

*Sehr geehrte Damen und Herren,*

*es ist vollbracht!*

*Wir meinen damit unseren Umzug „auf AEG“. Dies lässt uns nach Vorne blicken. Am 18. September 2010 wird es einen Tag der Offenen Tür auf AEG mit einem entsprechenden Rahmenprogramm geben. Wir möchten Sie bitten, sich diesen Termin vorzumerken. Selbstverständlich werden wir uns an dem Tag der Offenen Tür beteiligen und dort gleichzeitig unsere Eröffnungsfeier durchführen. Eine persönliche Einladung mit allen erforderlichen Informationen schicken wir Ihnen in Kürze zu.*

*Aber auch inhaltlich ist die Zeit nicht ereignislos vergangen. Ich habe zwischenzeitlich an der Georg-Simon-Ohm Hochschule Nürnberg einen Lehrauftrag – selbstverständlich zum Thema Arbeitsrecht – übertragen bekommen. Schlussendlich haben wir unser Team erneut verstärkt, um unseren Ansprüchen Ihnen gegenüber Rechnung tragen zu können.*

*In diesem Sinne verbleibe ich*

*Ihr Joachim Zobel*

## Themen dieser Ausgabe

### ▶ A. Urteilsbesprechungen

#### 1. Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr

*EuGH vom 19.01.2010 (Rs.: C-555/07)* 2

#### 2. Diskriminierung älterer Arbeitnehmer durch Abfindungsmodell („Turbo-Prämie“)

*BAG vom 25.02.2010 (Az.: 6 AZR 911/08)* 2

#### 3. Abmahnung nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung – Anforderungen an die Arbeitsaufforderung durch den Arbeitgeber

*LAG Berlin-Brandenburg vom 05.11.2009 (Az.: 26 Sa 1840/09)* 3

#### 4. Private Nutzung eines Dienstwagens bei Erkrankung des Arbeitnehmers

*LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.07.2009 (Az.: 15 Sa 25/09)* 4

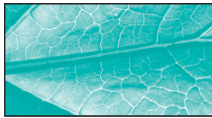
### ▶ B. Thema

**Ist die Dienstreise Arbeitszeit?** 6

### ▶ C. Meldungen

1. Kurzarbeit konjunkturell nochmals verlängert bis März 2012 7

2. Begrenzung der Arbeitszeit 7



## A. Urteilsbesprechungen

### 1. Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr

*EuGH, Urteil vom 19.01.2010, Rs.: C-555/07*

In der Rechtssache Küçükdeveci hat der EuGH entschieden, dass die Regelung des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.

§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB bestimmt, dass bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten nicht berücksichtigt werden, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen.

Die Regelung, so die Luxemburger Richter, verletze das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Das Diskriminierungsverbot sei als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anerkannt (EuGH, Urteil v. 22.11.2005, Rs. „Mangold“, C-144/04, Slg. 2005 I-9981) und werde durch die Richtlinie 2000/78/EG und Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union konkretisiert.

Hinter der Regelung der Nichtanrechnung bestimmter Beschäftigungszeiten stünden zwar aner kennenswerte beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitische Ziele des Gesetzgebers – so soll dem Arbeitgeber eine größere personalwirtschaftliche Flexibilität und gleichzeitig den jüngeren Arbeitnehmern bessere Einstellungs chancen verschafft werden. Die Regelung sei aber zur Erreichung dieses Ziels nicht angemessen, weil sie unterschiedslos für alle Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs in den Betrieb eingetreten sind, gilt, und unabhängig davon ist, wie alt die Arbeitnehmer zum Zeitpunkt ihrer Entlassung sind.

Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, der auch dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zukommt, sei die unionsrechtswidrige nationale Regelung unangewendet zu lassen.

#### ► Praxistipp:

Auch Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres müssen künftig bei der Berechnung der Kündigungsfristen mit eingerechnet werden. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist nicht mehr anzuwenden. Die Personallisten sind daher zu korrigieren, wenn bei der Darstellung der Betriebszugehörigkeitszeiten die Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr nicht berücksichtigt wurden.

### 2. Diskriminierung älterer Arbeitnehmer durch Abfindungsmodell („Turbo-Prämie“)

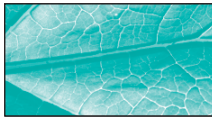
*BAG, Urteil vom 25.02.2010, Az.: 6 AZR 911/08*

Der beklagte Arbeitgeber legte im Juni 2006 als Maßnahme des Personalabbaus ein Abfindungsmodell auf. Dies galt für Arbeitnehmer, die bis zu einem bestimmten Stichtag (31.07.2007) freiwillig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden. Darüber hinaus wurde eine „Turbo-Prämie“ in Aussicht gestellt, wenn ein Aufhebungsvertrag zu einem Beendigungszeitpunkt vor dem 30.09.2006 geschlossen werden konnte. Das Modell richtete sich ausdrücklich nur an Mitarbeiter der Jahrgänge 1952 und jünger und stand unter einem doppelten Freiwilligkeitsvorbehalt: Kein Arbeitnehmer musste zu den dargelegten Bedingungen ausscheiden; der Arbeitgeber behielt sich vor, ein Ausscheiden für bestimmte Arbeitnehmer abzulehnen.

Der Kläger, ein Arbeitnehmer Jahrgang 1949, verlangte, dass ihm ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu einem Zeitpunkt vor dem 30.09.2006 unterbreitet wird, das als Abfindungssumme auch die „Turbo-Prämie“ enthält. Der Arbeitgeber wies dies unter Hinweis auf die Bedingungen des Abfindungsmodells zurück und unterbreitete dem Kläger stattdessen ein an den bestehenden tariflichen Altersteilzeitregelungen orientiertes Abfindungsangebot.

Das BAG hatte nun darüber zu entscheiden, ob dem Kläger ein Anspruch auf Abgabe eines entsprechenden Angebots durch den Arbeitgeber und Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche wegen einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters nach dem AGG zustehen. Der Senat hat die Auffassung vertreten, dass ältere Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber generell von einem Personalabbau ausnimmt, grundsätzlich auch dann nicht i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG unmittelbar gegenüber jüngeren Arbeitnehmern benachteiligt werden, wenn der Personalabbau durch freiwillige Aufhebungsverträge unter Zahlung attraktiver Abfindung erfolgen soll. Zwar sei der Anwendungsbereich des AGG eröffnet, da unter „Entlassungsbedingungen“ i.S.v. § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGG auch Aufhebungsverträge fielen.

Zum einen liege schon keine unmittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG vor, da die Ziele der EG Richtlinie 2000/78, in deren Umsetzung das AGG verabschiedet wurde, nicht berührt werden. Die Richtlinie diene u.a. dazu, für die Gruppe der über 55-jährigen besondere Schutz- und Integrationsmöglichkeiten zu schaffen, da diese auf dem Arbeitsmarkt schlechtere Erwerbsbeteiligungschancen hätten als jüngere Arbeitnehmer. Vor diesem Hintergrund werde ein älterer Arbeitnehmer durch die Herausnahme aus dem Personalabbau gegenüber jüngeren Arbeitnehmern,



die unter einer Abfindung freiwillig aus dem Unternehmen ausscheiden können und sich neue Erwerbschancen suchen müssen, im Regelfall nicht weniger günstig behandelt. Zum anderen, so der erkennende Senat, sei die Maßnahme jedenfalls nach § 10 S. 1 und 2 AGG gerechtfertigt. Die Personalabbaumaßnahme habe es den älteren Arbeitnehmern gerade ermöglicht, mit der beim Arbeitgeber geltenden Altersteilzeitregelung einen gleitenden Übergang in die Altersrente zu vollziehen. Durch die Herausnahme der älteren Arbeitnehmer habe der Arbeitgeber, die weitere Teilnahme am Erwerbsleben gewährleistet.

Des Weiteren hat das BAG sich mit der Frage beschäftigt, ob die Maßnahme gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verstößt. Dieser Grundsatz, so der Senat, finde aber keine Anwendung, wenn individuelle Vereinbarungen über die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses unter Zahlung von Abfindungen getroffen werden. Dies gelte auch dann, wenn die Abfindungen in einer Betriebsvereinbarung oder – wie in vorliegendem Fall – in einem Regelungsplan des Arbeitgebers festgelegt wurden. Entscheidend sei, dass sich der Arbeitgeber ausdrücklich vorbehalten habe, in jedem Einzelfall darüber zu entscheiden, ob er Angebote von Arbeitnehmern auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu den genannten Bedingungen annehmen will. Zur Begründung einer Ungleichbehandlung gegenüber gleichaltrigen Arbeitnehmern, müsse der Kläger darlegen, dass der Arbeitgeber Aufhebungsverträge zu den gleichen Bedingungen, die nach dem Abfindungsmodell nur für jüngere Arbeitnehmer gelten, geschlossen hat.

### ► Praxistipp:

Ein Arbeitnehmer erfährt nicht bereits dann eine „weniger günstige Behandlung“ i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG, wenn er objektiv anders als ein älterer oder jüngerer Arbeitnehmer behandelt wird. Ein Abfindungsmodell als Maßnahme „einvernehmlichen“ Personalabbaus, das Arbeitnehmer über 55 generell herausnimmt, stellt keine unmittelbare Benachteiligung gegenüber jüngeren Arbeitnehmern dar. Der Arbeitgeber muss sich aber ausdrücklich vorbehalten, in jedem Einzelfall darüber zu entscheiden, ob er Angebote von Arbeitnehmern auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages annehmen will.

## 3. Abmahnung nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung - Anforderungen an die Arbeitsaufforderung durch den Arbeitgeber

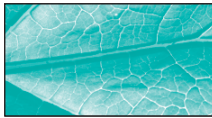
*LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 05.11.2009, Az.: 26 Sa 1840/09*

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte darüber zu entscheiden, ob eine nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung erteilte Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen ist.

In einem vorangegangenen Kündigungsschutzprozess hatte das Gericht bereits festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der beklagten Arbeitgeberin nicht beendet worden war. In der Berufungsverhandlung hatte die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Klägerin wieder zur Arbeit erscheinen müsse, sollte die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung festgestellt werden.

Nach Abschluss des Kündigungsschutzprozesses war die Klägerin zunächst arbeitsunfähig, teilte aber mit, dass sie ab dem 1. Oktober wieder arbeitsfähig sein und ihre Arbeit zum betriebsüblichen Arbeitsbeginn um 7.00 Uhr antreten werde. Daraufhin reagierte die beklagte Arbeitgeberin zunächst nicht. Als die Klägerin am 1. Oktober nicht zur Arbeit erschien, forderte die beklagte Arbeitgeberin die Klägerin zur Aufnahme der Arbeit auf. Daraufhin erschien die Klägerin erst gegen 10.00 Uhr zur Arbeit. Am 6. Oktober erschien die Klägerin dann zu spät zur Arbeit. Die beklagte Arbeitgeberin sprach daraufhin zwei Abmahnungen aus. Die erste wegen des Zuspätkommens am 1. Oktober, die zweite wegen „wiederholten Zuspätkommens innerhalb kürzester Zeit“ am 6. Oktober.

Beide Abmahnungen, so das Urteil der Kammer, sind zu Unrecht erteilt worden und daher aus der Personalakte zu entfernen. Die erste Abmahnung für das Zuspätkommen am 1. Oktober sei unwirksam, da eine konkrete Aufforderung durch die Beklagte nicht vorgelegen hätte und die Klägerin daher nicht zur Aufnahme der Arbeit am 1. Oktober verpflichtet gewesen sei. Ein Arbeitnehmer, so die Richter, sei aufgrund eines gekündigten Arbeitsverhältnisses zu weiterer Arbeitsleistung nicht verpflichtet. Nach Ausspruch einer Kündigung sei ein Arbeitnehmer zur Aufnahme der Arbeit nur dann verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm den Arbeitsplatz anbietet und zugleich erklärt, die Arbeitsleistung als Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrages anzunehmen oder die Parteien ein Prozessarbeitsverhältnis vereinbart haben. Der Arbeitgeber dürfe bei seiner Arbeitsaufforderung die Kündigung nicht aufrechterhalten. Auch das Angebot auf Abschluss eines Prozessarbeitsverhältnisses



sei nicht ausreichend, solange es nicht angenommen werde. Die Erklärung der Arbeitgeberin, dass die Klägerin nach Abschluss des Kündigungsschutzprozesses wieder arbeiten müsse, genüge den Anforderungen an ein Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bzw. zur Aufnahme eines Prozessarbeitsverhältnisses nicht.

Die zweite Abmahnung, so das Landesarbeitsgericht weiter, enthalte jedenfalls insoweit eine unrichtige Tatsachenbehauptung, als der Klägerin vorgeworfen wird, sie habe „bereits zum zweiten Mal innerhalb kürzester Zeit gegen ihre arbeitsvertragliche Pflicht, pünktlich zur Arbeit zu erscheinen“ verstoßen. Daher bestehe auch insoweit ein Anspruch der Klägerin auf Entfernung aus der Personalakte.

### ► Praxistipp:

Ein Arbeitnehmer ist nur dann zur Aufnahme der Arbeit verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm den Arbeitsplatz anbietet und zugleich erklärt, die Arbeitsleistung als Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrages anzunehmen oder die Parteien ein Prozessarbeitsverhältnis vereinbart haben. Dieses Angebot muss durch den Arbeitgeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden. Es genügt nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg nicht, dass der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer im Falle des Obsiegens wieder zur Arbeit zu erscheinen habe. Dies hat zur Folge, dass eine Abmahnung wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten nicht möglich ist, solange der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Arbeitnehmer Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug geltend machen kann, wenn der Arbeitgeber nach einer unwirksamen Kündigung keinen funktionsmäßigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auffordert.

## 4. Private Nutzung eines Dienstwagens bei Erkrankung des Arbeitnehmers

**Das dem Arbeitnehmer eingeräumte Recht zur privaten Nutzung eines Dienstwagens ist Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts. Im Falle der Erkrankung des Arbeitnehmers endet das Recht zur Privatnutzung – vorbehaltlich einer abweichenden Parteivereinbarung – mit dem Ende des Entgeltfortzahlungszeitraumes (entgegen LAG Berlin – Brandenburg, 19.02.2007, Az.: 10 Sa 2171/06 und im Anschluss an LAG Köln 29.11.1995, Az.: 2 Sa 843/95). Der Vereinbarung eines entsprechenden Widerrufsvorbehalts bedarf es nicht.**

*LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.07.2009, Az.: 15 Sa 25/09*

Im vorliegendem Fall war dem Arbeitnehmer ein Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen worden. Der Kläger war seit dem 3. März 2008 bis 31. Mai 2008 arbeitsunfähig krank. Ab dem 14. April 2008 bezog der Kläger Krankengeld.

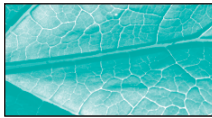
Am 7. November 2008 richtete die Beklagte ein Schreiben an den Kläger, das auszugsweise wie folgt lautete:

*„Sie sind seit dem 3. März 2010 arbeitsunfähig. Entgegenkommenderweise haben wir bisher von unserem Recht, den PKW nach Ablauf der Lohnfortzahlung zurückzufordern, keinen Gebrauch gemacht. Der Leasingvertrag des Ihnen zur Verfügung gestellten PKWs läuft aus. Aus diesem Grund fordern wir den zur Nutzung überlassenen PKW zurück. Wir bitten um Rückgabe des Wagens am 13. November 2008[...]"*

Am 16. Dezember 2008 nahm der Kläger seine Arbeit bei der Beklagten wieder auf. Der Kläger hat erstinstanzlich u.a. Nutzungsausfallentschädigung verlangt.

Mit der vereinbarten Überlassung des Dienstwagens zur privaten Nutzung haben die Parteien die Hauptleistungspflicht der Beklagten erweitert. Die Überlassung des Dienstwagens zu privaten Zwecken ist eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung.

Für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 13. November 2008 bis 15. Dezember 2008, in dem der Kläger den Dienstwagen auf Aufforderung der Beklagten zurückgegeben hatte, ist der Beklagten die Erbringung dieser Leistung wegen Zeitablaufs unmöglich geworden. Der Kläger kann aber keine Nutzungsausfallentschädigung als Schadenersatz verlangen, weil die Beklagte in diesem Zeitraum nicht mehr arbeitsvertraglich verpflichtet war, dem Kläger den Dienstwagen zur privaten Nutzung zu überlassen.



Liegt aufgrund der privaten Nutzungsmöglichkeit eine Arbeitsvergütung in Form einer Sachleistung vor, folgt aus dem Vergütungscharakter eines derartigen Sachbezugs, dass dem Arbeitnehmer grundsätzlich der Dienstwagen auch dann zur Nutzung verbleiben muss, wenn er aus persönlichen Gründen (Arbeitsbehinderung, Krankheit) an der Dienstleistung verhindert ist.

Als Teil der Arbeitsleistung ist die Gebrauchsüberlassung allerdings nur solange geschuldet, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt schuldet. Deshalb hat der Arbeitgeber das Recht, dem Arbeitnehmer im Falle der Krankheit mit dem Ende des Entgeltfortzahlungszeitraums den Dienstwagen entschädigungslos zu entziehen.

Im BGB gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Dieser Grundsatz wird zu Gunsten des Arbeitnehmers zur Sicherung seiner Existenzgrundlage durchbrochen. Er behält in bestimmten Fällen trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung seinen Vergütungsanspruch, insbesondere bei Urlaub und im Krankheitsfall für den Entgeltfortzahlungszeitraum. Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings auch, dass nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums der allgemeine Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ wieder Anwendung findet. Der Privatnutzungsanspruch des Klägers entfiel somit mit Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums, ohne dass es eines Widerrufvorbehalts bedurfte.

Zwar folgt daraus, dass der Arbeitgeber nicht weiter zur Leistung von Arbeitsentgelt verpflichtet ist, nicht notwendig, dass er zur Leistung von Sachbezügen auch aus anderen Gründen nicht mehr verpflichtet sein kann und deshalb einen Dienstwagen nicht weiter zum privaten Gebrauch überlassen muss. Für eine ausdrückliche oder konkludente vereinbarte Verpflichtung des Arbeitgebers, den Sachbezug auch dann weiterhin zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer durch den Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums nach längerer Arbeitsunfähigkeit kein Gehalt mehr beanspruchen kann, ist allerdings der Arbeitnehmer darlegungspflichtig.

Die Überlassung einer Werkswohnung oder die Gewährung von Sachbezügen an eine Arbeitnehmerin während der Mutterschutzfrist sind mit dem hier vorliegenden Fall eines über den Entgeltfortzahlungszeitraum hinausgehend erkrankten Arbeitnehmers nicht zu vergleichen. Der vom Kläger angeführte Gesichtspunkt, dass sich der Arbeitnehmer darauf verlässt, bei Bedarf einen PKW zur Verfügung zu haben, führt nicht dazu, eine konkludente Vereinbarung dahingehend annehmen zu können, dass der Arbeitgeber nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums zur Gewährung der Privatnutzung des Dienstwagens verpflichtet bleibt.

Die in der Literatur und vom LAG Berlin-Brandenburg gezogene Parallele zur Überlassung von Werkswohnungen trägt nicht. Im Falle der Überlassung einer Werkswohnung

ist schon die vertragliche Ausgangslage eine andere. Bei der Werkswohnung besteht neben dem Arbeitsvertrag ein Mietvertrag, bei der Werksdienstwohnung ist die Überlassung des Wohnraums Bestandteil des Arbeitsvertrags. Die Rechte und Pflichten daraus richten sich nach dem Arbeitsvertrag. Ist der Anspruch zur Überlassung einer Werkswohnung Teil der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wird schon die Auslegung der Parteivereinbarung regelmäßig ergeben, dass der Arbeitnehmer nicht nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums zum Auszug verpflichtet ist. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 11. Oktober 2000, in dem es den Anspruch einer Arbeitnehmerin auf Weitergewährung des bisherigen Sachbezugs in Form der Privatnutzungsbefugnis eines Dienstwagens auch während der Schutzfrist der §§ 3, 6 MuSchG bejaht hat, dies mit dem Sinn und Zweck der Vorschriften von §§ 11, 14 MuSchG begründet. Die werdende bzw. die junge Mutter soll vor wirtschaftlichen Nachteilen bewahrt werden, um jeden finanziellen Anreiz für sie entfallen zu lassen, die Arbeit zu ihrem und des Kindes Nachteils entgegen des ihren Schutz dienenden Verbots fortzusetzen.

Zwar würde es im Krankheitsfall auch dem Schutz des erkrankten Arbeitnehmers zuwider laufen, wenn er sich nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums nur deshalb wieder arbeitsfähig melden würde, um die Privatnutzung des Dienstwagens nicht zu verlieren. Hier kann aber für die Dienstwagennutzung nichts anderes als für die übliche Vergütung gelten. Auch insofern könnte der Arbeitnehmer versucht sein, nach Ablauf der arbeitgeberseitigen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit wieder zur Arbeit zu erscheinen, um nicht auf das geringere Krankengeld angewiesen zu sein. Dennoch hat der Gesetzgeber die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auf sechs Wochen begrenzt.

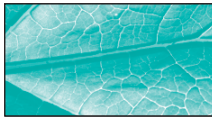
Für das hier gefundene Ergebnis spricht auch, dass der Geldwert des Sachbezugs über § 14 SGB IV bei der Berechnung der Krankengeldhöhe berücksichtigt wird.

Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers ist auch nicht deshalb von einem konkludenten Angebot der Beklagten auf Weitergewährung der Dienstwagennutzung auszugehen, weil diese ihn trotz Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums zunächst mehrere Monate nicht zurückgefordert hat. Auch eine konkludente Vereinbarung setzt voraus, dass dem Verhalten einer Partei ein entsprechender Erklärungswert zukommt. Das bloße Schweigen aber ist i.d.R. keine Willenserklärung, sondern das Gegenteil einer Erklärung.

Die Revision wurde zugelassen.

### ► Praxistipp:

Auch wenn das LAG die Überlassung des Dienstwagens zur privaten Nutzung von der Verpflichtung zur



Leistung von Arbeitsentgelt abhängig gemacht hat, sollte die Regelung zur privaten Nutzen eines Dienstwagens für den Fall der Erkrankung des Arbeitnehmers eine eindeutige Regelung enthalten. Ebenso für die Frage der Nutzung für Urlaubsfahrten.

## B. Thema

### Ist die Dienstreise Arbeitszeit?

#### 1. Die Definition der Arbeitszeit

Häufig findet man in den arbeitsrechtlichen Vorschriften eine Definition der wesentlichen Begriffspaare leider nicht. Selbst so essentielle Begriffe wie der Arbeitnehmer sind nicht gesetzlich definiert, so dass das Bundesarbeitsgericht schlussendlich diese Aufgaben übernehmen musste. In diese Reihe fügt sich nahtlos auch die Begriffsdefinition der Dienstreise ein. Lohnsteuerrechtlich ist die Dienstreise dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer vorübergehend außerhalb seiner regelmäßigen Wohnstätte und nicht an seiner regelmäßigen Arbeitsstätte beruflich tätig wird. Allgemein wird auf die Begriffsdefinition in dem Bundesreisekostengesetz abgestellt. Nach der dortigen Ausführung liegt eine Dienstreise dann vor, wenn der Arbeitnehmer zur Erledigung von Dienstgeschäften an einen Ort außerhalb des Dienstbezirkes reist. Man kann also festhalten, dass – wie nicht verwundernd – wesentliche Kriterien der Dienstreise die arbeitgeberseitige Veranlassung und die Tätigkeit außerhalb des regelmäßigen Arbeitsortes sind. Die Arbeitszeit findet ihre Definition in § 2 Abs. 1 des Arbeitszeitgesetzes. Danach ist Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen i.S. von § 4 Arbeitszeitgesetz.

#### 2. Das Direktionsrecht zur Durchführung einer Dienstreise

Die Konkretisierung des Inhaltes des Arbeitsverhältnisses, insbesondere der im Synallagma stehenden Leistungspflichten der Arbeit versus Geld erfolgt typischerweise durch Ausübung des Direktionsrechtes des Arbeitgebers. Mit Ausnahme bestimmter Berufsgruppen wird sich in dem klassischen Arbeitsvertrag eine Definition der Hauptpflicht „Reiserätigkeit“ nicht finden. Wesentliche Bedeutung hat aus diesem Grunde die Norm des § 106 Gewerbeordnung, nach der der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen i.S. von § 315 BGB bestimmt. Das Bundesarbeitsgericht hat (DB 1992, S. 142 f.) dem Arbeitgeber einen weiten Spielraum zur Anweisung von Dienstreisen eingeräumt. Das ist grundsätzlich auch berechtigt, da der Arbeitgeber auf der anderen Seite die

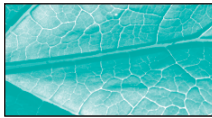
Vergütungspflicht und das „Betriebs- sowie Auslastungsrisiko“, trägt. Die Schranke des billigen Ermessens ist nur dann tangiert, wenn kein berechtigtes betriebliches Interesse des Arbeitgebers vorliegt. Dies ist grundsätzlich hinsichtlich der Festlegung eines vorübergehenden Ortes mit Auftragsbezug zur Erbringung von Arbeitsleistung immer gegeben, bei Arbeitnehmern, die typischerweise Einsatzwechseltätigkeiten ausüben (Tätigkeiten bei Kunden) oder wechselnde Einsatzorte haben, notwendiger Inhalt ihrer Tätigkeit. Aber auch in den Fällen, in denen diese notwendige generelle Tätigkeit nicht vorliegt, ist das berechtigte betriebliche Interesse leicht zu begründen. Seine Begrenzung findet dieses Direktionsrecht des Arbeitgebers nur über den Arbeitsvertrag oder durch eine sonstige Konkretisierung, die jedoch nicht allein durch langjährige Tätigkeit an einem Ort erfolgen kann. Vielmehr wäre darüber hinaus ein Umstandsmoment erforderlich, was diese Einschränkung auch willentlich seitens des Arbeitgebers nach außen treten lässt. Es ist festzuhalten, dass dem Grunde nach die Festlegung von Dienstreisen durch den Arbeitgeber ihre Begrenzung in Willkürmaßnahmen findet.

#### 3. Die Vergütungspflicht von Dienstreisen

a) Wenn und soweit der Arbeitgeber ein weites Direktionsrecht hat, den Arbeitnehmer auf Dienstreisen zu „schicken“, so stellt sich naturgemäß die Frage, ob die angeordnete Dienstreise immer vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellt oder der Arbeitgeber durchaus Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt bekommt. Diese Frage hat nicht nur Entgeltrelevanz, sondern ist auch im Lichte des § 3 des Arbeitszeitgesetzes zu betrachten. Hiernach darf die werktägliche Arbeitszeit 8 Stunden nicht überschreiten. Zwar kann diese auf 10 Stunden werktäglich verlängert werden, jedoch darf sie im Durchschnitt eines Ausgleichszeitraumes von 6 Monaten wiederum 8 Stunden nicht überschreiten. Die Frage, ob Dienstreisezeiten Arbeitszeiten sind, ist somit von erheblicher wirtschaftlicher Relevanz.

b) Arbeitszeit ist unzweifelhaft gemäß § 611 BGB i.V. mit dem Arbeitsvertrag oder sonstiger kollektivrechtlicher Regelungen zu vergüten. Die Bewertung der Dienstreisezeit als Arbeitszeit hängt jedoch von einer Einzelfallbewertung ab. Grundsätzlich wurde bis vor wenigen Jahren generell davon ausgegangen (vgl. Küttner, Personalhandbuch, S. 141, Rz. 6), aus der Ausübung des Direktionsrechtes seitens des Arbeitgebers – also die Anordnung der Dienstreise – unmittelbar auch die Vergütungspflicht resultiert. Dienstreisezeiten, die in die reguläre Arbeitszeit fallen, waren als vergütungspflichtig zu qualifizieren. Dienstreisezeit war Arbeitszeit und es kam nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer mit Bahn, Flugzeug oder Pkw reiste.

c) Die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers haben sich in diesem Bereich jedoch grundlegend verändert. Das Bundesarbeitsgericht hat sich den veränderten Flexibilitätserfordernissen und der weit überregionalen Tätigkeit



der Betriebe und Unternehmen, mithin der veränderten Arbeitswelt, angepasst und den sich daraus ergebenden Notwendigkeiten Rechnung getragen. Die maßgebliche BAG-Entscheidung datiert aus dem Jahr 2006 (11.07.2006, Az.: 9 AZR 519/05) und hat folgenden Leitsatz:

*Die Wegezeit (Dauer der Hin- und Rückfahrt) einer Dienstreise gilt nicht als Arbeitszeit i.S.v. § 2 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz, wenn der Arbeitgeber lediglich die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels vorgibt und es dem Arbeitnehmer überlässt, wie er die Zeit nutzt.“*

Die Konsequenz dieser Entscheidung ist die Bewertung der Dienstreisezeit als Wegezeit, welche durch geschickte Ausübung des Direktionsrechtes des Arbeitgebers nicht zu vergüten ist. Umgekehrt, erteilt der Arbeitgeber nicht die „wirtschaftlich sinnvolle Weisung“, so ist die Dienstreisezeit als vergütungspflichtige Arbeitszeit zu bewerten. Hier wird ein weites Terrain der Direktion eröffnet.

Zu bedenken ist, dass ein Arbeitnehmer, dessen Beschäftigungsort üblicherweise München wäre, im Rahmen des Direktionsrechtes des Arbeitgebers zu einem Kurzvortrag von 30minütiger Dauer nach Bremen gesendet wird und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorgibt, öffentliche Verkehrsmittel zu benutzen und bei Gelegenheit dieser Reise ja nicht zu arbeiten und nur den Kurzvortrag vergütet erhält. Dies erscheint unbillig. Es darf im Umkehrschluss nicht verkannt werden, dass eben nur billiges Ermessen, also ein völlig unbilliges Verhalten quasi mit „Benachteiligungsabsicht“, eine anderweitige Bewertung der Dienstreise nach sich ziehen kann.

#### 4. Bewertung

a) Arbeitgeber, die Reisezeitvergütungen als „unproduktive Zeitvergütung“ einschränken wollen, müssen in diesem Spannungsverhältnis ihr Direktionsrecht entsprechend ausüben. Sie können

- dem Arbeitnehmer grundsätzlich vorgeben, dass er für Dienstreisen öffentliche Verkehrsmittel benutzen solle und ihn bitten, die entsprechenden Wegezeiten für seine Erholung zu nutzen und jedenfalls dort nicht (zwingend) zu arbeiten,

- dem Arbeitnehmer, der mit dem Pkw fahren will, dies freistellen, jedoch mit dem Hinweis auf die obige Weisungslage.

b) Ist der Arbeitgeber sich sicher, dass die benötigte Zeit über die Regelarbeitszeit (inkl. der Dienstreise hinausgeht), oder mehrere Tage dauert, so ist die vereinbarte tägliche Regelarbeitszeit anzusetzen und zu vergüten. Sollte die Dienstreise nur einen

sehr geringen Umfang haben, so sollte aus Effektivitätsgründen diese Zeit als Arbeitszeit vergütet werden. All dies ist im Lichte geltender Tarifverträge, Reisekostenordnungen usw. zu betrachten.

#### 5. Anmerkung

Es bleibt festzuhalten, dass sich Handlungsspielräume erweitert haben. Arbeitgeber sind jedoch gut beraten bei der Anwendung darauf zu achten, dass die Motivation der Dienstreisenden im Verhältnis zu denjenigen, die am Standort bleiben (dürfen), in einem gesunden Verhältnis bleibt.

### C. Meldungen

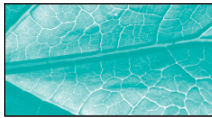
#### 1. Kurzarbeit konjunkturell nochmals verlängert bis März 2012

Die Sonderregelung zur Förderung der Kurzarbeit wurde nochmals nunmehr bis zum März 2012 verlängert. Bis dahin können sich Arbeitgeber Sozialleistungen auf das Kurzarbeitergeld vom 7. Monat an durch die Bundesagentur für Arbeit erstatten lassen.

#### 2. Begrenzung der Arbeitszeit

Die Europäische Kommission nimmt einen erneuten Anlauf, um die Höchstarbeitszeiten EU-weit einheitlich zu deckeln.

10% aller Arbeitnehmer arbeiten (inkl. Bereitschaftsdienste) mehr als maximal 48 Stunden pro Woche. Die EU-Kommission will einen freien Tag pro Woche vorschreiben. Der Sonntag ohne Arbeit und eine europaweite Begrenzung der Höchstarbeitszeit sind seit Jahren ein Streitthema in der EU. Noch im Jahr 2009 scheiterte eine Vorlage aus Brüssel am Widerstand von Europaparlament und den Mitgliedsstaaten. Nunmehr wurde ein Konsultationspapier vorgelegt. Ein Gesetzesentwurf könnte bis Ende des Jahres vorliegen; die Konsultation soll im Sommer abgeschlossen sein. Nötig geworden war die Überarbeitung durch drei Urteile des Europäischen Gerichtshofs, der Bereitschaftszeiten grundsätzlich zu Arbeitszeit erklärt hatte.

**► Ansprechpartner****Schultze & Braun****Dr. Andreas Beck**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Arbeitsrecht**Stefanie Beck**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für  
Arbeitsrecht**Siegfried Flogaus**  
Rechtsanwalt**Seraphim Ung Kim**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Arbeitsrecht**Ute Lampert**  
Dipl.-Kauffrau  
Outplacement und  
Qualifizierung**Aribert Panzer**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Arbeitsrecht**Dr. Michael Rozijn**  
Rechtsanwalt**Bertram Wolf**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Arbeitsrecht**Verena Wollert**  
Rechtsanwältin  
Dipl. Kauffrau  
Fachanwältin für  
Arbeitsrecht**Claudia Zobel**  
Dipl.-Betriebswirtin (FH)  
Personalleitung Transfer-  
gesellschaft**Joachim Zobel**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Arbeitsrecht**Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft**

Eisenbahnstr. 19-23 • 77855 Achern • Tel. 078 41 / 7 08-0 • Fax 078 41 / 7 08-3 01

**Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft**Fürther Straße 244b • 90439 Nürnberg • Tel. 09 11 / 6 00 01-0 • Fax 09 11 / 6 00 01-10  
Domshof 22 • 28195 Bremen • Tel. 04 21 / 4 33 01-0 • Fax 04 21 / 4 33 01-10

Sollten Sie Fragen zu dem Infobrief oder aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts haben, so stehen Ihnen die Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung. Dies ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Es kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Falls Sie kein Interesse mehr an unseren kostenlosen Infobriefen haben, teilen Sie uns das bitte mit.

**Haftungsausschluss:**

Die in diesem Infobrief Arbeitsrecht dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten ersetzen nicht die individuelle rechtliche Beratung für den Einzelfall. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.