



AUSGABE 01 | 2009

# Newsletter Personal und Arbeit



## VORWORT

Der erste Newsletter für das Jahr 2009 beschäftigt sich zunächst mit Werbemöglichkeiten der Gewerkschaften im Betrieb. Anlass für den ersten Beitrag ist ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Januar 2009, in dem dieses die Werbung per E-Mail an Arbeitnehmer eines Betriebes für zulässig erachtet hat. Sodann greifen wir ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln zu grober Unpünktlichkeit eines Arbeitnehmers und der hierauf gestützten Kündigung auf. Es folgt ein Grundsatzurteil des Europäischen Gerichtshofes zur Urlaubsabgeltung, welches zu einer Änderung der Rechtslage in Deutschland führt. Von großer praktischer Relevanz kann sich ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg erweisen, welches sich mit der Diskriminierung weiblicher Führungskräfte beschäftigt. So kann allein in dem Umstand, dass in einem Unternehmen in der obersten Führungsetage ausschließlich Männer beschäftigt werden, ein Indiz für die Diskriminierung von Frauen zu sehen sein, die nicht befördert werden. Den Abschluss bildet ein Urteil des Bundessozialgerichts, welches sich mit der Sozialversicherungspflicht von Arbeitnehmern bei unwiderruflicher Freistellung beschäftigt.

## DARF EINE GEWERKSCHAFT IM BETRIEB FÜR SICH WERBEN?

**ALLGEMEINES** Als Bestandteil der in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgten Koalitionsfreiheit ist auch das Recht der Gewerkschaften auf ihre „koalitionsmäßige Betätigung“ verfassungsrechtlich geschützt. Aus dieser Betätigungsfreiheit leitet sich u. a. die Befugnis der Gewerkschaften ab, auch innerhalb einzelner Betriebe um neue Mitglieder zu werben.

Eine gesetzliche Regelung, welche Werbemaßnahmen im Einzelnen zulässig sind, existiert jedoch nicht. Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sind für die Zulässig-

keit einer Werbemaßnahme stets die jeweiligen Umstände des Einzelfalls maßgeblich. Dabei steht die Zulässigkeit innerbetrieblicher Werbemaßnahmen generell unter dem Vorbehalt, dass sie weder das Interesse des Arbeitgebers an einem störungsfreien Arbeitsablauf und der Wahrung des Betriebsfriedens noch bestehende Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen beeinträchtigen darf. Die gewerkschaftlichen Werbemaßnahmen dürfen zwar nicht auf ein unerlässliches Mindestmaß beschränkt werden, müssen jedoch stets berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rechnung tragen. Auch müssen die



Rechte der umworbenen Arbeitnehmer gewahrt werden, weshalb Gewerkschaftsmitglieder ihre Kollegen selbstverständlich nicht um einen Beitritt „bedrängen“ dürfen.

**URTEILE DES BAG** Vor dem Hintergrund der insgesamt nur wenig trennscharfen Grundsätze der Rechtsprechung sind die Grenzen zulässiger Werbemaßnahmen von Einzelfallkasuistik geprägt. Dieser hat das Bundesarbeitsgericht kürzlich ein weiteres Judikat hinzugefügt (Urteil vom 20. Januar 2009, Az.: 1 AZR 515/08). Danach darf eine tarifzuständige Gewerkschaft Werbung und sonstige Informationen auch an betriebliche E-Mail-Adressen von Arbeitnehmern versenden. Dies gilt nach dem Bundesarbeitsgericht auch dann, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern den Gebrauch der E-Mail-Adressen zu privaten Zwecken ausdrücklich untersagt hat. Erst wenn der E-Mail-Versand zu nennenswerten Betriebsablaufstörungen oder spürbaren, der Gewerkschaft zuzurechnenden wirtschaftlichen Belastungen führt, könne der Arbeitgeber von der Gewerkschaft Unterlassung verlangen.

In einer Entscheidung vom 23. September 1986 hatte es das Bundesarbeitsgericht hingegen nicht vom Betätigungsrecht der Gewerkschaft abgedeckt angesehen, wenn diese ein betriebsinternes Postverteilungssystem nutzt, um darüber gewerkschaftliche Werbesendungen an die Arbeitnehmer zu verteilen. Zwar betonte das Bundesarbeitsgericht auch damals, dass die Gewerkschaften grundsätzlich zu innerbetrieblicher Werbung berechtigt seien. Allerdings gelte dies nur insoweit, wie hierbei weder auf das Eigentum des Arbeitgebers noch auf seine personellen Mittel zurückgegriffen werde. Da die Gewerkschaft aber die Arbeitskraft der in der Postverteilungsstelle tätigen Arbeitnehmer in Anspruch genommen hatte, war die Werbemaßnahme unzulässig.

Der technische Fortschritt kommt den Gewerkschaften damit zugute: da Versand und Empfang von E-Mails in normalem Umfang regelmäßig weder besondere Kosten noch Betriebsablaufstörungen verursachen, haben sich die Werbemöglichkeiten insofern erweitert. Die Gewerkschaft darf nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts die betrieblichen E-Mail-Adressen nutzen, um jeden Arbeitnehmer eines Betriebs leicht zu erreichen und um per E-Mail um seinen Eintritt zu werben.

Werbemaßnahmen der Gewerkschaften sind aber nicht auf Postsendungen oder Werbe-E-Mails beschränkt. Vielmehr können die Gewerkschaften grundsätzlich auch ein Recht auf Zutritt zum Betrieb geltend machen, um „vor Ort“ persönlich für die Mitgliedschaft zu werben. Unerheblich ist dabei, ob die Gewerkschaft unter der Belegschaft bereits durch Mitglieder

vertreten ist. Nach einer Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Februar 2006 darf die Gewerkschaft außerdem auch betriebsexterne Gewerkschaftsmitglieder in einen Betrieb entsenden, um dort – etwa durch Verteilen der Gewerkschaftszeitung oder sonstiger Informationsschriften – für sich zu werben. Stets muss aber gewährleistet bleiben, dass die Werbemaßnahme den Arbeitsablauf nicht beeinträchtigt oder stört. Der Arbeitgeber kann es der Gewerkschaft daher untersagen, Werbematerial durch betriebsangehörige Arbeitnehmer während der Arbeitszeit verteilen zu lassen.

Die Grenzen des Zulässigen sind auch überschritten, wenn arbeitgeberseitig zur Verfügung gestellte Schutzhelme mit Werbe-Aufklebern einer Gewerkschaft versehen werden, da hierbei Eigentum des Arbeitgebers in Anspruch genommen wird. Hingegen darf die Gewerkschaft an einer zur Kommunikation vorgesehenen Stelle im Betrieb („schwarzes Brett“) Werbeplakate anbringen. Eine inhaltliche Überschreitung der Grenzen zulässiger Gewerkschaftswerbung stellt es dar, wenn Aussagen zu allgemeinen politischen Fragen getroffen werden, die mit der Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Gewerkschaften sind daher auch nicht dazu befugt, im Vorfeld einer allgemeinen politischen Wahl im Betrieb Werbung für eine ihr nahestehende Partei zu betreiben. Bei bevorstehenden Betriebsratswahlen hingegen dürfen sie in den Wahlkampf eingreifen und „ihre“ Kandidaten gezielt unterstützen.

## DER UNPÜNKTLICHE ARBEITNEHMER: URTEIL DES LANDEsarbeitsGERICHTS KÖLN

**LEITSATZ** Kommt ein Arbeitnehmer wiederholt in erheblichem Umfang zu spät zur Arbeit, so kann dies jedenfalls dann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn zuvor mehrere Ermahnungen und Abmahnungen erfolglos geblieben sind. Voraussetzung für eine Kündigung ist ein Verschulden des Arbeitnehmers. Von einem Verschulden ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer bereits mehrfach in erheblicher Weise verschlafen hat (LAG Köln, Urteil vom 20.10.2008, Az.: 5 Sa 746/08).

**SACHVERHALT** Der Kläger war seit über sechs Jahren als Produktionsmitarbeiter beschäftigt. Er war verpflichtet, im Schichtdienst tätig zu werden. Dies umfasste auch die Beschäftigung in der Frühschicht, die regelmäßig um 5:00 Uhr morgens begann. Bereits im Jahre 2006 erschien der Kläger mehrfach erst mit mehrstündiger Verspätung zur Arbeit. Aus diesem Grunde wurde ihm im April 2006 eine Ermahnung erteilt. Nachdem er in den folgenden Wochen erneut zu spät zur Arbeit gekommen war, wurde seitens der Personalabteilung ein Kritikgespräch mit dem Kläger geführt. Ferner wurde ihm ärztliche Hilfe angeboten, sofern er persönliche oder gesundheitliche Probleme haben sollte. Dieses Angebot nahm er nicht an. Auch in der Folgezeit änderte der Kläger sein Verhalten nicht, so dass ihm im Jahre 2007 zwei Abmahnungen erteilt wurden. Ihm wurde vor Augen gehalten, dass er im Wiederholungsfalle mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen müsse. Im Oktober schließlich war der Kläger erneut zur Frühschicht eingeteilt. Als er mit 3,5-stündiger Verspätung zur Arbeit erschien, kündigte der Arbeitgeber nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates das Arbeitsverhältnis ordentlich.

Der Kläger erhob gegen die Kündigung eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht. Er führte aus, dass er das Zuspätkommen nicht zu vertreten habe. Er habe alle Maßnahmen ergriffen, um ein Verschlafen zu verhindern. Er führte aus, dass er bereits seit Dezember 2006 ein Schmerzmittel einnehme, was zu erhöhter Schläfrigkeit führe. Darüber hinaus habe er mehrere Wecker und Handys programmiert. Schließlich seien Frau und Schwiegermutter angewiesen gewesen, ihn um 4:00 Uhr morgens – auch telefonisch – zu wecken. Außerdem sei das Verschlafen für den Arbeitgeber nicht erheblich gewesen. Durch den Einsatz der Kollegen habe ein Produktionsausfall vermieden werden können. Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen.

**ENTSCHEIDUNG** Das Landesarbeitsgericht Köln hat klargestellt, dass die Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt war. Der Arbeitgeber sei aufgrund des mehrfachen erheblichen Zuspätkommens berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zu beenden. Der Arbeitgeber habe davon ausgehen können, dass weitere Verspätungen in der Zukunft zu befürchten seien, nachdem mehrere Ermahnungen und

Abmahnungen erfolglos geblieben seien. Es bestätigte damit die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Das Landesarbeitsgericht Köln hat ausgeführt, dass es die Hauptleistungspflicht eines Arbeitnehmers sei, die Arbeitsleistung pünktlich innerhalb der festgelegten Arbeitszeit zu erbringen. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung stelle einen verhaltensbedingten Mangel dar. Daher könne im Wiederholungsfalle eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden. Zugleich hat das Gericht jedoch auch klargestellt, dass eine verhaltensbedingte Kündigung nur dann Bestand haben kann, wenn der Arbeitnehmer das Zuspätkommen zu verschulden hat. Zugunsten des Arbeitgebers hat es jedoch angenommen, dass eine Vermutung für ein Verschulden besteht, wenn zuvor bereits erfolglos Ermahnungen bzw. Abmahnungen ausgesprochen worden sind. Der Kläger könne sich überdies nicht auf die von ihm dargestellten Maßnahmen zur Vermeidung eines Zuspätkommens berufen. Das Landesarbeitsgericht Köln hat über die Behauptungen des Klägers keinen Beweis erhoben, sondern die Richtigkeit des Vortrages unterstellt. Gleichwohl habe der Kläger noch weitergehende Mittel in Betracht ziehen müssen, um ein Verschlafen zu verhindern. Ihm hätte bewusst sein müssen, dass die Mittel nicht effektiv genug seien, nachdem auch die Wirkung mehrerer Handys, Wecker und nächtliche Anrufe seitens der Schwiegermutter „verpufft“ seien. Der behaupteten Einnahme eines Schmerzmittels hat das Landesarbeitsgericht Köln keine entscheidende Bedeutung zukommen lassen, nachdem auch vor dessen Einnahme bereits mehrfach Verspätungen aufgetreten waren.

**ANMERKUNG** Das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln ist im Ergebnis nicht überraschend und bestätigt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Das Landesarbeitsgericht Köln hat jedoch deutlich herausgearbeitet, dass an die

Sorgfaltspflichten eines Arbeitnehmers hohe Anforderungen zu stellen sind. Im vorliegenden Fall hat der Kläger – wenngleich hierüber kein Beweis erhoben worden ist – eine Vielzahl von Gegenmaßnahmen ergriffen, um ein Verschlafen zu vermeiden. Gleichwohl hat das Gericht die Bemühungen nicht ausreichen lassen. Für den Arbeitgeber bedeutet dies, dass regelmäßig eine Vermutung für ein Verschulden besteht, wenn ein Arbeitnehmer mehrfach zu spät zur Arbeit kommt. Liegt mithin ein solcher Vermutungstatbestand vor, ist es die Sache des Arbeitnehmers, das Nichtverschulden darzulegen und zu beweisen. Im Umkehrschluss folgt aus dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln, dass eine Kündigung wegen wiederholten Zuspätkommens nicht gerechtfertigt ist, wenn es an einem Verschulden fehlt. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn äußere Einflüsse zur Verspätung geführt haben, z.B. Glatteis oder ähnliche unvorhersehbare Umstände. Allerdings besteht auch in derartigen Fällen kein Anspruch auf Lohnzahlung. Zu beachten ist überdies, dass vor einer verhaltensbedingten Kündigung zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden muss.

Schließlich ist in Bezug auf die Anhörung des Betriebsrats auf Folgendes hinzuweisen: Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat alle Umstände schildern, die aus seiner Sicht die Kündigung rechtfertigen. Hierbei ist eine subjektive Sicht maßgeblich. Kennt ein Arbeitgeber bestimmte Umstände nicht, ist die Anhörung nicht unwirksam, auch wenn sich der Arbeitnehmer später darauf beruft. Im vorliegenden Fall hat sich der Kläger erst im Prozess darauf berufen, er habe Medikamente genommen und zahlreiche Maßnahmen zum Aufwecken ergriffen. Da der Arbeitgeber diese Umstände bis dahin nicht kannte, war die Anhörung des Betriebsrats nicht wegen „Unvollständigkeit“ unwirksam. Behält ein Arbeitgeber jedoch wider besseres Wissen entlastende Tatsachen für sich, kann dies zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.



## GRUNDSATZURTEIL DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS ZUR URLAUBSABGELTUNG

**LEITSATZ** Arbeitnehmer verlieren ihren Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub – entgegen der bisherigen Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte – auch dann nicht, wenn sie den Urlaub wegen Krankheit nicht antreten konnten. Der nicht genommene Urlaub ist in diesem Falle abzugelten. Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer während des ganzen Jahres oder eines Teil davon arbeitsunfähig erkrankt war und die Arbeitsunfähigkeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortbestanden hat.

**ANMERKUNG** Der Europäische Gerichtshof hat am 20. Januar 2009 ein Grundsatzurteil zur Urlaubsabgeltung bei Krankheit gefällt. Demnach behalten Arbeitnehmer ihren Anspruch auf den gesetzlichen Jahresurlaub auch dann, wenn sie diesen krankheitsbedingt nicht antreten konnten. Geklagt hatte ein Arbeitnehmer eines öffentlichen Arbeitgebers, der in den Jahren 2004 und 2005 arbeitsunfähig erkrankt war. Das Arbeitsverhältnis endete zum 30. September 2005. Er erlangte die Arbeitsfähigkeit auch bis zum Ende des Übertragungszeitraums, d.h. März 2006, nicht wieder. Nach der bisherigen Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte war damit der Urlaubsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers verfallen. Bislang musste seitens des Arbeitgebers nach Ausspruch einer Kündigung geprüft werden, ob der Arbeitnehmer – auch wenn er unterjährig gekündigt worden ist – bis zum Ende des Übertragungszeitraums (bei fiktiver Betrachtung) die Möglichkeit gehabt hätte, den Urlaub zu nehmen. Schied beispielsweise im September eines Jahres ein Arbeitnehmer aus, konnte erst nach Ablauf des Monats März im Folgejahr abschließend festgestellt werden, ob der bis zur Kündigung entstandene Urlaubsanspruch tatsäch-

## LAG BERLIN-BRANDENBURG: URTEIL ZUR DISKRIMINIERUNG WEIBLICHER FÜHRUNGSKRÄFTE

lich hätte genommen werden können. War der gekündigte Arbeitnehmer bis März arbeitsunfähig, kam auch eine Abgeltung nicht mehr in Betracht. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte Bedenken im Hinblick auf die europäische Arbeitszeitrichtlinie und rief den Europäischen Gerichtshof an. Dieses hat im Sinn der vorangestellten Leitsätze entschieden.

Zwischenzeitlich hat das mit dem Fall befasste Landesarbeitsgericht Düsseldorf zu Gunsten des gekündigten Arbeitnehmers entschieden und ihm die Ansprüche auf eine finanzielle Abgeltung zugebilligt. Die Revision gegen dieses Urteil wurde zugelassen. Allerdings hat bereits das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung aus April 2008 angedeutet, dass es vor dem Hintergrund des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof an der bisherigen Rechtsprechung nicht festhalten werde.

Für Arbeitgeber bedeutet die Entscheidung eine erhebliche finanzielle Mehrbelastung. Sie müssen auch dann den Urlaub abgelden, wenn der gekündigte Arbeitnehmer diesen infolge von Krankheit gar nicht nehmen konnte. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Rechtsfolge nur für den gesetzlichen Urlaubsanspruch gilt. Darüber hinausgehender Urlaub nach tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Vereinbarungen dürfte entsprechend der bisherigen Rechtspraxis nach wie vor verfallen können. Dies ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.

**LEITSATZ** Sind alle 27 Führungspositionen des Unternehmens ausschließlich mit Männern besetzt, obwohl Frauen 2/3 der Gesamtbelegschaft stellen, lässt diese Statistik vermuten, dass die Beförderung eines weiteren Mannes auf eine Führungsposition gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts verstößt, wenn auch Frauen für die Stelle in Frage gekommen sind. Um seine Beförderungsentscheidung zu rechtfertigen und die aus der Statistik abgeleitete Vermutung zu widerlegen, kann der Arbeitgeber sich nur auf solche Auswahlkriterien berufen, die er im Auswahlverfahren auch nach Außen kommuniziert und dokumentiert hat. Haben der Auswahl weder eine Stellenausschreibung noch sonst schriftlich dokumentierte Auswahlkriterien zugrunde gelegen, kann er die vermutete Diskriminierung in der Regel nicht widerlegen. Insbesondere ist er mit dem Einwand, der beförderte Kandidat sei am besten für die Position geeignet, ausgeschlossen. Die übergangene und dadurch diskriminierte Kandidatin ist wirtschaftlich so zu stellen, als sei sie befördert worden. Der Arbeitgeber hat ihr daher monatlich die Differenz zwischen der Vergütung auf ihrem Arbeitsplatz und der Vergütung der Beförderungsstelle als Schadensersatz zu zahlen. Im Ergebnis steht der übergangenen Kandidatin zeitlich unbegrenzt und damit bis zum Ende ihres Arbeitsverhältnisses die Vergütung zu, die auf der Beförderungsstelle gezahlt wird (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26. November 2008, Az.: 15 Sa 517/08).

**SACHVERHALT** Der Beklagte hat seine Verwaltungsstruktur in zwei „Generaldirektionen“, „B“ und „M“, aufgeteilt, die jeweils eigenständige Personalverwaltungen unterhalten. Den Personalverwaltungen ist ein zentraler Personalleiter übergeordnet, der für beide Generaldirektionen zuständig ist. Zum Dezember 2006 hatte der Beklagte die vakante Stelle des Personalleiters neu zu besetzen. Die Klägerin war als „Abteilungsleiterin Personalverwaltung“ in der „Generaldirektion B“ tätig. Ohne interne Stellenausschreibung oder sonstige Veröffentlichung von Stellenanforderungen beförderte der Beklagte im Dezember 2006 jedoch den „Abteilungsleiter Personalverwaltung“ der „Generaldirektion M“ auf die Stelle des Personalleiters.

Die Klägerin fühlte sich bei der Beförderungsentscheidung übergangen und machte eine Diskriminierung wegen des Geschlechts geltend. Mit der Klage legte sie eine – zutreffende – Statistik vor, wonach sämtliche 27 Führungspositionen der oberen drei Hierarchieebenen des Unternehmens mit Männern besetzt waren. Erst auf der vierten Hierarchieebene, auf der auch die Beförderungsstelle als Personalleiter angesiedelt ist, waren neben acht Männern auch vier Frauen tätig. Die Klägerin hat u. a. Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wegen Geschlechtsdiskriminierung verlangt. Hierzu hat sie die Differenz zu der höheren Vergütung der Stelle des Personalleiters geltend gemacht.

**ENTSCHEIDUNG** Das LAG hat der Klage stattgegeben. Es sei davon auszugehen, dass der Beförderungsentscheidung eine Geschlechtsdiskriminie-



rung zugrunde gelegen habe. Zwar habe grundsätzlich der Arbeitnehmer Umstände darzulegen und zu beweisen, die auf eine Diskriminierung schließen lassen. Gemäß § 22 AGG genügt es jedoch, wenn der Arbeitnehmer Indizien vorbringt, die eine Diskriminierung im konkreten Fall zwar nicht belegen, aber zumindest „vermuten“ lassen. Der Arbeitgeber kann diese Vermutung widerlegen, indem er darlegt und beweist, dass seiner Entscheidung sachliche Kriterien zugrunde gelegen haben.

Das LAG hat die von der Klägerin vorgelegte Statistik, wonach sämtliche Führungspositionen mit Männern besetzt waren, für ein derartiges Indiz als ausreichend angesehen. Die Statistik lasse die Vermutung zu, dass die Klägerin bei der Beförderungsentscheidung „wegen ihres Geschlechts“ übergangen worden sei. Diese Vermutung konnte der Beklagte im vorliegenden Fall nach Ansicht des LAG nicht hinreichend widerlegen. Um die Vermutung zu widerlegen, müsse der Arbeitgeber Richtlinien oder zumindest konkrete Anforderungsvoraussetzungen darlegen, die dem Auswahlprozess zugrunde gelegen haben und auch nach außen erkennbar kommuniziert und dokumentiert worden sind. Auswahlkriterien, die der Entscheidung nicht erkennbar zugrunde gelegen haben, könne er auch dann nicht zur Rechtfertigung „nachschieben“, wenn er darauf eine sachliche Entscheidung hätte stützen können. Die Verteidigung des Beklagten, dass der Beförderungsentscheidung sachlich begründet sei, da der beförderte Kandidat für die Stelle des Personalleiters am Besten geeignet sei, weil er – anders als die Klägerin – einen Hochschulabschluss vorweisen könne, berücksichtigte das LAG daher nicht. Vielmehr sei der Beklagte mit diesem Einwand ausgeschlossen,

da er dieses Kriterium nicht schon während des Auswahlprozesses offen gelegt, sondern erst im Prozess und damit nach der getroffenen Beförderungsentscheidung „nachgeschoben“ habe.

Das LAG hat der Klägerin den verlangten Schadensersatzanspruch zeitlich unbegrenzt zugesprochen. Bis zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses kann die Klägerin daher die höhere Vergütung der Beförderungsstelle verlangen.

**ANMERKUNG** Anders als im amerikanischen Rechtsraum haben deutsche Gerichte bislang die Aussagekraft von Statistiken für konkret zu entscheidende Einzelfälle nur gering bewertet. In vorliegendem Urteil hat das LAG Berlin-Brandenburg nun einen neuen Weg eingeschlagen, und von einer Statistik darauf geschlossen, dass die im Streit stehende konkrete Entscheidung gegen das Verbot der Diskriminierung nach dem Geschlecht verstoßen habe.

Unternehmen, deren Führungspositionen statistisch belegt überwiegend von Angehörigen eines Geschlechts besetzt sind, laufen daher bei Beförderungsentscheidungen künftig Gefahr, sich einer zeitlich unbegrenzten und daher im Umfang kaum abschätzbaren Haftung gegenüber übergangenen Kandidaten des anderen Geschlechts auszusetzen. Das Risiko wird noch dadurch erheblich verschärft, dass eine Haftung auch dann entstehen kann, wenn die Entscheidung tatsächlich nach sachlichen Kriterien getroffen wurde, die aber zuvor nicht hinreichend dokumentiert und kommuniziert worden sind.

Bei Vorbereitung der Entscheidung über die Beförderung auf eine Führungsposition sollte daher sorgfältig schon dem Anschein einer Geschlechterdiskriminierung vorgebeugt werden. Um die Vorgaben des LAG zu beachten, ist dazu nach Möglichkeit ein internes Ausschreibungsverfahren durchzuführen. In jedem Fall sollte aber ein konkretes Anforderungsprofil der Beförderungsstelle erstellt, nach außen kommuniziert und dieses bei der Entscheidung auch maßgeblich berücksichtigt werden. Allein durch die Vorlage derartiger Dokumente kann der Arbeitgeber zuverlässig belegen, dass der getroffenen Entscheidung allein sachliche Kriterien zugrunde gelegen haben. Entscheidend ist daher, der Beförderungsentscheidung nicht nur ein konkretes Anforderungsprofil zu Grunde zu legen, sondern hierfür durch sorgfältige Dokumentation hinreichendes Beweismaterial zu schaffen, damit eine auf statistischer Grundlage vermutete Diskriminierung rechtssicher widerlegt werden kann.

# URTEIL DES BUNDESSOZIALGERICHTS: DER SCHUTZ DER SOZIALVERSICHERUNG BESTEHT AUCH BEI UNWIDERRUFLICH VEREINBARTER FREISTELLUNG FORT

**ANMERKUNG** Mit Urteil vom 24. September 2008, das bislang nur als Pressemitteilung vorliegt, hat das Bundessozialgericht die bestehende Unsicherheit über den Fortbestand des Sozialversicherungsschutzes in Fällen der unwiderruflich vereinbarten Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung beseitigt.

Die Sozialversicherungsträger hatten seit dem Jahr 2005 die Rechtsauffassung vertreten, dass eine unwiderruflich vereinbarte Freistellung das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis beendet, weshalb der Schutz der Sozialversicherung nur bis zum letzten tatsächlichen Arbeitstag bestehe. Vor diesem Hintergrund galt es, beim Abschluss von Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen sowie von arbeitsgerichtlichen Vergleichen darauf zu achten, den Sozialversicherungsschutz des Arbeitnehmers im fortbestehenden Arbeitsverhältnis nicht durch eine Freistel-

lungsvereinbarung ungewollt zu gefährden. Die bis dato gängige Praxis, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit dem Arbeitnehmer eine Freistellung unwiderruflich zu vereinbaren, konnte unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht länger aufrecht erhalten werden. Da nach Ansicht der Sozialversicherungsträger der Versicherungsschutz nur in Fällen der unwiderruflichen und einvernehmlichen Freistellung entfallen sollte, standen aber sozialversicherungsrechtlich unbedenkliche Alternativen zur Verfügung. Um den Sozialversicherungsschutz nicht zu gefährden konnte entweder eine Freistellungsvereinbarung unter den Vorbehalt des Widerrufs gestellt oder die Freistellung einseitig vom Arbeitgeber erklärt werden.

Derartige Hilfskonstrukte sind nicht mehr von Nöten, nachdem das Bundessozialgericht die von den Sozialversicherungsträgern vertretene Rechtsauffassung verworfen hat. Der bis zum Jahr 2005 gängigen Praxis der unwiderruflich vereinbarten Freistellung kommt auch unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten nun wieder volle Anerkennung zu. Solange die Parteien das Arbeitsverhältnis auch während der Freistellung noch durch Fortzahlung des Entgelts „vollziehen“, besteht der Sozialversicherungsschutz des Arbeitnehmers ungeachtet einer unwiderruflich vereinbarten Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fort.

## UNSERE STANDORTE

### BERLIN

Klingelhöferstraße 5  
D-10785 Berlin

### ESSEN

Ruhrallee 175  
D-45136 Essen

### FRANKFURT/M.

Neue Mainzer Str. 69-75  
D-60311 Frankfurt/M.

### KÖLN

Sachsenring 81  
D-50677 Köln

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22  
D-80538 München

[WWW.GOERG.DE](http://WWW.GOERG.DE)

## IHRE ANSPRECHPARTNER

### BERLIN

— Susanne Schaeff  
sschaeff@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-122

— Dr. Axel Dahms  
adahms@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-122

### FRANKFURT/M.

— Dr. Christian Pabst  
cpabst@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-140

— Dr. Lars Nevian  
lneviaan@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-210

### KÖLN

— Dr. Ralf Hottgenroth  
rhottgenroth@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-504

— Dr. Thomas Bezani  
tbezani@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-544

— Dr. Christoph J. Müller  
cmueller@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-524

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an [kbuettnner@goerg.de](mailto:kbuettnner@goerg.de)