Weisungsrecht nach Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung in einer mobilen Arbeitswelt.

Kritische Überlegungen zur Rechtsentwicklung

Ein Rechtsgutachten

im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbundes

vorgelegt von

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

unter Mitwirkung von wiss. Mit. Florian Wieg

Institut für deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht

Köln, im März 2016

I. Problemstellung 4
II. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers 4
1. Genetische Eckpfeiler 4
a) Weisungsrecht und Billigkeit 5
b) Gewerberechtliche Kodifizierung 6
c) Implementierung der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle 6
2. Gesetzliche Grenzen 7
a) Sachzusammenhang 7
aa) Arbeitsinhalt 7
bb) Arbeitsort 8
cc) Arbeitszeit 9
b) Widersprechende gesetzliche Regelung 9
c) Widersprechende kollektivvertragliche Regelung 10
d) Widersprechende arbeitsvertragliche Regelung 10
e) Billigkeit 11
III. Derogation der Weisungsgrenzen 12
1. Arbeitsvertragliche Gestaltung der Weisungsmacht, ausufernde Arbeitszeitabreden und Konkretisierung 13
a) Arbeitsvertragliche Gestaltung der Weisungsmacht 13
aa) Definition der Bezugspunkte des Weisungsrechts 13
(1) Arbeitsinhalt 14
(2) Arbeitsort 14
(3) Arbeitszeit 16
(4) Zwischenfazit 17
bb) Ausdrückliche Direktionsrechtserweiterung 17
cc) Einfluss auf die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG 18
b) Ausufernde Arbeitszeitabreden 19
c) Konkretisierung 22
2. Untaugliche Billigkeitskontrolle 23
a) Reduzierter Maßstab 23
b) Kein effektiver Rechtsschutz gegen unbillige Weisungen 23
3. Mobilisierung der Arbeitswelt – Entgrenzung der Arbeit und Weisungsmacht 26
a) Entgrenzung der Arbeit 26
b) Reflexive Entgrenzung der Weisungsmacht 27
4. Zwischenfazit 28

IV. Lösungsmöglichkeiten 28
1. Überschießende Möglichkeiten der Binnenflexibilisierung des Arbeitsverhältnisses stutzen 29
a) Änderung der Rechtsprechung 29
aa) Kontrolle von Klauseln über Abrufarbeit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB 29
bb) Unwirksamkeit und Unverbindlichkeit unbilliger Weisungen 29
cc) Zwischenfazit 30
b) Gesetzliche Konkretisierungen 30
aa) Kleine Lösung(en) 31
(1) § 12 Abs. 1 TzBfG n.F. 31
(2) § 106 GewO n.F. 32
bb) Große Lösung 35
2. Zukunfts- und bedarfsgerechtes Arbeits(zeit)recht etablieren 39
a) Anspruch auf Bestimmung der Arbeitszeitlage, Nichtarbeitszeit und Telearbeit 39
b) Konkretisierung des Arbeitszeitbegriffes 42
aa) Was sind Reisezeiten? 43
bb) Wann Reisezeit Arbeitszeit i.S.d. ArbZG ist 44
3. Dynamische Weisungsstrukturen beherrschen 52
V. Fazit 54

I. Problemstellung

Die Arbeitswelt macht mobil. "Arbeiten 4.0"[1] ist in aller Munde.[2] Die Debatte kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht ausblenden. Denn, welche Arbeitsleistung der Arbeitnehmer schuldet – mit anderen Worten – was, wo und wann zu arbeiten ist, kann der Arbeitgeber anweisen [s. hierzu II.]. Das Bundesarbeitsgericht (nachfolgend: BAG) macht den Arbeitgeber bisweilen so weisungsmächtig, dass das arbeitsvertragliche Äquivalenzgefüge ins Wanken gerät. Inhalts-, orts- und zeitentgrenztes Arbeiten, das der mobilen Arbeitswelt vorausgesagt wird, kann den Befund verschärfen, weil es die Konturen der die Weisungsmacht reflexiv begrenzenden Bezugspunkte, namentlich Arbeitsinhalt, Arbeitsort und Arbeitszeit verblassen lässt [s. hierzu III.]. Die Gemengelage gibt Anlass, die (Weisungs-)Rechtsentwicklung kritisch zu reflektieren und darüber nachzudenken, wie die Weisungsmacht des Arbeitgebers zur Wahrung der Arbeitsvertragsparität sach- und zukunftsgerecht begrenzt werden kann: Wo liegen die (Weisungs-)grenzen entgrenzter Arbeit [s. hierzu IV.]?

II. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers

Um die Problematik in ihrem Gesamtzusammenhang zu entfalten, ist es zunächst erforderlich, einen Grundriss des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts, mithin seine genetischen Eckpfeiler und gesetzlichen Grenzen nachzuzeichnen.

1. Genetische Eckpfeiler[3]

Die Weisungsmacht des Arbeitgebers hat ihren historischen Ursprung im altertümlichen Gewaltrecht des Herrn über seinen Sklaven.[4] Der Arbeitnehmer begebe sich durch Arbeitsvertragsschluss in die Gewalt des Arbeitgebers,[5] ihn treffe die Pflicht zum Gehorsam nach dessen Befehl,[6] so frühe Stimmen im Schrifttum. Die Weisungsmacht des Arbeitgebers definiert das abhängige Arbeitsverhältnis mithin seit

---

[1] Zu Begriff und Entwicklung der Arbeitswelten 1.0 bis 4.0 s. Grünbuch Arbeiten 4.0, S. 34 f.

[2] Aus dem jüngsten Schrifttum etwa *Steffan*, NZA 2015, 1409; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025; *Maier/Ossoinig*, DB 2015, 2391; *Bissels/Meyer-Michaelis*, DB 2015, 2331; *Wisskirchen/Schiller*, DB 2015, 1163; *Schulze/Schumacher*, AiB 2015, 22; *Däubler*, SR 2014, 45. Auch in Übersee, s. https://blog.dol.gov/2015/1-2/03/the-future-of-work.

[3] Vgl. hierzu auch *Preis*, NZA 2015, 1, 2 f.

[4] *Treude*, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, 1930, S. 5.

[5] *v. Gierke*, Die Wurzeln des Dienstvertrages, FS Brunner, 1914, S. 37, 48.

[6] *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S. 146.

jeher. Sie ist der Nukleus des Arbeitsvertrages. Folgerichtig erkannten Rechtsprechung und Schrifttum den Arbeitsvertrag einmütig als Rechtsgrund für das arbeitgeberseitige Weisungsrecht, bevor der Gesetzgeber dieses gesetzlich konkretisiert hat.[7] Die Wendung „Direktionsrecht" ist historischen Ursprungs,[8] ohne dass sie einen materiell-rechtlichen Unterschied zum „Weisungsrecht" intendiert. Letzteres hat *Schmitz-Scholemann*[9] jüngst als „Königsrecht" des Arbeitgebers bezeichnet. Die unzeitgemäße Interpretation des Verhältnisses der Arbeitsvertragsparteien, die aus der Bezeichnung spricht, ist, was die Untersuchung zeigen wird [s. hierzu III.], judikatorisch durchaus repräsentativ.

a) Weisungsrecht und Billigkeit

Die Kontrolle der Ausübung des Weisungsrechts auf billiges Ermessen nach Maßgabe von § 315 BGB hat *Söllner*[10] manifestiert und das BAG erstmals in einer Entscheidung vom 12.10.1961[11] durchgeführt. Grundlegendes und in den Folgejahren Erprobtes[12] urteilten die Richter des 2. Senats in einer Entscheidung vom 27.3.1980[13]:

> *„Auf Grund seines Weisungsrechts (Direktionsrechts) kann der Arbeitgeber einseitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher bestimmen. […] Seine Grenzen findet das Weisungsrecht in den Vorschriften der Gesetze, des Kollektiv- und des Einzelarbeitsvertragsrechts; es darf nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden."*

Das entspricht weitgehend nahezu wörtlich dem heutigen § 106 GewO.

---

[7] BAG, Urt. v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Urt. v. 23.6.1993 – 5 AZR 337/92, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Direktionsrecht,; Urt. v. 24.11.1993 – 5 AZR 206/93 – ZTR 1994, 166. *Hueck/Nipperdey*, Bd. 1, S. 142 und *Nikisch*, Bd. 1, S. 254 m.w.N.

[8] Vgl. *Treude*, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, 1930, S. 5 ff.

[9] *Schmitz-Scholemann*, JbArbR 2013, Bd. 51, 2014, 54, 86.

[10] *Söllner*, einseitige Leistungsbestimmungsrechte im Arbeitsverhältnis, 1966.

[11] BAG, Urt. v. 12.10.1961 – 5 AZR 423/60, NJW 1962, 268.

[12] Vgl. BAG, Urt. v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, 21; Urt. v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, NZA 1990, 144; Urt. v. 17.4.2002 – 4 AZR 174/01, NZA 2003, 160.

[13] BAG, Urt. v. 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

b) Gewerberechtliche Kodifizierung

Dass der Gesetzgeber das Weisungsrecht des Arbeitgebers mit Gesetz vom 24.8.2002[14] in die Gewerbeordnung geschrieben hat, kam überraschend.[15] Der Regelungsstandort lässt sich damit erklären, dass § 121 GewO a.F., der Gesellen und Gehilfen verpflichtete, den arbeitsbezogenen Anordnungen des Arbeitgebers Folge zu leisten, § 106 GewO Pate gestanden hat. Verfehlt ist die Verortung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts in der Gewerbeordnung gleichwohl. Eine zentrale Norm des Arbeitsvertragsrechts, die das integrative Weisungsrecht des Arbeitgebers regelt, wäre im BGB oder einem Arbeitsvertragsgesetzbuch besser aufgehoben.[16] Zutreffend stellt *Henssler* fest[17]:

> *"Der Versuch des Gesetzgebers, ausgerechnet die GewO zu einem Arbeitsvertragsgesetzbuch auszubauen, mutet den Arbeitsrechtler freilich seltsam an […] Der Irrweg verdeutlicht nur, wie notwendig die überfällige Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts ist."*

§ 106 GewO ist eine arbeitsrechtliche Sondernorm, neben der § 315 BGB keine Anwendung findet,[18] die andererseits von § 29 SeemannsG und § 23 BinnenschifffahrtsG verdrängt sowie von § 13 S. 2 BBiG ergänzt wird.[19]

c) Implementierung der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle

Das Jahr 2002 entpuppte sich als Jungbrunnen des Weisungsrechts. Der Gesetzgeber normierte einerseits das Weisungsrecht in § 106 GewO und etablierte andererseits in Vollzug des Schuldrechtmodernisierungsgesetzes[20] die arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle in den §§ 305 ff. BGB. Die Frage, ob Weisungen des Arbeitgebers nicht allein auf Billigkeit, sondern auch auf Angemessenheit zu kontrollieren seien, war aufgeworfen. Als sinnstiftend erweist sich die (neue) Differenzierung zwischen

---

[14] BGBl. I, S. 3412.

[15] Wie überraschend, zeigt anschaulich meine Bemerkung, geschrieben in der zweiten Auflage des Erfurter Kommentars bei § 611 BGB Rn. 142: "Die Vorschriften [§§ 105 ff. GewO] haben wegen ihres veralteten Charakters eine derart geringe Bedeutung, dass ihre Kommentierung im vorliegenden Kommentar unterbleibt".

[16] Ebenso Boemke/*Keßler*, § 106 GewO Rn. 1.

[17] MüKo/*Henssler*, § 630 BGB Rn. 1.

[18] *Hromadka*, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 145 ff. Dagegen BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858; Staudinger/*Rieble*, § 315 BGB Rn. 185 ff.

[19] BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO Rn. 2, 2.1.

[20] BGBl. I, S. 3138.

echter und unechter Direktionsrechtserweiterung[21] und die Erkenntnis, dass eine gesetzeswiederholende Vertragsgestaltung einer materiellen Inhaltskontrolle nicht unterliegt. Seither hat das BAG, allen voran der 10. Senat, aber auch der 2., 5. Und 9. Senat die Rechtsentwicklung vorangetrieben.

2. Gesetzliche Grenzen

Die Weisungsmacht des Arbeitgebers ist gesetzlich begrenzt. Gemäß §§ 106 S. 1, 2 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sowie Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeits-, Kollektivvertrag oder Gesetz festgelegt sind.

a) Sachzusammenhang

Daraus folgt zunächst, dass der Arbeitgeber Weisungen *allein* betreffend Inhalt, Ort und Zeit der *Arbeitsleistung* (§ 106 S. 1 GewO) sowie Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 106 S. 2 GewO) erteilen darf. Die Weisung, Steuererklärungen durch eine bestimmte Steuerberatungsgesellschaft erstellen zu lassen, legitimiert § 106 GewO deshalb nicht.[22]

aa) Arbeitsinhalt

Welche Tätigkeit der Arbeitnehmer schuldet, dokumentiert die Tätigkeitsbeschreibung als unentbehrliche Hauptabrede des Arbeitsvertrages.

Erschöpft sich diese im Wesentlichen darin, dass der Arbeitnehmer das Tätigwerden für den Arbeitgeber schulde, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gleichwohl nicht jedwede Tätigkeit im Betrieb zuweisen.[23] Die Tätigkeitsbeschreibung ist vielmehr über ihren Wortlaut dahingehend auszulegen, dass sie es – auch bei gleichbleibender Vergütung – grundsätzlich verwehrt, dem Arbeitnehmer eine niedrigere als die vertraglich geschuldete Tätigkeit zuzuweisen.[24] Ausnahmen sind in Notfällen

[21] Eingehend *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969.

[22] BAG, Urt. v. 23.8.2012 – 8 AZR 804/11, AP BGB § 307 Nr. 67.

[23] A.A. noch BAG, Urt. v. 11.6.1958 – 4 AZR 514/55, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Direktionsrecht; vgl. auch BAG, Urt. v. 16.10.1965 –5 AZR 55/65, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

[24] Eingehend Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 45 ff.

oder bei entsprechender einzel- respektive kollektivvertraglicher Regelung denkbar.[25] Ob die einseitig zugewiesene Tätigkeit "niedriger" im vorbezeichneten Sinne ist, misst das BAG anhand der *"auf den Betrieb abzustellenden Verkehrsauffassung und dem sich daraus ergebenden Sozialbild"*[26]. Griffiger und vorzugswürdig ist es, bei Fehlen vertraglicher Anhaltspunkte die erstzugewiesene Tätigkeit als vertraglich vereinbarte anzusehen, an der sich folgende Inhaltsweisungen orientieren müssen.[27]

Grundsätzlich zulässig ist dagegen die Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit. Maßgebend ist hier der Einzelfall. Zu beachten ist, dass das BAG die entsprechende Weisung auf eine sog. "doppelte Billigkeit"[28] hin überprüft [zu Billigkeitskontrolle näher II. 2. e)]: Billig muss einerseits die Tätigkeitsübertragung als solche und andererseits die fehlende Dauerhaftigkeit der Übertragung sein.[29]

bb) Arbeitsort

Für Weisungen, die sich auf den Ort der *Arbeitsleistung* beziehen, eröffnet § 106 S. 1 GewO die Möglichkeit, den Arbeitnehmer unternehmensweit und nach jüngster Rechtsprechung des BAG wohl nicht nur innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch über deren Grenzen hinaus[30] unbeschränkt örtlich zu versetzen.[31] § 106 GewO ist keine Beschränkung des Weisungsrechts auf den Betrieb zu entnehmen.[32] Die örtliche Versetzung des Arbeitnehmers in ein anderes konzernangehöriges Unternehmen[33] legitimiert § 106 GewO demgegenüber grundsätzlich nicht. Inso-

---

[25] St. Rspr. seit BAG, Urt. v. 11.6.1958 – 4 AZR 514/55, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Direktionsrecht; s. auch Urt. 19.11.2002 – 3 AZR 591/01, juris; Staudinger/*Rieble*, § 315 BGB Rn. 191. Zur arbeitsvertraglichen Ausgestaltung näher Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 47 ff.

[26] BAG, Urt. v. 30.8.1995 – 1 AZR 47/95, NZA 1996, 440, 441. S. LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 2.6.2015 – 1 Sa 452 c/14, BeckRS 2015, 71971; LAG Hessen, Urt. v. 24.6.2014 – 8 Sa 1216/13, BeckRS 2015, 67867.

[27] Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 44.

[28] Krit. zu diesem Begriff Staudinger/*Rieble*, § 315 BGB Rn. 192.

[29] BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 10 AZR 134/11, NZA 2012, 927, 928.

[30] BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 537/12, BeckRS 2013, 74858.

[31] *Fliss,* NZA-RR 2008, 225; *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969, 971.

[32] Dagg. *Hromadka* NZA 2012, 233, 237, 238, der es ablehnt, den weiten Wortlaut des § 106 wörtlich zu nehmen. Abl. auch *Wank* RdA 2012, 139, 140. Wie hier *Hunold* DB 2013, 636. Offen gelassen von BAG, Urt. v. 18.10.2012 – 6 AZR 86/11, AP Nr. 23 zu GewO § 106.

[33] Vgl. *von Hoyningen-Huene/Boemke*, Die Versetzung, S. 216; *Maschmann*, RdA 1996, 24, 30.

fern bestehen aber großzügige Möglichkeiten einer direktionsrechtserweiternden Vertragsgestaltung [s. hierzu III. 1. a) aa) (2)].

cc) Arbeitszeit

Spricht § 106 S. 1 GewO davon, der Arbeitgeber könne die Zeit der Arbeitsleistung einseitig näher bestimmen, meint er die Lage der Arbeitszeit wie sie bei Abschluss des Arbeitsvertrages im Betrieb üblich ist [s. hierzu auch III. 1. a) aa) (3)].[34] Möglich ist hiernach, einen Wechsel von Nacht- zu Tagarbeit[35] oder sogar Sonn- und Feiertagsarbeit in den gesetzlichen und kollektivvertraglichen Grenzen[36] anzuordnen.

Der Umfang der Arbeitszeit entzieht sich demgegenüber als Kernbestand des Austauschverhältnisses grundsätzlich der arbeitgeberseitigen Weisungsmacht.[37] Eine vertragliche Änderung der Arbeitszeitdauer kann der Arbeitgeber deshalb regelmäßig nur im Wege der Änderungskündigung erreichen [s. hierzu näher III. 1 a) bb); b)].

b) Widersprechende gesetzliche Regelung

Die einseitige Leistungsbestimmung ist ferner nur soweit zulässig, als sie einem Gesetz nicht widerspricht. Einschlägige Gesetze sind etwa §§ 3 S. 1, 5 Abs. 1 ArbZG, § 4 MuSchG, §§ 22-24 JArbSchG, § 81 SGB IX, § 7 Abs. 1 AGG, §§ 134, 138 BGB oder arbeitsrechtlichen Unfallverhütungsvorschriften. Die Weisung, gegen Strafvorschriften zu verstoßen, ist ebenso unzulässig[38] wie diejenige, eine Ordnungswidrigkeit zu begehen (vgl. § 36 Abs. 2 Satz 4 BeamStG, § 63 Abs. 2 Satz 4 BBG). Entsprechendes gilt für Weisungen, die ein betriebsverfassungsrechtlich verankertes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats wie diejenigen aus §§ 87 I Nrn. 1, 2, 95, 99 BetrVG ignorieren.[39]

---

[34] BAG, Urt. v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitszeit.

[35] LAG Berlin, Urt. v. 29.4.1991 – 9 Sa 9/91, LAGE Nr. 9 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

[36] BAG, Urt. v. 15.9.2009 – 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333.

[37] LAG Düsseldorf, Urt. v. 30.8.2002 – 9 Sa 709/02, NZA-RR 2003, 407, 408; HWK/*Thüsing*, § 611 BGB Rn. 307.

[38] Vgl. LAG Nürnberg, Urt. v. 30.1.1996 – 6 Sa 467/95, LAGE Nr. 53 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung.

[39] BT-Drucks. 14/8796, S. 24; BAG, Urt. v. 10.3.1998 – 1 AZR 658/97, NZA 1998, 1242.

c) Widersprechende kollektivvertragliche Regelung

Gemäß § 106 S. 1 GewO begrenzen auch einschlägige tarifvertragliche Regelungen oder solche in Betriebsvereinbarungen das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Dies gilt nicht, wenn die einzelne Weisung für den Arbeitnehmer günstigere Rechtsfolgen zeitigt als die Kollektivnorm, vgl. § 4 Abs. 3 TVG.[40]

d) Widersprechende arbeitsvertragliche Regelung

§ 106 S. 1 GewO ordnet weiterhin an, dass der Weisung des Arbeitgebers eine arbeitsvertragliche Regelung nicht entgegenstehen darf [s. hierzu III. 1 a)]. Einer ausdrücklichen Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien bedarf es nicht zwingend.[41] Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers kann sich vielmehr auch in arbeitsvertragsändernder Weise durch Vollzug des Arbeitsverhältnisses *konkretisieren*.[42] Bloßer Zeitablauf genügt hier freilich nicht: dass der Arbeitnehmer auf einer bestimmten Stelle mit bestimmten Aufgaben über einen längeren Zeitraum beschäftigt war, konkretisiere die Arbeitspflicht allein weder inhaltlich[43], örtlich[44] noch zeitlich[45], so das BAG. Erforderlich sei das Hinzutreten weiterer Umstände[46] [s. hierzu III. 1 c)]. Als relevanter Umstand kann etwa die ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers verwertet werden, der Arbeitnehmer solle hinfort nur noch die höherwertige oder andersartige Tätigkeit ausüben.[47]

---

[40] Tettinger/Wank/Ennuschat/*Wank*, § 106 GewO Rn. 18. Unklar BAG, Urt. v. 19.11.2002 – 3 AZR 591/01, AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: Papierindustrie.

[41] *Busemann*, NZA 2015, 705.

[42] Eingehend *Busemann*, NZA 2015, 705; vgl. auch Schaub/*Linck*, § 45 Rn. 16.

[43] BAG, Urt. v. 11.4.2006 – 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149; LAG Hamm, Urt. v. 27.3.1992 – 18 Sa 1165/91, LAGE BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 12; LAG Rheinland Pfalz, Urt. v. 13.10.1987 – 3 Sa 457/87, NZA 1988, 471 f.

[44] BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 10 AZR 202/10, NZA 2012, 265, 266.

[45] BAG, Urt. v. 15.9.2009 – 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333.

[46] S. nur BAG, Urt. v. 26.9.2012 – 10 AZR 336/11, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis.

[47] Etwa BAG, Urt. v. 24.11.1993 – 5 AZR 206/93, BeckRS 1993, 30746924; Urt. v. 26.9.2012 – 10 AZR 412/11, AP Nr. 22 zu § 106 GewO.

e) Billigkeit

Die Ausübung des Weisungsrechts muss endlich billigem Ermessen entsprechen. Was „billig“ i.S.d. § 106 GewO definieren die Senate des BAG in changierender Breite.

In einer Entscheidung vom 13.4.2010[48] führen die Richter des 9. Senats aus:

„Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. Das gebietet eine Berücksichtigung und Bewertung der Interessen unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls."

Der 10. Senat des BAG erklärt in einer Entscheidung vom 9.4.2014[49] knapper:

„Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind.“

Der 5. Senat unterschlägt in seiner Aufsehen erregenden Entscheidung vom 22.2.2012 [s. hierzu III. 2 b)] vollständig, dass die einseitige Leistungsbestimmung des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO billig sein muss. Die Richter eröffnen schlicht, es obliege dem Arbeitgeber, *„den Inhalt der zu leistenden Arbeit näher zu bestimmen.“*[50]

Gemäß § 106 S. 3 GewO muss der Arbeitgeber Behinderung des betroffenen Arbeitnehmers bedenken. In die Gesamtabwägung sind insgesamt nur solche Interessen einzustellen, die sich in der Außenwelt nachvollziehbar manifestiert haben, sodass sie der Interessengegner erkennen kann.[51]

"Hierzu gehören im Arbeitsrecht die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen.“[52]

---

[48] BAG, Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, AP Nr. 45 zu § 307 BGB.

[49] BAG, Urt. v. 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719.

[50] BAG, Urt. v. 22. 2. 2012 − 5 AZR 249/11, NZA 2013, 858, 860.

[51] Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 24.

[52] BAG, Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, AP Nr. 45 zu § 307 BGB.

Dieser abstrakte Maßstab verdichtet sich im Einzelfall entsprechend des Bezugspunkts der Weisung. Steht etwa die einseitige Ortsversetzung des Arbeitnehmers im Streit, ist die Berufstätigkeit des Ehepartners oder eine Ortsbindung durch Grundeigentum abwägungsrelevant.[53] Auch kann zu berücksichtigen sein, ob und gegebenenfalls wie lange die Vertragsparteien zuvor arbeitsvertragliche Gegebenheiten betreffend den Arbeitsort ignoriert haben.[54] Gewichtig ist Erreichbarkeit des angewiesenen Arbeitsortes[55] – und damit verbunden – das Interesse des Arbeitnehmers an kurzen Pendelzeiten [s. hierzu IV. 1. b) aa)].[56] Unerheblich ist demgegenüber eine etwaige Zustimmung von Betriebs- (§ 111 Satz 2 Nr. 2 BetrVG) oder Personalrat (§ 78 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG), wenn die örtliche Versetzung infolge einer Verlegung des gesamten Betriebs angeordnet wird.[57]

Die Grundrechte des Arbeitnehmers erhalten als objektive Wertentscheidungen Einzug in die Billigkeitsabwägung. Bedeutsam sind regelmäßig das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, dessen Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG und der Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 GG.[58]

Dass sich die einzelne Weisung im Rahmen billigen Ermessens hält, hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen.[59] Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist derjenige, in dem der Arbeitgeber die Weisung erteilt.[60]

III. Derogation der Weisungsgrenzen

Ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers damit umrissen, wird nachfolgend die Derogation seiner Grenzen Untersuchungsgegenstand sein.

---

[53] ArbG Mannheim, Urt. v. 14.2.2012 – 8 Ca 227/11, BeckRS 2015, 72772 mit Verw. auf BAG, Urt. v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, NZA 2005, 359; ArbG Hannover, Urt. v. 24.5.2007 – 10 Ca 384/06, ArbuR 2007, 280; LAG Köln, Urt. v. 30.1.1995 – 3 Sa 1200/94, LAGE Nr. 21 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

[54] *Hromadka*, RdA 1992, 234, 237; *Busemann*, NZA 2015, 705, 709 f.

[55] HWK/*Lembke*, § 106 GewO Rn. 30; MünchArbR/*Reichold*, § 36 Rn. 57.

[56] BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 10 AZR 202/10, NZA 2012, 265.

[57] Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 111.

[58] BeckOK ArbR/*Tillmanns*, § 106 GewO Rn. 52 m. zahlreichen Rechtsprechungsnachw.

[59] BAG, Urt. v. 10. 7. 2013 – 10 AZR 915/12, NZA 2013, 1142, 1145.

[60] BAG, Urt. v. 20.3.2013 – 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970, 973.

Eine tragende Rolle nimmt dabei die bisweilen ausbrechende Rechtsprechung des BAG zu den Möglichkeiten einer direktionsrechtserweiternde Vertragsgestaltung und eines direktionsrechtseinschränkenden Vollzugs des Arbeitsverhältnisses betreffend die Arbeitszeit ein. Daneben treten die untaugliche Handhabung der Billigkeitskontrolle durch das BAG und Entgrenzungsphänomene einer sich mobilisierenden Arbeitswelt.

1. Arbeitsvertragliche Gestaltung der Weisungsmacht, ausufernde Arbeitszeitabreden und Konkretisierung

Wer die mitunter überschießenden Möglichkeiten direktionsrechtserweiternder Arbeitszeitgestaltung nachvollziehen möchte, die das BAG billigt, muss sich zuerst mit den Grundzügen der arbeitsvertraglichen Weisungsmachtgestaltung vertraut machen.

a) Arbeitsvertragliche Gestaltung der Weisungsmacht

§ 106 S. 1 GewO nennt einerseits die Grenzen der Weisungsmacht, erteilt den Arbeitsvertragsparteien andererseits ein Mandat zur Gestaltung derselben. Darf der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nur in Abwesenheit einer einschlägigen arbeits- oder kollektivvertraglichen Regelung einseitig näher bestimmen, folgt hieraus, dass die Arbeitsvertragsparteien den Umfang des Weisungsrechts innerhalb des zwingenden gesetzlichen und kollektivvertraglichen Rahmens vereinbaren können.

Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten, den Umfang des Weisungsrechts arbeitsvertraglich zu gestalten: Die Arbeitsvertragsparteien können *erstens* die Bezugspunkte der Weisungsmacht des Arbeitgebers, also Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung definieren. *Zweitens* vermögen sie, eine spezielle, das Weisungsrecht erweiternde Vereinbarung im Arbeitsvertrag zu treffen.

aa) Definition der Bezugspunkte des Weisungsrechts

Die gestaltende Wirkung von arbeitsvertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung wurde bereits angerissen [s. hierzu II. 2. d)].

(1) Arbeitsinhalt

Für den Umfang des Rechts, Art und Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung anzuweisen, ist zuvörderst die arbeitsvertragliche Tätigkeitsbeschreibung maßgeblich.

Sie charakterisiert oder beschreibt die vom Arbeitnehmer zu leistende Tätigkeit, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 5 NachwG. Hier gilt: je konkreter die arbeitsvertragliche Tätigkeitsbeschreibung bestimmt ist, desto beschränkter ist der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechts.[61] Und umgekehrt: Je weniger konkret die Tätigkeitsbeschreibung, desto weiter Weisungsrecht im Einzelfall.

Eine vergleichbare Regel lässt sich für Ziel*vereinbarungen* aufstellen, die ihrerseits Art und Inhalt der Arbeitsleistung betreffen[62]: Je spezifischer die Zielvereinbarung, desto geringer der Weisungsspielraum des Arbeitgebers. Mit anderen Worten: Enthält der Arbeitsvertrag eine echte Zielvereinbarung, schließt diese eine einseitige, abweichende Zielv*orgabe* des Arbeitgebers aus.[63]

Liegen Tätigkeitsbeschreibung und Zielvereinbarung in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vor, sind sie als arbeitsvertragliche Hauptabrede grundsätzlich allein auf Transparenz hin kontrollierbar, §§ 307 Abs. 3 S. 1, 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.[64]

(2) Arbeitsort

Die Arbeitsvertragsparteien können einen Arbeitsort ausdrücklich vereinbaren.

Das örtliche Weisungsrecht muss indes nicht notwendigerweise vereinbart werden, sondern kann sich auch aus der Tätigkeitsbeschreibung bzw. dem Wesen der Tätigkeit ergeben, vgl. § 269 Abs. 1 BGB[65]. So entspricht es etwa dem Wesen des

---

[61] BAG, Urt. v. 20.1.2010 – 7 AZR 542/08, AP Nr. 68 zu § 14 TzBfG; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.10.1987 – 3 Sa 457/87, NZA 1988, 471; LAG Köln, Urt. v. 26.10.1984 – 6 Sa 740/84, NZA 1985, 258; LAG Berlin, Urt. v. 25.4.1988 – 9 Sa 15/88, LAGE BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 2.

[62] Zur Unterscheidung v. Zielvereinbarung u. -vorgabe Preis/*Greiner*, Der Arbeitsvertrag, II Z 5 Rn. 2.

[63] Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 15.

[64] Vgl. *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969, 972; BAG v. 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256, 257. Die Nebenabreden zum Anspruch aus der Zielvereinbarung sind hingegen vollständig nach §§ 305 ff. BGB kontrollierbar, Preis/*Greiner*, Der Arbeitsvertrag, II Z 5 Rn. 10.

[65] § 269 Abs. 1 BGB ist keine Vermutung zu entnehmen, wonach mangels Festlegung der Betriebsort als Arbeitsort gilt. So aber LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 10.12.2010 – 18 Sa 33/10, LAGE Nr. 2 zu § 611 BGB 2002 Direktionsrecht.

Außendienstes, an verschiedenen, wechselnden Einsatzorten tätig zu werden. Das gilt auch für Bau- oder Montagearbeiten. Entsprechend tätigen Arbeitnehmern kann der Arbeitgeber vorbehaltlich einer einschränkenden vertraglichen Regelung einen täglich wechselnden Arbeitsort zuzuweisen.[66] Zählen gelegentliche Dienstreisen zum Berufsbild, kann der Arbeitgeber diese anweisen.[67]

Das BAG verdeutlicht die Wahlfreiheit bei der Vertragsgestaltung:

> *„Es macht keinen Unterschied, ob im Arbeitsvertrag auf eine Festlegung des Orts der Arbeitsleistung verzichtet und diese dem Arbeitgeber im Rahmen von § 106 vorbehalten bleibt oder ob der Ort der Arbeitsleistung bestimmt, aber die Möglichkeit der Zuweisung eines anderen Orts vereinbart wird. In diesem Fall wird lediglich klargestellt, dass § 106 S. 1 GewO gelten und eine Versetzungsbefugnis an andere Arbeitsorte bestehen soll."* [68]

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien einen Arbeitsort ausdrücklich, liegt hierin gleichwohl nicht zwingend die abschließende Festlegung der Arbeitsleistung in örtlicher Hinsicht, sodass für eine einseitige Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber kein Raum wäre. Vielmehr kann der Nennung des Arbeitsortes im Arbeitsvertrag auch nur die Bedeutung einer schriftlichen Fixierung der erstmaligen Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber beigemessen werden, ohne dass das örtliche Weisungsrecht weitergehend beschränkt werden würde.[69]

Anders verhält es sich freilich für sog. negative Versetzungsklauseln, mit denen die Vertragsparteien die Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers auf einen Arbeitsort fixieren, indem sie eine Versetzungsmöglichkeit ausdrücklich ausschließen.[70]

Die ausdrückliche Vereinbarung des Arbeitsortes in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB erachtet das BAG als eine allein auf Transparenz hin kontrollierbare Vertragsabrede gemäß §§ 307 Abs. 3 S. 1, 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.[71] Die praktischen Ergebnisse der Rechtsprechung zeigen, dass das Arbeitsverhältnis örtlich entgrenzt ist. Im Grundsatz wurde in der Entscheidung

---

[66] Vgl. LAG München, Urt. v. 13.8.2009 – 3 Sa 91/09, AuA 2009, 724.

[67] *Loritz,* NZA 1997, 1188, 1190.

[68] BAG, Urt. v. 19.1.2011 – 10 AZR 738/09, NZA 2011, 631.

[69] BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181, 182.

[70] Siehe das Klauselbeispiel in Preis, Der Arbeitsvertrag, 2015, II D 30 Rn. 105.

[71] BAG, Urt. v. 19.1.2011 – 10 AZR 738/09, NZA 2011, 631.

vom 13.4.2010[72] eine Versetzungsmöglichkeit von Bielefeld nach München auf der Basis des § 106 GewO und des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB bejaht. Es beständen keine Erfordernisse, bei der Vertragsgestaltung aus Transparenzgründen eine Ankündigungsfrist oder einen maximalen Entfernungsradius anzugeben. Lediglich bei der Billigkeitskontrolle spielten diese Gesichtspunkte eine Rolle. Das BAG verwies das Verfahren insofern an die zweite Instanz zurück. Mittelbar macht das BAG in einer Entscheidung vom 28.8. 2013[73] deutlich, dass sogar ein Versetzungsvorbehalt, der sich auf das Ausland erstreckt, nicht zu beanstanden ist. Eine Feinsteuerung erfolgt mithin allein über die Billigkeitskontrolle [s. hierzu II. 2. e)]. Deshalb ist besonders relevant, ob ein effektiver Rechtsschutz des Arbeitnehmers gegen „unbillige" örtliche Versetzungen besteht [s. hierzu III. 2. b)].

(3) Arbeitszeit

Auch die Arbeitszeitlage können Arbeitnehmer und Arbeitgeber individuell festlegen.

Von bemerkenswerter Tragweite ist die schlichte Vereinbarung, dass die bei Abschluss des Arbeitsvertrages im Betrieb übliche Regelung zur Arbeitszeitlage gelten solle. Diese interpretiert das BAG nämlich nicht statisch mit der bei Arbeitsvertragsschluss üblichen Arbeitszeit, sondern dynamisch mit der jeweils betriebsüblichen Arbeitszeit:

> *"[E]ine solche Vereinbarung [hat] jedoch nicht zum Inhalt, daß die so vereinbarten Arbeitszeiten dergestalt Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden, daß sie nur durch eine Änderung des Arbeitsvertrages - ggf. über eine Änderungskündigung - geändert werden können. Inhalt einer solchen Vereinbarung ist vielmehr lediglich, daß die vereinbarte Arbeitsleistung zu den jeweiligen wirksam bestimmten betrieblichen Arbeitszeiten zu erbringen ist."*[74]

Unter Geltung einer solchen Vereinbarung kann der Arbeitgeber im jeweils betriebsüblichen Zeitrahmen die Lage der Arbeitszeit nach § 106 GewO festlegen [s. II 2. a) cc)]. Überstunden werden erst geleistet, wenn der entsprechende Rahmen überschritten ist.[75] Der Arbeitnehmer schuldet im Ergebnis diejenige Arbeitsleistung,

[72] BAG, Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, AP Nr. 45 zu § 307 BGB.

[73] BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 537/12, BeckRS 2013, 74858.

[74] BAG, Urt. v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89, 93.

[75] BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 5 AZR 195/11 – NZA 2012, 796, 797.

welche arbeitszeitrechtlich erlaubt ist.[76] Das veranlasst Praktiker bisweilen, Arbeitgebern zu empfehlen, *"es beim gesetzlichen Weisungsrecht zu belassen"*.[77] Aus ihrer Warte ist das mehr als verständlich: Die vorstehende Vereinbarung ermöglicht dem Arbeitgeber bei maximaler Ausschöpfung des Arbeitsvertragsumfangs maximale Flexibilität.

(4) Zwischenfazit

Es zeigt sich, dass das Direktionsrecht bereits ohne eine ausdrückliche Erweiterung empfindlich weit reicht. Das Weisungsrecht hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit und hinsichtlich des Arbeitsortes ist für den Arbeitnehmer dabei besonders belastend. Die flexible Veränderbarkeit der Arbeitszeitlage beeinträchtigt die Planbarkeit hinsichtlich familiärer Pflichten, insbesondere wenn Kinder zu versorgen sind. Die weitreichende Versetzbarkeit hinsichtlich des Arbeitsortes erweist sich dabei als noch belastender. Unter Umständen kann die Arbeitsleistung nur erbracht werden, wenn der Arbeitnehmer den Wohnort wechselt. Der Arbeitnehmer kommt hier in erhebliche Pflichtenkollisionen, da es bei örtlich weit entfernten Versetzungen nicht möglich ist, das Leben mit seiner Familie fortzuführen. Derart weitreichende Weisungsrechte kollidieren in aller Regel mit den Grundrechten des Arbeitnehmers und dem Schutzgehalt des Art. 6 GG.

bb) Ausdrückliche Direktionsrechtserweiterung

Mit Blick auf spezielle, das Weisungsrecht erweiternde arbeitsvertragliche Vereinbarungen sind echte und unechte Direktionsrechtserweiterung voneinander zu unterscheiden: Die unechte Direktionsrechtserweiterung fasst lediglich den Inhalt von § 106 GewO zusammen. Die echte Direktionsrechtserweiterung verschafft dem Arbeitgeber hingegen die Möglichkeit, Weisungen bezüglich Art, Ort und Zeit der Arbeitsleistung zu erteilen, die vom allgemeinen Direktionsrecht nicht mehr umfasst sind, weil sie die vertraglich geschuldete Leistungspflicht des Arbeitnehmers überschreiten.[78] Hierzu gehören etwa Vereinbarungen, nach denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in ein anderes konzernangehöriges Unternehmen oder ins Ausland verset-

[76] BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 5 AZR 195/11 – NZA 2012, 796, 797.

[77] *Reinhard*, Anm. zu BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 5 AZR 195/11, NJW 2010, 394, 398.

[78] Instruktiv *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969.

zen kann [s. hierzu II. 2. a) aa) (2)], aber auch solche über "Arbeit auf Abruf" i.S.d. § 12 Abs. 1 TzBfG [s. hierzu II. 2. b)], die den an sich weisungsrechtsfremden Arbeitszeitumfang betreffen.

Wird die ausdrückliche Direktionsrechtserweiterung als Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbart, gilt folgendes: Eine unechte Direktionsrechtserweiterungsklausel ist als gesetzeswiederholende AGB gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB inhaltskontrollfrei[79], aber nach § 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auf Intransparenz zu untersuchen.[80] Eine echte Direktionsrechtserweiterungsklausel unterliegt hingegen der vollen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB.

cc) Einfluss auf die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG

Hingewiesen sei abschließend auf den Einfluss des arbeitsvertraglich vereinbarten Weisungsrechtsumfangs auf die Sozialauswahl vor einer betriebsbedingten Kündigung. Für die Sozialauswahl sind alle vergleichbaren Arbeitnehmer zu berücksichtigen, wobei nur solche Arbeitnehmer vergleichbar sind, die der Arbeitgeber in Ausübung seines Weisungsrechts austauschen kann.[81] Mit anderen Worten sind solche Arbeitnehmer nicht vergleichbar und deshalb nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, die der Arbeitgeber nicht einseitig auf den Arbeitsplatz des von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmers um- oder versetzen kann.[82]

Daraus folgt: je weiter das Weisungsrecht, desto höher die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer, desto größer die Anzahl der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer. Und umgekehrt: je enger das Weisungsrecht desto niedriger die Ver-

---

[79] BAG, Urt. v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, AP Nr. 11 zu § 106 GewO; Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, AP Nr. 45 zu § 307 BGB.

[80] BAG, Urt. v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, AP Nr. 11 zu § 106 GewO; Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, AP Nr. 45 zu § 307 BGB.

[81] BAG, Urt. v. 6.11.1997 – 2 AZR 94/97, AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969; vgl. auch BAG, Urt. v. 17.9.1998 – 2 AZR 725/97, AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl sowie BAG, Urt. v. 5.6.2008 – 2 AZR 907/06 AP Nr. 179 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

[82] BAG, Urt. v. 2.2.2006 – 2 AZR 38/05, AP Nr. 142 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Urt. v. 18.10.2006 – 2 AZR 676/05 , AP Nr. 163 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Im öffentlichen Dienst können das nur solche Tätigkeiten sein, die den Merkmalen seiner vertraglich festgesetzten Vergütungsgruppe entsprechen, BAG v. 23.11.2004 – 2 AZR 38/04, AP Nr. 70 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl. Zur insoweit für den Arbeitnehmer ungünstigen Wirkung einer negativen Versetzungsklausel Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 107.

gleichbarkeit der Arbeitnehmer, desto geringer die Anzahl der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer. Dem Arbeitgeber kann allerdings nicht auferlegt werden, seine Arbeitnehmer um jeden Preis durch die Ausübung seines Direktionsrechts „gleichzumachen“. Weder muss der Arbeitgeber für die Sozialauswahl solche Arbeitsplätze in den Blick nehmen, auf die er den fraglichen Arbeitnehmer nur vorübergehend oder ausnahmsweise einseitig versetzen kann, noch kann er verpflichtet werden, dem Arbeitnehmer eine freie "Beförderungsstelle" anzubieten.[83]

b) Ausufernde Arbeitszeitabreden[84]

Unsicherheiten und erhebliches Gefährdungspotential für die Arbeitsvertragsparität hat das BAG nunmehr insbesondere[85] bei der Frage nach den Grenzen der arbeitsvertraglichen Ausgestaltung von Abrufarbeit geschaffen, die eine Abweichung von dem für § 106 S. 1 GewO geltenden Grundsatz, dass der Umfang der Arbeitszeit der Weisungsmacht des Arbeitgebers entzogen ist, mithin eine echte Direktionsrechtserweiterung darstellt. Als toxisch erweisen sich dabei unbestimmte Vereinbarungen, nach denen der Arbeitnehmer eine *"Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit entsprechend der betrieblichen Erfordernisse"*[86] schuldet und so genannte "Null-Stunden-Arbeitsverträge", nach denen er überhaupt keinen Anspruch auf eine monatliche oder werktägliche durchschnittliche Beschäftigungsdauer hat.[87] Hier[88] wie dort[89] ist zunächst § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG Zulässigkeitsmaßstab: Die Vertragsabrede zur Abrufarbeit muss eine Mindestdauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Daran gemessen sind sowohl die schlichte Vereinbarung über den Abruf von Arbeit "entsprechend der betrieblichen Erfordernisse" wie auch die Null-Stunden-Abrede eines Arbeitsvertrages evident unzulässig.

---

[83] BAG, Urt. v. 29.3.1990 – 2 AZR 369/89, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

[84] Eingehend *Preis*, RdA 2015, 244.

[85] Weitere bedenkliche Rechtsprechungslinien sind etwa bei direktionsrechtserweiternde Klauseln, die die Übertragung geringer- oder höherwertiger Tätigkeiten betreffen oder Konzernversetzungsklauseln zu erkennen, vgl. Preis, Der Arbeitsvertrag, II D 30 Rn. 52 f., 180 f., 230 ff.

[86] Vergleiche die in BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR, NZA 2014, 1328 überprüfte Klausel.

[87] LAG Rheinland Pfalz, Urt. v. 7.4.2011 – 5 Sa 637/10, BeckRS 2011, 74684.

[88] BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423; Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR, NZA 2014, 1328.

[89] *Forst*, NZA 2014, 998, 1002; *Bieder*, RdA 2015, 388, 392 f.

Die neuralgische Frage lautet mangels Einschlägigkeit anderer Rechtsschranken[90] indes: Unterliegen arbeitsvertragliche Vereinbarungen über Abrufarbeit zusätzlich einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB?[91] "Ja", urteilten die Richter des 5. Senates des BAG zunächst in ihrer grundlegenden und richtigen Entscheidung vom 7.12.2005.[92] "Nein", befanden dagegen die Richter des 9. Senats am 21.6.2011.[93] Sie nahmen wegen § 307 Abs. 3 S. 1 BGB lediglich eine Transparenzkontrolle nach Maßgabe von § 307 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. 307 Abs. 1 S. 2 BGB vor.[94] Das ist freilich irrig.

Erstens verlagert eine arbeitsvertragliche Regelung über Abrufarbeit das Wirtschafts- bzw. Beschäftigungsrisiko auf den Arbeitnehmer, weicht mithin von § 615 BGB ab und unterliegt bereits deshalb der vollständigen Inhaltskontrolle.[95] *Zweitens* erweitern Null-Stunden-Abreden oder solche, nach denen der Arbeitnehmer eine *"Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit entsprechend der betrieblichen Erfordernisse"*[96] schuldet, das Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich den Arbeitszeitumfang über Gebühr, nämlich unter Verstoß gegen § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG. Die Klausel wiederholt weder den Inhalt von § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG, noch denjenigen von § 106 S. 1 GewO, weil sie keinen von diesem legitimierten Weisungsrechtumfang abbildet.

Überraschend hat der 5. Senat zuletzt jedoch selbst in einer Entscheidung vom 24.9.2014[97] die §§ 305 ff. BGB bei der Überprüfung einer Abrufarbeit betreffenden arbeitsvertraglichen Abrede vollständig ignoriert, diese vielmehr – insoweit im Widerspruch zur Rechtsprechung des 9.[98] und 10. Senats[99] – als Teilzeitabrede ausge-

---

[90] Hierzu *Bieder*, RdA 2015, 388, 397 f.

[91] Eingehend *Preis*, RdA 2015, 244.

[92] BAG, Urt. v. 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423.

[93] BAG, Urt. v. 21.6.2011 – 9 AZR 236/10, NZA 2011, 1274.

[94] BAG, Urt. v. 21.6.2011 – 9 AZR 236/10, NZA 2011, 1274. So auch *Bieder*, RdA 2015, 388, 394 f.

[95] BAG, Urt. v. 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423; s. *Preis*/*Lindemann*, NZA 2006, 632, 634.

[96] Vergleiche die in BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR, NZA 2014, 1328 überprüfte Klausel.

[97] BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328.

[98] BAG, Urt. v. 21.6.2011 – 9 AZR 236/10, NZA 2011, 1274.

[99] BAG, Urt. v. 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519.

legt, sodass der zunächst in Vollzeit tätige Arbeitnehmer gem. § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG lediglich eine Mindestarbeitsdauer von 10 Wochenstunden vergütet erhielt.[100]

Damit ist *erstens* die vom 5. Senat am 7.12.2005 in Ansehung von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB aufgestellte Rechtsregel hinfällig, wonach die einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit des Arbeitnehmers in Übertragung der für Widerrufsvorbehalte geltenden Grundsätze nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen darf.[101] *Zweitens* versperrt die Entscheidung des 5. Senats vom 24.9.2014 ebenso wie diejenige des 9. Senats vom 21.6.2011 den rechten Weg, eine wegen Verstoßes gegen § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG gerissene Vereinbarungslücke im Wege vorsichtiger ergänzender Vertragsauslegung so zu schließen, dass die bisherige durchschnittliche Arbeitszeit als vertraglich vereinbart anzusehen ist.[102] Sie zwingt vielmehr regelmäßig dazu, auf § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG zurückzugreifen.[103] Das ist jedenfalls dann nicht interessengerecht, wenn die tatsächlich geleistete Arbeitszeit über 10 Stunden im wöchentlichen Durchschnitt lag.[104] Die unmittelbare Anwendung von § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG führt außerdem zu einer reziproken Anwendung von § 12 TzBfG: Wenn nicht der durch den Vollzug des Arbeitsverhältnisses bestimmbare Arbeitsbedarf maßgeblich ist, sondern stets die Vermutung aus § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG, wird der durch die Arbeitsvertragsgestaltung hervorgetretene Wille, die Arbeitsleistung nach Bedarf abzurufen, konterkariert.

Im Ergebnis belebt das weder eine Null-Stunden-Abrede, noch die Vereinbarung der *"Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit entsprechend der betrieblichen Erfordernisse"* wieder. Der 5. Senat hat am 24.9.2014 jedoch dem Zehn-Stunden-Arbeitsvertrag Leben eingehaucht. Bleibt es dabei, dass für die Arbeit auf Abruf relevante Arbeitsvertragsabreden nicht an §§ 305 ff. BGB zu messen sind, droht das Prinzip der Vertragstreue gefährdet, das Äquivalenzverhältnis verändert und ggf. be-

---

[100] BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328. Zust. *Bieder*, RdA 2015,388, 394 f.; *Schneider/Specks*, DB 2015, 132. Abl. etwa *Preis*, RdA 2015, 245; *Müller-Wenner*, AuR 2015, 413.

[101] BAG, Urt. v. 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423. Vorgedacht von *Hanau*, Gutachten zum 63. Deutschen Juristentag, 2000, C 79.

[102] So ArbG Köln, Urt. v. 18.5.2009 – 15 Ca 3663/08, BeckRS 2011, 76918; Preis, RdA 2015, 244, 247 f. In diesem Sinne auch BAG, Urt. v. 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423. Ebenfalls bereits von *Hanau*, Gutachten zum 63. Deutschen Juristentag, 2000, C. 97 bedacht.

[103] Vgl. *Bieder*, RdA 2015, 288, 396. Eingehend Preis, Der Arbeitsvertrag, II A 90 Rn. 4g f.

[104] SSN /*Striegel*, Rn. 302.

stehende Kündigungsschutznormen unterlaufen zu werden. Denn die verbleibende einzelfallabhängige Billigkeitskontrolle bietet dem Arbeitnehmer allein keine hinreichend sichere Rechtsposition [s. hierzu III. 2].

c) Konkretisierung

Den vorbezeichneten, äußerst flexiblen Möglichkeiten direktionsrechtserweiternder Arbeitszeitgestaltung stehen sehr begrenzte Möglichkeiten eines direktionsrechtseinschränkenden Vollzugs des Arbeitsverhältnisses gegenüber.

Die Rechtsprechung begegnet einer Weisungsrechtseinschränkung kraft Konkretisierung der Arbeitspflicht sehr zurückhaltend [s. hierzu bereits II. 2. d)]. Das ist im Grundsatz auch richtig. Bereits die Rechtsgrundlage für die Weisungsrechtsbeschränkung ist zweifelhaft: Liegt eine konkludente Änderung des Arbeitsvertrages vor?[105] Wenn ja, ist die betriebliche Übung obsolet. Indes: Der Arbeitgeber wird auf sein Weisungsrecht regelmäßig nicht verzichten wollen.[106] Der Arbeitnehmer kann das auch nicht erwarten. Deshalb läuft der in der Rechtsprechung zu findende Ansatz, dass eine Konkretisierung nicht eintritt, wenn sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag vorbehält, dem Arbeitnehmer eine andere Aufgabe zuzuweisen,[107] ins Leere. Oder geht es um die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers?[108] Diese können bei der Ausübungskontrolle nach § 106 GewO berücksichtigt werden.[109]

Die Zurückhaltung des BAG, eine Konkretisierung anzunehmen, wird besonders deutlich anhand einer Entscheidung des 9. Senats des BAG vom 15.9.2009[110], in der die Richter urteilten, der Arbeitgeber könne gesetzlich oder kollektivvertraglich erlaubte Sonn- und Feiertagsarbeit selbst dann einseitig anordnen, wenn der angewiesene Arbeitnehmer seit 30 Jahren nicht ein einziges Mal bislang sonn- oder feiertags gearbeitet habe. Neben den bloßen Zeitablauf hätten weitere Umstände treten müs-

---

[105] Hierfür BAG, Urt. v. 14.12.1961 – 5 AZR 180/61, AP Nr. 17 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Urt. v. 14.7.1965 – 4 AZR 347/63, AP Nr. 19 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Urt. v. 28.2.1968 – 4 AZR 144/67, AP Nr. 22 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

[106] Etwa BAG, Urt. v. 23.6.1992 – 1 AZR 57/92, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitszeit; Urt. v. 13.6.2007 – 5 ZR 849/06, AP Nr. 78 zu § 242 BGB Betriebliche Übung. Zum Ganzen *Busemann*, NZA 2015, 705, 707; *Hennige*, NZA 1999, 281, 285 f.

[107] Vgl. LAG Köln, Urt. v. 23.2.1987 – 6 Sa 957/86, LAGE Nr. 1 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

[108] HWK/*Thüsing*, § 611 Rn. 237.

[109] *Hromadka*, RdA 1992, 234, 237; *Busemann*, NZA 2015, 705, 709 f.

[110] BAG, Urt. v. 15.9.2009 – 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333.

sen, die die Annahme des Arbeitnehmers gerechtfertigt hätten, sonn- oder feiertags nicht zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden. Die Entscheidung des 9. Senates ist aus verschiedenen Gründen angreifbar.[111] Sie wird es umso mehr, wenn der 10. Senat an anderer Stelle als "weiteren Umstand" im vorbezeichneten Sinn *"das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens"*[112] bemüht.[113]

2. Untaugliche Billigkeitskontrolle

Angesichts der weitreichenden Möglichkeiten der Binnenflexibilisierung des Arbeitsverhältnisses, die das BAG billigt, ist der Arbeitnehmer regelmäßig auf die einzelfallabhängige Billigkeitskontrolle verwiesen [s. hierzu II. 2. e); III 1. b)]. Diese gibt § 106 S. 1 GewO vor, bietet dem Arbeitnehmer in ihrer Handhabung durch die Arbeitsgerichte jedoch allein keine sichere Rechtsposition.

a) Reduzierter Maßstab

Der Befund resultiert zum einen daraus, dass sich die materielle Handhabung der Billigkeit durch die Rechtsprechung regelmäßig in einer Willkür- oder Missbrauchskontrolle erschöpft.[114] Das ermöglicht eine ganze Bandbreite billiger Weisungen des Arbeitgebers. Gründet eine Weisung etwa auf einer unternehmerischen Entscheidung, sollen nach Ansicht des 10. Senats des BAG entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers nur dann zur Unbilligkeit der Weisung führen, wenn es sich dabei um *„besonders schwerwiegende, zum Beispiel auch verfassungsrechtlich geschützte Interessen"*[115] handelt.

b) Kein effektiver Rechtsschutz gegen unbillige Weisungen

Zum anderen hat das BAG den Rechtsschutz gegen die unbillige Ausübung des Weisungsrechts zuletzt weitgehend ausgehöhlt.

Im Mittelpunkt steht die erdrutschartige Entscheidung des 5. Senats vom 22.2.2012[116], nach der ein Arbeitnehmer in Ansehung *„der das Arbeitsverhältnis prä-*

---

[111] Im Einzelnen *Preis/Ulber*, NZA 2010, 729; *Busemann*, NZA 2015, 705, 707.

[112] BAG, Urt. v. 26.9.2012 – 10 AZR 336/11, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis; Urt. v. 25.4.2007 – 5 AZR 54/06, AP Nr. 121 zu § 615 BGB.

[113] Krit. und mit weiteren Bsp. aus der Rechtsprechung *Busemann*, NZA 2015, 705, 708 f.

[114] Vgl. BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181, 184.

[115] BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181, 184.

[116] BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858. Abl. *Preis*, NZA 2015, 1.

genden Weisungsgebundenheit" auch unbillige Weisungen so lange befolgen müsse, bis ein rechtskräftiges Urteil erstritten sei, das die Unbilligkeit der Weisung feststellt.[117] Eine unbillige Weisung sei nicht unwirksam, sondern nur „unverbindlich". Der Arbeitnehmer müsse sie daher vorläufig beachten. Dies folge aus § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, nach dem im Falle der Unbilligkeit einer Weisung das Gericht entscheide.

Die Entscheidung ist ohne Vorbild in der Rechtsprechung des BAG und stößt im Schrifttum zu Recht auf breite Ablehnung.[118] Sie hat bereits die falsche Prämisse, dass § 315 BGB neben § 106 GewO anwendbar ist [s. hierzu II. 1. b)]. Im Kern lässt sich gegen die Entscheidung darüber hinaus folgendes einwenden: Gemäß § 315 Abs. 3 S. 1 BGB ist die Leistungsbestimmung eines Vertragsteils „für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht". § 315 Abs. 3 S. 2 BGB regelt den Fall, dass das Gericht die von einer Vertragspartei getroffene Bestimmung aufhebt und berechtigt in diesem Fall dazu, die entsprechende Leistungsbestimmung selbst vorzunehmen.

Die Anwendung von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB kommt in Fällen des Weisungsrechts jedoch regelmäßig nicht in Betracht, würde das Arbeitsgericht doch kraft Urteils die Betriebsführung und das Arbeitsverhältnis gestalten. Die Annahme, die Leistungsbestimmung der Partei sei bis zu diesem Zeitpunkt vorläufig verbindlich, findet eine Stütze weder im Wortlaut von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB noch von § 106 GewO. Es ist ferner nicht erklärbar, warum der Schuldner als „Opfer" einer unbilligen Leistungsbestimmung des Gläubigers erst klagen müssen soll, bevor er sich auf deren Unverbindlichkeit berufen kann. Weder § 315 Abs. 3 S. 2 BGB noch § 106 GewO ist eine Klagepflicht oder -obliegenheit des Arbeitnehmers zu entnehmen, gegen eine unbillige Weisung des Arbeitgebers vorzugehen.

Festzustellen ist deshalb: Eine unbillige Weisung ist nach § 106 S. 1 GewO rechtsunwirksam und deshalb für den Arbeitnehmer unverbindlich.

Die Folgen der Entscheidung des 5. Senats vom 22.2.2012 sind erheblich: Verweigert der Arbeitnehmer, die unbillige Weisung vorläufig zu befolgen, droht ihm der

---

[117] BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858. Abl. *Preis*, NZA 2015, 1.

[118] *Boemke*, NZA 2013, 6; *Thüsing*, jM 2014, 20; *Hromadka*, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 145, 150 ff.; KDZ/*Zwanziger*, 14. Aufl. 2014, § 2 KSchG Rn. 59a: *„Arbeitnehmer sind zwar weisungsgebunden, aber keine Soldaten."* Zust. hingegen *Schmidt-Rolfes*, AuA 2013, 200. Zum folgenden s. eingehend *Preis* NZA 2015, 1, 5 ff. m. w. N.

Verlust seines Arbeitsplatzes, denn der Arbeitgeber kann eine Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aussprechen.[119] Jedenfalls läuft der Arbeitnehmer Gefahr, Ansprüche auf Annahmeverzugslohn einzubüßen.[120] Auf den Zusammenhang mit der Rechtsprechung des BAG zur sog. überflüssigen Änderungskündigung[121], die diese Lage des Arbeitnehmers noch einmal dramatisch verschlechtert, kann hier nur verwiesen werden.[122]

Einstweiliger Rechtsschutz ist keine aussichtsreiche Option. *Erstens* gilt das Verbot, die Hauptsache vorwegzunehmen.[123] *Zweitens* qualifizieren die Arbeits- und Landesarbeitsgerichte die Sicherung der bisherigen Beschäftigung als Leistungs-/Befriedigungsverfügung. Einstweiligen Rechtsschutz zur Abwendung wesentlicher Nachteile (vgl. § 940 ZPO) gewähren sie nur bei einem deutlich gesteigerten Abwehrinteresse des Arbeitnehmers, etwa wenn Gesundheitsgefahren, irreparable Schädigungen des beruflichen Ansehens oder schwere Gewissenskonflikte in Rede stehen und bei offenkundiger Rechtswidrigkeit der Maßnahme des Arbeitgebers.[124] Hinzu kommt *drittens*, dass die Arbeits- und Landesarbeitsgerichte, sofern sie ihren Erwägungen § 615 S. 2 BGB in der Auslegung des 5. Senats zugrunde legen, regelmäßig beschließen dürften, dass es dem Arbeitnehmer zumutbar ist, der unbilligen Weisung des Arbeitgebers vorläufig zu folgen.[125] Diese Hürden des einstweiligen Rechtsschutzes verhindern dessen Effektivität, was im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG äußerst bedenklich ist.

Das Prozessrisiko, das den Arbeitnehmer, der sich gegen eine seines Erachtens unbillige Weisung des Arbeitgebers gerichtlich wehren möchte, trifft, ist angesichts der vorbezeichneten Gemengelage extrem hoch. Der Arbeitnehmer dürfte deshalb häufig die Klage scheuen. Das scheint sogar intendiert zu sein, wenn aus den Rei-

---

[119] BAG, Urt. v. 29.8.2013 – 2 AZR 273/12, NZA 2014, 533.

[120] Vgl. BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858.

[121] BAG, Urt. v. 26.1.2012 – 2 AZR 102/11, NZA 2012, 856; BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181. *Preis/Schneider*, FS von Hoyningen-Huene, 2014, S. 395, 399; *Reuter/Sagan/Witschen*, NZA 2013, 935.

[122] Ausf. *Preis*, NZA 2015, 1, 7 f.

[123] *Dunkl*, FS Buchner, 2009, 197.

[124] Vgl. LAG Köln, Beschl. v. 14.8.2013 – 7 Ta 243/13, LAGE Nr. 15 zu § 106 GewO 2003; Beschl. v. 24.6.2010 - 9 Ta 192/10, BeckRS 2012, 67572; *Thüsing*, jM 2014, 20, 21 f.

[125] *Preis*, NZA 2015, 1, 5 f.; *Reiserer*, BB 2016, 187.

hen des BAG bisweilen kommuniziert wurde: *„Das Arbeitsverhältnis ist zum Arbeiten da, nicht zum Prozessieren.“*[126]

3. Mobilisierung der Arbeitswelt – Entgrenzung der Arbeit und Weisungsmacht

a) Entgrenzung der Arbeit[127]

In einer zunehmend informationstechnisch vernetzten Industrie werden Arbeitsleistungen orts- und zeitunabhängig abgerufen. Auf dem Weg in die virtuelle Dienstleistungsgesellschaft lösen sich die herkömmlichen betrieblichen Strukturen auf. Der mobile Arbeitnehmer leistet für den "virtuellen Betrieb"[128] im Home- oder Mobile-Office von unterwegs unter Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnologie Arbeit. Dabei ist er oft ständig erreichbar.[129] Die funktionale Grenze zwischen Arbeits- und Privatleben verschwimmt, was bedenkliche Gesundheitsgefahren hervorruft.[130]

Arbeitsinhalte werden nicht unmittelbar angewiesen, sondern digital konkretisiert und kontrolliert.[131] "Digitalen" Weisungen wird nachgesagt, sie wiesen einen erhöhten Detailreichtum auf.[132] Die zunehmende Verbreitung von Zielvereinbarungen, die

---

[126] *Schmitz-Scholemann*, JbArbR 2013, Bd. 51, 2014, 54, 86.

[127] Zum Begriff *Däubler*, SR 2014, 45. S. auch den Forschungsbericht von *Arnold/Steffes/Wolter,* Mobiles und entgrenztes Arbeiten, 2015, abrufbar unter: http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/f460-mobiles-und-entgrenztes-arbeiten.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

[128] Vgl. *Zumkeller*, AuA 2015, 334, 336.

[129] S. hierzu die Studie des Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikationswirtschaft und neue Medien zur Arbeit 3.0, 2013, S. 28, abrufbar unter https://www.bitkom.org/Publikationen/2013/Studien/Studie-Arbeit-3.0/Studie_Arbeit_3.0.pdf.

[130] Das vermitteln die Ergebnisse mehrerer Untersuchungen jüngeren Datums. So etwa die Untersuchung der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin zu den Auswirkungen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit auf Life-Domain-Balance und Gesundheit, 2013, S. 20 f., abrufbar unter www.baua.de/de/Publikationen/Fachbeitraege/Gd76.pdf?__blob=publicationFile&v=5 und die Untersuchung der Initiative Gesundheit & Arbeit zu den Auswirkungen von ständiger Erreichbarkeit und Präventionsmöglichkeiten, 2013, S. 10, abrufbar unter http://www.iga-info.de/fileadmin/redakteur/Veroeffentlichungen/iga_Reporte/Dokumente/iga-Report_23_Staendige_Erreichbarkeit_Teil1.pdf sowie den DAK-Gesundheitsreport 2013.

[131] Näher *Wedde*, Telearbeit, 2002, Rn. 118 ff.

[132] *Popp*, BB 1997, 1790, 1792.

den Inhalt der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit mittelbar festlegen, relativiert diese Vermutung.

Konzerne organisieren sich – im Rahmen ihrer unternehmerischen Gestaltungsfreiheit[133] – vermehrt in Matrixstrukturen.[134] Das heißt, einzelne Funktionen werden konzentriert und auf die Konzerngesellschaften verteilt.[135] Neben die hierarchische Organisationsstruktur tritt eine unternehmensübergreifende Gliederung nach Funktions- und Produktionsbereichen.[136] Den in einer Matrixstruktur eingesetzten Arbeitnehmer trifft deshalb regelmäßig ein mehrdimensionales Weisungsregime, das ihn gegenüber unterschiedlichen Stellen verpflichtet. Disziplinarisch führt ihn sein Vertragsarbeitgeber, das fachliche Weisungsrecht delegiert dieser jedoch regelmäßig auf den unternehmensübergreifend Bereichsverantwortlichen,[137] die "steuernde Einheit"[138].

Kurzum: ein "Arbeiten an einem bestimmten Ort, zu einer bestimmten Zeit in einer fixen Struktur" kennt die mobilisierte Arbeitswelt nicht. Sie zeichnet sich vielmehr durch entgrenztes Arbeiten aus.

b) Reflexive Entgrenzung der Weisungsmacht

Für die Weisungsmacht des Arbeitgebers folgt hieraus zunächst, dass die Konturen der sie reflexiv begrenzenden Bezugspunkte, namentlich Arbeitsinhalt, Arbeitsort und Arbeitszeit [s. II. 2. a)] verblassen, sodass das fachlich-inhaltliche, örtliche und zeitliche Weisungsrecht des Arbeitgebers aufgeweicht wird.

Entfällt der betriebliche Kontext, kann der Arbeitgeber Ort und Zeit der Arbeitsleistung im Rahmen von § 106 GewO festlegen, ohne dass es länger auf die betrieblichen Gegebenheiten ankommt.[139]

Digitalisierte Weisungen, die den mobilen Arbeitnehmer erreichen, treffen regelmäßig in der funktionalen Grauzone von Arbeits- und Privatleben ein. In Zeiten nicht

---

[133] *Henssler*, NZA-Beil. 2014, 95, 101.

[134] Ausf. *Maywald*, Der Einsatz von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen multinationaler Konzerne, 2010.

[135] *Schmidl*, ZJS 2009, 453, 454.

[136] *Bauer/Herzberg*, NZA 2011, 713.

[137] *Neufeld/Michels*, KSzW 2012, 49, 53; *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1026.

[138] *Kort*, NZA 2013, 1318, 1319.

[139] *Wank*, NZA 1999, 225, 231 f.

nur potentieller sondern gelebter ständiger Erreichbarkeit[140] ist das Privatleben deshalb latent gefährdet, mit arbeitsbezogenen Weisungen überformt zu werden.

Umreißen die vereinbarten Ziele den Arbeitsinhalt, liegt einerseits die Verantwortung für den zielorientierten Arbeitsprozess beim Arbeitnehmer, andererseits werden Umstände, die zu einer arbeitsvertraglichen Konkretisierung des Arbeitsinhaltes führen können [s. hierzu II. 2. d); III. 1. c)], eliminiert.

Eine Entkopplung der Weisungsgrenzen findet zudem dort statt, wo die Weisungsstruktur nicht mehr arbeitsvertraglichen, sondern – wie in der Matrixorganisation von Konzernen – betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten folgt.[141] Die Arbeitnehmerüberlassung zeigt zwar, dass die Aufspaltung von Weisungsbefugnissen dem Arbeitsrecht an sich nicht fremd ist. Das mehrdimensionale Weisungsregime der Matrix setzt indes konstruktiv nach der Rechtsprechung des BAG zu § 613 S. 2 BGB die ausdrückliche arbeitsvertragliche Legitimation der weisungsgemäßen Unterordnung des Arbeitnehmers gegenüber der "steuernden Einheit" wohl nicht voraus [s. hierzu IV. 3].[142]

Damit birgt entgrenzte Arbeit insgesamt das Potential, die Weisungsmacht des Arbeitgebers ihrerseits zu entgrenzen.

4. Zwischenfazit

Das BAG hat das Weisungsrecht des Arbeitgebers zu einem weitgehenden und flexiblen Elementarbestandteil des Arbeitsverhältnisses entwickelt. Gleichzeitig setzt es einem weisungsrechtseinschränkenden Vollzug des Arbeitsverhältnisses enge Grenzen. Der Befund trifft in einer mobilisierten Arbeitswelt auf das Phänomen entgrenzten Arbeitens, das seinerseits Weisungsgrenzen schwindend lässt.

IV. Lösungsmöglichkeiten

In Ansehung dieser Derogation der Grenzen arbeitgeberseitiger Weisungsmacht, die die Arbeitsvertragsparität nicht unberührt lässt, ist danach zu fragen, welche Lösungsmöglichkeiten vorstellbar sind, um das arbeitsvertragliche Äquivalenzgefüge zu stabilisieren und mit Augenmaß zukunftssicher zu machen.

---

[140] S. Fn. 147.

[141] *Neufeld/Michels*, KSzW 2012, 49, 50.

[142] Vgl. BAG, Urt. v. 10.3.1998 – 1 AZR 658/97, NZA 1998, 1242, 1243.

1. Überschießende Möglichkeiten der Binnenflexibilisierung des Arbeitsverhältnisses stutzen

Dringend korrekturbedürftig ist die überschießende Rechtsprechung des BAG zu den dargestellten Flexibilisierungsmöglichkeiten des Arbeitsverhältnisses kraft arbeitsvertraglicher Weisungsmacht [s. hierzu III. 1. b) u. 2. b)].

a) Änderung der Rechtsprechung

Eine Lösung liegt darin, dass das BAG seine Rechtsprechung der geltenden Rechtslage anpasst. Das heißt:[143]

aa) Kontrolle von Klauseln über Abrufarbeit nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Vorformulierte Arbeitsvertragsklauseln i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, die Abrufarbeit regeln, sind neben § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG zusätzlich an §§ 307 Abs. 1 S.1, 2 BGB zu messen. Die Inhaltskontrolle der Klausel beschränkt sich nicht auf die Überprüfung ihrer Transparenz gemäß §§ 307 Abs. 3 S. 1, 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

Im Gleichlauf mit der Rechtsprechung zu Widerrufsvorbehalten darf die nach der Klausel vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit nicht mehr als 25% der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.

Verstößt eine Klausel über Abrufarbeit gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, weil sie, wie im Falle einer Nullstunden-Abrede, entgegen § 615 BGB das Beschäftigungsrisiko unangemessen auf den Arbeitnehmer überträgt, ist § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG als Auslegungsregel nur dann heranzuziehen, wenn sich eine vertraglich geschuldete Arbeitszeitdauer schlechterdings nicht ermitteln lässt. Regelmäßig kann der Arbeitsvertrag indes ergänzend dahingehend ausgelegt werden, dass die im Verlauf des Arbeitsverhältnisses tatsächlich geleistete Durchschnittsstundenanzahl als fest vereinbart gilt. Ein widerstreitendes Ergebnis, das allein § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG bemüht, ist weder interessen- noch zweckgerecht.

bb) Unwirksamkeit und Unverbindlichkeit unbilliger Weisungen

Eine unbillige Weisung verstößt gegen zwingende Vorgaben von § 106 S. 1 GewO, ist mithin rechtswidrig. Eine Differenzierung zwischen rechtswidrigen und wegen Un-

[143] Vgl. hierzu auch *Preis*, RdA 2015, 244, 245 f.; *ders*. NZA 2015, 1, 10.

billigkeit unverbindlichen Weisungen ist deshalb hinfällig. § 315 Abs. 3 S. 1 BGB ist mangels Anwendbarkeit neben § 106 GewO nicht maßgeblich.

Rechtswidrige Weisungen des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer nicht befolgen. Billigt er sie, kann das Verhalten eine Arbeitsvertragsänderung kraft Vollzugs respektive Verwirkung begründen. Um Arbeitsvertragsänderung und Verwirkung zu vermeiden, muss der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber in angemessener Frist erklären, er werde der Weisung nicht Folge leisten. Eine Pflicht oder Obliegenheit, sich gegen eine unbillige Weisung mit einer Klage zu wehren, trifft den Arbeitnehmer nicht. Er kann die Unbilligkeit der Weisung vielmehr gerichtlich feststellen lassen und/oder auf Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen klagen.

Die Weigerung, eine unbillige Weisung zu befolgen, vermag eine Kündigung wegen Arbeitsverweigerung nicht zu rechtfertigen, sofern der Arbeitnehmer rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhebt. Sie führt regelmäßig zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn gemäß § 615 S. 1 i.V.m. §§ 293 ff. BGB.

cc) Zwischenfazit

Setzt das BAG die vorstehenden Linien um, liegt darin mitunter lediglich eine Rückkehr zu früheren Erkenntnissen. Der Schritt ist also nicht allzu groß, umso größer aber seine stabilisierende Wirkung für das arbeitsvertragliche Äquivalenzgefüge. Die vollständige Inhaltskontrolle überschießender Arbeitszeitabreden [vgl. hierzu III. 1. b)] und der effektive Schutz des Arbeitnehmers vor rechtswidrigen Weisungen des Arbeitgebers [vgl. hierzu III. 2. b)] sind unerlässlich, um dem schleichenden Abbau der äußeren Weisungsgrenzen durch eine übergreifende Binnenflexibilisierung des Arbeitsverhältnisses entgegenzuwirken [vgl. III. 1. u. 2.]. Eine entsprechende Rechtsprechungsänderung ist „minimalinvasiv“ und deshalb u.E. eine geeignete Lösung.

b) Gesetzliche Konkretisierungen

Bleibt das BAG auf seinem problematischen Weg, kann der Gesetzgeber Abhilfe schaffen. Diese Lösungsoption ist angesichts der eindeutigen Rechtslage nicht intendiert, sodass im Wesentlichen eine klarstellende Gesetzgebung in Betracht zu ziehen ist.

aa) Kleine Lösung(en)

Mögliche Regelungsorte sind § 12 TzBfG und § 106 GewO.

(1) § 12 Abs. 1 TzBfG n.F.

Um die Rechtsprechung des BAG zu unbestimmten Vereinbarungen, nach denen der Arbeitnehmer eine *"Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit entsprechend der betrieblichen Erfordernisse"* schuldet, und Nullstunden-Abreden [vgl. hierzu III. 1. b)] zu korrigieren, könnte § 12 Abs. 1 TzBfG neu gefasst werden:

> Formulierungsvorschlag, § 12 Abs. 1 TzBfG n.F.
>
> [1]Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). [2]Die Vereinbarung muss die Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit bestimmen. [3]Ist die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht bestimmt, gilt die durchschnittlich geleistete Stundenanzahl, jedoch mindestens eine Arbeitszeit von 10 Stunden als vereinbart. [4]Ist die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen. [5]Die Anwendung der §§ 305 bis 307 des Bürgerlichen Gesetzbuches bleibt unberührt.

§ 12 Abs. 1 TzBfG n.F. gibt die inhaltlichen Eckpunkte der bereits geforderten Rechtsprechungsänderung [vgl. hierzu IV. 1. a) aa)] wieder: er schreibt vor, dass § 307 Abs. 1 S. 1 BGB von §§ 12 Abs. 1 S. 1, 2 und 3 TzBfG unberührt bleibt und die Vermutung nach § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG nur gilt, soweit sich die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht unter Rückgriff auf die tatsächlich im Wochendurchschnitt geleistete Arbeit ermitteln lässt. Gleichzeitig stellt er sicher, dass die tatsächlich im Wochendurchschnitt geleistete Arbeit nur dann maßgeblich ist, soweit sie mindestens 10 Stunden beträgt. § 12 Abs. 1 TzBfG n.F. zeichnet mithin den Rechtsstand nach, den der 5. Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 7.12.2005 [vgl. hierzu III. 1. b)] vorgezeichnet hat.

(2) § 106 GewO n.F.

Um den vom BAG weitgehend vernichteten Rechtsschutz des Arbeitnehmers gegen unbillige Weisungen des Arbeitgebers wiederherzustellen, könnte der Gesetzgeber § 106 GewO zunächst wie folgt modifizieren:

> Formulierungsvorschlag [1], § 106 GewO n.F.
>
> [1]Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen anweisen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung, einen anwendbaren Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. [2]Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. *[3]Verstößt die Weisung gegen eine einschlägige Bestimmung des Arbeitsvertrages, einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder eine gesetzliche Vorschrift, oder entspricht sie nicht billigem Ermessen, ist sie rechtsunwirksam. [4]Erteilt der Arbeitgeber eine nach Maßgabe von S. 3 rechtsunwirksame Weisung, kann der Arbeitnehmer die dieser Weisung entsprechende Arbeitsleistung verweigern.*

Die vorstehende Fassung von § 106 GewO stellt *erstens* klar, dass Weisungen, die gegen eine einschlägige Bestimmung des Arbeitsvertrages, einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder eine gesetzliche Vorschrift verstoßen, oder billigem Ermessen nicht entsprechen, rechtsunwirksam sind, § 106 S. 3 GewO n.F. Sie hält *zweitens* fest, dass der Arbeitnehmer die der rechtsunwirksamen Leistung entsprechende Arbeitsleistung verweigern kann, *sobald* der Arbeitgeber diese erteilt, § 106 S. 4 GewO n.F. Damit ist der bedenklichen Rechtsprechung des BAG, wonach der Arbeitnehmer unbillige Weisungen so lange befolgen muss, bis ein rechtskräftiges Urteil erstritten ist, das die Unbilligkeit der Weisung feststellt [vgl. hierzu III. 2. b)], die Grundlage entzogen.

Schlägt der Gesetzgeber diese Klarstellungsmöglichkeit aus, könnte er die Rechtsprechung zur vorübergehenden Verbindlichkeit unbilliger Weisungen anhand von 106 GewO *zweitens* einschränken, indem er Umstände, die das BAG im Rahmen der Billigkeitskontrolle heranzieht, normativ konkretisiert.

Das soll am Beispiel der einseitigen örtlichen Versetzung des Arbeitnehmers veranschaulicht werden: Die Möglichkeit der weitreichenden örtlichen Versetzung wird bisweilen als "Spielwiese" für den Arbeitgeber bezeichnet, auf der dieser Druck gegen unliebsam gewordene Arbeitnehmer ausüben könne, um die Chance der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu erhöhen.[144] Haben die Arbeitsvertragsparteien keine negative Versetzungsklausel festgehalten, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorbehaltlich einer einschränkenden kollektivvertraglichen Bestimmung und der §§ 95 Abs. 3, 99 BetrVG mindestens bundes- und unternehmensweit unbeschränkt versetzen [s. hierzu II. 2.]. Was bleibt, ist die Überprüfung der versetzenden Weisung auf billiges Ermessen.

Wie gesehen bemüht das BAG hier die Erreichbarkeit des angewiesenen Arbeitsortes[145] – und damit verbunden – das Interesse des Arbeitnehmers an kurzen Pendelzeiten.[146] Welche Pendelzeiten im Einzelfall zumutbar sind, könne – so der 10. Senat des BAG[147] – indes nicht unter Rückgriff auf § 121 Abs. 4 S. 2 SGB III a.F. (jetzt § 140 Abs. 4 S. 2 SGB III) entschieden werden, der bestimmt, dass einer arbeitslosen Person eine Beschäftigung, für die sie bei einer Arbeitszeit von sechs Stunden und weniger mehr als zweieinhalb Stunden pendeln muss, regelmäßig unzumutbar ist. Ebensowenig sei eine Sozialauswahl durchzuführen: Erfordere eine Weisung die persönliche Auswahlentscheidung des Arbeitgebers zwischen mehreren Arbeitnehmern, sei die Leistungsbestimmung zwar gegenüber demjenigen Arbeitnehmer zu treffen, dessen Interessen weniger schutzwürdig sind.[148] § 1 Abs. 3 KSchG könne jedoch nicht als Maßstab herhalten.[149] Gegenteiliges hat das LAG

---

[144] *Reiserer*, BB 2016, 184.

[145] HWK/*Lembke*, § 106 GewO Rn. 30; MünchArbR/*Reichold*, § 36 Rn. 57.

[146] BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 10 AZR 202/10, NZA 2012, 265.

[147] BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 10 AZR 202/10, NZA 2012, 265 zu § 121 SGB III a.F. Ebenso BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181, 184; LAG Rheinland Pfalz, Urt. v. 7.7.2014 – 3 Sa 541/13, BeckRS 2014, 74066; Urt. v. 14.1.2013 – 5 Sa 435/12, BeckRS 2013, 66647. A.A. noch LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 9.12.2004 – 6 Sa 326/04, BeckRS 2005, 41214; LAG Hamm, Urt. v. 24.5.2007 – 8 Sa 51/07, NZA-RR 2008, 175.

[148] Etwa BAG, Urt. v. 10.7.2013 – 10 AZR 915/12, NZA 2013, 1142, 1145. Ebenso LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 26.8.2015 – 3 Sa 157/15, Rn. 26 – juris.

[149] BAG, Urt. v. 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181, 184. Ebenso LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 26.8.2015 – 3 Sa 157/15, Rn. 26 – juris.

Hamm in einer Entscheidung vom 12.2.1996[150] für den Fall vertreten, dass der Arbeitgeber die betriebsbedingte Umsetzung aufgrund eines im Arbeitsvertrag begründeten "erweiterten Direktionsrechts" angewiesen hat.

Die Erwägungen des BAG sind jeweils durchaus belastbar. § 140 Abs. 4 SGB III ist de lege lata keine gesetzliche Weisungsschranke, weil sie ausschließlich das Verhältnis von arbeitsloser Person, Agentur für Arbeit und Versichertengemeinschaft betrifft.[151] Eine analoge Anwendung von § 140 Abs. 4 SGB III scheitert mangels vergleichbarer Interessenlage. Aus der auch für § 140 SGB III relevanten gesetzgeberischen Begründung des 1:1 übernommenen § 121 SGB III a.F. geht hervor, dass die Norm einerseits der Bekämpfung von Leistungsmissbrauch, andererseits der Erhöhung der Verantwortung des Arbeitslosen für die Beendigung der Arbeitslosigkeit dient.[152] Bei der Versagung von Arbeitslosengeld, die der arbeitslosen Person droht, wenn sie eine nach § 140 Abs. 4 SGB III zumutbare Beschäftigung ausschlägt, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Sanktion.[153] Aus diesen Gründen ist eine Heranziehung von § 140 Abs. 4 SGB III im Rahmen der Billigkeitskontrolle an sich ebenfalls nicht angezeigt. Entsprechendes gilt für die Sozialauswahl: Hält die vertragliche Erweiterung einer Rechts- und Inhaltskontrolle stand, ist kein Raum für § 1 Abs. 3 KSchG.[154]

Das schließt es jedoch nicht aus, dass der Gesetzgeber § 140 Abs. 4 SGB III und/oder § 1 Abs. 3 KSchG zur Schranke für die Weisungsmacht des Arbeitgebers erhebt, mithin zum gesetzlichen Maßstab für Versetzungsweisungen des Arbeitgebers macht:

- Formulierungsvorschlag [2], § 106 GewO n.F.
  [1]Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen anweisen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung, einen anwendbaren Tarifvertrag oder

[150] LAG Hamm, Urt. v. 12.2.1996 – 8 (9) Sa 1235/95, LAGE Nr. 25 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

[151] Vgl. Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/*Mutscheler*, § 140 SGB III Rn. 3.

[152] BT-Drucks. 13/4941, S. 238 u. 13/5676, S. 2

[153] BAG, Urt. v. 6.11.2007 – 1 AZR 960/06, NZA 2008, 232, 235.

[154] ErfK/*Preis*, § 106 GewO Rn. 18.

gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. [2]Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. [3]*Erfordert die Weisung eine persönliche Auswahlentscheidung des Arbeitgebers zwischen mehreren Arbeitnehmern, findet § 1 Abs. 3 KSchG entsprechende Anwendung. […]*

- Formulierungsvorschlag [3], § 106 GewO n.F
  [1]Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen anweisen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung, einen anwendbaren Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. [2]Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. [3]*§ 140 Abs. 4 SGB III ist entsprechend anzuwenden. […]*

Reformiert der Gesetzgeber § 106 GewO dergestalt, ist eine Weisung, die § 1 Abs. 3 KSchG und/oder § 140 Abs. 4 SGB III missachtet, aus der aktuellen Warte des BAG nicht bloß unbillig, also vorübergehend verbindlich, sondern rechtswidrig und damit stets unverbindlich [vgl. hierzu III. 2 b)]. Die gesetzgeberische Konkretisierung drängt die richterliche Normschöpfung zurück. So lässt sich der Schutz des Arbeitnehmers vor unbilligen Weisungen des Arbeitgebers bereichsspezifisch verbessern. Auf diese Wirkung ist der dargelegte Lösungsansatz indes nicht beschränkt. Sein (weiterer) Fortschritt liegt darin, dass er einer direktionsrechtserweiternden Arbeitsvertragsgestaltung [vgl. III. 1.] neue Grenzen setzt. Die gesetzgeberische Konkretisierung drängt also auch die privatautonome Normschöpfung zurück. Das kann in den Fällen entgrenzender Weisungsmachtgestaltung [vgl. hierzu II 2.] das arbeitsvertragliche Äquivalenzgefüge weiter stabilisieren.

bb) Große Lösung

Die "große" Lösung nimmt hier weniger Platz ein, was ihrer Belastbarkeit indes nicht abträglich ist. Sie besteht darin, die arbeitsrechtlichen Vorschriften aus der GewO auszugliedern und am vorzugswürdigen Regelungsstandort, dem BGB, zu verankern. Denkbar ist eine Implementierung in §§ 611 a) ff. BGB n.F. In § 611 a) BGB n.F. könnte der Typus des Arbeitsvertrages definiert werden. Konkretisierende Regelungen zum Weisungsrecht des Arbeitgebers enthielte § 611 b) BGB n.F.

- Formulierungsvorschlag, § 611 a) BGB n.F. – Arbeitsvertrag

  (1) Das Arbeitsverhältnis wird durch Arbeitsvertrag begründet.

  (2) [1]Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer zu höchstpersönlichen Diensten nach personenbezogenen Weisungen (§ 611 b) BGB n.F.) des Arbeitgebers verpflichtet (Arbeitsleistung). [2]Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer das vereinbarte Arbeitsentgelt zu zahlen. [3]Ein Arbeitsentgelt gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Arbeitsleistung den Umständen nach nur gegen Entgelt zu erwarten ist.

  (3) Begründet ein als Dienstvertrag (§ 611 BGB) oder Werkvertrag (§ 631 BGB) geschlossenes Schuldverhältnis die Pflicht des einen Teils, Dienste zu erbringen, wird vermutet, dass zwischen den Vertragsparteien ein Arbeitsverhältnis besteht, wenn die Diensterbringungspflicht durch Weisungen konkretisiert wird, die zumindest auch personenbezogen sind.

- Formulierungsvorschlag, § 611 b) BGB n.F. – Weisungsrecht des Arbeitgebers

  (1) [1]Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung anweisen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung, einen anwendbaren Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. [2]Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.

  (2) [1]Der Arbeitgeber muss sein Weisungsrecht im Einzelfall nach billigem Ermessen ausüben. [2]Eine Weisung ist insbesondere unbillig, soweit

  a. sie die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und eine Behinderung des Arbeitnehmers nicht angemessen berücksichtigt.

  […]

  a. [Fakultativ] sie eine Arbeitsleistung betrifft, die dem Arbeitnehmer nach Maßgabe von § 140 Abs. 4 SGB III unzumutbar ist.

  […]

  [3]§ 275 Abs. 3 BGB bleibt unberührt.

  (3) Verstößt die Weisung gegen eine einschlägige Bestimmung des Arbeitsvertrages, einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages

oder eine gesetzliche Vorschrift, oder entspricht sie nicht billigem Ermessen, ist sie rechtsunwirksam.

(4) Sobald der Arbeitgeber eine nach Maßgabe von S. 3 rechtsunwirksame Weisung erteilt, kann der Arbeitnehmer die dieser Weisung entsprechende Arbeitsleistung verweigern.

Arbeitsleistung ist die höchstpersönliche Diensterbringung nach personenbezogenen Weisungen. § 611 a) Abs. 2 S. 1 BGB n.F. extrapoliert damit das von Rechtsprechung und Schrifttum erkannte Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses: die persönliche Weisungsabhängigkeit des Dienstleistenden. Der Begriff "personenbezogene" Weisung knüpft an die vom BAG zur Abgrenzung von Arbeits- und Werkvertrag vorgenommene Unterscheidung von personenbezogenen und objektbezogenen Weisungen an. Auf das Tatbestandsmerkmal der „Eingliederung“ in eine vom Arbeitgeber geschaffene Arbeitsorganisation wird verzichtet. Ihm kommt gegenüber dem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht keine eigenständige Bedeutung zu. Dies ist der Erkenntnis geschuldet, dass die Eingliederung als typisiertes Teilelement der Weisungsabhängigkeit verstanden werden kann. Sie lässt sich als Unterfall der Weisung charakterisieren: Indem der Arbeitnehmer in eine bestehende Arbeitsorganisation eingegliedert wird, unterwirft er sich den in dieser Arbeitsorganisation verkörperten Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers. Bei einer Arbeitsorganisation handelt es sich letztlich um „geronnene Weisungen“ des Arbeitgebers. Liegt also Weisungsgebundenheit vor, ist der zur Arbeitsleistung Verpflichtete Arbeitnehmer, der zur Forderung der Arbeitsleistung Berechtigte Arbeitgeber. Der tatsächliche Umstand einer Eingliederung kann aber weiterhin als Indiz für die Weisungsabhängigkeit herangezogen werden.[155] Die Ausübung des Weisungsrechts gestaltet die *generelle* Weisungsstruktur, die in der Arbeitsorganisation zum Ausdruck kommt, einzelfallbezogen aus und konkretisiert sie. Die Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff kann mithin auf der Basis von § 611 a) Abs. 2 S. 1 BGB n.F. ohne Friktionen fortentwickelt werden.

Zur Erleichterung der Rechtsanwendung enthält § 611 a) Abs. 3 BGB n.F. eine widerlegbare Vermutung. Wird ein Vertrag von den Vertragsparteien als Dienst- oder Werkvertrag geschlossen, entspricht die tatsächliche Vertragsdurchführung jedoch

[155] Näher *Hromadka* NZA 2007, 838; *Preis*, FS Hromadka, 2008, S. 275ff.

zumindest teilweise derjenigen des Arbeitsvertrages, wird widerlegbar vermutet, dass zwischen den Vertragsparteien ein Arbeitsverhältnis besteht. § 611 a) Abs. 3 BGB n.F. widmet sich folgerichtig der Abgrenzungsfrage von Arbeits-, Dienst- und Werkvertrag und löst sie bei Leistungskonkretisierung durch personenbezogene und typengemischte Weisungen (objekt- und personenbezogene Weisung) widerlegbar zugunsten des Arbeitsvertrages auf. Die Regelungstechnik der widerlegbaren Vermutung des Arbeitsverhältnisses hat Vorbilder im europäischen Umland.[156] Sie bietet die angesichts des fortschreitenden Innovationsprozesses der Arbeitswelt notwendige Flexibilität.

Der Gesamtzusammenhang zwischen Weisungsgebundenheit und Vertragstypenzuordnung macht die systemische Verknüpfung deutlich. Weitreichende Weisungsbefugnisse hinsichtlich Art, zeitlicher Lage und Ort der Leistungserbringung charakterisieren gerade das auf persönlicher Abhängigkeit beruhende Arbeitsverhältnis, zu dessen Schutz der Gesetzgeber berufen ist. Die Ausübung des Weisungsrechts indiziert das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

Zugleich ist es angezeigt, das im Lichte der Rechtsprechung entgrenzt erscheinende Weisungsrecht des Arbeitgebers zu bändigen. Das weitreichende Weisungsrecht charakterisiert im bestehenden Vertragsverhältnis die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers, die zum Schutz seiner legitimen Interessen, die verfassungsrechtlich fundiert sind, gesetzgeberische Maßnahmen erfordert. Die gegenwärtige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Weisungsrechten begründet – wie gesehen – insoweit keinen angemessenen Interessenausgleich.

Deshalb übernehmen §§ 611 b) Abs. 1 und 2 BGB n.F. zunächst die Grundsubstanz von § 106 GewO, konkretisieren diese jedoch mit Blick auf die Ausübungskontrolle im Einzelfall. Die Einzelweisung des Arbeitgebers ist *insbesondere* nur dann billig, wenn sie neben einer möglichen Behinderung des Arbeitnehmers, die Kriterien der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG und/oder § 140 Abs. 4 SGB III berücksichtigt.

---

[156] Eingehend Waas, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag, 2012, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2011-477-3-1.pdf.

§ 611 b) Abs. 3 BGB n.F. stellt klar, dass eine Weisungen, die arbeits- respektive kollektivvertrags- oder gesetzeswidrig ist, oder die sich nicht im Rahmen billigen Ermessens nach § 611 b) Abs. 2 BGB n.F. hält, rechtsunwirksam ist. Gemäß § 611 b) Abs. 4 BGB n.F. muss der Arbeitnehmer einer rechtsunwirksamen Weisung i.S.d. § 611 b) Abs. 3 BGB n.F. zu keinem Zeitpunkt Folge leisten.

Ein bestechender Vorteil dieser Lösung ist, dass auch Rechtsfragen wie diejenige nach dem Verhältnis von § 106 GewO und § 275 Abs. 3 GewO ohne Weiteres aufgelöst werden können, vgl. § 611 b) Abs. 2 S. 3 BGB n.F.

Ferner wird besonders deutlich, dass das Prinzip der Weisungsbindung der zentrale Ansatzpunkt ist, um nicht nur Begrenzungen der zunehmend entgrenzten Bedingungen von Arbeitsleistung zu erreichen, sondern dass auch das Merkmal der Weisungsbindung das zentrale Kriterium ist, um Umgehungen des arbeitsrechtlichen Schutzes durch irreguläre freie Dienstverträge oder Werkverträge zu sanktionieren. Insofern bevorzugen wir „die große Lösung“, weil so der Zusammenhang von Vertragstypenzuordnung und Begrenzung des Weisungsrechts deutlich wird.

2. Zukunfts- und bedarfsgerechtes Arbeits(zeit)recht etablieren

Auch angesichts der Phänomene, welche die mobilisierte Arbeitswelt zeigt, sind gesetzgeberische Reformoptionen zu erwägen. Dort, wo der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer durch die Verschmelzung von Berufs- und Privatleben oder die Überantwortung des Arbeitsprozesses gefährdet wird [vgl. hierzu III. 3. a)], kann der Gesetzgeber über das zwingende öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht[157] steuernden Einfluss nehmen.

a) Anspruch auf Bestimmung der Arbeitszeitlage, Nichtarbeitszeit und Telearbeit

Als fruchtbares Vorhaben könnte sich erweisen, dem mobilen Arbeitnehmer Zeiten zu verschaffen, an denen er für arbeitsbezogene Weisungen des Arbeitgebers nicht erreichbar ist (sog. Recht auf Nichterreichbarkeit). Normativer Anknüpfungspunkt könnte § 8 TzBfG[158] sein, dessen Inhalt nachfolgend knapp umrissen wird.

[157] Vgl. BT-Drucks. 12/5888, S. 19; Baeck/Deutsch, Einf. Rn. 48.

[158] Die folgenden Ausführungen gelten für § 15 BEEG, § 3 PflegeZG und § 2 FPfZG entsprechend.

§ 8 TzBfG ermöglicht eine dauerhafte vertragliche Änderung der Arbeitszeit. Diese kann der Arbeitnehmer erreichen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: anspruchsberechtigt sind solche Arbeitnehmer, die in einem Unternehmen mit einer Mindestbeschäftigtenzahl von i.d.R. mehr als 15 Arbeitnehmern (§ 8 Abs. 7 TzBfG) bereits sechs Monate beschäftigt sind (§ 8 Abs. 1 TzBfG). Sein Begehren, die Arbeitszeit dauerhaft zu verändern, muss der Arbeitnehmer ordnungsgemäß, d.h. drei Monate vor dem beantragten Beginn der Verringerung geltend machen (§ 8 Abs. 2 S. 1 TzBfG). Zudem dürfen der Arbeitszeitänderung keine betrieblichen Gründe entgegenstehen (§ 8 Abs. 4 TzBfG). Der Anspruch ist dadurch eingeschränkt, dass jeder Grund des Arbeitgebers ungeachtet seiner Dringlichkeit ausreicht, um einen Anspruch abzulehnen. Allerdings überprüft die Rechtsprechung zumindest

- die Erforderlichkeit des vom Arbeitgeber aufgestellten und durchgeführten Organisationskonzepts,
- dessen Vereinbarkeit mit der vom Arbeitnehmer gewünschten Verteilung und
- die Erheblichkeit entgegenstehender Gründe, die allerdings nicht dringend sein müssen und anders als beim Weisungsrecht auch keiner Abwägung mit den Interessen des Arbeitnehmers unterzogen werden.[159]

Verbunden mit einem solchen Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit kann auch eine Festlegung der Verteilung der Arbeitszeit verlangt werden. Der Arbeitgeber kann die festgelegte Verteilung der Arbeitszeit allerdings nach § 8 Abs. 5 S. 4 TzBfG wieder ändern, wenn das betriebliche Interesse daran das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung erheblich überwiegt, und er die Änderung spätestens einen Monat vorher angekündigt hat. Ein isolierter Anspruch, der ohne Reduzierung der Arbeitszeit lediglich deren Lage festzulegen sucht, besteht nach herrschender Meinung derzeit nicht.[160] Wer Vollzeit arbeiten möchte und lediglich die Lage der Arbeitszeit festlegen will, hat dazu gegenwärtig keine erfolgversprechende Möglichkeit.

Der Antrag auf Teilzeit kann nicht befristet werden.[161] Bei veränderten Rahmenbedingungen muss der Arbeitnehmer einen neuen Antrag stellen. Eine Rückkehr zu einer höheren Arbeitszeit muss nach § 9 TzBfG geltend gemacht werden. Der Ar-

[159] *Zwanziger,* AuR 2014, 216, 217 m.w.N.

[160] ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rn. 6 und Schlachter/*Laux*, § 8 TzBfG Rn. 41 ff. jeweils m.w.N.

[161] BAG, Urt. v. 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, NZA 2015, 811.

beitgeber kann einem solchen Antrag dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenhalten, § 9 TzBfG.

Festzuhalten ist: der arbeitszeitrechtliche status quo verwehrt dem Arbeitnehmer einen selbständigen Anspruch auf die Bestimmung der Arbeitszeitlage. § 8 TzBfG ermöglicht zwar eine Verringerung der Arbeitszeit. Der Arbeitnehmer kann jedoch eine feste Lage seiner Arbeitszeit nicht erreichen, ohne die Arbeitszeit gleichzeitig zu reduzieren.[162] Wie kann § 8 TzBfG nun für den Zweck der Vereinbarkeit von Privat- und Berufsleben, die angesichts der Mobilisierung der Arbeitswelt in Frage gestellt wird [vgl. hierzu III. 3.], nutzbar gemacht werden?

Vorstellbar ist es, § 8 TzBfG zunächst dahingehend zu modifizieren, dass er vorsieht, den Teilzeitanspruch des Arbeitnehmers zu befristen und bei Veränderung wesentlicher Umstände anzupassen. Ferner könnte man einen selbständigen Anspruch auf die gewünschte Arbeitszeitlage, und zwar auch an einzelnen Wochentagen in § 8 TzBfG verankern. Die geltenden Schranken des Anspruchs auf eine Verringerung des Arbeitszeitumfangs ließen sich entsprechend anwenden. Der Weg für einen solchen Anspruch scheint angesichts der jüngsten Rechtsprechung des BAG zur Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bereits vorgebahnt.[163]

Ausgehend hiervon besteht nunmehr die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer zu gewähren, Zeiträume festzulegen, in denen er keinesfalls zur Arbeitsleistung herangezogen werden kann. Der Arbeitnehmer könnte also etwa beantragen, anlässlich der Betreuung seiner Kinder o.Ä., von 23 bis 8 Uhr keine arbeitsbezogenen Tätigkeiten auszuüben. Ein solcher *Anspruch auf Nichtarbeitszeit* sollte wiederum auch für eng umgrenzte Zeiträume und/oder lediglich für einzelne Tage zur Unterbrechung der Arbeitszeit gelten. Etabliert der Gesetzgeber in § 8 TzBfG dieses Recht des Arbeitnehmers auf Nichterreichbarkeit, schafft er – zuvörderst im Interesse des Arbeitnehmers – neues Flexibilisierungspotential für die Arbeitszeitgestaltung. Dieses wirkt auf das Arbeitsvertragsgefüge jedoch nicht weiter destabilisierend, sondern kann ganz im Gegenteil eine einseitig zulasten des Arbeitnehmers überschießende Binnenflexibilisierung des Arbeitsverhältnisses kompensieren.

---

[162] ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rz. 6 und Schlachter/*Laux*, § 8 TzBfG Rz. 41 ff. jeweils m.w.N.

[163] BAG, Urt. v. 11.6.2013 – 9 AZR 786/11, NZA 2013, 1074.

Der Gesetzgeber muss an diesem Punkt jedoch noch nicht stehen bleiben. Er könnte in § 8 TzBfG zusätzlich einen Anspruch auf – teilweise – Telearbeit vorsehen. Wie eine solche Regelung aussehen könnte, zeigt Art. 2 des niederländischen *Wet flexibel werken*[164]. Zu beachten ist aber, dass Art. 2 Abs. 1 Wfw dem Arbeitnehmer gerade keinen echten Anspruch auf einen Home-Office- oder sonstigen mobilen Arbeitsplatz verschafft. Vielmehr muss der Arbeitgeber einen entsprechenden Antrag mit dem Arbeitnehmer lediglich beraten und im Übrigen ernsthaft in Erwägung ziehen, Artt. 2 Abs. 4, 6 Wfw. Um dem Interesse beider Arbeitsvertragsparteien an einer bedarfsgerechten Gestaltung der Arbeitszeit und dem Phänomen der örtlichen Entgrenzung von Arbeit [vgl. hierzu III 3. a)] Rechnung zu tragen, empfiehlt es sich, § 8 TzBfG großzügiger als Art. 2 Wfw anzulegen. Das lässt sich durch eine analoge Ausgestaltung zum (neuen) Teilzeitanspruch (s.o.) erreichen. Dadurch würde insgesamt vermieden, dass die Arbeitszeit mehr als notwendig reduziert wird, was letztendlich im Interesse beider Vertragspartner liegt. Wegen der Möglichkeiten des mobilen Arbeitens ist es allerdings auch denkbar, dass Arbeitnehmer auf Home-Office- oder sonstige mobile Arbeitsplätze versetzt werden, ohne dass dies betrieblichen Erfordernissen entspricht. Deshalb ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung und konkreten Umsetzung von Telearbeit vorzusehen. Eine Ablehnung des Betriebsrats ist dabei auf Gründe zu beschränken, die dem Schutz des antragstellenden Arbeitnehmers dienen.

b) Konkretisierung des Arbeitszeitbegriffes

Das Arbeitszeitrecht bietet neben der Reformierung von § 8 TzBfG vor allem Optionen klarstellender Präzisierung.

In § 2 ArbZG könnte der Gesetzgeber mit Blick auf das arbeitszeitrechtliche Begriffsdickichts und zunehmend mobiler Arbeitsformen die Begriffe "Bereitschaftsdienst", "Rufbereitschaft" und "Reisezeit" sowie das jeweilige Verhältnis zum Arbeitszeitbegriff des § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG definieren. Was „Bereitschaftsdienst“ und „Rufbereitschaft“ ist, und ob es sich hierbei um Arbeitszeit handelt, dokumentiert die Rechtsprechung des EuGH.[165] Der Rückgriff hierauf ist prädisponiert. Nicht ganz unproblematisch ist der Umgang mit „Reisezeiten“.

---

[164] „Gesetz flexibles Arbeiten“ – nachfolgend: Wfw.

[165] Grundlegend EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – Rs. C-303/98 – SIMAP, Slg. 2000, I-7963.

aa) Was sind Reisezeiten?

Der Begriff ist arbeitsrechtlich nicht definiert. In § 81 Abs. 1 S. 1 Bundesbeamtengesetz (BBG) bezeichnet der Gesetzgeber die Dienstreise schlicht als „dienstlich veranlasste Reise“. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 des Bundesreisekostengesetzes (BRKG) sind Dienstreisen „Reisen zur Erledigung von Dienstgeschäften außerhalb der Dienststätte“. Das BAG formuliert: „Eine Dienstreise liegt vor, wenn der Angestellte zu einem Ort fahren muss, an dem ein Dienstgeschäft zu erledigen ist.“[166] Die Dienstreise bestehe aus drei Phasen: *erstens* der Hin- und Rückfahrt, *zweitens* der Wahrnehmung des Dienstgeschäfts und *drittens* dem Aufenthalt am Ort vor und nach Erledigung des Dienstgeschäfts.[167] Übertragen heißt das:

> *„Reisezeiten sind die Zeiten, welche der Arbeitnehmer für die Hin- und Rückfahrt, die Wahrnehmung des Dienstgeschäfts und den Aufenthalt am Ort vor und nach Erledigung des Dienstgeschäfts aufwendet.“*

Diese Definition hat den Vorteil, dass sie auf verblassende Bezugspunkte wie die „Dienststätte“ oder den „Betriebsort“ verzichtet und die Folgefrage, ob Reisezeiten Arbeitszeit sind [s. hierzu IV. 2. b) bb)], durch die phasische Unterteilung vorstrukturiert, ohne sie zu präjudizieren.

Das Schrifttum hält alternative Ansätze bereit. *Anzinger/Koberski*[168] bestimmen „Reisezeiten“ als „alle unabhängig von Beginn und Ende der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers auf Anordnung des Arbeitgebers unternommenen Wege bzw. Reisen außerhalb der Gemeindegrenzen.“[169] „Wegezeiten“ seien demgegenüber „alle während der Arbeitszeit [...] innerhalb oder außerhalb des Be-

---

[166] BAG, Urt. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise. Ebenso Schaub/*Linck*, § 45 Rn. 55; Schaub/*Vorgelsang*, § 156 Rn. 17; Neumann/Biebl, § 2 Rn. 15.

[167] BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise. Die dritte Phase ablehnend Anzinger/Koberski, § 2 ArbZG Rn. 18; *Kalmbach*, PuR 2013, 51.

[168] Anzinger/Koberski, § 2 ArbZG Rn. 18 im Anschluss an *Fechner*, ArbSch 1963, 41 und *Zmarzlik*, DB 1967, 1264, 1266.

[169] Ebenso *Jakobi*, Flexibilisierungen des Arbeitsverhältnisses im Arbeitnehmerinteresse, S. 73; *Barthel/Müller*, AuA 2011, 152.

triebsgeländes aus betrieblichem Anlass unternommenen Wege eines Arbeitnehmers innerhalb der Gemeindegrenze des Betriebsortes."[170]

Dass die Gemeindegrenzen kein taugliches Kriterium für die Unterscheidung von Reise- und Wegezeiten sind, illustrieren *Baeck/Deutsch*[171]: „Während bei kleineren Gemeinden der Arbeitnehmer evtl. nach wenigen Kilometern die Gemeindegrenzen überschreitet, kann er zB in Berlin einige Stunden fahren, ohne sich der Gemeindegrenzen auch nur zu nähern." Einer Unterscheidung von Reise- und Wegezeiten bedarf es davon abgesehen im hiesigen Zusammenhang auch nicht.[172] Die Zeiten, die der Arbeitnehmer für die „Wege" der Dienstreise, das sind Hin- und Rückfahrt, benötigt, sind der Dienstreisezeit immanent.[173]

Eine empfindlichere Schwäche der Bestimmung des Reisezeitbegriffes von *Anzinger/Koberski* ist, dass sie die Anordnung der Außentätigkeit durch den Arbeitgeber voraussetzt. Eine solche „funktionale"[174] Abgrenzung vermischt die Frage, *was* Reisezeiten sind, mit derjenigen, *ob* Reisezeiten Arbeitszeit sind. Der gleiche Einwand ist *Loritz/Koch*[175] zu entgegnen, die anhand der Art der Tätigkeit des reisenden Mitarbeiters bzw. dem Berufsbild und dem Zweck der Reise bestimmen wollen, ob Reisezeit vorliegt.

Insgesamt erscheint die aus der Rechtsprechung des BAG abgeleitete, o.g. Definition der Reisezeit deshalb vorzugswürdig.

bb) Wann Reisezeit Arbeitszeit i.S.d. ArbZG ist

Ist damit der Reisezeitbegriff fixiert, gilt es zu untersuchen, ob Reisezeit Arbeitszeit, genauer, Arbeitszeit i.S.d. ArbZG ist. Denn, darüber herrscht Einigkeit, die Reisezeit hat unabhängig von ihrer arbeitsschutzrechtlichen auch eine vergütungs- und mitbestimmungsrechtliche Dimension.[176] Die Darstellung muss zunächst den Begriff der

---

[170] Anzinger/Koberski, § 2 ArbZG Rn. 18.

[171] Baeck/Deutsch, § 2 ArbZG Rn. 69. Im Anschluss an *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38.

[172] Ebenso Baeck/Deutsch, § 2 ArbZG Rn. 70.

[173] BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise.

[174] Vgl. *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38, 39.

[175] *Loritz/Koch*, BB 1987, 1102.

[176] BAG, Urt. v. 23.7.1996 – 1 ABR 17/96, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; Anzinger/Koberski, § 2 ArbZG Rn. 16a; Baeck/Deutsch, § 2 ArbZG Rn. 67 ff.; Buschmann/Ulber J., § 2 ArbZG Rn. 27 ff, 32; *Hunold*, NZA-Beil. 2006, 38; *Diepold/Stelzer*, AuA 2013, 428, 430 f.

Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn präzise nachzeichnen. Anschließend kann entlang der Phasen einer Dienstreise entschieden werden, ob und gegebenenfalls, wann der zwingende Mindestschutz des Arbeitszeitrechts (vgl. §§ 3 S. 1, 4 S. 1, 5 Abs. 1, 6 und 9 Abs. 1 ArbZG) zugunsten des reisenden Arbeitnehmers aktiviert ist, anders gesagt, Reisezeiten Arbeitszeit i.S.d. ArbZG sind. Wie brisant die arbeitszeitrechtliche Einordnung von Reisezeiten ist, illustriert das folgende Beispiel[177]: ein Arbeitnehmer fährt nach eigener Wahl mit der Bahn statt dem Firmenwagen sechs Stunden von München (Wohn- und gewöhnlicher Dienstort) nach Berlin, um dort – weisungsgemäß – an einem zweistündigen Meeting teilzunehmen. Auf der Bahnfahrt wird der Arbeitnehmer nicht arbeitsbezogen tätig. Die Aufenthaltsdauer vor und nach dem Meeting am konkreten Ort des auswärtigen Dienstgeschäfts beträgt jeweils eine halbe Stunde. Sind nun die Fahrtzeit von München nach Berlin, die Zeit des Meetings und die Wartezeiten vor und nach dem Meeting als Arbeitszeit zu erfassen, dürfte der Arbeitnehmer nur noch eine Stunde mit dem Zug von Berlin nach München fahren, um die werktägliche Höchstarbeitszeit von 10 Stunden (vgl. §§ 3 S. 1, 2 ArbZG) nicht zu überschreiten. Nüchtern betrachtet hieße das: ein in München tätiger und ansässiger Arbeitnehmer könnte nie in arbeitszeitrechtlich vertretbarer Weise innerhalb eines Arbeitstages nach Berlin mit dem Zug geschickt werden, um dort ein auswärtiges Dienstgeschäft wahrzunehmen. Aber der Reihe nach:

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG ist Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Maßgebend ist indes allein[178] der unionsrechtliche Arbeitszeitbegriff aus Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88/EG (nachfolgend: ArbZ-RL): „Arbeitszeit ist jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeitaus ausübt oder Aufgaben wahrnimmt.“ Der EuGH interpretiert Art. 2 Nr. 1 ArbZ-RL unionrechtsautonom[179] dahin, dass Arbeitszeit jede Zeitspanne ist, während der der Arbeitnehmer arbeitet, wobei es auf den Grad der

[177] Ein weiteres anschauliches Beispiel findet sich bei *Hunold*, NZA 1993, 10, 15.

[178] St. Rspr. EuGH, Urt. v. 25.11.2010 – Rs. C-429/09 – Fuß II, Slg. 2010, I-12167 – Rn. 34; EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 – Fuß I, Slg. 2010, 9849 – Rn. 52; EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01 – Pfeiffer, Slg. 2004, I-8835 – Rn. 99; EuGH, Urt. v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02 – Jaeger, Slg. 2003, I-8389 – Rn. 59.

[179] Kritisch *Wank*, RdA 2014, 285.

Beanspruchung grds. nicht ankomme.[180] Relevante arbeitszeitrechtliche Sonderformen sind Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft. Arbeitsbereitschaft ist die Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung.[181] Während des Bereitschaftsdienstes muss sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten, um bei Bedarf sofort die Arbeit aufnehmen zu können.[182] Bei der Rufbereitschaft ist der Arbeitnehmer zwar auch verpflichtet, bei Abruf die Arbeit aufzunehmen, seinen Aufenthaltsort, der dem Arbeitgeber anzuzeigen ist, kann er jedoch frei wählen.[183] Für diese Formen der Bereitschaft hat der EuGH entschieden, dass Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst vollumfänglich Arbeitszeit[184] im Sinne der ArbZ-RL sind, während bei Rufbereitschaft nur die Zeiten der tatsächlichen Inanspruchnahme als Arbeitszeit zählen.[185] Unklar ist jedoch, in welchem Moment die Arbeitszeit bei der Rufbereitschaft beginnt. Dies kann mit der Annahme eines Anrufs, theoretisch aber auch erst mit der Aufnahme der Tätigkeit der Fall sein. Der EuGH hat diese Frage noch nicht entschieden.[186] § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG ist entpsrechend der Interpretation des EuGH richtlinienkonform auszulegen.[187]

Die Komplexität des arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriffes zeigt an, dass sich mit Blick auf die arbeitszeitrechtliche Einordnung von Reisezeiten pauschale Aussagen grundsätzlich verbieten. Als gesichert muss aber gelten: Erfüllt der Arbeitnehmer durch die oder auf der Dienstreise seine Arbeitspflicht, ist die dafür aufgewendete Zeit Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn. Daraus folgt:

---

[180] EuGH, Urt. v. 1.12.2005 – Rs. C-14/04 – Dellas, Slg. 2005, I-10253 – Rn. 43.

[181] Etwa BAG, Urt. v. 9.3.2005 – 5 AZR 385/02, EzA Nr. 177 zu § 4 TVG.

[182] BAG, Urt. v. 16.3.2004 – 9 AZR 93/03, BAGE 110, 60.

[183] BAG, Urt. v. 24. 10.2000 – 9 AZR 634/99, EzA Nr. 48 zu § 11 BurlG.

[184] EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – Rs. C-303/98 – SIMAP, Slg. 2000, I-7963; EuGH, Urt. v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02 – Jaeger, Slg. 2003, I-8389; EuGH, Urt. v. 25.11.2010 – Rs. C-429/09 – Fuß II, Slg. 2010, I-12167 – Rn. 55; EuGH, Urt. v. 1.12.2005 – Rs. C-14/04 – Dellas, Slg. 2005, I-10253 – Rn. 46; EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01 – Pfeiffer, Slg. 2004, I-8835 – Rn. 93.

[185] EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – Rs. C-303/98 – SIMAP, Slg. 2000, I-7963 – Rn. 52.

[186] Vgl. zum Problem Preis/Sagan/*Ulber D.*, § 6 Rn. 135 f.

[187] Preis/Sagan/*Sagan,* § 1 Rn. 142 ff.

- Die Zeiten, in denen ein Außendienstmitarbeiter im Außendienst tätig ist, sind – eingeschlossen der ersten Fahrt zum Kunden und vom letzten Kunden zurück – Arbeitszeit i.S.d. ArbZG.[188]
- Die Zeiten, in denen ein Berufskraftfahrer das ihm zugewiesene Fahrzeug steuert, sind Arbeitszeit i.S.d. ArbZG.[189]
- Die Zeiten, in denen ein Arbeitnehmer, der nicht Außendienstmitarbeiter ist, ein auswärtiges Dienstgeschäft wahrnimmt [Phase 2], sind Arbeitszeit i.S.d. ArbZG.

Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn liegt aber auch vor, wenn ein Arbeitnehmer auf den Wegen der auswärtigen Tätigkeit, also Hin- und Rückfahrt [Phase 1], arbeitsbezogene Tätigkeiten ausübt, etwa Akten oder E-Mails bearbeitet.[190] Ob der Arbeitnehmer hierzu verpflichtet ist oder sich durch die Arbeitsaufnahme vertrags- oder weisungswidrig verhält, ist für die arbeitszeitrechtliche Erfassung irrelevant.[191] Entsprechend dem gesundheitsschützenden Zweck des ArbZG (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG) kommt es allein darauf an, *dass* der Arbeitnehmer arbeitet.

Am 11.7.2006[192] hat der 9. Senat des BAG entschieden, dass die Dauer der Hin- und Rückfahrt einer Dienstreise keine Arbeitszeit i.S.d. § 2 Abs. 1 ArbZG ist, wenn der Arbeitgeber nur vorgibt, für die Reise ein öffentliches Verkehrsmittel zu nutzen und der Arbeitnehmer i.Ü. die Wegezeiträume nach Belieben ausfüllen könne. Der Senat argumentiert mit dem Grad der Beanspruchung des Arbeitnehmers: dieser erreiche nicht einmal denjenigen der Rufbereitschaft, weil der Arbeitnehmer nicht damit konfrontiert werde, jederzeit bei Bedarf unverzüglich die Arbeit aufnehmen zu müssen.[193] Vielmehr könne der Arbeitnehmer während der Aufenthaltszeit im öffentlichen Verkehrsmittel nach Belieben *arbeiten*, private Angelegenheiten erledigen,

---

[188] LAG Düsseldorf, Urt. v. 23.1.2008 – 7 Sa 864/06, LAGE Nr. 1 zu § 611 BGB 2002 Wegezeit; Anzinger/Koberski, § 2 ArbZG Rn. 9; Buschmann/Ulber J., § 2 ArbZG Rn. 8.

[189] BeckOK ArbR/*Kock*, § 2 ArbZG Rn. 19; *Heins/Leder*, NZA 2007, 249, 250. Auf § 21a ArbZG wird verwiesen.

[190] BAG, Urt. 22.2.1978 – 4 AZR 579/76, AP Nr. 3 zu § 17 BAT m.w.N. Aus dem Schrifttum statt Vieler Anzinger/Koberski, § 2 ArbZG Rn. 21 m.w.N.

[191] A.A. wohl *Jakobi*, Flexibilisierungen des Arbeitsverhältnisses im Arbeitnehmerinteresse, S. 74.

[192] BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise.

[193] BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise.

„dösen“, schlafen oder Getränke und Speisen einnehmen.[194] Soweit der 9. Senat andeutet, das Vorliegen von Arbeitszeit sei im fraglichen Fall auch dann abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer „nach Belieben“, d.h. freiwillig arbeitet, liegt die Entscheidung eindeutig neben der Sache. Ein solcher Ansatz widerspricht nicht nur der zwingenden Interpretation des Arbeitszeitbegriffs durch den EuGH, sondern auch dem zwingenden Charakter des öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitrechts, weil er den Arbeitsvertragsparteien eine Dispositionsbefugnis über den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers einräumt. Die Entscheidung öffnet gleichwohl den Blick für den eigentlich neuralgischen Fall, der so liegt, dass der Arbeitgeber nur die Nutzung eines öffentlichen Transportmittels vorgibt und der Arbeitnehmer über die Wegezeiträume hinweg *nicht* i.e.S. arbeitet. Ist das schlichte „Reisen“ mit einem öffentlichen Verkehrsmittel Arbeitszeit i.S.d. ArbZG?

Weil der Arbeitnehmer nicht i.e.S. arbeitet, sind die o.g. Formen der Bereitschaft in den Blick zu nehmen. Hier ist zu differenzieren:

Kann der Arbeitnehmer – mit den Einschränkungen der örtlichen Begebenheiten – die Wegezeiträume nach Belieben nutzen, weil er sich weder kraft Weisung Vertragsabrede zur Arbeit bereit halten muss, ist jeder arbeitszeitrechtlich relevanten Bereitschaftsform die Grundlage entzogen. Muss der reisende Arbeitnehmer nicht damit rechnen, arbeitsbezogen beansprucht zu werden, ist der arbeitsschutzrechtliche Zweck des ArbZG nicht intendiert. Wegezeiträume sind dann keine Arbeitszeit i.S.d. ArbZG. Dieser Befund widerspricht nicht dem „geflügelten Satz“ des 5. Senats des BAG, Arbeit sei auch die vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit.[195] *Erstens* gilt die Aussage nur, soweit der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz anwesend sein muss und *nicht* frei über die Nutzung des Untätigkeitszeitraums bestimmen kann.[196] *Zweitens* hat der 5. Senat die Aussage allein betreffend die vergütungsrechtliche Dimension von Reisezeiten und gerade nicht hinsichtlich der arbeitsschutzrechtlichen getroffen. Dem Befund kann auch nicht entgegengehalten werden, er verenge den Zweck des ArbZG unzulässig auf den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers und blende Aspekte der Erfüllung persönlicher Bedürfnisse und der Teilhabe am sozio-

[194] BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise.

[195] BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 5 AZR 200/100, AP Nr. 51 zu § 307 BGB; Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 814/14, juris.

[196] BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 5 AZR 200/100, AP Nr. 51 zu § 307 BGB.

kulturellen Leben aus.[197] Dass sich der Schutzzweck des Arbeitszeitrechts auch auf die Gewährleistung persönlicher Bedürfnisse und die Teilhabe am familiären, kulturellen wie politischen Leben erstreckt, ist weder dem ArbZG (vgl. § 1 ArbZG), noch der ArbZ-RL (vgl. Art. 1 Abs. 1 ArbZ-RL) zu entnehmen.[198]

Schwerer zu fassen ist die Konstellation, dass der Arbeitgeber die Nutzung eines öffentlichen Transportmittels vorgibt und der Arbeitnehmer damit rechnen muss, mobil zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden. Man könnte meinen, der Fall liege genau in der Mitte zwischen Bereitschaftsdienst, der als vollumfängliche Arbeitszeit gilt, und Rufbereitschaft, die keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn ist (s.o.). Denn der Arbeitnehmer kann zwar seinen Aufenthaltsort wählen. Der Arbeitgeber begrenzt aber die möglichen Aufenthaltsorte. Indiziell ist zunächst die Erkenntnis, dass trotz des vorgegebenen Rahmens i.E. der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort bestimmt. Entscheidend dürfte sein, dass der Aufenthaltsort stets ein öffentliches Verkehrsmittel ist, das im Unterschied zu anderen Transportmitteln (dazu sogleich) regelmäßig ein geeignetes Umfeld für die Regeneration des Arbeitnehmers bietet. Der Fall, dass der in einem öffentlichen Verkehrsmittel reisende Arbeitnehmer auf Hin- und Rückfahrt damit rechnen muss, mobil zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden, liegt in Ansehung des gesundheitsschützenden Zwecks des ArbZG deshalb näher an der Rufbereitschaft denn am Bereitschaftsdienst. Mithin sind die entsprechenden Fahrtzeiten keine Arbeitszeit i.S.d. ArbzG.[199] Wird der Arbeitnehmer auf Hin- oder Rückfahrt im öffentlichen Verkehrsmittel zur Arbeit herangezogen, kehrt sich der Befund freilich um (s.o.).

Einen zweiten neuralgischen Fall hat das Bayerische Oberlandesgericht am 23.3.1992[200] entschieden: Wegezeiten für die Beförderung von Arbeitnehmern in be-

---

[197] Vgl. *Jakobi*, Flexibilisierungen des Arbeitsverhältnisses im Arbeitnehmerinteresse, S. 74; *Fechner*, Probleme der Arbeitsbereitschaft, S. 4 ff.; *Zmarzlik*, DB 1967, 1264; *Buschmann*, FS Hanau, S. 197, 209; ders./Ulber J., § 2 ArbZG Rn. 30.

[198] Ebenso BAG, Urt. v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise. Vgl. auch Preis/Sagan/*Ulber D.*, § 6 Rn. 2 ff.

[199] So i.E. auch etwa ErfK/*Wank*, § 2 ArbZG Rn. 17; *Jakobi*, Flexibilisierungen des Arbeitsverhältnisses im Arbeitnehmerinteresse, S. 74; Neumann/Biebl, § 2 ArbZG Rn. 15.

[200] BayOLG, Beschl. v. 23.3.1992 – 3 ObOWi 18/92, NZA 1992, 811. Zustimmend *Jakobi*, Flexibilisierungen des Arbeitsverhältnisses im Arbeitnehmerinteresse, S. 73; 15; Buschmann/Ulber J., § 2 ArbZG

triebseigenen KFZ von der Betriebsstätte zu einer auswärtigen Arbeitsstätte und zurück seien Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Die Konstellation vermag sich kaum in die vorgezeichneten Linien einpassen. Einerseits erfüllt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung i.e.S. nicht, wenn er mit einem betriebseigenen KFZ die Strecken zur Auswärtstätigkeit hin und zurück fährt, erbringt also keine „Vollarbeit". Es ist auch nicht zu erwarten, dass er hierzu herangezogen wird, während er das KFZ steuert oder als Beifahrer mitfährt, sodass weder Arbeitsbereitschaft, Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst unmittelbar einschlägig sind. Andererseits kann sich der Arbeitnehmer beim Autofahren nicht erholen, weil es ihm – im Unterschied zur Beförderung mit einem öffentlichen Verkehrsmittel – weder möglich ist zu „dösen" noch zu schlafen. Im Gegenteil: das Führen eines KFZ ist bisweilen mit nicht unerheblichen physischen und psychischen Belastungen für Fahrer und Beifahrer verbunden. Diese veranlasst der Arbeitgeber zumindest mittelbar durch die Weisung, die auswärtige Tätigkeit wahrzunehmen und unmittelbar, wenn er den Arbeitnehmer konkret anweist, Hin- und Rückfahrt mit einem KFZ zurückzulegen. Zweckgerecht ist der arbeitszeitrechtliche Gesundheitsschutz deshalb auf die Wegezeiten der Dienstreise zu erstrecken, wenn das Beförderungsmittel ein KFZ ist.[201] Ob es sich dabei um den PKW des Arbeitnehmers oder einen Dienstwagen handelt, ist ebenso irrelevant wie die freie Entscheidung des Arbeitnehmers, statt in einem öffentlichen Verkehrsmittel mit einem KFZ zur Auswärtstätigkeit und wieder zurück zu gelangen.[202] Der arbeitszeitrechtliche Gesundheitsschutz ist nicht disponibel (s.o.).

Für die Hin- und Rückfahrt einer Dienstreise [Phase 1] ist festzuhalten: Erfüllt der Arbeitnehmer auf den Wegezeiten der Dienstreise seine Arbeitspflicht, liegt Arbeitszeit i.S.d. ArbZG vor. Leistet der Arbeitnehmer keine arbeitsbezogenen Dienste, ist zwischen den Beförderungsmitteln zu differenzieren: wird der Arbeitnehmer in einem öffentlichen Verkehrsmittel befördert, sind die Wegezeiten der Dienstreise keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn. Fährt der Arbeitnehmer als Fahrer oder

---

Rn. 30. I.E. auch Baeck/Deutsch, § 2 ArbZG Rn. 76; Schliemann, § 2 ArbZG Rn. 42; *Hunold*, NZA 1993, 10, 15. *Ablehnend Loritz*, NZA 1997, 1188, 1192.

[201] Ebenso statt Vieler Baeck/Deutsch, § 2 Rn. 76 m.w.N. A.A. *Loritz*, NZA 1997, 1188, 1192; *Schlessmann*, DB 1957, 1253.

[202] A.A. *Hunold*, NZA 2006, 38, 40; Baeck/Deutsch, § 2 Rn. 76.

Beifahrer mit einem PKW zur Auswärtstätigkeit und wieder zurück, ist die dafür aufgewendete Zeit jeweils Arbeitszeit i.S.d. ArbZG.

Abschließend ein Blick auf die Zeit, die der Arbeitnehmer vor und nach Ausübung des Dienstgeschäfts am auswärtigen Dienstort verbringt [Phase 3]. Zu der Frage, ob es sich hierbei um Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn handelt, finden sich keine substanziellen Stellungnahmen in Rechtsprechung und Schrifttum.[203] Das verwundert kaum: der Zeitraum ist arbeitszeitrechtlich nicht ganz leicht zu fassen.

Der Arbeitnehmer wird regelmäßig noch nicht bzw. nicht mehr arbeitsbezogen tätig sein. „Vollarbeit" leistet er nicht. Wenn doch, liegt Arbeitszeit vor (s.o.). Vergleicht man den Zeitraum vor und nach Ausübung des Dienstgeschäfts am auswärtigen Dienstort mit den Wegezeiten der Dienstreise dürften die Regenerationsmöglichkeiten vor Ort meist nicht denjenigen in einem öffentlichen Verkehrsmittel entsprechen, jedoch auch nicht so eingeschränkt sein wie in einem fahrenden PKW. Ob der Arbeitnehmer erwarten muss, zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden, ist offen. Weil die zu betrachtenden Zeiträume unmittelbar an die geschuldete Arbeitsleistung i.e.S. anliegen, könnte man erwägen, die für die arbeitszeitrechtliche Einordnung von Umkleidezeiten geltenden Grundsätze zu übertragen.[204] Der Gedanke verfängt aber nicht, weil das BAG die arbeitszeitrechtliche Erfassung von Umkleidezeiten entscheidend davon abhängig macht, ob es dem Arbeitnehmer zumutbar ist, die ihm zugewiesene Arbeitskleidung auf Weg zur Arbeit und auf dem Heimweg zu tragen.[205] Eine vergleichbare Kategorie bietet der Zeitraum unmittelbar vor und nach Ausübung des Dienstgeschäfts am auswärtigen Dienstort nicht. Das sachgerechte Ergebnis definiert deshalb wiederum der gesundheitsschützende Zweck des ArbZG: Die Zeiten vor und nach Ausübung des Dienstgeschäfts am auswärtigen Dienstort sind Wartezeiten. In diesen kann sich der Arbeitnehmer zwar nur soweit erholen, wie es die örtlichen Gegebenheiten zulassen. Er wird jedoch über das Warten hinaus nicht zusätzlich arbeitsbezogen beansprucht. Das gilt unabhängig davon, ob damit zu rechnen ist, dass der Arbeitgeber im fraglichen Zeitraum arbeitsbezogene Tätigkeiten i.e.S.

[203] Vgl. nur *Barthel/Müller*, AuA 2011, 152.

[204] Hierzu jüngst *Franzen*, NZA 2016, 136.

[205] Vgl. BAG, Beschl. v. 10.11.2009 - 1 ABR 54/08, AP Nr. 125 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; Urt. v. 19.9.2012 – 5 AZR 678/11, NZA-RR 2013, 63, 65; Urt. v. 19.3.2014 – 5 AZR 954/12, NZA 2014, 787, 789 f.

abruft oder nicht. Der Mindestschutz des Arbeitszeitrechts ist deshalb für die Zeiten vor und nach Ausübung des Dienstgeschäfts am Dienstort nicht angezeigt. Es handelt sich hierbei nicht um Arbeitszeit i.S.d. ArbZG.

Die zunächst geäußerten Befürchtungen bestätigen sich im Ergebnis nicht (zwingend): der Arbeitnehmer des einleitenden Beispiels kommt ohne arbeitszeitrechtlichen Verstoß mit der Bahn von Berlin zurück nach München. Arbeitszeitrechtlich relevant sind allein die Zeiten, in denen er Meeting in Berlin wahrnimmt. Anders läge der Fall freilich, wenn der Arbeitnehmer – bei unterstellt gleichen Fahrtzeiten – den Firmenwagen als Transportmittel gewählt hätte.[206] Dieser Befund ist Folge einer konsequent am Zweck des ArbZG orientierten arbeitszeitrechtlichen Einordnung von Reisezeiten. Diese ist umso nachdrücklicher zu befürworten, je höher die arbeitsbezogene Beanspruchung von Arbeitnehmern infolge entgrenzten Arbeitens ist.

3. Dynamische Weisungsstrukturen beherrschen

Die der Matrixorganisation von Konzernen folgende Dynamisierung der arbeitsvertraglichen Weisungsstruktur muss hinreichend legitimiert sein. Bedenken löst insofern die matrixtypische Aufspaltung der arbeitsvertraglichen Weisungsstruktur mit Blick auf § 613 S. 2 BGB aus.

Neuralgisch sind dabei allein Fälle, in denen der Vertragsarbeitgeber sein Weisungsrecht teilweise auf einen arbeitsvertragsfremden Dritten delegiert, der also selbst nicht in einer arbeitsvertraglichen Beziehung zum Vertragsarbeitgeber steht.[207]

Der 1. Senat des BAG hat in einer älteren Entscheidung vom 10.3.1998[208] judiziert, dass die teilweise Übertragung des Weisungsrechts auf arbeitsvertragsfremde Dritte kein Verstoß gegen § 613 S. 2 BGB darstelle. Diese Entscheidung nehmen zahlreiche Stimmen des arbeitsrechtlichen Schrifttums zum Anlass, die Delegation des fachlichen Weisungsrechts auf eine arbeitsvertragsfremde Einheit als bloße

[206] Stimmen im Schrifttum haben deshalb vorgeschlagen, im betreffenden Fall ausnahmsweise eine Abweichung von der werktäglichen Höchstarbeitszeit nach oben zuzulassen. Vgl. *Gitter*, DB 1964, 443; *Zmarzlik*, DB 1967, 1264, 1266.

[207] Statt vieler *Kort*, NZA 2013, 1318, 1320. A.A. offenbar *Wolf/Weller*, AuA 2015, 210, 211, die in keinem Fall rechtliche Bedenken gegen matrixtypische Aufspaltung des Weisungsrechts äußern.

[208] BAG, Urt. v. 10.3.1998 – 1 AZR 658/97, NZA 1998, 1242, 1243.

Ausübungsermächtigung nach §§ 164 ff. BGB[209] auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers für mit § 613 S. 2 BGB vereinbar zu erklären.[210] § 613 S. 2 BGB werde nicht berührt, weil das disziplinarische Weisungsrecht beim Arbeitgeber verbleibe und dieser sich regelmäßig vorbehalten werde, die fachliche Weisungsmacht wieder an sich zu ziehen.[211] Das Beispiel der Leiharbeit, die mit § 613 S. 2 BGB vereinbar ist,[212] zeige, dass eine Delegation des fachlichen Weisungsrechts dem Arbeitsrecht nicht fremd sei.[213]

Die maßgebliche Frage lautet, ob sich durch die Delegation des fachlichen Weisungsrechts die geschuldete Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ändert.[214] Denn nach § 613 S. 2 BGB ist der Anspruch auf *die Dienste* im Zweifel, d.h. ohne Zustimmung des Arbeitnehmers, nicht übertragbar. Zweck von § 613 S. 2 BGB ist es, dass sich die Arbeitsvertragsparteien ohne besondere Vereinbarung keine andere Person als Vertragspartner aufdrängen lassen müssen.[215] Der Arbeitnehmer soll vor der nicht gewollten Weisungsgebundenheit gegenüber einem arbeitsvertragsfremden Dritten geschützt werden.[216]

Als wenig belastbar erweist sich zunächst das Argument, § 613 S. 2 BGB werde durch die matrixtypische Delegation des fachlichen Weisungsrechts nicht berührt, weil das disziplinarische Weisungsrecht beim Arbeitgeber verbleibe. Zweifelhaft ist bereits die Unterscheidung zwischen fachlichem und disziplinarischem Weisungsrecht. Diese ist weniger juristischen, als vielmehr eines betriebswirtschaftlichen Ursprungs.[217]

---

[209] Hierzu Staudinger/*Rieble*, § 315 BGB Rn. 99 f., 283 ff., 313.

[210] *Neufeld/Michels*, KSzW 2012, 49, 52 f.; *Dörfler/Heidemann*, AiB 2012, 196, 198; *Müller-Bonanni/Mehrens*, ZIP 2010, 2228, 2229; *Seibt/Wollenschläger*, AG 2013, 229, 235; *Kort*, NZA 2013, 1318, 1320.

[211] *Neufeld/Michels*, KSzW 2012, 49, 52 f.

[212] ErfK/*Preis*, § 613 BGB Rn. 9.

[213] *Dörfler/Heidemann*, AiB 2012, 196, 198.

[214] Zutreffend *Müller-Bonanni/Mehrens*, ZIP 2010, 2228, 2229.

[215] BeckOK BGB/*Fuchs* § 613 Rn. 1.

[216] *Neufeld/Michels*, KSzW 2012, 49, 52 f.

[217] *Neufeld/Michels*, KSzW 2012, 49, 52 f.

Hält man die Unterscheidung gleichwohl aufrecht, ist zu konstatieren: Welche Arbeitsleistung geschuldet wird, definiert zuvörderst die fachliche Weisung. Insoweit zutreffend erläutert *Neufeld*: "Wer Weisungen erteilt, tut dies in Konkretisierung *seines* Anspruchs auf die Arbeitsleistung"[218].

Es ist ferner unzutreffend, dass sich der Vertragsarbeitgeber in einer Matrixorganisation regelmäßig das volle "disziplinarische" Weisungsrecht vorbehält. Vielmehr kann die vertragsfremde steuernde Einheit den Arbeitnehmer regelmäßig abmahnen, um die fachliche Weisung durchzusetzen.[219]

Endlich streitet der Fall der Arbeitnehmerüberlassung nicht entscheidend gegen, sondern entscheidend für ein Zustimmungserfordernis des Arbeitnehmers nach § 613 S. 2 BGB. Denn die Arbeitnehmerüberlassung berührt § 613 S. 2 BGB deshalb nicht, weil der Arbeitnehmer des Verleihers durch Abschluss des Arbeitsvertrages in die Unterwerfung unter fremde Weisungen eines künftigen Entleihers einwilligt.

Insgesamt ist deshalb gem. § 613 S. 2 BGB zu verlangen, dass der Vertragsarbeitgeber sein "fachliches" Weisungsrecht nur dann rechtskonform auf eine vertragsfremde steuernde Einheit delegieren kann, wenn der Arbeitnehmer dazu eingewilligt hat.[220]

V. Fazit

1. Die mobile, digitalisierte Arbeitswelt führt zu inhalts-, orts- und zeitentgrenzten Arbeitsleistungen. Die in abhängigen Arbeitsbeziehungen anzutreffende strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers wird durch die modernen Entwicklungen noch verstärkt.
2. Die durch Gesetz und Rechtsprechung anerkannte weitreichende Weisungsbefugnis des Arbeitgebers trifft auf eine in vielfacher Hinsicht entgrenzte Arbeitswelt. Die modernen Entwicklungen erfordern ein Nachdenken darüber, ob hinsichtlich des Weisungsrechts des Arbeitgebers und der Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers weiterhin ein angemessener Interessenausgleich gewährleistet wird.

---

[218] *Neufeld*, AuA 2012, 219.

[219] Vgl. BAG, Urt. v. 18.1.1980 – 7 AZR 75/78, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

[220] Ebenso *Meyer*, NZA 2013, 1326, 1329; *Maywald*, Der Einsatz von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen multinationaler Konzerne, 2010, S. 49, 127.

3. Der Gesetzgeber hat Anfang des Jahrtausends nicht nur das Weisungsrecht des Arbeitgebers in § 106 GewO kodifiziert, sondern auch mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die sogenannte AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht etabliert. Die auf dieser Basis getroffenen Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit haben sich für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überraschend und ungewollt nachteilig ausgewirkt.
4. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, erkennbare Fehlentwicklungen zu korrigieren.
5. Durch weitreichende Weisungsrechte hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit und der örtlichen Leistungserbringung drohen gesundheitliche Gefährdungen und familiäre Pflichtenkollisionen.
6. Rechtssystematisch zeigt sich ein Zusammenhang von typusbegründender weisungsabhängiger Leistungserbringung durch Arbeitsvertrag und der Reichweite der jeweiligen Weisungsrechte.
7. Die Arbeit auf Abruf ist auf der Basis der aktuellen Rechtsprechung unausgewogen gestaltet. Es bedarf eines korrigierenden Eingreifens des Gesetzgebers.
8. Durch die jüngere Rechtsprechung ist der Rechtsschutz gegen unbillige Weisungen des Arbeitgebers ausgehöhlt. Hier bedarf es einer Gesetzeskorrektur.
9. § 106 GewO bedarf einer konkretisierenden Rechtssetzung zur Frage der Unbilligkeit. Es bedarf sowohl eine Eingrenzung der örtlichen Versetzbarkeit als auch einer Etablierung des Prinzips der Sozialauswahl.
10. Insgesamt wird eine Lösung über eine Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches befürwortet, in dem nicht nur den Typus des Arbeitsvertrages definiert und mit einer adäquaten Vermutungsregelung kodifiziert, sondern zugleich der Nukleus des Arbeitsverhältnisses, das Weisungsrecht, in systematischem Zusammenhang geregelt wird.