

**Titel:**

**kein Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG, Heilung der unterlassenen Anhörung der  
Schwerbehindertenvertretung bei einem, Stellenbesetzungsverfahren**

**Normenketten:**

AGG § 15 Abs. 2

GG Art. 33 Abs. 2

SGB IX § 164

SGB IX § 178

**Schlagworte:**

kein Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG, Heilung der unterlassenen Anhörung der  
Schwerbehindertenvertretung bei einem, Stellenbesetzungsverfahren

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
3. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger steht als Inspektor im Justizvollzugsdienst (Bes.-Gr. A9) in der Justizvollzugsanstalt (JVA) ... im Dienst des Beklagten. Er ist schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 50 (vgl. Bescheid des Zentrum Bayern, Familie und Soziales – ZBFS – vom 05.05.2021 mit Wirkung ab dem 11.02.2021).

**2**

Mit seiner Klage begehrt er Schadensersatz nach § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) wegen einer von ihm geltend gemachten Benachteiligung schwerbehinderter Menschen im Zuge eines internen Auswahlverfahrens für die Stelle des „Leiters der Kammer“ bei der JVA ...

I.

**3**

Mit Stellenausschreibung vom 18.01.2023 schrieb der Leiter der JVA ... den Dienstposten des Leiters bzw. der Leiterin der Kammer neu aus. Ende der Bewerbungsfrist war der 17.02.2023. Mit E-Mail vom 14.02.2023 bewarb sich der Kläger auf diesen Dienstposten. Er wies dabei darauf hin, dass seine Schwerbehinderung einem Einsatz auf diesem Posten nicht entgegenstehe.

**4**

Im internen Auswahlvermerk vom 08.03.2023 führte die Beklagtenseite aus, dass bis zum Ende der Bewerbungsfrist insgesamt 16 Bewerbungen eingegangen seien, wovon zwei Kandidaten ihre Bewerbung wieder zurückgezogen hätten. Mangels zusätzlicher besonderer Anforderungen habe sich die Auswahl allein am Grundsatz der Bestenauslese zu orientieren und die Vergabe des Dienstpostens erfolge ausschließlich nach dem Leistungsprinzip. Grundlage stellten die zuletzt ergangenen periodischen Beurteilungen der zur Ausschreibung Zugelassenen dar. Daher seien sowohl die Gesamtpunktzahl als auch die Bewertung in den Superkriterien in die Rangreihenfolge eingeflossen. Einen Ausgleich bei Bewerbern verschiedener Statusämter habe man ebenfalls vorgenommen. Nach der auf dieser Grundlage vorgenommenen Reihung befinde sich der Kläger auf Platz 7 von 14.

**5**

Mit Ablehnungsschreiben vom selben Tag wurde dem Kläger mitgeteilt, dass seine Bewerbung nicht habe berücksichtigt werden können. Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 13.03.2023 legte der Kläger Widerspruch gegen die getroffene Auswahlentscheidung ein.

**6**

Mit Widerspruchsbescheid vom 30.03.2023 wurde der Widerspruch des Klägers zurückgewiesen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass sich der Kläger gemäß dem Grundsatz der Bestenauslese aufgrund der fachlichen Leistung, Eignung und Befähigung nicht als der für den ausgeschriebenen Dienstposten am besten geeignete Bewerber herausgestellt habe. Die Vergabe des Dienstpostens sei ausschließlich nach dem Leistungsprinzip erfolgt. Grundlage seien die letzten periodischen Beurteilungen gewesen. Die beigelegte Übersicht ergab, dass sich der Kläger, mit einem Gesamtpredikat von 9 Punkten in der letzten periodischen Beurteilung und auch 9 Punkten nach den Superkriterien, auf Listenplatz 7 von insgesamt 14 Bewerbern befunden habe. Demgegenüber wurde der zum Zuge gekommene Bewerber, ebenfalls Inhaber eines Statusamts der Besoldungsgruppe A9, mit 10 Punkten in der Gesamtbewertung und 10,50 Punkten nach den Superkriterien beurteilt.

**7**

Mit Schreiben vom 02.04.2023 machte der Kläger gegenüber der JVA ... fristwährend außergerichtlich Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG geltend. Mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 17.04.2023 wies er darauf hin, dass wohl die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der streitgegenständlichen Stellenausschreibung und -besetzung nicht beteiligt worden sei. Der Beklagte habe damit sowohl gegen § 164 Abs. 1 des Neunten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB IX) als auch gegen § 178 Abs. 2 SGB IX sowie Ziffer 4.4.2 Satz 1 der Bayerischen Inklusionsrichtlinien vom 29.04.2019 (BayInkIRL) verstoßen.

**8**

Mit E-Mail vom 15.04.2023 teilte der Kläger mit, dass er sein vorläufiges Rechtsschutzersuchen im Zusammenhang mit der Vergabe des Dienstpostens „Leiter der Kammer“ zurückziehe. Einer anderweitigen Vergabe der Stelle werde er nicht entgegenstehen.

**9**

Die Anstaltsleitung wandte sich mit Schreiben vom 25.04.2023 an die Schwerbehindertenvertretung und teilte mit, dass man es entgegen der gesetzlichen Vorgaben versäumt habe, bei der streitgegenständlichen Stellenbesetzung die Schwerbehindertenvertretung über vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten. Vorliegend sei der Kläger der einzig schwerbehinderte Bewerber. Die erforderliche Anhörung werde hiermit nachgeholt und die Schwerbehindertenvertretung erhalte gleichzeitig Einsicht in die entscheidungserheblichen Teile der Bewerbungsunterlagen des Klägers, in die entscheidungserheblichen Unterlagen der nichtbehinderten Bewerberinnen und Bewerber sowie in den derzeitigen Stand des Besetzungsverfahrens und das aufgestellte Ranking.

**10**

Der Schwerbehindertenvertreter teilte daraufhin mit Schreiben vom 26.04.2023 mit, dass er gegen den Ablauf des streitgegenständlichen Bewerbungsverfahrens keine Einwände erhebe, obwohl ein Verstoß gegen § 164 Abs. 1 SGB IX vorliege. Durch die nachgeholtete Beteiligung und die Möglichkeit der Einsichtnahme in sämtliche Bewerbungsunterlagen und Auswahlkriterien habe er sich davon überzeugen können, dass selbst bei einer frühzeitigen Beteiligung kein anderes Ergebnis in der Rangfolge der Bewerber erzielt worden wäre. Eine erneute Ausschreibung des Dienstpostens sehe er nicht als notwendig an.

**11**

Der darauffolgende – wiederholte – Auswahlvermerk vom 10.05.2023 entsprach inhaltlich der bisherigen Stellungnahme, die um den Passus der Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung ergänzt wurde. Damit sei der begangene Verfahrensfehler in analoger Anwendung von Art. 45 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG) geheilt worden. Die Vertretung habe nachträglich eine in der Substanz vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten und diese sei in den nochmaligen Vollzug des Auswahlvorgangs und in die Endentscheidung eingeflossen. Man habe daher den Auswahlvorgang vom 08.03.2023 unter Berücksichtigung der Äußerung der Schwerbehindertenvertretung und unter Wahrung des Leistungsgrundsatzes nochmals vollzogen. Es habe sich daraufhin kein Unterschied in der erfolgten Reihung ergeben, da man sich bei der Auswahlentscheidung rein am Grundsatz der Bestenauslese orientiert habe. Auf den Auswahlvermerk im Übrigen wird Bezug genommen (Bl. 44 ff. der Behördenakte).

**12**

Mit Schriftsatz vom 16.05.2023 teilte die JVA ... dem Kläger mit, dass bedauerlicherweise beim internen Auswahlverfahren die sofortige Benachrichtigung der Schwerbehindertenvertretung unterblieben sei. Dies habe man mittlerweile nachgeholt. Die Schwerbehindertenvertretung habe Einsicht in die entscheidungserheblichen Teile der Bewerbungsunterlagen der schwerbehinderten und nicht schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerber genommen und die Auswahlkriterien überprüft. Sie habe dabei festgestellt, dass selbst bei ihrer frühzeitigen Beteiligung kein anderes Ergebnis in der Rangfolge der Bewerberinnen und Bewerber erzielt worden wäre. Man habe daraufhin unter Berücksichtigung der Äußerung der Schwerbehindertenvertretung und unter Wahrung des Leistungsgrundsatzes den Auswahlvorgang nochmals vollzogen und sei in der Sache zum selben Ergebnis gekommen. Insbesondere wies der Dienstherr darauf hin, dass die Sonderregelung des Art. 21 Abs. 1 Satz 1 des Leistungslaufbahngesetzes (LbG) bei schwerbehinderten Beamten allein den Grad der körperlichen Eignung betreffe. Von den übrigen Eignungskriterien könne nach dem Leistungsprinzip auch für schwerbehinderte Bewerber keine Ausnahme zugelassen werden. Im gegenständlichen Ranking wiesen allein sechs Personen gegenüber dem Kläger nach Gesamturteil und Superkriterien eine qualifikationsbezogene Differenz nach oben auf.

II.

### 13

Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 02.06.2023, eingegangen beim Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth am 05.06.2023, erhob der Kläger Klage. Er begehre eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, weil Rechte der Schwerbehindertenvertretung bei einer Stellenausschreibung nicht beachtet worden seien. Er bringt vor, die Schwerbehindertenvertretung sei im Rahmen der vorgenannten Stellenausschreibung und -besetzung unter Verstoß gegen § 178 SGB IX nicht beteiligt worden. Diese müsse gemäß § 164 Abs. 1 SGB IX unmittelbar nach dem Eingang von Bewerbungen unterrichtet werden. Nach Ziffer 4.4.2 Satz 1 BayInkIRL sei bei Stellenausschreibungen zu vermerken, ob die Stelle für die Besetzung mit schwerbehinderten Menschen geeignet sei und dass schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber bei ansonsten im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt eingestellt werden müssten. Dadurch, dass diese Beteiligungsrechte hier nicht beachtet worden seien, liege ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG vor. Eine Benachteiligung liege darin, dass vorliegend die unmittelbare Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung nach Eingang der Bewerbung und auch deren Beteiligung im Bewerbungsverfahren selbst unterlassen worden sei. Selbst wenn deren Nachholung zur Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Auswahlentscheidung führe, lasse es die zuvor erfolgte Benachteiligung des Klägers nicht nachträglich entfallen. Auch die Ausschreibung selbst habe nicht den Inklusionsrichtlinien entsprochen.

### 14

Die JVA ... lehnte mit Schreiben vom 06.06.2023 mangels Vorliegens entsprechender Voraussetzungen eine Entschädigung des Klägers nach § 15 Abs. 2 AGG ab. Der Kläger sei der einzige schwerbehinderte Bewerber auf die streitgegenständliche Stelle gewesen und fungiere zudem selbst seit dem 01.12.2022 als stellvertretender Schwerbehindertenvertreter in der JVA ... Die versehentlich versäumte Unterrichtung und Anhörung des Schwerbehindertenvertreters habe man am 24.04.2023 nachgeholt. Er habe Einsicht in sämtliche relevanten Unterlagen erhalten, auch in diejenigen der nicht behinderten Bewerberinnen und Bewerber, und habe damit zwar nachträglich, aber vor Abschluss des Bewerbungsverfahrens einen in seinem Sinngehalt und Wirkungsgrad äquivalenten Zugang zum Bewerbungsverfahren und Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Der Schwerbehindertenvertreter habe sich mit Schreiben vom 26.04.2023 entsprechend geäußert. Eine erneute Ausschreibung des Dienstpostens sehe er als nicht notwendig an. Den Verfahrensfehler habe man in analoger Anwendung von Art. 45 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 2 BayVwVfG geheilt, da die Vertretung nachträglich einen in der Substanz absolut vollwertigen Zugang zum Bewerbungsverfahren erhalten habe. Auch § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX ermögliche ausdrücklich eine Nachholung der unterbliebenen Anhörung der Schwerbehindertenvertretung mit heilender Wirkung.

### 15

Mit weiterem Schriftsatz vom 20.06.2023 beantragte der Kläger daraufhin:

Der Beklagte wird unter Aufhebung der Entscheidung vom 06.06.2023, zugegangen am 12.06.2023, verurteilt, an den Kläger eine angemessene Entschädigung auf der Grundlage der Besoldungsgruppe A9 mit Zulage nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz hieraus ab Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Zur Begründung wird unter Verweis auf eine Entscheidung des VGH Baden-Württemberg vom 10.09.2013 (Aktenzeichen: 4 S 547/12) im Wesentlichen ausgeführt, dass auch die nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung dem geltend gemachten Anspruch nicht entgegenstehe. Die bessere Eignung eines Konkurrenten schließe nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG die Benachteiligung des Klägers nicht aus.

## 16

Mit Schriftsatz vom 27.06.2023 beantragte der Beklagte

Klageabweisung.

## 17

Zur Begründung wiederholte er im Wesentlichen das Vorbringen aus dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren.

## 18

Der Bevollmächtigte des Klägers erklärte mit Schriftsatz vom 26.09.2023 die Beendigung des Mandatsverhältnisses.

## 19

Mit Schreiben vom 02.10.2023 teilte der Kläger mit, dass er sich selbst vertrete und führte mit weiterem Schreiben vom selben Tag in der Sache aus, dass er mit seiner Klage nicht auf die Entscheidung zugunsten eines weiteren Bewerbers abziele. Zur Begründung dafür, dass in seinem Fall trotzdem ein Rechtsschutzinteresse vorliege, das ihn nicht an der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs hindere sowie dafür, dass hier ein nicht ordnungsgemäßes Bewerbungsverfahren und eine daraus folgende Diskriminierung nach § 1 i.V.m. § 7 AGG vorlägen, zitierte er Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts sowie des VGH Baden-Württemberg. Er wies unter Bezugnahme auf die zitierten Entscheidungen darauf hin, dass es ihm offensichtlich nicht an der fachlichen Eignung fehle. Er weise entsprechende Vorverwendungen auf. Daher erfülle er das Anforderungsprofil des ausgeschriebenen Dienstpostens und sei nicht offensichtlich ungeeignet. Die Pflicht zur Einladung von schwerbehinderten Bewerbern gelte auch für ausschließlich interne Stellenausschreibungen und Bewerbungen. Die nicht unmittelbare Information der Schwerbehindertenvertretung über den Eingang seiner Bewerbung sowie die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch seien eine Häufung von Indizien, die einen Kausalzusammenhang mehr als vermuten ließen. Die gesetzlich vorgeschriebene Besserstellung gegenüber anderen Bewerbern sei unterblieben. Die Beklagtenseite habe auch in den gewechselten Schriftsätzen eindeutig mitgeteilt, dass die Durchführung von und Einladung zu einem Vorstellungsgespräch des Klägers nicht geplant gewesen und auch zukünftig nicht gewollt sei.

## 20

Die Beklagtenseite führte abschließend mit Schriftsatz vom 02.11.2023 aus, dass der Kläger keine unmittelbare Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung dadurch erfahren habe, dass er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. § 165 SGB IX verpflichte die JVA ... nicht, in jedem Stellenbesetzungsverfahren schwerbehinderte Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Verpflichtung komme ausweislich des Wortlauts („nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes“) erst dann zum Tragen, wenn ein Arbeitsplatz nicht habe intern besetzt werden können. Beim streitgegenständlichen Arbeitsplatz handle es sich um einen höherwertigen Dienstposten innerhalb der Laufbahn des Allgemeinen Vollzugsdienstes, der bei entsprechender Erprobung und Bewährung die Möglichkeit enthalte, in ein Amt des Inspektors im Justizvollzugsdienst mit Amtszulage zu gelangen. Nach Art. 16 LfB sei bei der Besetzung solcher Dienstposten ausschließlich nach dem Leistungsgrundsatz zu verfahren. Die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens liege im Organisations- und verwaltungspolitischen Ermessen der Anstaltsleitung. Grundlage für die Entscheidung könnten nach dem Gesetz u.a. dienstliche Beurteilungen, aber auch zusätzliche Auswahlmethoden sein. Die dienstliche Beurteilung stelle eine essenzielle Quelle mit hoher Aussagekraft über Leistung, Eignung und Befähigung der Bewerber dar. Andere Verfahren wie strukturierte Auswahlgespräche o.ä. kämen dann in Betracht, wenn die primären Erkenntnisquellen nicht ausreichten. Dies sei bei dem streitgegenständlichen Dienstposten nicht der Fall. Wende man bei einer Ausschreibung ein Auswahlinstrument (hier: Vorstellungsgespräch) aus sachlichen Erwägungen bei keinem Bewerber an, könne es nicht Sinn und Zweck des § 165 SGB IX sein, einen Verfahrensformalismus zu schaffen, der in das Direktions- und Gestaltungsrecht eines öffentlichen Arbeitgebers derart weitreichend eingreife und die Arbeitgeber dennoch

verpflichte, schwerbehinderte Bewerber auf jeden Fall zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Die Nichteinladung des Klägers zu einem Vorstellungsgespräch für die zu besetzende Stelle stelle kein Indiz nach § 22 AGG dar. Die vermutete Benachteiligung i.S.v. § 1 AGG liege nicht vor, da der von § 7 Abs. 1 AGG geforderte Kausalzusammenhang fehle.

## **21**

Mit gerichtlichen Schreiben vom 14.03.2024 wurden die Beteiligten gebeten mitzuteilen, ob Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 101 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) bestehe. Die Beklagtenseite erteilte mit Schriftsatz vom 19.03.2024, der Kläger mit Schreiben vom 28.03.2024 das Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung.

## **22**

Für das übrige Vorbringen der Beteiligten wird auf die Gerichts- und die vorgelegte Behördenakte Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

## **23**

Das Gericht legt den Klageantrag des inzwischen nicht mehr anwaltlich vertretenen Klägers in dessen wohlverstandem Interesse (vgl. § 88 VwGO) dahingehend aus, dass er in Form einer Leistungsklage begehrt, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger eine angemessene Entschädigung auf der Grundlage der Besoldungsgruppe A9 mit Zulage nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus ab Rechtshängigkeit zu bezahlen. Eine Anfechtungsklage mit dem Ziel der Aufhebung der „Entscheidung vom 06.06.2023“ ist mangels Verwaltungsaktscharakters des ablehnenden Schreibens nicht statthaft (§ 42 Abs. 1, Alt. 1 VwGO).

II.

## **24**

Die so verstanden zulässige Klage, über die nach beiderseitigem Einverständnis im schriftlichen Verfahren (§ 101 Abs. 2 VwGO) entschieden werden konnte, bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Der Beklagte hat dem Kläger zu Recht keine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gewährt. Der Kläger hat keinen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des AGG durch den Beklagten nach § 24 Nr. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG.

## **25**

1. Gemäß § 15 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. § 24 AGG erklärt diese Vorschrift unter Nr. 1 auch für Beamtinnen und Beamte des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Aufsicht des Bundes oder eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts für anwendbar.

## **26**

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine 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. Eine Benachteiligung ist dann eine unmittelbare, wenn eine nachteilig wirkende Maßnahme entweder ausdrücklich an dem verbotenen Differenzierungsmerkmal anknüpft oder mit ihm untrennbar verbunden ist (Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, AGG § 3 Rn. 2). Für die Benachteiligung „wegen“ eines Grundes genügt es, wenn die Benachteiligung in irgendeiner Weise an einen solchen Grund anknüpft oder dadurch motiviert ist (ErfK/Schlachter, a.a.O., AGG § 15 Rn. 1 unter

Bezugnahme auf BAG, U.v. 19.5.2016, NZA 2016, 1394). Zu den Gründen, aus denen nach § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG eine Benachteiligung verboten ist, gehört auch eine Behinderung.

## 27

Was die diesbezügliche Beweislast betrifft, so findet sich eine Beweislastregelung in § 22 AGG. Diese ist so gestaltet, dass, wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, die andere Partei die Beweislast dafür trägt, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Die Benachteiligten haben hingegen die Darlegungs- und Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität, insbesondere, dass die Benachteiligung „wegen“ eines Merkmals nach § 1 AGG erfolgt ist; § 22 AGG ist darauf nicht anwendbar, wohl aber gegebenenfalls eine Beweiserleichterung bei Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit (ErfK/Schlachter, a.a.O., AGG § 15 Rn. 4 unter Bezugnahme auf BAG, U.v. 26.01.2017, NZA 2017, 854).

## 28

2. Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Kläger keinen Anspruch auf Gewährung eines Schadensersatzanspruchs aufgrund einer Benachteiligung wegen seiner Behinderung unter Verstoß gegen das Allgemeine Gleichstellungsgesetz. Es liegt hier von Seiten des Beklagten keine eine Entschädigungspflicht auslösende unmittelbare Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderteneigenschaft im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor.

## 29

a. Die Beteiligten unterfallen zwar dem persönlichen Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Als Beamter im Justizvollzugsdienst in der JVA ... im Dienst des Freistaats Bayern gilt der Kläger gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 24 Nr. 1 AGG als Beschäftigter im Sinne des AGG, kann also grundsätzlich anspruchsberechtigt sein. Der Beklagte als Dienstherr ist Arbeitgeber im Sinne dieses Gesetzes, § 6 Abs. 2 AGG.

## 30

b. Darüber hinaus ist der Kläger – von Beklagtenseite nicht in Zweifel gezogen und auch durch den in den Akten befindlichen Bescheid des ZBFS belegt – unbestritten schwerbehindert und die Schwerbehindertenvertretung wurde von Beklagtenseite auch entgegen den zwingenden gesetzlichen Vorgaben zunächst nicht beteiligt. Ein zur Entschädigungspflicht führender Verstoß liegt gleichwohl nicht vor.

## 31

c. Die Tatsache, dass bei erstmaliger Durchführung des Auswahlverfahrens die Schwerbehindertenvertretung nicht beteiligt worden war, stellt entgegen der Auffassung des Klägers keine zur Entschädigung verpflichtende Benachteiligung wegen eines Verstoßes gegen § 178 Abs. 2 SGB IX i.V.m. § 164 SGB IX i.V.m. Ziffer 4.4.2. Satz 1 der Bayerischen Inklusionsrichtlinien vom 29.04.2019 (BayInklIR) dar.

## 32

aa. Gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat /ihm/ die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffenen Entscheidung ist auszusetzen, die Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen nachzuholen; sodann ist endgültig zu entscheiden.

## 33

In Ergänzung dazu legt § 164 SGB IX in Absatz 1 Satz 1 fest, dass die Arbeitgeber verpflichtet sind zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen [...] besetzt werden können. Nach dessen Absatz 2 dürfen Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Im Hinblick auf den Freistaat Bayern als Arbeitgeber und Dienstherr ergibt sich hierzu unter Bezugnahme auf diese gesetzliche Regelung aus Ziffer 4.4.1 Satz 1 BayInklIRL, dass jede Dienststelle verpflichtet ist zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit als arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können (§ 164

Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Dabei ist nach Ziffer 4.4.1 Satz 2 BayInklIRL davon auszugehen, dass alle Arbeitsplätze beim Freistaat Bayern grundsätzlich zur Besetzung mit schwerbehinderten Menschen geeignet sind, soweit nicht in einzelnen Tätigkeitsbereichen besondere Anforderungen an die Beschäftigten gestellt werden müssen. Die Schwerbehindertenvertretung ist gemäß Ziffer 4.4.1 Satz 3 BayInklIRL im Rahmen der Prüfung unter unverzüglicher und umfassender Unterrichtung zu hören; die getroffene Entscheidung ist ihr unverzüglich mitzuteilen (§ 164 Abs. 1 Satz 6 und § 178 Abs. 2 SGB IX). Nach Ziffer 4.4.2 Satz 1 und 2 BayInklIRL ist schließlich bei externen und internen Stellenausschreibungen zu vermerken, ob die Stelle für die Besetzung mit schwerbehinderten Menschen geeignet ist und dass schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber bei ansonsten im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt eingestellt werden. Die Schwerbehindertenvertretung erhält eine Kopie der Stellenausschreibung. Schließlich haben die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung über vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen unmittelbar nach Eingang zu unterrichten (§ 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX). Diese hat gemäß Ziffer 4.4.5 Satz 3 BayInklIRL das Recht auf Einsicht in die entscheidungserheblichen Teile der Bewerbungsunterlagen aller schwerbehinderten Menschen, sowie die entscheidungserheblichen Unterlagen der nichtbehinderten Bewerberinnen und Bewerber, die in die engere Wahl kommen.

### 34

bb. Hier liegt ein Verstoß gegen die o.g. genannten Vorschriften unzweifelhaft vor, wie von der Beklagtenseite ausweislich der vorgelegten Akten auch eingeräumt wurde. Entgegen der o.g. zwingenden gesetzlichen Vorschriften wurde es versäumt, die Schwerbehindertenvertretung von Anfang an in das streitgegenständliche Stellenbesetzungsverfahren einzubeziehen.

### 35

Dieser von der Beklagtenseite auch eingestandene Verstoß wurde jedoch analog Art. 45 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG geheilt.

### 36

Nach dieser Vorschrift ist eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die den Verwaltungsakt nach § 44 nicht nichtig macht, unbeachtlich, wenn die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird (Nr. 2) oder die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird (Nr. 3). Wenngleich hier keine Maßnahme mit Verwaltungsaktcharakter angefochten wird, ist die Vorschrift dennoch – analog – anwendbar. Art. 45 BayVwVfG stellt nicht auf die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens ab und erlaubt auch nach Abschluss eines Widerspruchsverfahrens die Nachholung einer Begründung der Maßnahme wie des rechtlichen Gehörs bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Bei fehlender Verwaltungsaktsqualität (wie hier) ist die Situation für den Betroffenen nicht ungünstiger; vielmehr ist hier ein „Erst-Recht-Schluss“ gerechtfertigt (BayVGh, B.v. 28.06.2011 – 3 CE 11.573 – BeckRS 2011, 33330 Rn. 26, beck-online).

### 37

In einem identisch gelagerten Fall hatte hierzu bereits der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (B.v. 18.12.2019 – 3 CE 19.1884 – BeckRS 2019, 34563 Rn. 12, 13, beck-online) ausgeführt:

„Zu Unrecht rügt die Antragstellerin eine unzureichende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, die sich entgegen des Beteiligungszwecks nicht mit dem Schreiben der Antragstellerin vom 23. Juli 2019 habe befassen können. Die zunächst unterbliebene Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung (§ 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX; Ziffer 6.6.1. Satz 3 Halbsatz 2 BayInklIR) wurde mit deren Stellungnahme vom 31. Mai 2019 wirksam nachgeholt (vgl. zur Vorgängerregelung des § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX BVerwG, U.v. 21.6.2007 – 2 A 6.06 – juris Rn. 33; BayVGh, B.v. 23.2.2018 – 6 CS 17.2556 – juris Rn. 18; OVG Berlin-Bbg v. 7.11.2018 – OVG 10 B 4.16 – juris Rn. 42 m.w.N.). Zwar bestimmt § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, dass der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung vor einer Entscheidung anzuhören hat. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass eine nach Ergehen des (Ausgangs-)Bescheids (v. 9.4.2019) nachträglich erfolgte Anhörung in jedem Fall unbeachtlich wäre. Vielmehr sieht § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX ausdrücklich eine Nachholung der unterbliebenen Anhörung der Schwerbehindertenvertretung mit heilender Wirkung vor. Die in § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX genannte Frist von sieben Tagen knüpft nur an das Durchführungs- und Vollziehungsverbot, jedoch nicht an die getroffene Entscheidung selbst an und steht der Nachholung nicht entgegen (vgl. OVG Berlin-Bbg v. 7.11.2018 – OVG

10 B 4.16 – juris Rn. 42; Esser/Isenhardt in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 178 SGB IX Rn. 24.1).

Entscheidend für eine wirksame Nachholung einer unterbliebenen oder unzureichenden Anhörung ist zwar, dass die Vertretung nachträglich eine in der Substanz vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme erhält und der Dienstherr die gegebenenfalls im Nachhinein vorgebrachten Einwendungen einer kritischen Prüfung im Hinblick auf die zu treffende endgültige Entscheidung unterzieht (vgl. OVG LSA, U.v. 18.8.2010 – 3 L 372/09 – juris Rn. 42 zu § 45 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 VwVfG). Jedoch enthält § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keine bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens (mit Erlass des Widerspruchsbescheids) fortlaufende, die Ausgangsentscheidung (Schr. v. 9.4.2019) überdauernde Verpflichtung des Dienstherrn zur weiteren verfahrensbegleitenden Information der Schwerbehindertenvertretung. Gesetzlich vorgesehen und nach dem Zweck der Vorschrift ausreichend ist vielmehr die einmalige Beteiligung (Unterrichtung und Anhörung) der Schwerbehindertenvertretung; es muss weder die Zustimmung noch überhaupt eine Entscheidung der Schwerbehindertenvertretung vorliegen. Deshalb war hier das gesetzlich geforderte Beteiligungsverfahren mit Abgabe der Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vom 31. Mai 2019 beendet, ohne dass damit allerdings eine weitere Begleitung des Falles aus eigener Initiative der Schwerbehindertenvertretung ausgeschlossen gewesen wäre (BayVGh, B.v. 4.10.2019 – 3 ZB 18.1132 – juris Rn. 18 zur Vorgängerregelung § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX).“

### **38**

Die Schwerbehindertenvertretung hat hier nachträglich – nach Erkennen des Verstoßes – Einsicht in sämtliche Unterlagen, auch der nichtbehinderten Bewerber, erhalten. Eine Entscheidung über die Stellenbesetzung wurde erst nach Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung getroffen.

### **39**

Auch wenn es zutrifft, dass die Tatsache, dass der Kläger sein Rechtsmittel gegen die Stellenbesetzung zwar zurückgezogen hat, dies aber keine Auswirkung auf einen zuvor begangenen Verstoß gegen Vorschriften zugunsten Schwerbehinderter hat, so steht dies der Annahme einer Heilung nicht entgegen.

### **40**

Der Schwerbehindertenvertreter selbst hat in seiner nachträglichen Stellungnahme nicht nur ausgeführt, dass ihm sämtliche Verfahrensunterlagen zur Verfügung gestellt wurden. Er hat zudem mitgeteilt, dass sich bei einer rechtzeitigen Einbeziehung keine andere Rangfolge der Bewerber auf die ausgeschriebene Stelle ergeben hätte, weil er die Leistungsverteilung ebenso gesehen hat. Zudem sah er eine Wiederholung des Auswahlverfahrens ebenfalls für nicht notwendig an. Sämtliche Rechte und Möglichkeiten, die sich für den Kläger durch die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ergeben müssen, haben sich damit noch vor Durchführung der Auswahlentscheidung realisiert.

### **41**

Daher verfährt auch der Verweis des Klägers auf eine Entscheidung des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofs (U.v. 10.9.2013 – 4 S 547/12 – NZA-RR 2014, 159, beck-online) nicht. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Stellenbesetzungsverfahren hat nach Ausführungen des Gerichts die Beklagtenseite gerade eine sich ihr bietende Möglichkeit, dem Eindruck diskriminierendes Verhalten entgegenzutreten, ungenutzt gelassen. Auch auf den noch während des Stellenbesetzungsverfahrens erhobenen – und sinngemäß auch vom Bezirkspersonalrat vorgebrachten – ausdrücklichen „Einspruch“ der dortigen Klägerin „gegen das Verfahren“ hat die Beklagtenseite 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 die Beklagtenseite dort 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. Ein solches Vorgehen ist im streitgegenständlichen Fall jedoch dem Dienstherrn, wie ausgeführt, gerade nicht vorzuwerfen.

### **42**

d. Ein zur Entschädigungspflicht nach § 15 Abs. 2 AGG führender Verstoß ist auch nicht darin zu sehen, dass die Beklagtenseite – entsprechend der Rüge des Klägers – bei der Stellenausschreibung nicht explizit

darauf hingewiesen hat, dass die Stelle auch für die Besetzung mit einem schwerbehinderten Beamten geeignet ist.

#### 43

Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 BayBG soll zwar auf gesetzliche Vorschriften, nach denen bestimmte Personengruppen bevorzugt einzustellen sind, besonders hingewiesen werden. Art. 20 BayBG regelt ausdrücklich nur die Stellenausschreibung für Bewerber, nicht aber für schon vorhandene Beamte auf Probe oder Lebenszeit. Dies ergibt sich durch die systematische Auslegung des Begriffs Bewerber im Zusammenhang mit Art. 4 des Leistungslaufbahngesetzes (LlbG). Art. 20 BayBG gilt jedoch nach h.M. zutreffend analog auch für Beförderungstellen. Es gibt demnach für Dienstherren im Geltungsbereich des BayBG keine allgemeine gesetzliche Verpflichtung, Beförderungsdienstposten öffentlich oder behördenintern auszuschreiben, wenn es nicht im besonderen dienstlichen Interesse liegt. Kommt es jedoch zu einer Stellenausschreibung, gelten analog auch die weiteren Regeln des Art. 20 BayBG und die für diese Vorschrift einschlägige Rechtsprechung. Die analoge Anwendung von Art. 20 BayBG kommt auch bei Fällen reiner Dienstpostenkonkurrenz in Betracht, bei denen ausschließlich Versetzungs- oder Umsetzungsbewerber außerhalb des originären Anwendungsbereichs des Art. 33 Abs. 2 GG beteiligt sind (BeckOK BeamtenR Bayern/Voitl, 31. Ed. 15.01.2024, BayBG Art. 20 Rn. 13, 14). Die angefochtene Stellenausschreibung enthält zwar keinen Hinweis auf bevorzugt einzustellende Personengruppen, gleichwohl führt ein Unterlassen des Hinweises in der Ausschreibung an sich in der Regel schon nicht zur Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung selbst (BeckOK BeamtenR Bayern/Voitl, BayBG Art. 20 Rn. 36).

#### 44

Auch Ziffer 4.4.2 Satz 1 BayInklIR, auf die der Kläger vorliegend seine Rüge stützt, enthält eine entsprechende Hinweispflicht bei der Formulierung von Stellenausschreibungen, unterstellt aber bereits in Ziffer 4.4.1 BayInklIR, dass davon auszugehen ist, dass alle Arbeitsplätze beim Freistaat Bayern grundsätzlich zur Besetzung mit schwerbehinderten Menschen geeignet sind, soweit nicht in einzelnen Tätigkeitsbereichen besondere Anforderungen an die Beschäftigten gestellt werden müssen. Für letzteres ergibt sich hier weder ein Hinweis aus den Akten, noch wurde Entsprechendes vorgetragen.

#### 45

Daher hatten sowohl der Beklagte als auch der Kläger ohnehin davon auszugehen, dass der Dienstposten geeignet war zur Besetzung auch mit einem schwerbehinderten Bewerber, sodass hier bereits nicht davon auszugehen ist, dass ein zur Benachteiligung des Klägers führender Verstoß vorliegt und auch eine Benachteiligung des Klägers in Form der generellen Außerachtlassung etwaiger schwerbehinderter Kandidaten von Seiten des Beklagten nicht beabsichtigt war. Lediglich ergänzend sei angemerkt, dass sich der Kläger unbeschadet des fehlenden Hinweises auch ganz offensichtlich nicht daran gehindert gesehen hat, sich auf den ausgeschriebenen Dienstposten zu bewerben.

#### 46

e. Schließlich kann der Kläger auch mit seinem Argument, ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gegenüber schwerbehinderten Menschen sei auch darin zu sehen, dass er entgegen den gesetzlichen Vorschriften nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei und der Dienstherr mitgeteilt habe, dass auch künftig nicht beabsichtigt sei, ihn einzuladen, nicht durchdringen.

#### 47

Zwar sind gemäß § 165 Satz 3 SGB IX und ergänzend hierzu auch gemäß Ziff. 4.4.6.1. Satz 1 BayInklIRL schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Menschen, die sich auf einen Arbeitsplatz beworben haben (externe und interne Bewerbungen), zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Nach § 165 Satz 4 SGB IX i.V.m. Ziff. 4.4.6.1. Satz 2 BayInklIRL ist die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch auch nur dann entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.

#### 48

Ein Verstoß gegen diese gesetzliche Norm zu Lasten des Klägers ist im streitgegenständlichen Verfahren hingegen nicht zu sehen. Der Kläger, der sich ausschließlich auf Satz 3 des § 165 SGB IX bezieht, übersieht hierbei, dass es bereits an einer Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift fehlt. Nach Satz 1 sind die Dienststellen der öffentlichen Arbeitgeber verpflichtet, den Agenturen für Arbeit frühzeitig nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze zu melden. Eine solche Konstellation ist hier aber nicht gegeben. Weder handelt es sich bei der streitgegenständlichen Stelle um einen neuen Arbeitsplatz, noch ist die

Prüfung zur internen Besetzung der streitgegenständlichen Stelle erfolglos verlaufen. Im Gegenteil: Die Stelle, die lediglich intern ausgeschrieben worden war, wurde mit einem ebensolchen Bewerber besetzt. Somit ist bereits der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht eröffnet.

#### **49**

Selbst wenn der Anwendungsbereich der Vorschrift hier eröffnet wäre, würde nach Sinn und Zweck der Regelungen zugunsten schwerbehinderter Menschen hier kein sanktionsfähiger Verstoß vorliegen. Beabsichtigt ist durch das Gesetz lediglich eine Vermeidung von Schlechterstellungen behinderter Bewerber gegenüber nichtbehinderten Bewerbern, nicht aber eine generelle Bevorzugung schwerbehinderter Menschen zu Lasten der Nichtbehinderten. Im streitgegenständlichen Stellenbesetzungsverfahren wurden demgegenüber überhaupt keine Vorstellungsgespräche durchgeführt, weil nach der Bewerberauswahl gemäß den Grundsätzen nach Eignung, Leistung und Befähigung eine eindeutige Rangfolge auszumachen war. Damit wäre eine Einladung allein des Klägers zu einem Vorstellungsgespräch eine gesetzlich nicht vorgesehene Bevorzugung des hier einzigen schwerbehinderten Bewerbers.

#### **50**

Aufgrund dessen verfängt auch der Verweis des Klägers auf eine weitere Entscheidung des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofs (U.v. 7.2.2012 – 4 S 82/12 – beck online) nicht, da auch dieser Entscheidung eine andere Konstellation als die streitgegenständliche zu Grunde lag. Im dortigen Fall waren – anders als hier – Vorstellungsgespräche geführt worden, der Kläger aber im Gegensatz zu fünf anderen Bewerbern nicht dazu eingeladen worden.

#### **51**

Nach alledem war die Klage abzuweisen.

III.

#### **52**

Der Kläger hat als unterliegender Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen,

§ 154 Abs. 1 VwGO.

IV.

#### **53**

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11 ZPO. § 711 findet dabei keine entsprechende Anwendung.