

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 (Epikie) 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 Gleichem 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 |
| c) Zwischenergebnis | 64 |
| 4. Die Billigkeit als Instrument zur Herstellung einer ausgleichenden Gerechtigkeit im Privatrecht | 64 |
| II. Ergebnis | 66 |

| | |
|---|----|
| D. Die Rechtsgrundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Ausübung des Weisungsrechts | 66 |
| 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 |
| E. Zusammenfassung Teil 1 | 89 |

| | |
|---|-----|
| 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. Beispielsfall 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 Beispielfalles | 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/ Auswahl-situationen | 184 |
| c) Sonderfall: Heranziehung zu unliebsamen Tätigkeiten als Sanktion | 185 |
| II. Heranziehungen zu Schulungen und Fortbildungen | 186 |
| III. Versetzungen | 188 |

| | |
|--|-----|
| B. Weisungen, die die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen (§ 106 S. 2 GewO) | 190 |
| 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 |
| C. Arbeitszeitfragen | 201 |
| I. Dauer der Arbeitszeit | 201 |
| 1. Gleichbehandlung bei einem individualvertraglich begründeten Recht zur Anordnung von Überstunden | 202 |
| a) Durch das Arbeitsentgelt abgegoltene 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 |
| D. Zusammenfassende Ergebnisse Teil 3 | 209 |
| Zusammenfassung und Schlussbetrachtung | 211 |
| Literaturverzeichnis | 215 |