

(Urteil vom 10.09.2013, Az. 4 S 547/12)

VGH Baden-Württemberg Urteil vom 10.9.2013, 4 S 547/12

Benachteiligung im Stellenbesetzungsverfahren durch unterlassene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Leitsätze

1. In einem Stellenbesetzungsverfahren kann eine Benachteiligung im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG bereits in der entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterlassenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und der damit einhergehenden Vorenthaltung einer möglichen Verfahrensabsicherung oder -begleitung durch diese Vertretung zu sehen sein.

2. Eine Benachteiligung im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG setzt keine Verletzung in subjektiven Rechten voraus.

3. Zur Heilung eines Verstoßes gegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX durch nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung (hier verneint).

4. Die Höhe des Entschädigungsanspruchs im Falle des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ist bei Geltendmachung einer Benachteiligung in einem Beförderungsverfahren nicht auf die Differenz zwischen der dreifachen monatlichen Grundbesoldung des bislang innegehabten und derjenigen des angestrebten Amtes beschränkt.

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 31. Januar 2012 - 5 K 1552/10 - geändert. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 11.422,14 EUR zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.08.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt 1/3, der Beklagte 2/3 der Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10% über dem aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrag abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 10% über dem zu vollstreckenden Betrag leistet. Die Klägerin darf ihrerseits die Vollstreckung wegen

der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10% über dem vollstreckbaren Betrag abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Klägerin macht Ansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geltend.
- 2 Die im Jahr 1953 geborene schwerbehinderte Klägerin (GdB: 70) steht als beamtete Lehrerin mit der Lehrbefähigung für Grund- und Hauptschulen im Amt einer Konrektorin (Besoldungsgruppe A 14 mit Amtszulage) im Dienst des Beklagten. Seit September 2003 ist sie Stellvertretende Leiterin der Abteilung Mittelstufe an der S.-Gesamtschule in F. Aufgrund ihrer Behinderung wird ihr seit Februar 2008 eine Deputatsermäßigung von drei Wochenstunden gewährt.
- 3 Mit Formblattbewerbung vom 07.07.2009 bewarb sich die Klägerin auf die im Amtsblatt des Ministeriums für Kultus, Jugend und Sport vom 08.06.2009 an der S.-Gesamtschule ausgeschriebene Stelle einer Studiendirektorin als Leiterin / eines Studiendirektors als Leiter einer Abteilung Mittelstufe an einer Schule besonderer Art (A 15 mit Amtszulage). In der Ausschreibung hieß es, es könnten sich Lehrerinnen und Lehrer mit Lehrbefähigung für Grund- und Hauptschule, Realschule oder Gymnasium bewerben; im Hinblick auf die Aufgabenstrukturen an der Schule erhalte bei vergleichbarer Eignung eine Bewerberin / ein Bewerber mit der Lehrbefähigung für die Realschule und entsprechender Berufserfahrung den Vorzug. Die daraufhin erstellte Anlassbeurteilung des Schulleiters schloss mit dem Gesamturteil „sehr gut (1,0)“. Mit Beurteilungsbescheid vom 13.11.2009 bewertete das Regierungspräsidium Freiburg die Leistungen der Klägerin im zuvor durchgeführten Überprüfungsverfahren - bestehend aus einer Unterrichtsmitschau mit Beratung (Note: „gut (2,0)“), einer Präsentation und einem Bewerbergespräch - insgesamt mit der Note „gut bis befriedigend (2,5)“.
- 4 Auf einen Hinweis der Vertrauensperson der Schwerbehindertenvertretung stellte das Regierungspräsidium am 04.12.2009 fest, dass deren Beteiligung bislang unterblieben war. Einem Aktenvermerk vom 16.12.2009 zufolge betrachtete die Vertrauensperson nach einem hierüber geführten Gespräch den Verfahrensfehler als geheilt und stimmte dem Besetzungsvorschlag zugunsten des (einzigen) verbliebenen Mitbewerbers zu. Mit Schreiben vom 13.01.2010 erhob die Klägerin „Einspruch gegen das Verfahren“ und rügte, dass die Schwerbehindertenvertretung bei dem Bewerbergespräch am 13.11.2009 nicht anwesend gewesen sei. Außerdem habe vor Beginn des Bewerbungsverfahrens kein Gespräch zwischen ihr und der Vertrauensperson der Schwerbehindertenvertretung stattgefunden. Das Regierungspräsidium verwies im Antwortschreiben vom 26.01.2010 darauf, dass die Klägerin durch den unstreitig erfolgten Verfahrensfehler nicht in ihrer Rechtsposition beeinträchtigt oder gar verletzt sei. Keiner der an der Überprüfung beteiligten Personen sei die Schwerbehinderung bekannt gewesen, weshalb eine „reale Benachteiligungssituation“ nicht vorgelegen habe. Es bestehe keine Veranlassung, von

einer Fortführung des Besetzungsverfahrens abzusehen. In der Dokumentation zur Begründung des Besetzungsvorschlags zugunsten des - in der zusammenfassenden Eignungsbewertung gleichfalls als „gut geeignet“ angesehenen, im Beurteilungsbescheid vom 13.11.2009 mit der Gesamtnote „gut (2,0)“ bewerteten - Mitbewerbers hieß es u.a., dieser könne als Außenbewerber neben seinem Fachwissen in Bezug auf die Realschule auch neue Ansätze in die schulische Arbeit einbringen. U.a. durch seine langjährige Erfahrung als stellvertretender Schulleiter, der über lange Zeiträume hinweg eine Realschule geleitet habe, verfüge er gegenüber den anderen Bewerbern über umfangreichere Kompetenzen in den Handlungsfeldern der Schulleitung und im Führungsverhalten.

- 5 Am 17.02.2010 widersprach der Bezirkspersonalrat für Grund-, Haupt-, Real- und Sonderschulen beim Regierungspräsidium u.a. unter Hinweis auf die unzureichende (lediglich) nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung der Besetzung der Stelle mit dem dafür vorgesehenen Konkurrenten. Ohne vorherige Erörterung der beabsichtigten Entscheidung mit dem Bezirkspersonalrat trat das vom Regierungspräsidium gemäß § 69 Abs. 3 LPVG um weitere Veranlassung gebetene Ministerium für Kultus, Jugend und Sport in der Folge an den Hauptpersonalrat heran, der - nach anfänglichen Bedenken in der Erörterung - mit Schreiben vom 12.05.2010 seine Zustimmung zur geplanten Maßnahme erteilte. Mit Schreiben vom 08.06.2010 teilte das Regierungspräsidium der Klägerin daraufhin mit, dass nach Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte entschieden worden sei, die ausgeschriebene Stelle mit dem Bewerber Realschulkonrektor M. zu besetzen; auf Wunsch werde Gelegenheit zu einer Aussprache gegeben.
- 6 Mit Schreiben vom 05.08.2010 - beim Regierungspräsidium eingegangen am 06.08.2010 - bat die Klägerin um Unterrichtung über die Gründe für die getroffene Entscheidung und machte vorsorglich eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG sowie Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG geltend. Das Regierungspräsidium erläuterte mit Schreiben vom 11.08.2010, weshalb unter Berücksichtigung der einzelnen Elemente des Überprüfungsverfahrens von einem Eignungsvorsprung des Mitbewerbers auszugehen gewesen sei; die Schwerbehinderung der Klägerin habe im Stellenbesetzungsverfahren daher keine ausschlaggebende Rolle spielen können.
- 7 Die Klägerin hat am 23.08.2010 beim Verwaltungsgericht Freiburg Klage erhoben und beantragt, den Bescheid des Regierungspräsidiums Freiburg vom 11.08.2010 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, an sie eine Entschädigung in Höhe von 17.133,21 EUR zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen. Mit Urteil vom 31.01.2012 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Klage sei nach diesbezüglicher rügeloser Einlassung des Beklagten auch ohne Durchführung eines Vorverfahrens zulässig. Es fehle auch nicht am erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Zwar habe die Klägerin nicht um vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel nachgesucht, dem Beklagten die anderweitige Vergabe der ausgeschriebenen Stelle vorläufig zu untersagen und ihm aufzugeben, das Auswahlverfahren - unter Berücksichtigung ihrer Situation als Schwerbehinderte - (erneut) durchzuführen. Der Entschädigungsanspruch nach 15 Abs. 2 AGG knüpfe aber an eine Benachteiligung im

Bewerbungsverfahren an und setze gerade nicht voraus, dass andere Bewerber um eine Beförderungsstelle diese nicht sollten erhalten dürfen. Die Klage sei jedoch nicht begründet. Der Klägerin stehe der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht zu. Zwar habe sie diesen innerhalb der Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht. Dem Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 06.08.2010 habe nämlich hinreichend konkret entnommen werden können, auf welchen Sachverhalt sie ihren Entschädigungsanspruch stütze. Die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG lägen aber nicht vor. Die Klägerin sei im Auswahlverfahren nicht wegen ihrer Behinderung im Hinblick auf einen Verstoß gegen behinderungsrechtliche Schutzvorschriften unzulässig benachteiligt worden. Das Anforderungsprofil der streitigen Stelle habe nicht unter Einbeziehung der Schwerbehindertenvertretung erstellt werden müssen. Die Vorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 bis 3 SGB IX, die den Arbeitgeber unter Einbeziehung der Schwerbehindertenvertretung zur Prüfung verpflichte, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können, sei nach § 24 Nr. 1 AGG im öffentlichen Dienstrecht nicht anwendbar. Vielmehr richte sich das Anforderungsprofil einer zu besetzenden Funktionsstelle - für alle Beamten gleich - nach dem statusrechtlichen Amt. Im Übrigen sei der Beklagte ersichtlich davon ausgegangen, dass die ausgeschriebene Stelle auch für Schwerbehinderte geeignet sei. Dies zeige schon der den Stellenausschreibungen im Amtsblatt vorangestellte Hinweis, dass Schwerbehinderte bei gleicher Qualifikation und Eignung bevorzugt eingestellt würden. Ein Verstoß gegen Schwerbehindertenrecht habe allerdings insoweit vorgelegen, als die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen des Auswahlverfahrens - entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 und 7, § 95 Abs. 2 SGB IX - zunächst nicht beteiligt worden sei. Dieser Verstoß sei aber vor Abschluss des Überprüfungsverfahrens mit Eignungsbescheid vom 23.12.2009 (gemeint wohl: mit der Übersendung des Beurteilungsbescheids vom 13.11.2009 am 23.12.2009) geheilt worden. Ausweislich der Akten habe der Schwerbehindertenvertreter bei einem Gespräch den Verfahrensfehler als geheilt angesehen und dem Besetzungsvorschlag zugestimmt. Damit sei § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX genüge getan, der die Nachholung einer unterbliebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung vorsehe. Dem könne die Klägerin nicht entgegenhalten, der Schwerbehindertenvertreter habe unter anderem an der Unterrichtsmitschau bzw. am Bewerbungsgespräch teilnehmen müssen. Einen entsprechenden Anspruch habe die Klägerin nicht. Vielmehr sei es Sache der Schwerbehindertenvertretung, ob und in welchem Umfang sie sich am Verfahren beteilige.

- 8 § 95 Abs. 2 SGB IX spreche nämlich ausdrücklich von Rechten der Schwerbehindertenvertretung, z.B. von deren Recht auf Teilnahme an Vorstellungsgesprächen (Nr. 2.1.1 SchwbVwV). Vor diesem Hintergrund könne offenbleiben, ob der Klägerin ein frühzeitiger Hinweis auf die nicht erfolgte Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung abzuverlangen gewesen sei. Die nach Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ergangene Auswahlentscheidung sei auch hinreichend begründet worden. Soweit § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX bestimme, dass alle Beteiligten vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten seien, reiche es unter Berücksichtigung der Besonderheiten von beamtenrechtlichen Beurteilungsverfahren (§ 24 Nr. 1 AGG) aus, wenn der Dienstherr - wie hier - ausdrücklich die Möglichkeit einräume, die Auswahlentscheidung auf Verlangen des Beamten zum Beispiel in einem Gespräch unverzüglich eingehend zu begründen. Im Übrigen habe das Regierungspräsidium seine Auswahlentscheidung gegenüber der Klägerin alsbald (mit Schreiben vom 11.08.2010) begründet. Nachdem ein relevanter Verstoß gegen behinderungsrechtliche

Schutzvorschriften nicht festzustellen sei, komme es auf die in § 22 AGG geregelte Beweislastumkehr nicht an. Auch ansonsten lägen keine Fehler des Auswahlverfahrens vor, durch die die Klägerin im Hinblick auf ihre Behinderung (mittelbar) diskriminiert worden sei. Zwar könne eine behinderungsbedingte Diskriminierung auch darin bestehen, dass sie als Behinderte ohne etwaige Fehler im Auswahlverfahren gleich oder sogar besser als der Mitbewerber hätte beurteilt und damit letzten Endes für die ausgeschriebene Stelle als Schwerbehinderte bevorzugt hätte berücksichtigt werden müssen. Ein solcher Diskriminierungssachverhalt, für den die Klägerin beweispflichtig sei, liege aber nicht vor. Die Beauftragte für Chancengleichheit sei am Verfahren beteiligt worden. Im Rahmen des so genannten Stufenverfahrens habe auch der Hauptpersonalrat der Auswahlentscheidung zugestimmt. Die von der Klägerin in der Sache gerügten materiellen Mängel des Auswahlverfahrens seien ebenfalls nicht geeignet, einen behinderungsbedingten Nachteil feststellen zu können. Dass das Regierungspräsidium der Auswahlentscheidung eine dienstliche Beurteilung des Mitbewerbers zu Grunde gelegt habe, die für dessen Bewerbung auf die Stelle eines Schulrats und damit nicht auf eine Funktionsstelle an einer Schule erstellt worden sei, sei zwar rechtlich bedenklich. Es sei wenig wahrscheinlich (und von der Klägerin auch nicht gerügt worden), dass der Mitbewerber insoweit bei Erstellung einer auf die ausgeschriebene Stelle passenden Anlassbeurteilung schlechter abgeschnitten hätte. Unerheblich sei, dass die Klägerin weniger Zeit für die Vorbereitung der Unterrichtsmitschau, der Präsentation und des Bewerbergesprächs gehabt habe, weil sie erst nach den Herbstferien und nicht wie der Mitbewerber Anfang der Herbstferien von den Terminen erfahren habe. Denn ihr seien noch einige Tage und damit ausreichend Zeit verblieben, sich auf die Unterrichtsmitschau mit Beratung sowie die Präsentation und das Bewerbergespräch angemessen vorzubereiten. Eine vollständige formale Chancengleichheit wie in einem Prüfungsverfahren sei insoweit nicht geboten gewesen. Nicht zu beanstanden sei auch, dass der Mitbewerber seine Unterrichtsmitschau in einer sechsten Klasse habe absolvieren können, während die Klägerin bei der Mitschau des Unterrichts in einer achten Klasse eingesetzt worden sei. Denn die Unterrichtsmitschau im Rahmen des Überprüfungsverfahrens beinhalte keine klassenspezifischen Anforderungen, sondern diene dazu, eine Lehrkraft beim Unterricht zu beobachten und zu beraten, weil dies ein zentrales Element des Tätigkeitsbereichs der ausgeschriebenen Leitungsstelle sei. Schließlich sei nicht zu beanstanden, dass das Regierungspräsidium bei der gegebenen Beurteilungslage einen Vorsprung des Mitbewerbers angenommen habe. Dieser verfüge nämlich unstreitig über eine langjährige Erfahrung als stellvertretender Schulleiter, der über lange Zeiträume hinweg eine Realschule erfolgreich geleitet habe. Diesen Eignungsvorsprung des Mitbewerbers könne die Klägerin nun einmal nicht „wettmachen“. Dabei habe die Führungserfahrung des Mitbewerbers als besonderes Eignungskriterium herangezogen werden dürfen. Zwar sei die Führungserfahrung nicht ausdrücklich in der Stellenausschreibung erwähnt, der ausgeschriebenen Funktionsstelle aber immanent. Dabei sei das Regierungspräsidium nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet gewesen, bei nach dem Gesamturteil festgestellter gleicher Eignung die Beurteilungen inhaltlich auszuschöpfen und zu prüfen, ob sich aus ihnen Anhaltspunkte für einen Qualifikationsvorsprung hinsichtlich einzelner Eignungsmerkmale gewinnen ließen. Nachdem die Klägerin und ihr Mitbewerber beide als „gut geeignet“ für die ausgeschriebene Funktionsstelle beurteilt worden seien, sei eine nochmalige Prüfung und Gewichtung der Eignungsmerkmale geboten gewesen. Wenn der Beklagte dabei insbesondere den besonderen Führungsqualitäten des Mitbewerbers ein maßgebliches Gewicht im Sinne eines Eignungsvorsprungs beigemessen habe, könne dies nicht beanstandet werden.

- 9 Am 12.03.2012 hat die Klägerin gegen dieses Urteil die vom Verwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassene Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt sie vor, ihr stehe ein Entschädigungsanspruch gemäß § 81 Abs. 2 SGB IX i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG in der geltend gemachten Höhe zu. Der Beklagte habe sie - sowohl im Bewerbungsverfahren als auch bei der Auswahlentscheidung - aufgrund ihrer Schwerbehinderung unzulässig benachteiligt. Zunächst habe er es unstreitig und pflichtwidrig unterlassen, bei der Festlegung der Stellenanforderungen und der Auswahlkriterien für die ausgeschriebene Beförderungsstelle die Schwerbehindertenvertretung und den Personalrat ordnungsgemäß zu beteiligen. Er habe weiterhin versäumt, eine interne Eignungsprüfung der Stelle für schwerbehinderte Menschen unter Beteiligung dieser Vertretungen vorzunehmen, und damit gegen die schwerbehinderte Menschen begünstigende Verfahrensvorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 und Satz 6 SGB IX verstoßen. Die Vorschriften der § 81 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 SGB IX seien im öffentlichen Dienstrecht anwendbar. Ihre Verletzung führe auf hinreichende und vom Beklagten nicht widerlegte Indizien im Sinne von § 22 AGG für eine Benachteiligung. Ferner habe der Beklagte ihre Bewerbung nicht unverzüglich nach Eingang beim Regierungspräsidium an die Schwerbehindertenvertretung, die Personalvertretung und die Beauftragte für Chancengleichheit weitergeleitet. Vor seiner Auswahlentscheidung habe er es weiterhin unterlassen, diese Interessenvertretungen über die maßgeblichen Auswahlkriterien zu informieren und sie vor der Auswahlentscheidung anzuhören, und damit gegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX verstoßen. Diese Umstände hätten richtigerweise als unwiderlegte Indizien für eine behinderungsbedingte Benachteiligung im Sinne von § 22 AGG zugrunde gelegt werden müssen. Der Beklagte habe die Schwerbehindertenvertretung auch darüber hinaus im gesamten Auswahl- und Überprüfungsverfahren nicht ordnungsgemäß beteiligt. Insbesondere habe er mangels vorheriger Information der Schwerbehindertenvertretung über den Eingang ihrer Bewerbung ein Vorgespräch mit ihr und die Teilnahme der Schwerbehindertenvertretung am Bewerbungsgespräch nicht ermöglicht. Er habe damit gegen § 81 Abs. 1 Satz 4 und 7, 95 Abs. 2 SGB IX verstoßen. Zu Unrecht gehe das Verwaltungsgericht davon aus, der Beklagte habe die Schwerbehindertenvertretung nachträglich hinreichend beteiligt, weshalb dieser Verfahrensverstoß insgesamt geheilt worden sei. Es habe nicht aufgeklärt - und es sei ihr nach wie vor unbekannt -, wann und mit welchem Inhalt eine nachträgliche Beteiligung erfolgt sein solle. Insoweit bleibe insbesondere bestritten, dass der Beklagte der Schwerbehindertenvertretung sämtliche für eine Heilungsentscheidung erforderlichen Informationen und Unterlagen nachträglich zur Verfügung gestellt und insbesondere das Stellenprofil und die Bewerbungsunterlagen der Bewerber vorgelegt habe. Bestritten bleibe ferner der Vortrag des Beklagten und die entsprechende Annahme des Verwaltungsgerichts, die Schwerbehindertenvertretung habe dies „so auch mit getragen“. Es genüge nach dem Sinn und Zweck der rechtlichen Verpflichtung zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nicht, diese erst nach einseitiger Festlegung des Stellenprofils und der Auswahlkriterien und erst nach Abschluss des darauf basierenden Überprüfungsverfahrens erstmalig einzubinden. Rechtsfehlerhaft stelle das Verwaltungsgericht darauf ab, dass ein Rechtsanspruch des Behinderten auf Teilnahme der Schwerbehindertenvertretung an einem Vorstellungsgespräch nicht bestehe und dass auch deshalb eine Heilung eingetreten sei. Richtigerweise habe das Gericht erkennen müssen, dass eine Benachteiligung ihrer Person darin liege, dass der Beklagte der Schwerbehindertenvertretung von vornherein die Möglichkeit genommen habe, von ihrem gesetzlichen Teilnahmerecht Gebrauch zu machen oder jedenfalls hierüber selbst

zu entscheiden. Ob sie eine Teilnahme beanspruchen und durchsetzen könne, sei irrelevant. Der Verfahrensverstoß sei durch Vorenthaltung der Entscheidungsfreiheit der Schwerbehindertenvertretung über eine Teilnahme am Bewerbungsgespräch irreversibel und unheilbar eingetreten. Sie selbst sei im Übrigen insoweit in ihren Rechten verletzt, als ihr ein Vorgespräch mit der Schwerbehindertenvertretung „vereitelt“ worden sei. Rechtsfehlerhaft sei das Urteil auch deshalb, weil es die fehlende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Überprüfungsverfahren und die Nichtwiederholung des Überprüfungsverfahrens trotz des Widerspruchs als unbeachtlich ansehe und weil es von einer hinreichenden Begründung der Auswahlentscheidung gegenüber den Beteiligten - insbesondere ihr gegenüber - gemäß § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX ausgehe. Das Regierungspräsidium habe seine Auswahlentscheidung weder rechtzeitig („unverzüglich“ im Sinne von § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX) noch inhaltlich suffizient begründet. Es reiche nach Sinn und Zweck der Norm weder aus, kurz und knapp mitzuteilen, dass „auf Wunsch die Gelegenheit zu einer Aussprache“ gegeben werde, noch sei eine erst auf anwaltliche Aufforderung hin veranlasste, nachgeschobene Mitteilung als eine hinreichende Begründung im Sinne von § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX anzusehen. Auch inhaltlich sei die Begründung im Schreiben des Regierungspräsidium vom 11.08.2010 schon deshalb unzureichend, weil eine Vielzahl der erst später im Prozess vorgetragenen Gründe darin nicht mitgeteilt worden sei. Im Übrigen habe die Begründung auch gegenüber der Schwerbehindertenvertretung und dem Personalrat unverzüglich zu erfolgen, was vorliegend jedoch nicht ordnungsgemäß geschehen sei. Richtigerweise seien an die Begründungspflicht aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX in beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahren sogar strengere Anforderungen zu stellen als etwa in der freien Wirtschaft. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus der den Dienstherrn treffenden besonderen Fürsorge- und Förderungspflicht zu Gunsten schwerbehinderter Beamter. All dies seien Benachteiligungsindizien im Sinne von § 22 AGG, die vom Beklagten nicht widerlegt worden seien. Das Verwaltungsgericht gehe in seiner Entscheidung zu Unrecht davon aus, eine Benachteiligung könne sich ausschließlich aus der Verletzung von Verfahrensrechten ergeben. Unzulässig sei es auch gewesen, die Bewerbung des erfolgreichen Bewerbers als angeblich privilegierte „Außenbewerbung“ bevorzugt zu berücksichtigen und nicht ihre - von einer in der betreffenden Dienststelle bereits tätigen Beamtin ausgehende - „Innenbewerbung“. Eine Benachteiligung auf Grund ihrer Schwerbehinderung habe sie hierbei auch insoweit erlitten, als der Beklagte weder im Verfahren noch bei der Auswahlentscheidung die Gemeinsame Verwaltungsvorschrift aller Ministerien und des Rechnungshofs über die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen in der Landesverwaltung zu ihren Gunsten angewandt habe, was zu ihrer Beförderung hätte führen müssen. Auch unabhängig davon ergebe sich eine Benachteiligung daraus, dass der Beklagte bei der Auswahlentscheidung ihre Schwerbehinderung überhaupt nicht berücksichtigt habe. Der vom einfachen Gesetzgeber durch § 81 SGB IX verfahrensrechtlich eingeräumte Chancenvorteil für schwerbehinderte Bewerber höre nicht kurz vor der Auswahlentscheidung des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn auf und setze nachfolgend wieder ein. Die Schwerbehinderung eines Bewerbers sei gerade auch - und maßgeblich hier - bei der Auswahlentscheidung selbst zu berücksichtigen. Verfahrensrechtlich sei dies nach der Auswahlentscheidung über die nachlaufende Begründungspflicht aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX abgesichert. Ihr habe im Übrigen auch eine gegenüber dem erfolgreichen Bewerber ungleich verkürzte Vorbereitungszeit auf das Überprüfungsverfahren zur Verfügung gestanden. Ihre Unterrichtsmitschau habe sie in einer achten Klasse abhalten müssen, während diejenige des erfolgreichen Bewerbers außerhalb der Mittelstufe in einer sechsten Klasse stattgefunden habe. Zu Gunsten des erfolgreichen Bewerbers sei in der Auswahlentscheidung dessen angeblich größere „Führungserfahrung“ gewertet

worden, wohingegen ihre langjährige schulartspezifische Erfahrung nicht (hinreichend) berücksichtigt worden sei. Außerdem sei die Anlassbeurteilung des erfolgreichen Bewerbers lediglich für eine Schulratsstelle und nicht - wie bei ihr - für eine Funktionsstelle erstellt worden. Hinzu komme, dass offenbar weder vor der Durchführung des Auswahlverfahrens eine abschließende Festlegung und Dokumentation der Auswahlkriterien erfolgt noch die Auswahlentscheidung selbst rechtstaatlichen Grundsätzen entsprechend dokumentiert worden sei. Das Verwaltungsgericht hätte in seinem Urteil berücksichtigen müssen, dass das Gesamtgeschehen und -verhalten des Beklagten zeige, dass er die besonderen Vorschriften zum Schutz und zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen über das gesamte Stellenbesetzungsverfahren hinweg durchgehend missachtet habe. Auch in einer Gesamtschau lägen damit vom Beklagten nicht widerlegte Indizien im Sinne von § 22 AGG für eine Benachteiligung aufgrund der Behinderung vor.

- 10 Die Klägerin beantragt,
- 11 das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 31. Januar 2012 - 5 K 1552/10 - zu ändern und den Beklagten zu verurteilen, an sie eine Entschädigung in Höhe von 17.133,21 EUR zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 23.08.2010 zu zahlen.
- 12 Der Beklagte beantragt,
- 13 die Berufung zurückzuweisen.
- 14 Er verteidigt das angefochtene Urteil und führt ergänzend aus, für die Beteiligung der Schwerbehinderten- sowie der Personalvertretung bei der Festlegung der Stellenanforderungen sei bereits aus Rechtsgründen kein Raum. Diese ergäben sich bereits aus dem Staatshaushaltsplan. Das personalvertretungsrechtliche Stufenverfahren sei durchgeführt, die Beauftragte für Chancengleichheit beteiligt worden. Gleiches gelte für die Schwerbehindertenvertretung. Bedauerlicherweise sei diese zunächst nicht über die Bewerbung der Klägerin in Kenntnis gesetzt worden, da deren Schwerbehinderteneigenschaft erst nach Durchlaufen des Überprüfungsverfahrens bemerkt worden sei. Deshalb habe ihr auch kein „vorgreifliches Vorgespräch“ angeboten werden können. Es sei ihr jedoch unbenommen gewesen, von sich aus um ein solches Gespräch nachzusuchen. All dies habe aber ohnehin nicht im Ansatz zu einer Benachteiligung ihrer Person geführt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei der Mangel einer frühzeitigen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung durch nachträgliche Beteiligung geheilt worden. Hätte sich diese der Auswahlentscheidung und der Heilung des Verfahrensfehlers verschlossen, wäre das Stellenbesetzungsverfahren unverzüglich abgebrochen worden. Mit welchem Inhalt und in welcher Form die - nachträgliche - Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung erfolgt sei, sei unerheblich. Diese habe in eigener Zuständigkeit zu entscheiden, ob die ihr vorliegenden Informationen für eine sachgerechte Ausübung des Beteiligungsrechts ausreichen oder ob weitere Informationen erforderlich erschienen. Die Auswahlentscheidung sei auch der Klägerin

gegenüber adäquat begründet worden. Zumindest in Fällen, in denen die „Entscheidung so filigran ausgefallen“ sei wie hier, könne die Begründung einer Personalauswahlentscheidung in einem Funktionsstellenbesetzungsverfahren auf dem Schriftweg nicht erschöpfend erfolgen. Vielmehr bedürfe es eines interaktiven Prozesses, in dem auf die die jeweilige Bewerberin bzw. den jeweiligen Bewerber interessierenden Gesichtspunkte einzugehen sei. Gerade in Ausübung seiner Fürsorgepflicht habe sich der Dienstherr daher für den aufwändigeren Weg entschieden, der Klägerin - sofern gewünscht - die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte in einem persönlichen Gespräch zu erläutern. In der Sache hätte die Schwerbehinderung der Klägerin bei der Auswahlentscheidung erst bei Eignungsgleichheit maßgeblich berücksichtigt werden können. Der Klägerin habe auch hinreichend Zeit zur Vorbereitung für das Überprüfungsverfahren zur Verfügung gestanden. Der Ablauf dieses Verfahrens sei allen Bewerberinnen und Bewerbern von vorneherein bekannt, sodass die faktische Vorbereitung darauf bereits mit der Einreichung der Bewerbung beginne. Im Übrigen diene das Überprüfungsverfahren nicht der Exploration einer bestimmten Klasse, sondern habe zum Ziel, die Fähigkeit einer Bewerberin bzw. eines Bewerbers zu beurteilen, gesehenen Unterricht zu analysieren, zu strukturieren und die besuchte Lehrkraft sodann entsprechend zu beraten. Dabei sei völlig unerheblich, welcher Klassenstufe der gesehene Unterricht zuzuordnen sei.

- 15 Dem Senat liegen die Akten des Verwaltungsgerichts und des Beklagten vor. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird hierauf und auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe

- 16 Die Berufung der Klägerin ist nach Zulassung durch das Verwaltungsgericht statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist auch - im tenorierten Umfang - begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht vollumfänglich abgewiesen. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) vom 14.08.2006 (BGBl. I S. 1897) i.d.F. des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes vom 05.02.2009 (BGBl. I S. 160), die der Senat - entgegen der Vorstellung der Klägerin - allerdings nur in Höhe von zwei Monatsgehältern der ausgeschriebenen Stelle (A 15 mit Amtszulage) für angemessen erachtet.

I.

- 17 Die Klage ist als allgemeine Leistungsklage zulässig; das Entschädigungsbegehren setzt eine vorherige Behördenentscheidung gerade in der Form des Verwaltungsakts nicht voraus. Der Durchführung eines Vorverfahrens nach § 54 Abs. 2 Satz 1 BeamStG bedarf es nicht, da der geltend gemachte Anspruch nicht in dem die besondere Verfahrensordnung dieser Vorschrift begründenden Dienst- und Treueverhältnis zwischen Beamten und Dienstherrn wurzelt (vgl. dazu VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04.08.2009 - 9 S 3330/08 -, ZBR 2010, 128; Senatsurteil vom 07.02.2012 - 4 S 1813/11 -); die Klägerin begehrt weder eine auf dem Gebiet des Beamtenrechts liegende Entscheidung noch geht sie gegen eine solche vor.

18 Entgegen der - mit der Klageerwiderung vertretenen und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat wieder aufgegriffenen - Auffassung des Beklagten fehlt der Klage auch nicht das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Dass die Klägerin nicht gegen die Ernennung ihres Konkurrenten vorgegangen ist, berührt (jedenfalls) den davon unabhängigen, hier im Vordergrund stehenden Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG nicht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 16.04.2013 - 2 B 145.11 -, Juris) und kann auch bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG allenfalls im Zusammenhang mit einer Schadensminderungs- oder -abwendungspflicht, nicht aber als Frage des Rechtsschutzinteresses von Bedeutung sein. Auch die von § 24 Nr. 1 AGG vorgesehene entsprechende Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für Beamte „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtstellung“ rechtfertigt dabei keine andere Beurteilung. Der Beamte hat zwar - worauf der Beklagten-Vertreter in der Senatsverhandlung unter Berufung auf den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 01.07.2010 - 3 ZB 08.1676 - (Juris) hingewiesen hat - aus Art. 33 Abs. 2 GG unter Umständen über die Sanktionen und Regelungsziele des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes hinausgehende (Primär-)Ansprüche unter Berücksichtigung (allein) von Eignung, Befähigung und Leistung. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass daneben im Bereich des Beamtenrechts kein Bedürfnis mehr für eine - gesetzlich ausdrücklich angeordnete - entsprechende Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes bestünde, das nicht nur das Ergebnis eines Stellenbesetzungsverfahrens in den Blick nimmt, sondern auch und gerade dessen diskriminierungsfreien Ablauf sichern will.

II.

19 Die Klage ist auch überwiegend begründet.

20 1. Die Klägerin hat einen Anspruch aus § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG auf Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden in der tenorierten Höhe.

21 Die Beteiligten unterfallen dem (persönlichen) Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Die beamtete Klägerin ist Beschäftigte im Sinn von § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 24 Nr. 1 AGG; der Beklagte als Dienstherr ist Arbeitgeber im Sinn dieses Gesetzes (§ 6 Abs. 2 AGG).

22 Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach dieser Bestimmung ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG. Zwar wird der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nur in § 15 Abs. 1 AGG als Tatbestandsvoraussetzung für den Ersatz - hier nicht im Vordergrund stehender - materieller Schäden ausdrücklich genannt. Dem Charakter des § 15 AGG als umfassender Regelung der finanziellen Einstandspflicht des Arbeitgebers bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entspricht es aber, auch die Entschädigung immaterieller Schäden nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG an einen derartigen Verstoß zu binden (hierzu und zum Folgenden: BVerwG, Urteil vom 03.03.2011 - 5 C 16.10 -,

BVerwGE 139, 135; vgl. auch Urteil vom 15.12.2011 - 2 A 13.10 -, NVwZ-RR 2012, 320; Senatsurteil vom 19.02.2013 - 4 S 3411/11 -).

- 23 Zu den Gründen, aus denen nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG eine Benachteiligung verboten ist, gehört die Behinderung der Klägerin. Der Begriff der Behinderung im Sinne von § 1 AGG, wegen der gemäß § 7 AGG Beschäftigte nicht benachteiligt werden dürfen, entspricht den gesetzlichen Definitionen in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen - BGG -. Er ist damit weiter gefasst als der Begriff der Schwerbehinderung (§ 2 Abs. 2 SGB IX) und der ihr gleichgestellten Behinderung (§ 2 Abs. 3 i.V.m. § 68 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Er erfasst alle Menschen, deren körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigen. Demzufolge handelt es sich bei der Behinderung der Klägerin, für die im Jahr 2008 rückwirkend zum Mai 2007 eine Schwerbehinderung mit einem Grad der Behinderung von 70 festgestellt worden ist, (unstreitig) um eine solche im Sinne des § 1 AGG.
- 24 Die Klägerin hat eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung erfahren.
- 25 Benachteiligung im Sinne des Benachteiligungsverbots des § 7 Abs. 1 AGG ist jede unterschiedliche Behandlung, die mit einem Nachteil verbunden ist; nicht erforderlich ist, dass in Benachteiligungsabsicht gehandelt oder die Benachteiligung sonst schuldhaft bewirkt worden ist. Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die unmittelbare Benachteiligung kann auch in einem Unterlassen liegen. Eine solche ist insbesondere gegeben, wenn ein Arbeitgeber einer gesetzlich auferlegten Handlungspflicht nicht nachkommt, durch die im Sinne des § 5 AGG eine bisher in Beschäftigung und Beruf benachteiligte Gruppe gezielt gefördert werden soll. Die Benachteiligung liegt dabei in der Vorenthaltung eines gesetzlich eingeräumten Vorteils, dessen Ziel es ist, bestehende Nachteile zu beseitigen oder zu verhindern. Die betreffende Person wird weniger günstig behandelt, als es das Gesetz zur Herstellung gleicher Chancen für erforderlich hält. Eine gesetzliche positive Maßnahme im Sinne von § 5 AGG ist angesichts ihres drittschützenden Charakters nicht neutral, sodass die in den Schutzbereich der betreffenden Vorschrift fallenden Personen im Falle ihres Unterlassens unmittelbar benachteiligt werden. Für die gegenüber anderen weniger günstige Behandlung als solche trägt der oder die Beschäftigte mangels einer abweichenden Regelung nach den allgemeinen Grundsätzen die Beweislast. § 22 AGG greift insoweit nicht ein (BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, a.a.O.).
- 26 Eine Benachteiligung der Klägerin im vorbezeichneten Sinn liegt hier darin, dass es das Regierungspräsidium entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterlassen hat, die Schwerbehindertenvertretung über die Bewerbung der Klägerin unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. Damit hat es ihr einen - außerhalb des originären Anwendungsbereichs von § 5 AGG - gesetzlich eingeräumten Vorteil vorenthalten,

nämlich die mögliche Begleitung und Überwachung des Auswahlverfahrens - insbesondere des Überprüfungsverfahrens - durch die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse (§ 95 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1, Abs. 2 Satz 3 SGB IX) zur Sicherung einer benachteiligungsfreien Stellenbesetzung (vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2005 - 9 AZR 635/03 -, BAGE 113, 361). Hierzu gehört vor allem das Recht, in die Bewerbungsunterlagen auch der nicht behinderten Bewerber Einblick zu nehmen und an den Vorstellungsgesprächen aller Bewerber teilzunehmen. Damit soll die Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeit haben, durch einen Vergleich der Qualifikation die benachteiligungsfreie Stellenbesetzung zu überprüfen. Mithin hat die Klägerin eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine - formal ordnungsgemäß behandelte - hypothetische (schwerbehinderte) Vergleichsperson in gleicher Lage.

- 27 Dass die Vertrauensperson der Schwerbehinderten ausweislich eines diesbezüglichen Aktenvermerks vom 16.12.2009 den Verfahrensfehler als geheilt angesehen und dem Besetzungsvorschlag zugunsten des Mitbewerbers zugestimmt hat, mag u.U. die (formelle) Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Auswahlentscheidung bewirken können (vgl. § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX), lässt aber die zuvor erfolgte Benachteiligung der Klägerin nicht nachträglich entfallen. Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten und des Verwaltungsgerichts ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung, dass das Gesetz insoweit allein der Schwerbehindertenvertretung Rechte einräumt und deren defizitäre Beteiligung folglich die Klägerin nicht in subjektiven Rechten verletzen kann. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG setzt keine Rechtsverletzung, sondern eine Benachteiligung voraus, die - wie dargelegt - in § 3 Abs. 1 AGG als weniger günstige Behandlung (legal) definiert wird. Damit kann auch die Vorenthaltung von Chancen oder Rechtsreflexen auf eine Benachteiligung führen (zur Beeinträchtigung von Bewerbungschancen durch Verfahrensgestaltung vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 16.11.1993 - 1 BvR 258/86 -, BVerfGE 89, 276; BAG, Urteil vom 12.09.2006 - 9 AZR 807/05 -, BAGE 119, 262). Denn das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz will bereits (an verpönte Merkmale anknüpfende und ungerechtfertigte) unterschiedliche Behandlungen - ggf. auch unterhalb der Schwelle gesonderter Rechtsverletzungen - verhindern bzw. sanktionieren und damit das Recht (schwer-)behinderter Menschen auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren schützen (vgl. BAG, Urteil vom 17.08.2010 - 9 AZR 839/08 -, NJW 2011, 550). Unerheblich ist daher, dass die Schwerbehindertenvertretung - wie vom Beklagten-Vertreter in der Senatsverhandlung betont - eine im Vergleich etwa zum mitbestimmungsberechtigten Personalrat schwächer ausgeprägte Position im Verfahren einnimmt und ihr - bei autonomem und weisungsunabhängigem Handeln - lediglich vergleichsweise beschränkte (mittelbare) Einflussmöglichkeiten auf die zu treffende Sachentscheidung zustehen.
- 28 Die nachträgliche Beteiligung der Vertrauensperson der Schwerbehinderten war auch nicht geeignet, den entstandenen Nachteil in tatsächlicher Hinsicht zu kompensieren. Trotz der im Nachhinein erteilten (mit der Bitte „um zukünftige Einhaltung der gesetzlichen Regelungen“ verbundenen) Zustimmung der Vertrauensperson zum Besetzungsvorschlag lässt sich nicht sicher hypothetisch feststellen, ob und in welchem Umfang diese womöglich auch im Fall einer rechtzeitigen Unterrichtung über die Bewerbung der Klägerin von ihren Rechten während des Auswahlverfahrens - etwa auf Teilnahme an den Vorstellungsgesprächen (§ 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX; Nrn. 1.3 und 2.1.1 der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift aller Ministerien und des Rechnungshofs über die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen in der Landesverwaltung -

SchwVwV - in der Fassung vom 27.01.2005, GABl. S. 324) - keinen Gebrauch gemacht hätte (vgl. dazu - in anderem Zusammenhang - OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15.03.2010 - 6 A 4435/06 -, Schütz, BeamtR ES/A II 5.1 Nr. 98; Hessisches LAG, Urteil vom 28.08.2009 - 19/3 Sa 340/08 -, DÖD 2010, 79). Mithin kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass das Überprüfungsverfahren (mit Bewerbergesprächen) ggf. einen für die Klägerin günstigeren Verlauf genommen hätte, wenn es unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung durchgeführt worden wäre. Deren nachträgliche Information über das Verfahren und die Bewerbergespräche hat nicht die gleiche Wertigkeit wie eine bei rechtzeitiger Unterrichtung mögliche unmittelbare Teilnahme.

- 29 Zwischen der Behinderung der Klägerin und ihrer Benachteiligung im Bewerbungsverfahren besteht auch ein Kausalzusammenhang. Der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG erfordert, dass die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - hier der Behinderung - erfolgt ist. Mitursächlichkeit reicht aus. Gemäß § 22 AGG muss die Beschäftigte oder der Beschäftigte Indizien (sog. Vermutungstatsachen) vortragen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. § 22 AGG senkt das Beweismaß. Es genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Grund und Nachteil (BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, a.a.O.).
- 30 Die - hier festgestellte - Vorenthaltung eines Chancenvorteils in Gestalt einer möglichen Verfahrensabsicherung durch die Schwerbehindertenvertretung hat dabei eine doppelte Bedeutung. In ihr liegt einerseits die weniger günstige Behandlung (Benachteiligung), andererseits ist sie zugleich Vermutungstatsache für die Kausalität. Die Indizwirkung ergibt sich daraus, dass der in Bezug auf das Bewerbungsverfahren gesetzlich eingeräumte Chancenvorteil - hier die (gerade) zur Vermeidung von Benachteiligungen vorgesehene Verfahrensgestaltung durch mögliche Beteiligung der zu unterrichtenden Schwerbehindertenvertretung - seine entscheidende Rechtfertigung in der Schwerbehinderung oder einer ihr gleichgestellten Behinderung findet. Wird der oder dem Beschäftigten die gerade wegen einer Behinderung zu gewährende verfahrensrechtliche Besserstellung oder Absicherung pflichtwidrig vorenthalten, spricht zumindest der erste Anschein dafür, dass dieses Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers gleichfalls seinen Grund in der Behinderung hat. Andernfalls würde der durch besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu gewährende Schutz vor einer Benachteiligung weitgehend leerlaufen.
- 31 Von einer Indizwirkung ist allerdings nur dann auszugehen, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers bekannt gewesen ist oder er sich aufgrund der Bewerbungsunterlagen diese Kenntnis hätte verschaffen können (BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, a.a.O.; BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 697/10 -, NZA 2012, 667). Jedenfalls letzteres ist hier der Fall. Auf dem für die Bewerbung auf die ausgeschriebene Stelle verwendeten Formular hatte die Klägerin das Feld „Schwerbehindert oder gleichgestellt“ mit „ja“ angekreuzt. Auch die daraufhin erstellte Anlassbeurteilung enthält einen entsprechenden ausdrücklichen Vermerk. Erst kurz zuvor war das Regierungspräsidium überdies mit einer Erhöhung der aufgrund Schwerbehinderung gewährten Deputatsermäßigung der Klägerin befasst und hatte in

diesem Zusammenhang eine amtsärztliche Untersuchung veranlasst.

- 32 Der Beklagte hat die Kausalitätsvermutung nicht widerlegt.
- 33 Im Falle der vermuteten Kausalität trägt der Arbeitgeber die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Hierfür muss er Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich ergibt, dass die in § 1 AGG genannten Gründe sein benachteiligendes Verhalten tatsächlich weder als negatives noch als positives Kriterium allein oder neben anderen Gründen (mit)beeinflusst haben (zur Widerlegung der Vermutungswirkung bei fehlender Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung vgl. etwa LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.11.2011 - 24 Sa 1606/11 -, Juris). Die durch die Vorenthaltung eines Chancenvorteils - hier in Gestalt einer möglichen Verfahrensabsicherung - vermutete Kausalität kann dabei nicht mit dem Hinweis darauf widerlegt werden, dass das Ergebnis des Bewerbungsverfahrens, d.h. die Auswahlentscheidung und die daraufhin erfolgte Einstellung (Beförderung), unter dem Aspekt der fachlichen Eignung rechtlich nicht zu beanstanden sind.
- 34 Dass der Beklagte einen Eignungsvorsprung des Mitbewerbers festgestellt hat, vermag die Indizwirkung daher nicht zu entkräften. Die - unterstellt - bessere Eignung eines Konkurrenten schließt die Benachteiligung nicht aus, was sich bereits aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ergibt, wonach selbst dann eine Entschädigung zu leisten ist, wenn der schwerbehinderte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt (befördert) worden wäre (BAG, Urteil vom 16.02.2012, a.a.O.; Urteil vom 24.01.2013 - 8 AZR 188/12 -, Juris). Auch das Vorbringen des Beklagten, keiner der am Überprüfungsverfahren beteiligten Personen sei die Schwerbehinderung der Klägerin bekannt gewesen, kann die Kausalitätsvermutung nicht widerlegen. Abgesehen davon, dass die Vertrauensperson der Schwerbehinderten nicht am Überprüfungsverfahren beteiligt war und über eine Teilnahme mangels rechtzeitiger Unterrichtung über die Bewerbung der Klägerin auch nicht entscheiden konnte, erbringt die behauptete diesbezügliche Unkenntnis der Kommission auch nichts für den Nachweis der vorgeblich fehlenden Kausalität. Schließlich hätte unter Umständen gerade ein Wissen um die Schwerbehinderung und die damit einhergehenden Beeinträchtigungen der Klägerin in die Bewertung einzelner - behinderungsbedingt womöglich schwächer ausgeprägter - Eignungsmerkmale einfließen können (vgl. dazu Nr. 1.3 SchwbVwV i.V.m. Nr. 3 zu § 11 in der Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums zur Durchführung des Landesbeamtengesetzes - VwV-LBG - in der Fassung vom 18.07.2003, GABl. S. 502). Soweit der Beklagten-Vertreter demgegenüber in der Senatsverhandlung zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung darauf verwiesen hat, die Klägerin sei vom - transparent gestalteten - Stellenbesetzungsverfahren nicht ausgeschlossen worden, vielmehr sei die Auswahlentscheidung gerade auf der Grundlage des Eindrucks getroffen worden, den sie im Überprüfungsverfahren hinterlassen habe, knüpft dies nicht an das Unterlassen der rechtzeitigen Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung - mit der Folge des Unterbleibens einer möglichen Beteiligung - als insoweit maßgeblichen Bezugspunkt an.
- 35 Zudem hat das Regierungspräsidium eine sich ihm bietende Möglichkeit, dem Eindruck

diskriminierenden Verhaltens entgegenzutreten, ungenutzt gelassen. Auch auf den noch während des Stellenbesetzungsverfahrens erhobenen - und sinngemäß auch vom Bezirkspersonalrat vorgebrachten - ausdrücklichen „Einspruch“ der Klägerin „gegen das Verfahren“ hat es ihr nicht etwa z.B. eine Wiederholung des Überprüfungsverfahrens angeboten, was eine Bestätigung dafür hätte erbringen können, dass die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung tatsächlich - wie behauptet - nur übersehen und dieselbe eben nicht - wie nach § 22 AGG zu vermuten ist - in diskriminierender Weise übergangen wurde. Vielmehr hat es das Stellenbesetzungsverfahren fortgeführt und die Klägerin lediglich auf die von der Vertrauensperson der Schwerbehinderten für gegeben erachtete - wie dargelegt im hier in Rede stehenden Zusammenhang aber unbeachtliche - nachträgliche Heilung des Verfahrensmangels verwiesen.

- 36 Dem ein immaterielles Inklusionsinteresse zusprechenden Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG steht nicht entgegen, dass die Klägerin nicht um vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel nachgesucht hat, dem Beklagten die anderweitige Vergabe der Stelle vorläufig zu untersagen. Er knüpft - anders als der auf den Ersatz materieller Schäden gerichtete Anspruch nach § 15 Abs. 1 AGG (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 16.04.2013 - 2 B 145.11 -, Juris) - an eine Benachteiligung bereits im Bewerbungsverfahren an und setzt gerade nicht voraus, dass andere Bewerberinnen oder Bewerber um einen Arbeitsplatz diesen nicht sollen erlangen dürfen. Vielmehr entsteht der (verschuldensunabhängige) Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG grundsätzlich schon mit der Benachteiligungshandlung, ohne dass dem Benachteiligten als Entschädigungsvoraussetzung eine Schadensminderungs- oder Abwendungspflicht obliegt (BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, a.a.O.).
- 37 Auch ein Hinweis an die Behörde auf die Pflicht zur Unterrichtung bzw. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung war der Klägerin selbst für den Fall nicht abzuverlangen, dass dies vom Dienstherrn offenkundig übersehen worden sein sollte. Eine solche Obliegenheit gehört nicht zum Prüfprogramm des Entschädigungsanspruchs. Im Übrigen dürfte es Klägerin gar nicht ohne Weiteres möglich gewesen sein, auf das diesbezügliche Unterlassen des Beklagten hinzuweisen. Die Pflichten des § 81 SGB IX richten sich an den Arbeitgeber, und die Rechte der Schwerbehindertenvertretung werden zunächst von deren Vertrauensperson wahrgenommen. Das pflichtwidrige Unterlassen musste der Klägerin während des Auswahlverfahrens folglich gar nicht bekannt sein. Unabhängig davon hat sie den Beklagten später - gleichwohl aber zu einem Zeitpunkt, zu dem dieser die eingetretene Benachteiligung noch hätte beseitigen können - mit ihrem „Einspruch gegen das Verfahren“ zumindest darauf hingewiesen, dass die nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung im vorliegenden Zusammenhang unzureichend war.
- 38 Der Entschädigungsanspruch ist gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG auch innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung der Bewerbung schriftlich geltend gemacht worden; insoweit hat der Beklagte auch nichts erinnert.
- 39 Der Senat hält den Entschädigungsanspruch mit der zugesprochenen Grundbesoldung für zwei Monate - nicht aber in Höhe der geltend gemachten Besoldung für drei Monate - für angemessen bewertet. § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht einen

Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein. Dabei hat der Senat keinen Zweifel daran, dass die Klägerin auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht befördert worden wäre bzw. keinen darauf gerichteten Anspruch gehabt hätte, sodass die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG vorgesehene Obergrenze, auf deren Geltendmachung sich die Klägerin durch die entsprechende Bezifferung ihres Antrags schon im erstinstanzlichen Verfahren zuletzt selbst beschränkt hat, den Rahmen für die Höhe der Entschädigung vorgibt. Denn es ist nicht ersichtlich, inwieweit die Annahme eines Eignungsvorsprungs zugunsten des Konkurrenten nach inhaltlicher Ausschöpfung aller Gesichtspunkte des Auswahlverfahrens einschließlich der Leistungen im Überprüfungsverfahren, die bei jenem um einen halben Notenpunkt besser beurteilt worden waren, in Anbetracht des hierbei bestehenden Beurteilungsspielraums des Dienstherrn rechtlich zu beanstanden sein sollte; die Klägerin lässt insoweit außer Acht, dass ihrer Schwerbehinderung (als Hilfskriterium) erst bei einem Eignungsgleichstand ausschlaggebendes Gewicht zukommen könnte.

- 40 Auch wenn die Formulierung in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG („Nichteinstellung“) die vorgesehene Beschränkung der Entschädigungshöhe nicht (mehr) ausdrücklich auch für den beruflichen Aufstieg vorsieht, ist die Entschädigungssumme in der hier zu beurteilenden Konstellation einer Beförderungskonkurrenz nicht etwa auf die dreifache (monatliche) Vergütungsdifferenz zwischen innegehabtem (A 14 mit Amtszulage) und angestrebtem (A 15 mit Amtszulage) Amt zu begrenzen. Unter „Einstellung“ kann im weitläufigen (Wort-)Sinn auch die Übertragung einer anderen Aufgabe oder eines höherwertigen Amtes verstanden werden. Eine anderweitige Auslegung liefe auch der Zweckrichtung des Gesetzes zuwider, die insoweit nicht auf den Ersatz eines Vermögensschadens, sondern auf die Entschädigung für einen aus einer Persönlichkeitsverletzung herrührenden immateriellen Schaden abzielt, dessen Höhe bzw. Bewertung seinerseits nicht von der Frage abhängen kann, ob die Diskriminierung, der durch die Zubilligung eines sanktionierenden Entschädigungsanspruchs effektiv entgegenzutreten ist, im Rahmen eines Neueinstellungs- oder eines Beförderungsverfahrens erfolgt ist (so auch BAG, Urteil vom 17.08.2010, a.a.O.; vgl. auch Belling, in: Erman, BGB, § 15 AGG RdNr. 9, sowie Deinert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 RdNr. 65 in Auseinandersetzung mit den Gesetzesentwurfsmaterialien und mit Nachweisen zur Gegenauffassung).
- 41 Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung innerhalb des vorstehend aufgezeigten Rahmens sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (vgl. dazu nur Senatsurteile vom 07.02.2012 - 4 S 1813/11 - und vom 21.08.2012 - 4 S 529/12 -, m.w.N.). Zu diesen zählen etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalles. Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, sodass die Höhe auch danach zu bemessen ist, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber erforderlich ist.
- 42 Bei der danach anzustellenden Gesamtbetrachtung hält es der Senat nicht für angezeigt und zur Erzielung einer Sanktionswirkung nicht für erforderlich, den - geltend gemachten - Höchstbetrag der dreifachen monatlichen Grundbesoldung zuzusprechen.

Vielmehr erscheinen zwei Monatsgehälter als angemessene Entschädigung. Insoweit ist zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen, dass der „schwere Verfahrensfehler“ als solcher jedenfalls umgehend eingeräumt und der Versuch einer - wenn auch im vorliegenden Zusammenhang unbeachtlichen bzw. unvollständigen, auf der Grundlage der Rechtsansicht des Beklagten indes zulässigen - „Heilung“ unternommen wurde. Ferner fällt ins Gewicht, dass kein zielgerichtetes oder gar vorsätzliches (diskriminierendes) Verhalten des Beklagten positiv festgestellt werden kann, der erforderliche Kausalzusammenhang vielmehr auf der Indizwirkung der Benachteiligung beruht. In Anbetracht des Umstands, dass der Beklagte von der Klägerin wie auch vom Bezirkspersonalrat während des noch laufenden Stellenbesetzungsverfahrens auf die Benachteiligung und deren Fortbestand trotz nachträglicher Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung hingewiesen worden ist, sieht der Senat allerdings auch keine Veranlassung, hinter der zugesprochenen Entschädigungshöhe zurückzubleiben. Dabei ist auch der Umstand in die Betrachtung einzubeziehen, dass die angestrebte Stelle für die Klägerin von besonderer Bedeutung war und dass sie weiter an der S.-Gesamtschule beschäftigt ist und sich nunmehr als Stellvertreterin des ihr gegenüber bevorzugten Konkurrenten im dienstlichen Alltag ständig mit ihrer erfolglosen Bewerbung konfrontiert sieht.

- 43 Eine höhere Entschädigung im Hinblick auf weitere Benachteiligungen der Klägerin im streitigen Stellenbesetzungsverfahren hielte der Senat selbst dann nicht für gerechtfertigt, wenn sich solche feststellen ließen, weshalb deren Vorliegen offen bleiben kann. Etwaige Verstöße z.B. gegen die Anhörungs- oder Begründungspflichten nach § 81 Abs. 1 Satz 7 bis 9 SGB IX würden im Wesentlichen gleichermaßen (nur) an die defizitäre Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung anknüpfen, ohne - bei wertender und pauschalierender Betrachtungsweise - einen neuerlichen Diskriminierungsgehalt aufzuweisen, der eigenständiger und weitergehender Sanktionierung bedürfte. Sonstige unter den Beteiligten diskutierte Benachteiligungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 81 SGB IX würden mangels unmittelbaren Bezugs zu einem verpönten Merkmal nicht die Indizwirkung des § 22 AGG begründen und können nicht mit dem erforderlichen Kausalzusammenhang als - von der insoweit beweisbelasteten Klägerin - nachgewiesen angesehen werden. Gleiches gilt für Benachteiligungen, die die Klägerin in der - die (grundsätzlich neutrale) Bewertung von Eignung, Befähigung und Leistung der Konkurrenten abschließenden - Auswahlentscheidung selbst oder deren Begründung sehen zu können meint. Dass der Beklagte bei der Auswahlentscheidung - auch - den Umstand (positiv) berücksichtigt hat, dass der Konkurrent „Außenbewerber“ war, stellt keine - unter Umständen auch im Kontext des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes schädliche (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16.11.1993, a.a.O.; BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, a.a.O.) - Abweichung von dem zuvor aufgestellten Anforderungsprofil dar und ist auch nicht als mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG), sondern als grundsätzlich neutrale und diskriminierungsfreie Eignungsbewertung anzusehen.
- 44 2. Ein weitergehender Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Differenz zwischen dem von ihr geltend gemachten und dem vom Senat nach den vorstehenden Erwägungen zugesprochenen Zahlungsanspruch lässt sich auch nicht auf § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG stützen. Nach dieser Bestimmung ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Ungeachtet des Umstands, dass die Klägerin mit ihrer

Antragstellung nur Entschädigungs-, nicht aber Schadensersatzansprüche verfolgt, lässt sich - wie bereits dargelegt - schon nicht feststellen, dass sie bei benachteiligungsfreiem Ablauf des Stellenbesetzungsverfahrens befördert worden wäre, sodass es an einem materiellen Schaden in Gestalt entgangener höherer Besoldung fehlt. Unabhängig davon müsste ihr entsprechend § 254 Abs. 2 Satz 1, § 839 Abs. 3 BGB wohl auch entgegengehalten werden, dass sie die Entstehung eines solchen Schadens nicht durch die Geltendmachung von - in der Regel vorläufigem - Primärrechtsschutz abgewendet hat (vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 16.04.2013, a.a.O.).

- 45 Der Anspruch auf Prozesszinsen ab Eintritt der Rechtshängigkeit ergibt sich aus § 291 BGB in entsprechender Anwendung.
- 46 Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.
- 47 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO gegeben ist.
- 48 **Beschluss vom 10. September 2013**
- 49 Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird gemäß § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 3 GKG auf 17.133,21 EUR festgesetzt.
- 50 Der Beschluss ist unanfechtbar.