

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Begriff: Ermessen
3. Abgrenzung: freies Ermessen/Belieben
4. Der Grundsatz der Billigkeit
5. Diskriminierungsverbote aus dem AGG
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Abwägungskriterien - 1
 - 6.2 Abwägungskriterien - 2
 - 6.3 Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz
 - 6.4 Altersteilzeit
 - 6.5 Begriff
 - 6.6 "Bestandskraft"
 - 6.7 Betriebliches Eingliederungsmanagement
 - 6.8 Betriebsvereinbarung
 - 6.9 Beurteilungsspielraum
 - 6.10 Eingeschränkte Überprüfbarkeit
 - 6.11 Gerichtliche Kontrolle - 1
 - 6.12 Gerichtliche Kontrolle - 2
 - 6.13 Gesundheitliche Einschränkungen
 - 6.14 Interessenabwägung - 1
 - 6.15 Interessenabwägung - 2
 - 6.16 Klassenfahrt
 - 6.17 Spielraum - 1
 - 6.18 Spielraum - 2
 - 6.19 Spielraum - 3
 - 6.20 Spielraum - 4
 - 6.21 Tarifentgelt
 - 6.22 Übertragene Tätigkeit - 1
 - 6.23 Übertragene Tätigkeit - 2
 - 6.24 Übertragene Tätigkeit - 3
 - 6.25 Unwirksamkeitsfolgen
 - 6.26 Versorgungszusage

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss sein **Direktionsrecht** nach § 106 Satz 1 GewO im Wege billigen Ermessens **ausüben**. Die Entscheidung des Arbeitgebers ist nicht frei. Das Gesetz schreibt ihm einen verbindlichen **Maßstab** vor. Und daran sind die Rechtsfolgen für den Fall festgemacht, dass die Ausübung des Direktionsrechts eben nicht billigem Ermessen entspricht (s. dazu Direktionsrecht - Rechtsschutz).

2. Begriff: Ermessen

Der Begriff Ermessen lässt sich am besten über einen **Entscheidungsspielraum** erklären. Der, der das Ermessen hat oder dem das Ermessen zusteht, kann aus den vorhandenen **Möglichkeiten** auswählen und sich dann für eine oder mehrere davon entscheiden. Wer Ermessen ausübt, darf entscheiden,

- **ob** und
- **wie**

er handelt. Die Ausübung von Ermessen kann also auch ein **Unterlassen** sein. Ermessen ist ein **rechtlich bindendes Wählen** aus einer Vielzahl von Entscheidungsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber kann im Rahmen seiner Entscheidungsmöglichkeiten nach § 106 Satz 1 GewO Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung seiner Mitarbeiter bestimmen (s. dazu Direktionsrecht - Inhalt) - und auch die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer in seinem Betrieb (dazu: Direktionsrecht - Ordnung und Verhalten).

3. Abgrenzung: freies Ermessen/Belieben

Das billige Ermessen ist vom

- freien Ermessen oder
- freien Belieben

zu **unterscheiden**. Freies Ermessen und Belieben verführen schnell zur **Willkür**. Das ist gerade im Arbeitsrecht - das doch allgemein als **Arbeitnehmerschutzrecht** verstanden wird - problematisch. Willkür ist kein rechtsverbindlicher Bestimmungsmaßstab. Während § 315 Abs. 1 BGB auch **andere Bestimmungsmaßstäbe** zulässt und das billige Ermessen nur *"im Zweifel"* den Maßstab vorgibt, setzt § 106 Satz 1 GewO dieses billige Ermessen für das Direktionsrecht des Arbeitgebers ganz klar verbindlich fest.

Wirklich frei sind aber auch das freie Ermessen und das freie Belieben nicht. So steht beispielsweise in § 241 Abs. 2 BGB: *"Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten."* Eine **offensichtlich unbillige, rechtsmissbräuchliche oder rechtswidrige Regelung** ist auch bei freiem Ermessen/Belieben nicht wirksam.

4. Der Grundsatz der Billigkeit

Billigkeit hat nichts mit *"billig"* im Sinn von *"günstig"* oder *"minderwertig"* zu tun. Das ZEIT-Lexikon definiert "Billigkeit" als *"die Beurteilung eines Rechtsfalls nach dem natürl. Gerechtigkeitsempfinden, in Ergänzung des geschriebenen Rechts, um Härten zu mildern"*. Der **Maßstab** der Billigkeit soll gewährleisten, dass die Rechte des Vertragspartners, der kein Bestimmungsrecht hat und deswegen in der schwächeren Position ist, ausreichend gewahrt bleiben. Der **Schutzgedanke** der Billigkeit dient zusammen mit § 242 BGB auf vielen Gebieten der Verhinderung von Machtmissbrauch.

Für die Billigkeitskontrolle gilt ein **objektiver Maßstab** (BAG, 10.05.2005 - 9 AZR 294/04). Es sind alle Umstände zu berücksichtigen, die zu dem **Zeitpunkt** vorlagen, zu dem der Arbeitgeber seine Ermessensentscheidung zu treffen hatte (BAG, 10.05.2005 - 9 AZR 294/04). Der Arbeitgeber wahrt billiges Ermessen, wenn er die wesentlichen **Umstände des Einzelfalls** und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt (BAG, 13.03.2003, 6 AZR 557/01 ; BAG, 03.12.2002 - 9 AZR 457/01). Die Sachentscheidung ist im Instanzenzug wegen der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls vorrangig den Tatsachengerichten vorbehalten (BAG, 03.12.2002 - 9 AZR 457/01). Eine **Entscheidung** des Revisionsgerichts ist geboten, wenn vom LAG die Tatsachen, die ein bestimmtes Ergebnis rechtfertigen sollten, festgestellt worden sind und danach nur eine zustimmende Entscheidung dem Maßstab der Billigkeit gerecht wird (BAG, 03.12.2002 - 9 AZR 457/01).

Die Billigkeitskontrolle umfasst auch die Prüfung, ob die Maßnahmen des Arbeitgebers dem arbeitsrechtlichen **Gleichbehandlungsgrundsatz** entsprechen - er soll nämlich sicherstellen, dass alle Arbeitnehmer gleichermaßen nach Recht und Billigkeit behandelt werden (BAG, 22.07.2004 - 8 AZR 352/03). Zudem wird die Billigkeit inhaltlich durch die **Grundrechte** bestimmt (BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 472/01). Der Ausgleich zwischen Grundrechten des Arbeitgebers mit kollidierenden Grundrechten des Arbeitnehmers erfolgt im Rahmen einer grundrechtskonformen Anpassung beider Rechtspositionen: **praktische Konkordanz** - bei der

die kollidierenden Grundrechte in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen sind, dass die geschützten Rechtspositionen für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 472/01 - mit Hinweis auf BVerfG, 19.10.1993 - 1 BvR 1044/89). Bei der Ermessensausübung sind zudem vom Arbeitgeber geweckte **Vorstellungen und Erwartungen** zu berücksichtigen (BAG, 19.07.2005 - 3 AZR 472/04). Der Arbeitgeber darf nicht einseitig allein auf seine Bedürfnisse abstellen.

5. Diskriminierungsverbote aus dem AGG

§ 1 AGG verbietet eine **Ungleichbehandlung** von Menschen wegen

- ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft,
- ihres Geschlechts,
- ihrer Religion oder Weltanschauung,
- ihrer Behinderung,
- ihres Alters oder
- ihrer sexuellen Identität.

Das **Benachteiligungsverbot** des § 1 AGG gilt nach § 2 Abs. 1 AGG auch für Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Die §§ 6 ff. AGG sehen sogar besondere Bestimmungen für die **diskriminierungsfreie Behandlung** von Beschäftigten vor. Neben der allgemeinen Regelung in § 5 AGG zeigen die §§ 8 , 9 und 10 AGG , dass eine **Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen** durchaus gerechtfertigt sein kann.

Da auch die Ausübung des Direktionsrecht als Maßnahme des Arbeitgebers AGG -widrig sein kann, sollte sich die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ausübung des Direktionsrecht immer auch an den AGG -Vorgaben orientieren.

6. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle sind **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Direktionsrecht - billiges Ermessen hinterlegt:

6.1 Abwägungskriterien - 1

"Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO , § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen **Wertentscheidungen**, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind **alle Umstände des Einzelfalls** einzubeziehen. Hierzu gehören die Vorteile aus der Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche **Vor- und Nachteile**, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltspflichten" (BAG, 10.12.2014 - 10 AZR 63/14 - zur Arbeitszeiteinteilung Tages-/Nachtschicht ; Abwägungskriterien bestätigt durch BAG, 24.10.2018 - 10 AZR 19/18).

6.2 Abwägungskriterien - 2

§ 11 TVöD-B sieht in Absatz 1 lit. a) vor: "Mit Beschäftigten soll auf Antrag eine **geringere als die vertraglich festgelegte Arbeitszeit** vereinbart werden, wenn sie a) mindestens ein **Kind unter 18 Jahren** ... tatsächlich betreuen oder pflegen und dringende dienstliche bzw. betriebliche Belange nicht entgegenstehen. Die Teilzeitbeschäftigung nach Satz 1 ist auf Antrag auf bis zu fünf Jahre zu befristen. Sie kann verlängert werden; der Antrag ist spätestens sechs Monate vor Ablauf der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung zu stellen. Bei der Gestaltung der Arbeitszeit hat der Arbeitgeber im Rahmen der dienstlichen bzw. betrieblichen Möglichkeiten der besonderen persönlichen **Situation der/des Beschäftigten** nach Satz 1 Rechnung zu tragen."

§ 11 TVöD-B gibt den von ihm erfassten Arbeitnehmern **keinen Anspruch auf eine bestimmte Arbeitszeit** oder Arbeitszeitverteilung. § 11 Abs. 1 Satz 4 TVöD-B lässt dem Arbeitgeber sein **Direktionsrecht**, das er nach billigem Ermessen ausüben muss. "Die billigem Ermessen entsprechende Leistungsbestimmung durch

den Arbeitgeber verlangt nach ständiger Rechtsprechung eine **Abwägung der wechselseitigen Interessen** nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen ... [es folgen Hinweise auf BAG 31.07.2014 - 6 AZR 822/12 und BAG, 10.07.2013 - 10 AZR 915/12] . Diese allgemeinen Grundsätze ergänzt § 11 Abs. 1 Satz 4 TVöD-B hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit, indem die Vorschrift von dem Arbeitgeber verlangt, die persönliche Betreuungs- bzw. Pflegesituation des Beschäftigten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten als einen besonderen Gesichtspunkt zu berücksichtigen" (BAG, 16.12.2014 - 9 AZR 915/13) .

6.3 Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gibt dem Arbeitgeber nach ständiger BAG-Rechtsprechung auf, sich **in gleicher Lage** befindende Mitarbeiter oder Gruppen von Mitarbeitern gleichzubehandeln. Er darf weder einzelne Arbeitnehmer in der Gruppe Vergleichbarer schlechterstellen noch darf er eine sachfremde Gruppe bilden (s. dazu BAG, 19.02.2002 - 1 AZR 342/01). Der Arbeitgeber ist zum einen an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden, wenn er einseitig allgemeine Anspruchsvoraussetzungen für eine Leistung festlegt. Zum anderen muss er sich aber auch dann an den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz halten, wenn er allgemeine Anspruchsvoraussetzungen arbeitsvertraglich vereinbart. "In beiden Fällen **begrenzt** der Grundsatz um den Schutz des Arbeitnehmers willen die **Gestaltungsmacht des Arbeitgebers**" (BAG, 20.03.2018 - 1 ABR 15/17 - mit Hinweis auf BAG, 21.05.2014 - 4 AZR 50/13).

6.4 Altersteilzeit

Erlaubt ein Tarifvertrag dem Arbeitgeber, über die Ablehnung eines Antrags auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses nach billigem Ermessen zu entscheiden, genügt für eine **Ablehnung** des Antrags jeder sachliche Grund, der sich auf den Übergang zur Altersteilzeit bezieht - und das kann auch ein finanzieller Grund sein (BAG, 10.05.2005 - 9 AZR 294/04).

6.5 Begriff

Auch wenn diese Entscheidung die Bestimmung eines Leistungsbonus betrifft, ihre Definition **von billigem Ermessen** ist durchaus verallgemeinerungsfähig: *"Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn **die wesentlichen Umstände des Falls** abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind* [es folgt ein Hinweis auf BAG, 12.10.2011 - 10 AZR 746/10 u.a.]. *Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat* [es folgt ein Hinweis auf BAG, 10.05.2005 - 9 AZR 292/04]. *Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht, hat der Bestimmungsberechtigte zu tragen* [es folgt ein Hinweis auf BAG, 14.07.2010 - 10 AZR 182/09 u.a.]. *Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen"* (BAG, 20.03.2013 - 10 AZR 8/12).

6.6 "Bestandskraft"

Die **Arbeitspflicht des Arbeitnehmers** wird in puncto Inhalt, Ort und Zeit der zu leistenden Arbeit vom Arbeitgeber durch Ausübung seines Weisungsrechts nach § 106 GewO konkretisiert, wenn sie im Arbeitsvertrag zwar vom Umfang her, ansonsten aber **nur rahmenmäßig beschrieben** ist (s. dazu BAG, 21.03.2018 – 10 AZR 560/16 – und BAG, 18.10.2017 – 10 AZR 330/16). Dabei hat die einmal wirksam erteilte Arbeitgeberweisung so lange Bestand, bis sie durch eine andere – ebenfalls wirksame – Weisung des Arbeitgebers ersetzt wird. Das heißt, der "Arbeitnehmer kann (und muss) seine Arbeitsleistung so erbringen, wie sie durch die letzte wirksame Weisung konkretisiert wurde." Der Arbeitgeber hat mit seinem Direktionsrecht die Möglichkeit, seinem Mitarbeiter **jederzeit eine neue Weisung** zu erteilen – wobei die neue Weisung dann nur für die Zukunft wirkt. Zudem ist die Weisung des Arbeitgebers gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht (BAG, 15.06.2021 – 9 AZR 217/20 – mit Hinweis auf BAG, 21.03.2018 – 10 AZR 560/16 – und BAG, 18.10.2017 – 10 AZR 330/16).

6.7 Betriebliches Eingliederungsmanagement

Will der Arbeitgeber einen Mitarbeiter versetzen, ist die **vorherige Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements** nach § 84 Abs. 2 SGB IX **keine Voraussetzung** für diese Versetzung . Das gilt auch in Fällen, in denen die Versetzung (hier: von der Nacht- in die Wechselschicht) aus Gründen erfolgt, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Entscheidend ist, ob die Arbeitgebermaßnahme insgesamt billigem Ermessen i.S.v. § 106 Satz 1 GewO und § 315 Abs. 1 BGB entspricht. Bei der **Prüfung des billigen Ermessens** sind alle Einzelfallumstände zu berücksichtigen (BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 47/17 - unter Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz (LAG Baden-Württemberg, 22.11.2016 - 15 Sa 76/15), weil das Landesarbeitsgericht zu dem Umständen des Einzelfalls keine hinreichenden Feststellungen getroffen hatte).

6.8 Betriebsvereinbarung

§ 315 Abs. 1 BGB sagt: "Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist." Das **Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers** kann sogar via Betriebsvereinbarung geregelt werden. Aber: "Räumen die Betriebsparteien in einer Betriebsvereinbarung dem Arbeitgeber ein Leistungsbestimmungsrecht iSv. § 315 BGB bei der **Festsetzung eines Faktors** zur Berechnung eines Bonus für die Arbeitnehmer ein, kann der Betriebsrat im Wege seines Durchführungsanspruchs nach § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht vom Arbeitgeber verlangen, eine Ausübung der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen. § 315 Abs. 1 BGB gestaltet **nur das individualrechtliche Schuldverhältnis** der Arbeitsvertragsparteien" (BAG, 23.02.2021 - 1 ABR 12/20 - Leitsätze).

6.9 Beurteilungsspielraum

Das Gesetz verwendet den Begriff "billiges Ermessen" in § 106 Satz 1 GewO und § 315 BGB als einen **"unbestimmten Rechtsbegriff"**. Die Tatsachengerichte haben bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum - auch bei der **Kontrolle der Ausübung des Direktionsrechts** (s. dazu BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 330/16). Das Revisionsgericht kann den Beurteilungsspielraum des Tatsachengerichts daher nur darauf untersuchen, "ob das Berufungsgericht den **Rechtsbegriff selbst verkannt** hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist" (BAG, 24.10.2018 - 10 AZR 19/18 - mit Hinweis auf BAG, 24.05.2018 - 6 AZR 116/17).

6.10 Eingeschränkte Überprüfbarkeit

Der Begriff "billiges Ermessen" zählt zu den "weiten unbestimmten Rechtsbegriffen". Dabei weist das nach § 106 GewO zu berücksichtigende "billige Ermessen" gegenüber der **Leistungsbestimmung** nach billigem Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB keine prinzipiellen Besonderheiten auf (s. dazu BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 330/16). So überprüft der BGH tatrichterliche Ausführungen **in puncto Anwendung** des § 315 BGB in ständiger Rechtsprechung **bloß eingeschränkt** (s. dazu BGH, 17.05.2017 - VIII ZR 245/15 , aber auch BAG, 30.10. 2001 - 9 AZR 426/00). "Soweit der Senat in der Vergangenheit angenommen hat, eine Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB sei unbeschränkt überprüfbar" (so: BAG, 10.05.1995 - 10 AZR 794/94 - und BAG, 02.12.1992 - 10 AZR 303/91), "hält er daran nicht länger fest" (BAG, 24.10.2018 - 10 AZR 285/16) .

6.11 Gerichtliche Kontrolle - 1

"Ob eine **einseitige Leistungsfestsetzung** der Billigkeit entspricht, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB . [Die] .. Sachentscheidung ist wegen der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls vorrangig den Tatsachengerichten vorbehalten" (s. dazu BAG, 19.03.2014 - 10 AZR 622/13). "Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Einhaltung dieser Grenzen hat der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem er die Ermessensentscheidung zu treffen hat" (BAG, 23.08.2017 - 10 AZR 376/16 - mit Hinweis auf BAG, 03.08.2016 - 10 AZR 710/14 ; bestätigt durch BAG, 24.10.2018 - 10 AZR 285/16).

6.12 Gerichtliche Kontrolle - 2

Es ist nach § 106 Satz 1 GewO , § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB Aufgabe des Gerichts, zu prüfen, "ob der Arbeitgeber als Gläubiger die **Grenzen** seines Bestimmungsrechts beachtet hat." Die vom Bestimmungsberechtigten angestellten **Erwägungen** sind bei dieser Prüfung eher unbeachtlich. Es kommt vielmehr darauf an, "ob das **Ergebnis der getroffenen Entscheidung** den gesetzlichen Anforderungen genügt. Dabei trägt der Bestimmungsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der Grenzen des Ermessens. "Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hatte" (BAG, 24.10.2019 - 10 AZR 19/18 - mit Hinweis auf BAG, 24.05.2018 - 6 AZR 116/17 - und BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 330/16).

6.13 Gesundheitliche Einschränkungen

Bei der **Ermessensausübung** muss der Arbeitgeber zum einen auf die Behinderung des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen (§ 106 Satz 3 GewO), zum anderen aber auch auf dessen krankheitsbedingte Einschränkungen der **Leistungsfähigkeit**. Er muss dabei keinen leidensgerechten Arbeitsplatz erst schaffen. Wie der Arbeitgeber seinen Betrieb und die anfallende Arbeit organisiert und welche Arbeitsplätze er dazu einrichtet, kann er unternehmerisch selbst entscheiden . Er hat die **Planungshoheit** - bei der sein Betriebsrat im Rahmen des § 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG mitzuwirken hat.

Die Planung der Arbeitsplätze ist nicht **Aufgabe der Arbeitsgerichte**. Sie "haben die planerischen Erwägungen des Arbeitgebers zu respektieren und nicht (...) durch eigene Organisationsvorstellungen zu ersetzen. Auch kündigungrechtlich ist der Arbeitgeber als milderes Mittel gegenüber der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ggf. zur **Umgestaltung des Arbeitsplatzes** oder zur Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, durch Umsetzung 'freizumachenden' Arbeitsplatz" gehalten (s. dazu BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 565/14 - und BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12). Der Arbeitgeber ist dagegen nach § 241 Abs. 2 BGB "**nicht .. zur Schaffung** eines eigens auf den eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer zugeschnittenen Arbeitsplatzes" verpflichtet (BAG, 28.06.2017 - 5 AZR 263/16).

6.14 Interessenabwägung - 1

"Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO , § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen **Wertentscheidungen**, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit." Der Arbeitgeber (und nachfolgend das Arbeitsgericht, Anm. d. Verf.) muss bei der Interessenabwägung **alle Umstände des Einzelfalls** einbeziehen (s. dazu BAG, 28.08.2013 - 10 AZR 569/12). Für den Fall, das die Weisung auf einer unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers beruht, kommt dieser Entscheidung ein besonderes Gewicht zu. Das Arbeitsgericht ist aber nicht dazu da, **das unternehmerische Konzept** auf seine Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Ein Arbeitsgericht darf daher von einem Arbeitgeber nicht verlangen, "von ihm nicht gewollte Organisationsentscheidungen zu treffen" (BAG, 30.11.2016 - 10 AZR 11/16 - s. dazu auch das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Unternehmerentscheidung ; Grundsätze der Interessenabwägung bestätigt durch BAG, 24.10.2018 - 10 AZR 19/18).

6.15 Interessenabwägung - 2

Die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigende unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers führt nicht dazu, "dass die Abwägung mit Interessen des Arbeitnehmers von vornherein ausgeschlossen wäre und sich die **Belange des Arbeitnehmers** nur in dem vom Arbeitgeber durch die unternehmerische Entscheidung gesetzten Rahmen durchsetzen könnten." Die Unternehmerentscheidung ist zwar ein "wichtiger, aber nicht der alleinige Abwägungsgesichtspunkt." "Im Einzelfall können besonders schwerwiegende, insbesondere verfassungsrechtlich geschützte Belange des Arbeitnehmers entgegenstehen. Es kommt darauf an, ob das **Interesse des Arbeitgebers** an der Durchsetzung seiner Organisationsentscheidung auch im Einzelfall die Weisung rechtfertigt. "Das ist der Fall, wenn die zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung die Versetzung auch angesichts der für den Arbeitnehmer entstehenden **Nachteile** nahelegt und sie nicht willkürlich oder missbräuchlich erscheinen lässt" (BAG, 30.11.2016 - 10 AZR 11/16 und Hinweis auf BAG, 28.08.2013 - 10 AZR 569/12 - und den Umstand, dass bei einer Versetzung - anders als bei einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG - **keine Sozialauswahl** stattzufinden hat).

6.16 Klassenfahrt

Ordnet der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber die Teilnahme eines teilzeitbeschäftigten Lehrers an einer ganztägigen Klassenfahrt an, entspricht diese Anordnung nur dann billigem Ermessen, wenn die **teilzeitbeschäftigte Lehrkraft** an diesem Tag wie ein vollzeitbeschäftigter Lehrer vergütet wird (BAG, 25.05.2005 - 5 AZR 566/04).

6.17 Spielraum - 1

Hat der Arbeitgeber nach § 315 Abs. 1 BGB ein **Bestimmungsrecht**, hat er für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung einen nach billigem Ermessen auszufüllenden Spielraum. Bei der Ausfüllung dieses Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten **mehrere Entscheidungsmöglichkeiten** zur Verfügung stehen. Bei Überprüfung der getroffenen Auswahl kann das Arbeitsgericht nur darauf abstellen, ob der Arbeitgeber als Gläubiger der Leistung Arbeit die Grenzen seines Direktionsrechts eingehalten hat. *"Die personelle Auswahlentscheidung bei einer Versetzung entspricht nicht billigem Ermessen i.S.v. § 106 GewO , § 315 BGB , wenn der Arbeitgeber nur Beschäftigte in die Auswahl einbezieht, deren Arbeitsverhältnisse zunächst befristet waren und erst später entfristet wurden"* (BAG, 10.07.2013 - 10 AZR 915/12).

6.18 Spielraum - 2

Der Inhaber des Direktionsrechts nach § 106 GewO , § 315 Abs. 1 BGB hat auch bei einer Versetzung "für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung .. [einen] - hier auf **betriebliche Gründe** .. [beschränkten] - nach billigem Ermessen .. [auszufüllenden] Spielraum." Dabei kann der Bestimmungsberechtigte im Rahmen dieses Spielraums durchaus **mehrere Entscheidungsmöglichkeiten** haben. "Dem Gericht obliegt nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB die **Prüfung**, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Bestimmungsrechts beachtet hat" (s. dazu BAG, 13.11.2013 - 10 AZR 1082/12 - und BGH, 18.10.2007 - III ZR 277/06). Es kommt dabei nicht darauf an, welche Erwägungen der Arbeitgeber angestellt hat, sondern "ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt" (BAG, 30.11.2016 - 10 AZR 11/16) .

6.19 Spielraum - 3

Die Anforderungen an ein billiges Ermessen sind bei einer Leistungsbestimmung erfüllt, "wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und **die beiderseitigen Interessen** angemessen berücksichtigt worden sind." Zugrunde zu legen ist der Zeitpunkt, in dem der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber seine Ermessensentscheidung zu treffen hat. Der Bestimmungsberechtigte trägt die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die von ihm vorgenommene Bestimmung der Leistung der Billigkeit entspricht. Dabei hat der Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB einen nach billigem Ermessen auszufüllenden Spielraum, in dem ihm durchaus **mehrere Entscheidungsmöglichkeiten** eröffnet sind (BAG, 24.10.2018 - 10 AZR 285/16 - mit Hinweis auf BAG, 24.05.2018 - 6 AZR 116/17 ; BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 330/16 - und BAG, 14.11.2012 - 10 AZR 783/11).

6.20 Spielraum - 4

Der vereinfachte Fall: Der 62-jährige Berufsschullehrer B wollte seinem Arbeitgeber unter Berufung auf sein Lebensalter (= Corona-Risikogruppe) via einstweiliger Verfügung verbieten lassen, ihn zu **Präsenzunterricht** heranzuziehen (hier: Einzelunterricht in einem 25m² großen Raum). Die vereinfachte Lösung: Es ist auch in Corona-Zeiten **nicht Aufgabe der Gerichte**, vorab zu entscheiden, welcher Lehrer wie eingesetzt werden darf. Der Arbeitgeber hat einen Ermessensspielraum. Er kann festlegen, wie er den **Gefahren der Corona-Pandemie** – etwa durch Einhalten eines ausreichenden Sicherheitsabstands – begegnet (ArbG Mainz, 08.06.2020 – 4 Ga 10/20).

6.21 Tarifentgelt

Hat der Arbeitgeber bei der Weisung, eine andere Tätigkeit auszuüben, die Grenzen billigen Ermessens nicht gewahrt, ist seine **Weisung** unwirksam. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall keinen Anspruch auf eine Vergütung nach einer anderen Entgeltgruppe (BAG, 12.10.2005 - 10 AZR 605/04 - hier: Einsatz eines

Croupiers als Tischchef in einer Spielbank).

6.22 Übertragene Tätigkeit - 1

Ist der Arbeitgeber beim Widerruf der Übertragung der Tätigkeit als Solomusiker in einem Orchester von der Bindung seines Widerrufsrechts an billiges Ermessen freigestellt, hat er das **Recht zum freien Widerruf** - der allerdings nicht rechtsmissbräuchlich erfolgen darf (BAG, 09.02.2005 - 5 AZR 209/04).

6.23 Übertragene Tätigkeit - 2

Der Arbeitgeber muss **auch bei der vorübergehenden Übertragung** einer höherwertigen Tätigkeit bei der Ausübung seines Direktionsrechts die Grundsätze des billigen Ermessens einhalten. Dabei ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob es billigem Ermessen entspricht, dem Mitarbeiter die **anders bewertete Tätigkeit** überhaupt, wenn auch nur vorübergehend, zu übertragen. Im zweiten Schritt ist, *"wenn die Übertragung von Anfang an oder auch erst nach einer bestimmten Zeit mit einer höheren Vergütung oder einer vorübergehend gewährten Zulage verbunden ist, zu prüfen, ob es billigem Ermessen entspricht, diese Tätigkeit nur vorübergehend zu übertragen"*. Der Grundsatz billigen Ermessen ist gewahrt, wenn die vorübergehend übertragene **Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber** ausgeübt werden soll (BAG, 18.04.2012 - 10 AZR 134/11).

6.24 Übertragene Tätigkeit - 3

Wenn ein Arbeitnehmer die Billigkeit einer nur vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit im Sinne tarifvertraglicher Regelungen mit einer Klage angreift, will er damit in der Regel "die bloße **Kassation des Merkmals 'vorübergehend'**" erreichen. Die Folge dieser Kassation: Die höherwertige Tätigkeit gilt als **von Anfang an als dauerhaft** übertragen. So lässt es sich aus dem "Grundsatz der Tarifautomatik und dem Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen dauerhafter und vorübergehender Tätigkeitsübertragung" herleiten. Der unbestimmte Rechtsbegriff "billiges Ermessen" lässt sich revisionsrichterlich nur darauf **überprüfen**, "ob das Tatsachengericht ihn rechtsfehlerfrei angewandt hat und ob die Abwägung der Besonderheiten des Einzelfalls vollständig, ohne inneren Widerspruch und frei von Verstößen gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze erfolgt ist" (BAG, 27.01.2016 - 4 AZR 468/14 - mit Hinweis auf BAG, 18.04.2012 - 10 AZR 134/11 und BAG, 04.07.2012 - 4 AZR 759/10).

6.25 Unwirksamkeitsfolgen

Der Fünfte BAG-Senat vertrat bisher die Auffassung, dass ein Arbeitnehmer eine Weisung des Arbeitgebers, die nicht billigem Ermessen entspricht, trotzdem **so lange - vorläufig - befolgen** müsse, wie die Unbilligkeit nicht **gerichtlich festgestellt** ist (BAG, 22.02.2012 - 5 AZR 249/11) . Der Zehnte Senat des BAG sieht das anders. Er meint, ein Arbeitnehmer brauche einer unbillig vorgenommenen Versetzung **von Anfang an nicht nachzukommen** - selbst dann, wenn keine dementsprechende rechtskräftige arbeitsgerichtliche Entscheidung vorliegt. Der Zehnte Senat dem Fünften daher die Frage vorgelegt, ob er zukünftig an seiner Rechtsauffassung festhalten möchte (BAG, 14.06.2017 - 10 AZR 330/16). Der 5. Senat hat daraufhin Mitte September 2017 mitgeteilt, dass er an seiner bisherigen Rechtsauffassung nicht mehr festhalte (BAG, 14.09.2017 - 5 AS 7/17) .

6.26 Versorgungszusage

Die Versorgungszusage der Arbeitgebers, eine **Anpassung** des Pensionshöchstbetrags im Rahmen der wirtschaftlichen Möglichkeiten an die Gehaltsentwicklung vorzunehmen, ist eine Blankettzusage, deren Ausgestaltung im Einzelnen nach billigem Ermessen zu erfolgen hat (BAG, 19.07.2005 - 3 AZR 472/04).