

Dienstreise als Rechtsproblem

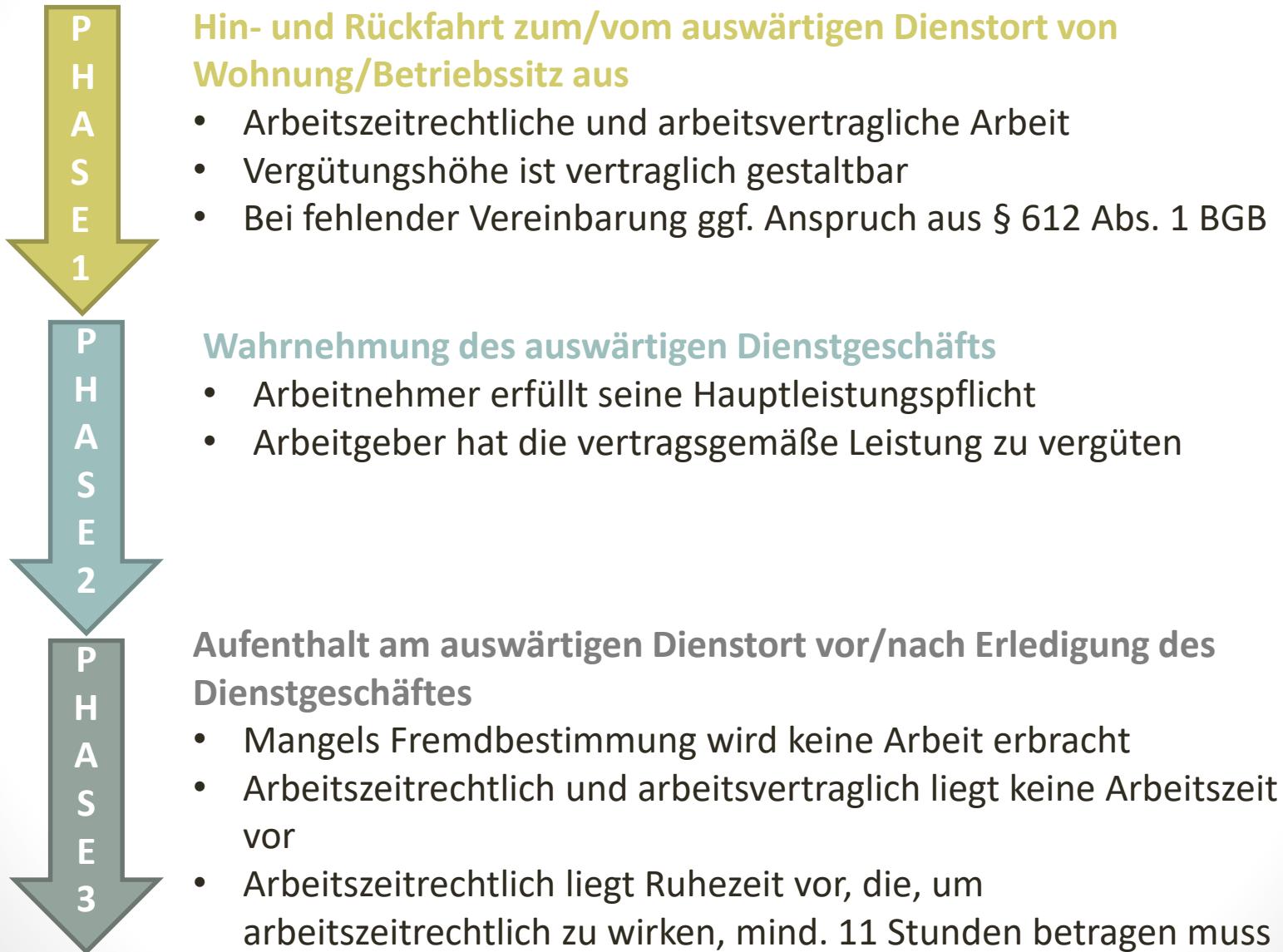
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis

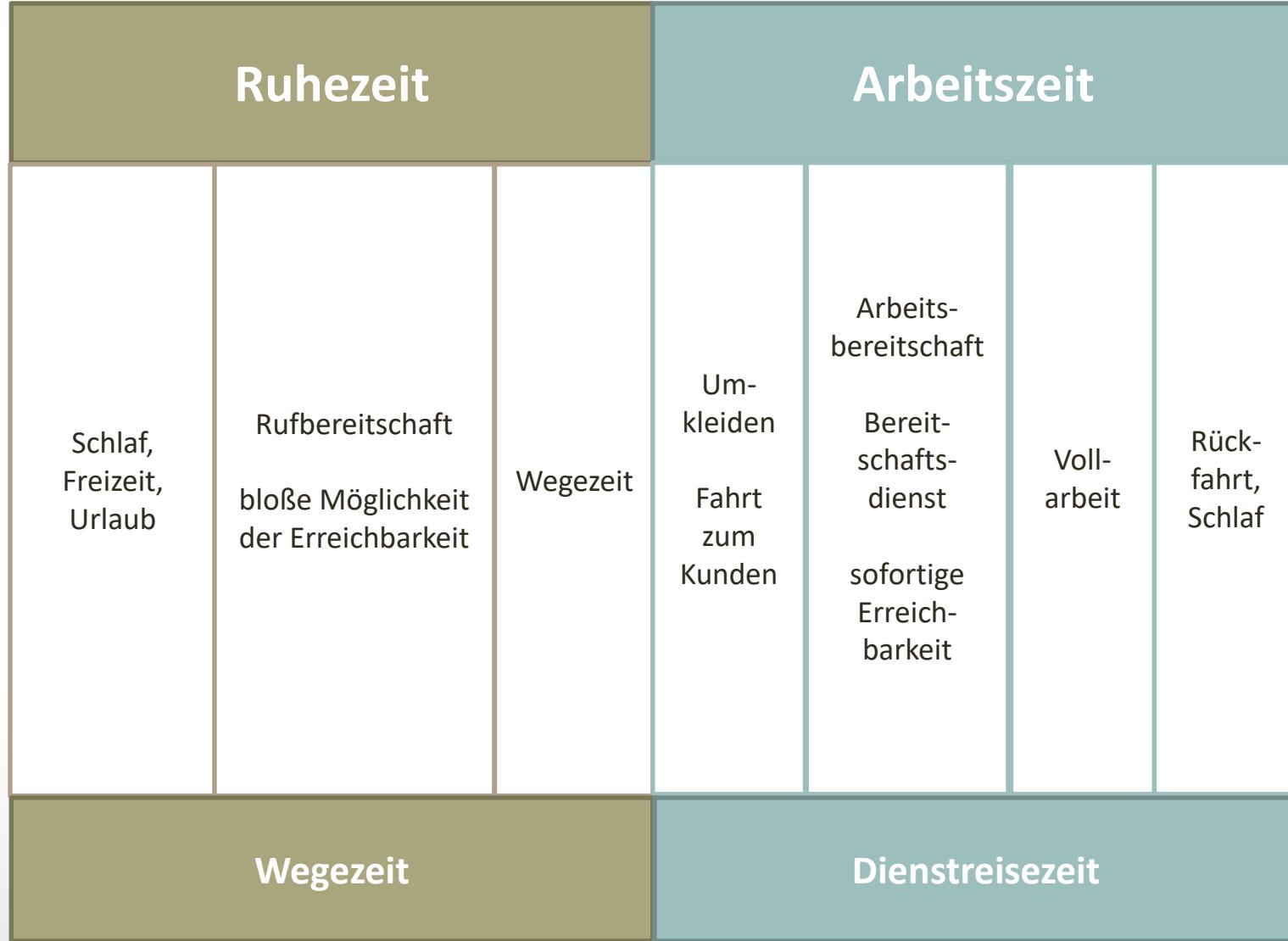
Mobile Arbeitswelt

- Charakter von **Dienstreisen** hat sich geändert
 - Mobilität
 - Erreichbarkeit durch Smartphone und Laptop
 - Globale Dienstreisen
- Seit 2009 (145,1 Millionen) **kontinuierlicher Anstieg der Anzahl** durchgeföhrter Geschäftsreisen auf 189,6 Millionen im Jahr 2018

Nach Corona: Mehr Videokonferenzen und Homeoffice?
Dienstreisen sind z.Zt. um 80% zurückgegangen.
- Institut der deutschen Wirtschaft: Einsparvolumen durch Wegfall von Dienstreisen 8,3 Milliarden Euro.

Dienstreise



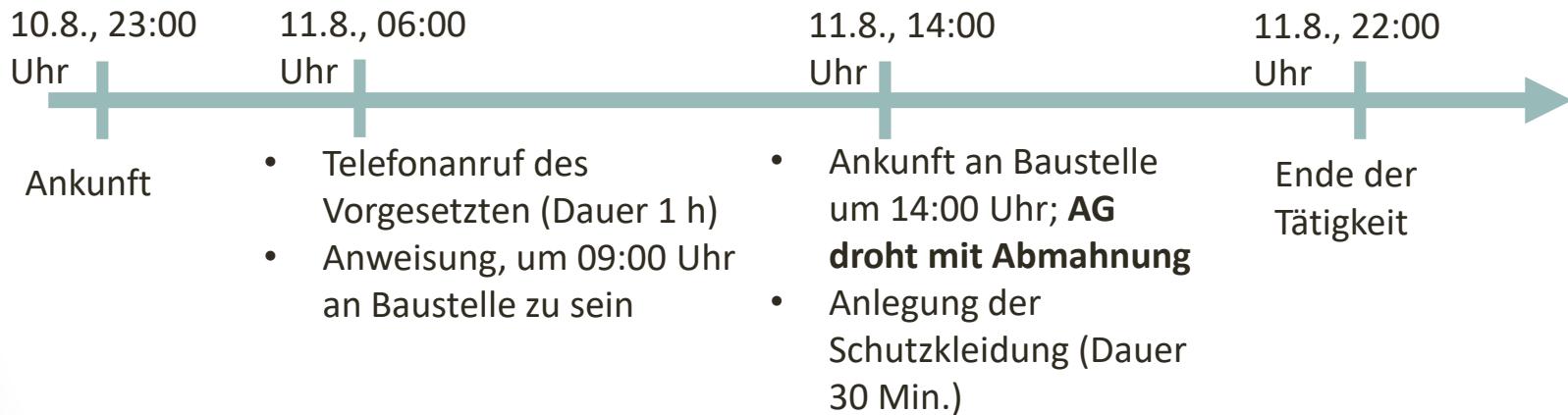


Ausgangsfall

- Bauingenieur (A), Jahresverdienst 70.000 € (40 €/Stunde), Regelarbeitszeit 40 Std./Woche. A verlangt Vergütung für 32 Stunden Reisezeit.
- Dienstreise nach China jeweils 16 Stunden hin und zurück

Vergütung 8 Std. Arbeitszeit

Reisezeit je 16 Std.



--Unterbrechung der Ruhezeit--

- Die mitbestimmte Dienstreiseordnung schließt Vergütung für Dienstreise aus.

Ausgangsfragen:

- ① Ist die Dienstreise eine vergütungspflichtige Arbeitsleistung i.S.d. § 611a BGB?
- ② Ist das, was der Beschäftigte tut, auch Arbeit i.S.d. Arbeitsschutzrechts?
- ③ Sind ggf. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu wahren?
- ④ Welche Grenzen sind bei der vertraglichen Gestaltung der Arbeitsleistung und der Vergütung zu beachten?

Was ist Arbeit?

„‘Arbeit’ ist eine Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.“

(BAG 15.4.2008 – 1 ABR 44/07, NZA-RR 2009, 98 Rn. 43)

➤ Arbeit ist (auch)

- eine **angeordnete Schulung**, da sie von den Teilnehmern geistige Tätigkeit im Interesse der Arbeitgeberin verlangt

BAG 15.4.2008 – 1 ABR 44/07; NZA-RR 2009, 98 Rn. 43 zum Mitbestimmungsrecht

- das **An- und Ablegen der Dienstkleidung**
- die Entgegennahme und Abgabe von **arbeitsnotwendigen Betriebsmitteln**

BAG 17.11.2015 – 1 ABR 76/13, NZA 2016, 247 Rn. 23 zum Mitbestimmungsrecht

Unterschiedliche Rechtsbegriffe der Arbeitszeit?

- Unterschiede zwischen unionsrechtlichem und nationalem Arbeitszeitbegriff?
- Unterschiede innerhalb der nationalen Rechtsprechung?
 - Arbeitszeitrecht
 - Mitbestimmungsrecht
 - Arbeitsvertragsrecht (speziell Vergütungsrecht)

Widersprüche

➤ EuGH

- Belastung irrelevant
- Objektive Einschränkung der Möglichkeit des Arbeitnehmers, sich seinen persönlichen und sozialen Interessen zu widmen

➤ BAG 5. Senat

- Arbeit ist nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt.
- Die arbeitgeberseitig veranlasste Dienstreise ist Arbeit.

➤ BAG 9. Senat

- Erforderlich ist das Vorliegen einer zusätzlichen Belastung
- Das bloße Reisen ohne zusätzliche Belastung ist keine Arbeit

➤ BAG 1. Senat

- Dienstreise als solche ist keine Arbeitsleistung

These

- Die Arbeitszeitbegriffe des Vertragsrechts, des Arbeitszeitrechts und des Betriebsverfassungsrechts entsprechen sich.
- Man kann von einer „**Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsrechts**“ sprechen.
- Dazu gehören nicht:
 - **Selbstverständlich:**
 - Freizeit
 - der heimische Schlaf,
 - der Urlaub (obwohl dieser nach Maßgabe des BUrlG vergütet wird),
 - **Im Einzelfall umstritten:**
 - die potentielle Erreichbarkeit des Arbeitnehmers und die
 - Wegezeit

Arbeitsschutzrecht

Definition der Arbeitszeit

- **Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG:**

„(...) 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.“

- **§ 2 I 1 ArbZG:**

„(...) die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne Ruhepausen (...).“

Unionsrechtliche Definition der Arbeitszeit

- *Entweder (Arbeit) – Oder (Ruhezeit)*
- *Intensität der geleisteten Arbeit ist irrelevant*
- *Räumliche Bindung entscheidend*
- *Persönliche (körperliche) Anwesenheit*
- *Am Arbeitsplatz zur Verfügung stehen*

Im Kern wird damit – über die Erfüllung der eigentlich geschuldeten Arbeitsaufgabe hinaus – die **Beeinträchtigung der freien Verfügung über die Zeiten der Nichtarbeit** zur Arbeitszeit erklärt.

Rechtsprechung des EuGH

➤ Seit der Entscheidung des EuGH vom 10.9.2015 ist nicht zweifelhaft, dass er regelmäßig Reisezeiten als Arbeit begreifen wird.

- Denn Art. 2 Nr. 1 ArbZ-RL sei dahin auszulegen, dass die Fahrzeit vom Wohnort zum Standort des ersten und des letzten von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden „Arbeitszeit“ im Sinne dieser Bestimmung sei. Diese Fahrzeiten nicht zu berücksichtigen, verfälscht nach Auffassung des EuGH den Begriff und beeinträchtigt das Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer.
- Entscheidend sei der Umstand, **dass der Arbeitnehmer verpflichtet sei, sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten und sich zu dessen Verfügung zu halten, um ggf. sofort seine Leistungen erbringen zu können.**

EuGH Urt. v. 10.9.2015 – C-266/14, NZA 2015, 1177 – Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras

Rechtsprechung des EuGH

➤ „ein [Arbeitnehmer], der seinem Arbeitgeber an dem von diesem bestimmten Ort während der gesamten Dauer seiner **Bereitschaftsdienste** zur Verfügung stehen muss, [unterliegt] 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, da er sich **außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds aufhalten muss** und über die Zeit, in der er nicht in Anspruch genommen wird, weniger frei verfügen kann.“

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

➤ „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 einzufinden zu können.**“

EuGH Urt. v. 21.2.2018 – Rs. C-518/15, ZIP 2018, 651 Rn. 65.

Definition der Ruhezeit

- Ruhezeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber keinerlei Verpflichtung unterliegt, die ihn daran hindern könnte, frei und ohne Unterbrechung seinen eigenen Interessen nachzugehen.

EuGH v. 14.10. 2010 – C-428/09, juris Rn. 50

Zwecke des Arbeitsschutzes

- Sicherheit und Gesundheitsschutz, daher:
 - tägliche und wöchentliche Mindestruhezeiten
 - durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit
 - Höchstgrenzen für die Arbeitszeit von Nacht- und Schichtarbeitnehmern
- Nagelprobe für die Einzelfallbetrachtung ist die arbeitszeitrechtliche Einordnung der Reisezeiten

Bedeutung des Arbeitszeitschutzes

- Das Recht eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten ist nicht nur eine Regel des Sozialrechts der Union, die besondere Bedeutung hat, sondern auch in **Art. 31 Abs. 2 der Charta**, der nach Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche rechtliche Rang wie den Verträgen zukommt, ausdrücklich verbürgt ist
 - vgl. i.d.S. EuGH Urteile vom 5.10.2004, Pfeiffer u. a., C-397/01 bis C-403/01, EU:C:2004:584, Rn. 100, sowie vom 6.11.2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, Rn. 20
 - EuGH Urteil vom 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 Rn. 30

ArbZG erfasst Körper und Geist!

➤ Das Arbeitszeitrecht erfasst sowohl

- **monotone körperlich schwere Tätigkeiten**, die erkennbar gesundheitsschädlich sind, als auch
- hoch befriedigende, **körperlich nicht belastende kreative Tätigkeiten**, die erfüllend und gesundheitsförderlich sind

Dienstreisen – keine Arbeitszeit?

- Die überkommene Kommentarliteratur arbeitet apodiktisch: „*Keine Arbeitszeit sind Dienstreisen.*“ Eine Ausnahme gelte nur, wenn während der Reise „*Arbeit im eigentlichen Sinn geleistet wird.*“
- **Ist diese Sichtweise überzeugend?**
 - Die sog. Beanspruchungstheorie hat bislang kein einziges belastbares Resultat erzielt.
 - Z.B. Neumann/Biebl, § 2 ArbZG Rn. 15; Schliemann § 2 ArbZG Rn. 41; Baeck/Deutsch, § 2 Rn. 68.

Bisherige Rechtsprechung des BAG

„Wegezeiten können (...) als Arbeitszeit zu beurteilen sein (...), wenn der Arbeitnehmer sie zur Erledigung seiner Arbeitsaufgaben nutzen muss. (...) Fehlt es (...daran), sind Gesundheit und Sicherheit des Arbeitnehmers durch ein Überschreiten der täglich höchstzulässigen Arbeitszeit (...) nicht gefährdet. Der Arbeitnehmer kann während er sich in Beförderungsmitteln aufhält nach Belieben arbeiten. Ihm steht auch frei, private Angelegenheiten zu erledigen. (...)

(...) Er ist nicht damit konfrontiert, jederzeit bei Bedarf unverzüglich die Arbeit aufnehmen zu müssen.

(...) Soweit (...) angenommen wird, reine Fahrzeiten hätten auch ohne zusätzliche Arbeitsleistung belastenden Charakter, ist das für ihre Beurteilung als Arbeitszeit ohne Bedeutung.“

(BAG Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05)

➤ „Belastungstheorie“

Belastungstheorie bei Reisen

- Die sog. „Belastungstheorie“ ist schon deshalb ungeeignet, weil letztlich die Reise mit allen Verkehrsformen (PKW, Bus, Zug oder Flugzeug) eine Anstrengung bedeutet.
- Bereits die Einschränkung der Freizeit ist belastend.
- Kriterium der Belastung als Abgrenzungsmerkmal ist **unionsrechtswidrig, unplausibel, subjektiv und rechtsunsicher**.

Belastungstheorie bei Reisen

„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. Je nachdem wohin die Reise geht, hat der Reisende mit Jetlags und Klimaveränderungen zu kämpfen – und dabei führt sie ihn letztlich 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, wobei Bahnreisen auch unabhängig von der Wetterlage regelmäßig einige belastende Überraschungen mit sich bringen.“

Preis/Schwartz, Gutachten im Auftrag des HSI, 2020.

Widersprüche innerhalb der Rechtsprechung der einzelnen Senate des BAG

„Dem LAG kann auch nicht darin gefolgt werden, daß Reisen generell nicht als Belastung gelte, 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. Das Mitbestimmungsrecht kann deshalb nicht mit dieser Begründung verneint werden.“

(BAG 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, juris Rn. 32 zum Mitbestimmungsrecht)

Widersprüche innerhalb der Rechtsprechung der einzelnen Senate des BAG

„(...) diese Art des Reisens [mit dem PKW] (war) für beide Parteien vorteilhaft (...), weil sie Zeit sparte und den Kläger beweglich mache. Für den Kläger lag der Vorteil vor allem in der Bequemlichkeit, daß er ohne Fußwege, Umsteigen und Wartenmüssen von seiner Dienststelle oder seiner Wohnung in H. unmittelbar an den Ort seiner auswärtigen Tätigkeit und wieder zurückgelangen konnte.“

(BAG Urt. v. 6.10.1965 – 2 AZR 375/64 zum Vergütungsrecht)

Zutreffend: BayObLG Beschluss v. 23.3.1992

„(...) Sinn und Zweck des Arbeitszeitschutzes (...) besteht vor allem darin, 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 (...). (...) Die Anwendung dieser Grundsätze (...) ergibt, daß die tägliche Arbeitszeit dem Direktionsrecht des Betroffenen entsprechend (...) die (...) Fahrt im betriebseigenen Fahrzeug von der Betriebsstelle zur auswärtigen Arbeitsstätte (und die Rückfahrt) umfaßte.“

BayObLG Beschluss v. 23.3.1992 – 3 ObOWi 18/92, NZA 1992, 811 unter Geltung der AZO

- ArbZG bezweckt primär Gesundheitsschutz, aber Möglichkeit zur Teilhabe am sozialen, kulturellen und politischen Geschehen ist untrennbar damit verbunden!

Reisezeit – Arbeitszeit oder Ruhezeit?

- Arbeitszeit ist die Reisezeit, die nicht Ruhezeit ist.
- Arbeit ist
 - das Führen von Beförderungsmitteln als Hauptpflicht des Arbeitsverhältnisses (Fahrer)
 - die Fahrt zum Kunden
 - die Dienstreise zur Erbringung der Arbeitsleistung am Zielort
 - a.A.: Reisen ist keine Arbeit; Reisen ist Vergnügen, Reisen ist Entspannung

Ergebnis zu Dienstreisen

- Dienstreisen sind eine fremdnützige Inanspruchnahme. Sie beruhen auf der Dauerweisung, die Reise durchzuführen. Überdies kann der Arbeitgeber im Wege seines Direktionsrechts Weisungen hinsichtlich der Reisetätigkeit erteilen. Die Annahme, der Arbeitnehmer habe während der Reise Freizeit, ist verfehlt. Denn er kann die Zeit nicht eigenwirtschaftlich nutzen. Für den EuGH ist damit nicht entscheidend, wie belastend die Tätigkeit ist, sondern ob ihm die Selbstbestimmung genommen ist, ob er reisen will oder nicht. Ein Rückzug in die Privatsphäre ist nicht möglich.

vgl. ErfK/*Preis*, BGB § 611a Rn. 516h.

Exkurs: Ist schon die Verpflichtung, über Smartphones erreichbar zu sein, Arbeit?

- Bei digitaler Fußfessel: Ja?
- a.M.: ein gewisser Grad der Beanspruchung ist erforderlich, so dass das Beantworten einer Mail oder ein kurzes Telefonat nicht als Arbeitszeit zu werten seien und zu keiner Unterbrechung der Ruhezeit führten, da sie den Erholungswert der Ruhezeit nicht gefährdeten
 - u.a. *Steffan*, NZA 2015, 1409 (1415); *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025 (1028); *Bissels/Meyer-Michaelis*, DB 2015, 2331 (2333)
- m.E.: noch nicht bei bloßer Kontaktaufnahme, um Arbeitsbereitschaft abzuklären

Exkurs: Kurzzeitige Unterbrechung der Ruhezeit

- **Überwiegend:** Ruhezeit beginnt neu zu laufen
 - zT: erforderlich ist gewisser Grad der Beanspruchung
- **m.E.:** selbstbestimmtes (also nicht durch Weisung veranlasstes) Leisten des AN während der Ruhezeit führt nicht zu Unterbrechung der Ruhezeit

Ergebnis zum Arbeitszeitrecht

- Der Begriff der Arbeitszeit ist nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH auszulegen.
- Der gesetzliche Arbeitszeitbegriff des Arbeitsschutzrechts ist nicht dispositiv.
- Im Arbeitsvertrags- und Kollektivarbeitsrecht sind die Rechtsfolgen des Vorliegens von Arbeitszeit im Rahmen der gesetzlichen Grenzen gestaltbar.

Rechtspolitische Forderung

➤ Absurde arbeitszeitrechtliche Konsequenz:
Muss die Reise nach China unterbrochen
werden?

- „*impossibilium nulla obligatio*“
- evtl. *extensive Interpretation des § 14 ArbZG*

Rechtspolitische Forderung

➤ Gesetzgeberische Lösung:

- Arbeitszeitrechtliche Wertung von Reisezeiten mit dem Faktor 0,5

➤ Legitimation durch Art. 17 Abs. 3 a) RL/2003/88:

- Danach sind bei Tätigkeiten, die durch eine Entfernung zwischen dem Arbeitsplatz und dem Wohnsitz des Arbeitnehmers oder durch eine Entfernung zwischen verschiedenen Arbeitsplätzen des Arbeitnehmers gekennzeichnet sind, Abweichungen vom Arbeitszeitbegriff zulässig.
 - Von dieser Ausnahmebefugnis hat der deutsche Gesetzgeber nur in § 21 a Abs. 3 Nr. 3 ArbZG Gebrauch gemacht.

Arbeitsvertragsrecht

Arbeitsvertragsrecht

➤ BAG Urt. v. 15.4.2018 – 5 AZR 424/17, NZA 2018, 1211:

„(...) jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Der Arbeitgeber verspricht die Vergütung für alle Dienste, die er dem Arbeitnehmer aufgrund seines arbeitsvertraglich vermittelten Weisungsrechts abverlangt.

„Arbeit“ als Leistung der versprochenen Dienste iSd. § 611 Abs. 1 BGB ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.“

- Dienstreisezeit = Arbeitszeit
- Die Definition durch den 5. Senat kollidiert nicht – trotz unterschiedlicher Terminologie – mit der Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des BAG

„Bei Flugreisen sind die Wegezeiten zum und vom Flughafen sowie die Zeiten für Einchecken und Gepäckausgabe erforderliche Reisezeit. (...)

Nicht zur erforderlichen Reisezeit zählt hingegen rein eigennütziger Zeitaufwand des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Reise. Dazu gehört z.B. das vom Kläger in seine Berechnung einbezogene Kofferpacken und Duschen.“

BAG Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159 Rn. 27 f.

„[...] 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.“

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

Und 2011:

„Arbeit als Leistung der versprochenen Dienste i.S. des § 611 I BGB [...] nicht nur jede Tätigkeit [ist], 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 [...].“

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

Preis'sche Formel

Was (sogar) arbeitszeitrechtlich Arbeit ist, ist dies auch vergütungsrechtlich.

Dies gilt auch umgekehrt: Die Tätigkeit, die „den Umständen nach“ (§ 612 Abs. 1 BGB) vergütungspflichtige Arbeit ist, gilt auch arbeitszeitrechtlich als Arbeitszeit.

Betriebsverfassungsrecht

Einordnung der Reisezeit durch 1. Senat

„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.“

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

- kontradiktatorisch zur Subsumtion des 5. Senats
- eine tragende Begründung hierfür fehlt!

Arbeitszeitbegriff des 1. Senats

„[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.“

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

- deckungsgleich mit Arbeitszeitverständnis des 5. Senats

Widersprüche innerhalb der Rechtsprechung des 1. Senats

- 1. Senat sieht in der Anordnung der Dienstreise das **mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten** betroffen:

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

(BAG Beschluss v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6)

- 1. Senat sieht Bestimmungen einer Dienstreiseordnung bezüglich der Wahl des Verkehrsmittels als **mitbestimmungsfreie Regelung des Arbeitsverhaltens** an

„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.“

(BAG Beschluss v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6)

- 1. Senat erkennt an, dass es sich bei den Reisekosten des Arbeitnehmers um **im Interesse des Arbeitgebers getätigte Aufwendungen** handelt

„Mit dem Ersatz von Reisekosten (...) werden dem Arbeitnehmer ledigl. im Interesse des Arbeitgebers gemachte Aufwendungen ersetzt.“

(BAG Beschluss v. 8.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 6)

Reisetätigkeit ist ein **einheitlicher Vorgang**. Sie kann im Hinblick auf ihre Einordnung als Arbeitsleistung nicht uneinheitlich danach beurteilt werden, um welchen Mitbestimmungstatbestand es sich dreht.

Beweggrund der Rechtsprechung des 1. Senats

„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.**“*

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

- Folgenerwägung vermag nicht Einschränkung der Mitbestimmung zu begründen
- Zudem: unbegründete Befürchtung!

Widerlegung der Befürchtung des 1. Senats

Erforderlich für die Annahme von Arbeitszeit: überwiegende Fremdnützlichkeit der Tätigkeit

- Hin- und Rückreise: (+)
 - fremdnützlig
 - Aufenthaltsort unmittelbar durch den AG vorgegeben, keine Veränderung nach eigenem Gutdünken möglich, da Transport in Richtung des auswärtigen Dienstortes erforderlich
 - Beschränkung der Tätigkeiten auf solche, die mit dem Reisen kompatibel sind
- Wahrnehmung des Dienstgeschäftes: (+)
- übrige Aufenthaltszeiten am auswärtigen Dienstort: (-)
 - eigenwirtschaftlich
 - Aufenthaltsort zwar mittelbar durch den AG vorgegeben, aber Freiheit des AN, diesen i.R.d. Möglichen zu verändern
 - Freiheit, die Zeit nach freiem Belieben zu füllen

Konsequente Subsumtion der Dienstreisezeit unter Begriff der Arbeitszeit des 1. Senats

„[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.**“

(BAG Beschluss v. 15.4.2008 – 1 ABR 44/07, NZA-RR 2009, 98 Rn. 43)

- **Anordnung der Dienstreise durch Arbeitgeber** = Arbeitgeber verlangt die Reisetätigkeit (+)
- **Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient** = Wahrnehmung der Dienstreise steht im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Arbeitgebers (+)

Dienstreisezeit ist also auch betriebsverfassungsrechtliche Arbeitszeit!

Einheitlicher arbeitsrechtlicher Arbeitszeitbegriff

Abgrenzungskriterien entweder - oder

Arbeitszeit = Dienstreisezeit	Ruhezeit = Selbständigkeit
Unselbständig	Selbständig
Fremdbestimmt	Selbstbestimmt
Fremdnützige	Eigenwirtschaftlich
durch Weisung oder Vertrag	Weisungsfrei
Sofortiges zur Verfügung stehen	Bloße Erreichbarkeit
Persönliche (körperliche) Anwesenheit	Räumliche Selbstbestimmung
Auch: vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit	Auch: Phasen der Inaktivität

Eigene Definition

- Arbeit(szeit) ist jedes Tun oder Nichtstun, das fremdbestimmt und fremdnützige auf der Basis einer arbeitgeberseitigen Weisung erfolgt und eigenwirtschaftliche Tätigkeit oder Freizeit ausschließt.
- Tätigkeiten, die eigennützig, eigenbestimmt oder eigenwirtschaftlich sind, sind keine fremdbestimmte Arbeit, die dem Arbeitgeber zuzurechnen wäre. Es herrscht Ruhezeit.
- Selbstbestimmte Aufnahmen der Arbeitsleistung, die nicht auf Weisung des Arbeitgebers beruhen, sind keine Arbeit und unterbrechen die Ruhezeiten nicht.
- Angeordnete Dienstreisen sind Arbeitszeit. Auf den Grad einer Belastung kommt es nicht an.

Reisezeiten als Überstunden
objektive Vergütungserwartung
Vertragsgestaltung

Überstunden

- Überschreiten (mehrtägige) Reisezeiten die reguläre Arbeitszeit, sind sie Überstunden.
- Anspruchsgrundlage bei fehlender vertraglicher Regelung: § 612 Abs. 1 BGB
- Problem: Objektive Vergütungserwartung
 - Sie fehlt bei:
 - Diensten höherer Art,
 - Zahlung einer insgesamt deutlich herausgehobenen Vergütung

Objektive Vergütungserwartung – BAG 1963

„[...] wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen des Senates in BAG [sic!] ergibt, [spricht] 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 [...]. [...] Daß längere Reisen mit größerer Berechtigung als entgeltfähige Arbeitsleistungen bewertet werden müssen als kürzere Reisen, ergibt sich schon aus der Überlegung, daß **ein Arbeitnehmer darauf Bedacht nehmen muß, seine Freizeit und Arbeitskraft für seinen Lebensunterhalt zu verwerten und sie nicht zu verschenken.** [...] 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 [...].“

BAG Urt. v. 28.3.1963 – 5 AZR 209/62; Hervorhebungen diesseits

Objektive Vergütungserwartung – BAG 2018

„Erforderliche Reisezeiten sind mit der für die eigentliche Tätigkeit vereinbarten Vergütung zu bezahlen, sofern nicht durch Arbeits- oder Tarifvertrag eine gesonderte Vergütungsregelung hierfür eingreift. [...] 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 I MiLoG zustehende Anspruch auf den Mindestlohn unterschritten wird [...].“

BAG Urt. v. 17.10.18 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159

Erforderliche Reisezeiten?

➤ Innerhalb der regulären Arbeitszeit

- § 611a II BGB
 - Begrenzung auf Vergütung der erforderlichen Reisezeit nur i.W.d. Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung gegen den Arbeitnehmer erreichbar (vgl. *Freyler BB* 2019, 1397 (1401))
 - Vereinbarung einer geringeren Vergütung für Reisezeiten durch TV möglich
 - Vereinbarung einer geringeren Vergütung für Reisezeiten durch AV würde Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen

➤ Außerhalb der regulären Arbeitszeit (Überstunden)

- Vertragliche Regelung?
 - Grenzen?
- Sonst: § 612 I BGB
 - i.R.d. besteht eine objektive Vergütungserwartung nur für die erforderliche Reisezeit

Überstundenabgeltungsklauseln in AGB

- BAG Urt. v. 1.9.2010 – 5 AZR 517/09:

„Die AGB-Klausel ‚erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten‘ genügt nicht dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn sich der Umfang der danach ohne zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden nicht hinreichend deutlich aus dem Arbeitsvertrag ergibt.“

Pauschalierung von Überstundenvergütung

- (1) Überstunden sind zu leisten, sofern diese zur Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung gemäß der anliegenden Tätigkeitsbeschreibung erforderlich sind.
- (2) Das Bruttogehalt bezieht sich auf 45 Arbeitsstunden wöchentlich. Davon sind 38 Normalstunden und 7 Mehrarbeitsstunden. Die Mehrarbeitsstunden können im Falle betrieblicher Erfordernisse jederzeit ganz oder teilweise abgebaut und verrechnet werden.
- (3) ~~Mit der vorstehenden Vergütung sind erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers mit abgegolten.~~

BAG 1. 9. 2010 - 5 AZR 517/09 - NZA 2011, 575.

~~Durch die zu zahlende Bruttovergütung ist eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten.~~

LAG Berlin-Brandenburg 3.6.2010- 15 Sa 166/10 - Rev. eingelegt unter 5 AZR 406/10.

1. *Eine die pauschale Vergütung von Mehrarbeit regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen von ihr erfasst werden sollen. Der Umfang der Leistungspflicht muss so bestimmt oder zumindest durch die konkrete Begrenzung der Anordnungsbefugnis hinsichtlich des Umfangs der zu leistenden Überstunden so bestimmbar sein, dass der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Aufgrund einer unklar abgefassten Pauschalierungsklausel besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer in der Annahme, er habe keinen Rechtsanspruch auf eine gesonderte Überstundenvergütung, seinen Anspruch nicht geltend macht.*
2. *Abs. 3 des Arbeitsvertrags ist nicht klar und verständlich. Diese Klausel soll alle Arbeitsstunden erfassen, die die vereinbarten 45 Wochenstunden überschreiten. Deren Umfang ist im Arbeitsvertrag nicht bestimmt. Insbesondere lässt sich weder der Klausel selbst noch den arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Übrigen eine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit entnehmen. Aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 („erforderliche Überstunden“) ergibt sich eine solche Beschränkung jedenfalls nicht.*
3. BAG 1. 9. 2010 - 5 AZR 517/09 - NZA 2011, 575.

Angemessenheitskontrolle

- Grenze der Angemessenheit?
 - In Anwendung der Rechtsprechung zu Widerrufsvorbehalten und Abrufarbeit: 25 %
 - Grenze von 12,5 %
 - Unter Zugrundelegung eines achtstündigen Arbeitstags kann so eine zusätzliche Arbeitsstunde wirksam abgegolten werden (*Klocke*, RdA 2014, 223 (227)).

Anspruchshöhe gem. § 612 II BGB

- § 612 II BGB: übliche Vergütung?
 - z.T.: grundsätzlich wie Arbeitszeit zu vergüten
 - So auch BAG Urt. v. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159
 - a.A.: nicht so stark beanspruchend wie geschuldete Haupttätigkeit
 - Arbeitsrechtlicher „Preis“ für Reisetätigkeit?

Gestaltung durch Tarifvertrag

§ 14 MTV Metallindustrie NW/NB

14.1 Bei angeordneten Dienstreisen wird die notwendige Reisezeit, soweit sie die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit überschreitet, bis zu 4 Stunden kalendertäglich zuschlagsfrei wie Arbeitszeit vergütet. An arbeitsfreien Tagen wird zu der kalendertäglich zusätzlichen Reisezeit nach Abs. 1 darüber hinaus anfallen Reisezeit bis zur Dauer von 1/5 der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit täglich ohne Zuschläge vergütet.

14.2 Fällt die angeordnete Reisezeit auf einen Sonn- oder Feiertag, so sind neben Vergütungen gem. § 14.1 die hierfür vorgesehenen Zuschläge gem. § 10 zu bezahlen

14.3 Dies gilt nicht

- a) für Reisezeit mit Benutzung von Schlafwagen in der Zeit von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr
- b) für Auslandsreisen.

Bewertung

- Tarifpartner können Ob und Wie der Vergütung von Reisezeiten regeln
- Interpretationsbedürftig ist die Ausklammerung von Auslandsreisen
 - Nichtregelung oder bewusste Ausklammerung?

Gestaltung durch Betriebsvereinbarung

Vergütungsregelung für Reisezeiten durch Betriebsvereinbarung?

Bsp. nach LAG D v. 14.12.2018 – 10 Sa 96/18: Betriebliche Norm regelt, dass Anfahrtszeiten von Außendienstmitarbeitern bis zu einer Dauer von 20 Min. nicht zur Arbeitszeit zählen und erst die eine Dauer von 20 Min. übersteigende Reisezeit Arbeitszeit darstellt.

„Die Regelungssperre des § 77 III BetrVG ist nicht verletzt. [...] [...] [Hier] greift [...] nicht das so genannte Günstigkeitsprinzip. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Arbeitsvertrag des Kl. als AGB iSd § 305 ff. BGB **betriebsvereinbarungsoffen** ausgestaltet ist und aus diesem Grunde eine ansonsten greifende arbeitsvertragliche Vereinbarung von der betrieblichen Regelung verdrängt wird.“

LAG D v. 14.12.2018 – 10 SA 96/18 unter Rekurs auf BAG v. 10.10.2006 – 1 ABR 59/05

Aufgehoben durch BAG 18.3.2020

- **Leitsatz**
- Regelungen in einer Betriebsvereinbarung, welche die vergütungspflichtigen Fahrtzeiten eines Außendienstmitarbeiters verkürzen, sind wegen Verstoßes gegen die **Tarifsperrre** des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam, wenn die betreffenden Zeiten nach den Bestimmungen des einschlägigen Tarifvertrags uneingeschränkt der entgeltpflichtigen Arbeitszeit zuzurechnen und mit der tariflichen Grundvergütung abzugelten sind
- (BAG, Urteil vom 18. März 2020 – 5 AZR 36/19 –, juris)
 - Nicht nur die Fahrten zwischen den Kunden, auch die zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück bilden mit der übrigen Tätigkeit eine Einheit und sind insgesamt die Dienstleistung iSd. §§ 611, 611a BGB und als solche vergütungspflichtig
- (BAG, Urteil vom 18. März 2020 – 5 AZR 36/19 –, juris)

Empfehlungen

- An die Arbeitnehmer:
 - Reisezeiten als Arbeitszeiten geltend machen!
- An die Arbeitgeber:
 - Reisezeiten transparent und angemessen regeln!
- An Betriebsräte:
 - Mitbestimmungsrechte geltend machen!
- An Tarifvertragsparteien:
 - Regelungsvorrang nutzen!
- An Gesetzgeber:
 - Sonderregelungen für Reisezeiten schaffen!

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!