

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 574/12

24 Sa 1606/11

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. August 2013

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. August 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Volz und Kandler für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. November 2011 - 24 Sa 1606/11 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um eine Entschädigung nach dem AGG, weil sich der Kläger als schwerbehinderter Mensch bei der Entscheidung über seine Bewerbung diskriminiert sieht. 1

Der Kläger ist seit 1973 Croupier und in der Spielbank der Beklagten seit dem 1. Januar 1978 beschäftigt, zuletzt als Sous-Chef. Regelmäßig wurde er auch als Tischchef im Klassischen Spiel eingesetzt. Sein letztes Bruttogehalt betrug monatlich ca. 3.500,00 Euro. 2

Der Kläger ist schwerbehinderter Mensch mit einem GdB von 50. Er ist Stellvertreter des gewählten Schwerbehindertenvertreters H. 3

Ende September 2009 schrieb die Beklagte zwei Stellen für die Position eines „Tischchefs“ aus, wobei sich die Ausschreibung an weibliche und männliche Mitarbeiter gleichermaßen richtete und als „für Schwerbehinderte geeignet“ bezeichnet wurde. Den Inhalt der Tätigkeit beschrieb sie wie folgt: 4

- „• Aufsicht am Spieltisch und Führung der Tischmannschaft
- Einsatz als Zylindercroupier (bis zum vollendeten 55. Lebensjahr)
- Einsatz in der Saalleitung und Einteilung/Führung der Mitarbeiter
- Das Klassische Spiel auch in Konfliktsituationen positiv repräsentieren

- Durchsetzung der Vorgaben aus der Hausordnung und den Spielregeln
- Eigenständiges organisieren (sic!) und erfüllen (sic!) übertragener Aufgaben
- Mitarbeit in der Entwicklung und Umsetzung von Standards.“

Die Anforderungen wurden wie folgt beschrieben:

5

- „• Mehrjährige Erfahrung im Spielbetrieb und regelmäßige Tätigkeit als Tischchef
 - o innerbetriebliche Bewerbungen ab Position Zylinder II können bei Eignung berücksichtigt werden
- Erfolgreiche Ausbildung und praktische Erfahrung in allen angebotenen Spielen
- Vertrauenswürdigkeit und Verantwortungsbewusstsein
- Lernbereitschaft und Lernfähigkeit
- Teamorientierung
- Organisations- und Entscheidungsfähigkeit
- Überzeugungskraft und Durchsetzungsvermögen
- Kontakt- und Kommunikationsfähigkeit
- Stresstabilität
- Flexibilität im Umgang mit neuen Situationen
- Darstellung der persönlichen Führungsverantwortung
- Darstellung des persönlichen Engagements für das Klassische Spiel.“

Der Kläger bewarb sich unter Bezugnahme auf seine Personalakte für eine der ausgeschriebenen Stellen mit Schreiben vom 26. Oktober 2009. Außer ihm bewarben sich 23 Männer und 3 Frauen, die ebenfalls bei der Beklagten beschäftigt waren, sowie einige externe Bewerber. Auch der Schwerbehindertenvertreter H bewarb sich.

6

An diesen richtete die Beklagte unter dem 24. November 2009 folgendes Schreiben:

7

„Teilnahme an Bewerbungsgesprächen um die Position Tischchef

Sehr geehrter Herr H,
wie Ihnen bekannt ist, beabsichtigen wir, die Position Tischchef im Klassischen Spiel zu besetzen. Hierauf haben sich auch schwerbehinderte Mitarbeiter, welche derzeit schon im Betrieb beschäftigt sind, beworben.
Wie Ihnen schon mehrfach mitgeteilt, sind wir bis auf weiteres in den Fällen, in denen sich auch Schwerbehinderte auf unsere Ausschreibungen bewerben, grundsätzlich bereit, die Schwerbehindertenvertretung an den Bewerbungsgesprächen teilhaben zu lassen.

Jedoch stellt sich die Situation in diesem Fall deutlich komplizierter dar. Sie selber sowie ihr Stellvertreter im Amt des Schwerbehindertenvertreters haben sich selbst um die Position Tischchef im Klassischen Spiel beworben. Aus unserer Sicht liegt daher eine Interessenkollision vor, aufgrund derer weder Sie noch Ihr Stellvertreter zu beteiligen sind.

Gerne geben wir Ihnen bis Freitag, den 27.11.2009 Zeit, sich zu unserem Standpunkt zu äußern.

Mit freundlichen Grüßen

...“

Der Schwerbehindertenvertreter beantwortete dieses Schreiben nicht. 8
Die Schwerbehindertenvertretung wurde im Bewerbungsverfahren nicht beteiligt.

Durch eine am 29. Januar 2010 ausgehängte Mitarbeiterinformation 9
teilte die Beklagte der Belegschaft mit, dass über die Bewerbungen „Tischchef“ eine Entscheidung getroffen worden sei. Vorgesehen für die Beförderungen seien Herr P und Frau R, die sich aufgrund ihrer bisherigen Arbeit bei der Beklagten durchgesetzt hätten. Die Zustimmung des Betriebsrats stand noch aus, hinsichtlich der Bewerberin R wurde sie später nicht gegeben.

Den Kläger informierte die Beklagte mit Schreiben vom 27. Mai 2010 10
darüber, dass seine Bewerbung erfolglos geblieben sei und man sich für die Bewerber R und P entschieden habe. Auf den Aushang vom 29. Januar 2010 wurde Bezug genommen.

Mit seiner am 16. Juni 2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht, den er zuletzt noch auf Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung gestützt hat. Die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Bewerbungsverfahren indiziere diesen Grund für die Erfolglosigkeit seiner Bewerbung. Da das Gesetz bei der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung eine Interessenkollision nicht kenne, hätte die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung beteiligen müssen, obwohl sich sowohl der Schwerbehindertenvertreter als auch er selbst als dessen Stellvertreter auf die Beförderungsstellen beworben hätten. Außerdem habe die Beklagte eine auf seine Person als schwerbehinderter Mensch bezogene individuelle Begründung für die Ablehnung nicht gegeben. Ebenso wenig sei er als schwerbehinderter Bewerber bei innerbetrieblichen Beförderungen bevorzugt berücksichtigt worden. 11

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 12

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine angemessene, in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung in Geld, mindestens jedoch 10.500,00 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Juni 2010 zu zahlen.

Zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages hat die Beklagte die Auffassung vertreten, die Beteiligung beider Schwerbehindertenvertreter sei rechtlich nicht möglich gewesen, weil sich beide aufgrund ihrer Eigenbewerbungen in einer Interessenkollision befunden hätten. Ihre Beteiligung an dem Bewerbungsverfahren kraft Amtes hätte ihnen gegenüber den Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Zudem habe sich der Schwerbehindertenvertreter H mit seiner Nichtbeteiligung einverstanden erklärt, der Kläger habe sich im Rahmen seines Altersteilzeit-Blockmodells in der Freistellungsphase und daher nicht im Dienst befunden. 13

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Mit der vom Senat durch Beschluss vom 21. Juni 2012 zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Anspruch auf Entschädigung weiter. 14

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG nicht abgewiesen werden. 15

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Zwar könne die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung entgegen § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX grundsätzlich die Vermutung einer Benachteiligung wegen Behinderung auslösen. Dies gelte jedoch wegen der Besonderheiten nicht im vorliegenden Fall. Denn die Beklagte habe eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung aus vertretbaren oder gar gut vertretbaren rechtlichen Erwägungen unterlassen. 16

Auch für die Beteiligung einer Schwerbehindertenvertretung gelte der allgemeine Grundsatz, dass zur Vermeidung von Interessenkollisionen niemand „Richter in eigener Sache“ sein dürfe. Aufgrund der eigenen Bewerbung sei der Schwerbehindertenvertreter an einer sachgerechten und neutralen Beurteilung des Klägers gehindert gewesen. Bei ihm habe ein dringendes Interesse bestanden, dass die Bewerbung des Klägers erfolglos bleibe, um die eigenen Beförderungschancen zu verbessern. Die Beklagte habe der Schwerbehindertenvertretung die aus ihrer Sicht notwendige Konsequenz einer Nichtbeteiligung offen gelegt und zudem angeboten, diese Vorgehensweise zu diskutieren und eine Beteiligung gleichwohl einzufordern. Der Unterrichtungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX sei die Beklagte schon mit der Mitarbeiterinformation vom 29. Januar 2010 nachgekommen. Ein Anspruch des Klägers auf bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Beförderungen bestehe nicht. 17

B. Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Berufung des Klägers nicht zurückgewiesen werden. 18

- I. Der Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Als Arbeitnehmer ist der Kläger „Beschäftigter“ iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG, die ihn beschäftigende Beklagte ist nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG Arbeitgeberin. Als „beruflicher Aufstieg“ wird die Beförderung ausdrücklich vom Geltungsbereich des AGG erfasst (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, § 6 Abs. 3 AGG). 19
- II. Einen etwaigen Entschädigungsanspruch hat der Kläger innerhalb der gesetzlichen Fristen geltend gemacht. 20
1. Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach Abs. 1 oder Abs. 2 des § 15 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Im Fall des beruflichen Aufstiegs beginnt die Frist grundsätzlich mit dem Zugang der Ablehnung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 AGG), nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, in dem der Bewerber von seiner Benachteiligung Kenntnis erlangt (*BAG 15. März 2012 - 8 AZR 37/11 - Rn. 55, BAGE 141, 48 = AP AGG § 15 Nr. 11 = EzA AGG § 15 Nr. 18*). Wird auf eine vorausgehende Geltendmachung verzichtet und zugleich Klage erhoben, muss dies ebenfalls innerhalb der Zweimonatsfrist erfolgen. 21
2. Der Kläger hat vorliegend diese Frist gewahrt. 22
- a) Mit Schreiben vom 27. Mai 2010 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass seine Bewerbung erfolglos bleibe. Zu diesem Zeitpunkt hatte er auch Kenntnis davon, dass zumindest an seinem eigenen vorangegangenen Bewerbungsgespräch die Schwerbehindertenvertretung nicht teilgenommen hatte und damit von einem Indiz, aus dem die Vermutung seiner Benachteiligung hergeleitet werden konnte. Mit seiner am 16. Juni 2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger seinen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG binnen der Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG klageweise geltend gemacht. 23
- b) Dagegen vermochte der von der Beklagten am 29. Januar 2010 als „Mitarbeiterinformation“ veranlasste Aushang die Frist zur Geltendmachung nach § 15 Abs. 4 AGG nicht in Gang zu setzen. Zum einen handelt es sich in- 24

haltlich um eine Ankündigung, für eine Entscheidung fehlte es bereits an formalen Wirksamkeitsvoraussetzungen, wie der - im Fall von Frau R zunächst verweigerten - Zustimmung des Betriebsrats. Zum anderen ist mit Aushang am Schwarzen Brett dem Kläger noch keine seine Bewerbung ablehnende Willenserklärung zugegangen (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB), da es insoweit schon an einem konkret auf ihn bezogenen Absageschreiben fehlt. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG setzt eine individuell auf den Bewerber für einen beruflichen Aufstieg bezogene Ablehnung voraus, schriftlich oder mündlich.

- III. Ob die Beklagte den Kläger unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG unmittelbar benachteiligt hat, steht nicht fest, kann aber mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung nicht ausgeschlossen werden. 25
1. Ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG voraus. Für die Anspruchsvoraussetzungen ist dabei - bis auf das Verschulden - auf § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG zurückzugreifen (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 30, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17; BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - BVerwGE 139, 135*). 26
2. Der Kläger ist schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50. Damit unterfällt er dem Behindertenbegriff des § 1 AGG (*BAG 21. Februar 2013 - 8 AZR 180/12 - Rn. 24*). 27
3. Der Kläger wurde unmittelbar iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG benachteiligt, weil er eine weniger günstige Behandlung erfuhr, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. 28
- a) Der Kläger erfuhr eine weniger günstige Behandlung als die erfolgreichen Bewerber, weil er nicht berücksichtigt wurde. Dabei kann die Benachteiligung schon in der Versagung einer Chance liegen (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 22, AP AGG § 3 Nr. 9 = EzA AGG § 7 Nr. 2;* 29

13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 24, AP AGG § 15 Nr. 9 = EzA AGG § 15 Nr. 16).

b) Der Kläger und die erfolgreichen Bewerber befanden sich in einer vergleichbaren Situation (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG), da sich alle als langjährig Beschäftigte innerhalb der von der Beklagten vorgegebenen Bewerbungsfrist um die ausgeschriebene Stelle beworben hatten. Auch die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass der Kläger für eine der beiden ausgeschriebenen Stellen objektiv geeignet war, zumal er die Funktion des Tischchefs schon ausgeübt hatte. 30

IV. Ob der Kläger „wegen“ seiner Behinderung benachteiligt wurde, steht nicht fest. 31

1. Der Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Behandlung und dem Merkmal der Behinderung ist dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch diese motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund das ausschließliche Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat (st. Rspr., vgl. BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 32, AP AGG § 22 Nr. 5 = EzA AGG § 22 Nr. 6; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 42, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG 21. Februar 2013 - 8 AZR 180/12 - Rn. 35). 32

2. Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von einem Bewerber vortragenen und unstreitigen oder bewiesenen (Hilfs-)Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, ist nur beschränkt revisibel. Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewonnene Überzeugung bzw. Nichtüberzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen dem verpönten Merkmal - hier die Schwerbehinderung - und einem Nachteil kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 34, AP 33

AGG § 22 Nr. 5 = EzA AGG § 22 Nr. 6; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 36, AP AGG § 15 Nr. 9 = EzA AGG § 15 Nr. 16).

3. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, im Ergebnis habe der Kläger keine Tatsachen oder Indizien vorgebracht, die eine Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung vermuten lassen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. 34

a) Unterlässt es der Arbeitgeber entgegen § 81 Abs. 1, § 95 Abs. 2 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen, so ist dies nach ständiger Rechtsprechung ein Indiz iSd. § 22 AGG, das mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Benachteiligung spricht (vgl. BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - BAGE 114, 299). Gerade für Bewerbungsverfahren enthalten die Vorschriften des SGB IX einen umfassenden Pflichtenkatalog, dem entsprechende Rechte der Schwerbehindertenvertretung und einzelner schwerbehinderter Bewerber entnommen werden können. Nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend unterrichten. Sie muss auch bei der Entscheidung über einen beruflichen Aufstieg angehört werden, der Schwerbehindertenvertretung ist die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Damit ist § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX eine Konkretisierung des in § 99 Abs. 1 SGB IX verankerten Grundsatzes der engen Zusammenarbeit von Arbeitgeber, Schwerbehindertenvertretung und Betriebs- oder Personalrat, der die Teilhabechancen schwerbehinderter Menschen sicherstellen soll. Die für die Eingliederung schwerbehinderter Menschen zuständige Schwerbehindertenvertretung (§ 95 Abs. 1 Satz 1 SGB IX) soll an der Willensbildung des Arbeitgebers mitwirken. Die Unterrichts- und Anhörungsrechte sollen es der Schwerbehindertenvertretung ermöglichen, auf eine sachdienliche Behandlung hinzuwirken, wenn die spezifischen Belange eines schwerbehinderten Menschen oder der schwerbehinderten Beschäftigten als Gruppe für die Entscheidung des Arbeitgebers erheblich sind (BAG 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 17, BAGE 135, 207). Dadurch sollen behinderungsbedingte Nachteile ausgeglichen und gleiche Teilhabechancen eröffnet werden. 35

Die Unterrichts- und Anhörungspflicht aus § 95 Abs. 2 SGB IX besteht auch und gerade, wenn sich ein schwerbehinderter oder gleichgestellter behinderter Mensch um eine Beförderungsstelle bewirbt (vgl. BAG 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 13, BAGE 135, 207 = AP SGB IX § 95 Nr. 3 = EzA SGB IX § 95 Nr. 3: *Bewerbung um Leitungsposition bzw. Stelle mit Personalführungsfunktion*). Dieser Bewerber soll zudem nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zum Schutz vor Benachteiligung durch die Schwerbehindertenvertretung unterstützt werden können. Jene Hilfestellung ist vom Gesetzgeber eingehend ausgestaltet worden durch Unterrichts-, Anhörungs- und Beteiligungserfordernisse (vgl. BAG 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 20, aaO; 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - BAGE 114, 299 = AP SGB IX § 81 Nr. 8 = EzA SGB IX § 81 Nr. 7). Nach § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX hat die Schwerbehindertenvertretung spezifisch das Recht auf Beteiligung am Verfahren nach § 81 Abs. 1 SGB IX, bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen, insbesondere das Recht auf Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen und Teilnahme an Vorstellungsgesprächen. Jenes Recht erstreckt sich auch auf die Bewerbungsunterlagen und Vorstellungsgespräche der nicht behinderten Bewerber, da nur so eine Vergleichsmöglichkeit für die Schwerbehindertenvertretung besteht.

36

b) Indem die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung bei dem Auswahlverfahren vorliegend nicht beteiligt hat, ist sie diesen gesetzlichen Förderpflichten nicht nachgekommen und hat grundsätzlich die schwerbehinderten Bewerber schlechter gestellt, weil sie dem gesetzlichen Auftrag zur Herstellung von Chancengerechtigkeit nicht entsprochen hat. Die Tatsache, dass sich sowohl der Schwerbehindertenvertreter als auch sein Stellvertreter, der Kläger, auf die Beförderungsstellen beworben hatten, ließ die Pflicht der Beklagten, die Schwerbehindertenvertretung umfassend an dem Beförderungsverfahren zu beteiligen, entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht entfallen.

37

aa) Gesetzlich ist im Recht der Schwerbehindertenvertretung eine mögliche Interessenkollision durch das SGB IX nicht geregelt. Nach § 94 Abs. 3 Satz 2 SGB IX ist das passive Wahlrecht zur Schwerbehindertenvertretung für diejeni-

38

gen Beschäftigten ausgeschlossen, die nicht der betrieblichen Interessenvertretung kraft Gesetzes angehören können, etwa leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 BetrVG. Ein „Doppelmandat“ als betrieblicher Interessenvertreter und als Schwerbehindertenvertreter ist von Gesetzes wegen jedoch nicht ausgeschlossen. Dem SGB IX sind keine Regelungen für die persönliche Betroffenheit im Einzelfall zu entnehmen, wie auch Vorschriften fehlen, die dem Schwerbehindertenvertreter eine bestimmte Amtsführung vorschreiben - er soll sich durchaus und gerade als Interessenvertreter schwerbehinderter Menschen im Betrieb verstehen -, § 95 Abs. 1 SGB IX. Das Gesetz regelt im Übrigen auch nicht, wann eine Vertrauensperson ihre Pflichten „grob verletzt“ hat (§ 94 Abs. 7 Satz 5 SGB IX).

bb) Vorschriften des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens (§§ 16, 17 SGB X) oder des allgemeinen Verwaltungsverfahrens (§§ 20, 21 VwVfG) können nicht analog herangezogen werden, da es dafür bereits an einer „planwidrigen“ Gesetzeslücke fehlt. Dem Gesetzgeber war das Problem, dass sich ein Schwerbehindertenvertreter selbst auf eine Stelle bewirbt und hierzu kraft seines Amtes eine Stellungnahme abzugeben hat, seit jeher bekannt. Gleichwohl ist die Frage trotz ständiger und zahlreicher Novellierungen der Sozialgesetzbücher nicht geregelt worden. Dies lässt nur den Schluss zu, dass der Gesetzgeber den Fall der Interessenkollision offenbar nicht für regelungsbedürftig gehalten hat. Damit liegt eine positiv festzustellende Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes nicht vor, eine Analogie scheidet somit aus (vgl. BAG 29. September 2004 - 1 ABR 39/03 - zu B III 2 b der Gründe, BAGE 112, 100; BGH 13. April 2006 - IX ZR 22/05 - zu II 3 b bb der Gründe, BGHZ 167, 178).

cc) Die zur Frage von Interessenkollisionen bei der Arbeit von betrieblichen Interessenvertretungen erarbeiteten Grundsätze lassen sich nicht auf die Schwerbehindertenvertretung übertragen. 40

(1) § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG sieht vor, dass ein „zeitweilig verhindertes“ Mitglied des Betriebsrats durch seinen Stellvertreter vertreten wird. Der Wortlaut lässt die Möglichkeit zu, dass als Vertretungsfall auch die Befangenheit erfasst 41

wird. Es entspricht ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Auffassung, dass ein Betriebsratsmitglied grundsätzlich von seiner Organtätigkeit ausgeschlossen ist bei Maßnahmen und Regelungen, die es „individuell und unmittelbar“ betreffen. Dies ist zwar im Betriebsverfassungsgesetz nicht ausdrücklich geregelt. Der Ausschluss folgt aber aus dem allgemeinen Grundsatz, der sich auch in vielfältigen gesetzlichen Regelungen niederschlägt, dass zur Vermeidung von Interessenkollisionen niemand „Richter in eigener Sache“ sein darf. Der Betriebsrat hat schließlich als Organ die Interessen der von ihm repräsentierten Belegschaft zu artikulieren und wahrzunehmen. Diese Funktion ist aber nicht mehr gesichert, wenn bei der Beschlussfassung die eigenen Interessen von Betriebsratsmitgliedern so stark sind, dass sie gegenüber den Interessen der Belegschaft in den Vordergrund treten. Liegt eine derartige Interessenkollision - etwa im Falle der Umgruppierung, Versetzung oder Kündigung - vor, ist das Betriebsratsmitglied im Sinne des § 25 BetrVG zeitweilig verhindert (*vgl. nur BAG 3. August 1999 - 1 ABR 30/98 - zu B II 1 a und b der Gründe, BAGE 92, 162 = AP BetrVG 1972 § 25 Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 § 33 Nr. 1; 26. August 1981 - 7 AZR 550/79 - BAGE 36, 72 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 13; 23. August 1984 - 2 AZR 391/83 - BAGE 46, 258 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 17; Fitting 26. Aufl. § 25 Rn. 18*). So ist zum Beispiel ein zu kündigendes Betriebsratsmitglied wegen Befangenheit von der Beratung und Beschlussfassung über die Zustimmung des Betriebsrats ausgeschlossen, es gilt als zeitweilig verhindert iSd. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG und wird sodann durch ein Ersatzmitglied vertreten (*ErfK/Kania 13. Aufl. § 103 BetrVG Rn. 7*).

Die Verhinderung bezieht sich nicht nur auf die Beschlussfassung als solche, sondern auch auf die vorangehende Beratung. Andernfalls käme es zu dem sinnwidrigen Ergebnis, dass das Ersatzmitglied an der Beschlussfassung zu beteiligen wäre, ohne zuvor an der Beratung über deren Gegenstand teilgenommen zu haben (*vgl. BAG 23. August 1984 - 2 AZR 391/83 - BAGE 46, 258*). Soll der Ausschluss des Betriebsratsmitglieds verhindern, dass persönliche Interessen die Willensbildung des Organs Betriebsrat beeinflussen, kann dieses Ziel nur erreicht werden, wenn sich der Ausschluss auch auf die Beratung er-

42

streckt. In ihr wird die Willensbildung des Betriebsrats nämlich maßgeblich vorbereitet.

(2) Anders als ein Betriebsrat ist jedoch eine Schwerbehindertenvertretung kein Organ, sondern eine „Ein-Personen-Institution“ (§ 94 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Der oder die Stellvertreter treten im Fall der Verhinderung der Vertrauensperson der Schwerbehinderten an deren Stelle, es bleibt bei einer Ein-Personen-Institution. Bereits dies spricht gegen eine Übertragung von Befangenheitsregeln, die für die Mitglieder mehrköpfiger Gremien gelten. 43

Darüber hinaus fehlt es dem Schwerbehindertenrecht an einer hinreichend offenen Vertretungsregelung. Die Vertretung der Vertrauensperson durch das stellvertretende Mitglied wegen Betroffenheit in eigener Sache sieht das Gesetz gerade nicht vor. Anders als § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für die Vertretung eines ordentlichen Betriebsratsmitglieds durch ein Ersatzmitglied spricht § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB IX auch nicht allgemein von „zeitweiliger Verhinderung“, was auch die Verhinderung aus Rechtsgründen, etwa wegen Befangenheit, einschließen kann, sondern nur von der Verhinderung der Vertrauensperson „durch Abwesenheit oder Wahrnehmung anderer Aufgaben“. Der Fall der Betroffenheit in eigener Sache ist im Gesetz nicht vorgesehen (*BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 32, EzA KSchG § 15 nF Nr. 72*). „Abwesenheit“ ist dabei eng zu verstehen, etwa infolge Urlaubs, Krankheit, Kur, Dienstreise oder Fortbildungsmaßnahmen. Eine „rechtliche Verhinderung“ ist kein Fall der Abwesenheit. 44

Vor allem aber sprechen Erwägungen der Gesetzessystematik gegen eine „Befangenheit“ der Schwerbehindertenvertretung im Rechtssinn. Nach § 95 Abs. 1 Satz 1 SGB IX hat die Schwerbehindertenvertretung die Eingliederung schwerbehinderter Menschen in den Betrieb zu fördern und jenen Menschen beratend und helfend zur Seite zu stehen. „Entscheidungen“ trifft die Schwerbehindertenvertretung dagegen nicht. Nach § 95 Abs. 2 SGB IX kommen der Schwerbehindertenvertretung Unterrichtungs-, Anhörungs- und Einsichtsrechte zu sowie - § 95 Abs. 4 SGB IX, § 32 BetrVG - das Recht, beratend an den Sitzungen des Betriebs- oder Personalrats und derer Ausschüsse teil- 45

zunehmen. Die Schwerbehindertenvertretung kann ferner beantragen, einen Beschluss des Betriebs- oder Personalrats zeitweilig auszusetzen. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann also die Schwerbehindertenvertretung schon deswegen nicht „Richter in eigener Sache“ sein, weil ihr weder eine eigene Entscheidungsbefugnis zukommt noch - anders als bei betrieblicher Interessenvertretung - Mitbestimmungsrechte oder Zustimmungserfordernisse von Gesetzes wegen vorgesehen sind. Nach der geltenden Gesetzeslage besteht daher kein Bedürfnis, Regeln für den Fall einer Selbstbetroffenheit zu schaffen.

dd) Die Schwerbehindertenvertretung kann auf ihre Beteiligung nicht verzichten. Daher kommt es nicht darauf an, ob vorliegend im Vorfeld die Nichtbeteiligung mit dem Schwerbehindertenvertreter H seitens der Beklagten abgesprochen war, wie diese vorgetragen hat. Die Vertrauensperson der Schwerbehinderten hat die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung wahrzunehmen, wie durch das Gesetz vorgeschrieben. Diese Aufgaben stehen nicht zur Disposition der Vertrauensperson der Schwerbehinderten, weil sie nicht Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und damit der individuellen Selbstbestimmung des Vertrauensmannes oder der Vertrauensfrau sind. Mit dem nicht disponiblen Recht der Schwerbehindertenvertretung korrespondieren entsprechende Pflichten des Arbeitgebers. Auch diese stehen nicht zu dessen Disposition. Es oblag daher nicht der Beklagten als Arbeitgeberin, die Vertrauensperson der Schwerbehinderten wegen einer von ihr angenommenen „Interessenkollision“ und damit angeblich einhergehenden „Befangenheit“ abzulehnen und die Schwerbehindertenvertretung nicht zu beteiligen. Ein derartiges Ablehnungsrecht steht dem Arbeitgeber nicht zu. 46

ee) Auf eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu verzichten, ist allein einem schwerbehinderten Bewerber möglich. Nach § 81 Abs. 1 Satz 10 SGB IX ist die Schwerbehindertenvertretung bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen nur dann nicht zu beteiligen, wenn der schwerbehinderte Mensch die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausdrücklich ablehnt. Im Um- 47

kehrschluss bedeutet dies, dass die Schwerbehindertenvertretung selbst keine Verzichtsmöglichkeit hat.

Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass der Schwerbehindertenvertreter H zwar auf eine Stellungnahme zu seiner eigenen Bewerbung verzichten konnte, nicht jedoch auf eine Beteiligung an dem Verfahren des Klägers oder weiterer schwerbehinderter - externer wie interner - Bewerber. So hätte er selbst an dem Bewerbungsgespräch des Klägers teilnehmen können, dem es im Übrigen freigestanden hätte, eine Beteiligung seines Konkurrenten ausdrücklich abzulehnen (§ 81 Abs. 1 Satz 10 SGB IX). Selbst eine Ablehnung durch den Kläger hätte nichts an dem allgemeinen Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 2 SGB IX geändert, da insoweit kein Ablehnungsgrund geregelt ist. Die Anhörungs- und Unterrichtsrechte der Schwerbehindertenvertretung werden durch die Ablehnung eines einzelnen schwerbehinderten Bewerbers gerade nicht ausgeschlossen. Jener Bewerber kann lediglich die Erörterung seiner Bewerbung, die Einsichtnahme in seine Bewerbungsunterlagen und die Teilnahme an seinem eigenen Bewerbergespräch verhindern.

48

c) Das Landesarbeitsgericht hat somit verkannt, dass vorliegend die Pflicht der Beklagten, die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen, nicht aus Rechtsgründen entfallen war. Die Beklagte hat diese Pflicht verletzt. Das Landesarbeitsgericht wird nunmehr zu entscheiden haben, ob vorliegend diese Pflichtverletzung die Kausalität zwischen dem Merkmal der Behinderung und der Benachteiligung des Klägers überwiegend wahrscheinlich macht. Soweit dies der nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu gewinnenden Überzeugung des Berufungsgerichts entspricht, wird das Landesarbeitsgericht weiter zu entscheiden haben, ob die Beklagte ihre Vorgehensweise so zu rechtfertigen vermag, dass ein Entschädigungsanspruch des Klägers nach dem AGG ausscheidet. Dabei lassen die bisherigen Überlegungen des Landesarbeitsgerichts, dass kein allgemeiner Beförderungsanspruch schwerbehinderter Menschen besteht (vgl. BAG 19. September 1979 - 4 AZR 887/77 - BAGE 32, 105) und dass die Vermutung des Klägers, er sei wegen früherer Rechtsverfolgung benachteiligt wor-

49

den, nicht zu einem Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG führt, Rechtsfehler nicht erkennen.

V. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision mit 50 zu entscheiden haben.

Hauck

Böck

Breinlinger

Volz

R. Kandler