



**Internationale Göttinger Reihe**

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

# RECHTSWISSENSCHAFTEN

Boris Alles

**Das Arbeitsrecht der Auslandsdienstreise**

**Band 46**



**Cuvillier Verlag Göttingen**  
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe  
Rechtswissenschaften  
Band 46





# Das Arbeitsrecht der Auslandsdienstreise

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechtswissenschaft

der Universität Trier

vorgelegt von

Boris Alles

aus Zweibrücken

2013



## **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.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2013

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 2013

978-3-95404-573-0

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. h. c. Monika Schlachter

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Timo Hebel

Tag der mündlichen Prüfung: 21.11.2013

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2013

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2013

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

978-3-95404-573-0



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde Ende Juli 2013 fertiggestellt. Schrifttum und Rechtsprechung sowie Änderungen in der Gesetzgebung wurden bis zur Einreichung der Arbeit berücksichtigt.

In der Zeit der Anfertigung meiner Doktorarbeit haben mich viele Menschen begleitet und unterstützt, denen ich an dieser Stelle herzlich danken möchte.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter, die mich während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem von ihr geleiteten Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) begleitete. Sie hat die Entstehung der vorliegenden Arbeit in vielfältiger Weise unterstützt und dadurch maßgeblich zu ihrem Gelingen beigetragen. Gleichzeitig ließ sie mir aber auch jede wissenschaftliche Freiheit und förderte mich uneingeschränkt. Dem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Timo Hebler danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

In schöner Erinnerung werden mir aber auch die Kollegen sowie die angenehme Atmosphäre am Institut bleiben. Mein besonderer Dank gilt dabei Pia Schröder und Dominik Ledwon für das Korrekturlesen der Arbeit.

Meiner Familie und meinen Freunden bin ich ebenfalls zu großem Dank verpflichtet. Insbesondere meine Schwester Karin hat mich bereits während des Studiums unterstützt und auch maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Meine Ehefrau Stephanie hat mir privat den nötigen Rückhalt gegeben.

Die Arbeit widme ich in Liebe und tiefster Dankbarkeit meinen Eltern, die mich in meinem Leben stets bedingungslos unterstützt haben.

Trier, im November 2013

*Boris Alles*





# Inhaltsübersicht

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>7</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>11</b>
<b>1. Teil: Einleitung</b> .....	<b>21</b>
A.    Einführung .....	21
B.    Ziel der Untersuchung .....	24
C.    Gang der Untersuchung .....	24
<b>2. Teil: Arbeitsrechtliche Probleme bei der Dienstreise</b> .....	<b>26</b>
A.    Begriffsdefinitionen .....	26
B.    Die Anordnung einer Dienstreise .....	42
C.    Die Nachweispflicht nach dem NachwG .....	46
D.    Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers .....	53
E.    Internationales Verfahrensrecht und Arbeitskollisionsrecht .....	59
F.    Die arbeitsrechtliche Behandlung von Dienstreisezeiten .....	111
G.    Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Auslandsdienstreise .....	141
H.    Die Beendigung der Auslandsdienstreise .....	156
<b>3. Teil: Internationales Sozialrecht</b> .....	<b>159</b>
<b>4. Teil: Regelungsmöglichkeiten</b> .....	<b>164</b>
A.    Erforderlichkeit einer vertraglichen Regelung .....	164
B.    Vertragsmodelle .....	165
<b>5. Teil: Fazit</b> .....	<b>167</b>







# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>11</b>
<b>1. Teil: Einleitung.....</b>	<b>21</b>
A.    Einführung .....	21
B.    Ziel der Untersuchung .....	24
C.    Gang der Untersuchung.....	24
<b>2. Teil: Arbeitsrechtliche Probleme bei der Dienstreise .....</b>	<b>26</b>
A.    Begriffsdefinitionen.....	26
I.    Der Begriff der Dienstreise .....	26
1.    Herkunft.....	26
2.    Rechtliche Einordnung.....	27
a)    Örtliche Abgrenzung .....	30
b)    Funktionale Abgrenzung .....	31
c)    Organisatorische Abgrenzung.....	32
d)    Zeitliche Abgrenzung .....	33
aa)  Inhaltliche Abgrenzung der Dienstreise.....	34
(1)  Versetzung.....	34
(2)  Abordnung und Entsendung.....	35
bb)  Festlegung einer zeitlichen Höchstdauer.....	40
e)    Eigener Lösungsvorschlag .....	41
II.   Der Begriff der Dienstreisezeit und der Wegezeit .....	42
B.    Die Anordnung einer Dienstreise .....	42
C.    Die Nachweispflicht nach dem NachwG .....	46
I.    Regelungsbereich .....	46
II.   Sanktionen .....	50
D.    Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.....	53
I.    Fürsorgepflichten vor Beginn der Auslandsdienstreise.....	54
II.   Fürsorgepflichten während der Auslandsdienstreise.....	55
III.  Fürsorgepflichten nach der Auslandsdienstreise .....	56
IV.  Grenzen der Fürsorgepflichten .....	56
V.    Die Haftung aus der Verletzung von Fürsorgepflichten .....	57
E.    Internationales Verfahrensrecht und Arbeitskollisionsrecht .....	59
I.    Internationale Gerichtszuständigkeit im Allgemeinen .....	60
1.    Gerichtsstand nach der EuGVVO .....	60



a)	Gerichtsstand für Klagen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber .....	62
aa)	Gewöhnlicher Arbeitsort (lex loci laboris) .....	63
bb)	Die einstellende Niederlassung .....	69
cc)	Ausweichklausel.....	71
dd)	Sonstige Gerichtsstände .....	72
b)	Gerichtsstand für Klagen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer .....	73
2.	Anerkennung von arbeitsrechtlichen Entscheidungen durch die EuGVVO .....	74
3.	Gerichtsstände außerhalb der EuGVVO .....	74
a)	EuGVÜ .....	75
b)	Luganer Übereinkommen .....	75
c)	Internationale zivilprozessuale Grundsätze .....	75
4.	Gerichtsstandsvereinbarungen .....	76
5.	Rügelose Einlassung .....	78
<b>II.</b>	<b>Individuelles Arbeitsrecht .....</b>	<b>79</b>
1.	Objektiv anzuwendendes Recht .....	79
2.	Einschränkungen des Arbeitsvertragsstatuts .....	80
a)	Eingriffsnormen .....	80
aa)	Begriff der Eingriffsnorm und dessen Voraussetzungen .....	80
bb)	Konkurrenzverhältnis zu den sonstigen zwingenden Bestimmungen .....	82
b)	Deutsche Eingriffsnormen .....	83
aa)	Arbeitnehmer-Entsendegesetz .....	83
bb)	Kündigungsschutzgesetz .....	84
cc)	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	84
dd)	Schwerbehindertenschutz .....	84
ee)	Mutterschutz .....	85
ff)	Feiertage .....	85
gg)	Arbeitsschutz .....	86
hh)	Urlaubsrecht .....	87
ii)	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz .....	87
c)	Ausländische Eingriffsnormen .....	88
aa)	Voraussetzungen .....	89
bb)	Rechtsfolge .....	90
cc)	Beispiele.....	94
d)	Konkurrenzverhältnis zwischen ausländischen und inländischen Eingriffsnormen .....	95
e)	Artikel 12 Rom I-VO .....	96
3.	Rechtswahlvereinbarungen.....	96
a)	Form der Rechtswahl .....	97
b)	Grenzen der Rechtswahl.....	98



III.	Kollektives Arbeitsrecht.....	100
1.	Betriebsverfassung.....	100
a)	Wahlrecht und Wählbarkeit.....	105
b)	Betriebsversammlungen und Betriebsratsitzungen.....	107
c)	Betriebsvereinbarungen.....	108
2.	Tarifvertragsrecht.....	109
3.	Arbeitskampfrecht.....	110
F.	Die arbeitsrechtliche Behandlung von Dienstreisezeiten.....	111
I.	Die Dienstreisezeit als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG.....	112
1.	Anwendbarkeit des ArbZG auf Auslandsdienstreisen.....	113
2.	Dienstreisezeit als Arbeitszeit.....	118
a)	Das Urteil des BAG v. 11.07.2006.....	119
b)	Die Beanspruchungstheorie von Teilen der Literatur.....	121
c)	Stellungnahme.....	123
II.	Die Vergütung von Dienstreisezeit.....	126
1.	Die Rechtsprechung zur Vergütung von Dienstreisezeiten.....	127
a)	Das Urteil des BAG v. 03.09.1997.....	127
b)	Die Folgeentscheidungen des BAG.....	128
2.	Die Literaturansichten zur Vergütung von Dienstreisezeiten.....	130
a)	Dienstreisezeit innerhalb der Arbeitszeit.....	130
b)	Dienstreisezeit außerhalb der Arbeitszeit.....	131
3.	Stellungnahme.....	133
a)	Anspruchsgrundlage.....	133
b)	Die Dienstreisetätigkeit als Arbeitsleistung.....	134
c)	Die objektive Vergütungserwartung.....	135
4.	Die Höhe der Vergütung.....	139
III.	Aufwendungsersatz.....	141
G.	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Auslandsdienstreise.....	141
I.	Mitbestimmungsrechte im Vorfeld der Auslandsdienstreise.....	142
1.	Beteiligungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.....	142
2.	Beteiligungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.....	143
3.	Beteiligungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.....	147
4.	Beteiligungsrechte nach § 99 Abs. 1 BetrVG.....	149
a)	Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs.....	149
b)	Notwendigkeit einer erheblichen Änderung.....	152
c)	Zwischenergebnis.....	153
5.	Beteiligungsrechte bei Dienstreiseordnungen.....	153
II.	Mitbestimmungsrechte während der Auslandsdienstreise.....	154



III.	Mitbestimmungsrechte bei der Rückkehr der Arbeitnehmers.....	154
IV.	Zwischenergebnis.....	155
H.	Die Beendigung der Auslandsdienstreise.....	156
I.	Rückrufrecht.....	156
II.	Kündigung.....	157
<b>3. Teil: Internationales Sozialrecht</b> .....		<b>159</b>
<b>4. Teil: Regelungsmöglichkeiten</b> .....		<b>164</b>
A.	Erforderlichkeit einer vertraglichen Regelung.....	164
B.	Vertragsmodelle.....	165
<b>5. Teil: Fazit</b> .....		<b>167</b>



## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	Andere/r Ansicht
ABIEG/ ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
a.M.	am Main
ÄndVO	Änderungsverordnung
Anm.	Anmerkung
AnwK-ArbR	Anwaltskommentar Arbeitsrecht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
APS	Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz



ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARG	Arbeitsruhegesetz
Art.	Artikel
AT-Angestellter	außertariflicher Angestellter
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AüG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BAZG	Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien
BB	Betriebs-Berater
ber.	berichtigt
BERzGG	Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof



BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRKG	Bundesreisekostengesetz
BRTV-Bau	Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	Beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BvR	Richter des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
dbr	Der Betriebsrat
d.h.	das heißt
DKK	Betriebsverfassungsgesetz, mit Wahlordnung und EBR-Gesetz (Däubler/Kittner/Klebe)
DrdA	Das Recht der Arbeit
DRK	Deutsches Rotes Kreuz
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
EBR-Gesetz	Gesetz über Europäische Betriebsräte





EFTA	European Free Trade Association (dt.: Europäische Freihandelszone)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
ErfK	Erfurter Kommentar
Erglf.	Ergänzungslieferung
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
EU	Europäische/n Union
EuGFVO	Europäische Vollstreckungstitelverordnung über geringfügige Forderungen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVO, EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung von Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EuIPR	Europäisches Kollisionsrecht
EuMVVO	Europäische Mahnverfahrenverordnung
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuVTVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen



EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
f.	folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
ff.	folgende
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	Grundsätzlich
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HaKo	Kündigungsschutzrecht, Handkommentar
Halbs.	Halbsatz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HWK	Arbeitsrecht Kommentar (Henssler/ Willemsen/ Kalb)



i. Br.	im Breisgau
IHR	Internationales Handelsrecht
i.H.v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der
IStR	Internationales Steuerrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
km	Kilometer
KOM	Dokumente der Kommission
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LBG	Landesbeamtengesetz
lit.	Litera
LKW	Lastkraftwagen
LStDV	Lohnsteuer-Durchführungsverordnung



LStR	Lohnsteuer-Richtlinie
LugÜ	Luganer Übereinkommen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchArbR	Münchener Handbuch des Arbeitsrecht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Nachweisgesetz
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ÖArbZG	österreichisches Arbeitszeitgesetz
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
PKW	Personenkraftwagen
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht – The Rabel Journal of Comparative and International Private Law (RabelsZ)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Österreichisches Recht der Wissenschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie



Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Rom I-Verordnung
Rom II-VO	Rom II-Verordnung
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz, Seite
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwBG	Schwerbehindertengesetz
SD	Systematische Darstellungen
SeemG	Seemannsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
s. o.	siehe oben
sog.	Sogenannt
SOKA-Bau	Sozialkassen der Bauwirtschaft
SozR	Sozialrecht
s. u.	siehe unten
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag öffentlicher Dienst
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge



u. a.	und andere
UN	United Nations (dt.: vereinte Nationen)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	vom/von
Var.	Variante
VDR	Verband deutsches Reisemanagement
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
WBl	Wochenblatt
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZBVR	Zeitschrift für Betriebsverfassungsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft





# 1. TEIL: EINLEITUNG

## A. Einführung

Deutschland als rohstoffarmes Land ist seit jeher auf eine starke Exportwirtschaft und Wachstum als Indikator für Aufschwung und Wohlstand angewiesen<sup>1</sup>. Um auf den globalen Märkten dauerhaft konkurrenzfähig zu sein, mussten sich die deutschen Unternehmen daher dem Einfluss von Internationalisierung und Globalisierung beugen und sich grenzüberschreitend aufstellen. Nicht zuletzt auch die Einführung des europäischen Binnenmarktes und der damit einhergehenden Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV bzw. Art. 49 ff. AEUV führten dazu, dass immer mehr Unternehmen ihre Dienstleistungen nun auch im Ausland anbieten bzw. die Produktion ins Ausland verlagern<sup>2</sup>. All dies fordert dem einzelnen Arbeitnehmer<sup>3</sup> steigende Anforderungen an Mobilität und Flexibilität ab, da mit der Globalisierung und auch zunehmenden Europäisierung der Wirtschaft die Anzahl grenzüberschreitender Einsätze gestiegen ist<sup>4</sup>. Die Gründe für einen Auslandseinsatz können dabei ganz verschieden sein<sup>5</sup>. So werden zur Steigerung der Effizienz und zur Kosteneinsparung in global aufgestellten Konzernen immer mehr internationale Arbeitsgruppen in den verschiedensten Bereichen eingerichtet, die dann in ihrem Aufgabenbereich länderübergreifend oder weltweit zuständig sind<sup>6</sup>. Einen weiteren Grund bilden oft auch die hohen Lohnkosten in Deutschland, die bei schwacher Produktnachfrage deutsche Unternehmen oft dazu zwingen ihre Betriebe ins Ausland zu verlagern<sup>7</sup>. Um einen dortigen Standort aber aufbauen, erhalten und überwachen zu können, sind meist besonders qualifizierte Arbeitnehmer oder Führungskräfte vor Ort erforderlich, die das entsprechende Know-how oder die Unternehmensphilosophie transferie-

---

<sup>1</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 1.

<sup>2</sup> *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 13; *Borgmann*, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, S. 1 ff.; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 1.

<sup>3</sup> Im Folgenden wird der Begriff „Arbeitnehmer“ sowohl für männliche als auch für weibliche Beschäftigte verwendet.

<sup>4</sup> *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 1; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 1.

<sup>5</sup> Einen Überblick über die Gründe bieten etwa *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 24 ff. und v. *Eckartsberg*, Auslandseinsatz von Stammhaus-Personal, S. 26 ff.

<sup>6</sup> *Junker*, ZIAS 1995, 564, 574.

<sup>7</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 1.





ren können<sup>8</sup>. So ist es nicht verwunderlich, dass in einigen Branchen das klassische Bild des Arbeitnehmers, der seinen Beruf ein Leben lang an ein und derselben Betriebsstätte ausübt, immer öfter dem neueren Bild des Arbeitnehmers mit wechselnden Einsatzorten weicht. Begünstigt wird dieser Trend durch die Verbesserung der Infrastruktur auch in den außereuropäischen Ländern und der Tatsache, dass Transportmittel günstig für jedermann zur Verfügung stehen. Auch moderne Kommunikationsmittel, wie etwa die Nutzung von Videokonferenzsystemen, können diesen Trend vermutlich nur geringfügig reduzieren. Zu oft ist die physische Anwesenheit des Arbeitnehmers vor Ort unerlässlich und der persönliche Kontakt die einzige Form der möglichen Kommunikation<sup>9</sup>. Der befristete Einsatz von Arbeitnehmern im In- und Ausland wird deshalb auch zukünftig eine sehr große Rolle in der betrieblichen Praxis spielen.

Die häufigste Erscheinungsform der auswärtigen Tätigkeit ist dabei die Dienstreise. Was darunter zu verstehen ist, wird eher kontextabhängig betrachtet<sup>10</sup>: vom kurzen Aufenthalt zur Teilnahme an einer Konferenz über eine mehrwöchige Reise zur Inbetriebnahme einer Industrieanlage bis hin zum mehrmonatigen Aufenthalt zur Projektarbeit. Die Dienstreise steht dabei wie kein anderer Begriff für die Auswirkungen der Globalisierung auf die Arbeitnehmerschaft. So nahm die Anzahl an Dienstreisen<sup>11</sup> in den letzten Jahren, abgesehen von den Auswirkungen der Weltwirtschaftskrise im Jahre 2008, stetig zu<sup>12</sup>. Während im Jahr 2010 in Deutschland etwa 155 Millionen Dienstreisen getätigt wurden, waren es im Jahr 2011 bereits 164 Millionen und 2012 schon über 166 Millionen Dienstreisen<sup>13</sup>. Die Ziele lagen zwar überwiegend im Inland (rund 66 %), sie führten aber auch in andere europäische Staaten (rund 22 %) und zu einem kleinen Teil sogar ins außereuropäische Ausland (rund 12 %)<sup>14</sup>. Das Arbeitsrecht hat sich dieser Veränderungen allerdings nur sehr zurückhaltend angenommen<sup>15</sup>. Dies könnte daran liegen, dass die Unternehmen global agieren, während die einzelnen Staa-

---

<sup>8</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 1; v. *Eckartsberg*, Auslandseinsatz von Stammhaus-Personal, S. 26 f.; *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiter-Einsatz, Rn. 1; *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 1 f.

<sup>9</sup> VDR-Geschäftsreiseanalyse 2012, S. 7.

<sup>10</sup> Zum Begriff der Dienstreise wird im Einzelnen noch unter 2. Teil, A. eingegangen.

<sup>11</sup> Der VDR versteht unter einer Dienstreise jede betrieblich veranlasste Reise, die anhand von einzelnen Reisekostenabrechnungen erfasst wird. Dauer, Zweck, Entfernung, Ziel der Reise oder berufliche Stellung der Reisenden spielen keine Rolle. In die Zahlen fließen daher auch Fahrten zum ständigen oder wechselnden Arbeitsplatz mit ein, sobald sie als Geschäftsreisekosten abgerechnet werden.

<sup>12</sup> VDR-Geschäftsreiseanalyse 2013, S. 5.

<sup>13</sup> VDR-Geschäftsreiseanalyse 2013, S. 5.

<sup>14</sup> VDR-Geschäftsreiseanalyse 2011, S. 6; diese Zahlen dürften sich im Jahr 2012 und 2013 kaum verändert haben.

<sup>15</sup> Einen umfassenden Überblick gibt *Heppe*, Labour laws and global trade, S. 1 ff.

ten nur regional handeln können. Gerade i.R.d. Auslandsdienstreise treten in der Praxis allerdings immer wieder die gleichen Fragen auf, die sich anhand eines Beispiels verdeutlichen lassen:

*Ein Ingenieur wird für zwei Monate nach Saudi-Arabien zur Betreuung eines Projekts entsandt. Dort ist der Donnerstag teilweise ein Ruhetag, der Freitag ist vollständiger gesetzlicher Ruhetag. Innerhalb des Zeitraums des Auslandsaufenthaltes liegt sowohl ein inländischer als auch ein örtlicher Feiertag.*

Anhand dieses Beispiels werden die grundlegenden Fragen bereits sichtbar: Welches Recht ist auf das Arbeitsverhältnis überhaupt anwendbar? Was passiert mit der Anwendung der Tarifverträge und der Betriebsvereinbarungen? Muss der Arbeitnehmer an inländischen oder örtlichen Feiertagen arbeiten? Wie werden diese Feiertage vergütet? Sollten vertragliche Regelungen getroffen werden und wenn ja, in welcher Form? Alle diese Fragen werden in der Literatur zwar bereits diskutiert, jedoch meist unter dem Stichwort der Entsendung. Das praxisrelevante Erscheinungsbild der Dienstreise wird hingegen auch von der Literatur allenfalls im Randbereich behandelt, wobei es bei den Beiträgen oft bereits an einer klaren Abgrenzung der Begrifflichkeiten mangelt. Eine wirkliche Auseinandersetzung mit der Thematik der Dienstreise hat daher bislang kaum stattgefunden<sup>16</sup>. Begründet wird diese Vernachlässigung meist mit der Aussage, dass die Dienstreise arbeitsrechtlich völlig unproblematisch<sup>17</sup> und insb. eine vertragliche Regelung nicht erforderlich sei<sup>18</sup>, oder es sogar bereits keiner Definition der Dienstreise bedürfe<sup>19</sup>. Die Praxis zeigt jedoch, dass dies gerade nicht zutrifft und erhebliche Probleme mit dem rechtlichen Umgang einer Dienstreise bestehen. Die Gründe für diese Probleme in der Praxis liegen dabei auf der Hand. Die Dienstreise ist arbeitsrechtlich weder definiert, noch finden sich zusammenhängende Regelungen in den arbeitsrechtlichen Gesetzen. Auffällig ist in diesem Zusammenhang auch der geringe Anteil an Rechtsprechung, den es zur Dienstreise bzw. zur kurzfristigen Entsendung gibt. Ein Grund hierfür könnte auf der Arbeitgeberseite liegen. Bei den Betroffenen handelt es sich oft um leitende Angestellte oder Arbeitnehmer mit wertvollem Know-how, deren Dienste der Arbeitgeber durch einen möglichen Rechtsstreit nicht verlieren möchte und sich so eher großzügig gegenüber den Arbeitnehmern zeigt. Weiterhin muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf einer Dienstreise zu-

<sup>16</sup> So auch Loritz, NZA 1997, 1188, 1188; Schliemann, BB 2001, 1302, 1302; Hromadka, Arbeitsrecht, S. 111; Bernstein, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, 8.

<sup>17</sup> Vgl. etwa Mastmann/Stark, BB 2005, 1849, 1849.

<sup>18</sup> Reichel/Spieler, BB 2011, 2741, 2741.

<sup>19</sup> Loritz, NZA 1997, 1188, 1190.

sätzliche Anreize bieten, da dieser im Ausland selbstständig arbeiten muss und eine Überwachung der Tätigkeiten kaum möglich ist. Befindet sich der Arbeitnehmer unfreiwillig und lediglich auf Anweisung des Arbeitgebers im Ausland und steht dieser Anforderung ablehnend oder reserviert gegenüber, wird dies Einfluss auf den Arbeitserfolg haben. Auf Arbeitnehmerseite könnte ein Grund auch darin zu sehen sein, dass speziell der Auslandsaufenthalt dem Arbeitnehmer neue Perspektiven eröffnet. Er bietet Abwechslung vom Arbeitsalltag, gewährt Handlungsfreiheiten und bietet dem Arbeitnehmer die Gelegenheit Flexibilität und Einsatz zu zeigen. Letztlich aber bleiben die Unsicherheiten im Rahmen einer Dienstreise bestehen, wobei gerade die Auslandsdienstreise, also die Dienstreise eines Arbeitnehmers aus Deutschland heraus ins Ausland, arbeitsrechtlich besonders regelungsbedürftig erscheint.

## **B. Ziel der Untersuchung**

Angesichts der fehlenden gesetzlichen Regelungen und den vorhandenen Unsicherheiten im Umgang mit den Begrifflichkeiten, beschäftigt sich die vorliegende Arbeit daher mit der Problematik der Dienstreise. Ziel der Untersuchung ist es, soweit ersichtlich, erstmals den Fokus auf lediglich kurzfristige Auslandseinsätze zu legen und strittige arbeitsrechtliche Fragen der Dienstreise zu klären. Aufgrund der besonderen Problematik von Auslandseinsätzen soll die vorliegende Untersuchung auf Auslandsdienstreisen beschränkt und die reine Inlandsdienstreise mit ihren vorwiegend steuerrechtlichen Fragestellungen unberücksichtigt bleiben.

## **C. Gang der Untersuchung**

Nach einer kurzen Einführung in die Thematik setzt sich die Arbeit im zweiten Teil intensiv mit den arbeitsrechtlichen Problemen einer Auslandsdienstreise auseinander. Hierbei wird zunächst einmal die Herkunft des Begriffs der Dienstreise beleuchtet und anschließend eine rechtliche Einordnung vorgenommen. Anschließend wird auf Grundlage dieser rechtlichen Einordnung ein eigenständiger Begriff der Dienstreise gebildet, welcher dieser Arbeit durchweg zugrunde liegt. Im Anschluss hieran beschäftigt sich die Untersuchung mit der Zulässigkeit der Anordnung einer Dienstreise, den Anforderungen des NachwG und den Fürsorgepflichten des Arbeitgebers für die gesamte Zeitspanne, d.h. vor, während und nach einem Auslandseinsatz. Sodann werden das internationale Verfahrensrecht und das Arbeitskollisionsrecht dargestellt. Im Rahmen des Arbeitskollisionsrechts wird neben dem objektiv anzu-



wendenden Recht auch der Einfluss von in- und ausländischen Eingriffsnormen erörtert. Dies führt auch zu der Frage, inwiefern deutsche betriebsverfassungsrechtliche und tarifvertragliche Regelungen für Arbeitnehmer während des Auslandseinsatzes anwendbar bleiben. Als Schwerpunkt der Arbeit wird anschließend die praxisrelevante Frage untersucht, inwiefern Dienstreisezeiten als Arbeitszeiten i.S.d. ArbZG einzuordnen sind und wie solche Dienstreisezeiten zu vergüten sind. In einem nächsten Schritt beschäftigt sich die Untersuchung mit den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats bei der Anordnung und Durchführung der Auslandsdienstreise, bevor der zweite Teil der Arbeit mit den Möglichkeiten der Beendigung der Auslandsdienstreise abgeschlossen wird. Der dritte Teil behandelt sodann die Grundlagen des internationalen Sozialrechts und beschäftigt sich mit einzelnen sozialrechtlichen Aspekten, die für die Auslandsdienstreise Relevanz besitzen. Im vierten Teil der vorliegenden Arbeit wird abschließend die Erforderlichkeit einer vertraglichen Regelung diskutiert und die möglichen Vertragsmodelle dargestellt.

## 2. TEIL: ARBEITSRECHTLICHE PROBLEME BEI DER DIENSTREISE

Wie bereits eingangs erläutert, wird der Begriff der Dienstreise keineswegs einheitlich verstanden. Im Folgenden soll daher zunächst einmal auf den Begriff der Dienstreise eingegangen und anhand der verschiedenen Ansätze in der Literatur und der gesetzlichen Regelungen in Rechtsbereichen außerhalb des Arbeitsrechts eine Definition für diesen Begriff entwickelt werden.

### A. Begriffsdefinitionen

#### I. Der Begriff der Dienstreise

##### 1. Herkunft

Der Begriff der Dienstreise ist im deutschen Arbeitsrecht gesetzlich nicht definiert<sup>20</sup>. Es handelt sich vielmehr um einen Begriff der sich im Laufe der Zeit in der Praxis entwickelt und durchgesetzt hat, somit also seinen Ursprung zunächst außerhalb des Gesetzes fand und schließlich im Steuerrecht und im öffentlichen Dienstrecht Eingang fand (s. hierzu näher unter 2. Teil, A.I.2.). So gibt es in sehr vielen Unternehmen Dienstreiserichtlinien, denen jedoch allesamt ein unterschiedlicher Begriff der Dienstreise zugrunde liegt. Ein großer deutscher Automobilhersteller versteht unter der Dienstreise etwa alle vorübergehenden, dienstlichen Tätigkeiten außerhalb der regelmäßigen Arbeitsstätte und des Wohnsitzes des Mitarbeiters. Hinzu kommt eine zeitliche Begrenzung, die im Inland bei vier Wochen und im Ausland bei sechs Monaten liegt. Bei allen Tätigkeiten, die über diesen Zeitraum hinausgehen findet die Dienstreiserichtlinie keine Anwendung mehr und es gelten betriebliche Sonderbestimmungen wie etwa die betriebliche Entsenderichtlinie für längere Auslandseinsätze. Dementgegen versteht etwa die SOKA-BAU (Sozialkassen der Bauwirtschaft) unter einer Dienstreise eine Auswärtstätigkeit eines Mitarbeiters außerhalb der regelmäßigen Arbeitsstätte (Dienstsitz) von vorübergehender Dauer aus dienstlichen Gründen<sup>21</sup>. Eine Tätigkeit ist dabei vorübergehend, wenn der Arbeitnehmer voraussichtlich an seinen Dienstsitz zurückkehrt und dort die berufliche Tätigkeit fortsetzt. Dies kann sowohl bei einer eintägigen als auch bei einer mehrmonatlichen Tätigkeit vorliegen. Eine Auswärtstätigkeit ist nicht vorübergehend, wenn der

---

<sup>20</sup> *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 16; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1189; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 14; *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 1.

<sup>21</sup> Dienstreiserichtlinie der SOKA-Bau, S. 3 (Stand: 01.01.2008).

Einsatzort ab dem ersten Tag oder später durch Versetzung zum Dienstsitz geworden ist. Hauptunterscheidungsmerkmal beider Regelungen bildet also die zeitliche Befristung, die beim Automobilhersteller in einem festen zeitlichen Rahmen geregelt ist, während bei der SOKA-BAU keine zeitliche Höchstgrenze vorgegeben ist.

Auch in der Rechtsprechung und im Schrifttum gibt es keinen einheitlichen Begriff der Dienstreise, so dass sich im Laufe der Zeit eine große Begriffsvielfalt herausgebildet hat. Begriffe wie Abordnung, Delegation, Dienstreise, Entsendung oder Versetzung überschneiden sich oder werden oft synonym gebraucht<sup>22</sup>. Um eine einheitliche Definition herausbilden zu können, muss daher nachfolgend untersucht werden, inwieweit sich die Dienstreise von anderen Arten der vorübergehenden auswärtigen Tätigkeit unterscheidet und welche Kriterien allen Erscheinungsformen gemein sind.

## 2. Rechtliche Einordnung

*Loritz* bezweifelt bereits, dass es überhaupt einer Definition der Dienstreise bedürfe<sup>23</sup>. Es wäre nach seiner Ansicht „begriffsjuristisch“ eine Definition für etwas zu suchen, das in die gesetzlichen Regelungen keinen Eingang gefunden hat und lediglich eine Erscheinung des täglichen Lebens sei. Zwar kann man insoweit zustimmen, als dass der Begriff der Dienstreise wie dargestellt grds. nur eine tatsächliche Erscheinung des Arbeitslebens ist. Allerdings kann man *Loritz* bereits entgegen halten, dass der Begriff der Dienstreise sehr wohl Eingang in das Gesetz – wenn auch nicht im Arbeitsrecht – gefunden hat. Zudem erscheint eine Definition, gerade aufgrund der Mannigfaltigkeit der Begriffsvariationen, unerlässlich und scheint auch keineswegs „begriffsjuristisch“ zu sein. Es ist in der Rechtswissenschaft geradezu typisch alltägliche Umstände und Gegebenheiten rechtlich zu fassen und zu definieren. Schließlich ist ein einheitliches Verständnis eines Begriffs grundlegende Voraussetzung für jede weitere rechtliche Diskussion<sup>24</sup>. Würde man die Notwendigkeit einer Definition der Dienstreise wegen ihrer fehlenden gesetzlichen Regelung in Zweifel ziehen, so wäre ein großer Teil der arbeitsrechtlichen Begriffe kritisch zu hinterfragen. So ist unter anderem fast das gesamte Arbeitskampfrecht gesetzlich nicht geregelt. Dennoch würde niemand ernsthaft die Notwendigkeit von Begriffen wie Aussperrung und Streik in Frage stellen. Letztlich ergibt sich die Notwendigkeit der Begriffe gerade auch aus der Tatsache, dass alle diese Begriffe tägliche Er-

---

<sup>22</sup> *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 8; zur Abgrenzung zu diesen Begriffen s. unter 2. Teil, A.I.2.d)aa).

<sup>23</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1190.

<sup>24</sup> So etwa auch *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 8.

scheinungen unseres Arbeitslebens wiedergeben und eine einheitliche Definition zur Schaffung von Rechtsklarheit und damit einhergehender Rechtssicherheit erstrebenswert ist. Gerade die vorhandenen Probleme der Praxis im Umgang mit Dienstreisen zeigt das dringende Bedürfnis. Die jetzigen Regelungsversuche in Betriebsvereinbarungen bieten zwar eine gewisse Flexibilität, allerdings umfassen die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen nicht alle potentiellen Problembereiche (s. zur Begründung unter 4. Teil, A.) und nicht alle Betriebe schließen überhaupt eine Betriebsvereinbarung ab. Dies dürfte vor allen Dingen auf diejenigen Betriebe zutreffen, in denen das Reisen der Arbeitnehmer keine übliche Erscheinung ist, sondern eher die Ausnahme darstellt. Gerade aber für solche Betriebe, in denen diese Ausnahmetatbestände die Personalabteilungen regelmäßig vor besondere Probleme stellen, wäre eine verlässliche Begriffsbestimmung deshalb besonders nützlich.

So halten § 2 BRKG<sup>25</sup> und das Steuerrecht bislang gesetzliche Regelungen und Definitionen zur Dienstreise bereit. Steuerrechtlich wurde bis Ende 1995 zwischen einer Geschäftsreise und einem Geschäftsgang unterschieden<sup>26</sup>, wobei unter einer Geschäftsreise in Abschnitt 119 Abs. 2 S. 1 EStR<sup>27</sup> folgendes verstanden wurde:

*„Eine Geschäftsreise liegt vor, wenn der Steuerpflichtige mindestens 20 km von seiner Wohnung und von seiner regelmäßigen Betriebsstätte oder Stätte der Berufsausübung entfernt tätig ist.“*

Dem entgegen stand der Begriff des Geschäftsganges, der in Abschnitt 119 Abs. 2 S. 10 EStR<sup>28</sup> wie folgt abgegrenzt wurde:

*„Ein Geschäftsgang liegt vor, wenn der Steuerpflichtige außerhalb seiner regelmäßigen Betriebsstätte oder Stätte der Berufsausübung und seiner Wohnung beruflich tätig wird und die Voraussetzungen einer Geschäftsreise nicht erfüllt sind.“*

Unter einem Geschäftsgang verstand man also alle Tätigkeiten eines Arbeitnehmers aus dienstlichen Gründen außerhalb der regelmäßigen Arbeitsstätte in einer Entfernung von weniger als 20 Kilometern. Abgrenzungsmerkmal war somit alleine die räumliche Entfernung der auswärtigen Tätigkeit. Seit 1996 wird nicht mehr in dieser Weise unterschieden<sup>29</sup>, so dass auch die Unterscheidung zwischen Geschäftsreise und Geschäftsgang hinfällig wurde. In den

---

<sup>25</sup> BRKG vom 26.05.2005, BGBl. 2005 I S. 1418.

<sup>26</sup> Einen Überblick bietet *Keßler*, in: Littmann/Bitz, Kommentar zum EStG, § 3 Rn. 115 ff.

<sup>27</sup> Einkommensteuer-Richtlinien 1990 vom 11.11.1990, BStBl. 1990 I Sondernummer 4/1990.

<sup>28</sup> Einkommensteuer-Richtlinien 1990 vom 11.11.1990, BStBl. 1990 I Sondernummer 4/1990.

<sup>29</sup> *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 11.

Jahren von 1996 bis 2008 verstand man unter einer Dienstreise im Steuerrecht in Abschnitt R 37 Abs. 3 LStR 1996<sup>30</sup> folgendes:

*„Eine Dienstreise ist ein Ortswechsel einschließlich der Hin- und Rückfahrt aus Anlass einer vorübergehenden Auswärtstätigkeit. <sup>2</sup>Eine Auswärtstätigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer außerhalb seiner Wohnung und seiner regelmäßigen Arbeitsstätte beruflich tätig wird.<sup>3</sup> Bei einer längerfristigen vorübergehenden Auswärtstätigkeit an derselben Tätigkeitsstätte ist nur für die ersten drei Monate eine Dienstreise anzuerkennen; nach Ablauf der Dreimonatsfrist ist die auswärtige Tätigkeitsstätte als neue regelmäßige Arbeitsstätte anzusehen.[...]“.*

Neues Abgrenzungsmerkmal zu anderen Formen des auswärtigen Aufenthaltes war somit eine zeitliche Obergrenze von grds. drei Monaten. Zum 01.01.2008 wurde im Steuerrecht die Unterscheidung zwischen Dienstreise, Einsatzwechseltätigkeit und Fahrtätigkeit aufgegeben und unter dem Begriff der „beruflich veranlassten Auswärtstätigkeit“ vereinheitlicht und zugleich somit das zeitliche Abgrenzungskriterium aufgegeben. Abschnitt R 9.4 Abs. 2 LStR 2008<sup>31</sup> lautet nun: *„<sup>1</sup>Eine Auswärtstätigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend außerhalb seiner Wohnung und an keiner seiner regelmäßigen Arbeitsstätten beruflich tätig wird. <sup>2</sup>Eine Auswärtstätigkeit liegt ebenfalls vor, wenn der Arbeitnehmer bei seiner individuellen beruflichen Tätigkeit typischerweise nur an ständig wechselnden Tätigkeitsstätten oder auf einem Fahrzeug tätig wird.“<sup>32</sup>.*

Demzufolge ist heutzutage im Steuerrecht zur Anerkennung einer Dienstreise weder eine Mindestentfernung erforderlich noch eine zeitliche Höchstgrenze der Abwesenheitsdauer gegeben<sup>33</sup>. Zu klären bleibt aber, inwiefern dieser neue steuerrechtliche Begriff der Dienstreise auch als Definition für das Arbeitsrecht übernommen werden kann. Dabei muss bereits berücksichtigt werden, dass das Steuerrecht einen anderen Schutzzweck als das Arbeitsrecht verfolgt. Sinn und Zweck der Regelung der Dienstreise im Steuerrecht ist die Festlegung des steuerfreien Aufwendungsersatzes des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer<sup>34</sup>, da der Staat insoweit ein Interesse daran hat, steuermindernde Sachverhalte tatbestandlich abschließend zu erfassen und dadurch einzuschränken. Das Arbeitsrecht hingegen verfolgt im Allgemeinen den Ausgleich des sozialen Ungleichgewichts zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber was in verschiedenen Arbeitnehmerschutzvorschriften, wie dem KSchG im Besonderen zum Aus-

<sup>30</sup> Lohnsteuer-Richtlinien 1996 vom 10.11.1995, BStBl. 1995 I Sondernummer 3/1995.

<sup>31</sup> Lohnsteuer-Richtlinien 2008 vom 10.12.2007, BStBl. 2007 I Sondernummer 1/2007.

<sup>32</sup> Eine ähnliche Definition findet sich auch im Öffentlichen Recht in § 2 BRKG: *„(1) Dienstreisen sind Reisen zur Erledigung von Dienstgeschäften außerhalb der Dienststätte. [...] Dienstreisen sind auch Reisen aus Anlass der Versetzung, Abordnung oder Kommandierung.“.*

<sup>33</sup> Thomas, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 27 f.

<sup>34</sup> Hunold, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 13.



druck kommt<sup>35</sup>. Der Staat verfolgt hierbei das Interesse, Schutzvorschriften dem Schutzbedarf entsprechend möglichst weit zu fassen. Infolgedessen kann die steuerrechtliche Definition sicherlich als Grundlage dienen, darf auf das Arbeitsrecht aber nicht unmittelbar übertragen werden. Dies gilt ebenso für die in § 2 Abs. 1 S. 1 BRKG enthaltene Definition, wonach eine Dienstreise eine Reise zur Erledigung von Dienstgeschäften außerhalb der Dienststätte ist, da diese ihrem Geltungsbereich nach bereits nur für einen Teil des öffentlichen Dienstes gilt. Auch hier liegt der Regelungszweck nicht im Schutze des Arbeitnehmers bzw. des Beamten, sondern in der abschließenden Festlegung der Auslagenerstattung für Reisekosten, § 1 BRKG. Eine vollständige Übertragbarkeit der Definition findet daher dort ihre Grenzen, wo es bereits an einem gemeinsamen Schutzzweck der Regelungen fehlt. Erforderlich ist insoweit eine Betrachtung, welche Faktoren aus Schutz Gesichtspunkten zusätzlich für das Arbeitsrecht erforderlich sind und welche Merkmale der vorhandenen Definitionen übernommen werden können, so dass letztlich ein passgenauer Begriff der Dienstreise im Arbeitsrecht entwickelt werden kann. Hierzu gibt es in der Literatur bereits verschiedene Ansätze<sup>36</sup>, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

#### a) Örtliche Abgrenzung

In Anlehnung an die steuerrechtliche Definition der Geschäftsreise bis 1996 fordern einige Autoren zur Anerkennung einer Dienstreise auch heute noch eine räumliche Mindestentfernung. Hierbei soll für das Vorliegen einer Dienstreise entweder die jeweilige Gemeindegrenze<sup>37</sup> oder eine fixe Entfernung in Kilometern<sup>38</sup> entscheidend sein. So werden unter einer Dienstreise etwa die Zeiten verstanden, die ein Arbeitnehmer zur Überbrückung der räumlichen Entfernung zwischen dem Betriebs- bzw. Wohnort und dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort der Arbeitsverrichtung außerhalb der Gemeindegrenzen des Betriebs- oder Wohnortes benötigt<sup>39</sup>. Gegen eine geographische Abgrenzung spricht aber bereits der Umstand, dass Abschnitt 119 Abs. 2 S. 1 EStR seit dem Jahr 1996 nicht mehr geltendes Recht ist und gerade die räumliche Differenzierung in den aktuellen Lohnsteuerrichtlinien aufgegeben wurde. Zudem

<sup>35</sup> *BVerfG*, Beschluss v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *BVerfG*, Beschluss v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, AP Nr. 22 zu § 307 BGB; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 6 ff.

<sup>36</sup> Einen ersten Überblick bieten *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 14 ff.; *Hunold*, NZA 2006, 38, 38 f.; *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 67 ff.; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1189 f.

<sup>37</sup> *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 17; *Anzinger*, in: MünchArbR, § 298 Rn. 12; *Dobberahn*, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, Rn. 44; *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 1.

<sup>38</sup> So etwa *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 7, der sich für eine Entfernung von mindestens 15 km ausspricht.

<sup>39</sup> *Meisel/Hiersemann*, Arbeitszeitordnung, § 2 Rn. 61; *Blomeyer*, in: MünchArbR, § 48 Rn. 109; *Els*, BB 1986, 2192, 2192.

berücksichtigt dieser Lösungsansatz nicht die tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten und scheint zu völlig willkürlichen Ergebnissen zu führen<sup>40</sup>. So würde etwa ein Arbeitnehmer in Berlin möglicherweise erst nach einigen Stunden Fahrt die Gemeindegrenze erreichen, während der Arbeitnehmer in Arnis (Schleswig-Holstein), der kleinsten Stadt Deutschlands, bereits nach einigen hundert Metern die Gemeindegrenze erreicht. Solch eine Unterscheidung an sich gleicher Sachverhalte erscheint sachlich nicht gerechtfertigt, weshalb eine örtliche Abgrenzung nicht zielführend ist<sup>41</sup>.

### **b) Funktionale Abgrenzung**

Als weiteres Abgrenzungskriterium wird von *Loritz/Koch*<sup>42</sup> die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers bzw. der Zweck der Reise herangezogen. Hierbei werden grds. drei verschiedene Berufsbilder eines Arbeitnehmers voneinander abgegrenzt<sup>43</sup>. Es gibt zum einen Arbeitnehmer, bei denen das Reisen zur Hauptleistungspflicht gehört, d.h. Arbeitnehmer, die speziell zum Reisen eingestellt wurden. Hierzu zählen etwa Berufskraftfahrer, Zugführer, Flugzeugbesatzungen, Schiffsbesatzungen und Reisebegleiter. Zum anderen gibt es Arbeitnehmer, bei denen das Reisen zwar nicht zur Hauptleistungspflicht gehört, aber unerlässliche Voraussetzung zur Ausübung des Berufes ist. Zu dieser gehören etwa Handelsvertreter, Musiker, Künstler, Bauleiter und Architekten. Auch unser Ingenieur aus dem Ausgangsbeispiel dürfte i.d.R. dieser Gruppe angehören, wobei es letztlich auf das Berufsbild jedes Einzelnen ankommt. Eine dritte Gruppe bilden die Arbeitnehmer, die einen festen Arbeitsplatz in einem Betrieb innehaben und nur ganz gelegentlich verreisen müssen, etwa klassische Büroangestellte oder Industriearbeiter. Eine Besonderheit können die Mitglieder eines Betriebsrats oder Arbeitnehmer, welche zu Aufsichtsratsmitgliedern gewählt wurden, darstellen, da diese in Ausübung ihres Amtes ebenfalls reisen müssen. Nimmt man nun mit *Loritz/Koch* an, dass eine Dienstreise unter anderem auch die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung außerhalb des üblichen betrieblichen Arbeitsplatzes erfordert, dann passe der Begriff der Dienstreise bei strenger Betrachtung nicht auf die Arbeitnehmer, bei denen das Reisen bereits Teil der Hauptleistungspflicht ist, also die Arbeitnehmer der ersten und zweiten Gruppe<sup>44</sup>.

Gegen solch eine Ansicht spricht aber bereits, dass auch Arbeitnehmer, bei denen das Reisen zur Hauptleistungspflicht gehört, i.d.R. einen gewöhnlichen Arbeitsort haben (vgl. hierzu

---

<sup>40</sup> *Baack/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 69.

<sup>41</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1189; *Hunold*, NZA 2006, 38, 38.

<sup>42</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1102 ff.

<sup>43</sup> S. zur Abgrenzung im Ganzen *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1189 f.; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1102 f.

<sup>44</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1190.

2. Teil, E.I.1.a)aa)). Dadurch unterscheiden sich diese Arbeitnehmer nur noch durch die Anzahl der Dienstreisen von denjenigen, bei denen das Reisen nicht zur Hauptleistungspflicht gehört, was arbeitsrechtlich nicht zu einer Verschiedenbehandlung führen kann. Zudem wird es im Einzelfall schwer festzustellen sein, ob das Reisen nun zur Hauptleistungspflicht gehört oder nur Voraussetzung zur Ausübung eines Berufes ist, da es wohl gerade im Hinblick auf moderne Kommunikationsmittel keine objektiven Anhaltspunkte dafür gibt, ob das Reisen für eine Berufsgruppe tatsächlich unerlässliche Voraussetzung ist.

### c) Organisatorische Abgrenzung

Ein weiteres mögliches Abgrenzungskriterium könnten die arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer und das damit verbundene Weisungsrecht darstellen. *Junker* grenzt in dieser Weise etwa die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Auslandseinsatzes i.R.d. vorübergehenden Entsendung im IPR voneinander ab<sup>45</sup>. Er unterscheidet hierbei zwischen kurzfristigen, länger andauernden und endgültigen Auslandseinsätzen und stellt zur Unterscheidung auf das Kriterium der arbeitsvertraglichen Beziehung des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer ab. Merkmal des kurzfristigen Auslandseinsatzes sei es, dass der bisherige Arbeitsvertrag bestehen bleibe, wenn auch mit Ergänzungen. Dem gegenüber stünde der endgültige Wechsel ins Ausland, bei dem ein Arbeitgeberwechsel stattfinde. Eine Zwischengruppe bilden die länger andauernden Auslandseinsätze, innerhalb derer zwei rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bestünden. Zum einen könne die Vertragsbeziehung zum bisherigen Arbeitgeber erhalten bleiben, wobei innerhalb dieser Fallgruppe nochmals zwischen einer schlichten und einer qualifizierten Entsendung zu unterscheiden sei. Bei der schlichten Entsendung übe der deutsche Arbeitgeber weiterhin alle Arbeitgeberbefugnisse aus, während er bei der qualifizierten Entsendung dem ausländischen Unternehmen einzelne Arbeitgeberrechte abgetreten oder zur Ausübung überlassen habe. Zum anderen könne der Auslandseinsatz auch dergestalt vertraglich geregelt werden, dass neben den bisherigen Arbeitgeber noch ein zweiter hinzutritt (hierzu ausführlich unter 4. Teil, B.)<sup>46</sup>. Solch eine Abgrenzung nach der rechtlichen Stellung des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer ist allerdings nicht überzeugend. Zum einen besteht die Möglichkeit eines Zirkelschlusses, wie *Hoppe* zutreffend feststellt<sup>47</sup>. Ob ein weiterer Arbeitgeber hinzutritt oder nicht, hängt vom Zustandekommen eines Arbeitsvertrages ab. Ob und unter welchen Voraussetzungen der weitere Arbeitsvertrag aber zustan-

---

<sup>45</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 206 ff.; *Junker*, ZIAS 1995, 564, 576 ff.

<sup>46</sup> Zum Ganzen ausführlich *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 206 ff.

<sup>47</sup> S. zum möglichen Zirkelschluss *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 30.

de kommt, ist eine Frage des Arbeitsvertragsstatuts gemäß Art. 8 Rom I-VO. Dieses muss aber zunächst einmal bestimmt werden, wozu gerade wieder die soeben dargestellte Abgrenzung erforderlich wäre. Zum anderen könnte nach *Junker* ein Auslandseinsatz, bei dem der Arbeitgeber nicht wechselt, sowohl ein kurzfristiger als auch ein länger dauernder Einsatz darstellen, was bereits zeigt, dass die rechtliche Arbeitgeberstellung als alleiniges Abgrenzungsmerkmal nicht ausreichend ist. Für eine weiterhin erforderliche genaue zeitliche Abgrenzung spricht sich *Junker* nicht aus. Er lässt es offen, ob unter dem Begriff des kurzfristigen Auslandseinsatzes im Zusammenhang mit dem möglichen Statutenwechsel im IPR nur ein Einsatz von bis zu drei Monaten oder sogar von bis zu einem Jahr zu verstehen ist<sup>48</sup>.

#### d) Zeitliche Abgrenzung

Als häufigstes Abgrenzungsmerkmal der Dienstreise von anderen Formen der auswärtigen Tätigkeit wird in der Literatur auf die zeitliche Komponente abgestellt. Hierbei werden sowohl zeitliche Mindest-<sup>49</sup> als auch Höchstgrenzen<sup>50</sup> diskutiert. Für eine zeitliche Mindestgrenze von fünf Stunden sprechen sich etwa v. *Eckartsberg*<sup>51</sup> und *Födisch*<sup>52</sup> aus, begründen ihre Auffassung aber nicht weiter. Hintergrund dieser Ansicht könnte aber sein, dass nach Abschnitt 25 Abs. 6 Nr. 3 lit. a) LStR 1975<sup>53</sup> nur bei einer Dienstreise von über fünf Stunden der steuerfreie Ersatz von Verpflegungsmehraufwendungen pauschal vorgenommen werden durfte, während bei einer Dienstreise unter fünf Stunden ein Ersatz der Mehraufwendungen nur bis zu den sich nach § 5 Abs. 2 und 4 LStDV<sup>54</sup> ergebenden Höchstgrenzen zulässig war<sup>55</sup>. Allerdings sind diese Regelungen nicht mehr in Kraft und hatten damals schon keine Auswirkungen auf das Vorliegen einer Dienstreise als solcher, sondern eben nur für die Anerkennung von steuerfreien Pauschbeträgen für Verpflegungsmehraufwendungen<sup>56</sup>. Für eine zeitliche Mindestdauer der Dienstreise gibt es, soweit ersichtlich, heute in den Gesetzen und Richtlinien keine Hinweise mehr. Daraus folgt, dass eine nur sehr kurze Dienstreise nicht besonders

---

<sup>48</sup> *Junker*, ZIAS 1995, 564, 576.

<sup>49</sup> v. *Eckartsberg*, Auslandseinsatz von Stammhaus-Personal, S. 48; *Födisch*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Rn. 5.

<sup>50</sup> *Mastmann/Stark*, BB 2005, 1849, 1849; *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 31; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 9; *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmen im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 7.

<sup>51</sup> v. *Eckartsberg*, Auslandseinsatz von Stammhaus-Personal, S. 48.

<sup>52</sup> *Födisch*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Rn. 5.

<sup>53</sup> Lohnsteuer-Richtlinien 1975, BStBl. 1975 I S. 901.

<sup>54</sup> Lohnsteuer-Durchführungsverordnung vom 16.06.1949, BGBl. 1989 I S. 1848 in der Fassung vor Neufassung vom 10.10.1989.

<sup>55</sup> *Keßler*, in: Littmann/Bitz, Kommentar zum EStG, § 3 Rn. 115.

<sup>56</sup> *Keßler*, in: Littmann/Bitz, Kommentar zum EStG, § 3 Rn. 115.

behandelt wird, weshalb eine Mindestdauer für die Definition der Dienstreise heute nicht mehr bedeutend ist.

Sehr viel interessanter erscheint die Frage nach einer zeitlichen Höchstgrenze. Solch eine Abgrenzung der Dienstreise „nach oben“ wäre erforderlich, wenn eine längere Abwesenheit zur Anwendbarkeit oder zum Ausschluss von bestimmten Normen führen würde. Insoweit muss die Dienstreise in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen von anderen Begriffen zunächst abgegrenzt werden.

## **aa) Inhaltliche Abgrenzung der Dienstreise**

### **(1) Versetzung**

In der Literatur wird die Dienstreise inhaltlich von den Begriffen der Abordnung und Versetzung abgegrenzt, wobei sich diese Begriffe insb. durch die Dauer der auswärtigen Tätigkeit unterscheiden<sup>57</sup>. Unter einer Versetzung ist gemäß § 95 Abs. 3 BetrVG die 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 verstehen. Liegt eine Versetzung nach dem BetrVG vor, so hat der Arbeitgeber grds. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG zu beachten. Diese Betriebsratsrechte sollen nur dann eingeschränkt werden, wenn es sich um einen sehr kurzfristigen Einsatz von weniger als einem Monat handelt. Der Begriff der Versetzung gilt nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm zunächst einmal aber nur für das Betriebsverfassungsrecht. In der Literatur wird der Begriff der Versetzung deshalb auch mit Auslandstätigkeiten belegt, die zumindest mittel- bis langfristig sind<sup>58</sup>. Vertreten werden hierbei Zeiträume zwischen zwei und sechs Jahren<sup>59</sup>. Nach anderer Ansicht soll eine Versetzung erst dann vorliegen, wenn die Tätigkeit nicht nur vorübergehend ist, sondern zu einer dauerhaften Verlegung des Tätigkeitsortes führt<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Mastmann/Stark, BB 2005, 1849, 1849; Reichel/Spieler, BB 2011, 2741, 2741; Gerdorn, öAT 2011, 103, 105; Gerdorn, öAT 2011, 138, 138; a.A.: Hantel, NJ 2008, 486, 486, der davon ausgeht, dass all diese Begriffe weder für das Arbeitsrecht noch das Steuerrecht eine Bedeutung haben. Dem ist aber bereits für das Steuerrecht entgegenzuhalten, dass dort gerade Begriffe wie die Dienstreise definiert sind und hieran auch rechtliche Folgen geknüpft werden.

<sup>58</sup> So etwa Hoppe, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 37.

<sup>59</sup> Hoppe, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 37; Mastmann/Stark, BB 2005, 1849, 1850.

<sup>60</sup> So Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, S. 409; Födtsch, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Rn. 22.

## (2) Abordnung und Entsendung

Als weiterer Begriff unterscheidet die Literatur die Dienstreise von der Abordnung. Hiernach liegt eine Abordnung dann vor, wenn es sich um eine kurz- oder mittelfristige Entsendung<sup>61</sup> handelt, wobei diese über die Dauer einer Dienstreise hinausgehen muss. Hierunter wird allgemein eine Dauer von drei Monaten bis hin zu zwei Jahren verstanden<sup>62</sup>. Was diese Ansicht unter einer Entsendung versteht, bleibt aber offen. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass es auch keinen einheitlichen Begriff der Entsendung gibt<sup>63</sup>. Der Begriff der Entsendung stammt ursprünglich aus dem Sozialversicherungsrecht und wird dort in §§ 4, 5 SGB IV i.R.d. Ein- und Ausstrahlung des Sozialversicherungsrechts erwähnt<sup>64</sup>. Die Vorschriften über die Ein- und Ausstrahlung regeln dabei die Frage nach dem anwendbaren Sozialrecht, wenn die Sozialrechtsordnungen verschiedener Staaten aufeinander treffen<sup>65</sup>. Den Begriff der Entsendung enthielten ebenfalls Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB a.F.<sup>66</sup> und § 1 Abs. 2 BErzGG a.F.<sup>67</sup>, wobei es auch in diesen Vorschriften um das auf vorübergehend im Ausland eingesetzte Arbeitnehmer anwendbare Recht ging bzw. um dessen Anspruchsberechtigung. In den jeweiligen Nachfolgevorschriften ist dieser Begriff allerdings nicht mehr zu finden. Als weitere Quelle des Begriffs der Entsendung gilt die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern i.R.d. Erbringung von Dienstleistungen (RL 96/71/EG - Entsenderichtlinie), in welcher der Entsendungsbegriff eine zentrale Rolle spielt. Wichtige Anhaltspunkte zum Verständnis der Entsendung finden sich auch in der VO (EWG) Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern<sup>68</sup> bzw. in der Nachfolgeverordnung (EG) Nr. 883/2004 vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen

---

<sup>61</sup> § 28 LBG für Rheinland-Pfalz (LBG vom 20. Oktober 2010, GVBl. 2010, 319) spricht von einer „vorübergehenden“ Abordnung.

<sup>62</sup> *Födisch*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Rn. 7; *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 32; a.A.: *Hasbargen*, AuA 2012, 344, 344 und *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 3, die eine Dauer von drei bis zwölf Monaten befürworten.

<sup>63</sup> Vgl. etwa zum unterschiedlichen Verständnis des Entsendungsbegriffs v. *Eckartsberg*, Auslandseinsatz von Stammhaus-Personal, S. 48; *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 9; *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 1 f.

<sup>64</sup> S. zum Begriff der Ausstrahlung unter 2. Teil, E.III.1. und 2. Teil, G.

<sup>65</sup> *Behrend*, ZESAR 2012, 55, 56.

<sup>66</sup> EGBGB vom 21.09.1994, BGBl. 1994 I S. 2494, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.07.2011, BGBl. 2011 I S. 1600, ber. S. 1942, in der Fassung bis zum 17.12.2009.

<sup>67</sup> Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit vom 06.12.1985, BGBl. 1985 I S. 2154, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.12.2006, BGBl. 2006 I S. 2915, in der Fassung bis zum 31.12.2008.

<sup>68</sup> *Müller*, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, S. 74 f.

Sicherheit. Es soll daher nachfolgend untersucht werden, inwieweit das Verständnis der verschiedenen Entsendungsbegriffe Auswirkungen auf den Begriff der Dienstreise hat oder aber Rückschlüsse auf diesen zulässt.

### **(a) Entsendung i.S.d. Sozialversicherungsrechts**

Teile der Literatur grenzen die Dienstreise begrifflich von der Entsendung i.S.d. Sozialversicherungsrechts ab, worunter gemäß § 4 SGB IV die Aufnahme einer Tätigkeit in einem ausländischen Staat aufgrund einer Weisung des inländischen Arbeitgebers im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses verstanden wird<sup>69</sup>. Dies ist relevant für die Frage, ob das entsprechende Arbeitsverhältnis weiterhin dem deutschen Sozialversicherungsrecht oder dem des ausländischen Staates unterliegt (s. hierzu näher unter 3. Teil). Hierzu ist entscheidend, ob die Tätigkeit „nach oben“ hin begrenzt ist, da es insoweit dann zu einem Statutenwechsel kommen kann. Eine Abgrenzung „nach unten“ ist hingegen unbeachtlich, da es in diesem Fall unstrittig beim Verbleib im deutschen Sozialversicherungsrecht bleibt. Erforderlich ist demnach, dass die Tätigkeit im Voraus bereits zeitlich befristet sein muss, wobei eine zeitliche Mindest- oder Höchstgrenze nicht vorgesehen ist<sup>70</sup>. Unter Zugrundelegung dieser Definition wird nun die Ansicht vertreten, dass eine Dienstreise keine Entsendung darstelle<sup>71</sup>. Dies wird damit begründet, dass der Arbeitnehmer bei einer Dienstreise weiterhin in das Mutterunternehmen eingegliedert sei, der bisherige Arbeitsvertrag unverändert fort bestünde und der Mitarbeiter nach wie vor seinen Lebensmittelpunkt im Inland unterhalte<sup>72</sup>. Zudem erfasse im allgemeinen wirtschaftlichen Sprachgebrauch die Entsendung bereits begrifflich nicht die Dienstreise, welche auch nur wenige Stunden andauern könne<sup>73</sup>. Dieser Sprachgebrauch deckt sich aber nicht mit dem juristischen Sprachgebrauch. Voraussetzung der Entsendung im sozialversicherungsrechtlichen Verständnis ist nämlich nur ein inländisches Beschäftigungsver-

---

<sup>69</sup> *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 4 f.; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 16; *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 9 f.

<sup>70</sup> *Rohrbach* in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiter-Einsatz, Rn. 302 und Rn. 354.

<sup>71</sup> *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 3; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 17; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 9; *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 10 f.; *Mastmann/Stark*, BB 2005, 1849, 1849.

<sup>72</sup> *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 9; *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 3; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 17.

<sup>73</sup> *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 11.

hältnis und eine irgendwie geartete „Bewegung“ ins Ausland<sup>74</sup>. Gerade erforderlich ist daher eine Erhaltung des Schwerpunkts der rechtlichen und tatsächlichen Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses im Inland<sup>75</sup>, d.h. eine fortbestehende Inlandsintegration bei vorübergehender Auslandsbeschäftigung<sup>76</sup>. Indizien können insoweit die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb, die Entgeltzahlung oder die Weisungsbefugnis sein<sup>77</sup>. Diese Merkmale treffen aber gerade auch auf die Dienstreise zu, da bei dieser die Verbindung zur Beschäftigung im Inland bestehen bleibt, also sogar eine noch engere Verbindung zur deutschen Sozialordnung besteht<sup>78</sup>. Weshalb die Dienstreise also keine Entsendung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne darstellen sollte, ist nicht verständlich. Gerade die von dieser Ansicht angeführte Begründung, dass sich der Lebensmittelpunkt nicht ändere, der ursprüngliche Anstellungsvertrag fortbestehe und die Eingliederung in den inländischen Betrieb fortbestehe, sind doch die klassischen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Entsendung. Folglich kann festgehalten werden, dass vom Begriff der Entsendung i.S.d. Sozialrechts auch die Dienstreise erfasst wird<sup>79</sup>. Weitere Voraussetzungen für das Vorliegen einer Dienstreise können im Umkehrschluss hieraus aber nicht hergeleitet werden, da auch hier der Regelungszweck in der Feststellung des sozialrechtlichen Statuts besteht und damit ein anderer ist.

### **(b) Entsendung i.S.d. Entsenderichtlinie**

Eventuell könnten sich aber aus der Entsenderichtlinie Hinweise auf den Begriff der Dienstreise ergeben. Gemäß Art. 2 Abs. 1 liegt eine Entsendung i.S.d. Entsenderichtlinie dann vor, wenn ein Arbeitnehmer während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet. Weitere Hinweise auf das Verständnis der Entsendung i.R.d. Sozialrechts, finden sich in der VO (EWG) Nr. 1408/71. In Art. 14 Abs. 1 lit. a) VO (EWG) Nr. 1408/71 war bestimmt, dass Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Un-

<sup>74</sup> Seewald, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 4 SGB IV Rn. 4 ff.

<sup>75</sup> Wietek, in: Winkler, SGB IV, § 4 Rn. 7; Rohrbach, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 334.

<sup>76</sup> Ziffer 3.1 der Richtlinien zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Arbeitnehmern bei Ausstrahlung (§ 4 SGB IV) und Einstrahlung (§ 5 SGB IV) vom 28.10.2004.

<sup>77</sup> Seewald, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 4 SGB IV Rn. 10; Rohrbach, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 334; Ziffer 3.3.1 der Richtlinien zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Arbeitnehmern bei Ausstrahlung (§ 4 SGB IV) und Einstrahlung (§ 5 SGB IV) vom 28.10.2004.

<sup>78</sup> Vgl. hierzu auch BSG, Urteil v. 07.11.1996 – 12 RK 79/94, AP Nr. 4 zu Internationalem Sozialversicherungsrecht.

<sup>79</sup> So im Ergebnis auch Kamphoff, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 7; Mastmann/Stark, BB 2005, 1849, 1854; BSG, Urteil v. 27.05.1986 – 2 RU 12/85, SozR 2100 § 4 Nr. 3.



ternehmen, dem sie gewöhnlich angehören, abhängig beschäftigt werden und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt werden, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaates unterliegen, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablösen, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist. Diese Höchstfrist von zwölf Monaten konnte unter gewissen Voraussetzungen wiederum um zwölf Monate verlängert werden, Art. 14 Abs. 1 lit. b) VO (EWG) Nr. 1408/71, so dass eine zeitliche Maximaldauer von 24 Monaten vorgeschrieben war. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 wurde inzwischen von VO (EG) Nr. 883/2004 abgelöst, welche in Art. 12 eine entsprechende Regelung direkt für 24 Monate vorsieht. Allen drei Sekundärrechtsakten gemeinsam sind die Voraussetzungen, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber im Inland weiter bestehen muss, dass die Arbeitsleistung in einem anderen Mitgliedstaat der EU durch den Arbeitnehmer zu erbringen ist und, dass die auswärtige Beschäftigung zeitlich begrenzt ist<sup>80</sup>. Eine zeitliche Mindestdauer der Entsendung ist hingegen nach allen Bestimmungen nicht erforderlich<sup>81</sup>. Dies ergibt sich bereits aus der Entsenderichtlinie selbst, die in Art. 3 Abs. 2 und 3 RL 96/71/EG die Möglichkeit eröffnet, für nur ganz kurzfristige Auslandstätigkeiten die Anwendung verschiedener Vorschriften auszuschließen. Hierbei spricht die Entsenderichtlinie ausdrücklich von kurzfristigen Entsendungen von bis zu acht Tagen<sup>82</sup>. Umgekehrt stellt sich auch für das Arbeitsrecht die Frage, ob auch eine zeitliche Höchstgrenze besteht, wenn die Entsendung im Voraus befristet sein muss, Art. 2 Abs. 1 RL 96/71/EG. Hierbei könnte auf die sozialrechtlichen Bestimmungen zurückgegriffen und entweder in Anlehnung an Art. 14 Abs. 1 lit. a) VO (EWG) Nr. 1408/71 von einer Jahresfrist oder aber in Anlehnung an Art. 14 Abs. 1 lit. b) VO (EWG) Nr. 1408/71 bzw. Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 von einer Zweijahresfrist ausgegangen werden<sup>83</sup>. Eine fixe zeitliche Höchstgrenze muss für das Arbeitsrecht aber abgelehnt werden. Zum einen zielt die VO (EWG) Nr. 1408/71 darauf ab, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Rechtsordnung für die Einordnung in das Sozialsystem zu bestimmen. Die Entsenderichtlinie hingegen zielt darauf ab, gewisse Vorschriften

---

<sup>80</sup> Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, S. 75.

<sup>81</sup> Anders Borgmann, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, S. 5, der einen Leistungsaustausch von wirtschaftlich erheblicher Bedeutung fordert.

<sup>82</sup> Etwa Art. 3 Abs. 2 S. 1 RL 96/71/EG.

<sup>83</sup> So etwa Borgmann, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, S. 6; Heilmann, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 144; a.A. bspw. Kraushaar, BB 1989, 2121, 2124, der einen Zeitraum von 2-3-Jahre annimmt oder Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, S. 80, der sich gegen eine feste zeitliche Abgrenzung ausspricht.

des vorübergehenden Arbeitsortes für zwingend anwendbar zu bestimmen<sup>84</sup>. Alle Regelungen betreffen daher letztlich das Internationale Arbeits- und Sozialrecht, aber nicht das nationale Vertragsrecht. Insoweit hält der Gesetzgeber eine Fixierung einer zeitlichen Höchstgrenze auch nicht für erforderlich. Dies zeigt auch ein Vergleich mit KOM(2005) 650 endgültig. Dort wurde in dem Vorschlag zur Rom I-VO ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Verordnungsgeber im IPR bewusst keine starre Begriffsbestimmung vornehmen wollte und die nationalen Gerichte dazu anhalten wollte, die Intentionen der Parteien zu berücksichtigen<sup>85</sup>. Nach diesem Entwurf galt eine Verrichtung der Arbeit in einem anderen Staat dann als vorübergehend, wenn der Arbeitnehmer nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wiederaufzunehmen hat. Auch wenn diese Legaldefinition letztlich keinen Eingang in die Rom I-VO gefunden hat, so hat der Verordnungsgeber gerade im Hinblick auf die Einzelfallbetrachtung die Fixierung einer starren zeitlichen Grenze unterlassen, um so auch einen Missbrauch verhindern zu können<sup>86</sup>. Für die Definition der Entsendung gilt deshalb, dass eine Entsendung ein im Voraus zeitlich begrenzter beschäftigungsbedingter Staatenwechsel eines Arbeitnehmers ist<sup>87</sup>. Hieraus folgt, dass die Auslandsdienstreife ebenfalls unter den Begriff der Entsendung i.S.d. Entsenderichtlinie fällt<sup>88</sup>. Ebenso wie die Entsendung erfordert die Auslandsdienstreife eine zeitliche befristete Tätigkeit im Arbeitgeberinteresse außerhalb der gewöhnlichen Arbeitsstätte. Weitere Anhaltspunkte für die Definition der Dienstreife können aus dem Begriff der Entsendung jedoch nicht gewonnen werden. Eine Fixierung einer starren zeitlichen Höchstgrenze würde i.R.d. Entsendung gerade zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit gehen. Dies ist bei der Dienstreife aber anders. Die Dienstreife setzt letztlich ein hohes Maß an Flexibilität voraus, die dazu führt, dass bei kurzfristigen Einsätzen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ausscheiden können. Um die Arbeitnehmer- und Betriebsratsrechte aber nicht unverhältnismäßig einzuschränken, ist eine zeitliche Abgrenzung „nach oben“ erforderlich.

---

<sup>84</sup> Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, S. 80.

<sup>85</sup> S. KOM(2005) 650 endgültig, S. 8.

<sup>86</sup> In diesem Sinne auch die sog. Enforcement-Richtlinie KOM(2012) 131 endgültig, S. 16 und auch *EuGH*, Urteil v. 11.12.2003 – C-215/01 "Schnitzer", Slg. 2003, I-14847: „Der Vertrag enthält keine Vorschrift, die eine abstrakte Bestimmung der Dauer oder Häufigkeit ermöglicht, ...“.

<sup>87</sup> So auch ähnlich Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, S. 81.

<sup>88</sup> So auch Windisch-Graetz, Michaela (Universität Wien) (Hrsg.), Rechtsgutachten zur Frage der anzuwendenden Rechtsnormen bei grenzüberschreitendem Lokführereinsatz, S. 14; a.A.: Davies, Common Market Law Review 1997, 571; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, S. 147 f.

## bb) Festlegung einer zeitlichen Höchstdauer

In der Literatur werden hierzu verschiedene Ansätze vertreten. Während ein Teil der Literatur überhaupt keine zeitliche Dauer voraussetzt<sup>89</sup>, fordern andere Autoren teils unter Berücksichtigung der früheren steuerrechtlichen Regelungen<sup>90</sup>, teils ohne Begründung<sup>91</sup> eine zeitliche Höchstdauer von drei Monaten. Andere wiederum verstehen unter dem Begriff der Dienstreise einen „vorübergehenden“<sup>92</sup> oder einen „eine unerhebliche Zeit dauernden“<sup>93</sup> auswärtigen Einsatz. Wie bereits dargelegt, war im Steuerrecht eine Befristung von drei Monaten bis Ende des Jahres 2007 in der LStR zu finden, diese wurde dort aber neuerdings aufgegeben (s. hierzu bereits oben unter 2. Teil, A.I.2.)<sup>94</sup>. Weitere gesetzliche Hinweise auf eine zeitliche Obergrenze finden sich in den Gesetzen nicht. Allerdings scheint eine zeitliche Begrenzung der Dienstreise dennoch sehr sinnvoll<sup>95</sup>. So hat es sich im allgemeinen Sprachgebrauch und in der Praxis eingebürgert unter einer Dienstreise einen kurzfristigen Aufenthalt außerhalb der üblichen Arbeitsstätte zu verstehen. Dies erscheint auch im Hinblick auf eine mögliche Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen des auswärtigen Einsatzes, wie etwa der Abordnung oder Versetzung als erforderlich. Die einzelnen Begrifflichkeiten unterscheiden sich gerade nur in der entsprechenden Dauer des Auslandseinsatzes<sup>96</sup> (s. auch unter 2. Teil, A.I.2.d)aa)). Auch in der Literatur ist nahezu unumstritten, dass die Dienstreise nur eine vorübergehende und kurze Form des Auslandsaufenthalts umschreibt. Nicht ausreichend ist es dann allerdings, wenn dann auch für eine Definition der Dienstreise unbestimmte Rechtsbegriffe, wie „unerhebliche Zeit dauernd“ oder „vorübergehend“ verwendet wird. Das Bedürfnis nach einem Mindestmaß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordert eine gewisse Begriffsschärfe, die hier die Angabe eines konkreten Zeitraums erforderlich macht. Wie könnte sonst etwa der Begriff „unerheblich“ verstanden werden? Erforderlich wäre letztlich wiederum die Bestimmung eines festen Zeitraumes innerhalb dessen ein Auslandeinsatz als unerheblich erachtet würde. Niemand würde auch ernstlich bei einem Aufenthalt von zwei Jahren im Ausland noch von einer Dienstreise nach allgemeinem Sprachgebrauch sprechen wollen. Vergleichbare Probleme gibt es bereits im Arbeitskollisionsrecht, wonach bei einem nur „vorübergehenden“

---

<sup>89</sup> Hunold, NZA 2006, 38, 39.

<sup>90</sup> Hantel, NJ 2008, 486, 486.

<sup>91</sup> Mastmann/Stark, BB 2005, 1849, 1849; Schliemann, BB 2001, 1302, 1308; Hasbargen, AuA 2012, 344, 344.

<sup>92</sup> Oberklus, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 7; Anzinger, in: MünchArbR, § 298 Rn. 12; Hromadka, Arbeitsrecht, S. 111; Keßler, in: Littmann/Bitz, Kommentar zum EStG, § 3 Rn. 115.

<sup>93</sup> Loritz, NZA 1997, 1188, 1190.

<sup>94</sup> Eine Begründung hierfür konnte nicht gefunden werden.

<sup>95</sup> Schliemann, BB 2001, 1302, 1308 geht ebenfalls von einer zeitlichen Begrenzung aus.

<sup>96</sup> Gerdorn, öAT 2011, 138, 138.

Auslandseinsatz kein Statutenwechsel eintritt (s. hierzu näher unter 2. Teil, E.II.). Auch hier ist eine Diskussion darüber entbrannt, was unter dem Begriff „vorübergehend“ zu verstehen ist<sup>97</sup>. Zwar trägt die Bestimmung einer fixen zeitlichen Obergrenze auch immer das Merkmal der Willkür in sich, jedoch ist dies i.R.d. Begriffsbildung, anders als in anderen Fällen, unschädlich (s. etwa gerade zur Ablehnung einer zeitlichen Obergrenze unter 2. Teil, E.III.1.)), da sie keinen rechtlichen Einfluss auf das Tatsächliche hat. Insoweit erscheint eine zeitliche Obergrenze von drei Monaten, in Anlehnung an das Steuerrecht, als durchweg sinnvoll, auch wenn das Steuerrecht dieses Merkmal jüngst aufgegeben hat. Für eine länger andauernde Auslandstätigkeit haben sich insoweit bereits andere Begriffe herausgebildet (s. zur Abgrenzung 2. Teil, A.I.2.d)aa)). Diese Unterscheidung zwischen Entsendung i.S.d. Entsenderichtlinie und der Dienstreise ist im nationalen Recht auch erforderlich, da es bereits an einer kompletten Überschneidung der Begriffe fehlt. So ist zwar jede Auslandsdienstreise auch eine kurzfristige Entsendung. Inlandsdienstreisen würden jedoch nicht darunter fallen.

#### e) Eigener Lösungsvorschlag

Allen Abgrenzungsversuchen in der Literatur ist gemein, dass für das Vorliegen einer Dienstreise die Anordnung des Arbeitgebers oder dessen Billigung erforderlich sind (s. zur Anordnung der Dienstreise unter 2. Teil, B.) und der Arbeitnehmer eine Tätigkeit außerhalb seiner gewöhnlichen Arbeitsstelle verrichtet. Andere Abgrenzungsmerkmale sind hingegen wie dargestellt nicht zielführend oder gar überzeugend. Lediglich das Erfordernis einer zeitlichen Höchstgrenze erscheint, wie aufgezeigt wurde, als sinnvoll. Die Rechtsprechung verzichtet zwar augenscheinlich in Anlehnung auf die Definition in § 2 BRKG auf solch eine zeitliche Höchstgrenze<sup>98</sup>, allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die Judikatur mit der genauen Definition noch nicht auseinandersetzen musste und auch eine zeitliche Höchstgrenze bislang keine tragende Rolle spielte. Das BAG bemühte sich daher bislang nur, den allgemeinen Sprachgebrauch wiederzugeben, ohne sich auf eine eigene Definition festzulegen („Unter einer Dienstreise wird gemeinhin ... verstanden“)<sup>99</sup>.

Dementsprechend wird nachfolgend unter einer Dienstreise folgendes verstanden:

---

<sup>97</sup> S. zur Diskussion etwa *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 102 ff.

<sup>98</sup> BAG, Urteil v. 22.02.1978 – 4 AZR 579/76, AP Nr. 3 zu § 17 BAT; BAG, Urteil v. 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise; BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes, „Unter einer Dienstreise wird gemeinhin die Fahrt an einen Ort verstanden, an dem ein Dienstgeschäft zu erledigen ist“; so auch *Sächsisches LAG*, Beschluss v. 12.07.2005 – 7 TaBV 7/04 (juris).

<sup>99</sup> BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.



**„Eine Dienstreise liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen für eine Dauer von bis zu drei Monaten im Arbeitgeberinteresse außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitsstätte und außerhalb seiner Wohnung tätig ist.“**

## **II. Der Begriff der Dienstreisezeit und der Wegezeit**

Neben der Definition der Dienstreise ist für das weitere Verständnis auch der Begriff der Dienstreisezeit notwendig. So untersucht die Darstellung unter 2. Teil, F. die Frage der Behandlung von Dienstreisezeiten in Abgrenzung zu bloßen Wegezeiten. In Anlehnung an die obige Definition der Dienstreise soll daher unter dem Begriff der Dienstreisezeit die Zeit zu verstehen sein, in welcher der Arbeitnehmer vom üblichen Arbeitsort bzw. Wohnort zum Ort der vorübergehenden Arbeitstätigkeit reist<sup>100</sup>. Der Aufenthalt am Arbeitsort selbst zählt aber nicht mehr zur Dienstreisezeit.

Als Wegezeit wird die Zeit bezeichnet, welche der Arbeitnehmer für den Weg von zuhause zum Arbeitsplatz im Betrieb aufwendet<sup>101</sup>.

### **B. Die Anordnung einer Dienstreise**

In der Praxis wird der Arbeitgeber kaum eine Dienstreise einseitig gegen den Willen des Arbeitnehmers anordnen. Dennoch stellt sich die Frage, ob eine arbeitgeberseitige Anordnung einer Dienstreise aufgrund des Direktionsrechts überhaupt möglich ist und wo dem Direktionsrecht Grenzen gesetzt sind.

Das Direktionsrecht, auch Weisungsrecht genannt, gehört zum wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses und gibt dem Arbeitgeber das Recht, die im Arbeitsvertrag festgehaltenen Leistungspflichten zu konkretisieren<sup>102</sup>. Dabei sind dem Direktionsrecht nur diejenigen Arbeitsbedingungen zugänglich, die nicht zum Kerninhalt des Arbeitsvertrages zählen. Diese umfassen Zeit, Art und Ort der Arbeitsleistung sowie die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb, § 106 S. 1, 2 GewO. § 106 GewO legt dabei aber nur den gesetzlichen

---

<sup>100</sup> So auch *Hunold*, NZA 2006, 38, 39, der allerdings keine zeitliche Höchstgrenze für das Vorliegen einer Dienstreise fordert; *Blomeyer*, in: MünchArbR, § 48 Rn. 109.

<sup>101</sup> *Hunold*, NZA 2006, 38, 39; *Blomeyer*, in: MünchArbR, § 48 Rn. 108; a.A. etwa: *Anzinger*, in: MünchArbR, § 298 Rn. 12 f.

<sup>102</sup> BAG, Urteil v. 29.08.1991 – 6 AZR 593/88, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Direktionsrecht; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 23.

Rahmen des Weisungsrechts fest. Rechtsgrundlage des Direktionsrechts ist der jeweils zugrunde liegende Arbeitsvertrag, weshalb das Weisungsrecht als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung auf der untersten Stufe der Rechtsquellen steht<sup>103</sup>. Die wichtigste Grenze des Direktionsrechts ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag selbst. Je konkreter der Arbeitsvertrag die Leistungspflichten umschreibt, desto weniger Spielraum bleibt dem Arbeitgeber diese Pflichten einseitig durch das Weisungsrecht zu konkretisieren<sup>104</sup>. Dies bedeutet nicht weniger, als dass die inhaltlichen Vereinbarungen direkten Einfluss auf den möglichen Umfang des Direktionsrechts haben. Weitere Grenzen des Weisungsrechts ergeben sich aus den höherrangigen Rechtsquellen, wie etwa Gesetzen, Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen. Aber auch innerhalb dieses Rahmens darf das Weisungsrecht nur nach billigem Ermessen nach § 315 Abs. 1 BGB ausgeübt werden, da es anders als andere Willenserklärungen als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht an die Billigkeit gebunden ist. Das heißt, dass der Arbeitgeber bei der Weisungserteilung im ausreichenden Maße auch die Interessen seines Arbeitnehmers berücksichtigen muss<sup>105</sup>. Ob der Arbeitgeber die Interessen des Arbeitnehmers letztlich auch ausreichend berücksichtigt hat und die Weisung billigem Ermessen entspricht, kann gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB gerichtlich überprüft werden<sup>106</sup>. Entspricht eine Weisung nicht dem billigen Ermessen, so ist die Bestimmung nicht nichtig, sondern nur unverbindlich<sup>107</sup>. Der Arbeitnehmer ist an diese unverbindliche Weisung nicht gebunden und muss sie daher auch nicht beachten<sup>108</sup>.

Nach alledem ist ein Arbeitnehmer also dann zu Dienstreisen verpflichtet, wenn sich dies aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Dies kann zunächst ausdrücklich erfolgen oder sich aber auch konkludent aus der Eigenart der Tätigkeit ergeben<sup>109</sup>. So beinhaltet etwa die Tätigkeit in einer Einkaufsabteilung die immanente Verpflichtung zu entsprechenden Dienstreisen<sup>110</sup>. Aber auch dann, wenn der Arbeitsvertrag keine ausdrücklichen Regelungen enthält und der Arbeitnehmer keinem Berufsbild zuzuordnen ist, bei dem das Reisen zur Hauptleistungspflicht gehört,

---

<sup>103</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 205.

<sup>104</sup> *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 207; *Preis*, in: ErfK, § 106 GewO Rn. 5.

<sup>105</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, § 315 Rn. 10; *BAG*, Urteil v. 29.08.1991 – 6 AZR 593/88, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

<sup>106</sup> *BAG*, Urteil v. 29.08.1991 – 6 AZR 593/88, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Direktionsrecht; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, 2008, S. 24.

<sup>107</sup> *BAG*, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 249/11, EzA § 615 BGB 2002 Nr. 36.

<sup>108</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, § 315 Rn. 16; *Boemke*, jurisPR-ArbR 30/2012, Anm. 1; so auch bislang die Rspr., anders nun *BAG*, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 249/11, EzA § 615 BGB 2002 Nr. 36; ihm folgend etwa *Schmitt-Rolfes*, AuA 2013, 200.

<sup>109</sup> *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 113; *Preis*, in: ErfK, § 106 GewO Rn. 17.

<sup>110</sup> *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 3 f.

kann der Arbeitgeber in einem gewissen Umfang Dienstreisen anordnen<sup>111</sup>. Schließlich steht dem Arbeitgeber ein weiter Raum zur Ausgestaltung der vertraglich vereinbarten Leistungspflicht zu, solange sich diese noch i.R.d. vertraglich vereinbarten Arbeitsaufgabe bewegt<sup>112</sup>. Da sich in der Praxis weder in Arbeitsverträgen noch in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen Regelungen über die Pflicht zu Dienstreisen finden, ist die wichtigste Grenze letztlich die Billigkeitsabwägung nach § 106 GewO i.V.m. § 315 Abs. 1 BGB<sup>113</sup>. Was schließlich billigem Ermessen entspricht, muss in jedem konkreten Einzelfall auf Grundlage der Gesamtumstände bestimmt werden<sup>114</sup>. Allerdings lassen sich gewisse Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur erkennen, wie weit das Direktionsrecht reichen kann und wo es endet. So ist es aufgrund der zunehmenden weltweiten Verflechtung in Folge der Globalisierung jedem Arbeitnehmer grds. zuzumuten Dienstreisen zu tätigen, auch wenn er bislang hierzu nicht verpflichtet wurde<sup>115</sup>. Dies ist jedoch nur für kurzzeitige und einzelne Dienstreisen anzunehmen, da es wohl nicht billigem Ermessen nach § 315 BGB entsprechen dürfte, einen Büroangestellten mehrmals wöchentlich auf Dienstreisen zu schicken<sup>116</sup>. Besonders problematisch sind Dienstreisen, die den Arbeitnehmer ins Ausland führen. Zur Frage, ob die arbeitgeberseitige Anordnung einer Auslandsdienstreise noch der Billigkeit i.S.d. § 106 GewO entspricht und somit vom Direktionsrecht gedeckt ist, werden in der Literatur die unterschiedlichsten Ansätze vertreten. So sieht insb. die ältere Literatur die Anordnung einer Auslandsdienstreise als generell vom Direktionsrecht gedeckt an<sup>117</sup>, während ein anderer Teil des Schrifttums davon ausgeht, dass das allgemeine Direktionsrecht als Rechtsgrundlage für die Anordnung einer Dienstreise ins Ausland nicht ausreichend sei<sup>118</sup>.

---

<sup>111</sup> *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 77; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 11; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1190.

<sup>112</sup> *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 3.

<sup>113</sup> *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 81 zum gleichartigen Rückrufrecht; *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 3; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 24.

<sup>114</sup> *Messerschmidt*, dbr 2008, 16, 16; das BAG hielt etwa die Anordnung der Benutzung eines Dienstfahrzeugs für zumutbar: BAG, Urteil v. 29.08.1991 – 6 AZR 593/88, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Direktionsrecht; kritisch hierzu *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 3, der aufgrund der straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Haftungsrisiken im Straßenverkehr eine solche Anweisung für problematisch hält.

<sup>115</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1190; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 113; *Henkel*, AuA 2009, 273, 274.

<sup>116</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1190.

<sup>117</sup> *V. Eckartsberg*, Auslandseinsatz von Stammhaus-Personal, S. 188; *Födisch*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Rn. 6.

<sup>118</sup> *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 78 f.; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 24; *Sauerzapf*,

Ein generelles Verbot der Anordnung einer Auslandsdienstreise kann daraus aber nicht abgeleitet werden. Die Ansicht, die sich gegen solch eine Möglichkeit ausspricht, begründet dies damit, dass sich mit einer Auslandsdienstreise die Lebens- und Arbeitsbedingungen teilweise gravierend ändern könnten<sup>119</sup> und dies ein erheblicher Eingriff in den Kernbereich der arbeitsvertraglichen Regelungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstelle<sup>120</sup>. Dies ist jedoch nicht zwingend der Fall. Nicht jede mehrtägige oder mehrwöchige Auslandsdienstreise führt zu einer erheblichen Änderung der Lebens- oder Arbeitsumstände und kann daher sehr wohl durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers angeordnet werden<sup>121</sup>. In einem vergleichbaren Fall, in dem ein Betriebsrat festgestellt haben wollte, dass die Anordnung und Durchführung von Auslandsdienstreisen mit mindestens einer auswärtigen Übernachtung seinem Mitbestimmungsrecht nach §§ 99, 100 BetrVG unterliegt<sup>122</sup>, hatte das BAG bereits eine Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen (zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Auslandsdienstreisen s. unter 2. Teil, G.). In der Begründung führt das BAG aus, dass zwar ein Wechsel des Arbeitsortes vorliege, aber mit mehrtägigen und höchstens einem Monat dauernden Auslandsdienstreisen noch keine erheblichen Änderungen der Arbeitsumstände i.S.d. § 95 Abs. 3 BetrVG einhergehen müssen. Vielmehr komme es auf den Einzelfall an. Gerade bei kürzeren Reisen in das nahe Ausland oder den deutschen Sprachraum seien die Belastungen durch den Ortswechsel als gering anzusehen. Als Beispiel bringt das Gericht einen Angestellten vor, der in Bonn beschäftigt ist und auf eine zweitägige Dienstreise nach Brüssel geschickt wird. Diese Begründung ist auch auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers unmittelbar übertragbar, da auch dort die Grenzen des billigen Ermessens nach denselben Kriterien bestimmt werden. Eine Unzumutbarkeit kann aber noch nicht bei kurzzeitigen Dienstreisen von wenigen Tagen angenommen werden, auch wenn diese ins Ausland führen. Eine feste Grenze gibt es freilich nicht. Entscheidend ist vielmehr eine umfassende Güter- und Interessenabwägung anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls. Zu berücksichtigen ist dabei jedes legitime Interesse, wobei entscheidende Kriterien neben der Dauer und Häufigkeit der Auslandsdienst-

---

Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 43; *Hromadka*, NZA 2012, 233, 238.

<sup>119</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 43 f.; *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 79; zur Entsendung von Arbeitnehmern in Krisengebiete *Krieger/Herzberg*, BB 2012, 1089, 1089 ff.

<sup>120</sup> *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 24.

<sup>121</sup> So auch *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, 2003, S. 11 und ausdrücklich *Seel*, MDR 2011, 5, 5.

<sup>122</sup> BAG, Beschluss v. 21.09.1999 – 1 ABR 40/98, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung.





reise auch das Zielland und das Berufsbild des Arbeitnehmers sowie dessen private Situation darstellen dürften.

Allerdings kann grds. über das Direktionsrecht nicht einseitig eine Dienstreise außerhalb der vertraglichen oder betriebsüblichen Arbeitszeit angeordnet werden, sofern die über diese Zeit hinausgehende Zeit Arbeitszeit i.S.d. ArbZG darstellt<sup>123</sup>. Inwieweit dies der Fall ist, wird noch an anderer Stelle zu klären sein (s. hierzu unter 2. Teil, F.). Die Anordnung einer Dienstreise außerhalb der üblichen Arbeitszeit kann daher nur ausnahmsweise unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers zulässig sein, wenn sie zwingend geboten erscheint. Es kann somit festgehalten werden, dass die Anordnung einer Dienstreise dann vom Direktionsrecht umfasst ist, wenn sie ausdrücklich vereinbart ist, wenn sich aus einer Auslegung der Eigenart der Tätigkeit ergibt, dass sie mitumfasst ist oder wenn ihre Anordnung billigem Ermessen entspricht. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so ist die Anordnung einer Auslandsdienstreise rechtswidrig. In diesen Fällen kommt daher nur eine alternative Gestaltungsmöglichkeit in Betracht. Überall dort, wo die Dienstreise nicht mehr vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt ist, muss das Einverständnis des Arbeitnehmers eingeholt werden. Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen. Entweder kann bereits generell in den Arbeitsvertrag eine entsprechende Direktionsklausel aufgenommen werden oder es kommt zu einer einvernehmlichen Vertragsanpassung bzw. zur Vereinbarung eines zusätzlichen Vertrages für den konkreten Zeitraum der Dienstreise (näheres unter 4. Teil)<sup>124</sup>.

## **C. Die Nachweispflicht nach dem NachwG**

### **I. Regelungsbereich**

Abgesehen von den Vorteilen einer vertraglichen Ausgestaltung bei einem vorübergehenden Auslandseinsatz (s. hierzu unter 4. Teil), besteht nach den Bestimmungen des Gesetzes über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG) auch die Verpflichtung zu einer expliziten Regelung, denn § 2 NachwG schreibt vor, spezielle Formerfordernisse einzuhalten. Allerdings schafft dieser Nachweis einzelner Bedingungen keine Rechtsgrundlage, sondern weist nur auf deren Vorhandensein hin. Hintergrund dieses

---

<sup>123</sup> Adam, AuR 2001, 481, 483.

<sup>124</sup> Kamphoff, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 11 f.; Schwarz, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 24 f.; Heuser/Heidenreich/Fritz, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 79; Sauerzapf, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 44; Seel, MDR 2011, 5, 5.

Gesetzes ist die Umsetzung der Richtlinie 91/533/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 14.10.1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (sog. Nachweis-Richtlinie)<sup>125</sup>. Artikel 4 RL 91/533/EWG sieht hierbei für bestimmte Fälle des Auslandseinsatzes eine zusätzliche Nachweispflicht für den Arbeitgeber vor<sup>126</sup>. Voraussetzung ist nach dem Wortlaut der Nachweis-Richtlinie, dass der Arbeitnehmer eine Arbeit in einem oder mehreren anderen Ländern als dem Mitgliedstaat ausübt, „dessen Rechtsvorschriften und/oder Praxis der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis unterliegt“. Die entsprechende Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber findet sich in § 2 Abs. 2 NachwG, allerdings in Abweichung zum Wortlaut des Art. 4 RL 91/533/EWG. Zwar wird in § 2 Abs. 2 NachwG nur eine Tätigkeit „außerhalb der Bundesrepublik Deutschland“ gefordert, allerdings ist der Wortlaut mit der Nachweis-Richtlinie vereinbar, da beide Vorschriften unzweifelhaft an das Vertragsstatut anknüpfen<sup>127</sup>. Das NachwG kommt daher zur Anwendung, wenn für das betreffende Arbeitsverhältnis entweder aufgrund von Rechtswahl oder objektiver Anknüpfung deutsches Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, da der räumliche Anwendungsbereich des NachwG nicht vom räumlichen Anwendungsbereich der Richtlinie abweichen kann, Art. 1 RL 91/533/EWG<sup>128</sup>.

§ 2 Abs. 2 NachwG sieht zusätzliche Nachweispflichten vor, wenn der Arbeitnehmer länger als einen Monat im Ausland eingesetzt wird. § 2 Abs. 2 NachwG verlangt hierzu im Einzelnen folgende zusätzliche Angaben<sup>129</sup>:

- Dauer der im Ausland auszuübenden Tätigkeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 NachwG)
- Währung, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 NachwG)
- Zusätzliche, an die Auslandstätigkeit gekoppelte Geld- und Sachleistungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 NachwG)
- Vereinbarte Bedingungen für die Rückkehr des Arbeitnehmers (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 NachwG)

---

<sup>125</sup> Näher zur RL 91/533/EWG: *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 3 ff.; kritisch: *Birk*, NZA 1996, 281, 281 ff.

<sup>126</sup> *Krause*, in: AR-Blattei-SD, 220.2.2 Rn. 178.

<sup>127</sup> *Birk*, NZA 1996, 281, 287. Problematischer ist hier der räumliche Anwendungsbereich des NachwG im Übrigen, da das NachwG im Gegensatz zur RL 91/533/EWG (Art. 1) keine kollisionsrechtlichen Regelungen enthält: *Birk*, NZA 1996, 281, 284.

<sup>128</sup> *Krause*, in: AR-Blattei-SD, 220.2.2 Rn. 103; *Birk*, NZA 1996, 281, 287; *Schaefer*, Das Nachweisgesetz, Rn. 166; *Feldgen*, Nachweisgesetz, Rn. 188.

<sup>129</sup> Eine ganz ähnliche Regelung findet sich auch in § 24 SeemG.

Diese zusätzlichen Angaben muss der Arbeitgeber spätestens vor der Abreise des Arbeitnehmers ins Ausland, neben den ohnehin zwingenden Nachweispflichten des § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-10 NachwG, erbringen<sup>130</sup>.

Eine Unklarheit der Regelung ergibt sich dadurch, dass die Vereinbarung einer Auszahlung in einer fremden Währung nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 NachwG auch entgegen § 105 Abs. 1 GewO zulässig ist<sup>131</sup>. Es handelt sich insoweit um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers, der mit § 2 Abs. 2 Nr. 2 NachwG klarstellte, dass auch eine Auszahlung des Lohnes in der Landeswährung vorgesehen werden kann, wenn der Arbeitnehmer sich länger als einen Monat im Ausland befindet<sup>132</sup>. Hierfür spricht neben der Verweisung des § 105 S. 2 GewO auf das NachwG auch Sinn und Zweck des § 107 Abs. 1 GewO, der lediglich verhindern will, dass der Arbeitnehmer einen Wertverlust durch die Auszahlung in fremdländischer Währung erleidet. Dies wäre aber bereits dann nicht der Fall, wenn etwa der Wechselkurs des Euros zur ausländischen Währung günstiger ist, so dass wohl in Anlehnung an § 107 Abs. 2 GewO eine Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers dann abzulehnen ist, wenn die Auszahlung des Lohnes in fremder Währung den Interessen des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht<sup>133</sup>. Diese einheitliche Betrachtung von § 107 Abs. 1 GewO und § 107 Abs. 2 S. 1 GewO lässt sich, wie *Däubler* zutreffend feststellt, auch auf Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO stützen<sup>134</sup>. So normiert Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO die Berücksichtigung des lokalen ausländischen Rechts, also auch etwa eventuell bestehender Pflichten zur Zahlung des Arbeitsentgelts in der Landeswährung<sup>135</sup>. Folglich muss § 2 Abs. 2 Nr. 2 NachwG als Spezialfall zum Grundsatz des § 107 Abs. 1 GewO angesehen werden, wofür auch die historische Entwicklung der Norm spricht. Der Gesetzgeber hatte den bis dahin auf gewerbliche Arbeitnehmer beschränkten § 115 GewO a.F. im Zuge des Dritten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung vom 01.01.2003 in § 107 GewO neu gefasst und auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt. Hierbei hat der Gesetzgeber diejenigen Arbeitsverhältnisse schlicht übersehen, die einen Auslandsbezug aufweisen, also insb. die Gruppe der leitenden Angestellten<sup>136</sup>. Weiterhin ist auch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht verhindern wollte, dass ein Arbeit-

---

<sup>130</sup> *Hantel*, NJ 2008, 486, 486; *Mastmann/Stark*, BB 2005, 1849, 1851; *Kliemt*, in: HWK, § 2 NachwG Rn. 48.

<sup>131</sup> A.A.: *Birk*, NZA 1996, 281, 287 zur Vorgängervorschrift des § 115 GewO a.F., die aber auch als zwingende Vorschrift ausgestaltet war; *Bauer/Opolony*, BB 2002, 1590, 1592, der aber trotz Annahme einer zwingenden Wirkung aufgrund des Wortlauts die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers nicht erkennen kann.

<sup>132</sup> *Wisskirchen*, DB 2002, 1886, 1887; *Wank*, in: § 107 Rn. 3; *Lembke*, in: HWK, § 107 GewO Rn. 16.

<sup>133</sup> *Preis*, in: ErfK, § 107 GewO Rn. 2; *Däubler*, in: Festschrift Birk, 27, 30.

<sup>134</sup> *Däubler*, in: Festschrift Birk, 27, 30 zur Vorgängervorschrift des § 32 Abs. 2 EGBGB a.F.

<sup>135</sup> *Schlachter*, NZA 2000, 57, 62 noch zu § 32 Abs. 2 EGBGB a.F.

<sup>136</sup> Nach *Wisskirchen*, DB 2002, 1886, 1887 ist diese Gruppe auch gerade nicht besonders schützenswert, da diese eine hervorgehobene Stellung im Betrieb innehat. Allgemein hierzu *Bauer/Opolony*, BB 2002, 1590, 1592.

nehmer im Auslandseinsatz in fremder Währung ausbezahlt wird. Zum einen benötigt der sich im Ausland befindliche Arbeitnehmer die ausländische Währung und zum anderen dürfte die Auszahlung in ausländischer Währung auch nur dann stattfinden, wenn die Auszahlung des Lohns durch die ausländische Gesellschaft erfolgt.

Allgemein sind die zusätzlichen Angaben nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 NachwG zwingend in die Niederschrift aufzunehmen, während die Nummern 3 und 4 nur dann positiv aufzunehmen sind, wenn die Arbeitsvertragsparteien eine entsprechende Leistung vereinbart bzw. eine Regelung getroffen haben. Anderenfalls ist der Arbeitgeber aber zur Ausstellung einer Negativbescheinigung verpflichtet, die belegt, dass solche Bestimmungen gerade nicht vereinbart wurden<sup>137</sup>. Hierfür spricht Sinn und Zweck sowohl der Nachweis-Richtlinie als auch des NachwG, die auch den Schutz des Arbeitnehmers bezwecken, indem sie durch die zwingende Niederschrift von wesentlichen Vertragsinhalten beiden Vertragsparteien Transparenz, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit garantieren<sup>138</sup>. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit können im Falle einer fehlenden Vereinbarung von – nach den Vorstellungen des Gesetzgebers – wesentlichen Vertragsinhalten aber nur durch die Ausstellung einer Negativbescheinigung gewährleistet werden. Sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber haben unter gewissen Umständen ein Interesse daran, dass der Nachweis auch die Bedingungen umfasst, über die gerade keine Regelung getroffen wurde, da ansonsten Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten aufkommen könnten<sup>139</sup>. Der von der Gegenansicht angeführte Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 lit. c, d RL 91/533/EWG führt hier auch nicht zwingend zu einem anderen Ergebnis<sup>140</sup>. Dort heißt es, dass der schriftliche Nachweis die entsprechenden Vertragsbedingungen nur „gegebenenfalls“ beinhalten muss. Zum einen ist der Wortlaut der Richtlinie aber bereits nicht eindeutig. „Gegebenenfalls“ könnte in diesem Zusammenhang auch lediglich bedeuten, dass der europäische Gesetzgeber hier durchaus erkannt hat, dass es weder einen gesetzlichen Anspruch auf die Leistung eines zusätzlichen Entgelts bzw. zusätzlicher Sachleistungen gibt noch auf gewisse Ruckkehrbedingungen, sondern vielmehr eine entsprechende Vereinbarung beider Vertragsparteien voraussetzt<sup>141</sup>. Zum anderen ermöglicht Art. 7

---

<sup>137</sup> *Kliemt*, in: HWK, § 2 NachwG Rn. 50; *Schaefer*, Das Nachweisgesetz, Rn. 169; a.A.: *Feldgen*, Nachweisgesetz, Rn. 194 f.; *Preis*, in: ErfK, § 2 NachwG Rn. 29; wohl auch *Schaub*, in: AnwK-ArbR, § 2 NachwG Rn. 46.

<sup>138</sup> *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 4.

<sup>139</sup> So in der Begründung auch *Kliemt*, in: HWK, § 2 NachwG Rn. 3 zum vergleichbaren Problem des maßgeblichen Zeitpunkts bei nachträglichen Änderungen der Angaben nach § 3 NachwG.

<sup>140</sup> *Feldgen*, Nachweisgesetz, Rn. 194.

<sup>141</sup> *Krause*, in: AR-Blattei-SD, 220.2.2 Rn. 184 f.

RL 91/533/EWG den Mitgliedstaaten eine für die Arbeitnehmer günstigere Umsetzung der Richtlinie. Die Tatsache, dass das NachwG den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 91/533/EWG anders als in anderen Gesetzen<sup>142</sup> nicht wortlautgetreu übernommen hat und gerade auf das Wort „gegebenenfalls“ verzichtete, könnte für solch eine günstigere Richtlinienumsetzung sprechen und lässt die Auslegung über den Wortlaut des Gesetzes insoweit zu.

Allerdings können gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 NachwG die Angaben nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 NachwG durch eine Verweisung auf kollektivvertragliche Regelungen ersetzt werden. Als kollektivvertragliche Regelungen kommen hierbei Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen und ähnliche Regelungen in Betracht, wobei unter ähnlichen Regelungen etwa die Arbeitsvertrags-Richtlinien der Kirchen und ihrer diakonisch-karitativen Verbände zu verstehen sind<sup>143</sup>. Die Nachweispflicht nach § 2 Abs. 2 NachwG kann sogar vollständig entfallen, wenn gemäß § 2 Abs. 4 NachwG dem Arbeitnehmer bereits ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt worden ist, der die entsprechenden Angaben enthält. Soweit dies der Fall ist, entfällt für den Arbeitgeber, dem Normzweck entsprechend, die Nachweispflicht. Sind im Arbeitsvertrag nicht alle Angaben enthalten oder ändern sich die Angaben nach § 2 Abs. 2 NachwG im Laufe des Auslandsesatzes, so sind diese Änderungen dem Arbeitnehmer nach § 3 NachwG umgehend, spätestens aber einen Monat nach der Änderung, schriftlich mitzuteilen. Dies gilt auch für den Fall, dass zunächst eine kürzere Dauer für den Auslandsaufenthalt als einen Monat vorgesehen war, dieser sich aber sodann verlängert. Abzustellen ist hierbei auf den Zeitpunkt des Abschlusses einer neuen einzelvertraglichen Vereinbarung und nicht auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung. Grund hierfür sind ebenfalls, die sonst drohenden Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten für die Arbeitsvertragsparteien<sup>144</sup>.

## II. Sanktionen

Aufgrund des rein deklaratorischen Charakters der Niederschrift führt ein Verstoß gegen das NachwG nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 125 S. 1 BGB<sup>145</sup>. Dieser bleibt als solcher weiterhin wirksam und damit – falls die Anordnung vom Direktionsrecht gedeckt ist –

---

<sup>142</sup> So wurde etwa in § 24 Abs. 2 Nr. 3 und 4 SeemG der Wortlaut der Richtlinie („gegebenenfalls“) übernommen.

<sup>143</sup> *Schaub*, in: AnwK-ArbR, § 2 NachwG Rn. 57; *Kliemt*, in: HWK, § 2 NachwG Rn. 59.

<sup>144</sup> *Kliemt*, in: HWK, § 3 NachwG Rn. 2.

<sup>145</sup> *Schaefer*, Das Nachweisgesetz, Rn. 179; *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 14; *Preis*, in: ErfK, § 2 NachwG Rn. 1.

auch die Anordnung der Auslandsdienstreise<sup>146</sup>. Der Gesetzgeber hat für den Fall der Nichtbeachtung des NachwG durch den Arbeitgeber auch keine Straf- oder Bußgeldbestimmungen oder andere Sanktionsmechanismen vorgesehen, so dass man zunächst den Eindruck gewinnen könnte, dass das NachwG ein stumpfes Schwert ist, das zum Schutze des Arbeitnehmers nicht beitragen kann. Der Gesetzgeber hat im NachwG bewusst auf Sanktionen verzichtet<sup>147</sup>. Dennoch handelt es sich bei dem NachwG um eine ordnungsgemäße Umsetzung der Nachweis-Richtlinie, deren effektive Umsetzung von Art. 8 RL 91/533/EWG ausdrücklich gefordert wird<sup>148</sup>. Danach ist die BRD verpflichtet, eine Umsetzungsart zu wählen, die den Schutzzweck der Richtlinie zugunsten des Arbeitnehmers wirksam werden lässt. Eine folgenlose Empfehlung könnte dem nicht genügen. Da der Gesetzgeber somit eine richtlinienkonforme Umsetzung bezweckte, ist durch die Anwendung anderweitiger Vorschriften sicherzustellen, dass der Schutzzweck erreicht wird. So hatte der EuGH bereits 2001 festgestellt, dass im Falle der Nichterfüllung der Unterrichtungspflicht durch den Arbeitgeber solche Grundsätze des nationalen Rechts angewendet werden können<sup>149</sup>, welche zur Geltendmachung des Anspruches ausreichende Instrumente vorsehen, die nachfolgend noch näher beleuchtet werden. Die frühere Kritik an der Richtlinienumsetzung hat sich nicht durchgesetzt<sup>150</sup>. Der durch das deutsche Prozessrecht gewährte Rechtsschutz ist wirksam genug, um die Rechte aus dem NachwG durchsetzen zu können.

Zum einen steht dem Arbeitnehmer die Klage auf Erfüllung zu, deren Vollstreckung aus § 888 ZPO erfolgt<sup>151</sup> oder aber deren Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO ausgeschlossen ist, wenn zudem ein Antrag auf Entschädigung nach § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG gestellt wurde<sup>152</sup>. Zum anderen steht dem Arbeitnehmer die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB zu<sup>153</sup>. Entgegen einiger kritischen Stimmen in der Literatur handelt es sich bei den Nachweispflichten nicht um unbedeutende oder geringfügige Nebenpflichten<sup>154</sup>. Bereits durch die Schaffung des NachwG hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass es sich gerade nicht

---

<sup>146</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/668, S. 10; *Hantel*, NJ 2008, 486, 486.

<sup>147</sup> *Schaefer*, Das Nachweisgesetz, Rn. 180; das SeemG enthält ebenfalls keine Sanktionsvorschriften.

<sup>148</sup> *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 29.

<sup>149</sup> *EuGH*, Urteil v. 08.02.2001 – C-350/99 "Lange", AP Nr. 4 zu § 2 NachwG.

<sup>150</sup> *Wank*, RdA 1996, 21, 24; *Däubler*, NZA 1992, 577, 578.

<sup>151</sup> *Neumann*, in: Landmann/Rohmer, NachwG Rn. 22.

<sup>152</sup> *Koch*, in: ErfK, § 61 ArbGG Rn. 3 ff.; *Feldgen*, Nachweisgesetz, Rn. 81.

<sup>153</sup> *Preis*, in: ErfK, NachwG Einführung Rn. 15; *Schaefer*, Das Nachweisgesetz, Rn. 190; *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 37.

<sup>154</sup> § 273 BGB ablehnend: *Krause*, in: AR-Blattei-SD, 220.2.2 Rn. 217; *Feldgen*, Nachweisgesetz, Rn. 69; differenzierend *Neumann*, in: Landmann/Rohmer, NachwG Rn. 23, der grds. ein Zurückbehaltungsrecht akzeptiert, dieses aber bei fehlenden unwesentlichen Angaben ablehnt.

um eine unbedeutende Nebenpflicht handelt, zumal dieses Gesetz auf einer europäischen Richtlinie basiert<sup>155</sup>. Gerade das Zurückbehaltungsrecht bietet einen effektiven Schutz des Arbeitnehmers, ohne diesem den Makel eines Prozesses gegen seinen Arbeitgeber aufzubürden<sup>156</sup>. Die Gefahr einer rechtlichen Fehleinschätzung ist dabei als gering einzustufen, da die rechtlichen Tatbestandsmerkmale des NachwG leicht überprüfbar sind. Der Arbeitnehmer kann also bis zur Erfüllung der Nachweispflicht durch den Arbeitgeber seine Arbeitsleistung verweigern und die Auslandsdienstreise nicht antreten. Jegliche hiergegen gerichtete disziplinarische Maßnahmen seitens des Arbeitgebers, wie etwa eine Abmahnung oder Kündigung, würden einen Verstoß gegen § 612a BGB darstellen und wären unwirksam<sup>157</sup>.

Weiterhin kann die Verletzung der Nachweispflicht auch Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers auslösen oder aber Folgen für die Beweislast haben. Eine zwingende Beweislastumkehr ist zwar nicht anzunehmen<sup>158</sup>, es sind aber die prozessualen Grundsätze der Beweisvereitelung anzuwenden, die letztlich in Einzelfällen doch bis hin zur Umkehr der Beweislast führen können<sup>159</sup>. Gegen eine zwingende Beweislastumkehr spricht bereits, dass der Gesetzgeber eine vom Bundesrat vorgeschlagene Beweislastumkehr letztlich nicht ins Gesetz aufnahm und sich daher bewusst gegen eine solche entschied<sup>160</sup>. Auch die Nachweis-Richtlinie selbst enthält keine Beweislastregelung und erzwingt oder verbietet keine Anwendung irgendwelcher nationaler Beweisregeln, wie der EuGH in seinem Urteil vom 08.02.2001 zutreffend feststellte<sup>161</sup>. Sie verlangt lediglich eine effektive und dem nationalen Recht gleichwertige Umsetzung. Daher kommen bei der Verletzung der Nachweispflicht lediglich die Grundsätze der Beweisvereitelung zum Tragen<sup>162</sup>. In Anlehnung an den in § 444 ZPO zugrunde gelegten allgemeinen Rechtsgedanken, dass der Prozessgegner aus der Vereitelung der Beweisführung der beweisbelasteten Partei keine Vorteile ziehen darf, führt dies dazu, dass auch das

---

<sup>155</sup> *Preis*, in: ErfK, NachwG Einführung Rn. 15; *Schaefer*, Das Nachweisgesetz, Rn. 190; *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 37.

<sup>156</sup> Ähnlich wohl auch *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 37.

<sup>157</sup> *Preis*, in: ErfK, NachwG Einführung Rn. 11.

<sup>158</sup> *Bergwitz*, BB 2001, 2316, 2316 ff.; *Hantel*, NJ 2008, 486, 486; *Feldgen*, Nachweisgesetz, Rn. 82 ff.; *Krause*, in: AR-Blattei-SD, 220.2.2 Rn. 247 ff.; *LAG Hamm*, Urteil v. 14.08.1998 – 10 Sa 777/97, LAGE § 2 NachwG Nr. 7; vor dem Urteil des EuGH vom 08.02.2011 wurde teilweise noch eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast vertreten (so etwa *Wank*, RdA 1996, 21, 24 oder *Däubler*, NZA 1992, 577, 578, der dies vor Umsetzung der RL 91/533/EWG forderte). Diese Meinungen in der Literatur dürften spätestens nach dem Urteil des EuGH wohl aber verstummen.

<sup>159</sup> *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 44; so wohl im Ergebnis auch *Birk*, NZA 1996, 281, 289.

<sup>160</sup> BR-Drucks. 353/1/94; BT-Drucks. 13/668, S. 24.

<sup>161</sup> *EuGH*, Urteil v. 08.02.2001 – C-350/99 "Lange", AP Nr. 4 zu § 2 NachwG.

<sup>162</sup> *Preis*, in: ErfK, NachwG Einführung Rn. 23; *Kliemt*, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 41 ff.; *Krause*, in: AR-Blattei-SD, 220.2.2 Rn. 249 ff.; *Schaub*, in: AnwK-ArbR, Vor NachwG Rn. 53 ff.; *LAG Niedersachsen*, Urteil v. 21.02.2003 – 10 Sa 1683/02, LAGE § 2 NachwG Nr. 13.

Verhalten einer Partei zum Gegenstand der richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 ZPO gemacht wird<sup>163</sup>. Dies kann zur Annahme der Grundsätze der Beweisvereitelung führen, wenn Indizien für die Richtigkeit des Arbeitnehmersvortrags sprechen<sup>164</sup> und kann bis hin zur Annahme einer Beweislastumkehr führen, wenn es für den Kläger unzumutbar ist, diesen mit der Beweisführung zu belasten. Dies ist insb. dann der Fall, wenn der Arbeitgeber den Nachweis trotz Aufforderung des Arbeitnehmers nicht ausstellt<sup>165</sup>. Dies zeigt, dass eine schriftliche Vereinbarung der Bedingungen des Auslandseinsatzes nicht nur von Gesetzes wegen vorgeschrieben ist, sondern auch tatsächlich erhebliche prozessuale Konsequenzen haben kann, da es sich beim NachwG richtigerweise nicht bloß um einen „Papiertiger“<sup>166</sup> handelt.

## D. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Neben den Nachweispflichten treffen den Arbeitgeber im Rahmen eines Auslandseinsatzes auch noch besondere Fürsorgepflichten gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer. Diese Fürsorgepflichten sind Ausfluss der gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, die Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag darstellen. Zu den Grenzen dieser Fürsorgepflichten bei Auslandseinsätzen ist bislang nur sehr wenig in Literatur und Rechtsprechung zu finden. Dies erscheint insb. deshalb als problematisch, weil extrem hohe Schadensersatzforderungen denkbar wären. Immer dann, wenn ein Arbeitnehmer nicht wohlbehalten aus dem Auslandseinsatz zurückkehrt, stellt sich die Frage der Haftung des Arbeitgebers. Man denke bspw. an Helfer in Katastrophengebieten oder aber an Entführungen von Arbeitnehmern in Krisenstaaten. Gefahren, die ein Auslandseinsatz mit sich bringt, können in der Regel durch entsprechende Aufklärung, Vorsorgemaßnahmen und Versicherungen gemindert werden. Doch wen trifft im Einzelfall die Pflicht diese Maßnahmen zu veranlassen oder durchzuführen? Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden und erfordert in jedem Fall eine Betrachtung der Einzelumstände. Der Umfang der Fürsorgepflichten wird im Wesentlichen nach Art, Dauer und vor allem dem Ziel der Auslandsdienstreise bestimmt. Dennoch lassen sich generelle Fürsorgepflichten herausarbeiten und können den Arbeitgeber für gewisse Umstände und Gefahren zumindest sensibilisieren. So lassen sich zunächst drei Pha-

---

<sup>163</sup> Reichold, in: Thomas/Putzo, § 444 ZPO Rn. 1; Geimer, in: Zöller, § 444 ZPO, Rn. 1.

<sup>164</sup> LAG Hamm, Urteil v. 14.08.1998 – 10 Sa 777/97, LAGE § 2 NachwG Nr. 7; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 10.05.2007 – 11 Sa 25/07 (juris).

<sup>165</sup> Preis, in: ErfK, NachwG Einführung Rn. 22 f.

<sup>166</sup> Dies stellt auch Kliemt, in: HWK, Vorb. NachwG Rn. 15 fest.



sen unterscheiden, in denen Arbeitgeberpflichten beachtet werden müssen bzw. zu beachten sein könnten:

## **I. Fürsorgepflichten vor Beginn der Auslandsdienstreise**

Bereits vor Beginn der Auslandsdienstreise treffen den Arbeitgeber verschiedene Fürsorgepflichten, die sich in der Regel auf die Vorbereitung des Auslandseinsatzes beziehen. Neben den formalen Pflichten nach dem NachwG (s. unter 2. Teil, C.) bestehen Aufklärungs- und Hilfspflichten, wobei der Aufklärungspflicht die wohl wichtigste Stellung zukommen dürfte. Der Arbeitgeber hat sich zunächst vor jedem Auslandseinsatz eines Mitarbeiters mit den Spezifika des Einsatzlandes zu beschäftigen und sich über mögliche Besonderheiten und Risiken (wie etwa kulturelle und religiöse Besonderheiten, soziales Verhalten am Einsatzort, Seuchen, Naturkatastrophen, politische Unruhen, Reisewarnungen oder Kriminalität) zu informieren<sup>167</sup>. Hierüber hat er den Arbeitnehmer vor Beginn des Auslandsaufenthaltes als Nebenleistungspflicht, neben den ohnehin gesetzlich zu gewährenden Informationen über Dauer, Art und Umfang des Einsatzes, zu unterrichten. Weiterhin trifft den Arbeitgeber auch eine Aufklärungspflicht hinsichtlich sozialrechtlicher und steuerrechtlicher Fragen<sup>168</sup> und gerade hier lauern oft die größten Gefahren für den Arbeitgeber, denn es gilt:

Der Arbeitgeber haftet für die Richtigkeit seiner erteilten Auskünfte<sup>169</sup>.

Welche Fehler dabei auftreten können und wie sich die Arbeitgeber in der Praxis helfen, soll aber an anderer Stelle vertieft werden (s. unter 2. Teil, D.V.).

Eine weitere mögliche Pflicht des Arbeitgebers stellt die medizinische Eignungsprüfung dar. Es ist zunächst einmal der Mitarbeiter daraufhin gesundheitlich zu untersuchen, ob er für eine Auslandsdienstreise überhaupt geeignet ist. Eine solche Untersuchung wird, selbst bei nur tageweisen Auslandsdienstreisen, erforderlich sein, wenn das zu bereisende Land besondere medizinische Anforderungen an die Gesundheit des Arbeitnehmers stellt. Ebenso muss der Arbeitnehmer reisemedizinisch beraten werden und über erforderliche Impfungen aufgeklärt werden, wobei der Arbeitgeber auch auf die Durchführung der Impfschutzmaßnahmen hinzuwirken hat. Sperrt sich der Arbeitnehmer gegen eine Impfung, kann dies den Arbeitgeber sogar zum Austausch des Entsandten verpflichten<sup>170</sup>. Generell gilt, dass der Arbeitgeber den

---

<sup>167</sup> *Krieger/Herzberg*, BB 2012, 1089, 1091.

<sup>168</sup> *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 88 ff.

<sup>169</sup> *Schliemann*, BB 2001, 1302, 1305.

<sup>170</sup> *Edenfeld*, NZA 2009, 938, 941.

Arbeitnehmer bei der gesamten Vorbereitung bestmöglich zu unterstützen hat und diesen etwa bei der Erfüllung von Einreiseformalitäten und der Dokumentenbeschaffung unterstützen sollte.

## II. Fürsorgepflichten während der Auslandsdienstreise

Auch während der Auslandsdienstreise bestehen für den Arbeitgeber Fürsorgepflichten. Diese können vor allem im Abschluss entsprechend notwendiger Versicherungen bestehen, insb. einer Auslandsranken- und Auslandsunfallversicherung<sup>171</sup>. Diese decken das Risiko einer Erkrankung oder Verunfallung im Ausland ab und sichern die Kosten einer Bergung, Suche, Rettung oder eines Rücktransports. Der Abschluss solcher Versicherungen, für die der Arbeitgeber auch die Kosten tragen muss<sup>172</sup>, ist insb. dann erforderlich, wenn durch die Anordnung der Auslandsdienstreise Lücken in der gesetzlichen Versicherung entstünden und diese nicht mehr ausreichenden Schutz böte<sup>173</sup>. Dies kann bei der Krankenversicherung vor allem in den Fällen angenommen werden, in denen der Arbeitnehmer in ein Land reisen muss, in dem er besonders gefahrerhöhenden Umständen ausgesetzt ist<sup>174</sup>. Zudem können Lücken dadurch entstehen, dass im Ausland nur privat betriebene Krankenhäuser eine adäquate medizinische Versorgung garantieren, solche Kosten von der deutschen Krankenversicherung aber nicht übernommen und vom Arbeitnehmer vorfinanziert werden müssten. Dies dürfte den Arbeitnehmer aber in aller Regel finanziell überfordern. Im Rahmen der Unfallversicherung können Lücken etwa dadurch entstehen, dass die Haftungshöchstsummen nicht ausreichend hoch sind, wenn etwa nach deutschen Verhältnissen exorbitante Haftungssummen wie in den USA drohen<sup>175</sup> oder ein i.d.R. teurer Rücktransport aus dem Ausland erforderlich wird. Den Arbeitnehmer trifft auch das Risiko der Haftung als Schädiger von Dritten, weshalb im Einzelfall auch eine Berufshaftpflichtversicherung zu den Fürsorgeinhalten gehören kann.

Schädigt der Arbeitnehmer auf der Auslandsdienstreise einen ausländischen Arbeitskollegen, so kommt nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO<sup>176</sup> das *lex loci delicti* zur Anwendung, also das Recht

---

<sup>171</sup> Schwarz, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 22 f.; Schliemann, BB 2001, 1302, 1305; Edenfeld, NZA 2009, 938, 942.

<sup>172</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer eine medizinische Versorgung nach westlichem Standard zu gewährleisten. Die entstandenen Kosten hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflichten zu übernehmen, soweit sie nicht von der gesetzlichen Kranken- und Unfallversicherung i.R.d. Ausstrahlung gedeckt sind. Dies normieren § 17 Abs. 1 S. 1 SGB V und § 140 Abs. 3 S. 2 SGB VII nochmals ausdrücklich.

<sup>173</sup> BAG, Urteil v. 04.05.1983 – 5 AZR 108/81 (juris).

<sup>174</sup> BAG, Urteil v. 04.05.1983 – 5 AZR 108/81 (juris).

<sup>175</sup> Edenfeld, NZA 2009, 938, 942; zur Frage der Haftungsbefreiung nach § 105 SGB VII bei Unfällen im Ausland s. 3. Teil: Internationales Sozialrecht.

<sup>176</sup> VO (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. Nr. L 199, S. 40.

am Ort des Schadenseintritts. Dies bedeutet, dass der schädigende Arbeitnehmer im Außenverhältnis gegenüber dem Geschädigten vollumfänglich haftet und gegebenenfalls auch sog. „punitive damages“ leisten muss, also Ansprüche, die nach ihrer Höhe so bemessen sind, dass sie nicht nur den Geschädigten entschädigen, sondern auch noch abschreckende Wirkung entfalten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Schädiger und Geschädigter im Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat haben. In diesen Fällen gilt das Recht dieses Staates nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO. Im Innenverhältnis zwischen inländischem Arbeitgeber und Arbeitnehmer bleibt es aber generell bei der Geltung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches, so dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im entsprechenden Umfang von den Ansprüchen freistellen muss<sup>177</sup>.

Weiterhin hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über aktuelle Geschehnisse und Entwicklungen zu unterrichten, über die sich der Arbeitnehmer im Einsatzland nicht selbst informieren kann, etwa weil das Internet einer Zensur unterliegt oder eine entsprechende Infrastruktur schlicht nicht besteht<sup>178</sup>.

### **III. Fürsorgepflichten nach der Auslandsdienstreise**

Nach Beendigung des Auslandseinsatzes besteht die nachwirkende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers unverändert fort. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer unterstützen und ihm bei der Wiedereinreise ins Heimatland finanziell und organisatorisch behilflich sein. Zudem hat der Arbeitgeber dafür Sorge zu tragen, dass der Arbeitnehmer in den Betrieb entsprechend wiedereingegliedert wird, wobei sich diese Problematik in den meisten Fällen einer Dienstreise mit einer Dauer von bis zu drei Monaten nicht stellen dürfte. Zur Wiedereingliederung gehört es in diesem Zusammenhang dann auch, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die betriebliche Entwicklung in der vergangenen Zeit und aktuelle Projekte informiert.

### **IV. Grenzen der Fürsorgepflichten**

Die Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sind aber nicht grenzenlos. Es gelten insoweit die allgemeinen Grenzen der Verhältnismäßigkeit, was bedeutet, dass der Arbeitgeber nur die Maßnahmen treffen muss, die geeignet, erforderlich und angemessen sind. Was dies im Einzelfall bedeutet, ist abhängig von verschiedenen Faktoren, wie etwa der Größe des Betriebes, der Häufigkeit von Auslandseinsätzen, der Dauer des Auslandsaufenthaltes und den Beson-

---

<sup>177</sup> S. hierzu bereits BAG, Urteil v. 30.10.1963 – 1 AZR 468/62, AP Nr. 8 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht; *Schliemann*, BB 2001, 1302, 1308; *Rohrbach* in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 146.

<sup>178</sup> *Edenfeld*, NZA 2009, 938, 942.

derheiten des Ziellandes. Zudem trifft den Arbeitnehmer auch eine eigene Mitwirkungs- und Sorgfaltspflicht<sup>179</sup>. Der Arbeitgeber kann schließlich nur dann zur Fürsorge verpflichtet sein, wenn er die Bedürfnisse und Sorgen des Arbeitnehmers kennt. Offenbart der Arbeitnehmer also nicht seine Interessen, so führt dies zu einer Ablehnung von Fürsorgepflichten, wenn es sich nicht um allgemein typische Interessen handelt, die jeder erkennen konnte, wie etwa das Interesse am Erhalt der Gesundheit<sup>180</sup>. Zu den Sorgfaltspflichten des Arbeitnehmers zählt es auch, dass sich dieser nicht bewusst in Gefahr begibt und alles versucht, um Schäden von sich oder anderen abzuwenden. Auch hier gilt, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer während des Auslandseinsatzes einen engen Kontakt pflegen und sich intensiv austauschen sollten<sup>181</sup>. Eine Pflicht hierzu dürfte i.d.R. aber nicht bestehen.

## V. Die Haftung aus der Verletzung von Fürsorgepflichten

Kommt es zur Verletzung von Fürsorgepflichten, so stellt sich die Frage der Haftung des Arbeitgebers. Diese ist grds. dann gegeben, wenn den Arbeitgeber zunächst einmal eine Fürsorgepflicht traf und er diese zumindest fahrlässig, also schuldhaft, verletzt hat. Schließt der Arbeitgeber folglich keine Auslandskrankenversicherung ab und der Arbeitnehmer erkrankt, so haftet der Arbeitgeber für die Schäden, die dem Arbeitnehmer durch die fehlende Versicherung entstanden sind, § 17 Abs. 1 S. 1 SGB V. Auch für jede erteilte Auskunft an den Arbeitnehmer haftet der Arbeitgeber für deren Richtigkeit. Diese Haftung des Arbeitgebers kann auch nicht durch eine Delegation der Auskunft auf Dritte vermieden werden. Zwar kann der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Auskunftspflichten etwa einen Rechtsanwalt, Steuerberater oder einen jeweiligen Experten beauftragen<sup>182</sup>. Allerdings treten diese insoweit als Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers auf, so dass deren Verschulden nach § 278 S. 1 BGB dem Arbeitgeber zugerechnet wird. Dass der Arbeitgeber sich unter Umständen wieder beim Dritten regressieren kann, ändert zunächst einmal nichts an dem Umstand, dass er persönlich vorrangig gegenüber dem Arbeitnehmer haftet. Insoweit wäre es für den Arbeitgeber vorteilhaft nur dort tatsächlich eine Auskunft zu erteilen, wo diese rechtlich zwingend geboten ist. Ob eine rechtliche Verpflichtung zur Auskunftserteilung aber besteht, ist einzelfallabhängig und nicht zweifelsfrei zu bestimmen. Daher erteilen Arbeitgeber vielfach nur insoweit Auskunft, dass sie den Arbeitnehmer an eine geeignete Informationsstelle vermitteln, bei der sich der

---

<sup>179</sup> *Edenfeld*, NZA 2009, 938, 943; *Schliemann*, BB 2001, 1302, 1306.

<sup>180</sup> *Schliemann*, BB 2001, 1302, 1306.

<sup>181</sup> Ausführlich zur Vorbereitung des Auslandseinsatzes und zur Betreuung des Mitarbeiters aus personalpolitischer Sicht *Rohrbach* in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiter-Einsatz, Rn. 17 ff.

<sup>182</sup> *Edenfeld*, NZA 2009, 938, 939.

Arbeitnehmer selbstständig Rat einholen kann<sup>183</sup>. In diesem Fall tritt der Dritte gerade nicht als Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers auf, so dass eine Haftung für falsche Auskünfte ausgeschlossen ist. Im Falle einer Auskunftserteilung durch den Arbeitgeber muss dieser jedenfalls sehr sorgfältig vorgehen und nur die Tatsachen mitteilen, bei denen er von der Richtigkeit überzeugt ist. Immerhin besteht ein Haftungsanspruch nur dann, wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht schuldhaft verletzt hat, also zumindest fahrlässig gehandelt hat, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

Doch es gibt auch Fälle in denen der Arbeitgeber trotz fehlenden Verschuldens haftet, die sog. Gefährdungshaftung. Solch eine Gefährdungshaftung für Eigenschäden des Arbeitnehmers greift immer dann, wenn die schadensverursachende Gefahr der unternehmerischen Tätigkeit zuzurechnen ist<sup>184</sup>. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer Eigentum mit Billigung des Arbeitgebers für den Betrieb einsetzt und hierfür keine besondere Vergütung erhält<sup>185</sup>. In diesen Fällen gewährt die Rechtsprechung einen Ausgleichsanspruch nach § 670 BGB analog. Die Analogie ist zum einen erforderlich, um eine Vorschrift des Auftragsrechts auf das Arbeitsrecht anzuwenden. Zum anderen handelt es sich um einen Schaden des Arbeitnehmers und nicht um ein freiwilliges Vermögensopfer i.S.d. § 670 BGB. Insoweit reicht es aber aus, dass der Arbeitnehmer bewusst die Gefahr der Schädigung eingeht, da es nach der Wertung keine Rolle spielt, ob der Arbeitnehmer sein Eigentum bloß gefährdet oder bewusst einsetzt<sup>186</sup>. Nach der Rechtsprechung des BAG besteht ein sog. Übermaßrisiko, wenn ein übermäßiges, unzumutbares oder mit der deutschen Rechtsordnung nicht zu vereinbarendes Risiko für den Arbeitnehmer besteht<sup>187</sup>. Im konkreten Einzelfall wurde dieses Übermaßrisiko bspw. angenommen, als ein Kraftfahrer wegen eines Verkehrsunfalls in Haft genommen und nur gegen Kautions wieder freigelassen wurde. Da dem Kraftfahrer eine unzumutbare Freiheitsstrafe drohte, ließ er die Kautions verfallen und forderte Ersatz des ihm dadurch entstandenen Vermögensschadens vom Arbeitgeber. Das BAG stellte in seiner Entscheidung fest, dass aufgrund der arbeitsvertraglichen Verpflichtung des LKW-Fahrers auch Touren in ausländische Staaten zu fahren, in denen unzumutbare Maßnahmen der Strafverfolgung drohen, diese Gefahren dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzuordnen sind<sup>188</sup>. Erleide der Arbeitnehmer nun einen solchen Schaden, so könne er diesen nach § 670 BGB analog ersetzt

---

<sup>183</sup> Schliemann, BB 2001, 1302, 1307.

<sup>184</sup> Schliemann, BB 2001, 1302, 1307.

<sup>185</sup> Salamon/Koch, NZA 2012, 658, 659.

<sup>186</sup> BAG, Beschluss v. 10.11.1961 – GS 1/60, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

<sup>187</sup> BAG, Urteil v. 11.08.1988 – 8 AZR 721/85, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

<sup>188</sup> BAG, Urteil v. 11.08.1988 – 8 AZR 721/85, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

verlangen. Der Anspruch war aber letztlich aufgrund des hohen Mitverschuldens des Arbeitnehmers nach § 254 BGB ausgeschlossen. Folglich muss beachtet werden, dass ein eventuell vorliegendes Mitverschulden des Arbeitnehmers zur Kürzung oder zum Wegfall des Haftungsumfangs führen kann. Zudem stellte das BAG in seinem Urteil auch fest, dass eine entsprechende Gefährdungshaftung dann nicht greift, wenn der Arbeitnehmer eine über den üblichen Lohn hinausgehende Vergütung erhält, die dieses Risiko ausgleiche. In diesen Fällen würde der Arbeitnehmer nicht mehr das Betriebsrisiko des Arbeitgebers tragen, sondern die Fahrt auch im eigenen Interesse unternehmen.

## **E. Internationales Verfahrensrecht und Arbeitskollisionsrecht**

Bei einem Arbeitnehmereinsatz im Ausland stellen sich in rechtlicher Hinsicht zwei weitere grundlegende Fragen. Dies ist zum einen die Frage nach der internationalen Zuständigkeit der Gerichte (s. hierzu unter I.) und zum anderen nach dem anwendbaren Recht (s. hierzu unter II.). Beide Fragen sind streng voneinander zu trennen und sind formal nicht voneinander abhängig<sup>189</sup>. So wird weder die internationale Zuständigkeit der Gerichte vom anwendbaren Recht beeinflusst noch umgekehrt das anwendbare Recht von der internationalen Gerichtszuständigkeit<sup>190</sup>. Beide Themenbereiche wurden schon früh durch das europäische Recht geprägt, um eine Harmonisierung auf supranationaler Ebene herzustellen. Ziel war ein sog. „Gleichlauf“<sup>191</sup> von Internationalem Privatrecht und Internationalem Zivilprozessrecht, was im Ergebnis dazu führen soll, dass Arbeitsvertragsstatut und internationale Zuständigkeit nicht auseinander fallen. So wurde zunächst das internationale Arbeitsprozessrecht durch das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungs-Übereinkommen<sup>192</sup> (EuGVÜ) von 1968 und später das Arbeitskollisionsrecht durch das Europäische Schuldvertragsübereinkommen<sup>193</sup> (EVÜ) von 1980 geregelt. Aufgrund der fehlenden Auslegungskompetenz des EuGH

---

<sup>189</sup> *Geimer/Geimer/Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 1041 ff.

<sup>190</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 173.

<sup>191</sup> *BGH*, Urteil v. 12.07.2011 – II ZR 28/10, DB 2011, 2197, 2199; zum Begriff des „Gleichlaufs“ s. v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, § 6 Rn. 84 ff.

<sup>192</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968, BGBl. 1972 II S. 774, zuletzt geändert durch Titel II Übereinkommen vom 29.11.1996 vom 16.07.1998, BGBl. 1998 II S. 1411.

<sup>193</sup> Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.06.1980, ABIEG 1980 Nr. L 226, S. 1 zuletzt geändert durch Art. 2 Übereinkommen vom 29.11.1996, ABIEG 1997 Nr. C 15, S. 10.

für das EVÜ bis zum 01.08.2004<sup>194</sup> wurde die Auslegung des EVÜ zur Wahrung des „Gleichlaufs“ durch die Rechtsprechung zum EuGVÜ beeinflusst. Das EuGVÜ wurde 2002 durch VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen<sup>195</sup> (auch EuGVVO oder Brüssel I-VO genannt) und das EVÜ 2008 durch die VO (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht<sup>196</sup> (Rom I-VO) abgelöst.

## I. Internationale Gerichtszuständigkeit im Allgemeinen

Die internationale Zuständigkeit – welche in Deutschland zwar trotz fehlender gesetzlicher Regelungen aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit europäischer Verordnungen von Amts wegen geprüft wird<sup>197</sup> – betrifft die Abgrenzung der Zuständigkeit deutscher Gerichte von ausländischen Gerichten bei Rechtsstreitigkeiten, die einen Auslandsbezug aufweisen, also der Zuweisung von Rechtsprechungsaufgaben an einen bestimmten Staat als solchen<sup>198</sup>. Hierbei bestimmt zunächst einmal jeder Staat selbstständig in welchen Fällen die nationalen Gerichte international zuständig sein sollen, sog. Entscheidungszuständigkeit<sup>199</sup>. Dies führt in der Praxis aber mangels international-einheitlicher Regelungen sowohl zu positiven als auch zu negativen Kompetenzkonflikten. So kann es vorkommen, dass mehrere Gerichte unterschiedlicher Staaten die internationale Zuständigkeit für sich beanspruchen (positiver Kompetenzkonflikt) oder aber sich kein Gericht für international zuständig erachtet (negativer Kompetenzkonflikt). Die Frage, die sich daher zwangsläufig anschließt, ist die Frage nach der Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, der sog. Anerkennungszuständigkeit (s. hierzu unter 2. Teil, E.I.2.). Beide Fragen sind auf europäischer Ebene durch die Einführung der EuGVVO weitestgehend beantwortet.

### 1. Gerichtsstand nach der EuGVVO

Die VO (EG) Nr. 44/2001 ist am 01.03.2002 in Kraft getreten und löste für alle Streitigkeiten, die nach dem 28.02.2002 anhängig wurden, das EuGVÜ ab. Die EuGVVO wurde als wichti-

---

<sup>194</sup> Die Auslegungskompetenz war aus formalen Gründen bis zum 01.08.2004 nicht gegeben, da Belgien das sog. „Zweite Protokoll“, welches dem EuGH die Auslegungskompetenz übertragen sollte, bis dahin nicht ratifiziert hatte.

<sup>195</sup> ABIEG 2011 Nr. L 12, S. 1 zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 416/2010 vom 12.05.2010, ABIEU 2010 Nr. L 119, S. 7.

<sup>196</sup> VO (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17.06.2008, ABIEU 2008 Nr. L 177, S. 6 ff.

<sup>197</sup> *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Vorb. § 1 ZPO Rn. 7.

<sup>198</sup> *Vollkommer*, in Zöller: § 1 ZPO Rn. 8; *Geimer/Geimer/Geimer*, Internationales Zivilprozeßrecht, Rn. 844.

<sup>199</sup> S. zum Ganzen v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, § 3 Rn. 28 ff.

ger Schritt zur Harmonisierung des europäischen Verfahrensrechts in Ausübung der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 67 Abs. 4 AEUV, Art. 81 Abs. 2 lit. a) AEUV<sup>200</sup> erlassen und gilt aufgrund von Art. 288 Abs. 2 AEUV in den Mitgliedstaaten allgemein und unmittelbar<sup>201</sup>. Diese unmittelbare Wirkung entfaltet die EuGVVO gemäß Art. 1 Abs. 3 VO (EG) Nr. 44/2001 in allen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark<sup>202</sup>. Am 19.10.2005 wurde allerdings mit Wirkung zum 01.07.2007 zwischen der EU und Dänemark ein Abkommen geschlossen, dass die EuGVVO dem Grunde nach auch auf Dänemark erstreckt, Änderungen der EuGVVO gelten allerdings selbst nicht unmittelbar für Dänemark, sondern müssen durch Änderung des Abkommens individuell auf Dänemark erstreckt werden<sup>203</sup>. Diese unmittelbare Geltung ist zunächst mal eine wesentliche Neuerung gegenüber dem EuGVÜ, welches als völkerrechtlicher Staatsvertrag einer jeweiligen Umsetzung in den Vertragsstaaten bedurfte<sup>204</sup>.

Darüber hinaus wird mit Einführung der EuGVVO die gerichtliche Zuständigkeit für Arbeits-sachen erstmals in einem eigenen Abschnitt geregelt. Während man i.R.d. EuGVÜ noch auf den Gerichtstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Abs. 1 EuGVÜ zurückgreifen musste, regelt die EuGVVO in Art. 18 ff. nun explizit die internationale Zuständigkeit für Streitigkeiten aus individuellen Arbeitsverträgen in Form von ausschließlichen Gerichtsständen<sup>205</sup>. Der Begriff „individuell“ darf hierbei aber nicht im Sinne von „individuell ausgehandelten Arbeitsverträgen“ missverstanden werden<sup>206</sup>. Erfasst werden auch Formulararbeitsverträge, da die Verordnung lediglich Kollektivverträge, wie Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, von ihrem Anwendungsbereich ausnehmen will<sup>207</sup>.

Entscheidend für die Anwendbarkeit der EuGVVO ist gemäß Art. 59 EuGVVO, dass der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat im Sinne von Art. 1 Abs. 3 EuGVVO hat. Dies schlägt sich bislang auch im Wortlaut der EuGVVO nieder, indem es etwa in Art. 19 EuGVVO heißt: „Ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mit-

---

<sup>200</sup> Zuvor Art. 61 lit. c) EG, Art. 65 lit. a) 3. Spiegelstrich EG und Art. 67 Abs. 1 EG.

<sup>201</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, 177.

<sup>202</sup> Die VO (EG) Nr. 44/2001 gilt aufgrund des Protokolls über die Position von Dänemark aus Art. 69 EGV (nun Art. 51 EUV) nicht für Dänemark.

<sup>203</sup> Abkommen vom 19.10.2005, ABIEU 2005 Nr. L 299, S. 61.

<sup>204</sup> *Kunig*, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, Rn. 37 ff. und Rn. 115 ff.; *Piltz*, NJW 2002, 789, 790.

<sup>205</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 18 Brüssel I-VO Rn. 1.

<sup>206</sup> *Junker*, NZA 2005, 199, 201; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 41.

<sup>207</sup> *Junker*, NZA 2005, 199, 201.



gliedstaats hat...<sup>208</sup>. Weitergehende Berührungspunkte zu einem Vertragsstaat sind nicht erforderlich<sup>209</sup>, wobei insb. die Staatsangehörigkeit der beklagten Partei keine Rolle spielt<sup>210</sup>. Eine autonome Definition des Begriffs des Wohnsitzes einer natürlichen Person gibt es bislang aber nicht<sup>211</sup>. Die Bestimmung des Wohnsitzes unterliegt gemäß Art. 59 EuGVVO den Regeln des Internationalen Privatrechts des Staates des angerufenen Gerichts. Lediglich für Personengesellschaften und juristische Personen wurde der Begriff des „Wohnsitzes“ in Art. 60 EuGVVO harmonisiert. Hiernach tritt an die Stelle des Wohnsitzes der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung<sup>212</sup>. Fallen diese Anknüpfungspunkte auseinander, so kann die Gesellschaft oder juristische Person in jedem der Staaten verklagt werden, in denen sie ihren „Wohnsitz“ hat<sup>213</sup>. Zur Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit bei Auslandsdienstreisen wird die Maßgeblichkeit des Beklagtenwohnsitzes nun durch die Art. 18 ff. EuGVVO modifiziert. Eine wesentliche Neuerung ist hierbei die Unterscheidung nach den Parteirollen. Artikel 19 EuGVVO und Art. 20 EuGVVO differenzieren danach, ob ein Aktivprozess des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber (dazu unter 2. Teil, E.I.1.a) oder aber ein Aktivprozess des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer (dazu unter 2. Teil, E.I.1.b) geführt wird.

#### **a) Gerichtsstand für Klagen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber**

Bei Klagen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber (sog. Arbeitgebergerichtsstand) wird der Gerichtsstand des Arbeitgebers nach Art. 19 Nr. 1 EuGVVO durch die Fiktion in Art. 18 Abs. 2 EuGVVO wesentlich erweitert. Hat der Arbeitgeber keinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, also nach Art. 60 Abs. 1 EuGVVO weder seinen satzungsmäßigen Sitz noch seine Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem der Mitgliedstaaten, so reicht es gemäß Art. 18 Abs. 2 EuGVVO für die Anwendbarkeit des 5. Abschnitts der EuGVVO aus, wenn der Arbeitgeber eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung in einem Mitgliedstaat besitzt<sup>214</sup>. Hintergrund dieser Erweiterung des Anwendungsbereiches ar-

---

<sup>208</sup> Im Kommissionsentwurf, KOM(2010) 748 endgültig, ist vorgesehen die Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn die beklagte Partei ihren Wohnsitz außerhalb der EU hat; s. hierzu auch *Weller*, GPR 2012, 34, 37.

<sup>209</sup> S. zu dieser Problematik: *Piltz*, NJW 2002, 789, 790; *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 175; *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 327 f.; *Gebauer*, ZEuP 2001, 943, 949 ff.

<sup>210</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 176.

<sup>211</sup> *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 327.

<sup>212</sup> S. hierzu auch *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 36 f.; *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 327.

<sup>213</sup> *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 327.

<sup>214</sup> *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 37 f.

beitnehmerschützender Gerichtsstände ist der Schutz der schwächeren Partei<sup>215</sup>. Dieser Schutz wird noch durch Art. 19 EuGVVO verstärkt. Nach Art. 19 Nr. 2 lit. a) EuGVVO besteht ein weiterer Arbeitgebergerichtsstand vor dem Gericht des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Besteht solch ein gewöhnlicher Arbeitsort nach lit. a) nicht, so kann der Arbeitgeber gemäß Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO auch vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem sich die Niederlassung befindet oder befand, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Im Unterschied zu den vorherigen Gerichtsständen regelt Art. 19 Nr. 2 EuGVVO also neben der internationalen auch die örtliche Zuständigkeit<sup>216</sup>. Beide Zuständigkeitsanknüpfungen der Nr. 2 stehen hierbei logischerweise im Verhältnis der Alternativität, was auch bereits durch das negative Tatbestandsmerkmal des gewöhnlichen Arbeitsortes in Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO zum Ausdruck kommt. Entweder liegt ein gewöhnlicher Arbeitsort vor oder es ist ein solcher nicht feststellbar; eine Kombination von gewöhnlichem Arbeitsort und einstellender Niederlassung ist nicht denkbar<sup>217</sup>.

#### **aa) Gewöhnlicher Arbeitsort (lex loci laboris)**

Sowohl der Begriff des gewöhnlichen Arbeitsortes, als auch der einstellenden Niederlassung sind auch im Internationalen Privatrecht wieder zu finden. Artikel 8 Abs. 2 Rom I-VO bzw. Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO stellen parallel zur EuGVVO zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf beide Anknüpfungspunkte ab und gewähren somit einen Gleichlauf beider Systeme. Die Begriffe sind daher jeweils unionsrechtsautonom im Lichte der Rechtsprechung des EuGH auszulegen und werden nachfolgend sowohl unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und Literatur zur EuGVVO als auch zur Rom I-VO dargestellt. Der EuGH versteht unter dem gewöhnlichen Arbeitsort den Ort, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet<sup>218</sup>. Entscheidend ist also in einer Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, welchen Ort der Arbeitnehmer zu seinem beruflichen Mittelpunkt gemacht hat und an welchem er seine Tätigkeit schwerpunktmäßig verrichtet<sup>219</sup>. Artikel 8 Abs. 2 Rom I-VO macht dabei in seinem Wortlaut

---

<sup>215</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.01.1997 – C-383/95 "Rutten", AP Nr. 2 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen; *EuGH*, Urteil v. 27.02.2002 – C-37/00 "Weber", AP Nr. 4 Brüsseler Abkommen; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 38; *Mankowski*, in: Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Art. 18 Brüssel I-VO Rn. 2.

<sup>216</sup> *Kropholler/v. Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Art. 19 EuGVO Rn. 2.

<sup>217</sup> So auch *Kropholler/v. Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Art. 19 EuGVO Rn. 11; *Junker*, *Arbeitnehmereinsatz im Ausland*, S. 52.

<sup>218</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.01.1997 – C-383/95 "Rutten", AP Nr. 2 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen.

<sup>219</sup> *EuGH*, Urteil v. 27.02.2002 – C-37/00 "Weber", AP Nr. 4 Brüsseler Abkommen.

bereits deutlich, dass entweder an den Staat „in dem“ oder aber alternativ an den Staat „von dem aus“ der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, angeknüpft werden kann<sup>220</sup>. Der Gerichtshof stellt deshalb primär auf eine Eingliederung des Arbeitnehmers in einen bestimmten Betrieb ab und versucht auf Grundlage einer Gesamtschau den tatsächlichen Mittelpunkt der Arbeit festzulegen. Ist eine derartige Bestimmung aufgrund ständiger Wechseltätigkeit oder in Ermangelung eines festen Einsatzortes nicht möglich, so greift der EuGH auf ein zeitliches Kriterium zurück<sup>221</sup>. Insoweit stellt der EuGH also darauf ab, ob „der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeitszeit in einem Vertragsstaat zubringt, von dem aus er seine Tätigkeit für seinen Arbeitgeber organisiert und wohin er nach jeder im Zusammenhang mit seiner Arbeit stehenden Auslandsreise zurückkehrt“<sup>222</sup>. Der gewöhnliche Arbeitsort ist dann derjenige Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Basis („base“) hat und von wo aus er seine Tätigkeiten startet<sup>223</sup>. Nicht zwingend erforderlich ist hierbei, dass der Arbeitnehmer auf seiner „base“ auch irgendwelche Tätigkeiten ausübt. Ausreichend ist der reine Startpunkt, so dass auch etwa Piloten oder Fernfahrer unter die Regelung fallen können<sup>224</sup>. Das Gleiche gilt auch für Binnenschiffer und Arbeitnehmer auf einer Offshore-Anlage, die einem bestimmten Staat völkerrechtlich zugeordnet werden können<sup>225</sup>. Zwar hatte der Kommissionsentwurf zur Rom I-VO nur das Bordpersonal im Auge, das auch noch am Boden weitere Pflichten des Arbeitgebers, wie etwa das Einchecken oder die Durchführung von Sicherheitskontrollen,

---

<sup>220</sup> Eine entsprechende Anpassung des Wortlauts in Art. 19 Nr. 2 lit. a) EuGVVO findet sich bereits im Kommissionsentwurf „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“, KOM(2010) 748 endgültig.

<sup>221</sup> *EuGH*, Urteil v. 27.02.2002 – C-37/00 "Weber", AP Nr. 4 Brüsseler Abkommen; *EuGH*, Urteil v. 15.03.2011 – C-29/10, AP Nr. 5 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen; a.A.: *Däubler*, NZA 2003, 1297, 1299 f.

<sup>222</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.01.1997 – C-383/95 "Rutten", AP Nr. 2 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen.

<sup>223</sup> *Mankowski/Knöfel*, EuZA 2011, 521, 527.

<sup>224</sup> Anders noch *BAG*, Urteil v. 24.09.2009 – 8 AZR 306/08, AP Nr. 1 zu Art. 18 EuGVVO; s.a. *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 19 Brüssel I-VO Rn. 10; eine Besonderheit besteht bei Seemännern, da dort der gewöhnliche Arbeitsort ebenso wie bei den Piloten oder Berufskraftfahrern selbst beweglich ist, der Startpunkt aber weitaus weniger relevant ist, als bei den anderen Transportarbeitnehmern. Nach überwiegender Ansicht wird für die Zuordnung des gewöhnlichen Arbeitsortes an einen Staat auf die Flaggenzugehörigkeit des Schiffes abgestellt. Umfassend hierzu *Mankowski*, *RabelsZ* 1989, 487; *Kropholler/v. Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Art. 19 EuGVO Rn. 9a; *Deinert*, *RdA* 2009, 144, 147 f.; *BAG*, Urteil v. 24.09.2009 – 8 AZR 306/08, AP Nr. 1 zu Art. 18 EuGVVO; *Mankowski*, AP Nr. 1 zu Art. 18 EuGVVO. Da das Schiff selbst die gewöhnliche Arbeitsstätte des Seemanns bildet und dieser deshalb auch keine Arbeit außerhalb seiner gewöhnlichen Arbeitsstätte verrichtet, handelt es sich insoweit auch um keine Dienstreise.

<sup>225</sup> Vertiefend hierzu *Bayreuther*, *RIW* 2011, 446; *EuGH*, Urteil v. 27.02.2002 – C-37/00 "Weber", AP Nr. 4 Brüsseler Abkommen; *BAG*, Urteil v. 27.01.2011 – 2 AZR 646/09, AP Nr. 3 zu VO Nr. 44/2001/EG; *Kropholler/v. Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Art. 19 EuGVO Rn. 9a; Hintergrund ist, dass bei Binnenschiffern die Gewässer zur Territorialhoheit der Anrainerstaaten gehören und so der gewöhnliche Arbeitsort an einem Staat angeknüpft werden kann.

übernimmt<sup>226</sup>. Allerdings wollte der Kommissionsentwurf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 EuGVVO und dessen weiter Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Arbeitsortes ausdrücklich übernehmen<sup>227</sup>. Im Rahmen seiner Rechtsprechung stellt der EuGH als entscheidende Kriterien aber jeweils auf den Ort ab, von dem aus die Transporte durchgeführt werden, an dem Anweisungen erteilt werden, von dem aus die Arbeit durch den Arbeitnehmer organisiert wird, an dem sich die Arbeitsmittel befinden und zu dem der Arbeitnehmer nach den Fahrten zurückkehrt<sup>228</sup>. Dies bedeutet, dass gerade eine Gesamtschau erforderlich ist; bestimmte einzelne oder gar alle Kriterien aber nicht zwingend erfüllt sein müssen. Die Tatsache, dass auch reine Transportarbeiter ohne jede Tätigkeit am Stützpunkt eine „base“ begründen und dort einen gewöhnlichen Arbeitsort haben können, ergibt sich auch im Hinblick auf den Schutz des Arbeitnehmers als der schwächeren Vertragspartei, der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkannt und gefordert wird<sup>229</sup>.

Hat der Arbeitnehmer im Feststellungszeitpunkt keinen gewöhnlichen Arbeitsort, so ermöglicht Art. 19 Nr. 2 lit. a) EuGVVO auch die Begründung einer Zuständigkeit an dem Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeit zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Hiermit kann entgegen anderer Ansicht<sup>230</sup> sinnvoll aber nur ein zeitlich früherer gewöhnlicher Arbeitsort gemeint sein<sup>231</sup>. Würde man der anderen Betrachtungsweise folgen, die auch Fälle darunter fassen will, bei denen kein gewöhnlicher Arbeitsort bestand, dann aber in der letzten Phase des Arbeitsverhältnisses ein beruflicher Schwerpunkt an einem bestimmten Ort lag, so würde dies Art. 19 Nr. 2 lit. a) 2. Var. EuGVVO zumindest teilweise obsolet werden lassen. Hat nämlich der Arbeitnehmer in der letzten Phase einen beruflichen Schwerpunkt an einem bestimmten Ort begründet, so wäre dies doch gerade sein gewöhnlicher Arbeitsort aus Art. 19 Nr. 2 lit. a) 1. Var. EuGVVO. Reicht hingegen die zuletzt ausgeübte Tätigkeit zur Begründung eines gewöhnlichen Arbeitsortes nicht aus, so kann auch die 2. Var. nicht zur Begründung eines Gerichtsstandes führen, da dort ebenfalls das Vorliegen eines gewöhnli-

---

<sup>226</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vorgelegt von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM(2005) 650 endgültig, S. 8.

<sup>227</sup> KOM(2005) 650 endgültig, S. 8.

<sup>228</sup> *EuGH*, Urteil v. 15.03.2011 – C-29/10 "Koelzsch", AP Nr. 5 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen.

<sup>229</sup> So etwa *EuGH*, Urteil v. 15.03.2011 – C-29/10 "Koelzsch", AP Nr. 5 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen; *EuGH*, Urteil v. 09.01.1997 – C-383/95 "Rutten", AP Nr. 2 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen.

<sup>230</sup> *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 6: Dieser bezieht sich auf den Fall, dass ein Arbeitnehmer früher etwa seinen Arbeitsort öfter gewechselt hat und aber zumindest in der letzten Phase seines Arbeitsverhältnisses einen beruflichen Schwerpunkt an einem bestimmten Ort hatte und verweist hierzu auf die Rspr. des EuGH vom 13.07.1993 – C-125/92 in der Sache "Mulox IBC".

<sup>231</sup> So auch *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Art. 19 EuGVVO Rn. 5; *Däubler*, NZA 2003, 1297, 1300.

chen Arbeitsortes gefordert wird. Der europäische Ordnungsgeber wollte vielmehr nur eine zeitliche Variable einführen, indem er etwa bereits beendete Arbeitsverhältnisse im Blick hatte. In diesen Fällen hat der Arbeitnehmer etwa nach einer Kündigung aktuell keinen gewöhnlichen Arbeitsort mehr, hatte aber einen solchen bis „zuletzt“ am gewöhnlichen Arbeitsort.

Interessant erscheint daher auch die Frage, ob kurzfristige Auslandsdienstreisen dazu führen können, dass für diese Zeit der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers im Ausland begründet werden kann. Solch eine Annahme ist sicherlich für ganz kurzfristige Dienstreisen nicht begründbar. Für mehrmonatige Auslandsdienstreisen könnte man aber davon ausgehen, dass sich der Mittelpunkt der Arbeit durchaus ins Ausland verschoben haben könnte. Beispielsweise ein Arbeitnehmer mit Leitungsfunktion hat im Ausland eventuell sein eigenes Büro und ist in die dortigen Betriebsabläufe integriert. Hierfür könnte auch gerade der Umstand sprechen, dass in der EuGVVO anders als in Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO keine vergleichbare Regelung aufgenommen wurde, wonach eine vorübergehende Entsendung in einen anderen Staat unschädlich ist und nicht zu einer anderen Anknüpfung führt.

Gegen solch eine Ansicht sprechen allerdings schwerwiegende Argumente. So ist die EuGVVO älter als die Rom I-VO, so dass das Fehlen einer vergleichbaren Regelung in der EuGVVO nicht als Argument dafür genommen werden kann, dass der Ordnungsgeber hierauf bewusst verzichtet habe. Es kann eher davon ausgegangen werden, dass der Ordnungsgeber bei der Regelung der EuGVVO noch nicht die Entsendeproblematik bedachte, da auch keine sachlichen Gründe ersichtlich sind, weshalb der Ordnungsgeber i.R.d. EuGVVO zu einer anderen Anknüpfung gelangen wollte. Daher wenden sowohl der EuGH<sup>232</sup> als auch die Literatur<sup>233</sup> in systematischer Auslegung des europäischen Rechts zur Wahrung des Gleichlaufs den Entsendegrundsatz auch i.R.d. EuGVVO an, um eine Häufung von Gerichtsständen und damit sich möglicherweise widersprechender Entscheidungen zu vermeiden. Weiterhin sprechen auch einfache praktische Erwägungen für eine analoge Anwendung. Der Arbeitnehmer soll sich an das Gericht wenden können, vor dem er kostengünstig Klage erheben kann. Zudem könnte eine Verschiebung des Gerichtstandes ins Ausland dazu führen, dass der Arbeitgeber diesen Automatismus zu seinen Zwecken ausnutzt und den Arbeitneh-

---

<sup>232</sup> *EuGH*, Urteil v. 13.07.1993 – C-125/92 "Mulox IBC", Slg. 1993, I-04075; *EuGH*, Urteil v. 09.01.1997 – C-383/95 "Rutten", AP Nr. 2 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen; *EuGH*, Urteil v. 27.02.2002 – C-37/00 "Weber", AP Nr. 4 Brüsseler Abkommen.

<sup>233</sup> *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 7; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 52; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 65; *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 19 Brüssel I-VO Rn. 7.

mer missbräuchlich auf Dienstreise schickt. Gerade wenn man davon ausgeht, dass auch eine kurzfristige Auslandsdienstreife Einfluss auf den gewöhnlichen Arbeitsort haben kann, würde dies dazu führen, dass es mangels gewöhnlichen Arbeitsortes zur Anwendung des arbeitgeberfreundlichen Gerichtsstandes der einstellenden Niederlassung nach Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO kommt<sup>234</sup>. Dies widerspräche aber dem Schutzzweck des Art. 19 EuGVVO. Diese Missbrauchsgefahr hat auch der EuGH erkannt und konstruiert auf Grundlage eines weiten Begriffsverständnisses eine Anknüpfung zum gewöhnlichen Arbeitsort soweit dies irgendwie noch vertretbar erscheint<sup>235</sup>. Der Arbeitgebergerichtsstand der einstellenden Niederlassung nach Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO spielt daher in der Praxis kaum eine Rolle.

Ein weiteres Problem stellen die sogenannten doppelten Arbeitsverhältnisse dar (mehr hierzu unter 4. Teil), bei denen der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag mit dem eigentlichen Arbeitgeber hat (Rumpfarbeitsverhältnis) und für die Dauer der Dienstreife noch einen zweiten Arbeitsvertrag mit einem lokalen Arbeitgeber abschließt (Lokalarbeitsverhältnis). Würde man beide Arbeitsverhältnisse rechtlich strikt voneinander trennen, so würde dies dazu führen, dass der Arbeitnehmer im Rumpfarbeitsverhältnis seinen gewöhnlichen Arbeitsort aufgrund der nur vorübergehenden Entsendung beibehalten würde, obwohl er dort tatsächlich nicht arbeitet<sup>236</sup>. Im Lokalarbeitsverhältnis hingegen würde der Entsendeort auch den gewöhnlichen Arbeitsort begründen, da in diesem Arbeitsverhältnis eben nur dieser Arbeitsort besteht. Allerdings könnte diese Sichtweise dazu führen, dass die gerade im Rahmen von Dienstreifen bestehende starke Verbindung zwischen beiden Arbeitsverträgen nicht ausreichend berücksichtigt würde. Zu Art. 5 EuGVÜ hatte der EuGH mit einer solchen Begründung entschieden, dass der Arbeitgeber aus dem Rumpfarbeitsverhältnis auch am gewöhnlichen Arbeitsort aus dem Lokalarbeitsverhältnis verklagt werden kann, „wenn der erste Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Abschlusses des zweiten Vertrages selbst ein Interesse an der Erfüllung der Leistung hatte, die der Arbeitnehmer für den zweiten Arbeitgeber an einem von diesem bestimmten Ort erbringt“<sup>237</sup>. In diesem Fall bestünde zwischen den Verträgen eine enge Verbindung. Ob ein ausreichendes Interesse vorhanden ist, will der EuGH anhand verschiedener Kriterien unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls überprüfen, wobei er unter anderem die weiter fortbestehende Weisungsbefugnis des ersten Arbeitgebers und die Tatsache, dass der erste

---

<sup>234</sup> So auch *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 7.

<sup>235</sup> *Mankowski/Knöfel*, EuZA 2011, 521, 526; *EuGH*, Urteil v. 15.12.2011 – C-384/10 "Voogsgaard", EzA VO 593/2008 EG-Vertrag 1999 Nr. 2; *EuGH*, Urteil v. 15.03.2011 – C-29/10 "Koelzsch", AP Nr. 5 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen.

<sup>236</sup> So etwa *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 19 Brüssel I-VO Rn. 12.

<sup>237</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2003 – C-437/00 "Pugliese", Slg. 2003, I-03573, Nr. 23.

Arbeitgeber die Dauer der Tätigkeit des Arbeitnehmers beim zweiten Arbeitgeber bestimmen kann, berücksichtigen will<sup>238</sup>. Diese Kriterien sind bei doppelten Arbeitsverhältnissen gerade im Rahmen von Dienstreisen in der Regel wohl erfüllt, so dass davon ausgegangen werden kann, dass eine hinreichend enge Verbindung nach der Auffassung des EuGH besteht. Es ist allerdings ernsthaft zu bezweifeln, dass der EuGH auch unter Geltung der EuGVVO an dieser Rechtsprechung festhält. Bereits auf den ersten Blick erscheint es geradezu willkürlich, weshalb derjenige Arbeitnehmer ein Wahlrecht haben sollte, der zusätzlich zum Rumpfarbeitsverhältnis auch noch einem Lokalarbeitsverhältnis unterliegt. Faktisch wird der Arbeitnehmer bei kurzfristigen Auslandseinsätzen diesen ausländischen Gerichtsstand auch nicht in Erwägung ziehen, wenn gleichzeitig ein heimisches Gericht zuständig ist. Auch bei näherer Beleuchtung der Problematik wird deutlich, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung dem Grunde nach die Ausweichklausel aus der Rom I-VO auf die EuGVVO transferieren und hierüber einen weiteren Gerichtsstand im Staat des Lokalarbeitsverhältnisses begründen will<sup>239</sup>. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO für das Europäische Privatrecht gerade ausdrücklich bestimmt, dass eine vorübergehende Entsendung nicht zu einem Wechsel des Vertragsstatuts führt. Dies gilt auch im Falle von zwei aufeinander bezogenen Arbeitsverhältnissen, was sich aus Erwägungsgrund 36 S. 2 Rom I-VO ergibt<sup>240</sup>. Zwar werden dort ausdrücklich nur die unternehmensinternen Entsendungen und Entsendeverträge mit dem Stammarbeitgeber erwähnt. Da die Auslandsdienstreise aber, wie gezeigt, gleichbedeutend mit einer kurzfristigen Entsendung ist, gilt dies auch für alle Fälle des Abschlusses von Lokalarbeitsverhältnissen. Dies führt aufgrund des gebotenen Gleichlaufs von Zuständigkeit und anwendbarem Recht aber dazu, dass eine vorübergehende Entsendung auch bei Abschluss eines Lokalarbeitsverhältnisses nichts an der ursprünglichen Gerichtszuständigkeit verändert. Weiterhin hat der EuGH in seiner Rechtsprechung sehr unklare Kriterien zur Annahme eines ausreichenden Arbeitgeberinteresses aufgestellt, die im Einzelfall zu großer Rechtsunsicherheit führen dürften<sup>241</sup>. Gerade aber bei der Bestimmung und der Vorhersehbarkeit von Gerichtsständen ist aber kein Raum für Unsicherheiten. Der erweiterte Schutz des Arbeitnehmers darf zur Rechtfertigung allein nicht ausreichen, zumal diese Besserstellung des

---

<sup>238</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2003 – C-437/00 "Pugliese", Slg. 2003, I-03573, Nr. 24.

<sup>239</sup> *Krebber*, IPRax 2004, 309, 312 f.

<sup>240</sup> *Schlachter*, in: *ErfK*, Art. 9 Rom I-VO Rn. 13; *Deinert*, RdA 2009, 144, 146; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 8.

<sup>241</sup> Sehr kritisch hierzu *Mankowski*, RIW 2004, 133, 135 f.; *Krebber*, IPRax 2004, 309, 313; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 8.

Arbeitnehmers sicherlich nicht für das Vertragsstatut gelten dürfte<sup>242</sup>. Folglich muss es bei der strikten Trennung von Rumpf- und Lokalarbeitsverhältnis bleiben, mit der Folge, dass sich die Auslandsdienstreise im Rumpfarbeitsverhältnis nur als eine vorübergehende Entsendung darstellt, welche die internationale Zuständigkeit nicht berührt<sup>243</sup>.

### **bb) Die einstellende Niederlassung**

Wie bereits dargestellt, kommt eine Anknüpfung an die einstellende Niederlassung nur in Betracht, wenn ein gewöhnlicher Arbeitsort nicht bestimmt werden kann (Alternativität der Anknüpfung)<sup>244</sup>. Nicht anwendbar ist Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO hingegen in den Fällen, in denen ein gewöhnlicher Arbeitsort in einem Drittstaat existiert<sup>245</sup>. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO, der für die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung voraussetzt, dass „der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben *Staat* verrichtet oder verrichtet hat“. Anders als etwa in Art. 19 Nr. 2 lit. a) EuGVVO wird also nicht nur auf Mitgliedstaaten, sondern auch allgemein auf alle Drittstaaten abgestellt.

Was nun aber unter der einstellenden Niederlassung zu verstehen ist, geht weder aus der EuGVVO noch aus der Rom I-VO hervor. Weitestgehend unbestritten ist hierbei zunächst einmal, dass der Begriff der Niederlassung sehr weit zu verstehen ist<sup>246</sup>. Ausreichend ist bereits jede Wirtschaftseinheit, wie dies auch in Art. 5 Nr. 5 und 18 Abs. 2 EuGVVO zum Ausdruck kommt<sup>247</sup>. Auch eine Auflösung oder Verlegung der Niederlassung innerhalb der Mitgliedstaaten kann den Gerichtsstand nicht mehr verändern. Zum Schutze des Arbeitnehmers bleibt der einmal bestehende Gerichtsstand weiterhin erhalten, es sei denn der Arbeitgeber hat im Zeitpunkt der Klageerhebung gar keine Niederlassung mehr in den Mitgliedstaaten. In diesem Fall ist Art. 18 Abs. 2 EuGVVO bereits nicht mehr anwendbar („besitzt“), so dass auch Art. 19 Nr. 2 lit. b) nicht mehr anwendbar ist<sup>248</sup>.

---

<sup>242</sup> *Deinert*, RdA 2009, 144, 146.

<sup>243</sup> So auch im Ergebnis *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 19 Brüssel I-VO Rn. 12 f.; *Mankowski*, RIW 2004, 481, 489 f.

<sup>244</sup> Möglich ist auch, dass zwei oder mehrere gewöhnliche Arbeitsorte nebeneinander bestehen. In diesen Fällen ist ebenfalls auf Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO zurückzugreifen.

<sup>245</sup> *EuGH*, Urteil v. 15.03.2011 – C-29/10 "Koelzsch", AP Nr. 5 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen.

<sup>246</sup> *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 13; *EuGH*, Urteil v. 15.12.2011 – C-384/10 "Voogsgeerd", EzA VO 593/2008 EG-Vertrag 1999 Nr. 2.

<sup>247</sup> A.A.: *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 18 Brüssel I-VO Rn. 12, der zwischen unternehmensinternen und –externen Streitigkeiten differenziert.

<sup>248</sup> *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 13.



Sehr viel komplizierter und auch häufiger diskutiert war bislang die Frage, was unter einer Einstellung i.S.d. Art. 19 EuGVVO zu verstehen ist. Einige Autoren sehen die einstellende Niederlassung als den Ort an, an dem der Arbeitnehmer organisatorisch eingebunden ist und tatsächlich eingesetzt wird (*Eingliederungstheorie*)<sup>249</sup>. Sie wollen damit vermeiden, dass sich der Arbeitgeber durch den von ihm beliebig lokalisierbaren Abschluss des Arbeitsvertrages den für ihn günstigsten Gerichtsstand auswählt<sup>250</sup>. Die Voraussetzungen einer Eingliederung will diese Ansicht in analoger Anwendung § 99 BetrVG entnehmen<sup>251</sup>. Die Gegenansicht stellt entscheidend auf den Abschluss des Vertrages ab (*Unterschriftstheorie*)<sup>252</sup>. Begründet wird diese Auffassung damit, dass es in den Anwendungsfällen des Art. 19 Nr. 2 lit. b) EuGVVO bzw. Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO an einem einzigen tatsächlichen Arbeitsort fehlt. Von daher sei es auch gerade nicht möglich an einen solchen Ort i.R.d. einstellenden Niederlassung anzuknüpfen<sup>253</sup>. Möglichen Manipulationen seitens des Arbeitgebers durch Einrichtung einer Niederlassung, welche nur der Einstellung von Arbeitnehmern diene, könne dadurch begegnet werden, dass man unter dem Begriff der Niederlassung nur solche Einrichtungen verstehe, die durch Steuerung und Organisation der Beschäftigten unmittelbar dem Betriebszweck dienen<sup>254</sup>. Einen vermittelnde Ansicht stellt derweil zunächst auf den Vertragsschluss ab, will aber in den Fällen, in denen die Niederlassung des Arbeitgebers nicht mit der Durchführung des Arbeitsvertrages vertraut ist, auf den Betrieb abstellen, der personalverwaltungstechnisch die Betreuung des Arbeitnehmers übernommen hat, ohne an die organisatorische Eingliederung anzuknüpfen<sup>255</sup>. Der EuGH hat sich nun mit Urteil vom 15.12.2011 in der Rs. *Voogsgeerd* der *Unterschriftstheorie* angeschlossen und ebenfalls auf den Vertragsschluss abgestellt<sup>256</sup>. In seiner Begründung führt der Gerichtshof zunächst einmal aus, dass bereits der Wortlaut „einstellende“ den Abschluss des Arbeitsvertrages als Anknüpfungsmoment nahelege. Sehr viel überzeugender erscheint aber ein weiteres systematisches Argument. Könnte das Gericht keinen gewöhnlichen Arbeitsort feststellen, so dürfe die subsidiäre Anknüpfung an die einstellende Niederlassung nicht wiederum von den gleichen Kriterien abhängig gemacht

---

<sup>249</sup> *Deinert*, RdA 2009, 144, 147; *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 334; *Däubler*, RIW 1987, 249, 251; *Bitter*, IPRax 2008, 96, 100; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 145.

<sup>250</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 19 Brüssel I-VO Rn. 19.

<sup>251</sup> *Däubler*, RIW 1987, 249, 251.

<sup>252</sup> *Schlachter*, NZA 2000, 57, 60; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 13a; *Däubler*, NZA 2003, 1297, 1300.

<sup>253</sup> Vgl. *Schlachter*, NZA 2000, 57, 60.

<sup>254</sup> *Schlachter*, NZA 2000, 57, 60.

<sup>255</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 74.

<sup>256</sup> *EuGH*, Urteil v. 15.12.2011 – C-384/10 "*Voogsgeerd*", EzA VO 593/2008 EG-Vertrag 1999 Nr. 2.

werden<sup>257</sup>. Genau dazu würde aber die Feststellung einer Eingliederung führen. Könnte das Gericht keinen gewöhnlichen Arbeitsort bestimmen, so wäre es widersinnig nun i.R.d. Anknüpfung an die einstellende Niederlassung wiederum auf den tatsächlichen Beschäftigungs-ort abzustellen<sup>258</sup>. Dies erscheint auch im Hinblick auf die gebotene Rechtssicherheit gerade im Internationalen Zivilprozessrecht geboten<sup>259</sup>. Es sollte sowohl für den Arbeitnehmer, als auch für den Arbeitgeber vorhersehbar sein in welchem Land der Gerichtsstand eröffnet ist. Als weiteres Korrektiv dient die unter cc) dargestellte Ausweichklausel, wenn eine engere Verbindung zu einem anderen Arbeitsort besteht. Diesen Gedanken hat auch die vermittelnde Ansicht aufgegriffen, indem sie subsidiär auf die personalverwaltungstechnische Betreuung abstellt. Allerdings sollte im Hinblick auf die geforderte Rechtssicherheit eine subsidiäre Anknüpfung an die personelle Betreuung nicht bereits Teil des Begriffsverständnisses sein. In der Praxis kommt es durchaus vor, dass auch die personalverwaltungstechnische Betreuung länderübergreifend stattfindet und daher auch hierüber keine konkrete Anknüpfung hergestellt werden kann. Mögliche Korrekturen sollten folglich nur über die Ausweichklausel stattfinden, wobei hierfür die reine personelle Betreuung nicht ausreichend sein dürfte.

### cc) Ausweichklausel

Der EuGH lässt zur Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsortes auch im Verfahrensrecht eine systematische Ausnahme zu. In den Fällen, in denen das Arbeitsverhältnis eine engere Verbindung zu einem anderen Arbeitsort aufweist, wird dieser Ort zum Arbeitgebergerichtsstand<sup>260</sup>. Dieses Korrektiv ist in der Rom I-VO in Art. 8 Abs. 4 ausdrücklich normiert und findet aufgrund des Gleichlaufs auch in der EuGVVO Anwendung<sup>261</sup>. Es soll der Einzelfallgerechtigkeit dienen, ist aber gerade im Einzelfall problematisch. So stellt sich die Frage, wann genau denn solch eine engere Verbindung zu einem anderen Staat vorliegen sollte. Allgemeine und abstrakte Regeln hierzu verbieten sich, da immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt werden muss. Dennoch wird man wohl sagen müssen, dass gewisse Umstände

---

<sup>257</sup> So auch *Winkler von Mohrenfels*, EuZA 2012, 368, 377 f.

<sup>258</sup> *EuGH*, Urteil v. 15.12.2011 – C-384/10 "Voogsgeerd", EuZW 2012, 61; kritisch hierzu *Lüttringshaus/Schmidt-Westphal*, EuZW 2012, 139, 140.

<sup>259</sup> *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 19 EuGVO Rn. 13a.

<sup>260</sup> So etwa *EuGH*, Urteil v. 27.02.2002 – C-37/00 "Weber", AP Nr. 4 Brüsseler Abkommen; *EuGH*, Urteil v. 15.12.2011 – C-384/10 "Voogsgeerd", EzA VO 593/2008 EG-Vertrag 1999 Nr. 2; ablehnend *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 52 f., der eine planmäßige Regelungslücke annimmt. Eine Ausweichklausel sei mit der notwendigen Rechtssicherheit im Internationalen Zivilprozessrecht unvereinbar. Hintergrund ist, dass eine entsprechende Regelung in Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO ausdrücklich aufgenommen wurde.

<sup>261</sup> Kritisch zur Anerkennung einer Ausweichklausel *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 19 Brüssel I-VO Rn. 3; *Krebber*, IPRax 2004, 309, 313.

für eine Verschiebung sprechen könnten, wie etwa gemeinsame Staatsangehörigkeiten<sup>262</sup> oder der Ort des Vertragsschlusses<sup>263</sup>. Eine Vorlage an den EuGH mit der Frage, ob tatsächlich eine engere Verbindung besteht, ist allerdings nicht statthaft, da der EuGH nur über generelle Auslegungsfragen entscheiden kann<sup>264</sup>. Unzweifelhaft müssen aber dringende Gründe für eine Abkehr von der Regelanknüpfung sprechen. Die Umstände, die für eine engere Verbindung zu einem anderen Staat sprechen, müssen ausreichend gewichtig sein und dürfen nicht bloß nebensächlicher Natur sein. Nur dann ist eine Heranziehung der restriktiv anzuwendenden Ausweichklausel denkbar.

#### **dd) Sonstige Gerichtsstände**

Ein weiterer Gerichtsstand bei Aktivprozessen des Arbeitnehmers liegt gemäß Art. 18 Abs. 1 EuGVVO i.V.m. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO am Ort der Niederlassung, wenn es sich um eine Streitigkeit aus dem Betrieb der Niederlassung handelt<sup>265</sup>. Neben dieser Betriebsbezogenheit der Streitigkeit ist es bislang<sup>266</sup> auch erforderlich, dass der Arbeitgeber seinen Wohnsitz innerhalb der Mitgliedstaaten der EuGVVO hat.

Auch die jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetze des Art. 6 der Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG) begründen aufgrund der Regelung in Art. 67 EuGVVO einen weiteren zusätzlichen Arbeitgebergerichtsstand im Aufnahmestaat für die Durchsetzung des Rechts auf die in Art. 3 RL 96/71/EG gewährleisteten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen<sup>267</sup>.

Für deliktische Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis besteht neben dem allgemeinen Gerichtsstand aus Art. 2 Abs. 1 EuGVVO nur der Gerichtsstand aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO, da Art. 18 Abs. 1 EuGVVO den Gerichtsstand aus Delikt ausdrücklich nicht vorbehält. Diese bewusste Trennung von vertraglichen und außervertraglichen Ansprüchen wird im gesamten EuGVVO deutlich und gilt daher auch für den Fall von konkurrierenden Delikts- und Arbeitsvertragsansprüchen<sup>268</sup>.

---

<sup>262</sup> In diese Richtung auch *Deinert*, RdA 2009, 144, 147.

<sup>263</sup> *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 341.

<sup>264</sup> *Deinert*, RdA 2009, 144, 147.

<sup>265</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 18 Brüssel I-VO Rn. 14 ff.; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Art. 5 EuGVVO Rn. 22.

<sup>266</sup> Anders KOM(2005) 650 endgültig, S. 26.

<sup>267</sup> *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 332; so z. B. § 15 AEntG in Deutschland; nicht ausdrücklich umgesetzt wurde Art. 6 Entsenderichtlinie in Irland und dem Vereinigten Königreich, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Durchführung der RL 96/71/EG in den Mitgliedstaaten, KOM(2003) 458 endgültig, S. 12.

<sup>268</sup> *Junker*, NZA 2005, 199, 203; *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 18 Brüssel I-VO Rn. 2b.

## b) Gerichtsstand für Klagen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer

Der Gerichtsstand für Klagen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer (Arbeitnehmergerichtsstand) wird in Art. 20 EuGVVO geregelt. Nach Abs. 1 kann eine Klage grds. nur am Wohnsitz des Arbeitnehmers (Art. 59 EuGVVO) erhoben werden, wobei der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung des Wohnsitzes die Klageerhebung darstellt<sup>269</sup>. Diese alleinige Anknüpfung am Wohnsitz des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Klageerhebung führt unter Umständen zu einem Auseinanderfallen von *forum* und *ius*<sup>270</sup> und hat vereinzelt für Kritik gesorgt. Ähnlich wie zuvor bei der Anknüpfung an der einstellenden Niederlassung bestehen auch hier Bedenken, dass der Beklagte, in diesem Fall also der Arbeitnehmer, diese Anknüpfung missbraucht und seinen Wohnsitz nur deshalb verlegen könnte, um eine Klage seitens des Arbeitgebers zu erschweren<sup>271</sup>. Diese Kritik ist allerdings nicht berechtigt. Zwar ist es richtig, dass sich das Auffinden einer Person auch innerhalb der EU als schwierig erweisen kann. Selbst bei Bezug von staatlichen Leistungen oder Leistungen eines Rententrägers sind zwar die nationalen Gerichte zur Ermittlung der neuen Anschrift berufen, es handelt sich aber oft um Konten mit fiktiven Adressen, so dass ein Aufspüren nicht möglich ist. Allerdings dürfte es bereits nicht die Regel darstellen, dass der Arbeitnehmer aufgrund einer drohenden Klage seines Arbeitgebers den Wohnsitz ins Ausland verlegt. Aber selbst dann hat der EuGH jüngst geurteilt, dass in den Fällen, in denen ein Verbraucher keine neue Adresse hinterlässt und diese auch nicht durch die nationalen Gerichte festgestellt werden kann, der Grundsatz gilt, dass der Verbraucher bei dem Gericht zu verklagen ist, in dessen Bezirk er seinen letzten Wohnsitz hatte<sup>272</sup>. Daher bleibt dem Arbeitnehmer nur noch die Möglichkeit das Verfahren dadurch zu erschweren, dass der Arbeitgeber gezwungen ist vor einem Gericht eines anderen Mitgliedstaats seine Rechte durchzusetzen. Hiergegen kann sich der Arbeitgeber auch nicht durch eine vorbeugende Gerichtsstandsvereinbarung wehren (s. hierzu unter 2. Teil, E.I.4.). Es gilt aber zu beachten, dass in diesen Fällen der Arbeitgeber zur Vollstreckung des Urteils dieses nicht mehr durch das Gericht des Vertragsstaates anerkennen lassen muss, sondern direkt vollstrecken kann<sup>273</sup>. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer mit einer Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland auch ein erhebliches Vollstreckungsrisiko eingeht.

---

<sup>269</sup> *Hießtege*, in: Thomas/Putzo, Art. 20 EuGVVO Rn. 1.

<sup>270</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 20 Brüssel I-VO Rn. 2.

<sup>271</sup> *Junker*, NZA 2005, 199, 202.

<sup>272</sup> *EuGH*, Urteil v. 17.11.2011 – C-327/10 "Lindner", NJW 2012, 1199, 1201: die Entscheidung erging zum Verbraucherrecht nach Art. 16 Abs. 2 EuGVVO, ist aber auch auf Arbeitnehmer entsprechend anwendbar.

<sup>273</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 20 Brüssel I-VO Rn. 2.

## 2. Anerkennung von arbeitsrechtlichen Entscheidungen durch die EuGVVO

Nachdem nun die Grundsätze der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit durch die EuGVVO dargestellt wurden, bleibt zu klären, was im Falle einer von einem unzuständigen Gericht getroffenen Entscheidung geschieht. Eine Antwort auf diese Frage gibt Art. 35 Abs. 3 EuGVVO, wonach die Zuständigkeit des Erstgerichts nicht mehr überprüft werden darf. Für Arbeitsachen wurde explizit keine Ausnahme in Art. 35 Abs. 1 EuGVVO gemacht, so dass insoweit eine Schlechterstellung gegenüber den Verbrauchern bzw. Versicherten besteht<sup>274</sup>. Dies bedeutet im Ergebnis, dass Entscheidungen auch dann wirksam sind und anerkannt bzw. vollstreckt werden können, wenn sie unter Verletzung der Zuständigkeitsvorschriften zustande gekommen sind. Dies gilt auch dann, wenn die internationale Zuständigkeit sogar vorsätzlich missachtet wurde, da Art. 35 Abs. 3 S. 2 EuGVVO insoweit klarstellt, dass die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit nicht zum *ordre public* gehören<sup>275</sup>. Eine Anerkennung der Entscheidung innerhalb der Mitgliedstaaten findet dann nach Art. 33 Abs. 1 EuGVVO prinzipiell ohne ein weiteres Verfahren statt. Dies hat zur Folge, dass die anerkannte ausländische Entscheidung auch im Anerkennungsstaat dieselbe rechtliche Wirkung entfaltet wie im Urteilsstaat<sup>276</sup>. Allerdings sieht Art. 34 Nr. 1-4 EuGVVO Fälle vor, in denen eine Entscheidung nicht anerkannt wird. Der für die Auslandsdienstreise wichtigste Fall dürfte derjenige der Nr. 3 sein, wonach inländischen Entscheidungen zwischen beiden Parteien ein unbedingter Vorrang vor der ausländischen Entscheidung eingeräumt wird.

## 3. Gerichtsstände außerhalb der EuGVVO

Wie bereits oben dargestellt wurde, findet die EuGVVO bislang nur dann Anwendung, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz innerhalb der Mitgliedstaaten hat<sup>277</sup>. Hierfür ist es gemäß Art. 18 Abs. 2 EuGVVO auch ausreichend, wenn der Arbeitgeber zwar seinen Sitz in einem Drittstaat hat, aber eine Niederlassung innerhalb der EU besitzt. Folglich gibt es bei der Auslandsdienstreise auch Konstellationen, bei denen die EuGVVO nicht zur Anwendung kommt.

---

<sup>274</sup> Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325, 332.

<sup>275</sup> Kritisch hierzu Kropholler/v. Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 35 Brüssel I-VO Rn. 12.

<sup>276</sup> EuGH, Urteil v. 04.02.1988 – C-145/86 "Hoffmann", Slg. 1988, 00645.

<sup>277</sup> KOM(2010) 748 endgültig sieht unter anderem eine Ausweitung der Zuständigkeitsvorschriften auf Streitsachen an, bei denen der Beklagte Drittstaatsangehöriger ist.

### a) **EuGVÜ**

Mit Inkrafttreten des Abkommens zwischen der EU und Dänemark am 01.07.2007 gibt es für das EuGVÜ im Prinzip keinen Anwendungsbereich mehr. Das EuGVÜ findet daher nur auf Streitigkeiten Anwendung, die vor dem 01.03.2002 anhängig geworden sind.

### b) **Luganer Übereinkommen**

Für Auslandsdienstreisen nach Norwegen und in die Schweiz gilt zur Bestimmung des Gerichtsstandes das revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen<sup>278</sup> (LugÜ 2007). Diese Fassung regelt die Zuständigkeit für individuelle Arbeitsverträge parallel zu den Bestimmungen der EuGVVO und ist ihr wortlautgetreu nachempfunden, um die Parallelität innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums der EFTA-Staaten nach Einführung der EuGVVO wiederherzustellen. Insoweit kann auf die oben dargestellten Grundsätze vollständig verwiesen werden.

Für Fälle, in denen der Beklagte seinen Wohnsitz in Island hat, verbleibt es zunächst bei der Anwendung des ursprünglichen Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1988<sup>279</sup> (LugÜ 1988). Eine Ratifizierung des LugÜ 2007 durch Island ist vermutlich auch nicht mehr zu erwarten, da Island bereits einen Antrag auf Beitritt zur EU gestellt hat<sup>280</sup>. Das LugÜ 1988 wird daher mittelfristig ebenfalls keine Anwendung mehr finden.

### c) **Internationale zivilprozessuale Grundsätze**

Hat der Beklagte seinen Wohnsitz weder in einem Mitgliedstaat der EU noch in einem Staat im Geltungsbereich des LugÜ, gilt das jeweilige nationale Verfahrensrecht. Wird also etwa ein Arbeitgeber mit Wohnsitz in den Vereinigten Staaten von einem Arbeitnehmer in Deutschland verklagt, so richtet sich die internationale Zuständigkeit gemäß Art. 4 Abs. 1 EuGVVO nach deutschem Verfahrensrecht<sup>281</sup>. Dies gilt im Übrigen auch für reine Inlands-sachverhalte, auf welche die EuGVVO bereits keine Anwendung findet. Da das deutsche Zivilprozessrecht aber keine Regelungen hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit berei-

---

<sup>278</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 01.01.2010, ABIEU 2010 Nr. L 140, S. 1.

<sup>279</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.09.1988, BGBl. 1994 II S. 2660.

<sup>280</sup> *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2011, Einleitung EuGVO, Rn. 91.

<sup>281</sup> *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2011, Einleitung EuGVO, Rn. 101.

thält, werden die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit analog angewandt<sup>282</sup>. Für Dienstreisen nach Liechtenstein verbleibt es bei der Anwendung des jeweiligen nationalen Verfahrensrechts, da Liechtenstein zwar zur Europäischen Freihandelszone (EFTA) gehört, aber weder der EU zugehörig ist noch das LugÜ ratifiziert hat.

#### 4. Gerichtsstandsvereinbarungen

Aufgrund der drohenden Befassung eines ausländischen Gerichts mit der Rechtssache sind die beteiligten Parteien oft daran interessiert ein Gericht in einem ihnen bekannten Rechtssystem anzurufen, weshalb Gerichtsstandsvereinbarungen in der Praxis die absolute Regel sind. Im Folgenden soll deshalb dargestellt werden, inwiefern solche Gerichtsstandsvereinbarungen auch im Arbeitsrecht zulässig sind, da sie im Falle ihrer Wirksamkeit den Verordnungsgerichtsständen der EuGVVO vorgehen würden.

Für den Bereich des Arbeitsrechts beantworten Art. 21 EuGVVO und Art. 23 EuGVVO die Frage nach der Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen. Gemäß Art. 21 EuGVVO ist solch eine Abrede nur dann zulässig, wenn die Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird (Art. 21 Nr. 1 EuGVVO) oder wenn sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in diesem Abschnitt angeführten Gerichte anzurufen (Art. 21 Nr. 2 EuGVVO). Ein Schutz des Arbeitgebers vor einer Wohnsitzverlegung des Arbeitnehmers wie in Art. 13 EuGVVO und Art. 17 EuGVVO gibt es nicht. Hieraus wird klar, dass die EuGVVO eine Gerichtsstandsvereinbarung nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässt, um den effektiven Schutz des Arbeitnehmers, der schwächeren Partei, als elementaren Grundsatz der Verordnung konsequent zu gewährleisten<sup>283</sup>. So sind vorbeugende Gerichtsstandsabreden nur dann zulässig, wenn sie dem Arbeitnehmer weitere Gerichtsstände prorogieren. Eine präventive Derogation ist generell nicht möglich, so dass alle ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarungen in Arbeitsverträgen unwirksam sind<sup>284</sup>. Dies gilt auch für den Fall, dass die Parteien die Zuständigkeit eines Gerichts in einem Drittstaat vereinbaren<sup>285</sup>. Zwar erfasst Art. 23 Abs. 1 S. 1 EuGVVO nach seinem eindeutigen Wortlaut nur Gerichte „eines Mitgliedstaats“, allerdings muss man Art. 21 EuGVVO als Spezialtatbestand des Art. 23 EuGVVO ansehen, der nur ergänzend auf diesen verweist und hierbei nur die Former-

---

<sup>282</sup> *Däubler*, NZA 2003, 1297, 1298.

<sup>283</sup> S. nur etwa Erwägungsgrund 13 der VO (EG) Nr. 44/2001.

<sup>284</sup> So auch *Junker*, NZA 2005, 199, 201.

<sup>285</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 21 Brüssel I-VO Rn. 7; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 23 EuGVO Rn. 83; *Däubler*, NZA 2003, 1297, 1301; *LAG Düsseldorf*, Urteil v. 17.03.2008 – 14 Sa 1312/07, EuZW 2008, 740; sehr ausführlich auch *Schaper/Eberlein*, RIW 2012, 43.

fordernisse und Rechtsfolgen aus Art. 23 EuGVVO im Auge hat. Art. 21 EuGVVO selbst geht nach seinem Wortlaut ersichtlich davon aus, dass auch Gerichtsstandsvereinbarungen in Drittstaaten nur unter den genannten Ausnahmen zulässig sein sollen. Hierfür spricht auch ganz klar Sinn und Zweck der Vorschrift. Es wäre geradezu paradox, wenn die EuGVVO Gerichtsstandsvereinbarungen innerhalb der Mitgliedstaaten nur unter strengen Voraussetzungen erlauben würde, eine Vereinbarung von Gerichtsständen in einem beliebigen Drittstaat aber zulässig wäre<sup>286</sup>. Dies würde das wichtigste Ziel des 5. Abschnitts der EuGVVO, dem Schutz des Arbeitnehmers, geradezu konterkarieren, wenn man ein solches forum shopping zulassen würde. Gerade internationale Konzerne könnten so durch einfaches forum shopping den Arbeitnehmer in aller Regel von der Erhebung einer Klage abhalten.

Da der Arbeitgeber aber an der Aufnahme einer nur den Arbeitnehmer begünstigenden Gerichtsstandsvereinbarung im Arbeitsvertrag kein gesteigertes Interesse haben dürfte, sind Gerichtsstandsvereinbarungen im Arbeitsvertrag nur ausnahmsweise zulässig<sup>287</sup>. Dennoch ist anzunehmen, dass sich in der Praxis häufig unzulässige präventiv-derogative Klauseln vorfinden, da der Arbeitgeber zumindest eine Art „Nebelkerze“ werfen kann, von der sich der nicht oder schlecht beratene Arbeitnehmer eventuell beeinflussen lässt. Ein rechtliches Risiko besteht hierbei für den Arbeitgeber nicht, da die Gerichtsstandsabrede den Vorschriften in Art. 21 EuGVVO zuwider läuft und somit gemäß Art. 23 Abs. 5 EuGVVO keine rechtliche Wirkung entfaltet. Eine geltungserhaltende Reduktion zugunsten des Arbeitnehmers ist rechtlich nicht möglich<sup>288</sup>. Weiterhin stellt eine Verletzung der Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO auch kein Anerkennungshindernis nach Art. 35 Abs. 1 EuGVVO dar<sup>289</sup>.

Die erfolgversprechendste Möglichkeit der Vereinbarung von Gerichtsständen bietet Art. 21 Nr. 1 EuGVVO. Die Parteien können auch dann von den Verordnungsgerichtsständen abweichen, wenn die Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird. Eine Streitigkeit gilt dann als entstanden i.S.d. Nr. 1, wenn die Parteien über einen bestimmten Punkt uneins sind und ein gerichtliches Verfahren unmittelbar oder in Kürze bevorsteht<sup>290</sup>. In

---

<sup>286</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 21 Brüssel I-VO Rn. 7; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 23 EuGVO Rn. 83.

<sup>287</sup> Kritisch auch *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 21 Brüssel I-VO Rn. 5.

<sup>288</sup> *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 45 f.; *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 21 Brüssel I-VO Rn. 5b.

<sup>289</sup> *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 332.

<sup>290</sup> *BAG*, Urteil v. 08.12.2010 – 10 AZR 562/08, AP Nr. 23 zu § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit; *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 21 Brüssel I-VO Rn. 3; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 44; *Däubler*, NZA 2003, 1297, 1301.



diesen Fällen ist der Arbeitnehmer ausreichend sensibilisiert und kann den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung kritisch genug hinterfragen. Er weiß bereits, dass ein gerichtliches Verfahren unmittelbar bevorsteht und wird sich notfalls auch rechtlichen Rat vor Abschluss der Vereinbarung einholen. Aufgrund der gesonderten Vereinbarung werden der Wille des Arbeitgebers und die dahinter stehenden Rechtsfolgen ausreichend transparent und deutlich<sup>291</sup>. Diese zeitliche Differenzierung gilt auch für solche Vereinbarungen in Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen. Da diese in der Regel erst nach Entstehung einer Streitigkeit abgeschlossen werden, ist eine Gerichtsstandsvereinbarung innerhalb dieser Verträge nach Nr. 1 zulässig. Für Streitigkeiten aufgrund der Verträge würde allerdings wieder das grundsätzliche Vereinbarungsverbot gelten, da zu dieser Zeit die konkrete Streitigkeit noch nicht entstanden war<sup>292</sup>.

Die Form einer Gerichtsstandsvereinbarung richtet sich nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 lit. a) EuGVVO. Neben der schriftlichen Form und der mündlichen Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung ist gemäß Art. 23 Abs. 2 EuGVVO auch eine elektronisch übermittelte Erklärung ausreichend, wenn diese dauerhaft aufgezeichnet werden kann. Andere, in Art. 23 Abs. 1 S. 3 EuGVVO genannte, Formvorschriften sind im Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht denkbar<sup>293</sup>.

## 5. Rügele Einlassung

Abgesehen von der Vereinbarung einer Gerichtsstandsabrede kann die internationale und örtliche Zuständigkeit eines Gerichts gemäß Art. 24 EuGVVO durch rügele Einlassung begründet werden. Voraussetzung ist lediglich, dass keine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts nach Art. 22 EuGVVO vorliegt, was in Arbeitssachen aber nicht der Fall sein kann, und dass der Beklagte sich auf das Verfahren einlässt. Hierbei gilt es zu beachten, dass anders als im deutschen Prozessrecht nach § 39 ZPO bereits jede Art der Einlassung ausreichend ist, um die Zuständigkeit zu begründen<sup>294</sup>. So ist nicht nur die Einlassung zur Haupt-

---

<sup>291</sup> *Junker*, NZA 2005, 199, 201; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 69.

<sup>292</sup> So auch differenzierend *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 21 EuGVO Rn. 1; *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 21 Brüssel I-VO Rn. 4; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 44 f.

<sup>293</sup> *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 21 Brüssel I-VO Rn. 6.

<sup>294</sup> *Piltz*, NJW 2002, 789, 794; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, § 24 EuGVVO Rn. 3; *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 182.

sache ausreichend, sondern bereits jede Einrede zum Verfahren, so dass der Beklagte die Zuständigkeit des Gerichts bereits mit seinem ersten Vorbringen zu rügen hat<sup>295</sup>.

## II. Individuelles Arbeitsrecht

Nachdem nun die Grundsätze zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit dargestellt wurden, muss nachfolgend auf die sich zwangsläufig anschließende Frage nach dem anwendbaren Recht eingegangen werden. Hierzu sieht Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO vor, dass die Individualverträge zunächst dem Recht unterliegen, das von den Parteien gewählt wurde (subjektive Anknüpfung). Als Ausfluss der Parteiautonomie haben die Parteien daher i.R.d. rechtlich Zulässigen die Möglichkeit vorrangig die anzuwendende Rechtsordnung selbst zu bestimmen (s. zur Rechtswahlvereinbarung unter 2. Teil, E.II.3.). Wurde das anwendbare Arbeitsvertragsstatut mangels ausdrücklicher oder konkludenter Rechtswahl nicht vereinbart oder ist die getroffene Rechtswahl unwirksam, so bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem objektiven Vertragsstatut (objektive Anknüpfung).

### 1. Objektiv anzuwendendes Recht

Artikel 8 Rom I-VO sieht hierzu primär zwei alternative Regelanknüpfungen vor. Es handelt sich auch hier zunächst um die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort (Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO) und, falls ein solcher nicht vorhanden ist, als zweite Regelanknüpfung um die einstellende Niederlassung (Art. 6 Abs. 3 Rom I-VO). Beide Begrifflichkeiten wurden oben (unter 2. Teil, E.I.1.a)) bereits ausführlich dargestellt, so dass an dieser Stelle auf eine tiefergehende Darstellung verzichtet werden kann. Eine besondere Regelung hat i.R.d. Rom I-VO nur die Ausweichklausel (auch sog. Ausnahmeklausel) erfahren. Diese wurde, anders als in der EuGVVO, in Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO ausdrücklich aufgenommen und sieht nach ihrem Wortlaut eine Anknüpfung an das Recht desjenigen Staates vor, der nach Betrachtung der Gesamtheit aller Umstände eine engere Verbindung zum Arbeitsvertrag aufweist als die Regelanknüpfungen (Ausweichstatut<sup>296</sup>). Ebenso wie bei der Anwendung der Ausweichklausel i.R.d. EuGVVO muss auch hier eine restriktive Handhabung erfolgen<sup>297</sup>. Die Ausweichklausel darf nur dann zu einer Verdrängung der Regelanknüpfungen führen, wenn hierfür gewichtige Gründe sprechen<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> Piltz, NJW 2002, 789, 794; Sauerzapf, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 182.

<sup>296</sup> Spieler, EuZA 2012, 168, 170.

<sup>297</sup> Heilmann, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 62.

<sup>298</sup> Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 26.

## 2. Einschränkungen des Arbeitsvertragsstatuts

Zwar hat sich der europäische Verordnungsgeber durch die Geltung der grds. vorrangigen Rechtswahl und der Anknüpfung an die Rechtsordnung des Staates mit den engsten Verbindungen zum Arbeitsvertrag für die Anerkennung ausländischer Rechtsordnungen offen gezeigt<sup>299</sup>. Allerdings ist die Durchsetzung des objektiv anzuwendenden Rechts nicht umfassend gewährleistet. Neben dem vorhandenen Individualinteresse der Parteien, können auch öffentliche Belange eines Staates derart wichtig sein, dass sie Einfluss auf das Arbeitsvertragsstatut haben. Die Rom I-VO sieht hierzu in Art. 9 Rom I-VO vor, dass, unabhängig vom sonst geltenden Recht, bestimmte Vorschriften auf alle Sachverhalte anzuwenden sind (sog. Eingriffsnormen). Eine vergleichbare Regelung fand sich auch schon in der Vorgängernorm des Art. 7 EVÜ. Artikel 22 EVÜ sah allerdings noch eine Vorbehaltsmöglichkeit für die Anwendung der ausländischen zwingenden Bestimmungen aus Art. 7 Abs. 1 EVÜ vor, von der auch Deutschland bis zuletzt Gebrauch gemacht hatte<sup>300</sup>, so dass die zwingende Geltung auch für ausländische Eingriffsnormen eine wesentliche Neuerung der Rom I-VO darstellt.

### a) Eingriffsnormen

#### aa) Begriff der Eingriffsnorm und dessen Voraussetzungen

Nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ist eine Eingriffsnorm eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insb. seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen<sup>301</sup>. Hierbei kann es sich neben dem Gesetzesrecht auch um Richterrecht oder Gewohnheitsrecht handeln<sup>302</sup>. Zwar wird der Gesetzgeber i.d.R. all die Rechtssätze auch kodifizieren, die ihm als entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses erscheinen, zwingend ist dies aber keinesfalls<sup>303</sup>. Zu unterscheiden sind die international zwingenden Eingriffsnormen von den einfach zwingen-

---

<sup>299</sup> Günther, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 1.

<sup>300</sup> Neben Deutschland auch Irland, Luxemburg, Portugal und das Vereinigte Königreich.

<sup>301</sup> Wörtlich übernommen aus den Urteilen des *EuGH*, Urteil v. 23.11.1999 – C-369/96 und C-376/96 "Arblade und Leloup", AP Nr. 1 zu Art. 59 EG-Vertrag.

<sup>302</sup> Allerdings nicht um Tarifverträge oder allgemeinverbindliche Tarifverträge; zur Tauglichkeit von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen als Eingriffsnorm s. *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 45.

<sup>303</sup> *Thorn*, in: Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Art. 9 Rom I-VO Rn. 18, der hieraus auch kein negatives Indiz für das Vorliegen einer Eingriffsnorm herleiten will.

den Bestimmungen des objektiven Rechts<sup>304</sup>. Hierbei handelt es sich um Bestimmungen von denen nach nationalem Recht nicht abgewichen werden darf, weil sie dem Individualinteresse des Arbeitnehmers dienen und anhand eines Günstigkeitsvergleiches mit dem subjektiven Vertragsstatut verglichen werden<sup>305</sup> (s. näher unter 2. Teil, E.II.3.b). Aber nicht jede einfach zwingende Vorschrift ist zugleich auch eine Eingriffsnorm<sup>306</sup>. Der europäische Gesetzgeber wollte in der Rom I-VO erstmals die Eingriffsnormen besser von den sonstigen zwingenden Vorschriften des objektiven Arbeitsvertragsstatuts abgrenzen<sup>307</sup>. Mit der Einführung der Definition in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ist dies aber nur teilweise gelungen. Das konkrete Verhältnis zwischen Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO und Art. 9 Rom I-VO wird weiterhin kontrovers diskutiert. Eingriffsnormen dienen, wie sich eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ergibt, anders als die sonstigen zwingenden Vorschriften dem Schutz des öffentlichen Interesses<sup>308</sup>. Hierbei darf das öffentliche Interesse nicht nur reflexartig geschützt werden, sondern muss primärer, überwiegender Schutz Gesichtspunkt der Norm sein<sup>309</sup>. Dies im Einzelfall feststellen zu können dürfte erhebliche Probleme bereiten, da die meisten arbeitsrechtlichen Normen sowohl dem individuellen als auch dem öffentlichen Interesse dienen<sup>310</sup>. Hierbei ein überwiegendes Element für oder gegen das Vorliegen einer Eingriffsnorm festzustellen wird nur selten mit absoluter Sicherheit gelingen<sup>311</sup>. In diesen Fällen kommt es dann um so mehr auf weitere Begleitumstände an, die Indizien für das Vorliegen einer Eingriffsnorm sein könnten. Solche Anhaltspunkte für den gesteigerten Durchsetzungswillen des Gesetzgebers könnten eine behördliche Beaufsichtigung durch das Erfordernis einer Genehmigung oder die Strafbewehrtheit einer Norm sein<sup>312</sup>. Eine weitere Unterscheidung zu den einfach zwingenden Bestimmungen findet sich in der Rechtsfolge, da ein Günstigkeitsvergleich nicht erforderlich ist. Aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses einer Bestimmung findet diese auch dann Anwendung, wenn sie den Arbeitnehmer im Einzelfall gegenüber dem subjektiv gewählten oder objektiv bestimmten Recht benachteiligt<sup>313</sup>.

---

<sup>304</sup> V. Hein, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 37.

<sup>305</sup> Franzen, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 121 ff.

<sup>306</sup> Freitag, in: Reithmann/Martiny, 4. Teil.

<sup>307</sup> Erwägungsgrund 37 S. 2 der VO (EG) Nr. 593/2008.

<sup>308</sup> BAG, Urteil v. 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n.F.

<sup>309</sup> Deinert, RdA 2009, 144, 150; Schlachter, NZA 2000, 57, 61 f.; Mankowski, IPRax 1994, 88, 94.

<sup>310</sup> V. Hein, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 37.

<sup>311</sup> Anders Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 345 f., der eine klare Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem Arbeitsschutz und individualrechtlichem Arbeitsvertragsrecht befürwortet.

<sup>312</sup> V. Hein, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 37; Schlachter, NZA 2000, 57, 62.

<sup>313</sup> Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, 28 f.; Martiny, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4905; Schlachter, NZA 2000, 57, 61.

## bb) Konkurrenzverhältnis zu den sonstigen zwingenden Bestimmungen

So wird vertreten, dass Überschneidungen zwischen Eingriffsnormen und sonstigen zwingenden Bestimmungen bereits nicht möglich seien, da sämtliche Arbeitnehmerschutzvorschriften nur unter den Anwendungsbereich des Art. 8 Rom I-VO fallen könnten und es sich daher um verschiedene Normengruppen handele<sup>314</sup>. Hierfür sprächen neben dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 37 S. 2 der VO (EG) Nr. 593/2008 auch die Systematik der Verordnung sowie deren Ziel der Rechtsvereinheitlichung, die durch die Anwendung von Eingriffsnormen wieder verloren gehen könnte<sup>315</sup>. Die Anwendung der Eingriffsnormen sei auch nicht zum Schutze des Arbeitnehmers geboten, da dieser durch Art. 8 Rom I-VO und Art. 9 Rom I-VO bereits hinreichend geschützt sei<sup>316</sup>. Dieser Ansatz verkennt aber, dass zwar beide Vorschriften unterschiedliche Anwendungsbereiche haben, dennoch eine Überschneidung vorliegen kann<sup>317</sup>. So gibt es arbeitnehmerschützende zwingende Normen, die auch international zwingend sein können. Ein prominentes Beispiel ist etwa die Entsenderichtlinie und das hierauf basierende Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)<sup>318</sup>. Die Regelungen des AEntG sind sowohl national, als auch durch die Entsenderichtlinie international zwingend. Somit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis beider Vorschriften zueinander. Hierbei muss beachtet werden, dass Art. 9 Rom I-VO die speziellere Vorschrift ist und daher grds. Vorrang vor Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO genießt<sup>319</sup>. Allerdings will Art. 9 Rom I-VO lediglich einen gewissen Schutzstandard für den Arbeitnehmer garantieren und Abweichungen zu dessen Lasten verhindern. Hieraus ergibt sich auch das konkrete Rangverhältnis zwischen beiden Vorschriften. Handelt es sich um Vorschriften, von denen national auch nicht zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf, so findet Art. 9 Rom I-VO Anwendung. Handelt es sich hingegen um international zwingende Vorschriften, von denen auch innerstaatlich abgewichen werden darf, so findet ein Günstigkeitsvergleich nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO statt<sup>320</sup>. Somit finden die zwingenden Bestimmungen dann Anwendung und verdrängen die

---

<sup>314</sup> *Mankowski*, IHR 2008, 133, 147, *Mankowski*, IPRax 1994, 88, 94; *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 26; v. *Hein*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 37.

<sup>315</sup> *V. Hein*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 37; *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 26.

<sup>316</sup> *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 26.

<sup>317</sup> *Schlachter*, NZA 2000, 57, 61; *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4905.

<sup>318</sup> Dies muss auch *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 27 anerkennen und zweifelt folgerichtig die Primärrechtswidrigkeit der Entsenderichtlinie an.

<sup>319</sup> So auch *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 241.

<sup>320</sup> Zum Ganzen s. *Schlachter*, NZA 2000, 57, 61.

Eingriffsnormen, wenn sie günstiger sind und die Eingriffsnormen lediglich Mindestanforderungen zum Schutze des Arbeitnehmers normieren<sup>321</sup>.

## **b) Deutsche Eingriffsnormen**

Deutsche Eingriffsnormen spielen in der Auslandsdienstreise nur dann eine Rolle, wenn zwischen den Vertragsparteien für die Dauer der Dienstreise die Anwendbarkeit ausländischen Rechts vereinbart wurde. In diesen Fällen ordnet Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO die Anwendung des zwingenden deutschen Rechts, unabhängig von der getroffenen Rechtswahl, an. Voraussetzung ist aber, dass das Arbeitsverhältnis einen Bezug zum deutschen Recht aufweist. Dieser Inlandsbezug ist bei nur vorübergehenden Auslandseinsätzen allerdings stets gegeben, da die Verbindungen zum Arbeitgeber in Deutschland grds. bestehen bleiben und auch der gewöhnliche Arbeitsort nicht wechselt<sup>322</sup>. Im Folgenden sollen daher die wichtigsten deutschen Eingriffsnormen kurz dargestellt werden, welche auch für eine Auslandsdienstreise relevant werden können bzw. in der Praxis immer wieder zu Problemen führen.

### **aa) Arbeitnehmer-Entsendegesetz**

Das AEntG stellt für verschiedene Branchen zwingende Arbeitsbedingungen auf, die nach § 2 AEntG wie Eingriffsnormen wirken<sup>323</sup>. Ob es sich letztlich bei allen in § 2 Nr. 1 bis 7 AEntG aufgezählten Regelungsbereichen um Eingriffsnormen handelt oder in den Rechtsfolgen nur wie solche zu behandeln sind, ist nicht ganz unumstritten<sup>324</sup>, spielt aber letztlich hier keine entscheidende Rolle. Das AEntG ist aufgrund seines Anwendungsbereiches nur auf Arbeitsverhältnisse mit Arbeitsplätzen in Deutschland anwendbar. Diese Konstellation wird vorliegend aber gerade nicht untersucht. Relevant für die Auslandsdienstreise sind daher nur die sonstigen europäischen innerstaatlichen Umsetzungen der Entsenderichtlinie, worauf später noch einzugehen sein wird (s. u. unter 2. Teil, E.II.2.c)).

---

<sup>321</sup> *Deinert*, RdA 2009, 144, 150; *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4906; *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, 1999, S. 242.

<sup>322</sup> Im Ergebnis auch *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 38.

<sup>323</sup> Umfassend *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterinsatz, Rn. 245 ff.

<sup>324</sup> S. hierzu *Däubler*, RIW 2000, 255, 259; für die Qualifizierung als Eingriffsnorm spricht etwa KOM(2003) 458 endgültig, S. 6.

## **bb) Kündigungsschutzgesetz**

Die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes über den allgemeinen Kündigungsschutz in den §§ 1 bis 14 KSchG sind keine Eingriffsnormen<sup>325</sup>. Das BAG hatte bereits sehr früh festgestellt, dass die allgemeinen Vorschriften in erster Linie dem Ausgleich zwischen den Bestandsschutzinteressen des Arbeitnehmers und der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers dienen und die Durchsetzung dieses Schutzes allein dem Arbeitnehmer obliegt<sup>326</sup>. Dennoch stellt das Gericht in derselben Entscheidung auch klar, dass die besonderen Vorschriften des KSchG zu Massenentlassungen (§§ 18 ff. KSchG) und der Kündigungsschutz der Betriebsorgane (§ 15 KSchG) unter den Begriff der Eingriffsnorm fallen, da in diesen Fällen das Allgemeininteresse vorrangig geschützt wird und auch staatliche Stellen einbezogen werden<sup>327</sup> (zum Kündigungsschutz von besonderen Personengruppen s. u.).

## **cc) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**

§ 3 EFZG, der die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall regelt, ist ebenfalls eine Eingriffsnorm<sup>328</sup>. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die dazu dient, die Krankenkassen zu entlasten, was zumindest mittelbar jedem Beitragszahler zu Gute kommt. Deren Entlastung liegt, wie das BAG zutreffend feststellt, auch im gesamtgesellschaftlichen und somit im öffentlichen Interesse<sup>329</sup>. Erhält der Arbeitnehmer seinen Lohn allerdings aufgrund eines Lokalarbeitsverhältnisses von der ausländischen Gesellschaft, so greift § 3 EFZG als Eingriffsnorm nicht mehr ein.

## **dd) Schwerbehindertenschutz**

Auch die Anordnung einer Auslandsdienstreise für Schwerbehinderte dürfte in aller Regel gegen die Billigkeit verstoßen. Der gesetzliche Schutz für Schwerbehinderte nach dem SGB IX unterliegt, wie das gesamte SGB, dem Territorialitätsprinzip nach § 30 SGB I<sup>330</sup>. Gemäß § 30 SGB I und § 2 Abs. 2 SGB IX finden die Schutzvorschriften deshalb für alle Personen Anwendung, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt innerhalb der BRD

---

<sup>325</sup> Ebenfalls keine Eingriffsnormen sind § 613a BGB, § 8 TzBfG, § 63 SeemG und § 16 BRTV-Bau; eine nähere Darstellung finden Sie bei *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 51 oder *Deinert*, RdA 2009, 144, 152.

<sup>326</sup> BAG, Urteil v. 24.08.1989 – 2 AZR 3/89, AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht, zustimmend etwa *Reiserer*, NZA 1994, 673, 677 f.

<sup>327</sup> BAG, Urteil v. 24.08.1989 – 2 AZR 3/89, AP Nr. 30 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.

<sup>328</sup> A.A.: *Hessisches LAG*, Urteil v. 16.11.1999 – 4 Sa 463/99, LAGE Art. 30 EGBGB Nr. 5; *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiter-Einsatz, Rn. 266, die den individuellen Schutz des Arbeitnehmers im Vordergrund sehen.

<sup>329</sup> BAG, Urteil v. 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n.F.

<sup>330</sup> *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiter-Einsatz, Rn. 272.

haben. Allerdings gilt es zu beachten, dass das SGB kraft Ausstrahlung gemäß § 4 Abs. 1 SGB IV auch in den Fällen der Auslandsdienstreise weiterhin Geltung beansprucht und daher auch nicht durch Rechtswahl abbedungen werden kann<sup>331</sup>. Insbesondere die Vorschriften über den gesetzlichen Zusatzurlaub für Schwerbehinderte nach § 125 SGB IX und über die Mindestkündigungsfristen nach § 86 SGB IX sind zudem als zwingende Vorschriften i.S.d. Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO zu qualifizieren<sup>332</sup>.

#### ee) Mutterschutz

Im Rahmen der Auslandsdienstreise sind besonders die Schutzvorschriften für werdende und stillende Mütter über Mehrarbeit, Nacht- und Sonntagsarbeit gemäß § 8 MuSchG interessant. Allerdings dienen diese wohl überwiegend dem Individualschutz, weshalb lediglich der besondere Kündigungsschutz für Schwangere nach § 9 MuSchG eine Eingriffsnorm darstellt. Hierzu zählen auch die Beschäftigungsverbote nach §§ 3 ff. MuSchG und der Zuschuss des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 MuSchG<sup>333</sup>, die ebenfalls dem überwiegenden öffentlichen Interesse dienen. Klare Indizien für diese Zuordnung sind die behördlichen Erlaubnisvorbehalte und die Strafbewehrtheit der Normen<sup>334</sup>. Dennoch gilt auch im Übrigen das MuSchG im Wege der Ausstrahlung, wobei es bei Geltung des ausländischen Rechts kraft Rechtswahl einem Günstigkeitsvergleich zu unterziehen ist<sup>335</sup>.

#### ff) Feiertage

Bei den Feiertagsregelungen handelt es sich in Deutschland um Landesrecht und somit um öffentlich-rechtliche Vorschriften. Diese eignen sich dem Grunde nach immer als Eingriffsnormen, da sie öffentliches Interesse wahren<sup>336</sup>. Allerdings können die öffentlich-rechtlichen Vorschriften nur innerhalb des Geltungsbereichs der deutschen Gesetze rechtliche Wirkung beanspruchen<sup>337</sup>. Für den Fall der Auslandsdienstreise bedeutet dies aber, dass das örtliche Feiertagsrecht als Eingriffsnorm gemäß Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO<sup>338</sup> zur Anwendung gebracht

---

<sup>331</sup> BAG, Urteil v. 30.04.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

<sup>332</sup> Martiny, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4934.

<sup>333</sup> BAG, Urteil v. 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n.F.; a.A.: Hessisches LAG (Vorinstanz), Urteil v. 16.11.1999 – 4 Sa 463/99, LAGE Art. 30 EGBGB Nr. 5; Deinert, RdA 2009, 144, 152.

<sup>334</sup> Schlachter, NZA 2000, 57, 62.

<sup>335</sup> Schlachter, in: ErfK, § 1 MuSchG Rn. 4.

<sup>336</sup> Thorn, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 10; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 38.

<sup>337</sup> BAG, Urteil v. 30.04.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

<sup>338</sup> Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 297 stützt dies auf Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO.



werden muss und sich die Feiertage somit alleine nach dem Ortsrecht richten<sup>339</sup> (zur Frage der Vergütung von Feiertagen s. unter 2. Teil, F.II.4.).

### gg) Arbeitsschutz

Ähnlich verhält es sich bei den Arbeitsschutz- und damit auch den Arbeitssicherheitsvorschriften. Zu den Arbeitsschutzvorschriften gehören neben den Höchstarbeitszeiten unter anderem auch Regelungen zu den Ladenöffnungszeiten, zum technischen und medizinischen Arbeitsschutz, zum Schutz besonderer Arbeitnehmergruppen und zum Verbot von Sonntagsarbeit<sup>340</sup>. All diese Vorschriften sind öffentlich-rechtlicher Natur und können aufgrund der territorialen Anknüpfung grds. nur innerhalb der BRD Geltung beanspruchen<sup>341</sup>. Zwar berücksichtigen einige Autoren die Arbeitssicherheitsvorschriften über Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO, da sie davon ausgehen, dass Arbeitssicherheitsvorschriften nur dem Individualinteresse der Arbeitnehmer dienen und somit keine Eingriffsnormen darstellen<sup>342</sup>. Artikel 12 Abs. 2 Rom I-VO, wonach in Bezug auf die Art und Weise der Erfüllung das Recht des Staates zu berücksichtigen ist, in dem die Erfüllung erfolgt, wird somit als Auffangnorm gebraucht. Dieser Rückgriff ist allerdings bereits nicht notwendig, weil insgesamt die Arbeitsschutzvorschriften immer als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind<sup>343</sup>. Hierfür sprechen neben Art. 3 Abs. 1 Entsende-Richtlinie auch die Tatsache, dass die Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften von öffentlichen Stellen überwacht wird. Als weiteres Indiz kann zudem gewertet werden, dass Normen, die dem Territorialitätsprinzip unterfallen in der Regel auch einen unbedingten Geltungswillen für das Inland erzeugen und somit als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind<sup>344</sup>. Inwiefern etwa das ArbZG auf Auslandsdienstreisen Anwendung findet, wird noch darzustellen sein (s. unter 2. Teil, F.I.1.).

---

<sup>339</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 161; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 46 sieht das Feiertagsrecht als Teil des ordre public an; a.A.: *Schliemann*, ArbZG, § 1 Rn. 15. *Deinert* kommt zu einer grundsätzlichen Kumulation von Feiertagen nach Heimatrecht und Ortsrecht, die Feiertagszahlung allerdings beschränkt durch die Summe der Feiertage nach dem Vertragsstatut, *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 38.

<sup>340</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 138; *BAG*, Urteil v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit.

<sup>341</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 137; *Birk*, in: MünchArbR, § 20 Rn. 163 ff.

<sup>342</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 300; *Däubler*, RIW 1987, 249, 251; *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, 233.

<sup>343</sup> *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4936; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 43; für das Arbeitssicherheitsrecht auch *Deinert*, RdA 2009, 144, 153, der das Arbeitsschutzrecht aufgrund der Transformationslehre als Teil des Vertragsstatuts ansieht.

<sup>344</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 291 f.

## hh) Urlaubsrecht

Im Rahmen des Urlaubsrechts sind die Dinge ähnlich kompliziert. Weitgehende Einigkeit besteht noch darüber, dass nicht die gesamten Vorschriften des Urlaubsrechts Eingriffsnormen sein können, sondern ganz allgemein dem Vertragsstatut unterfallen<sup>345</sup>. Allerdings geht ein großer Teil der Literatur davon aus, dass auch der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub keine Eingriffsnorm darstelle, sondern eine sonstige zwingende Bestimmung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO sei<sup>346</sup>. Dies wird damit begründet, dass der Urlaub nur Ausgleich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sei<sup>347</sup>. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der gesetzliche Mindesturlaub dient der Erholung des Arbeitnehmers und damit auch dessen Gesundheit. Der Schutz der Gesundheit und damit der Erhaltung der Arbeitskraft aller Arbeitnehmer ist aber ein wichtiges Allgemeinwohl und liegt daher überwiegend im öffentlichen Interesse<sup>348</sup>. Dies zeigt auch, dass die Bestimmungen über den bezahlten Mindestjahresurlaub nach § 2 Nr. 2 AEntG international zwingend sind. Ebenso stellte der EuGH in seiner Entscheidung „Schultz-Hoff“ klar, dass der Jahresurlaub ein wichtiges Allgemeinwohl darstellt. Der EuGH schreibt, dass „der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft anzusehen“ ist und von diesem Grundsatz nicht abgewichen werden darf<sup>349</sup>. Folglich muss der gesetzliche Mindesturlaub in der EU als Eingriffsnorm betrachtet werden<sup>350</sup>.

### ii) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Ebenfalls kontrovers diskutiert wird die Frage, ob auch die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind. Während einige Autoren davon ausgehen, dass dem AGG kein eingriffsrechtlicher Charakter zukomme<sup>351</sup>,

---

<sup>345</sup> *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 250; *BAG*, Urteil v. 03.05.1995 – 5 AZR 15/94, AP Nr. 32 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

<sup>346</sup> *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 360; *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 252; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 39 f.

<sup>347</sup> *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 252; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 39 f.

<sup>348</sup> *BVerfG*, Beschluss v. 17.11.1992 – 1 BvR 168/89, 1 BvR 1509/89, 1 BvR 638/90, 1 BvR 639/90, AP Nr. 13 zu § 5 BAZG.

<sup>349</sup> *EuGH*, Urteil v. 20.01.2009 – C-350/06 und C-520/06 "Schultz-Hoff", AP Nr. 1 zu RL 2003/88/EG.

<sup>350</sup> *Deinert*, RdA 2009, 144, 153; *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 50; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 43.

<sup>351</sup> *Schrader/Straube*, NZA 2007, 184; kritisch und überwiegend ablehnend auch *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 30 f.

nimmt die wohl doch überwiegende Ansicht einen solchen an<sup>352</sup>. Dem ist im Ergebnis auch zuzustimmen. Zwar wird man die Annahme eines eingriffsrechtlichen Charakters des AGG nicht auf die europäischen primärrechtlichen Vorgaben durch die entsprechenden vier zugrunde liegenden Richtlinien stützen können. Zum einen kommt es für das Vorliegen einer Eingriffsnorm zunächst einmal auf das nationale Interesse zur Durchsetzung einer Norm an. Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass auch das nationale Interesse durch die EU vorgegeben werden könne, so hätte der europäische Gesetzgeber zum anderen in den entsprechenden Richtlinien klarstellen können, dass er tatsächlich Eingriffsnormen schaffen wollte bzw. hätte in diesem Fall bereits keine umsetzungsbedürftige Richtlinie erlassen, die den Staaten Umsetzungsspielräume gewährt. Abzustellen ist vielmehr auf die grundrechtliche Verankerung des Antidiskriminierungsschutzes in Art. 3 GG (vgl. auch § 2 Nr. 7 AEentG) sowie die Tatsache, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben weit über das Maß hinausgegangen ist, was die Richtlinien gefordert hatten. Insoweit wird deutlich, dass der Gesetzgeber dem Schutz aller Menschen vor Diskriminierungen als Menschenrecht einen besonderen Stellenwert einräumt und diesen auf Verfassungsebene stellt. Als weiteres Indiz kann auch § 31 AGG angeführt werden, wonach die Vorschriften des AGG unabdingbar sind. In der Gesetzesbegründung zu § 31 AGG heißt es zudem, dass entsprechend den europarechtlichen Vorgaben die im AGG enthaltenen Vorschriften zwingend seien<sup>353</sup>.

### c) **Ausländische Eingriffsnormen**

Bei der Auslandsdienstreise wird sehr viel häufiger die Frage nach der Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen gestellt. In der Regel wird das objektive Arbeitsvertragsstatut im deutschen Recht zu finden sein, so dass sich die Frage stellt, in welchen Fällen das deutsche Recht durch das ausländische Recht überlagert wird. Muss der Arbeitnehmer an ausländischen Feiertagen arbeiten? Wie muss der Arbeitnehmer auf der Auslandsdienstreise vergütet werden? Wie viele Urlaubstage stehen ihm zu? Darf der Arbeitnehmer auf Dienstreise in Israel auch am Sabbat arbeiten?

Wie bereits oben (unter 2. Teil, E.II.2.) dargestellt wurde, war bis zur Geltung der Rom I-VO die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen nicht geregelt. Deutschland hatte bis dahin von Art. 22 EVÜ Gebrauch gemacht, der die Möglichkeit vorsah, die Vorgängerregelung des Art. 7 Abs. 1 EVÜ unangewendet zu lassen. Mit Inkrafttreten der Rom I-VO hat sich dies

---

<sup>352</sup> *Schlachter*, in: ErfK, Vorb. AGG Rn. 7; *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 42; *Pfeiffer*, in: Festschrift Schwerdtner, 775, 775 ff.

<sup>353</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 53.

aber grundlegend geändert. Artikel 9 Abs. 3 Rom I-VO sieht nunmehr vor, dass auch fremde Eingriffsnormen zur Anwendung kommen können. Hiernach kann den Eingriffsnormen des Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, Wirkung verliehen werden, soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen. Bei der Entscheidung, ob diesen Eingriffsnormen Wirkung zu verleihen ist, werden Art und Zweck dieser Normen sowie die Folgen berücksichtigt, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben würden.

#### **aa) Voraussetzungen**

Artikel 9 Abs. 3 Rom I-VO beschränkt folglich zunächst einmal den Kreis der potentiell in Frage kommenden Eingriffsnormen auf diejenigen des Erfüllungsortes<sup>354</sup>. Neben den Eingriffsnormen des Erfüllungsortes sollen gerade keine anderen drittstaatlichen Eingriffsnormen mehr zur Anwendung gelangen. Ausnahmen hierzu sind nicht vorgesehen, da dies der Rechtssicherheit dient<sup>355</sup>. Die sich daran anschließende Frage ist deshalb, welcher Ort oder welche Orte Erfüllungsorte i.S.d. Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO ist bzw. sind. Artikel 9 Abs. 3 Rom I-VO macht hierzu keine Ausführungen und auch Anhaltspunkte auf das Begriffsverständnis des Gesetzgebers lassen sich aus den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Während dies in anderen Rechtsgebieten deutliche Probleme zu bereiten scheint<sup>356</sup>, ist im Arbeitsrecht die Bestimmung des Erfüllungsortes auf den ersten Blick doch wesentlich leichter. Erfüllungsort ist nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO demnach der Ort, an dem die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung zu erbringen ist<sup>357</sup>. Bei genauerem Hinsehen drängt sich aber die Frage auf, welcher Ort dies bei der Auslandsdienstreife gerade ist. Artikel 8 Abs. 2 Rom I-VO definiert den Begriff des Arbeitsortes als den Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Eine nur vorübergehende Entsendung lässt diesen Arbeitsort aber nicht wechseln. Diese Definition steht nun aber im Spannungsverhältnis zum Verständnis des Erfüllungsortes des Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO. Artikel 9 Abs. 3 Rom I-VO geht von einem faktischen Verständnis des Erfüllungsortes aus<sup>358</sup>. Es soll den Eingriffsnormen des Staates zur Geltung verholfen werden, die tatsächlichen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis haben. Dies bedeutet, dass bei einer wirksam angeordneten Auslandsdienstreife der Erfül-

---

<sup>354</sup> *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148; *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 62.

<sup>355</sup> Kritisch *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148 f.

<sup>356</sup> *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 63 ff.; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148 f.

<sup>357</sup> *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 161.

<sup>358</sup> *Freitag*, in: Reithmann/Martiny, 4. Teil Rn. 643; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148; *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 158 f.

lungsort ausschließlich im Zielland liegt. Der Heimatstaat des Arbeitnehmers spielt als Erfüllungsort, ebenso wie der gewöhnliche Arbeitsort in Deutschland, keine Rolle mehr<sup>359</sup>. Allein die arbeitsvertragliche Verbindung zu Deutschland ist zur Begründung eines Erfüllungsortes nicht ausreichend.

Weitere Voraussetzung, nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO, ist, dass die ausländischen Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen. Unter den Begriff der Unrechtmäßigkeit fallen sowohl die anfängliche und die nachträgliche Unrechtmäßigkeit, als auch alle Verbotsnormen<sup>360</sup>. Kritischer wird es bei Gebotsnormen, und anspruchsbegründenden Normen, die den Inhalt von Verträgen modifizieren, die eigentlich nicht unter den Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zu fassen sind, da deren Missachtung nicht zu einer Unrechtmäßigkeit der noch gar nicht erbrachten Erfüllung führt. Da solche Gebotsnormen und anspruchsbegründenden Normen aber oft zugunsten des Arbeitnehmers ausgestaltet sind, könnte die Nichtberücksichtigung zu Wertungswidersprüchen führen und den Arbeitnehmer nicht ausreichend schützen. Deshalb müssen beide Fälle von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO erfasst werden<sup>361</sup>. Für ein weites Verständnis spricht zudem, dass i.R.d. Rechtsfolge dem Gericht immer noch ein weites Ermessen hinsichtlich der Anwendung der Eingriffsnormen zusteht<sup>362</sup> (s. hierzu unter 2. Teil, E.II.2.c)bb)).

### **bb) Rechtsfolge**

Dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO zufolge („kann Wirkung verliehen werden“) wird dem Gericht bei der Frage, ob eine Eingriffsnorm überhaupt berücksichtigt werden soll, ein Ermessen eingeräumt<sup>363</sup>. Artikel 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO legt dann in der Folge fest, in welcher Weise dieses Ermessen auszuüben ist. Hierbei sollen Art und Zweck der Norm sowie die Folgen berücksichtigt werden, die sich aus der Anwendung oder der Nichtanwendung der Eingriffsnorm ergeben würden. Dem Richter steht also zunächst ein weites Entschließungs-ermessen zur Verfügung, das lediglich durch die in S. 2 aufgeführten Abwägungsfaktoren in

---

<sup>359</sup> *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 65.

<sup>360</sup> Zum Begriff der Unrechtmäßigkeit s. ausführlich *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 162 f.

<sup>361</sup> *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 162 ff.; *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 66 f.; *Freitag*, in: Reithmann/Martiny, 4. Teil Rn. 634 ff.

<sup>362</sup> So auch *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 67.

<sup>363</sup> Auch in anderen sprachlichen Fassungen wurde eindeutig ein Ermessen eingeräumt; französische Fassung: „Il pourra également être donné effet“; englische Fassung: „Effect may be given“.

der Art und Weise seiner Ausübung konkretisiert wird<sup>364</sup>. Dies birgt aber das Risiko, dass es in der Praxis regelmäßig zu einer Nichtberücksichtigung von ausländischen Eingriffsnormen kommen kann, was zu einem unkalkulierbaren Prozessrisiko führt. Im Interesse der Rechtssicherheit und der einheitlichen Rechtsanwendung könnte daher eine Grundsatzentscheidung des EuGH sehr hilfreich sein<sup>365</sup>. Aber auch ohne eine solche Entscheidung des EuGH ist zumindest innerhalb der EU davon auszugehen, dass aufgrund des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV zwar keine grundsätzliche Pflicht der Mitgliedstaaten besteht, Eingriffsnormen anderer Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, insoweit aber das Ermessen der Gerichte reduziert sein muss<sup>366</sup>. Allerdings kann es sich nicht um eine vollständige Ermessensreduzierung auf Null handeln<sup>367</sup>. Dem widerspricht bereits der Wortlaut der Verordnung, in der dem Gericht ausdrücklich ein Ermessen eingeräumt wurde<sup>368</sup>. Dennoch ist eine weitgehende Ermessensreduzierung anzunehmen, die nur in den Fällen eine Abweichung zulässt, in denen zwingende Gründe des nationalen Rechts gegen eine Berücksichtigung der Eingriffsnormen sprechen<sup>369</sup>. Solch eine Ermessensreduzierung kann aber nur für die Rechtsordnungen von Mitgliedstaaten der EU gelten. Eingriffsnormen von Drittstaaten dürften in der Praxis wohl noch sehr viel strenger überprüft werden und damit auch seltener Berücksichtigung finden. Im Gegenzug ist es aber auch nicht zu erwarten, dass – zumindest die meisten – Drittstaaten Eingriffsnormen einer ausländischen Rechtsordnung berücksichtigen bzw. sich bereits die Geltung der Rom I-VO aufzwingen lassen.

Im Rahmen der zu erfolgenden Abwägung sind sodann die Vorgaben des S. 2 zwingend zu beachten<sup>370</sup>. Zum einen muss das Gericht Art und Zweck der Eingriffsnorm berücksichtigen. Hierzu muss vom Richter neben dem gesetzgeberischen Willen auch das von der Norm verfolgte öffentliche Interesse ermittelt werden<sup>371</sup>. Dieses öffentliche Interesse ist anschließend

---

<sup>364</sup> *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 70.

<sup>365</sup> Dies fordert auch *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 70.

<sup>366</sup> So ich Ergebnis auch *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 73 und *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 112, die eine Pflicht zur Berücksichtigung aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue ebenfalls ablehnen.

<sup>367</sup> So überzeugend auch *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 165.

<sup>368</sup> Es handelt sich auch nicht um einen Übersetzungsfehler, da auch andere sprachliche Fassungen ein Ermessen einräumen; französische Fassung: „Il pourra également être donné effet“; englische Fassung: „Effect may be given“.

<sup>369</sup> *Freitag*, in: Reithmann/Martiny, 4. Teil Rn. 647; *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 73.

<sup>370</sup> Dies folgt bereits aus dem Wortlaut: „...ob diesen Eingriffsnormen Wirkung zu verleihen ist [...] werden Art und Zweck [...] berücksichtigt, ...“.

<sup>371</sup> *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 166.

zunächst am Unionsrecht zu messen und soweit keine unionsrechtliche Vorgaben vorhanden sind am nationalen Recht<sup>372</sup>. Steht die Eingriffsnorm im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben, die auch für die Rechtsordnung des Entsendestaats gelten, so kommt es dann zu einem Konflikt zwischen europäischem Recht und dem nationalen Recht des Entsendestaats, wobei dieses zurücktritt und die Eingriffsnorm i.d.R. zu berücksichtigen ist. Fehlt es hingegen an unionsrechtlichen Vorgaben, so findet die Eingriffsnorm nur dann keine Berücksichtigung, wenn sie im Widerspruch zu grundsätzlichen Wertevorstellungen des nationalen Gesetzgebers steht<sup>373</sup>. Es handelt sich im Prinzip um eine vorweggenommene Prüfung des ordre-public-Vorbehalts<sup>374</sup>. Zum anderen ist anschließend i.R.d. Abwägung festzustellen, welche Folgen sich aus der Anwendung der Eingriffsnorm bzw. der Nichtanwendung ergeben würden. Welche Folgen hierbei genau abzuwägen sind, stellt die Verordnung nicht klar, weshalb hierüber auch unterschiedliche Auffassungen herrschen<sup>375</sup>. Aufgrund des offenen Wortlauts gibt es hier aber keine zwingenden Abwägungsfaktoren. Der Richter muss eine einzelfallbezogene Abwägung vornehmen, in der er möglichst umfassend auf alle möglichen Folgen der Anwendung bzw. Nichtanwendung eingeht.

Eine weitere Hürde stellt sodann das „Wie“ der Wirkungsverleihung dar. Artikel 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO spricht nur davon, dass der Eingriffsnorm Wirkung verliehen werden kann. Bereits zum wortlautähnlichen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EVÜ war es umstritten, in welcher Weise einer Eingriffsnorm Wirkung verliehen werden kann. Der Ordnungsgeber hat es in Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO versäumt Stellung zu den unterschiedlichen Auffassungen zu beziehen, so dass der Meinungsstreit auch auf die neue Rechtslage übertragen werden kann. In Betracht kommen hierbei zwei verschiedene Lösungsansätze<sup>376</sup>. Zum einen wird eine materiell-rechtliche Berücksichtigung ausländisch zwingenden Rechts befürwortet<sup>377</sup>. Dies würde bedeuten, dass ausländische Eingriffsnormen über die Generalklauseln Eingang in das Arbeitsvertragsstatut finden würden. Die Vertreter dieser Auffassung argumentieren vor allen

---

<sup>372</sup> Freitag, in: Reithmann/Martiny, 4. Teil Rn. 649; Thorn, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 71.

<sup>373</sup> Die Verfolgung derselben Interessen durch den Forumstaat ist nicht erforderlich; s. hierzu ausführlich Günther, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 168.

<sup>374</sup> Thorn, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 71.

<sup>375</sup> S. etwa Coester, ZVglRWiss 1983, 1; Pfeiffer, EuZW 2008, 622, 628.

<sup>376</sup> Eine Übersicht über den Meinungsstand bietet Deinert, RdA 2009, 144, 151.

<sup>377</sup> Diese Ansicht wird in Deutschland vorwiegend von den Gerichten vertreten, so z. B. BGH, Urteil v. 17.11.1994 – III ZR 70/93, BGHZ 128, 41, 53.

Dingen mit einer unklaren Textpassage aus dem Bericht von *Giuliano* und *Lagarde*<sup>378</sup> zum EVÜ. Dort heißt es im Kommentar zum wortlautähnlichen Art. 7 EVÜ, dass „die Worte "Wirkung verleihen" den Richter vor die sehr schwierige Aufgabe stellen, die zwingenden Bestimmungen mit dem Recht in Einklang zu bringen, das bei dem gegebenen Sachverhalt normalerweise auf den Vertrag anzuwenden ist“. Diese Passage lässt allerdings keine sicheren Rückschlüsse auf die Bevorzugung einer materiell-rechtlichen Berücksichtigung von Eingriffsnormen zu, zumal die Autoren selbst feststellen müssen, dass „es sich hier um eine neue Bestimmung handelt, die zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen könnte“. Weiterhin argumentiert diese Ansicht damit, dass für die Neufassung des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO das englische Modell Pate stand, das ebenfalls eine materiell-rechtliche Berücksichtigung vorsah<sup>379</sup>. Zudem sei hierdurch eine flexible Handhabung möglich, die im Einzelfall zu mehr Gerechtigkeit führen soll<sup>380</sup>.

Zum anderen wird aber auch die Ansicht vertreten, dass ausländische Eingriffsnormen im Wege einer Sonderanknüpfung zu berücksichtigen sind<sup>381</sup>. Dies hat den großen Vorteil, dass die ausländischen Eingriffsnormen immer in derselben Art und Weise Berücksichtigung finden und daher auch zu Rechtsklarheit und Rechtssicherheit führen. Eine derartige Sonderanknüpfung erscheint auch von der Verordnung angestrebt. Die Rom I-VO weist in Erwägungsgrund 16 gerade darauf hin, dass Kollisionsnormen ein hohes Maß an Berechenbarkeit aufweisen sollen, um so Rechtssicherheit und Rechtseinheit schaffen zu können<sup>382</sup>. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO, der von der Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit spricht. Im Rahmen der kollisionsrechtlichen Regelungen der Rom I-VO kann dies aber nur bedeuten, dass auch die ausländischen Eingriffsnormen auf kollisionsrechtlicher Ebene angewendet werden müssen<sup>383</sup>. Eine andere Betrachtung würde dazu führen, dass

---

<sup>378</sup> Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Herrn Mario Giuliano, Professor an der Universität Mailand, und Herrn Paul Lagarde, Professor an der Universität Paris I, ABIEG 1980 Nr. C 282, S. 28.

<sup>379</sup> Die englische Rspr. geht von einer „indirect application“ aus; *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 170.

<sup>380</sup> *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 76.

<sup>381</sup> *Freitag*, in: Reithmann/Martiny, 4. Teil Rn. 652; *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 170 f.; *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 80.

<sup>382</sup> Vgl. Erwägungsgrund 16 der VO (EG) Nr. 593/2008.

<sup>383</sup> So auch *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 80; *Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, S. 170 f.



den ausländischen Eingriffsnormen im Inland eine andere Wirkung zukommen könnte als im Erlassstaat<sup>384</sup>.

### cc) Beispiele

In allen europäischen Ländern gibt es zahlreiche Beispiele für Eingriffsnormen, die hier keinesfalls abschließend aufgeführt werden können. So werden in Frankreich etwa Normen zur Arbeitssicherheit, Arbeitszeit und zum besonderen Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern als Eingriffsnormen verstanden<sup>385</sup>. In Österreich gilt das arbeitsrechtliche Haftungsprivileg, wonach Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber nur für vorsätzliches Handeln haften (§ 333 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz), als international zwingend<sup>386</sup>. Daneben gibt es zahlreiche Vorschriften, deren Einordnung als Eingriffsnormen unterschiedlich betrachtet wird<sup>387</sup>. Ganz allgemein dürfte wohl die Mehrzahl aller Staaten gesetzliche Vorschriften zur Arbeitssicherheit, Gesundheitsschutz, Arbeitszeit und Feiertagsrecht als Eingriffsnormen begreifen<sup>388</sup>. Es müssen daher unter Umständen die im Einsatzland geltenden Bestimmungen beachtet werden, was im Einzelfall durchaus zu einer Erhöhung der gesetzlichen Arbeitszeiten führen kann (so etwa in Saudi-Arabien, wo 54 Stunden wöchentlich zu leisten sind). Auch hierbei gilt es erhebliche Unterschiede zu beachten. So ist etwa in einigen arabischen Ländern der Donnerstag teilweiser und der Freitag kompletter Ruhetag, in Israel hingegen der Samstag (Sabbat). Auch innerhalb der EU gibt es Besonderheiten. So hat bspw. in Ungarn jeder Arbeitnehmer Anspruch auf zwei volle Ruhetage pro Woche. Daneben sind auch die jeweiligen nationalen Umsetzungen der Entsenderichtlinie als Eingriffsnormen zu beachten. Dies ergibt sich aus den nationalen Umsetzungen des Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie selbst, aber auch aus Erwägungsgrund 34 der Entsenderichtlinie, wonach die Anwendung von Eingriffsnormen des Empfangsstaates nicht von der Kollisionsnorm des Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO berührt werden soll<sup>389</sup>. Es muss daher bei der Auslandsdienstreise in jedem Einzelfall überprüft werden, ob es sich konkret um eine Eingriffsnorm handelt. Es lassen sich jedoch auch ganz generelle Tendenzen im europäischen System aufzeigen, wie ver-

---

<sup>384</sup> Freitag, in: Reithmann/Martiny, 4. Teil Rn. 652.

<sup>385</sup> Ausführlich und mit weiteren Beispielen Callsen, Der zunehmende Einfluss des EU-Rechts auf das Arbeitskollisionsrecht - dargestellt am Beispiel der Eingriffsnormen, S. 34 ff., Callsen, EuZA 2012, 154, 158.

<sup>386</sup> Thorn, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 82.

<sup>387</sup> Vgl. etwa für § 105 ArbVG Schwimann, WBl 1994, 217, 222 und Kallab, DRdA 2011, 463, 467 (befürwortend) bzw. Pfeil, DRdA 2008, 3, 9 (ablehnend); Runggaldier, in: Forschung für die Wirtschaft, 1, 1 ff. sieht in § 3 AVRAG eine Eingriffsnorm.

<sup>388</sup> Callsen, Der zunehmende Einfluss des EU-Rechts auf das Arbeitskollisionsrecht - dargestellt am Beispiel der Eingriffsnormen, S. 89 m.w.N.

<sup>389</sup> Schlachter, in: ErfK, § 1 AEntG Rn. 4; Martiny, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4835.

schiedene Staaten mit dem Arbeitskollisionsrecht umgehen und dem Ortsrecht zur Geltung verhelfen<sup>390</sup>. Beispielhaft sei hierbei etwa Italien erwähnt, das dem Ortsrecht fast ausschließlich über den ordre-public-Vorbehalt zur Anwendung verhilft<sup>391</sup>. Die Begriffe des gewöhnlichen Arbeitsortes und der in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO verankerte Günstigkeitsvergleich spielen in Italien kaum eine Rolle. Anders ist dies hingegen in Frankreich, das ähnlich wie Deutschland überwiegend eine Lösung über Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO und Art. 9 Rom I-VO sucht<sup>392</sup>. Aber auch hier gibt es gewisse Unterschiede. Während die Rechtsprechung in Deutschland ein sehr extensives Verständnis des gewöhnlichen Arbeitsortes hat, tendierten die französischen Gerichte früher eher zu einem engen Begriffsverständnis und waren mit der Annahme eines gewöhnlichen Arbeitsortes in Frankreich zurückhaltend<sup>393</sup>. Allerdings ist aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des EuGH auch in Frankreich alsbald mit einer Rechtsprechungsänderung zu rechnen. Der EuGH geht wie bereits oben dargestellt von einem extensiven Verständnis des gewöhnlichen Arbeitsortes aus<sup>394</sup>.

#### **d) Konkurrenzverhältnis zwischen ausländischen und inländischen Eingriffsnormen**

Ganz allgemein kann sich zwischen Eingriffsnormen, die sich aus dem Recht des Gerichtsstaates nach Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO ergeben und denen, die dem Recht des Erfüllungsortes nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO entnommen werden müssen<sup>395</sup>, ein Widerspruch ergeben. Diese können noch überlagert werden von Eingriffsnormen auf europäischer Ebene<sup>396</sup>. Kommt es nun zum Konflikt zwischen zwingenden ausländischen Vorschriften und deutschen Eingriffsnormen muss nach der Systematik von Art. 9 Rom I-VO, wonach ausländische Eingriffsnormen eben nur Wirkung verliehen werden „kann“, von einem generellen Vorrang der inländischen Eingriffsnorm ausgegangen werden<sup>397</sup>. Stellt die ausländische Eingriffsnorm aber die günstigere Bestimmung dar, so muss diese den nationalen Vorschriften dann vorgehen, wenn kein Grund ersichtlich ist, der gegen eine vorrangige Anwendung spricht<sup>398</sup>.

---

<sup>390</sup> Einen guten Überblick bietet etwa *Callsen*, EuZA 2012, 154, 155 ff.

<sup>391</sup> *Callsen*, EuZA 2012, 154, 160.

<sup>392</sup> *Callsen*, EuZA 2012, 154, 155 f.

<sup>393</sup> *Callsen*, EuZA 2012, 154, 161 f.

<sup>394</sup> S. näher unter E.I.1.a)aa).

<sup>395</sup> *V. Hein*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 35.

<sup>396</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.11.2000 – C-381/98 "Ingmar", Slg. 2000, I-09305.

<sup>397</sup> *Thorn*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 9 Rom I-VO Rn. 87.

<sup>398</sup> *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4907; *Lorenz*, RIW 1987, 569, 580.

### e) Artikel 12 Rom I-VO

Neben Art. 9 Rom I-VO scheint auch Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO die Frage nach dem zu berücksichtigenden Recht des Erfüllungsortes zu regeln. Die Norm stellt klar, dass in Bezug auf die Art und Weise der Erfüllung und die vom Gläubiger im Falle mangelhafter Erfüllung zu treffenden Maßnahmen das Recht des Staates zu berücksichtigen ist, in dem die Erfüllung erfolgt. Bei näherer Betrachtung wird die Tragweite und der Regelungsgehalt des Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO – speziell für das Arbeitsrecht – aber nicht klar. Generell will Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO verhindern, dass dem Schuldner die Leistung dadurch unmöglich oder unzumutbar wird, dass am Erfüllungsort die vertragliche Leistung aufgrund von dort vorherrschenden Erschwernissen nicht vertragsgemäß erbracht werden kann<sup>399</sup>. Für das Arbeitsrecht bestehen aber mit Art. 8 Rom I-VO und Art. 9 Rom I-VO bereits entsprechende Vorschriften, die auf das Recht am Erfüllungsort Rücksicht nehmen und diesem in ausreichendem Maße zur Geltung verhelfen. Platz für einen Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO gibt es daher im Arbeitsrecht nur in sehr engem Maße<sup>400</sup>. Eine Anwendung scheint nur in den Fällen abstrakt denkbar, in denen das objektive Vertragsstatut und der tatsächliche Arbeitsort auseinanderfallen und eine Berücksichtigung der örtlichen Normen geboten erscheint und nicht über Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO oder Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO vorgenommen werden kann<sup>401</sup>. Diese Entscheidung setzt aber, entgegen dem Wortlaut der Norm, ein Ermessen des Richters voraus, da die Frage nach der Gebotenheit zwingend einer Einzelfallbetrachtung bedarf<sup>402</sup>. Allerdings sind solche Fälle kaum vorstellbar.

### 3. Rechtswahlvereinbarungen

Nach Art. 8 Abs. 1 und Art. 3 Rom I-VO können die Parteien jederzeit vorrangig vereinbaren, dass der Vertrag nach einem anderen Recht zu beurteilen ist als dem, das zuvor entweder aufgrund einer früheren Rechtswahl oder aufgrund des objektiv anzuwendenden Rechts maßgebend war (Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO). Dies bedeutet, dass die Parteien, als Ausfluss der Parteiautonomie, die Möglichkeit haben, durch freie Rechtswahl selbst zu bestimmen, welche Rechtsordnung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll (subjektive Anknüpfung). Neben der Anknüpfung an das deutsche Sachrecht ist daher auch eine Wahl des jeweiligen

---

<sup>399</sup> Freitag, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 12 Rom I-VO Rn. 10.

<sup>400</sup> Hoppe, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 233; etwas offener Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 301.

<sup>401</sup> Freitag, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 12 Rom I-VO Rn. 12; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 301.

<sup>402</sup> So auch Freitag, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 12 Rom I-VO Rn. 13.

Rechts des ausländischen Tätigkeitsortes möglich, aber theoretisch auch eines jeden beliebigen Drittstaates<sup>403</sup>. Die Rechtswahl kann hierbei „jederzeit“ erfolgen, also sowohl bei Abschluss des Arbeitsvertrages, als auch nachträglich durch Ergänzung und kann auch jederzeit wieder abgeändert werden.<sup>404</sup> Die Rechtswahl kann nach Art. 3 Abs. 1 S. 3 Rom I-VO ebenso nur für einen Teil des Vertrages getroffen werden, so dass letztlich mehrere Rechtsordnungen auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sind<sup>405</sup>. Dies ist aber bereits nur insoweit möglich, als dem keine zwingenden Bestimmungen des objektiv anzuwendenden Rechts entgegenstehen (s. hierzu unter 2. Teil, E.II.3.b)<sup>406</sup>. Dennoch ist auch die Möglichkeit der partiellen Rechtswahl in der Literatur auf Kritik gestoßen, da der Arbeitgeber sich die günstigsten Regelungen einer jeden Rechtsordnung herausuchen und somit den Arbeitnehmerschutz ad absurdum führen könne<sup>407</sup>. Die überwiegende Meinung in der Literatur und auch die Rechtsprechung vertritt daher die Ansicht, dass eine Teilrechtswahl nur insoweit zulässig ist, wie ein rechtlich abtrennbarer Teil besteht, der in sich deutlich von der restlichen Rechtsbeziehung abzugrenzen ist<sup>408</sup>.

#### a) Form der Rechtswahl

Die Rechtswahl der Parteien muss nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO entweder ausdrücklich erfolgen oder sie muss sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben. Für die Annahme einer konkludenten Rechtswahl sind daher bloß vage Vermutungen und Anhaltspunkte, ebenso wie der hypothetische Wille der Parteien, nicht ausreichend<sup>409</sup>. Aufgrund der deutlichen Wortwahl ist ein gewisser Grad an Bestimmtheit erforderlich<sup>410</sup>. Indizien, die auf eine konkludente Rechtswahl hindeuten können, sind z.

---

<sup>403</sup> Heuser, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 43; Kamphoff, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 17.

<sup>404</sup> Heuser, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 43; Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 16 f.

<sup>405</sup> Velikova, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 21; Kamphoff, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 17; Hönsch, NZA 1988, 113, 115.

<sup>406</sup> So auch ausdrücklich Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 35.

<sup>407</sup> Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 328 will die Teilrechtswahl mit Hilfe einer teleologischen Reduktion bei Arbeitsverträgen gänzlich ausschließen.

<sup>408</sup> BAG, Urteil v. 20.11.1997 – 2 AZR 631/96, AP Nr. 1 zu § 18 GVG; Däubler, RIW 1987, 249, 253; Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 15 f.

<sup>409</sup> KOM(2005) 650 endgültig, S. 5; Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 15; Heilmann, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 52; Velikova, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 20; Kamphoff, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 17.

<sup>410</sup> Heilmann, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 52.

B. Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>411</sup>, Bezugnahmen auf Tarifverträge<sup>412</sup> oder sonstige Regelungen<sup>413</sup>, Ort und Sprache des Vertragsschlusses<sup>414</sup> oder die freiwillige Weiterversicherung in der deutschen Sozialversicherung<sup>415</sup>. Ob letztlich eine konkludente Rechtswahl vorliegt, bleibt aber im Ergebnis von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängig<sup>416</sup>.

### b) Grenzen der Rechtswahl

Der Parteiautonomie sind jedoch auch Grenzen gesetzt. Diese Grenzen ergeben sich sowohl aus der Rom I-VO direkt als auch aus dem *ordre public*. Die erste Grenze bestimmt Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO, wonach die Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des objektiv anzuwendenden Rechts gewährt werden würden, wenn keine Rechtswahl stattgefunden hätte (kollisionsrechtliches Günstigkeitsprinzip<sup>417</sup>). Das objektive Vertragsstatut setzt einen Mindeststandard, der auch durch die Parteiautonomie nicht unterschritten werden darf<sup>418</sup>. In diesen Fällen werden die Normen des gewählten Rechts – soweit diese ungünstiger sind – durch die zwingenden Bestimmungen der anderen Rechtsordnung verdrängt, was aber nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Rechtswahl führt, sondern lediglich zur punktuellen Überlagerung des gewählten Rechts<sup>419</sup>. Als zwingend gelten hierbei die Normen, die vertraglich nicht abbedungen werden können und dem Schutze des Arbeitnehmers zu dienen bestimmt sind<sup>420</sup>. In Betracht kommen alle Bestimmungen des objektiv anzuwendenden Rechts, also auch Richterrecht, allgemeine Bestimmungen des Vertragsrechts oder Tarifrecht, soweit es auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet<sup>421</sup>. Diese zwingenden Rechtsvorschriften sind anschließend einem Günstigkeitsvergleich mit dem subjektiv gewählten Recht zu unterziehen.

---

<sup>411</sup> *Däubler*, RIW 1987, 249, 253; *Schlachter*, NZA 2000, 57, 58.

<sup>412</sup> BAG, Urteil v. 26.07.1995 – 5 AZR 216/94, AP Nr. 7 zu § 157 BGB; *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 53; *Schlachter*, in: ErfK, Art. 9 Rom I-VO Rn. 6; *Birk*, RdA 1989, 201, 204.

<sup>413</sup> BAG, Urteil v. 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB n.F.

<sup>414</sup> *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 240; *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 52; anders wohl *Hönsch*, NZA 1988, 113, 115; v. *Hein*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 8 Rom I-VO Rn. 65.

<sup>415</sup> *Birk*, RdA 1989, 201, 204.

<sup>416</sup> *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 21; *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 53.

<sup>417</sup> *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 18 f.; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 9 Rn. 20.

<sup>418</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 254; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 18; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 22. *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 334 ff.

<sup>419</sup> *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 22; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 19; *Däubler*, RIW 1987, 249, 253.

<sup>420</sup> *Schlachter*, in: ErfK, Art. 9 Rom I-VO Rn. 19, *Schlachter*, NZA 2000, 57, 60 f.; *Junker*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 19; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 22.

<sup>421</sup> *Schlachter*, in: ErfK, Art. 9 Rom I-VO Rn. 19.

Vergleichsmaßstab sind hierbei nach h.M. weder die einzelnen Bestimmungen (sog. Rosinentheorie<sup>422</sup>) noch die gesamte Rechtsordnung<sup>423</sup>, sondern objektiv abgrenzbare Teilbereiche (sog. Sachgruppenvergleich<sup>424</sup>). Im Ergebnis können daher immer nur gesamte Teilbereiche günstiger sein, als vergleichbare Teilbereiche des gewählten Rechts. Eine Aufspaltung der Teilbereiche und die Anwendung der individuell jeweilig günstigeren Bestimmungen finden nicht statt<sup>425</sup>. Es muss ein objektiver Maßstab angelegt werden<sup>426</sup>. Aufgrund dessen, dass sich die zwingenden Bestimmungen des objektiven Vertragsstatuts gegenüber dem subjektiv gewählten Recht immer durchsetzen, führt eine Rechtswahl in der Regel immer nur zu einem Vorteil für den Arbeitnehmer<sup>427</sup>. Der Arbeitgeber wird daher – wie bei Gerichtsstandsvereinbarungen auch – in der Praxis nur ein geringes Interesse an solch einer Vereinbarung haben. Eine weitere Grenze normiert grds. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Hat das Arbeitsverhältnis keinen Auslandsbezug, so ist zwar eine Rechtswahl grds. zulässig. Allerdings darf von den einfach zwingenden Normen des Staates nicht abgewichen werden, an welche objektiv angeknüpft werden müsste<sup>428</sup>. Zwingend i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO sind alle Normen, die nicht dispositiv ausgestaltet sind, wobei es i.R.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO keines Günstigkeitsvergleiches bedarf<sup>429</sup>. Da bei einem Auslandseinsatz aber immer auch ein Auslandsbezug gegeben ist, spielt diese auf reine Inlandssachverhalte bezogene Eingrenzung der Rechtswahl für Auslandsdienstreisen keine Rolle<sup>430</sup>.

Eine weitere relevante Grenze stellt aber der Grundsatz des *ordre public* nach Art. 21 Rom I-VO dar. Demnach dürfen keine ausländischen Rechtsnormen angewendet werden, die mit den wesentlichen Grundsätzen des nationalen Rechts offensichtlich unvereinbar sind. Unter dem *ordre public* wird das gesamte öffentliche Ordnungsrecht verstanden, worunter auch die gerade für Auslandsdienstreisen besonders wichtigen Bereiche des Sozialversicherungsrechts, Feiertagsrechts, Steuerrechts oder Aufenthaltsrechts fallen<sup>431</sup>. Für Deutschland wird in Art. 6 S. 2 EGBGB auch ausdrücklich auf die mögliche Unvereinbarkeit mit Grundrechten

---

<sup>422</sup> Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 334 ff.; Lorenz, RIW 1987, 569, 577; Däubler, RIW 1987, 249, 253.

<sup>423</sup> Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 339.

<sup>424</sup> Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 19; Schlachter, in: ErfK, Art. 9 Rom I-VO Rn. 19; Birk, RdA 1989, 201, 206; Junker, IPRax 1989, 69, 72.

<sup>425</sup> Schlachter, in: ErfK, Art. 9 Rom I-VO Rn. 19.

<sup>426</sup> Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 20.

<sup>427</sup> Junker, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 20.

<sup>428</sup> Velikova, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, S. 21.

<sup>429</sup> Schlachter, in: ErfK, Art. 9 Rom I-VO Rn. 20.

<sup>430</sup> Kamphoff, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 16 f.

<sup>431</sup> Heuser, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 46.

hingewiesen. Erforderlich ist jedoch ein offensichtlicher Verstoß gegen die wesentlichen staatlichen Prinzipien, der nur dann vorliegen kann, wenn durch die ausländische Rechtsordnung überhaupt kein vergleichbarer Arbeitnehmerschutz gewährleistet werden kann<sup>432</sup>.

Letztlich kann bei der Rechtswahl auch nicht von den international zwingenden Vorschriften (Eingriffsnormen) des Art. 9 Rom I-VO abgewichen werden (s. hierzu bereits oben unter 2. Teil, E.II.2.a)).

### III. Kollektives Arbeitsrecht

Das internationale kollektive Arbeitsrecht wird in Deutschland weder gesetzlich geregelt noch wird es von den Bestimmungen der Rom I-VO erfasst, die nur das internationale Individualarbeitsrecht betreffen. Dennoch stellen sich auch hier vergleichbare Fragen wie im Individualarbeitsrecht. Gelten die Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer längere Zeit im Ausland befindet? Ist der Arbeitnehmer auf Dienstreisen ebenfalls von den Folgen des Arbeitskampfes betroffen? Hat der Betriebsrat auch dann Mitbestimmungsrechte, wenn einem Arbeitnehmer auf Dienstreise gekündigt wird? Diese sind nur einige Fragen, die sich i.R.d. internationalen kollektiven Arbeitsrechts stellen und zeigen dennoch die große Bedeutung und die Tragweite der jeweiligen Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts.

#### 1. Betriebsverfassung

Aufgrund der fehlenden Bestimmungen zur Regelung der internationalen Anwendbarkeit der deutschen Betriebsverfassung, hat die Rechtsprechung entsprechende Kriterien entwickelt, nach denen sich die Anknüpfung an das BetrVG richtet. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG wird hierbei in Rückgriff auf das sog. „Territorialitätsprinzip“ entscheidend auf den Sitz des Betriebes abgestellt<sup>433</sup>. Dies bedeutet, dass das BetrVG auf all diejenigen Betriebe Anwendung findet, die in der BRD ihren Sitz haben, unabhängig davon, ob es sich um inländische oder ausländische Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer handelt<sup>434</sup>. Umgekehrt werden aber alle Betriebe mit Sitz im Ausland nicht vom BetrVG erfasst, auch wenn dort nur deutsche Arbeitnehmer unter Geltung des deutschen Rechts arbeiten<sup>435</sup>. Das BetrVG unterliegt somit

---

<sup>432</sup> *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 243; *Hönsch*, NZA 1988, 113, 115 f.

<sup>433</sup> Vgl. etwa BAG, Urteil v. 07.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht; BAG, Beschluss v. 22.03.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; BAG, Beschluss v. 20.02.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972.

<sup>434</sup> A.A.: *Lorenz*, SAE 1979, 223, 224.

<sup>435</sup> *Schlachter*, NZA 2000, 57, 64.

nicht dem Arbeitsvertragsstatut und daher auch nicht der freien Rechtswahl<sup>436</sup>. Zur Begründung führt das BAG aus, dass sich das Territorialitätsprinzip bereits aus dem Gesetz selbst ergebe. Das BetrVG greife tiefgehend in den organisatorischen Aufbau der Betriebe und der Befugnisse des Arbeitgebers ein und weise eine enge Verknüpfung mit der deutschen Wirtschaftsverfassung auf<sup>437</sup>. In einer weiteren Entscheidung spricht das BAG davon, dass das BetrVG ein „Stück der allgemeinen Lebensordnung, in der die Bürger der Bundesrepublik Deutschland leben“ sei<sup>438</sup>. Trotz vereinzelter Kritik in der Literatur<sup>439</sup> – vor allem auch am Begriff der Territorialität<sup>440</sup> – ist dem BAG im Ergebnis zuzustimmen. Das BetrVG setzt gesellschafts- und ordnungspolitische Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers um und ist speziell auch auf die Besonderheiten der deutschen Wirtschaft ausgelegt<sup>441</sup>. Eine Geltung des BetrVG im Ausland wäre praktisch nicht umsetzbar. Für eine territoriale Geltung spricht auch der Vergleich mit anderen Vorschriften, wie etwa den Sonderbestimmungen für die Seeschifffahrt (§§ 114 ff. BetrVG) und der Luftfahrt (§ 117 BetrVG)<sup>442</sup>. Nach den Regelungen für die Seeschifffahrt kann die Bordvertretung bzw. der Seebetriebsrat nicht als Organ im Ausland tätig werden, was somit auch für den Betriebsrat gelten muss<sup>443</sup>. Auch in der Luftfahrt gilt das BetrVG für das fliegende Personal mangels Ortsgebundenheit nicht. § 117 Abs. 2 BetrVG sieht daher die Möglichkeit der Einrichtung einer Vertretung durch Tarifvertrag vor.

Ob das BetrVG auf einen Arbeitnehmer auf Auslandsdienstreise nun aber Anwendung findet oder nicht, ist keine Frage des räumlichen, sondern des persönlichen Geltungsbereichs<sup>444</sup>. Befindet sich ein Arbeitnehmer auf Auslandsdienstreise, so stellt sich die Frage, ob er aufgrund der räumlichen Trennung überhaupt noch einem inländischen Betrieb zugeordnet werden

---

<sup>436</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 190 m.w.N.; *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 32; *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4952.

<sup>437</sup> BAG, Beschluss v. 25.04.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.

<sup>438</sup> BAG, Beschluss v. 25.04.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.

<sup>439</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 359 ff.; *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 35 ff.; ausführlich *Kölpfen*, Die Ausstrahlung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 bei der Entsendung von Arbeitnehmern deutscher Unternehmen ins Ausland, S. 42 ff.

<sup>440</sup> *Lorenz*, SAE 1979, 223, 223; *Birk*, SAE 1978, 239, 241.

<sup>441</sup> So auch ausdrücklich BAG, Beschluss v. 27.05.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972.

<sup>442</sup> BAG, Beschluss v. 27.05.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 359 ff.; *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 31; kritisch *Agel-Pahlke*, Der internationale Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes, S. 23.

<sup>443</sup> *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 37.

<sup>444</sup> BAG, Urteil v. 07.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht; BAG, Beschluss v. 16.01.1990 – 1 ABR 47/88, ZTR 1990, 299, 299; BAG, Beschluss v. 30.01.1990 – 1 ABR 2/89, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 156; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 58.





kann<sup>445</sup>. Inhaltlich geht es letztlich darum, ob ein im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer einem inländischen Betrieb zugeordnet werden kann, der aufgrund der Betriebsbezogenheit des Betriebsverfassungsrechts dem BetrVG unterfällt und daher auch das BetrVG auf den Arbeitnehmer persönlich anwendbar ist<sup>446</sup>. Die räumliche Geltung des BetrVG wird dadurch nicht auf das Ausland erweitert. Insoweit hilft das Territorialitätsprinzip auch nicht weiter<sup>447</sup>. Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur greifen daher auf die sozialrechtliche Figur der „Ausstrahlung“ zurück, wobei es im Betriebsverfassungsrecht an einer entsprechenden gesetzlichen Definition dieses Begriffes fehlt<sup>448</sup>. Es handelt sich insoweit um eine Ausnahme zum Territorialitätsprinzip bzw. um eine Durchbrechung desselben<sup>449</sup>. Eine Ausstrahlung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn Arbeitnehmer eines inländischen Betriebes im Ausland außerhalb einer dort bestehenden festen betrieblichen Organisation beschäftigt werden oder wenn der im Ausland tätige Arbeitnehmer dort in eine feste betriebliche Organisation eingegliedert wird, seine Tätigkeit aber nur zeitlich beschränkter Natur ist<sup>450</sup>. Wesentliches Kriterium ist somit, ob die persönliche und rechtliche Bindung an den inländischen Betrieb so stark sind, dass auch eine vorübergehende Auslandstätigkeit hieran nichts ändert<sup>451</sup>. Ob dies der Fall ist, muss an den allgemeinen Kriterien der Betriebszugehörigkeit entschieden werden<sup>452</sup>. Auch wenn gelegentlich Bedenken<sup>453</sup> gegen den Begriff der Ausstrahlung vorgebracht werden, so ist allen Ansichten gemein, dass sie letztlich, wie die überwiegende Ansicht auch, auf die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers abstellen. Was jedoch genau unter diesem Begriff zu verstehen ist, ist im Einzelnen umstritten. Während einige nur auf die reinen arbeitsvertraglichen Beziehungen zum Inlandsbetrieb abstellen<sup>454</sup>, wollen andere ausschließlich tat-

---

<sup>445</sup> *Birk*, in: Festschrift Molitor, 19, 24.

<sup>446</sup> BAG, Beschluss v. 22.03.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; *Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, 2005, S. 157.

<sup>447</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 156; *Richardi*, in: *Richardi*, Einleitung Rn. 73.

<sup>448</sup> BAG, Beschluss v. 22.03.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; BAG, Beschluss v. 25.04.1978 – 6 ABR 2/77, BAGE 30, 266; *Agel-Pahlke*, Der internationale Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes, S. 24 ff.; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 49.

<sup>449</sup> *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 35.

<sup>450</sup> BAG, Beschluss v. 25.04.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 358.

<sup>451</sup> BAG, Beschluss v. 25.04.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht; *Schlachter*, NZA 2000, 57, 63.

<sup>452</sup> BAG, Beschluss v. 22.03.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG.

<sup>453</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 157; *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 201; *Birk*, in: Festschrift Molitor, 19, 29; *Lorenz*, SAE 1979, 223, 223; *Richardi*, in: *Richardi*, Einleitung Rn. 74.

<sup>454</sup> *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 35, der an späterer Stelle seine Ansicht jedoch wieder etwas relativiert und bei Zweifeln auch tatsächliche Kriterien zu Hilfe nehmen möchte.

sächliche Kriterien zur Bestimmung der Betriebszugehörigkeit heranziehen<sup>455</sup>. In Anlehnung an die Rechtsprechung und die überwiegende Auffassung in der Literatur ist es aber sehr viel überzeugender sowohl die faktischen Elemente, als auch die arbeitsrechtlichen Beziehungen nebeneinander zu berücksichtigen und somit eine umfassende Betrachtung durchzuführen<sup>456</sup>. Entscheidend muss sein, dass der Arbeitnehmer noch materielle Beziehungen zum Inlandsbetrieb hat<sup>457</sup>. Kriterien zur Bestimmung, ob dies der Fall ist, können dann unter anderem die Dauer der Entsendung, die Eingliederung in den inländischen bzw. ausländischen Betrieb, die arbeitsvertraglichen Beziehungen, das Weisungsverhältnis sowie die Vereinbarung eines Rückrufsrechts sein. Welche Kriterien aber letztlich zu einer Betriebszugehörigkeit führen, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände im Einzelfall entschieden werden, da die Betriebszugehörigkeit objektiv zu ermitteln ist<sup>458</sup>. Würde man nur einzelne der genannten Kriterien zur Grundlage der Entscheidung machen, so würde dies zu zweifelhaften und willkürlich anmutenden Ergebnissen führen<sup>459</sup>. Dies kann etwa an der zeitlichen Komponente veranschaulicht werden. Für eine Ausstrahlung ist es, wie oben gezeigt wurde, erforderlich, dass nur eine vorübergehende Entsendung ins Ausland vorliegt. Was unter dem Begriff „vorübergehend“ letztlich zu verstehen ist, ist ebenso wie i.R.d. Entsenderichtlinie umstritten (s. o. unter 2. Teil, A.I.2.d)aa)(2)(b)). Einige Autoren fordern in Anlehnung an Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71 eine zeitliche Obergrenze von einem Jahr bis hin zu drei Jahren<sup>460</sup>. Dies soll – unbestritten – der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dienen<sup>461</sup>. Die somit begründete Rechtsklarheit kann aber außerhalb der Dienstreiseproblematik im Einzelfall zu interessenwidrigen Ergebnissen führen. Eine zeitliche Obergrenze wird immer in gewissem Umfang willkürlich gewählt sein und hat daher einen pauschalen Charakter<sup>462</sup>. Eine Betrachtung des Einzelfalls mit seinen speziellen Umständen ist daher nur bis zur Grenze der Höchstdauer möglich. Fälle, die darüber hinausgehen, können nicht mehr einzelfallabhängig begutachtet werden. Es sollten daher nur dort zeitliche Obergrenzen eingeführt werden, wo dies zwingend erscheint. Dies ist, wie oben bereits aufgezeigt wurde, etwa der Fall bei der

---

<sup>455</sup> Ziemann, AuR 1990, 58, 62; Zeuner, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 771, 774.

<sup>456</sup> BAG, Urteil v. 07.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht; BAG, Beschluss v. 16.01.1990 – 1 ABR 47/88, ZTR 1990, 299, 299; Gaul, BB 1990, 697, 697 f.; Franzen, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 205; Trümmer, in: DKK, § 5 Rn. 15; Fitting/Engels, Betriebsverfassungsgesetz, § 1 Rn. 22 ff.; Braasch, in: Düwell, BetrVG, § 102 Rn. 16 f.

<sup>457</sup> BAG, Urteil v. 07.12.1989 – 2 AZR 228/89, NZA 1990, 658.

<sup>458</sup> Sauerzapf, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 157.

<sup>459</sup> Gaul, BB 1990, 697, 700.

<sup>460</sup> Birk, in: Festschrift Molitor, 19, 30 ff. m.w.N.; Kraushaar, BB 1989, 2121, 2124;

<sup>461</sup> Birk, in: Festschrift Molitor, 19, 32.

<sup>462</sup> Diese Zweifel teilt auch Birk, in: Festschrift Molitor, 19, 29 f.

Bestimmung des Begriffs der Dienstreise. Die zeitliche Obergrenze von drei Monaten dient der Rechtsklarheit, in dem die Dienstreise von anderen Begriffen trennscharf abgegrenzt werden kann (s. unter 2. Teil, A.I.2.d)). Nur so kann den Umständen des Einzelfalls genügend Rechnung getragen werden, was allerdings nicht bedeuten soll, dass die zeitliche Dauer gar keine Rolle mehr spielt. Vielmehr bleibt sie ein wichtiges Indiz für das Vorliegen der Betriebszugehörigkeit. Auch die Rechtsprechung ist dem gefolgt und verzichtet mittlerweile entgegen ihrer früheren Ansicht auf eine fixe zeitliche Obergrenze, um im Einzelfall zu einem interessengerechten Ergebnis zu gelangen<sup>463</sup>. Dennoch bleibt die zeitliche Dauer des Aufenthaltes und die frühere zeitliche Obergrenze ein gewichtiges Kriterium in der rechtlichen Bewertung.

Ebenso wie die Dauer der Entsendung müssen aber auch die anderen Umstände in einer Gesamtschau betrachtet werden<sup>464</sup>. So kann auch ein Rückrufrecht und ein weiter bestehendes Weisungsrecht für die Betriebszugehörigkeit sprechen<sup>465</sup>. Umgekehrt könnte aber auch die Geltung eines ausländischen Betriebsverfassungsrechts eine Betriebszugehörigkeit zum ausländischen Betrieb begründen. Allerdings spielt dies keine Rolle, da auch innerhalb des BetrVG eine parallele Zuordnung zu mehreren Betrieben möglich ist und eine doppelte Betriebszugehörigkeit daher nicht schadet, auch wenn sie zum Teil zu einem ausländischen Betrieb besteht<sup>466</sup>. Eine Vereinbarung wonach die Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb festgelegt wird, mit der Folge, dass das BetrVG auf diesen Arbeitnehmer Anwendung finden soll, ist dagegen nicht möglich, da insoweit nicht nur der einzelne Arbeitnehmer betroffen ist, sondern solch eine Vereinbarung in den Rechtskreis aller Betriebsangehörigen eingreift<sup>467</sup>. Auf die Auslandsdienstreise übertragen bedeuten diese Grundsätze, dass das deutsche Betriebsverfassungsrecht i.d.R. weiterhin auf den Arbeitnehmer anwendbar ist. Es handelt sich bei der Auslandsdienstreise um eine nur vorübergehende Tätigkeit, bei der das arbeitsvertragliche Verhältnis zum Stammarbeitgeber aufrecht erhalten bleibt (s. zu den vertraglichen Möglichkeiten unter 4. Teil) und es daher bei einer Zuordnung des

---

<sup>463</sup> Das BAG ging in seiner Entscheidung *BAG*, Beschluss v. 25.04.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht noch von einer zeitlichen Obergrenze aus, während es in *BAG*, Urteil v. 07.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht eine zeitliche Obergrenze ausdrücklich ablehnt.

<sup>464</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 158.

<sup>465</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 159.

<sup>466</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 204.

<sup>467</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 157; *BAG*, Urteil v. 09.11.1977 – 5 AZR 132/76, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.

Arbeitnehmers zum inländischen Betrieb bleibt<sup>468</sup>. Ob der Arbeitnehmer außerdem noch in den ausländischen Betrieb eingegliedert wurde, spielt bei der Dienstreise keine Rolle, solange eine zeitliche Begrenzung vorhanden ist und eine Rückkehr, wie bei der Dienstreise üblich, auch tatsächlich vorgesehen ist<sup>469</sup>. Eine Anwendung des deutschen Betriebsverfassungsrechts über Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO ist nicht möglich, da das BetrVG nicht als Eingriffsnorm zu qualifizieren ist. Angesichts der erforderlichen Einzelfallbetrachtung bei der Qualifizierung von Eingriffsnormen dürfte dies ohnehin selten auf ein gesamtes Gesetz zutreffen. Beim BetrVG fehlt es aber auch bereits am erforderlichen öffentlichen Interesse, da das BetrVG zwar auch den Demokratiedanken verfolgt, aber überwiegend dem Individualinteresse des Arbeitnehmers dient<sup>470</sup>. Darüber hinaus fehlt es auch unter anderem am universellen Anwendungswillen des Betriebsverfassungsrechts, da das BetrVG bereits keine Anwendung auf dauerhaft entsandte Arbeitnehmer findet<sup>471</sup>.

Mit der Tatsache, dass auch Arbeitnehmer auf Auslandsdienstreise grds. unter den persönlichen Geltungsbereich des BetrVG fallen, wurde aber noch keine Aussage darüber getroffen, welche Vorschriften des BetrVG letztlich auf diese Arbeitnehmer anwendbar sind. Ganz grds. müssen die im Ausland Beschäftigten genauso behandelt werden, wie die inländischen Arbeitnehmer<sup>472</sup>. Dennoch gibt es einige Problemfelder, die im Zusammenhang mit einer Auslandstätigkeit auftauchen und die nachfolgend dargestellt werden sollen.

#### a) Wahlrecht und Wählbarkeit

So können sich aus der Auslandstätigkeit bereits Probleme für die Wahlen zum Betriebsrat ergeben. Keine Zweifel bestehen hierbei zunächst beim aktiven Wahlrecht. Dieses bleibt uneingeschränkt erhalten<sup>473</sup>. Nach § 7 BetrVG gelten „alle“ Arbeitnehmer des Betriebs als wahlberechtigt, sofern sie das 18. Lebensjahr vollendet haben. Eine Beschränkung dergestalt, dass nur im Inland beschäftigte Arbeitnehmer wahlberechtigt sein sollten, existiert nicht. Ist aufgrund der Auslandsbeschäftigung eine persönliche Wahl nicht möglich, so kann die Stimm-

---

<sup>468</sup> *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 35; *Schlüpers-Oehmen*, Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit, S. 86; *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 206.

<sup>469</sup> *Richardi*, in: Richardi, Einleitung Rn. 75; *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 207; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 39.

<sup>470</sup> *Fitting/Engels*, Betriebsverfassungsgesetz, § 1 Rn. 1 und 4; a.A.: *Trümmer*, in: DKK, § 1 Rn. 24.

<sup>471</sup> *Laimer/Huger*, RdW 2012, 97, 100.

<sup>472</sup> *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 47.

<sup>473</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 253; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 48; *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 169.

abgabe per Briefwahl nach §§ 24 ff. Wahlordnung<sup>474</sup> erfolgen. Kritischer könnte man allerdings die Frage nach der Wählbarkeit sehen. Kann es möglich sein, dass jemand, der zeitweise im Ausland oder sogar mehrfach hintereinander im Ausland beschäftigt wird, in den Betriebsrat gewählt wird? Man könnte insoweit davon ausgehen, dass das passive Wahlrecht in diesen Fällen eingeschränkt ist, da der Kandidat seine Betriebsratsfunktionen bereits gar nicht vollumfänglich ausüben kann<sup>475</sup>. Allerdings muss auch für die Arbeitnehmer ein passives Wahlrecht bestehen, die vorübergehend im Ausland tätig sind, solange die Betriebszugehörigkeit bestehen bleibt<sup>476</sup>. Es ist nicht richtig, dass für das passive Wahlrecht eine stärkere Bindung des Arbeitnehmers an den Betrieb vorhanden sein muss als beim aktiven Wahlrecht<sup>477</sup>. § 8 BetrVG verweist i.R.d. Tatbestandsvoraussetzungen gerade auf § 7 BetrVG zurück und stellt somit lediglich auf das Arbeitsverhältnis und die Betriebszugehörigkeit ab<sup>478</sup>. Zudem obliegt es der Belegschaft des Betriebes darüber zu entscheiden, welcher Arbeitnehmer in den Betriebsrat gewählt werden soll und welcher nicht<sup>479</sup>. Es spricht sogar vieles für eine enge Bindung des Arbeitnehmers an den inländischen Betrieb, wenn die dortigen Arbeitnehmer einen häufig abwesenden Bewerber wählen. Die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats leidet auch nicht darunter, wenn ein Betriebsratsmitglied vorübergehend im Ausland tätig wird, zumal immer noch die Möglichkeit besteht, dass an die Stelle des Betriebsratsmitglieds das nächste Ersatzmitglied nach § 25 Abs. 1 S. 2 BetrVG tritt, wenn das Betriebsratsmitglied tatsächlich verhindert sein sollte. Dies ist aber erst dann der Fall, wenn die Anreise des Betriebsratsmitglieds im Einzelfall unzumutbar hohe Kosten für den Arbeitgeber verursacht<sup>480</sup>. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb ein Betriebsratsmitglied bereits dann als vorübergehend verhindert gelten sollte, wenn es sich auf Dienstreise im Nachbarausland befindet und eine Heimkehr unproblematisch erfolgen kann<sup>481</sup>. Die Arbeitnehmer im Auslandseinsatz sind folgerichtig auch bei der Bestimmung der Betriebsgröße zu berücksichtigen<sup>482</sup>. Muss der Be-

---

<sup>474</sup> Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Dezember 2001, BGBl. 2001 I S. 3494.

<sup>475</sup> So etwa *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 37, der das passive Wahlrecht dann ablehnt, wenn der Arbeitnehmer mehr als die Hälfte der Amtszeit im Ausland verbringt.

<sup>476</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920; *Gaul*, BB 1990, 697, 701.

<sup>477</sup> So aber *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 37.

<sup>478</sup> *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 49.

<sup>479</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 170.

<sup>480</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 256; anders *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 37 und *Richardi*, in: Richardi, Einleitung Rn. 80, die eine generelle Verhinderung des Betriebsratsmitglieds im Auslandseinsatz annehmen wollen.

<sup>481</sup> *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 49.

<sup>482</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 252; *Gaul*, BB 1990, 697, 701; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 54; *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterentsatz, Rn. 280.

etriebsrat diese Arbeitnehmer aufgrund ihrer weiter bestehenden Betriebszugehörigkeit vertreten, so ist es auch zwingend geboten diese Arbeitnehmer bei den Schwellenwerten zu berücksichtigen<sup>483</sup>. Dies kann etwa bei der Frage nach der Wahl des Betriebsrats (§§ 7 ff. BetrVG) oder den Beteiligungsrechten des Betriebsrats (§§ 99 und 111 BetrVG) relevant werden.

### **b) Betriebsversammlungen und Betriebsratssitzungen**

Weitere Probleme können aber nicht nur bei der Wahl des Betriebsrats, sondern auch bei dessen Tätigkeit auftauchen. Einigkeit besteht noch darüber, dass es dem Arbeitnehmer im Auslandseinsatz generell gestattet sein muss, an Betriebsversammlungen im Inland teilzunehmen<sup>484</sup>. Die dabei entstehenden Kosten für die Anreise sind dem Arbeitnehmer gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 und 3 BetrVG vom Arbeitgeber zu erstatten<sup>485</sup>. Dies kann aber ebenso wie bei der Anreise eines Betriebsratsmitglieds nur insoweit gelten, als die Kosten nicht unverhältnismäßig hoch sind<sup>486</sup>. Ob dies der Fall ist, muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Ein Ausschluss der Kostenerstattungspflicht wegen genereller Unzumutbarkeit kommt nicht in Betracht<sup>487</sup>. Ob der Betriebsrat allerdings eine (Teil-) Betriebsversammlung auch im Ausland abhalten darf, wird uneinheitlich beantwortet. Ein großer Teil der Literatur geht davon aus, dass die Einberufung einer Betriebsversammlung im Ausland zulässig ist<sup>488</sup>. Zur Begründung wird angeführt, dass es sich bei der Durchführung einer Betriebsversammlung nicht um einen Hoheitsakt handele, sondern um privatrechtliche Beziehungen zwischen Belegschaft und Betriebsrat. Als praktisches Argument wird dabei auch angeführt, dass es für den Arbeitgeber unter Umständen kostengünstiger sei, wenn eine Betriebsversammlung im Ausland abgehalten werde und dadurch auch alle Arbeitnehmer integriert würden. Diese Argumente können aber keineswegs überzeugen. Entgegen der Ansichten der Vorinstanzen<sup>489</sup> hat das BAG entschieden, dass aufgrund des Organcharakters des Betriebsrats der räumliche Geltungsbereich des BetrVG betroffen sei und dieses nur für Betriebe innerhalb der BRD gelte<sup>490</sup>. Die Tätigkeit des Betriebsrats sei deshalb auf das Inland beschränkt. Das BAG stellt damit in seiner

---

<sup>483</sup> *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 48.

<sup>484</sup> *Schlüpers-Oehmen*, Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit, S. 96; *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 257; *Gaul*, BB 1990, 697, 702.

<sup>485</sup> So auch wohl *BAG*, Beschluss v. 27.05.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 56.

<sup>486</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 257; *Gaul*, BB 1990, 697, 702.

<sup>487</sup> So aber ausdrücklich *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiter-Einsatz, Rn. 279 mit zweifelhaften Verweisen.

<sup>488</sup> *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 388 f.; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 51 f.

<sup>489</sup> *LAG Hamm*, Beschluss v. 12.03.1980 – 3 TaBV 7/80, DB 1980, 1030, 1030 f.

<sup>490</sup> *BAG*, Beschluss v. 27.05.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972.

Entscheidung zutreffend fest, dass der räumliche Geltungsbereich des BetrVG auf das Inland beschränkt ist. Durch die Einberufung der Betriebsversammlung nimmt der Betriebsrat gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 BetrVG unmittelbar gesetzliche Aufgaben wahr, was dazu führt dass der Betriebsrat als Organ tätig wird<sup>491</sup>. Solch eine organschaftliche Tätigkeit ist aber ebenso wie die Abhaltung der Betriebsversammlung als Institution des Betriebsverfassungsrechts nur innerhalb des räumlichen Geltungsbereiches des BetrVG zulässig<sup>492</sup>. Im Übrigen würde eine Betriebsversammlung im Ausland dazu führen, dass die dortigen Beschäftigten ungleich behandelt werden würden, was gemäß § 75 BetrVG bereits dem deutschen Betriebsverfassungsrecht fremd ist<sup>493</sup>. Zudem müsste im Einzelfall geprüft werden, ob die ausländische Rechtsordnung die Betriebsratstätigkeit erlaubt<sup>494</sup>.

### c) Betriebsvereinbarungen

Eine wichtige Frage ist auch, ob die Auslandstätigkeit des Arbeitnehmers Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der Betriebsvereinbarungen hat. Aufgrund der normativen Wirkung von Betriebsvereinbarungen gemäß §§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG ist jedoch davon auszugehen, dass die Betriebsvereinbarungen auch bei einer Auslandsdienstreise weiterhin auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sind<sup>495</sup>. Allerdings können unter Umständen zwingende Bestimmungen des ausländischen Rechts zu einer Verdrängung führen<sup>496</sup>. So muss z. B. das jeweilige örtliche Feiertagsrecht berücksichtigt werden. Rechtlich zulässig ist es auch spezielle Betriebsvereinbarungen nur für Auslandsbeschäftigte abzuschließen<sup>497</sup>, nicht jedoch Betriebsvereinbarungen mit einem Anwendungsbereich, der sich nur auf ausländische Betriebsteile oder Betriebe bezieht<sup>498</sup>. Dies widerspricht dem Anwendungsbereich des BetrVG, der sich nur auf das Ho-

---

<sup>491</sup> Für eine Unterscheidung zwischen organschaftlichem Tätigwerden des Betriebsrats und sonstigen Betriebsratstätigkeiten ebenso *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 56 und *Gaul*, BB 1990, 697, 702; *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 58 f.

<sup>492</sup> BAG, Beschluss v. 27.05.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; *Schlüpers-Oehmen*, Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit, S. 94 f.; *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 38; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 56.

<sup>493</sup> *Gaul*, BB 1990, 697, 703.

<sup>494</sup> So auch die Auffassung, die eine Betriebsversammlung für zulässig erachtet: *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 388.

<sup>495</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 161; *Gaul*, BB 1990, 697, 701; *Heuser*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 55; a.A.: *LAG Düsseldorf*, Urteil v. 14.02.1979 – 16 TaBV 52/78, DB 1979, 2233, 2234 f. unter Hinweis auf das Territorialitätsprinzip.

<sup>496</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 250 f.; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 55; *Auffarth*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 31, 38.

<sup>497</sup> BAG, Beschluss v. 30.01.1990 – 1 ABR 2/89, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>498</sup> *Kamphoff*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 60; *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4954.

heitsgebiet der BRD beschränkt und ist auch nicht mit dem Prinzip der Ausstrahlung zu vereinbaren, wonach nur im Inland bestehende Betriebsvereinbarungen auf Auslandsbeschäftigte erstreckt werden können<sup>499</sup>.

## 2. Tarifvertragsrecht

Ebenso wie das Betriebsverfassungsrecht wird auch das internationale Tarifvertragsrecht nicht durch die Rom I-VO geregelt. Es gibt weder Bestimmungen darüber, welches Recht auf den Tarifvertrag selbst anwendbar ist (Tarifvertragsstatut), noch darüber inwieweit der internationale Anwendungsbereich des jeweiligen Tarifvertrages reicht (internationales Tarifnormenrecht). Bedeutung haben daher nur die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Maßstäbe<sup>500</sup>. Die Grundsätze zur Bestimmung des Tarifvertragsstatuts und der Frage, ob diesbezüglich eine Rechtswahl zulässig ist, sollen hier nicht weiter vertieft werden, da sich hier nach nur der Abschluss des Tarifvertrages richtet<sup>501</sup>. Für den Fall der Auslandsdienstreise ist allein fraglich, ob die jeweiligen Arbeitsverhältnisse den inländischen Tarifvertragsnormen unterliegen, also die Bestimmung des internationalen Tarifnormenrechts zu einer Anwendung der deutschen Tarifverträge führen<sup>502</sup>. Bereits das RAG hatte die Erstreckung des Geltungsbereichs von Tarifverträgen auf das Ausland gebilligt<sup>503</sup>. Das BAG stellte anschließend entscheidend auf das jeweils zugrunde liegende Arbeitsvertragsstatut ab. In seiner Entscheidung vom 04.05.1977 ging es darum, dass zwei jugoslawische Bauunternehmer vorübergehend als Subunternehmer in Deutschland auftraten<sup>504</sup>. Mit den jugoslawischen Arbeitnehmern hatten die Bauunternehmer in den Arbeitsverträgen die Geltung jugoslawischen Rechts vereinbart. Die Sozialkassen verlangten daraufhin von den Bauunternehmern den entsprechenden Sozialkassenbeitrag, da der deutsche Tarifvertrag, auf deren Grundlage die Sozialkassen errichtet wurden, für allgemeinverbindlich erklärt wurde und der räumliche Anwendungsbereich des Tarifvertrages auch die vorübergehend in Deutschland tätigen Arbeitnehmer erfasste. Das BAG lehnte die Beitragspflicht der jugoslawischen Unternehmer ab und verwies darauf, dass die Arbeitsverhältnisse jugoslawischem Recht unterfielen. Daher seien sie auch nicht dem deutschen Recht und damit auch nicht den deutschen Tarifverträgen unterworfen. Die Tatsa-

---

<sup>499</sup> LAG Düsseldorf, Beschluss v. 14.02.1979 – 16 TaBV 52/78, DB 1979, 2233, 2234.

<sup>500</sup> Martiny, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4960.

<sup>501</sup> S. hierzu etwa Kamphoff, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten, S. 55 ff.; Müller, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 133 ff.

<sup>502</sup> Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 413; Martiny, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4965.

<sup>503</sup> BAG, Urteil v. 11.09.1991 – 4 AZR 71/91, AP Nr. 29 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht; Hergenröder, in: AR-Blattei-SD, 1550.15 m.w.N.

<sup>504</sup> BAG, Urteil v. 04.05.1977 – 4 AZR 10/76, AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.



che, dass die Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt wurden, ändere hieran nichts. Die Normen des Tarifrechts seien privatrechtlicher Natur, woran auch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung nichts ändere. Damit bestätigte das BAG seine bisherige Rechtsprechung, in der es für die Anwendung eines inländischen Tarifvertrages nicht auf den Arbeitsort, sondern das Arbeitsvertragsstatut abstellte<sup>505</sup>. Unterliegt also das Arbeitsverhältnis dem deutschen Recht, so bleiben auch die deutschen Tarifverträge weiterhin anwendbar, selbst wenn der Arbeitnehmer im Ausland eingesetzt ist<sup>506</sup>. Es handelt sich insoweit ebenfalls um einen Fall der Ausstrahlung, der dazu führt, dass bei nur vorübergehender Auslandsarbeit die deutschen Tarifverträge auf die Arbeitsverhältnisse Anwendung finden<sup>507</sup>. Eine Grenze für die Geltung der inländischen Tarifverträge im Ausland besteht nur dort, wo dies das zwingende Ortsrecht gebietet<sup>508</sup>. Bereits vor Inkrafttreten der Rom I-VO hatte das BAG in diesem Sinne entschieden<sup>509</sup>. Spätestens mit der Geltung von Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO und Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO muss aufgrund der Anknüpfung der Rechtsprechung an das Arbeitsvertragsstatut aber auch das zwingende Ortsrecht berücksichtigt werden bzw. auf Grundlage des Günstigkeitsvergleichs Tarifnormen des (günstigeren) objektiven Arbeitsvertragsstatuts zur Wirkung verholfen werden<sup>510</sup>. Es handelt sich beim Tarifvertragsrecht insoweit um das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes<sup>511</sup>.

### 3. Arbeitskampfrecht

Letztlich relevant kann auch das Arbeitskampfrecht im Falle einer Auslandsdienstreise werden. Wird etwa der inländische Betrieb bestreikt und als Reaktion hierauf stillgelegt, so könnte sich die Suspendierung auch auf den Arbeitnehmer auf Auslandsdienstreise auswirken. Umgekehrt kann aber auch der ausländische Betrieb Arbeitnehmer aussperren oder den Betrieb stilllegen, mit der Folge, dass der Arbeitnehmer nicht länger beschäftigt werden kann. Ob im Einzelfall der Arbeitskampf oder die Teilnahme hieran rechtmäßig waren, bestimmt sich nach dem Arbeitskampfstatut. Dieses wird nach der ganz überwiegenden Ansicht am

---

<sup>505</sup> So auch schon in BAG, Urteil v. 27.08.1964 – 5 AZR 364/63, AP Nr. 9 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.

<sup>506</sup> BAG, Urteil v. 09.07.1980 – 4 AZR 564/78, AP Nr. 7 zu § 1 TVG Form; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 414.

<sup>507</sup> *Hergenröder*, in: AR-Blattei-SD, 1550.15 Rn. 327; *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 327; *Däubler*, in: *Däubler*, TVG, Einleitung Rn. 626; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 444 f.; *Schlachter*, NZA 2000, 57, 64.

<sup>508</sup> *Hergenröder*, in: AR-Blattei-SD, 1550.15 Rn. 90 ff.

<sup>509</sup> BAG, Urteil v. 11.09.1991 – 4 AZR 71/91, AP Nr. 29 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.

<sup>510</sup> So auch *Martiny*, in: *Reithmann/Martiny*, 5. Teil Rn. 4966 f.; *Magnus*, in: *Staudinger*, Art. 30 EGBGB Rn. 259; *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, S. 95.

<sup>511</sup> *Schlachter*, NZA 2000, 57, 64.

Recht des Arbeitskampfortes angeknüpft<sup>512</sup>. Findet ein Arbeitskampf folglich länderübergreifend statt, so entscheidet jede Rechtsordnung für sich über die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes<sup>513</sup>. Auch die individualrechtlichen Folgen des Arbeitskampfes werden nach dem Arbeitskampfstatut bestimmt<sup>514</sup>. Das Arbeitskampfstatut findet nur dort seine Grenzen, wo das zwingende Recht dies gebietet oder aber der ordre public-Vorbehalt dies verlangt<sup>515</sup>. Die Anknüpfung von Schadensersatzansprüchen erfolgt dann über Art. 14 Rom II-VO<sup>516</sup>, Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO bzw. Art. 9 Rom II-VO. Hiernach unterliegen die Schäden gemäß Art. 14 Abs. 1 lit. a) Rom II-VO dem Recht des Staates, den die Parteien nachträglich vereinbart haben und mangels einer solchen Rechtswahl dem Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO. Ist ein solcher gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthaltsort nicht vorhanden, so bestimmt letztlich Art. 9 Rom II-VO, dass das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem die Arbeitskampfmaßnahme erfolgen soll oder erfolgt ist. Auch hier gilt, dass jede einzelne Kampfmaßnahme für sich betrachtet werden muss und dem Recht des Ortes, an dem die Maßnahme erfolgte, unterliegen<sup>517</sup>.

## F. Die arbeitsrechtliche Behandlung von Dienstreisezeiten

Die arbeitsrechtliche Behandlung von Dienstreisezeiten (zum Begriff s. unter 2. Teil, A.II.) ist das zentrale Problem der Dienstreise. Hierbei stellen sich zwei grundlegende Fragen, die anhand eines Beispiels leicht verdeutlicht werden können:

*Ein Monteur muss montags in Brasilien eine Maschine reparieren, weshalb er bereits sonntags seine Dienstreise von Deutschland antritt. Nach einer Flugzeit von mehr als zwölf Stunden und einer mehrstündigen Anfahrt zum Einsatzort, verrichtet der Monteur seine Tätigkeit lediglich drei Stunden vor Ort, bevor er unmittelbar wieder abreist.*

Dieser Fall zeigt bereits deutlich worin die Probleme in der Praxis bestehen:

---

<sup>512</sup> *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4968; *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 357; *Magnus*, in: Staudinger, Art. 30 EGBGB Rn. 275; andere fordern eine akzessorische Anknüpfung am Vertragsstatut: s. hierzu etwa *Eichenhofer*, NZA-Beilage 2006, 67, 69 f.

<sup>513</sup> *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, 5. Teil Rn. 4968.

<sup>514</sup> *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 366.

<sup>515</sup> Zur Qualifizierung von Arbeitskampfrecht als Eingriffsnorm s. *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 371 ff.

<sup>516</sup> VO (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABIEU Nr. L 199, S. 40.

<sup>517</sup> *Schlachter*, in: ErfK, Art. 9 Rom II-VO Rn. 2.

1. Ist das ArbZG überhaupt anwendbar und gilt die gesamte Dienstreisezeit als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG?
2. Hätte der Arbeitnehmer eine Ruhezeit einhalten müssen?
3. Wie ist diese Dienstreise zu vergüten?
4. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für die volle Reisezeit zu entlohnen oder aber nur für die drei Stunden der Reparatur?

Alle diese Fragen sind abhängig von zwei Problemkreisen: Erstens der Frage, ob Dienstreisezeit als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG anzusehen ist, was allerdings voraussetzen würde, dass das ArbZG überhaupt auf die Fälle der Auslandsdienstreise anwendbar ist. Zweitens, ob und wie die Dienstreisezeit grds. zu vergüten ist. Beide Fragen sind dabei strikt voneinander zu trennen und unabhängig voneinander zu beurteilen<sup>518</sup>. Während sich die erste Frage allein nach dem ArbZG richtet, enthält dieses für die zweite Frage keinerlei Vorschriften dafür oder auch nur Hinweise darauf, ob und wie solche Zeiten zu vergüten wären. Das ArbZG dient vor allem dem Gesundheitsschutz als einem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes. Das Ob und Wie der Vergütung ist dem hingegen keine Frage des Gesundheitsschutzes, sondern eine Frage des Gegenleistungsverhältnisses, das sich nach dem Arbeitsvertrag bzw. den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften bestimmt, soweit keine kollektivrechtlichen Regelungen anwendbar sind. Trotz der enormen Wichtigkeit für die Praxis und den großen Problemen, die diese bei der Handhabung mit der Problematik hat, wurde die aufgeworfene Thematik von der Literatur bislang dogmatisch kaum aufgearbeitet<sup>519</sup>. In der Rechtsprechung sind im Wesentlichen nur zwei grundsätzliche Entscheidungen des BAG in jüngerer Zeit ergangen<sup>520</sup>. Im Folgenden sollen die aufgezeigten Problemkreise anhand der beiden BAG-Entscheidungen dogmatisch aufgearbeitet und ein eigenständiger Lösungsansatz entwickelt werden.

## **I. Die Dienstreisezeit als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG**

Ausgehend vom oben gezeigten Beispielfall stellt sich zunächst die Frage, ob die Dienstreisezeit des Monteurs bereits Arbeitszeit i.S.d. ArbZG war und, ob er dadurch etwa verpflichtet gewesen wäre eine Ruhezeit nach § 5 ArbZG einzulegen. Würde man dies annehmen, so hätte dies enorme praktische Bedeutung. Der Monteur aus dem Ausgangsbeispiel hätte dann bereits auf der Flugstrecke einen Zwischenstopp einlegen müssen, da die Flugzeit von zwölf Stunden die werktägliche Höchstarbeitszeit von acht bzw. zehn Stunden übersteigt. Auch gälte grds.

---

<sup>518</sup> *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 249; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1106.

<sup>519</sup> So auch *Hager*, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1; *Bernstein*, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, 8.

<sup>520</sup> BAG, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise und BAG, Urteil v. 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise.

die Sonntagsruhe, so dass ein Arbeitnehmer nur ausnahmsweise beschäftigt werden dürfte. Anders als etwa in Österreich existiert in Deutschland keine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Dienstreisezeit. In § 20b Abs. 1 des österreichischen Arbeitszeitgesetzes<sup>521</sup> heißt es, dass Reisezeiten dann vorliegen, „wenn der Arbeitnehmer über Auftrag des Arbeitgebers vorübergehend seinen Dienstort (Arbeitsstätte) verläßt, um an anderen Orten seine Arbeitsleistung zu erbringen, sofern der Arbeitnehmer während der Reisebewegung keine Arbeitsleistung zu erbringen hat.“. Weiterhin bestimmt § 20b Abs. 2 ÖArbZG, dass durch solche Reisezeiten die Höchstgrenzen der Arbeitszeit überschritten werden können und im Falle, dass ausreichende Erholungsmöglichkeiten bestanden, die tägliche Ruhezeit verkürzt werden kann (Abs. 3). Solch eine Verkürzung der täglichen Ruhezeit ist nach Abs. 5 nur zweimal pro Kalenderwoche zulässig. Ergänzend bestimmt § 10a ARG<sup>522</sup>, dass Reisebewegungen auch während der Wochenend- bzw. Feiertagsruhe zulässig sind, „wenn diese zur Erreichung des Reiseziels notwendig oder im Interesse des Arbeitnehmers gelegen ist.“<sup>523</sup>. Der österreichische Gesetzgeber hat damit exakt die zu besprechende Thematik gesetzlich normiert. Ob das deutsche ArbZG durch Auslegung bestehender Regelungen letztlich ebenfalls eine Lösung für die Problematik erlaubt, soll nachfolgend geprüft werden. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass das ArbZG überhaupt Anwendung auf die Auslandsdienstreise findet.

### 1. Anwendbarkeit des ArbZG auf Auslandsdienstreisen

Das ArbZG ist in Deutschland als Teil des Arbeitsschutzes öffentlich-rechtlich ausgestaltet und unterliegt daher unstreitig dem Territorialitätsprinzip<sup>524</sup>. Dies bedeutet, dass das ArbZG grds. nur innerhalb der Grenzen der BRD räumliche Geltung erlangt und der Staat auf diese Weise seine Ordnungsvorstellungen umsetzt<sup>525</sup>. Probleme können bei der Auslandsdienstreise insb. dadurch auftreten, dass der Aufnahmestaat auf die Einhaltung seines Hoheitsrechts besteht, während der Entsendestaat seinerseits auf die Beachtung des ArbZG durch Ausgestaltung als Eingriffsnorm verweist. Zur Lösung dieses Problems werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Die überwiegende Literatur bleibt bei der strengen Betrachtungsweise des

---

<sup>521</sup> Arbeitszeitgesetz vom 01.05.1997, BGBl. Nr. 461/1969.

<sup>522</sup> Bundesgesetz vom 03.02.1983 über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz - ARG), BGBl. Nr. 144/1983.

<sup>523</sup> Zur österreichischen Rechtslage s. *Mosing*, RdW 2012, 157; *Burger*, ZAS 2012, 4.

<sup>524</sup> *Schliemann*, ArbZG, § 1 Rn. 15; *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), S. 276; *Wiebauer*, EuZA 2012, 485, 485 f.; *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 3 Rn. 7; *Wank*, in: ErfK, § 2 ArbZG Rn. 7; *Franzen*, in: AR-Blattei-SD, 920 Rn. 137 f.; *Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 338; *Baack/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 18 Rn. 13; *Magnus*, in: *Staudinger*, Art. 30 EGBGB Rn. 231.

<sup>525</sup> Vgl. etwa *Wiebauer*, EuZA 2012, 485, 485 m.w.N.

Territorialitätsprinzips und knüpft nur an den Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung an<sup>526</sup>. Diese Ansicht hätte zur Folge, dass Arbeitnehmer auf Auslandsdienstreisen nicht unter das ArbZG fallen und die Arbeitszeitregelungen des tatsächlichen Arbeitsortes gelten würden<sup>527</sup>. Auch die Folgen der Anwendbarkeit des ausländischen Arbeitszeitrechts, wie etwa der Überstundenvergütung, sollen sich nach teilweise vertretener Ansicht nach dem Recht am tatsächlichen Arbeitsort richten<sup>528</sup>. Was dies für den Arbeitnehmer bedeuten kann, zeigt deutlich ein Urteil des BAG aus dem Jahre 1990<sup>529</sup>. Dort klagte ein Berater auf Zahlung einer Überstundenvergütung i.H.v. rund 37.000,00 DM für 548 Überstunden. Der Kläger war für zwei Jahre projektbezogen in Saudi-Arabien beschäftigt und hatte eine wöchentliche Arbeitszeit zwischen 49 und 54 Stunden. Der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Manteltarifvertrag sah grds. nur eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden vor, erlaubte aber eine Überschreitung der Stundenzahl, wenn dies die Regelungen im Einsatzland erforderten. Das BAG stellte in seiner Urteilsbegründung fest, dass „die Geltung der Arbeitszeitordnung auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt ist“ und bestätigte damit auch ausdrücklich die Geltung des Territorialitätsprinzips<sup>530</sup>. Zudem sprach das BAG dem Kläger die Zahlung einer Überstundenvergütung ab, da die erhöhte Arbeitszeit aufgrund der tarifvertraglichen Regelung zur regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit geworden sei. Diese Rechtsprechung zur AZO dürfte auch noch unter der Geltung des ArbZG Bestand haben<sup>531</sup>. Sie zeigt, dass gerade dann, wenn das ArbZG nicht gilt, erhebliche Schutzlücken entstehen. Sieht das ausländische Recht eine wesentlich höhere wöchentliche Höchstarbeitszeit vor, so könnte der Arbeitgeber versuchen diese auch auszunutzen, wenn im Arbeitsvertrag keine Regelung zur Arbeitszeit getroffen wurde. Zudem erhielt der Arbeitnehmer für die geleistete „Mehrarbeit“ im Vergleich zur deutschen Regelung auch keinen finanziellen Ausgleich in Form von Überstundenvergütung, soweit das Ortsrecht solche Regelungen nicht vorsieht. Eine Verweisung allein auf das Territorialitätsprinzip als Argument gegen eine Geltung des ArbZG bei Auslandsdienstreisen kann deshalb nicht überzeugen. So gibt es auch in der Literatur kritische Stimmen, die

---

<sup>526</sup> *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 3 Rn. 7; *Wank*, in: *ErfK*, § 2 ArbZG Rn. 7; *Franzen*, in: *AR-Blattei-SD*, 920 Rn. 137 f.; *Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 338; *Baeck./Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 18 Rn. 13; *Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 337 ff.

<sup>527</sup> *Magnus*, in: *Staudinger*, Art. 30 EGBGB Rn. 231.

<sup>528</sup> So etwa *Birk*, in: *MünchArbR*, § 20 Rn. 163; ablehnend *Magnus*, in: *Staudinger*, Art. 30 EGBGB Rn. 89.

<sup>529</sup> BAG, Urteil v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit.

<sup>530</sup> BAG, Urteil v. 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit.

<sup>531</sup> So auch *Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, S. 338.

dem ArbZG auch bei Auslandsdienstreisen zur Geltung verhelfen wollen<sup>532</sup>. Hierbei werden zwei unterschiedliche Ansätze vertreten: *Schliemann* geht zwar ebenfalls von der Geltung des Territorialitätsprinzips aus, spricht sich aber für eine weiter bestehende Anwendbarkeit des ArbZG im Falle einer nur vorübergehenden Entsendung aus<sup>533</sup>. Er begründet diese Ansicht zwar nicht näher, es scheint aber, als wolle *Schliemann* ähnlich wie im Sozialversicherungs- oder dem Betriebsverfassungsrecht eine Ausstrahlung des ArbZG annehmen<sup>534</sup>. *Gamillscheg* und ihm folgend *Deinert* wollen hingegen differenzieren<sup>535</sup>. Liegt der tatsächliche Arbeitsort innerhalb der BRD, so gilt das ArbZG – unstreitig – als öffentlich-rechtliche Norm unmittelbar<sup>536</sup>. Liegt der tatsächliche Arbeitsort im Ausland, so gelte zwar nicht das ArbZG als öffentliches Recht. Dennoch gelte es als Teil des Vertragsstatuts, nach *Deinert* ausdrücklich als international zwingende Norm, weiter<sup>537</sup>. Dies wird damit begründet, dass das Arbeitsschutzrecht auch immer arbeitsvertragsrechtlicher Natur sei und den Inhalt der Arbeitsverträge inhaltlich fülle<sup>538</sup>. Dem Arbeitnehmer stünde ein privatrechtlicher Anspruch auf Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsschutzrecht und im Falle ihrer Verletzung auf Schadensersatz zu<sup>539</sup>. Dennoch sei auch das Eingriffsrecht am Tätigkeitsort weiter zu beachten<sup>540</sup>. Auch *Wiebauer* sieht im Arbeitsschutz eine individualrechtliche Komponente, die durch das Arbeitsvertragsstatut abschließend geregelt wird<sup>541</sup>. Die Regelungen des ArbZG über Mindestruhe- und Höchstarbeitszeiten seien als international zwingende Vorschrift anzusehen. Für die Charakterisierung als Eingriffsnorm spreche, dass der deutsche Gesetzgeber die Mindestruhezeiten und Höchstarbeitszeiten im AEntG ausdrücklich als zwingend bezeichnet habe (§ 2 Nr. 3 AEntG). *Wiebauer* möchte allerdings die Frage, ob das ArbZG letztlich auch privatrechtliche Wirkung entfaltet, anhand einer Auslegung des Arbeitsvertrages ermitteln, da es die Vertragsparteien in der Hand hätten, das ArbZG zum Inhalt des Arbeitsvertrages zu machen. Wenn keine ausdrückliche Regelung vorhanden ist, so solle der Parteiwille ermittelt oder notfalls eine ergänzende Vertragsauslegung durchgeführt werden. Zwar erkennt er, dass dies zu erheblichen Problemen führen kann, da der Arbeitgeber, anders als der Arbeitnehmer,

---

<sup>532</sup> Kritisch auch *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 126 ff.

<sup>533</sup> *Schliemann*, ArbZG, § 1 Rn. 15.

<sup>534</sup> Ausdrücklich ablehnend etwa *Birk*, in: MünchArbR, § 20 Rn. 163.

<sup>535</sup> *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), S. 274 ff.; *Deinert*, RdA 2009, 144, 153.

<sup>536</sup> *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), S. 274.

<sup>537</sup> *Deinert*, RdA 2009, 144, 153.

<sup>538</sup> *Wlotzke*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 723, 738 ff.

<sup>539</sup> *V. Gierke*, in: Festschrift Brunner, 37, 63; *Wlotzke*, in: Festschrift Hilger und Stumpf, 723, 744 ff.

<sup>540</sup> *Deinert*, RdA 2009, 144, 153.

<sup>541</sup> *Wiebauer*, EuZA 2012, 485, 487.

wohl grds. kein Interesse an der Geltung des ArbZG im Ausland haben dürfte. Diese aufkommende Unsicherheit bei der Ermittlung des hypothetischen Willens will *Wiebauer* aber bestehen lassen<sup>542</sup>.

Nach dieser sog. Transformationslehre<sup>543</sup> hätte der Arbeitgeber folglich die Vorschriften des ArbZG auf arbeitsvertraglicher Ebene bei der Ausübung seines Weisungsrechtes zu berücksichtigen. Eine solche Berücksichtigung des ArbZG i.R.d. Weisungsrechts ist auch überzeugend. Sinn und Zweck der Arbeitsschutzvorschriften und speziell des ArbZG ist es, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten (§ 1 Nr. 1 ArbZG). Diese Ziele wurden durch die Einführung der Arbeitszeitrichtlinie<sup>544</sup> noch verstärkt, die einen Mindestschutz der Arbeitszeitgestaltung innerhalb der EU initiierte. Würde man nun aber mit der wohl herrschenden Lehre und der Rechtsprechung des BAG annehmen, dass das ArbZG bei Arbeitnehmern auf Auslandsdienstreisen keine Anwendung finden würde, dann hätte dies für Arbeitnehmer, die im außereuropäischen Ausland – und somit außerhalb des Geltungsbereichs der Arbeitszeitrichtlinie – unterwegs sind, absurde Konsequenzen. Der Arbeitgeber könnte bei fehlender vertraglicher Vereinbarung eine wöchentliche Stundenzahl weit über der Acht-Stunden-Grenze anordnen, soweit dieser Anordnung das Ortsrecht nicht entgegenstünde. Der Arbeitgeber unterläge insoweit lediglich der Billigkeitskontrolle seiner Weisungen. Gerade bei Arbeitnehmern, die nur ganz gelegentlich und kurzzeitig ins Ausland verreisen, scheint eine solche Konsequenz als sinnwidrig, da der eben aufgezeigte Gesetzeszweck bei diesem Verständnis völlig konterkariert würde. Dem Arbeitnehmer wäre im Ausland unter Umständen jeglicher Schutz entzogen, etwa wenn kein örtliches Arbeitszeitrecht besteht. Um diesen Schutz auch auf diese Fälle zu erstrecken, hat man sich im öffentlichen Recht, das grds. dem Territorialitätsprinzip unterliegt, der Figur der Ausstrahlung bedient und das Territorialitätsprinzip dadurch durchbrochen (s. hierzu bereits unter 2. Teil, E.III.1.). Hintergrund ist, dass nur vorübergehende Entsendungen keine Veränderungen des Arbeitsverhältnisses bewirken sollen. Anderenfalls wäre das Arbeitsvertragsstatut weitestgehend inhaltsleer. Es würde zwar deutsches Zivilrecht auf den Arbeitsvertrag Anwendung finden, die nationalen öffentlich-rechtlichen Vorschriften wären auf das Arbeitsverhältnis jedoch nicht anwendbar. Genau diesen Effekt möchte die Transformationslehre verhindern und transformiert die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften in (ungeschriebene) Vertragspflichten des Ar-

---

<sup>542</sup> S. zum Ganzen *Wiebauer*, EuZA 2012, 485, 487.

<sup>543</sup> S. hierzu grundlegend bereits *Nipperdey*, in: Festgabe Reichsgericht, 203, 203 ff.

<sup>544</sup> RL 2003/88/EG vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABIEG 2003 Nr. L 299, S. 9 ff.

beitgebers und überführt sie somit in das Zivilrecht. Für eine solche Transformation spricht, dass Arbeitszeit und Lohn in einem Austauschverhältnis stehen, d.h. abhängig voneinander sind. Arbeitszeit ist demgemäß die Maßeinheit nach der sich die Hauptpflichten beider Arbeitsvertragsparteien bestimmen und ist somit konstitutionell für die Bestimmung der Vertragspflichten. Demnach muss das ArbZG weiterhin Beachtung finden, eine Überlagerung durch das Eingriffsrecht des Tätigkeitsortes nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO ist aber unter den in 2. Teil, E.II.2.c)aa) genannten Voraussetzungen möglich und kann so zu einem interessengerechten Ausgleich führen. Diese Transformation muss aber entgegen der Ansicht von *Wiebauer* unabhängig von einer Auslegung des Arbeitsvertrages stattfinden. Zum einen führt eine Auslegung aufgrund der grds. gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien, wie oben bereits dargestellt, nicht nur zu großen Unsicherheiten, sondern gerade im Arbeitsrecht aufgrund der vorformulierten Arbeitsverträge zu einem einseitigen Diktat. Zum anderen ist die Ansicht *Wiebauer's* praxisfern. Standardarbeitsverträge enthalten in der Regel keine Regelungen zur Dienstreise, sofern das Reisen nicht zur Hauptpflicht des Arbeitnehmers gehört. Insoweit ist es fernliegend anzunehmen, dass sich die Arbeitsvertragsparteien positiv über die Geltung des ArbZG auf Auslandsdienstreisen verständigen. Es kann nicht erwartet werden, dass ein Arbeitnehmer bei Vertragsschluss bereits an die Möglichkeit einer Auslandsdienstreise denkt und ihm dann auch noch diese Problematik bekannt sein soll. Der Arbeitnehmer geht vielmehr davon aus, dass die vertraglichen Absprachen jederzeit Geltung für ihn beanspruchen. Es ist daher die Aufgabe des Arbeitgebers auf einen Ausschluss der Geltung des ArbZG hinzuwirken, falls dies in seinem Interesse liegen sollte. In diesen Fällen ist der Arbeitnehmer durch die Aufnahme einer entsprechenden Klausel hinreichend gewarnt und kann sich seines Risikos bewusst werden. Folglich ist der Transformationslehre zuzustimmen, die dazu führt, dass die Regelungen des ArbZG in den Arbeitsvertrag als Nebenpflichten transformiert werden. In Anlehnung an *Gamillscheg*<sup>545</sup> muss daher wie folgt differenziert werden:

Grundsätzlich gilt das ArbZG als Inhalt des Arbeitsvertrages in Form einer Nebenpflicht fort. Der Arbeitgeber hat somit die Grenzen des ArbZG im Rahmen seiner Weisungen zu berücksichtigen. Das Vertragsstatut kann nun aber durch ausländische Eingriffsnormen beeinflusst werden. Arbeitet der Arbeitnehmer etwa in Ländern mit einem über das ArbZG hinausgehenden Schutzniveau, so hätte dies zur Folge, dass grds. das Recht am Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung gilt, da das Vertragsstatut durch Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO insoweit überlagert wird. So wäre Sonntagsarbeit dann etwa möglich, wenn das Ortsrecht einen sonstigen Wo-

---

<sup>545</sup> *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), S. 274 ff.



chentag (etwa den Freitag in Dubai) als freien Tag vorsieht. Kennt das örtliche Arbeitszeitrecht hingegen keinen dem ArbZG vergleichbaren Schutz, so bleibt es grds. bei den Regelungen des ArbZG, auch wenn dieses nur vertraglich und nicht öffentlich-rechtlich gilt. Nur in Ausnahmefällen, wie etwa bei dem vom BAG entschiedenen Fall, in dem einem Arbeitnehmer unstreitig drakonische Strafen bei Missachtung der in Saudi-Arabien geltenden Arbeitszeiten drohten (auch bei Unterschreitung der Arbeitszeit), wäre eine Berücksichtigung i.R.d. Ermessensspielraums des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO möglich. Es bleibt aber zu beachten, dass wenn es bei der vertraglichen Geltung des ArbZG bleibt, nicht alle Vorschriften des ArbZG in den Arbeitsvertrag transformiert werden. So bleiben echte hoheitliche Vorgaben, wie etwa die Sanktionsvorschriften der §§ 22, 23 ArbZG, unbeachtet, da diese auch nicht in einem privaten Vertrag geregelt werden dürften. Der Arbeitgeber unterliegt insoweit nur den vertragsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten.

## 2. Dienstreisezeit als Arbeitszeit

Die werktägliche Höchstarbeitszeit beträgt – sofern keine tariflichen Ausnahmen vorliegen – gemäß § 3 S. 1 ArbZG acht Stunden und kann nach § 3 S. 2 ArbZG nur ausnahmsweise auf zehn Stunden erhöht werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Zudem besteht gemäß § 9 Abs. 1 ArbZG an Sonn- und Feiertagen grds. ein Beschäftigungsverbot. Diese zeitlichen Höchstgrenzen und Beschäftigungsverbote finden durch die Transformation des ArbZG wie dargestellt Eingang in den Arbeitsvertrag und binden den Arbeitgeber auch bei Auslandsdienstreisen. Um bei unserem obigen Beispiel, der Flugreise nach Brasilien, zu bleiben, stellt sich nun die Frage, inwieweit die Dienstreisezeit überhaupt Arbeitszeit i.S.d. ArbZG darstellt. Keine Probleme bereiten die Zeiten, an denen der Arbeitnehmer seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung auf Weisung des Arbeitgebers nachgeht<sup>546</sup>. Dies sind in unserem Beispiel die Zeiten der Reparatur der Maschine. Der Arbeitnehmer verrichtet hierbei gerade die Leistungen, die mit der Dienstreise bezweckt wurden, weshalb das BAG auch von „Zeiten der Wahrnehmung des Dienstgeschäfts selbst“ spricht<sup>547</sup>. Doch wie sind die Zeiten der Hin- und Rückreise zu behandeln? Leistet der Arbeitnehmer in dieser Zeit Arbeit i.S.d. ArbZG?

---

<sup>546</sup> *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 249 f.

<sup>547</sup> BAG, Urteil v. 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise.

### a) Das Urteil des BAG v. 11.07.2006

Das BAG hatte sich in seinem Urteil vom 11.07.2006 genau mit dieser Frage zu beschäftigen<sup>548</sup>.

Der Kläger war bei dem beklagten Bundesamt als wissenschaftlicher Angestellter beschäftigt. Der ihm übertragene Aufgabenbereich erforderte häufige Dienstreisen, für die der Kläger öffentliche Verkehrsmittel zu nutzen hatte. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Vorschriften des Bundes-Angestellentarifvertrages (BAT) Anwendung. Der BAT sah in § 17 Abs. 2 unter anderem vor, dass nur die Zeiten der tatsächlichen Inanspruchnahme am auswärtigen Geschäftsort als Arbeitszeit gelten. Allerdings wurde für jeden Tag einschließlich der Reisetage mindestens die dienstplanmäßige bzw. betriebsübliche Arbeitszeit als fiktiv geleistete Arbeit bewertet. Zudem bestand eine Gesamtdienstvereinbarung die vorsah, dass während der Reisezeit vorgeschriebener Dienst, der über die Regelarbeitszeit hinaus zu verrichten ist, als Arbeitszeit gilt. Ausgenommen wurden jedoch ausdrücklich die Zeiten des Aktenstudiums. Zum Ausgleich der Zeiten der Dienstreise bekam der Kläger sodann von der Beklagten die Zeiten der tatsächlichen Dienstverrichtung auf seinem Gleitzeitkonto gutgeschrieben. Hiergegen wandte sich der Kläger und begehrte unter anderem auch eine Gutschrift auf dem Gleitzeitkonto für die Zeiten der Hin- und Rückreise. Dies lehnte das BAG allerdings ab. Das BAG arbeitet zunächst deutlich die drei Phasen einer Dienstreise heraus. Neben der Hin- und Rückreise als erster Phase, gibt es die Zeiten der Wahrnehmung des Dienstgeschäfts selbst (2. Phase) und der Aufenthalt am Ort vor und nach Erledigung des Dienstgeschäfts als dritter Phase (auch sog. Wartezeiten). Im zweiten Teil der Begründung nimmt das BAG schließlich Stellung zu der Frage, ob Dienstreisezeiten allgemein auch Arbeitszeiten i.S.d. ArbZG sind. Hierzu stellt das Gericht zunächst einmal fest, dass der Arbeitgeber mit der Anordnung der Dienstreise die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeitsleistung in der Weise konkretisiere, dass er dem Arbeitnehmer eine bestimmte Aufgabe außerhalb des normalen Arbeitsortes zuweise und ihn damit auch zeitgleich anweise, zum Zielort anzureisen und dort zu arbeiten. Hiermit lege er auch mittelbar die Reisezeiten fest. Dennoch führe eine Auslegung der Bestimmungen des ArbZG dazu, dass Reisezeiten keine Arbeitszeiten darstellen. Arbeitszeit i.S.d. ArbZG sei nach § 2 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 ArbZG „die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“. Dieser Wortlaut sei zwar nicht eindeutig und ließe auch eine anderweitige Interpretation zu. Allerdings sei eine Auslegung dahingehend, dass Dienstreise-

---

<sup>548</sup> BAG, Urteil v. 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise.



zeiten auch Arbeitszeiten seien, nicht mit den Bestimmungen und insb. nicht mit dem Zweck des ArbZG vereinbar. Gemäß § 1 Nr. 1 ArbZG diene das Gesetz dem Arbeits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer, weshalb das ArbZG die werktägliche Höchstarbeitszeit beschränke und Ruhepausen anordne. Diese Schranken beruhen auf arbeitsmedizinischem Erfahrungswissen über die einem Arbeitnehmer zumutbaren Belastungen. Es ginge hierbei um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Arbeitszeiten und den Ruhezeiten eines Arbeitnehmers. Hierbei sei auf die mit der „Arbeit“ verbundene Belastung des Arbeitnehmers abzustellen. Nicht jede im Interesse des Arbeitgebers liegende Beschäftigung würde aber dem gesetzlichen Arbeitszeitschutz unterfallen. Dies zeige bereits die gesetzliche Unterscheidung nach den verschiedenen Graden der Beanspruchung i.R.d. Vollarbeit, Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft. Alle diese Arbeitsformen unterscheiden sich anhand der Belastung für den Arbeitnehmer. Die Arbeitsbereitschaft kennzeichne etwa die Zeit „wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung“. In dieser Zeit müsse der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend sein und sich zur Aufnahme der Arbeit bereithalten. Hiervon unterscheide sich der Bereitschaftsdienst in der Weise, dass sich der Arbeitnehmer nicht zwingend am Arbeitsplatz, aber an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten habe, um bei Bedarf die Arbeit aufnehmen zu können. Kann der Arbeitnehmer den Aufenthaltsort hingegen frei bestimmen, so handele es sich um Rufbereitschaft. Der Arbeitnehmer habe in diesem Fall den Aufenthaltsort dem Arbeitgeber nur anzuzeigen und müsse seine jederzeitige Erreichbarkeit sicherstellen. Sowohl die Arbeitsbereitschaft als auch die Bereitschaftsdienstzeiten gelten seit der Entscheidung des EuGH in der Rs. „SIMAP“ aufgrund der Neufassung der §§ 5, 7 ArbZG als Arbeitszeit. Nach Ansicht des BAG stellen die Wegezeiten gemessen an diesen Vorgaben aber keine Arbeitszeiten dar. Zwar sei es möglich, dass Wegezeiten dann Arbeitszeiten darstellen, wenn der Arbeitnehmer sie zur Erledigung seiner Arbeitsaufgaben nutzen müsse. Die Bearbeitung von Akten, E-Mails, Vor- und Nachbereitung des auswärtigen Termins seien dann Vollarbeit. Fehle es jedoch hieran, so seien der Gesundheits- und Sicherheitsschutz des Arbeitnehmers nicht gefährdet. Der Arbeitnehmer könne während des Aufenthaltes im Beförderungsmittel beliebig arbeiten oder aber auch dösen und schlafen. Dem Arbeitnehmer stünde es gerade frei, seine Zeit während der Beförderung frei zu gestalten. Das BAG ist deshalb der Ansicht, dass die Belastung des Arbeitnehmers hinter der Beanspruchung durch eine Rufbereitschaft zurückbleibe, da sich der Arbeitnehmer auch nicht auf Abruf zur Arbeitsleistung zur Verfügung halten müsse. Die Fahrtzeiten dienten lediglich der Beförderung an den auswärtigen Einsatzort, da der Arbeitnehmer nicht selbst das Fahrzeug steu-

ern musste<sup>549</sup>. Deshalb habe der Arbeitnehmer auch bei Bedarf nicht jederzeit unverzüglich die Arbeit aufnehmen müssen<sup>550</sup>. Unerheblich sei ebenso die Tatsache, dass der Arbeitnehmer aus seinem familiären und sozialen Umfeld herausgerissen werde. Es gehe bei den Höchstgrenzen lediglich um die Erreichung der Ziele Gesundheitsschutz und Sicherheit. Weitergehende soziale Gesichtspunkte, wie Freizeit und Möglichkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehörten hingegen nicht dazu. Die teilweise Annahme im Schrifttum, dass auch reine Fahrzeiten belastenden Charakter hätten, sei für die Beurteilung der Reisezeit ohne Belang. Das BAG zieht einen Vergleich zu den Wartezeiten vor Ort und stellt fest, dass auch bei diesen die Bewegungsfreiheit eingeschränkt sei und der Arbeitnehmer nicht am familiären und sozialen Leben wie gewohnt teilhaben könne. Wartezeiten fielen aber keinesfalls unter den Begriff der Arbeitszeit i.S.d. ArbZG. Durch die Entscheidungen zum Bereitschaftsdienst und zur Rufbereitschaft habe der EuGH die charakteristischen Merkmale des Begriffs Arbeitszeit aufgezeigt. Somit sei auch die Frage, ob Reisezeiten unter den Begriff der Arbeitszeiten fallen, europarechtlich geklärt. Einer Vorlage an den EuGH habe es daher nicht bedurft.

#### **b) Die Beanspruchungstheorie von Teilen der Literatur**

Das BAG stellt in seiner Entscheidung auf Sinn und Zweck des ArbZG ab, der darin besteht die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen. Entscheidendes Kriterium zur Bestimmung der Arbeitszeit i.S.d. ArbZG sei letztlich, ob der Arbeitnehmer aus arbeitsmedizinischer Sicht belastet werde. Das BAG folgt damit der auch in der Literatur vorzufindenden sog. „Beanspruchungstheorie“<sup>551</sup>. Nach dieser Beanspruchungstheorie kann man die Dienstreisezeiten in verschiedene Fälle aufteilen:

1. der Arbeitnehmer steuert aktiv ein Fahrzeug;
2. der Dienstreisende wird nur befördert, erledigt aber gegebenenfalls Vorbereitungsarbeiten, die er sonst im Betrieb während der Arbeitszeit zu erledigen hätte;
3. der Arbeitnehmer, der sich während der Beförderung zwar ausruhen könnte, mangels Schlafmöglichkeiten oder aufgrund von Jetlag letztlich aber keine Erholung hat und
4. der Arbeitnehmer, der sich erholen kann und lediglich unter fehlenden sozialen Möglichkeiten leidet.

---

<sup>549</sup> Eine andere Betrachtung durch das BAG ist deshalb bei Dienstreisen, bei denen der Arbeitnehmer das Fahrzeug selbst führt, durchaus denkbar.

<sup>550</sup> Mit ähnlicher Begründung sieht auch das BVerwG Dienstreisezeiten nur dann als Arbeitszeiten an, wenn es sich bei den Dienstreisezeiten aufgrund des Inhalts und der Intensität der Beanspruchung um vorgeschriebenen Dienst handelt; *BVerwG*, Urteil v. 29.01.1987 – 2 C 14/85, ZBR 1987, 275, 275 f.

<sup>551</sup> Zum Begriff s. *Hunold*, NZA 2006, 38, 39; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 32; *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 73; *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250.

Für diese Fälle gilt, dass Wegezeiten nur dann Arbeitszeiten sind, wenn der Arbeitnehmer während des Zeitraums in einem Umfang beansprucht wird, der eine Einordnung als Arbeitszeit erfordert<sup>552</sup>. Dies sei nicht bereits dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer überhaupt Arbeitsaufgaben während der Dienstreise erledige. Erforderlich sei vielmehr ein gewisser Grad an Beanspruchung, der entweder dann erreicht sei, wenn der Arbeitnehmer durch das Reisen seine Hauptleistungspflicht erbringt oder aber, wenn die mit dem Reisen verbundene Tätigkeit ähnlich belastend wie die Hauptleistung ist<sup>553</sup>. Umgekehrt liegt nach der Beanspruchungstheorie dann keine Arbeitszeit vor, wenn die ausgeübte Tätigkeit nicht ähnlich belastend wirkt oder der Arbeitnehmer über seine Reisezeit frei bestimmen kann. Welche Tätigkeiten letztlich jedoch „ähnlich belastend“ sind, wird auch innerhalb der Beanspruchungstheorie unterschiedlich gesehen. Dies zeigt sich bereits deutlich an Fall 1, in dem der Arbeitnehmer einen PKW aktiv lenkt. Nach einem Teil der Literatur stellt dies keine Arbeit und somit auch keine Arbeitszeit dar. Zwar seien mit dem Autofahren Anstrengungen verbunden, das Autofahren sei aber eine Art Freizeitspaß geworden und könne mit der Belastung beim Erbringen der Haupttätigkeit nicht verglichen werden<sup>554</sup>. Anders sei dies – insoweit unstrittig – nur bei Berufskraftfahrern, die mit dem Steuern des Fahrzeugs ihre Hauptpflicht erbringen<sup>555</sup>. Andere halten die Differenzierung zwischen Berufskraftfahrern und sonstigen Arbeitnehmern für unsachlich. Zum einen könne das Fahren auch Berufskraftfahrern Freude bereiten und zum anderen belaste das Steuern eines Fahrzeugs gerade den Seltenfahrer deutlich mehr<sup>556</sup>. Nach überwiegender Ansicht wird dem BAG folgend auch die Reisezeit, in welcher der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringt (Fall 3 und 4), nicht als Arbeitszeit angesehen<sup>557</sup>. Begründet wird dies mit dem Schutzzweck des Gesetzes nach § 1 ArbZG, wonach die Sicherheit und die Gesundheit des Beschäftigten gesichert und verbessert werden sollen. Der Arbeitnehmer solle daher nur vor übermäßiger Belastung, nicht aber vor „räumlich-organisatorischem Bezug oder kommunikationstechnischer Verbindung zum Betrieb und Unterworfenheit unter das Direktionsrecht des Arbeitgebers“ schützen<sup>558</sup>. Zudem würde eine analoge Anwendung der Vor-

---

<sup>552</sup> *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 73; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1191 f.; *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250.

<sup>553</sup> So etwa *Hunold*, NZA 2006, 38, 39; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1192; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1105; *Zmarzlik*, DB 1967, 1264, 1267; *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250.

<sup>554</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1192.

<sup>555</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1106; *Hunold*, NZA 2006, 38, 39.

<sup>556</sup> *Hunold*, NZA 2006, 38, 40; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 36; *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 76; *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250; vermutlich nun auch die Rspr., vgl. BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>557</sup> *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 75 m.w.N.

<sup>558</sup> *Hunold*, NZA 2006, 38, 40.

schriften über die Arbeitszeit aufgrund derer Strafbewehrtheit eine verbotene Analogie zulasten der Arbeitgeber darstellen<sup>559</sup>. Der Arbeitnehmer wäre, dieser Ansicht folgend, nur über die Fürsorge- und Rücksichtnahmepflichten des Arbeitgebers vor übermäßiger Belastung geschützt<sup>560</sup>. Lediglich Fall 2 würde von der Beanspruchungstheorie als Arbeitszeit gewertet.

### c) **Stellungnahme**

Das BAG als auch der überwiegende Teil der Literatur gehen bereits von einem falschen Ansatz aus. Das BAG hatte eine Vorlage an den EuGH mit der Begründung abgelehnt, dass der EuGH bereits Stellung zu der Frage bezogen habe, was unter dem Begriff der Arbeitszeit zu verstehen sei. Der EuGH habe bei dieser Gelegenheit deutliche Kriterien herausgearbeitet und das BAG habe diese nun auf die konkrete Fallfrage übertragen. Tatsächlich hatte sich der EuGH schon in zwei Entscheidungen mit der Kernfrage zu befassen. Doch hatte der EuGH ein anderes Verständnis von Arbeitszeit.

In den beiden vom EuGH entschiedenen Fällen „SIMAP“<sup>561</sup> und „Jaeger“<sup>562</sup> ging es um den Bereitschaftsdienst bei Ärzten und die Frage, ob diese Zeiten als Arbeitszeit i.S.d. RL 93/104/EG<sup>563</sup> bzw. jetzt der RL 2003/88/EG<sup>564</sup> anzusehen sind. Der EuGH befasste sich zunächst mit dem Wortlaut des Art. 2 Nr. 1 der RL 93/104/EG, wonach Arbeitszeit jede Zeitspanne ist, „während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. Als Ruhezeit bezeichnet die Richtlinie in Art. 2 Nr. 2 hingegen „jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit“. Der EuGH stellt deshalb klar, dass der Begriff der Arbeitszeit im Regelungszusammenhang der Richtlinie im Gegensatz zur Ruhezeit zu sehen ist und sich beide Begriffe gegenseitig ausschließen<sup>565</sup>. Wichtig sei dabei aber, dass die Begriffe der Arbeitszeit und der Ruhezeit „nicht nach Maßgabe der Vorschriften der Regelungen der verschiedenen Mitgliedstaaten ausgelegt werden“ dürfen<sup>566</sup>. Es handele sich um gemeinschaftsrechtliche Begriffe, die anhand objektiver Merkmale unter Berücksichti-

---

<sup>559</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1106; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1192.

<sup>560</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1192; *Hunold*, NZA 2006, 38, 40.

<sup>561</sup> *EuGH*, Urteil v. 03.10.2000 – C-303/98 "SIMAP", Slg. 2000, I-7963.

<sup>562</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389.

<sup>563</sup> RL 93/104/EG vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABIEG 1993 Nr. L 307, S. 18-24.

<sup>564</sup> RL 2003/88/EG vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABIEG 2003 Nr. L 299, S. 9-19.

<sup>565</sup> *EuGH*, Urteil v. 03.10.2000 – C-303/98 "SIMAP", Slg. 2000, I-7963, Rn. 47; *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389, Rn. 48.

<sup>566</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389, Rn. 58.

gung des Regelungszusammenhangs und des Zweckes der RL 93/104/EG zu bestimmen seien. Demnach bedeute der Verweis der RL 93/104/EG in Art. 2 Nr. 1 auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten nicht, dass die Mitgliedstaaten den Inhalt der Begriffe Arbeitszeit und Ruhezeit einseitig festlegen können<sup>567</sup>. Maßstab zur Bestimmung des Inhalts der Begriffe kann daher nur die RL 93/104/EG bzw. die wortlautidentische RL 2003/88/EG sein und nicht das ArbZG. Dies verkennt das BAG, wenn es in seinem Urteil maßgeblich auf die Auslegung der nationalen Arbeitszeitvorschriften abstellt. In der weiteren Urteilsbegründung legt der EuGH nun dar, weshalb Bereitschaftsdienst generell als Arbeitszeit anzusehen ist. Entscheidend für diese Annahme sei, dass sich die Ärzte an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und diesem zur Verfügung stehen müssen, um gegebenenfalls sofort ihre Leistungen erbringen zu können<sup>568</sup>. Dies bedeute, dass der Arzt dem Arbeitgeber nicht nur in der Weise zur Verfügung stehen müsse, dass er jederzeit erreichbar ist (Rufbereitschaft), sondern er sei auch zur persönlichen Anwesenheit an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort verpflichtet. Der Arzt könne also während der Rufbereitschaft „freier“ über seine Zeit verfügen und eigenen Interessen nachgehen<sup>569</sup>. Folglich sei die Verpflichtung sich zur Erbringung der beruflichen Leistung am Arbeitsplatz aufzuhalten und verfügbar zu sein, als Bestandteil der Wahrnehmung der Aufgaben anzusehen, auch dann wenn die tatsächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhängt<sup>570</sup>. Der EuGH betont in seiner Entscheidung „Jaeger“ noch einmal ausdrücklich, dass der Bereitschaftsdienst aufgrund der fehlenden Möglichkeit des Arztes seinen Aufenthaltsort frei bestimmen zu können, eine erheblich stärkere Einschränkung gegenüber der Rufbereitschaft darstelle<sup>571</sup>. Der Arzt müsse sich letztlich außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds aufhalten und könne seine Zeit weniger frei einteilen. In Folge dieser Entscheidung des EuGH beschloss der Ministerrat am 10.06.2008 eine Änderung der Arbeitszeitrichtlinie wofür ein Vorschlag zur Änderung der Arbeitszeitrichtlinie von der Kommission vorgelegt wurde<sup>572</sup>. Dieser sah unter anderem vor, inaktive Zeiten während den Bereitschaftsdiensten nicht als Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie anzusehen<sup>573</sup>. Das Parlament hingegen lehnte dies strikt ab und forderte darüber hinaus sogar das Auslaufen

---

<sup>567</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389, Rn. 59.

<sup>568</sup> *EuGH*, Urteil v. 03.10.2000 – C-303/98 "SIMAP", Slg. 2000, I-7963, Rn. 48; *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389, Rn. 63.

<sup>569</sup> *EuGH*, Urteil v. 03.10.2000 – C-303/98 "SIMAP", Slg. 2000, I-7963, Rn. 50.

<sup>570</sup> Bestätigt durch *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389, Rn. 49.

<sup>571</sup> *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389, Rn. 65.

<sup>572</sup> KOM(2004) 607 endgültig.

<sup>573</sup> S. zum Entwurf Revisionsvorschlag der Kommission auch *Mayer*, AiB 2008, 443; *Schlottfeld*, ZESAR 2008, 492.

der sog. Opt-Out-Regelung, wonach es den Mitgliedstaaten gestattet ist, Verlängerungen der Arbeitszeiten über die wöchentliche Höchstarbeitszeit hinaus zu erlauben, wenn sich der Arbeitnehmer hierzu bereit erklärt, Art. 22 RL 2003/88/EG. Der Änderungsvorschlag scheiterte daraufhin im Vermittlungsausschuss, so dass auch heute noch Bereitschaftszeiten generell als Arbeitszeiten zu behandeln sind.

Überträgt man nun die Kriterien des EuGH zur Arbeitszeit auf die Dienstreisezeiten, so muss man entgegen dem BAG zur Annahme von Arbeitszeit kommen<sup>574</sup>. Auch bei den Dienstreisezeiten befindet sich der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers an einem bestimmten Ort, dem Fortbewegungsmittel. Der Arbeitnehmer kann somit seine Freizeit nicht selbstbestimmt gestalten. Genau wie beim Bereitschaftsdienst kann sich der Arbeitnehmer innerhalb dieses Ortes zwar frei bewegen und seinen eigenen Interessen nachgehen. Durch die räumliche Begrenzung ist der Arbeitnehmer aber stark eingeschränkt. Zudem befindet sich der Arbeitnehmer ebenso wie der Arzt beim Bereitschaftsdienst außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds. Das Argument des BAG, dass der Arbeitnehmer auf Dienstreise nicht damit konfrontiert sei, jederzeit bei Bedarf unverzüglich die Arbeit aufnehmen zu müssen, erscheint praxisfern und zirkelschlüssig. Die Frage nämlich, ob der Arbeitnehmer während der Dienstreise zur Arbeitsaufnahme verpflichtet ist, bestimmt sich gerade nach der eigentlichen Frage, ob auch die Reisezeit Arbeitszeit darstellt. Folglich kann diese Frage nicht mit dem Argument verneint werden, dass der Arbeitnehmer keine Weisungen zu erwarten habe. Würde das BAG davon ausgehen, dass die Reisezeiten auch Arbeitszeiten seien, so müsse er unzweifelhaft Weisungen des Arbeitgebers befolgen. Zudem ist die Weisung hier bereits vor Fahrtantritt erteilt worden, indem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anweist, entsprechend rechtzeitig loszufahren.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Beanspruchung kann es keinen Unterschied zur Vollarbeit geben. Die körperlichen Beanspruchungen, die selbst eine Reise in einem bequemen Fortbewegungsmittel mit sich bringen, sind mittlerweile anerkannt<sup>575</sup>. Weshalb das BAG, das im Wesentlichen der Beanspruchungstheorie der Literatur folgt, der Ansicht ist, dass dies für die Beurteilung als Arbeitszeit ohne Bedeutung ist, bleibt wohl sein Geheimnis.

---

<sup>574</sup> So anerkennend für die Vergütung der Dienstreisezeiten auch *Sandmann*, SAE 1998, 152; *BayObLG*, Beschluss v. 23.03.1992 – 3 ObOWi 18/92, NZA 1992, 811, 811; *Adam*, AuR 2001, 481, 483.

<sup>575</sup> *Buschmann*, in: Festschrift Hanau, 197, 209.



Im Ergebnis sind Dienstreisezeiten als Arbeitszeit i.S.d. RL 2003/88/EG anzusehen<sup>576</sup>. Eine a.A. würde dazu führen, dass der Arbeitnehmerschutz unterlaufen werden würde<sup>577</sup>. Ziel der RL 2003/88/EG ist es die Gesundheit und die Sicherheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, indem ihnen Mindestruhezeiten sowie angemessene Ruhepausen zugestanden werden<sup>578</sup>. Um diesen Schutz zu gewährleisten geht der EuGH grds. von einem weiten Begriffsverständnis aus. Deshalb kann es für den Schutz der Arbeitnehmer auch keinen Unterschied machen, ob der Arbeitnehmer mit der Reisezeit seine Haupt- oder Nebenleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag erfüllt<sup>579</sup> oder aber ob die Reisezeit innerhalb oder außerhalb der regulären Arbeitszeit liegt<sup>580</sup>. Niemand würde etwa auf die Idee kommen, dass ein Arbeitnehmer nach einem zehnstündigen Flug noch eine volle Acht-Stunden-Schicht leisten muss. Auch das Argument der verbotenen Analogie zulasten des Arbeitgebers kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Wie dargestellt wurde, fällt die Dienstreisezeit bereits unter den Begriff der Arbeitszeit i.S.d. RL 2003/88/EG und somit auch unmittelbar unter das ArbZG. Einer analogen Anwendung der Vorschriften zum Bereitschaftsdienst bedarf es deshalb nicht, weshalb auch keine verbotene Analogie vorliegen kann.

## II. Die Vergütung von Dienstreisezeit

Die Tatsache, dass Dienstreisezeiten nach der hier vertretenen Ansicht Arbeitszeiten i.S.d. ArbZG darstellen, spielt für die zweite Frage, nämlich der nach der Vergütung von Dienstreisezeiten, keine Rolle. Das ArbZG enthält keine Anspruchsgrundlagen für Vergütungsansprüche, sondern regelt nur den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz<sup>581</sup>. Der Arbeitnehmer soll durch das ArbZG vor Überlastungen geschützt werden, unabhängig davon, ob die Dienstreisezeiten vergütet werden oder nicht<sup>582</sup>. Ob ein Vergütungsanspruch besteht, richtet sich gemäß § 611 Abs. 1 BGB nach der Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflicht. Was unter der Hauptleistung zu verstehen ist, regelt demnach der Arbeitsvertrag. Ob aber auch Nebenleistungen aus dem Arbeitsvertrag vergütungspflichtig sind oder vom Grundgehalt abgegolten werden, kann entweder durch Vertrag bestimmt werden oder muss durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelt werden. Fehlt es an einer vertraglichen Regelung und führt auch eine

---

<sup>576</sup> So auch *Buschmann*, in: Festschrift Hanau, 197, 209; *Hager*, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1; *Mayer*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, § 123 Rn. 24.

<sup>577</sup> *Hager*, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1.

<sup>578</sup> So ausdrücklich *EuGH*, Urteil v. 09.09.2003 – C-151/02 "Jaeger", Slg. 2003, I-08389, Rn. 50.

<sup>579</sup> So *Schliemann*, ArbZG, § 2 Rn. 42; *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 21.

<sup>580</sup> *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 78.

<sup>581</sup> *BAG*, Urteil v. 28.01.2004 – 5 AZR 503/02, AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: DRK; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1106.

<sup>582</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1106.

ergänzende Vertragsauslegung nicht zum Ziel, so bestimmt sich das Ob und Wie der Vergütung nach § 612 BGB. Vergütungsrechtliche Regelungen zur Dienstreise finden sich aber bisweilen allenfalls in Einzelarbeits- und Tarifverträgen. Eine entsprechende Regelung findet sich etwa in § 21 des Gemeinsamen Manteltarifvertrags für die Beschäftigten in der niedersächsischen Metallindustrie<sup>583</sup>. Dort heißt es, dass bei angeordneten Dienstreisen „die notwendige Reisezeit, soweit sie die Dauer der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit überschreitet, an Arbeitstagen bis zu 4 Stunden, an arbeitsfreien Tagen bis zu 12 Stunden täglich wie Arbeitszeit vergütet“ wird. Zudem sieht die Regelung vor, dass Zeiten, in denen der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers einen PKW lenkt, wie Arbeitszeiten vergütet werden. Solche expliziten Regelungen sind in der Praxis aber der Ausnahmefall<sup>584</sup>, weshalb sich regelmäßig die Frage stellt, wie Dienstreisezeiten zu vergüten sind.

### 1. Die Rechtsprechung zur Vergütung von Dienstreisezeiten

Die Rechtsprechung musste sich mit dieser Frage erstmals im Jahre 1963 vertieft auseinandersetzen<sup>585</sup>. Ein Außendienstmitarbeiter eines Rationalisierungsunternehmens forderte sowohl die Berücksichtigung seiner Dienstreisezeiten zu den betreuten Firmen als Arbeitszeit anzuerkennen, als auch deren Vergütung. Das BAG folgte dem und stellte in seiner Urteilsbegründung fest, dass „ein Arbeitnehmer darauf Bedacht nehmen muß, seine Freizeit und Arbeitskraft für seinen Lebensunterhalt zu verwerten und sie nicht zu verschenken“<sup>586</sup>. Es bestünde daher die Regel, dass Dienstreisezeiten grds. entgeltspflichtig sind. Sollten die Parteien hiervon abweichen wollen, so müssten sie dies klar zum Ausdruck bringen.

#### a) Das Urteil des BAG v. 03.09.1997

Auch in seinem Urteil vom 03.09.1997 hatte sich das BAG mangels einzel- oder tarifvertraglicher Regelungen mit der Vergütung von Dienstreisezeiten zu befassen<sup>587</sup>. Der Kläger verlangte die Bezahlung von Reisezeiten außerhalb seiner vertraglichen Arbeitszeit. Das vorinstanzliche LAG Hamm hatte dem Kläger Mehrarbeitsvergütung nur insoweit zugesprochen, als der Kläger mehr als zwei Stunden Reisezeit pro Reisetag aufzuwenden hatte<sup>588</sup>. Dieser Ansicht folgte das BAG und stellte zunächst fest, dass als Anspruchsgrundlage nur

---

<sup>583</sup> Gemeinsamer Manteltarifvertrag für die Beschäftigten in der niedersächsischen Metallindustrie (ausschließlich nordwestliches Niedersachsen und Osnabrück) vom 17.10.1994 in der Fassung vom 01.05.2000.

<sup>584</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1192.

<sup>585</sup> *BAG*, Urteil v. 28.03.1963 – 5 AZR 209/62, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Wegezeit.

<sup>586</sup> *BAG*, Urteil v. 28.03.1963 – 5 AZR 209/62, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Wegezeit.

<sup>587</sup> *BAG*, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise.

<sup>588</sup> *LAG Hamm*, Urteil v. 12.01.1996 – 5 Sa 1665/94, LAGE § 612 BGB Nr. 5.

§ 612 Abs. 1 BGB in Betracht komme. Der Vergütungsanspruch ließe sich nicht auf § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag stützen, da die Vergütungsvereinbarung lediglich die regelmäßige Arbeitszeit umfasse. Erforderlich für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 612 Abs. 1 BGB sei sodann, dass die Reisetätigkeit eine Hauptleistungspflicht darstelle, was das BAG letztlich bei dem vom Kläger ausgeübten Beruf als Wirtschaftsprüfer annahm. Das Reisen sei für den Kläger Bestandteil der übernommenen Arbeitspflicht. Weitere Voraussetzung des § 612 Abs. 1 BGB ist es jedoch, dass die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Hier machte das BAG deutlich, dass es keinen Rechtsatz des Inhaltes gebe, dass „die im Interesse des Arbeitgebers aufgewendete Reisezeit, auch soweit sie außerhalb der regulären Arbeitszeit anfallt, „in der Regel“ vergütungspflichtig sei“ und vollzieht somit einen Rechtsprechungswechsel<sup>589</sup>. Eine Prüfung habe in jedem Einzelfall individuell zu erfolgen. In der sich anschließenden Einzelfallabwägung kommt das BAG so- dann – dem LAG folgend – zu dem Entschluss, dass bei gehobener und entsprechend vergüte- ter Haupttätigkeit eine Reisezeit von bis zu zwei Stunden über die geschuldete Arbeitszeit hinaus pro Reisetag als nicht vergütungspflichtig zu behandeln und durch das reguläre Gehalt abgegolten sei. Zur Begründung führt das Gericht aus, dass der Kläger akademischen Tätig- keiten nachgehen würde und sein Gehalt deutlich oberhalb der allgemeinen durchschnittlichen Bezahlung abhängig Beschäftigter läge. Insoweit sei nicht nur bei leitenden Angestellten, sondern auch schon bei Arbeitnehmern in gehobener Stellung nach der Verkehrsanschauung ein gewisses Kontingent an Reisezeit unentgeltlich zu erbringen. Dies decke sich auch mit der Branchenüblichkeit bei Wirtschaftsprüfern.

#### **b) Die Folgeentscheidungen des BAG**

Das BAG festigte in der Folgezeit seine neue Rechtsprechung und betonte noch einmal, dass es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz gäbe, wonach jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstli- che Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist<sup>590</sup>. Es müsse in jedem Einzelfall geprüft werden, ob eine berechnete Vergütungserwartung bestehe, wobei diese anhand eines objektiven Maßstabes unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander

---

<sup>589</sup> Anders noch ausdrücklich in *BAG*, Urteil v. 28.03.1963 – 5 AZR 209/62, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Wegezeit; s. auch *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 24; a.A.: *Sandmann*, SAE 1998, 152, 153, der davon ausgeht, dass sich die Ausführungen des BAG auf die Auslegung des Arbeitsvertrages bezogen und nicht auf § 612 BGB.

<sup>590</sup> Für Dienstreisezeiten von Betriebsratsmitgliedern entsprechend *BAG*, Urteil v. 16.04.2003 – 7 AZR 423/01, AP Nr. 138 zu § 37 BetrVG 1972.

festzustellen sei<sup>591</sup>. Es bestünde daher zwar regelmäßig eine objektive Vergütungserwartung. Dies sei aber dann nicht der Fall, wenn arbeitszeitbezogen und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistung zeitlich verschränkt sei, Dienste höherer Art geschuldet wären oder ein deutlich herausgehobenes Entgelt bezogen würde. Von solch einem überdurchschnittlichen Entgelt könne dann gesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer ein Gehalt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung bezöge<sup>592</sup>.

Auch das Urteil des BAG vom 20.04.2011 passt sich in diese aktuelle Rechtsprechungslinie ein<sup>593</sup>. Ein LKW-Fahrer begehrte die Vergütung der als Beifahrer auf dem LKW verbrachten Zeiten, soweit sie die wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden überschritten. Das BAG sprach dem Berufskraftfahrer die Vergütung von Mehrarbeit zu und nahm als Anspruchgrundlage § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag an, da der Arbeitsvertrag ausdrücklich die Vergütung von Mehrarbeit vorsah. Entscheidend für die Frage der Vergütung war sodann, ob der Beifahrer während dieser Zeit seine vertraglich geschuldete Arbeit erbracht habe. Dabei stellt das BAG fest, dass auch die vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit, während derer ein Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen kann, Arbeit darstellen könne. Der Arbeitnehmer habe dann weder eine Pause i.S.d. ArbZG noch Freizeit. Da sich der Beifahrer im LKW zwingend aufhalten müsse und daher nicht frei über die Nutzung seiner Zeit bestimmen könne, habe der Beifahrer daher Arbeit und somit Mehrarbeit geleistet. Das BAG stellt in seinem Urteil somit auf die Frage ab, ob der Arbeitnehmer mit der Dienstreise seine Hauptleistungspflicht erfüllt und bejaht dies für die Fälle, in denen der Arbeitnehmer zwingend einem Arbeitsplatz zugewiesen ist und nicht frei über die Nutzung seiner Zeit bestimmen kann. Dieser Rückgriff auf § 611 Abs. 1 BGB ist nur deshalb möglich, weil im entschiedenen Fall die Parteien eine Vergütung von Mehrarbeit ausdrücklich vereinbart hatten. Wäre dies nicht der Fall gewesen, so hätte das BAG auf § 612 Abs. 1 BGB zurückgreifen müssen, da die übliche Vergütungsvereinbarung nach Ansicht des BAG lediglich die regelmäßige Arbeitszeit umfasst<sup>594</sup>. In diesem Fall hätte das BAG dann wieder entscheiden müssen, ob eine Vergütung den Umständen nach zu erwarten war.

---

<sup>591</sup> BAG, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861, 862; ähnlich auch *LAG Baden-Württemberg*, Urteil v. 25.11.2002 – 18 Sa 77/02 (juris).

<sup>592</sup> BAG, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861.

<sup>593</sup> BAG, Urteil v. 20.04.2011 – 5 AZR 200/10, AP Nr. 51 zu § 307 BGB.

<sup>594</sup> So richtig BAG, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise.

## 2. Die Literaturansichten zur Vergütung von Dienstreisezeiten

In der Literatur wird ebenfalls überwiegend zwischen Dienstreisezeiten während und außerhalb der Arbeitszeit unterschieden<sup>595</sup>.

### a) Dienstreisezeit innerhalb der Arbeitszeit

Bei Dienstreisen innerhalb der üblichen Arbeitszeit sei die Rechtslage eindeutig<sup>596</sup>. Besteht wie bei Berufskraftfahrern die Hauptleistungspflicht im Reisen, so ergäbe sich der Anspruch bereits aus § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag<sup>597</sup>. Ähnlich verhalte es sich bei Arbeitnehmern, bei denen das Reisen Voraussetzung zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht sei, wie bei Monteuren oder Außendienstmitarbeitern. Auch dort sei das Reisen Teil der Hauptleistungspflicht und daher vergütungspflichtig<sup>598</sup>. Aber auch bei Arbeitnehmern, bei denen das Reisen nicht Hauptleistungspflicht oder zur Erfüllung dieser notwendig ist, soll die Dienstreisezeit voll wie Arbeitszeit zu vergüten sein. Der Arbeitgeber habe durch die Anordnung der Dienstreise verhindert, dass der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Hauptleistungspflicht erbringen könne<sup>599</sup>. In diesem Fall sei der Rechtsgedanke des § 324 Abs. 1 BGB a.F. bzw. jetzt § 326 Abs. 2 S. 1 BGB heranzuziehen, wonach der Schuldner (Arbeitnehmer) dann den Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn der Gläubiger (Arbeitgeber) für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nicht leisten muss, allein verantwortlich ist<sup>600</sup>. In welcher Weise der Arbeitnehmer seine Reisezeit nutzt, spiele hierbei keine Rolle<sup>601</sup>. Nach anderer Ansicht ergibt sich der Anspruch nicht aus § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, sondern unmittelbar aus § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag<sup>602</sup>. Der Arbeitgeber konkretisiere mit der Anordnung der Dienstreise die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers in der Weise, dass dieser mit dem Reisen seine Hauptleistungspflicht erbringe. Der Arbeitgeber schulde daher die Gegenleistung aus dem Arbeitsverhältnis unmittelbar. Diese Ansicht führt aber letztlich zu keinem anderen Ergebnis. Einigkeit besteht darüber, dass eine zusätzliche Vergütung nicht zu leisten sei, da der Arbeitnehmer keine besonderen zusätzlichen Leistungen erbringe.

---

<sup>595</sup> Hunold, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 57, Hunold, NZA 2006, 38, 40; Loritz/Koch, BB 1987, 1102, 1107; Heins/Leder, NZA 2007, 249, 250; Anzinger, in: MünchArbR, § 298 Rn. 16; Els, BB 1986, 2192, 2193; a.A.: Adam, AuR 2001, 481, 483.

<sup>596</sup> Hunold, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 58; Loritz, NZA 1997, 1188, 1192.

<sup>597</sup> Loritz/Koch, BB 1987, 1102, 1107; Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 83.

<sup>598</sup> Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 83.

<sup>599</sup> Anzinger/Koberski, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 23.

<sup>600</sup> Dobberahn, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, Rn. 44.

<sup>601</sup> S. zum Ganzen Hunold, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 58.

<sup>602</sup> Griese, in Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 6; Schlessmann, DB 1963, 1607, 1608.



## b) Dienstreisezeit außerhalb der Arbeitszeit

Liegt die Dienstreisezeit außerhalb der üblichen Arbeitszeit, so lehnt die überwiegende Ansicht in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG eine Vergütung nach § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag ab<sup>603</sup>. Die arbeitsvertragliche Vergütung umfasse lediglich die regelmäßige Arbeitszeit, soweit der Arbeitsvertrag oder eine tarifliche Regelung keine Vergütungsvereinbarung für Mehrarbeit vorsehen<sup>604</sup>. Ein Anspruch könne sich daher nur aus § 612 Abs. 1 BGB ergeben<sup>605</sup>. Dies würde voraussetzen, dass das Reisen eine Dienstleistung darstellt und objektiv eine Vergütungserwartung für die erbrachte Tätigkeit besteht. Ältere Teile der Literatur vor Inkrafttreten der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG lehnen es hier bereits ab, die Dienstreisezeit grds. als Arbeitszeit anzusehen. Der Arbeitnehmer erbringe während der Reise keinerlei Leistung und könne sich beliebig beschäftigen<sup>606</sup>. Zudem seien mit dem Reisen keine beachtenswerten Strapazen verbunden, da Arbeitnehmer gerne auf Dienstreise gingen, um so Abwechslung in den Berufsalltag zu bringen. Die eventuell auftretenden Strapazen würden die Arbeitnehmer gerne in Kauf nehmen, weshalb sie für den einzelnen Arbeitnehmer nicht ausschlaggebend sein können<sup>607</sup>. Gerade bei einer Auslandsdienstreise könne man fremde Länder auf Kosten des Arbeitgebers kennenlernen, was einem Gewinn gleichkomme, der mit dem Verzicht nicht ins Verhältnis zu setzen wäre<sup>608</sup>. Da auch die Begriffe der Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft nicht auf die Reisezeit anwendbar seien, könne man mangels Arbeit auch keine Arbeitszeit vergüten<sup>609</sup>. Eine Ausnahme sei nur dann zu machen, wenn der Arbeitnehmer während der Reisezeit arbeite, also bspw. Akten liest oder eine fachliche Unterhaltung führe<sup>610</sup>. In diesen Fällen könne es sich bei der Reisezeit um Dienstleistungen handeln, allerdings sei dann immer noch nicht von einer regelmäßigen Vergütungserwartung auszugehen. Dies widerspräche dem Wortlaut des § 612 Abs. 1 BGB, da es keine Erwartung gäbe, dass Reisen den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu

---

<sup>603</sup> Hunold, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 75; Bernstein, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, S. 8; a.A.: Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 85; Meisel/Hiersemann, Arbeitszeitordnung, § 2 Rn. 73; Dobberahn, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, Rn. 44, die eine Vergütungspflicht nach § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag dann annehmen, wenn der Arbeitnehmer Arbeitsleistung erbringt. .

<sup>604</sup> BAG, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise; zustimmend: Hunold, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 75 ff.; Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 85.

<sup>605</sup> Loritz/Koch, BB 1987, 1102, 1107.

<sup>606</sup> Hunold, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 89; Schlessmann, DB 1963, 1607, 1608.

<sup>607</sup> Schlessmann, DB 1963, 1607, 1608.

<sup>608</sup> Schlessmann, DB 1963, 1607, 1608.

<sup>609</sup> Schlessmann, DB 1963, 1607, 1608; in dieser Weise auch Loritz/Koch, BB 1987, 1102, 1108.

<sup>610</sup> Schlessmann, DB 1963, 1607, 1608.

erwarten sei<sup>611</sup>. Man könne hierbei die Rechtsprechung des BAG zu Wasch- und Umkleidezeiten<sup>612</sup> analog heranziehen. Zwar könne das Waschen und Umkleiden durchaus eine Dienstleistung darstellen, diese sei aber regelmäßig nicht nur gegen eine Vergütung zu erwarten, obwohl auch hier keine freizeittypische Entspannung und Erholung gegeben wäre<sup>613</sup>. Weder § 611 BGB noch § 612 BGB würden besagen, dass jedes Tun oder Unterlassen des Arbeitnehmers im Arbeitgeberinteresse zu vergüten sei<sup>614</sup>. Abzustellen sei auf die Art, den Umfang und die Dauer der Dienste, die besondere Lebensstellung, die Berufs- und Erwerbsverhältnisse des Arbeitnehmers sowie die Verkehrssitte<sup>615</sup>. Hiernach ergäbe sich, dass bei Berufskraftfahrern, Arbeitnehmern die zur Erfüllung ihrer Hauptleistungspflicht reisen müssen und bei Arbeitnehmern mit einem festen Arbeitsplatz eine Vergütungspflicht bestünde<sup>616</sup>. Berufskraftfahrer und Berufsflieger erfüllen mit dem Fahren bzw. Fliegen ihre vertragliche Arbeitspflicht und erbringen daher Mehrarbeit, wenn sie über die vertraglich festgelegte Arbeitszeit fahren oder fliegen, so dass eine objektive Vergütungserwartung vorläge<sup>617</sup>. Auch bei Arbeitnehmern bei denen das Reisen Voraussetzung zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht ist und Arbeitnehmern mit einem festen Arbeitsplatz bestünde eine objektive Vergütungserwartung<sup>618</sup>. Bei den Arbeitnehmern, bei denen das Reisen zwingende Voraussetzung zur Ausübung des Berufes ist, widerspräche die fehlende Vergütung von Reisezeiten bereits dem Berufsbild und der Tatsache, dass Reisezeiten innerhalb der Arbeitszeit zu vergüten sind<sup>619</sup>. Bei Arbeitnehmern mit einem festen Arbeitsplatz ergäbe sich hingegen die objektive Vergütungserwartung daraus, dass sie im zumindest überwiegenden Interesse des Arbeitgebers Mehrleistung erbrächten, sofern sie während der Dienstreisezeit Arbeit leisteten<sup>620</sup>. In diesem Fall sei die Reisezeit auch grds. als Überstunden zu vergüten<sup>621</sup>. Aber auch diese objektive Vergütungserwartung führe letztlich nicht in jedem Fall zu einer tatsächlichen Vergütung. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG nimmt auch diese Ansicht an, dass Dienstreisezeiten von außerta-

---

<sup>611</sup> *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 94, *Hunold*, NZA 2006, 38, 42; *Sandmann*, SAE 1998, 152, 154.

<sup>612</sup> *BAG*, Urteil v. 28.07.1994 – 6 AZR 220/94, AP Nr. 32 zu § 15 BAT; *BAG*, Urteil v. 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Arbeitszeit.

<sup>613</sup> *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 95; *Hunold*, NZA 2006, 38, 42.

<sup>614</sup> *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 96.

<sup>615</sup> *Sandmann*, SAE 1998, 152, 154.

<sup>616</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1107; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 97 ff.

<sup>617</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1193.

<sup>618</sup> *Hunold*, NZA 2006, 38, 43.

<sup>619</sup> *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 99; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1107; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1193.

<sup>620</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1108; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 100.

<sup>621</sup> *Hromadka*, Arbeitsrecht, S. 113; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1193.

riflichen und leitenden Angestellten mit der Vergütung abgegolten sind<sup>622</sup>. Auch bei Außendienstmitarbeitern mit einem erheblichen Anteil an variabler Vergütung oder einem hohen Festgehalt und frei gestaltbaren Arbeitszeiten wird eine Abgeltung befürwortet<sup>623</sup>. Weiterhin wird eine Vergütungserwartung auch dann abgelehnt, wenn die Reise zumindest auch im Interesse des Arbeitnehmers liegt, also etwa bei Fortbildungsveranstaltungen<sup>624</sup>.

### 3. Stellungnahme

Weder die Rechtsprechung noch die dargestellten Ansichten in der Literatur vermögen im Ergebnis oder in der Begründung zu überzeugen. Es fehlt weitestgehend an einer dogmatischen Auseinandersetzung mit der Problematik, so dass gerade die von diesen Ansichten betonte Differenzierung zwischen der Dienstreisezeit als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG und ihrer Vergütung meist unklar bleibt. Dies bietet insoweit die Möglichkeit die vergütungsrechtlichen Probleme der Dienstreisezeiten dogmatisch aufzuarbeiten.

#### a) Anspruchsgrundlage

Zuzustimmen ist dem BAG in seinem Urteil vom 03.09.1997 hinsichtlich der Abgrenzung zwischen den Anspruchsgrundlagen § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag und § 612 Abs. 1 BGB. Nach § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag ist der Arbeitgeber verpflichtet dem Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung für die Leistung der versprochenen Dienste zu zahlen und stellt somit die Anspruchsgrundlage für die Vergütung von Dienstreisezeit während der vertraglich vereinbarten oder betriebsüblichen Arbeitszeit dar. Durch die Anordnung der Dienstreise konkretisiert der Arbeitgeber insoweit die vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers, so dass das Reisen selbst zur Hauptleistungspflicht wird<sup>625</sup>. Ein Rückgriff auf § 326 Abs. 2 S. 1 BGB ist deshalb bereits nicht erforderlich, würde aber auch zum gleichen Ergebnis führen<sup>626</sup>. Aber auch für Dienstreisezeiten außerhalb der üblichen Arbeitszeit kann § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag eine Anspruchsgrundlage bilden. Dies ist allerdings nur in den Fällen möglich, in denen die Ableistung von Mehrarbeit ausdrücklich geregelt wurde und keine Leistung über das arbeitsvertraglich Geregelte hinaus stattfindet.

<sup>622</sup> *Hromadka*, Arbeitsrecht, S. 113; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1107 f.; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 102 f.; *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250; kritisch zum entschiedenen Fall des BAG im Urteil v. 03.09.1997: *Sandmann*, SAE 1998, 152, 154 f., der hierin einen Grenzfall sieht und eine Abgeltung erst bei AT-Angestellten annimmt.

<sup>623</sup> *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 105.

<sup>624</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1108; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 90 ff.; *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1193.

<sup>625</sup> So auch *Schlessmann*, DB 1963, 1607, 1608; *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 6.

<sup>626</sup> S. hierzu nochmals *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 23; *Dobberahn*, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, Rn. 44.



§ 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag regelt nur die synallagmatischen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag und sieht insoweit nur eine Vergütung für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung vor<sup>627</sup>. Leistet der Arbeitnehmer hingegen Mehrarbeit über das vertraglich geschuldete hinaus, so ist § 612 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage heranzuziehen. § 612 Abs. 1 BGB dient dabei nicht nur der Abgrenzung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Dienstleistungen<sup>628</sup>, sondern nach der Rechtsprechung des BAG auch dazu, zu bestimmen, ob eine grds. vergütungspflichtige Dienstleistung von einer für die Hauptleistung vereinbarten Vergütung mit umfasst ist<sup>629</sup>. Einer analogen Anwendung des § 612 Abs. 1 BGB bedarf es daher nicht<sup>630</sup>. Für Betriebsratsmitglieder ist § 37 Abs. 3 BetrVG lex specialis zu § 612 Abs. 1 BGB (zum Anspruch s. unter 2. Teil, F.II.3.c)).

Zudem kommt auch § 615 BGB nicht als Anspruchsgrundlage in Betracht, da – wie noch zu zeigen sein wird (unten unter 2. Teil, F.II.3.b) – jede Dienstreisezeit als Arbeitsleistung i.S.d. § 612 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist<sup>631</sup>.

#### **b) Die Dienstreisetätigkeit als Arbeitsleistung**

Wie bereits (unter 2. Teil, B.) dargestellt, kann der Arbeitgeber grds. nicht einseitig eine Dienstreise außerhalb der vertraglichen oder betriebsüblichen Arbeitszeit anordnen. Nur in Ausnahmefällen, in denen eine Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeiten zwingend geboten erscheint, wird solch eine Weisung des Arbeitgebers vom Direktionsrecht gedeckt sein (bspw. zur Abwendung von schweren Schäden vom Betrieb). Folglich kann eine Dienstreise außerhalb der üblichen Arbeitszeit nur dann zustande kommen, wenn sich der Arbeitnehmer freiwillig zur Dienstreise bereit erklärt und somit eine einvernehmliche Vertragsänderung herbeiführt oder aber der Arbeitgeber rechtmäßig von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht. In beiden Fällen stellt die Dienstreisetätigkeit aber Arbeitsleistung i.S.d. § 612 Abs. 1 BGB dar, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich um Arbeitszeit i.S.d. ArbZG handelt<sup>632</sup>. Gibt der Arbeitnehmer sein Einverständnis zur Dienstreise und kommt somit eine zumindest konkludente

<sup>627</sup> Insoweit überzeugend *BAG*, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise; zustimmend auch *Hager*, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1.

<sup>628</sup> Diesem engen Verständnis folgend etwa *Bernstein*, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, S. 9; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 612 Rn. 1.

<sup>629</sup> Vgl. *BAG*, Urteil v. 27.05.1993 – 6 AZR 359/92, AP Nr. 22 zu § 611 BGB Musiker; *BAG*, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise, m.w.N.; zustimmend *Hager*, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1; ausdrücklich auch in *BAG*, Urteil v. 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Arbeitszeit; *Preis*, in: ErfK, § 612 BGB Rn. 2.

<sup>630</sup> Für eine Analogie *Bernstein*, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, S. 9 f.; wohl auch *Preis*, in: ErfK, § 612 BGB Rn. 18.

<sup>631</sup> So aber *Buschmann*, in: Festschrift Hanau, 197, 209.

<sup>632</sup> *BAG*, Urteil v. 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Arbeitszeit.

Vertragsanpassung zustande, wird das Reisen selbst Inhalt des Arbeitsvertrages und somit Gegenstand des arbeitsvertraglichen Synallagmas. Ordnet der Arbeitgeber die Dienstreise rechtmäßig an, übt er sein Direktionsrecht aus und konkretisiert hierdurch die arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers. Auch in diesem Fall wird die Dienstreisezeit Bestandteil der Arbeitspflicht und Inhalt des Arbeitsvertrages. Dies ist auch der Grund, weshalb der Arbeitgeber nach Weisungserteilung nicht mehr in Annahmeverzug geraten kann und § 615 BGB nicht als Grundlage für den Vergütungsanspruch in Betracht kommt<sup>633</sup>. Bei der Betrachtung der Dienstreisezeit als Arbeitsleistung spielt es auch keine Rolle, ob der Arbeitnehmer während der Reise tätig wird oder aber schläft<sup>634</sup>. Es ist bereits ausreichend, dass sich der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers auf dessen Weisung auf Dienstreise befindet. Das bloße Reisen wird damit schon zum Vertragsinhalt. Die Frage, ob und wie der Arbeitnehmer die Reisezeit letztlich zu nutzen hat, obliegt dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und steht somit erst auf einer gedanklichen zweiten Stufe.

Auch das BAG kommt letztlich zur Annahme, dass die Dienstreisetätigkeit Arbeitsleistung darstellt. In seinem Urteil vom 03.09.1997 geht das BAG zwar nicht näher auf das Problem ein, geht aber davon aus, dass zumindest bei Außendienstmitarbeitern das Reisen nicht nur eine Nebenpflicht darstellt, sondern Bestandteil der übernommenen Arbeitspflicht ist<sup>635</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung muss dies für alle Arbeitnehmer gelten. Aber auch in dem Fall, dass sie das Reisen als bloße Nebenpflicht des Arbeitnehmers ansieht, wendet die Rechtsprechung § 612 BGB an<sup>636</sup>. § 612 BGB sei für die Fälle, in denen es um die Frage geht, ob Nebenleistungen von der vereinbarten Vergütung mit umfasst oder zusätzlich zu entlohnen seien, die dogmatisch geeignete Grundlage<sup>637</sup>. Folglich sind Dienstreisezeiten generell als Arbeitsleistung i.S.d. § 612 Abs. 1 BGB anzusehen.

### c) Die objektive Vergütungserwartung

Nach dem Wortlaut des § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung dann als stillschweigend vereinbart, „wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten

---

<sup>633</sup> Nimmt man dies allerdings nicht an, so kann der Arbeitnehmer während der Reisezeit tatsächlich seine Arbeitskraft anbieten mit der Folge, dass der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät und der Arbeitnehmer nach § 615 BGB einen Vergütungsanspruch erhält.

<sup>634</sup> So aber *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 89, der in diesen Fällen keine Arbeitszeit „annimmt“, hierbei aber gerade den Unterschied zwischen Arbeitszeit i.S.d. ArbZG und Arbeitsleistung i.S.d. § 612 BGB verkennt.

<sup>635</sup> BAG, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise.

<sup>636</sup> Vgl. etwa BAG, Urteil v. 10.06.1959 – 4 AZR 567/56, AP Nr. 5 zu § 7 AZO; BAG, Urteil v. 04.10.1972 – 4 AZR 475/71, AP Nr. 2 zu § 24 BAT; zustimmend *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1107.

<sup>637</sup> *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1107; kritisch *Bernstein*, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, S. 10.

ist“. Erforderlich ist demnach eine objektive, d.h. eine nicht von den subjektiven Vorstellungen des Betroffenen abhängige Vergütungserwartung, die dem Wortlaut zufolge grds. einzelfallabhängig zu bestimmen ist. Auch das BAG stellte in seinem Urteil vom 03.09.1997 zunächst fest, dass die Frage der objektiven Vergütungserwartung vom Anlass, Art, Umfang und Dauer der Dienstleistung, der besonderen Lebensstellung, der Berufs- und Erwerbsverhältnisse des Dienstleistenden sowie der allgemeinen Verkehrssitte im Einzelfall abhängen<sup>638</sup>. Dabei verbiete sich jegliche Regelbildung, so dass es keinen Rechtssatz dergestalt gebe, dass Dienstreisezeiten grds. zu vergüten seien. Das BAG entschied folglich analog zu seiner Rechtsprechung zur Vergütungserwartung bei Mehrarbeit<sup>639</sup>. Dem ist insoweit zuzustimmen, als eine einzelfallabhängige Prüfung vorgenommen werden muss. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass auch bei einer Einzelfallprüfung generelle Tendenzen entstehen können, die letztlich zu einer Regelannahme führen. Gleichartige Fälle werden auch im Rahmen einer Einzelfallprüfung grds. zum gleichen Ergebnis führen. Dies bedeutet dann auch nicht, dass etwaige Ausnahmen von dieser Regel restriktiv zu handhaben sind. In diesem Zusammenhang ist es nicht verwunderlich, dass auch das BAG, nachdem es zunächst jegliche Regelbildung ablehnt, selbst eine solche formuliert. Nach Ansicht des BAG sind zwei Stunden Reisezeit, die über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehen, als mit dem Gehalt abgegolten anzusehen, wenn der Arbeitnehmer eine gehobene Stellung einnimmt<sup>640</sup>. Auch die Literatur stellt nichts anderes als eine Regel auf, wenn sie behauptet, dass bei AT-Angestellten und leitenden Angestellten Mehrleistungen grds. vom Gehalt abgedeckt sind<sup>641</sup>. Insoweit wurde bereits dieser Widerspruch in der Argumentation des BAG zu Recht kritisiert<sup>642</sup>. Aber auch die Kriterien, die das BAG und Teile der Literatur zur Einzelfallprüfung heranziehen, können keineswegs überzeugen. Zum einen können die Berufs- und Erwerbsverhältnisse eines Arbeitnehmers bereits kein Indikator für eine Vergütungserwartung sein<sup>643</sup>. Ein Arbeitnehmer wird generell nach seiner Qualifikation bezahlt. Die Annahme, dass ein Arbeitgeber einen Teil des Lohns gerade für das Erbringen von Mehrleistungen zahlt, ist absurd<sup>644</sup>. Die überdurchschnittliche Vergütung wird allein aufgrund der ebenfalls überdurchschnittlichen Qualifikationen eines

---

<sup>638</sup> Vgl. BAG, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861, 862 f.; insoweit zustimmend *Bernstein*, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7; *Sandmann*, SAE 1998, 152, 154.

<sup>639</sup> BAG, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861, 862.

<sup>640</sup> BAG, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise.

<sup>641</sup> S. hierzu etwa *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1193; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1107 f.; *Sandmann*, SAE 1998, 152, 155.

<sup>642</sup> *Bernstein*, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, S. 13.

<sup>643</sup> So auch *Adam*, AuR 2001, 481, 484.

<sup>644</sup> Für solch eine Annahme aber *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1107 f.

leitenden Angestellten gezahlt<sup>645</sup>. Eine andere Sichtweise würde dazu führen, dass der Arbeitgeber sich von den Vorgaben des ArbZG „freikaufen“ könne. Der Arbeitgeber wird schließlich nicht dazu bereit sein ein höheres Entgelt zu zahlen, wenn er nicht weiß, ob und in welchem Umfang tatsächlich Überstunden anfallen werden. Daher wäre eine solche Annahme nur da vertretbar, wo Arbeitgeber systematisch und dauerhaft gegen die Vorgaben aus dem ArbZG verstoßen. Weiterhin ist auch das Kriterium der Branchenüblichkeit zur Bestimmung einer objektiven Vergütungserwartung ungeeignet<sup>646</sup>. Nicht immer ist das was branchenüblich ist, mit Recht und Gesetz vereinbar. Branchenübliches Handeln kann auch durchaus rechtswidriges oder gar strafbares Verhalten sein und darf für das „Ob“ der Vergütung keine Rolle spielen.

Aber auch die anschließende Einzelfallprüfung des BAG ist keineswegs überzeugend. Das BAG stellt hauptsächlich auf die akademische Tätigkeit und das überdurchschnittliche Einkommen des Arbeitnehmers ab, um eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung von täglich zwei Stunden Mehrarbeit anzunehmen<sup>647</sup>. Abgesehen von den soeben dargestellten grundsätzlichen Zweifeln an der Tauglichkeit dieser Kriterien hatte das BAG weder das Alter des Arbeitnehmers ausreichend berücksichtigt noch, dass der Arbeitnehmer letztlich nur nach Tarif entlohnt wurde und das Gehalt daher im Vergleich zu leitenden Angestellten „eher bescheiden“ war<sup>648</sup>. Würde man der Ansicht des BAG folgen, so würde aus der 42 Std-Woche des Arbeitnehmers eine 52 Stunden-Woche. Zwar ist das ArbZG nicht auf leitende Angestellte anwendbar (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG), aber nur die wenigsten Akademiker sind auch leitende Angestellte i.S.d. ArbZG. Daher würde die in § 3 ArbZG vorgesehene 48 Stunden-Grenze deutlich überschritten, so dass eine derartige Auslegung des § 612 Abs. 1 BGB im Widerspruch zum Arbeitszeitrecht stehen und den Arbeitnehmerschutz konterkarieren würde<sup>649</sup>.

Für die Frage der objektiven Vergütungserwartung sind andere Kriterien und Umstände zu berücksichtigen. Entscheidend ist doch etwa, ob der Arbeitnehmer aus Eigeninteresse handelt oder ob es sich um eine Arbeitsleistung handelt, die vom Arbeitgeber angeordnet wurde. In den überwiegenden Fällen wird es aber allein die Weisung des Arbeitgebers sein, die den Ar-

---

<sup>645</sup> Insoweit muss man auch die Entscheidung des BAG zur Vergütung von Mehrarbeit bei Anwälten in Großkanzleien kritisch sehen; BAG, Urteil v. 17.08.2011 – 5 AZR 406/10, AP Nr. 55 zu § 307 BGB.

<sup>646</sup> A.A.: *Bernstein*, EzA § 612 BGB Nr. 20, 7, S. 13 f.

<sup>647</sup> BAG, Urteil v. 03.09.1997 – 5 AZR 428/96, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienstreise.

<sup>648</sup> So etwa *Sandmann*, SAE 1998, 152, 155; *Hager*, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1; anders *Hunold*, NZA 2006, 38, 43.

<sup>649</sup> S. zum Ganzen *Hager*, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1.

beitnehmer auf eine Dienstreise führt<sup>650</sup>. Selbst dann, wenn der Arbeitnehmer zumindest auch ein Interesse an der Dienstreise hat, wie etwa bei Fortbildungsveranstaltungen, muss aber eine objektive Vergütungserwartung bestehen bleiben<sup>651</sup>. Ausreichend ist bereits, dass sich der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers auf Dienstreise befindet und der Arbeitgeber ein Interesse hieran hat. Nur dann, wenn die Dienstreise tatsächlich allein im Interesse des Arbeitnehmers liegt, kann eine objektive Vergütungserwartung nicht bestehen. In diesem Fall liegt nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis aber auch keine Dienstreise nach der oben entwickelten Definition mehr vor, weil es Arbeitgeberinteresse fehlt (s. o. unter 2. Teil, A.II.). Darüber hinaus erbringt der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers auch ein Freizeitopfer. Unabhängig von der Art des Transportmittels, wird der Freizeitwert der Reisezeiten so erheblich durch die örtliche Bindung gemindert, dass letztlich nicht mehr von einem Freizeitwert gesprochen werden kann<sup>652</sup>. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer auch von seinem sozialen Umfeld ausgeschlossen ist und an diesem nicht aktiv teilhaben kann. Ebenso dürfen die Strapazen einer Dienstreise nicht vernachlässigt werden. Entgegen anderer Auffassungen<sup>653</sup> sind Reisen unabhängig von der Fortbewegungsart immer mit Unannehmlichkeiten verbunden und führen zu Anspannungen<sup>654</sup>. Nicht selten werden die Reisezeiten dazu genutzt, Termine vorzubereiten, E-Mails zu verfassen oder Unterlagen zu sichten<sup>655</sup>. Reisezeiten haben daher selbst bei freier Gestaltungsmöglichkeit nie den Charakter von Freizeit und belasten den Arbeitnehmer auch gesundheitlich. Infolgedessen besteht bei der Wahrnehmung einer Dienstreise außerhalb der üblichen Arbeitszeit auch grds. eine Vergütungserwartung, da der Arbeitnehmer unabhängig vom Berufsbild – wie das BAG in seiner früheren Rechtsprechung angenommen hatte – keinen Grund hat seine Arbeitskraft zu verschenken<sup>656</sup>. Dies gilt ebenso für Betriebsratsmitglieder, die gemäß § 78 Abs. 2 BetrVG aufgrund ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen. Ist aber die Dienstreisezeit anlässlich des Berufs grds.

---

<sup>650</sup> Vgl. *Peter*, AiB 2005, 183, 187.

<sup>651</sup> A.A.: *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1193.

<sup>652</sup> *Adam*, AuR 2001, 481, 483; *Els*, BB 1986, 2192, 2193.

<sup>653</sup> *Schlessmann*, DB 1963, 1607, 1608.

<sup>654</sup> *Peter*, AiB 2005, 183, 187.

<sup>655</sup> *Els*, BB 1986, 2192, 2193.

<sup>656</sup> So *BAG*, Urteil v. 28.03.1963 – 5 AZR 209/62, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Wegezeit; s. auch *Adam*, AuR 2001, 481, 484; *Peter*, AiB 2005, 183, 187 f.; *Buschmann*, in: Festschrift Hanau, 197, 209; *Buschmann/Ulber*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 9 ff.

vergütungspflichtig, so muss dies auch für Dienstreisezeiten von Betriebsratsmitgliedern anlässlich ihrer Betriebsratstätigkeit gelten<sup>657</sup>.

Die Tatsache, dass nach der hier vertretenen Auffassung regelmäßig eine objektive Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB besteht, schließt es aber letztlich noch nicht aus, dass eine abweichende Regelung unter Umständen eine interessengerechtere Lösung bietet<sup>658</sup>. Es obliegt letztlich den Tarifvertrags-, Betriebs- oder Arbeitsvertragsparteien durch vertragliche Vereinbarung auf der jeweiligen Regelungsebene von den oben genannten Grundsätzen abzuweichen, da Dienstreisezeiten nicht zwingend wie Arbeitszeit vollständig vergütet werden müssen<sup>659</sup>. Aber auch solche Regelungen sind nicht grenzenlos möglich. Der Arbeitgeber kann vertraglich, d.h. in AGB nicht die Vergütungspflicht für die Reisezeit während der regulären Arbeitszeit ausschließen. Dies würde das vom Arbeitgeber nach § 615 BGB zu tragende Entgeltrisiko unzulässigerweise auf den Arbeitnehmer abwälzen und stellt daher eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar, sofern diesem hierfür kein Ausgleich gewährt wird<sup>660</sup>. Dies dürfte indes auch für entsprechende Regelungen in Tarifverträgen gelten, die anhand des zwingenden Gesetzes-, Richterrechts und den Wertentscheidungen des Grundgesetzes überprüft werden<sup>661</sup>. Aber auch für Klauseln, die eine Pauschalabgeltung von Reisezeiten außerhalb der üblichen Arbeitszeit vorsehen, gelten strenge Anforderungen an das Transparenzgebot. So ist eine Klausel zur pauschalen Vergütung von Reisezeiten nur dann klar und verständlich, „wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche „Reisetätigkeit“ von ihr in welchem Umfang erfasst werden soll“<sup>662</sup>. Es muss für den Arbeitnehmer also erkennbar sein „was auf ihn zukommt“<sup>663</sup>. Individualabreden zu einzelnen Dienstreisen unterliegen gemäß § 305b BGB allerdings nicht der Inhaltskontrolle.

#### 4. Die Höhe der Vergütung

Nachdem nun festgestellt wurde, dass regelmäßig eine objektive Vergütungserwartung besteht, stellt sich nun die Frage, in welcher Höhe der Arbeitnehmer für die erbrachten Dienstreisezeiten zu vergüten ist. Einige Autoren in der Literatur sprechen sich dafür aus, dass reine

---

<sup>657</sup> Das BAG schließt folgerichtig eine objektive Vergütungserwartung für Betriebsratsmitglieder bei gleicher Begründung aus; vgl. *BAG*, Urteil v. 16.04.2003 – 7 AZR 423/01, AP Nr. 138 zu § 37 BetrVG 1972.

<sup>658</sup> *Adam*, AuR 2001, 481, 484.

<sup>659</sup> *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250.

<sup>660</sup> *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250.

<sup>661</sup> Die Tarifverträge sehen diese Mindestvergütung vor, etwa § 44 Abs. 2 S. 2 TVöD. Das BAG hat zu dieser Frage bislang noch nicht entschieden; s. hierzu auch *Gerdorf*, öAT 2011, 103, 104 f.

<sup>662</sup> *BAG*, Urteil v. 20.04.2011 – 5 AZR 200/10, AP Nr. 51 zu § 307 BGB; *BAG*, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861, 862.

<sup>663</sup> *BAG*, Urteil v. 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861, 862.

Dienstreisezeiten nicht „wie üblich“ nach dem vollen Stundenlohn zu vergüten, sondern eventuelle Minderbelastungen zu berücksichtigen sind<sup>664</sup>. Auch Autoren, die von einer regelmäßigen objektiven Vergütungserwartung ausgehen, wollen Zeiten, in denen der Arbeitnehmer ruhen oder schlafen kann, vom Vergütungsanspruch in Abzug bringen<sup>665</sup>. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Durch die Annahme einer objektiven Vergütungserwartung wird nach § 612 Abs. 1 BGB eine Vergütungsvereinbarung fingiert. Man könnte nun zunächst davon ausgehen, dass sich auch die vertraglich festgelegte Vergütung auf diese Fiktion bezieht. In diesem Fall wären auch Dienstreisezeiten außerhalb der üblichen Arbeitszeiten voll wie Arbeitszeit zu vergüten. Aber selbst dann, wenn man annimmt, dass sich die Fiktion nicht auf die Höhe der Vergütung erstreckt, so bestimmt sich diese nach § 612 Abs. 2 BGB. Hiernach ist, mangels Bestehen einer Taxe, die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. „Üblich“ i.S.d. § 612 Abs. 2 BGB ist dabei die in gleichen oder ähnlichen Gewerben und Berufen am gleichen Ort für entsprechende Tätigkeiten unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Berechtigten gezahlte Vergütung<sup>666</sup>. Konsequenterweise wird man aber bei Annahme einer objektiven Vergütungserwartung hier keine Abzüge für Reisezeiten vornehmen können. Wenn man auf der einen Seite eine objektive Vergütungserwartung unter anderem mit der Begründung annimmt, dass das Reisen ebenfalls eine arbeitsähnliche Belastung darstellt und der Arbeitnehmer keine Entspannung erfährt, kann man auf der anderen Seite keine Abzüge bei der Vergütung mit der Begründung vornehmen, dass das Reisen nicht derart anstrengend sei wie die reguläre Arbeit. Dies wäre widersprüchlich und ist daher abzulehnen. Daher ergibt sich auch aus § 612 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf das volle Entgelt<sup>667</sup>. Der Arbeitnehmer muss sich nur tatsächlich ersparte Fahrten anrechnen lassen, etwa wenn er die Dienstreise von zuhause aus antritt und sich dadurch Fahrtzeit zum Betrieb spart<sup>668</sup>.

Zu beachten gilt es bei der Höhe der Vergütung weiterhin, dass es für den Begriff der üblichen Vergütung nicht zwingend auf den Einsatzort ankommt, sondern auf den vergleichbaren Wirtschaftskreis<sup>669</sup>. Dies kann sich dann auswirken, wenn sich die übliche Vergütung etwa nach einem Tarifvertrag richtet, da für die Anwendbarkeit des Tarifvertrages der Sitz des Be-

---

<sup>664</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1193 f.; *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102, 1108; *Sandmann*, SAE 1998, 152, 154.

<sup>665</sup> *Els*, BB 1986, 2192, 2193; *Griese*, in: Küttner, Personalbuch 2013, „Dienstreise“, Rn. 6; vgl. auch *Hunold*, NZA 2006, 38, 43.

<sup>666</sup> *Preis*, in: ErfK, § 612 BGB Rn. 37; *BAG*, Urteil v. 20.04.2011 – 5 AZR 171/10, AP Nr. 333 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

<sup>667</sup> So auch *Adam*, AuR 2001, 481, 484.

<sup>668</sup> *Sandmann*, SAE 1998, 152, 154.

<sup>669</sup> *BAG*, Urteil v. 20.04.2011 – 5 AZR 171/10, AP Nr. 333 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

triebes und nicht der jeweilige Tätigkeitsort des Arbeitnehmers entscheidend ist<sup>670</sup>. Ebenso ist festzustellen, dass eventuell vereinbarte Zuschläge für Feiertage nur für die ausländischen Feiertage zu zahlen sind. Das deutsche öffentlich-rechtliche Feiertagsgesetz findet im Ausland keine Anwendung (s. bereits unter 2. Teil, E.II.2.b)ff)<sup>671</sup>.

### III. Aufwendungsersatz

Nach § 670 BGB hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Ersatz derjenigen Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte und die nicht durch die Arbeitsvergütung abgegolten sind<sup>672</sup>. Erstattungsfähig sind allerdings nur die Auslagen, welche der Arbeitsausführung selbst dienen, wie Fahrt-, Unterkunfts-, Umzugs-, oder Verpflegungskosten<sup>673</sup>. Hierbei werden aber die Auslagen nicht erstattet, welche der Arbeitnehmer auch ohne Dienstreise zu tragen gehabt hätte. So kann ein Arbeitnehmer auf Dienstreise bspw. nur die Verpflegungskosten erstattet verlangen, die über den sonst üblichen Verpflegungsbetrag hinausgehen (sog. Mehraufwendungen). Übernimmt der Arbeitgeber bereits im Voraus solche Aufwendungen, so kann er sie bei vorzeitigem Abbruch der Dienstreise durch den Arbeitnehmer einerseits dann zurückverlangen, wenn sie tatsächlich nicht angefallen sind. Andererseits sind auch Klauseln über die Rückzahlung von geleisteten Aufwendungen zulässig, wenn die Rückzahlungssumme den wirtschaftlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers angepasst ist<sup>674</sup> und der Arbeitnehmer nicht an einer Eigenkündigung gehindert wird<sup>675</sup>. Solche Klauseln werden etwa für den Fall einer Kündigung vorgesehen.

## G. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Auslandsdienstreise

Bei der Anordnung und Durchführung der Auslandsdienstreise stellt sich für den Arbeitgeber in den Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, generell die Frage, ob und in welchem Umfang der Betriebsrat zu beteiligen ist. Schließlich wurde bereits dargestellt, dass auch der Ar-

<sup>670</sup> Tilch, AuA 2012, 372, 372.

<sup>671</sup> Anders Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 38.

<sup>672</sup> LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 25.11.2002 – 18 Sa 77/02 (juris).

<sup>673</sup> Loritz, NZA 1997, 1188, 1194; LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 25.11.2002 – 18 Sa 77/02 (juris); Däubler, in: Festschrift Birk, 27, 31.

<sup>674</sup> Das BAG entschied etwa, dass bei Klauseln zur Erstattung von Umzugskosten, die Rückerstattungskosten ein Monatsgehalt nicht übersteigen dürfen; BAG, Urteil v. 24.02.1975 – 5 AZR 235/74, AP Nr. 50 zu Art. 12 GG; Hessisches LAG, Urteil v. 22.06.1981 – 11 Sa 548/80, DB 1982, 656, 656.

<sup>675</sup> BAG, Urteil v. 21.03.1973 – 4 AZR 187/72, AP Nr. 4 zu § 44 BAT; Mastmann/Stark, BB 2005, 1849, 1852; s. zum Ganzen auch Schwarz, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 36 f.



beitnehmer auf Auslandsdienstreisen unter den Schutz des BetrVG fällt (s. unter 2. Teil, E.III.1). Eine Mitbestimmung des Betriebsrats kommt dabei grds. vor, während und nach der Auslandsdienstreise in Betracht, weshalb nachfolgend zwischen diesen drei Phasen unterschieden werden soll<sup>676</sup>.

## **I. Mitbestimmungsrechte im Vorfeld der Auslandsdienstreise**

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats könnte bereits bei der Anordnung, also beim „Ob“ der Dienstreise, in Betracht kommen. Da die Mitbestimmung bei der Anordnung der Dienstreise im BetrVG aber nicht ausdrücklich geregelt ist, kommt eine Mitbestimmung nur dann in Betracht, wenn die Dienstreise Auswirkungen auf die vom BetrVG geregelten Tatbestände, wie etwa der Arbeitszeit, hat.

### **1. Beteiligungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG**

Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Da die Mitbestimmung bei der Anordnung einer Dienstreise weder gesetzlich noch zumeist tarifvertraglich geregelt ist, könnte insoweit ein Mitbestimmungsrecht nach Nr. 1 in Betracht kommen. Regelungsgegenstand ist hierbei das betriebliche Zusammenleben und das Zusammenwirken der Arbeitnehmer<sup>677</sup>. Diese innere soziale Ordnung erfordert ein aufeinander abgestimmtes Verhalten, um den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zu gewährleisten<sup>678</sup>. Von diesem Ordnungsverhalten gilt es das reine Arbeitsverhalten zu unterscheiden. Es betrifft all diejenigen Regeln und Weisungen, mit denen der Arbeitgeber die Arbeitspflicht der Arbeitnehmer konkretisiert und kontrolliert<sup>679</sup>. Dieses Arbeitsverhalten ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht mitbestimmungspflichtig, da § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausdrücklich nach seinem Wortlaut nur das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer erfasst und anders als etwa § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG das Leistungsverhalten nicht mit einbezieht<sup>680</sup>. Die Anordnung

---

<sup>676</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 150; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 40 f.

<sup>677</sup> BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

<sup>678</sup> So ausdrücklich BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; *Löwisch/Kaiser*, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Rn. 37.

<sup>679</sup> BAG, Beschluss v. 25.09.2012 – 1 ABR 50/11, NZA 2013, 467, 468; BAG, Beschluss v. 22.07.2008 – 1 ABR 40/07, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972.

<sup>680</sup> BAG, Beschluss v. 25.09.2012 – 1 ABR 50/11, NZA 2013, 467, 468; BAG, Beschluss v. 22.07.2008 – 1 ABR 40/07, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; BAG, Beschluss v. 08.11.1994 – 1 ABR 22/94, AP Nr. 24 zu

einer Auslandsdienstreife betrifft aber in der Regel nur das Arbeitsverhalten des Arbeitnehmers. Wie bereits dargestellt, konkretisiert der Arbeitgeber mit der Anordnung der Dienstreife die Arbeitspflichten des Arbeitnehmers und ordnet diesem an zu einem gewissen Zeitpunkt an einem bestimmten Ort zu sein, um dort seiner Leistungspflicht nachzugehen. Die Anordnung einer Dienstreife bezieht sich daher ausschließlich auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und ist daher nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig<sup>681</sup>. Etwas anderes könnte sich unter Umständen nur dann ergeben, wenn mehrere Arbeitnehmer gemeinsam eine Auslandsdienstreife unternehmen und diese eventuell Fragen der betrieblichen Ordnung berührt<sup>682</sup>. Dieser Ausnahmefall soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

## 2. Beteiligungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

Als weiterer Mitbestimmungstatbestand bei der Anordnung der Dienstreife kommt § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG in Betracht. Hiernach hat der Betriebsrat über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage mitzubestimmen. Zweck der Regelung ist die Interessenwahrnehmung durch den Betriebsrat in Bezug auf die gleichmäßige Verteilung von Arbeitszeit und damit einhergehender Freizeit der Arbeitnehmer sowie die Überwachung des Arbeitgebers bei der Einhaltung arbeitszeitrechtlicher Vorgaben<sup>683</sup>. Folglich bezieht sich der Mitbestimmungstatbestand nur auf die Lage und nicht auf die Dauer der Arbeitszeit<sup>684</sup>. Die Dauer der Arbeitszeit, das Arbeitszeitvolumen, unterliegt alleine der Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien und kann nicht durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erweitert oder verkürzt werden<sup>685</sup>. Der Betriebsrat kann daher nur mitbestimmen über die Lage und die Verteilung der Arbeitszeit auf den einzelnen Arbeitstag und über die Dauer der täglichen Arbeitszeit, soweit es um die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage geht<sup>686</sup>. Anders als bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sollen die Arbeitnehmer nicht vor Überforderung und Belastung

---

§ 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; *Löwisch/Kaiser*, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Rn. 38; *Wiese*, in: GK-BetrVG, § 87 Rn. 206.

<sup>681</sup> So auch *BAG*, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

<sup>682</sup> S. hierzu *BAG*, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes mit Verweis auf die Vorinstanz *LAG München*, Beschluss v. 26.01.1996 – 1 (10) TaBV 1/95 (juris - Leitsätze).

<sup>683</sup> So ständige Rspr. des BAG; vgl. etwa *BAG*, Beschluss v. 19.06.2012 – 1 ABR 19/11, EzA § 50 BetrVG 2001 Nr. 11; *BAG*, Beschluss v. 28.05.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Löwisch/Kaiser*, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Rn. 58.

<sup>684</sup> *Wiese*, in: GK-BetrVG, § 87 Rn. 275.

<sup>685</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, § 87 Rn. 261.

<sup>686</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, § 87 Rn. 273 f.

geschützt werden<sup>687</sup>. Bei der Anordnung einer Dienstreise kann daher das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur ausgelöst werden, wenn die Dienstreise selbst unter den Begriff der Arbeitszeit i.S.d. BetrVG fällt und hierdurch Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit berührt werden oder aber die Dienstreise Auswirkungen auf Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage hat. Dienstreisen innerhalb der üblichen Arbeitszeit können diese Auswirkungen aber bereits nicht entfalten und unterliegen daher auch nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG<sup>688</sup>. Bei der Anordnung von Dienstreisen außerhalb der üblichen Arbeitszeit könnte der Mitbestimmungstatbestand aber eingreifen. Das BAG hat insoweit auch anerkannt, dass der Betriebsrat nicht nur bei der einmaligen Festlegung der regelmäßigen Lage der Arbeitszeit, sondern auch bei einer nur einmaligen Veränderung der bisherigen Lage mitzubestimmen hat<sup>689</sup>. Durch diese Ausdehnung des Mitbestimmungsrechts<sup>690</sup> könnte auch die nur einmalige Anordnung einer Dienstreise unter den Tatbestand der Nr. 2 fallen, wenn die Dienstreise als Arbeitszeit i.S.d. BetrVG anzusehen wäre<sup>691</sup>. Dies wird vom BAG aber in den Fällen abgelehnt, in denen der Arbeitnehmer während der Dienstreise keine Arbeitsaufgaben zu erledigen hat<sup>692</sup>. Nach Ansicht des BAG ist der Begriff der Arbeitszeit in § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht deckungsgleich mit dem Begriff der vergütungspflichtigen Arbeitszeit und dem des ArbZG bzw. der RL 2003/88/EG. Der betriebsverfassungsrechtliche Begriff der Arbeitszeit bestimme sich nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts, der darin besteht, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage der Arbeitszeit und der Freizeit zur Geltung zu bringen. Arbeitszeit i.S.d. BetrVG sei daher die Zeit, „während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich erbringen soll“. Entscheidend ist also wie auch beim Begriff der Arbeitszeit i.S.d. ArbZG, ob der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Arbeit leistet und dadurch eine mitbestimmungspflichtige Änderung der Lage der Arbeitszeit vorliegt. Konsequenterweise lehnt dies nun das BAG wie auch bei der Entscheidung zum ArbZG (s. o. unter 2. Teil, F.I.2.a)) für Dienstreisezeiten ab, bei denen der Arbeitnehmer nach Ansicht des Gerichts durch das bloße Reisen keine Arbeits-

---

<sup>687</sup> BAG, Beschluss v. 28.05.2002 – 1 ABR 40/01, AP Nr. 96 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>688</sup> BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; so auch *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1191.

<sup>689</sup> BAG, Teilbeschluss v. 26.10.2004 – 1 ABR 31/03 (A), AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; *Wiese*, in: GK-BetrVG, § 87 Rn. 287: m.w.N.

<sup>690</sup> *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1190.

<sup>691</sup> *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 82.

<sup>692</sup> BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

leistung erbringt<sup>693</sup>. Die bloße Beschränkung der Freizeit reiche nicht aus, um die Dienstreizeit als Arbeitszeit anzuerkennen. Anders als bei der mitbestimmungspflichtigen Aufstellung eines Rufbereitschaftsplans müsse der Arbeitnehmer nicht mit der jederzeitigen Arbeitsaufnahme rechnen und sich dafür bereithalten<sup>694</sup>.

Da das BAG den Begriff der Arbeitszeit i.S.d. BetrVG parallel zu dem des ArbZG auslegt, muss nach der hier vertretenen Auffassung die Dienstreizeit auch als Arbeitszeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne behandelt werden<sup>695</sup>. Hierfür spricht bereits, dass der Arbeitnehmer auch bei Verbringung der Reisezeit seine vertraglich geschuldete Arbeit erbringt, indem er der Weisung des Arbeitgebers nachkommt oder zumindest die Dienstreise in dessen Interesse ausführt (s. hierzu ausführlich unter 2. Teil, F.I.2.c)). Aber auch Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG sprechen für eine Anerkennung von Dienstreizeit als Arbeitszeiten, selbst wenn keine zusätzlichen Leistungen neben dem Reisen zu erbringen sind. So stelle der Zweck des Mitbestimmungsrechts nicht auf Arbeitsbelastungen oder Arbeitsleistungen ab, sondern nur darauf, ob durch die Dienstreise die Freizeit und die Gestaltung des Privatlebens des Arbeitnehmers beeinträchtigt sind<sup>696</sup>. Das Interesse des Arbeitnehmers an einer freien Gestaltung seiner Freizeit ist aber unabhängig davon betroffen, ob der Arbeitnehmer nun Arbeitsleistung zu erbringen hat oder nicht. Der Arbeitnehmer befindet sich im Interesse des Arbeitgebers auf einer Dienstreise und hat somit gerade keine Freizeit<sup>697</sup>. Zudem ist eine Trennung zwischen den Dienstreizeit und der vor Ort zu verrichtenden Tätigkeit in der Regel praxisfern. Sofern der Arbeitgeber eine Dienstreise außerhalb der üblichen Arbeitszeit anordnet, ist auch davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer auch regelmäßig seine Tätigkeit am Zielort außerhalb der üblichen Arbeitszeit ausübt, so dass zumindest insoweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestünde. Dienstreizeit sind somit als Arbeitszeit in betriebsverfassungsrechtlichem Sinne zu behandeln, so dass dem Betriebsrat bei der Anordnung einer Dienstreise grds. ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zusteht.

---

<sup>693</sup> Eine Ausnahme stellen die Arbeitnehmer dar, die mangels Arbeitsorts ihre vertraglich geschuldete Tätigkeit ohne dauernde Reisetätigkeit gar nicht erfüllen können; BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>694</sup> S. zum Ganzen BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>695</sup> Zur grundsätzlichen Kritik an den unterschiedlichen Arbeitszeitbegriffen s. *Hunold*, NZA 2006, 38, 44.

<sup>696</sup> *Schoof*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, § 26 Rn. 37.

<sup>697</sup> S. hierzu *Klebe*, in: DKK, § 87 Rn. 83; im Ergebnis auch *Schoof*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, § 26 Rn. 37.

Allerdings fordert das BAG in ständiger Rechtsprechung einen sog. „kollektiven Tatbestand“. Dies bedeutet, dass eine Mitbestimmung nur dann in Betracht kommt, wenn sich eine Regulationsfrage stellt, die kollektive Interessen der Arbeitnehmer berührt<sup>698</sup>. Geht es hingegen nur um die Gestaltung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses und wird die Anordnung der Dienstreise lediglich durch den einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände veranlasst, so soll nach der Rechtsprechung des BAG kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestehen<sup>699</sup>. Ob nun letztlich ein kollektiver Tatbestand vorliege, könne aber nicht anhand der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer festgestellt werden, da die kollektiven Interessen unabhängig von der einzelnen Person und deren individuellen Wünschen betroffen sein könne<sup>700</sup>. Es handele sich vielmehr allenfalls um ein Indiz<sup>701</sup>. Entscheidend sei, ob der jeweilige Mitbestimmungstatbestand einen kollektiven Bezug erfordere, was das BAG für die vorliegend einschlägige Nr. 2 in ständiger Rechtsprechung annimmt<sup>702</sup>. An diesen vom BAG aufgestellten Kriterien zur Bestimmung eines kollektiven Bezugs gab es seit jeher Kritik. So sei es dem BAG bislang nicht gelungen die Voraussetzungen des kollektiven Tatbestands überzeugend zu konkretisieren<sup>703</sup>. Ausgehend von den üblichen Auslegungsmethoden sei daher von einer Mitbestimmungspflicht auch bei individuellen Maßnahmen auszugehen<sup>704</sup>. So sei bereits der Wortlaut der Nr. 2 im Singular formuliert und auch Sinn und Zweck der Norm sprächen für die Annahme eines Mitbestimmungsrechts, da oft der einzelne Arbeitnehmer von Änderungen der Lage der Arbeitszeit betroffen ist und dem Schutze des Betriebsrats sonst entzogen wäre<sup>705</sup>. Gerade in diesen Fällen müsse die gestörte Verhandlungspartität auf individualrechtlicher Ebene durch die Mitbestimmung des Betriebsrats ausgeglichen werden<sup>706</sup>. Zudem hätte es der Arbeitgeber in der Hand je nach Begründung der Maßnahme einen kollektiven Bezug zu vermeiden. So kann eine Maßnahme individuell auf einen bestimmten Arbeitnehmer oder auf einen bestimmten Arbeitsplatz bezogen sein<sup>707</sup>. Aufgrund dieser Möglichkeit der Einflussnahme muss auch im Interesse der Rechtssicherheit die Forderung nach einem kollektiven

---

<sup>698</sup> BAG, Beschluss v. 27.11.1990 – 1 ABR 77/89, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>699</sup> BAG, Urteil v. 16.03.2004 – 9 AZR 323/03, AP Nr. 10 zu § 8 TzBfG, m.w.N.

<sup>700</sup> BAG, Beschluss v. 27.11.1990 – 1 ABR 77/89, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>701</sup> BAG, Beschluss v. 03.12.1991 – GS 1/90, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

<sup>702</sup> BAG, Beschluss v. 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG, Urteil v. 18.08.2009 – 9 AZR 517/08, AP Nr. 28 zu § 8 TzBfG.

<sup>703</sup> Raab, ZfA 2001, 31, 32.

<sup>704</sup> LAG Hamm, Beschluss v. 22.06.2012 – 13 TaBV 16/12 (juris), mit zustimmender Anm. von Klauk, jurisPR-ArbR 4/2013, Anm. 6.

<sup>705</sup> LAG Hamm, Beschluss v. 22.06.2012 – 13 TaBV 16/12 (juris).

<sup>706</sup> Klauk, jurisPR-ArbR 4/2013, Anm. 6.

<sup>707</sup> Klauk, jurisPR-ArbR 4/2013, Anm. 6.

Tatbestand für § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG abgelehnt werden. Letztlich überzeugend ist aber vor allem die Tatsache, dass das BAG in der erheblichen Veränderung der Arbeitszeit auch keine Änderung des Arbeitsbereiches i.S.d. § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG erblickt<sup>708</sup>. Hierbei stützt es sich überwiegend darauf, dass die Arbeitnehmerinteressen ausreichend durch das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zur Geltung gebracht werden können. Lehnt man aber zugleich auch das Mitbestimmungsrecht nach Nr. 2 mangels kollektiven Tatbestands ab, so ist der Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich schutzlos gestellt<sup>709</sup>.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Auslandsdienstreife auch im Interesse des Arbeitnehmers liegt. In diesem Fall stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Betriebsrat überhaupt in den Fällen beteiligt werden muss, in denen der Arbeitnehmer den mitbestimmungsauslösenden Tatbestand ausdrücklich wünscht. Die Beantwortung dieser Frage hängt natürlich wiederum vom Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte ab. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats den Arbeitnehmer lediglich vor der einseitigen Ausübung des Direktionsrechts schützen, ihn aber keinesfalls bevormunden sollen. In diesem Fall kann daher aufgrund einer teleologischen Reduktion eine Mitbestimmung unterbleiben, es sei denn die Dienstreife hat auch Auswirkungen auf andere Arbeitnehmer. Unter diesen Umständen wären natürlich die Interessen anderer Arbeitnehmer oder der Belegschaft betroffen, deren Schutz wiederum von den Mitbestimmungsrechten bezweckt ist<sup>710</sup>.

Bei der Anordnung einer Auslandsdienstreife besteht somit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG grds. ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dieses kann nur dann entfallen, wenn, die Dienstreife ausdrücklich auf Wunsch des Arbeitnehmers durchgeführt wird und die Interessen anderer Arbeitnehmer hiervon nicht berührt werden.

### **3. Beteiligungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG**

Diese Grundsätze gelten auch für die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Hiernach besteht ein Mitbestimmungsrecht bei vorübergehender Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. In Abgrenzung zur Nr. 2 ist dabei auf das für einen bestimmten Wochentag regulär festgelegte Arbeitszeitvolumen abzustellen. Eine Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit liegt daher nur dann vor, wenn nicht nur der tägliche Arbeitszeitrahmen verschoben wird, sondern das Ar-

---

<sup>708</sup> BAG, Beschluss v. 23.11.1993 – 1 ABR 38/93, AP Nr. 33 zu § 95 BetrVG 1972.

<sup>709</sup> So überzeugend *LAG Hamm*, Beschluss v. 22.06.2012 – 13 TaBV 16/12 (juris).

<sup>710</sup> S. zum Ganzen *LAG Hamm*, Beschluss v. 22.06.2012 – 13 TaBV 16/12 (juris); *Klauk*, jurisPR-ArbR 4/2013, Anm. 6; s. auch *BAG*, Beschluss v. 01.08.1989 – 1 ABR 51/88, AP Nr. 17 zu § 95 BetrVG 1972.

beitszeitvolumen selbst verkürzt oder verlängert wird, d.h. die für den betreffenden Tag übliche Arbeitszeit verändert wird<sup>711</sup>. Solch eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit ist bei der Anordnung von Dienstreisen außerhalb der üblichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers möglich und gerade bei Auslandsdienstreisen nicht unüblich<sup>712</sup>. Um die Abwesenheitszeit des Arbeitnehmers im beiderseitigen Interesse zu reduzieren, werden die im Ausland zu erledigenden Aufgaben komprimiert und auf einen möglichst begrenzten Zeitraum zusammengefasst. Zweck der Mitbestimmung ist es aber, die Interessen der Arbeitnehmer bei der Anordnung von Mehrarbeit zur Geltung zu bringen<sup>713</sup>. Hierzu zählt nach Ansicht des BAG nicht nur die Frage, ob überhaupt die Arbeitszeit verlängert werden soll, sondern auch die gerechte Verteilung der mit der Leistung von Überstunden verbundenen Belastungen und Vorteile. Der Betriebsrat soll daher bei der Verteilung der Arbeitsspitze auf die Belegschaft mitentscheiden und so zur sog. „Verteilungsgerechtigkeit“ beitragen können. Dienstreisen seien aber nicht ohne weiteres mit einer Arbeitsspitze verbunden. Mitbestimmungsrechtlich entscheidend, so das BAG, sei vielmehr die vorübergehende Verlegung des Arbeitsorts. Zudem könne die mit Reisen verbundene Beschränkung der privaten Lebensgestaltung nicht ausreichen, da ansonsten auch Wartezeiten am Dienort als Arbeitszeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne gelten würden. Dies könne aber nicht gewollt sein<sup>714</sup>. Das BAG beschränkt mit dieser Sichtweise den Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auf das Kriterium der Verteilungsgerechtigkeit<sup>715</sup>. Hauptsächlich solle der Betriebsrat bei der Verteilung von Arbeitsspitzen auf die Belegschaft und dadurch einhergehende Verdienstchancen beteiligt werden. Abgesehen davon, dass auch nur gelegentliche Dienstreisen meist zu Arbeitsspitzen führen, trägt bereits der Wortlaut der Norm diese Einschränkung des Normzwecks nicht. So soll der Betriebsrat bei jeder vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit mitbestimmen. Auch hier bedarf es, wie oben bereits dargestellt, keines kollektiven Bezuges. Gerade der Arbeitnehmer der durch Dienstreisen außerhalb seiner regulären Arbeitszeit zusätzlich belastet wird, bedarf des Schutzes durch die Betriebsverfassung<sup>716</sup>. So bestätigt auch das BAG in seiner Entscheidung, dass Dienstreisen belastend sind und den Arbeitnehmer in seiner Freizeitgestaltung einschränken<sup>717</sup>. Dann muss dem Betriebsrat aber

---

<sup>711</sup> BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>712</sup> Kritisch bei Arbeitnehmern ohne vertragliche Arbeitszeit *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1191.

<sup>713</sup> BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

<sup>714</sup> S. zum Ganzen BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

<sup>715</sup> *Buschmann*, in: Festschrift Hanau, 197, 208.

<sup>716</sup> *Buschmann*, in: Festschrift Hanau, 197, 208.

<sup>717</sup> BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

auch ein Mitbestimmungsrecht zustehen, wenn der Arbeitnehmer kurzzeitig Überstunden zu leisten hat. Voraussetzung ist aber auch hier, dass man entgegen der oben dargestellten Ansicht des BAG<sup>718</sup> die Dienstreisezeiten als Arbeitszeiten betrachtet<sup>719</sup>.

#### **4. Beteiligungsrechte nach § 99 Abs. 1 BetrVG**

In der Anordnung der Auslandsdienstreise könnte weiterhin eine Versetzung i.S.d. § 95 Abs. 3 BetrVG zu sehen sein, die der Beteiligung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG bedürfte<sup>720</sup>. Eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG kommt allerdings zunächst nur für Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern in Betracht. Weiterhin müsste die Anordnung der Auslandsdienstreise dem Begriff der Versetzung i.S.d. § 95 Abs. 3 BetrVG unterfallen. Hiernach ist eine Versetzung i.S.d. Betriebsverfassungsrechts „die 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.“. Einschränkend stellt S. 2 aber klar, dass für Arbeitnehmer, die nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt sind, die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung gilt<sup>721</sup>. Erforderlich wäre somit zum einen die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches und zum anderen eine erhebliche Änderung der Umstände unter denen Arbeit zu leisten ist oder aber eine Dauer der Dienstreise von mehr als einem Monat, da in diesem Fall die erhebliche Änderung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers durch die Dauer bereits indiziert wird.

##### **a) Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs**

Der Begriff des Arbeitsbereichs wird in § 95 Abs. 3 BetrVG nicht legaldefiniert. Allerdings findet sich in § 81 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 BetrVG eine Umschreibung des Begriffes, wonach der Arbeitsbereich durch die Aufgabe und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs bestimmt wird. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG liegt demnach die Zuweisung eines anderen

---

<sup>718</sup> BAG, Beschluss v. 14.11.2006 – 1 ABR 5/06, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

<sup>719</sup> So zutreffend *Baek/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 82; bejahend etwa *Schoof*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, § 26 Rn. 37.

<sup>720</sup> Wird eine Suspendierungsvereinbarung abgeschlossen, so unterliegt diese mangels einer personellen Maßnahme nicht der Mitbestimmung, vgl. *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 150.

<sup>721</sup> Näher zu den Voraussetzungen etwa *BAG*, Beschluss v. 08.08.1989 – 1 ABR 63/88, AP Nr. 18 zu § 95 BetrVG 1972.



Arbeitsbereichs dann vor, „wenn dem Arbeitnehmer ein neuer Tätigkeitsbereich zugewiesen wird, so daß der Gegenstand der geschuldeten Arbeitsleistung, der Inhalt der Arbeitsaufgabe ein anderer wird und sich das Gesamtbild der Tätigkeit des Arbeitnehmers ändert.“<sup>722</sup>. Das BAG hält also sowohl eine räumliche als auch eine funktionale Komponente für erforderlich<sup>723</sup>. Der Arbeitsbereich umfasse neben dem Ort der Arbeitsleistung auch die Art der Tätigkeit und den gegebenen Platz in der betrieblichen Organisation<sup>724</sup>. Eine neue Zuweisung könne sich daher aus dem Wechsel von Arbeitsinhalten und damit verbundener Verantwortung, aus der Änderung des Arbeitsprozesses (Art und Weise der Erledigung), Änderung der Stellung und des Platzes des Arbeitnehmers innerhalb der betrieblichen Organisation durch Zuordnung zu einer anderen betrieblichen Einheit ergeben<sup>725</sup>. Allerdings stellt das BAG auch fest, dass nicht jede noch so geringe Veränderung nach den genannten Kriterien zu einem Wechsel des Arbeitsbereiches führen kann<sup>726</sup>. So unterliege die vertraglich vereinbarte Tätigkeit aufgrund verschiedener Ursachen, wie der Einführung von technischen Arbeitsabläufen, laufenden Veränderungen. Zur Annahme eines neuen Arbeitsbereiches sei es deshalb erforderlich, dass die Änderungen über solche üblichen Schwankungen hinaus auftreten und der Arbeitsbereich nach seinem Gesamtbild vom Standpunkt eines mit den betrieblichen Verhältnissen betrauten Beobachters als ein anderer anzusehen ist<sup>727</sup>. Somit liegt bei der Auslandsdienstreise die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs bereits dann vor, wenn der Arbeitnehmer in den Betrieb des ausländischen Arbeitgebers eingegliedert wird<sup>728</sup>. Weiterhin könnte aber auch allein die Veränderung des Arbeitsortes zur Annahme einer Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches führen. Das BAG hat dies auch abgesehen von Bagatellfällen bestätigt<sup>729</sup>. Hierfür spreche zunächst der allgemeine Sprachgebrauch, wonach unter einer Versetzung die Zuweisung eines anderen Dienst- oder Arbeitsortes zu verstehen sei. Gründe, dass der Gesetzgeber in § 95 Abs. 3 BetrVG hiervon habe abweichen wollen, seien nicht ersichtlich. Aber

---

<sup>722</sup> BAG, Beschluss v. 25.10.1983 – 1 AZR 47/82 (juris); BAG, Beschluss v. 10.04.1984 – 1 ABR 67/82, AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972; zustimmend etwa *Thüsing*, in: Richardi, § 99 Rn. 100 f.; *Fitting/Engels*, Betriebsverfassungsgesetz, § 99 Rn. 127; *Raab*, in: GK-BetrVG, § 99 Rn. 60 ff.

<sup>723</sup> BAG, Beschluss v. 10.04.1984 – 1 ABR 67/82, AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972.

<sup>724</sup> BAG, Beschluss v. 10.04.1984 – 1 ABR 67/82, AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972.

<sup>725</sup> BAG, Beschluss v. 17.06.2008 – 1 ABR 38/07, AP Nr. 47 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>726</sup> BAG, Beschluss v. 17.06.2008 – 1 ABR 38/07, AP Nr. 47 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>727</sup> Ausführlich BAG, Beschluss v. 10.04.1984 – 1 ABR 67/82, AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 17.06.2008 – 1 ABR 38/07, AP Nr. 47 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>728</sup> BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>729</sup> BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 21.09.1999 – 1 ABR 40/98, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972; noch offen gelassen in BAG, Beschluss v. 10.04.1984 – 1 ABR 67/82, AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972.

auch die Entstehungsgeschichte spreche gegen eine einschränkende Auslegung. Gemäß § 60 Abs. 3 BetrVG 1952<sup>730</sup> lag eine Versetzung dann nicht vor, wenn „die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes innerhalb der gleichen selbständigen Betriebsabteilung oder des gleichen Betriebs am selben Ort bei gleichen Arbeitsbedingungen, wenn damit eine Schlechterstellung des Arbeitnehmers nicht verbunden ist.“. Dies bedeute, dass eine Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes am gleichen Ort eine Versetzung darstellte, wenn damit eine Schlechterstellung des Arbeitnehmers einherging. Darauf müsse aber erst recht folgen, dass eine Versetzung dann vorliege, wenn ein anderer Arbeitsplatz an einem anderen Ort zugewiesen wurde. Durch § 95 Abs. 3 BetrVG habe man den Versetzungsbegriff ausweiten wollen, da der Gesetzgeber auch den umgangssprachlichen Begriff der „Umsetzung“ unter die Versetzung fassen wollte<sup>731</sup>. Diese überzeugende Begründung des BAG stieß auch in der Literatur größtenteils auf Anerkennung<sup>732</sup>. So spricht für diese Auffassung besonders auch der Schutzzweck der Norm. Die Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG dient stets auch dem Schutz des Arbeitnehmers. Wird aber der Ort der Arbeitsleistung geändert, so ist dies für den Arbeitnehmer von großer Bedeutung<sup>733</sup>. Insoweit darf man den Schutz des Arbeitnehmers nicht auch noch davon abhängig machen, dass sich neben dem Arbeitsort auch zusätzlich die Arbeitsaufgaben ändern oder der Arbeitnehmer in eine andere organisatorische Einheit eingegliedert wird<sup>734</sup>. Dennoch wird neben dem Ortswechsel gerade bei der Auslandsdienstreise regelmäßig ein Aufgaben- oder Organisationswechsel mit einhergehen. Der Arbeitnehmer wird im Ausland in einer anderen Betriebsorganisation tätig, muss zahlreiche Tätigkeiten selbstständig und gegebenenfalls ohne Rücksprache durchführen und muss oft ohne zureichende Verständigungsmöglichkeiten mit fremden Dritten zusammenarbeiten. Dadurch entsteht bereits ein erheblich abweichendes Tätigkeitsbild des Arbeitnehmers, so dass bei der Auslandsdienstreise letztlich alle Auffassungen zur Annahme eines Arbeitsbereichswechsels kommen dürften. Schließlich stellt die Auslandsdienstreise auch keinen sog. Bagatellfall des BAG dar, da maßgeblicher Bezugspunkt zur Bestimmung die politischen Gemeindegrenzen des Betriebs dar-

---

<sup>730</sup> BetrVG vom 11.10.1952, BGBl. 1952 I S. 681.

<sup>731</sup> S. zur dargelegten Begründung BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 08.08.1989 – 1 ABR 63/88, AP Nr. 18 zu § 95 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 01.08.1989 – 1 ABR 51/88, AP Nr. 17 zu § 95 BetrVG 1972.

<sup>732</sup> *Fitting/Engels*, Betriebsverfassungsgesetz, § 99 Rn. 143; *Bachner*, in: DKK, § 99 Rn. 106; *Thüsing*, in: Richardi, § 99 Rn. 103; a.A.: *Löwisch/Kaiser*, Betriebsverfassungsgesetz, § 99 Rn. 30; *Raab*, in: GK-BetrVG, § 99 Rn. 66.

<sup>733</sup> BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972; *Bachner*, in: DKK, § 99 Rn. 106.

<sup>734</sup> So ausdrücklich BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972.

stellen und diese jedenfalls überschritten werden<sup>735</sup>. Somit ist in der Anordnung einer Auslandsdienstreise auch immer die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs zu sehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Berufsbild des Arbeitnehmers Auslandsdienstreisen zwingend voraussetzt und sich das Gesamtbild der Tätigkeit daher nicht ändert<sup>736</sup>. In diesen Fällen bedarf der Arbeitnehmer auch nicht des Schutzes durch den Betriebsrat.

### **b) Notwendigkeit einer erheblichen Änderung**

Für die Annahme einer Versetzung i.S.d. § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG wäre aber weiterhin erforderlich, dass die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs entweder die Dauer von einem Monat überschreitet (Var. 1) oder die Zuweisung zwar für eine kürzere Dauer erfolgt, aber mit einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände einhergeht (Var. 2). Zur Bestimmung der Dauer der Auslandsdienstreise wird hierbei alleine auf die vom Arbeitgeber geplante Dauer der Versetzung abgestellt<sup>737</sup>. Dies bedeutet, dass Auslandsdienstreisen mit einer geplanten Dauer von mehr als einem Monat als Versetzungen anzusehen sind und daher dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG unterliegen. Für die weniger als einen Monat dauernden Auslandsdienstreisen müsste stattdessen das Erfordernis einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände gegeben sein. Kriterien zur Bestimmung der Arbeitsumstände sind neben der Arbeitsleistung selbst auch die äußeren Bedingungen der Arbeit, wie Ort, Art und Weise, Gestaltung des Arbeitsplatzes, Lage der Arbeitszeit, Umwelteinflüsse und Beanspruchung<sup>738</sup>. Der bloße Wechsel des Arbeitsortes könne daher noch nicht zur Annahme einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände führen. Hinzukommen müssten etwa längere Fahrzeiten, schwierige Verkehrsanbindungen, veränderte Arbeitszeiten oder stärkere physische und psychische Belastungen<sup>739</sup>. Ob diese Änderungen erheblich sind, sei aus Sicht eines neutralen Beobachters anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen<sup>740</sup>. Eine generalisierende Betrachtungsweise entspräche nicht der Regelung des § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG<sup>741</sup>. Für den Fall von Auslandsdienstreisen hatte das BAG zwar zunächst angedeutet, dass solche Einsätze im Ausland generell mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden sein

<sup>735</sup> S. hierzu BAG, Beschluss v. 27.06.2006 – 1 ABR 35/05, AP Nr. 47 zu § 95 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 17.06.2008 – 1 ABR 38/07, AP Nr. 47 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>736</sup> Raab, in: GK-BetrVG, § 99 Rn. 78.

<sup>737</sup> Gaul, BB 1990, 697, 697; zur Berechnung der Frist s. Bachner, in: DKK, § 99 Rn. 122.

<sup>738</sup> BAG, Beschluss v. 18.10.1988 – 1 ABR 26/87, AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972; BAG, Beschluss v. 08.08.1989 – 1 ABR 63/88, AP Nr. 18 zu § 95 BetrVG 1972; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, § 99 Rn. 38 mit weiteren Beispielen aus der Rspr.

<sup>739</sup> BAG, Beschluss v. 21.09.1999 – 1 ABR 40/98, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>740</sup> BAG, Beschluss v. 23.07.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; BAG, Beschluss v. 21.09.1999 – 1 ABR 40/98, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>741</sup> BAG, Beschluss v. 21.09.1999 – 1 ABR 40/98, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972.

könnten, unter denen die Arbeit zu leisten ist<sup>742</sup>. In späteren Entscheidungen machte es dann aber zutreffend deutlich, dass alleine aus dem Erfordernis einer Übernachtung am auswärtigen Einsatzort keine erhebliche Änderung einhergeht<sup>743</sup>. Auch bei der Auslandsdienstreise müssen die Umstände des Einzelfalls Berücksichtigung finden. So liegt die Annahme einer erheblichen Änderung grds. sehr nahe, allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen die Belastungen durch den Ortswechsel nicht ausreichend sind<sup>744</sup>, etwa wenn die kurzzeitige Dienstreise ins benachbarte Ausland mit einem vergleichbaren Standard führt<sup>745</sup> oder die Dienstreise nur wenige Stunden oder Tage dauert.

### c) Zwischenergebnis

Die Anordnung von Auslandsdienstreisen führt generell zu einer Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs. Auslandsdienstreisen mit einer geplanten Dauer von mehr als einem Monat sind daher nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig, wenn sie nicht typischerweise zum Berufsbild des Arbeitnehmers gehören. Für Auslandsdienstreisen mit einer Dauer von weniger als einem Monat ist zusätzlich eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände erforderlich. Ob eine solche Änderung vorliegt, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Die Annahme einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände bei einer Auslandsdienstreise liegt aber nahe und dürfte den Regelfall darstellen<sup>746</sup>.

## 5. Beteiligungsrechte bei Dienstreiseordnungen

Für Dienstreiseordnungen gelten die soeben dargestellten Grundsätze gleichermaßen. Ob bestehende Dienstreiseordnungen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen oder ob dieser ein Initiativrecht zur Schaffung einer solchen besitzt, hängt maßgeblich davon ab, was in der Dienstreiseordnung Regelungsgegenstand sein soll. Enthält die Dienstreiseordnung demnach Regelungen über die Lage der Dienstreise in der Arbeitszeit, die Art und Weise der Ausführung oder zu zahlende Auslandszulagen, kommt eine Mitbestimmung des Betriebsrats in Betracht<sup>747</sup>.

---

<sup>742</sup> S. BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>743</sup> BAG, Beschluss v. 21.09.1999 – 1 ABR 40/98, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>744</sup> So auch wohl *Fitting/Engels*, Betriebsverfassungsgesetz, § 99 Rn. 147.

<sup>745</sup> BAG, Beschluss v. 21.09.1999 – 1 ABR 40/98, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>746</sup> A.A.: *Kölpfen*, Die Ausstrahlung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 bei der Entsendung von Arbeitnehmern deutscher Unternehmen ins Ausland, S. 145 ff.

<sup>747</sup> S. zu den Einzelfällen BAG, Beschluss v. 08.12.1981 – 1 ABR 91/79, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972, zustimmend *Hanau*, SAE 1983, 74; BAG, Beschluss v. 30.01.1990 – 1 ABR 2/89, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG, Beschluss v. 27.10.1998 – 1 ABR 3/98, AP Nr. 99 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; *Bergmann*, ZBVR online 2008, 17; *Hunold*, in: AR-Blattei-SD, 590 Rn. 123 ff. und 206 ff.

## II. Mitbestimmungsrechte während der Auslandsdienstreise

Auch während der Auslandsdienstreise kommen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Betracht. Diese sind etwa bei Entscheidungen des Arbeitgebers zur Lohngestaltung oder zur betrieblichen Altersvorsorge denkbar, wenn sich der Arbeitnehmer mehrere Monate im Ausland befindet<sup>748</sup>. Besonders bei der Beendigung des inländischen Arbeitsverhältnisses ist der Betriebsrat nach § 102 BetrVG zu beteiligen, insofern der Mitarbeiter dem inländischen Betrieb weiterhin zuzuordnen ist und dadurch das BetrVG auf das Arbeitsverhältnis ausstrahlt<sup>749</sup>. Dieses Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG besteht auch dann, wenn das KSchG auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung findet. Die Anhörungspflicht des Arbeitgebers bezweckt einen präventiven Kündigungsschutz und umfasst daher etwa auch Kündigungen vor Vertragsantritt und besteht daher unabhängig von der Anwendbarkeit des KSchG<sup>750</sup>. Zweck des Anhörungsverfahrens ist es gerade bereits im Vorfeld der Kündigung auf den Willensbildungsprozess des Arbeitgebers einzuwirken, um so gegebenenfalls eine Kündigung zu verhindern<sup>751</sup>.

## III. Mitbestimmungsrechte bei der Rückkehr der Arbeitnehmer

Weitere Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats kommen zum Zeitpunkt der Rückkehr des Arbeitnehmers von der Auslandsdienstreise in Betracht. Es könnte sich hierbei für den aufnehmenden Betrieb um eine Einstellung i.S.d. § 99 Abs. 1 BetrVG handeln. Dieser Begriff wird anders als die Versetzung im BetrVG nicht legaldefiniert, es handelt sich aber nach überwiegender Ansicht um die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb, um dort zusammen mit den im Betrieb bereits beschäftigten Arbeitnehmern durch eine weisungsgebundene Tätigkeit den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs weiter zu verfolgen<sup>752</sup>. Auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages soll es gerade nicht ankommen<sup>753</sup>. Im Falle der Auslandsdienstreise gilt es jedoch zwei unterschiedliche Konstellationen zu unterscheiden. Kehrt der Arbeitnehmer nach Beendigung der Dienstreise in den ursprünglichen Betrieb wieder zurück,

---

<sup>748</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 161.

<sup>749</sup> *Mastmann/Stark*, BB 2005, 1849, 1853.

<sup>750</sup> BAG, Urteil v. 13.07.1978 – 2 AZR 798/77, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, Urteil v. 22.09.2005 – 6 AZR 607/04, AP Nr. 20 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; *Raab*, in: GK-BetrVG, § 102 Rn. 3, 20; *Thüsing*, in: Richardi, § 102 Rn. 14; *Bachner*, in: DKK, § 102 Rn. 3, 6.

<sup>751</sup> *Raab*, in: GK-BetrVG, § 102 Rn. 3.

<sup>752</sup> Ständige Rspr. des BAG, vgl. etwa BAG, Beschluss v. 27.07.1993 – 1 ABR 7/93, AP Nr. 3 zu § 93 BetrVG 1972; zustimmend etwa *Kania*, in: ErfK, § 99 BetrVG Rn. 4; *Löwisch/Kaiser*, Betriebsverfassungsgesetz, § 99 Rn. 6.

<sup>753</sup> A.A.: *Raab*, in: GK-BetrVG, § 99 Rn. 23; *Fitting/Engels*, Betriebsverfassungsgesetz, § 99 Rn. 32.

so handelt es sich nicht um eine neue Eingliederung. Der Arbeitnehmer war auch während der Auslandsdienstreife fortlaufend dem inländischen Betrieb zugeordnet – was auch zur Anwendbarkeit des BetrVG führte – so dass seine Rückkehr keine zustimmungspflichtige Einstellung mehr darstellt<sup>754</sup>. Dieses Ergebnis wird auch durch den Schutzzweck des § 99 BetrVG gestützt, welcher die Interessen der Stammebelegschaft schützen will. Wurde der Betriebsrat bereits bei der Anordnung der Dienstreife nach § 99 BetrVG beteiligt (s. unter 2. Teil, G.I.4.), so bedarf es bei der Rückkehr des Arbeitnehmers nicht mehr einer nochmaligen Beteiligung des Betriebsrats, da es sich insoweit um eine einheitliche Entscheidung handelt<sup>755</sup>. Der Betriebsrat hätte es auch sonst in der Hand der Dienstreife des Arbeitnehmers zuzustimmen, die Zustimmung bei der Rückkehr aber zu verweigern<sup>756</sup>. Dies kann ersichtlich nicht gewollt sein. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer nach seiner (längerfristigen) Auslandsdienstreife in einen anderen Betrieb eingegliedert werden soll. In diesem Fall handelt es sich nicht mehr um die fortbestehende Eingliederung zum ursprünglichen Betrieb, sondern um eine erstmalige Eingliederung in einen neuen Betrieb. Daher hat der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs auch ein Interesse über die Einstellung des Arbeitnehmers mitzubestimmen, da dieser Betriebsrat bislang nicht beteiligt wurde und konkrete Auswirkungen auf die Stammebelegschaft möglich sind<sup>757</sup>.

#### IV. Zwischenergebnis

Wie soeben dargelegt, hat der Betriebsrat umfangreiche Beteiligungsrechte bei der Anordnung und Durchführung einer Auslandsdienstreife. So können bereits bei der Anordnung der Dienstreife Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG und § 99 Abs. 1 BetrVG bestehen. Aber auch während der Auslandsdienstreife und bei der Rückkehr steht der Arbeitnehmer nicht schutzlos<sup>758</sup>. Nimmt man mit dem BAG an, dass Dienstreifezeiten keine Arbeitszeiten sind und lehnt daher auch eine Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten ab, so ist der Arbeitnehmer dennoch über die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen zumindest mitbestimmungsrechtlich geschützt. Nichtsdestotrotz wird auch

---

<sup>754</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 162.

<sup>755</sup> BAG, Beschluss v. 14.11.1989 – 1 ABR 87/88, AP Nr. 76 zu § 99 BetrVG 1972; *Mastmann/Stark*, BB 2005, 1849, 1853; *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 162.

<sup>756</sup> BAG, Beschluss v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>757</sup> *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, S. 163.

<sup>758</sup> A.A.: *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1191.

i.R.d. Mitbestimmung bei Auslandsdienstreisen deutlich, dass das BetrVG dringend einer Anpassung an die modernen Arbeitsformen bedürfte<sup>759</sup>.

## H. Die Beendigung der Auslandsdienstreise

Nachdem nun die arbeitsrechtlichen Probleme bei der Auslandsdienstreise dargestellt wurden, sollen abschließend die Möglichkeiten einer vorzeitigen Beendigung der Auslandsdienstreise dargestellt werden. Der Auslandseinsatz kann durch den Arbeitgeber grds. auf zwei Wegen vorzeitig beendet werden. Dies sind zum einen der Rückruf, der bei einer Auslandsdienstreise von einer Dauer bis zu drei Monaten nicht ausgeschlossen ist, und zum anderen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

### I. Rückrufrecht

Das Rückrufrecht ist als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung Spiegelbild der Dienstreiseanordnung und somit ebenfalls Teil des Direktionsrechts und ein Leistungsbestimmungsrecht<sup>760</sup>. Somit unterliegt es den gleichen, bereits unter B. dargestellten, Grenzen wie die Anordnung einer Dienstreise, folglich auch der allgemeinen Grenze der Billigkeit<sup>761</sup>. Eine Fallgestaltung, in denen der Rückruf dem billigen Ermessen widerspräche, ist eher schwer vorstellbar, allerdings auch keinesfalls vollständig ausgeschlossen. Man denke nur an einen Arbeitnehmer, der im Ausland im Rahmen einer Dienstreise eine wichtige Fortbildung absolviert, die ihm persönlich einen geldwerten Vorteil bringt und beruflich weiterentwickelt. In diesem Fall könnten bereits gewichtige Belange des Arbeitnehmers gegen einen Rückruf sprechen. Eine mögliche Rückrufklausel im Arbeitsvertrag bzw. dem Zusatzvertrag für die Dienstreise unterliegt der AGB-Kontrolle, so dass die Vereinbarung eines generellen voraussetzungslosen Rückrufrechts gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen würde<sup>762</sup>. Folglich sollte in einer entsprechenden Klausel sowohl Ausübungsfristen, also Fristen innerhalb derer ein Recht ausgeübt werden kann, als auch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vereinbart werden<sup>763</sup>.

---

<sup>759</sup> Dies erkennt auch *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1191.

<sup>760</sup> *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 81; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 25.

<sup>761</sup> *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 81.

<sup>762</sup> So auch *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 25, der allerdings einen Verstoß gegen § 138 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG annimmt.

<sup>763</sup> *Mastmann/Stark*, BB 2005, 1849, 1852.



## II. Kündigung

Nicht zu verwechseln ist der Rückruf mit einer Kündigung, bei der ein bestehendes Arbeitsverhältnis beendet wird, während beim Rückruf nur einseitig die Leistungsverpflichtung konkretisiert wird<sup>764</sup>. Wie bereits dargestellt, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nach § 102 BetrVG anhören, da die Beteiligungspflichten nach dem BetrVG unabhängig von der Anwendbarkeit des KSchG sind (s. unter 2. Teil, G.II.). Dies sagt aber noch nichts darüber aus, ob das deutsche Kündigungsrecht auf das Arbeitsverhältnis überhaupt Anwendung findet und ob die Voraussetzungen des KSchG vorliegen<sup>765</sup>. Die Anwendbarkeit des KSchG bestimmt sich allein nach dem Kollisionsrecht und damit nach der Rechtswahl oder bei fehlender Rechtswahl nach dem objektiv anzuwendenden Recht (s. unter 2. Teil, E.II.). Die Bestimmungen des KSchG über den allgemeinen Kündigungsschutz in den §§ 1 bis 14 KSchG sind keine Eingriffsnormen und können daher keine zwingende Geltung entfalten (s. unter 2. Teil, E.II.2.b)bb))<sup>766</sup>. Da bei der Auslandsdienstreise, wie bereits gezeigt, i.d.R. das deutsche Recht das objektiv anzuwendende Recht ist, findet grds. auch das KSchG Anwendung auf das Arbeitsverhältnis<sup>767</sup>. Weitere Voraussetzung ist aber auch, dass der räumliche Geltungsbereich des KSchG nach § 23 KSchG eröffnet ist. Diese Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 23 KSchG muss deutlich von der Anwendbarkeit des deutschen Kündigungsrechts unterschieden werden<sup>768</sup>. Die Prüfung des Geltungsbereichs des KSchG setzt nämlich bereits die Anwendbarkeit des KSchG auf das Arbeitsverhältnis voraus<sup>769</sup>. Nach der Rechtsprechung des BAG ist es für die Geltung des ersten und zweiten Abschnitts des KSchG erforderlich, dass die Grenzwerte nach § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG in einem inländischen Betrieb vorliegen<sup>770</sup>. Dies wurde in der früheren Rechtsprechung mit dem Territorialitätsprinzip begründet und auf den örtlich eingeschränkten Zuständigkeitsbereich des rechtsetzenden Organs innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes zurückgeführt<sup>771</sup>. In der neueren Rechtsprechung stellt das BAG hingegen auf den Begriff des Betriebs ab, der mit Hinweis auf den Wortlaut, den systematischen Zusammenhang und die Entstehungsgeschichte nur in

---

<sup>764</sup> Heuser/Heidenreich/Fritz, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 83.

<sup>765</sup> Weitere Probleme kann es unter anderem bei der Zustellung der Kündigung oder der Fristwahrung einer Kündigungsschutzklage geben; s. hierzu etwa Heuser, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, S. 26 ff. oder Däubler, in: Festschrift Birk, 27, 35.

<sup>766</sup> Mastmann/Stark, BB 2005, 1849, 1852.

<sup>767</sup> Däubler, in: Festschrift Birk, 27, 35.

<sup>768</sup> Heuser/Heidenreich/Fritz, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 206.

<sup>769</sup> So deutlich BAG, Urteil v. 08.10.2009 – 2 AZR 654/08, AP Nr. 46 zu § 23 KSchG 1969; zustimmend Moll, in: APS, § 23 BetrVG Rn. 37; Bader, in: KR, § 23 KSchG Rn. 19a.

<sup>770</sup> BAG, Urteil v. 08.10.2009 – 2 AZR 654/08, AP Nr. 46 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>771</sup> S. etwa BAG, Urteil v. 09.10.1997 – 2 AZR 64/97, AP Nr. 16 zu § 23 KSchG 1969.



Deutschland gelegene Betriebe erfasse<sup>772</sup>. Für die Auslandsdienstreise spielt es allerdings nur eine untergeordnete Rolle, ob dieser Inlandsbezug tatsächlich erforderlich ist. In den der Arbeit zugrunde liegenden Konstellationen geht es nur um die Dienstreise ins Ausland aus Deutschland heraus, was in aller Regel auch einen inländischen Betrieb voraussetzt. Entscheidend ist daher vielmehr, dass der einzelne Arbeitnehmer dem deutschen Betrieb weiterhin zuzuordnen ist und daher der persönliche Geltungsbereich eröffnet ist. Daher unterfällt der Arbeitnehmer dann dem Schutz des KSchG, wenn auf sein Arbeitsverhältnis deutsches Recht Anwendung findet, er dem inländischen Betrieb weiter zuzuordnen ist und dieser Betrieb die Grenzwerte des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG erreicht<sup>773</sup>. Der Begriff des Betriebs ist dabei deckungsgleich mit dem durch das Betriebsverfassungsrecht geprägten Begriff<sup>774</sup>. Folglich kann für die Frage der weitergehenden Bindung des Arbeitnehmers an den Betrieb auch auf die bereits zum BetrVG dargestellten Kriterien Bezug genommen werden. Auch hier sind die wesentlichen Kriterien die persönliche und rechtliche Bindung an den Inlandsbetrieb, die in einer Gesamtschau nach den Umständen des Einzelfalls gewürdigt werden müssen (s. nochmals zum Detail unter 2. Teil, E.III.1.). Besonders entscheidend können hierbei unter anderem die Dauer der Entsendung, die fortbestehende Eingliederung in den Betrieb und die arbeitsvertraglichen Beziehungen sein. Insoweit ist bei einer Auslandsdienstreise ebenso wie bei der Geltung des BetrVG grds. auch von einer fortbestehenden Bindung zum Inlandsbetrieb auszugehen, so dass das KSchG auch auf Arbeitnehmer auf Auslandsdienstreisen anwendbar ist<sup>775</sup>. In weiterer Konsequenz sind diese Arbeitnehmer, die nur vorübergehend entsandt wurden, auch bei den Schwellenwerten mitzuzählen<sup>776</sup>.

---

<sup>772</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008 – 2 AZR 902/06, AP Nr. 40 § 23 KSchG 1969, zustimmend etwa *Bader*, in: KR, § 23 KSchG Rn. 19a; a.A.: *Gravenhorst*, FA 2005, 34; *Däubler*, in: Festschrift Birk, 27, 38.

<sup>773</sup> *Eisenbeis*, FA 2011, 357 spricht wie im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts von Ausstrahlung.

<sup>774</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008 – 2 AZR 902/06, AP Nr. 40 § 23 KSchG 1969.

<sup>775</sup> So auch *Eisenbeis*, FA 2011, 357, 358; *Hantel*, NJ 2008, 486, 487; *Däubler*, in: Festschrift Birk, 27, 35.

<sup>776</sup> *Kiel*, in: ErfK, § 23 KSchG Rn. 11; *Pfeiffer*, in: HaKo, § 23 Rn. 4; *Bader*, in: KR, § 23 KSchG Rn. 19b; *Moll*, in: APS, § 23 BetrVG Rn. 37.

### 3. TEIL: INTERNATIONALES SOZIALRECHT

Neben dem Arbeitsrecht kann eine Auslandsdienstreise auch Auswirkungen auf das Sozialrecht haben. So stellt sich auch hier die Frage nach der anwendbaren Rechtsordnung für den sich im Ausland befindlichen Arbeitnehmer. Im Folgenden sollen daher die Grundzüge des internationalen Sozialrechts dargestellt und für die Auslandsdienstreise relevante, sozialrechtliche Aspekte behandelt werden.

Die nationalen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften gelten gemäß § 3 Nr. 1 SGB IV, sofern sie eine Beschäftigung voraussetzen, grds. nur für Personen die im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches beschäftigt sind. Als Beschäftigungsort versteht § 9 Abs. 1 SGB IV den Ort, an dem die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt wird. Dieses bereits i.R.d. Betriebsverfassungsrechts dargestellte Territorialitätsprinzip<sup>777</sup> würde dazu führen, dass Arbeitnehmer auf einer Auslandsdienstreise nicht mehr dem deutschen Sozialversicherungsrecht unterfallen und in die entsprechende ausländische Sozialversicherung eintreten würden. Dadurch ginge die Auslandsdienstreise sozialversicherungsrechtlich zu Lasten des Arbeitnehmers, der Beeinträchtigungen und Verluste erleiden könnte<sup>778</sup>. Diese drohenden Unbilligkeiten erscheinen aufgrund der fortbestehenden Bindung zum Inland, das weiterhin den Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses bildet, und der vorhersehbaren Rückkehr des Arbeitnehmers unbillig<sup>779</sup>, so dass der Gesetzgeber die grundsätzliche Weitergeltung des deutschen Sozialversicherungsrechts auch für vorübergehend im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer seit dem Jahr 1977 gesetzlich normiert hat (sog. Ausstrahlung)<sup>780</sup>. § 4 Abs. 1 SGB IV sieht hierzu vor, dass „soweit die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung eine Beschäftigung voraussetzen, ...[diese auch für Personen gelten], die im Rahmen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzbuchs bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in ein Gebiet außerhalb dieses Geltungsbereichs entsandt werden, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist.“. Voraussetzungen einer Ausstrahlung sind folglich (1.) eine Entsendung des Arbeitnehmers ins Ausland (2.) im Rahmen eines inländischen Beschäftigungsverhältnisses (3.) unter zeitlicher Begrenzung<sup>781</sup>. In diesem Fall bleibt gemäß § 9 Abs. 6 SGB IV der bisherige deutsche Beschäfti-

---

<sup>777</sup> Kritisch zum Begriff *Louven/Louven*, NZA 1991, 497.

<sup>778</sup> *Louven/Louven*, NZA 1992, 9, 9.

<sup>779</sup> *Louven/Louven*, NZA 1992, 9, 11.

<sup>780</sup> Zuvor handelte es sich bei der Ausstrahlungstheorie seit 1892 um die ständige Rspr. des Reichsversicherungsamtes und des BSG; hierzu und zum Begriff *Louven/Louven*, NZA 1992, 9, 9.

<sup>781</sup> S. zu den Voraussetzungen im Einzelnen auch *Behrend*, ZESAR 2012, 55.

gungsort fortbestehen, so dass es sich bei der Ausstrahlung letztlich um eine Durchbrechung des Beschäftigungsortprinzips handelt<sup>782</sup>. Voraussetzung für eine Ausstrahlung ist demnach zunächst eine Auslandsentsendung. Diese ist immer dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer auf Weisung seines Arbeitgebers eine Tätigkeit im Ausland aufnimmt, folglich also eine Ortsveränderung von Deutschland heraus ins Ausland stattfindet<sup>783</sup>. Abzulehnen ist daher eine Entsendung bereits dann, wenn keine derartige Bewegung des Arbeitnehmers aus Deutschland heraus stattfindet, der Arbeitnehmer vor der Entsendung also weder in Deutschland beschäftigt war noch seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt innerhalb der BRD hatte<sup>784</sup>. Wie bereits oben unter 2. Teil, A.I.2.d)aa)(2)(a) dargestellt, liegt solch eine örtliche Bewegung bei der Auslandsdienstreife allerdings stets vor. Ohnehin verzichtete die Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits auf das Tatbestandsmerkmal der Entsendung, wenn derart enge Verknüpfungen mit dem Inland bestanden, dass aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus und zur Vermeidung unbilliger Härten eine Ausstrahlung angenommen werden sollte<sup>785</sup>. Abzustellen ist daher vorwiegend auf den Zweck der Ausstrahlungsregelung und dem engen Bezug zur deutschen Sozialversicherung<sup>786</sup>. Zentrales Kriterium ist daher das fortbestehende inländische Beschäftigungsverhältnis des Arbeitnehmers. Zur Annahme einer Ausstrahlung muss dieses Beschäftigungsverhältnis zu Beginn der Dienstreife bestanden haben, während dieser weiter fortbestehen und auch nach Ende der Dienstreife fortgesetzt werden<sup>787</sup>. Das inländische Arbeitsverhältnis darf daher weder in irgendeiner Weise beendet noch ruhend sein. Wesentliche Kriterien zur Annahme einer Ausstrahlung sind die fortbestehende Eingliederung des Arbeitnehmers in den inländischen Betrieb, die andauernde Weisungsgebundenheit und die Anspruchsentstehung auf Arbeitsentgelt gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber<sup>788</sup>. Diese Voraussetzungen sind bei der Auslandsdienstreife regelmäßig erfüllt. Nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen (s. hierzu näher unter 4. Teil) muss das inländische Arbeitsverhältnis zum Ruhen gebracht werden, so dass eine Ausstrahlung nicht in Betracht kommt. Die Ausstrahlung nach § 4 Abs. 1 SGB IV setzt weiterhin voraus, dass die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist. Dieses Tatbe-

---

<sup>782</sup> *Louven/Louven*, NZA 1992, 9, 11.

<sup>783</sup> *BSG*, Urteil v. 27.05.1986 – 2 RU 12/85, SozR 2100 § 4 Nr. 3; *Giesen*, NZS 1996, 309, 310; *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, § 62 S. 1099.

<sup>784</sup> *BSG*, Urteil v. 27.05.1986 – 2 RU 12/85, SozR 2100 § 4 Nr. 3.

<sup>785</sup> So etwa *BSG*, Urteil v. 21.09.1983 – 10 RA r 6/82, SozR 4100 § 141b Nr. 28; s. hierzu auch *Louven/Louven*, NZA 1992, 9, 12.

<sup>786</sup> *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, § 62 S. 1099.

<sup>787</sup> *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, § 62 S. 1100.

<sup>788</sup> *BSG*, Urteil v. 07.11.1996 – 12 RK 79/94, AP Nr. 4 zu Internationalem Sozialversicherungsrecht; *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiter-Einsatz, Rn. 334 ff.; *Behrend*, ZESAR 2012, 55, 57 f.

standsmerkmal stellt sicher, dass weiterhin eine Verknüpfung des Arbeitnehmers zum inländischen Beschäftigungsverhältnis besteht, da sich bei einem zeitlich unbegrenzten Auslandseinsatz der Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses ins Ausland verlagern würde<sup>789</sup>. Allerdings ist weder gesetzlich noch durch die neuere Rechtsprechung eine zeitliche Höchstgrenze gesetzt worden<sup>790</sup>. Es ist zunächst ausreichend, dass die Entsendung überhaupt zeitlich begrenzt ist<sup>791</sup>. Da die Auslandsdienstreise nach dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis aber ohnehin nur einen Zeitraum von maximal drei Monaten erfasst, ist eine zeitliche Begrenzung generell gegeben. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass bei einer Auslandsdienstreise – abgesehen von Ausnahmefällen – grds. die Voraussetzungen für eine Ausstrahlung vorliegen und das deutsche Sozialversicherungsrecht weiterhin Anwendung findet<sup>792</sup>.

Probleme können bei der Auslandsdienstreise aber da auftauchen, wo das deutsche Sozialversicherungsrecht ins Ausland ausstrahlt, das ausländische Sozialversicherungsrecht aber keine der Einstrahlung nach § 5 SGB IV entsprechende Regelung kennt<sup>793</sup>. Es kann in diesen Fällen zu einer sog. Doppelversicherungspflicht kommen, bei der der Arbeitnehmer sowohl in der deutschen, als auch in der ausländischen Sozialversicherung versicherungspflichtig ist. Für Auslandsdienstreisen innerhalb der EU, des EWR<sup>794</sup> und der Schweiz<sup>795</sup> regelt die VO (EG) Nr. 883/2004<sup>796</sup> und die dazugehörige DurchführungsVO (EG) Nr. 987/2009<sup>797</sup> die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit<sup>798</sup>. Diese Regelungen des europäischen Unionsrechts genießen Anwendungsvorrang gegenüber dem innerstaatlichen Recht<sup>799</sup>. Ziel

---

<sup>789</sup> *Louven/Louven*, NZA 1992, 9, 13.

<sup>790</sup> *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, § 62 S. 1101; *Giesen*, NZS 1996, 309, 310 f.; *Wellisch/Näth/Thiele*, IStR 2003, 746, 748; anders ist dies i.R.d. Entsenderechts, s. hierzu unter (b).

<sup>791</sup> *Wietek*, in: Winkler, SGB IV, § 4 Rn. 16; *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, § 62 S. 1102.

<sup>792</sup> Allerdings gilt es dann gewisse Besonderheiten zu beachten, wie etwa in der gesetzlichen Krankenversicherung der Ausschluss des Sachleistungsprinzips, §§ 13 ff. SGB V.

<sup>793</sup> *Wellisch/Näth/Thiele*, IStR 2003, 746, 748.

<sup>794</sup> Durch Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 76/2011 vom 01.07.2011 gelten für grenzüberschreitende Sachverhalte mit Island, Liechtenstein und Norwegen seit 01.06.2012 für EU- und EWR-Staatsangehörige die Regelungen der EG-Verordnungen 883/2004 und 987/2009.

<sup>795</sup> Für die Schweiz gelten aufgrund des Beschlusses Nr. 01/2012 des Gemischten Ausschusses vom 31.03.2012 seit 01.04.2012 die Regelungen der EG-Verordnungen 883/2004 und 987/2009.

<sup>796</sup> VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABIEG 2004 Nr. L 166, S. 1-123.

<sup>797</sup> VO (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABIEG 2009 Nr. L 284, S. 1-42.

<sup>798</sup> Diese Verordnungen haben die VO (EWG) Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 und die dazugehörige DurchführungsVO (EWG) Nr. 574/72 vom 21. März 1972 abgelöst.

<sup>799</sup> *EuGH*, Urteil v. 15.07.1964 – C-6/64 "Costa/E.N.E.L", Slg. 1964, 1253.

der Verordnung ist es einerseits eine Versicherungslücke zu vermeiden, andererseits aber auch eine Doppelversicherung zu verhindern<sup>800</sup>. So normiert Art. 13 Abs. 1 lit. a) VO (EG) Nr. 883/2004 das bereits im nationalen Kontext dargestellte Beschäftigungsortprinzip auch für das europäische Sozialrecht. Demnach unterliegt eine Person grds. den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem sie den wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Für Entsendungen und somit auch für die Auslandsdienstreise in einen Mitgliedstaat sieht Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 sodann eine Sonderregelung zur Vermeidung einer Doppelversicherung vor<sup>801</sup>. Demnach unterliegt eine Person, die von ihrem Arbeitgeber in einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit auf dessen Rechnung auszuführen, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, wenn die Entsendung die voraussichtliche Dauer von 24 Monaten nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst<sup>802</sup>. Somit unterliegt ein in Deutschland beschäftigter Arbeitnehmer, der auf Auslandsdienstreise in die Mitgliedstaaten der EU, des EWR und in die Schweiz geschickt wird, weiterhin der deutschen Sozialversicherung. Allerdings gilt dies nur für die Zweige, die in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 abschließend aufgeführt werden. Der sachliche Geltungsbereich der Verordnung bezieht sich demnach auf zehn Bereiche der sozialen Sicherheit, wobei diese die wesentlichen Teilbereiche der Sozialversicherung abdecken<sup>803</sup>. Dadurch wird eine mögliche Doppelversicherung des Arbeitnehmers auf Dienstreise innerhalb der EU, des EWR und der Schweiz weitestgehend ausgeschlossen. Besonderheiten innerhalb der einzelnen Bereiche der Sozialversicherung finden sich in den Art. 17 ff. VO (EG) Nr. 883/2004, wie etwa die Frage nach den Sachleistungen bei Krankheit im Ausland (Art. 19 VO (EG) Nr. 883/2004) oder der Haftungsbeschränkung bei Arbeitsunfällen im Ausland (Art. 85 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/2004).

Weiterhin hat Deutschland mit vielen anderen Staaten bilaterale Abkommen, sog. Sozialversicherungsabkommen, geschlossen, um eine Doppelversicherung zu vermeiden<sup>804</sup>. Als zwischenstaatliches Recht verdrängen auch diese Sozialversicherungsabkommen gemäß § 6 SGB IV die nationalen Vorschriften. Allerdings gibt es auch Sozialversicherungsabkommen, die nicht das gesamte Sozialversicherungsrecht, sondern lediglich Teilbereiche abde-

---

<sup>800</sup> Jousen, NZS 2003, 19, 20.

<sup>801</sup> Buschermöhle, DStR 2010, 1845, 1845.

<sup>802</sup> Zu den einzelnen Voraussetzungen vertiefend Buschermöhle, DStR 2010, 1845.

<sup>803</sup> So auch Buschermöhle, DStR 2010, 1845, 1845.

<sup>804</sup> Bilaterale Abkommen bestehen derzeit mit Australien, Bosnien und Herzegowina, Brasilien, Chile, China, Indien, Israel, Japan, Kanada, Korea (Republik Korea), Kosovo, Marokko, Mazedonien, Montenegro, Serbien, Türkei, Tunesien und USA (Stand: Juli 2013). Eine aktuelle Übersicht findet sich auf der Homepage des BMAS.

cken. So beziehen sich beispielhaft die Abkommen mit Chile vom 05.03.1993<sup>805</sup>, Japan vom 20.04.1998<sup>806</sup> und Kanada vom 14.11.1985<sup>807</sup> nur auf die Rentenversicherung. In diesen Fällen beurteilt sich die Sozialversicherungspflicht in den Teilbereichen, die nicht vom Sozialversicherungsabkommen erfasst werden, nach den jeweiligen nationalen Regelungen, so dass dies in Teilbereichen durchaus wieder zu einer Doppelversicherungspflicht führen kann<sup>808</sup>.

Besonderheiten gilt es i.R.d. Haftungsbeschränkung bei Arbeitsunfällen im Ausland zu beachten. Während dem Arbeitnehmer bei Körperschäden unter Arbeitskollegen im Rahmen eines Arbeitsunfalls im Inland der Haftungsausschluss nach § 105 SGB VII zugutekommt, ist dies bei Unfällen im Ausland i.d.R. nicht der Fall, da es insoweit bereits am selben Betrieb i.S.d. § 105 Abs. 1 S. 1 SGB VII fehlt. Schädigt der deutsche Arbeitnehmer auf Dienstreise im Ausland einen ausländischen Beschäftigten im ausländischen Unternehmen, so gilt für den Schädiger das Deliktsrecht des Begehungsortes. Dem Schädiger könnte insoweit lediglich ein arbeitsrechtlicher Freistellungsanspruch gegen den inländischen Arbeitgeber zustehen<sup>809</sup>. Aber auch bei Anwendung der VO (EG) Nr. 883/2004 kommt die Haftungsbeschränkung meist nicht zum Tragen. Gemäß Art. 85 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/2004 richtet sich die Frage nach der Haftungsbeschränkung nach den sozialrechtlichen Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, das auf den Geschädigten anzuwenden ist. Dies ist aber gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. a) VO (EG) Nr. 883/2004 der Beschäftigungsort des Geschädigten, also das Sozialrecht eines anderen Staates<sup>810</sup>.

---

<sup>805</sup> BGBl. 1993 II S. 1225.

<sup>806</sup> BGBl. 1999 II S. 874.

<sup>807</sup> BGBl. 1988 II S. 26.

<sup>808</sup> Beispiele findet man bei *Wellisch/Näth/Thiele*, IStR 2003, 746.

<sup>809</sup> Mangels Rspr. zu dieser Thematik ist dies allerdings nicht rechtssicher zu beantworten; vgl. auch *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 146.

<sup>810</sup> Zudem wäre zweifelhaft, ob beide Arbeitnehmer Versicherte „desselben Betriebes“ wären; s. zu dieser Voraussetzung *Krasney*, NZS 2004, 7, 13 f.

## 4. TEIL: REGELUNGSMÖGLICHKEITEN

### A. Erforderlichkeit einer vertraglichen Regelung

Die vorhergehenden Darstellungen haben gezeigt, dass die Durchführung einer Auslandsdienstreise durchaus mit weitreichenden Problemen beladen sein kann. So können viele Unsicherheiten, etwa bei der Bestimmung des Arbeitsvertragsstatuts oder der Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsrechts auftauchen. Ganz besonders problematisch und konfliktbeladen können aber die aufgeworfenen Fragen zur Dienstreisezeit im Zusammenhang mit der Charakterisierung als Arbeitszeit und deren Vergütung sein. Beide Vertragsparteien könnten von der bisherigen Rechtsprechung des BAG durchaus überrascht sein und hätten bei Kenntnis der Rechtslage vielleicht doch eine andere Regelung getroffen. Aber nicht nur deshalb empfiehlt es sich generell bei Auslandsdienstreisen eine vertragliche Regelung zu treffen<sup>811</sup>. Auch das NachwG fordert bei Auslandseinsätzen über einem Monat zwingende schriftliche Angaben, die über diejenigen in einem Standardarbeitsvertrag deutlich hinausgehen. So normiert das NachwG in § 2 Abs. 2 NachwG die Angabe der Dauer der im Ausland auszuübenden Tätigkeit, die Währung, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird, zusätzlicher an die Auslandstätigkeit gekoppelter Geld- und Sachleistungen und vereinbarter Bedingungen für die Rückkehr des Arbeitnehmers. All diese Angaben hat der Arbeitgeber bereits vor Abreise des Arbeitnehmers schriftlich niederzulegen und notfalls bei Fehlen einer entsprechenden Regelung hierüber eine Negativbescheinigung auszustellen. Daneben empfehlen sich aber auch weitere grundlegende Regelungen, wie eine Rechtswahl, Gerichtsstandsvereinbarung, Regelungen zum Weisungsrecht und zur Behandlung von Dienstreisezeiten, die unabhängig von der jeweiligen Günstigkeit sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer zur rechtlichen Klarheit beitragen. Daneben kann es sinnvoll sein, eine Versetzungsklausel in den Vertrag aufzunehmen. Hintergrund ist, dass eine Rechtswahl oder die Bestimmungen der Rom I-VO dazu führen können, dass § 106 GewO keine Anwendung auf das Arbeitsverhältnis findet. In diesem Fall wäre die Anordnung einer Auslandsdienstreise unter Umständen bereits aus diesem Grund unzulässig und könnte daher negative Folgen für den Arbeitgeber haben. Wird jedoch eine Versetzungsklausel in den Vertrag aufgenommen, so hat das mit dem Fall

---

<sup>811</sup> Anders wohl *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, S. 31 f. und *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 12.

betraute Gericht aufgrund der ausdrücklichen Einigung diese dem § 106 GewO wortlautgleiche Klausel dennoch zu berücksichtigen.

## B. Vertragsmodelle

Eine Regelung ist zwar nicht nur auf arbeitsvertraglicher Ebene denkbar, sondern auch auf betriebsverfassungsrechtlicher oder tarifvertraglicher Ebene. Allerdings können entsprechende Regelungen auf der kollektiven Stufe immer nur allgemeine für alle Formen der Dienstreisen geltende Richtlinien normieren. Aufgrund des Erfordernisses der Angabe von individuellen Besonderheiten der Auslandsdienstreise nach dem NachwG und den vom Einzelfall abhängigen zu regelnden Vertragsbestandteilen, bleibt eine zusätzliche Regelung auf arbeitsvertraglicher Ebene letztlich unausweichlich und sollte auch dringend erfolgen. Für die vertragliche Gestaltung solch eines Auslandseinsatzes werden in der Literatur und Praxis verschiedene Vertragsmodelle genutzt. Diese variieren je nach Dauer des Auslandseinsatzes von Einvertragsmodellen, Mehrvertragsmodellen bis hin zu Übertrittsmodellen<sup>812</sup>. Für die Auslandsdienstreise mit einer Dauer von bis zu drei Monaten und den dargestellten zu erwartenden Problemen sollte üblicherweise zum bereits bestehenden Arbeitsvertrag eine ergänzende Vereinbarung aufgenommen werden<sup>813</sup>. Solche Ergänzungsvereinbarungen sollten von vornherein zeitlich befristet werden und sollten auch deutlich als eigenständiger Vertrag neben den bestehenden Arbeitsvertrag treten. Nur dann ist es für die Parteien möglich den zusätzlichen Vertrag eigenständig zu kündigen<sup>814</sup>. Allerdings ist es auch möglich, dass das Aufenthaltsrecht des Tätigkeitsstaates für die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung einen Arbeitsvertrag mit einem vor Ort ansässigen Betrieb erfordert<sup>815</sup>. Hierbei gilt es zu beachten, dass die oftmals genutzte Praxis, im Rahmen eines Visums für Geschäftsaufenthalte eine Erwerbstätigkeit etwa im Rahmen von Montage- und Reparaturarbeiten zu verfolgen, nicht zulässig ist und oft

---

<sup>812</sup> Einen Überblick über die einzelnen Modelle geben etwa *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 91 ff.; *Schwarz*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, S. 12 ff. und *Spieler*, EuZA 2012, 168, 172 ff.

<sup>813</sup> So auch *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, S. 16 f.; *Wolf*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 27.

<sup>814</sup> Zur Gefahr der einheitlichen Behandlung von Arbeitsvertrag und Zusatzvereinbarungen, *Heuser/Heidenreich/Fritz*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Rn. 28 ff.; *Seel*, MDR 2011, 5, 7.

<sup>815</sup> Näher hierzu auch *Rohrbach*, in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Mitarbeiterereinsatz, Rn. 72 ff.; *Junker*, ZIAS 1995, 564, 577; *Seel*, MDR 2011, 5, 7.



mit erheblichen Strafandrohungen verbunden ist<sup>816</sup>. So gelten Geschäftsaufenthalte meist nur für die Teilnahme an Messen, Meetings und Kongressen, während für Montage- und Reparaturarbeiten, Technologietransfer und technische Beratungen ein Arbeitsvisum erforderlich ist, dessen Erteilung fast immer an eine Einladung durch die ausländische Gesellschaft, je nach Reisedauer und Tätigkeit sogar vom Abschluss eines Lokalarbeitsvertrages abhängig gemacht wird. In diesen Fällen sind zwei mögliche Mehrvertragsmodelle denkbar<sup>817</sup>. Zum einen kann der Arbeitnehmer ein Lokalarbeitsverhältnis im Tätigkeitsstaat abschließen, während die Hauptleistungspflichten aus dem inländischen Arbeitsvertrag während dieser Zeit ruhend gestellt werden (sog. Rumpfarbeitsverhältnis). Zum anderen kann der Arbeitnehmer parallel zum bereits bestehenden Arbeitsvertrag aber auch einen zweiten Arbeitsvertrag mit der Einsatzgesellschaft schließen. Solche Doppelarbeitsverhältnisse sind von der Rechtsprechung seit langem anerkannt, erfordern gerade aber bei der zweiten Gestaltungsvariante, dass beide Verträge inhaltlich aufeinander abgestimmt werden<sup>818</sup>.

---

<sup>816</sup> Brasilien hat etwa im Juli 2002 ein neues vereinfachtes Verfahren zur Erteilung von Arbeitsvisa geschaffen, die auf 90 Tage begrenzt sind. Hintergrund war die hohe Zahl von Ausländern, die nach Brasilien als Touristen oder als Geschäftsreisende einreisten, in Wirklichkeit aber Wartungsarbeiten oder Montagen durchführten, was nach geltender Rechtslage strikt verboten ist.

<sup>817</sup> S. zu beiden Möglichkeiten *Wolf*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, S. 28.

<sup>818</sup> Vgl. bereits *BAG*, Urteil v. 19.06.1959 – 1 AZR 565/57, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis.



## 5. TEIL: FAZIT

Die vorhergehende Darstellung hat gezeigt, dass die Auslandsdienstreise mit vielen Problemen behaftet sein kann, von denen das Arbeitsrecht neben dem Sozialrecht und dem Steuerrecht nur eine Facette darstellt und, dass die rechtliche Betrachtung der Auslandsdienstreise in der Literatur zu Unrecht ein Schattendasein geführt hat. Die Schwierigkeiten der rechtlichen Betrachtung des Themengebietes fangen bereits beim Begriff der Dienstreise an. Obwohl es sich um die häufigste Form der Entsendung handelt und ein einheitliches Begriffsverständnis vonnöten wäre, wurde die Dienstreise bislang weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung definiert. In der vorliegenden Arbeit wird daher der Begriff der Dienstreise zunächst umfassend untersucht und in Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen des Auslandseinsatzes eine Definition herausgearbeitet, wonach eine Dienstreise dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen für eine Dauer von bis zu drei Monaten im Arbeitgeberinteresse außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitsstätte und außerhalb seiner Wohnung tätig ist. Bei der weiteren Untersuchung zeigte sich, dass nicht nur die Anordnung der Dienstreise und die umfangreichen Fürsorgepflichten zu Problemen führen können. Gerade bei den untersuchten Auslandsdienstreisen stellte sich immer wieder die Frage nach der Anwendbarkeit und der Reichweite des Geltungsbereichs von deutschem Recht. Diese Fragen konnten im Verlaufe der Arbeit mithilfe des Internationalen Arbeitsrechts beantwortet werden. Zum zentralen Gegenstand der Untersuchung wurde sodann die rechtliche Bewertung von Dienstreisezeiten, also den Reisezeiten während einer Dienstreise, gemacht. Die Rechtsprechung geht bislang davon aus, dass Dienstreisezeiten nur dann als Arbeitszeiten zu qualifizieren seien, wenn der Arbeitnehmer derart stark belastet werde, dass die Beanspruchung mit Vollarbeit zu vergleichen sei. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer Akten bearbeite, Telefonate tätige oder den Termin vor- oder nachbereite. Könne sich der Arbeitnehmer die Zeit im Beförderungsmittel aber frei einteilen, so sei der Zweck des Arbeitszeitrechts, der Gesundheits- und Sicherheitsschutz des Arbeitnehmers, nicht gefährdet. Ebenso erkennt das BAG regelmäßig keine Vergütungspflicht für Dienstreisezeiten an, wenn der Arbeitnehmer unter anderem eine herausgehobene Stellung innehat. In der Literatur wird zur Begründung auch hier überwiegend auf das Kriterium der Beanspruchung abgestellt und mangels körperlicher Strapazen einer Vergütungserwartung abgelehnt. Diese Ansichten sind mit den modernen medizinischen Erkenntnissen und den Erfahrungen aus der Praxis nicht vereinbar. Abgesehen von den Belastungen durch eine Reise mit PKW, Bus, Bahn oder Flugzeug und den damit einhergehenden körperlichen Beanspruchungen, ist der Arbeitnehmer

alleine im Interesse des Arbeitgebers auf dessen Weisung hin in einem Transportmittel unterwegs. Es handelt sich gerade nicht um eine freizeittypische Entspannungsphase und auch eine Erholung ist meist nicht möglich, weshalb Dienstreisezeiten mit Bereitschaftszeiten durchaus vergleichbar sind. Um dem von der RL 2003/88/EG geforderten Gesundheitsschutz zu genügen, muss daher auch die Dienstreisezeit Arbeitszeit i.S.d. Arbeitszeitrechts darstellen. Dass eine solche – nach hiesiger Annahme rechtlich zwingende – Betrachtung in der Praxis zu Problemen führen könnte, sei zugegeben. Gerade bei Langstreckenflügen könnte das Arbeitszeitrecht einer sinnvollen Ausgestaltung der Reiseplanung entgegenstehen. In diesem Fall wäre aber der Gesetzgeber gefordert, Gesundheitsschutz und das Interesse an einer praxistauglichen Reiseplanung zu einem interessengerechten Ausgleich unter Beachtung des Richtlinienzwecks zu bringen. Das österreichische Modell könnte hierbei zumindest ein Vorbild für die Schaffung von Rechtsklarheit sein.

Als Konsequenz aus der Anerkennung von Dienstreisezeiten als Arbeitszeiten muss man aber auch zur Annahme einer grundsätzlichen Vergütungspflicht für Dienstreisezeiten gelangen. Sind Dienstreisezeiten als Arbeitszeiten zu qualifizieren, so ist objektiv auch eine Vergütung für die Erbringung dieser Nebenleistungen aus dem Arbeitsvertrag zu erwarten. Mit der früheren Formulierung des BAG ist schließlich festzustellen, dass „ein Arbeitnehmer darauf Bedacht nehmen muß, seine Freizeit und Arbeitskraft für seinen Lebensunterhalt zu verwerten und sie nicht zu verschenken“<sup>819</sup>. Es bleibt zumindest festzuhalten, dass die von der Rechtsprechung vorgenommene Differenzierung nach der Höhe des bezogenen Entgelts durch den Arbeitnehmer nicht nachvollziehbar ist. Eine solche Sichtweise hätte unweigerlich zur Konsequenz, dass Arbeitnehmerschutzrechte als verkäuflich anzusehen wären.

---

<sup>819</sup> BAG, Urteil v. 28.03.1963 – 5 AZR 209/62, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Wegezeit.



## Literaturverzeichnis

- Adam, Roman F.*, Die Bestimmung des Umfangs der zu vergütenden Arbeitszeit, AuR 2001, S. 481–484.
- Agel-Pahlke, Cornelia*, Der internationale Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes, Eine Untersuchung der für das Betriebsverfassungsgesetz geltenden international-arbeitsrechtlichen Kollisionsnormen, Frankfurt a.M., New York 1988.
- Anzinger, Rudolf/Koberski, Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 3. Aufl. Frankfurt, a.M. 2009.
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*, Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: APS).
- Auffarth, Fritz*, Betriebsverfassung und Auslandsbeziehungen, in: Dieterich, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, München 1983, S. 31–39.
- Baeck, Ulrich/Deutsch, Markus* (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2004.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Opolony, Bernhard*, Arbeitsrechtliche Änderungen in der Gewerbeordnung, BB 2002, S. 1590–1594.
- Bayreuther, Frank*, Arbeitsrechtliches IPR und Arbeitszeit auf Offshore-Windenergieanlagen in der ausschließlichen Wirtschaftszone nach Art. 55 ff. UN-Seerechtsübereinkommen, RIW 2011, S. 446–454.
- Becker, Friedrich/Hillebrecht, Wilfried*, KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungrechtlichen Vorschriften, 10. Aufl., Köln 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: KR).
- Behrend, Nicola*, Soziale Rechte entsandter Arbeitnehmer aus den EU-Mitgliedstaaten, ZESAR 2012, S. 55–62.
- Bergmann, Magnus*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Erlass einer Dienstreiseordnung, ZBVR online 2008, S. 17–19.
- Bergwitz, Christoph*, Die Bedeutung des Nachweisgesetzes für die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitsvertrag, BB 2001, S. 2316–2320.
- Bernstein, Rainer*, Anmerkung zu BAG, Urteil v. 03.09.1997 - 5 AZR 428/96, EzA § 612 BGB Nr. 20, S. 7–14.
- Birk, Rolf*, Anmerkung zu BAG, Urteil v. 09.11.1977 - 5 AZR 132/76, SAE 1978, S. 239–242.
- Birk, Rolf*, Betriebszugehörigkeit bei Auslandstätigkeit, in: Molitor, Karl/Gamillscheg, Franz/Rüthers, Bernd u. a. (Hrsg.), Sozialpartnerschaft in der Bewährung, Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, München 1988, S. 19–40.
- Birk, Rolf*, Das Nachweisgesetz zur Umsetzung der RL 91/533/EWG in das deutsche Recht, NZA 1996, S. 281–290.
- Birk, Rolf*, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Köln 1973.



- Birk, Rolf*, Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht, RdA 1989, S. 201–207.
- Bitter, Anna-Kristin*, Auslegungszusammenhang zwischen der Brüssel I-Verordnung und der künftigen Rom I-Verordnung, IPRax 2008, S. 96–101.
- Boemke, Burkhard*, Vorläufige Verbindlichkeit einer Weisung auch bei Rechtswidrigkeit, jurisPR-ArbR 30/2012, Anm. 1.
- Borgmann, Bernd*, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht, Grundfreiheiten und Spezialgesetzen, Frankfurt a.M., New York 2001.
- Burger, Florian G.*, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012, S. 4–11.
- Buschermöhle, Ulrich*, Grenzüberschreitende Beschäftigung in der EU – Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ab 1.5.2010, DStR 2010, S. 1845–1848.
- Buschmann, Rudolf*, Was ist Arbeitszeit?, in: Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 197–210.
- Buschmann, Rudolf/Ulber, Jürgen* (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, Basiskommentar mit Nebengesetzen und Ladenschluss, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2011.
- Callsen, Raphaël*, Der zunehmende Einfluss des EU-Rechts auf das Arbeitskollisionsrecht – dargestellt am Beispiel der Eingriffsnormen, Eine rechtsvergleichende deutsch-französische Untersuchung, Nanterre 2011.
- Callsen, Raphaël*, Verdrängung fremden Arbeitsrechts bei Auslandsarbeit durch das Ortsrecht am Beispiel Frankreichs – Mit Ausblicken nach Spanien und Italien, EuZA 2012, S. 154–167.
- Coester, Michael*, Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut, ZVgIRWiss 1983, S. 1–30.
- Däubler, Wolfgang*, Auslandsarbeit unter deutschem Recht, in: Konzen, Horst/Krebber, Sebastian/Raab, Thomas u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2008, S. 27–43.
- Däubler, Wolfgang*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, Eine Momentaufnahme, Baden-Baden 1999.
- Däubler, Wolfgang*, Das neue Internationale Arbeitsrecht, RIW 1987, S. 249–256.
- Däubler, Wolfgang*, Die internationale Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte. Neue Regeln durch die Verordnung (EG) Nr. 44/2001, NZA 2003, S. 1297–1302.
- Däubler, Wolfgang*, EG-Arbeitsrecht auf dem Vormarsch, NZA 1992, S. 577–585.
- Däubler, Wolfgang*, Neue Akzente im Arbeitskollisionsrecht, RIW 2000, S. 255–260.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Däubler, TVG).
- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.) Betriebsverfassungsgesetz, mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 13. Aufl., Frankfurt a.M. 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: DKK).
- Davies, Paul*, Posted workers: single market or protection of national labour law systems, Common Market Law Review 1997, S. 571–602.



- Deinert, Olaf*, Internationales Arbeitsrecht, Deutsches und europäisches Arbeitskollisionsrecht, Tübingen 2013.
- Deinert, Olaf*, Neues Internationales Arbeitsvertragsrecht, RdA 2009, S. 144–154.
- Dieterich, Thomas/Neef, Klaus/Schwab, Brent* (Hrsg.), AR-Blattei-SD, Heidelberg (zitiert: *Bearbeiter*, in: AR-Blattei-SD).
- Dobberahn, Peter*, Das neue Arbeitszeitgesetz in der Praxis, Grundregeln und Rechtsquellen des Arbeitszeitrechts, 2. Aufl., München 1996.
- Düwell, Franz Josef* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Düwell, BetrVG).
- Eckartsberg, Christian Heinrich von*, Auslandseinsatz von Stammhaus-Personal (Dienstreise, Abordnung, Delegation, Versetzung, Übertritt), Frankfurt a.M. 1978.
- Edenfeld, Stefan*, Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, S. 938–943.
- Eichenhofer, Eberhard*, Sozialrechtliche Folgen ausländischer Arbeitskämpfe, NZA-Beilage 2006, S. 67–74.
- Eisenbeis, Ernst*, Auslandseinsatz und Kündigungsschutz, FA 2011, S. 357–359.
- Els, Stefan*, Dienstreise und Arbeitszeit, BB 1986, S. 2192–2193.
- Fabricius, Fritz/Kraft, Alfons/Oetker, Hartmut, et al.* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, 9. Aufl., Neuwied 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: GK-BetrVG).
- Feldgen, Dagmar*, Nachweisgesetz, Erläuterte Textausgabe mit Einführung sowie ergänzenden Rechtsvorschriften, München 1995.
- Fiebig, Stefan/Gallner, Inken/Nägele, Stefan* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HaKo).
- Fitting, Karl/Engels, Gerd*, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl., München 2012.
- Födisch, Wilfried*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Freiburg i. Br. 1984.
- Fuchs, Maximilian/Preis, Ulrich*, Sozialversicherungsrecht, Praxis-Lehrbuch, 2. Aufl., Köln 2009.
- Gamillscheg, Franz*, Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA 1983, S. 307–373.
- Gamillscheg, Franz*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), Berlin 1959.
- Gaul, Björn*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte einer Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, BB 1990, S. 697–703.
- Gebauer, Martin*, Drittstaaten- und Gemeinschaftsbezug im europäischen Recht der internationalen Zuständigkeit, ZEuP 2001, S. 943–962.
- Geimer, Reinhold/Geimer, Ewald/Geimer, Gregor*, Internationales Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Köln 2009.
- Gerdom, Thomas*, LAG Rheinland-Pfalz: Abgrenzung der Dienstreise von der Abordnung, öAT 2011, 318739.
- Gerdom, Thomas*, Reisezeiten im Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes, öAT 2011, S. 103–105.



- Gierke, Otto von*, Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Juristenfakultät der Universität Berlin (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 8. April 1914, München und Leipzig 1914, S. 37–68.
- Giesen, Richard*, Die Anwendung der sozialrechtlichen Aus- und Einstrahlungsregeln durch die Sozialversicherungsträger, NZS 1996, S. 309–313.
- Graf Vitzthum, Wolfgang/Proelß, Alexander* (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl., Berlin 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht).
- Gravenhorst, Wulf*, Das BAG und der "räumliche Geltungsbereich" des Kündigungsschutzgesetzes, FA 2005, S. 34–36.
- Günther, Lisa*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, Saarbrücken 2011.
- Hager, Johannes*, Anmerkung zu BAG, Urteil v. 03.09.1997 - 5 AZR 428/96, AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 1.
- Hanau, Peter*, Anmerkung zu BAG, Beschluss v. 08.12.1981, SAE 1983, S. 74–76.
- Hantel, Peter*, Arbeitsrechtliche Probleme beim Auslandseinsatz, NJ 2008, S. 486–490.
- Hasbargen, Ulrike*, Projekt Auslandseinsatz, Grundlegende Aspekte der internationalen Mitarbeiterentsendung, AuA 2012, S. 344–347.
- Heilmann, Frank Sven*, Das Arbeitsvertragsstatut, Konstanz 1991.
- Heins, Claudia/Leder, Tobias*, Die arbeitsrechtliche Behandlung von Wegezeiten bei Dienstreisen, NZA 2007, S. 249–250.
- Henkel, Alexandra*, Was gilt es zu beachten? Erstattung von Reisekosten, AuA 2009, S. 273–275.
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.), Arbeitsrecht-Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HWK).
- Hepple, Bob*, Labour laws and global trade, Oxford 2005.
- Heuser, Achim*, Die Entsendung deutscher Mitarbeiter ins Ausland, Bielefeld 2004.
- Heuser, Achim/Heidenreich, Jürgen/Fritz, Christoph*, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, 4. Aufl., Köln 2011.
- Hoffmann, Bernd von/Thorn, Karsten*, Internationales Privatrecht, einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrecht, 9. Aufl., München 2007.
- Hofmann, Karl-Wilhelm/Rohrbach, Thomas*, Internationaler Arbeitereinsatz, 3. Aufl., Münster 2011 (zitiert: *Bearbeiter* in: Hofmann/Rohrbach, Internationaler Arbeitereinsatz <http://iaaegserv.uni-trier.de:8060/ALEPH/YBLNXYKHRBRFRFREQOZCYRT-00030/find-scan?SEQ=000000605>).
- Hönsch, Ronald*, Die Neuregelung des Internationalen Privatrechts aus arbeitsrechtlicher Sicht, NZA 1988, S. 113–119.
- Hoppe, Jeannine*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland – Kollisionsrechtliche Probleme und internationale Zuständigkeit: eine Untersuchung anhand praktischer Vertragsgestaltungen, Berlin 1999.
- Hromadka, Wolfgang*, Arbeitsrecht – Handbuch für die betriebliche Praxis, 2. Aufl., Stuttgart 1994.

- Hromadka, Wolfgang*, Grenzen des Weisungsrechts, Zur Auslegung des § 106 GewO, NZA 2012, S. 233–239.
- Hümmerich, Klaus/Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef* (Hrsg.), Arbeitsrecht, Band 2, 2. Aufl., Bonn 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: AnwK-ArbR).
- Hunold, Wolf*, Aktenlesen in der Bahn – Probleme von Arbeitszeit und Vergütung bei Dienstreisen, NZA 2006, S. 38–45.
- Joussen, Jacob*, Ausgewählte Probleme der Ausstrahlung im europäischen Sozialversicherungsrecht, NZS 2003, S. 19–26.
- Junker, Abbo*, Arbeitsrecht im grenzüberschreitenden Konzern – Die kollisionsrechtliche Problematik, ZIAS 1995, S. 564–587.
- Junker, Abbo*, Die „zwingenden Bestimmungen“ im neuen internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1989, S. 69–75.
- Junker, Abbo*, Grundkurs Arbeitsrecht, 11. Aufl., München 2012.
- Junker, Abbo*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in Arbeitssachen – Eine Einführung für die Praxis, NZA 2005, 199–205. Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Anzuwendendes Recht und internationale Zuständigkeit, München 2007.
- Junker, Abbo*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992.
- Kallab, Thomas*, Anfechtung von Kündigungen: ein europäisches Problem?, DRdA 2011, S. 463–467.
- Kamphoff, Beate*, Europäische grenzüberschreitende Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in EU- und Nicht-EU-Staaten – Eine allgemeine Darstellung sowie eingehende Erörterung in Bezug auf die Republiken Irland und Polen, Hamburg 2003.
- Kittner, Michael/Zwanziger, Bertram/Deinert, Olaf* (Hrsg.), Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht).
- Klauk, Melanie*, Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zur Lage der Arbeitszeit der einzigen Reinigungskraft, jurisPR-ArbR 4/2013, Anm. 6.
- Kölpien, Joachim*, Die Ausstrahlung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 bei der Entsendung von Arbeitnehmern deutscher Unternehmen ins Ausland, Erlangen 1987.
- Krasney, Otto Ernst*, Haftungsbeschränkungen bei Verursachung von Arbeitsunfällen (Teil 1), NZS 2004, S. 7–14.
- Kraushaar, Bernhard*, Die Auslandsberührungen des deutschen Arbeitsrechts, BB 1989, S. 2121–2124.
- Krebber, Sebastian*, Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei mehreren, aber aufeinander abgestimmten Arbeitsverhältnissen, IPRax 2004, S. 309–315.
- Krieger, Steffen/Herzberg, Dana*, Haftungsrisiken des Arbeitgebers bei der Entsendung von Arbeitnehmern in Krisengebiete, BB 2012, S. 1089–1093.
- Kropholler, Jan/Hein, Jan von*, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 2011.
- Küttner, Wolfdieter*, Personalbuch 2013, Röller, Jürgen (Hrsg.), 20. Aufl., München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Küttner, Personalbuch 2013).



- Laimer, Hans Georg/Huger, Martin*, Anwendung des deutschen Betriebsverfassungsrechts auf ausschließlich in Österreich tätige Dienstnehmer?, Entscheidungsbesprechung zu OGH 16.9.2011, 9 ObA 65/11s, RdW 2012, S. 97–101.
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav* (Hrsg.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, 63. Erglf., München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Landmann/Rohmer).
- Littmann, Eberhard/Bitz, Horst* (Hrsg.), Das Einkommensteuerrecht, Kommentar zum EStG, 14. Aufl., Stuttgart 1985 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Littmann/Bitz, Kommentar zum EStG).
- Lorenz, Egon*, Anmerkung zu BAG, Beschluss v. 25.04.1978 - 6 ABR 2/77, SAE 1979, S. 223–224.
- Lorenz, Egon*, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, Grundsatz und Grenzen, RIW 1987, S. 569–584.
- Loritz, Karl-Georg*, Die Dienstreise des Arbeitnehmers – Mitbestimmung, Vergütung, Haftungsfragen, NZA 1997, S. 1188–1196.
- Loritz, Karl-Georg/Koch, Klaus-Hugo*, Reisezeit als Arbeitszeit, BB 1987, S. 1102–1108.
- Louven, Klaus/Louven, Christoph*, Das Territorialitätsprinzip im Internationalen Sozialrecht, NZA 1991, S. 497–501.
- Louven, Klaus/Louven, Christoph*, Sozialversicherungsrechtliche Probleme bei der Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, NZA 1992, S. 9–14.
- Löwisch, Manfred/Kaiser, Dagmar*, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2010.
- Lüttringshaus, Jan/Schmidt-Westphal, Oliver*, Neues zur "einstellenden Niederlassung" im europäischen internationalen Arbeitsrecht, EuZW 2012, S. 139–141.
- Mankowski, Peter*, Anmerkung zu BAG, Urteil v. 24.09.2009 - 8 AZR 306/08, AP Nr. 1 zu Art. 18 EuGVVO.
- Mankowski, Peter*, Arbeitsverträge von Seeleuten im deutschen Internationalen Privatrecht, RabelsZ 1989, S. 487–525.
- Mankowski, Peter*, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, S. 133–152.
- Mankowski, Peter*, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 1), RIW 2004, S. 481–497.
- Mankowski, Peter*, Rumpfarbeitsverhältnis und lokales Arbeitsverhältnis (komplexe Arbeitsverhältnisse) im Internationalen Privat- und Prozessrecht, RIW 2004, S. 133–141.
- Mankowski, Peter*, Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1994, S. 88–98.
- Mankowski, Peter/Knöfel, Oliver L.*, On the Road Again oder: Wo arbeitet ein Fernfahrer? Neues vom europäischen Internationalen Arbeitsvertragsrecht, Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.3.2011 – Rechtssache Koelzsch, EuZA 2011, S. 521–536.
- Mastmann, Gabriele/Stark, Josefine*, Vertragsgestaltung bei Personalentsendungen ins Ausland, BB 2005, S. 1849–1856.
- Mayer, Udo*, Europäische Union und der Abschied vom 8-Stunden-Tag, AiB 2008, S. 443–446.



- Meisel, Peter G./Hiersemann, Walter* (Hrsg.), *Arbeitszeitordnung, Kommentar*, 2. Aufl., München 1977.
- Messerschmidt, Thorsten*, *Auf Achse, Wissenswertes zu Dienstreisen und Reisezeiten*, dbr 2008, S. 16–17.
- Micklitz, Hans-Wolfgang/Rott, Peter*, *Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001*, *EuZW* 2001, S. 325–334.
- Mosing, Florian*, *Weg- und Reisezeiten im Arbeitsrecht*, *RdW* 2012, S. 157–162.
- Müller, Andreas*, *Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union*, Baden-Baden 1997.
- Müller, Carsten*, *International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts*, Tübingen 2005
- Müller-Glöge, Rudi* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 13. Aufl., München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *ErfK*).
- Niesel, Klaus/Funk, Winfried* (Hrsg.), *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, 2. Aufl., München 1998 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*).
- Nipperdey, Hans Carl*, *Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes*, in: *Schreiber, Otto* (Hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum fünfzigjährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, Berlin und Leipzig 1929, S. 203–230.
- Oberklus, Volkmar*, *Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen*, Pfaffenweiler 1991.
- Palandt, Otto*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 72. Aufl., München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Palandt*).
- Peter, Gabriele*, *Anmerkung zu BAG, Urteil v. 16.04.2003 - 7 AZR 423/01*, *AiB* 2005, S. 183–188.
- Pfeiffer, Thomas*, *Das Internationale Privatrecht der Nichtdiskriminierung*, in: *Bauer, Jobst-Hubertus/Boewer, Dietrich/Schwerdtner, Peter* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag*, Neuwied 2003, S. 775–788.
- Pfeiffer, Thomas*, *Neues Internationales Vertragsrecht – Zur Rom I-Verordnung*, *EuZW* 2008, S. 622–628.
- Pfeil, Walter J.*, *Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern – Teil 1*, *DRdA* 2008, S. 3–10.
- Piltz, Burghard*, *Vom EuGVÜ zur Brüssel-I-Verordnung*, *NJW* 2002, S. 789–794.
- Raab, Thomas*, *Der kollektive Tatbestand als Voraussetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten*, *ZfA* 2001, S. 31–66.
- Rauscher, Thomas* (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Bearbeitung 2011, München 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Rauscher, EuZPR/EuIPR*).
- Reichel, Christian/Spieler, Sven*, *Vertragsgestaltung bei internationalem Arbeitseinsatz*, *BB* 2011, S. 2741–2748.
- Reiserer, Kerstin*, *Allgemeiner Kündigungsschutz bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug*, *NZA* 1994, S. 673–678.



- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter* (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Köln 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Reithmann/Martiny).
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 13. Aufl., München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Richardi).
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchArbR).
- Riesenhuber, Karl*, Europäisches Arbeitsrecht – Eine systematische Darstellung, Heidelberg 2009.
- Runggaldier, Ulrich*, Arbeitsrechtliche Fragen der Ausgliederung von Unternehmensfunktionen, Betrieben und Betriebsteilen ins europäische Ausland, in: Rill, Heinz Peter (Hrsg.), Forschung für die Wirtschaft, Die Europäisierung des österreichischen Wirtschaftsrechts: Jahrestagung 1995 der Wirtschaftsuniversität Wien, Wien 1995, S. 1–14.
- Salamon, Erwin/Koch, Malte*, Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers bei der Gefährdungshaftung des Arbeitgebers, NZA 2012, S. 658–661.
- Sandmann, Bernd*, Anmerkung zu BAG, Urteil v. 03.09.1997 - 5 AZR 428/96, SAE 1998, S. 152–155.
- Sauerzapf, Michael*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, Hamburg 2004.
- Schaefer, Rolf*, Das Nachweisgesetz, Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag, Köln 2000.
- Schaper, Martin/Eberlein, Carl-Philipp*, Die Behandlung von Drittstaaten-Gerichtsstandsvereinbarungen vor europäischen Gerichten – de lege lata und de lege ferenda, RIW 2012, S. 43–49.
- Schlachter, Monika*, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse, NZA 2000, S. 57–64.
- Schlessmann, Karl*, Die Dienstreise – Vergütung und Arbeitszeitschutz, DB 1963, S. 1607–1609.
- Schliemann, Harald*, ArbZG, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen, Köln 2009.
- Schliemann, Harald*, Fürsorgepflicht und Haftung des Arbeitgebers beim Einsatz von Arbeitnehmern im Ausland, BB 2001, S. 1302–1308.
- Schlottfeld, Christian*, Novellierung der EU-Arbeitszeitrichtlinie – Perspektiven des deutschen Arbeitsrechts, ZESAR 2008, S. 492–495.
- Schlüpers-Oehmen, Reinhold*, Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit, Köln 1984.
- Schmitt-Rolfes, Günter*, Brennpunkt, Der Arbeitnehmer hat schlechte Karten, AuA 2013, S. 200.
- Schrader, Peter/Straube, Gunnar*, Ist das AGG international zwingendes (Arbeits-)Recht?, NZA 2007, S. 184–187.
- Schwarz, Stefan*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland, München 2008.
- Schwimann, Michael*, Grenzüberschreitender Wechsel des Beschäftigungsortes und arbeitsrechtliche Eingriffsnormen, WBl 1994, S. 217–227.



- Seel, Henning-Alexander*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung – Ein Überblick über arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Fragen, MDR 2011, S. 5–9.
- Spieler, Sven*, Fallgestaltungen der Auslandsarbeit, EuZA 2012, S. 168–183.
- Staudinger, Julius von* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger).
- Staudinger, Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB, 12. Aufl., Berlin 1998 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger).
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg* (Hrsg.), Gewerbeordnung, 8. Aufl., München 2011.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans*, Zivilprozessordnung, Kommentar, Reichold, Klaus/Hüsstege, Rainer/Seiler Christian (Hrsg.), 34. Aufl., München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Thomas/Putzo).
- Tilch, Thorsten*, Vergütung eines Bauarbeiters bei Auslandseinsatz, AuA 2012, S. 372.
- VDR-Geschäftsreiseanalyse 2011, abzurufen unter [http://www.vdr-service.de/fileadmin/fachthemen/geschaeftsreiseanalyse/vdr\\_gra2011.pdf](http://www.vdr-service.de/fileadmin/fachthemen/geschaeftsreiseanalyse/vdr_gra2011.pdf).
- VDR-Geschäftsreiseanalyse 2012, abzurufen unter [http://www.vdr-service.de/fileadmin/fachthemen/geschaeftsreiseanalyse/vdr\\_gra2012.pdf](http://www.vdr-service.de/fileadmin/fachthemen/geschaeftsreiseanalyse/vdr_gra2012.pdf).
- VDR-Geschäftsreiseanalyse 2013, abzurufen unter [http://www.vdr-service.de/fileadmin/fachthemen/geschaeftsreiseanalyse/vdr\\_gra2013.pdf](http://www.vdr-service.de/fileadmin/fachthemen/geschaeftsreiseanalyse/vdr_gra2013.pdf).
- Velikova, Silvia*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, Zwischen Mindestschutz und Günstigkeitsvergleich, Baden-Baden 2011.
- Wank, Rolf*, Das Nachweisgesetz, RdA 1996, S. 21–24.
- Weller, Matthias*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Der Kommissionsentwurf zur Reform der Brüssel I-VO, GPR 2012, S. 34–44.
- Wellisch, Dietmar/Näth, Maik/Thiele, Kerstin*, Sozialversicherungspflicht bei internationaler Mitarbeiterentsendung – Vorschriften und Gestaltungsmöglichkeiten, IStR 2003, S. 746–756.
- Wiebauer, Bernd*, Auslandsarbeit und Arbeitszeitgesetz, EuZA 2012, S. 485–495.
- Windisch-Graetz, Michaela* (Hrsg.), Rechtsgutachten zur Frage der anzuwendenden Rechtsnormen bei grenzüberschreitendem Lokführereinsatz, Universität Wien (nicht veröffentlicht).
- Winkler von Mohrenfels, Peter*, Zur objektiven Anknüpfung des Arbeitsvertragsstatuts im internationalen Seearbeitsrecht: gewöhnlicher Arbeitsort, Flagge und einstellende Niederlassung, Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.12.2011 – Rechtssache Voogsgeerd, EuZA 2012, S. 368–380.
- Winkler, Jürgen* (Hrsg.), SGB IV, Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Winkler, SGB IV).
- Wisskirchen, Gerlind*, Novellierung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Gewerbeordnung, DB 2002, S. 1886–1889.
- Wlotzke, Otfried*, Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznormen und privatrechtliche Rechte und Pflichten des einzelnen Arbeitnehmers, in: Dieterich, Thomas (Hrsg.), Festschrift für



Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, München 1983, S. 723–769.

*Wolf, Angela Nunes Fernandes Gil*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, Das auf doppelte Arbeitsverhältnisse anwendbare Recht am Beispiel der Vertragsgestaltung eines internationalen Konzerns, Frankfurt a.M. 2010.

*Zeuner, Albrecht*, Zur Bestimmung des für die Rechte nach § 102 BetrVG zuständigen Betriebsrates bei aufgespaltener Arbeitgeberstellung im Konzern, in: Dieterich, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf zum 70. Geburtstag, München 1983, S. 771–783.

*Ziemann, Werner*, Anmerkung zu BAG, Beschluss v. 18.01.1989 - 7 ABR 21/88, AuR 1990, S. 58–64.

*Zmarzlik, Johannes*, Grundbegriffe des Arbeitszeitschutzes, DB 1967, S. 1264–1967.

*Zöller, Richard* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 29. Aufl., Köln 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Zöller).



