


Gericht: LArbG Berlin-Brandenburg 21. Kammer
Entscheidungsdatum: 01.11.2018
Aktenzeichen: 21 Sa 1643/17
ECLI: ECLI:DE:LAGBEBB:2018:1101.21SA1643.17.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 

Normen: § 15 Abs 2 AGG, § 81 Abs 1 S 1 aF SGB, § 82 S 2 SGB 9
Zitiervorschlag: LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01. November 2018 - 21 Sa 1643/17 -, juris

**Benachteiligung beim beruflichen Aufstieg im öffentlichen Dienst
wegen einer Schwerbehinderung - Pflicht zur Einladung zum Aus-
wahlgespräch - interne Stellenausschreibung - Mehrfachbewerbung**

Leitsatz

1. Nach § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) sind schwerbehinderte Beschäftigte, die sich intern auf eine ausgeschriebene Stelle beworben haben, auch dann zu einem Auswahlgespräch einzuladen, wenn die Stelle berechtigter Weise nur intern ausgeschrieben worden ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Auswahlgespräche stattfinden.
2. Haben sich schwerbehinderte Beschäftigte auf mehrere Stellen mit identischem Anforderungsprofil beworben, ist eine Einladung zu einem Auswahlgespräch für jede der Stellen nur entbehrlich, wenn die Auswahl aufgrund eines identischen Auswahlverfahrens erfolgt, die Auswahlkommissionen personenidentisch sind und zwischen den Auswahlentscheidungen nur wenige Wochen liegen (im Anschluss an ArbG Karlsruhe vom 26.01.2016 - 2 Ca 425/15 -)
3. Im Übrigen kann eine ungerechtfertigte Bevorzugung schwerbehinderter Mehrfachbewerberinnen und -bewerber durch eine Zusammenlegung der Auswahlgespräche in Anwesenheit aller Auswahlkommissionen oder durch unterschiedliche Fragen und Aufgabenstellungen in den jeweiligen Auswahlverfahren vermieden werden.

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Berlin, 3. November 2017, 16 Ca 10367/16, Urteil
anhängig BAG, 8 AZR 75/19

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 3. November 2017 - 16 Ca 10367/16 - teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Entschädigung in Höhe von 5.200,00 Euro zu zahlen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 80,33 % und die Beklagte zu 19,67 % zu tragen.

III. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über Ansprüche des Klägers auf Beförderung wegen Benachteiligung bei der Stellenbesetzung, hilfsweise auf Nachzeichnung der üblichen beruflichen Entwicklung als freigestellter Gremienvertreter sowie auf Schadensersatz und Entschädigung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.
- 2 Der am1958 geborene und seit dem 21. Juni 2013 als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger absolvierte von 1980 bis 1984 ein Studium der Fachrichtung Arbeitsökonomie mit dem Abschluss Diplom-Ökonom in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik. Von 1984 bis 1987 war er beim Rat des Stadtbezirkes Berlin-P. und anschließend beim Reisebüro J. T. tätig. Seit dem 14. Mai 1991 ist der Kläger bei der Beklagten beschäftigt und wird aktuell nach der Tätigkeitsebene (TE) III, Entwicklungsstufe (ES) 6 des Tarifvertrages für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) vergütet.
- 3 Der Kläger war bzw. ist Mitglied des Personalrats der Agentur für A. Berlin N. und seit dem 25. November 2008 außerdem Vertrauensperson der schwerbehinderten Beschäftigten der Agentur für A. Berlin N.. Ferner war er zeitweilig Mitglied des Bezirkspersonalrats und Vertreter der Bezirksschwerbehindertenvertretung auf der Ebene der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg. Vom 1. September 1992 bis zum 30. September 1993 war er vollständig, vom 29. Dezember 1998 bis zum 15. August 1999 zu fünfzig Prozent und ab dem 16. August 1999 erneut vollständig, zunächst wegen seiner Personalratstätigkeit und ab dem 1. Mai 2013 wegen seiner Tätigkeit Schwerbehindertenvertreter, von seiner dienstlichen Tätigkeit freigestellt. Nachdem der Kläger zuletzt am 19. November 2014 zur Vertrauensperson der schwerbehinderten Beschäftigten der Agentur für A. Berlin N. gewählt worden war, wurde er erneut zunächst befristet bis zum 31. März 2016 und in der Folge bis zum Ende der Amtszeit als Schwerbehindertenvertretung vollständig von seiner dienstlichen Tätigkeit freigestellt. Mit Schreiben vom 17. August 2016 hob die Beklagte die Freistellung des Klägers rückwirkend zum 5. Juni 2016 auf. Ein daraufhin vor dem Arbeitsgericht Berlin anhängig gemachter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hatte keinen Erfolg. Im Hauptverfahren verständigten sich die Parteien im Beschwerdeverfahren vor dem Landesarbeitsgericht auf die Fortsetzung der vollständigen Freistellung bis zum Ablauf der aktuellen Amtszeit.
- 4 Bis zu seiner erneuten vollumfänglichen Freistellung ab dem 16. August 1999 war der Kläger als Arbeitsvermittler tätig und als solcher zunächst in der Vergütungsgruppe Vb und zuletzt in der Vergütungsgruppe IVb des damals für die Beklagte geltenden Tarifvertrags zur Anpassung des Tarifrechts - Manteltarifliche Vorschriften - (MTA-O) eingruppiert. Die Eingruppierung entspricht der Tätigkeitsebene IV des für die Beklagte seit dem 1. Januar 2006 geltenden TV-BA.
- 5 Zum 1. Februar 2004 erhielt der Kläger, nachdem er an einer Qualifizierung zum Arbeitsberater teilgenommen und eine (fiktive) Erprobungszeit als Arbeitsvermittler und zu-

gleich Arbeitsberater durchlaufen hatte, (fiktiv) die Aufgaben eines Beraters für Rehabilitanden und Schwerbehinderte übertragen und wurde in die Vergütungsgruppe IVa MTA-O höhergruppiert. Zum 1. Januar 2005 wurde er (fiktiv) zum Teamleiter im Bereich SGB II befördert, im Hinblick auf die laufenden Tarifverhandlungen schon mal vorab in das neue Tarifsysteem überführt und der Tätigkeitsebene III des TV-BA zugeordnet. Zum 1. Januar 2008 bzw. 1. Januar 2010 wurden ihm (fiktiv) die Aufgaben eines Teamleiters Arbeitgeberservice (SGB III) übertragen.

- 6 Der Kläger wurde letztmalig am 26. Juli 2001 als Arbeitsvermittler beurteilt. Das Gesamtergebnis der Beurteilung lautete „entspricht den Anforderungen in jeder Hinsicht“ und entsprach der Note „C“. Am 8. August 2007 erstellte die Beklagte für den Kläger anhand derjenigen Beschäftigten, die am 16. August 1999 wie der Kläger in der Agentur für A. Berlin N. als Arbeitsvermittler eingesetzt waren und immer noch bei der Beklagten tätig sind, eine „fiktive Laufbahnnachzeichnung“. Sie stellte fest, dass von 78 Vergleichspersonen zwischenzeitlich acht wie der Kläger die Tätigkeitsebene III TV-BA erreicht hatten und bei den Stichtagsbeurteilungen 2006 mit der Gesamtnote „C“ beurteilt worden waren. Daraus schloss die Beklagte, dass der Kläger aller Wahrscheinlichkeit nach ebenfalls mit der Gesamtnote „C“ beurteilt worden wäre. Am 4. Januar 2010 schrieb die Beklagte die „fiktive Laufbahnnachzeichnung“ fort und korrigierte diese in der Folgezeit auf Intervention des Klägers. Sie stellte fest, dass von den Vergleichspersonen niemand die Tätigkeitsebene II TV-BA erreicht hatte und 2009 66,67 % mit der Gesamtnote „C“ beurteilt worden waren. Daraus schloss die Beklagte, dass der Kläger mit hoher Wahrscheinlichkeit ebenfalls mit der Gesamtnote „C“ beurteilt worden wäre. Wegen der Einzelheiten der „fiktiven Laufbahnnachzeichnung“ und deren Fortschreibung wird auf die Vermerke vom 8. August 2007 (Bl. 83 ff. d.A.), 4. Januar 2010 (Bl. 88 d.A.) und 19. Oktober 2011 (Bl. 90 d.A.) verwiesen. Eine weitere Fortschreibung erfolgte nicht.
- 7 Am 14. bzw. 28. März 2016 schrieb die Beklagte in ihrem internen Stellenanzeiger unter den Kennziffern SteA BB-317/2016 und SteA BB-385/2016 zwei Stellen als Personalberaterin/Personalberater im „Internen Service“ zum einen in der Agentur für Arbeit Cottbus und zum anderen in der Agentur für Arbeit Berlin Mitte aus. Die Tätigkeit einer Personalberaterin oder eines Personalberaters im „Internen Service“ besteht im Wesentlichen in der Beratung der Führungskräfte der Beklagten in Grundsatzfragen und Handlungsfeldern der Personalpolitik sowie in Fragen der Personalführung, Personalentwicklung und Personalrekrutierung. Vergütet wird die Tätigkeit nach der Tätigkeitsebene II TV-BA bzw. der Besoldungsgruppe A13 BBesO. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ablichtungen der Stellenausschreibungen (Bl. 98 f. u. 144 f. d. A.) sowie auf die Ablichtung des Tätigkeits- und Kompetenzprofils (TuK) „Personalberater/in“ (Bl. 104 d.A.) verwiesen. Der Kläger bewarb sich auf beide Stellen. Auf die Stelle in der Agentur für Arbeit Cottbus bewarb sich auch die später ausgewählte Frau B. und auf die Stelle in der Agentur für A. Berlin M. die später ausgewählte Frau W.. Frau B. war zuvor als Teamleiterin Personalservice auf der Tätigkeitsebene III TV-BA tätig und zuletzt im Juni 2015 mit der Gesamtnote „B“ beurteilt worden. Frau W. war zuvor ebenfalls als Teamleiterin Personalservice tätig. Zuletzt war sie im Rahmen der bei der Beklagten praktizierten Personalentwicklung vorübergehend als Personalberaterin auf der Tätigkeitsebene II TV-BA eingesetzt und als solche mit der Gesamtnote „C“ beurteilt worden.
- 8 Am 13. Mai 2016 fand mit dem Kläger und Frau W. für die Stelle in Berlin ein Auswahlgespräch in Form eines strukturierten Interviews statt. Die Auswahlkommission setzte sich aus dem Geschäftsführer Interner Service Berlin Herrn L., dem Bereichsleiter Inter-

ner Service Berlin Herrn S. und der Expertin der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg Frau V. zusammen. Außerdem nahmen die Bezirksgleichstellungsbeauftragte Frau Z. und die Vertreterin der Bezirksschwerbehindertenvertretung Frau Sch. teil. Geprüft wurden die Motivation und die Fachkenntnisse, die Fach- und Methodenkompetenz, die sozial-kommunikative Kompetenz, die Aktivitäts- und Umsetzungskompetenz sowie die personalen Kompetenzen. Wegen der den einzelnen Kompetenzen zugeordneten Fragen und Aufgabenstellungen des Interviews wird auf die Übersicht auf Seite 13 des Schriftsatzes der Beklagten vom 26. Januar 2013 (Bl. 123 d.A.) verwiesen. Die Antworten des Klägers wurden im Gesamtergebnis mit „B“ (bedingt geeignet) und in den Einzelergebnissen teilweise mit „B“ und teilweise mit „C“ bewertet. Die Antworten von Frau W. wurden im Gesamtergebnis und in den Einzelergebnissen jeweils mit „A“ (geeignet) bewertet. Wegen der Einzelheiten wird auf die Protokolle der Auswahlkommission vom 13. Mai 2016 (Bl.152 ff. u. 148 ff. d.A.) verwiesen.

- 9 Am 20. Juni 2016 fand mit Frau B. für die Stelle in Cottbus ein Auswahlgespräch in Form eines strukturierten Interviews statt. Die Auswahlkommission setzte sich aus dem Geschäftsführer Interner Service Cottbus Herrn D. und der Expertin der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg Frau V. zusammen. Außerdem nahmen die Bezirksgleichstellungsbeauftragte Frau Z. und die Vertreterin der Bezirksschwerbehindertenvertretung Frau Sch. teil. Die Antworten von Frau B. wurden im Gesamtergebnis sowie in den Einzelergebnissen jeweils mit „A“ (geeignet) bewertet. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Auswahlkommission vom 20. Juni 2016 (Bl. 149 ff. d.A.) verwiesen. Mit dem Kläger wurde in Abstimmung mit der Bezirksschwerbehindertenvertretung Frau M. kein erneutes Auswahlgespräch geführt, sondern das Ergebnis des mit ihm für die Stelle in Berlin geführten Auswahlgesprächs herangezogen.
- 10 Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 erteilte die Beklagte dem Kläger für die Stelle in Berlin und mit Schreiben vom 15. Juli 2016 für die Stelle in Cottbus Absagen. Die Stelle in Berlin wurde ab dem 1. August 2016 mit Frau W. besetzt und die Stelle in Cottbus ab dem 22. August 2016 mit Frau B.. Zuvor hatte die Bezirksschwerbehindertenvertreterin Frau M. gegen die Besetzung der Stelle in Cottbus mit Frau B. keine Einwände erhoben. Der Bezirkspersonalrat hatte der Besetzung zugestimmt.
- 11 Mit Schreiben vom 16. September 2016, welches bei der Beklagten laut Eingangsstempel am 19. September 2016 (Bl. 163 d.A.) einging, machte der Kläger gegenüber der Beklagten wegen der Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch für die Stelle in Cottbus einen Anspruch auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend. Mit Schreiben vom 28. September 2016 lehnte die Beklagte die Forderung ab.
- 12 Mit der am 5. August 2016 beim Arbeitsgericht Berlin eingegangenen, der Beklagten am 12. August 2016 zugestellten Klage hat sich der Kläger gegen seine fehlende bzw. fehlerhafte Einbeziehung als schwerbehinderter Mensch und als Vertrauensperson der Schwerbehinderten in das Bewerbungsverfahren um die Stelle in Cottbus gewandt. Mit am 25. November 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen, der Beklagten am 2. Dezember 2016 zugestelltem Schriftsatz von 25. November 2016 hat der Kläger die Anträge zum einen geändert und zum anderen erweitert und die Beklagte auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA seit dem 22. August 2016, hilfsweise im Wege einer Stufenklage auf Vergütung entsprechend der Vergütung der Mehrzahl der Beschäftigten, die bei der Agentur für A. Berlin N. am 16. August 1999 wie er als Arbeitsvermittler in der Vergütungsgruppe IVb MTA-O bzw. der entsprechenden Besoldungsgruppe tä-

tig waren, sowie auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von drei Bruttomonatsentgelten á 5.211,17 Euro in Anspruch genommen.

- 13 Mit Schreiben vom 27. Dezember 2017 teilte die Beklagte dem Kläger mit, von den ursprünglich 78 Beschäftigten der am 8. August 2007 gebildeten Vergleichsgruppe seien 53 über die Tätigkeitsebene IV TV-BA bzw. die Besoldungsgruppe A10 BBesO nicht hinausgekommen und 16 mittlerweile ausgeschieden. 15 hätten die Tätigkeitsebene III TV-BA bzw. die Besoldungsgruppe A11 BBesO erreicht. Davon sei einer seit dem 1. Juni 2017 vorübergehend auf einem Dienstposten der Tätigkeitsebene II TV-BA bzw. Besoldungsgruppe A13 BBesO eingesetzt. Zehn könnten nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie nicht mehr in einer Berliner Dienststelle beschäftigt seien.
- 14 Der Kläger hat vorgetragen, er habe den Eindruck, die Beklagte habe seine Bewerbungen auf die beiden Stellen wegen des Festhaltens an seiner Freistellung nicht ernst genommen. Am 21. April 2016 habe ihm der Leiter des Personalbereichs 320 der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg in einem Gespräch mitgeteilt, dass das Stellenbesetzungsverfahren für die Stelle in Berlin zuerst durchgeführt werde und die Ergebnisse des Auswahlgesprächs für die Stelle in Berlin in das Stellenbesetzungsverfahren in Cottbus einfließen würden, was unstrittig ist. Seine Bewerbungen würden von vornherein als fiktive Bewerbungen berücksichtigt. Allerdings seien seine Kompetenzen nach dem gleichen Muster wie bei allen Beschäftigten zu prüfen. Damit, dass er, der Kläger, im siebzehnten Jahr seiner Freistellung vor allem über theoretische Kenntnisse verfüge, habe sich der Leiter des Personalbereichs sachlich nicht auseinandergesetzt.
- 15 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe nach § 8 BPersVG, § 96 Abs. 2 SGB IX bzw. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 8 BPersVG, § 96 Abs. 2 SGB IX einen Anspruch auf Vergütung nach der Tätigkeitsebene II TV-BA, weil er als freigestellter Personalrat und Schwerbehindertenvertreter in seiner beruflichen Entwicklung benachteiligt worden sei. Er sei entgegen den Grundsätzen der Bestenauswahl nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht ausgewählt worden, gleichwohl er aufgrund seiner langjährigen Amtstätigkeit für die Besetzung der Stellen am besten geeignet gewesen sei. § 839 Abs. 3 BGB sei auf Schadensersatzansprüche von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht anwendbar. Jedenfalls aber sei er wegen seiner Amtstätigkeit als Personalrat und Schwerbehindertenvertretung benachteiligt worden. Er habe deshalb einen Anspruch auf fiktive Beförderung. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hätte die Auswahl anhand aktueller Beurteilungen und in seinem Fall anhand einer aktuellen, fiktiv nachgezeichneten Beurteilung getroffen werden müssen und habe nicht nach dem im strukturierten Interview gewonnenen Eindruck vorgenommen werden dürfen. Das Auswahlgespräch sei kein geeignetes Hilfskriterium gewesen. Vielmehr sei er durch die konkrete Ausgestaltung der Fragen aufgrund seiner Freistellung benachteiligt worden. Die Aktualität der Fachkenntnisse, über die er aufgrund seiner Freistellung nicht verfüge, habe im Auswahlgespräch eine entscheidende Rolle gespielt. Insbesondere sei ihm eine zu abstrakte und generelle Herangehensweise und damit letztlich ein fehlender Praxisbezug vorgeworfen worden. Die Beklagte hätte einen auf freigestellte Beschäftigte zugeschnittenen Fragenkatalog entwickeln oder ihn während der Freistellung durch geeignete Fortbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen auf forensische Fragen vorbereiten müssen. Sie habe ihm jedoch keine Qualifizierungs- und Fortbildungsmaßnahmen angeboten. Zudem sei er für die Stelle in Cottbus nicht einmal zum Auswahlgespräch eingeladen worden.

- 16 Der Anspruch ergebe sich auch aus § 15 Abs. 1 AGG iVm. § 82 Satz 1 SGB IX, weil er als schwerbehinderter Mensch bei der Besetzung der Stellen diskriminiert worden sei. Darüber hinaus habe er wegen der erlittenen Diskriminierung einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Die Frist des § 15 Abs. 4 AGG sei gewahrt. Das Ablehnungsschreiben vom 15. Juli 2016 sei ihm mit normaler Briefpost zugegangen. Wann das gewesen sei, sei ihm nicht mehr erinnerlich. Er habe das Geltendmachungsschreiben vom 16. September 2016 jedoch noch am 16. September 2016 in den Hausbriefkasten der Dienststelle eingeworfen. Abgesehen davon sei die in § 39 TV-BA vorgesehene längere Frist maßgeblich.
- 17 Jedenfalls aber habe er entsprechend § 37 Abs. 4 BetrVG einen Anspruch auf eine der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung entsprechende berufliche Entwicklung. Diese sei Gegenstand der hilfsweisen Stufenklage. Da ihm die Zusammensetzung der Vergleichsgruppe und deren Vergütung nicht bekannt sei, habe er nach § 242 BGB einen entsprechenden Auskunftsanspruch.
- 18 Der Kläger hat sinngemäß beantragt,
- 19 1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger seit dem 22. August 2016 eine Vergütung der Tätigkeitsebene II Entwicklungsstufe 6 TV-BA zu zahlen und die Differenz zwischen dem jeweiligen Monatsgehalt des Klägers und der Vergütung nach Tätigkeitsebene II Entwicklungsstufe 6 TV-BA jeweils ab dem 1. des jeweiligen Folgemonats mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen;
- 20 2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine angemessene Entschädigung nach § 15 Absatz 2 AGG zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die allerdings 15.633,51 Euro nicht unterschreiten sollte;
- 21 hilfsweise zum Antrag zu 1. im Wege der Stufenklage,
- 22 3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu erteilen über
- 23 a) alle Beschäftigten der Agentur für A. Berlin N., die am 16. August 1999 in der Vergütungsgruppe IVb MTA-O bzw. Besoldungsgruppe A9 gD/A10 BBesO eingruppiert waren und eine gleich bewertete Tätigkeit (A10/Vgr. IVb gD) verrichtet haben, d.h. als Arbeitsvermittler eingesetzt waren, und insbesondere den Beginn ihrer Beschäftigung und ihre berufliche Entwicklung seit dem 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016;
- 24 b) die Höhe des jeweiligen monatlichen Bruttoarbeitsentgelts jeder der unter a) aufgeführten Vergleichspersonen der Gruppe der Tarifbeschäftigten für jeden Monat seit dem 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016;
- 25 c) die Höhe etwaiger Jahressonderzahlungen für die unter a) aufgeführten Vergleichspersonen der Gruppe der Tarifbeschäftigten seit dem 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016 durch Vorlage einer systematischen schriftlichen Aufstellung;
- 26 4. die Beklagte zu verurteilen, die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskünfte gemäß 3. a) bis c) eidesstattlich zu versichern;

- 27 5. die Beklagte zu verurteilen, das Gehalt des Klägers seit dem 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016 an das Gehalt anzupassen, das die Mehrzahl der unter 3. a) aufgeführten tarifbeschäftigten Vergleichspersonen erhalten hat,
- 28 6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für alle Monate seit Mai 2016 die Differenz zwischen seinem jeweiligen Monatsgehalt und dem Monatsgehalt, das die Mehrzahl der unter 3. a) aufgeführten tarifbeschäftigten Vergleichspersonen seit Mai 2016 jeweils erhalten hat zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jeweils ab dem 1. des jeweiligen Folgemonats zu zahlen;
- 29 7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger die Differenz zwischen der im Jahr 2016 an ihn geleisteten Jahressonderzahlung und der an die Mehrzahl der unter 3. a) genannten Vergleichspersonen aus der Gruppe der Tarifbeschäftigten im Jahr 2016 geleisteten Jahressonderzahlung zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab der Fälligkeit der Sonderzahlung mit der Novembervergütung 2016.
- 30 Die Beklagte hat beantragt,
- 31 die Klage abzuweisen.
- 32 Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, eine Übertragung einer höherwertigen Stelle allein im Wege der fiktiven Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs ohne vorherige erfolgreiche Bewerbung des freigestellten Gremienmitglieds komme nicht in Betracht. Gegenstand der fiktiven Nachzeichnung sei allein die Fortschreibung der dienstlichen Beurteilung. Im Falle des Klägers sei infolge der langen Freistellung eine fiktive Fortschreibung der letzten Beurteilung nicht mehr möglich gewesen. Hinzu komme, dass der Kläger die Position als Teamleiter nur fiktiv ausgeübt habe und die Position eines Personalberaters nicht mit der eines Teamleiters oder Arbeitsvermittlers vergleichbar sei. Auch schon aus diesem Grund sei die vor der Freistellung des Klägers erfolgte Beurteilung nicht mehr verwertbar. Darin läge auch kein Verstoß gegen interne Richtlinien. Im Gegenteil sei in 1.4.4 des Kapitels 7 „Bundespersönalvertretungsgesetz“ ihres „Handbuchs Persönalrecht / Gremien“ (Stand: Juni 2016, Bl. 141 ff. d.A.) vorgesehen, dass freigestellte Gremienmitglieder bei einer nicht mehr verwertbaren Beurteilung zu einem Auswahlinterview einzuladen seien. Die Entscheidungen über die Stellenbesetzungen seien ausschließlich auf Grund der strukturierten Interviews erfolgt. Die dienstlichen Beurteilungen hätten nur dazu gedient, den Teilnehmerkreis für die Auswahlgespräche festzulegen. Mit Frau B. sei ein identisches Interview geführt worden. Der Umfang der Protokollierung hänge auch von der Ergiebigkeit der Antworten ab.
- 33 Der Kläger sei durch die Fragen des Auswahlgespräches auch nicht benachteiligt worden, da ein Großteil der Fragen allgemeine persönliche Kompetenzen betreffe, die nicht nur bei der Tätigkeit als Personalberater, sondern bei vielen Tätigkeiten benötigt würden. Soweit die Aufgabenstellung fachlicher Natur gewesen sei, habe nicht die fachliche Richtigkeit der Beantwortung im Vordergrund gestanden, sondern die bei der Herangehensweise gezeigten Kompetenzen. Außerdem sei davon auszugehen, dass der Kläger aufgrund seiner langjährigen Gremienarbeit und der in diesem Rahmen besuchten Schulungen bessere Kenntnisse im Persönalwesen als die meisten anderen Beschäftigten habe. Jedenfalls hätte er ohne seine Freistellung als ehemaliger Arbeitsvermittler und jetzi-

ger Teamleiter keinesfalls bessere Kenntnisse im Personalwesen. Der Kläger könne auch nicht verlangen, hinsichtlich seiner fachlichen Kenntnisse mit Beschäftigten in allen Tätigkeitfeldern gleichgestellt zu werden. Denn dies wäre eine deutliche Bevorzugung gegenüber anderen Bewerberinnen und Bewerbern, weil es sonst keine Beschäftigten gebe, die in allen Sachgebieten gleichzeitig Expertin oder Experte seien.

- 34 Es bestehe auch kein Anspruch auf eine Entschädigung wegen der Nichteinladung zu einem weiteren Auswahlgespräch. Da das Geltendmachungsschreiben des Klägers laut Eingangstempel am 19. September 2016 eingegangen, der Kläger nicht dargelegt habe, wann genau er das Schreiben am 16. September 2016 in den Hausbriefkasten eingeworfen haben wolle, und den Anspruch nicht beziffert habe, sei der Anspruch verfristet. Sie sei nach § 82 Satz 2 SGB IX aber auch nicht verpflichtet gewesen, den Kläger zu einem weiteren Auswahlgespräch einzuladen. Zum einen habe es sich um eine interne Stellenausschreibung gehandelt, die ausweislich des Inhalts der Stellenausschreibung dem Abbau von Personalüberhängen gedient habe. Zum anderen sei der Kläger Mehrfachbewerber gewesen und hätte andernfalls einen nicht zu rechtfertigen Vorteil gegenüber anderen Bewerberinnen und Bewerbern gehabt. Die Vergleichbarkeit der Bewertungen sei durch die Teilnahme von Frau V. an beiden Auswahlverfahren sowie durch Frau Z. und Frau Sch. als konstante Beobachterinnen gewährleistet gewesen.
- 35 Mit Urteil vom 3. November 2017, auf dessen Tatbestand (Bl. 298 - 305 d.A.) wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien verwiesen wird, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stehe die begehrte Vergütung nach der Tätigkeitsebene II TV-BA unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Er habe keinen Anspruch auf eine fiktive oder tatsächliche Übertragung der Position eines Personalberaters im „Internen Service“ unter dem Gesichtspunkt der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG. Bereits nach seinem eigenen Vortrag sei er nicht der am besten geeignete Bewerber gewesen. Eine Eingruppierung in der Tätigkeitsebene II TV-BA stehe ihm auch nicht auf der Grundlage des Benachteiligungsverbots von Gremienvertretern in analoger Anwendung des § 46 Abs. 3 Satz 6, § 8 BPersVG iVm. § 96 Abs. 2 Halbs. 2 SGB IX zu. Fehler im Auswahlverfahren seien weder unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Fortschreibung der Beurteilungsnachzeichnung, noch hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Auswahlgesprächs, noch unter dem Gesichtspunkt der Nichteinladung zu einem Auswahlgespräch im Rahmen des Auswahlverfahrens für die Stelle in Cottbus festzustellen. Daher habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Schließlich bestehe ein Anspruch auf die begehrte Vergütung auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer vergleichbaren beruflichen Entwicklung oder einer unterlassenen Förderung seiner beruflichen Entwicklung durch die Beklagte, zumal der Kläger nicht über den für eine Tätigkeit als Personalberater einschlägigen Hochschulabschluss verfüge und eine Weiterentwicklung zum Personalberater angesichts der dem Kläger zuletzt übertragenen Tätigkeit nicht nahegelegen hätte. Der hilfsweise begehrte Auskunftsanspruch sei ebenfalls nicht gegeben. Der Auskunftsantrag sei schon nicht hinreichend bestimmt und deshalb unzulässig. Darüber hinaus sei er aber auch unbegründet, da der Antrag zu weit gefasst sei und im Übrigen § 37 Abs. 4 BetrVG nicht analog anwendbar sei. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils (Bl. 305 - 317 d.A.) verwiesen.
- 36 Gegen dieses dem Kläger am 17. November 2017 zugestellte Urteil richtet sich die am 15. Dezember 2017 beim Landesarbeitsgericht eingegangene Berufung des Klägers, wel-

che er mit am 17. Januar 2018 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

- 37 Der Kläger setzt sich unter teilweiser Wiederholung und teilweiser Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens mit dem angefochtenen Urteil auseinander. Er sei für die zu besetzenden Stellen iSd. Art. 33 Abs. 2 GG besser geeignet gewesen als seine Konkurrentinnen. Durch seine langjährige Amtstätigkeit verfüge er über umfassende Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich der Personalberatung und - anders als seine Konkurrentinnen - auch über eine mehrjährige berufliche Erfahrung im Personalwesen iSd. des TuK Personalberater/in. Angesichts dessen hätte die Beklagte nicht auf strukturierte Auswahlgespräche zurückgreifen dürfen. Zumindest hätte die Auswahlkommission der Momentaufnahme eines Auswahlgesprächs keine höhere Bedeutung beimessen dürfen als seinen erworbenen Erfahrungen. Daher stehe ihm auch nach § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2 BGB iVm. § Art. 33 Abs. 2 GG ein Schadensersatzanspruch auf Übertragung einer entsprechenden Stelle zu. Außerdem habe die Beklagte ihn nicht hinreichend gefördert, weil sie ihm keine Erprobung auf einem höherwertigen Dienstposten angeboten habe. Auch dies begründe seinen Schadensersatzanspruch. Weiter hätte die Beklagte ihn für die Stelle in Cottbus zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen, weil dort eine eigenständige Auswahlkommission gebildet worden sei, die seine Leistungen nicht aus eigener Anschauung gekannt habe. Dies gelte umso mehr, als es nicht auf die Richtigkeit der Antworten, sondern auf die Herangehensweise an die Fragestellungen angekommen sei.
- 38 Er habe auch einen Anspruch auf Auskunft über die berufliche Entwicklung seiner Vergleichsgruppe, da nicht ausgeschlossen sei, dass er eine mit dieser vergleichbare berufliche Entwicklung genommen hätte, die zu einer Zuordnung zur Tätigkeitsebene II TV-BA und damit zu einer höheren Vergütung geführt hätte. Die Rechte der Schwerbehindertenvertretung seien nicht an das Bundespersonalvertretungsgesetz sondern an das Betriebsverfassungsgesetz angeglichen worden. Die Beklagte habe den Auskunftsanspruch auch nicht erfüllt, weil sie ihm die Namen der Vergleichspersonen und deren berufliche Entwicklung seit seiner Freistellung am 16. August 1999 nicht mitgeteilt habe. Zudem hätte die Beklagte ab seiner Beförderung zum Teamleiter am 1. Januar 2005 eine neue Vergleichsgruppe bilden müssen.
- 39 Der Kläger beantragt sinngemäß,
- 40 das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 3. November 2017 - 16 Ca 10367/16 - abzuändern und
- 41 1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger seit dem 22. August 2016 eine Vergütung nach der Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA zu zahlen und die Differenz zwischen der Vergütung nach Tätigkeitsebene III Stufe 6 TV-BA und der Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA jeweils ab dem Tag nach Fälligkeit mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen;
- 42 2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine angemessene Entschädigung nach § 15 Absatz 2 AGG zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch 15.633,51 Euro nicht unterschreiten sollte;
- 43 hilfsweise zum Antrag zu 1. im Wege der Stufenklage
- 44 3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu erteilen über

- 45 a) alle Beschäftigten der Beklagten, die am 16. August 1999 der Agentur für Arbeit Berlin Nord angehörten und in Vergütungsgruppe IVb MTA-O eingruppiert waren bzw. eine Besoldung nach der Besoldungsgruppe A9 gD/A10 BBesO erhielten und eine entsprechend bewertete Tätigkeit ausübten, einschließlich ihrer jeweiligen Zuordnung zu einer Vergütungsgruppe nach dem MTA-O bzw. Tätigkeitsebene nach dem TV-BA bzw. einem Statusamt im Zeitraum vom 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016;
- 46 b) die Höhe des jeweiligen monatlichen Bruttoarbeitsentgelts jeder der unter a) aufgeführten Vergleichspersonen der Gruppe der Tarifbeschäftigten für jeden Monat seit dem 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016,
- 47 c) die Höhe etwaiger Jahressonderzahlungen für die unter a) aufgeführten Vergleichspersonen der Gruppe der Tarifbeschäftigten seit dem 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016 durch Vorlage einer systematischen schriftlichen Aufstellung;
- 48 4. die Beklagte zu verurteilen, die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskünfte gemäß 3. a) bis c) eidesstattlich zu versichern;
- 49 5. die Beklagte zu verurteilen, das Gehalt des Klägers seit dem 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016 an das Gehalt anzupassen, das die Mehrzahl der unter 3. a) aufgeführten tarifbeschäftigten Vergleichspersonen erhalten hat;
- 50 hilfsweise,
- 51 festzustellen, dass die Eingruppierung des Klägers nach dem MTA-O bzw. dem TV-BA für den Zeitraum vom 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016 der jeweiligen Vergütungsgruppe nach dem MTA-O bzw. derjenigen Tätigkeitsebene nach dem TV-BA bzw. dem Statusamt entspricht, welcher/welchem die Mehrzahl der Vergleichspersonen unter 3. a) im jeweiligen Monat zugeordnet war;
- 52 6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für alle Monate seit Mai 2016 die Differenz zwischen seinem jeweiligen Monatsgehalt und dem Monatsgehalt, das die Mehrzahl der unter 3. a) aufgeführten tarifbeschäftigten Vergleichspersonen seit Mai 2016 jeweils erhalten hat, zu zahlen. nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jeweils ab dem Tag nach Fälligkeit;
- 53 hilfsweise,
- 54 die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für alle Monate seit Mai 2016 die Differenz zwischen dem Endgrundgehalt nach Tätigkeitsebene III Stufe 6 TV-BA und dem Endgrundgehalt der unter 5. festgestellten Tätigkeitsebene in der Stufe 6 nach dem TV-BA zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jeweils ab dem Tag nach Fälligkeit;
- 55 7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger die Differenz zwischen der im Jahr 2016 an ihn geleisteten Jahressonderzahlung und der an die Mehrzahl der unter 3. a) genannten Vergleichspersonen aus der Gruppe der Tarifbeschäftigten geleisteten Jahressonderzahlung zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent-

punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jeweils ab dem Tag nach Fälligkeit der Sonderzahlung;

56 hilfsweise zu den Anträgen zu 3. bis 7.

57 8. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu geben über alle Beschäftigten der Beklagten, die am 1. Januar 2005 der Agentur für Arbeit Berlin Nord angehörten und in der Tätigkeitsebene III TV-BA eingruppiert waren bzw. eine Besoldung nach der Besoldungsgruppe A11 BBesO erhielten und eine entsprechend bewertete Tätigkeit ausübten, einschließlich ihrer jeweiligen Zuordnung zu einer Tätigkeitsebene nach dem TV-BA bzw. einem Statusamt im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 27. Dezember 2017;

58 9. die Beklagte zu verurteilen, die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskünfte gemäß 8. eidesstattlich zu versichern;

59 10. die Beklagte zu verurteilen, die Eingruppierung des Klägers nach dem TV-BA für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 27. Dezember 2017 an die jeweilige Tätigkeitsebene nach dem TV-BA bzw. dem Statusamt anzupassen, welcher die Mehrzahl der Vergleichspersonen unter 8. im jeweiligen Monat zugeordnet war, und an den Kläger für alle Monate seit Mai 2016 die Differenz zwischen dem Endgrundgehalt nach der Tätigkeitsebene III Stufe 6 TV-BA und dem Endgrundgehalt der so festgestellten Tätigkeitsebene in der Stufe 5 nach dem TV-BA zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jeweils ab dem Tag nach Fälligkeit.

60 Die Beklagte beantragt,

61 die Berufung zurückzuweisen.

62 Die Beklagte verteidigt unter teilweiser Wiederholung und teilweiser Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil. Sie meint, das Vorbringen des Klägers zu seiner Besteignung sei schon nicht einlassungsfähig. Zudem seien die Aufgaben eines Personalberaters nicht mit dem klassischen Personalwesen vergleichbar. Es habe auch keine Verpflichtung bestanden, mit dem Kläger für die Stelle in Cottbus ein weiteres Auswahlgespräch zu führen, da dies auch unter Berücksichtigung seiner Schwerbehinderung und seiner Funktion als freigestellter Schwerbehindertenvertreter zu einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung geführt hätte. Vor diesem Hintergrund sei es irrelevant, dass an den Auswahlgesprächen unterschiedliche Personen teilgenommen hätten. Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb ab dem 1. Januar 2005 mit der Beförderung des Klägers zum Teamleiter eine neue Vergleichsgruppe hätte gebildet werden müssen. Maßgeblicher Zeitpunkt sei der Tag der Freistellung. Es komme deshalb allein darauf an, wie viele Beschäftigte der Vergleichsgruppe im Zeitraum vom 16. August 1999 bis zum 5. Juni 2016 auf die Tätigkeitsebene II aufgestiegen seien. Dies habe sie dem Kläger mit Schreiben vom 27. Dezember 2017 mitgeteilt. Ein darüber hinausgehender Auskunftsanspruch bestehe nicht. Es sei auch unzutreffend, dass dem Kläger keine Erprobung auf einem höheren Dienstposten angeboten worden sei. Für den Kläger sei jedoch weder eine Erprobung im „Internen Service“ in Cottbus noch in Berlin in Frage gekommen, weil er durch die sechsmonatige Abordnung in eine andere Dienststelle seinen Status als Schwerbehindertenvertretung verloren hätte.

- 63 Wegen des weiteren zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien, wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 16. Januar 2018 (Bl. 355 - 378 d.A.), 4. April 2018 (Bl. 427 - 431 d.A.) und 10. September 2018 (Bl. 460 f. d.A.) sowie auf die Schriftsätze der Beklagten vom 22. Februar 2018 (Bl. 411 - 421 d.A.) und 29. August 2018 (Bl. 454 - 459 d.A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe

- 64 Die Berufung hat hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs auf Entschädigung teilweise Erfolg. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg.
- 65 I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 8 Abs. 2, § 64 Abs. 1 und 2 Buchst. b ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht iSv. § 64 Abs. 6, § 66 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG, §§ 519, 520 Abs. 1 und 3 ZPO eingelegt und begründet worden.
- 66 II. Die Berufung ist jedoch nur zum Teil begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage ganz überwiegend zu Recht abgewiesen.
- 67 1. Der Antrag zu 1. auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA ab dem 22. August 2016 ist zulässig, aber nicht begründet.
- 68 a) Der Antrag ist zulässig.
- 69 aa) Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Kläger den Antrag auf mehrere Streitgegenstände stützt, ohne deren Rangfolge ausdrücklich zu benennen.
- 70 (1) Zwar ist eine alternative Klagehäufung, bei der der Kläger ein einheitliches Klagebegehren aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet und dem Gericht die Auswahl überlässt, grundsätzlich unzulässig. Sie verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (*BGH 21. November 2017 - II ZR 180/15 - Rn. 8; Hessisches LAG 18. Januar 2018 - 10 Sa 819/17 - Rn. 45 zitiert nach juris*). Denn zur bestimmten Bezeichnung des Klagegrunds gehört bei mehreren Streitgegenständen zum Schutz der beklagten Partei, wenn sie nicht kumulativ verfolgt werden, auch die Benennung der Reihenfolge, in welcher sie zur Überprüfung des Gerichts gestellt werden (*BGH 24. März 2011 - I ZR 108/09 - Rn. 9 ff.*). Dabei kann die Bezeichnung der Reihenfolge auch konkludent (*vgl. BGH 25. April 2014 - IX ZR 62/12 - Rn. 13*) und auch noch im Berufungs- oder der Revisionsinstanz erfolgen (*BGH 24. März 2011 - I ZR 108/09 - Rn. 13*).
- 71 (2) Aus dem Vorbringen des Klägers im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens geht hervor, dass er den Anspruch auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II TV-BA in erster Linie auf einen Verstoß gegen das Gebot der Bestenauswahl nach Art. 33 Abs. 2 GG stützt, hilfsweise auf eine Benachteiligung wegen seiner Amtstätigkeit als freigestellter Personalrat und Schwerbehindertenvertreter iSd. § 8 BPersVG und § 96 Abs. 2 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 2 SGB IX) sowie weiter hilfsweise auf eine Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung nach § 7 Abs. 1 AGG wegen der unterlassenen Einladung zum Auswahlgespräch für die Stelle in Cottbus. Ersteres ergibt sich aus dem Schriftsatz vom 22. Juni 2017, worin der Kläger vorrangig eine Besteignung behauptet und den Anspruch nachrangig, für den Fall, dass das Gericht nicht bereits seine Besteignung für erwiesen betrachte, auf eine Benachteiligung wegen seiner Amtstätigkeit gestützt hat (Bl. 249 d.A.). In der Berufungsbegründung hat der Kläger für den im Schriftsatz vom 22. Juni

2017 eingeführten weiteren Streitgegenstand der Besteignung aufgrund seiner langjährigen Amtstätigkeit lediglich ergänzend eine Anspruchsgrundlage genannt. Das Verhältnis zwischen den geltend gemachten Benachteiligungen als Amtsträger und schwerbehinderter Mensch ergibt sich zum einen aus der Reihenfolge, in der der Kläger seine Ansprüche im Schriftsatz vom 25. November 2016 geltend gemacht und begründet hat (Bl. 67 ff. d.A.), und zum anderen daraus, dass der Kläger den Anspruch auf Vergütung nach der Tätigkeitsebene II TV-BA aus § 15 Abs. 1 AGG nur auf einen Teil des zur Entscheidung gestellten Sachverhalts stützt.

- 72 bb) Der Antrag ist auch im Übrigen zulässig. Es handelt sich um einen Feststellungsantrag, wie er bei Eingruppierungsklagen allgemein üblich ist und gegen deren Zulässigkeit nach § 256 Abs. 1 ZPO einschließlich des Zinsantrages keine prozessualen Bedenken bestehen (*vgl. BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 14 mwN.*).
- 73 b) Der Antrag ist jedoch nicht begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA seit dem 22. August 2016. Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG, noch aus § 8 BPersVG, § 96 Abs. 2 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 2 SGB IX) oder § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 8 BPersVG, § 96 Abs. 2 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 2 SGB IX), noch aus § 15 Abs. 1 AGG iVm. § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX).
- 74 aa) Der Kläger hat nach § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG weder einen Anspruch auf eine fiktive Beförderung, noch darauf, finanziell so gestellt zu werden, als wäre ihm eine der Stellen als Personalberater übertragen worden.
- 75 (1) Ein Anspruch auf fiktive Beförderung scheidet schon deshalb aus, weil ein Anspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung einer Stelle dem Grundsatz nach voraussetzt, dass die Stelle noch nicht besetzt ist. Unterlegene Bewerberinnen und Bewerber haben regelmäßig keinen Anspruch auf „Wiederfreimachung“ oder Doppelbesetzung der Stelle. Eine Ausnahme gilt entsprechend den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 135, 136 BGB nur dann, wenn der öffentliche Arbeitgeber den effektiven Rechtsschutz der übergangenen Bewerberin oder des übergangenen Bewerbers vereitelt hat (*vgl. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 28*). Beide ausgeschriebenen Stellen, sowohl die Stelle in Berlin als auch die Stelle in Cottbus sind besetzt. Die Beklagte hat auch nicht den effektiven Rechtsschutz des Klägers vereitelt. Sie hat den Kläger mit Schreiben vom 20. Juni 2016 darüber informiert, dass seine Bewerbung für die Stelle in Berlin nicht erfolgreich war. Ferner hat sie den Kläger mit Schreiben vom 15. Juli 2016 darüber informiert, dass auch seine Bewerbung für die Stelle in Cottbus nicht erfolgreich war. Die Stelle in Berlin hat sie am 1. August 2016 und die Stelle in Cottbus am 22. August 2016 besetzt. Indem sie vor der Besetzung der Stellen jeweils mindestens einen Monat abgewartet hat, hat sie dem Kläger ausreichend Zeit eingeräumt, gegen die Auswahlentscheidungen eine einstweilige Verfügung zu erwirken (*vgl. dazu BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 41 mwN.*). Diese Möglichkeit hat der Kläger jedoch nicht genutzt.
- 76 (2) Der Kläger hat auch keinen Anspruch darauf, finanziell so gestellt zu werden, als wäre ihm eine der Stellen übertragen worden.
- 77 (a) Ein Schadensersatzanspruch wegen nicht Nichtberücksichtigung einer Bewerbung nach Art. 33 Abs. 2 GG setzt voraus, dass die Stelle der Bewerberin oder dem Bewerber bei ordnungsgemäßer Auswahl hätte übertragen werden müssen und die Bewerberin oder der Bewerber es nicht in vorwerfbarer Weise unterlassen hat, den Schaden durch

den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwehren (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 22 mwN.).

- 78 Der Bewerbungsverfahrensanspruch verlangt nicht, dass ein Schadensersatzanspruch abweichend von den allgemein geltenden haftungsrechtlichen Grundsätzen unabhängig von einer adäquaten Kausalität zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden eingeräumt wird. Das Verhalten eines öffentlichen Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren ist für den Schaden einer zurückgewiesenen Bewerberin oder eines zurückgewiesenen Bewerbers nur ursächlich, wenn sich jede andere Besetzungsentscheidung als rechtsfehlerhaft erwiesen hätte. Dies erfordert eine Reduktion des dem öffentlichen Arbeitgeber zustehenden Auswahlermessens auf null. Eine solche Reduktion ist nur dann anzunehmen, wenn nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien die zurückgewiesene Bewerberin oder der zurückgewiesene Bewerber die bestqualifizierte Bewerberin oder der bestqualifizierte Bewerber ist (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 25 mwN.).
- 79 Hat eine Bewerberin oder ein Bewerber gegen eine für rechtswidrig erachtete Auswahlentscheidung keinen einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch genommen, obwohl dies möglich und zumutbar gewesen wäre, ist sie oder er von anschließenden Schadensersatzansprüchen in Anwendung des Rechtsgedankens des § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 41 f. mwN.).
- 80 (b) Danach fehlt es vorliegend an den Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch wegen der Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Klägers.
- 81 (aa) Es ist schon nicht ersichtlich, weshalb es dem Kläger nicht zumutbar gewesen sein sollte, gegen die seiner Ansicht nach rechtswidrigen Auswahlentscheidungen einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur vorläufigen Untersagung der Besetzung einer Stelle ist als Mittel allgemein anerkannt, die Besetzung einer Stelle entgegen den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG zu verhindern, und wird von öffentlichen Arbeitgebern in der Regel auch beachtet, da andernfalls Schadensersatzansprüche drohen können. Der Umstand, dass sich der Kläger gegen den Widerruf seiner Freistellung im August 2016 im Wege eines Eilantrages zur Wehr gesetzt hat, zeigt auch, dass ihm diese Möglichkeit nicht unbekannt ist, er jedenfalls aber in der Lage ist, rechtzeitig Rechtsrat einzuholen. Bei einem Verdienst von mehr als 4.000,00 Euro brutto monatlich ist dem Kläger die Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz auch nicht schon deshalb unzumutbar, weil im arbeitsgerichtlichen Verfahren jede Partei erstinstanzlich die Kosten einer anwaltlichen Vertretung selbst zu tragen hat. Zudem hat der Kläger auch nicht behauptet, nicht rechtsschutzversichert zu sein.
- 82 (bb) Darüber hinaus hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht dargelegt, dass er der am besten geeignete Bewerber war (zur Darlegungs- und Beweislast vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 25 mwN.).
- 83 (aaa) Nach dem Ergebnis des Auswahlgesprächs am 13. Mai 2016 war der Kläger im Vergleich zu seinen Konkurrentinnen eindeutig nicht der am besten geeignete Bewerber. Im Gegenteil sind Frau W. und Frau B. sowohl im Gesamtergebnis als auch in den Einzelergebnissen jeweils durchgängig besser als der Kläger bewertet worden. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich dies im Vergleich zu Frau B. anders dargestellt hätte, wenn beide für die Stelle in Cottbus zu einem Auswahlgespräch mit anderen Fragen und Aufgabenstellungen eingeladen worden wären.

- 84 (bbb) Ebenso wenig verfügt der Kläger über bessere Beurteilungen als seine Konkurrentinnen. Abgesehen davon, dass es für eine fiktive Fortschreibung der Beurteilung des Klägers aus dem Jahr 2001 - wie das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt hat - an einer belastbaren Tatsachengrundlage fehlt (*näher zur fiktiven Fortschreibung einer Beurteilung BVerwG 16. Dezember 2010 - 2 C 11/09 - Rn. 8 ff.*), ist der Kläger seinerzeit auch nur mit der Gesamtnote „C“ beurteilt worden. Daran hat sich auch durch die fiktive Fortschreibung der Beurteilung im August 2007 sowie im Januar 2010 nichts geändert. 2006 waren alle Beschäftigten, die wie der Kläger zum Zeitpunkt seiner erneuten vollumfänglichen Freistellung am 16. August 2016 in der Agentur für A. Berlin N. als Arbeitsvermittler tätig waren und zwischenzeitlich - wie der Kläger - die Tätigkeitsebene III TV-BA erreicht hatten, mit der Gesamtnote „C“ beurteilt worden. 2009 waren es immerhin noch 66,67 %. Die übrigen 33,33 % waren mit der Gesamtnote „B“ oder „D“ beurteilt worden, wobei ausweislich der Verteilung nach dem später leicht korrigierten Vermerk vom 4. Januar 2010 (Bl. 88 d.A.) etwa die Hälfte mit „B“ und die andere Hälfte mit „D“ beurteilt worden war. Dass sich diese Verteilung in den folgenden Jahren derart geändert hat, dass die Mehrheit der Vergleichspersonen mit der Gesamtnote „B“ beurteilt worden war und daher auch die Beurteilung des Klägers fiktiv hochgesetzt hätte werden müssen, ist eher unwahrscheinlich.
- 85 Hingegen war Frau B. zuletzt mit der Gesamtnote „B“ beurteilt worden. Frau W. war zuletzt wie der Kläger mit der Gesamtnote „C“ und damit formal gleich beurteilt worden. Allerdings bezog sich die Beurteilung von Frau W. auf deren vorübergehende Tätigkeit als Personalberaterin und damit auf eine höherwertigere Tätigkeit. Bei formal gleichen Beurteilungen gilt die Beurteilung in einer höheren Position in aller Regel als besser als die Beurteilung in einer niedrigeren Position, weil mit einer höheren Position regelmäßig gesteigerte Anforderungen und eine größere Verantwortung verbunden sind (*vgl. BVerwG 24. Mai 2016 - 1 WB 26/15 - Rn. 45 unter Verweis auf BVerfG 4. Oktober 2012 - 2 BVR 1120/12 - Rn. 13 sowie bereits BAG 7. September 2004 - 9 AZR 537/03 - unter B I 3 b bb 3 der Gründe, NZA 2005, 879*). Zudem macht eine Beurteilung mit der gleichen Gesamtnote den Kläger noch nicht zum besseren Bewerber.
- 86 (ccc) Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger aufgrund seiner langjährigen Amtstätigkeit als Personalrat und Schwerbehindertenvertretung über umfassende Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich der Personalberatung und eine mehrjährige berufliche Erfahrung im Personalwesen verfügt und dies bei Frau W. und Frau B. nicht der Fall ist. Das Vorbringen des Klägers zu seinen Kenntnissen und Fähigkeiten im Bereich der Personalberatung sowie zu seinen beruflichen Erfahrungen im Personalwesen ist wenig konkret. Zudem ist davon auszugehen, dass auch Frau W. und Frau B., da sie zuvor als Teamleiterin Personalservice tätig waren, über solche Kenntnisse und Fähigkeiten sowie berufliche Erfahrungen verfügen. Darüber hinaus war Frau W. - anders als der Kläger - auch schon vorübergehend als Personalberaterin eingesetzt und konnte dabei weitere für die Tätigkeit einer Personalberaterin erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten erwerben und erste berufliche Erfahrungen sammeln. Zudem weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass sich die Aufgaben und Tätigkeitsfelder einer Personalberaterin oder eines Personalberaters wesentlich von der Tätigkeit eines Personalratsmitgliedes oder einer Schwerbehindertenvertretung unterscheiden. Denn während sich ein Personalratsmitglied oder die Schwerbehindertenvertretung im Wesentlichen mit der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Beteiligungsrechte in personellen Angelegenheiten und anderen Angelegenheiten sowie mit der Beratung von Beschäftigten bei individuellen Problemen befasst, ist nach dem

TuK Personalberater/in (Bl. 104 d.A.) Aufgabe einer Personalberaterin oder eines Personalberaters im „Internen Service“ der Beklagten die Beratung der Führungskräfte der Beklagten in Grundsatzfragen und Handlungsfeldern der Personalpolitik sowie in Fragen der Personalführung, der Personalentwicklung und der Personalrekrutierung.

- 87 bb) Ein Anspruch auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA ergibt sich auch nicht aus § 8 BPersVG, § 96 Abs. 2 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 2 SGB IX) oder § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 8 BPersVG, § 96 Abs. 2 SGB IX aF.
- 88 (1) Zunächst folgt ein solcher Anspruch nicht aus dem Gleichstellungsgebot freigestellter Amtsträgerinnen und Amtsträger hinsichtlich ihrer beruflichen Entwicklung.
- 89 (a) Nach § 8 BPersVG dürfen Personalratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit in ihrer beruflichen Entwicklung weder benachteiligt noch begünstigt werden. Ferner darf nach § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG auch die Freistellung nicht zur Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen. Gleiches gilt nach § 96 Abs. 2 und 3 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 2 und 3 Satz 1 SGB IX) für die Vertrauensperson der schwerbehinderten Beschäftigten (vgl. *Neumann/Pahlen/ Winkler/Jabben/Pahlen, SGB IX 13. Aufl. § 179 Rn. 4*).
- 90 (aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts folgt aus diesen Vorgaben über das Benachteiligungsverbot hinaus das an die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber gerichtete Gebot, der Amtsträgerin oder dem Amtsträger eine berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, wie sie ohne die Amtstätigkeit oder die Freistellung verlaufen wäre. Amtsträgerinnen und Amtsträger können Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber daher unabhängig von deren Verschulden auf die Zahlung der Vergütung aus einer höheren Vergütungsgruppe in Anspruch nehmen, wenn sie ohne die Freistellung mit Aufgaben betraut worden wären, welche die Eingruppierung in der höheren Vergütungsgruppe rechtfertigen (vgl. *BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 19; BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - unter B II 1 der Gründe mwN., NZA 2002, 106*).
- 91 (bb) Wollen Amtsträgerinnen oder Amtsträger geltend machen, dass sie ohne Ausübung ihres Amtes oder ohne ihre Freistellung durch Beförderungen einen beruflichen Aufstieg genommen hätten, haben sie hierzu mehrere Möglichkeiten. Sie können vortragen, dass ihre Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen der Freistellung und/oder der Amtstätigkeit erfolglos geblieben ist. Haben sich die Amtsträgerinnen oder Amtsträger auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben, können und müssen sie zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass sie die Bewerbung gerade wegen ihrer Freistellung unterlassen haben und eine Bewerbung ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre. Aber auch wenn eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung danach keinen Erfolg gehabt hätte oder hätte haben müssen, steht dies einem Anspruch nicht zwingend entgegen. Scheitert nämlich eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung freigestellter Amtsträgerinnen oder Amtsträger an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande gesehen hat, ist zwar die Entscheidung der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers für eine als qualifizierter erachtete Bewerberin oder einen solchen Bewerber nicht zu beanstanden. Gleichwohl kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch der Amtsinhaberin oder des Amtsinhabers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellem Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist (vgl. *BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 31 mwN.*).

- 92 (b) In Anwendung dieser Grundsätze stehen dem Kläger weder ein Erfüllungs- noch ein Schadensersatzanspruch auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II TV-BA zu. Ein Schadensersatzanspruch scheidet schon deshalb aus, weil bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Erfüllungsanspruch besteht mit der Folge, dass kein Schaden gegeben ist.
- 93 (aa) Es ist nicht ersichtlich, dass die Bewerbungen des Klägers gerade wegen seiner Freistellung erfolglos geblieben sind.
- 94 Anhaltspunkte, dass die Beklagte die Bewerbungen nicht ernstgenommen hat, sind nicht gegeben. Im Gegenteil hat der Kläger selbst vorgetragen, dass ihm der Leiter des Personalbereichs 320 der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg in einem Gespräch am 21. April 2016 im Vorfeld des Auswahlgesprächs am 13. Mai 2016 mitgeteilt habe, dass seine Bewerbungen als fiktive Bewerbungen berücksichtigt werden, im Übrigen aber die gleichen Beurteilungsmaßstäbe wie für die anderen Bewerberinnen und Bewerber gelten.
- 95 Der Umstand, dass die Auswahl nicht auf der Grundlage einer aktuellen Beurteilung des Klägers erfolgen konnte, weil für eine weitere Nachzeichnung seiner letzten Beurteilung aus dem Jahr 2001 keine belastbare Tatsachengrundlage mehr existierte, hat sich - wie bereits oben aa) (2) (b) (bb) (bbb) ausgeführt - auf die Auswahl nicht negativ ausgewirkt.
- 96 Soweit der Kläger darüber hinaus verschiedene Verfahrensfehler, wie die fehlende Beteiligung des Personalrats an der Art des Auswahlverfahrens oder eine nicht ausreichende Dokumentation gerügt hat, kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit diese Rügen berechtigt sind. Denn es ist schon nicht erkennbar, was diese mit der Freistellung des Klägers zu tun haben.
- 97 (bb) Der Kläger hat auch nicht dargelegt, dass die Bewerbungen an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen infolge der Freistellung gescheitert sind oder die Beklagte seine fachliche und berufliche Qualifikation aufgrund seiner Freistellung nicht beurteilen könnte. Vielmehr trägt er insoweit widersprüchlich vor. Einerseits hat er behauptet, die Beklagte habe im Auswahlverfahren gerade das fehlende aktuelle Fachwissen gerügt. Ferner habe sie aktuelle fachliche Erfahrungen in der Beratertätigkeit abgefragt, die er wegen seiner langjährigen Freistellung nicht habe aufweisen können. Der Fragenkatalog habe in einem nicht unwesentlichen Teil auf die forensische Tätigkeit abgestellt, wobei es ihm gerade aufgrund seiner Freistellung unmöglich gewesen sei, die forensischen Fragen genauso gut zu beantworten wie seine Mitbewerberinnen. Andererseits hat er behauptet, aufgrund seiner langjährigen Amtstätigkeit verfüge er - anders als seine Mitbewerberinnen - über umfassende Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich der Personalberatung und eine mehrjährige berufliche Erfahrung im Bereich des Personalwesens. Darüber hinaus beschränkt sich sein Vorbringen im Wesentlichen auf pauschale Behauptungen ohne ausreichende Konkretisierung.
- 98 Ferner fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen den vom Kläger benannten Defiziten und seiner Freistellung. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger als Arbeitsvermittler oder Teamleiter im Bereich des SGB II oder SGB III über bessere und aktuellere Fachkenntnisse und Erfahrungen im Bereich Personalwesen verfügen würde und forensische Fragen besser beantworten könnte als er es als langjährig freigestellter Personalrat und Schwerbehindertenvertreter kann. Vielmehr weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass der Kläger im Gegenteil aufgrund seiner langjährigen Gremien-

arbeit und der in diesem Rahmen besuchten Schulungen bessere Kenntnisse im Personalwesen haben müsste als die meisten anderen Beschäftigten.

- 99 (2) Ein Schadensersatzanspruch auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA nach § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 8 BPersVG, § 96 Abs. 2 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 2 SGB IX) besteht aber auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer mangelnden beruflichen Förderung.
- 100 (a) Eine Verpflichtung der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers, freigestellte Personalräte oder Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Beschäftigten in ihrer beruflichen Entwicklung besonders zu fördern, sieht weder das Bundespersonalvertretungsgesetz noch das Neunte Buch Sozialgesetzbuch vor. Eine solche Verpflichtung ergibt sich insbesondere auch nicht aus § 96 Abs. 5 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 5 SGB IX). Nach § 96 Abs. 5 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 5 Satz 1 SGB IX) dürfen freigestellte Vertrauenspersonen lediglich von inner- und außerbetrieblichen Maßnahmen der Berufsförderung nicht ausgeschlossen werden. Die Vorschrift entspricht § 38 Abs. 4 BetrVG und sieht keinen Anspruch auf eine bevorzugte Behandlung sondern nur ein Benachteiligungsverbot vor (*Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben/Pahlen, SGB IX 13. Aufl. § 179 Rn. 16 f. mwN.*).
- 101 Eine besondere Förderungspflicht besteht nach § 96 Abs. 5 Satz 2 SGB aF (jetzt § 179 Abs. 5 Satz 2 SGB IX) erst nach der Beendigung der Freistellung. Nach § 96 Abs. 5 Satz 2 SGB IX aF ist freigestellten Vertrauenspersonen innerhalb eines Jahres nach der Beendigung der Freistellung im Rahmen der Möglichkeiten des Betriebes oder der Dienststelle Gelegenheit zu geben, eine wegen der Freistellung unterbliebene berufliche Entwicklung nachzuholen. Bei einer Freistellung für volle drei Amtszeiten erhöht sich der Zeitraum von einem Jahr nach § 96 Abs. 5 Satz 3 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 5 Satz 3 SGB IX) auf zwei Jahre.
- 102 Eine besondere Förderungspflicht folgt auch nicht aus den Erläuterungen unter 1.4.3 des Kapitels 7 „Bundespersonalvertretungsrecht“ des „Handbuchs Personalrecht / Gremien“ der Beklagten (Stand Juni 2018, Bl. 141 d.A.), da dort lediglich die Rechtslage wiedergegeben wird und keine Ansprüche begründet werden.
- 103 (b) Offen bleiben kann, ob und inwieweit die Beklagte nach § 96 Abs. 5 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 5 Satz 1 SGB IX) verpflichtet gewesen wäre, dem Kläger im Rahmen des von ihr praktizierten Personalentwicklungssystems eine Erprobung auf einer Stelle der Tätigkeitsebene II TV-BA anzubieten. Denn jedenfalls bestand keine Verpflichtung der Beklagten, den Kläger als Personalberater zu erproben, sondern allenfalls als Bereichsleiter im Bereich SGB II oder SGB III, da es sich hierbei um das Tätigkeitsfeld handelt, in dem der Kläger vor seiner Freistellung tätig war, in dem er während seiner Freistellung fiktiv zum Teamleiter weiterentwickelt worden ist und in dem er ohne die Freistellung weiterhin tätig gewesen wäre. Dass der Kläger bei einer Erprobung als Bereichsleiter in dem Auswahlgespräch besser als Frau W. oder Frau B. abgeschnitten hätte, hat er nicht dargelegt und ist auch nicht anzunehmen.
- 104 cc) Schließlich hat der Kläger auch nach § 15 Abs. 1 AGG iVm. § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) keinen Anspruch auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA. An dieser Stelle kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger im Auswahlverfahren um die Stelle in Cottbus wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden ist. Denn ein Anspruch auf Vergütung nach Tätigkeitsebene II Stufe 6 TVBA stünde dem Kläger nach § 15 Abs. 1 AGG nur zu, wenn er die Stelle in Cottbus bei benachteiligungsfreier

Auswahl erhalten hätte (vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 105 mwN.). Dafür gibt es - wie bereits oben unter aa) (2) (b) (bb) (aaa) ausgeführt - keine Anhaltspunkte.

- 105 2. Die hilfsweise Stufenklage (Anträge zu 3. bis 7. und zu 8. bis 10.) auf Zahlung einer höheren Vergütung ab Mai 2016 unter dem Gesichtspunkt der üblichen beruflichen Entwicklung bei der Beklagten ist ebenfalls zulässig, aber nicht begründet.
- 106 a) Die Anträge zu 3. bis 7. und zu 8. bis 10. sind nach § 46 Abs. 2, § 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 254, 533 ZPO zulässig. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Anträge zu 8. bis 10. in den Anträgen zu 3. bis 7. bereits als Minus enthalten sind. Einer Konkretisierung der Leistungsanträge iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bedurfte es derzeit noch nicht.
- 107 b) Die Anträge sind jedoch nicht begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Auskunft über die berufliche Entwicklung der mit ihm zum Zeitpunkt seiner erneuten vollständigen Freistellung am 16. August 1999 oder seiner Beförderung zum Teamleiter am 1. Januar 2005 vergleichbaren Beschäftigten der Agentur für Arbeit Berlin Nord. Ein Anspruch auf Beförderung entsprechend der Mehrheit der vergleichbaren Beschäftigten besteht nicht. Es kann deshalb einheitlich auch über die weiteren Stufen entschieden werden (vgl. dazu BAG 28. Juni 2011 - 3 AZR 385/09 - Rn. 16 mwN.).
- 108 aa) Nach §§ 611, 242 BGB iVm. §§ 8, 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG, § 96 Abs. 2 und 3 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 2 und 3 Satz 1 SGB IX) kommt ein Auskunftsanspruch in Betracht, wenn ein Mitglied des Personalrats oder eine Vertrauensperson der schwerbehinderten Beschäftigten eine höhere Vergütung aufgrund einer für den Betrieb oder die Dienststelle üblichen beruflichen Entwicklung geltend machen will. Voraussetzung ist, dass für das Bestehen des Anspruchs auf eine höhere Vergütung eine gewisse Wahrscheinlichkeit gegeben ist (BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 19 mwN.). Daran fehlt es vorliegend.
- 109 bb) Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine berufliche Entwicklung entsprechend der Mehrheit der mit ihm zum Zeitpunkt seiner erneuten vollumfänglichen Freistellung am 16. August 1999 vergleichbaren Beschäftigten. Ein Anspruch auf eine berufliche Entwicklung entsprechend den mit ihm nach seiner Beförderung zum Teamleiter vergleichbaren Beschäftigten besteht schon deshalb nicht, weil hinsichtlich einer möglichen Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs stets auf die gesamte Dauer der Freistellung abzustellen ist (vgl. BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 496/16 - Rn. 23)
- 110 (1) Ein Anspruch auf eine berufliche Entwicklung entsprechend der mit dem Kläger am 16. August 1999 vergleichbaren Beschäftigten ergibt sich nicht aus §§ 8, 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG bzw. § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 3 Satz 1 SGB IX) iVm. den §§ 8, 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG.
- 111 (a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Anspruch eines freigestellten Personalratsmitglieds oder der freigestellten Vertrauensperson der schwerbehinderten Beschäftigten auf eine Höhergruppierung - abgesehen von den oben unter 1. b) bb) (1) (a) (bb) genannten Fallkonstellationen - auch dann bestehen, wenn der öffentliche Arbeitgeber Beschäftigte mit bestimmten Laufbahnvoraussetzungen nach feststehenden Maßstäben und/oder Zeitabläufen auf freiwerdende oder neu geschaffene Stellen einer höheren Vergütungsgruppe befördert und die Mehrheit der vergleichbaren Be-

schäftigten entsprechend aufgestiegen ist (vgl. BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - unter B II 1 b cc der Gründe mwN., NZA 2002, 106).

- 112 (b) Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Bei der Beklagten wird eine Beförderung nach bestimmten feststehenden Maßstäben und/oder Zeitabläufen (von dieser als sog. Topfwirtschaft bezeichnet) nicht praktiziert. Vielmehr ist stets eine Bewerbung auf eine bestimmte Stelle und das erfolgreiche Durchlaufen eines Auswahlverfahrens erforderlich (vgl. dazu auch die Ausführungen unter I. 1. des Rundschreibens des Bundesministeriums des Innern vom 12. März 2002 (Bl. 173 ff. d.A.).
- 113 (2) Ein Anspruch auf eine berufliche Entwicklung entsprechend der mit dem Kläger am 16. August 1999 vergleichbaren Beschäftigten ergibt sich aber auch nicht aus § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 3 Satz 1 SGB IX) iVm. § 37 Abs. 4 BetrVG. Entgegen der Ansicht des Klägers findet § 37 Abs. 4 BetrVG auf Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Beschäftigten im öffentlichen Dienst weder unmittelbar noch analog Anwendung.
- 114 (a) Eine unmittelbare Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG kommt nicht in Betracht. Nach § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 3 Satz 1 SGB IX) besitzen Vertrauenspersonen gegenüber ihrer Arbeitgeberin oder ihrem Arbeitgeber die gleiche Rechtsstellung wie Mitglieder des Betriebs-, Personal-, Staatsanwalts- oder Richterrats. Danach richtet sich die persönliche Rechtsstellung der Vertrauenspersonen nach dem für die Beschäftigtenvertretung des jeweiligen Beschäftigungsbereichs geltenden Recht, hier dem Bundespersonalvertretungsgesetz (vgl. dazu BAG 2. Juni 2010 - 7 ABR 24/09 - Rn. 16 ff.; BAG 14. August 1986 - 6 AZR 622/85 - unter II 1. der Gründe, NZA 1987, 277; LAG Berlin 15. Februar 2002 - 6 Sa 2099/01 - unter 2.1.1 der Gründe, NZA-RR 2003, 110; OVG Lüneburg 13. Mai 2016 - 5 LA 150/15 - unter II 1 b der Gründe, PersV 2016, 336).
- 115 Schon die Nennung sämtlicher in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vorgesehenen Beschäftigtenvertretungen spricht dafür, dass sich die persönliche Rechtsstellung der Vertrauenspersonen nach der persönlichen Rechtsstellung der Mitglieder der Beschäftigtenvertretung richtet, die für den jeweiligen Beschäftigungsbereich zuständig ist. Bestätigt wird dies auch durch die Gesetzesgeschichte. Die Regelung ist erstmals durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Schwerbeschädigtenrechts vom 24. April 1974 als § 19a in das damals geltende und gleichzeitig in Schwerbehindertengesetz (SchwbG) umbenannte Schwerbeschädigtengesetz eingefügt worden (BGBl. I S. 981). Nach der Begründung des Gesetzes sollte durch die Regelung die Rechtsstellung der Vertrauenspersonen (damals noch Vertrauensmänner) der Rechtsstellung von Betriebsrats- und Personalratsmitgliedern angenähert und an die Rechtsentwicklung im Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht angepasst werden (BT-Drs. 7/656 S. 21 u. 33). Außerdem hätte es der inhaltlich § 38 Abs. 4 BetrVG entsprechenden Regelung des § 96 Abs. 5 SGB IX aF (jetzt § 179 Abs. 5 SGB IX) nicht bedurft, wenn für Vertrauenspersonen nach § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB IX aF ohnehin die Vorschriften über die persönliche Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern gelten würden.
- 116 Etwas anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Juli 2010 (7 AZR 359/09) zum Bremischen Personalvertretungsgesetz. Denn anders als das Bundespersonalvertretungsgesetz enthält das Bremische Personalvertretungsgesetz in § 39 Abs. 3 eine inhaltlich § 37 Abs. 4 BetrVG entsprechende Regelung.

- 117 (b) Für eine analoge Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG ist ebenfalls kein Raum. Gegen eine planwidrige Lücke, die ggf. im Wege einer analogen Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG geschlossen werden könnte (*zu Anforderungen an eine Analogie BAG 25. Januar 2018 - 8 AZR 309/16 - Rn. 64 mwN.*), spricht schon, dass das Recht der Schwerbehindertenvertretungen erst vor Kurzem durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz - BTHG) vom 23. Dezember 2016 geändert worden ist (BGB. I S. 3234) und der Gesetzgeber dies nicht zum Anlass genommen hat, die Regelung des § 37 Abs. 4 BetrVG zur betriebsüblichen Entwicklung in den § 179 SGB IX für alle Vertrauenspersonen unabhängig vom jeweiligen Beschäftigungsbereich zu übernehmen.
- 118 3. Der Antrag zu 2. auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG ist zulässig, und bis auf die geltend gemachte Mindesthöhe auch begründet.
- 119 a) Der Antrag ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger durfte die konkrete Höhe der von ihm begehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen. § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht bei der Höhe der Entschädigung einen Beurteilungsspielraum ein, weshalb eine Bezifferung des Zahlungsantrags nicht notwendig ist. Erforderlich ist allein, dass der Kläger Tatsachen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrags heranziehen soll, benennt und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angibt (*BAG 14. November 2013 - 8 AZR 997/12 - Rn. 16*). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger hat einen Sachverhalt dargelegt, der dem Gericht die Bestimmung einer Entschädigung ermöglicht, und den Mindestbetrag der für angemessen erachteten Entschädigung mit 15.633,51 Euro beziffert.
- 120 b) Der Antrag ist bis auf die Höhe der geltend gemachten Entschädigung auch begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG im Zusammenhang mit der Bewerbung des Klägers für die Stelle als Personalberater in der Agentur für Arbeit Cottbus einen Anspruch auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe des ausgeurteilten Betrages.
- 121 aa) Der persönliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist eröffnet. Der Kläger ist Beschäftigter iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG. Die Beklagte ist Arbeitgeberin iSv. § 6 Abs. 2 AGG.
- 122 bb) Der Kläger hat den Entschädigungs- und Schadensersatzanspruch auch frist- und formgerecht iSv. § 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht und innerhalb der Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG eingeklagt.
- 123 (1) Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Die Frist beginnt nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Die Darlegungs- und Beweislast für den Zugang der Ablehnung und damit für den Beginn der Frist liegt bei der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber, während die Bewerberin oder der Bewerber den rechtzeitigen Zugang des Geltendmachungsschreibens darzulegen und ggf. zu beweisen hat (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 38*).

- 124 § 61b Abs. 1 ArbGG bestimmt, dass eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden muss.
- 125 (2) Danach sind sowohl die Frist für die schriftliche Geltendmachung als auch die Klagefrist eingehalten.
- 126 (a) Offen bleiben kann, ob eine von § 15 Abs. 4 AGG abweichende tarifliche Regelung nur bei beiderseitiger Tarifbindung zur Anwendung kommt (so *beckOGK/Benecke, AGG Stand: 01.09.2018 § 15 Rn. 94 sowie möglicherweise BAG 15. März 2012 - 8 AZR 37/11 - Rn. 27*) oder ob auch eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen (einschlägigen) Tarifvertrag genügt (so *Bauer/Krieger/Günther, AGG, 5. Aufl. § 15 Rn. 61; wohl auch beckOK ArbR/Roloff, AGG Stand: 01.09.2018 § 15 Rn. 61 und Däubler/Bertzbach/Deinert, AGG 4. Aufl. § 15 Rn. 118*). Es kommt auch nicht darauf an, ob der Kläger tarifgebunden ist oder ob der TV-BA, der in § 39 Abs. 1 TV-BA eine von § 15 Abs. 4 AGG abweichende Ausschlussfrist von sechs Monaten ab Fälligkeit vorsieht, auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nur kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung findet. Davon, dass die Parteien die Anwendung der für die Beklagte geltenden Tarifverträge zumindest arbeitsvertraglich vereinbart haben, ist nach dem beiderseitigen Vorbringen der Parteien ohne Weiteres auszugehen. Auf dies alles kommt es jedoch nicht an. Denn der Kläger hat auch die Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 AGG gewahrt.
- 127 (b) Nachdem die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 15. Juni 2016 für die Stelle in Cottbus eine Absage erteilt hatte, hat der Kläger mit Schreiben vom 16. September 2016 wegen der Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch gegenüber der Beklagten ua. einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht. Zwar weist der Eingangsstempel der Beklagten auf dem Geltendmachungsschreiben als Eingang bei der Beklagten erst den 19. September 2016 aus. Soweit der Kläger behauptet hat, er habe das Geltendmachungsschreiben noch am 16. September 2016, einem Freitag, in den Hausbriefkasten der Dienststelle eingeworfen, fehlen nähere Angaben, wann konkret er das Schreiben dort eingeworfen hat, noch während der üblichen Bürozeiten oder erst zu einem späteren Zeitpunkt. Darauf kommt es jedoch nicht an. Denn die Beklagte hat ihrerseits nicht dargelegt, wann der Kläger das Absageschreiben erhalten hat. Es ist auch keineswegs ausgeschlossen, dass der Kläger das Schreiben nicht schon am 16. Juli 2016 sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt erhalten hat. Dafür spricht schon, dass das Absageschreiben vom 20. Juni 2016 bezüglich der Berliner Stelle nach dem handschriftlichen Vermerk auf dem Schreiben erst am 21. Juni 2016 vom beauftragten Postdienstleister abgestempelt worden ist. Ist das Absageschreiben vom 15. Juli 2016 dem Kläger aber erst nach dem 16. Juli 2016 zugegangen, ist die Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 AGG nach § 188 Abs. 2, § 193 BGB auch dann gewahrt, wenn das Geltendmachungsschreiben erst am Montag, dem 19. September 2016, bei der Beklagten eingegangen ist.
- 128 (c) Entgegen der Ansicht der Beklagten entsprach das Geltendmachungsschreiben des Klägers vom 16. September 2016 auch inhaltlich den Anforderungen des § 15 Abs. 4 AGG. Angaben zur Höhe der geltend gemachten Entschädigung waren zur Wahrung der Frist nicht erforderlich (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 85 mwN.; Däubler/Bertzbach/Deinert, AGG 4. Aufl. § 15 Rn. 129; ErfK/Schlachter, 18. Aufl. § 15 AGG Rn. 16; aA Bauer/Krieger/Günther, AGG 5. Aufl. Rn. 56*).

- 129 (d) Die Klagefrist des § 61b Abs. 1 ArbGG ist ebenfalls eingehalten. Der Kläger hat den Entschädigungsantrag mit Schriftsatz vom 25. November 2016 und damit innerhalb von drei Monaten nach der schriftlichen Geltendmachung angebracht. Der Schriftsatz ist der Beklagten auch noch innerhalb der Frist zugestellt worden.
- 130 cc) Der Kläger ist bei der Auswahlentscheidung für die Stelle in Cottbus wegen seiner Schwerbehinderung objektiv benachteiligt worden. Auf ein Verschulden der Beklagten kommt es nicht an.
- 131 (1) Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen verbietet. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen einer Behinderung. Zudem dürfen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu nach § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 164 Abs. 2 Satz 2 SGB IX) die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.
- 132 (a) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen einer Behinderung oder des Alters eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Demgegenüber liegt nach § 3 Abs. 2 AGG eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.
- 133 (b) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Für den Kausalzusammenhang ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln der oder des Benachteiligenden ist; vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen Grund iSv. § 1 AGG anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt (vgl. BAG 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 19 mwN.).
- 134 (c) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (BAG 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 20).

- 135 (aa) Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*BAG 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 21 mwN.*). Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt das Beweismaß des Vollbeweises. Die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben (*vgl. BAG 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 22 mwN.*).
- 136 (bb) Die Verletzung der in § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) geregelten Verpflichtung öffentlicher Arbeitgeber, schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, begründet regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung, wenn dem öffentlichen Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft einer Bewerberin oder eines Bewerbers bekannt ist (*vgl. BAG 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn 29*). Diese Pflichtverletzung ist nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein (*BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 25*).
- 137 (2) In Anwendung dieser Grundsätze ist der Kläger bei der Auswahlentscheidung für die Stelle in Cottbus wegen seiner (Schwer-)Behinderung benachteiligt worden.
- 138 (a) Die Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung ist gegeben. Indem die Beklagte den Kläger für die Stelle in Cottbus nicht zu einem weiteren Auswahlgespräch eingeladen hat, hat sie gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) verstoßen. Es ist auch davon auszugehen, dass die Beklagte Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers hatte.
- 139 (aa) Nach § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) ist ein öffentlicher Arbeitgeber verpflichtet, einen schwerbehinderten Menschen, der sich auf eine zu besetzende Stelle bewirbt, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Nach § 82 Satz 3 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 4 SGB IX) ist eine Einladung nur entbehrlich, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt (*näher dazu BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 24 mwN.*). Selbst wenn sich der öffentliche Arbeitgeber aufgrund der Bewerbungsunterlagen schon eine Meinung gebildet hat, ein oder mehrere andere Bewerberinnen oder Bewerber seien so gut geeignet, dass die schwerbehinderte Bewerberin oder der schwerbehinderte Bewerber nicht mehr in die nähere Auswahl komme, muss er die schwerbehinderte Bewerberin oder den schwerbehinderten Bewerber einladen, da schwerbehinderte Bewerberinnen oder Bewerber die Chance haben sollen, den öffentlichen Arbeitgeber in einem Vorstellungsgespräch von ihrer Eignung zu überzeugen (*BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn 22*). Insoweit sind schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber zur Herstellung gleicher Bewerbungschancen im Bewerbungsverfahren besser gestellt als nicht schwerbehinderte Konkurrentinnen und Konkurrenten (*vgl. BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 24*).
- 140 (bb) Danach war die Beklagte verpflichtet, den Kläger für die Stelle in Cottbus zu einem weiteren Auswahlgespräch einzuladen. Der Kläger war für die Stelle fachlich nicht offen-

sichtlich ungeeignet. Hierüber gibt es zwischen den Parteien auch keinen Streit. Dass die Beklagte die Stelle in Cottbus nur intern ausgeschrieben hatte, der Kläger sich auf eine weitere Stelle in Berlin mit identischem Anforderungsprofil beworben hatte und die Beklagte für diese Stelle mit dem Kläger ein Auswahlgespräch geführt hatte, steht der Verpflichtung nicht entgegen.

- 141 (aaa) Die interne Ausschreibung der Stelle in Cottbus enthebt die Beklagte nicht von der Verpflichtung, den Kläger zu einem Auswahlgespräch einzuladen.
- 142 (aaaa) Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und einiger Landesarbeitsgerichte bezieht sich die Verpflichtung nach § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX), schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, nur auf Stellen, die auch externen Bewerberinnen und Bewerbern offen stehen und deshalb nach § 82 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 1 SGB IX) der Agentur für Arbeit zu melden sind. Hingegen bestehe keine Einladungspflicht, wenn der öffentliche Arbeitgeber eine Stelle berechtigterweise nur intern ausgeschrieben habe. Denn in diesem Fall bestehe gerade keine Meldepflicht für zu besetzende Arbeitsplätze (*BVerwG 15. Dezember 2011 - 2 A 13/10 - Rn. 18 ff.*, *LAG Saarbrücken 13. Februar 2008 - 1 TaBV 15/07 - unter III der Gründe*, *LAGE § 82 SGB IX Nr. 2*; *LAG Rheinland-Pfalz 5. März 2012 - 5 Sa 597/17 - unter II. der Gründe zitiert nach juris*; *LAG Berlin-Brandenburg 15. März 2017 - 23 Sa 1592/16 - unter 2.1.7 der Gründe, n.v. (Bl. 296 ff. d.A.; offen gelassen LAG Bremen 3. September 2013 - 1 Sa 167/11 - Rn. 82 zitiert nach juris*; *aA Gagel, Anm. zu LAG Saarbrücken 13.02.2008 - 1 TaBV 15/07, jurisPR-ArbR 26/2008 Anm. 4*; *von Roetteken, Anm. zu BVerwG 15.11.2011 - 2 A 13/10, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4*; *LPK-SGB IX/Düwell, 5. Aufl. § 165 Rn. 7*).
- 143 Begründet wird dies mit dem Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang des § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) mit § 82 Satz 1 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 1 SGB IX) sowie dem Zweck der Einladungspflicht. Aus der Formulierung in § 82 Satz 2 SGB IX aF „um einen solchen Arbeitsplatz“ werde ein inhaltlicher Bezug zum Satz 1 des § 82 SGB IX aF und damit zu der dort geregelten Meldepflicht hergestellt (*BVerwG 15. Dezember 2011 - 2 A 13/10 - Rn. 18*). Die Formulierung im Satz 2 ziehe sich auf den gesamte Satz 1 (*LAG Saarbrücken 13. Februar 2008 - 1 TaBV 15/07 - unter III der Gründe, aaO*). Nach § 81 Abs. 1, § 82 Satz 1 bis 3 SGB IX aF (jetzt § 164 Abs. 1, § 165 Satz 1 bis 4 SGB IX) bestehe eine Förderpflicht bezüglich schwerbehinderter Menschen, die arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldet seien. Die Förderung schwerbehinderter Beschäftigter, die sich auf einen intern ausgeschrieben Arbeitsplatz bewerben, werde dagegen vom Normzweck nicht erfasst (*BVerwG 15. Dezember 2011 - 2 A 13/10 - Rn. 23*). Da diese dem öffentlichen Arbeitgeber bereits hinlänglich bekannt seien, bestehe - anders als bei externen Bewerberinnen und Bewerbern - auch kein Bedürfnis für ein Vorstellungsgespräch. (*BVerwG 15. Dezember 2011 - 2 A 13/10 - Rn. 18*; *LAG Saarbrücken 13. Februar 2008 - 1 TaBV 15/07 - unter III der Gründe, aaO*).
- 144 In der Literatur wird dagegen eingewandt, das Wort „solche“ könne sich ebenso gut lediglich auf die im Satz 1 genannten freierwerbenden und zu besetzenden sowie neu eingerichteten Arbeitsplätze beziehen (*LPK-SGB IX/Düwell, 5. Aufl. § 165 Rn. 8*; *Gagel, Anm. zu LAG Saarbrücken 13.02.2008 - 1 TaBV 15/07, jurisPR-ArbR 26/2008 Anm. 4*; *von Roetteken, Anm. zu BVerwG 15.11.2011 - 2 A 13/10, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4*). Auch handele es sich um eine spezifische Schutzbestimmung für Schwerbehinderte iSd. § 5 AGG, die im Lichte von Art. 5 der Allgemeinen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG, Art.

3 Abs. 3 Satz 2 GG und der Art. 2, Art. 27 Abs. 1 BRK als angemessene Vorkehrung, um Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, zur Ausübung eines Berufs und zum beruflichen Aufstieg zu ermöglichen, weit auszulegen sei, um die andernfalls eintretenden Nachteile für Schwerbehinderte so gering wie möglich zu halten (*von Roettenken, Anm. zu BVerwG 15.11.2011 - 2 A 13/10, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4; LPK-SGB IX/Düwell, 5. Aufl. § 165 Rn. 8*). Zudem könnten unberechtigte Vorbehalte und Vorurteile gegenüber Schwerbehinderten, zu deren Beseitigung das Vorstellungsgespräch dienen, auch im bestehenden Beschäftigungsverhältnis bestehen (ebda.). Die zweite Chance, die schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern durch das Vorstellungsgespräch eröffnet werden sollte, die Stelle ungeachtet ihrer Behinderung zu erhalten, sei deshalb auch bei rein internen Stellenbesetzungen von Bedeutung (*vgl. von Roettenken, Anm. zu BVerwG 15.11.2011 - 2 A 13/10, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4*). Außerdem spreche für eine weite Auslegung ein sinnvoller Gleichlauf mit § 7 Abs. 1 B GleichG, der auch dann Anwendung finde, wenn keine externe Stellenbesetzung stattfinden solle (*von Roettenken, Anm. zu BVerwG 15.11.2011 - 2 A 13/10, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4; LPK-SGB IX/Düwell, 5. Aufl. § 165 Rn. 8*).

- 145 Für die in der Literatur vertretene Meinung spricht auch die Entstehungsgeschichte der Regelung. Die Vorgängervorschrift zu § 82 SGB IX aF (jetzt § 165 SGB IX) wurde als § 14a durch das Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 29. September 2000 in das damals geltende Schwerbehindertengesetz eingefügt (*BGBI. I S. 1394*). Nach § 14a Satz 1 SchwbG hatte die Bundesverwaltung „alle freiwerdenden und neu zu besetzenden sowie neue Arbeitsplätze“ frühzeitig der Arbeitsverwaltung zu melden. Nach § 14a Satz 2 und 3 SchwbG waren alle schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerber, die sich auf einen „solchen“ Arbeitsplatz bewerben, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, soweit ihnen die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt. Eine Unterscheidung zwischen interner und externer Besetzung machte die Regelung nicht. Die Einladungspflicht sollte vielmehr über die Meldepflicht hinaus bestehen (*BT-Drs. 14/3372 S. 18*), war also umfassend gemeint. Das Wort „solche“ bezog sich daher auf alle zu besetzenden Arbeitsplätze.
- 146 Bei der Einführung des Neunten Buches Sozialgesetzbuch 2001, wurde § 14a SchwbG im Wesentlichen unverändert in § 82 SGB IX aF übernommen. Die Vorschrift wurde lediglich auf sämtliche öffentliche Arbeitgeber ausgedehnt (*BGBI. I S. 1046*). Durch Art. 2 Nr. 3 Buchst. a) des Bundesteilhabegesetzes vom 23. Dezember 2013 (*BGBI. I S. 3234*) wurden in den Satz 1 des § 82 SGB IX aF die Worte „nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes“ eingefügt. Das diente der Vorwegnahme der durch dasselbe Gesetz (Art. 1) bereits vorgesehenen Fassung des jetzigen § 165 Satz 1 SGB IX (*BT-Drs. 18/10523 S. 69*). Die Änderung erfolgte, weil die Meldung freiwerdender Stellen an die Arbeitsverwaltung aufgrund haushaltsrechtlicher Vorschriften problematisch sein kann und zunächst zu prüfen ist, ob offene Stellen mit vorhandenem Personal besetzt werden können (*BT-Drs. 18/10523 S. 67*). Die gesetzliche Neuregelung betraf also allein die Meldepflicht für offene Stellen, nicht die umfassend bestehende Pflicht, schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen.
- 147 (bbbb) Letztlich bedarf es hier keiner abschließenden Entscheidung, welcher Meinung zu folgen ist. Es kann auch offen bleiben, ob die Beklagte die Stelle in Cottbus berechtigterweise nur intern ausgeschrieben hat (*vgl. dazu BVerwG 15. Dezember 2011 - 2 A 13/10 - Rn. 24*). Denn jedenfalls ist § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) nach seinem Sinn und Zweck anzuwenden, wenn sich ein öffentlicher Arbeitgeber - wie hier die Be-

klagte - entschließt, Auswahlgespräche durchzuführen, weil ihr oder ihm die Papierlage und die Eindrücke der Vorgesetzten und/oder Personalverantwortlichen von den Beschäftigten, die sich auf eine intern zu besetzende Stelle beworben haben, nicht genügen, um deren Eignung, Befähigung und fachliche Leistung ausreichend beurteilen zu können.

- 148 Wie oben unter (aa) ausgeführt, dient § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) der Herstellung gleicher Bewerbungschancen. Schwerbehinderte Menschen sollen, da sie tendenziell schlechtere Chancen haben, einen begehrten Arbeitsplatz zu erhalten, und davon auch der öffentliche Dienst nicht ausgenommen ist, nicht schon nach der Papierlage aussortiert werden können. Vielmehr sollen sie, wenn sie nicht offensichtlich ungeeignet sind, in jedem Fall die Chance erhalten, einen öffentlichen Arbeitgeber in einem persönlichen Gespräch von sich zu überzeugen. Das Bedürfnis, schwerbehinderte Menschen gegenüber nicht schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern besserzustellen, um ihnen gleiche Bewerbungschancen einzuräumen, besteht aber nicht nur bei Stellen, die auch externen Bewerberinnen und Bewerbern offen stehen, sondern auch bei ausschließlich intern zu besetzenden Stellen.
- 149 Zudem verpflichtet § 81 Abs. 1 Satz SGB IX aF (jetzt § 164 Abs. 1 Satz 1 SGB IX) Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Die Vorschrift unterscheidet nicht danach, ob es sich um extern oder intern zu besetzende Arbeitsplätze handelt. Vielmehr besteht nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 SGB IX aF (jetzt § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 SGB IX) auch eine Pflicht zur Förderung des beruflichen Fortkommens schwerbehinderter Menschen (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 38*). Damit korrespondiert die Verpflichtung öffentlicher Arbeitgeber, schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber bei internen Stellenbesetzungen zumindest dann die in § 82 Satz 2 SGB IX aF (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) vorgesehene bevorzugte Behandlung zukommen zu lassen, wenn die Auswahlentscheidung aufgrund von Auswahlgesprächen getroffen werden soll.
- 150 (bbb) Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dem Kläger sei im Rahmen des Auswahlgesprächs für die Stelle in Berlin die Chance eingeräumt worden, sich persönlich vorzustellen. Eine Einladung zu einem weiteren Auswahlgespräch für die Stelle in Cottbus hätte daher zu einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung des Klägers geführt, weil die Stellenprofile und die Fragen und Aufgabenstellungen im Rahmen des strukturierten Interviews identisch gewesen seien.
- 151 Bewirbt sich ein schwerbehinderter Mensch auf mehrere Stelle mit identischem Anforderungsprofil, ist eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch für jede der Stellen entbehrlich, wenn die Auswahl aufgrund eines identischen Auswahlverfahrens erfolgt, die Auswahlkommissionen personenidentisch sind und zwischen den jeweiligen Auswahlentscheidungen nur wenige Wochen liegen (*ArbG Karlsruhe 26. Januar 2016 - 2 Ca 425/15 - unter I. 4. c bb der Gründe, NZW-RR 2016, 294*). Ein solcher Sachverhalt ist hier jedoch nicht gegeben.
- 152 Indem die Beklagte den Kläger nicht zu einem Auswahlgespräch für die Stelle in Cottbus eingeladen hat, hat sie ihm die Chance versagt, sich der Auswahlkommission für die Stelle in Cottbus in ihrer konkreten Zusammensetzung vorzustellen. Denn der Geschäftsführer Interner Service Cottbus Herr D., der einer von zwei entscheidungsberechtigten Mitgliedern der Auswahlkommission für die Stelle in Cottbus war, war bei dem Auswahlgespräch mit dem Kläger für die Stelle in Berlin nicht anwesend und konnte sich keinen persönlichen Eindruck von dem Kläger verschaffen. Die übrigen Mitglieder vermochten

dieses Defizit nicht auszugleichen. Zum einen ist ein persönlicher Eindruck nicht mit einem Eindruck vom Hörensagen gleichzusetzen. Zum anderen sind Eindrücke schon von ihrer Natur her subjektiver Art und vielfältigen, nicht notwendigerweise berechtigten Einflüssen unterlegen.

- 153 Eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Klägers gegenüber Frau B., dadurch dass der Kläger die Fragen und Aufgabenstellungen des strukturierten Interviews bereits aus dem Auswahlgespräch für die Stelle in Berlin kannte, hätte die Beklagte durch die Bildung einer einheitlichen Auswahlkommission vermeiden können oder durch die Zusammenlegung der Auswahlgespräche in Anwesenheit beider Auswahlkommissionen oder durch unterschiedliche Fragen und Aufgabenstellungen.
- 154 (b) Die Beklagte hat die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung nicht widerlegt. Insbesondere sind die Zustimmung der Bezirksschwerbehindertenvertreterin und des Bezirkspersonalrats zur Auswahl von Frau B. sowie die Einhaltung der Mindestbeschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX (jetzt § 154 Abs. 1 Satz 1 SGB IX) nicht geeignet, die Benachteiligung, die der Kläger durch die fehlende Einladung zum Auswahlgespräch erfahren hat, zu widerlegen (vgl. dazu BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 188/12 - Rn. 47).
- 155 (3) Die ausgerichtete Entschädigung in Höhe von etwa einem Bruttomonatsentgelt der Tätigkeitsebene II Stufe 6 TV-BA bezogen auf den Zeitpunkt der Besetzung der Stelle im August 2016 ist angemessen und ausreichend (zu den Bemessungskriterien (BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 161 mwN.).
- 156 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Kläger aus der Auswahl für die Stelle in Cottbus nicht etwa von vornherein ausgenommen, sondern das Ergebnis der Auswahlgesprächs mit dem Kläger für die Stelle in Berlin in die Auswahlentscheidung einbezogen und sich bezüglich des Verfahrens vorher mit der Bezirksschwerbehindertenvertretung abgestimmt hatte und diese keine Bedenken angemeldet hatte. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Handeln der Beklagten nicht dadurch geleitet war, mit dem Kläger kein weiteres Auswahlgespräch führen zu wollen, sondern es ihr darum ging, eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung des Klägers zu vermeiden, was für sich gesehen legitim ist. Außerdem ist davon auszugehen, dass sich die Beklagte einer höchstrichterlichen Entscheidung, die der hier vertretenen Auffassung folgt, beugen wird und ihre bisherige Praxis zum Umgang mit Mehrfachbewerbungen entsprechend anpassen wird, sodass die Entschädigung auch ihre Sanktionswirkung nicht verfehlt.
- 157 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 46 Abs. 2, 64 Abs. 6 ArbGG, § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Danach haben die Parteien die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens im Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen.
- 158 IV. Für die Beklagte ist die Revision nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Im Übrigen liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 72 Abs. 2 ArbGG nicht vor.