

Preis, Ulrich; Schwarz, Katharina

Book

Dienstreisen als Rechtsproblem

HSI-Schriftenreihe, No. 31

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Preis, Ulrich; Schwarz, Katharina (2020) : Dienstreisen als Rechtsproblem, HSI-Schriftenreihe, No. 31, ISBN 978-3-7663-7031-0, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303107>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HSI-Schriftenreihe

Band 31



Ulrich Preis • Katharina Schwarz

Dienstreisen als Rechtsproblem

Ulrich Preis / Katharina Schwarz

Dienstreisen als Rechtsproblem

HSI-Schriftenreihe
Band 31

Ulrich Preis / Katharina Schwarz

Dienstreisen als Rechtsproblem

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2020 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2020

ISBN 978-3-7663-7031-0

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

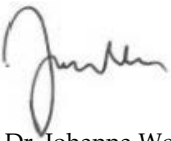
www.bund-verlag.de

Vorwort

In der globalisierten Arbeitswelt sind Dienstreisen – auch ins Ausland – für viele Beschäftigte Alltag geworden. Damit stellen sich in der Praxis viele rechtliche Fragen: Was gilt als Arbeitszeit – auch jenseits der Landesgrenzen? Wie ist Arbeitszeit zu vergüten? Welche betriebsverfassungsrechtlichen und tarifpolitischen Möglichkeiten bestehen zur Gestaltung der Rahmenbedingungen von Dienstreisen? Die Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und Europäischem Gerichtshof ist weder leicht nachvollziehbar noch einheitlich.

Der vorliegende Band bietet einen praxistauglichen Beitrag zur Klärung der genannten Fragen. Hierfür ist insbesondere der Vorschlag eines einheitlichen arbeitsrechtlichen Arbeitszeitbegriffs hilfreich. Hiernach ist Dienstreisezeit in jedem Regelungskontext als Arbeitszeit zu werten. Für die daraus entstehenden Fragen u. a. zur Wahrung der Höchstarbeitszeiten und zur Vergütung werden Lösungen angeboten, die gleichermaßen rechtlich stimmig und praktisch handhabbar sind. Eine hilfreiche Handreichung für die praktische Arbeit sind die im Anhang enthaltenen Mustertexte.

Wir wünschen eine gewinnbringende Lektüre.



Dr. Johanna Wenckebach
Leiterin des HSI



Prof. Dr. Marlene Schmidt
Leiterin des HSI

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
A. Einleitung	13
I. Anlass der Untersuchung	13
II. Unklarheiten und Widersprüche in der Rechtsprechung	14
B. Dienstreise(zeit)	18
I. Der Begriff der Dienstreise(zeit)	18
II. Dienstreisezeit als Arbeitszeit	19
1. Jüngere Entwicklungen in der Rechtsprechung.....	20
a) Der Arbeitszeitbegriff aus unionsrechtlicher Perspektive	20
(1) Merkmale der Arbeitszeit im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG.....	20
(a) Vorrang der unionsrechtlichen Interpretation arbeitszeitrechtlicher Begriffe	20
(b) Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung	21
(c) Starre zeitliche Grenze oder Qualität der Freizeit maßgeblich?	22
(d) Dienstreisezeit als Arbeitszeit im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG	24
(2) Pflicht zur Arbeitszeiterfassung	24
b) BAG bejaht Vergütungspflicht für erforderliche Reisezeiten.....	24
c) Gemeinsamkeiten und Reibungspunkte.....	25
2. Die arbeitszeitrechtliche Dimension	27
a) Räumlicher Geltungsbereich und privatrechtliche Auswirkungen des ArbZG	27
(1) Anwendung des Territorialitätsprinzips auf das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht.....	27
(2) Privatrechtliche Auswirkungen des ArbZG – Arbeitszeitrecht als Teil des Vertragsstatuts.....	28
(a) Grundsatz und Grenzen der Parteiautonomie.....	28
(b) Feststellung des objektiven Vertragsstatuts bei Dienstreisen deutscher Arbeitnehmer ins Ausland....	29

(c)	Feststellung des subjektiven Vertragsstatuts	30
(d)	Das Problem der selbstbeschränkenden Normen	31
b)	Persönlicher Geltungsbereich des ArbZG	32
c)	Legaldefinition des § 2 Abs. 1 ArbZG: Arbeitszeit als Gegenpart zur Ruhezeit	32
d)	Die Belastungsthese des BAG.....	33
(1)	Dienstreisen mit Verpflichtung zur Arbeitsleistung	33
(2)	Kein arbeitsbezogenes Tätigwerden während der Dienstreise	34
e)	Generelle Qualifikation der Dienstreisezeit als arbeitszeitrechtliche Arbeitszeit.....	37
(1)	Gesundheitsschutz als Argument für die Belastungsthese?.....	38
(a)	Belastung bereits durch die Reise als solche	38
(b)	Belastung durch Einschränkung der Freizeit.....	40
(c)	Belastung als rechtsunsicheres Kriterium.....	41
(2)	Unionsrechtswidrigkeit der Belastungsthese	42
3.	Die arbeitsvertragliche Dimension	43
a)	Anerkennung von Reisetätigkeit als Arbeit im Sinne des Arbeitsvertragsrechts	43
(1)	Reisen als immanenter Bestandteil der Hauptleistungspflicht	44
(2)	Reisen ist nicht von vornherein Bestandteil der Hauptleistungspflicht	46
b)	Differenzierung zwischen Reisetätigkeit innerhalb und außerhalb der regulären Arbeitszeit?.....	47
(1)	Unterscheidung nach Lage der Reisezeit	48
(2)	Keine Neujustierung des Verhältnisses von § 611a Abs. 2 BGB zu § 612 Abs. 1 BGB	49
(a)	Grundsätze der objektiven Vergütungserwartung von Überstunden gemäß § 612 Abs. 2 BGB	50
(b)	Die objektive Vergütungserwartung für Reisezeiten außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit	50
i.	Ansichten der Literatur	51
ii.	Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG – Rückkehr zu alten Grundsätzen	53
(c)	Begrenzung der Vergütung auf den Umfang erforderlicher Reisezeiten auch innerhalb der regulären Arbeitszeit?	56
(d)	Stellungnahme.....	57

4. Die betriebsverfassungsrechtliche Dimension.....	58
a) Räumlicher und persönlicher Geltungsbereich des BetrVG.....	58
b) Die Rechtsprechung des BAG zum Begriff der Arbeitszeit im Sinne des Betriebsverfassungsrechts.....	60
c) Qualifikation der Dienstreisezeit als betriebsverfassungsrechtliche Arbeitszeit?.....	61
5. Zwischenfazit: Erfordernis einer Angleichung der Arbeitszeitbegriffe.....	66
a) Einheitlicher Arbeitszeitbegriff	66
b) Alternative Lösungskonzepte zur Vermeidung von Arbeitszeitverstößen	68
(1) Extensive Interpretation des § 14 ArbZG?	69
(2) Umsetzung der durch Art. 17 Abs. 3 lit. a RL 2003/88/EG legitimierten Abweichungsmöglichkeit	70
C. Betriebliche Mitbestimmung bei Dienstreisezeiten.....	72
I. Bedeutung der betrieblichen Mitbestimmung.....	72
II. Abstrakte Rechte des Betriebsrats im Hinblick auf das Ordnungsverhalten, Arbeitszeit, betriebliche Lohngestaltung und Versetzung.....	74
1. Ausgewählte Mitbestimmungstatbestände in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG.....	74
a) Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).....	75
b) Lage der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG).....	77
c) Vorübergehende Änderung der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG).....	78
d) Betriebliche Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG).....	79
2. Die Versetzung im Sinne des Betriebsverfassungsrechts.....	80
a) Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs	80
b) Überschreitung der Dauer von einem Monat oder erhebliche Änderung der Arbeitsumstände	82
c) Ausnahme für üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigte Arbeitnehmer.....	83
d) Gestaltung der Mitbestimmung des Betriebsrats.....	83
(1) Auswahlrichtlinien bei Versetzungen (§ 95 BetrVG).....	83
(2) Zustimmungsverweigerungsrecht bei Versetzungen (§§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG)	84

III. Besonderheiten der Beteiligung des Betriebsrats bei	
Dienstreisezeiten	85
1. Die Anordnung der Dienstreise	85
a) Mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten oder mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten? (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).....	85
b) Die Dienstreise als betriebsverfassungsrechtliche Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG).....	86
2. Dienstreiseordnung	87
3. Finanzielle Aspekte.....	88
a) Die Vergütung von Reisezeiten.....	88
b) Ersatz von Aufwendungen im Zusammenhang mit der Dienstreise	88
(1) Aufwendungen im Zusammenhang mit der Dienstreise ..	88
(2) Zahlung von Erschwerniszulagen (Trennungsgeld)	90
c) Die Nutzung von Dienstwagen, BahnCard, Vielflieger- meilen und Co.	90
(1) Verhaltensrichtlinien für die Dienstwagennutzung	90
(2) Betriebliche Lohngestaltung – Unterscheidung zwischen dienstlicher und privater Nutzung von Dienstwagen, BahnCard und Bonusmeilen.....	91
4. Die Dienstreise als Versetzung im Sinne von §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG.....	93
IV. Einzel- und kollektivvertragliche Gestaltung von Dienstreisen und deren Grenzen	96
1. Die Anordnungsbefugnis für Dienstreisen.....	98
2. Überstundenabgeltung.....	99
a) Durch Formulararbeitsvertrag	99
b) Durch Tarifvertrag.....	103
c) Durch Betriebsvereinbarung	105
3. Regelungen zum Aufwendungsersatz – Verpflichtung zu Dienstreisen unter Abbedingung von § 670 BGB?.....	110
a) Durch Formulararbeitsvertrag	110
b) Durch Tarifvertrag.....	112
(1) Beispiele tariflich geregelter Auslösungssätze	112
(2) Verzicht auf Reisekostenerstattung bei tariflicher Verweisung	114

D. Fazit	115
E. Anhang: Musterempfehlungen	118
I. Allgemeine Vertragsbedingung.....	118
II. Regelung durch Betriebsvereinbarung	119
1. Literaturhinweis	119
2. Beispiel einer Betriebsvereinbarung	120
III. Beispiele für tarifvertragliche Regelungen.....	124
1. Beispiel 1.....	124
2. Beispiel 2.....	124
3. Beispiel 3.....	125
4. Beispiel 4.....	125
Literaturverzeichnis	127

A. Einleitung

I. Anlass der Untersuchung

Bei aller Selbstverständlichkeit, mit der tagtäglich zahlreiche Arbeitnehmer Dienstreisen durchführen,¹ überrascht es, mit welchen Unsicherheiten und Unklarheiten die Thematik der Dienstreisen in arbeitsrechtlicher Hinsicht einhergeht. So ist insbesondere unklar, ob es sich bei den damit verbundenen **Reisezeiten** überhaupt um **Arbeitszeit** handelt. Dabei erscheint es auf den ersten Blick offensichtlich, dass die Zeit, die ein Arbeitnehmer auf Weisung seines Arbeitgebers an einem von diesem bestimmten Ort – hier einem Verkehrsmittel jeglicher Art – verbringt, um ein vom Arbeitgeber vorgegebenes Ziel zu erreichen, an dem er in dessen Interesse ein Dienstgeschäft wahrzunehmen hat, jedenfalls keine Zeit ist, die der Arbeitnehmer nach seinem eigenen Gutdünken verbringen kann, die ihm gar Erholung und Freizeitgestaltung ermöglicht. Der unmittelbare Zusammenhang mit der Erbringung abhängiger Arbeit drängt sich nahezu auf.²

De facto muss für die Frage, was Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsrechts ist, eine der **Kernfragen des Arbeitsrechts** geklärt werden:

Was ist überhaupt abhängige Arbeit?

Das BAG beantwortet dies bisweilen differenzierend danach, ob es um die vergütungsrechtliche, arbeitszeitrechtliche oder betriebsverfassungsrechtliche Einordnung geht – und bietet damit die Grundlage für einige Verwirrung und Unsicherheit. Nicht nur die nationale Rechtsprechung der verschiedenen Senate des BAG steht in einigem Widerspruch zueinander, es zeigen sich außerdem erhebliche **Wertungswidersprüche zu der unionsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH**. Eine derartige Rechtsunsicherheit in Bezug auf eine Frage von so grundlegender Relevanz ist nicht tragbar. Das Phänomen der Dienstreise bietet

¹ Bei einem kontinuierlichen Anstieg seit 2009 belief sich die Anzahl der Geschäftsreisen deutscher Unternehmen im Jahr 2018 auf 189,6 Millionen, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/72112/umfrage/anzahl-der-geschaeftsreisen-seit-2004/> (zuletzt abgerufen am 10.7.2019).

² Jedenfalls für den Fall, dass über Reisetätigkeit hinausgehende Arbeitsanweisung fehlt wohl a.A.: *Tietje*, Grundfragen, S. 110.

sich an, näher zu untersuchen, was unter abhängiger Arbeit zu verstehen ist. Zugleich wird mit der Untersuchung und Beantwortung dieser Frage eine verlässliche Grundlage für die Einordnung der Dienstreisezeiten als Arbeitszeit geschaffen.

Im Folgenden werden zunächst die bestehenden Wertungswidersprüche herausgearbeitet mit dem Ziel, durch einen einheitlichen arbeitsrechtlichen Arbeitszeitbegriff diese Widersprüche zu beseitigen. Der Fokus liegt sodann auf der Thematik der betrieblichen Mitbestimmung bei Dienstreisezeiten sowie den Möglichkeiten und Grenzen einzel- und kollektivvertraglicher Gestaltung von Dienstreisen.

II. Unklarheiten und Widersprüche in der Rechtsprechung

In der nationalen Rechtsprechung und Literatur wird zwar einerseits überwiegend betont, dass zwischen den unterschiedlichen Begriffsbedeutungen von Arbeit(szeit) streng zu unterscheiden sei.³ Gleichzeitig werden die verschiedenen Begriffe jedoch durchmischt.⁴ Die der Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen von Arbeitszeit zugrundeliegende **Differenzierung** zwischen dem **unionsrechtlichen und dem nationalen Arbeitszeitbegriff** sowie innerhalb des nationalen Verständnisses zwischen dem **arbeitsschutzrechtlichen, vergütungsrechtlichen und mitbestimmungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff**, führt zu widersprüchlichen Antworten in den jeweiligen Bereichen. Dabei entsteht der Eindruck, je nach gewünschtem Ergebnis werde das Vorliegen von Arbeitszeit mal bejaht und mal verneint. Die jeweiligen Begründungen erscheinen mitunter als inkonsistent. Die bisher eher restriktive Rechtsprechung im Hinblick auf die Anerkennung der Dienstreise als Arbeitszeit scheint nicht nur der Vermeidung finanzieller Belastungen der Arbeitgeberseite zu dienen,⁵ sondern sie ist darüber hinaus offensichtlich von der Befürchtung einer Mitbestimmungspflicht von

³ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 16; BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 26; s. nur: *Freyler*, *Mobile Office*, S. 78; vgl. *Schulze/Wannisch*, *ArbRAktuell* 2019, 453; *Stöhr/Stolzenberg*, NZA 2019, 505; *Volk*, in: *JahrB ArbR* 2018, S. 47 (48 f.); *Wank*, *RdA* 2014, 285 m.w.N.

⁴ S. z.B.: BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 Rn. 21, wonach es für die Vergütung arbeitgeberseitig veranlasster Untätigkeit als Arbeit u.a. darauf ankomme, dass diese keine Pause i.S.d. ArbZG darstellt; s.a. *Kleinebrink*, *PuR* 2017, 8, der zum Begriff der Arbeitszeit i.S.d. ArbZG auf einen Beschluss des BAG zum Mitbestimmungsrecht verweist.

⁵ Vgl. *Buschmann*, in: *Buschmann/Ulber*, *Arbeitszeit*, § 2 Rn. 49.

Maßnahmen im Kontext der Dienstreise geleitet. Diese Interessenlage rechtfertigt jedoch keine Einschränkung von Arbeitsschutz und Mitbestimmung. Überdies folgt aus der Anerkennung der Dienstreisezeit als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsschutzes, des Betriebsverfassungsrechts sowie des Arbeitsvertragsrechts keine zwingende Vergütungspflicht dieser Zeiten in voller Höhe.⁶

Selbst unter Zugrundelegung einer entsprechenden Differenzierung fällt die Subsumtion von Dienstreisezeiten unter das jeweilige Verständnis von Arbeitszeit alles andere als schwer. Hierzu im Überblick:

- In **arbeitszeitrechtlicher** Hinsicht genügt, selbst unter Aufrechterhaltung der (unionsrechtswidrigen) Belastungsthese des BAG, der Hinweis, dass eine unfreiwillige Reise in einem beliebigen Verkehrsmittel keinerlei Erholungswert mit sich bringt, sondern der Gesundheit eher noch abträglich ist. Allein die Freizeitbeschränkung als solche ist belastend.⁷
- **Vergütungsrechtlich** ist darauf zu verweisen, dass der Arbeitnehmer mit der An- und Abreise zu einem vom Arbeitgeber vorgegebenen Ort, an dem ein Dienstgeschäft vorzunehmen ist, eine Tätigkeit auf Weisung und im Interesse des Arbeitgebers vornimmt, eine Vergütung hierfür darf auch nach inzwischen entwickelter Rechtsprechung des BAG grundsätzlich erwartet werden.⁸
- **Betriebsverfassungsrechtlich** steht für Fragen der Arbeitszeit der Schutz der Freizeit und des Privatlebens im Fokus – eine Dienstreise, die außerhalb der regulären Arbeitszeit vorgenommen wird, betrifft diese Aspekte entgegen der Auffassung des BAG in besonderem Maße.⁹ Es wird sich zeigen, dass die Argumentation des BAG, warum Dienstreisezeiten den jeweils in Betracht kommenden Mitbestimmungstatbeständen nicht unterfallen, nahezu diametral erfolgt. Die im Betriebsverfassungsrecht gewählte Definition der Arbeitszeit erfasst die im Rahmen einer Dienstreise durch den Arbeitgeber angeordnete Reisetätigkeit durchaus, anders als der 1. Senat meint.¹⁰

⁶ Jedenfalls für Anerkennung der Dienstreisezeit als arbeitsschutz- und mitbestimmungsrechtliche Arbeitszeit auch *Buschmann*, in: Buschmann/Ulber, Arbeitszeit, § 2 Rn. 49.

⁷ So auch, allerdings im Kontext der Vergütung, *StaacK/Sparchholz*, AiB 2013, 99 (101).

⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 11 ff.; diese Rspr. bestätigend: *Volk*, in: JahrB ArbR 2018, S. 47 (63).

⁹ DKKW/*Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 83, 123.

¹⁰ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28.

Ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH und des BAG offenbart die **Wertungswidersprüche** zwischen jüngeren Entscheidungen des EuGH zur Arbeitszeit im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG sowie des BAG zur Vergütungspflicht von Dienstreisezeiten einerseits und der Rechtsprechung des BAG zum Arbeitszeit- und Mitbestimmungsrecht andererseits.

- In der Rs. *Matzak* ließ es der EuGH für die Annahme von Arbeitszeit im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG ausreichen, dass ein Arbeitnehmer im Bereitschaftsdienst sich außerhalb des Betriebs an einem Ort befinden muss, der es ihm ermöglicht, sich innerhalb von acht Minuten am Arbeitsplatz einzufinden, da hierdurch objektiv die Möglichkeit des Arbeitnehmers eingeschränkt werde, sich seinen persönlichen und sozialen Interessen zu widmen.¹¹ Das Vorliegen zusätzlicher Belastungen oder Arbeitsleistungen ist nicht erforderlich, ausreichend ist die **vom Arbeitgeber veranlasste räumliche Einschränkung des Arbeitnehmers**.¹²
- Jüngst entschied das BAG zur **Vergütungspflicht von Dienstreisezeiten**, dass eine solche grundsätzlich in Höhe der für die eigentliche Tätigkeit vereinbarten Vergütung für erforderliche Reisezeiten bestehe.¹³ Hierfür kommt es nicht auf das Vorliegen zusätzlicher Belastungen oder das Erbringen zusätzlicher Leistungen an, da zu den versprochenen Diensten im Sinne des § 611 Abs. 1 BGB (jetzt: § 611a Abs. 1 BGB) nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern **jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme** gehöre, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt.¹⁴
- Im **Gegensatz** hierzu steht zunächst die Rechtsprechung des BAG im Bereich des Arbeitszeitrechts. So entschied der 9. Senat zur Frage der Einordnung von Dienstreisezeit als Arbeitszeit im Sinne des § 3 ArbZG, dass Dienstreisezeit dann keine arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit darstelle, wenn der Arbeitnehmer während der Reise keine Vollarbeit erbringen muss, da es ihm dann auch frei stehe, private Angelegenheiten zu erledigen.¹⁵ Der 9. Senat des BAG fordert für die Annahme von Arbeitszeit im Sinne des ArbZG das **Vorliegen einer zusätzlichen Belastung** und lässt es nicht ausreichen, dass der Arbeitnehmer in Form des Reisens eine synallagmatische Leistungspflicht erbringt.

¹¹ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293.

¹² EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293.

¹³ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 17.

¹⁴ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13; dies bestätigend: *Volk*, in: *JahrB ArbR* 2018, S. 47 (63).

¹⁵ BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10 Rn. 44.

- Der Vergleich mit der Rechtsprechung des BAG zum **Mitbestimmungsrecht** birgt einen ähnlichen Konflikt. Denn zur Frage der betrieblichen Mitbestimmung bei Dienstreisezeiten gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG hielt der 1. Senat zwar fest, dass Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG die Zeit sei, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich erbringen soll.¹⁶ Der Arbeitnehmer erbringe jedoch durch das Reisen im Zusammenhang mit einer **Dienstreise als solches keine Arbeitsleistung** in diesem Sinne.¹⁷ Obwohl sich das Begriffsverständnis des 1. Senats also inhaltlich mit der Definition der Arbeit des 5. Senats deckt – entscheidend ist die Erbringung einer fremdnützigen Tätigkeit – subsumiert der 1. Senat die Reisetätigkeit im Zusammenhang mit Dienstreisen nicht hierunter. Er fordert vielmehr die Erbringung einer zusätzlichen Tätigkeit auf Weisung des Arbeitgebers und lässt die Reise als solche – entgegen seiner eigenen Definition und ohne tragende Begründung – nicht genügen.¹⁸

Bereits diese inneren Widersprüche lassen erkennen, dass zwischen den verschiedenen Arbeitszeitbegriffen **künstlich differenziert** wird, was nur einheitlich betrachtet werden kann. **Abhängige Arbeit ist abhängige Arbeit** – und ob eine Tätigkeit abhängige Arbeit ist, kann sich nicht danach richten, in welchem Teilgebiet des Arbeitsrechts sich die Frage stellt. Anders wird dies bisweilen durch das BAG beurteilt:

„Die Antwort [auf die Frage, ob Reisen als solches eine Arbeitsleistung darstellt,] kann außerdem davon abhängen, ob sich die Frage unter vergütungsrechtlichen, arbeitszeitrechtlichen oder mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkten stellt.“¹⁹

¹⁶ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 27, 32.

¹⁷ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 27, 32.

¹⁸ Vgl. BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28; BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10 Rn. 44.

¹⁹ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 22.

B. Dienstreise(zeit)

I. Der Begriff der Dienstreise(zeit)

Die Begriffe der Reise- und Wegezeit werden bisweilen divers interpretiert.²⁰ Deshalb bedarf es vorab der Klarstellung, welches Begriffsverständnis dieser Abhandlung zu Grunde liegt.

Die **Wegezeit** zum vertraglich vereinbarten Arbeitsort wird grundsätzlich der Sphäre des Arbeitnehmers zugerechnet.²¹ Sie wird weder im Hinblick auf Vergütungsfragen noch arbeitszeit- und mitbestimmungsrechtlich als Arbeitszeit qualifiziert.²²

Der **Oberbegriff der Wegezeit** umfasst jedoch auch die Dauer der Hin- und Rückreise zu bzw. von einem auswärtigen Arbeitsort im Rahmen einer Dienstreise sowie den hier nicht weiter zu betrachtenden Fall des Weges der Arbeitsstelle zum Arbeitsplatz.²³

Der Begriff der Dienstreise ist **nicht legaldefiniert**. Nach dem Verständnis des BAG liegt eine Dienstreise vor, wenn der Angestellte zu einem Ort fahren muss, an dem ein Dienstgeschäft zu erledigen ist.²⁴ Nach der Definition des BAG ist zum einen eine **Verpflichtung des Arbeitnehmers** erforderlich, den Ortswechsel vorzunehmen – die Dienstreise muss also durch den Arbeitgeber veranlasst sein. Zudem muss die Reise an einen Ort führen, an dem ein Dienstgeschäft erst zu erledigen ist. Eine Dienstreise im engeren Sinne liegt somit nicht vor, wenn das Reisen als solches bereits zum Hauptleistungsinhalt des Arbeitsverhältnisses gehört, wie beispielsweise bei einem Kraftfahrer oder einem Piloten, da

²⁰ S. nur: *Baeck/Deutsch*, § 2 ArbZG Rn. 67 ff.; *Heintz*, Dienstreisezeiten, S. 9 ff.

²¹ Vgl. zur Einordnung der Wegezeit: *Baeck/Lösler*, NZA 2005, 247 (249); BeckOGK/*Maties*, BGB § 612 Rn. 57.

²² Vgl. BAG, Beschl. v. 17.11.2015 – 1 ABR 76/13, NZA 2016, 247 Rn. 33 ff.; BAG, Urt. v. 21.12.2006 – 6 AZR 341/06, AP BGB § 611 Wegezeit Nr. 10 Rn. 13; BAG, Urt. v. 26.8.1960 – 1 AZR 421/58, AP BGB § 611 Wegezeit Nr. 2; *Baeck/Lösler*, NZA 2005, 247 (249).

²³ ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 513a f.

²⁴ BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155 Rn. 13; BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216.

erforderlich ist, dass die **Reise nur Mittel zum Zweck der Erledigung des Dienstgeschäftes** ist.²⁵ Im Hinblick auf den erforderlichen Ortswechsel kommt es auf das steuerrechtliche Begriffsverständnis, das maßgeblich auf die Größe der Entfernung abstellt, für das Arbeitsrecht nicht an, da den jeweiligen Rechtsgebieten völlig verschiedene Wertungen zugrunde liegen.²⁶ Das Element der erstrebten Erledigung des Dienstgeschäftes kann so verstanden werden, dass vorausgesetzt wird, dass es sich um einen **vorübergehenden und nicht um einen dauerhaften Einsatz an einem anderen Arbeitsort** handeln muss. Eine Dienstreise lässt sich dabei typischerweise in drei Phasen untergliedern:

- (1) Hin- und Rückreise,
- (2) die Zeiten der Wahrnehmung des Dienstgeschäftes selbst und
- (3) der Aufenthalt am Ort des Dienstgeschäftes vor und nach dessen Erledigung.²⁷

Unter Dienstreisezeit wird vorliegend nicht der Zeitfaktor aller **drei Phasen der Dienstreise** verstanden, sondern nur die Zeiten der Hin- und Rückreise zum Ort des auswärtigen Dienstgeschäftes – mithin die Zeit, die für die erste Phase aufgewendet wird.²⁸

II. Dienstreisezeit als Arbeitszeit

Dringender Klärungsbedarf besteht hinsichtlich der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die so verstandene Dienstreisezeit Arbeitszeit darstellt. Hierzu wird zunächst das unionsrechtliche Verständnis dargelegt und anschließend unter Zugrundelegung der bislang vorgenommenen Differenzierung zwischen arbeitsschutzrechtlichem, arbeitsvertraglichem und betriebsverfassungsrechtlichem Arbeitszeitbegriff kritisch dargestellt, in welche Kategorie die verschiedenen Senate des BAG die Dienstreisezeit jeweils einordnen. Anschließend wird die Lösung eines einheitlichen arbeitsrechtlichen Arbeitszeitbegriffs präsentiert, der die Dienstreisezeit erfasst.

²⁵ Heintz, Dienstreisezeiten, S. 40; vgl. auch Loritz, NZA 1997, 1188 (1190).

²⁶ Vgl. Heintz, Dienstreisezeiten, S. 39; so auch Loritz, NZA 1997, 1188 (1189).

²⁷ BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10 Rn. 14.

²⁸ Vgl. Heintz, Dienstreisezeiten, S. 42.

1. Jüngere Entwicklungen in der Rechtsprechung

Sowohl auf unionsrechtlicher als auch auf nationaler Ebene kam es seit dem Jahr 2018 zu Ausweitungen der Rechtsprechung zum Aspekt der Arbeitszeit. Unionsrechtlich ist seit der Entscheidung in der Rs. *Matzak* für die Annahme von Arbeitszeit im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG nicht mehr zwingend erforderlich, dass ein Arbeitnehmer mit Bereitschaftsdienst sich am Arbeitsplatz aufhält.²⁹ Der 5. Senat des BAG bejahte eine grundsätzliche Vergütungspflicht erforderlicher Reisezeiten einer Dienstreise.³⁰

a) Der Arbeitszeitbegriff aus unionsrechtlicher Perspektive

(1) Merkmale der Arbeitszeit im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG

(a) Vorrang der unionsrechtlichen Interpretation arbeitszeitrechtlicher Begriffe

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist der Arbeitszeitbegriff ein **autonomer Begriff** des Unionsrechts, der in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise ausgelegt werden muss, sodass den **nationalen Gesetzgebern eine eigene Definition dieses Begriffs verwehrt** bleibt.³¹ Zum einen gestattet weder der Wortlaut von Art. 17 RL 2003/88/EG eine solche Abweichung von Art. 2 RL 2003/88/EG noch besteht Raum für eine weite Auslegung des Art. 17 RL 2003/88/EG.³² Darüber hinaus ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 15 RL 2003/88/EG, dass sich das darin vorgesehene Recht der Mitgliedstaaten, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen, nicht auf die Definition des Begriffs „Arbeitszeit“ in Art. 2 RL 2003/88/EG erstreckt.³³ Dies zugrunde legend, ist es systemgerecht, mit der Darstellung der Entwicklung des Arbeitszeitbegriffes im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG zu beginnen und sodann die arbeitszeitrechtliche Rechtsprechung des BAG auf ihre Konformität mit

²⁹ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293.

³⁰ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159.

³¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 34 ff.; EuGH, Urt. v. 10.9.2015 – Rs. C-266/14, EuZW 2015, 791 Rn. 27 f.; vgl. *Freyler*, EuZA 2018, 463 (467); *PS/Ulber*, § 7 Rn. 7.98 ff.

³² EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 35 ff.; **zustimmend:** *Krimphove*, ArbRAktuell 2018, 137 (138).

³³ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15 NZA 2018, 293 Rn. 44 ff.; **kritisch:** *Krimphove*, ArbRAktuell 2018, 137 (138 f.).

dem – jedenfalls für das Arbeitszeitrecht maßgeblichen – unionsrechtlichen Arbeitszeitbegriff zu prüfen.

(b) Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung

Art. 2 RL 2003/88/EG definiert Arbeitszeit als

„jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt.“

Das Unionsrecht sieht **keine Zwischenkategorien zwischen Arbeits- und Ruhezeit** vor.³⁴ Es sind unionsrechtliche Begriffe, die anhand objektiver Merkmale unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des Zwecks der RL 2003/88/EG zu bestimmen sind, der darin besteht, Mindestvorschriften zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer aufzustellen.³⁵ Kein wesentliches Merkmal des unionsrechtlichen Arbeitszeitbegriffs ist die **Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit** oder dessen Leistung, vielmehr ist die **räumliche Einschränkung** des Arbeitnehmers, der verpflichtet ist, sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten und sich zu dessen Verfügung zu halten, um gegebenenfalls sofort seine Leistungen erbringen zu können, maßgeblich.³⁶ Bis zur Entscheidung in der Rs. *Matzak* war die erforderliche räumliche Einschränkung darin zu sehen, dass der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz verfügbar sein muss, um sich dort zur Erbringung seiner beruflichen Leistungen bereitzuhalten.³⁷ Es wurde festgestellt, dass

„ein [Arbeitnehmer], der seinem Arbeitgeber an dem von diesem bestimmten Ort während der gesamten Dauer seiner Bereitschaftsdienste zur Verfügung stehen muss, im Vergleich zu einem [Arbeitnehmer], der im Rahmen der Rufbereitschaft tätig ist, während deren er nur ständig erreichbar sein muss, ohne jedoch zur Anwesenheit [am Arbeitsplatz] verpflichtet zu sein, erheblich stärkeren Einschränkungen [unterliegt], da er sich außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds

³⁴ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 55; vgl. EuGH, Urt. v. 1.12.2005 – Rs. C-14/04, NZA 2006, 89 Rn. 43 zu RL 93/2004/EG; EuGH, Urt. v. 10.9.2015 – Rs. C-266/14, EuZW 2015, 791 Rn. 22 ff.: Auslegung der Art. 1-8 RL 93/104/EG durch den EuGH ist in vollem Umfang auf Art. 1-8 RL 2003/88/EG übertragbar.

³⁵ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 58; vgl. EuGH, Urt. v. 1.12.2005 – Rs. C-14/04, NZA 2006, 89 Rn. 44 zu RL 93/2004/EG.

³⁶ EuGH, Urt. v. 1.12.2005 – Rs. C-14/04, NZA 2006, 89 Rn. 43, 48.

³⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – Rs. C-303/98, NZA 2000, 1227 Rn. 48; *Freyler*, EuZA 2018, 463 (468 f.).

aufhalten muss und über die Zeit, in der er nicht in Anspruch genommen wird, weniger frei verfügen kann.“³⁸

Ob der Arbeitnehmer in dieser Zeit tatsächlich seine berufliche Tätigkeit ausübt oder nicht und sich stattdessen in der Zeit des Wartens auf seine Inanspruchnahme ausruht oder schläft, war schon vor der Entscheidung in der Rs. *Matzak* unerheblich für die Bejahung von Arbeitszeit.³⁹ Diese Rechtsprechung wurde allerdings im Hinblick auf das Erfordernis der räumlichen Einschränkung des Arbeitnehmers erweitert. Nicht nur die Verpflichtung, persönlich an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort anwesend zu sein, sondern bereits die Einschränkung, die sich aus geografischer und zeitlicher Sicht aus dem Erfordernis ergibt, sich innerhalb von acht Minuten am Arbeitsplatz einzufinden, können objektiv die Möglichkeit eines Arbeitnehmers einschränken, sich seinen persönlichen und sozialen Interessen zu widmen.⁴⁰

„Unter diesen Umständen ist der Begriff ‚Arbeitszeit‘ in Art. 2 RL 2003/88 dahin auszulegen, dass eine Situation darunter fällt, in der ein Arbeitnehmer verpflichtet ist, die Zeit des Bereitschaftsdienstes zu Hause zu verbringen, für seinen Arbeitgeber verfügbar zu sein und sich innerhalb von acht Minuten an seinem Arbeitsplatz einfinden zu können.“⁴¹

Wesentlicher Bestandteil der **Ruhezeit** ist nach dem Verständnis des EuGH also insbesondere die **Möglichkeit zur freien Gestaltung dieser Zeit in persönlicher und sozialer Hinsicht**.

(c) Starre zeitliche Grenze oder Qualität der Freizeit maßgeblich?

Fraglich bleibt nach dieser Entscheidung, wo die zeitliche Grenze für die Annahme einer derartigen räumlichen Einschränkung des Arbeitnehmers liegt, die die Bejahung von Arbeitszeit rechtfertigt. Der EuGH nahm eine ausreichende Einschränkung für eine Zeit von acht Minuten an. Liegt also bereits dann keine hinreichende räumliche Einschränkung mehr vor, wenn der Arbeitnehmer zehn Minuten Zeit hat, um sich an seinem Arbeitsplatz einzufinden oder liegt die Grenze etwa erst bei einer Stunde oder mehr?⁴² Eine starre zeitliche Grenze ließe sich nur willkürlich festlegen. Insoweit bleibt es spannend, wie der EuGH für

³⁸ EuGH, Urt. v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02, NJW 2003, 2971 Rn. 65.

³⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02, NJW 2003, 2971 Rn. 61 ff.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 21.2.2019 – Rs. C-518/15, ZIP 2018, 651 Rn. 63.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 21.2.2019 – Rs. C-518/15, ZIP 2018, 651 Rn. 65.

⁴² Ebenfalls **kritisch** bzgl. des Abstellens auf ein Zeitfenster: *Bayreuther*, NZA 2018, 348 (349).

den Fall eines Rundfunkmitarbeiters entscheiden wird, der auf Ruf erreichbar sein und sich erforderlichenfalls innerhalb von einer Stunde am Arbeitsplatz einfinden muss.⁴³ Eine Besonderheit des Falles liegt darin, dass der Arbeitnehmer aufgrund der geografischen Gegebenheiten seine Freizeit faktisch nicht zu Hause verbringen kann und in einer Unterkunft am Ort der Arbeitserbringung wohnen muss.⁴⁴ In ihrem Schlussantrag zur Rs. *Matzak* betonte Generalanwältin *Sharpston*, dass in diesem Kontext die Qualität der verbrachten Zeit von überragender Bedeutung sei und nicht, in welchem Maß genau eine Nähe zum Arbeitsplatz verpflichtend ist.⁴⁵ Jedenfalls zu konstatieren ist, dass die Qualität der verbrachten Zeit einen mittelbaren Zusammenhang mit dem zur Verfügung stehenden Zeitfenster, sich am Arbeitsplatz einzufinden, aufweist. Sie dürfte umso geringer sein, je schneller sich der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz einfinden muss, da der Arbeitnehmer umso weniger Freiheit in der Gestaltung seiner „Freizeit“ hat, je eingeschränkter sein Bewegungsradius ist. Wenig überzeugend ist das Argument, im Rahmen einer für die Bewertung der Qualität der Freizeit vorzunehmenden Gesamtbetrachtung sei der digitale Fortschritt zu berücksichtigen, der es ermögele, vieles, was früher nur vor Ort erledigt werden konnte, heute von zu Hause erledigen zu können.⁴⁶ Dem Begriff der Freizeit ist es bereits immanent, dass eine solche erst dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer währenddessen frei ist in der Gestaltung seiner Tätigkeiten. Auch der EuGH sieht es als wesentlich an, dass der Arbeitnehmer sich während seiner Ruhezeit seinen persönlichen und sozialen Interessen widmen kann.⁴⁷ Dabei ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, seine private Lebensführung an den arbeitgeberseitigen Interessen zu orientieren.⁴⁸ Ihn unter Verweis auf technische Möglichkeiten an sein Zuhause zu fesseln, vereitelt soziale Interaktion und entmündigt den Arbeitnehmer in der Wahl einer nach seinen Bedürfnissen gestalteten Freizeit.

⁴³ Rs. C-344/19 – Vorabentscheidungsersuchen des Vrhovno sodišče Republike Slovenije (Slowenien), eingereicht am 2. Mai 2019 – D. J./Radiotelevizija Slovenija, BeckEuRS 2019, 606496.

⁴⁴ Rs. C-344/19 – Vorabentscheidungsersuchen des Vrhovno sodišče Republike Slovenije (Slowenien), eingereicht am 2. Mai 2019 – D. J./Radiotelevizija Slovenija, BeckEuRS 2019, 606496.

⁴⁵ Generalanwalt beim EuGH (*Sharpston*), Schlussantrag v. 26.7.2017 – C-518/15, BeckRS 2017, 118649 Rn. 57; **dem zustimmend:** *Bayreuther* NZA 2018, 348 (349).

⁴⁶ *Bayreuther*, NZA 2018, 348 (349).

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 21.2.2019 – Rs. C-518/15, ZIP 2018, 651 Rn. 63.

⁴⁸ ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 730 ff.

(d) Dienstreisezeit als Arbeitszeit im Sinne des Art. 2 RL 2003/88/EG

Zeiten der **Hin- und Rückreise zu einem auswärtigen Dienort auf Veranlassung des Arbeitgebers** lassen sich ohne großen Begründungsaufwand unter das unionsrechtliche Verständnis des Arbeitszeitbegriffes subsumieren, wie es in der Entscheidung zur Rs. *Matzak* weiterentwickelt wurde.⁴⁹ Der Arbeitnehmer ist für die Zeit der Reise durch geografische und zeitliche Umstände in der Wahrnehmung seiner persönlichen und sozialen Interessen objektiv sogar noch stärker einschränkt, als wenn er sich unter der Prämisse, innerhalb von acht Minuten am Arbeitsplatz erscheinen zu können, zu Hause aufhalten kann. Während der Dienstreisezeit muss er sich in einem (öffentlichen) Verkehrsmittel aufhalten, um ein vorgegebenes Ziel zu erreichen. Anders als im vom EuGH entschiedenen Fall kann er die Zeit nicht grundsätzlich zu Hause in einem seine Privatsphäre schützenden Raum verbringen. Er ist also in der Wahl seines Aufenthaltsorts absolut unfrei und dadurch in der Wahl seiner Tätigkeiten sehr viel stärker beschränkt.

(2) Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Ein deutliches Signal in Richtung einer **Verstärkung des Schutzniveaus der Arbeitnehmer** sendete auch die Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019, in der der Gerichtshof feststellte, dass die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der einen Mindeststandard schaffenden RL 2003/88/EG und des in Art. 31 Abs. 2 der Charta verankerten Grundrechts die Arbeitgeber verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.⁵⁰

b) BAG bejaht Vergütungspflicht für erforderliche Reisezeiten

Das BAG entschied am 17.10.2018, dass erforderliche Zeiten der Hin- und Rückreise zur auswärtigen Arbeitsstelle gemäß § 611 Abs. 1 BGB (jetzt: § 611a Abs. 2 BGB) als Arbeit zu vergüten seien, sofern nicht durch Arbeits- oder Tarifvertrag eine gesonderte Vergütungsregelung eingreife.⁵¹ Zu den versprochenen Diensten, an deren Leistung die gesetzliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers anknüpft, zähle nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber

⁴⁹ Vgl. *Buschmann*, in: Buschmann/Ulber, Arbeitszeit, § 2 Rn. 47.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – Rs. C-55/18, NZA 2019, 683; dazu: *Ulber*, NZA 2019, 677.

⁵¹ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 11, 17.

im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt.⁵²

„[...] Reisen, die wegen einer vorübergehenden Entsendung zur Arbeit ins Ausland erforderlich sind[,] [...] sind fremdnützig und damit jedenfalls dann Arbeit im vergütungsrechtlichen Sinn, wenn sie [...] ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers erfolgen und in untrennbarem Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung stehen.“⁵³

Für die Erforderlichkeit der Reisezeit stellte das BAG folgende Grundsätze auf:

- Bei der Vorgabe von Reisemittel und -verlauf durch den Arbeitgeber sei diejenige Reisezeit erforderlich, die der Arbeitnehmer benötigt, um entsprechend dieser Vorgaben des Arbeitgebers das Reiseziel zu erreichen.⁵⁴
- Obliegt es dem Arbeitnehmer, Reisemittel und/oder -verlauf zu wählen, sei er gemäß § 241 Abs. 2 BGB im Rahmen der Zumutbarkeit verpflichtet, das kostengünstigste Verkehrsmittel bzw. den kostengünstigsten Reiseverlauf zu wählen. Die erforderliche Zeit einer Flugreise richte sich grundsätzlich nach der Dauer eines Direktfluges in der Economy-Class.⁵⁵

c) Gemeinsamkeiten und Reibungspunkte

Die Entscheidung des 5. Senats des BAG zur Vergütung von Dienstreisezeiten liegt auf einer Linie mit der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitszeitbegriff im Sinne der RL 2003/88/EG. Zentral ist jeweils die Einschränkung des Arbeitnehmers durch eine Weisung des Arbeitgebers, die ihm ein fremdnütziges Verhalten abverlangt. Er muss sich dem Arbeitgeber zum Zweck des Reisens an einem von diesem durch seine Vorgaben bestimmten Ort aufhalten. Daraus, dass der Arbeitnehmer über das sich zur Verfügung halten oder das Reisen hinaus keine weitere arbeitsspezifische Tätigkeit erbringt, kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, er sei selbstbestimmt und frei. Er kann seine Zeit schon aufgrund der durch die arbeitgeberseitige Weisung veranlassten räumlichen Einschränkung nicht nach freiem Belieben gestalten. Dies rechtfertigt nach Rechtsprechung des EuGH und des 5. Senats die Annahme von Arbeitszeit. Sowohl nach dem einen als auch dem anderen Gericht kommt es also darauf an,

⁵² BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13.

⁵³ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 15.

⁵⁴ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 23 f.

⁵⁵ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 23 f.

dass der **Arbeitnehmer fremdbestimmt und fremdnützig auf Grundlage einer arbeitgeberseitigen Weisung handelt und eigenwirtschaftliche Tätigkeiten oder Freizeit dadurch ausgeschlossen sind** – diese Anforderungen sind **deckungsgleich mit den Definitionsmerkmalen des Arbeitnehmerbegriffs**. Diese Korrelation ist systemgerecht: Die Voraussetzungen der unselbständigen Arbeit müssen die gleichen sein wie für die Frage, ob eine Tätigkeit abhängige Arbeit darstellt oder nicht.⁵⁶

Der 5. Senat sieht in der Dienstreisezeit also Arbeitszeit.⁵⁷ Die Dienstreisezeit kann auch ohne Begründungsschwierigkeiten unter den Begriff der Arbeitszeit gemäß Art. 2 RL 2003/88/EG subsumiert werden.⁵⁸ Anders beurteilt der 9. Senat des BAG die Frage bislang im Rahmen des nationalen Arbeitszeitrechts. So führt er zum Arbeitszeitbegriff im Sinne des § 2 Abs. 1 ArbZG aus, dass für dessen Bejahung die Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistungen erforderlich sei und dass das Reisen in öffentlichen Verkehrsmitteln als solches keine Arbeitsleistung darstelle.⁵⁹

Gegensätzlich zur Rechtsprechung des BAG zum Arbeitsvertragsrecht sowie der Rechtsprechung des EuGH verhalten sich auch die Maßstäbe, die der 1. Senat im Hinblick auf die Subsumtion der Dienstreisezeiten unter den betriebsverfassungsrechtlichen Begriff von Arbeitszeit aufstellt. Der Begriff der Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sei dabei derselbe wie derjenige des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.⁶⁰

„Arbeitszeit i.S. von § 87 I Nr. 2 BetrVG ist die Zeit, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich erbringen soll. [...] Arbeitszeit i.S. von § 87 I Nr. 2 BetrVG ist deshalb die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer verpflichtet bzw. berechtigt ist, seine vertraglich geschuldete Arbeit zu leisten. [...] Bei einer Dienstreise [...] erbringt der Arbeitnehmer durch das bloße Reisen keine Arbeitsleistung. Reisen gehört regelmäßig nicht zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten, es sei denn, der betreffende Arbeitnehmer könnte [...] mangels festen Arbeitsorts seine vertraglich geschuldete Tätigkeit ohne dauernde Reisetätigkeit gar nicht erfüllen. Der Umstand, dass eine Dienstreise im Interesse des Arbeitgebers unternommen wird, macht die dafür aufgewendete Zeit nicht automatisch zu

⁵⁶ Preis, VSSAR 2019, 267 (281).

⁵⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13.

⁵⁸ S. unter B.II.1.a)(1)(d).

⁵⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10 Rn. 44 ff.

⁶⁰ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 32.

einer solchen, während derer Arbeit geleistet würde. ‚Arbeit‘ ist eine Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient [...]. Mit dem Reisen als solchem sind keine Tätigkeiten verbunden, die im Interesse des Arbeitgebers ausgeübt würden.“⁶¹

Wie sich im Folgenden zeigen wird, fordert das BAG sowohl im Bereich des Arbeitsschutz- als auch des Betriebsverfassungsrechts, dass zur Reisetätigkeit eine arbeitsspezifische Tätigkeit des Arbeitnehmers hinzutreten muss, um das Vorliegen von Arbeit und damit das Vorliegen von Arbeitszeit bejahen zu können.

2. Die arbeitszeitrechtliche Dimension

a) Räumlicher Geltungsbereich und privatrechtliche Auswirkungen des ArbZG

(1) Anwendung des Territorialitätsprinzips auf das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht

Ausgehend vom **Territorialitätsprinzip öffentlich-rechtlicher Rechtsnormen** wird von der herrschenden Meinung der Schluss gezogen, dass das ArbZG als öffentlich-rechtliches Arbeitsschutzrecht nur für solche Arbeitnehmer anwendbar ist, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik und in der ausschließlichen Wirtschaftszone beschäftigt sind.⁶² Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist dabei der Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung.⁶³ Das ArbZG gilt danach nicht unmittelbar für Arbeitnehmer, die zum Beispiel im Rahmen einer Dienstreise im Ausland beschäftigt werden.⁶⁴ Das in diesem Kontext unter Geltung der AZO ergangene Urteil des BAG betraf einen Sachverhalt, in dem einem in Saudi-Arabien beschäftigten Arbeitnehmer drakonische Strafen ohne Aussicht auf Rechtshilfe drohten, falls er die in Saudi-Arabien geltenden Bestimmungen und Anordnungen nicht einhalten

⁶¹ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 27 f.

⁶² Vgl. zu AZO: BAG, Urt. v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, NZA 1991, 386 (387); *Zmarzlik*, DB 1967, 1264; zum ArbZG: *Baeck/Deutsch*, § 18 ArbZG Rn. 13 f.; *MHdB ArbR/Koberski*, Bd. 2, § 182 Rn. 48; *Stöhr/Stolzenberg*, NZA 2019, 505 (507); *ErfK/Wank*, § 2 ArbZG Rn. 7; *Wiebauer*, EuZA 2012, 485.

⁶³ *Wiebauer*, EuZA 2012, 485 (486).

⁶⁴ Vgl. zu AZO: BAG, Urt. v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, NZA 1991, 386; zum ArbZG: *ErfK/Wank*, § 2 ArbZG Rn. 7; *Wiebauer*, EuZA 2012, 485 (489).

würde.⁶⁵ Aufgrund der atypischen Besonderheiten dieses Einzelfalles ist zweifelhaft, ob das Gericht heute erneut so entscheiden würde.

(2) Privatrechtliche Auswirkungen des ArbZG – Arbeitszeitrecht als Teil des Vertragsstatuts

Die Rechtsprechung des BAG erfährt Kritik hinsichtlich ihrer Fokussierung auf das Territorialitätsprinzip des ArbZG.⁶⁶ Trotz ihres öffentlich-rechtlichen Charakters entfalten die Normen des ArbZG privatrechtliche Wirkungen, indem zum Beispiel das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch die Regelung von Höchstarbeitszeiten begrenzt wird.⁶⁷ Daher sind sie als **Teil des Vertragsstatuts** anzuerkennen, das aufgrund des in Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO geregelten Grundsatzes der Parteiautonomie grundsätzlich frei gewählt werden kann.⁶⁸

Indes, das BAG erachtet die arbeits- oder tarifvertragliche Vereinbarung günstiger deutscher Arbeitszeitregeln als zulässig.⁶⁹ Eine solche Vereinbarung entfaltet jedoch nur privatrechtliche Wirkung und führt bei Verstoß gegen Vorgaben des ArbZG zur Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Weisung.⁷⁰

(a) Grundsatz und Grenzen der Parteiautonomie

Ausgangspunkt des internationalen Arbeitsvertragsrechts ist gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO der Grundsatz der Parteiautonomie, wonach Individualarbeitsverträge grundsätzlich dem von den Parteien gewählten Recht unterliegen.⁷¹ Keinen Beschränkungen unterliegt die subjektive Rechtswahl, soweit das Recht gewählt wird, welches dem objektiven Vertragsstatut entspricht, weil es dann zu keiner Diskrepanz mit Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom I-VO kommen kann.⁷²

⁶⁵ BAG, Urt. v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, NZA 1991, 386.

⁶⁶ *Deinert*, Internationales ArbR, § 12 Rn. 69.

⁶⁷ Vgl. *Deinert*, Internationales ArbR, § 12 Rn. 69; vgl. zu privatrechtlichen Wirkungen der öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitschutzvorschriften: MHdB ArbR/*Koberski*, Bd. 2, § 181 Rn. 16 ff.

⁶⁸ Vgl. *Deinert*, Internationales ArbR, § 12 Rn. 69; vgl. Schlachter/Heinig/*Deinert*, § 10 Rn. 3 f.; Hüßtege/Mansel/*Doehner*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 9; KMW/*Magnus*, § 9 Rn. 8; vgl. zu AZO: *Gamillscheg*, Internationales ArbR, S. 277.

⁶⁹ BAG, Urt. v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, NZA 1991, 386 (387); *Baack/Deutsch*, § 18 ArbZG Rn. 14; MHdB ArbR/*Koberski*, Bd. 2, § 182 Rn. 49; *Wiebauer*, EuZA 2012, 485 (487).

⁷⁰ Vgl. MHdB ArbR/*Koberski*, Bd. 2, § 182 Rn. 49; *Stöhr/Stolzenberg*, NZA 2019, 505 (507).

⁷¹ *Deinert*, Internationales ArbR, § 9 Rn. 1 ff.

⁷² *Deinert*, Internationales ArbR, § 9 Rn. 49.

Allerdings unterliegt die subjektive Rechtswahl Grenzen, soweit ein anderes als das objektive Vertragsstatut gewählt – letzteres also abbedungen – wird.⁷³ Das in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO geregelte Günstigkeitsprinzip begrenzt die subjektive Rechtswahl dann insofern, als dass nicht zu Lasten des Arbeitnehmers von zwingenden Schutznormen des objektiven Vertragsstatuts abgewichen werden darf.⁷⁴ Findet eine Rechtswahl statt, ist zur Kontrolle ihrer Reichweite daher zunächst anhand der Maßstäbe des Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom I-VO festzustellen, welches das objektive Vertragsstatut ist, um sodann einen Günstigkeitsvergleich zwischen dem subjektiven und objektiven Vertragsstatut vornehmen zu können. Zwingende Bestimmungen des objektiven Vertragsstatuts können nur abbedungen werden, wenn der Günstigkeitsvergleich ergibt, dass das subjektive Vertragsstatut für den Arbeitnehmer in Bezug darauf günstiger ist.⁷⁵

(b) Feststellung des objektiven Vertragsstatuts bei Dienstreisen deutscher Arbeitnehmer ins Ausland

Mithin ist das objektive Vertragsstatut für den hier in Rede stehenden Fall der Dienstreise eines in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmers ins Ausland anhand des Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom I-VO zu bestimmen. Primär ist gemäß Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO auf den Staat abzustellen, in dem bzw. von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Entscheidend ist, wo sich der tatsächliche Mittelpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehung befindet.⁷⁶ Dabei wechselt der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, gemäß Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Eine vorübergehende Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat liegt vor,

„wenn von dem Arbeitnehmer erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt.“⁷⁷

Dies entspricht der Situation einer Dienstreise ins Ausland. Subsidiär gilt gemäß Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO, dass der Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Die

⁷³ Deinert, Internationales ArbR, § 9 Rn. 49.

⁷⁴ Deinert, Internationales ArbR, § 9 Rn. 2.

⁷⁵ Deinert, Internationales ArbR, § 9 Rn. 4.

⁷⁶ Ferrari/Staudinger, IntVertragsR, Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 18.

⁷⁷ Erwägungsgrund 36 der VO (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

Anknüpfung an den Ort der Niederlassung ist insbesondere in solchen Fällen maßgeblich, in denen sich ein gewöhnlicher Arbeitsort deshalb nicht feststellen lässt, weil der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in bzw. aus verschiedenen Staaten ausübt.⁷⁸ Eine Ausnahme des nach Art. 8 Abs. 2 bis 3 Rom I-VO bestimmten objektiven Vertragsstatuts sieht Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO vor, wonach das Recht eines anderen als dem des nach Art. 8 Abs. 2 bis 3 Rom I-VO bestimmten Staates dann Anwendung findet, wenn eine Gesamtbetrachtung ergibt, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu diesem Staat aufweist.

Für den Fall des gewöhnlich in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmers, der regelmäßig oder unregelmäßig zum Zwecke der Dienstreise für wenige oder mehrere Tage bzw. Wochen ins Ausland entsendet wird, dürfte sich gem. Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO in aller Regel deutsches Recht als objektives Vertragsstatut ergeben. Deutsches Arbeitszeitrecht begrenzt demnach im Sinne des Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO die Reichweite der subjektiven Rechtswahl einer anderen als der deutschen Rechtsordnung, soweit ein Günstigkeitsvergleich ergibt, dass die Anwendung deutschen Arbeitszeitrechts dem Arbeitnehmer mehr Schutz bietet. Die Rechtswahl des deutschen Rechts ist hingegen unbeschränkt möglich, da deutsches Recht das objektive Vertragsstatut bildet.⁷⁹ Es ist vor allem dann anwendbar, wenn bereits gar keine abweichende Rechtswahl getroffen wurde (Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO).

(c) Feststellung des subjektiven Vertragsstatuts

In der Literatur wird bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung bezüglich der Arbeitszeit teilweise vertreten, dass im Rahmen einer Vertragsauslegung im Zweifel davon auszugehen sei, der Arbeitgeber wolle die Auslandsarbeit nicht den Grenzen des ArbZG unterwerfen.⁸⁰ Gleichzeitig sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer mit einer drastischen Unterschreitung des Schutzniveaus des ArbZG regelmäßig nicht einverstanden sei.⁸¹ Diese Unsicherheit sei zwangsläufig mit jeder Vertragsauslegung verbunden und müsse daher hingenommen werden.⁸² Innerhalb des Geltungsbereichs der RL 2003/88/EG hat diese Unsicherheit aufgrund des unionsrechtlich einheitlichen Schutzstandards keine bemerkenswerten Konsequenzen. Für den Fall der Dienstreise eines regelmäßig in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmers ins außereuropäische Ausland

⁷⁸ Ferrari/*Staudinger*, IntVertragsR, Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 25.

⁷⁹ Vgl. *Deinert*, Internationales ArbR, § 9 Rn. 49.

⁸⁰ *Wiebauer*, EuZA 2012, 485 (487).

⁸¹ *Wiebauer*, EuZA 2012, 485 (487).

⁸² *Wiebauer*, EuZA 2012, 485 (487).

dürfte eine Vertragsauslegung indes regelmäßig zum Ergebnis einer Vereinbarung der Geltung deutschen Arbeitszeitrechts führen. Es widerspräche Treu und Glauben, den Arbeitnehmer stets den verschiedenen Arbeitszeitregelungen der jeweiligen außereuropäischen Destination zu unterwerfen und ihm so kein standardisiertes Schutzniveau zu bieten. Regelmäßig werden die verschiedenen Dienstreiseziele und -zeiträume nicht bereits bei Vertragsschluss feststehen, sodass es dem Arbeitnehmer also auch nicht möglich ist, sich auf die zeitweilige Geltung anderer Arbeitszeitregime einzustellen. Wird die Geltung deutschen Arbeitszeitrechts für den Fall von Dienstreisen ins Ausland vertraglich abgeschlossen, wird hierin eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers zu sehen sein, sodass eine entsprechende individualvertragliche Vereinbarung gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstieße.

(d) Das Problem der selbstbeschränkenden Normen

Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist Tatbestandsvoraussetzung der Anwendbarkeit des ArbZG grundsätzlich eine Beschäftigung des Arbeitnehmers auf dem Gebiet der Bundesrepublik bzw. in der ausschließlichen Wirtschaftszone. Beißt die Katze sich hier also in den Schwanz und führt die privatrechtliche Vereinbarung der Geltung des ArbZG im Endeffekt aufgrund der Nichterfüllung dieser Tatbestandsvoraussetzung doch nicht zu seiner Anwendung im Fall der Dienstreise ins Ausland? Insoweit sind die Erwägungen des BAG im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Geltung des KSchG zu übertragen:

„Die Arbeitsvertragsparteien können vertraglich vereinbaren, daß der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG auch ohne Vorliegen der allgemeinen tatbestandlichen Voraussetzungen gelten soll. Zwar ist der allgemeine Kündigungsschutz unabdingbar. Er kann jedoch zugunsten des Arbeitnehmers erweitert werden. [...] Eine solche Vereinbarung kann im Rahmen der Privatautonomie für ein Arbeitsverhältnis mit Auslandsberührung getroffen werden, auch wenn man davon ausgeht, daß das Kündigungsschutzgesetz unmittelbar nur für im Inland gelegene Betriebe gilt.“⁸³

Wird also ausdrücklich oder konkludent die Anwendbarkeit des ArbZG auf den Arbeitsvertrag vereinbart, so ist zugleich vereinbart, dass das ArbZG privatrechtlich auch gilt, wenn der Arbeitnehmer nicht in dessen territorialen Geltungsbereich beschäftigt wird.

⁸³ BAG, Urt. v. 18.2.1988 – 2 AZR 590/87, juris Rn. 37.

b) Persönlicher Geltungsbereich des ArbZG

Der persönliche Geltungsbereich des ArbZG wird durch dessen § 18 begrenzt. Insbesondere nicht anwendbar ist das ArbZG gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 auf leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG. Die Richtlinienkonformität dieses Ausschlusses ist umstritten.⁸⁴ Die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Matzak* hat insoweit einen deutlichen Hinweis in Richtung einer **Richtlinienwidrigkeit des Ausschlusses leitender Angestellter** gegeben, als dass statuiert wurde, dass Art. 17 RL 2003/88/EG im Allgemeinen einer engen Auslegung bedürfe.⁸⁵

c) Legaldefinition des § 2 Abs. 1 ArbZG: Arbeitszeit als Gegenpart zur Ruhezeit

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 ArbZG ist

„Arbeitszeit im Sinne dieses Gesetzes [...] die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen.“

Mangels Bestimmung dessen, was Arbeit ist, ist diese Definition quasi **inhaltsleer**.⁸⁶ Um feststellen zu können, was Arbeitszeit ist, muss denotwendig vorgeschaltet geklärt werden, was unter Arbeit zu verstehen ist. Nicht zur Arbeitszeit zählen gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 und § 5 Abs. 1 ArbZG Ruhepausen und Ruhezeit. Die Herleitung dessen, was Arbeit ist, kann ihren Ausgangspunkt also darin finden, was sie jedenfalls nicht ist. Während der Ruhepause ist die Arbeit gemäß § 4 S. 1 ArbZG für eine von der Länge der Arbeitszeit abhängige Dauer zu unterbrechen. § 5 Abs. 1 ArbZG sieht nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden vor. Diese Regelungen stellen ausweislich der Gesetzesbegründung *„gesundheitliche Mindestnormen“*⁸⁷ dar. Da während dieser Zeiten nicht gearbeitet werden darf und sie zum Schutz der Gesundheit erforderlich sind, scheint Arbeit nach dem Verständnis des Gesetzgebers ohne diese Unterbrechungen der Gesundheit abträgliche Folgen mit sich zu bringen. Mehr Anhaltspunkte liefert der Gesetzgeber

⁸⁴ **Die Richtlinienwidrigkeit bejahend:** EuArbR/*Gallner*, Art. 17 RL 2003/88/EG Rn. 5; PS/*Ullber*, § 7 Rn. 7.230; jedenfalls seit der Entscheidung in der Rs. *Matzak* auch *Freyler* EuZA 2018, 463 (471); **die Richtlinienwidrigkeit verneinend:** ErfK/*Wank*, § 18 ArbZG Rn. 1; **zum Gesamten:** *Henssler/Lunk* NZA 2016, 1425.

⁸⁵ *Freyler*, EuZA 2018, 463 (471).

⁸⁶ Vgl. *Buschmann*, FS Hanau, S. 197 (200).

⁸⁷ BT-Drs. 12/5888 S. 20.

des ArbZG jedoch nicht, sodass ein erheblicher Auslegungsspielraum hinsichtlich der Frage verbleibt, was unter Arbeit(szeit) zu verstehen ist und was nicht. Schon die Diskussion um die mit voranschreitender Digitalisierung immer bedeutendere Frage, ob das Lesen einer E-Mail nach Feierabend die Ruhezeit unterbricht oder nicht und ob schon die bloße Erreichbarkeit Arbeit darstellen kann, zeigt, welche Uneinigkeit im Hinblick auf die Beantwortung dieser drängenden Frage besteht.⁸⁸

d) Die Belastungsthese des BAG

Die Auseinandersetzung mit der arbeitsschutzrechtlichen Einordnung der Dienstreisezeit durch das BAG lässt erkennen, dass dieses nicht jede Leistung im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB als Arbeit anerkennt.

(1) Dienstreisen mit Verpflichtung zur Arbeitsleistung

Das BAG erkennt Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 ArbZG an, wenn der Arbeitnehmer sich in einem öffentlichen Verkehrsmittel aufhalten muss *und* währenddessen Arbeitsleistungen zu erbringen hat.

„Wegezeiten können auf Grund der Umstände des Einzelfalles als Arbeitszeit zu beurteilen sein. Das kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer sie zur Erledigung seiner Arbeitsaufgaben nutzen muss. Die Bearbeitung von Akten, E-Mails, Vor- und Nachbereitung des auswärtigen Termins ist dann Vollarbeit. Es macht keinen Unterschied, ob derartige Arbeiten am Schreibtisch im Betrieb/in der Dienststelle oder im Zug, Bus oder Flugzeug verrichtet werden.“⁸⁹

Insoweit leuchtet die Entscheidung des BAG ein. Erbringt der Arbeitnehmer seine vertraglich vereinbarte Hauptleistungspflicht, also eine weisungsgebundene, fremdnützige Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit, liegt Arbeit vor. Sie verliert diese Eigenschaft nicht dadurch, dass sie auf Weisung des Arbeitgebers an einem anderen Ort – hier in einem öffentlichen Verkehrsmittel – erledigt werden muss. Ausreichend sei nicht, dass der Arbeitnehmer während der Dienstreisezeit freiwillig arbeitet, sondern erforderlich sei, dass der Arbeitnehmer sie zur Erledigung seiner Arbeitsaufgaben nutzen muss.⁹⁰ Insoweit decken sich das arbeitszeitrechtliche und das vertragsrechtliche Verständnis von Arbeit, denn

⁸⁸ Vgl. hierzu: *Falder*, NZA 2010, 1150; *Jacobs*, NZA 2016, 733 (735 f.).

⁸⁹ BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10 Rn. 44.

⁹⁰ *Heins/Leder*, NZA 2007, 249 (250).

„zu den ‚versprochenen Diensten‘ iSd. § 611 Abs. 1 BGB zählt [...] die eigentliche Tätigkeit.“⁹¹

Auch für Berufskraftfahrer und Arbeitnehmer, für die das Reisen notwendige Voraussetzung für die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht sei, wird die Reisezeit von Vertretern der Belastungsthese als Arbeitszeit anerkannt.⁹² Der belastende Charakter der Reisetätigkeit hängt in diesen Fällen also allein von der Einordnung dieser als Hauptleistungspflicht ab. Dies erklärt sich nicht, da es nach der Belastungsthese – wie sich im Folgenden zeigen wird – im Übrigen gerade nicht ausreicht, dass eine Tätigkeit als Arbeit im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB qualifiziert wird. Genügt im Fall des Berufskraftfahrers, dass das Reisen die Hauptleistungspflicht darstellt, so müsste konsequenterweise jedoch bereits die Subsumtion der für eine Dienstreise erforderlichen Reisezeit unter die Leistung der versprochenen Dienste im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB⁹³ ausreichen, um das Vorliegen von Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 ArbZG zu bejahen, denn der Arbeitnehmer erbringt dann seine Arbeitsleistung in Form des Reisens.

(2) Kein arbeitsbezogenes Tätigwerden während der Dienstreise

Wenig überzeugt es dagegen, dass nach Ansicht des 9. Senats Arbeit bereits dann nicht mehr vorliegen soll, wenn während der durch den Arbeitgeber angeordneten Reise in einem öffentlichen Verkehrsmittel keine zusätzliche Arbeitsleistung zu erbringen ist.⁹⁴

„Fehlt es jedoch [...] an solchen Anforderungen des Arbeitgebers, sind Gesundheit und Sicherheit des Arbeitnehmers durch ein Überschreiten der täglich höchstzulässigen Arbeitszeit von zehn Stunden nicht gefährdet. Der Arbeitnehmer kann während er sich in Beförderungsmitteln aufhält nach Belieben arbeiten. Ihm steht auch frei, private Angelegenheiten zu erledigen. ‚Dösen‘ oder Schlafen sind ebenso gestattet wie die Einnahme von Getränken oder Speisen. Seine Belastung bleibt damit noch hinter der Beanspruchung durch eine Rufbereitschaft zurück. [...] Typisch für Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst ist, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber während dieser Bereitschaften uneingeschränkt zur Verfügung steht. Beim Bereitschaftsdienst steht hinter dem Warten auf Arbeit die Vollarbeit. [...] Dagegen dienen die Fahrzeiten einer Dienstreise lediglich der Beförderung des

⁹¹ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13.

⁹² Humold, NZA-Beil. 2006, 38 (39).

⁹³ Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn 13 ff.

⁹⁴ Kritisch auch Niklas, ArbRB 2019, 275 (276 f.).

*Arbeitnehmers an den auswärtigen Ort. Er ist nicht damit konfrontiert, jederzeit bei Bedarf unverzüglich die Arbeit aufnehmen zu müssen.*⁹⁵

Für die Annahme arbeitsschutzrechtlicher Arbeitszeit genügt es nach Auffassung des 9. Senats also nicht, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweist, seine Zeit im fremden – nämlich arbeitgeberseitigen – Interesse in einem öffentlichen Verkehrsmittel zu verbringen und die Reisetätigkeit damit zu einer Arbeitsleistung im Sinne des Arbeitsvertrags macht.⁹⁶ Damit stellt der 9. Senat an das Vorliegen von Arbeitszeit nicht nur **strengere Anforderungen als der EuGH**, sondern vertritt auch im Vergleich zum 5. Senat ein sehr **viel engeres Verständnis**. Denn dieser lässt für die Annahme arbeitszeitrechtlicher wie auch vergütungsrechtlicher Arbeit Fremdнützigkeit ausreichen:

*„Wegen der Fremdнützigkeit der Fahrten sind diese nicht nur im arbeitszeitrechtlichen, sondern auch im vergütungsrechtlichen Sinn ‚Arbeit‘.“*⁹⁷

Der durch das ArbZG bezweckte Gesundheitsschutz rechtfertigt es nach Auffassung des 9. Senats, die Erbringung einer synallagmatischen Hauptpflicht für die Annahme von Arbeit im Sinne des ArbZG nicht ausreichen zu lassen, sondern darüber hinaus eine zusätzliche Belastung des Arbeitnehmers zu fordern. Zu einem ähnlichen Schluss gelangte vor dem Hintergrund der Zwecksetzung des ArbZG jüngst der 7. Senat, der es dahinstehen ließ, ob eine Tätigkeit überhaupt Arbeit im arbeitszeitrechtlichen Sinne darstellt und es einzig als entscheidend erachtete, dass die Tätigkeit den Arbeitnehmer in vergleichbarer Weise beeinträchtigt wie die Erbringung der Arbeitsleistung.⁹⁸ Der 7. Senat haftet weniger starr an einem Begriffsverständnis der „Arbeit“, stellt jedoch gleichermaßen auf eine den Arbeitnehmer belastende Beeinträchtigung ab.⁹⁹ Dass der 7. Senat sich dem Erfordernis der Belastung anschließt, lässt sich in einem Umkehrschluss aus der Feststellung entnehmen, dass außerhalb des Arbeitsver-

⁹⁵ BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10 Rn. 44 f.; **zustimmend:** Neumann/Biebl, ArbZG, § 2 Rn. 15 m.w.N.

⁹⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13.

⁹⁷ BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 226/16, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 48 Rn. 22; auch Buschmann, FS Hanau, S. 197 (206 f.) stellt für das Arbeitsschutz- wie auch das Vergütungsrecht darauf ab, dass der AN dem AG zur Verfügung steht, um den Weisungen des AG nachzukommen.

⁹⁸ BAG, Urt. v. 18.1.2017 – 7 AZR 224/15, NZA 2017, 791 Rn. 28.

⁹⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 18.1.2017 – 7 AZR 224/15, NZA 2017, 791 Rn. 28 f.

hältnisses erbrachtes ehrenamtliches Engagement, gleich wie belastend es ist, nicht den Vorgaben des Arbeitszeitrechts unterliege.¹⁰⁰

Während die Reise in einem öffentlichen Verkehrsmittel als solche nicht belastend genug sei, um sie als Arbeit in diesem Sinne zu qualifizieren,¹⁰¹ kann mangels hierzu ergangener Entscheidungen nur spekuliert werden, ob das BAG die Reise in einem Kfz als ausreichend belastend ansähe. Teilweise wird dabei entscheidend auf die Belastung durch das Selbststeuern eines Pkw abgestellt.¹⁰² Dazu wird vertreten, dass die Fahrt am Steuer eines Kfz für Arbeitnehmer, bei denen das Fahren nicht bereits zur Hauptleistungspflicht gehöre und auch nicht notwendige Voraussetzung für die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht sei, erst recht belastend sei.¹⁰³ Die Fahrt am Steuer eines Pkw sei bei den heutigen Verkehrsverhältnissen mit nicht unerheblichen physischen und psychischen Belastungen verbunden und der Arbeitnehmer müsse sich während der Fahrt voll auf den Straßenverkehr konzentrieren.¹⁰⁴ Andere halten weitere Differenzierungen wie etwa nach Verkehrsaufkommen oder Witterungsverhältnissen für wenig praktikabel und nehmen Arbeit auch an, wenn es dem hinter dem Steuer sitzenden Arbeitnehmer freisteht, wie er seine Fahrzeit gestaltet, da allein die Möglichkeit, jederzeit anhalten zu können, seine Belastung nicht mindere.¹⁰⁵ Wenig überzeugt, dass teilweise darauf abgestellt wird, das Auto stelle für einen Großteil der Deutschen das beliebteste Fortbewegungsmittel dar und könne daher trotz der mit dem Fahren verbundenen Anstrengungen und der heutigen Verkehrsverhältnisse nicht pauschal der Arbeitszeit gleichgestellt werden.¹⁰⁶ Folgte man dieser Auffassung, ließe sich generell begründen, Arbeit erst dann anzunehmen, wenn eine Tätigkeit keinerlei Spaß bereitet. Arbeitszeit setze voraus, dass die Fahrt mit dem Kfz betrieblich veranlasst ist, der

¹⁰⁰ BAG, Urt. v. 18.1.2017 – 7 AZR 224/15, NZA 2017, 791 Rn. 29.

¹⁰¹ Vgl. BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10 Rn. 44 f.; **zustimmend z.B.:** *Baeck/Deutsch*, § 2 ArbZG Rn. 75; *BeckOKArbR/Kock*, § 2 ArbZG Rn. 16, wobei sogar richtigerweise festgestellt wird, dass es auf das Vorliegen einer belastenden Tätigkeit aufgrund des europäisch auszulegenden Arbeitszeitbegriffs nicht ankommt; *Salamon/Wessels*, ArbRB 2019, 19 (20); *Schulze/Wannisch*, ArbRAktuell 2019, 453 (455), die Arbeitszeit auch für den Fall ablehnen, dass der Arbeitnehmer ohne entsprechende Anweisung des Arbeitgebers während der Reisezeit im öffentlichen Verkehrsmittel z.B. E-Mails bearbeitet.

¹⁰² *Fröhlich*, ArbRB 2017, 61 (63); *Hahn*, öAT 2017, 202 (203); *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (40); vgl. *Schulze/Wannisch*, ArbRAktuell 2019, 453 (455).

¹⁰³ *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (39 f.).

¹⁰⁴ *Baeck/Deutsch*, § 2 ArbZG Rn. 76.

¹⁰⁵ *Heins/Leder*, NZA 2007, 249 (250).

¹⁰⁶ So aber *Loritz*, NZA 1997, 1188 (1191 f.); **a.A.:** *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (40).

Arbeitgeber also die Nutzung des Kfz angeordnet haben muss.¹⁰⁷ Bietet der Arbeitgeber die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel an und entscheidet sich der Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen für die Fahrt mit dem Pkw, sei die Fahrzeit keine Arbeitszeit.¹⁰⁸ Sofern der Beifahrer mit auf den Verkehr oder auf die Strecke achten muss, wird mitunter vertreten, dass auch für ihn die Reisezeit als arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit zu bewerten sei.¹⁰⁹ Physische Anstrengung in Form des Steuerns des Pkw ist also auch nach einigen Befürwortern der Belastungsthese nicht unbedingt notwendig, die geistige Anstrengung bzw. Aufmerksamkeit genügt. Wird eine Person lediglich im Zustand der Ruhe befördert, sei die Reisezeit außerhalb der Arbeitszeit nicht auf die Arbeitszeit anrechenbar.¹¹⁰ Warum hier nun zwischen einer Reisetätigkeit inner- und außerhalb der Arbeitszeit differenziert wird, ist nicht zu erklären.¹¹¹ Es kann nur so verstanden werden, als sei eine Reisetätigkeit innerhalb der Arbeitszeit belastend und außerhalb der Arbeitszeit nicht – faktisch ändert sich ihr Charakter aber nicht in Abhängigkeit vom Zeitpunkt. Wird die Reisetätigkeit also als nicht belastend qualifiziert, dürfte sie zwangsläufig bei konsequenter Anwendung der Belastungsthese sowohl inner- als auch außerhalb der Arbeitszeit arbeitsschutzrechtlich nicht als solche gelten. Andere wiederum betonen überzeugend, dass Pkw-Fahrten auch ohne zusätzliche Arbeiten belastenden Charakter haben und Dienstreisen ohnehin soziale Belastungen mit sich bringen.¹¹²

e) **Generelle Qualifikation der Dienstreisezeit als arbeitszeitrechtliche Arbeitszeit**

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitszeitbegriff im Sinne der RL 2003/88/EG offenbart sich die **Unionsrechtswidrigkeit der Belastungsthese** des BAG.¹¹³ Bevor diese aufgezeigt wird, sei dargestellt, wie selbst unter Aufrechterhaltung der Belastungsthese die Dienstreisezeit als arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit qualifiziert werden kann.

¹⁰⁷ Hunold, NZA-Beil. 2006, 38 (40); dem zustimmend: Baeck/Deutsch, § 2 ArbZG Rn. 76.

¹⁰⁸ Hunold, NZA-Beil. 2006, 38 (40).

¹⁰⁹ Baeck/Deutsch, § 2 ArbZG Rn. 74.

¹¹⁰ Hunold, NZA-Beil. 2006, 38 (40).

¹¹¹ Insoweit ebenfalls kritisch Buschmann, FS Hanau, S. 197 (209); Tietje, Grundfragen, S. 109.

¹¹² Buschmann/Ulber, ArbZG, § 2 Rn. 30.

¹¹³ So auch Buschmann, in: Buschmann/Ulber, Arbeitszeit, § 2 Rn. 45; Preis, VSSAR 2019, 267 (279); Kreft, AuR 2018, 56 (59) hält die restriktive Rechtsprechung des BAG für „mutig“; vgl. Niklas, ArbRB 2019, 275 (276); Hahn/Pfeiffer/Schubert/Spengler, § 2 ArbZG Rn. 16.

(1) Gesundheitsschutz als Argument für die Belastungsthese?

Verfechter der Belastungsthese stützen diese auf den gesundheitsschützenden Zweck des ArbZG,¹¹⁴ der auch anzuerkennen ist. § 1 ArbZG formuliert die mit diesem Gesetz verfolgten Ziele: Es dient der Sicherung und dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer, soll die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten verbessern und den Sonntag sowie staatlich anerkannte Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erholung der Arbeitnehmer schützen.¹¹⁵ Die Schutzziele des ArbZG sind bei der Auslegung des Gesetzes zu berücksichtigen.¹¹⁶ Zu beachten ist, dass der Gesundheitsschutz keineswegs ein lediglich im arbeitnehmerseitigen Interesse stehender Zweck ist. Denn die Gesundheit seiner Arbeitnehmer liegt insbesondere auch im Interesse des Arbeitgebers, der ihre Leistungsfähigkeit typischerweise möglichst langfristig aufrechterhalten möchte und ihnen dafür zwangsläufig ausreichende Phasen der Erholung gewähren muss.¹¹⁷ Dass die Tätigkeiten und ihre Modalitäten heute andere sind als noch 1994 lässt die Zwecksetzung unberührt, doch muss das geänderte Erscheinungsbild seine Berücksichtigung bei der Auslegung und Umsetzung des Zwecks finden.

(a) Belastung bereits durch die Reise als solche

Führt man sich einen typischen Fabrikarbeiter vor Augen, wird dessen Gesundheit durch die Arbeit regelmäßig in Form körperlich anstrengender Tätigkeiten und Immissionen wie Lärm und Staub gefährdet sein. Denkt man an einen Geschäftsreisenden, so ist zu konstatieren, dass Reisen zwar möglicherweise weniger Muskeln beansprucht als die Arbeit eines Fabrikarbeiters, jedoch keineswegs weniger belastend ist. Die körperliche Belastung folgt beim Reisen schon aus der eingeschränkten Bewegungsfreiheit und der Notwendigkeit, lange Zeit sitzend auf meist beengtem Raum zu verbringen. Hinzu kommen jedenfalls bei der Flugzeugreise erhöhte Schlaganfall-, Herzinfarkt-, Thrombose- und Lungenembolierisiken.¹¹⁸ Je nachdem wohin die Reise geht, hat der Reisende mit Jetlags und Klimaveränderungen zu kämpfen. Die Reise führt ihn dabei

¹¹⁴ Vgl. *Baek/Lösler*, NZA 2005, 247 (250); *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (39); *Stöhr/Stolzenberg*, NZA 2019, 505 (507).

¹¹⁵ Dazu: *ErfK/Wank*, § 1 ArbZG Rn. 4 ff.

¹¹⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 24.2.2005 – 2 AZR 211/04, NZA 2005, 759 (760 f.); *Baek/Deutsch*, § 1 ArbZG Rn. 7.

¹¹⁷ Vgl. noch zu AZO: *Zmarzlik*, DB 1967, 1264.

¹¹⁸ Vgl. *Groll*, *Zeit Online*, <https://www.zeit.de/karriere/2015-08/geschaeftsreisen-gesundheit-studie> (zuletzt abgerufen am 2.10.2019); s. a. *Preis*, VSSAR 2019, 267 (277).

nicht an ein Ziel, an dem er sich für zwei Wochen am Strand von den Strapazen der Reise erholen kann, sondern er nimmt dies auf sich, um Termine wahrzunehmen, die der Arbeitgeber angeordnet hat. Führt man sich nur eine Bahnfahrt auf einer typischen Strecke von Köln nach Frankfurt am Main bei einer sommerlichen Außentemperatur von 37° C vor Augen, ist die physische und psychische Belastung bereits perfekt: Heute ausnahmsweise als Kurzzug mit umgekehrter Wagenreihung erhält die Bahn auf abweichendem Gleis Einfahrt, leicht angeschwitzt wird nach einem kurzen Sprint durch die Bahnhofshalle der gut besetzte Speisewagen betreten oder soeben noch einen Sitzplatz auf dem Fußboden ergattert, begleitet von einem rasanten Temperaturabfall um etwa 20° C – die Erkältung naht. Alternativ ist der Ärger darüber groß, dass man es versäumt hat, ein zusätzliches Hemd einzupacken, da die Klimaanlage den Temperaturen leider nicht standhalten konnte. Nach kurzer Fahrt stoppt der Zug auf freier Strecke, da einem verspäteten Zug Vorrang gewährt werden muss. Mit einer kurzfristig angekündigten Verspätung von unabsehbarer Dauer wird schließlich Frankfurt am Main erreicht – die Vorfreude auf die abendliche Rückreise versüßt den wahrzunehmenden Termin, der unter einiger Hektik möglicherweise noch pünktlich erreicht werden kann. Unter Ausklammerung der Temperaturangaben zeigt sich, dass Bahnreisen auch unabhängig von der Wetterlage einige belastende Überraschungen mit sich bringen.

Innerhalb des BAG differieren die Auffassungen bezüglich der Frage, was Belastung ist, erheblich. So erkannte der 1. Senat die generelle Belastung durch Reisetätigkeiten an – allerdings im Kontext der betrieblichen Mitbestimmung. Indes offenbart sich nicht, warum die dort getätigten allgemeinen Ausführungen zur Belastung durch Reisen nicht auch im arbeitszeitrechtlichen Kontext gelten sollen.

„Dem LAG kann auch nicht darin gefolgt werden, daß Reisen generell nicht als Belastung gelten, sondern im Gegenteil als Freizeitaktivität und Erholung. Das mag zutreffen, wenn es der privaten und selbstbestimmten Urlaubsplanung dient – sei es auch nur deshalb, weil die Anreise als notwendiges Übel zur Erreichung des Urlaubsziels erforderlich ist. Dies ändert aber nichts daran, daß Reisen – in welcher Art auch immer – objektiv Belastungen mit sich bringen, die bei einiger Dauer auch subjektiv als solche empfunden werden. Wenn eine Fahrt durch den Arbeitgeber angeordnet wird, ist der Vergleich mit Freizeitaktivitäten und Erholungsreisen unangebracht.“¹¹⁹

¹¹⁹ BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218).

(b) Belastung durch Einschränkung der Freizeit

Vereinzelt wird betont, Zweck des ArbZG sei nicht, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Erholung und Entfaltung seiner Persönlichkeit zu geben und ihm die Möglichkeit zur Teilnahme am Familienleben sowie am kulturellen und politischen Geschehen zu sichern, sondern insbesondere die Gewährleistung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer.¹²⁰ Das ArbZG bezwecke nicht den Schutz der Arbeitnehmer vor räumlich-organisatorischem Bezug oder kommunikationstechnischer Verbindung zum Betrieb und Unterworfensein unter das Direktionsrecht des Arbeitgebers.¹²¹ Diese Ansicht erkennt, dass die **Teilhabe am sozialen, kulturellen und politischen Geschehen wesentlicher Faktor der Gesundheit** ist. So habe soziale Unterstützung beispielsweise eine große Bedeutung in Bezug auf den Umgang mit Stress.¹²² Je weniger Freizeit dem Arbeitnehmer verbleibt, desto mehr Stress entsteht außerdem in Bezug auf ihre Gestaltung – die Freizeit wird zur Effizienzfalle, der Erholungswert sinkt. Sowohl nach dem Wortlaut des § 1 ArbZG als auch in Anbetracht sich ändernder gesellschaftlicher Bedürfnisse ist neben dem Gesundheitsschutz ebenso ein Fokus auf das Thema der Flexibilisierung von Arbeitszeiten zu legen. Dass die Arbeitswelt sich in den letzten Jahren bereits stark verändert hat und sich auch zukünftig rasant weiter verändern wird,¹²³ hört, liest und erlebt man nahezu täglich. In Anbetracht einer immer flexibler und vor allem auch globaler werdenden Arbeitswelt, gehören betrieblich vorgegebene Strukturen mit festen Arbeitsorten und -zeiten in beinahe allen Branchen der Vergangenheit an. Sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite besteht ein erhebliches Interesse an der Arbeitszeitflexibilisierung.¹²⁴ Schon 1986 wurde festgestellt, dass sich Freizeit zu einer die Qualität des Arbeitsplatzes mitbestimmenden Wertkomponente entwickelt habe.¹²⁵ Führt man sich nur die jüngste Reform des Teilzeitrechts vor Augen, welche unter anderem dem wachsenden Bedürfnis nach Flexibilisierung der Arbeitszeit und dem Wunsch nach einer besseren Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben begegnen soll,¹²⁶ wird

¹²⁰ Humold, NZA-Beil. 2006, 38 (40); Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505 (507); a.A.: Zmarzlik, DB 1967, 1264.

¹²¹ Humold, NZA-Beil. 2006, 38 (40).

¹²² Hauschild, Spiegel Online, <https://www.spiegel.de/gesundheit/psychologie/freundschaften-sind-gut-fuer-die-gesundheit-a-954153.html> (zuletzt abgerufen am 2.10.2019); s.a. TK-Stressstudie 2016, S. 18.

¹²³ S. dazu: Jacobs, NZA 2016, 733.

¹²⁴ Jacobs, NZA 2016, 733.

¹²⁵ Els, BB 1986, 2192 (2193).

¹²⁶ BT-Drs. 19/3452 S. 10.

erkennbar, dass diese Entwicklung bis heute keineswegs abgenommen hat. Daher überzeugt die Auffassung des BayObLG, welches unter Geltung der AZO ebenfalls auf den Zweck des Arbeitszeitschutzes abstellte und dazu feststellte, dass

„[dieser] [...] vor allem darin [besteht], den Arbeitnehmer vor Beeinträchtigung seiner Leistungsfähigkeit und Gesundheit zu schützen, ihm Gelegenheit zur Erholung und Entfaltung seiner Persönlichkeit zu geben und ihm die Möglichkeit zur Teilnahme am Familienleben sowie am kulturellen und politischen Geschehen zu sichern [...]. [...] In dieser Zweckbestimmung spiegeln sich insbesondere das Grundrecht nach Art. 2 I und 2 GG sowie der Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG.“¹²⁷

Soweit das ArbZG heute primär dem Gesundheitsschutz dient, ist festzustellen, dass die Möglichkeit zur Teilhabe am sozialen, kulturellen und politischen Geschehen damit untrennbar verbunden ist. Es ist vor allem zu berücksichtigen – und insbesondere dies lässt sich der Zwecksetzung in § 1 ArbZG entnehmen – dass Flexibilisierung nicht auf dem Rücken der Gesundheit der Arbeitnehmer ausgetragen werden darf.

(c) **Belastung als rechtsunsicheres Kriterium**

Unter Aufrechterhaltung der Belastungsthese ist zu berücksichtigen, dass das Element der „Belastung“ ein **rechtsunsicheres, weil maximal subjektives Kriterium** ist.¹²⁸ Was für den Einen eine besonders hohe Belastung darstellt, kann der Andere als neutral oder gar entspannend empfinden. Für einen Vielfahrer können Autofahrten möglicherweise weniger Stress bedeuten als für einen Seltensfahrer, der die Fahrt weniger routiniert durchführt – ebenso kann der Vielfahrer, der ohnehin schon einen großen Teil seiner Zeit im Auto verbringt, die zusätzliche Fahrt als quälende zusätzliche Belastung empfinden. Wer vermag hier zutreffende Maßstäbe festzulegen?

Darüber hinaus entstehen durch die Belastungsthese **erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten**, denn beinahe jeder gewöhnliche Arbeitstag bringt Phasen mit sich, in denen die Belastung hinter dem von ihren Verfechtern geforderten Grad zurückbleibt, zum Beispiel in der Wartezeit auf ein erforderliches Update des Betriebssystems des PCs. Dies erkennen auch Vertreter der Belastungsthese und lösen die Problematik inkonsequent ohne weitere Begründung durch die Annahme, dass auch solche Zeiten, in denen der Arbeitnehmer für kurze Zeit keine

¹²⁷ BayObLG, Beschl. v. 23.3.1992 – 3 ObOWi 18/92, NZA 1992, 811.

¹²⁸ Vgl. hierzu bereits Tietje, Grundfragen, S. 108.

produktive Leistung erbringen kann, je nach den Umständen in die Arbeitszeit fallen können.¹²⁹ Es bleibt unklar, unter welchen Umständen solche unproduktiven Zeiten zur Arbeitszeit zählen und ab wann die Arbeitsleistung mit so geringer Intensität erfolgt, dass die Annahme von Arbeitszeit unter Geltung der Belastungsthese nicht mehr gerechtfertigt werden kann.¹³⁰ Soweit Befürworter der Belastungsthese diese also mit dem Argument verteidigen, dass dadurch die Bestimmung, wann Arbeitszeit im Sinne des ArbZG vorliege, in die Hände des Arbeitgebers gelegt werde, dem es erst dadurch ermöglicht werde, seinen Pflichten aus dem ArbZG nachzukommen,¹³¹ ist dem entgegen zu halten, dass die Anwendung der Belastungsthese zu einer Lage führt, die nicht zuletzt für den Arbeitgeber große Rechtsunsicherheit mit sich bringt.¹³² Wie soll ein Arbeitgeber tagtäglich für jeden seiner Arbeitnehmer kontrollieren können, ob die jeweils durchgeführten Tätigkeiten im Einzelnen belastend genug sind, um Arbeitszeit anzunehmen bzw. umgekehrt? Damit der Arbeitgeber seinen Pflichten aus dem ArbZG nachkommen kann, ist es nicht nur ausreichend, sondern vor allem wesentlich rechtssicherer, für die Annahme arbeitsschutzrechtlicher Arbeitszeit auf die Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts abzustellen. Verlangt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit im Wege seines Direktionsrechts ab, weiß er, dass Arbeitszeit vorliegt. Es ist ihm möglich und insbesondere auch zumutbar, seine Pflichten aus dem ArbZG bei Ausübung seines Direktionsrechts zu berücksichtigen.

(2) Unionsrechtswidrigkeit der Belastungsthese

Auch die RL 2003/88/EG bezweckt den Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer.¹³³ Nichtsdestotrotz kennt der EuGH eine der Rechtsprechung des BAG entsprechende Belastungsthese nicht. Hingegen stellte das BAG die Europarechtskonformität eben dieser fest, ein Vorabentscheidungsersuchen hielt der 9. Senat für nicht erforderlich.¹³⁴ Dies ist nicht erst seit der Entscheidung in der Rs. *Matzak* anders zu beurteilen.¹³⁵ Der Gerichtshof stellt für die Beurteilung des Vorliegens von Arbeitszeit im Sinne der RL 2003/88/EG nicht auf eine irgendwie geartete Belastung im Sinne einer bestimmten Intensität der

¹²⁹ Vgl. *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (39).

¹³⁰ Vgl. zu Abgrenzungsschwierigkeiten bereits *Tietje*, Grundfragen, S. 109.

¹³¹ *Heins/Leder*, NZA 2007, 249 (250).

¹³² Vgl. zur Problematik der Überprüfbarkeit bereits *Tietje*, Grundfragen, S. 109.

¹³³ Schlachter/Heinig/*Bayreuther*, § 11 Rn. 2.

¹³⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155 Rn. 47.

¹³⁵ S.o. m.w.N. Fn. 113.

Arbeit ab.¹³⁶ Zwar legt der Wortlaut der RL 2003/88/EG, der das dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen scheinbar kumulativ durch ein „und“ mit dem Erfordernis der Tätigkeitsausübung oder Aufgabenwahrnehmung verbindet, es nahe, dass die bloße durch den Arbeitgeber veranlasste räumliche Beschränkung des Arbeitnehmers nicht ausreicht, um Arbeitszeit zu bejahen.¹³⁷ Jedoch differenziert der EuGH nicht starr zwischen diesen Aspekten, indem er in der Verpflichtung des Arbeitnehmers, „am Arbeitsplatz zur Verfügung zu stehen“ gleichzeitig dessen Aufgabe bzw. Tätigkeit sieht.¹³⁸ Er lässt es genügen, dass der Arbeitnehmer durch Weisung des Arbeitgebers, sich in einem räumlich begrenzten Umfeld aufzuhalten, in der Möglichkeit, anderen Tätigkeiten nachzugehen, erheblich eingeschränkt wird.¹³⁹

Zutreffend entschied das BayObLG bereits im Jahr 1992 – ohne das Erfordernis einer zusätzlichen Belastung zugrunde zu legen – dass

„[...] als Arbeitszeit im Sinne der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften die Zeit zu verstehen [ist], während welcher der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeitsleistung im Betrieb, das heißt der Arbeitsstelle, an welcher er Arbeiten zu verrichten hat, zur Verfügung steht oder aber außerhalb des Betriebes tatsächlich arbeitet [...]. Für die Bewertung der Zeiten, innerhalb derer der Arbeitnehmer von der Betriebsstätte aus auswärtige Arbeitsstätten aufsucht, sind zum einen der räumliche, organisationsbedingte Bezug zum Betrieb und zum anderen die Direktionsbefugnis des Arbeitgebers maßgebend.“¹⁴⁰

3. Die arbeitsvertragliche Dimension

a) Anerkennung von Reisetätigkeit als Arbeit im Sinne des Arbeitsvertragsrechts

In merkwürdigem Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG zum Arbeitszeitrecht steht die Begründung der Annahme arbeitsvertraglicher Arbeitszeit in

¹³⁶ Buschmann, in: Buschmann/Ulber, Arbeitszeit, § 2 Rn. 45; vgl. Niklas, ArbRB 2019, 275 (277).

¹³⁷ Vgl. PS/Ulber, § 7 Rn. 7.105.

¹³⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 59; EuGH, Urt. v. 1.12.2005 – C-14/04, NZA 2006, 89 Rn. 48; EuGH, Urt. v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02, NJW 2003, 2971 Rn. 63; EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – Rs. C-303/98, NZA 2000, 1227 Rn. 48; PS/Ulber, § 7 Rn. 7.106.

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 66.

¹⁴⁰ BayObLG, Beschl. v. 23.3.1992 – 3 ObOWi 18/92, NZA 1992, 811.

Form von Reisetätigkeit. Nicht nur, wenn die Reisetätigkeit zwangsläufig Teil der Hauptleistungspflicht ist, weil vertraglich vereinbarte Tätigkeit das Reisen ist oder weil die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit zwangsläufig das Reisen erfordert, sondern auch, wenn der Arbeitgeber die Reisetätigkeit im Wege seines Direktionsrechts anordnet, wird das Vorliegen von Arbeit ohne großen Begründungsaufwand grundsätzlich bejaht.¹⁴¹ Der in diesem Zusammenhang eingeschlagene Weg überzeugt weitaus mehr als das starre Festhalten an der Belastungsthese im Rahmen des Arbeitszeitrechts. Mit der Einordnung von Reisetätigkeit als Arbeitsleistung ist noch keine Aussage über ihre Vergütung getroffen.¹⁴² Diese Frage richtet sich zunächst danach, ob die Reisetätigkeit innerhalb oder außerhalb der regulären Arbeitszeit stattfindet. Soweit es sich bei der Reisetätigkeit um Überstunden handelt, kommt es für den Fall einer fehlenden Vergütungsvereinbarung auf die objektive Vergütungserwartung im Sinne des § 612 Abs. 1 BGB an.

(1) Reisen als immanenter Bestandteil der Hauptleistungspflicht

Ist die vereinbarte Tätigkeit, wie beispielsweise bei einem LKW-Fahrer, eine Reisetätigkeit oder kann die vereinbarte Hauptleistung, wie bei einem Außendienstmitarbeiter, zwangsläufig nicht ohne eine Reisetätigkeit erfüllt werden, handelt es sich bei der Reisetätigkeit ohne Weiteres grundsätzlich um die Leistung der versprochenen Dienste.¹⁴³ Nach der hier vertretenen Auffassung liegt in dem Fall, dass das Reisen als solches die Hauptleistungspflicht darstellt, zwar keine Dienstreise im engeren Sinne vor,¹⁴⁴ für ein Gesamtverständnis der Rechtsprechung des BAG sei aber auch dieser Fall hier betrachtet.

Noch unter Geltung der AZO entschied der 5. Senat, dass mangels gegenteiliger tarif- oder einzelvertraglicher Regelung die An- und Abfahrten, die ein Arbeitnehmer darauf verwendet, um an einen außerhalb des Betriebes seines Arbeitgebers liegenden Arbeitsplatz zu gelangen, eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers sei.¹⁴⁵ Gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 AZO galt als Arbeitszeit auch die Zeit, während der ein im Übrigen im Betrieb Beschäftigter in seiner eigenen Wohnung oder Werkstätte oder sonst außerhalb des Betriebs beschäftigt wird. Dies-

¹⁴¹ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 12 ff.

¹⁴² BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18.

¹⁴³ Vgl. BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 292/08, NZA-RR 2010, 231 Rn. 15; *Baack/Lösler*, NZA 2005, 247 (250).

¹⁴⁴ S. unter B. I.

¹⁴⁵ BAG, Urt. v. 8.12.1960 – 5 AZR 304/58, juris Rn. 15.

bezüglich stellte das BAG klar, dass „im Betrieb beschäftigt“ nicht nur derjenige sei, der in der Betriebsstätte selbst tätig wird, sondern auch derjenige, der sich von dieser aus für betrieblich verfolgte Zwecke an verschiedenen auswärtigen Arbeitsstätten einsetzen lässt.¹⁴⁶

„Der innere Grund [des § 2 Abs. 3 S. 1 AZO] ist der, daß ein Arbeitnehmer nicht schlechthin Aufwendung von Arbeitskraft schuldet, sondern seine Arbeitskraft auch nur in einem bestimmten zeitlichen Rahmen für den Arbeitgeber einzusetzen braucht. Verbraucht [der Arbeitnehmer] diesen zeitlichen Rahmen durch die Faktoren Weg und Zeit und damit dadurch, daß der Arbeitgeber die Arbeitsstätte des Arbeitnehmers an einen Ort außerhalb des Betriebes liegt [sic!], so wertet wirtschaftliches Denken die im Interesse des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer geschehende Überwindung zwischen Betrieb und Arbeitsplatz als Arbeitsleistung deshalb, weil der Arbeitnehmer damit weisungsgebunden die Arbeitsbedürfnisse befriedigt, die aus unternehmerischen Anlässen an einem außerhalb des Betriebes belegenen Ort auftauchen [...]“¹⁴⁷

Für den Fall eines Außendienstmitarbeiters entschied der 4. Senat, dass

„die Überwindung von Wegstrecken, insbesondere auch die Hin- und Rückfahrt zu und von den einzelnen Arbeitsplätzen, [für diesen] einen notwendigen, mit der Arbeit an Ort und Stelle untrennbar verbundenen Teil der ihm übertragenen Ver- richtung bildet [und deshalb] [...] die Inanspruchnahme [des Außendienstmitar- beiters] für solche Wegstrecken [...] für diesen ebenfalls die Leistung voller, ver- traglich geschuldeter Dienste [bedeutet].“¹⁴⁸

Kollektiv- und einzelvertraglich sahen der 2. sowie der 4. Senat die Möglichkeit einer Regelung, nach der Reisezeiten einer Dienstreise nicht als Arbeitszeit gelten.¹⁴⁹ Dies sei auch möglich, wenn der Arbeitnehmer einen ihm durch den Arbeitgeber zum Zweck der Dienstreise zur Verfügung gestellten Pkw selbst steuern müsse, sofern er nach den tarifvertraglichen Vorschriften auch bei Nutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels bzw. seines eigenen Pkws nur eine Fahrkostenerstattung bzw. ein Kilometergeld für die Abnutzung des Wagens, nicht jedoch für das Tätigwerden am Steuer, erhalten hätte. Eine höhere Verantwortlichkeit beim Steuern eines fremden Pkws rechtfertige kein anderes Ergebnis.¹⁵⁰ Dieser Entscheidung ist keine Aussage über die objektive Vergü-

¹⁴⁶ BAG, Urt. v. 8.12.1960 – 5 AZR 304/58, juris Rn. 16.

¹⁴⁷ BAG, Urt. v. 8.12.1960 – 5 AZR 304/58, juris Rn. 15.

¹⁴⁸ BAG, Urt. v. 28.6.1961 – 4 AZR 11/60, juris Rn. 14.

¹⁴⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 6.10.1965 – 2 AZR 375/64, juris Rn. 6; BAG, Urt. v. 22.2.1978 – 4 AZR 579/76, AP BAT § 17 Nr. 3.

¹⁵⁰ BAG, Urt. v. 6.10.1965 – 2 AZR 375/64, juris Rn. 8.

tungserwartung von Reisezeiten zu entnehmen, sondern sie findet schon eine Stufe zuvor statt: Vertraglich kann geregelt werden, dass Reisezeit gar nicht erst als Arbeitszeit gilt.

Seinem Grundsatz blieb der 5. Senat auch später treu und definierte

„Arbeit [als] jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient [...]. Keine Arbeit wird für den Arbeitgeber durch den Weg zur Arbeit erbracht [...]. Dagegen gehört die Reisetätigkeit bei Außendienstmitarbeitern zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten (§ 611 Abs. 2 BGB).“¹⁵¹

(2) Reisen ist nicht von vornherein Bestandteil der Hauptleistungspflicht

Doch auch wenn die Reisetätigkeit nicht von vornherein als Bestandteil der Hauptleistungspflicht anzusehen ist, mache der Arbeitgeber sie durch ihre Anordnung zur arbeitsvertraglichen Verpflichtung.¹⁵²

„§ 611 Abs. 1 BGB knüpft die Vergütungspflicht des Arbeitgebers allein an die ‚Leistung der versprochenen Dienste‘, also an jede im Synallagma vom Arbeitgeber verlangte Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt [...]. Zu den iSv. § 611 Abs. 1 BGB ‚versprochenen Diensten‘ gehört auch das vom Arbeitgeber angeordnete Fahren vom Betrieb zu einer auswärtigen Arbeitsstelle. Wegen der Fremdnützigkeit der Fahrten sind diese nicht nur im arbeitszeitlichen, sondern auch im vergütungsrechtlichen Sinn ‚Arbeit‘. Durch das Anordnen der Fahrten macht der Arbeitgeber diese zur arbeitsvertraglichen Verpflichtung [...].“¹⁵³

Während die eigennützige Zurücklegung des Wegs von der Wohnung zur Arbeitsstelle nicht als Arbeitsleistung anerkannt wird, gehört das im Wege des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts angeordnete Reisen zur auswärtigen Arbeitsstelle, an der der Arbeitnehmer seine Tätigkeit zu erbringen hat, zu den versprochenen Diensten im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB,

„[...] weil das wirtschaftliche Ziel der Gesamttätigkeit darauf gerichtet ist, verschiedene Kunden aufzusuchen, sei es, um dort wie im Streitfall Dienstleistungen zu erbringen, sei es, um Geschäfte für den Arbeitgeber zu vermitteln oder abzu-

¹⁵¹ BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 292/08, NZA-RR 2010, 231 Rn. 15.

¹⁵² BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 12 ff.; BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 Rn. 17.

¹⁵³ BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 226/16, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 48 Rn. 22; vgl. auch bereits BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 Rn. 17.

*schließen. Dazu gehört zwingend die jeweilige Anreise. [...] Das ist unabhängig davon, ob Fahrtantritt und -ende vom Betrieb des Arbeitgebers oder von der Wohnung des Arbeitnehmers aus erfolgen [...], und gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer bei An- und Abreise ein Fahrzeug mit den für die auswärtige Tätigkeit erforderlichen Werkzeugen, Ersatzteilen uä. führen muss.*¹⁵⁴

Der „Erst-Recht-Zusatz“ ist dabei nicht etwa so zu verstehen als fordere der 5. Senat für das Vorliegen von Arbeit vergleichbar dem 9. Senat eine zusätzliche Belastung des Arbeitnehmers. Zwar nimmt der 5. Senat eine Arbeitsleistung insbesondere dann an, wenn der Arbeitnehmer während bzw. durch die Fahrt noch eine zusätzliche Tätigkeit im Interesse des Arbeitgebers zu erbringen hat, wie beispielsweise der Transport von Werkzeug. Indes ist nach seinem Verständnis von Arbeit diese

*„[...] als Leistung der versprochenen Dienste i.S. des § 611 I BGB [...] nicht nur jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient [, sondern] [...] auch die vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen kann, er also weder eine Pause im Sinne des Arbeitszeitgesetzes [...] noch Freizeit hat [...].“*¹⁵⁵

Im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts lässt das BAG folglich die räumlich-zeitliche Beanspruchung durch den Arbeitgeber genügen.

b) Differenzierung zwischen Reisetätigkeit innerhalb und außerhalb der regulären Arbeitszeit?

Bezüglich der Anspruchsgrundlage für die Vergütung der als Arbeit im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB anerkannten Reisetätigkeit differenzierte das BAG bislang danach, ob sie innerhalb oder außerhalb der regulären Arbeitszeit vorgenommen wurde. Diese Unterscheidung stößt auf Kritik in der Literatur. Sie überzeuge schon deswegen nicht, weil gerade Reisen außerhalb der normalen Arbeitszeit den Arbeitnehmer besonders belasten, weil er hier seine Freizeit opfern müsse.¹⁵⁶ Indes spricht dieses Argument nicht gegen eine dogmatisch begründbare Differenzierung zwischen Reisetätigkeiten innerhalb und außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit, sondern lässt sich vielmehr auf Ebene der objektiven Vergütungserwartung für Reisezeiten außerhalb der regulären Ar-

¹⁵⁴ BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 5 AZR 424/17, NZA 2018, 1211 Rn. 18 zu § 611 I BGB.

¹⁵⁵ BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 Rn. 21.

¹⁵⁶ Adam, AuR 2001, 481 (483).

beitszeit anbringen. Allerdings wirft eine jüngere Entscheidung des BAG¹⁵⁷ Fragen zum Verhältnis von § 611a BGB zu § 612 BGB auf.¹⁵⁸ Insbesondere sei fraglich, ob danach für eine Anwendbarkeit des § 612 BGB noch Raum bleibt.¹⁵⁹

(1) Unterscheidung nach Lage der Reisezeit

§ 611a Abs. 2 BGB regelt die im Synallagma zur Arbeitspflicht stehende Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Vor dem Hintergrund, dass das BAG die angewiesene Reisetätigkeit als Leistung der versprochenen Dienste anerkennt,¹⁶⁰ ist die synallagmatische Verknüpfung zwischen Reisetätigkeit und Vergütungsverpflichtung für solche Fälle, in denen die Reisetätigkeit innerhalb der regulären Arbeitszeit stattfindet, unproblematisch zu bejahen. Liegt die Reisetätigkeit innerhalb der regulären Arbeitszeit und ist sie dem Arbeitgeber zurechenbar, weil sie entweder Teil der vertraglich vereinbarten Hauptleistungspflicht ist oder der Arbeitgeber sie durch Anordnung zum Teil der versprochenen Leistungen im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB macht, ergibt sich die Vergütungspflicht demnach aus § 611a Abs. 2 BGB. Die Reisetätigkeit und die Vergütungszahlung stehen im Synallagma.¹⁶¹ In den Fällen, in denen die Reisetätigkeit dem Arbeitgeber zwar zurechenbar ist, sie jedoch außerhalb der regulären Arbeitszeit stattfindet, mithin die Leistung von Überstunden darstellt, stellte das BAG für die Vergütung dieser mangels vertraglicher Vergütungsabrede insbesondere auf den gesetzlichen Anspruch aus § 612 Abs. 1 BGB ab.¹⁶² Dieser ist auch anwendbar, wenn über die vertraglich geschuldete Tätigkeit hinaus Sonderleistungen erbracht werden, die durch die vereinbarte Vergütung nicht abgegolten sind und für deren Vergütung keine vertragliche Regelung besteht.¹⁶³ Der Anspruch erfordert das Vorliegen einer objektiven Vergütungserwartung – eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, sofern die Arbeitsleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, wobei sich die Höhe nach § 612 Abs. 2 BGB bestimmt.¹⁶⁴ Wesentlicher Spannungspunkt ist in diesem Kontext die Frage des Bestehens einer objektiven Vergütungserwartung für die Leistung von Überstunden.

¹⁵⁷ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159.

¹⁵⁸ Vgl. *Freyler*, BB 2019, 1397 (1401 f.).

¹⁵⁹ Vgl. *Salamon*, ArbRAktuell 2018, 551.

¹⁶⁰ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 15.

¹⁶¹ Vgl. *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (41); *Freyler*, BB 2019, 1397 (1401).

¹⁶² Vgl. BAG, Urt. v. 3.9.1997 – 5 AZR 428/96, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1; *Zeh*, ArbRAktuell 2018, 552.

¹⁶³ ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 2.

¹⁶⁴ ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 2, 35.

(2) Keine Neujustierung des Verhältnisses von § 611a Abs. 2 BGB zu § 612 Abs. 1 BGB

Die Frage nach dem Verhältnis von § 611a Abs. 2 BGB zu § 612 Abs. 1 BGB bei der Vergütung von Reisezeiten ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des BAG vom 17.10.2018 neu zu stellen.¹⁶⁵ In dem entschiedenen Fall ging es um die Vergütung von Reisezeiten bei einer Auslandsentsendung.¹⁶⁶ Der Kläger verlangte Vergütung für über seine reguläre Arbeitszeit von 37 Stunden hinausgehende Reisezeit als Arbeitszeit. Der geschlossene Entsendevertrag enthielt keine Regelungen zur Vergütung von Reisezeiten. Das BAG ließ offen, ob ein tariflicher Anspruch besteht.¹⁶⁷ Es ordnete – in Fortführung seiner Rechtsprechung – die Erbringung der Reisetätigkeit als Leistung der „*versprochenen Dienste*“ im Sinne des § 611 Abs. 1 BGB (jetzt: § 611a Abs. 1 BGB) ein, wozu nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme gehöre, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt.¹⁶⁸ Bemerkenswert ist, dass der Senat auf die Anspruchsgrundlage des § 611 Abs. 1 BGB (jetzt § 611a Abs. 2 BGB) abstellte, obwohl die geltend gemachte Reisezeit außerhalb der regulären Arbeitszeit des Klägers lag und offen gelassen wurde, ob eine tarifliche Vergütungsregelung für erforderliche Reisezeiten bei der vorübergehenden Entsendung ins Ausland besteht.¹⁶⁹ Zweifelhaft ist, ob daraus geschlussfolgert werden kann, dass nach dem BAG nun Reisezeiten auch außerhalb der regulären Arbeitszeit stets gemäß § 611a Abs. 2 BGB im erforderlichen Umfang vergütungspflichtig sind und es auf eine objektive Vergütungserwartung gemäß § 612 Abs. 1 BGB daher nicht mehr ankommt.¹⁷⁰ Ein derartig weites Verständnis des § 611a BGB ist der Entscheidung indes nicht zu entnehmen. Sie sei vielmehr so zu verstehen, dass Reisezeit stets so zu behandeln ist, als ob der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht erbringt: Bei Reisetätigkeit innerhalb der regulären Arbeitszeit sei grundsätzlich der volle Vergütungsanspruch geschuldet, bei Reisetätigkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit sei zu untersuchen, ob diese bereits abgegolten ist, mit einer geringeren Vergütung entlohnt wird oder der volle Vergütungsanspruch entsteht.¹⁷¹ Maßgeblich für

¹⁶⁵ Vgl. Freyler, BB 2019, 1397 (1401 f.); Salamon, ArbRAktuell 2018, 551.

¹⁶⁶ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159.

¹⁶⁷ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 20.

¹⁶⁸ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13.

¹⁶⁹ Freyler, BB 2019, 1397 (1400).

¹⁷⁰ Dies in Frage stellend: Salamon, ArbRAktuell 2018, 551; Salamon/Wessels, ArbRB 2019, 19 (22).

¹⁷¹ Freyler, BB 2019, 1397 (1402).

die Vergütung von Reisezeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit ist also bei fehlender Vergütungsabrede nach wie vor das Bestehen einer objektiven Vergütungserwartung.

(a) Grundsätze der objektiven Vergütungserwartung von Überstunden gemäß § 612 Abs. 2 BGB

Ob eine solche besteht, richtet sich grundsätzlich nach einer objektiven Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei insbesondere die Verkehrssitte, Art, Umfang und Dauer, die Berufs- und Erwerbsverhältnisse des Dienstleistenden sowie die Beziehungen der Beteiligten zueinander zu berücksichtigen sind.¹⁷² Grundsätzlich habe der Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch.¹⁷³ Leistet er Überstunden, ist erforderlich, dass die Überstundenleistung betrieblich notwendig war oder vom Arbeitgeber genehmigt oder geduldet wurde.¹⁷⁴ Das BAG hat in der Vergangenheit Fallgruppen entwickelt, in denen eine objektive Vergütungserwartung für Überstunden nicht ohne Weiteres gegeben sein soll. Darunter fallen Dienste höherer Art und die Zahlung einer insgesamt deutlich herausgehobenen Vergütung sowie Fälle der zeitlichen Verschränkung arbeitszeitbezogen und arbeitszeitunabhängig vergüteter Arbeitsleistungen.¹⁷⁵ Die Grenze für das Vorliegen einer objektiven Vergütungserwartung für Überstunden einschränkenden Einkommens zieht das BAG, ohne dogmatische Begründung, parallel zur Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung.¹⁷⁶

(b) Die objektive Vergütungserwartung für Reisezeiten außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit

Gewissermaßen spiegelverkehrt zu den Fallgruppen, in denen das BAG eine objektive Vergütungserwartung für Überstunden nicht per se annimmt, könnte der 5. Senat in seinem Urteil vom 17.10.2018¹⁷⁷ einen Regelfall festgelegt haben, in dem eine objektive Vergütungserwartung für Überstunden stets besteht, ohne dass eine weitere Einzelfallabwägung erforderlich ist. Bevor näher untersucht wird, ob der Entscheidung des BAG eine grundsätzliche Aussage dieses

¹⁷² Vgl. BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 626/13, AP BGB § 612 Nr. 79 Rn. 21; ErfK/Preis, § 612 BGB Rn. 11.

¹⁷³ BeckOGK/Maties, BGB § 612 Rn. 44.

¹⁷⁴ BeckOGK/Maties, BGB § 612 Rn. 55, 70 f.

¹⁷⁵ S. nur: BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 Rn. 21; jedenfalls zustimmend für Fälle gehobener Vergütung und Dienste höherer Art: *Baack/Lösler*, NZA 2005, 247 (250).

¹⁷⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861 Rn. 21.

¹⁷⁷ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159.

Umfangs zu entnehmen ist, wird ein Überblick über die in der Literatur zur Vergütungserwartung für Reisezeiten vertretenen Auffassungen gegeben und sodann die diesbezügliche Rechtsprechungsentwicklung dargelegt.

i. Ansichten der Literatur

Einige Literaturansichten bemühen für die Begründung einer grundsätzlichen Vergütungserwartung für Dienstreisezeiten, unabhängig von deren Lage inner- oder außerhalb der regulären Arbeitszeit, die aus dem Arbeitszeitrecht bekannte Belastungsthese des BAG. Wo sich im Arbeitszeitrecht noch unter Bezugnahme auf den gesundheitsschützenden Zweck des ArbZG ein – wenn auch nicht überzeugendes – Argument für die Belastungsthese finden lässt, fehlt ein solches im Hinblick auf das Arbeitsvertragsrecht gänzlich. Die Vergütung dient nicht dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer. Der Vergütungsanspruch scheidet auch nicht etwa mit der Begründung aus, der Arbeitnehmer habe über die Grenzen des nach dem ArbZG Zulässigen hinaus gearbeitet.¹⁷⁸ Nichtsdestotrotz fordern Teile der Literatur eine Belastung des Arbeitnehmers, um eine Vergütungspflicht für Reisezeiten zu begründen.¹⁷⁹ Die verschiedenen Gruppierungen gleichen denen des Arbeitsschutzrechts. So wird teilweise die Reise mit jedem Verkehrsmittel als belastend angesehen.¹⁸⁰

„Da gilt es rechtzeitig am Flughafen oder Bahnhof zu sein, den Transfer dorthin zu organisieren, Anschlüsse zu bekommen und auf Verspätungen zu reagieren, Schlangestehen und Ticketprobleme zu lösen. Autofahrer haben es nicht viel besser. [...] [für Dienstreisende ist nicht] [...] einzusehen, warum sie den zusätzlichen Zeitaufwand einer Dienstreise und die damit verbundenen Belastungen als ‚persönliches Pech‘ hinnehmen müssen.“¹⁸¹

Andere differenzieren wiederum danach, ob der Dienstreisende selbst am Steuer eines Kfz sitzt – was als belastend eingestuft wird – oder ob er als bloßer Mitfahrer keine zusätzliche Belastung zu tragen habe.¹⁸²

¹⁷⁸ Baeck/Deutsch, Einführung Rn. 57.

¹⁷⁹ S. nur Els, BB 1986, 2192 (2193).

¹⁸⁰ Peter, AiB 2005, 183 (187).

¹⁸¹ Peter, AiB 2005, 183 (187 f.).

¹⁸² Els, BB 1986, 2192 (2193); Hager Anm. zu BAG, Urt. v. 3.9.1997 – 5 AZR 428/96, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1.

Insoweit wesentlich überzeugender nehmen *Loritz/Koch* das Bestehen einer objektiven Vergütungserwartung ohne Rückgriff auf die Belastungsthese an,

*„wenn der Arbeitnehmer eine ‚Mehrleistung‘ ausschließlich oder überwiegend im Interesse des Arbeitgebers erbringt und aufgrund des Erscheinungsbildes des Arbeitsverhältnisses nicht davon auszugehen ist, daß solche Mehrleistungen vom Gehalt abgedeckt sind.“*¹⁸³

Eine Mehrleistung in Form der Reisetätigkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit sei nur dann bereits vom Gehalt abgedeckt mit der Folge, dass eine objektive Vergütungserwartung nicht bestehe, wenn der Arbeitnehmer beim Arbeitsvertragsschluss deutlich darauf hingewiesen wurde oder es ihm aufgrund der gesamten Umstände selbstverständlich erscheinen musste.¹⁸⁴ Dasselbe gelte, wenn die Reise auch im Interesse des Arbeitnehmers liegt, wie es zum Beispiel bei einer Reise zu Fortbildungsveranstaltungen der Fall sei, die den Marktwert des Arbeitnehmers steigern.¹⁸⁵ In beiden Fällen bestehe eine objektive Vergütungserwartung allerdings stets, soweit der Arbeitnehmer jedenfalls zeitweilig während der Reise seine Hauptleistung erbringt.¹⁸⁶

Teilweise wird die Situation der Dienstreisezeit mit derjenigen der Wasch- und Umkleidezeiten verglichen.¹⁸⁷ Diese subsumierte das BAG bereits in seinem Urteil vom 11.10.2000 unter den Begriff der (vergütungsrechtlichen) Arbeit, wenn sie einem fremden Bedürfnis dienen, das heißt, wenn sie nicht zugleich ein eigenes Bedürfnis erfüllen.¹⁸⁸ Für Umkleidezeiten bejahte es dies für den Fall, dass die Dienstkleidung notwendig im Betrieb angelegt werden muss, dort nach Beendigung der Tätigkeit zu verbleiben hat und der Arbeitnehmer arbeitschutzrechtlich ohne sie die Arbeit gar nicht aufnehmen darf. Das Ankleiden mit einer vorgeschriebenen Dienstkleidung sei nur dann nicht lediglich fremdnützig und damit keine Arbeitszeit, wenn sie zu Hause angelegt und – ohne besonders auffällig zu sein – auf dem Weg zur Arbeitsstätte getragen werden kann.¹⁸⁹ Dass das Umkleiden nur eine Vorbereitungshandlung für die anschließende Tätigkeit darstelle, schließe die Einordnung als Arbeit nicht aus.¹⁹⁰

¹⁸³ *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102 (1107).

¹⁸⁴ *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102 (1107).

¹⁸⁵ *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102 (1108).

¹⁸⁶ *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102 (8).

¹⁸⁷ *Adam*, AuR 2001, 481 (483).

¹⁸⁸ BAG, Urt. v. 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, NZA 2001, 458 (460).

¹⁸⁹ BAG, Urt. v. 6.9.2017 – 5 AZR 382/16, NZA 2018, 180 Rn. 13; BAG, Urt. v. 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, NZA 2001, 458 (460).

¹⁹⁰ BAG, Urt. v. 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, NZA 2001, 458 (460).

Dienstreisezeiten reduzierten die Freizeit des Arbeitnehmers gleichermaßen wie persönliche Vorbereitungen auf die eigentliche Leistung, sodass die Unterscheidung zwischen Reisen inner- und außerhalb der regulären Arbeitszeit unbillig sei – das gelte für die Hin- sowie die Rückreise, welche als Einheit betrachtet werden müssten.¹⁹¹ Das durch den Arbeitnehmer zu erbringende Freizeitopfer treffe ihn zudem umso stärker, wenn er die Reisetätigkeit außerhalb der regulären Arbeitszeit vorzunehmen habe.¹⁹² Dem Arbeitgeber sei es im Rahmen seines Direktionsrechts auch gar nicht möglich, Dienstreisen außerhalb der vertraglichen oder betriebsüblichen Arbeitszeit stattfinden zu lassen, und wenn sich der Arbeitnehmer dennoch auf eine solche Forderung des Arbeitgebers einlasse, sei mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass er dies nur gegen vertragsgemäße Bezahlung tut, weil grundsätzlich keine freiwillige unentgeltliche Leistung über die normale Arbeitszeit hinaus angenommen werden könne.¹⁹³ In dieser generalisierenden Fassung ist die Aussage nicht zutreffend. Es kann durchaus die Möglichkeit bestehen, dass der Arbeitnehmer vertraglich zur Leistung von Überstunden verpflichtet ist – dann ist es dem Arbeitgeber im Rahmen seines Weisungsrechts auch möglich, eine Dienstreise außerhalb der regulären Arbeitszeit anzuordnen. Eine andere Frage ist, inwieweit eine objektive Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB für die Überstundenleistung besteht. Zum Teil wird eine solche bei fehlender Regelung der Vergütungsfrage stets in Höhe des vollen Entgelts bejaht.¹⁹⁴

ii. Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG – Rückkehr zu alten Grundsätzen

Einem Urteil des BAG zum Fall eines Außendienstmitarbeiters lässt sich entnehmen, dass das Gericht in den 1960er Jahren von einer grundsätzlichen Vergütungserwartung für dem Arbeitgeber zurechenbare Reisezeiten ausging. So

„[...] spricht wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen des Senates in [sic!] BAG ergibt, eine Vermutung dafür, daß ein Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses wesentliche Dienstleistungen und damit auch Wegezeiten nennenswerter Art zu außerhalb der Betriebsstätte gelegenen Arbeitsplätzen nur gegen Entgelt erbringt [...].“¹⁹⁵

¹⁹¹ Adam, AuR 2001, 481 (483 f.).

¹⁹² Adam, AuR 2001, 481 (483).

¹⁹³ Adam, AuR 2001, 481 (483).

¹⁹⁴ Staack/Sparchholz, AiB 2013, 99 (100).

¹⁹⁵ BAG, Urt. v. 28.3.1963 – 5 AZR 209/62, BeckRS 1963, 30701217.

Den Grund hierfür sah der 5. Senat darin, dass ein Arbeitnehmer darauf achten müsse, seine Freizeit und Arbeitskraft für seinen Lebensunterhalt zu verwerten und sie nicht zu verschenken, daher seien längere Reisen auch mit größerer Berechtigung als entgeltfähige Arbeitsleistungen zu bewerten als kürzere Reisen. Die Reisetätigkeit liege lediglich im Interesse des Arbeitgebers, da er den aus seinem Unternehmenszweck erstrebten Verdienst nur erreichen könne, wenn seine Angestellten die Reisetätigkeit durchführen.¹⁹⁶

„Deshalb bewertet wirtschaftliches Denken eine derartige Reiseleistung vor [sic!] Angestellten, als die Überwindung von Raum und Zeit im Interesse des Arbeitgebers, weil der Arbeitnehmer damit Unternehmensinteressen wahrnimmt, die außerhalb der Betriebsstätte liegen [...].“¹⁹⁷

Die Zahlung einer Erfolgsbeteiligung rechtfertigt jedenfalls dann keine andere Beurteilung, soweit sie sich der Höhe nach nicht an dem Umfang der vom Arbeitnehmer getätigten Reisen orientiert.¹⁹⁸ Ausnahmen von diesem Grundsatz ließ das BAG in Form tarif- und einzelarbeitsvertraglicher Regelungen zu.¹⁹⁹ Ein abweichender Parteiwille müsse jedoch ausdrücklich formuliert werden.²⁰⁰

In Abkehr von der vorherigen Rechtsprechung konstatierte der 5. Senat in seinem Urteil vom 3.9.1997, dass § 612 Abs. 1 BGB eine derart grundsätzliche Aussage, wonach im Interesse des Arbeitgebers aufgewendete Reisezeit, auch soweit sie außerhalb der Arbeitszeit anfällt, in der Regel vergütungspflichtig sei, nicht zulasse.²⁰¹ Vielmehr sei stets eine Einzelfallprüfung dahingehend erforderlich, ob die durch die Reise erbrachte Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Sollte der vorherigen Rechtsprechung, insbesondere dem Urteil des Senats vom 28.3.1963,²⁰² ein Grundsatz der Vergütungspflicht von Reisezeiten zu entnehmen sein, werde daran nicht festgehalten.²⁰³ Zu Recht erfuhr diese Linie des BAG Kritik dahingehend, dass Arbeitnehmer keine Möglichkeit hätten, die für eine Dienstreise aufgewandte Reisezeit, die außerhalb ihrer Arbeitszeit liegt, nach eigenen Vorstellungen zu gestalten.

¹⁹⁶ BAG, Urt. v. 28.3.1963 – 5 AZR 209/62, BeckRS 1963, 30701217.

¹⁹⁷ BAG, Urt. v. 28.3.1963 – 5 AZR 209/62, BeckRS 1963, 30701217.

¹⁹⁸ BAG, Urt. v. 28.3.1963 – 5 AZR 209/62, BeckRS 1963, 30701217.

¹⁹⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 22.2.1978 – 4 AZR 579/76, AP BAT § 17 Nr. 3.

²⁰⁰ BAG, Urt. v. 28.3.1963 – 5 AZR 209/62, BeckRS 1963, 30701217.

²⁰¹ BAG, Urt. v. 3.9.1997 – 5 AZR 428/96, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1.

²⁰² BAG, Urt. v. 28.3.1963 – 5 AZR 209/62, BeckRS 1963, 30701217.

²⁰³ BAG, Urt. v. 3.9.1997 – 5 AZR 428/96, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1; bestätigt durch BAG, Urt. v. 26.7.2006 – 7 AZR 495/05, NZA 2007, 147 Rn. 31; **zustimmend:** *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (42).

ten und dass überdies Reisen, gleichgültig mit welchem Verkehrsmittel sie erfolgen, belastend seien.²⁰⁴

Jüngst entschied nun der 5. Senat, dass **für erforderliche Reisezeiten grundsätzlich eine Vergütungspflicht in Höhe der für die eigentliche Tätigkeit vereinbarten Vergütung bestehe** und kehrte so gewissermaßen zu seiner in den 1960er Jahren vertretenen Ansicht zurück.²⁰⁵ Das grundsätzlich eigennützig erfolgende Zurücklegen des Wegs von der Wohnung zur Arbeitsstelle sei von der Situation zu unterscheiden, in der der Arbeitnehmer seine Tätigkeit außerhalb des Betriebs zu erbringen hat. Im zweiten Fall gehöre das Fahren zur auswärtigen Arbeitsstelle zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten, weil das wirtschaftliche Ziel der Gesamttätigkeit darauf gerichtet sei, Kunden aufzusuchen.²⁰⁶ Die Reisetätigkeit stelle einen Teil der gemäß § 611 Abs. 1 BGB (jetzt: § 611a Abs. 1 BGB) versprochenen Dienste dar und sei als Arbeit zu bewerten. Durch Arbeits- oder Tarifvertrag könne eine von der eigentlichen Vergütung abweichende Vergütungsregelung für Reisezeiten getroffen werden, wobei § 1 Abs. 1 MiLoG die Untergrenze markiere.²⁰⁷ Für die Erforderlichkeit der Reisezeiten stellte der Senat folgende Grundsätze auf:

„Überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Wahl von Reismittel und/oder Reiseverlauf, ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Vertragsteils (§ 241 Abs. 2 BGB) im Rahmen des ihm Zumutbaren verpflichtet, das kostengünstigste Verkehrsmittel bzw. den kostengünstigsten Reiseverlauf zu wählen. Bei einer Flugreise ist deshalb grundsätzlich die Reisezeit erforderlich, die bei einem Direktflug in der Economy-Class anfällt, es sei denn, ein solcher wäre wegen besonderer Umstände dem Arbeitnehmer nicht zumutbar.“²⁰⁸

Die Beschränkung der Vergütungspflicht auf erforderliche Reisezeiten ergibt sich bei einem Vergütungsanspruch aus § 612 Abs. 1 BGB bereits aus dessen Tatbestandsvoraussetzung der objektiven Vergütungserwartung.²⁰⁹ Nach dem vom BAG aufgestellten Grundsatz besteht eine solche nur für erforderliche Reisezeiten. Die so begründete gesetzliche Vergütungspflicht für erforderliche Reisezeiten führt dazu, dass bei Überstunden in Form von Reisetätigkeit auch in

²⁰⁴ Peter, AiB 2005, 183 (187 f.).

²⁰⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 17; zu dieser Rechtsprechungsentwicklung Volk, in: JahrB ArbR 2018, S. 47 (61 ff.).

²⁰⁶ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 14.

²⁰⁷ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18.

²⁰⁸ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 24.

²⁰⁹ Freyler, BB 2019, 1397 (1401).

den Fallgruppen, in denen das BAG sonst für die Annahme einer objektiven Vergütungserwartung das Hinzutreten besonderer Umstände fordert, solche nicht zusätzlich bestehen müssen. Dafür spricht, dass das BAG den Grundsatz der Vergütungspflicht von Reisezeiten einzig über die Grenze der Erforderlichkeit einschränkt und keine Ausnahmen formuliert, in denen die Reisezeit nicht grundsätzlich vergütungspflichtig sein soll. Zwar ist der Entscheidung ebenso wenig eine Aufgabe der gebildeten Fallgruppen zu entnehmen. Dies ist hingegen auch nicht erforderlich, da selbst unter Beibehaltung der Fallgruppen die Entscheidung des BAG so verstanden werden kann, als sei die Dienstreise ein besonderer, die objektive Vergütungserwartung in diesen Fällen begründender Umstand.

(c) Begrenzung der Vergütung auf den Umfang erforderlicher Reisezeiten auch innerhalb der regulären Arbeitszeit?

In dem vom BAG entschiedenen Fall ging es um die Vergütung von außerhalb der regulären Arbeitszeit liegenden Reisezeiten.²¹⁰ Das Erfordernis der Erforderlichkeit der Reisezeiten für ihre Vergütungspflicht ergibt sich dort bereits aus § 612 Abs. 1 BGB, der eine objektive Vergütungserwartung voraussetzt.²¹¹ Allerdings stellte das BAG nicht auf § 612 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage ab, sondern auf § 611 Abs. 1 BGB (jetzt: § 611a Abs. 2 BGB), sodass fraglich ist, ob sich die Beschränkung der Vergütung auf erforderliche Reisezeiten auch auf solche Reisezeiten bezieht, die innerhalb der regulären Arbeitszeit stattfinden.²¹² Denn innerhalb der regulären Arbeitszeit ergibt sich der Vergütungsanspruch für die Reisetätigkeit bei bestehender Vergütungsvereinbarung für die Hauptleistung aus § 611a Abs. 2 BGB, an sich ist also die vereinbarte Vergütung geschuldet und zwar auch dann, wenn der Arbeitnehmer eine Schlechtleistung erbringt, indem er zum Beispiel eine ineffiziente Reiseroute wählt.²¹³ Jedoch erstreckt sich die arbeitnehmerseitige Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB darauf, das kostengünstigste zumutbare Reisemittel zu wählen, sofern dem Arbeitnehmer die Wahl dessen überlassen wurde.²¹⁴ Über den Weg einer Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung gegen den Arbeitnehmer gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 387, 389 BGB wegen arbeitsver-

²¹⁰ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159.

²¹¹ Freyler, BB 2019, 1397 (1401).

²¹² Vgl. Freyler, BB 2019, 1397 (1401).

²¹³ Freyler, BB 2019, 1397 (1401); vgl. zum Anspruch auf den „normalen“ Arbeitslohn: Loritz/Koch, BB 1987, 1102 (1107).

²¹⁴ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 24.

traglicher Nebenpflichtverletzung durch Wahl einer ineffizienten Reiseroute kann so innerhalb der regulären Arbeitszeit gewissermaßen eine Beschränkung der Vergütung auf die erforderliche Reisezeit erreicht werden.²¹⁵

(d) **Stellungnahme**

Die Vergütungspflicht der Reisezeit ließ sich über zivilrechtliche Grundsätze bereits vor der Entscheidung des BAG vom 17.10.2018 begründen, ohne die Reisezeit als solche grundsätzlich als vergütungsrechtliche Arbeitszeit anerkennen zu müssen. Denn der Arbeitnehmer habe es jedenfalls in der Hand, dem Arbeitgeber während der Reisezeit seine Arbeitskraft anzubieten, die dieser, nachdem er den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers bestimmt hat, nicht ablehnen könne – für die vergütungsrechtlichen Rechtsfolgen gelte dann § 615 BGB.²¹⁶ Zwar erfordert dies, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft in eigener Person, zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Weise, also ordnungsgemäß, anbietet,²¹⁷ sodass fraglich sein kann, ob der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft außerhalb der regulären Arbeitszeit ordnungsgemäß anbieten kann. Indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jedoch kraft seines Direktionsrechts anweist, die Dienstreise auch über den Rahmen der regulären Arbeitszeit hinaus vorzunehmen, konkretisiert er die versprochenen Dienste im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB. Da das BAG jedoch bereits die Reise als solche als Arbeit im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB anerkennt,²¹⁸ muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber während der Reise keine über die bloße Reisetätigkeit hinausgehende Arbeitskraft anbieten. Die Entscheidung des BAG zur grundsätzlichen Vergütungspflicht für erforderliche Reisezeiten schafft begrüßenswerte Klarheit dahingehend, dass durch den Arbeitnehmer geleistete abhängige Arbeit grundsätzlich vergütungspflichtig ist. Überdies verhält sie sich konvergent zur Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitszeitbegriff im Sinne der RL 2003/88/EG. Dienstreisezeiten sind als solche grundsätzlich vergütungspflichtig, soweit sie fremdnützig sind, das heißt ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers erfolgen, und in untrennbarem Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung stehen.²¹⁹ Ob über das bloße Reisen hinaus eine zusätzliche Belastung des Arbeitnehmers gegeben ist, ist für die Frage der

²¹⁵ Freyler, BB 2019, 1397 (1401).

²¹⁶ Buschmann, FS Hanau, S. 197 (209); Buschmann/Ullber, ArbZG, § 2 Rn. 31.

²¹⁷ BAG, Urt. v. 28.6.2017 – 5 AZR 263/16, NZA 2017, 1528 Rn. 21; ErfK/Preis, § 615 BGB Rn. 18.

²¹⁸ S. nur BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13 ff.

²¹⁹ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 11, 15.

Vergütungspflicht auch nach der Rechtsprechung des BAG nicht relevant. Eine grundsätzliche Vergütungspflicht besteht insbesondere auch, wenn der Arbeitnehmer während der Reise schläft oder einem selbstgewählten Zeitvertreib nachgeht. Das ist nur konsequent, da der Arbeitgeber auch die von ihm veranlasste Untätigkeit zu vergüten hat.²²⁰

Mit der Einordnung der Reisezeit als vergütungsrechtliche Arbeitszeit steht jedoch noch nicht fest, wie diese zu vergüten ist. Das BAG hält hierzu fest, dass diese grundsätzlich mit der für die eigentliche Tätigkeit vereinbarten Vergütung zu bezahlen ist, sofern nicht arbeits- oder tarifvertraglich etwas anderes vereinbart ist.²²¹ Welche Grenzen für die arbeits- und tarifvertraglich abweichenden Vergütungsregelungen bestehen, wird an späterer Stelle dargestellt.

4. Die betriebsverfassungsrechtliche Dimension

a) Räumlicher und persönlicher Geltungsbereich des BetrVG

Der räumliche Geltungsbereich des BetrVG erstreckt sich nach ständiger Rechtsprechung des BAG sowie der überwiegenden Auffassung in der Literatur gemäß dem Territorialitätsprinzip auf Betriebe, die innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland liegen.²²² Andere erachten nicht das Territorialitätsprinzip für maßgeblich, sondern stellen entscheidend darauf ab, dass das BetrVG den Betrieb zum maßgeblichen Bezugspunkt macht, sodass entsprechend der *lex rei sitae* im Sachenrecht das Recht am Ort des Betriebs die Anwendung des jeweiligen Betriebsverfassungsrechts bestimme.²²³

Die Frage, inwieweit das BetrVG auf Arbeitnehmer deutscher Betriebe anwendbar ist, die im Ausland tätig sind, kann mit Hilfe des Territorialitätsprinzips nicht beantwortet werden. Maßgeblich hierfür ist der persönliche Geltungsbereich des BetrVG. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist das deutsche Betriebsverfassungsrecht auf im Ausland tätige Arbeitnehmer anwendbar, soweit sich deren Auslandstätigkeit als Ausstrahlung des Inlandsbetriebes dar-

²²⁰ BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 Rn. 21.

²²¹ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 17.

²²² BAG, Urt. v. 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, NZA 2018, 1396 Rn. 13; BAG, Urt. v. 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, NZA 1990, 658 (659); BAG, Urt. v. 9.11.1977 – 5 AZR 132/76, NJW 1978, 1124; *Herfs-Röttgen*, NZA 2018, 150 (151); *ErfK/Koch*, § 1 BetrVG Rn. 5; *Mückl/Kaueroff*, ArbRAktuell 2013, 567 (568); *BeckOKArbR/Schönbohm*, Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 38 f.;

²²³ MHdB ArbR/*Boemke*, Bd. 3, § 284 Rn. 25; *Boemke*, NZA 1992, 112.

stellt.²²⁴ Die Frage, ob ein Arbeitnehmer trotz seiner Auslandstätigkeit dem Inlandsbetrieb zugehört, sei dabei grundsätzlich nach den allgemeinen Kriterien der Betriebszugehörigkeit zu entscheiden.²²⁵ Erforderlich ist also eine rechtliche und tatsächliche Beziehung zum Arbeitgeber als Betriebsinhaber.²²⁶ Der Umstand, dass vor der Entsendung ins Ausland im Wege der Dienstreise keine Bindung des Arbeitnehmers an den inländischen Betrieb bestand, kann dabei gegen das Bestehen der erforderlichen Betriebszugehörigkeit sprechen und eine Ausstrahlung ausschließen.²²⁷ Das BAG verneint das Vorliegen einer ausreichenden Ausstrahlungswirkung regelmäßig für solche Fälle, in denen Arbeitnehmer ständig im Ausland beschäftigt werden.²²⁸ Entgegen einem in der Literatur geführten Streit um eine zeitliche Obergrenze, ab deren Überschreitung die vorübergehende Beschäftigung im Ausland zu einer Lösung vom inländischen Betrieb führen soll,²²⁹ sieht das BAG in der Dauer der Auslandstätigkeit lediglich ein Indiz für die Beantwortung der Frage nach einer ausreichenden Ausstrahlungswirkung.²³⁰ Gleiches gilt bezüglich einer möglicherweise bestehenden Eingliederung in die betriebliche Struktur des Auslandsbetriebs.²³¹ Jüngst stellte es insbesondere darauf ab, von wo aus das Direktionsrecht ausgeübt wird und ob eine praktisch relevante Rückholmöglichkeit des Arbeitgebers im Wege seines Direktionsrechts besteht:

„Hingegen liegt eine Zuordnung zu einer (inländischen) Arbeitsorganisation vor, wenn der Arbeitnehmer in diese eingegliedert ist. Hierfür ist kennzeichnend, dass er hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Inhalt der übernommenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht von Personen unterliegt, die in der im Inland gelegenen Betriebsstätte tätig sind. Dies gilt auch im Falle einer Auslandstätigkeit [...]. Der

²²⁴ BAG, Urt. v. 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, NZA 2018, 1396 Rn. 13; BAG, Beschl. v. 16.1.1990 – 1 ABR 47/88, BeckRS 1990, 30732789; BAG, Urt. v. 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, NZA 1990, 658 (659); BAG, Beschl. v. 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, NJW 1983, 413; BAG, Urt. v. 21.10.1980 – 6 AZR 649/79, NJW 1981, 1175 (1175 f.).

²²⁵ BAG, Beschl. v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, NZA 2000, 1119 (1121) unter Bezugnahme auf *Boemke*, NZA 1992, 112 (113).

²²⁶ *Boemke*, NZA 1992, 112 (113).

²²⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 21.8.2007 – 3 AZR 269/06, NZA-RR 2008, 649 Rn. 17; BAG, Beschl. v. 16.1.1990 – 1 ABR 47/88, BeckRS 1990, 30732789; BAG, Urt. v. 21.10.1980 – 6 AZR 640/79, NJW 1981, 1175 (1176), wo noch hinzukam, dass eine an den Auslandsaufenthalt anschließende Beschäftigung im Inlandsbetrieb von vornherein nicht vorgesehen war.

²²⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, NZA 2018, 1396 Rn. 13.

²²⁹ S. nur *Boemke*, NZA 1992, 112 (114) m.w.N.

²³⁰ BAG, Urt. v. 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, NZA 1990, 658 (659) m.w.N.

²³¹ BAG, Urt. v. 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, NZA 1990, 658 (659) m.w.N.

inländische Arbeitgeber muss gegenüber dem im Ausland tätigen Arbeitnehmer eine betriebsverfassungsrechtlich relevante (und sei es eine partielle) Arbeitgeberstellung tatsächlich eingenommen haben [...]. Ein Inlandsbezug kann sich daher daraus ergeben, dass das Direktionsrecht gegenüber dem im Ausland tätigen Arbeitnehmer vom inländischen Betrieb ausgeübt wird [...]. Ebenso kann eine zuvor bestehende Zugehörigkeit zu einem inländischen Betrieb bei Bestehen eines dem Arbeitgeber vorbehaltenen Rückrufsrechts erhalten bleiben, sofern es praktische Bedeutung hat [...]. Dagegen reicht es regelmäßig nicht aus, dass dem Inlandsbetrieb (nur) die Personalverwaltung obliegt [...].“²³²

Über die vom BAG entwickelten Grundsätze lässt sich der erforderliche Bezug zum Inlandsbetrieb für die Dienstreise ins Ausland eines in einem in Deutschland gelegenen Betriebs angestellten Arbeitnehmers ohne Weiteres begründen – solche Fälle werden mithin vom Geltungsbereich des BetrVG erfasst. Denn die Dienstreise ist schon qua Definition nur vorübergehender Natur²³³ – es besteht also nicht nur eine faktische Rückholmöglichkeit, sondern die Rückkehr ist von vornherein vorgesehen. Außerdem erfolgt sie zum Zwecke der Erledigung eines Dienstgeschäftes für den Arbeitgeber,²³⁴ der Arbeitnehmer unterliegt während der Dienstreise also auch dem Direktionsrecht seines (inländischen) Arbeitgebers.

b) Die Rechtsprechung des BAG zum Begriff der Arbeitszeit im Sinne des Betriebsverfassungsrechts

Der Arbeitszeitbegriff in § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG, so der 1. Senat, sei nicht gänzlich deckungsgleich mit dem Begriff der vergütungsrechtlichen Arbeitszeit und dem des ArbZG oder der RL 2003/88/EG.²³⁵ Dabei stellt der 1. Senat fest, dass Arbeit eine Tätigkeit sei, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses diene.²³⁶ Später verdeutlichte der 1. Senat sein Verständnis von Arbeitszeit, indem er formulierte, dass es für das Vorliegen von Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG ohne Bedeutung sei, ob es sich

²³² BAG, Urt. v. 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, NZA 2018, 1396 Rn. 13; a.A.: Boemke, NZA 1992, 112 (114), der einen Rückrufvorbehalt nicht ausreichen lässt, um einen Bezug zum inländischen Betrieb zu bejahen, wenn die Versetzung auf unbestimmte Zeit erfolgt.

²³³ Vgl. BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155 Rn. 13; BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216.

²³⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155 Rn. 13; BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216.

²³⁵ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 26.

²³⁶ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28.

bei der Arbeitsleistung um die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht oder um eine vom Arbeitgeber verlangte sonstige Leistung handele, solange die sonstige Leistung eine Tätigkeit sei, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses diene.²³⁷

„[Arbeitszeit] im Sinne [der § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG] ist die Zeit, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich erbringen soll. Ob es sich dabei um die Erfüllung der Hauptleistungspflicht oder um eine vom Arbeitgeber verlangte sonstige Leistung handelt, ist solange ohne Bedeutung, wie die sonstige Leistung in der Erbringung von ‚Arbeit‘ besteht [...]. ‚Arbeit‘ ist eine Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.“²³⁸

„Dies umfasst jegliche Tätigkeiten, die einem fremden Bedürfnis dienen und nicht zugleich ein eigenes Bedürfnis des Arbeitnehmers erfüllen.“²³⁹

Oder anders formuliert: Arbeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer im ganz überwiegenden Interesse des Arbeitgebers tätig ist.²⁴⁰ Dieses Verständnis von Arbeitszeit deckt sich – entgegen der Feststellung des 1. Senats²⁴¹ – mit dem Arbeitszeitverständnis des 5. Senats, denn auch dieser versteht Arbeit als jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses diene.²⁴²

c) Qualifikation der Dienstreisezeit als betriebsverfassungsrechtliche Arbeitszeit?

Vor dem Hintergrund dieses Verständnisses von Arbeit, überrascht es umso mehr, dass der 1. Senat das Reisen im Zusammenhang mit einer Dienstreise bislang nicht darunter subsumiert.²⁴³

²³⁷ BAG, Beschl. v. 15.4.2008 – 1 ABR 44/07, NZA-RR 2009, 98 Rn. 43.

²³⁸ BAG, Beschl. v. 15.4.2008 – 1 ABR 44/07, NZA-RR 2009, 98 Rn. 43.

²³⁹ BAG, Beschl. v. 30.6.2015 – 1 ABR 71/13, BeckRS 2015, 72430 Rn. 22.

²⁴⁰ *Kreft*, AuR 2018, 56 (61).

²⁴¹ Vgl. BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 26; BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218).

²⁴² BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13 m.w.N.

²⁴³ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28; BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218 f.).

„Mit dem Reisen als solchem sind keine Tätigkeiten verbunden, die im Interesse des Arbeitgebers ausgeübt würden. [...] Solange der Arbeitgeber aber sein entsprechendes Direktionsrecht – so es denn besteht – nicht ausübt, liegt im bloßen Reisen keine Arbeitsleistung. Die dafür benötigte Zeit ist keine Arbeitszeit i.S. von § 87 I Nr. 2 BetrVG.“²⁴⁴

Damit liefert der 1. Senat vor dem Hintergrund seiner Definition der Arbeitszeit keine dieses Ergebnis tragende Begründung. Vielmehr wird unter Rekurs auf den Zweck des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, welches die Grenze zwischen Freizeit und Arbeitszeit betreffe, über die zuvor formulierte Definition hinaus gefordert, dass der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer während der Reise eine weitere Tätigkeit verlangt.²⁴⁵ Der Arbeitnehmer erbringe durch das bloße Reisen keine Arbeitsleistung, da dieses regelmäßig nicht zu den vertraglichen Hauptpflichten gehöre und mit dem Reisen keine Tätigkeiten verbunden seien, die im Interesse des Arbeitgebers ausgeübt würden.²⁴⁶ Es fragt sich, in wessen Interesse der Arbeitnehmer die Reise zum arbeitgeberseitig bestimmten Ort und Zeitpunkt stattdessen vornimmt – im eigenen Interesse erfolgt diese wohl sicher nicht, schließlich liegt die Wahrnehmung der Dienstreise ausschließlich im wirtschaftlichen Interesse des Arbeitgebers. Entgegen der Definition wird es gerade nicht als ausreichend erachtet, dass die Tätigkeit im Interesse des Arbeitgebers erfolgt. Bereits aufgrund dieses inneren Widerspruchs vermag die Entscheidung nicht zu überzeugen.²⁴⁷ Noch weniger überzeugt sie vor dem Hintergrund, dass der 1. Senat in der Anordnung der Dienstreise – zutreffend – mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten sieht.²⁴⁸

„Der Arbeitnehmer, der eine Dienstreise unternimmt, erfüllt damit seine Arbeitspflicht.“²⁴⁹

Die **Inkonsequenz des 1. Senats** in Bezug auf die Subsumtion der Reisezeit unter den Begriff der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitszeit wird an einem Beschluss aus dem Jahr 1996 besonders deutlich, in dem zur Frage der Mitbestimmungspflicht der Anordnung einer Dienstreise außerhalb der regulären

²⁴⁴ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28.

²⁴⁵ Vgl. BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 26 ff.; a.A.: DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 83; *Staack/Sparchholz* AiB 2013, 99 (101).

²⁴⁶ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28; a.A.: DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 83; *Staack/Sparchholz* AiB 2013, 99 (101).

²⁴⁷ Anmerkend, dass das BAG in letzter Zeit keine Gelegenheit zur Überprüfung dieser Ansicht gehabt habe: *Kreft*, AuR 2018, 56 (62).

²⁴⁸ BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218).

²⁴⁹ BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6.

Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zunächst ausführlich begründet wird, dass eine solche nicht bestehe, da die Anordnung der Dienstreise das Arbeitsverhalten betreffe:

„Das Arbeitsverhalten wird berührt, wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind. [...] Die [...] Maßnahme betrifft allein das Arbeitsverhalten. Der Arbeitnehmer, der ein auswärtiges Dienstgeschäft wahrnimmt, erfüllt damit seine Arbeitspflicht. Mit der entsprechenden Anordnung konkretisiert der Arbeitgeber unmittelbar die zu erbringende Arbeitsleistung. Er legt fest, daß der Arbeitnehmer eine bestimmte Aufgabe außerhalb des normalen Arbeitsortes zu erbringen hat. Mit dieser Ortsbestimmung legt er zugleich fest, daß der Arbeitnehmer zu seiner Arbeit anreisen muß. Schließlich trifft er auch eine zeitliche Bestimmung, indem er Beginn und Ende des auswärtigen Dienstgeschäftes und damit zugleich mittelbar die Reisezeiten festlegt. Alle diese Weisungen beziehen sich unmittelbar auf die Arbeitsleistung.“²⁵⁰

Sodann wird zur Frage einer Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ausgeführt, dass in der Anordnung einer **Dienstreise außerhalb der Arbeitszeiten jedenfalls dann keine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit im Sinne der Vorschrift liege, wenn der Arbeitnehmer während der Reisezeit keine Arbeitsleistung zu erbringen hat.**²⁵¹ Ob der Arbeitnehmer während der Reisezeit eine Arbeitsleistung zu erbringen habe, sei im zugrundeliegenden Fall streitig.²⁵² Doch der Senat verkennt, dass er die Frage, ob eine Arbeitsleistung vorliegt, bereits wenige Zeilen zuvor mit ausführlicher Begründung bejaht hatte, indem er feststellte, dass die Dienstreiseanordnung das Arbeitsverhalten betreffe. Es ist **widersprüchlich**, dass der Arbeitgeber mit der Anordnung der Dienstreise einerseits zwar die Arbeitsleistung konkretisiere, es sich aber gleichzeitig bei der Dienstreise nicht um Arbeit handeln soll, solange der Arbeitgeber sein Direktionsrecht nicht ausübt. Eine zusätzliche Arbeitsleistung kann zur Bejahung von betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitszeit nicht erforderlich sein, da sie bereits vorliegt. Dass der 1. Senat – außer im Kontext des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG – auch die Reisezeit der Dienstreise unter das Arbeitsverhalten fasst, offenbart sich auch dadurch, dass er Bestimmungen einer Dienstreiseordnung, die den Arbeitnehmer anhalten, ein bestimmtes Verkehrsmittel zu wählen, als Regelungen des Verhaltens des Ar-

²⁵⁰ BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218).

²⁵¹ BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218); a.A.: DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 123; Schoof, AiB 2003, 199 (208); Staack/Sparchholz, AiB 2013, 99 (101).

²⁵² BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218).

beitnehmers über seine Arbeitsleistung begreift.²⁵³ Außerdem erkennt er an, dass es sich bei den Reisekosten des Arbeitnehmers um im Interesse des Arbeitgebers gemachte Aufwendungen handelt.²⁵⁴ Die Reisetätigkeit ist ein einheitlicher Vorgang, sodass sich eine derartige Differenzierung verbietet. Es ist **widersprüchlich, dass zwar die mit der Reise im Zusammenhang entstehenden Kosten als im Interesse des Arbeitgebers stehend anerkannt werden, nicht aber die Reisetätigkeit selbst.**

Eine saubere Subsumtion der Reisetätigkeit im Rahmen der Dienstreise unter die Definition der Arbeitszeit des 1. Senats würde zur Annahme von Arbeitszeit führen und diese Widersprüche vermeiden. Denn dass die Reisetätigkeit bei der Dienstreise im Interesse des Arbeitgebers erfolgt, ist offenkundig. Sie dient der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses, namentlich dem Bedürfnis des Arbeitgebers an der An- und Abreise des Arbeitnehmers zum und vom auswärtigen Dienstort. Somit ist sie Arbeit sowohl im Sinne der Definition des 1. Senats als auch im Sinne des Verständnisses des 5. Senats, dem die Subsumtion gelingt.²⁵⁵ Überdies wird sogar anerkannt,

„[...] daß der Arbeitnehmer durch den Zwang zur Anreise an den auswärtigen Dienstort in der Gestaltung seiner Freizeit eingeschränkt ist. Dem LAG kann auch nicht darin gefolgt werden, daß Reisen generell nicht als Belastung gelten, sondern im Gegenteil als Freizeitaktivität und Erholung. Das mag zutreffen, wenn es der privaten und selbstbestimmten Urlaubsplanung dient – sei es auch nur deshalb, weil die Anreise als notwendiges Übel zur Erreichung des Urlaubsziels erforderlich ist. Dies ändert aber nichts daran, daß Reisen – in welcher Art auch immer – objektiv Belastungen mit sich bringen, die bei einiger Dauer auch subjektiv als solche empfunden werden. Wenn eine Fahrt durch den Arbeitgeber angeordnet wird, ist der Vergleich mit Freizeitaktivitäten und Erholungsreisen unangebracht.“²⁵⁶

Mit der Argumentation des 1. Senats lässt sich die Dienstreisezeit also sogar unter den – hier als unionsrechtswidrig verworfenen – strengeren arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriff des BAG subsumieren. Nichtsdestotrotz verneint der 1. Senat die Annahme betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitszeit für die Dienstreisezeit und überschreitet damit die Grenzen seiner eigenen Definition. Der eigentliche Grund für diese Ansicht findet sich nur einen Atemzug später:

²⁵³ BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6.

²⁵⁴ BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6.

²⁵⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 11 ff.; BAG, Beschl. v. 15.4.2008 – 1 ABR 44/07, NZA-RR 2009, 98 Rn. 43.

²⁵⁶ BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218).

„Wollte man allein die mit einer Reise verbundene Beschränkung der privaten Lebensgestaltung ausreichen lassen, um die Reisezeit der Arbeitszeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne immer gleichzusetzen, müsste dies nicht nur für die Fahrzeit gelten, sondern auch für jeden erforderlichen Aufenthalt am auswärtigen Dienstort, z.B. auch für Übernachtungen. Folgerichtig wäre die gesamte am auswärtigen Dienstort verbrachte Zeit als Arbeitszeit i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BetrVG anzusehen. Dies kann aber nicht gewollt sein.“²⁵⁷

Die inkonsistenten Ausführungen des 1. Senats scheinen also vielmehr der Vermeidung des unerwünschten Ergebnisses eines bestehenden Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats zu dienen.²⁵⁸

Diese Befürchtung ist unter Zugrundelegung der Definition des Begriffs der Arbeit durch den 1. Senat nicht nur unzutreffend²⁵⁹ – sie vermag überdies eine Einschränkung des Mitbestimmungsrechts nicht zu begründen. Betrachtet man die **drei Phasen der Dienstreise** unter dem Aspekt der qua Definition erforderlichen **überwiegenden Fremdnützigkeit**, so lässt sich diese für die Hin- und Rückreise sowie die Zeiten der Wahrnehmung des Dienstgeschäftes ohne weiteres bejahen. Der Arbeitnehmer hat keinerlei eigenes Interesse an der Anreise zum auswärtigen Dienstort, denn diese liegt einzig im Interesse des Arbeitgebers, der von ihm die Wahrnehmung des auswärtigen Dienstgeschäftes verlangt, welches ebenfalls einzig im arbeitgeberseitigen Interesse steht. Auch die Rückreise steht jedenfalls dadurch im Interesse des Arbeitgebers, dass sie zwangsläufig mit der Hinreise im Zusammenhang steht – ohne die Hinreise wäre die Rückreise nicht notwendig gewesen. Zwar erreicht der Arbeitnehmer durch die Rückreise seinen Heimatort, jedoch überwiegt eindeutig das arbeitgeberseitige Interesse an der Hinreise, welches auf die Rückreise durchschlägt.²⁶⁰ Zudem besteht auch insofern ein arbeitgeberseitiges Interesse an der Rückreise, als dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit an seinem gewöhnlichen Arbeitsplatz nach der Dienstreise wieder aufnehmen soll. Den Befürchtungen des 1. Senats, dass die gesamte am auswärtigen Dienstort verbrachte Zeit als Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG anzusehen ist, ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Zeiten des Aufenthalts am Ort des Dienstgeschäftes vor und nach dessen Erledigung nicht im überwiegenden Interesse des Arbeitgebers stehen, sondern **eigenwirtschaftlich** sind. Zwar befindet sich der Arbeitnehmer

²⁵⁷ BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (219).

²⁵⁸ S. a. *Buschmann*, FS Hanau, S. 197 (209).

²⁵⁹ Vgl. auch *Buschmann*, FS Hanau, S. 197 (209).

²⁶⁰ Vgl. zur Einheit von Hin- und Rückreise bei der Dienstreise: *Adam*, AuR 2001, 481 (484).

währenddessen an einem durch den Arbeitgeber mittelbar vorgegebenen Ort, er ist jedoch im Rahmen des Möglichen frei, diesen Ort zu verändern. Anders ist dies bei der Reisezeit, während der der Arbeitnehmer gezwungen ist, sich auf dem Weg in Richtung des vorgegebenen Ziels zu bewegen und im Verkehrsmittel zu verweilen. Es steht ihm außerdem frei, die Zeit nach freiem Belieben zu füllen. Im Unterschied zur Reisezeit ist er hier nicht gezwungen, solchen Tätigkeiten nachzugehen, die mit der Tätigkeit des Reisens kompatibel sind. Er kann Tätigkeiten nachgehen, denen er nach Feierabend auch zu Hause nachgehen würde, die also überwiegend in seinem eigenen Interesse stehen.²⁶¹

Nicht nur die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsprechung des BAG in sich ist widersprüchlich. Vielmehr steht das Verständnis des 1. Senats in Bezug auf die Qualifizierung der Reisetätigkeit im Rahmen der Dienstreise auch im direkten Gegensatz zur Rechtsprechung des 5. Senats, der unter Zugrundelegung einer mit dem 1. Senat konvergenten Definition des Begriffs Arbeitszeit die vom Arbeitgeber angeordnete Reisetätigkeit konsequent darunter subsumiert.²⁶²

5. Zwischenfazit: Erfordernis einer Angleichung der Arbeitszeitbegriffe

a) Einheitlicher Arbeitszeitbegriff

Der Begriff der Arbeit und damit einhergehend auch der Begriff der Arbeitszeit können jedenfalls im arbeitsvertraglichen Kontext nur abhängige Arbeit sein. Für das Vorliegen abhängiger Arbeit stellen der EuGH und der 5. Senat des BAG überzeugenderweise auf die Fremdnützigkeit der arbeitnehmerseitigen Tätigkeit ab. Abhängige Arbeit kann nur verrichten, wer Arbeitnehmer ist – wer Arbeitnehmer ist, bestimmt sich wiederum nach § 611a BGB. Die Arbeitnehmereigenschaft bestimmt sich maßgeblich nach der Art und Weise der Tätigkeit – bei dieser muss es sich also um Arbeit im Sinne des Arbeitsvertrages handeln. Somit muss § 611a Abs. 1 S. 1 BGB denkwürdig zugleich bestimmen, was Arbeit im Sinne des Arbeitsvertrages ist. Der Begriff „Arbeit“ wird gemäß § 611a Abs. 1 S. 1 BGB um Attribute ergänzt, die erforderlich sind, um von Arbeit im Sinne des Arbeitsvertrages zu sprechen: Es muss sich um weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit handeln. Die Zeit, während der der Arbeitnehmer so definierte Arbeit leistet, ist Arbeitszeit. Zwar

²⁶¹ Vgl. DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 124.

²⁶² Vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 14.

verliert der Arbeitnehmer diese Eigenschaft nicht etwa dadurch, dass er seine Ruhezeit in Anspruch nimmt oder krankheitsbedingt nicht arbeitet, dies steht aber dem Gedanken, dass die den Arbeitnehmer typischerweise charakterisierende Tätigkeit die Arbeitsleistung ist, nicht entgegen. Folglich ist es für die gezogene Parallele zwischen der Definition des Arbeitnehmerbegriffs und der Definition dessen, was Arbeit ist, unschädlich, dass der Arbeitnehmer nicht die gesamte Zeit, die ihm zur Verfügung steht, Arbeit leistet. Sobald er dies aber tut, liegt Arbeitszeit vor. Die Fremdнützigkeit der Reisetätigkeit ergibt sich bei der Dienstreise daraus, dass der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers reist und diese Reise in untrennbarem Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung steht. Dieses Begriffsverständnis entspricht – völlig systemgerecht – dem in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB definierten Arbeitnehmerbegriff.²⁶³

Unterschiede zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff des 1. Senats bestehen schon qua Definition – anders als dieser glauben machen will – nicht. Die Reisetätigkeit wurde bislang lediglich – ohne tragende Begründung und entgegen der eigenen Definition – nicht hierunter subsumiert. Arbeit sei eine Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.²⁶⁴ Insoweit ist dem 1. Senat ohne Einschränkungen zuzustimmen. Doch mit dem Reisen als solchem seien keine Tätigkeiten verbunden, die im Interesse des Arbeitgebers ausgeübt würden.²⁶⁵ Mit dieser Behauptung, die jeglicher Begründung entbehrt, **wird eine scheinbare Begriffsmehrheit fingiert**.

Die im Kontext des arbeitszeitrechtlichen Arbeitsbegriffs vertretene Belastungsthese ist – primär – aufgrund ihrer Unionsrechtswidrigkeit abzulehnen. Überdies erweist sie sich als Quelle großer Rechtsunsicherheit. Damit verbleibt auch hier als Begriffskern der Arbeit die Leistung fremdbestimmter, fremdnütziger, weisungsgebundener Arbeit, die in der Regel räumlich begrenzt ist. Eine Differenzierung zwischen den Begriffsverständnissen der Teilrechtsgebiete erübrigt sich. Es trifft nicht zu, dass die verschiedenen Zweckerwägungen der Rechtsgebiete des Arbeitsvertrags- und des Arbeitsschutzrechts – auf der einen Seite die wirtschaftliche Wertung der Leistung des Arbeitnehmers und auf der anderen Seite der Schutz des Arbeitnehmers gegen eine übermäßige zeitliche Inanspruchnahme – einem einheitlichen Arbeitszeitbegriff entgegenstehen.²⁶⁶ Denn

²⁶³ Preis, VSSAR 2019, 267 (281).

²⁶⁴ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28.

²⁶⁵ BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 28.

²⁶⁶ So aber Zmarzlik, DB 1967, 1264.

die zeitliche Inanspruchnahme des Arbeitnehmers erfolgt durch die Anweisung zur Leistung fremdbestimmter, fremdnütziger Arbeit und eben diese ist gemäß § 611a Abs. 2 BGB grundsätzlich zu vergüten.

Mithin verbleibt – allen Teilrechtsgebieten gemein – ein **Kernbegriff der arbeitsrechtlichen Arbeitszeit**, der deckungsgleich ist mit dem Arbeitnehmerbegriff des § 611a Abs. 1 BGB. Die **unselbstständige fremdbestimmte, fremdnützige, weisungsgebundene und in der Regel räumlich begrenzte Tätigkeit** ist abhängige Arbeit – die Zeit, während der der Arbeitnehmer einer solchen Tätigkeit nachgeht, ist arbeitsrechtliche Arbeitszeit.²⁶⁷

b) Alternative Lösungskonzepte zur Vermeidung von Arbeitszeitverstößen

Die Fassung von Dienstreisezeiten unter den arbeitsrechtlichen Arbeitszeitbegriff und damit auch unter den arbeitszeitrechtlichen Arbeitszeitbegriff kann mitunter zu dem Ergebnis führen, dass die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten überschritten werden. Aus unionsrechtlicher Perspektive beginnt die unverzichtbare Ruhezeit nach 13 Stunden Arbeit, nach dem ArbZG beginnt sie spätestens nach zehn Stunden Arbeit. Muss der Arbeitnehmer seine Reise also nach 13 bzw. zehn Stunden unterbrechen, um die arbeitszeitrechtlichen Grenzen zu wahren? Dies wäre nicht nur eine absurde, sondern auch eine wohl unmöglich zu verhindernde Konsequenz.²⁶⁸

Dies kann jedoch nicht zur Rechtfertigung der Belastungsthese herangezogen werden.²⁶⁹ Auch kann dem Problem nicht mit der Erhöhung der zulässigen Regelarbeitszeit begegnet werden,²⁷⁰ denn dadurch wird der Gesundheitsschutz nicht nur reduziert, sondern dies führt außerdem dann zu keiner Lösung, sobald die Reisezeit die erhöhte zulässige Regelarbeitszeit übersteigt. Der Konflikt wird somit nur um ein paar Stunden verschoben.

²⁶⁷ Preis, VSSAR 2019, 267 (286); eine Differenzierung weiterhin vornehmend z.B.: Freyler, BB 2019, 1397; Hördt, ArbRAktuell 2019, 55 (56); Niklas, ArbRB 2019, 275; Salamon/Wessels, ArbRB 2019, 19.

²⁶⁸ Preis, VSSAR 2019, 267 (279).

²⁶⁹ So jedoch Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505 (507).

²⁷⁰ So jedoch Hunold, NZA-Beil. 2006, 38 (45).

(1) Extensive Interpretation des § 14 ArbZG?

§ 14 Abs. 1 ArbZG sieht die Möglichkeit vor, in Notfällen und außergewöhnlichen Fällen von den §§ 3 bis 5, 6 Abs. 2 sowie §§ 7 und 9 bis 11 ArbZG abzuweichen. Der Fall der Dienstreise wird regelmäßig keinen **Notfall** im Sinne der Norm darstellen. Denn hierfür ist erforderlich, dass es sich um ein ungewöhnliches, nicht vorhersehbares und vom Willen des Betroffenen unabhängiges Ereignis handelt, das die Gefahr eines unverhältnismäßigen Schadens mit sich bringt.²⁷¹ Möglicherweise könnte die Dienstreise einen **außergewöhnlichen Fall** im Sinne der Norm darstellen. Dann müsste es sich dabei um eine besondere Situation vorübergehender Art handeln, die vom Willen des Betroffenen unabhängig ist, und deren Folgen nicht durch andere zumutbare Maßnahmen als durch Abweichung von den in § 14 Abs. 1 ArbZG aufgeführten Arbeitszeitnormen zu beseitigen sind.²⁷² Beispielhaft sei hier die Notwendigkeit der Beseitigung von Schnee und Eis durch einen Schulhausmeister genannt, die zur Abwendung von Gefahren vorübergehender Art notwendig ist.²⁷³ Der zu lösende Fall des Arbeitszeitverstoßes im Rahmen der Dienstreise liegt darin begründet, dass die als Arbeitszeit zu wertende Reisezeit länger dauert als die gesetzliche Höchstarbeitszeit gestattet. Sofern also Reisen so gebucht werden können, dass ausreichende Unterbrechungen möglich sind, um die zwingenden Regelungen des ArbZG einzuhalten, scheidet das Vorliegen eines außergewöhnlichen Falles bereits daran, dass andere zumutbare Maßnahmen möglich sind – konkret die Buchung einer Reiseroute, die ausreichend Ruhezeiten gestattet. Es verbleibt der Fall, in dem es nicht möglich oder zumutbar ist, eine solche Route zu wählen. Dieser Fall könnte als außergewöhnlicher Fall im Sinne des § 14 Abs. 1 ArbZG gewertet werden, mit der Folge, dass der Arbeitnehmer mit vorübergehenden Arbeiten beschäftigt werden darf, die nicht allzu viel Zeit in Anspruch nehmen und auf das zur Beseitigung des außergewöhnlichen Falles erforderliche Maß beschränkt werden müssen.²⁷⁴ Einem extensiven Verständnis des § 14 Abs. 1 ArbZG steht jedoch grundsätzlich seine Eigenschaft als Ausnahmeschrift entgegen.

²⁷¹ OLG Hamburg, Urt. v. 24.10.1962 – 1 Ss 90/62, AP BAZG § 8 Nr. 1; ErfK/Wank, § 14 ArbZG Rn. 2.

²⁷² ErfK/Wank, § 14 ArbZG Rn. 3.

²⁷³ BAG, Urt. v. 17.9.1986 – 5 AZR 369/85, BeckRS 1986, 30718337.

²⁷⁴ Vgl. ErfK/Wank, § 14 ArbZG Rn. 4.

(2) Umsetzung der durch Art. 17 Abs. 3 lit. a RL 2003/88/EG legitimierten Abweichungsmöglichkeit

Indes, der europäische Gesetzgeber hat eine Lösungsmöglichkeit vorgesehen, von der der deutsche Gesetzgeber hingegen noch Gebrauch machen müsste und sollte.²⁷⁵ Art. 17 Abs. 3 lit. a RL 2003/88/EG erlaubt unter den Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 2 RL 2003/88/EG Abweichungen von den Art. 3, 4, 5, 8 und 16 unter anderem bei Tätigkeiten, die durch eine Entfernung zwischen verschiedenen Arbeitsplätzen des Arbeitnehmers gekennzeichnet sind. Sofern der Fall der Dienstreise also eine berufliche Tätigkeit darstellt, die durch eine Entfernung zwischen verschiedenen Arbeitsplätzen des Arbeitnehmers gekennzeichnet ist, kann unter Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten oder, wenn solche aus objektiven Gründen nicht gewährt werden können, eines angemessenen Schutzes der Arbeitnehmer im Wege von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder im Wege von Tarifverträgen oder Kollektivvereinbarungen von den Regelungen der Richtlinie zur täglichen Ruhezeit, den Ruhepausen, der wöchentlichen Ruhezeit, der Dauer der Nacharbeit und den Bezugszeiträumen abgewichen werden. Indes ist in Deutschland im Anwendungsbereich des Art. 17 Abs. 2 RL 2003/88/EG keine Zulassungsnorm für Abweichungen durch die Tarifvertragsparteien geschaffen worden.²⁷⁶ Ob der Fall der Dienstreise von Art. 17 Abs. 3 lit. a RL 2003/88/EG erfasst wird, hängt maßgeblich von dem unionsrechtlichen Verständnis des Begriffs „Arbeitsplatz“ ab. Der Arbeitsplatz werde im Kontext des Art. 2 RL 2003/88/EG weit interpretiert und als Ort begriffen, an dem sich der Arbeitnehmer aufgrund einer Weisung des Arbeitgebers zu einer bestimmten Zeit aufzuhalten hat.²⁷⁷ Es kommt also nicht darauf an, dass dem Arbeitnehmer bereits zwei konkrete Arbeitsplätze zugewiesen sind, zwischen denen eine Entfernung besteht, sondern der Arbeitgeber kann den Arbeitsplatz durch sein Weisungsrecht jeweils bestimmen. Sind die so bestimmten Arbeitsplätze durch eine zwischen ihnen liegende Entfernung gekennzeichnet, liegt eine Tätigkeit im Sinne des Art. 17 Abs. 3 lit. a RL 2003/88/EG vor. Die Dienstreise ist also gewissermaßen ein Paradefall des Art. 17 Abs. 3 lit. a RL 2003/88/EG. Dem steht auch die englische Sprachfassung der Richtlinie nicht entgegen, die von „*the worker's different places of work*“ spricht.

²⁷⁵ So auch: *Preis*, VSSAR 2019, 267 (279 f., 289).

²⁷⁶ Vgl. PS/Ulber, § 7 Rz. 7.234 f.

²⁷⁷ PS/Ulber, § 7 Rz. 7.105.

Im Hinblick auf die

„[...] in der RL 2003/88, insbesondere ihrem Art. 17, vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten müssen [...] diese Abweichungen als Ausnahmen von der Unionsregelung über die Arbeitszeitgestaltung so ausgelegt werden, dass ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglichen, unbedingt Erforderliche begrenzt wird [...].“²⁷⁸

Daraus ergibt sich als Zulässigkeitsvoraussetzung für alle Abweichungen, dass Art und Umfang der Abweichung unbedingt erforderlich sein müssen, sodass bloße Praktikabilitätsabwägungen nicht ausreichen dürften.²⁷⁹ Die Notwendigkeit einer Abweichungsregelung für Dienstreisezeiten ergibt sich erst aus der Erfassung dieser Zeiten als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG, sie ist also Folge eines erhöhten Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer. Für die Lösung der Problematik der Dienstreisezeiten ist eine Abweichung von der täglichen Ruhezeit sowie den Ruhepausen erforderlich. Entsprechend der Anforderungen des Art. 17 Abs. 2 RL 2003/88/EG muss die Abweichungsregelung grundsätzlich einen gleichwertigen Ausgleichsruhezeitraum vorsehen, der grundsätzlich aus einer Anzahl zusammenhängender Stunden entsprechend der vorgenommenen Kürzung bestehen und vor Beginn der folgenden Arbeitsperiode gewährt werden muss.²⁸⁰

²⁷⁸ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 38.

²⁷⁹ PS/Ulber, § 7 Rn. 7.223.

²⁸⁰ EuGH, Urt. v. 23.12.2015 – C-180/14, AuR 2016, 162 Rn. 52 f.; PS/Ulber, § 7 Rn. 7.240 f.

C. Betriebliche Mitbestimmung bei Dienstreisezeiten

I. Bedeutung der betrieblichen Mitbestimmung

Die Anordnung einer Dienstreise auch ins Ausland ist regelmäßig bereits vom **Direktionsrecht des Arbeitgebers** gemäß § 106 S. 1 GewO umfasst, sofern die gemäß § 611a Abs. 1 BGB versprochenen Dienste naturgemäß mit Dienstreisen verbunden sein können. Vor dem Hintergrund der **zunehmenden Internationalisierung der Arbeitswelt** ist dies oftmals der Fall.²⁸¹ So wurde bereits 1987 vertreten, dass von jedem Arbeitnehmer ein Mindestmaß an Flexibilität und daher auch gelegentliches Reisen erwartet werden könne.²⁸² Eine besondere vertragliche Grundlage hierfür ist mithin nicht erforderlich. Wird dem Arbeitnehmer qua Arbeitsvertrag ein Arbeitsplatz an einem bestimmten Ort zugewiesen, ist im Zweifel durch Auslegung zu klären, ob dadurch das Direktionsrecht vertraglich beschränkt werden sollte oder ob die Benennung des Ortes nur die erstmalige Ausübung des Direktionsrechts darstellt.²⁸³ Einen Anhaltspunkt für Letzteres bietet insbesondere eine vertragliche Regelung zur Reisekostenerstattung bei Dienstreisen, die ohne eine Dienstreisepflicht keinen Sinn ergibt.²⁸⁴ Ergibt die Vertragsauslegung, dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitsortes vertraglich nicht eingeschränkt ist, unterliegt die Zuweisung eines anderen Arbeitsortes lediglich der Ausübungskontrolle gemäß § 106 GewO i.V.m. § 315 BGB.²⁸⁵ Festlegungen hinsichtlich der Regionen oder des Entfernungsradius' seien zwar wünschenswert, zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB allerdings

²⁸¹ LAG Stuttgart, Urt. v. 6.9.2017 – 4 Sa 3/17, ZIP 2018, 1611 (1612) n.rkr., Rev. abhängig unter 10 AZR 514/17; dazu: *Schulze/Schmidl*, ArbRAktuell 2018, 442; **zustimmend Köhler**, EWIR 2018, 379 (380); *Schulz/Stolzenberg*, NZA 2019, 1320 (1321, 1325).

²⁸² *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102 (1105).

²⁸³ Vgl. BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181 Rn. 17 ff.; *Schulze/Schmidl*, ArbRAktuell 2018, 442.

²⁸⁴ LAG Stuttgart, Urt. v. 6.9.2017 – 4 Sa 3/17, ZIP 2018, 1611 (1612) n.rkr., Rev. abhängig unter 10 AZR 514/17.

²⁸⁵ BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181 Rn. 38 ff.; LAG Stuttgart, Urt. v. 6.9.2017 – 4 Sa 3/17, ZIP 2018, 1611 n.rkr., Rev. abhängig unter 10 AZR 514/17.

nicht erforderlich, da der Arbeitnehmer durch die Ausübungskontrolle vor unbilliger Überforderung geschützt werde und ein berechtigtes Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers bestehe, welches einem Konkretisierungszwang entgegenstehe.²⁸⁶ Auch die langjährige Nichtausübung des Direktionsrechts führt ohne das Hinzutreten besonderer Umstände, die ein berechtigtes Vertrauen des Arbeitnehmers dahingehend wecken, nicht in anderer Weise eingesetzt zu werden, nicht zu einer Konkretisierung des Arbeitsvertrags.²⁸⁷ Innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik besteht mangels vertraglicher Beschränkung grundsätzlich eine bundesweit unbeschränkte örtliche Versetzungsmöglichkeit, deren Grenzen sich allein aus der Ausübungskontrolle ergeben.²⁸⁸ Eine Entscheidung des BAG zur grenzüberschreitenden Versetzungsmöglichkeit des Arbeitgebers im Wege seines Direktionsrechts liegt noch nicht vor.²⁸⁹ Das LAG Düsseldorf differenziert hier zwischen einer Versetzung in europäische Nachbarländer, die vom Direktionsrecht grundsätzlich umfasst sein soll, und einer von diesem nicht gedeckten Versetzung in die USA.²⁹⁰ Vor dem Hintergrund der zunehmenden Globalisierung vertrat das LAG Stuttgart jüngst die weitergehende Auffassung:

„Es bedarf der Auslegung, welches die versprochenen Dienste [im Sinne des § 611a Abs. 1 BGB] sind und ob [diese] gewissermaßen ihrer Natur nach auch mit Auslandsdienstreisen verbunden sind [...]. Abzustellen ist auf das Berufsbild und das Tätigkeitsprofil [...]. [...] Angesichts der seit Jahren verstärkt zu beobachtenden Entwicklungen im Wirtschaftsleben, die eine erhöhte Flexibilität erfordern und die von verstärkter internationaler Ausrichtung geprägt sind, wird jedoch auch ein Großteil der übrigen Mitarbeiter zu gelegentlichen Auslandsdienstreisen verpflichtet sein [...]. Dies gilt aufgrund des Wandels der Berufsbilder auch dann, wenn ein Arbeitnehmer vor vielleicht zehn Jahren oder länger noch nicht mit solchen Dienstreisen hat rechnen müssen.“²⁹¹

²⁸⁶ BAG, Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, NJOZ 2010, 2625 Rn. 31 f.

²⁸⁷ BAG, Urt. v. 13.6.2012 – 10 AZR 296/11, NZA 2012, 1154 Rn. 23 f.; Humold, NZA-RR 2018, 63 (64 f.); a.A.: LAG Rheinland-Pfalz v. 20.10.1993 – 10 Sa 843/93, FHArbSozR 40 Nr. 2528 (Ls.).

²⁸⁸ LAG Stuttgart, Urt. v. 6.9.2017 – 4 Sa 3/17, ZIP 2018, 1611 (1612) n.rkr., Rev. anhängig unter 10 AZR 514/17; Fliss, NZA-RR 2008, 225 (228); ErfK/Preis, § 106 GewO Rn. 27; Preis/Genenger, NZA 2008, 969 (970).

²⁸⁹ Köhler, EWiR 2018, 379 (380).

²⁹⁰ LAG Düsseldorf, Urt. v. 17.12.2010 – 10 Sa 972/10, BeckRS 2011, 70513.

²⁹¹ LAG Stuttgart, Urt. v. 6.9.2017 – 4 Sa 3/17, ZIP 2018, 1611 (1612) n.rkr., Rev. anhängig unter 10 AZR 514/17; dem zustimmend Köhler, EWiR 2018, 379 (380); Schulz/Stolzenberg, NZA 2019, 1320 (1321, 1325); so auch bereits Loritz, NZA 1997, 1188 (1190).

Die Verpflichtung zur Führung eines Kraftfahrzeuges auf Dienstreisen kann sich auch aus der im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsverpflichtung ergeben.²⁹² Im entschiedenen Fall war der Arbeitnehmer mit Außendiensttätigkeiten betraut, woraus nach Auffassung des BAG abgeleitet werden konnte, dass der Arbeitgeber daher unter Beachtung billigen Ermessens anordnen konnte, welches Beförderungsmittel bei der jeweils zu genehmigenden Dienstreise genutzt werden muss.²⁹³ Mit Ausübung dieser Anordnungsbefugnis konkretisierte der Arbeitgeber die arbeitsvertragliche Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers.²⁹⁴ Die konkrete Anordnung, die Dienstreise mit einem Dienstwagen selbst zu führen und Kollegen mitzunehmen, entspreche billigem Ermessen, da arbeitgeberseitig ein berechtigtes Interesse am wirtschaftlichen Einsatz vorhandener Dienstwagen bestehe und die Haftung des Fahrers im konkreten Fall auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt war.²⁹⁵

II. Abstrakte Rechte des Betriebsrats im Hinblick auf das Ordnungsverhalten, Arbeitszeit, betriebliche Lohngestaltung und Versetzung

1. Ausgewählte Mitbestimmungstatbestände in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG

Soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, hat der Betriebsrat in den in § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis 13 BetrVG abschließend aufgezählten Angelegenheiten zwingend mitzubestimmen. Bezüglich solcher Angelegenheiten, die gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind, besteht außerdem ein Initiativrecht des Betriebsrats dahingehend, eine allgemeine Regelung herbeizuführen.²⁹⁶ Der § 87 BetrVG generell zugrundeliegende Gedanke ist der Schutz der Arbeitnehmer, die an der Gestaltung der wichtigsten Arbeitsbedingungen beteiligt werden sollen.²⁹⁷ Wo nicht ausdrücklich etwas Abweichendes geregelt ist, wie zum Beispiel in § 87 Abs. 1 Nr. 5 und 9 BetrVG, erfordert das Bestehen

²⁹² BAG, Urt. v. 29.8.1991 – 6 AZR 593/88, NZA 1992, 67 (68).

²⁹³ BAG, Urt. v. 29.8.1991 – 6 AZR 593/88, NZA 1992, 67 (68).

²⁹⁴ BAG, Urt. v. 29.8.1991 – 6 AZR 593/88, NZA 1992, 67 (68).

²⁹⁵ BAG, Urt. v. 29.8.1991 – 6 AZR 593/88, NZA 1992, 67 (68 f.).

²⁹⁶ DKKW/*Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 25 f.

²⁹⁷ *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 3.

eines Mitbestimmungsrechts das Vorliegen eines ausreichenden kollektiven Bezugs der jeweiligen Angelegenheit.²⁹⁸

„Ein [kollektiver Tatbestand] liegt vor, wenn sich eine Regelungsfrage stellt, die kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs berührt.“²⁹⁹

Entscheidend ist, dass sich eine Maßnahme abstrakt auf den ganzen Betrieb oder eine Gruppe von Arbeitnehmern oder einen Arbeitsplatz bezieht, nicht aber auf einen Arbeitnehmer persönlich.³⁰⁰ Nicht der Mitbestimmung unterfallen daher nur solche Vereinbarungen, die ausschließlich den individuellen Besonderheiten einzelner Arbeitsverhältnisse Rechnung tragen und deren Auswirkungen sich gerade auf dieses Arbeitsverhältnis dieses Arbeitnehmers beschränken.³⁰¹

Im Folgenden werden die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3 und 10 BetrVG zunächst abstrakt dargestellt und sodann untersucht, welche Besonderheiten sich in diesem Zusammenhang bei der Dienstreisezeit ergeben.

a) Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)

Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind zunächst *„Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“*. Es soll sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber bei der Ausübung seines diesbezüglichen Direktionsrechts auch die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigt.³⁰² Aus Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts, welches nicht die Organisation der dem Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Sachmittel betreffe, sondern das Zusammenwirken der Arbeitnehmer, zieht das BAG den Schluss, dass der Betriebsbegriff **funktional** zu verstehen ist, also nicht räumlich auf die Betriebsstätte beschränkt ist.³⁰³ Daher bestehe es auch dann, wenn es um das Verhalten der Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte geht.³⁰⁴ Da die Arbeit-

²⁹⁸ *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 14.

²⁹⁹ BAG, Beschl. v. 24.4.2007 – 1 ABR 47/06, NZA 2007, 818 Rn. 19.

³⁰⁰ ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 6

³⁰¹ *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 17.

³⁰² GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 175.

³⁰³ BAG, Beschl. v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557); DKKW/*Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 59; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 177.

³⁰⁴ BAG, Beschl. v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557).

nehmer auch bei der Arbeit in einem fremden Betrieb weiterhin den Weisungen ihres Vertragsarbeitgebers unterliegen, wird

„[das] Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG [...] nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich die Arbeitnehmer zur Verrichtung ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeit auf Anweisung des Arbeitgebers in den Betrieb eines anderen Arbeitgebers begeben.“³⁰⁵

Das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten ist insbesondere vom mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten abzugrenzen. Ersteres meint nach ständiger Rechtsprechung des BAG die **Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs und die Gestaltung des Zusammenlebens und -wirkens der Arbeitnehmer im Betrieb**, während das Verhalten des Arbeitnehmers ohne Bezug zur betrieblichen Ordnung, das sich entweder auf die Arbeitsleistung bezieht oder in sonstiger Weise lediglich das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betrifft, als mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten zu qualifizieren ist.³⁰⁶

„Gegenstand des Mitbestimmungsrechts [aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG] ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dieses fordert ein aufeinander abgestimmtes Verhalten. Dazu dienen verbindliche Verhaltensregeln sowie Maßnahmen, die geeignet sind, das Verhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen und zu koordinieren. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zu gewährleisten. Von dem mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten ist das reine Arbeitsverhalten zu unterscheiden. Dieses betrifft alle Regeln und Weisungen, die bei der unmittelbaren Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind. Das Arbeitsverhalten wird berührt, wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind. Nicht mitbestimmungspflichtig sind danach Anordnungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird [...].“³⁰⁷

Für das Bestehen eines ausreichenden kollektiven Bezugs ist erforderlich, dass die arbeitgeberseitig vorgegebenen Maßnahmen das Verhalten der Beschäftigten im Betrieb beeinflussen und koordinieren und dabei nicht auf individuellen Beson-

³⁰⁵ BAG, Beschl. v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 (557 f.).

³⁰⁶ BAG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 63/10, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42 Rn. 16 f.; BAG, Beschl. v. 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2; BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (217 f.); GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 204 m.w.N.

³⁰⁷ BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (217 f.).

derheiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses beruhen.³⁰⁸ Folglich sei die gleichberechtigte Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens betroffen, wenn die Maßnahme des Arbeitgebers das Ordnungsverhalten betrifft und auf einer Regel oder einer über den Einzelfall hinausgehenden Handhabung beruht.³⁰⁹

b) Lage der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)

Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bezieht sich auf „*Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie [die] Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage*“. Der Zweck der Mitbestimmung besteht dabei nach der Rechtsprechung des BAG darin,

„die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien und für die Gestaltung ihres Privatlebens nutzbaren Zeit zur Geltung zu bringen.“³¹⁰

Die Gesetzesformulierung stamme aus einer Zeit, in der die Verteilung der Arbeitszeit wesentlich regelmäßiger und gleichbleibender strukturiert war.³¹¹ Die immer flexibler werdende Arbeitswelt habe dazu geführt, dass das Mitbestimmungsrecht heute alle mit der Lage und der Verteilung der Arbeitszeit verbundenen Fragen erfasst.³¹² Das Mitbestimmungsrecht betrifft zunächst die **Wahrung der arbeitnehmerseitigen Interessen bei der Grenzziehung zwischen Arbeitszeit und Freizeit**.³¹³ Aufgrund der immer flexibler werdenden Arbeitszeiten ist das hierbei bestehende Schutzinteresse der Arbeitnehmer erheblich gestiegen. Dabei dient das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG auch dem **Gesundheitsschutz** der betroffenen Arbeitnehmer.³¹⁴ Die Gesundheit der Arbeitnehmer kann nicht nur durch dauerhafte Arbeitszeitverlängerungen, sondern auch durch eine besonders belastende Lage der Arbeitszeit gefährdet sein, wie es zum Beispiel bei der Nacht- und Schichtarbeit der Fall

³⁰⁸ BAG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 63/10, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42 Rn. 18.

³⁰⁹ BAG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 63/10, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 42 Rn. 18.

³¹⁰ BAG, Beschl. v. 17.11.2015 – 1 ABR 76/13, NZA 2016, 247 Rn. 24; zur Geltung des Arbeitszeitbegriffs des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG: BAG, Beschl. v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, NZA 2007, 458 Rn. 32.

³¹¹ Eylert, NZA-Beil. 2017, 95 (97).

³¹² Eylert, NZA-Beil. 2017, 95 (97).

³¹³ BAG, Urt. v. 25.2.2015 – 1 AZR 642/13, NZA 2015, 442 Rn. 19.

³¹⁴ Eylert, AuR 2017, 4 (5); DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 81.

ist.³¹⁵ Die Betriebsparteien haben die gesundheitsschützenden Vorgaben des ArbZG bei der Regelung von Arbeitszeitfragen als zwingendes Recht zu beachten.³¹⁶ Anders als § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dient § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hingegen nicht dem Überforderungsschutz der Arbeitnehmer.³¹⁷

Ein ausreichender Kollektivbezug liegt vor, wenn die Vereinbarung bezüglich der Lage der Arbeitszeit eine nach abstrakten Kriterien definierte Gruppe von Arbeitnehmern erfasst und nicht durch besondere, nur einen einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände veranlasst oder inhaltlich bestimmt ist.³¹⁸

c) **Vorübergehende Änderung der Arbeitszeit** **(§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG)**

Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG betrifft zum einen die Regelungsfrage, ob zusätzlicher Arbeitsbedarf durch eine vorübergehende Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit abgedeckt werden soll und zum anderen die Frage, durch welche Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen diese Arbeit in welchem Umfang aufgefangen werden soll.³¹⁹ Umgekehrt betrifft es auch die Frage, wie die durch die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit entstehende Reduzierung der Arbeitszeit und die damit verbundene Entgeltminderung auf die Arbeitnehmer verteilt wird.³²⁰ Dabei geht es primär um eine **gleichmäßige Verteilung der durch die vorübergehende Erhöhung bzw. Reduzierung der betriebsüblichen Arbeitszeit entstehenden Belastungen bzw. Vorteile** der betroffenen Arbeitnehmer auf die gesamte Belegschaft.³²¹ Vor allem die Grenzziehung zwischen Arbeits- und Freizeit soll dergestalt geschützt werden, dass den Arbeitnehmern eine sinnvolle Arbeits- und Freizeiteinteilung ermöglicht wird.³²² Die betriebsübliche Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG werde bestimmt durch den vertraglich geschuldeten regelmäßigen zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung und die für ihn erfolgte Verteilung auf einzelne Zeitabschnitte.³²³

³¹⁵ DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 81.

³¹⁶ Vgl. Eylert, NZA-Beil. 2017, 95 (96); Kreft, AuR 2018, 56 (60).

³¹⁷ GK-BetrVG/Wiesel/Gutzeit, § 87 Rn. 279.

³¹⁸ BAG, Beschl. v. 30.6.2015 – 1 ABR 71/13, BeckRS 2015, 72430, Rn. 27.

³¹⁹ BAG, Beschl. v. 14.1.2014 – 1 ABR 66/12, NZA 2014, 910 Rn. 20.

³²⁰ DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 110.

³²¹ BAG, Beschl. v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 103; vgl. Eylert, NZA-Beil. 2017, 95 (99); Fitting, BetrVG, § 87 Rn. 131.

³²² BAG, Beschl. v. 13.3.2001 – 1 ABR 33/00, NZA 2001, 976; DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 110.

³²³ BAG, Beschl. v. 14.1.2014 – 1 ABR 66/12, NZA 2014, 910 Rn. 21.

Für den kollektiven Tatbestand bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gilt, dass

*„[bei] einem zusätzlichen Arbeitsbedarf [...] die Frage zu regeln [ist], ob und in welchem Umfang zur Abdeckung dieses Arbeitsbedarfs Überstunden geleistet werden sollen. Diese Frage stellt sich unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen eines einzelnen Arbeitnehmers. Auf die Zahl der Arbeitnehmer, für die Mehrarbeit oder Überstunden angeordnet oder mit denen sie vereinbart werden, kommt es nicht an [...].“*³²⁴

Bei der Überstundenanordnung besteht also regelmäßig ein ausreichender Kollektivbezug.³²⁵ Gleiches gilt bei der vorübergehenden Verkürzung der Arbeitszeit.

d) Betriebliche Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG)

Der Lohnbegriff im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist weit zu verstehen und umfasst alle Leistungen des Arbeitgebers mit Entgeltcharakter für die im Arbeitsverhältnis erbrachte Leistung.³²⁶ Die Mitbestimmung des Betriebsrats in Angelegenheiten der betrieblichen Lohngestaltung solle den **Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmens orientierten oder willkürlichen Lohngestaltung schützen** und die Angemessenheit wie Transparenz des innerbetrieblichen Lohngefüges, also die **innerbetriebliche (abstrakte) Lohngerechtigkeit gewährleisten**.³²⁷ Nicht der Mitbestimmung unterliegt die Lohnhöhe, umfasst werden nur die Grundlagen der Entgeltfindung.³²⁸

§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nennt insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung, woraus sich ergibt, dass das Mitbestimmungsrecht nur greift, wenn es um die Festlegung allgemeiner, das heißt kollektiver und genereller, Regelungen geht.³²⁹

³²⁴ BAG, Beschl. v. 24.4.2007 – 1 ABR 47/06, NZA 2007, 818 Rn. 19.

³²⁵ *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 18.

³²⁶ BAG, (GS) Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 17; BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6; ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 96.

³²⁷ BAG, Beschl. v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749; GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 834 m.w.N.

³²⁸ BAG, Urt. v. 17.5.2011 – 1 AZR 797/09, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 138 Rn. 18; GK-BetrVG/*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 833.

³²⁹ BAG, Beschl. v. 3.12.1991 – GS 2/990, NZA 1992, 749 (756).

„Die individuelle Lohngestaltung, Regelungen mit Rücksicht auf besondere Umstände des einzelnen Arbeitnehmers, bei denen ein innerer Zusammenhang zu ähnlichen Regelungen für andere Arbeitnehmer nicht besteht, unterliegen also nicht dem Mitbestimmungsrecht [...]“³³⁰

2. Die Versetzung im Sinne des Betriebsverfassungsrechts

Handelt es sich bei einer personellen Einzelmaßnahme um eine Versetzung im Sinne des BetrVG, kommt zum einen ein **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien gemäß § 95 Abs. 1 BetrVG** und zum anderen ein **Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG** in Betracht. Maßgeblich ist in beiden Fällen der in § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG legaldefinierte Versetzungsbegriff, sodass eine solche betriebsverfassungsrechtlich in der

„Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist“,

zu sehen ist.³³¹

a) Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs

Den Arbeitsbereich im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG versteht das BAG räumlich und funktional als die Aufgabe und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie die Art seiner Tätigkeit und die Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs; er umfasse neben dem Ort der Arbeitsleistung auch die Art der Tätigkeit und den gegebenen Platz in der betrieblichen Organisation.³³² Das BAG sieht in der Veränderung des Arbeitsortes stets die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, denn es sei weder ersichtlich, dass § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichen wollte, noch spreche die Entstehungsgeschichte für ein anderes Ergebnis, da der Versetzungsbegriff durch § 95 Abs. 3 BetrVG dahingehend erweitert werden sollte, auch die Umsetzung darunter zu fas-

³³⁰ BAG, Beschl. v. 3.12.1991 – GS 2/990, NZA 1992, 749 (756).

³³¹ DKKW/Klebe, § 95 BetrVG Rn. 38, DKKW/Bachner, § 99 BetrVG Rn. 96 ff.

³³² BAG, Beschl. v. 9.10.2013 – 7 ABR 12/12, NZA 2014, 795 Rn. 28; s.a. bereits BAG, Beschl. v. 3.12.1985 – 1 ABR 58/83, NZA 1986, 532 (533).

sen.³³³ Dies ergibt sich auch aus dem Zusammenspiel von § 95 Abs. 3 S. 1 und § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG, da aus § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG nicht nur folgt, dass die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes dann nicht als Versetzung gilt, wenn der Arbeitnehmer nach der Eigenart seines Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt wird, sondern im Umkehrschluss auch, dass die Bestimmung des Arbeitsplatzes eine Versetzung darstellt, wenn der Arbeitnehmer nach der Eigenart seines Arbeitsverhältnisses üblicherweise ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt wird.³³⁴ Eine Versetzung gemäß § 95 Abs. 2 BetrVG kann nach der Rechtsprechung des BAG also auch dann vorliegen, wenn dem Arbeitnehmer ein anderer Arbeitsort zugewiesen wird, ohne dass sich seine Arbeitsaufgabe ändert oder er in eine andere organisatorische Einheit eingegliedert wird.³³⁵ Bedenken begegnet diese Auffassung des BAG unter anderem vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung der Arbeitswelt, die dazu führt, dass Arbeitnehmer immer häufiger ständig erreichbar sind und die Arbeit über mobile Endgeräte oftmals von jedem beliebigen Ort unmittelbar aufnehmen können.³³⁶ Durch Interneteinsatz und die übrige Kommunikationstechnik sowie den in vielen Fällen bestehenden Zwang, immer mehr zu reisen, verliere die standortfeste Tätigkeit an Bedeutung, sodass fraglich sei, ob die Fokussierung auf den Arbeitsort zeitgemäß sei.³³⁷ Dennoch bestehen in der Regel keine Schwierigkeiten, die Dienstreise trotzdem unter den Fall der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs zu subsumieren, da der Arbeitnehmer sich regelmäßig am Ort seiner Tätigkeit in die dortige Betriebsorganisation einordnen und in seinen Arbeitsabläufen nach den dortigen Regeln richten müsse, sodass sich durch die auswärtige Tätigkeit bereits seine Stellung in Bezug auf die Betriebsorganisation ändere.³³⁸ Selbst wenn eine derartige Einordnung in die fremde Betriebsorganisation nicht erforderlich sein sollte, könne jedenfalls die Veränderung der Umstände, unter denen die Arbeitsleistung zu erbringen ist, zu einer Änderung des Arbeitsbereichs führen.³³⁹ Unterschiedliche Ergebnisse werden also nur in dem Fall erzielt, in dem

³³³ BAG, Beschl. v. 18.2.1986 – 1 ABR 27/84, NZA 1986, 616 (616 f.); vgl. auch: ErfK/*Kania*, § 99 BetrVG Rn. 15; Richardi/*Thüsing*, § 99 BetrVG Rn. 121; a.A.: GK-BetrVG/*Raab*, § 99 Rn. 97.

³³⁴ BAG, Beschl. v. 8.8.1989 – 1 ABR 63/88, NZA 1990, 198 (200).

³³⁵ BAG, Beschl. v. 27.6.2006 – 1 ABR 35/05, NZA 2006, 1289 Rn. 12; BAG, Beschl. v. 8.8.1989 – 1 ABR 63/88, NZA 1990, 198.

³³⁶ Vgl. *Hunold*, NZA-RR 2001, 617 (619); ausführlich zur Digitalisierung der Arbeitswelt: *Klebe*, NZA-Beil. 2017, 77.

³³⁷ *Hunold*, NZA-RR 2001, 617 (619).

³³⁸ GK-BetrVG/*Raab*, § 99 Rn. 99.

³³⁹ GK-BetrVG/*Raab*, § 99 Rn. 99.

sich die Rahmenbedingungen der Arbeitsleistung nicht wesentlich von denen am Standort des Betriebes unterscheiden und faktisch nur eine Ortsveränderung vorliegt. Ein Blick auf die Schutzzwecke der §§ 95, 99 BetrVG macht jedoch deutlich, dass die Auffassung des BAG vorzugswürdig ist, nach der bereits in der Änderung des Arbeitsortes eine Änderung des Arbeitsbereichs zu sehen ist. Denn Zweck des § 99 BetrVG ist nicht nur der Schutz des von der Versetzung betroffenen Arbeitnehmers, sondern vor allem der Schutz der vorhandenen Belegschaft; auch § 95 BetrVG dient der **Transparenz und Versachlichung erforderlicher personeller Entscheidungen im Interesse des Betriebsfriedens und einer gerechten Behandlung der Arbeitnehmer**.³⁴⁰ Selbst wenn sich also argumentieren ließe, dass eine Ortsveränderung ohne sonstige Änderungen der Rahmenbedingungen der Arbeitsleistung kein Schutzbedürfnis des von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmers begründe,³⁴¹ so wirkt sich diese für den von der Dienstreise betroffenen Arbeitnehmer – nach teilweise vertretener Ansicht – unbeachtliche Veränderung in gleichem Maße auf die übrige Belegschaft aus wie eine Dienstreise, die für den von ihr betroffenen Arbeitnehmer zusätzlich mit einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände verbunden ist, sodass sich eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen lässt.

b) Überschreitung der Dauer von einem Monat oder erhebliche Änderung der Arbeitsumstände

Das Vorliegen einer betriebsverfassungsrechtlichen Versetzung erfordert darüber hinaus das Vorliegen der einschränkenden Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG.³⁴² Dauert die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches **länger als einen Monat**, kommt es nicht darauf an, ob sie mit einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände verbunden ist. Maßgeblich ist die geplante Dauer, wobei die Monatsfrist grundsätzlich mit dem ersten Tag der Versetzung beginnt.³⁴³ Um die Mitbestimmungspflicht der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches zu begründen, die kürzer als einen Monat dauert, kommt es darauf an, ob damit eine **erhebliche Änderung der Arbeitsumstände** verbunden ist. Der Begriff der Arbeitsumstände erfasst Ort, Art und Weise, Gestaltung des Arbeitsplatzes, Lage der Arbeitszeit, Umwelteinflüsse und Beanspruchung.³⁴⁴ Eine erhebliche Änderung der Umstände ist anzunehmen, wenn sich

³⁴⁰ GK-BetrVG/Raab, § 95 Rn. 1; § 99 Rn. 5.

³⁴¹ GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 99.

³⁴² BAG, Beschl. v. 18.2.1986 – 1 ABR 27/84, NZA 1986, 616 (617).

³⁴³ DKKW/Bachmer, § 99 BetrVG Rn. 122.

³⁴⁴ BAG, Beschl. v. 8.8.1989 – 1 ABR 63/88, NZA 1990, 198 (200).

das Gesamtbild der Tätigkeit aus der Sicht eines mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Beobachters als eine andere Tätigkeit darstellt.³⁴⁵

c) Ausnahme für üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigte Arbeitnehmer

Anders verhält es sich, soweit eine **Ausnahme gemäß § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG** vorliegt. Denn danach gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes dann nicht als Versetzung, wenn der Arbeitnehmer nach der Eigenart seines Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt wird. Die Eigenart des Arbeitsverhältnisses selbst müsse es mit sich bringen, dass der Arbeitnehmer üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt wird, wie es zum Beispiel bei Monteuren, Außendienstangestellten, Arbeitnehmern des Baugewerbes, deren Beschäftigungsort mit der Baustelle wechselt, so genannten Springern und Leiharbeitnehmern sowie Auszubildenden, soweit der planmäßige Ortswechsel des Arbeitsplatzes üblich und zur Erreichung des Ausbildungsziels erforderlich ist, gegeben sei.³⁴⁶ Erforderlich ist, dass der übliche und ständige Wechsel des Arbeitsplatzes für das Arbeitsverhältnis typisch ist.³⁴⁷

d) Gestaltung der Mitbestimmung des Betriebsrats

(1) Auswahlrichtlinien bei Versetzungen (§ 95 BetrVG)

Richtlinien über die personelle Auswahl bei Versetzungen bedürfen gemäß § 95 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats; in Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern hat der Betriebsrat gemäß § 95 Abs. 2 BetrVG darüber hinaus ein Initiativrecht hinsichtlich der Aufstellung von Auswahlrichtlinien.³⁴⁸ Auswahlrichtlinien dienen dazu, die personelle Auswahlentscheidung des Arbeitgebers insofern zu beschränken, als dass in ihnen fachliche und persönliche Voraussetzungen sowie soziale Gesichtspunkte festgelegt werden, die der Ar-

³⁴⁵ BAG, Urt. v. 2.4.1996 – 1 AZR 743/95, AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 34; *Herfs-Röttgen*, NZA 2018, 150 (152); BeckOKArbR/*Mauer*, § 99 BetrVG Rn. 8.

³⁴⁶ BAG, Beschl. v. 21.9.1999 – 1 ABR 40/98, NZA 2000, 781 (782).

³⁴⁷ BAG, Beschl. v. 8.8.1989 – 1 ABR 63/88, NZA 1990, 198 (199).

³⁴⁸ *Richardi/Thüsing*, § 95 BetrVG Rn. 1.

beitgeber bei den in § 95 Abs. 1 BetrVG genannten personellen Einzelmaßnahmen berücksichtigen muss.³⁴⁹

(2) Zustimmungsverweigerungsrecht bei Versetzungen (§§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG)

Ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bezüglich Versetzungen besteht gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern und dient dem **Ausgleich kollidierender Individualinteressen** innerhalb der Arbeitnehmerschaft eines Betriebs.³⁵⁰ Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat zunächst nach Maßgabe des § 99 Abs. 1 BetrVG über die geplante personelle Einzelmaßnahme unterrichten. Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber seine Zustimmung innerhalb der Frist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG unter Angabe eines der in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend genannten Gründe schriftlich verweigern. Teilt der Betriebsrat dem Arbeitgeber seine Zustimmungsverweigerung nicht innerhalb der Frist schriftlich unter Angabe der Begründung mit, wird seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG fingiert. Stimmt der Betriebsrat der personellen Einzelmaßnahme zu oder verweigert er seine Zustimmung nicht rechtswirksam, ist der Arbeitgeber zu ihrer Durchführung berechtigt. Als Reaktion auf eine rechtswirksam verweigerte Zustimmung des Betriebsrats kann der Arbeitgeber gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht die Zustimmungsersetzung beantragen. Bis zur rechtskräftigen Zustimmungsersetzung durch Beschluss des Arbeitsgerichts kann der Arbeitgeber die geplante personelle Einzelmaßnahme nur gemäß § 100 BetrVG vorläufig durchführen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entfällt nicht mit der Begründung, der Arbeitnehmer sei mit der Versetzung einverstanden, da die Beteiligung des Betriebsrats hierbei nicht nur dem Schutz des von der Versetzung unmittelbar betroffenen Arbeitnehmers dient, sondern auch dem Schutz der Arbeitnehmer, die von der Versetzung mittelbar betroffen werden.³⁵¹

³⁴⁹ Richardi/*Thüsing*, § 95 BetrVG Rn. 15.

³⁵⁰ Richardi/*Thüsing*, § 99 BetrVG Rn. 11 f.

³⁵¹ BAG, Beschl. v. 18.2.1986 – 1 ABR 27/84, NZA 1986, 616 (617).

III. Besonderheiten der Beteiligung des Betriebsrats bei Dienstreisezeiten

1. Die Anordnung der Dienstreise

a) Mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten oder mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten? (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)

Dem 1. Senat ist im Hinblick auf seine Einordnung der Maßnahme der Anordnung der Dienstreise als mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten zuzustimmen.

„Der Arbeitnehmer, der ein auswärtiges Dienstgeschäft wahrnimmt, erfüllt damit seine Arbeitspflicht. Mit der entsprechenden Anordnung konkretisiert der Arbeitgeber unmittelbar die zu erbringende Arbeitsleistung. Er legt fest, daß der Arbeitnehmer eine bestimmte Aufgabe außerhalb des normalen Arbeitsortes zu erbringen hat. Mit dieser Ortsbestimmung legt er zugleich fest, daß der Arbeitnehmer zu seiner Arbeit anreisen muß. Schließlich trifft er auch eine zeitliche Bestimmung, indem er Beginn und Ende des auswärtigen Dienstgeschäftes und damit zugleich mittelbar die Reisezeiten festlegt. Alle diese Weisungen beziehen sich unmittelbar auf die Arbeitsleistung. Sie gestalten nicht das betriebliche Zusammenleben.“³⁵²

Insoweit deckt sich das Verständnis des Begriffs der Arbeit des 1. Senats mit dem des 5. Senats, der unter Arbeit als Leistung der versprochenen Dienste im Sinne des § 611 Abs. 1 BGB [jetzt: § 611a Abs. 1 BGB] jede Tätigkeit versteht, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.³⁵³ Übereinstimmung besteht auch mit dem unionsrechtlichen Verständnis des EuGH, der es ausreichen lässt, dass sich der Arbeitnehmer an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und diesem zur Verfügung stehen muss, um gegebenenfalls sofort die geeigneten Leistungen erbringen zu können.³⁵⁴ Ausreichend ist dabei eine mittelbare Bestimmung des Aufenthaltsortes insofern, als dass für die Annahme von Arbeitszeit nach dem EuGH ausreichend ist, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Zeitspanne vorgibt, innerhalb derer er sich am Arbeitsplatz einfinden können muss und ihn dadurch in der Wahl seines Aufenthaltsortes beschränkt.³⁵⁵ Wie der 1. Senat zutreffend festgestellt hat, bestimmt der Arbeitgeber durch die Anordnung der Dienstreise jedenfalls mittelbar die räum-

³⁵² BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, NZA 1997, 216 (218).

³⁵³ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 13.

³⁵⁴ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 59.

³⁵⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 63.

liche und zeitliche Einschränkung des Arbeitnehmers, der dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen muss, um die Arbeitsleistung in Form der Dienstreise zu erbringen. Maßgeblich ist also – wie auch im Rahmen des hier vertretenen arbeitsrechtlichen Arbeitszeitbegriffs – die überwiegende Fremdnützigkeit der Leistung des Arbeitnehmers.

b) Die Dienstreise als betriebsverfassungsrechtliche Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG)

Die **sorgfältige Subsumtion** der Dienstreisezeiten unter den vom 1. Senat definierten Begriff der Arbeitszeit führt ebenso zur Annahme von Arbeitszeit wie die Subsumtion unter den arbeitsvertraglichen Arbeitszeitbegriff und den hier vertretenen arbeitsrechtlichen Arbeitszeitbegriff.³⁵⁶ Auch der **Schutzzweck** des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, die Grenzziehung zwischen Arbeits- und Freizeit, spricht eindeutig für die Erfassung der Dienstreisezeiten.³⁵⁷ Selbiges gilt für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, der außerdem der Verteilungsgerechtigkeit der durch die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit entstehenden Belastungen dient.³⁵⁸ Die Dienstreisezeit stellt Arbeitszeit dar. Damit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG besteht, muss die Dienstreise dazu führen, dass Beginn oder Ende der täglichen Arbeitszeit verschoben werden oder die Arbeitszeit abweichend von der üblichen Gestaltung auf die einzelnen Werktage verteilt wird.³⁵⁹ Für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG muss die Dienstreise zur vorübergehenden Verlängerung oder – was den unwahrscheinlicheren Fall darstellen wird – zur vorübergehenden Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit führen.

Teilweise wird die Einschlägigkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mangels Kollektivbezugs für solche Fälle abgelehnt, in denen nur bei einzelnen Arbeitnehmern Beginn und Ende der Arbeitszeit jeweils wegen der Dienstreise anders festgelegt werden müssen.³⁶⁰ Derartige Fälle unterfielen auch nicht dem Schutzzweck der Regelung; der Arbeitnehmer benötigt vielmehr Schutz dahingehend, ob, wie oft und zu welchen Konditionen er die Dienstreise überhaupt durchführen muss.³⁶¹ Da § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG anders als § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht

³⁵⁶ S. unter B. II. 3. a) und B. II. 5. a).

³⁵⁷ *Bepler*, NZA-Beil. 2006, 45 (48); DKKW/*Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 83.

³⁵⁸ DKKW/*Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 123; s. unter C. II. 1. c).

³⁵⁹ *Loritz*, NZA 1997, 1188 (1191).

³⁶⁰ *Loritz*, NZA 1997, 1188 (1191).

³⁶¹ *Loritz*, NZA 1997, 1188 (1191).

der Verteilungsgerechtigkeit dient, ist dem zuzustimmen. Das Mitbestimmungsrecht scheidet dann jedoch nicht an der fehlenden Arbeitszeiteigenschaft der Reisezeiten, sondern ausnahmsweise am Fehlen eines kollektiven Tatbestandes. Soweit ein ausreichender kollektiver Bezug gegeben ist, ist § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG also auch bei der Dienstreise einschlägig. Wenn dagegen im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG argumentiert wird, dass die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit desjenigen Arbeitnehmers, der die Dienstreise antreten müsse, keine Auswirkungen auf die übrigen Arbeitnehmer habe, sodass es hier regelmäßig an einem Kollektivbezug fehle,³⁶² ist dies zurückzuweisen. Denn diese Ansicht verkennt, dass § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG insbesondere der Verteilungsgerechtigkeit der dadurch entstehenden Belastungen dient, sodass auch in diesen Fällen ein kollektiver Bezug vorliegt.³⁶³

2. Dienstreiseordnung

Obwohl der 1. Senat das Vorliegen von Arbeitszeit in Form des Reisens im Kontext der Dienstreise ablehnt, erkennt er – an sich wesentlich nachvollziehbarer – an, dass es sich bei Dienstreisen um Arbeit handelt, sodass Dienstreiseordnungen, die die im Hinblick auf die Durchführung von Dienstreisen geltenden Konditionen regeln, nicht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind.³⁶⁴

„Bestimmungen der DienstreiseO, die im einzelnen regelt, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer eine Dienstreise machen kann oder zu machen verpflichtet ist, konkretisieren unmittelbar die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers. Bestimmungen, die den Arbeitnehmer verpflichten, bei einer Dienstreise ein bestimmtes Antragsverfahren einzuhalten, während der Dienstreise Belege zu sammeln, diese aufzubewahren und vorzulegen, regeln das Verhalten des Arbeitnehmers bei der Ausführung dieser seiner Arbeitsleistung ‚Dienstreise‘. Gleiches gilt für Bestimmungen der DienstreiseO, die unmittelbar oder mittelbar über Beschränkungen des Reisekostenersatzes den Arbeitnehmer anhalten, die Dienstreise in einer bestimmten Art und Weise auszuführen, sei es, daß er ein bestimmtes Verkehrsmittel wählt oder nur in bestimmten Hotels übernachtet. Auch damit wird nur das Verhalten des Arbeitnehmers über seine Arbeitsleistung geregelt.“³⁶⁵

³⁶² Loritz, NZA 1997, 1188 (1191).

³⁶³ Vgl. DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 123 a.E.

³⁶⁴ BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6.

³⁶⁵ BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6; **zustimmend** Reinhard, NZA 2016, 1233 (1238); **a.A.:** DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 64.

Soweit eine Dienstreiseordnung das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer regelt, wie zum Beispiel die Verpflichtung zur Nutzung des eigenen PKW, ergibt sich indes die Mitbestimmungspflichtigkeit aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

3. Finanzielle Aspekte

a) Die Vergütung von Reisezeiten

Bei der Reisetätigkeit im Zusammenhang mit Dienstreisen handelt es sich um Arbeitszeit, die grundsätzlich zu vergüten ist. Daher stellt die hierfür gezahlte Vergütung Entgelt im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dar, sodass diesbezügliche Regelungen mitbestimmungspflichtig sind.

b) Ersatz von Aufwendungen im Zusammenhang mit der Dienstreise

(1) Aufwendungen im Zusammenhang mit der Dienstreise

Ist der Arbeitnehmer zu Dienstreisen verpflichtet, hat er für in diesem Zusammenhang getätigte Aufwendungen, wie beispielsweise Übernachtungs- und Reisekosten, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, einen gesetzlichen Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB gegen den Arbeitgeber, der jedoch durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag modifiziert bzw. abbedungen werden kann.³⁶⁶ Das BAG wendet § 670 BGB entsprechend auf Arbeitsverhältnisse an und stellt fest, dass der Arbeitgeber zum Ersatz der in seinem Interesse getätigten Aufwendungen verpflichtet ist, soweit diese nicht durch die Vergütung abgegolten sind.³⁶⁷ Schreibt der Arbeitgeber die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel zwingend vor, so muss er bis zu der für öffentliche Verkehrsmittel zugesagten Höhe auch die Kosten der Reise mit einem Kfz übernehmen.³⁶⁸ Während dieser gesetzliche Anspruch nur in Höhe der konkret angefallenen und nachgewiesenen Einzelaufwendungen besteht, kann sich aufgrund besonderer Rechtsgrundlagen wie Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag ein pauschalierter Anspruch in Form der Auslösung ergeben.³⁶⁹

³⁶⁶ Vgl. MüKoBGB/Müller-Glöge, Bd. 4, § 611 BGB Rn. 893.

³⁶⁷ BAG, Urt. v. 12.3.2013 – 9 AZR 455/11, NJW 2013, 2923 Rn. 7 ff.

³⁶⁸ Heintz, Dienstreisezeiten, S. 53; MüKoBGB/Müller-Glöge, Bd. 4, § 611 BGB Rn. 893.

³⁶⁹ Küttner/Griese, Personalbuch, Auslösung Rn. 1.

Vereinbarungen in Dienstreiseordnungen zur Erstattung von Aufwendungen im Zusammenhang mit der Dienstreise unterfallen grundsätzlich nicht dem Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

„Die Regelung des Reisekostenersatzes ist nicht Teil der betriebl. Lohngestaltung. Auch wenn unter Lohn im Sinne dieser Bestimmung jede Leistung mit Entgeltcharakter für die im Arbeitsverhältnis erbrachte Arbeitsleistung zu verstehen ist [...], gehört der Ersatz von Reisekosten nicht zu diesen Leistungen. Mit dem Ersatz von Reisekosten wird nicht die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers als solche, nicht einmal seine Bereitschaft, Dienstreisen zu unternehmen, vergütet, sondern werden dem Arbeitnehmer ledigl. im Interesse des Arbeitgebers gemachte Aufwendungen ersetzt. Daß dieser Ersatz aus Gründen einer praktikablen Handhabung teilweise pauschaliert wird, ändert daran nichts [...].“³⁷⁰

Die Bezeichnung einer Leistung des Arbeitgebers im Zusammenhang mit Dienstreisen als Spesenzahlung macht diese nicht zu Aufwendungsersatz – hierfür ist vielmehr der tatsächliche Zweck der Leistung maßgeblich.³⁷¹ Die Höhe der als Aufwendungen anzusehenden Beträge ist insofern der privatautonomen Regelung zugänglich, als dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern einen überdurchschnittlichen Reiseaufwand abverlangen und die Spesen entsprechend danach bemessen kann.³⁷² Indes, soweit Spesensätze von vornherein die Aufwendungen übersteigen, die der Arbeitgeber nach der Verkehrsschauung oder seinen hiervon abweichenden Vorgaben für erforderlich halten kann, sieht das BAG in dem überschießenden Teil im Zweifel Entgelt, sodass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dann ausnahmsweise doch eingreifen kann.³⁷³ Ist die Zahlung der Auslösung beispielsweise so ausgestaltet, dass sie auch bei täglicher Heimfahrt geleistet wird, wobei das Fahrgeld gesondert erstattet wird, kann sie Entgeltcharakter haben,³⁷⁴ sodass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einschlägig ist.

³⁷⁰ BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6; **ebenso:** BAG, Beschl. v. 27.10.1998 – 1 ABR 3/98, NZA 1999, 381 (383); BAG Beschl. v. 30.1.1990 – 1 ABR 2/89, NZA 1990, 571 (573); **zustimmend:** DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 64; *Kraft*, Anm. zu BAG, Beschl. v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6; *Reinhard*, NZA 2016, 1233 (1238); GK-BetrVG/Wiese/*Gutzeit*, § 87 Rn. 856.

³⁷¹ BAG, Beschl. v. 27.10.1998 – 1 ABR 3/98, NZA 1999, 381 (383).

³⁷² BAG, Beschl. v. 27.10.1998 – 1 ABR 3/98, NZA 1999, 381 (383).

³⁷³ BAG, Beschl. v. 27.10.1998 – 1 ABR 3/89, NZA 1999, 381 (383); DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 331.

³⁷⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 Rn. 20.

Auch der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist durch Spesenregelungen nicht erfüllt, da damit nicht das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer gesteuert werden solle – vielmehr sieht das BAG den persönlichen Lebensbereich als betroffen an.³⁷⁵

(2) Zahlung von Erschwerniszulagen (Trennungsgeld)

Die Zahlung von Trennungsgeldern dient, anders als der Aufwendungsersatzanspruch, nicht dem Ersatz von Vermögensopfern, sondern stellt vielmehr eine Kompensation von mit der Trennung vom Wohnsitz verbundenen Unannehmlichkeiten dar.³⁷⁶ Bei der Zahlung von solchen Erschwerniszulagen handelt es sich um Leistungen mit Vergütungscharakter, die ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG begründen.

„[...] [Dass] die Auslandszulagen Vergütungscharakter haben [...] bedarf keiner weiteren Erläuterung, soweit der Arbeitgeber einen Bonus als Vergütung für Leistungen und erschwerte Bedingungen [...] gezahlt hat. Aber auch soweit eine weitere Auslandszulage als Trennungsschädigung gezahlt wurde, diente diese nicht ausschließlich dem Ersatz von Aufwendungen. Die Auslandszulage als Trennungsschädigung ist eine Entfernungszulage, mit der den Arbeitnehmern ein Anreiz gegeben werden soll, die Arbeit im Ausland aufzunehmen.“³⁷⁷

c) Die Nutzung von Dienstwagen, BahnCard, Vielfliegermeilen und Co.

Der Einsatz und die Nutzung von Dienstwagen, BahnCards und Bonusprogrammen im Zusammenhang mit Flugreisen sind nicht unüblich. Auch hier können unter Umständen verschiedene Mitbestimmungstatbestände in Betracht kommen.

(1) Verhaltensrichtlinien für die Dienstwagennutzung

Werden im Kontext der dienstlichen Dienstwagennutzung Verhaltensregeln aufgestellt, die zum Beispiel die Mitnahme anderer Personen, die Benutzung von Mobiltelefonen, die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften oder die Führung eines Fahrtenbuchs betreffen, so ist der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1

³⁷⁵ BAG, Beschl. v. 27.10.1998 – 1 ABR 3/89, NZA 1999, 381 (383).

³⁷⁶ Heintz, Dienstreisezeiten, S. 57.

³⁷⁷ BAG, Beschl. v. 30.1.1990 – 1 ABR 2/89, NZA 1990, 571 (573).

BetrVG betroffen – mithin das betriebliche Ordnungsverhalten.³⁷⁸ Hingegen scheiden sich die Geister in Bezug auf die Frage der Einschlägigkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei Verhaltensregelungen für die private Dienstwagennutzung. Mit dem Argument, die Privatnutzung sei ein rein externer Vorgang, der nicht die Ordnung des Betriebes betreffe, sondern vielmehr die Verwendung von Arbeitsmitteln, wird das Vorliegen des Tatbestandes des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG für diese Fälle teilweise verneint.³⁷⁹ Andere meinen, dass gerade die Frage, wie und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer den Dienstwagen auch privat nutzen darf, dem Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliege.³⁸⁰ Eine strikte Grenzziehung zwischen dienstlicher und privater Dienstwagennutzung ist in der Praxis nicht ohne weiteres möglich. Überdies verändert sich die Eigenschaft des Dienstwagens als ein regelmäßig im Eigentum des Arbeitgebers bzw. dessen Leasinggebers stehendes Kraftfahrzeug nicht durch den dienstlichen oder privaten Zweck seiner Nutzung. Daher ist auch eine Trennung zwischen Verhaltensregeln für die dienstliche Nutzung einerseits und die private Nutzung andererseits verfehlt. Aufgrund des bestehenden betrieblichen Bezugs unterliegen Verhaltensregelungen zur privaten Nutzung von Dienstwagen ebenfalls der Mitbestimmung des Betriebsrats.³⁸¹

(2) Betriebliche Lohngestaltung – Unterscheidung zwischen dienstlicher und privater Nutzung von Dienstwagen, BahnCard und Bonusmeilen

Solange eine rein dienstliche Dienstwagennutzung stattfindet, ist das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht einschlägig, da es sich bei der Dienstwagennutzung zu dienstlichen Zwecken nicht um einen geldwerten Vorteil für den Arbeitnehmer handelt.³⁸² Anders verhält es sich, soweit dem Arbeitnehmer die private Nutzung des Dienstwagens unentgeltlich oder jedenfalls vergünstigt gewährt wird. Die Überlassung des Dienstwagens zu privaten

³⁷⁸ DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 67; Moll/Roebbers, DB 2010, 2672; Oelkers, NJW-Spezial 2009, 514; Yakhlof/Klingenberg, BB 2013, 2102 (2103).

³⁷⁹ Oelkers, NJW-Spezial 2009, 514; SWK/Biester, Mitbestimmung Rn. 34.

³⁸⁰ ArbG Hamburg v. 7.7.1994 – 25 Bv 7/94, AiB 1994, 760 zieht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG für den Fall der Privatnutzung firmeneigener Kraftfahrzeuge jedenfalls in Betracht; **zustimmend:** Grimberg, AiB 1994, 760 (761); vgl. DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 67; Yakhlof/Klingenberg, BB 2013, 2102 (2106).

³⁸¹ Checkliste und Regelungspunkte für eine Betriebsvereinbarung bezüglich der Privatnutzung von Dienstwagen auch in DKW/Klebe/Heilmann, Arbeitshilfen, § 87 Rn. 58 f.

³⁸² Moll/Roebbers, DB 2010, 2672 (2673); Yakhlof/Klingenberg, BB 2013, 2102.

Zwecken stellt für den Arbeitnehmer einen Teil der Gegenleistung für seine synallagmatisch geschuldete Arbeitsleistung aus dem Arbeitsverhältnis dar, sodass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einschlägig ist.³⁸³ Zwar hat das BAG die Frage nach dem Bestehen eines Mitbestimmungsrechts gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bislang offen gelassen,³⁸⁴ jedoch erkennt es die Einordnung der privaten Dienstwagennutzung als Teil des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis an und sieht in

„[der] Möglichkeit, einen Dienstwagen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses auch für Privatfahrten nutzen zu können, [...] eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung [...].“³⁸⁵

Auch die Überlassung von Bonusmeilen zur privaten Nutzung unterfällt als Sonderform des Arbeitsentgelts der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.³⁸⁶ Dabei ist jedoch nicht die Zuwendung der Fluggesellschaft an den Arbeitnehmer als Arbeitsentgelt zu sehen, da diese keine synallagmatische Gegenleistung für die Dienstleistung des Arbeitnehmers darstellt; Arbeitsentgelt liegt aber in Form des Verzichts des Arbeitgebers auf die dienstliche Nutzung der Bonusmeilen vor.³⁸⁷ Ein Anspruch des Arbeitgebers auf die dienstliche Nutzung der dienstlich erworbenen Bonusmeilen besteht analog § 667 BGB.³⁸⁸ Daraus folgt ebenso ein Anspruch des Arbeitgebers auf Herausgabe sonstiger Arbeitsmittel, wie zum Beispiel auf Herausgabe des Dienstwagens.³⁸⁹ Hinsichtlich der Mitbestimmungspflichtigkeit einer Maßnahme im Kontext der privaten Nutzung von Dienstwagen und Bonusmeilen ist daher zu differenzieren. Da der Arbeitgeber grundsätzlich einen gesetzlichen Anspruch auf die dienstliche Nutzung der Bonusmeilen bzw. einen Herausgabeanpruch bezüglich des Dienstwagens hat, hat ein Verbot der privaten Nutzung bloß deklaratorische

³⁸³ LAG Hamm, Beschl. v. 7.2.2014 – 13 TaBV 86/13, NZA-RR 2014, 425 (426); vgl. auch Greiner, in: Preis, Arbeitsvertrag, II D 20 Rn. 1; DKKW/Klebe, § 87 BetrVG Rn. 301, 331; Moll/Roebbers, DB 2010, 2672 (2673); Oelkers, NJW-Spezial 2009, 514; Yakhloufi/Klingenberg, BB 2013, 2102 (2103); a.A.: LAG Hessen, Beschl. v. 24.5.1983 – 5 TaBV 20/83, BeckRS 2014, 70516; LAG München, Beschl. v. 20.2.1981 – 4 (6) TaBV 33/80, BeckRS 2014, 70517, die in der privaten Nutzungsmöglichkeit nur einen unwesentlichen Reflex der vorrangig dienstlichen Nutzung sehen.

³⁸⁴ BAG, Beschl. v. 22.3.1983 – 1 ABR 48/81, BeckRS 1983, 04722 Rn. 34.

³⁸⁵ BAG, Urt. v. 16.11.1995 – 8 AZR 240/95, NZA 1996, 415 (416); so auch: BAG, Urt. v. 27.5.1999 – 8 AZR 415/98, NJW 1999, 3507.

³⁸⁶ GK-BetrVG/Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 852.

³⁸⁷ Bauer/Krets, BB 2002, 2066 (2068).

³⁸⁸ Näher dazu: Bauer/Krets, BB 2002, 2066 (2066 f.).

³⁸⁹ MHD B ArbR/Francke, Bd. 2, § 139 Rn. 7 f.

Wirkung und ist daher mitbestimmungsfrei; soweit der Arbeitgeber jedoch die private Nutzungsmöglichkeit eröffnet, ist § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betroffen.³⁹⁰ Die zur privaten Dienstwagen- und Bonusmeilennutzung aufgestellten Überlegungen lassen sich ebenso auf die private Nutzungsmöglichkeit einer dienstlichen BahnCard übertragen.

4. Die Dienstreise als Versetzung im Sinne von §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG

Die Dienstreise kann als Zuweisung eines anderen Arbeitsortes eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG darstellen – für Dienstreisen, die länger dauern sollen als einen Monat, bedarf dies keines großen Begründungsaufwands.³⁹¹ Bei Dienstreisen, die von kürzerer Dauer sind, ist eine Betrachtung der mannigfaltigen Einzelfallumstände erforderlich, sodass keine pauschale Aussage dahingehend getroffen werden kann, ob eine solche Dienstreise stets eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG darstellt. Nicht ausreichend seien der bloße Wechsel des Arbeitsortes und der Umstand, dass der Arbeitnehmer unter einem anderen Vorgesetzten und mit anderen Arbeitskollegen zu arbeiten hat.³⁹² Im Zusammenhang mit der Verlagerung betrieblicher Einheiten stellte das BAG maßgeblich auf die Entfernung ab und nahm eine Versetzung nicht an, da die Verlagerung innerhalb der politischen Gemeinde des Betriebsortes erfolgte.³⁹³ Maßgeblich gegen die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches wurde in dem entschiedenen Fall jedoch ins Feld geführt, dass sich aufgrund der Verlagerung einer gesamten betrieblichen Einheit am konkreten Arbeitsplatz der Arbeitnehmer und deren Beziehung zur betrieblichen Umgebung nichts ändere und typischerweise der Dienst- bzw. Arbeitsort der Arbeitnehmer sowohl individual- als auch betriebsverfassungsrechtlich nicht ein bestimmtes Betriebsgebäude, sondern der Sitz des Betriebes sei.³⁹⁴ Die Dienstreise einzelner Arbeitnehmer führt indes regelmäßig dazu, dass sie, wenn auch nur für vorübergehende Dauer, aus ihrer betrieblichen Umgebung herausgenommen werden, sodass die Überlegungen des BAG sich hierauf nicht übertragen lassen und es für den Fall der Dienstreise nicht auf die Entfernung über die Grenzen der politischen Gemeinde, in welcher der Betrieb seinen Sitz hat, ankommen kann. Eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände sei bereits dann

³⁹⁰ Vgl. *Bauer/Krets*, BB 2002, 2066 (2068).

³⁹¹ Vgl. *Staack/Sparchholz*, AiB 2013, 99 (101 f.).

³⁹² BAG, Beschl. v. 8.8.1989 – 1 ABR 63/88, NZA 1990, 198 (200).

³⁹³ BAG, Beschl. v. 27.6.2006 – 1 ABR 35/05, NZA 2006, 1289 Rn. 13.

³⁹⁴ BAG, Beschl. v. 27.6.2006 – 1 ABR 35/05, NZA 2006, 1289 Rn. 13.

zu bejahen, wenn der auswärtige Arbeitseinsatz zu einer erheblich längeren An- und Rückfahrt führt.³⁹⁵ Sei die An- und Abreise bei den mehrtägigen Einsätzen nicht täglich, sondern wegen der Übernachtung am Einsatzort nur einmalig anzutreten – so das LAG Brandenburg – stehe dies der Annahme einer wesentlichen Änderung der Arbeitsumstände nicht entgegen, da auch in diesen Fällen der Arbeitnehmer durch die Verlängerung der Arbeitszeit stärker beansprucht und seine Freizeit verkürzt werde.³⁹⁶ Auch das LAG Köln sah in der Notwendigkeit auswärtiger Übernachtungen einen Umstand, der für eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände sprechen könne; ebenso nannte es das Erfordernis der Zusammenarbeit mit einer ausländischen Administration sowie einen erheblichen Klimawechsel.³⁹⁷ Das BAG hingegen stellte fest, dass allein aus der Notwendigkeit einer Übernachtung am auswärtigen Einsatzort keine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände abgeleitet werden könne, es komme vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an, wobei zum Beispiel längere Fahrzeiten, schwierige Verkehrsverbindungen, veränderte Arbeitszeiten und stärkere physische und psychische Belastungen zu berücksichtigen seien.³⁹⁸ Umstände, die gegen eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände sprechen, seien zum Beispiel insbesondere bei kürzeren Reisen darin zu sehen, dass die Reise ins nahe Ausland oder in den deutschen Sprachraum führe bzw. der Arbeitnehmer eine vertraute Unterkunftsmöglichkeit habe.³⁹⁹ Als Beispiel, in dem es an einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände fehle, nannte das Gericht den Fall eines in Bonn beschäftigten Arbeitnehmers, dessen Tätigkeit Auslandsbezug hat und der für einen zweitätigen Aufenthalt nach Brüssel reist.⁴⁰⁰ Gegen diese Handhabung bestehen berechtigte Bedenken. Denn die Übernachtung des von der Dienstreise unmittelbar betroffenen Arbeitnehmers in einer vertrauten Umgebung verhindert nicht, dass es für die von dessen Dienstreise mittelbar betroffenen Arbeitnehmer, die das Fehlen des Kollegen währenddessen kompensieren müssen, zu einer erheblichen Leistungsverdichtung kommen kann.⁴⁰¹ Die Möglichkeit des Betriebsrats, die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer durch eine Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG vor

³⁹⁵ BAG, Beschl. v. 8.8.1989 – 1 ABR 63/88, NZA 1990, 198 (200); BAG, Beschl. v. 18.10.1988 – 1 ABR 26/87, NZA 1989, 402 (404).

³⁹⁶ LAG Brandenburg, Beschl. v. 7.11.1994 – 6 TaBV 11/94, BeckRS 1994, 30456278; vgl. DKKW/*Bachmer*, § 99 BetrVG Rn. 114.

³⁹⁷ LAG Köln, Beschl. v. 4.5.1994 – 13 Ta 16/94, NZA 1994, 911 (912).

³⁹⁸ BAG, Beschl. v. 21.9.1999 – 1 ABR 40/98, NZA 2000, 781 (782).

³⁹⁹ BAG, Beschl. v. 21.9.1999 – 1 ABR 40/98, NZA 2000, 781 (782).

⁴⁰⁰ BAG, Beschl. v. 21.9.1999 – 1 ABR 40/98, NZA 2000, 781 (782 f.).

⁴⁰¹ Vgl. *Hunold*, NZA-RR 2001, 617 (621).

einer solchen Leistungsverdichtung zu schützen, könne nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Dienstreisende in seinem Stammhotel übernachten kann oder nicht.⁴⁰² Teilweise werden eintägige Reisen unter der Voraussetzung als mitbestimmungspflichtig erachtet, dass sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit anfallen.⁴⁰³

Unter Umständen kann die Verpflichtung zu Dienstreisen dazu führen, dass ein Fall des § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG vorliegt, eine Versetzung also ausscheidet. Denn vereinzelt wird in diesem Kontext der voranschreitenden Digitalisierung der Arbeitswelt einschneidende Bedeutung zugemessen. So sei eine zeitgemäße Auslegung von § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG dahingehend erforderlich, dass im so genannten „*Smartphone-Arbeitsverhältnis*“ der übliche und ständige Wechsel des Arbeitsplatzes typisch sei, da es aufgrund der dienstlichen Nutzung mobiler Endgeräte faktisch mitunter zu einem minütlichen Wechsel des Arbeitsortes komme.⁴⁰⁴ Gerade im Kontext der Dienstreise ist die Nutzung mobiler Endgeräte regelmäßig allgegenwärtig. Begründet wird die Erfassung des „*Smartphone-Arbeitsverhältnisses*“ von § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG neben dem Wortlaut der Norm mit Zweckerwägungen.⁴⁰⁵ Sie solle sicherstellen, dass der Betriebsrat sich der Verwendung eines Arbeitnehmers dann nicht versperrend in den Weg stellen kann, wenn aufgrund der Eigenart des Arbeitsverhältnisses klar ist, dass es zu häufigen Einsatzwechseln kommen wird.⁴⁰⁶ In der überwiegenden Literatur hat diese Überlegung kaum Erwähnung gefunden. Einer zeitnah erfolgten kritischen Auseinandersetzung mit den Erwägungen Möllers ist beizupflichten. Bereits die Schaffung des Konstruktes des „*Smartphone-Arbeitsverhältnisses*“ überzeuge danach nicht, denn auch wenn die Nutzung mobiler Endgeräte zunehme, entstünde dadurch jedenfalls nicht regelmäßig eine Vielzahl neuer Arbeitsorte, die üblicherweise und ständig wechseln, da sich der Arbeitsort primär nach der Parteivereinbarung richte.⁴⁰⁷ Auch ein Vergleich des konstruierten „*Smartphone-Arbeitsverhältnisses*“ mit den Fallgruppen, die das BAG unter § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG subsumiert, spricht gegen das ausweitende Verständnis der Norm. Denn die Rechtsprechung stelle auf die konkreten Tätigkeiten bzw. Funktionen des Arbeitnehmers ab, um über die Üblichkeit des Wechsels des Arbeitsplatzes zu befinden, und nicht darauf, mit welchen Arbeitsmitteln die

⁴⁰² Hunold, NZA-RR 2001, 617 (621).

⁴⁰³ DKKW/Bachner, § 99 BetrVG Rn. 114.

⁴⁰⁴ Möller, ArbRAktuell 2015, 215 (216 f.).

⁴⁰⁵ Möller, ArbRAktuell 2015, 215 (216).

⁴⁰⁶ Möller, ArbRAktuell 2015, 215 (217).

⁴⁰⁷ Kalck, ArbRAktuell 2015, 472 (473).

Tätigkeit erbracht wird.⁴⁰⁸ Ein Fall, der § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG unterfiele, ist der des „digitalen Montagearbeiters“ – ein IT-Techniker, der vor Ort bei den jeweiligen Kunden tätig wird, wobei Smartphone und Laptop alles sind, was er an Arbeitsmitteln benötigt. Dies ist bei Arbeitnehmern, die unter anderem ein Smartphone und/oder andere mobile Endgeräte als Arbeitsmittel nutzen, jedoch nicht in aller Regelmäßigkeit der Fall. Sie sind vielmehr regelmäßig in eine betriebliche Struktur eingegliedert, obwohl ihnen das mobile Arbeiten möglich ist. Entscheidend ist überdies, dass es sich bei § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG um eine Ausnahmevorschrift handelt, eine Zustimmung des Betriebsrats also grundsätzlich erforderlich und nur ausnahmsweise entbehrlich ist. Eine Auslegung der Norm, die zu einer Beschränkung der Mitbestimmung führt, widerspreche folglich dem gesetzgeberischen Willen.⁴⁰⁹ Auch wenn der sich auf einer Dienstreise befindliche Arbeitnehmer also typischerweise mit Laptop, Smartphone und Co. ausgestattet sein wird, so genügt dies allein noch nicht, um einen Fall von § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG anzunehmen. Dies erfordert vielmehr, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers die Notwendigkeit von Dienstreisen dergestalt mit sich bringen muss, dass diese das Gesamtbild der Tätigkeit prägen.⁴¹⁰ Denn ist die nicht ständige Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsplatz nach der Eigenart des Arbeitsverhältnisses üblich, kommt es nicht mehr darauf an, ob mit dem Arbeitsplatzwechsel auch eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände verbunden ist.⁴¹¹

IV. Einzel- und kollektivvertragliche Gestaltung von Dienstreisen und deren Grenzen

Als Gestaltungsinstrumente für Regelungen im Zusammenhang mit Dienstreisen abhängig Beschäftigter kommen auf kollektivrechtlicher Ebene Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sowie auf individualrechtlicher Ebene Arbeitsverträge in Betracht, wobei letztere in aller Regel Formulararbeitsverträge darstellen.

Die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien versteht das BAG grundsätzlich weit. Sie erstreckt sich auf Regelungen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen, wobei betont wird, dass das BetrVG nach

⁴⁰⁸ Kalck, ArbRAktuell 2015, 472 (474).

⁴⁰⁹ Kalck, ArbRAktuell 2015, 472 (474).

⁴¹⁰ GK-BetrVG/Raab, § 99 Rn. 115.

⁴¹¹ Richardi/Thüsing, § 99 Rn. 137.

seiner Konzeption von einer grundsätzlich umfassenden Kompetenz der Betriebsparteien zur Regelung materieller und formeller Arbeitsbedingungen ausgehe.⁴¹² Jedoch genießt das Regelungsinstrument des Tarifvertrags Vorrang vor Betriebsvereinbarungen – Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG ausnahmsweise nur dann Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, wenn der Tarifvertrag eine entsprechende Öffnungsklausel enthält.⁴¹³

„Arbeitsbedingungen sind dann durch Tarifvertrag geregelt, wenn über sie ein Tarifvertrag abgeschlossen worden ist und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt [...]. Tarifüblich ist eine Regelung, wenn der Regulationsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen.“⁴¹⁴

Dagegen gilt im Verhältnis von Tarif- und Arbeitsvertrag gemäß § 4 Abs. 3 TVG das Günstigkeitsprinzip. Der Rechtsgedanke des § 4 Abs. 3 TVG gilt auch im Verhältnis von Betriebsvereinbarung zu Arbeitsvertrag, sodass günstigere arbeitsvertragliche Vereinbarungen den betrieblichen Regelungen vorgehen.⁴¹⁵ Soweit eine Betriebsvereinbarung im Verhältnis zum Arbeitsvertrag günstiger ist, kann sie den Arbeitsvertragsinhalt nicht verändern, die günstigeren betrieblichen Normen verdrängen die arbeitsvertraglichen Normen jedoch für die Dauer ihrer Wirkung.⁴¹⁶ Das BAG hat die Bedeutung des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis von Betriebsvereinbarung und Formulararbeitsvertrag in jüngerer Zeit erheblich entwertet, indem es nicht nur eine Betriebsvereinbarungsoffenheit des Arbeitsvertrages annimmt, wenn dieser zu einem bestimmten Aspekt gar keine Regelung enthält,⁴¹⁷ sondern ganz generell eine konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit allgemeiner vorformulierter Arbeitsvertragsbedingungen unterstellt.⁴¹⁸

⁴¹² BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, AP BetrVG 1972 § 75 Nr. 57 Rn. 19.

⁴¹³ BAG, Urt. v. 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 8.

⁴¹⁴ BAG, Urt. v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 19.

⁴¹⁵ BAG, Urt. v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 55.

⁴¹⁶ BAG, Urt. v. 28.3.2000 – 1 AZR 366/99, NZA 2001, 49 (51).

⁴¹⁷ BAG, Urt. v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 (1159); krit.: *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211 (224).

⁴¹⁸ BAG, Urt. v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 58 ff.; *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211 (223 f.).

1. Die Anordnungsbefugnis für Dienstreisen

Auch wenn sich die Verpflichtung zu Dienstreisen in Anbetracht der zunehmenden Globalisierung und Flexibilisierung der Arbeitswelt in vielen Fällen bereits aus dem Tätigkeitsbild ergibt und die Anordnung zu Dienstreisen folglich vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt ist, empfiehlt sich aus **Klarstellungsgründen**, eine Regelung in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, nach der der Arbeitnehmer zu Dienstreisen ins In- und Ausland verpflichtet ist und sich die Anzahl, die jeweilige Dauer und der Zielort der Dienstreisen nach den Bedürfnissen des Unternehmens richtet.⁴¹⁹ Umfasst das Tätigkeitsbild des Arbeitnehmers Dienstreisen ins In- und/oder Ausland für gewöhnlich nicht, ist eine entsprechende vertragliche Regelung unentbehrlich, um eine Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers zu begründen. Dabei sollten die **Umstände, unter denen Dienstreisen zu leisten sind**, jedenfalls grob umschrieben werden, um eine Intransparenz zu vermeiden.⁴²⁰ Zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmer sollten außerdem Klauseln aufgenommen werden, die eine **Ankündigungsfrist** für Dienstreisen regeln.⁴²¹ Unangemessen benachteiligend gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Klausel, nach der der Arbeitnehmer ohne zwingende Gründe zum sofortigen Dienstreiseantritt verpflichtet wird.⁴²² Ist formulararbeitsvertraglich ein Versetzungsvorbehalt vereinbart, so unterfällt dieser nicht dem Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB, da dieses nur einseitige Bestimmungsrechte hinsichtlich der Leistung des Verwenders erfasst und nicht auf das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers bezüglich der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers anwendbar ist.⁴²³

Führt die Anordnung der Dienstreise zur Leistung von **Überstunden**, so ist zu beachten, dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers die Anordnung von Überstunden grundsätzlich nicht umfasst.⁴²⁴ Soweit eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden vertraglich nicht ausgeschlossen ist, wird der Arbeitsvertrag in diesem Punkt als betriebsvereinbarungsoffen be-

⁴¹⁹ Klauselbeispiel bei: *Greiner*, in: Preis, Arbeitsvertrag, II D 15 Rn. 1 f.; vgl. DBD/*Däubler*, Anh. Rn. 169.

⁴²⁰ DBD/*Däubler*, Anh. Rn. 169.

⁴²¹ *Greiner*, in: Preis, Arbeitsvertrag, II D 15 Rn. 1, 4 mit Klauselbeispiel.

⁴²² DBD/*Däubler*, Anh. Rn. 170 mit Klauselbeispiel.

⁴²³ BAG, Urt. v. 11.4.2006 – 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149 Rn. 31; **zustimmend**: *Hunold*, NZA-RR 2018, 63 (65).

⁴²⁴ BAG, Urt. v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 (1159); BAG, Urt. v. 25.3.1987 – 5 AZR 691/85, BeckRS 1987, 05361 Rn. 32; *Kreft*, AuR 2018, 56 (62); MüKoBGB/*Müller-Glöge*, Bd. 4, § 611 BGB Rn. 1026.

trachtet.⁴²⁵ Nur in Ausnahmefällen kann auch ohne gesonderte vertragliche Grundlage eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden aus § 241 Abs. 2 BGB folgen; seine Anordnungsbefugnis muss der Arbeitgeber dann im Rahmen billigen Ermessens ausüben.⁴²⁶

2. Überstundenabgeltung

Das BAG erkennt Dienstreisezeiten als grundsätzlich vergütungspflichtige Arbeitszeit an und stellt fest, dass diese im erforderlichen Umfang grundsätzlich mit der für die eigentliche Tätigkeit vereinbarten Vergütung zu bezahlen sind.⁴²⁷ Dies ist jedoch nicht zwingend, vielmehr kann

„[durch] Arbeits- oder Tarifvertrag [...] eine gesonderte Vergütungsregelung für eine andere als die eigentliche Tätigkeit und damit auch für Reisezeiten getroffen werden [...]. Dabei kann eine Vergütung für Reisezeiten auch ganz ausgeschlossen werden, sofern mit der getroffenen Vereinbarung nicht der jedem Arbeitnehmer für tatsächlich geleistete vergütungspflichtige Arbeit nach § 1 Abs. 1 MiLoG zustehende Anspruch auf den Mindestlohn unterschritten wird [...]“⁴²⁸

In welchen Grenzen die einzelnen Regelungsinstrumente die pauschale Überstundenabgeltung zulassen, wird im Folgenden dargestellt.

a) Durch Formulararbeitsvertrag

Eine Klausel, nach der **Reisezeiten, die außerhalb der normalen Arbeitszeit anfallen**, mit der zu zahlenden Vergütung abgegolten sind, wobei gleichzeitig eine Verpflichtung zur Leistung von Mehrarbeit besteht, ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam.⁴²⁹ Denn

„[eine] die pauschale Vergütung von Reisezeiten regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche ‚Reisetätigkeit‘ von ihr in welchem Umfang erfasst werden soll [...]. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was gegebenenfalls ‚auf

⁴²⁵ BAG, Urt. v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02, NZA 2003, 1155 (1159).

⁴²⁶ Kreft, AuR 2018, 56 (62); MüKoBGB/Müller-Glöge, Bd. 4, § 611 BGB Rn. 1026.

⁴²⁷ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18.

⁴²⁸ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18.

⁴²⁹ BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 Rn. 12.

*ihn zukommt' und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss [...].*⁴³⁰

Das **Transparenzgebot** wird jedenfalls gewahrt, wenn die Anzahl der abgeholzten Überstunden durch die Klausel quantifiziert wird.⁴³¹

Umstritten ist, ob über die Transparenzkontrolle hinaus eine **weitergehende Inhaltskontrolle** vorzunehmen ist. Das BAG unterscheidet hier zwischen Klauseln, die einzig eine Vergütungsregelung für Überstunden enthalten und solchen, die eine Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers für Überstunden in Verbindung mit einer Abgeltung dieser regeln.⁴³² Bei ersteren handelt es sich nach Auffassung des BAG um nicht voll kontrollfähige Hauptleistungsabreden, die nur die Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung betreffen; offen ließ das Gericht dagegen die Frage, ob eine Klausel, die eine Pauschalvergütung von Überstunden mit einer Abrede über die Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden kombiniert, eine kontrollfähige Preisnebenabrede darstellt.⁴³³ In der Literatur und der Instanzrechtsprechung finden sich Stimmen, die jedenfalls letztere als kontrollfähige Preisnebenabreden ansehen.⁴³⁴ Die Vergütung der Arbeitsleistung werde durch solche Klauseln nur mittelbar bestimmt, da die Anzahl zu leistender Überstunden vertraglich nicht geregelt sei, sondern der einseitigen Dispositionsmöglichkeit des Arbeitgebers unterliege.⁴³⁵ Solche Klauseln ermöglichen dem Arbeitgeber daher den einseitigen Eingriff in das Synallagma von Leistung und Gegenleistung.⁴³⁶ Dagegen wird eingewendet, dass eine Inhaltskontrolle jedenfalls dann ausgeschlossen sein müsse, wenn Anordnungsbefugnis und Abgeltungsbestimmung in separaten Klauseln geregelt sind.⁴³⁷ Andere sehen auch Abgeltungsklauseln, die nicht zugleich eine Verpflichtung zur Überstundenleistung

⁴³⁰ BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 5 AZR 200/10, NZA 2011, 917 Rn. 15.

⁴³¹ Vgl. BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908 Rn. 22.

⁴³² BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908 Rn. 26.

⁴³³ BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908 Rn. 26; der Einordnung von ausschließlich die Vergütung regelnden Klauseln zustimmend: *Bauer/Arnold/Willemsen*, DB 2012, 1986 (1989); *Bauer/Chwalisz*, ZfA 2007, 339 (354); *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, NJW 2007, 1777 (1780); *Köhler*, GWR 2012, 457; *Lakies*, ArbRaktuell 2013, 541; *Salamon/Hoppe/Rogge*, BB 2013, 1720 (1724).

⁴³⁴ LAG Hamm, Urt. v. 11.7.2007 – 6 Sa 410/07, BeckRS 2007, 31831; vgl. *Bepler*, FS Wank, S. 41 (S. 47); *Kock*, DB 2012, 1328 (1329); *ErfK/Preis*, § 310 BGB Rn. 91; *Preis*, in: *Preis, Arbeitsvertrag*, II M 20 Rn. 29 f.; *Schramm/Kuhnke*, NZA 2012, 127 (128).

⁴³⁵ *ErfK/Preis*, § 310 BGB Rn. 91.

⁴³⁶ *Bepler*, FS Wank, S. 41 (S. 47).

⁴³⁷ *Köhler*, GWR 2012, 457; vgl. auch *Bauer/Arnold/Willemsen*, DB 2012, 1986 (1989).

regeln, als kontrollfähige Preisnebenabreden an.⁴³⁸ Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn sie nicht dahingehend differenzierend ausgestaltet sind, ob die Überstunden aufgrund einer bestehenden vertraglichen Anordnungsbefugnis oder als notwendige Überstunden gemäß § 241 Abs. 2 BGB angeordnet werden.⁴³⁹ Teilweise werden solche einfachen Abgeltungsklauseln mit der Begründung als inhaltskontrollfähig erachtet, dass sie eine stillschweigende Vereinbarung zur Überstundenverpflichtung darstellen und außerdem das Synallagma durch die Ableistung unvergüteter Überstunden erheblich verschoben werden könne.⁴⁴⁰

Unter Annahme einer Inhaltskontrollfähigkeit sowohl einfacher Abgeltungsklauseln als auch solcher Abgeltungsklauseln, die in Verbindung mit einer Verpflichtung zur Überstundenleistung geregelt sind, stellt sich das Folgeproblem der **Festlegung der Grenze der Angemessenheit**. In diesem Zusammenhang werden zahlreiche Werte diskutiert. Diese reichen von 10 %⁴⁴¹ bis 25 % der regulären Arbeitszeit, wobei letzterer Wert mit einer Parallele zur Rechtsprechung zu Widerrufsvorbehalten und Abrufarbeit begründet wird.⁴⁴² Vorgeschlagen wird auch eine gehaltsabhängige Angemessenheitsgrenze von 10 % bei „normalen“ Arbeitnehmern“ bis hin zu 25 % bei Besserverdienern, die oberhalb der Beitragsmessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung anzusiedeln seien, da mit höherer Vergütung bei gleicher regelmäßiger Arbeitszeit das Äquivalenzverhältnis weniger stark beeinträchtigt werde.⁴⁴³ Die überzeugenderen Argumente sprechen für eine **Grenzziehung bei 12,5 % der regulären Arbeitszeit**, da so gemessen an einem achtstündigen Arbeitstag eine Überstunde abgegolten werden kann und eine Überstunde zusätzlich zu vergüten ist – so wird ein angemessener Ausgleich zwischen dem Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers einerseits und dem Mehrverdienstinteresse des Arbeitnehmers andererseits ermöglicht.⁴⁴⁴

Indes bleibt jedenfalls das BAG wohl bei seiner Auffassung und unterzieht Klauseln, die eine gesonderte Vergütung für Reisezeiten regeln oder diese gar abbedingen, weiterhin keiner Angemessenheitskontrolle. Vielmehr zieht es die

⁴³⁸ Bauer/Merten, RdA 2012, 178 (179); Klocke, RdA 2014, 223 (224 f.; 226); Kock, DB 2012, 1328 (1329); ErfK/Preis, § 310 BGB Rn. 91.

⁴³⁹ Klocke, RdA 2014, 223 (224 f.; 226).

⁴⁴⁰ Kock, DB 2012, 1328 (1329).

⁴⁴¹ Bauer/Chwalisz, ZfA 2007, 339 (355); Schramm/Kuhnke, NZA 2012, 127 (128).

⁴⁴² LAG Hamm, Urt. v. 11.7.2007 – 6 Sa 410/07, BeckRS 2007, 31831; Bauer/Merten, RdA 2012, 178 (179 f.).

⁴⁴³ Kock, DB 2012, 1328 (1330 f.).

⁴⁴⁴ Klocke, RdA 2014, 223 (226 f.).

absolute Untergrenze für die Abbedingung der Vergütung von Reisezeiten **in Höhe des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs gemäß § 1 Abs. 1 MiLoG.**⁴⁴⁵ Die gezahlte Vergütung dividiert durch die Gesamtzahl der in der Abrechnungsperiode regelmäßig zu leistenden Arbeitsstunden und der Zahl der tatsächlich geleisteten Überstunden muss mithin dem gesetzlichen Mindestlohn entsprechen; andernfalls besteht ein Differenzvergütungsanspruch in Höhe der Gesamtzahl der im jeweiligen Kalendermonat erbrachten Arbeitsstunden multipliziert mit dem gesetzlichen Mindestlohn.⁴⁴⁶

Die **Vergütungspflicht für Reisezeiten innerhalb der regulären Arbeitszeit** lässt sich auch formulararbeitsvertraglich nicht ausschließen.⁴⁴⁷ Denn entsprechende Klauseln verlagern das Entgeltrisiko des Arbeitgebers aus § 615 BGB einseitig auf den Arbeitnehmer, wodurch dieser gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt wird, sofern ihm kein angemessener Ausgleich gewährt wird.⁴⁴⁸ Liegt die Reisezeit innerhalb der regulären Arbeitszeit und übt der Arbeitgeber sein Direktionsrecht durch Anordnung einer Dienstreise aus, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf das ihm vertraglich für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht zustehende Entgelt. Denn der Arbeitgeber hat durch die Anordnung die Hauptleistungspflicht konkretisiert.⁴⁴⁹ Eine Beschränkung der Vergütung für Reisezeit innerhalb der regulären Arbeitszeit kann nur im Wege der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer wegen schuldhafter Verletzung der Nebenpflicht zur Wahl der kürzesten Reiseroute erreicht werden.⁴⁵⁰ Gesonderte Vergütungsregelungen für innerhalb der regulären Arbeitszeit liegende Reisezeiten sind in Formulararbeitsverträgen nicht möglich – die Formulierung des 5. Senats ist insoweit irreführend.

Ist die Vergütungsregelung für Dienstreisezeiten nach diesen Grundsätzen unwirksam, so kommt es für die Vergütung dieser in Form von Überstunden auf das Bestehen der objektiven Vergütungserwartung gemäß § 612 Abs. 1 BGB an.

⁴⁴⁵ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18; diese Rspr. bestätigend *Volk*, in: *JahrB ArbR* 2018, S. 47 (65).

⁴⁴⁶ BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 5 AZR 424/17, NZA 2018, 1211 Rn. 31; BAG, Urt. v. 25.6.2016 – 5 AZR 135/16, AP MiLoG § 1 Nr. 1 Rn. 24; *MüKoBGB/Müller-Glöge*, Bd. 4, § 1 MiLoG Rn. 19.

⁴⁴⁷ *Freyler*, BB 2019, 1397 (1401); *Heins/Leder*, NZA 2007, 249 (250); *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (41); *Kleinebrink*, DB 2016, 2114 (2115).

⁴⁴⁸ *Heins/Leder*, NZA 2007, 249 (250).

⁴⁴⁹ Vgl. *Freyler*, BB 2019, 1397 (1401); *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38 (41); *Kleinebrink*, DB 2016, 2114 (2115).

⁴⁵⁰ Vgl. *Freyler*, BB 2019, 1397 (1401).

b) Durch Tarifvertrag

Die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien geht indes wesentlich weiter, denn

*„[der] Tarifvertrag ist nur daraufhin zu überprüfen, ob er gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht, die guten Sitten und tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstößt [...]“*⁴⁵¹

Insbesondere unterliegen Tarifverträge gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 BGB keiner Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB. Dies findet seinen Grund darin, dass die Tarifautonomie als wesentlicher Teil der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Betätigungsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt ist und die Tarifbindung darüber hinaus mitgliedschaftlich legitimiert ist.⁴⁵²

*„Tarifnormen dürfen von den Gerichten nicht auf Zweckmäßigkeit oder etwa Vereinbarkeit mit den Grundsätzen von Treu und Glauben überprüft werden. Dies wäre ein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie [...]“*⁴⁵³

Wo der Gesetzgeber jedoch Vorschriften mit einer Leitbildfunktion geschaffen hat, müssen sich die Tarifparteien an diesen orientieren.⁴⁵⁴ Die Arbeitszeitrichtlinie steht der Pauschalabgeltung von Überstunden durch Tarifvertrag nicht entgegen, da sie nicht Fragen des Arbeitsentgelts für Arbeitnehmer regelt.⁴⁵⁵ Der gesetzliche Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG für tatsächlich geleistete vergütungspflichtige Arbeit liegt allerdings außerhalb der Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien.⁴⁵⁶ Innerhalb wie außerhalb der regulären Arbeitszeit sind Reisezeiten also **jedenfalls in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns** zu vergüten. Das BAG sieht den Mindestlohnanspruch als erfüllt an, wenn die vom Arbeitgeber für einen Kalendermonat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit der jeweils geltenden Höhe des gesetzlichen Mindestlohns ergibt.⁴⁵⁷ Es ist den Tarifparteien auch möglich, für Reisezei-

⁴⁵¹ BAG, Urt. v. 30.1.1970 – 3 AZR 44/68, NJW 1970, 1620 (1623).

⁴⁵² BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 NZA 2007, 453 Rn. 25.

⁴⁵³ BAG, Urt. v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, NZA 1991, 386 (387).

⁴⁵⁴ BAG, Urt. v. 9.12.2009 – 7 AZR 399/08, NJW 2010, 1548 Rn. 31.

⁴⁵⁵ EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293 Rn. 24; BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 5 AZR 424/17, NZA 2018, 1211 Rn. 20.

⁴⁵⁶ BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 5 AZR 424/17, NZA 2018, 1211 Rn. 30 f.

⁴⁵⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 5 AZR 424/17, NZA 2018, 1211 Rn. 31; **grundlegend:** BAG, Urt. v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, AP MiLoG § 1 Nr. 1 Rn. 26.

ten, die außerhalb der regulären Arbeitszeit liegen, die Zahlung von **Überstundenzuschlägen** zu vereinbaren.

Die tarifvertragliche Vereinbarung einer geringeren Vergütung für Reisezeiten stellt auch keine Ungleichbehandlung dar, soweit die geringere Vergütung einzig an den Umstand der Reisezeit anknüpft und nicht an sonstige – unzulässige – Differenzierungsmerkmale.

Nach der Rechtsprechung des BAG können auch Auslösungszahlungen zur pauschalen Abgeltung von Reisezeiten eingesetzt werden.⁴⁵⁸ Der Umstand, dass die tariflichen Vorschriften Fahrzeiten nicht ausdrücklich der tariflichen Arbeitszeit zuordnen, spreche dafür, dass diese nicht mit dem regulären Stundenlohn zu vergüten sind.⁴⁵⁹

„Dementsprechend enthält [der Tarifvertrag] eine eigenständige und abschließende Regelung für die ‚Entlohnung‘ des mit der Arbeit an auswärtigen Arbeitsstellen verbundenen (Zeit-)Aufwands. Vorgesehen sind ein Fahrgeld bei tatsächlichen Fahrtkosten, eine nach Entfernung und Aufenthaltsdauer auf der auswärtigen Arbeitsstelle gestaffelte, vom tatsächlichen Aufwand und steuerrechtlichen Pauschalbeträgen losgelöste Auslösung, deren Höhe bei täglicher Heimfahrt an bestimmte Prozentsätze des tariflichen Zeitlohnes anknüpft, und eine Montagezulage. Dagegen fehlt jeglicher Anhaltspunkt dafür, zusätzlich zu diesen Leistungen solle die Fahrzeit zur auswärtigen Arbeitsstelle (und zurück) mit dem ‚normalen‘ Stundenlohn vergütet werden. Mit dem Begriff ‚Auslösung‘ wird zwar gemeinhin ein pauschalierter Aufwendungsersatz bezeichnet, der Fahrt-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten abdecken soll [...]. Die ‚Auslösung‘ bei täglicher Heimfahrt nach VII Nr. 2 LTV hat jedoch – zumindest auch – Entgeltcharakter: Fahrgeld wird gesondert nach VII Nr. 1 LTV erstattet, Übernachtungskosten fallen bei täglicher Heimfahrt nicht an und höhere Verpflegungskosten als bei einer Arbeit im Betrieb müssen nicht zwingend entstehen. Zudem bemisst sich die ‚Auslösung‘ bei täglicher Heimfahrt [...] an einem mit zunehmender Entfernung (und damit im Regelfall längeren Fahrzeit) steigenden Prozentsatz des tariflichen Ecklohnes. Bei dieser Ausgestaltung hätte es einer ausdrücklichen Regelung bedurft, wenn [...] zusätzlich die Fahrzeit mit dem normalen Stundenlohn vergütet werden soll.“⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 Rn. 19; Küttner/Griese, Personalbuch, Auslösung Rn. 6.

⁴⁵⁹ BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 Rn. 19.

⁴⁶⁰ BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158 Rn. 19 f.

c) Durch Betriebsvereinbarung

Weitgehend unbestritten ist die Regelungskompetenz des Betriebsrats auch zu Lasten der Arbeitnehmer, wenn ein Fall des § 87 BetrVG vorliegt, eine Ermächtigungsgrundlage also vorhanden ist. Allerdings geht es entschieden zu weit, über § 88 BetrVG ein allgemeines Eingriffsrecht zu konstruieren. Indes entspricht dies der Vorgehensweise des BAG,⁴⁶¹ der sich Instanzgerichte ohne jegliches Problembewusstsein anschließen.⁴⁶² Dabei vertröstet sich die Rechtsprechung auf die über § 75 BetrVG vorzunehmende Verhältnismäßigkeitskontrolle.⁴⁶³ Denn auch Betriebsvereinbarungen unterliegen gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 BGB keiner Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB. Während die Kontrollfreiheit bei Tarifverträgen auf einer durch paritätische Verhandlungen strukturell gleichgewichtiger Vertragspartner begründeten Angemessenheitsvermutung beruht, findet sie für Betriebsvereinbarungen ihre Begründung in der Verpflichtung zur Kontrolle von Betriebsvereinbarungen anhand der insbesondere in § 75 BetrVG genannten Kriterien.⁴⁶⁴

„Nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB findet zwar bei Betriebsvereinbarungen keine Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB statt. Doch sind die Betriebsparteien beim Abschluss ihrer Vereinbarungen gemäß § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG an die Grundsätze von Recht und Billigkeit gebunden und damit auch zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte verpflichtet.“⁴⁶⁵

Da Betriebsvereinbarungen im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden, unterliegen sie jedenfalls einer strengeren gerichtlichen Kontrolle als Tarifverträge, was sich dadurch rechtfertigt, dass die Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützt ist und die Tarifbindung, anders als die Bindung an Betriebsvereinbarungen, mitgliederschaflich legitimiert ist.⁴⁶⁶

Doch soll durch Betriebsvereinbarung geregelt werden können, dass bestimmte an sich vergütungspflichtige Reisezeiten nicht als Arbeitszeit gelten.⁴⁶⁷ Im jüngst

⁴⁶¹ BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 13 f.

⁴⁶² Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, NZA-RR 2019, 202 Rn. 31.

⁴⁶³ BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 23 f.

⁴⁶⁴ Creutzfeld, NZA 2018, 1111 (1112).

⁴⁶⁵ BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, AP BetrVG 1972 § 75 Nr. 57 Rn. 20.

⁴⁶⁶ BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 25.

⁴⁶⁷ BAG, Beschl. v. 10.10.2006 – 1 ABR 59/05, NZA 2007, 523 Rn. 26 ff.; LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, NZA-RR 2019, 202 Rn. 23 ff.; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.9.2017 – 3 Sa 185/17, BeckRS 2017, 142151 Rn. 28; zustimmend: Schul-

vom LAG Düsseldorf nach den Grundsätzen des 1. Senats entschiedenen Fall ging es um eine betriebliche Norm, nach der Anfahrtszeiten von Außendienstmitarbeitern bis zu einer Dauer von 20 Minuten nicht zur Arbeitszeit zählen und erst die eine Dauer von 20 Minuten übersteigende Reisezeit Arbeitszeit darstelle.⁴⁶⁸ Auch wenn eine Vergütungshöhe tariflich festgelegt ist, verstoße eine betriebliche Norm mit entsprechendem Regelungsgehalt nicht gegen § 77 Abs. 3 BetrVG, da sie ausschließlich bestimme, unter welchen Voraussetzungen eine Tätigkeit als Erfüllung der vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht gilt und keine Regelung über die Vergütung dieser Zeiten treffe.⁴⁶⁹ Regelungsgehalt solcher betrieblicher Normen sei die Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen eine Tätigkeit als Erfüllung der vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht gilt und nicht, wie diese Arbeitsleistungen zu vergüten sind:

„Eine Vergütungsregelung liegt vor, wenn eine Bestimmung über den Umfang der Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung getroffen wird. Dies kann mittelbar auch dadurch geschehen, dass die vom Arbeitnehmer tatsächlich erbrachte Arbeitszeit anders als mit dem Faktor eins bewertet wird [...]. Dagegen handelt es sich nicht um eine Regelung der Arbeitsvergütung, wenn festgelegt wird, welche Leistungen des Arbeitnehmers als Arbeitsleistung und damit als Erfüllung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitspflicht anzusehen sind. Eine solche Regelung betrifft den Inhalt der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung; sie lässt die Höhe der Vergütung unberührt.“⁴⁷⁰

Ebenfalls enthalte sie keine Bestimmung über die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit, deren Umfang tariflich festgelegt ist, sodass auch insoweit kein Verstoß gegen § 77 Abs. 3 BetrVG gegeben sei.⁴⁷¹ Zwar würden entsprechende Regelungen festlegen, welche Leistungen des Arbeitnehmers auf die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit anrechenbar sind, sie führten indes nicht zu einer Erhöhung oder Verringerung des geschuldeten Arbeitszeitvolumens.⁴⁷²

ze/Wannisch, ArbRaktuell 2019, 453 (455), die eine damit einhergehende hohe Verantwortung des Betriebsrats konstatieren.

⁴⁶⁸ LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, NZA-RR 2019, 202.

⁴⁶⁹ BAG, Beschl. v. 10.10.2006 – 1 ABR 59/05, NZA 2007, 523 Rn. 27; dem folgend: LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, NZA-RR 2019, 202 Rn. 29; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.9.2017 – 3 Sa 185/17, BeckRS 2017, 142151 Rn. 28 f.

⁴⁷⁰ BAG, Beschl. v. 10.10.2006 – 1 ABR 59/05, NZA 2007, 523 Rn. 27.

⁴⁷¹ LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, NZA-RR 2019, 202 Rn. 30 unter Bezugnahme auf BAG, Beschl. v. 10.10.2006 – 1 ABR 59/05, NZA 2007, 523 Rn. 29.

⁴⁷² BAG, Beschl. v. 10.10.2006 – 1 ABR 59/05, NZA 2007, 523 Rn. 29.

Ob ein derartiger Eingriff in die nach zutreffender Auffassung des 5. Senats grundsätzlich für Reisezeiten bestehende Vergütungspflicht zulässig ist, erscheint in zweierlei Hinsicht zweifelhaft. Zum einen stellt der Weg, den das LAG Düsseldorf unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des 1. Senats geht, einen **Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG**, jedenfalls aber eine **Umgehung** dieser dar, da Vergütungs- und Arbeitszeitregelungen regelmäßig tarifüblich sind; im konkreten Fall bestand eine tarifliche Vergütungsregelung. Indem die betriebliche Regelung festlegt, welche Zeiten zu den vergütungspflichtigen Zeiten gehören und welche nicht, wird gleichzeitig eine Regelung über die Vergütung dieser Zeiten getroffen. Selbst wenn das Vorliegen einer unmittelbaren Vergütungsregelung abgelehnt wird, wird eine solche jedenfalls mittelbar getroffen, indem festgelegt wird, ob Reisezeiten vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellen oder nicht. Der 5. Senat nennt als mögliche Regelungsinstrumente für die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für Reisezeiten allerdings nur Arbeits- und Tarifvertrag und nicht die Betriebsvereinbarung.⁴⁷³ Durch Betriebsvereinbarungen kann also weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Vergütungsregelung getroffen werden, da letzteres eine Umgehung der Unzulässigkeit einer unmittelbaren Vergütungsregelung darstellen würde.⁴⁷⁴ Selbst wenn dem LAG unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des 1. Senats insoweit gefolgt würde, ist weiterhin kritisch zu bemerken, dass eine entsprechende betriebliche Regelung die Entstehung eines nach den Grundsätzen des 5. Senats ansonsten aus dem Arbeitsvertrag erwachsenden Vergütungsanspruchs für Reisezeiten verhindert. Ohne jedes Problembewusstsein tritt das LAG Düsseldorf das grundsätzlich im Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung geltende Günstigkeitsprinzip gewissermaßen mit Füßen, indem es auf die vom 1. Senat begründete Formel der **konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit von Formulararbeitsverträgen** rekurriert.⁴⁷⁵

„Eine [...] konkludente Vereinbarung [der Betriebsvereinbarungsoffenheit der vertraglichen Absprachen] ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat. Mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen macht der Ar-

⁴⁷³ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18.

⁴⁷⁴ Die fehlende Betriebsvereinbarungsdispositivität der §§ 611, 612 BGB betonend: *Buschmann*, FS Hanau, S. 197 (208).

⁴⁷⁵ Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, NZA-RR 2019, 202 Rn. 36 ff.; **kritisch ebenfalls**: *Lange/Lachmann*, ArbRAktuell 2019, 70; jedenfalls in Frage stellend, ob die Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarungsoffenheit zukünftig Bestand haben wird: *Worzalla*, PuR 6/2019, 140.

beitgeber für den Arbeitnehmer erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. [...] Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.“⁴⁷⁶

Das Regelungsinstrument des Arbeitsvertrags wird durch die Formel der konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit von Formulararbeitsverträgen erheblich entwertet.⁴⁷⁷ Zu Recht meldet der 4. Senat in einem **obiter dictum** nachvollziehbare Bedenken gegen die Formel der konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit formularvertraglicher Arbeitsverträge an, da zum einen die gewählte Form eines Arbeitsvertrages nicht die Annahme begründen könne, dass die Parteien diesen betriebsvereinbarungsoffen gestalten wollten.⁴⁷⁸ Zum anderen bestünden Zweifel, dass die Vereinbarung der konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit, die ebenfalls eine allgemeine Geschäftsbedingung darstelle, einer Überprüfung nach Maßgabe des § 305c Abs. 1 und 2 BGB standhalten würde.⁴⁷⁹

Auch unter Annahme einer umfassenden Allkompetenz der Betriebsparteien ist die **pauschale Abgeltung von Reisezeiten jedenfalls unangemessen benachteiligend**.⁴⁸⁰ Denn

„[die] von den Betriebsparteien getroffene Regelung muss geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Geeignet ist die Regelung dann, wenn mit ihrer Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann. Erforderlich ist sie, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber die Handlungsfreiheit weniger einschränkendes Mittel zu Verfügung steht. Angemessen ist sie, wenn sie verhältnismäßig im

⁴⁷⁶ BAG, Urt. v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rn. 60.

⁴⁷⁷ Creutzfeld, NZA 2018, 1111 (1115 f.); Preis/Ulber, RdA 2013, 211 (225).

⁴⁷⁸ BAG, Urt. v. 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 Rn. 47 ff.

⁴⁷⁹ BAG, Urt. v. 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273 Rn. 53 ff.

⁴⁸⁰ Auch Schulze/Wannisch, ArbRAktuell 2019, 453 (455) weisen jedenfalls darauf hin, dass entsprechende Regelungen unangemessen sein können, und fordern Betriebsräte dazu auf, sich nicht darauf einzulassen, sofern keine entsprechende Kompensation gewährt werde.

*engeren Sinn erscheint. Es bedarf hier einer Gesamtabwägung zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der ihm rechtfertigenden Gründe; die Grenze der Zumutbarkeit darf nicht überschritten werden [...].*⁴⁸¹

Mit der pauschalen Abgeltung von Reisezeiten sind Belastungen für den Arbeitnehmer verbunden, die unter Berücksichtigung der berechtigten arbeitgeberseitigen Interessen **nicht gerechtfertigt** werden können. Arbeitnehmer, die sich auf Dienstreise begeben, büßen durch die Reisezeit Zeit ein, die ihnen sonst entweder zu freier Verfügung für eigenwirtschaftliche Tätigkeiten zur Verfügung gestanden hätte oder aber, die sie in Erfüllung ihrer Hauptleistungspflicht am üblichen Arbeitsplatz verbracht hätten, wofür sie die reguläre Vergütung erhalten hätten. Die mit der Dienstreise einhergehenden Beschränkungen sind faktisch größer als die durch die reguläre Tätigkeit entstehenden Einschränkungen. Letztere sind wesentlich besser planbar, wohingegen es keine Seltenheit ist, dass Reisezeiten länger dauern als ursprünglich geplant. Die mit der Reise verbundenen Strapazen führen überdies oftmals im Anschluss zu einem erhöhten Erholungsbedarf, sodass die Einschränkung durch die Reisetätigkeit gewissermaßen über die Grenzen ihrer Anerkennung als Arbeitszeit hinauswirkt. Arbeitnehmer erlangen durch die Dienstreisetätigkeit also keinerlei eigenwirtschaftlichen Vorteil, der es rechtfertigen könnte, die Zeit im Hinblick auf die Vergütung gänzlich nicht zu werten. Vielmehr bringt die Wahrnehmung der Dienstreise für den Arbeitnehmer ausschließlich Nachteile mit sich. Demgegenüber steht das alleinige wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Durchführung der Dienstreise durch den Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber ist in dieser Konstellation nicht schutzwürdig, da ihm durch die Dienstreise ein Vorteil entsteht, der auf der Arbeitnehmerseite kein Äquivalent hat, wenn die Reisezeit nicht entsprechend vergütet wird. Den Gegenwert für die aufgewendete Dienstreisezeit bildet auf der Arbeitnehmerseite die hierfür zu zahlende Vergütung. Wird diese durch Betriebsvereinbarung pauschal abgegolten, benachteiligt dies den Arbeitnehmer unangemessen. Die Untergrenze muss auch hier entsprechend der Wertungen des 5. Senats mindestens der gesetzliche Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG bilden.⁴⁸² Die Grenze der Angemessenheit dürfte jedoch bereits früher erreicht sein, da Tarifverträge und – nach Auffassung des BAG – auch Überstundenabgeltungsklauseln in Formulararbeitsverträgen gerade keiner Angemessenheitskontrolle unterliegen, sodass die Grenze des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs daher nicht identisch mit der Angemessenheitsgrenze sein kann. Parallel zu den Erwägungen der Angemessenheitsgrenze für

⁴⁸¹ BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 24.

⁴⁸² BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18.

Überstundenabgeltung durch Formulararbeitsverträge ist für die Abgeltung von Reisezeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit auch hier die Grenze bei 12,5 % der regulären Arbeitszeit zu ziehen.⁴⁸³ Innerhalb der regulären Arbeitszeit liegende Reisezeiten sind entsprechend der zu Regelungen in Formulararbeitsverträgen aufgestellten Wertungen aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sowie § 615 BGB mit dem regulären Entgelt zu vergüten.⁴⁸⁴

Das BAG stellte jüngst fest, dass bei einer pauschalen Überstundenabgeltung durch Betriebsvereinbarung insbesondere das **Gebot der Normenklarheit** beachtet werden müsse.⁴⁸⁵ Die Voraussetzung „*regelmäßige Mehrarbeit*“ verstoße dagegen, weil für die Beschäftigten nicht hinreichend klar ersichtlich sei, in welchem Fall eine solche anzunehmen ist und wann nicht.⁴⁸⁶ Hierdurch werde gewissermaßen eine Parallele zu der gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht unmittelbar anwendbaren Regelung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gezogen.⁴⁸⁷ Außerdem muss der **betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz** gewahrt werden – die Regelmäßigkeit von Überstunden sei kein taugliches Differenzierungskriterium, um zwischen der Pauschalabgeltung von Überstunden und der Vergütung nach tatsächlich geleisteten Überstunden zu unterscheiden.⁴⁸⁸ Zu beachten ist außerdem, dass Regelungen zu Überstundenvergütung in Betriebsvereinbarungen in der Regel gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam sind, da diese üblicherweise tarifvertraglich geregelt wird.⁴⁸⁹

3. Regelungen zum Aufwendungsersatz – Verpflichtung zu Dienstreisen unter Abbedingung von § 670 BGB?

a) Durch Formulararbeitsvertrag

Die Pauschalierung von Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Dienstreise entstehen, ist grundsätzlich möglich, jedoch muss sichergestellt werden, dass der Anspruch aus § 670 BGB als Ausdruck der Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen abbedun-

⁴⁸³ S. unter C. IV. 2. a).

⁴⁸⁴ Vgl. Wertungen zum Formulararbeitsvertrag unter C. IV. 2. a).

⁴⁸⁵ BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, PM 27/19.

⁴⁸⁶ BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, PM 27/19.

⁴⁸⁷ *Bauer*, ArbRAktuell 2019, 339.

⁴⁸⁸ BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, PM 27/19.

⁴⁸⁹ *Kleinebrink*, DB 2016, 2114 (2116).

gen und verkürzt werden darf.⁴⁹⁰ Das heißt, eine formularvertragliche Pauschalierungsregelung bezüglich Aufwendungen ist nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der Arbeitnehmer alle Aufwendungen, die er für notwendig halten durfte, effektiv ersetzt erhält.⁴⁹¹ Eine **vollständige Abbedingung von § 670 BGB durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist unzulässig**. Hierzu kann exemplarisch auf die Wertungen der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zur Abgeltung des Aufwendungsersatzanspruches aus § 670 BGB für Leiharbeitnehmer verwiesen werden. Die Situation des Leiharbeitnehmers sei verwandt mit den Fallgruppen der Montagearbeiter und Bauarbeiter, bei allen bringe es die Art der Arbeitsaufgaben zwangsläufig mit sich, ein Tätigwerden vor Ort zu entfalten.⁴⁹² Den Leiharbeitnehmer treffe die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, sich zu wechselnden Arbeitsstätten zu begeben, was in der Regel im wirtschaftlichen Interesse des Verleihers liege.⁴⁹³

„Den Leiharbeitnehmer mit den Kosten für die mit der Arbeitnehmerüberlassung einhergehenden wechselnden Einsätze bei den jeweiligen Kunden zu belasten, würde dazu führen, dass sich das Mindestentgelt dieser Arbeitnehmer für die erbrachten Arbeitsstunden effektiv um denjenigen Anteil mindert, den sie – im Interesse des Arbeitgebers an einer möglichst hohen Gewinnspanne bei dem von ihm betriebenen Überlassungsgeschäft – aufbringen müssten, um den Kundenauftrag ihres Verleiharbeitgebers ‚bedienen‘ zu können. [...] Die Eigenart von Leiharbeit schließt mithin einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB nicht aus, sondern macht ihm im Gegenteil erforderlich.“⁴⁹⁴

Soweit die Eigenart von Leiharbeit in der Verpflichtung zum Tätigwerden an wechselnden Arbeitsstätten gesehen wird, besteht eine Parallele zur Verpflichtung zur Durchführung von Dienstreisen, die es erlaubt, die Wertungen aus dieser Rechtsprechung auf den Fall der Dienstreise zu übertragen.

⁴⁹⁰ DBD/Däubler, Anh. Rn. 176.

⁴⁹¹ DBD/Däubler, Anh. Rn. 176.

⁴⁹² LAG Düsseldorf, Urt. v. 30.7.2009 – 15 Sa 268/09, BeckRS 2009, 72888.

⁴⁹³ LAG Düsseldorf, Urt. v. 30.7.2009 – 15 Sa 268/09, BeckRS 2009, 72888.

⁴⁹⁴ LAG Düsseldorf, Urt. v. 30.7.2009 – 15 Sa 268/09, BeckRS 2009, 72888; **vgl. auch** LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 22.7.1997 – 3 Sa 535/96, BeckRS 1997, 30818454, das zwar die wechselnden Einsatzorte als regelmäßige Arbeitsstätte ansieht, einen Anspruch analog § 670 BGB jedoch bejaht, da die Fahrten im dienstlichen Interesse durchgeführt wurden; **differenzierend** danach, ob die Fahrt von der Wohnung oder der Betriebsstätte aus beginnt: LAG Köln, Urt. v. 15.11.2002 – 4 Sa 692/02, BeckRS 2003, 40524, und Urt. v. 24.10.2006 – 13 Sa 881/06, NZA-RR 2007, 345 (346) **a.A.**: LAG Hamm, Urt. v. 16.7.2008 – 2 Sa 1797/07, BeckRS 2008, 29718.

Möglich ist die Regelung einer **Ausschlussfrist** für die Geltendmachung von Reisekostenabrechnungen.⁴⁹⁵ Auch eine **individuelle Verzichtserklärung** ist grundsätzlich zulässig, die Berufung auf eine solche stellt jedoch dann eine gemäß § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung dar, wenn der Arbeitgeber für die Abgabe der Verzichtserklärung eine unangemessene Drucksituation geschaffen hat.⁴⁹⁶

b) Durch Tarifvertrag

Die gesetzliche Pflicht zum Aufwendungsersatz aus § 670 BGB kann durch Tarifvertrag konkretisiert sein.⁴⁹⁷

(1) Beispiele tariflich geregelter Auslösungssätze

Beispielhaft sei an dieser Stelle zunächst die Auslösungsregelung des gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV-Bau) beim Einsatz auf Baustellen ohne tägliche Heimfahrt genannt.⁴⁹⁸ Der Anspruch aus § 7 BRTV verdrängt den allgemeinen Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB und besteht grundsätzlich für die gesamte Dauer des Einsatzes auf dieser Baustelle einschließlich des ersten Anreise- und des letzten Rückreisetages.⁴⁹⁹ Der Auslösungsanspruch besteht auch, wenn der Arbeitnehmer am Ende der Arbeitszeit in seine Wohnung zurückkehrt, um dort das Wochenende zu verbringen.⁵⁰⁰

„Mit der Auslösung ist ein Ausgleich für den Verpflegungsmehraufwand und die Übernachtungskosten bezweckt. Verpflegungsmehraufwand entsteht auch dann, wenn der Arbeitnehmer nach einer Auswärtsübernachtung zunächst vor Ort arbeitet, sich dort verpflegen muß und erst nach der geschuldeten Arbeitsleistung zum Wochenende nach Hause fährt. Als nicht auslösungspflichtige Tage der tariflichen oder außertariflichen Wochenendheimfahrten können nur die Tage angese-

⁴⁹⁵ Greiner, in: Preis, Arbeitsvertrag, II D 15 Rn. 1, 5 mit Klauselbeispiel.

⁴⁹⁶ BAG, Urt. v. 16.10.2012 – 9 AZR 183/11, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 190; Küttner/Griese, Personalbuch, Dienstreise Rn. 9.

⁴⁹⁷ Däubler/Winter/Zimmer/Heuschmid/Klein, TVG, § 1 Rn. 560.

⁴⁹⁸ S. dazu Stang/Bachner/Asshoff/Bachner, Baugewerbe, Rn. 354 ff.; Küttner/Griese, Personalbuch, Auslösung Rn. 5 ff.

⁴⁹⁹ BAG, Urt. v. 26.5.1998 – 3 AZR 171/97, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 206; Stang/Bachner/Asshoff/Bachner, Baugewerbe, Rn. 358.

⁵⁰⁰ BAG, Urt. v. 26.5.1998 – 3 AZR 171/97, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 206; Stang/Bachner/Asshoff/Bachner, Baugewerbe, Rn. 358.

hen werden, welche der Arbeitnehmer zu Hause verbringt und an denen keine arbeitsbedingten Mehrkosten anfallen.“⁵⁰¹

Der Bundesmontagetarifvertrag (BMTV) regelt zwei Formen der Auslösung: die Nah- und die Fernauslösung.⁵⁰² Der Anspruch auf Fernauslösung setzt voraus, dass die tägliche Rückkehr von der Arbeitsstelle zur Wohnung nicht zumutbar ist, was der Fall ist, wenn der Zeitaufwand für Hin- und Rückweg bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel 3 ½ Stunden übersteigt.⁵⁰³ Bei der Benutzung werksseitig gestellter oder privater Fahrzeuge ist die tägliche Rückkehr unzumutbar, wenn die kürzeste Entfernung zwischen Ausgangspunkt und Montagestelle 65 km übersteigt und diese Entfernung jeweils für Hin- und Rückfahrt außerhalb der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit zurückgelegt wird.⁵⁰⁴ In diesen Fällen kann der Arbeitnehmer zusätzlich zu den Fahrtkosten die Fernauslösung beanspruchen, wobei sich der Fernauslösungssatz reduziert, wenn der Arbeitgeber eine angemessene Unterkunft stellt.⁵⁰⁵ Zu beachten ist, dass dem Arbeitnehmer der Fernauslösungsanspruch grundsätzlich auch an arbeitsfreien Tagen zusteht, wobei unerheblich ist, wo er die Tage verbracht hat.⁵⁰⁶

„Nach § 6.4.1. BMTV ist die Auslösung zwar eine Pauschalerstattung der Mehraufwendungen am Montageort, so daß aus dieser Bestimmung allein gefolgert werden könnte, wenn dem Kl. an arbeitsfreien Tagen außerhalb der Reisetage keine Mehraufwendungen entstanden sind, weil er einerseits am Montageort keine Wohnung gemietet hatte und andererseits sich in der Wohnung seines Heimortes aufhielt, könne er keine Auslösung beanspruchen. [Gemäß der Anmerkung 12] [...], die Bestandteil des BMTV ist (§ 11.2 BMTV), [...] geht der Anspruch auf Fernauslösung nicht verloren, sofern ein Montagestammarbeiter an arbeitsfreien Tagen aus persönl. Gründen von der Montagestelle bzw. dem Ort seiner Montagewohnung abwesend ist. Damit haben die TVParteien eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß trotz des Charakters der Auslösung als einer Pauschalerstattung für Mehraufwendungen der Anspruch auf Fernauslösung an arbeitsfreien Tagen bestehen bleibt, wenn der Arbeitnehmer aus persönl. Gründen von der Montagestelle bzw. dem Ort seiner Montagewohnung abwesend ist.“⁵⁰⁷

⁵⁰¹ BAG, Urt. v. 26.5.1998 – 3 AZR 171/97, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 206.

⁵⁰² Küttner/Griese, Personalbuch, Auslösung Rn. 2.

⁵⁰³ BAG, Urt. v. 28.6.1989 – 4 AZR 226/89, AP TVG § 1 Auslösung Nr. 22; Küttner/Griese, Personalbuch, Auslösung Rn. 3.

⁵⁰⁴ BAG, Urt. v. 28.6.1989 – 4 AZR 226/89, AP TVG § 1 Auslösung Nr. 22.

⁵⁰⁵ BAG, Urt. v. 28.6.1989 – 4 AZR 226/89, AP TVG § 1 Auslösung Nr. 22; Küttner/Griese, Personalbuch, Auslösung Rn. 3.

⁵⁰⁶ BAG, Urt. v. 28.6.1989 – 4 AZR 226/89, AP TVG § 1 Auslösung Nr. 22.

⁵⁰⁷ BAG, Urt. v. 28.6.1989 – 4 AZR 226/89, AP TVG § 1 Auslösung Nr. 22.

Die Nahauslösung wird bei einer Nahmontage gezahlt und soll den Mehraufwand bei auswärtigen Arbeiten abdecken, wobei die Höhe nach Zeitzonen gestaffelt ist und sich danach unterscheidet, ob öffentliche Verkehrsmittel oder private Fahrzeuge benutzt werden.⁵⁰⁸

(2) Verzicht auf Reisekostenerstattung bei tariflicher Verweisung

Der Bundesangestelltentarifvertrag regelt in seinem § 42 Abs. 1 S. 1 lit. a BAT-O, dass für die Erstattung von Auslagen für Dienstreisen und Dienstgänge (Reisekostenvergütung) die für die Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden sind. Aufgrund dieser Verweisung und der beiderseitigen Tarifbindung galten im entschiedenen Fall die Regelungen des SächRKG gemäß § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend, sodass ein Verzicht auf künftig entstehende tarifliche Rechte – hier die Auslagenerstattung – ausgeschlossen war.⁵⁰⁹ Auch das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 TVG wurde verneint, da ein Verzicht auf Reisekostenvergütung keine für den Arbeitnehmer günstigere Vereinbarung ist.⁵¹⁰ Darüber hinaus enthalte § 42 Abs. 1 S. 1 lit. a BAT-O keine Öffnungsklausel für einen Verzicht auf Reisekostenvergütung.⁵¹¹

⁵⁰⁸ Küttner/Griese, Personalbuch, Auslösung Rn. 4.

⁵⁰⁹ BAG, Urt. v. 11.9.2003 – 6 AZR 323/02, AP TVG § 4 Nr. 24.

⁵¹⁰ BAG, Urt. v. 11.9.2003 – 6 AZR 323/02, AP TVG § 4 Nr. 24.

⁵¹¹ BAG, Urt. v. 11.9.2003 – 6 AZR 323/02, AP TVG § 4 Nr. 24.

D. Fazit

1) **Arbeitszeit** ist die Zeit, während der **Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts** erbracht wird. Arbeit in diesem Sinne ist eine unselbstständige, fremdbestimmte, fremdnützige Tätigkeit, die auf Weisung oder Vertrag beruht. Diese Definition deckt sich logischerweise mit dem **Arbeitnehmerbegriff** des § 611a Abs. 1 BGB⁵¹². Konsequenterweise ist dies schon deshalb, weil der Arbeitnehmer in seiner Eigenschaft als eben solcher primär nichts anderes schuldet als die Erbringung von Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts. Die Begriffe müssen sich also zwangsläufig decken. Auch ist die scheinbare Begriffsmehrheit **der verschiedenen Teilgebiete des Arbeitsrechts obsolet. Zwischen dem nationalen Verständnis des Arbeitsvertragsrechts und dem arbeitsschutzrechtlichen Verständnis des Unionsrechts besteht ohnehin keine Diskrepanz.** Eine solche wird zwar für das Verhältnis von arbeitsvertraglichem und betriebsverfassungsrechtlichem Arbeitszeitbegriff behauptet, tatsächlich besteht aber auch hier eine erstaunliche Übereinstimmung. Lediglich zum arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriff ergeben sich Unterschiede, soweit hierfür das Vorliegen einer zusätzlichen Belastung gefordert wird. Da dieses Kriterium jedoch als unzweckmäßig, rechtsunsicher und – allem voran – unionsrechtswidrig zu verwerfen ist, bleibt auch hier ein sich im Kern mit den anderen Teilrechtsgebieten deckender Arbeitszeitbegriff bestehen. Eine Tätigkeit, die durch die in § 611a Abs. 1 BGB genannten Merkmale charakterisiert wird, ist Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts; die Verpflichtung zur Leistung einer solchen Tätigkeit qualifiziert den Arbeitnehmer als eben diesen.

2) In Bezug auf die **Dienstreisezeit** ergibt sich somit, dass diese als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsrechts zu werten ist. Sie ist also nicht nur im Grundsatz **vergütungspflichtig**, sondern zählt überdies für die Wahrung der gesetzlichen Höchststarbeitszeiten und ist im Rahmen der **Mitbestimmungsrechte** des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG zu berücksichtigen.

3) Im Hinblick auf die Wahrung gesetzlicher Höchststarbeitszeiten ergibt sich die Notwendigkeit eines **Appells an den Gesetzgeber, Sonderregelungen für**

⁵¹² S. a. Preis, VSSAR 2019, 267 (303).

Dienstreisezeiten zu schaffen. Die Legitimation hierfür findet sich in Art. 17 Abs. 3 lit. a RL 2003/88/EG.

4) Bezüglich der Vergütung ist der 5. Senat deutlich. Dienstreisezeiten sind im Grundsatz in Höhe der für die eigentliche Tätigkeit geschuldeten Vergütung vergütungspflichtig.⁵¹³ Abweichende arbeits- und tarifvertragliche Regelungen sind zulässig.⁵¹⁴

a) Dabei sind die unterschiedlichen Regelungskompetenzen der Arbeitsvertrags- und Tarifvertragsparteien zu beachten. **Tarifvertragsparteien** können die Vergütung für Dienstreisezeiten inner- und außerhalb der regulären Arbeitszeit bis zur absoluten Untergrenze des § 1 Abs. 1 MiLoG abgelden. Sie sollten den zu ihren Gunsten bestehenden Regelungsvorrang nutzen.

b) **Arbeitsvertragsparteien** müssen sicherstellen, dass ihre Regelungen einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB standhalten, wobei das BAG bei der Pauschalabgeltung von Überstunden einen großzügigen Maßstab an den Tag legt und diese einer Inhaltskontrolle entzieht. Untergrenze bildet auch hier einzig der gesetzliche Mindestlohnanspruch. Richtigerweise sollten Pauschalabgeltungsklauseln einer umfänglichen Inhaltskontrolle unterzogen werden, wobei die Angemessenheitsgrenze in Höhe von 12,5 % der regulären Arbeitszeit zu ziehen ist.⁵¹⁵ Liegen die Dienstreisezeiten innerhalb der regulären Arbeitszeit, kann arbeitsvertraglich keine geringere als die reguläre Vergütung hierfür vereinbart werden, da der Arbeitnehmer andernfalls durch die einseitige Verlagerung des Entgeltrisikos gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt würde.⁵¹⁶ **Arbeitgeber** sollten Dienstreisezeiten also transparent und angemessen regeln. **Arbeitnehmer** sollten Dienstreisezeiten als Arbeitszeit geltend machen.

c) Abweichende Vergütungsregelungen lässt die Rechtsprechung des 5. Senats nur durch Arbeits- oder Tarifvertrag zu.⁵¹⁷ Dies hindert die Rechtsprechung allerdings nicht, den **Betriebspartnern** im Wege eines Verstoßes gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG die Regelungsbefugnis bezüglich der Vergütung von Dienstreisezeiten insoweit zuzusprechen, als dass es als zulässig erachtet wird, dass eine betriebliche Regelung festlegt, welche Zeiten auf die zu

⁵¹³ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 17.

⁵¹⁴ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 18.

⁵¹⁵ *Klocke*, RdA 2014, 223 (226 f.).

⁵¹⁶ *Heins/Leder*, NZA 2007, 249 (250).

⁵¹⁷ BAG, Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 17.

vergütende Arbeitszeit anrechenbar sind und welche nicht.⁵¹⁸ Führt eine entsprechende betriebliche Regelung zu einem Eingriff in die grundsätzlich bestehende Vergütungspflicht für Dienstreisezeiten, so wird dieser Eingriff in den Arbeitsvertrag über die Formel der konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit formularvertraglicher Arbeitsverträge als zulässig erachtet.⁵¹⁹ Mithin dürfen Betriebspartner – bedauerlicherweise – nach aktuellem Stand der Rechtsprechung wesentlich mehr, als ihnen gesetzlich eigentlich zusteht. Immerhin: Anders als Tarifverträge unterliegen Betriebsvereinbarungen jedenfalls einer Angemessenheitskontrolle. Für die Pauschalabgeltung von Reisezeiten außerhalb der regulären Arbeitszeit muss auch hier jedenfalls die Untergrenze des § 1 Abs. 1 MiLoG gelten, wobei die Grenze der Angemessenheit – wie für Überstundenabgeltungsklauseln in Formulararbeitsverträgen diskutiert – bei 12,5 % der regulären Arbeitszeit liegt. Für Reisezeiten innerhalb der regulären Arbeitszeit gilt, dass die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für solche Zeiten eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellt.

5) Während die Rechtsprechung den Betriebspartnern in puncto Vergütungsregelung zu großzügig gegenübersteht, ist sie im Hinblick auf die dem Betriebsrat zustehenden Mitbestimmungsrechte zu restriktiv. Denn wie dargestellt, entspricht das Arbeitszeitverständnis des 1. Senats dem des 5. Senats, sodass bei sorgfältiger Subsumtion unter den Begriff der Dienstreisezeiten solche als betriebsverfassungsrechtliche Arbeitszeit einzustufen sind. Betriebsräte haben ein Initiativrecht, ihre Mitbestimmungsrechte – insbesondere aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG – geltend zu machen.

⁵¹⁸ Vgl. BAG, Beschl. v. 10.10.2006 – 1 ABR 59/05, NZA 2007, 523 Rn. 26 ff.

⁵¹⁹ LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, NZA-RR 2019, 202 Rn. 36.

E. Anhang: Musterempfehlungen

I. Allgemeine Vertragsbedingung

(1) Zwischen der X-GmbH – nachfolgend Unternehmen – und dem Arbeitnehmer besteht Einigkeit, dass der Arbeitnehmer auf Grund der vertraglich übernommenen Tätigkeit zu Dienstreisen im In- und in das weltweite Ausland verpflichtet ist und sich die Anzahl, die jeweilige Dauer und der Zielort der Dienstreisen nach den Bedürfnissen des Unternehmens richten.

(2) Die betrieblichen Umstände können ggf. auch eine vorübergehende, bis zu ... Wochen/Monaten dauernde zumutbare Tätigkeit bei einer Niederlassung an einem anderen Ort, einem mit dem Arbeitgeber direkt oder indirekt verbundenen Unternehmen, einem Kunden oder Lieferanten oder einem Partner eines joint ventures erforderlich machen.

(3) Übersteigt die voraussichtliche Dauer einer Dienstreise ins Ausland – einschließlich der erforderlichen Hin- und Rückreisezeit – die Dauer von ... Tagen, so soll die Dienstreise mit einer Frist von mindestens ... Werktagen angekündigt werden.

(4) Die jeweils gültige Reisekostenrichtlinie des Unternehmens ist Bestandteil dieser Vereinbarung.

oder:

(4) Der Arbeitnehmer erhält bei auswärtigen Dienstgeschäften gegen Beleg Reisekosten- und Aufwandserstattungen nach den jeweiligen internen Richtlinien des Arbeitgebers im Rahmen der jeweiligen steuerlichen Höchstbeträge. Der Anspruch auf Reisekostenerstattung erlischt, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung der Dienstreise schriftlich oder elektronisch beim Arbeitgeber (Personalabteilung/Buchhaltung/...) beantragt wird.

(5a) Bei angeordneten Dienstreisen wird die notwendige Reisezeit, soweit sie die Dauer der individuellen täglichen Arbeitszeit überschreitet, wie Arbeitszeit vergütet.

oder:

(5b) Bei angeordneten Dienstreisen wird die notwendige Reisezeit, soweit sie die Dauer der individuellen täglichen Arbeitszeit überschreitet, an Arbeitstagen bis zu 4 Stunden und an arbeitsfreien Tagen bis zu 12 Stunden täglich wie Arbeitszeit vergütet, jedoch ohne Zuschläge. Fallen die angeordnete Dienstreise und die notwendige Reisezeit auf einen Sonntag oder einen gesetzlichen Feiertag, so sind neben der Vergütung die hierfür vorgesehenen Zuschläge zu zahlen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer Beginn und Ende der Reise selbst bestimmen kann.

oder:

(5c) Angeordnete Dienstreisen, die die Dauer der individuellen täglichen Arbeitszeit überschreiten, sind, sofern sie eine Stunde täglich nicht überschreiten, mit dem Gehalt abgegolten. Darüber hinausgehende Reisezeiten werden mit 10 €/15 € stündlich vergütet.

oder:

(5d) Vergütungsansprüche für angeordnete Dienstreisen, die die Dauer der individuellen wöchentlichen Arbeitszeit um bis zu 20 Stunden überschreiten, werden mit einer Pauschale von 200 € abgegolten. Diese Regelung kann mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende gekündigt werden.

(6) Ein Nachweis über die Dienstreise unter Angabe der genauen Abwesenheits- und Reisezeiten ist unverzüglich nach der Dienstreise dem Vorgesetzten vorzulegen.

II. Regelung durch Betriebsvereinbarung

1. Literaturhinweis

Eine Auswertung typischer Regelungen in Betriebsvereinbarungen findet sich bei *Sven Hinrichs*, Dienstreisen, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/mbf_bvd_dienstreisen.pdf.⁵²⁰

⁵²⁰ Checkliste und Regelungspunkte für eine Betriebsvereinbarung bezüglich der Privatnutzung von Dienstwagen auch in *DKW/Klebe/Heilmann*, Arbeitshilfen, § 87 Rn. 58 f.

2. Beispiel einer Betriebsvereinbarung

Betriebsvereinbarung Reisezeit ins Ausland und Auslandstätigkeit

Zwischen

der ... GmbH,
vertreten durch ...

und dem

Betriebsrat der ... GmbH,
vertreten durch die Betriebsratsvorsitzende ...

wird folgende Betriebsvereinbarung getroffen:

§ 1 Persönlicher Geltungsbereich

Diese Betriebsvereinbarung gilt für alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der ... GmbH am Standort ... mit Ausnahme der leitenden Angestellten gem. § 5 Abs. 3 BetrVG.

§ 2 Räumlicher Geltungsbereich

Die Betriebsvereinbarung gilt für dienstlich veranlasste Reisezeiten ins Ausland sowie für im Ausland erbrachte Arbeitszeiten.

Entgegenstehende Regelungen in anderen Betriebsvereinbarungen werden durch diese speziellere Regelung ggf. verdrängt.

§ 3 Begriffe

Unter Reisezeit ins Ausland ist die Zeitspanne vom Verlassen der Wohnung oder des Betriebes bis zum Eintreffen in der Unterkunft am Ziel- oder Arbeitsort im Ausland zu verstehen.

Reisezeiten gelten als Arbeitszeit im Sinne dieser Betriebsvereinbarung.

§ 4 Sollarbeitszeit

Die tägliche Sollarbeitszeit beträgt bei Reisezeiten ins Ausland 1/5 der vertraglich geschuldeten wöchentlichen Arbeitszeit. Eine Überschreitung der Sollarbeitszeit ist bei Reisezeiten nur dann zulässig, wenn die An- oder Abreise innerhalb der Sollarbeitszeit praktisch ausgeschlossen ist. Die überschreitenden Stunden werden auf Wunsch des Mitarbeiters entweder als Mehrarbeit ausgezahlt oder dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben. Die Verpflichtung beschränkt sich auf eine An- oder Abreise mit der zeitlich kürzesten Reiseverbindung. Eine Überschreitung der Sollarbeitszeit bei Reisezeiten ins Ausland ist ansonsten nur

zulässig, sofern der Betriebsrat und der Beschäftigte dem ausdrücklich schriftlich vorab zugestimmt haben. Ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung besteht nicht.

Die Sollarbeitszeit bei Tätigkeiten im Ausland beträgt pro Arbeitstag 1/5 der vertraglich geschuldeten wöchentlichen Arbeitszeit. Die Sollarbeitszeit ist auch dann dem Arbeitszeitkonto gutzuschreiben, wenn aufgrund von einzuhaltenen Ruhezeiten nur eine geringere tägliche Arbeitszeit erbracht wird. Eine Überschreitung ist im Einvernehmen mit Zustimmung des Beschäftigten auf freiwilliger Basis zulässig, sofern sämtliche Arbeitsstunden auf dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben oder als Mehrarbeit vergütet werden.

§ 5 Arbeitstage

Die Arbeitstage sind auch im Ausland grundsätzlich von Montag bis Freitag.

Mit vorheriger Zustimmung des Betriebsrats und im Einvernehmen mit dem Beschäftigten kann die Arbeitsleistung auch an Samstagen oder Sonntagen erbracht werden. Diese Arbeitsstunden werden auf Wunsch des Mitarbeiters entweder als Mehrarbeit vergütet oder dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben.

In jeder Kalenderwoche ist mindestens ein freier Arbeitstag einzuhalten. Ausnahmen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrates.

Gesetzliche Feiertage in ... sind unabhängig vom Arbeitsort arbeitsfrei. Auch für diese Tage wird jeweils 1/5 der wöchentlichen Sollarbeitszeit dem Gleitzeitkonto gutgeschrieben. Mit vorheriger Zustimmung des Betriebsrats und im Einvernehmen mit dem Beschäftigten kann gearbeitet werden, sofern diese Tage mit einem Zuschlag von mindestens 150% vergütet werden.

§ 6 Rahmenarbeitszeit

Die Rahmenarbeitszeit bezeichnet den frühestmöglichen Arbeitsbeginn und das spätestmögliche Arbeitsende. Die Rahmenarbeitszeit bei einer Auslandstätigkeit beginnt um 06:30 Uhr und endet um 19:00 Uhr. Im Einvernehmen mit dem Beschäftigten kann die Arbeitsleistung auch außerhalb dieses Zeitrahmens erbracht werden.

§ 7 Ruhezeit

Bei Dienstreisen ins Ausland ist zwischen dem Ende der Gesamtreisezeit und dem Beginn der Arbeitsleistung eine Ruhezeit von 11 Stunden einzuhalten, sofern die Reisezeit einschließlich der Arbeitszeit die Sollarbeitszeit überschreitet.

Im Einvernehmen mit dem Beschäftigten kann die Ruhezeit bei Flugreisen ins Ausland auf freiwilliger Basis bei Benutzung der Economy Class auf mindestens 8 Stunden und bei Benutzung der Business Class auf mindestens 5 Stunden verkürzt werden. Ausnahmen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrates.⁵²¹

§ 8 Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften des Einsatzlandes

Die im jeweiligen Einsatzland geltenden gesetzlichen Bestimmungen zur Arbeitszeit sind neben den eigenständigen Regelungen der Betriebsvereinbarung einzuhalten. Der Arbeitgeber informiert die Betroffenen vor Beginn der Dienstreise schriftlich über die örtlichen Bestimmungen.

§ 9 Zeitkonto

Die erbrachten Reisezeiten und die Arbeitszeiten im Ausland sind auf dem im Betrieb bestehenden Gleitzeitkonto gutzuschreiben.

Die Ampelregelung des Gleitzeitkontos findet auch für die Reisezeiten und die Auslandstätigkeit Anwendung.

Mit Zustimmung des Betriebsrates kann eine Auszahlung von Zeitguthaben erfolgen, wenn die Sollarbeitszeit in dem Zeitraum der Auslandsdienstreise überschritten wird.

§ 10 Zuschläge

Die Zuschläge für Mehr-, Spät-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit richten sich nach den anwendbaren gesetzlichen und tarifvertraglichen Regelungen.

§ 11 Erfassung der Arbeitszeiten

Die Reisezeiten und Arbeitszeiten im Ausland werden mittels einer App auf dem Smartphone erfasst.

Sollte dies aus technischen Gründen nicht möglich sein, ist die Reise- und Arbeitszeit von dem Beschäftigten minutengenau manuell zu erfassen und in dem Zeiterfassungssystem nachzutragen.

Wenn eine Dienstreise ab der privaten Wohnung beginnt oder endet, ist die Reisezeit mit dem Verlassen der Wohnung bzw. der Rückkehr in die Wohnung zu erfassen. Sofern die Reise im Betrieb beginnt oder endet, beginnt bzw. endet

⁵²¹ Die arbeitszeitrechtliche Zulässigkeit dieser Klausel ist zweifelhaft, da Ruhezeiten gesetzlich zwingend sind.

die Arbeitszeit mit dem Verlassen des Betriebs bzw. der Rückkehr in den Betrieb.

Während des Auslandsaufenthaltes beginnt und endet die Arbeitszeit mit dem Verlassen der dortigen Unterkunft bzw. der Rückkehr in diese.

§ 12 Überwachung der Arbeitszeiten durch den Betriebsrat

Der Betriebsrat ist vor einer geplanten Dienstreise eines Mitarbeiters ins Ausland vorab unter Angabe des Reiseziels und der geplanten Reisedauer unaufgefordert schriftlich zu informieren. Eine Informationspflicht besteht auch bei einer geplanten Verlängerung der Dienstreise.

§ 13 Aufwendungsersatz

Der notwendige Mehraufwand bei Dienstreisen ist vom Arbeitgeber zu erstatten.

Die Beschäftigten haben einen Anspruch auf eine Zahlung von Tagegeldern mindestens in Höhe der steuerlichen Höchstbeträge für das jeweilige Reiseland.

Konkretisierende Vereinbarungen zur Erstattung sonstiger Mehraufwendungen werden bei Bedarf zwischen den Betriebsparteien getroffen.

§ 14 Inkrafttreten und Laufdauer

Diese Vereinbarung tritt am ... in Kraft.

Sie kann von jeder Vertragspartei mit einer Frist von 3 Monaten, erstmals zum ..., gekündigt werden.

Bei wiederholten Verstößen gegen diese Vereinbarung kann der Betriebsrat Teile dieser Vereinbarung oder die gesamte Vereinbarung jederzeit mit einer Frist von einem Monat kündigen.

Sofern einzelne Bestimmungen dieser Vereinbarung rechtlich unzulässig sein sollten, bleibt die Gültigkeit der übrigen Regelungen hiervon unberührt. Im Falle der Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung findet auf Reisezeiten und Arbeitszeiten im Ausland die Betriebsvereinbarung zur Gleitzeit auch für diese Zeiten Anwendung.

..., den ...

.....
Betriebsratsvorsitzende

.....
Arbeitgeber

III. Beispiele für tarifvertragliche Regelungen

1. Beispiel 1

(1) Bei angeordneten Dienstreisen wird die notwendige Reisezeit, soweit sie die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit überschreitet, bis zu 4 Stunden kalendertäglich zuschlagsfrei wie Arbeitszeit vergütet.

(2) An arbeitsfreien Tagen wird zu der kalendertäglichen zusätzlichen Reisezeit nach Abs. 1 darüber hinaus anfallende Reisezeit bis zur Dauer von 1/5 der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit täglich ohne Zuschläge vergütet.

(3) Fällt die angeordnete Reisezeit auf einen Sonn- oder Feiertag, so sind neben Vergütungen gem. Abs. 1 die hierfür vorgesehenen Zuschläge gem. § X zu bezahlen.

(4) Dies gilt nicht für Reisezeit mit Benutzung von Schlafwagen in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr.

2. Beispiel 2

„§ 12. Arbeitszeit

[...] (8) Bei Dienstreisen wird für jeden Werktag die Zeit der dienstlichen Inanspruchnahme, einschließlich An- und Abreise, bei mehrtägigen Dienstreisen mindestens jedoch die dienstplanmäßige bzw. betriebsübliche Arbeitszeit berücksichtigt. Bei Dienstreisen, deren Dauer einschließlich der Fahrzeiten weniger als die dienstplanmäßige bzw. betriebsübliche Arbeitszeit beträgt, gilt die tatsächliche Abwesenheit als Arbeitszeit. Erfolgt die An- oder Abreise aus dienstlichen Gründen an einem arbeitsfreien Tag, wird die Fahrzeit zur Hälfte als Arbeitszeit berücksichtigt. Reisezeiten werden bei der Erfassung in Bezug auf die Feststellung der Höchstarbeitszeiten nach dem Arbeitszeitgesetz nicht berücksichtigt.“⁵²²

⁵²² Klausel aus BAG, Urt. v. 15.11.2018 – 6 AZR 294/17, NZA 2019, 486 (486 f.).

3. Beispiel 3

„§ 44. Reise- und Umzugskosten, Trennungsgeld

[...] (2) Bei Dienstreisen gilt nur die Zeit der dienstlichen Inanspruchnahme am auswärtigen Geschäftsort als Arbeitszeit. Für jeden Tag einschließlich der Reisetage wird jedoch mindestens die auf ihn entfallende regelmäßige, durchschnittliche oder dienstplanmäßige Arbeitszeit berücksichtigt, wenn diese bei Nichtberücksichtigung der Reisezeit nicht erreicht würde. Überschreiten nicht anrechenbare Reisezeiten insgesamt 15 Stunden im Monat, so werden auf Antrag 25 vH dieser überschrittenen Zeiten bei fester Arbeitszeit als Freizeitausgleich gewährt und bei gleitender Arbeitszeit im Rahmen der jeweils geltenden Vorschriften auf die Arbeitszeit angerechnet. Der besonderen Situation von Teilzeitbeschäftigten ist Rechnung zu tragen.“⁵²³

4. Beispiel 4

„Zu Dienstreisen heißt es in § 17 BAT:

§ 17. (2) Bei Dienstreisen gilt nur die Zeit der dienstlichen Inanspruchnahme am auswärtigen Geschäftsort als Arbeitszeit. Es wird jedoch für jeden Tag einschließlich der Reisetage mindestens die dienstplanmäßige bzw. betriebsübliche Arbeitszeit berücksichtigt. [...]“⁵²⁴

⁵²³ Klausel aus BAG, Urt. v. 14.12.2010 – 9 AZR 686/09, NZA 2011, 760.

⁵²⁴ Klausel aus BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155.

Literaturverzeichnis

- Adam, Roman F.*, Die Bestimmung des Umfangs der zu vergütenden Arbeitszeit, AuR 2001, 481–484.
- Baeck, Ulrich/Deutsch, Markus*, Arbeitszeitgesetz, 3. Aufl., München 2014 (zitiert als: *Baeck/Deutsch*).
- Baeck, Ulrich/Lösler, Annette*, Neue Entwicklungen im Arbeitszeitrecht, NZA 2005, 247–250.
- Bauer, Jobst-Hubertus*, Pauschalvergütung von Überstunden durch Betriebsvereinbarung, ArbRAktuell 2019, 339.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian/Willemsen, Eva Maria*, Überstunden und ihre Tücken, DB 2012, 1986–1990.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Chwalisz, Patrizia*, Instrumente zur Entgeltflexibilisierung, ZfA 2007, 339–360.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krets, Jérôme*, „Miles & More“ auf dem arbeitsrechtlichen Prüfstand, BB 2002, 2066–2070.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Merten, Frank*, Anspruch auf Überstundenvergütung bei unwirksamer Mehrarbeitsklausel – Besprechung des Urteils BAG v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, RdA 2012, 178–181.
- Bayreuther, Frank*, Rufbereitschaft als Arbeitszeit?, NZA 2018, 348–351.
- Bepler, Klaus*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, NZA-Beil. 2006, 45–56.
- Bepler, Klaus*, Billable Hours?, Festschrift für Rolf Wank, hrsg. v. Henssler, Martin/Joussen, Jacob/Maties, Martin/Preis, Ulrich, München 2014, S. 41–52 (zitiert als: *Bepler*, FS Wank).
- Boemke, Burkhard*, „Ausstrahlungen“ des Betriebsverfassungsgesetzes ins Ausland, NZA 1992, 112–116.
- Buschmann, Rudolf*, Was ist Arbeitszeit?, Festschrift für Peter Hanau, hrsg. v. Isenhardt, Udo, Köln 1999, S. 197–210 (zitiert als: *Buschmann*, FS Hanau).
- Buschmann, Rudolf/Ulber, Jürgen*, Arbeitszeitrecht, Frankfurt am Main 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Buschmann/Ulber, Arbeitszeit).
- Buschmann, Rudolf/Ulber, Jürgen* (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2015 (zitiert als: *Buschmann/Ulber*, ArbZG).
- Creutzfeld, Malte*, Die konkludente Vereinbarung einer „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ von Arbeitsverträgen – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2018, 1111–1120.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (zitiert als: *Däubler/Bearbeiter*, TVG).
- Däubler, Wolfgang/Bonin, Birgit/Deinert, Olaf* (Hrsg.), AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2014 (zitiert als: *DBD/Bearbeiter*).

- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl., Frankfurt am Main 2018 (zitiert als: DKKW/Bearbeiter).
- Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.), Arbeitshilfen für den Betriebsrat, 4. Aufl., Frankfurt 2018 (zitiert als: DKW/Bearbeiter, Arbeitshilfen).
- Deinert, Olaf*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013 (zitiert als: *Deinert*, Internationales ArbR).
- Els, Stefan*, Dienstreise und Arbeitszeit, BB 1986, 2192–2193.
- Eylert, Mario*, Arbeitszeitschutz durch den Betriebsrat?, NZA-Beil. 2017, 95–101.
- Eylert, Mario*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitszeit im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, AuR 2017, 4–10.
- Falder, Roland*, Immer erreichbar – Arbeitszeit- und Urlaubsrecht in Zeiten des technologischen Wandels, NZA 2010, 1150–1157.
- Ferrari, Franco/Kieninger, Eva-Maria/Mankowski, Peter/Otte, Karsten/Saenger, Ingo/Schulze, Götz/Staudinger, Ansgar* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl., München 2018 (zitiert als: *Ferarri/Bearbeiter*, IntVertragsR).
- Fitting, Karl* (Begr.), Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl., München 2018 (zitiert als: *Fitting*, BetrVG).
- Fliss, Michael*, Die örtliche Versetzung – Neue Regeln seit dem 11.4.2006?, NZA-RR 2008, 225–230.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zitiert als: *EuArbR/Bearbeiter*).
- Freyler, Carmen*, Der außerhalb des Arbeitsplatzes verbrachte Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit, EuZA 2018, 463–472.
- Freyler, Carmen*, Die Vergütung von Reisezeit, BB 2019, 1397–1403.
- Freyler, Carmen*, Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office – Eine Untersuchung der Flexibilität des Arbeitsrechts hinsichtlich technischer Entwicklungen, Tübingen 2018 (zitiert als: *Freyler*, Mobile Office).
- Fröhlich, Oliver*, Arbeitszeit im digitalen Zeitalter – Ein schwieriger Spagat zwischen Entgrenzung und Flexibilisierung, ArbRB 2017, 61–64.
- Gamillscheg, Franz*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 1959 (zitiert als: *Gamillscheg*, Internationales ArbR).
- Grimberg, Herbert*, Anmerkung zu ArbG Hamburg v. 7.7.1994 – 25 Bv 7/94, AiB 1994, 760–761.
- Grobys, Isabella/Panzer-Heemeier, Andrea* (Hrsg.), Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert als: *SWK/Bearbeiter*).
- Groll, Tina*, Vielfliegen macht krank und einsam, Zeit Online v. 21.8.2015.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Gesamthrg. für das Zivilrecht), Beck Online Großkommentar BGB, Stand: 1.7.2019 (zitiert als: *BeckOGK/Bearbeiter*).
- Hager, Johannes*, Anmerkung zu BAG Urteil vom 3.9.1997 – 5 AZR 428/96, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1.
- Hahn, Claudia*, Reisezeiten, Umkleidezeiten und Waschzeiten als Arbeitszeit im arbeitszeitgesetzlichen, tariflichen, betriebsverfassungsrechtlichen und personalvertretungsrechtlichen Sinne, öAT 2017, 202–205.

- Hahn, Frank/Pfeiffer, Gerhard/Schubert, Jens* (Hrsg.), *Arbeitszeitrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (zitiert als: *Hahn/Pfeiffer/Schubert/Bearbeiter*).
- Hauschild, Jana*, Die Kraft der Freundschaft, *Spiegel Online* v. 24.2.2014.
- Heins, Claudia/Leder, Tobias*, Die arbeitsrechtliche Behandlung von Wegezeiten bei Dienstreisen, *NZA* 2007, 249–250.
- Heintz, Michael*, Wege- und Dienstreisezeiten, Frankfurt am Main 2016 (zitiert als: *Heintz, Dienstreisezeiten*).
- Henssler, Martin/Lunk, Stefan*, Leitende Angestellte und das Arbeitszeitrecht – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda, *NZA* 2016, 1425–1430.
- Herfs-Röttgen, Ebba*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Auslandstätigkeit, *NZA* 2018, 150–154.
- Hördt, Michael*, Vergütungs- und arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit – ein Rechtssprechungsüberblick, *ArbRAktuell* 2019, 55–58.
- Hromadka, Wolfgang/Schmitt-Rolfes, Günter*, Die AGB-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, *NJW* 2007, 1777–1783.
- Hunold, Wolf*, Aktenlesen in der Bahn – Probleme von Arbeitszeit und Vergütung bei Dienstreisen, *NZA-Beil.* 2006, 38–45.
- Hunold, Wolf*, Schreibtischtäter oder Weltenbummler? – Arbeitsort, Dienstreiseziel und das Direktionsrecht des Arbeitgebers, *NZA-RR* 2018, 63–66.
- Hunold, Wolf*, Die Rechtsprechung zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzungen, *NZA-RR* 2001, 617–624.
- Hüfstege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter* (Hrsg.), *BGB – Band 6, Rom-Verordnungen*, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert als: *Hüfstege/Mansel/Bearbeiter*).
- Jacobs, Matthias*, Reformbedarf im Arbeitszeitrecht, *NZA* 2016, 733–737.
- Kalck, Simon*, Mitbestimmung trotz „Smartphone-Arbeitsverhältnis“ – eine Erwiderung auf Möller (*ArbRAktuell* 2015, 215), *ArbRAktuell* 2015, 472–475.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 2, Individualarbeitsrecht II, 4. Aufl., München 2018 (zitiert als: *MHdB ArbR/Bearbeiter*, Bd. 2).
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 3, Kollektives Arbeitsrecht I, 4. Aufl., München 2019 (zitiert als: *MHdB ArbR/Bearbeiter*, Bd. 3).
- Klebe, Thomas*, Betriebsrat 4.0 – Digital und global?, *NZA-Beil.* 2017, 77–84.
- Kleinebrink, Wolfgang*, Die Dienstreise und das Arbeitszeitgesetz – Arbeitszeit oder Ruhezeit?, *PuR* 2017, 8–11.
- Kleinebrink, Wolfgang*, Die Vergütung von Zeiten einer Dienstreise – Arbeitszeit, Sonderform der Arbeitszeit oder gar keine Arbeitszeit?, *DB* 2016, 2114–2118.
- Klocke, Daniel Matthias*, Neue Entwicklungen im Überstundenprozess, *RdA* 2014, 223–227.
- Koch, Harald/Magnus, Ulrich/Winkler von Mohrenfels, Peter*, *IPR und Rechtsvergleichung*, 4. Aufl., München 2010 (zitiert als: *KMW/Bearbeiter*).
- Kock, Martin*, Pauschalabgeltung von Überstunden, *DB* 2012, 1328–1331.
- Köhler, Matthias*, Neujustierung bei der Überstundenabgeltung, *GWR* 2012, 457–459.

- Köhler, Matthias*, Zur Anordnung von Auslandsdienstreisen durch den Arbeitgeber, EWiR 2018, 379–380.
- Kraft, Alfons*, Anmerkung zu BAG Beschluss vom 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6.
- Kreft, Burghard*, Arbeitszeit, AuR 2018, 56–67.
- Krimphove, Dieter*, Der Fall Matzak – Europäische Definitions-Prärogative arbeitsrechtlicher Begriffe, ArbRAktuell 2018, 137–139.
- Küttner, Wolfdieter* (Begr.), Personalbuch 2019, 26. Aufl., München 2019 (zitiert als: Küttner/Bearbeiter, Personalbuch).
- Lakies, Thomas*, Die Vergütung von Überstunden und Mehrarbeit – materielle und prozessuale Probleme, ArbRAktuell 2013, 541–544.
- Lange, Jakob T./Lachmann, Thorsten*, Betriebsvereinbarung über Fahrzeiten der Außendienstmitarbeiter, ArbRAktuell 2019, 70.
- Loritz, Karl-Georg*, Die Dienstreise des Arbeitnehmers – Mitbestimmung, Vergütung, Haftungsfragen, NZA 1997, 1188–1196.
- Loritz, Karl-Georg/Koch, Klaus-Hugo*, Reisezeit als Arbeitszeit, BB 1987, 1102–1108.
- Moll, Wilhelm/Roebers, Dorothea*, Mitbestimmung des Betriebsrats beim Dienstwagen, DB 2010, 2672–2673.
- Möller, Lars Christian*, Das „Smartphone-Arbeitsverhältnis“ – § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG in digitalem Gewand, ArbRAktuell 2015, 215–217.
- Mückl, Patrick/Kaueroff, Cornelia*, Mitbestimmungsrechtliche Aspekte einer Auslandsentsendung, ArbRAktuell 2013, 567–570.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020 (zitiert als: ErfK/Bearbeiter).
- Neumann, Dirk/Biebl, Josef*, Arbeitszeitgesetz, 16. Aufl., München 2012 (zitiert als: Neumann/Biebl, ArbZG).
- Niklas, Thomas*, Was ist Arbeit(szeit)?, ArbRB 2019, 275–278.
- Oelkers, Felix*, Mitbestimmung bei Dienstwagenregelungen, NJW-Spezial 2009, 514–515.
- Peter, Gabriele*, Anmerkung zu BAG Urteil vom 16.4.2003 – 7 AZR 423/01, AiB 2005, 183–188.
- Preis, Ulrich*, Grenzüberschreitende Arbeitszeiten, VSSAR 3/2019, 267–305.
- Preis, Ulrich* (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Köln 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Preis, Arbeitsvertrag).
- Preis, Ulrich/Genenger, Angie*, Die unechte Direktionsrechtserweiterung, NZA 2008, 969–977.
- Preis, Ulrich/Sagan, Adam* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019 (zitiert als: PS/Bearbeiter).
- Preis, Ulrich/Ulber, Daniel*, Die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, RdA 2013, 211–226.
- Reinhard, André*, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Implementierung von Unternehmens-, insbesondere Verhaltensrichtlinien, NZA 2016, 1233–1241.
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl., München 2018 (zitiert als: Richardi/Bearbeiter).

- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 53. Edition, Stand: 1.9.2019 (zitiert als: BeckOKArbR/Bearbeiter).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 7. Aufl., München 2016 (zitiert als: MüKoBGB/Bearbeiter, Bd. 4).
- Salamon, Erwin*, Vergütung von Reisezeit bei Auslandsentsendung, ArbRAktuell 2018, 551.
- Salamon, Erwin/Hoppe, Christian/Rogge, Nico*, Überstunden im Fokus der jüngeren Rechtsprechung, BB 2013, 1720–1725.
- Salamon, Erwin/Wessels, Nicolas*, Vergütung von Reisezeiten?! – Die Leitlinien der jüngsten Rechtsprechung und ihre Auswirkungen im Überblick, ArbRB 2019, 19–22.
- Schlachter, Monika/Heinig, Hans Michael* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016 (zitiert als: Schlachter/Heinig/Bearbeiter).
- Schoof, Christian*, Mitbestimmung des Betriebsrats in Arbeitszeitfragen, AiB 2003, 199–211.
- Schramm, Nils/Kuhnke, Michael*, Neue Grundsätze des BAG zur Überstundenvergütung, NZA 2012, 127–129.
- Schulz, Sebastian/Stolzenberg, Hendric*, Anordnung von Auslandsdienstreisen auf Grundlage des Weisungsrechts – Wann endet die Dienstreise und beginnt die Entsendung?, NZA 2019, 1320–1326.
- Schulze, Marc-Oliver/Schmidl, Julius*, Entsendung in das Ausland – Individualrechtliche Gestaltungen und Mitbestimmung des BR, ArbRAktuell 2018, 442–445.
- Schulze, Marc-Oliver/Wannisch, Sonja*, Dienstreisen: Arbeitszeit im Sinne des ArbZG und/oder vergütungspflichtige Arbeitszeit?, ArbRAktuell 2019, 453–455.
- Staac, Sabrinal/Sparchholz, Karsten*, Die Fremde lehrt uns, was wir an der Heimat haben – Zur arbeitsrechtlichen Behandlung von Dienstreisezeiten, AiB 2013, 99–103.
- Stang, Brigitte/Bachner, Michael/Asshoff, Gregor*, Arbeitsrecht im Baugewerbe, Frankfurt am Main 2002 (zitiert als: Stang/Bachner/Asshoff/Bearbeiter, Baugewerbe).
- Staudinger, Julius* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Internationales Vertragsrecht 1, Neubearbeitung Berlin 2016 (zitiert als: Staudinger/Bearbeiter).
- Stöhr, Alexander/Stolzenberg, Hendric*, Dienstreisen: Arbeitszeitrechtliche Behandlung und Vergütung, NZA 2019, 505–512.
- Techniker Krankenkasse* (Hrsg.), Entspann dich, Deutschland – TK-Stressstudie 2016.
- Tietje, Teemu*, Grundlagen des Arbeitszeitrechts, Berlin 2001 (zitiert als: Tietje, Grundfragen).
- Ulber, Daniel*, Arbeitszeiterfassung als Pflicht des Arbeitgebers, NZA 2019, 677–681.

- Volk, Annette*, Die Rechtsprechung zur Vergütung von Umkleide-, Wege- und Reisezeiten, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2018, hrsg. v. Schmidt, Ingrid, Berlin 2019, S. 47–71.
- Wank, Rolf*, Facetten der Arbeitszeit, RdA 2014, 285–290.
- Wiebauer, Bernd*, Auslandsarbeit und Arbeitszeitgesetz, EuZA 2012, 485–495.
- Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin/ Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl., Köln 2018 (zitiert als: GK-BetrVG/Bearbeiter).
- Worzalla, Michael*, Anmerkung zu LAG Düsseldorf Urteil vom 14.12.2018 – 10 Sa 96/18, PuR 2019, 140.
- Yakhloufi, Aziza/Klingenberg, Manuel*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Firmenwagen, BB 2013, 2102–2106.
- Zeh, Ricarda*, Vergütung von Reisezeiten bei Auslandsentsendung, ArbRAktuell 2018, 552.
- Zmarzlik, Johannes*, Grundbegriffe des Arbeitszeitschutzes, DB 1967, 1264–1268.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 30** Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping
Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts
ISBN 978-3-7663-6932-1
- Band 29** Daniel Klocke
Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb
ISBN 978-3-7663-6935-2
- Band 28** Marita Körner
Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in der betrieblichen Praxis
ISBN 978-3-7663-6928-4
- Band 27** Martin Franzen
Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt
ISBN 978-3-7663-6855-3
- Band 26** Frank Bayreuther
Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten
ISBN 978-3-7663-6850-8
- Band 25** Stefan Greiner
Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip
ISBN 978-3-7663-6829-4
- Band 24** Daniel Ulber/Karoline Wiegandt
Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten
ISBN 978-3-7663-6761-7
- Band 23** Claudia Schubert
Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation
ISBN 978-3-7663-6713-6
- Band 22** Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kezuka
Crowdwork – A Comparative Law Perspective
ISBN 978-3-7663-6697-9

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de

