

### **Arbeitszeitbetrug: Fristlose Entlassung auch bei unabsichtlicher Fehleintragung**

Wer seine Arbeitszeit falsch erfasst, muss mit einer außerordentlichen Kündigung rechnen. Das gilt auch, wenn die Fehleintragung nicht absichtlich, sondern versehentlich erfolgt. In seiner Entscheidung erläutert das LAG Rheinland-Pfalz, warum schon die billigende Inkaufnahme falscher Arbeitszeitdokumentation eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

Der Fall:

Die Mitarbeiterin eines Museums durfte die von ihr geleisteten Arbeitszeiten handschriftlich auf Zeitkarten erfassen. Für einen Tag, an dem sie nicht gearbeitet hatte, war auf ihrer Zeitkarte eine geleistete Arbeitszeit von sechs Stunden eingetragen. Als der Arbeitgeber das bemerkte, wurde ihr wegen Arbeitszeitbetrug fristlos gekündigt.

Sie wehrte sich gerichtlich. Sie wisse nicht, wie es zu der falschen Eintragung auf der Zeiterfassungskarte gekommen ist. Wenn die falsche Eintragung überhaupt von ihr stammen sollte, dann sei dies jedenfalls nur versehentlich geschehen. Eine Abmahnung hätte genügt.

Die Entscheidung:

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Rheinland-Pfalz bestätigte die für die Klägerin ungünstige Entscheidung der Vorinstanz. Denn dem Arbeitgeber war die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten. Der Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, kann grundsätzlich eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung (Betrug ja oder nein) an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch. Denn der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit vertrauen können. Wird die fehlende Kontrollmöglichkeit dazu ausgenutzt, die Zeiterfassungskarte falsch auszufüllen, ist das für eine weitere Zusammenarbeit notwendige Vertrauen unwiederbringlich zerstört.

Demgegenüber hat eine Beschäftigungsdauer von knapp vier Jahren kein besonderes Gewicht. Bedingter Vorsatz genügt

Die Richter gehen hier davon aus, dass die Klägerin ihre Arbeitszeit zumindest bedingt vorsätzlich falsch dokumentiert hat. Bedingter Vorsatz (oder Eventualvorsatz) ist ein juristischer Fachbegriff und wird in Abgrenzung zur Fahrlässigkeit (versehentliches Handeln) definiert als das billigende Inkaufnehmen eines Erfolges – hier die unrichtige Arbeitszeiterfassung. Arbeitgeber können von ihren Mitarbeitern erwarten, dass diese ihre Kommens- und Gehenszeiten sofort eintragen, weil mit zunehmendem Zeitablauf das menschliche Erinnerungsvermögen abnimmt.

(LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.11.2012, Aktenzeichen: 10 Sa 270/12)

### **Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung**

#### **ArbG Gießen: Kettenbefristungen - Lehrerin erfolgreich entfristet**

(LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 16.10.2012, 7 Sa 1182/12 und Urteil v. 09.01.2013, 15 Sa 1635/12)

Die Arbeitnehmerüberlassung bedarf nach § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) der Erlaubnis und erfolgt vorübergehend. Eine Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis führt nach § 10 Abs. 1 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter. Im Gesetz ist nicht näher geregelt, wann ein vorübergehender Einsatz anzunehmen ist und welche Rechtsfolgen bei einer nicht nur vorübergehenden Leiharbeit eintreten.

Der Entleiher betreibt Krankenhäuser und setzt als Krankenpflegepersonal bei einem konzerneigenen Verleihunternehmen beschäftigtes Personal ein; die Beschäftigung erfolgt auf Dauerarbeitsplätzen, für die keine eigenen Stammarbeitnehmer vorhanden sind. Das Verleihunternehmen besitzt eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.

Die Kammer 15 des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg hat in diesem Fall

entschieden, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht. Die Kammer hat dabei angenommen, eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung sei von der erteilten Erlaubnis nicht gedeckt; es komme daher ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer zustande. Es stelle einen "institutionellen Rechtsmissbrauch" dar, wenn das konzern-eigene Verleihunternehmen nicht am Markt werbend tätig sei und seine Beauftragung nur dazu diene, Lohnkosten zu senken oder kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen. Demgegenüber hatte die Kammer 7 des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg in einem Parallelverfahren das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer verneint. Beide Kammern des Landesarbeitsgerichts haben die Revision an das Bundesarbeitsgericht zugelassen.

### **Gesetzlicher Urlaubsanspruch nach unbezahltem Sonderurlaub**

*(BAG, Urteil vom 6. Mai 2014, 9 AZR 678/12)*

Nach § 1 des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG) hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Diese Vorschrift ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BUrlG unabdingbar. Die Entstehung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs erfordert nur den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses und die einmalige Erfüllung der Wartezeit. Das BUrlG bindet den Urlaubsanspruch damit weder an die Erfüllung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis noch ordnet es die Kürzung des Urlaubsanspruchs für den Fall des Ruhens des Arbeitsverhältnisses an. Allerdings sehen spezialgesetzliche Regelungen für den Arbeitgeber die Möglichkeit der Kürzung des Urlaubs bei Elternzeit (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG) oder Wehrdienst (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ArbPISchG) vor. Eine Kürzungsregelung beim Ruhens des Arbeitsverhältnisses während einer Pflegezeit (§§ 3, 4 PflegeZG) findet sich dagegen nicht. Kommt es zum Ruhens des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, hindert dies grundsätzlich weder das Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruchs noch ist der Arbeitgeber zur Kürzung des gesetzlichen Urlaubs berechtigt.

*Aus den Gründen:*

Die Klägerin war bei der beklagten Universitätsklinik seit August 2002 als Krankenschwester beschäftigt. Vom 1. Januar 2011 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 30. September 2011 hatte sie unbezahlten Sonderurlaub und verlangte danach erfolglos von der Beklagten die Abgeltung von 15 Urlaubstagen aus dem Jahr 2011. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Der von den Parteien vereinbarte Sonderurlaub stand dem Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruchs zu Beginn des Kalenderjahres 2011 nicht entgegen. Er berechtigte die Beklagte auch nicht zur Kürzung des gesetzlichen Urlaubs.

### **Ehrenamt und Arbeitnehmerstatus**

*(BAG, Urteil v. 29.08., 10 AZR 499/11)*

Durch die Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeit wird kein Arbeitsverhältnis begründet.

*Aus den Gründen:*

Der Beklagte des entschiedenen Falles ist Träger einer örtlichen Telefonseelsorge. Zu diesem Zweck unterhält er Räumlichkeiten, in denen ein hauptamtlicher und rund fünfzig ehrenamtliche Mitarbeiter den Seelsorgedienst verrichten. Nach der Dienstordnung für die ehrenamtlichen Kräfte wird deren regelmäßige Beteiligung erwartet. Jeweils im Vormonat legt der Beklagte Dienstpläne für den Folgemonat aus, in die sich die ehrenamtlichen Mitarbeiter eintragen. Die Klägerin war auf der Grundlage von schriftlichen „Beauftragungen“ seit dem 26. April 2002 als ehrenamtliche Telefonseelsorgerin unentgeltlich im Umfang von zehn Stunden im Monat für den Beklagten tätig. Die Klägerin

erhielt lediglich einen Unkostenersatz von 30,00 Euro monatlich. Am 22. Januar 2010 wurde die Klägerin mündlich von ihrem Dienst entbunden.

Die von der Klägerin erhobene Kündigungsschutzklage blieb vor dem Bundesarbeitsgericht - wie schon in den Vorinstanzen - erfolglos. Zwischen den Parteien bestand kein Arbeitsverhältnis. Die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit von Dienstleistungen ist - bis zur Grenze des Missbrauchs - rechtlich zulässig, wenn eine Vergütung, wie bei ehrenamtlicher Tätigkeit, nicht zu erwarten ist. Die Ausübung von Ehrenämtern dient nicht der Sicherung oder Besserung der wirtschaftlichen Existenz. Sie ist Ausdruck einer inneren Haltung gegenüber Belangen des Gemeinwohls und den Sorgen und Nöten anderer Menschen. Im Streitfall besteht kein Anhaltspunkt für die Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften.

### **Arbeitszeugnis - kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Dank und gute Wünsche**

*(BAG, Urteil v. 11.12.2012, 9 AZR 227/11)*

Der Arbeitgeber ist gesetzlich nicht verpflichtet, das Arbeitszeugnis mit Formulierungen abzuschließen, in denen er dem Arbeitnehmer für die geleisteten Dienste dankt, dessen Ausscheiden bedauert oder ihm für die Zukunft alles Gute wünscht. Das einfache Zeugnis muss nach § 109 Abs. 1 Satz 2 GewO mindestens Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit enthalten. Der Arbeitnehmer kann gemäß § 109 Abs. 1 Satz 3 GewO verlangen, dass sich die Angaben darüber hinaus auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis (*qualifiziertes Zeugnis*) erstrecken. Aussagen über persönliche Empfindungen des Arbeitgebers gehören damit nicht zum notwendigen Zeugnisinhalt. Ist der Arbeitnehmer mit einer vom Arbeitgeber in das Zeugnis aufgenommenen Schlussformel nicht einverstanden, kann er nur die Erteilung eines Zeugnisses ohne diese Formulierung verlangen.

### **Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD - Altersdiskriminierung**

*(BAG, Urteil v. 12.12.2012, 10 AZR 718/11)*

Eine tarifliche Regelung, wonach der Anspruch auf eine Sonderzahlung vom Bestand des Arbeitsverhältnisses am 1. Dezember des Jahres abhängt, benachteiligt Arbeitnehmer, die vor diesem Stichtag wegen Erreichens des gesetzlichen Rentenalters aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, nicht unzulässig wegen ihres Alters.

*Aus den Gründen:*

Gemäß § 20 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) haben Beschäftigte, die am 1. Dezember in einem Arbeitsverhältnis stehen, Anspruch auf eine Jahressonderzahlung, deren Höhe zwischen 60 und 90 % des durchschnittlichen Monatsentgelts beträgt. Der Kläger war seit 1968 bei der beklagten Stadt beschäftigt. Zum 31. Oktober 2009 ist er aufgrund Erreichens des gesetzlichen Rentenalters aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden. Eine Sonderzahlung hat die Arbeitgeberin für das Jahr 2009 an ihn nicht geleistet. Der Kläger vertritt die Auffassung, ihm stehe die Sonderzahlung trotz seines Ausscheidens vor dem 1. Dezember zu. Die tarifliche Regelung diskriminiere ihn wegen seines Alters. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers blieb vor dem Zehnten Senat erfolglos.

### **Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte**

*(BAG, Urteil v. 19.07.2012, 2 AZR 782/11)*

Der Arbeitnehmer kann die Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung aus seiner Personalakte nur dann verlangen, wenn das gerügte Verhalten für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht bedeutungslos geworden ist.

*Aus den Gründen:*

Arbeitnehmer können die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, und auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht.

### **Anspruch auf Arbeitszeitverringerung**

*(BAG, Urteil v. 13.11.2012, 9 AZR 259/11)*

In einem Betrieb, in dem in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt werden, kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, von dem Arbeitgeber verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird (§ 8 Abs. 1 TzBfG). Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen (§ 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG). Diese hat er darzulegen und gegebenenfalls nachzuweisen.

*Aus den Gründen:*

Der Kläger ist seit 1995 im Luftfahrtunternehmen der Beklagten mit einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 18 Wochenstunden beschäftigt. Die Beklagte ist berechtigt, dem Kläger sämtliche Tätigkeiten im „Basic Service 2“ zuzuweisen. Zu diesen gehört neben dem Betreuungsdienst, dem der Kläger zugeordnet ist, eine Vielzahl anderer Tätigkeiten. 2008 übertrug die Beklagte ihren Betreuungsdienst auf einen Dienstleistungsanbieter und überließ diesem u.a. den Kläger auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags. Später verpflichtete sich die Beklagte gegenüber dem Entleiher, ausschließlich Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mindestens 18 Stunden zu überlassen. Der Kläger verlangt von der Beklagten, seine regelmäßige Wochenarbeitszeit auf zehn Stunden zu reduzieren. Die Beklagte macht geltend, die Arbeitszeitregelungen des Überlassungsvertrages stünden dem Verringerungsbegehren entgegen. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Der gesetzliche Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit steht auch Arbeitnehmern zu, die bereits in Teilzeit arbeiten. Die Arbeitszeitbestimmungen des Überlassungsvertrages berechtigten die Beklagte nicht, den Verringerungswunsch des Klägers abzulehnen. Entscheidend ist vielmehr, ob dem Teilzeitverlangen bei allen vertraglich möglichen Einsätzen betriebliche Gründe entgegenstehen. Zu der Möglichkeit, den Kläger - gegebenenfalls im Wege eines Ringtausches - auf einem anderen Arbeitsplatz in ihrem Luftfahrtunternehmen einzusetzen, hatte die darlegungsbelastete Beklagte nichts vorgetragen.

### **Arbeitsunfähigkeit und Erholungsurlaub**

Nach § 1 BUrlG steht jedem Mitarbeiter sein voller Erholungsurlaub zu, selbst wenn er das gesamte Kalenderjahr arbeitsunfähig war. Daran ändert eine tarifliche Regelung, die das Arbeitsverhältnis bei Bezug einer befristeten Rente wegen Erwerbsminderung ruhend stellt, nichts. Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch ist gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nicht disponibel (BAG, Urt. v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10).

Die schwerbehinderte Klägerin war seit Juli 2001 für die Beklagte tätig. Im Jahr 2004 erkrankte sie. Ab Mitte Dezember 2004 bekam sie eine befristete Rente wegen Erwerbsminderung. Ende März 2009 endete das Arbeitsverhältnis. Auf dieses fand der TVöD Anwendung. Danach ruht das Arbeitsverhältnis, solange der Mitarbeiter eine Rente auf Zeit bezieht. Der Erholungsurlaub einschließlich des tariflichen Zusatzurlaubs mindert sich in dieser Zeit monatlich um ein Zwölftel. Die Klägerin verlangte Abgeltung von 149 Urlaubstagen aus den Jahren 2005 bis 2009.

Die Vorinstanzen gaben der Klage hinsichtlich des gesetzlichen Erholungsurlaubs statt. In Bezug auf den Zusatzurlaub für Schwerbehinderte wiesen sie sie ab. Das BAG sprach der Klägerin auch teilweise die Abgeltung des Zusatzurlaubs zu.

### **Urlaubsanspruch im langjährig ruhenden Arbeitsverhältnis – Kein Verfall im Geltungsbereich des BAT-KF**

Jeder Arbeitnehmer hat nach § 1 BUrlG in jedem Kalenderjahr auch dann Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, wenn er im gesamten Urlaubsjahr arbeitsunfähig krank war. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer eine befristete Rente wegen Erwerbsminderung bezogen hat und eine tarifliche Regelung bestimmt, dass das Arbeitsverhältnis während des Bezugs dieser Rente auf Zeit ruht. Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch steht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Bei langjährig arbeitsunfähigen Arbeitnehmern ist § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG, wonach im Fall der Übertragung der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden muss, unionsrechtskonform so auszulegen, dass der Urlaubsanspruch 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt. Der EuGH hat in der KHS-Entscheidung vom 22. November 2011 seine Rechtsprechung bezüglich des zeitlich unbegrenzten Ansammelns von Urlaubsansprüchen arbeitsunfähiger Arbeitnehmer geändert und den Verfall des Urlaubs 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres nicht beanstandet. (BAG PM 56/12)

Dieses Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. August 2012 (9 AZR 353/10) haben offenbar auch einige Arbeitgeber im Geltungsbereich des BAT-KF zum Anlass genommen, die Urlaubskonten betroffener Mitarbeitender zu reduzieren. Allerdings hat die Arbeitsrechtliche Kommission Rheinland-Westfalen-Lippe auf Antrag der Dienstgeberseite mit Arbeitsrechtsregelung vom 24.11.2010 eine abweichende Bestimmung zum Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs bei langer Arbeitsunfähigkeit getroffen. § 25 Absatz 2 BAT-KF enthält seit dem folgende Bestimmung: „Abweichend von Satz 3 bleiben gesetzliche Mindesturlaubsansprüche gemäß § 3 BUrlG, ggf. unter Berücksichtigung eines Zusatzurlaubs gemäß § 125 SGB IX, die wegen Arbeitsunfähigkeit nicht spätestens bis zum Ablauf des Übertragungszeitraumes angetreten werden konnten, erhalten.“ Diese Bestimmung enthält gerade keine Regelung, nach der gesetzliche Mindesturlaubsansprüche zu einem späteren Zeitpunkt doch verfallen können. Es handelt sich um eine Regelung, die Beschäftigte gegenüber den Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes besser stellt und auf die das oben angeführte Urteil nicht anwendbar ist.

Mitarbeitende, deren Urlaubskonto unter Hinweis auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts gekürzt wurde, sollten Ihren Urlaubsanspruch gemäß § 25 Absatz 2 Satz 4 BAT-KF unbedingt geltend machen.

### **Schwangere Schwangerschaftsvertretung**

(LAG Köln, Urteil v. 11.10.2012, 6 Sa 641/12)

Eine Frau, die befristet zur Vertretung einer schwangeren Mitarbeiterin eingestellt wird, muss dem Arbeitgeber vor Abschluss des Arbeitsvertrages nicht offenbaren, dass sie ebenfalls schwanger ist. *Aus den Gründen:*

Die Frage nach einer Schwangerschaft wird grundsätzlich als unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne des § 3 Absatz 1 Satz 2 AGG bewertet. Eine schwangere Frau braucht deshalb auch weder von sich aus noch auf entsprechende Frage vor Abschluss des Arbeitsvertrages eine bestehende Schwangerschaft zu offenbaren. Das gilt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 4. 10. 2001 – C-109/00) selbst dann, wenn nur ein befristeter Arbeitsvertrag begründet werden soll und die Bewerberin

während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht arbeiten kann. Auch in dem Fall, dass der befristete Vertrag zur Vertretung einer ebenfalls schwangeren Mitarbeiterin dienen sollte, sah das Landesarbeitsgericht keine Ausnahme begründbar. Eine wegen Verschweigens der Schwangerschaft erklärte Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber war deshalb unwirksam. Offen gelassen wurde, ob in Fällen eines dauerhaften Beschäftigungsverbots eine Ausnahme zu machen wäre. Denn das lag im entschiedenen Fall nicht vor. Die Klägerin hatte bis zur Erklärung der Anfechtung gearbeitet.

### **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung - Interessenkollision**

*(BAG, Urteil vom 22. August 2013, 8 AZR 574/12)*

Bei der Entscheidung über die Bewerbung auch von schwerbehinderten Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung selbst dann zu beteiligen, wenn die Vertrauensperson der Schwerbehinderten ebenfalls zu den Bewerbern gehört.

*Aus den Gründen:*

Die Parteien streiten um eine Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), weil sich der Kläger als schwerbehinderter Mensch bei der Entscheidung über seine Bewerbung diskriminiert sieht. Bei der Beklagten, einer Spielbank, waren zwei Beförderungsstellen als „Tischchef“ ausgeschrieben. Darauf bewarben sich auch der bei der Beklagten gewählte Schwerbehindertenvertreter und der Kläger, der stellvertretendes Mitglied der Schwerbehindertenvertretung ist. Die Beklagte teilte dem Schwerbehindertenvertreter mit, dass sie wegen der aus ihrer Sicht bestehenden Interessenkollision weder ihn noch den Kläger als seinen Stellvertreter an der Auswahlentscheidung beteiligen werde. Sie entschied sich schließlich für zwei andere Kandidaten. Bei der Auswahlentscheidung sieht sich der Kläger als schwerbehinderter Mensch diskriminiert, worauf die unterlassene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung hinweise.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hat vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Bei der Entscheidung über die Bewerbung des Klägers hätte die Schwerbehindertenvertretung nach § 81 SGB IX beteiligt werden müssen. Dem stand nicht entgegen, dass sich die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen selbst und der Stellvertreter auf eine der zu besetzenden Stellen beworben hatten. Einen möglichen Interessenkonflikt zwischen Bewerbern hätte der Kläger verhindern können, indem er nach § 81 Abs. 1 Satz 10 SGB IX die Beteiligung des Schwerbehindertenvertreters als seines direkten Konkurrenten um die zu besetzende Stelle ausdrücklich hätte ablehnen können. Dagegen oblag es nicht dem Arbeitgeber, von der gesetzlich vorgeschriebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung Abstand zu nehmen.

Der Senat hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Dieses wird zu klären haben, ob die Verletzung der Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Menschen nach dem Sozialgesetzbuch IX vorliegend eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung indiziert und ob ggf. die Beklagte ihre Vorgehensweise so zu rechtfertigen vermag, dass ein Entschädigungsanspruch des Klägers nach AGG ausscheidet.

Entnommen aus: VKM-Newsletter 47/2013