

---

**Datum:** 19.09.2006  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 9. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 9 (4) Sa 173/06  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2006:0919.9.4SA173.06.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Köln, 8 Ca 8698/04

**Schlagworte:** Benachteiligung; Arbeitszeit- und Gehaltsreduzierung; Abmahnung; private Nutzung eines dienstlichen Personalcomputers; Entzug eines Dienstwagens; Entfernung aus der erweiterten Geschäftsleitung

**Normen:** § 612 a BGB

**Sachgebiet:** Arbeitsrecht

**Leitsätze:**

1. Dem Arbeitnehmer kommt ein Anscheinsbeweis zugute, wenn er Tatsachen nachweist, die einen Schluss auf eine Benachteiligung wegen zulässiger Rechtsausübung wahrscheinlich machen, z. B. ein evidenter zeitlicher Zusammenhang besteht und/oder die nachteiligen Maßnahmen gehäuft binnen kurzer Frist erfolgen (hier: Arbeitszeit- und Gehaltsreduzierung, Abmahnung, Entzug des Dienstwagens und Entfernung aus der erweiterten Geschäftsleitung nach verweigerter Zustimmung zur Änderung des Tätigkeitsgebietes).
2. Erfolgt eine nach § 612 a BGB unzulässige Benachteiligung, so sind auch die Maßnahmen aufzuheben, die keine Rechtsansprüche des Arbeitnehmers betreffen, sich aber als „Degradierung“ darstellen (hier: Entfernung aus der erweiterten Geschäftsleitung).
3. Der Arbeitnehmer kann die Entfernung eines Abmahnungsschreibens aus der Personalakte verlangen, wenn die Abmahnung unrichtige und unklare Tatsachenangaben enthält.

Werden in einer Abmahnung wegen unerlaubter privater Nutzung eines dienstlichen Personalcomputers die gerügten Internet-Aufrufe mit Datum und Uhrzeit sowie mit Internet-Namen aufgelistet, so ist die Abmahnung zu entfernen, wenn auch nur ein Teil der Angaben nicht zutrifft und durch die unrichtigen Angaben das Fehlverhalten des Arbeitnehmers noch gewichtiger erscheinen kann. Wird gerügt, unter den aufgerufenen Internet-Seiten seien auch solche mit eindeutig pornografischem Inhalt, so müssen diese in der Abmahnung besonders benannt werden.

4. Zum Anspruch auf Überlassung eines Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung aufgrund betrieblicher Übung.

---

**Tenor:**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 20. Oktober 2005

– 8 Ca 8698/04 – teilweise abgeändert:

a) Es wird festgestellt, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, die Arbeitszeit des Klägers auf 36 Stunden pro Woche und das Gehalt auf 5.272,72 € herabzusetzen.

b) Die Beklagte wird verurteilt, die dem Kläger gegenüber am 17. August 2004 erteilte Abmahnung aus der Personalakte des Klägers zu entfernen.

c) Es wird festgestellt, dass der mit Schreiben vom 17. August 2004 vorgenommene Entzug des Dienstwagens unwirksam ist.

d) Es wird festgestellt, dass der Kläger weiterhin zur erweiterten Geschäftleitung der Beklagten innerhalb der Niederlassung Köln/Leverkusen gehört.

e) Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger weitere

4.625,71 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 234,94 € seit dem 1. Dezember 2004 sowie aus je 439,15 € seit dem 1. Januar 2005, 1. Februar 2005, 1. März 2005,

1. April 2005, 1. Mai 2005, 1. Juni 2005, 1. Juli 2005,  
1. August 2005, 1. September 2005 und dem  
1. Oktober 2005 zu zahlen.

f) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.303,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. Oktober 2005 zu zahlen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

3. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

---

## **Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte unter Verstoß gegen das Maßregelungsverbot nach § 612 a BGB die Arbeitszeit und die Vergütung des Klägers gekürzt, ihm eine Abmahnung erteilt und das Dienstfahrzeug entzogen hat. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1. Juli 1988 als Angestellter beschäftigt aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 25. Mai 1988. 2

Unter Ziff. 3 des Arbeitsvertrages ist bestimmt, dass sich die regelmäßige Arbeitszeit nach den tariflichen und betrieblichen Vorschriften bestimmt und zu Beginn des Arbeitsverhältnis 37 Wochenstunden betrug. Eine abweichende Festlegung der regelmäßigen Arbeitszeit kann im Rahmen der betrieblichen und tariflichen Bestimmungen getroffen werden. 3

Nach § 1 Ziff. 3 des ab 1. Juni 2004 geltenden Manteltarifvertrages für das Kraftfahrzeuggewerbe in NRW unterfallen nicht unter den persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages Beschäftigte der Entgeltgruppe 10, die in besonderer Weise für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens gegenüber der Geschäftsführung in Verantwortung stehen und deren Arbeitsbedingungen insgesamt über die Regelungen für die Entgeltgruppe 10 hinausgehen. 4

Nach § 3 des geltenden Entgeltabkommens für das Kraftfahrzeuggewerbe in NRW gelten für die Entgeltgruppe 10 folgende Qualifikationsmerkmale: a) Meister mit Voraussetzung zur Eintragung in die Handwerksrolle oder b) gleichwertige abgeschlossene technischer oder kaufmännische Aufstiegsfortbildung oder c) Hochschulabschluss. Als Tätigkeitsmerkmale gelten: a) Tätigkeiten in Leitungsfunktionen, soweit sie nicht Geschäftsführungsfunktionen betreffen, b) Tätigkeiten mit abteilungspolitischer Alleinverantwortung. 5

Nach § 3 Ziff. 1.1 des Manteltarifvertrages für das Kraftfahrzeuggewerbe in NRW beträgt die regelmäßige Arbeitszeit 36 Wochenstunden für Arbeitnehmer ab dem vollendeten 45. Lebensjahr. Nach § 3 Ziff. 1.1.2 dieses Tarifvertrages kann für 18 Prozent der Mitarbeiter, mindestens jedoch für 3 Mitarbeiter in jeder Betriebsstätte die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit auf bis zu 40 Stunden verlängert werden. Die Verlängerung der Arbeitszeit bedarf der Zustimmung des Arbeitnehmers. Bei der Vereinbarung einer Arbeitszeit 6

bis zu 40 Stunden hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine dieser Arbeitszeit entsprechenden Bezahlung. Die verlängerte Arbeitszeit ist auf Wunsch des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers nach einer Ankündigungsfrist von drei Monaten bis zu der tariflich festgelegten regelmäßigen Arbeitszeit zu verkürzen. Das Arbeitsentgelt wird entsprechend angepasst.

Nach Ziff. 11 des Arbeitsvertrages ist allein der schriftliche Arbeitsvertrag maßgebend. Änderungen und Ergänzungen bedürfen der Schriftform. 8

Der Kläger war in verschiedenen Funktionen als Bezirksbeauftragter, Gebietsleiter und Direktor im In- und Ausland tätig und nahm zuletzt die Aufgaben eines Beauftragten für Projektmanagement in der Niederlassung Köln wahr. Dabei war er mit der Errichtung des neuen Niederlassungszentrums in Köln befasst. Nach Abschluss dieser Projektaufgabe ist er seit dem Jahr 2004 mit der Rückabwicklung von Fahrzeugkaufverträgen betraut. Gemäß Schreiben vom 19. März 2004 erhielt der Kläger ab dem 1. März 2004 bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden ein monatliches Gehalt in Höhe von EUR 5.711,87 brutto. 9

Bereits Ende 2002 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie habe in ihrer Niederlassung in Köln keine seiner Qualifikation entsprechende Position, und schlug vor, dass sich der Kläger innerhalb des Konzerns auf eine andere Stelle bewerbe oder das Arbeitsverhältnis mit ihr einvernehmlich beende. Eine von der Beklagten bezahlte Outplacement-Beratung führte zu keinem Erfolg. Im Frühjahr 2004 und zuletzt am 5. August 2004 bot die Beklagte dem Kläger eine Tätigkeit als PKW-Verkäufer an, was der Kläger mit dem Hinweis ablehnte, er werde sich jeder angemessenen, seinen bisherigen beruflichen Erfahrungen und seinem Anforderungsprofil entsprechenden Aufgaben gerne stellen. 10

Mit Schreiben vom 16. August 2004 teilte die Beklagte dem Kläger unter Hinweis auf das Gespräch vom 5. August 2004 mit, dass er ab dem 1. September 2004 mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 36 Stunden und einer monatlichen Vergütung in Höhe von EUR 5.272,72 brutto beschäftigt werde. 11

Mit Schreiben vom 17. August 2004 mahnte sie den Kläger unter Kündigungsandrohung mit der Begründung ab, er habe am 19. und 24. Mai 2004 den dienstlichen Rechner eines anderen Arbeitnehmers, den er vertreten habe, dazu benutzt, zu privaten Zwecken Internet-Seiten herunterzuladen, darunter Seiten mit eindeutig pornographischen Angeboten. In der Abmahnung werden die Internet-Aufrufe mit Datum, Uhrzeit und Internet-Domain bezeichnet (z. B. 19.5.2004, 8.57.15 Uhr, <http://www.h.de/>). Der Kläger habe gegen die Richtlinie zur Nutzung elektronischer Informations- und Kommunikationseinrichtungen bei der Beklagten verstoßen. 12

Mit einem weiteren Schreiben vom 17. August 2004 teilte sie dem Kläger mit, aufgrund seiner Tätigkeit in der Niederlassung Köln seien die Voraussetzungen für die Überlassung eines funktionsbezogenen Dienstwagens nicht mehr gegeben. Nach Ablauf einer Übergangsfrist habe er am 30. November 2004 das Dienstfahrzeug zurückzugeben. 13

Schließlich teilte sie ihm mit einem dritten Schreiben vom 17. August 2004 mit, sie habe zur Kenntnis genommen, dass er nicht mehr am Bereitschaftsdienst der erweiterten Geschäftsleitung innerhalb der Niederlassung Köln/Leverkusen teilnehmen möchte. Da er keine Aufgaben der erweiterten Geschäftsleitung wahrnehme, werde er mit sofortiger Wirkung vom Dienstplan "Bereitschaftsdienst eGL" gestrichen. 14

Mit der vorliegenden Klage, die am 25. August 2004 beim Arbeitsgericht Köln eingegangen ist, wendet sich der Kläger gegen alle vier Maßnahmen, die vor dem Hintergrund seiner berechtigten Weigerung erfolgt seien, nicht als PKW-Verkäufer für die Beklagte arbeiten zu wollen.

Die Beklagte sei nicht nach der tarifvertraglichen Arbeitszeitregelung berechtigt, seine Arbeitszeit von 39 Stunden auf 36 Stunden mit entsprechender Gehaltsreduzierung abzusenken. Da er den Status eines Abteilungsleiters und eines Mitglieds der erweiterten Geschäftsleitung habe, unterfalle er nicht dem persönlichen Geltungsbereich des Manteltarifvertrages. Zudem sei die Maßnahme unwirksam, weil der Betriebsrat nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG beteiligt worden sei, obwohl es sich bei einer Reduzierung der Arbeitszeit auf der Grundlage von § 3 Ziff. 1.1.2 des Manteltarifvertrages um eine kollektive Maßnahme handle. Die Reduzierung der Arbeitszeit entspreche auch nicht billigem Ermessen, da sie nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Die Beklagte sei verpflichtet, ihn künftig wieder mit 39 Wochenstunden und entsprechender Vergütung zu beschäftigen und ihm für die Vergangenheit die Vergütungsdifferenz nachzuzahlen. 16

Die Abmahnung sei nicht hinreichend bestimmt, da sich nicht aus ihr ergebe, ob überhaupt die private Nutzung des Internets gerügt werde und welche aufgerufenen Seiten pornografischen Inhalt hätten. Er habe die Internet-Seiten außerhalb der Arbeitszeit aufgerufen und nicht auf der Festplatte abgespeichert. Da der Betriebsrat der Überwachungsmaßnahme nicht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG zugestimmt habe, bestehe auch ein Verwertungsverbot. 17

Da ihm seit Beginn des Jahres 1989 stets ein Dienstwagen zur privaten Nutzung zur Verfügung gestanden habe und die Überlassung weder funktionsgebunden noch unter einem Freiwilligkeits- und/oder Widerrufsvorbehalt gestanden habe, sei die Beklagte verpflichtet, ihm weiterhin einen Dienstwagen zur Verfügung zu stellen und ihm Schadensersatz für die Zeit ab Entzug des Dienstwagens zu zahlen. 18

Schließlich sei der Ausschluss aus dem Kreis der erweiterten Geschäftsleitung rechtswidrig. Er habe seit fast 5 Jahren an den Sitzungen teilgenommen. Die Maßnahme stelle eine Degradierung dar. 19

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe nach § 3 Ziff.1.1.2 des auch auf das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger anwendbaren Manteltarifvertrages jedenfalls für die Zeit ab dem 17. November 2004 rechtswirksam die Arbeitszeit und das Gehalt des Klägers reduziert. Die Maßnahme sei sachlich gerechtfertigt, da die dem Kläger nach dem Abschluss des Projektmanagements (Errichtung des neuen Niederlassungszentrums) seit 2004 übertragene Vertragsbearbeitung keine höhere Arbeitszeit als wöchentlich 36 Stunden erfordere. 20

Die Abmahnung sei berechtigt, da nach der geltenden Gesamtbetriebsvereinbarung vom 1. Mai 2003 das Internet nur mit Zustimmung des Vorgesetzten habe privat genutzt werden dürfen. Zudem habe es sich um Seiten mit pornografischem Inhalt gehandelt. Die protokollierten und in der Abmahnung angegebenen Uhrzeiten seien um exakt 2 Stunden zurückversetzt. 21

Auf die weitere Überlassung eines Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung habe der Kläger keinen vertraglichen Anspruch. Die Überlassung sei funktionsgebunden erfolgt. Nach Abschluss des Projektmanagements benötige der Kläger kein Dienstfahrzeug mehr, weil er im Innendienst tätig sei. 22

Der Kläger sei im November 2000 wegen seiner Aufgaben als Projektmanager in die erweiterte Geschäftsführung der Niederlassung berufen worden. Sie habe ihn von den Dienstplänen der erweiterten Geschäftsleitung gestrichen, nachdem er im August 2004 erklärt habe, er wolle nicht mehr am Bereitschaftsdienst teilnehmen.

Das Arbeitsgericht Köln hat durch Urteil vom 20. Oktober 2005 die Klage abgewiesen bis auf einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Zahlung von EUR 1.083,24 brutto nebst Zinsen als restliche Vergütung für die Zeit vom 1. September 2004 bis zum 16. November 2004. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klage sei unzulässig, soweit der Kläger Feststellung der Unwirksamkeit der Maßnahmen begehre. Es gehe nicht um die Klärung von Rechtsverhältnissen. Zudem bestehe kein Feststellungsinteresse, da der Kläger auf Leistung klagen könne. Die Abmahnung enthalte eine zutreffende Darstellung des Sachverhalts. Die rechtliche Bewertung des gerügten Verhaltens in dem Abmahnungsschreiben enthalte keine unsachlichen und beleidigenden Äußerungen und unterliege im Übrigen nicht der gerichtlichen Überprüfung. Auf der Grundlage des auf das Arbeitsverhältnis des Klägers anwendbaren Manteltarifvertrages habe die Beklagte berechtigt die Arbeitszeit des Klägers auf 36 Wochenstunden bei entsprechender Gehaltsreduzierung abgesenkt. Der Betriebsrat sei nicht zu beteiligen gewesen. Jedoch sei die Maßnahme erst mit Ablauf des 16. November 2004 wirksam geworden, so dass dem Kläger bis dahin die Vergütung in unveränderter Höhe zustehe. Eine Pflicht der Beklagten, dem Kläger ein Dienstfahrzeug zur privaten Nutzung zu überlassen, habe nicht bestanden. 24

Das Urteil ist dem Kläger am 17. Januar 2006 zugestellt worden. Er hat hiergegen am 16. Februar 2006 Berufung einlegen und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 17. April 2006 – am 18. April 2006 (Osterdienstag) begründen lassen. 25

Der Kläger verfolgt seine erstinstanzlichen Anträge weiter, soweit ihnen nicht durch das erstinstanzliche Urteil entsprochen worden ist. Die Feststellungsanträge seien zulässig, da damit eine Klärung auch für die Zukunft erreicht werde. Die Beklagte könne sich nicht auf die manteltarifvertragliche Arbeitszeitregelung berufen, da er nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages falle. Zudem hätte der Betriebsrat bei der Arbeitszeitreduzierung mitbestimmen müssen. Die Maßnahme sei sachlich nicht gerechtfertigt, da sich sein Arbeitsanfall nicht verringert habe. Auch liege ein Verstoß gegen § 612 a BGB vor. Die Abmahnung sei zu entfernen, weil sie nicht hinreichend bestimmt sei, der Betriebsrat der Überwachung nicht zugestimmt habe und er die Internet-Seiten außerhalb der Arbeitszeit nur aufgerufen, aber nicht auf die Festplatte heruntergeladen habe. Er habe nach jahrelanger Vertragspraxis einen Anspruch auf Überlassung eines Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung und zur Teilnahme an den Sitzungen der erweiterten Geschäftsleitung. 26

**Der Kläger beantragt,** 27

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 20. Oktober 28

2005 – 8 Ca 8698/04 – abzuändern und 29

1. festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, 30

die Arbeitszeit des Klägers auf 36 Stunden pro Woche 31

und das Gehalt auf EUR 5.272,72 herabzusetzen, 32

33

2. die Beklagte zu verurteilen, die ihm gegenüber am	
17. August 2004 erteilte Abmahnung aus seiner	34
Personalakte zu entfernen,	35
3. festzustellen, dass der mit Schreiben vom 17. August	36
2003 vorgenommene Entzug des Dienstwagens	37
unwirksam ist,	38
hilfsweise dem Kläger einen Dienstwagen auch zur	39
privaten Nutzung zu überlassen,	40
4. festzustellen, dass er weiterhin zur erweiterten	41
Geschäftsleitung der Beklagten innerhalb der	42
Niederlassung Köln/Leverkusen gehört,	43
hilfsweise ihn in die erweiterte Geschäftsleitung	44
der Beklagten in der Niederlassung	45
Köln/Leverkusen aufzunehmen,	46
5. die Beklagte zu verurteilen, ihm weitere EUR 4.625,71	47
brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über	48
dem Basiszinssatz aus EUR 234,94 seit dem	49
1. Dezember 2004 sowie aus je EUR 439,15 seit dem	50
1. Januar 2005, 1. Februar 2005, 1. März 2005, 1. April	51
2005, 1. Mai 2005, 1. Juni 2005, 1. Juli 2005, 1. August	52
2005, 1. September 2005 und dem 1. Oktober 2005 zu	53
zahlen,	54
6. die Beklagte zu verurteilen, ihm EUR 3.303,65 nebst	55
Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins	56
seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	57
<b>Die Beklagte beantragt,</b>	58
die Berufung zurückzuweisen.	59
Sie trägt weiterhin vor, sie sei nach den manteltariflichen Regelungen zur Kürzung der	60
wöchentlichen Arbeitszeit auf 36 Stunden berechtigt. Der Kläger sei nie Abteilungsleiter	

gewesen. Er stehe auch nicht in besonderer Weise für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens gegenüber der Geschäftsführung in Verantwortung. Die Maßnahme, die nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterlegen habe, sei sachlich gerechtfertigt. Die Abmahnung sei hinreichend bestimmt. Ein Herunterladen im Sinne der Gesamtbetriebsvereinbarung liege auch vor, wenn eine Internet-Seite nur aufgerufen und dabei in den Arbeitsspeicher heruntergeladen werde. Ohnehin habe die erforderliche Zustimmung des Vorgesetzten nicht vorgelegen. Es habe sich um Internet-Seiten mit pornografischen Inhalten gehandelt, wobei sich dieser Inhalt bereits aus der in der Abmahnung aufgeführten Bezeichnung der Seiten ergebe. Der Aufruf sei jeweils exakt 2 Stunden später erfolgt, als es in der Abmahnung angegeben werde. Der Proxi-Server speichere die Uhrzeit mit einer um zwei Stunden zurückgesetzten Zeitangabe. Der Betriebsrat habe der Überprüfung der Internet-Nutzung durch den Kläger zugestimmt. Zudem begründe ein etwaiger Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG kein Verwertungsverbot. Ein Anspruch auf die Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung bestehe nicht. Einem solchen Anspruch stehe im Übrigen auch das Schriftformerfordernis nach Ziff. 11 des Arbeitsvertrages entgegen. Ein Anspruch des Klägers auf Teilnahme an den Sitzungen der erweiterten Geschäftsleitung bestehe nicht.

Wegen des übrigen Vorbringens wird auf den Akteninhalt verwiesen.

61

## **Entscheidungsgründe:**

62

### **I. Die Berufung ist zulässig.**

63

Sie ist gemäß § 64 Abs. 2 b ArbGG statthaft und wurde innerhalb der in § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG vorgeschriebenen Fristen eingelegt und begründet.

64

### **II. Die Berufung hat in der Sache auch Erfolg.**

65

1. Die Klage auf Feststellung, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, die Arbeitszeit des Klägers auf 36 Stunden pro Woche und das Gehalt auf EUR 5.272,72 herabzusetzen, ist zulässig und begründet.

66

a. Die Feststellungsklage ist entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts nach § 256 ZPO zulässig.

67

Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 16. August 2004 rechtsunwirksam die Arbeitszeit für die Zeit ab dem 1. September 2004 von 39 Stunden auf 36 Stunden herabgesetzt hat und ihm eine entsprechend reduzierte monatliche Vergütung gezahlt hat und künftig zahlen will.

68

Der Feststellungsantrag ist auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien gerichtet. Der Umfang der Leistungspflicht des Arbeitnehmers ist zulässiger Inhalt einer Feststellungsklage (vgl. BAG, Urteil vom 14. Oktober 2004 – 6 AZR 546/03 – und vom 9. März 2005 – 5 AZR 385/02 -).

69

Der Kläger hat auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Interesse an der begehrten Feststellung.

70

Aus der vom Kläger begehrten Feststellung ergeben sich konkrete Folgen nicht nur für die Vergangenheit, gegen die er sich mit einer Zahlungsklage wenden kann, sondern auch für die Gegenwart und die Zukunft. Folge der Feststellung ist, dass die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers über den 31. August 2004 hinaus 39 Stunden betragen hat und beträgt und dass die

71

Beklagte in Annahmeverzug geraten ist bzw. gerät, soweit sie das Angebot des Klägers auf Erbringung der Arbeitsleistung mit diesem zeitlichen Umfang abgelehnt hat und derzeit und künftig ablehnt (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 14. Oktober 2004 – 6 AZR 564/03 -).

**b.** Die Feststellungsklage ist auch begründet. 72

**aa.** Zwar findet die manteltarifvertragliche Arbeitszeitregelung, wonach die regelmäßige Arbeitszeit 36 Stunden ab dem vollendeten 45. Lebensjahr beträgt und eine nach § 3 Ziff. 1.1.2 MTV verlängerte Arbeitszeit vom Arbeitgeber nach einer Ankündigungsfrist von 3 Monaten unter entsprechender Anpassung des Arbeitsentgelts reduziert werden kann, Anwendung auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. 73

Der Kläger unterfällt nach dem persönlichen Geltungsbereich dieser tariflichen Regelung. Nach § 1 Ziff. 3 b des Manteltarifvertrages gilt die Regelung nicht für Beschäftigte der Entgeltgruppe 10, die in besonderer Weise für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens gegenüber der Geschäftsführung in Verantwortung stehen und deren Arbeitsbedingungen insgesamt über die Regelungen für die Entgeltgruppe 10 hinausgehen. 74

Auch aus dem Vorbringen des Klägers ergibt sich nicht, dass er zu diesem Personenkreis gehört. 75

**bb.** Die Maßnahme ist auch nicht wegen der unterlassenen Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziff. 3 BetrVG unwirksam. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht nach dieser Vorschrift nur bei einer vorübergehenden Erhöhung und Verkürzung der Arbeitszeit, also bei Kurzarbeit oder Überstunden (vgl. Fitting, BetrVG, 21. Aufl., § 87 Rdn. 130). Dagegen besteht kein Mitbestimmungsrecht, wenn die Änderung – wie hier – auf Dauer erfolgen soll (vgl. Fitting, a.a.O., § 87 Rdn. 133). 76

**cc.** Jedoch verstößt die mit Schreiben vom 16. August 2004 erklärte Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit unter entsprechender Anpassung des Gehalts gegen § 612 a BGB und ist damit nach § 134 BGB unwirksam. 77

Nach § 612 a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Damit verbietet § 612 a BGB jede Benachteiligung des Arbeitnehmers. Dies ist sowohl gegeben, wenn der Arbeitnehmer eine Einbuße erleidet, als auch dann, wenn ihm Vorteile vorenthalten werden, welche der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt, wenn diese entsprechende Rechte nicht ausgeübt haben (vgl. BAG, Urteil vom 12. Juni 2002 – 10 AZR 340/01 – und vom 7. November 2002 – 2 AZR 742/00 -). 78

**aaa.** Indem der Kläger zuletzt am 5. August 2004 das Angebot der Beklagten nicht annahm, künftig als PKW-Verkäufer zu arbeiten, hat er in zulässiger Weise von seinen Rechten Gebrauch gemacht. Das Angebot enthielt eine erhebliche Änderung seines Aufgabengebietes und seiner Vergütungsbedingungen. 79

**bbb.** Es bestand auch ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dieser Rechtsausübung und der Reduzierung der Arbeitszeit als benachteiligende Maßnahme. Die zulässige Rechtsausübung war der tragende Beweggrund, d. h. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme und nicht nur der äußere Anlass für die Maßnahme (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 12. Juni 2002 – 10 AZR 340/01 -). 80

Dem Arbeitnehmer kommt dabei ein Anscheinsbeweis zugute, wenn er Tatsachen nachweist, die einen Schluss auf die Benachteiligung wegen der Rechtsausübung wahrscheinlich machen, z. B. wenn der zeitliche Zusammenhang evident ist (vgl. HWK-Thüsing, Arbeitsrechtskommentar, § 612 a BGB Rdn. 35 m.w.N.).

Die Beklagte hat die Arbeitszeit des Klägers reduziert, weil er nicht bereit war, einer Änderung des Arbeitsvertrages dahin zuzustimmen, dass er künftig als PKW-Verkäufer bei ihr arbeitete. Mit ihrer Behauptung, sie habe die Arbeitszeit verringert, weil die ihm nach Ende des Projektmanagements zugewiesene Rückabwicklung von Kaufverträgen keine Beschäftigung im Umfang von 39 Stunden zulasse, verkennt sie, dass sie ihm in Ausübung ihres arbeitsvertraglichen Direktionsrechts auch andere seiner bisherigen Vergütung entsprechende Aufgaben – ggf. als Ergänzung zu den Vertragsabwicklungsarbeiten - hätte zuweisen können, um den vertraglichen Arbeitszeitrahmen auszuschöpfen. Für die Richtigkeit des Vorbringens des Klägers, seine Ablehnung sei das wesentliche Motiv für die Maßnahme der Beklagten gewesen, spricht zudem, dass sich die Beklagte in dem Schreiben vom 16. August 2004 ausdrücklich auf das Gespräch am 5. August 2004 und damit die Ablehnung des Klägers bezogen hat. Schließlich ist die Häufung der für den Kläger nachteiligen Maßnahmen durch vier Schreiben, die an 2 Tagen ausgestellt worden sind, auffällig. Neben der Mitteilung über die Arbeitszeit- und Gehaltsreduzierung erhielt er eine Abmahnung mit Kündigungsandrohung, eine Mitteilung über den Entzug des Dienstwagens und eine Mitteilung über die Entfernung aus der erweiterten Geschäftsleitung. Da die von der Beklagten angeführten Gründe für diese Maßnahmen bereits seit längerer Zeit bestanden, kann diese Häufung nur dahin gewertet werden, der Kläger habe nunmehr dafür "abgestraft" werden sollen, dass er weder als PKW-Verkäufer arbeiten noch aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden wolle. Zu dem Zeitpunkt war dem Kläger bereits seit längerem die Rückabwicklung von Kaufverträgen übertragen worden, ohne dass eine Änderung der Arbeitszeit erfolgt war. Auch war ihm weder aufgrund der Aufgabenänderung das Dienstfahrzeug entzogen worden noch war er aus der erweiterten Geschäftsleitung entfernt worden. Die Abmahnung betraf Vorfälle, die fast 3 Monate zurücklagen.

82

Da die Reduzierung der Arbeitszeit und des Gehalts wegen Verstoßes gegen § 612 a BGB nicht wirksam war, hat die Beklagte weiterhin den Kläger mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden und dem dieser Arbeitszeit entsprechenden Gehalt zu beschäftigen.

83

2. Auch die Klage auf Entfernung der Abmahnung vom 17. August 2004 aus der Personalakte des Klägers ist begründet.

84

a. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte verlangen. Eine missbilligende Äußerung des Arbeitgebers in Form einer Abmahnung ist geeignet, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen. Deshalb kann der Arbeitnehmer die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, wenn die Abmahnung formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, sie unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt wird oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgeber am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht (z. B. BAG, Urteil vom 30. Mai 1996 – 6 AZR 537/95 -).

85

Das Schreiben vom 17. August 2004, mit dem die Beklagte den Kläger wegen unerlaubter privater Nutzung eines dienstlichen Personalcomputers, insbesondere des Aufrufens von Internet-Seiten mit pornographischen Inhalten, abmahnt, enthält unrichtige und unklare Tatsachenangaben. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten sind die in der Abmahnung

86

angegebenen Uhrzeiten der Internet-Aufrufe um jeweils 2 Stunden zurückgesetzt. Dieser Umstand, der in der Abmahnung nicht erwähnt wird, ist nicht von unwesentlicher Bedeutung. Wird doch dadurch der unzutreffende Eindruck erweckt, der Kläger habe bereits bei Dienstbeginn nichts Wichtigeres zu tun gehabt, als sich Internet-Seiten mit pornografischem Inhalt anzusehen. Auch können dadurch Internet-Benutzungen, die während der Pausenzeiten erfolgt sind, fälschlich als Aufrufe während der Arbeitszeit gewertet werden. Schließlich ist zu beanstanden, dass in der Abmahnung die Aufrufe, die Seiten mit eindeutig pornografischem Inhalt betrafen, nicht besonders ausgewiesen worden sind. Denn nicht alle aufgerufenen Internet-Seiten tragen einen Namen, der ggf. auch noch nach Jahren eine eindeutige Zuordnung zulässt (z. B. oder ). Es besteht die Gefahr, dass bei späteren Entscheidungen der Beklagten (fast) alle aufgerufenen Internet-Seiten als einschlägig bewertet werden, was besonders nachteilig sein kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist gerade auch bei der Nutzung von dienstlichen Personalcomputern für das Herunterladen von Dateien mit pornografischem Inhalt entscheidend, in welchem Ausmaß dies stattgefunden hat (vgl. BAG, Urteil vom 7. Juli 2005 – 2 AZR 581/04 -). Dies kann für die Beklagte von Bedeutung sein insbesondere bei Mitarbeitern, die – wie der Kläger - die Arbeitgeberin gegenüber Kundinnen und Kunden vertreten.

**b.** Die Abmahnung stellt zudem eine unzulässige Maßregelung nach § 612 a BGB dar. Sie ist – wie bereits ausgeführt – zusammen mit weiteren für den Kläger nachteiligen Maßnahmen erteilt worden, wobei das wesentliche Motiv die berechtigte Weigerung des Klägers war, als PKW-Verkäufer zu arbeiten. 87

**3.** Weiterhin ist die Klage auf Feststellung, dass der mit Schreiben vom 17. August 2004 vorgenommene Entzug des Dienstwagens unwirksam ist, zulässig und begründet. 88

**a.** Das zu klärende Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO ist der Anspruch des Klägers auf Überlassung eines Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung. Aus der vom Kläger begehrten Feststellung ergeben sich nicht nur Folgen für die Vergangenheit, die er mit einer Schadensersatzklage geltend machen kann, sondern auch für die Gegenwart und Zukunft (vgl. dazu auch: BAG, Urteil vom 11. Oktober 2000 – 5 AZR 240/99 -). 89

**b.** Der einseitige Widerruf der Überlassung eines Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung mit Schreiben vom 17. August 2004 war unwirksam, weil der Kläger aufgrund betrieblicher Übung einen nicht widerruflichen Anspruch auf diese Leistung hat. 90

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine betriebliche Übung die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen der oder die Arbeitnehmer schließen können, ihm oder ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Für das Entstehen eines solchen Anspruchs kommt es auf den Verpflichtungswillen des Arbeitgebers nicht an. Maßgeblich ist, ob der oder die Arbeitnehmer aus dem Erklärungsverhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie aller Begleitumstände auf einen entsprechenden Bindungswillen schließen durften und das entsprechende Vertragsangebot stillschweigend annehmen konnten. Eine betriebliche Übung erfordert danach eine bestimmte Verhaltensweise des Arbeitgebers, die den Schluss darauf erlaubt, dass er sich vertraglich auf Dauer entsprechend binden will (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, z. B. Urteil vom 7. November 2002 – 2 AZR 742/00 -). 91

Die Beklagte hat dem Kläger seit Beginn des Jahres 1989 bei allen Funktionen, die er ausgeübt hat, einen Dienstwagen zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt. Sie hat weder dem Kläger zu erkennen gegeben, dass die Überlassung unter einem Freiwilligkeits- 92

und/oder Widerrufsvorbehalt stand, noch dass sie an die Ausübung bestimmter Funktionen gebunden war. Sie hat dem Kläger ein Dienstfahrzeug auch nach Übertragung seines jetzigen Aufgabengebietes im Jahr 2004 weiterhin überlassen.

Aus diesem Verhalten der Beklagten durfte der Kläger schließen, dass ihm von der Beklagten 93 auf Dauer ein Dienstfahrzeug zur privaten Nutzung überlassen wurde. Das entsprechende Angebot der Beklagten hat er durch die Entgegennahme des Dienstwagens angenommen.

Dem Entstehen des Anspruchs steht nicht die Bestimmung unter Ziff. 11 des schriftlichen 94 Arbeitsvertrages entgegen, wonach Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrages der Schriftform bedürfen. Eine solche einfache Schriftformabrede im Arbeitsvertrag verhindert regelmäßig das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht, da ein rechtsgeschäftlich vereinbarter Formzwang jederzeit wieder formlos und stillschweigend aufgehoben werden kann (vgl. HWK-Thüsing, a.a.O., § 611 BGB Rdn. 232 m.w.N.)

**c.** Der einseitige Widerruf war zudem nach § 612 a BGB unwirksam, da er sich – wie bereits 95 ausgeführt – als unzulässige Maßregelung des Klägers darstellte. Auch für diese Maßnahme der Beklagten war erkennbarer Hauptbeweggrund die berechtigte Weigerung des Klägers, künftig als PKW-Verkäufer zu arbeiten.

**4.** Schließlich ist auch die Klage auf Feststellung, dass der Kläger weiterhin zur erweiterten 96 Geschäftsleitung der Beklagten innerhalb der Niederlassung Köln/Leverkusen gehört, zulässig und begründet.

**a.** Das zu klärende Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO ist der vom Kläger geltend 97 gemachte Anspruch auf Zugehörigkeit zu diesem hervorgehobenen, für die weitere berufliche Entwicklung wichtigen Personenkreis in der Niederlassung der Beklagten. Die begehrte Feststellung hat insbesondere auch Folgen für die Zukunft, so z. B. für die Teilnahme des Klägers an Gesprächen der erweiterten Geschäftsleitung oder bei der Einteilung für den Bereitschaftsdienst.

**b.** Die Feststellungsklage ist begründet, weil das Entfernen des Klägers aus der erweiterten 98 Geschäftsleitung ebenfalls eine unzulässige Maßregelung im Sinne des § 612 a BGB darstellte.

Dies gilt unabhängig davon, ob der Kläger tatsächlich den von ihm geltend gemachten 99 Rechtsanspruch auf Zugehörigkeit zu diesem Personenkreis hatte. Denn mit Maßnahmen im Sinne des § 612 a BGB ist jedes tatsächliche und rechtsgeschäftliche Verhalten des Arbeitgebers in Beziehung zu dem Arbeitnehmer zu verstehen, das dessen Benachteiligung bewirkt (vgl. HWK-Thüsing, a.a.O., § 612 a BGB Rdn. 6).

Der Kläger zählte zu dem Personenkreis, auch nachdem das Projektmanagement 100 abgeschlossen und ihm die Rückabwicklung von Kaufverträgen übertragen worden war. Hauptbeweggrund für die vom Kläger als "Degradierung" empfundene Maßnahme kann nur die Weigerung des Klägers gewesen sein, als PKW-Verkäufer zu arbeiten. Eine Erklärung des Klägers, nicht mehr am Bereitschaftsdienst der erweiterten Geschäftsleitung der Niederlassung teilnehmen zu wollen, konnte einen verständigen Arbeitgeber allenfalls nach vorherigem Hinweis, dass damit die Zugehörigkeit zu dem Personenkreis überhaupt in Frage stehe, zu einer solchen Maßnahme veranlassen.

**5.** Dem Kläger steht der von ihm geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von EUR 4.625,71 101 brutto für die Zeit ab dem 17. November 2004 bis zum 30. September 2005 nach § 611 BGB

i.V.m. § 612 a und § 615 S. 1, §§ 293 ff. BGB zu.

Nach § 615 S. 1 BGB hat der Arbeitgeber für die in Folge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung zu zahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug ist. Nach § 293 BGB kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Der Arbeitgeber kann auch teilweise mit der Annahme der Dienste in Verzug geraten. Das ist dann der Fall, wenn er die Annahme der Dienste nicht generell ablehnt, aber weniger Arbeitsleistung annimmt, als der Arbeitnehmer schuldet, der Arbeitgeber also rechtswidrig den Umfang der Arbeitsleistung einschränkt (vgl. BAG, Urteil vom 7. November 2002 – 2 AZR 742/00 -).

Der Kläger hat seine Arbeitsleistung uneingeschränkt tatsächlich angeboten (§ 294 BGB), als er im Betrieb erschien und die Arbeit aufnahm. Die Beklagte hat ihm jedoch weniger Arbeit zugewiesen, als sie ihm hätte zuweisen müssen. Es ist bereits ausgeführt worden, dass sie verpflichtet war, ihm wöchentlich für 39 Stunden Arbeit zuzuweisen. Dadurch geriet sie für jeweils 3 Stunden pro Woche in Annahmeverzug.

Das im Annahmeverzug fortzuzahlende Entgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip zu bemessen. Zu zahlen ist die Vergütung, die der Dienstpflichtige bei Weiterarbeit erzielt hätte. Die Beklagte hat die auf dieser Grundlage erfolgte Berechnung des Annahmeverzugslohns durch den Kläger nicht bestritten.

**6. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 284, 285, 288 BGB.** 105

**7. Dem Kläger steht auch der von ihm geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von EUR 3.303,65 zu, weil ihm die Beklagte die unentgeltliche Nutzung eines Dienstwagens im Zeitraum Dezember 2004 bis einschließlich September 2005 vorenthalten hat.** 106

Die – im vorliegenden Fall aufgrund betrieblicher Übung bestehende – Verpflichtung, einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung zu stellen, hat Entgeltcharakter und ist Hauptleistungspflicht. Die Überlassung eines Firmenwagens auch zur privaten Nutzung stellt einen geldwerten Vorteil und einen Sachbezug dar. Mit dieser Feststellung ist aber noch nichts darüber ausgesagt, welche Rechtsfolgen bestehen, wenn eine Erfüllung dieser Hauptleistungspflicht in Natur nicht mehr möglich ist. Strittig ist, ob bei einer Vorenthaltung der Nutzung für private Zwecke ein Entschädigungsanspruch aus § 615 BGB oder aus schadensersatzrechtlichen Normen besteht (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 5. September 2002 – 8 AZR 702/01 -). Im vorliegenden Fall kann dies offen bleiben, da auch als Entschädigungsanspruch aus § 615 BGB die vom Kläger konkret aufgewendeten Kosten für die Nutzung eines Kraftfahrzeugs der Marke Smart (Leasing-, Abholungs-, Zulassungs- und Benzinkosten) geltend gemacht werden können (vgl. BAG, Urteil vom 2. Dezember 1999 – 8 AZR 849/99 -). Bei einem Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB stellen sie sich als der zu ersetzende konkrete Schaden dar.

**8. Der Zinsanspruch ist nach § 291 BGB gerechtfertigt.** 108

**9. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.** 109

Die Revision war nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung. Die sich dabei stellenden Rechtsfragen sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits beantwortet.

**RECHTSMITTELBELEHRUNG** 111

Gegen dieses Urteil ist für die klagende Partei ein Rechtsmittel nicht gegeben.	112
Gegen dieses Urteil ist für die beklagte Partei mangels ausdrücklicher Zulassung die Revision nicht statthaft, § 72 Abs. 1 ArbGG. Wegen der Möglichkeit, die Nichtzulassung der Revision selbständig durch Beschwerde beim	113
Bundesarbeitsgericht	114
Hugo-Preuß-Platz 1	115
99084 Erfurt	116
Fax: (0361) 2636 - 2000	117
anzufechten wird die beklagte Partei auf die Anforderungen des § 72 a ArbGG verwiesen.	118
(Schwartz) (Kramer) (Etheber-Schavier)	119

---