

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 41

Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungs-  
grundsatz im Arbeitsverhältnis

Von

Dr. Hartmut Egger



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**HARTMUT EGGER**

**Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz  
im Arbeitsverhältnis**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 41**

# Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungs- grundsatz im Arbeitsverhältnis

Von

**Dr. Hartmut Egger**



**DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN**

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 04297 2**

## Vorwort

Die Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Universität Mannheim im Herbst 1977 als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im Mai 1977 abgeschlossen.

Herrn Prof. Dr. Günther Wiese bin ich zu Dank für die Betreuung der Arbeit verpflichtet.

Dem Verlag Duncker & Humblot danke ich für die Aufnahme in seine Schriftenreihe, der Vereinigung der Arbeitgeberverbände in Bayern für einen Zuschuß zu den Druckkosten.

München, im September 1978

*Hartmut Egger*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>11</b>
<i>Erstes Kapitel</i>	
<b>Die Grundlagen von Gleichbehandlungs- grundsatz und Gestaltungsrecht</b>	<b>13</b>
§ 1. Gleichbehandlung bei der Ausübung von Gestaltungsrechten als Problem der austeilenden Gerechtigkeit .....	13
§ 2. Die Rechtsgrundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes und seine Anwendung auf Gestaltungsrechte .....	15
I. Zurückführung auf übergeordnete Rechtsgrundsätze .....	15
1. Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG .....	15
2. Das Sozialstaatsprinzip .....	16
II. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluß bereits vorhan- dener Rechtsgrundsätze des Privatrechts .....	16
1. Das soziale Schutzprinzip .....	16
2. Die Fürsorgepflicht .....	17
3. Gleichbehandlung als Billigkeitskontrolle .....	18
III. Die Einordnung des Arbeitsverhältnisses in den Betriebszusam- menhang als Anknüpfungspunkt für den Gleichbehandlungs- grundsatz .....	18
1. Die konkrete Ordnung des Betriebes .....	18
2. Gleichbehandlung als Normvollzug .....	19
3. Gleichbehandlung als Folge der Betriebsgemeinschaft .....	20
IV. Die Machtposition des Arbeitgebers als Begründung für den Gleichbehandlungsgrundsatz .....	21
V. Gesetzliche Anerkennung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ..	23
§ 3. Die Anwendungsvoraussetzungen des arbeitsrechtlichen Gleichbe- handlungsgebotes und die Ausübung von Gestaltungsrechten durch den Arbeitgeber .....	24

I. Bestehendes Arbeitsverhältnis .....	24
II. Handeln des Arbeitgebers in der „kollektiven Sphäre“ .....	25
§ 4. Das Wesen des Gestaltungsrechts und seine Vereinbarkeit mit der Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz .....	26
I. Der Begriff Gestaltungsrecht .....	26
II. Die Unterwerfung des Gestaltungsgegners .....	28
III. Unterwerfung und Gleichbehandlung .....	29
1. Gleichbehandlung und Unterwerfungsabrede .....	29
2. Unterworfenheit und Gleichbehandlung .....	31
IV. Unterschiedliche Funktion der Gestaltungsrechte und Gleichbehandlung .....	32
§ 5. Privatautonomie und Gleichbehandlung bei der Ausübung von Gestaltungsrechten .....	33
I. Antinomie von Gleichbehandlung und Vertragsfreiheit .....	33
II. Der Vorrang der Vertragsfreiheit vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Bedeutung für das Arbeitsverhältnis .....	35
III. Gleichbehandlung als Kontrolle einseitiger Gestaltungsfreiheit	36

### *Zweites Kapitel*

<b>Gestaltungsrechte des Arbeitgebers und ihre Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz</b>	<b>38</b>
§ 6. Der traditionelle Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich der freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers .....	38
I. Gleichbehandlung bei der Zusage freiwilliger Leistungen .....	39
1. Die Zusage freiwilliger Leistungen als Vertrag .....	39
2. Theorie der einseitigen Verpflichtung .....	40
3. Die Zusage freiwilliger Leistungen als Gestaltungsrecht ....	41
II. Gleichbehandlung bei Änderung und Widerruf freiwilliger Leistungen .....	43
1. Änderung und Widerruf ohne vertraglichen Vorbehalt ....	44
2. Änderung und Widerruf mit vertraglichem Vorbehalt .....	44
§ 7. Gleichbehandlung bei der Lohngestaltung durch den Arbeitgeber ..	45
I. Gleichbehandlung im Bereich der Vergütung .....	45

II. Gestaltung des Lohnanspruchs durch den Arbeitgeber .....	47
III. Gleichbehandlung bei der Lohngestaltung .....	48
§ 8. Gleichbehandlung bei der Suspension des Arbeitsverhältnisses ....	50
I. Das Suspensionsrecht als Gestaltungsrecht .....	50
II. Suspendierung und Gleichbehandlung .....	52
§ 9. Gleichbehandlung im Bereich des Direktionsrechts .....	53
I. Das Weisungsrecht als Gestaltungsrecht .....	53
1. Begriff und Inhalt des Direktionsrechts .....	53
2. Rechtliche Begründung des Direktionsrechts .....	54
3. Dogmatische Einordnung des Direktionsrechts .....	56
4. Der Einfluß der Mitbestimmung auf das Direktionsrecht ....	59
II. Gleichbehandlung bei der Ausübung des Direktionsrechts .....	60
1. Weisungen zum Gefahrenschutz und zur Ordnung des Betriebes .....	61
2. Bestimmung von Lage und Dauer der Arbeitszeit .....	61
3. Bestimmung der zeitlichen Lage des Urlaubs .....	64
4. Versetzung (Zuweisung höherwertiger Tätigkeit) .....	66
§ 10. Die Kündigung des Arbeitgebers und das Gleichbehandlungsgebot ..	71
I. Gleichbehandlung zwischen Arbeitsplatzschutz und unternehmerischer Dispositionsfreiheit .....	71
II. Ausschluß der Gleichbehandlung durch „individualisierende“ gesetzliche Regelung der Kündigung? .....	72
III. Gleichbehandlung und betriebsbedingte Kündigung .....	73
1. Gleichmäßige Verteilung des Arbeitsplatzrisikos bei der Feststellung dringender betrieblicher Erfordernisse .....	73
2. Gleichmäßige Handhabung der Kriterien für die soziale Auswahl .....	74
IV. Verhaltensbedingte ordentliche und außerordentliche Kündigung .....	76
1. Gleichbehandlung und Kündigungsgrund .....	77
a) Ordentliche Kündigung bei Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG)? .....	77
b) Berücksichtigung gleichartiger Vertragsverletzungen anderer Arbeitnehmer bei der Feststellung des wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung .....	79
2. Ausübung des Kündigungsrechts und Gleichbehandlungsgebot .....	82

a) Das Recht des Arbeitgebers, den Kündigungsgrund zu verzeihen .....	82
b) Keine Berufung des vertragswidrig handelnden Arbeitnehmers auf den Gleichbehandlungsgrundsatz? .....	83
c) Vertragsfreiheit und Gleichbehandlung bei der Ausübung des Kündigungsrechts .....	84
V. Änderungskündigung und Gleichbehandlung .....	87
§ 11. Gleichbehandlung im Arbeitskampf .....	89
I. Aussperrung und Gleichbehandlung .....	90
II. Gleichbehandlung bei der Kündigung des Arbeitgebers als Reaktion auf einen wilden Streik .....	92
<b>Ergebnis und Zusammenfassung</b>	<b>99</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>100</b>

## Einleitung

Die Situation des Arbeitnehmers in den für unsere entwickelte Industriegesellschaft charakteristischen Großbetrieben wird in zweifacher Weise bestimmt: zum einen durch das individualrechtliche Band des Arbeitsvertrages zum Arbeitgeber, zum anderen durch seine Stellung in einer Gruppe, einem Kollektiv von Arbeitnehmern<sup>1</sup>. Dementsprechend beurteilt der einzelne Arbeitnehmer seine Arbeitsbedingungen nicht allein in der Austauschbeziehung zu seinem Vertragspartner auf seine Richtigkeit oder Gerechtigkeit hin, sondern er verlangt nach gerechter im Sinne einer gleichmäßigen Behandlung auch im Verhältnis zu seinen Mitarbeitern.

Auf der Ebene des Kollektivvertrages wird die gleichmäßige Behandlung durch die Bindung der Parteien einer Betriebsvereinbarung an § 75 Abs. 1 BetrVG und die Geltung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes für die Normen des Tarifvertrages<sup>2</sup> gewährleistet.

Jenseits des Regelungsbereichs kollektiver Vereinbarungen wird der Inhalt des Arbeitsverhältnisses jedoch einzelvertraglich bestimmt<sup>3</sup>. Hier weist die Gleichbehandlungskontrolle im Arbeitsverhältnis noch eine Lücke auf. Dies gilt nicht für den Abschluß des Arbeitsvertrages selbst. Hier tritt der Gleichbehandlungsgrundsatz regelmäßig hinter dem Prinzip der Vertragsfreiheit zurück<sup>4</sup>. Lediglich der Wille des Arbeitnehmers, der in der Regel auf eine gleiche Behandlung mit Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage gerichtet sein wird, bildet ein tatsächliches Hindernis für eine ungleiche Behandlung. Wo aber die Vertragsparität durch die einseitige Aufstellung von Arbeitsbedingungen, sog. arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen<sup>5</sup>, seitens des Arbeitgebers gestört ist und der auf Gleichbehandlung gerichtete Wille des Arbeitnehmers überspielt wird, kommt die Rechtsprechung über eine entsprechende Anwendung

---

<sup>1</sup> So schon *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Teil I, S. 2.

<sup>2</sup> *Nipperdey* in Hueck / Nipperdey, Lehrbuch Bd. II, S. 373 ff. m. w. Nachw.; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille, S. 350, entwickelt daneben in Anlehnung an *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als immanente Schranke der Gestaltungsmacht einer Kollektivvertragspartei.

<sup>3</sup> Vgl. dazu näher *Hanau / Adomeit*, Arbeitsrecht, 4. Aufl., S. 30.

<sup>4</sup> Vgl. dazu *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 251 f.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. *Becker*, NJW 1973, S. 1913 (1914).

des § 315 BGB nicht nur zu einer Billigkeitskontrolle, sondern auch zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes<sup>6</sup>.

Der einseitigen Aufstellung arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen in ihrer Unabhängigkeit von der Mitwirkung des Arbeitnehmers vergleichbar ist die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses durch die Ausübung von Gestaltungsrechten, die dem Arbeitgeber durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag eingeräumt sind<sup>7</sup>. Die Rechtsprechung hat es bisher aber abgelehnt, die Ausübung von Gestaltungsrechten auf die Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes hin zu kontrollieren<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> BAG AP Nr. 1 u. 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle.

<sup>7</sup> *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, S. 55, will überhaupt keinen Unterschied anerkennen, indem er die nachfolgende Unterwerfung unter eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung als einseitige Leistungsbestimmung im Sinne eines Gestaltungsrechts begreift.

<sup>8</sup> z. B. BAG AP Nr. 1 zu § 1 AZO; BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

## *Erstes Kapitel*

# **Die Grundlagen von Gleichbehandlungsgrundsatz und Gestaltungsrecht**

Eine Begründung für die These, daß die Ausübung von Gestaltungsrechten nicht dem Gleichbehandlungsgebot unterworfen sei, findet sich in der Rechtsprechung, wenn überhaupt, nur in Ansätzen. In der Mehrzahl der Fälle wird davon ausgegangen, daß sich Gleichbehandlung und Gestaltungsrecht schon begrifflich, dem Wesen nach<sup>1</sup>, ausschließen. Bevor die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für einzelne Fallgruppen des Gestaltungsrechts im Arbeitsverhältnis untersucht werden kann, sind daher die Grundlagen von Gleichbehandlungsgrundsatz und Gestaltungsrecht im Verhältnis zueinander zu klären.

### **§ 1. Gleichbehandlung bei der Ausübung von Gestaltungsrechten als Problem der austeilenden Gerechtigkeit**

Auf der Suche nach einer gesicherten Rechtsgrundlage für den privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wurde seine Geltung unter anderem unmittelbar aus dem Gerechtigkeitsgedanken abgeleitet. Das Gleichbehandlungsgebot wurde als überpositiver, unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnder Rechtssatz bezeichnet<sup>2</sup>. Zwar konnte diese These keine große Durchschlagskraft entwickeln, weil sie sich für die Gewinnung konkreter Rechtsfolgen als zu allgemein erwies<sup>3</sup>. Richtig ist daran aber, daß sich die Wirksamkeit des Gleichheitssatzes im Recht auf seinen engen Zusammenhang mit der Idee der Gerechtigkeit gründet.

---

<sup>1</sup> z. B. LAG Hamm, BB 1953, 59; LAG Hannover AP 52, Nr. 83; LAG Düsseldorf, BB 1955, S. 994; LAG Stuttgart, BB 1952, 232; LAG Saarbrücken ARSt X Nr. 32; BAG BB 1958, 558; aus der Lit. vgl. *Palme*, B1StSoz ArbR 1958, 291; *Röhler*, DB 1957, 992; *Staudinger / Weber*, Anm. A 377 zu § 242 BGB; *Waechter*, B1StSoz ArbR 1957, 362.

<sup>2</sup> *Raiser*, ZHR Bd. 111, 75 (90).

<sup>3</sup> *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung, S. 107; siehe auch *A. Hueck* in *Hueck / Nipperdey*, Lehrbuch Bd. I, 7. Auflage, S. 418; ähnlich *Böttcher*, Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer