

Inklusion als Menschenrecht

Was bedeutete das konkret im wissenschaftlichen und für die wissenschaftliche Karriere?*

Rechtsanwältin Dr. Annette Gaentzsch

Mit dem Zustimmungsgesetz vom 21.12. 2008¹ zu dem von der UNO Generalversammlung 2006 beschlossenen „Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ sowie dem dazugehörigen "Fakultativprogramm" (UN-Menschenrechtskonvention – UN-MRK) hat der Deutsche Bundestag eine grundlegende Reform des Behindertenrechts in Deutschland eingeleitet. Die UN-Behindertenrechtskonvention² hat mit ihrem Leitbild der Inklusion als einer menschenrechtlich begründeten Forderung nach voller und gleichberechtigter Teilhabe behinderter Menschen in allen Lebensbereichen einen Paradigmenwechsel eingeläutet. So heißt es in Artikel 1 des Übereinkommens: *„Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“* Diese Definition bringt zum Ausdruck, dass Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund biologischer oder medizinischer Probleme an der gesellschaftlichen Teilhabe gehindert sind, sondern durch soziale Barrieren. Dem Recht auf Bildung räumt Art. 24 UN-BRK hierbei einen zentralen Stellenwert für eine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ein. Die Vertragsstaaten sind aufgefordert, den Menschen mit Behinderung diskriminierungsfrei und gleichberechtigt Zugang zu allgemeiner Hochschul- und Berufsausbildung sowie lebenslangem Lernen zu gewährleisten. Bei Rechtsverletzungen behinderter Menschen kann der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen angerufen werden. Die Bundesrepublik Deutschland dürfte sich mit dem Zustimmungsgesetz nicht nur gegenüber den Vertragsstaaten zur Anwendung der Konvention verpflichtet, sondern dem einzelnen Bürger das Recht vermittelt haben, sich auch vor deutschen Gerichten unmittelbar auf die UN-Konvention zu berufen, insbesondere auf das dort verankerte Diskriminierungsverbot, wenn deutsches Recht hinter der Konvention zurückbleiben sollte. Darüber hinaus dürfte die UN-Konvention für die Auslegung deutschen Rechts von Bedeutung sein; sollten für die Inklusion behinderter Menschen relevante Vorschriften nach ihrem Wortlaut mehrere Auslegungen zulassen, so dürfte die zu wählen sein, die am ehesten der Konvention entspricht (konventionsfreundliche Auslegung).

I. Teilhabe an Hochschulbildung und hochschulische Weiterbildung

In Umsetzung des Übereinkommens hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) vom 23.12.2016³ die deutsche Eingliederungshilfe im Sozialgesetzbuch (SGB) neu geregelt und mit dem am 1.1.2018 in Kraft getretenen SGB IX ein eigenständiges Recht der Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen geschaffen. Dabei wurde mit § 75 SGB IX ausdrücklich eine eigene, Menschen mit Behinderungen betreffende "Leistungsgruppe" und ein Recht auf Teilhabe an Bildung geschaffen. Die darin vorgesehenen Leistungen umfassen u.a. Hilfen zur Hochschulbildung und zur beruflichen hochschulischen Weiterbildung. Bei diesen Hilfen handelt es sich um unterstützende Leistungen, die erforderlich sind, damit Menschen mit Behinderungen die Bildungsangebote gleichberechtigt

* Eine Kurzfassung dieses Beitrags ist in: Forschung & Lehre, Heft 4|20, S. 314 ff., veröffentlicht. Die Autorin ist Justitiarin des Deutschen Hochschulverbandes.

¹ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. 12 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. 12. 2006 zum Übereinkommen, BGBl. II 2008 S.1419, in Kraft getreten am 01.01.2009.

² abgedr. in Die UN-Behindertenrechtskonvention, Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Herausgeber: Beauftragte der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen Stand Januar 2017.

³ BGBl. I 2016, 3234.

wahrnehmen können. Allerdings wurden mit den Hilfen keine neuen Leistungen geschaffen⁴, und auch die bereits zuvor zuständigen Rehabilitationsträger bleiben zuständig (§ 6 SGB IX). Es gelten im Wesentlichen weiterhin die Voraussetzungen aus den Leistungsgesetzen (§ 7 SGB IX). Es findet somit keine Finanzierung der Bildung statt, sondern lediglich ein Ausgleich des behinderungsbedingten Mehrbedarfs, der behinderten Menschen die Wahrnehmung der Bildungsangebote überhaupt erst ermöglicht. Solche unterstützenden Leistungen sind z.B. auch technische oder kommunikative Hilfsmittel und Leistungen, die zum Aufsuchen des Lernortes erforderlich sind.

Die Leistungen zur Teilhabe an Bildung umfassen nunmehr nicht nur ein Recht auf Hochschulbildung, sondern auch ein Recht auf hochschulische berufliche Weiterbildung. Der Teilhabeanspruch erstreckt sich somit auch auf ein Masterstudium und eine Promotion. Damit wurde die zuvor bestehende strukturelle Benachteiligung behinderter Wissenschaftler beseitigt, die darin bestand, dass der Anspruch auf Eingliederungshilfe nach dem ersten berufsqualifizierenden Studienabschluss, wie z.B. dem Bachelorabschluss, endet. Voraussetzung für eine wissenschaftliche Karriere ist in der Regel die Promotion. Die Auswahlkriterien für die Vergabe von Promotionsstipendien, wie z.B. eine niedrige Altersgrenze, eine geringe Studiendauer und Auslandserfahrungen, können gerade für behinderte Bewerber eine Barriere sein. Dem begegnen das BMBF und die Diversity-Initiative der DFG mit Angeboten eines Nachteilsausgleichs, der sich auf die Auswahlkriterien, die Förderungsdauer und die Finanzierung des behinderungsbedingten Mehrbedarfs bezieht. Auch die Habilitation ist eine berufliche hochschulische Weiterbildung, an deren Teilhabe behinderte Menschen nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden dürfen.

II. Aufgaben der Hochschulen

Das Hochschulrecht definiert den Behindertenbegriff nicht, sodass der Begriff der jeweiligen Landesbehindertengleichstellungsgesetze maßgebend ist. Die Landeshochschulgesetze haben weitgehend die Definition des Art. 1 UN-BRK übernommen und die sich aus § 2 Abs. 4 HRG ergebende Aufgabe der Hochschulen, an der sozialen Förderung behinderter Studenten mitzuwirken, als entsprechende Zielbestimmung aufgenommen. So haben die Hochschulen z.B. dafür Sorge zu tragen, dass Studierende mit Behinderungen in ihrem Studium nicht benachteiligt werden und die Angebote der Hochschule möglichst ohne fremde Hilfe in Anspruch nehmen können (vgl. z.B. § 5 Abs.2 SächsHSFG). Ein unmittelbarer Anspruch auf eine bestimmte unterstützende Maßnahme kann hieraus – außer aus dem Berliner Hochschulgesetz, § 9 Abs. 2 – allerdings nicht abgeleitet werden.

1. Barrierefreie Infrastruktur

Aufgabe der Hochschulen ist es insbesondere, den barrierefreien Zugang zu allen Räumen der Hochschule zu gewährleisten. Für die Hochschulen der Länder ergibt sich dies – jedenfalls für den Neu- oder Umbau von Hochschulgebäuden – aus den jeweiligen Landesbehindertengleichstellungsgesetzen⁵ i.V.m. den jeweiligen Landesbauordnungen und für die Hochschulen des Bundes aus dem Behindertengleichstellungsgesetz⁶ i.V.m. der jeweiligen Landesbauordnung, für private Hochschulen ebenfalls aus der jeweiligen Landesbauordnung. Die Verpflichtung zur Herstellung von Barrierefreiheit erstreckt sich überdies auf den barrierefreien Zugang zur Informationstechnik, wie zu elektronisch vermittelten Internetauftritte und zu elektronisch unterstützten Verwaltungsabläufen, Studienmaterialien und Lehrveranstaltungen. Für die Hochschulen des Bundes ergibt sich dies aus dem Behindertengleichstellungsgesetz i.V.m. der Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung (BITV

⁴ BT-Drs. 18/9522, 258 (keine Leistungsausweitung).

⁵ Vgl. z.B. BayBGG vom 9. 7. 2003 (BayRS 805-9-A), L-BGG BW vom 17.12.2014 (GBl. 2014, 819, Gliederungs-Nr: 8111), LBGG Berlin vom 28. 9. 2006 (GVBl. S. 957, BRV 840-2), BGG NRW vom 16. 12. 2003 (SGV NRW 201), Sächs. Inklusionsgesetz vom 2. 7. 2019 (SächsGVBl. S. 542).

⁶ Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) vom 27. 4. 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468) für Hochschulen des Bundes.

2.0)⁷, für die Hochschulen der Landes aus den jeweiligen Landesbehindertengleichstellungsgesetzen i.V.m. danach erlassenen Verordnungen.

2. Prüfungsrecht

Zur Förderung der sozialen Belange der Studierenden haben die Hochschulen in ihren Studien- und Prüfungsordnungen Nachteilsausgleiche vorgesehen, um die Chancengleichheit mit Studierenden ohne Behinderung sicherzustellen. Chancengleichheit und Benachteiligungsverbot bedeuten, dass die äußeren Prüfungsbedingungen im Rahmen des zur Kompensation der Behinderung Erforderlichen zu modifizieren sind. Eine Kompensation auch bei der Prüfungsbewertung würde gegen den Grundsatz der Chancengleichheit verstoßen. Soweit die einschlägigen Prüfungsordnungen keine bestimmten Kompensationsmaßnahmen vorsehen, hat das zuständige Prüfungsgremium die erforderlichen und geeigneten Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen. Im Rahmen des Auswahlermessens ist der technische Fortschritt bei den in Betracht kommenden Hilfsmitteln zu berücksichtigen. Behinderungsbedingte Nachteile können nur auf Antrag ausgeglichen werden, der vor der Prüfung unter Angabe von Art und Umfang der Behinderung und des begehrten Nachteilsausgleichs gestellt werden muss. Der Antrag bedarf keiner bestimmten Form, es sei denn die jeweilige Prüfungsordnung ordnet dies an. Dem Antrag ist regelmäßig ein fachärztliches Attest über das Vorliegen der Behinderung beizufügen. Bei rechtswidriger Verweigerung des rechtzeitig beantragten Nachteilsausgleichs kann der behinderte Studierende Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten begehren und noch vor der Prüfung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (§ 123 Abs.1 S. 2 VwGO) die Einräumung eines Nachteilsausgleichs erwirken.

3. Studiengebühren

Die Erhebung allgemeiner Studiengebühren ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich mit dem Teilhaberecht auf Zulassung zum Hochschulstudium gemäß Art.12 Abs.1 GG i.V.m. Art.3 Abs.1 GG und dem Sozialstaatsprinzip vereinbar, solange diese sozialverträglich ausgestaltet ist⁸. Allgemeine Gebühren für das Studium an staatlichen Hochschulen werden zwar – außer im Saarland – von keinem Bundesland mehr erhoben. Allerdings erheben einige Länder Langzeitstudiengebühren⁹. Da eine Behinderung zumeist eine Verlängerung der Studienzeit nach sich zieht, sind behinderte Studierende strukturell von diesen Gebührenregelungen betroffen, weshalb die Gebührenregelungen Härtefallregelungen vorsehen, die zu einem vollständigen oder teilweisen Erlass der Langzeitstudiengebühren wegen der studienzeitverlängernden Folgen einer Behinderung führen können.

III. Bewerbung auf eine Professur

Im Bewerbungsverfahren ist – neben den sich für staatliche Hochschulen aus Art. 33 Abs.2 GG ergebenden Vorgaben¹⁰ – das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)¹¹ zu beachten. Es gilt gleichermaßen für staatliche und private Hochschulen als Arbeitgeber. Sein Ziel ist es, Benachteiligungen u.a. aus Gründen einer Behinderung zu beseitigen (§ 1 AGG), und zwar unabhängig vom Grad der Behinderung. Teil 3 des SGB IX trifft darüber hinaus besondere Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen und statuiert in seinem Kapitel 3 (§§ 163 bis 176) "sonstige" Pflichten der Arbeitgeber

⁷ vom 12. 9. 2011 (BGBl. I S. 1843).

⁸ BVerfG, Beschluss vom 8.5.2013 - 1 BvL 1/08 -, NJW 2013, 2498.

⁹ Vgl. z.B. Bremen, § 5 Bremisches Studienkostengesetz; Niedersachsen, § 13 NHG; Saarland, § 10a Saarländisches Hochschulgebührengesetz; Sachsen, § 12 SächsHSFG; Sachsen-Anhalt, § 112 HSG SA; Thüringen, § 4 ThürHGEG.

¹⁰ Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.

¹¹ vom 14. 12. 2006 (BGBl. I S. 1897).

und Rechte der schwerbehinderten Menschen¹². Danach sind Arbeitgeber, also auch staatliche und private Hochschulen, verpflichtet, in frühzeitiger Verbindungsaufnahme mit der Agentur für Arbeit zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können (§ 164 Abs.1 SGB IX). Staatliche Hochschulen sind als öffentlichen Arbeitgeber darüber hinaus verpflichtet, zu besetzende Stellen der Bundesagentur für Arbeit zu melden (§ 165 S.1 SGB IX).

1. Berufungsverfahren

Bereits die Ausschreibung von Professorenstellen darf nicht gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen (§ 11 AGG). Die Beschreibung insbesondere des Anforderungsprofils kann Indiz dafür sein, dass ein Bewerber wegen seiner Behinderung übergangen worden ist. Dies kann im Einzelfall eine widerlegbare Vermutung für eine rechtswidrige Benachteiligung begründen (§ 22 AGG). Das gilt allerdings nicht, wenn eine unterschiedliche Behandlung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 Abs.1 AGG). Im gerichtlichen Verfahren obliegt dem Bewerber lediglich der Vortrag von Indizien, die eine Benachteiligung vermuten lassen, sodass der Hochschule die Beweislast obliegt, dass der übergangene Bewerber nicht benachteiligt worden ist oder dass eine "unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt war. Dies wird ihr bei Vorliegen einer diskriminierenden Stellenausschreibung regelmäßig nicht gelingen

Behinderte Bewerber sind nicht verpflichtet, von sich aus eine Behinderung in ihrer Bewerbung wie auch im Vorstellungsgespräch zu offenbaren. Ein Fragerecht der Hochschule bezüglich einer – nicht offenbarten – Behinderung besteht grundsätzlich nicht. Wird dennoch gefragt, muss die Frage nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden („Recht zur Lüge“); eine Anfechtung seitens der Hochschule ist ausgeschlossen. Etwas anders gilt, wenn der Behinderte erkennen muss, dass er aufgrund seiner Behinderung die von ihm geforderte Arbeit nicht erbringen kann oder dass die Behinderung eine Einschränkung seiner Leistungsfähigkeit mit sich bringt, die für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Mit Eingang der Bewerbung eines Schwerbehinderten oder eines ihm Gleichgestellten (vgl. § 2 Abs.2 und 3 SGB IX) hat die Hochschule unverzüglich neben der betrieblichen Interessenvertretung die Schwerbehindertenvertretung zu informieren und sie in das Bewerbungsverfahren einzubeziehen, ihr insbesondere Einsichtnahme in die entscheidungserheblichen Teile der Bewerbungsunterlagen zu gewähren und deren Teilnahme am Vorstellungsgespräch zu ermöglichen. Unterlässt die Hochschule dies, wird eine rechtswidrige Benachteiligung mit der Folge einer Beweislastumkehr vermutet (§ 22 AGG). Der Arbeitgeber begeht überdies eine Ordnungswidrigkeit, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die Schwerbehindertenvertretung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet oder nicht rechtzeitig anhört.

Im Bericht der Berufungskommission zum Berufungsvorschlag sind im Falle der Nichtberücksichtigung eines schwerbehinderten Bewerbers neben der Auseinandersetzung der Kommission mit den Gutachten, die Stellungnahmen der Schwerbehindertenvertretung und des Personalrates beizufügen. Das Fehlen der Stellungnahmen stellt einen Verfahrensfehler dar, der zu einer unvollständigen Beurteilungsgrundlage für den Beschluss des Rektorats mit der Folge führt, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein anderer Beschluss gefasst worden wäre.

Staatliche Hochschulen trifft grundsätzlich die besondere Pflicht, schwerbehinderte und diesen gleichgestellte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, es sei denn, dem Bewerber fehlt

¹² § 164 Abs. 2 SGB IX verweist hinsichtlich des Benachteiligungsverbots schwerbehinderter Menschen zwar "im Einzelnen" auf die "Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes". Das bedeutet jedoch nicht, dass die Sonderregelungen des SGB IX Teil 3 für schwerbehinderte Menschen entgegen deren Wortlaut erweiternd ausgelegt werden könnten.

offensichtlich die fachliche Eignung für die Stelle (§ 165 S.2 und 3 SGB IX). Ob die fachliche Eignung offensichtlich fehlt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts an dem vom öffentlichen Arbeitgeber mit der Stellenausschreibung bekannt gemachten Anforderungsprofil zu messen. Für den Nachweis, dass für die Nichteinladung einer Bewerberin oder eines Bewerbers zum Vorstellungsgespräch ausschließlich andere Gründe als die Behinderung erheblich waren, kann ein öffentlicher Arbeitgeber nur solche Gründe heranziehen, die nicht die fachliche Eignung betreffen.¹³ Allein die Überlegung des Arbeitgebers im ersten Sichtungsprozess eines Bewerbungsverfahrens, eine Bewerbung sei nicht aussagekräftig genug oder erfülle nicht sämtliche Stellenanforderungen, reicht für eine Absage an den schwerbehinderten Stellenbewerber regelmäßig nicht aus. Dem Bewerber muss Gelegenheit gegeben werden, den Arbeitgeber in einem persönlichen Vorstellungsgespräch von seiner Eignung zu überzeugen¹⁴.

Anders als für staatliche Hochschulen besteht für private Hochschulen zwar ausdrücklich keine – mit § 165 SGB IX oder Artikel 33 GG vergleichbare – gesetzliche Pflicht, schwerbehinderte oder diesen gleichgestellte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Gleichwohl kann das Unterlassen der Benachrichtigung der Schwerbehindertenvertretung sowie der Personalvertretung bei Eingang der Bewerbung eines Schwerbehinderten ein Indiz für eine Diskriminierung des Bewerbers darstellen. Für das Unterlassen einer Einladung zum Vorstellungsgespräch hat das Bundesarbeitsgericht dies entschieden.¹⁵

Allgemein können – über die bereits genannten Beispiele hinaus – Verstöße gegen die rechtlichen Anforderungen an das Bewerbungsverfahren, soweit eine unterschiedliche Behandlung nicht ausnahmsweise nicht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung gerechtfertigt ist, eine widerlegbare Vermutung für eine rechtswidrige Benachteiligung begründen (§ 22 AGG). Im gerichtlichen Verfahren muss der Bewerber lediglich Indizien für eine Benachteiligung aus Gründen der Behinderung beweisen. Die Hochschule hat die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

2. Ablehnung eines Bewerbers

Im Falle der Ablehnung des schwerbehinderten Bewerbers muss die Hochschule den betroffenen Bewerber, die Schwerbehindertenvertretung und die betriebliche Interessenvertretung über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich unterrichten (§ 164 Abs. 1 Abs.8 SGB IX). Für staatliche Hochschulen ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, dass die der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen sind; die erstmalige Darlegung der Auswählerwägungen im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren reicht nicht aus¹⁶. Damit soll der abgelehnte Bewerber in die Lage versetzt werden, durch Akteneinsicht seine Erfolgsaussichten in einem gerichtlichen Verfahren beurteilen zu können. Überdies ist die Hochschule verpflichtet, dem abgelehnten Bewerber die Auswahlentscheidung nebst Begründung und ihre Ernennungsabsicht vor der Ernennung des ausgewählten Bewerbers mitzuteilen.¹⁷

3. Rechtsschutz

In einem Berufungsverfahren unterlegene Bewerber können die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung der Hochschule in einem sog. Konkurrentenstreitverfahren gerichtlich überprüfen lassen. Bei erfolgloser Bewerbung an einer privaten Hochschule ist der Rechtsweg vor den Arbeitsgerichten

¹³ BVerwG, Urteil vom 03. 03. 2011 – 5 C 16.10 – .

¹⁴ BAG, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 375/15 – .

¹⁵ Siehe vorstehende Fußnote.

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – .

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 9.7.2007 – 2 BvR 206/7 – ; BVerwG, Beschluss vom 16.12.2008 – 1 WB 19.08 – .

gegeben, ebenso bei erfolgloser Bewerbung einer im Angestelltenverhältnis an einer staatlichen Hochschule ausgeschriebenen Professorenstelle. Bei einer im Beamtenverhältnis ausgeschriebenen Professorenstelle ist für den abgelehnten Bewerber der Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten gegeben. Dieser in der Praxis häufigste Fall steht im Vordergrund der nachfolgenden Betrachtung.

3.1 Verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch

Bei der Berufung in ein öffentliches Amt steht dem Dienstherrn ein Beurteilungsspielraum zu. Der Bewerber hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Einstellung, sondern nur ein Recht auf Einbeziehung in die Auswahlentscheidung (Bewerbungsverfahrensanspruch), nämlich darauf, dass nicht gegen die dem Schutz vor Diskriminierung dienenden Verfahrensvorschriften verstoßen und dass die Bewerbung nicht aus Gründen abgelehnt wird, die durch den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG nicht gedeckt sind.¹⁸ Die gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung beschränkt sich darauf. Ein Erfolg der Bewerbung muss bei leistungsgerechter Bewertung als möglich erscheinen. Ein abgelehnter Bewerber kann daher in der Regel nur verlangen, dass über seine Bewerbung rechtsfehlerfrei erneut entschieden wird. In dem seltenen Fall, dass der Beurteilungsspielraum auf Null reduziert ist, weil der abgelehnte Bewerber eindeutig am besten geeignet ist, erstarkt der Bewerbungsverfahrensanspruch ausnahmsweise zu einem Anspruch auf Vergabe des Amtes.¹⁹

3.2 Einstweiliger Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten

Die gerichtliche Überprüfung muss, um die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern, vor der Ernennung des ausgewählten Bewerbers im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, d.h. durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 VwGO) erfolgen. Der Antrag ist darauf zu richten, der Hochschule die Ernennung des ausgewählten Bewerbers zu untersagen; denn nach dem Grundsatz der Ämterstabilität kann eine einmal vorgenommene Ernennung grundsätzlich nicht mehr durch Rechtsbehelfe abgelehnter Bewerber rückgängig gemacht werden. Wird eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs festgestellt und erscheint die Auswahl des abgelehnten Bewerbers bei rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich, muss das Gericht durch eine einstweilige Anordnung der Hochschule die Ernennung untersagen²⁰. In gestreckten Auswahlverfahren, wie in Verfahren zur Vergabe einer Professur, muss nach jüngerer Rechtsprechung²¹ bereits die Konkurrentenmitteilung mit einem Antrag auf Eilrechtsschutz bekämpft werden. Es genügt nicht, den Ausgang der Berufungsverhandlungen abzuwarten und erst dann den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu beantragen²². Wartet der erfolglose Bewerber nach Eingang der Auswahlentscheidung mit dem Antrag auf Eilrechtsschutz über einen längeren Zeitraum ab, kann sein Bewerbungsverfahrensanspruch verwirkt sein²³.

Aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ergeben sich u.a. auch Wartepflichten des Dienstherrn, auf deren Einhaltung der abgelehnte Bewerber einen Anspruch hat²⁴. Die Hochschule ist danach verpflichtet, ab Zugang der Ablehnungsmitteilung zwei Wochen abzuwarten, um abgelehnten Bewerbern die notwendige Zeit zur Einlegung von Rechtsmitteln zu geben, z.B. auch um vorher Akteneinsicht in die dokumentierten Auswahlerwägungen zu nehmen, worauf sie einen verfassungsrechtlich garantierten Anspruch haben.²⁵ Verweigert die Hochschule die Akteneinsicht, kann der An-

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 17.8.2005 – 2 C 37.04 – .

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 –

²⁰ BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 –

²¹ BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 – .

²² BVerwG, Urteil vom 20.10.2016 – 2 C 30.15 – .

²³ VG Dresden, Beschluss vom 12.6.2018 – 5 L 693/17 – .

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 9.7.2007 – 2 BvR 206/7 – ; BVerwG, Beschluss vom 16.12.2008 – 1 WB 19.08 – .

²⁵ BVerwG, Beschluss vom 20.11.2012 – 1 WB 4.12 – .

spruch auf Akteneinsicht grundsätzlich nicht isoliert, sondern nur im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zur Überprüfung der Auswahlentscheidung geltend gemacht werden²⁶. Bei Anrufung des Verwaltungsgerichts hat die Hochschule mit der Ernennung bis zum endgültigen Abschluss des einstweiligen Anordnungsverfahrens – ggf. erst in zweiter Instanz vor dem Oberverwaltungsgericht und ggf. auch danach noch zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde – abzuwarten. Die Hochschule darf eine Ernennung erst vornehmen, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abschließend abgelehnt worden ist.

Wird der Hochschule die Ernennung des ausgewählten Bewerbers durch einstweilige Anordnung des Gerichts abschließend untersagt, muss sie das Auswahlverfahren, wenn sie es nicht zulässigerweise abbricht, je nach Reichweite des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot, vollständig oder teilweise wiederholen. Auf der Grundlage des wiederholten Verfahrens muss die Hochschule dann eine neue – rechtmäßige – Auswahlentscheidung treffen, die zugunsten des zuvor erfolglosen Bewerbers ausfallen kann, aber keineswegs muss.

4. Entschädigung und Schadenersatzanspruch des erfolglosen Bewerbers

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot haben erfolglose Bewerber gemäß § 15 Abs. 1 AGG einen Anspruch auf Ersatz des hierdurch entstandenen (materiellen) Schadens und gemäß § 15 Abs. 2 AGG auf Entschädigung des immateriellen Schadens (bis zu drei Monatsgehältern). Dieser Anspruch ist nicht ausgeschlossen, wenn der Antrag des erfolglosen Bewerbers im einstweiligen Rechtsschutz abgewiesen worden ist; denn damit ist nicht rechtskräftig, sondern eben nur "vorläufig" bzw. "einstweilig" entschieden, dass die Auswahlentscheidung rechtmäßig war. Der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes unterlegene Antragsteller hat die Möglichkeit, seinen Anspruch im sog. Hauptsacheverfahren, d.h. im Klageverfahren, weiter zu verfolgen, in dem er beantragt, die Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung festzustellen. Hat er damit Erfolg, ist damit die Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung rechtskräftig festgestellt. Das für den Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruch zuständige Gericht ist daran gebunden und hat nur noch über die Höhe des zu ersetzenden Schadens oder der Entschädigung zu entscheiden.

Der im Auswahlverfahren erfolglose Bewerber muss allerdings keinen vorläufigen Rechtsschutz gegen die Ernennung eines anderen Bewerbers in Anspruch nehmen und wird es vielleicht nicht tun, wenn er z.B. noch aussichtsreicher Kandidat in anderen Bewerbungsverfahren ist oder inzwischen eine andere Stelle angenommen hat. Gleichwohl kann ihm ein materieller oder immaterieller Schaden durch die Nichtaufnahme in den Berufungsvorschlag entstanden sein. Er muss nur Indizien dafür vortragen, dass die Hochschule im Berufungsverfahren die im SGB IX und dem AGG zu Gunsten schwerbehinderter Bewerber getroffenen Förder- oder Verfahrenspflichten missachtet hat (§ 22 AGG). Wenn die Hochschule nicht den Gegenbeweis erbringt, steht für das Gericht die Benachteiligung als Voraussetzung eines Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruch fest. Der Anspruch muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten ab Zugang der Ablehnung schriftlich geltend gemacht werden.

²⁶ BVerwG, Beschluss vom 20.11.2012 – 1 WB 4.12 – . Nach gegenteiliger Auffassung des VG Berlin, Beschluss vom 19.8.1914 – 28 L 124.14 – kann der Anspruch auf Akteneinsicht in einem eigenständigen Rechtsschutzverfahren eingefordert werden, d.h. es kann beantragt werden, dass der ausgewählte Mitbewerber nicht ernannt wird, bevor Akteneinsicht gewährt wurde.