlussbetrachtung</b>	<b>211</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>215</b>