

RAin Bettina Weber · Robert-Koch-Str. 1 · 80538 München

Robert-Koch-Str. 1  
80538 München  
Telefon 089 / 82 00 61 10  
Fax 089 / 82 00 61 11  
Email info@ra-bettinaweber.de  
Internet www.ra-bettinaweber.de

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**  
Postfach 34 01 48

80098 München

**vorab per Telefax: 089/2130-320**

München, 20.03.2009  
Unser Zeichen: 00025-08/BW/BW

**AZ VG Ansbach: AN 2 E 08.00885**

## **BESCHWERDEBEGRÜNDUNG**

### **In der Verwaltungsstreitsache**

**Prof. Dr. Ulla Wessels**

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Bettina Weber  
Robert-Koch-Str. 1  
80538 München

gegen

**Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg**  
vertreten durch den Rektor,  
Schlossplatz 4, 91054 Erlangen

**- Antragsgegner -**

beigeladen:

**Der Erzbischof von Bamberg**

bevollmächtigt: Dr. Johannes Siedler

Erzbischöfliches Ordinariat, Domplatz 3, 96049 Bamberg

wegen

**Hochschulrecht, Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO**

**beantrage** ich, namens und im Auftrag der Antragstellerin,

den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach, 2. Kammer, vom 11.12. 2008 aufzuheben und die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen.

Zur **Begründung** der am 04.03. 2009 eingereichten Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgericht Ansbach, 2. Kammer, führe ich aus wie folgt:

Es bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Beschlussbegründung des Verwaltungsgerichts Ansbach, 2. Kammer vom 11.12. 2008.

## **1. Zulässigkeit**

### **1.1. Zulässigkeit des Antrags im Ganzen**

In der Beschlussbegründung der 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Ansbach wird der Antrag der Antragstellerin nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung ihrer Rechte insgesamt als unzulässig angesehen.

Diese Auffassung ist unverständlich und widerspricht den Grundsätzen des effektiven Rechtsschutzes.

Vorliegend handelt es sich um einen Antrag auf einstweilige Anordnung zum Konkurrenzschutz, ein Antrag auf Sicherungsanordnung, d. h. zur Sicherung des Status quo. Mit dem Antrag soll die Fortsetzung des Berufungsverfahrens sowie v. a. die Besetzung der hier streitgegenständlichen W3-Professorenstelle am Lehrstuhl Philosophie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg unter der Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats gestoppt werden. Begründet ist der Antrag damit, dass durch die Ausschreibung der Stelle sowie das derzeit laufende Berufungsverfahren unter der Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt wird.

Im Bereich des Konkurrenzschutzes in Bezug auf die Besetzung von öffentlichen Ämtern, von beamtenrechtlichen Stellen, steht den Betroffenen ausschließlich der Weg über den einstweiligen Rechtsschutz offen, um ihre Ziele zu verwirklichen, d.h. ihre Rechte zu sichern.

Ist erst einmal eine Stelle von den Verantwortlichen besetzt, d.h. hier ein Kandidat für die Professur berufen, ist den nicht berücksichtigten Kandidaten der Rechtsschutz - wegen der Ämterstabilität und des Vertrauensschutzes - im einstweiligen Verfahren wie auch im Hauptsacheverfahren (in der Regel) abgeschnitten.

So auch hier. Daher ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 Abs. 1 VwGO auf Aussetzung des laufenden Berufungsverfahrens die einzig gegebene Rechtsschutzmöglichkeit für die Antragstellerin. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist hier erforderlich, um wesentliche Nachteile für die Antragstellerin abzuwenden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung, vgl. BverfG, 2 BvR 1586/07 vom 24.9.2007, entschieden, dass der Anspruch eines jeden Bewerbers, auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung, der sog. Bewerbungsverfahrensanspruch, sich nur vor der Ernennung eines ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO effektiv sichern lässt. Wird hingegen die im Streit stehende Stelle besetzt, bleibt dem unterlegenen Bewerber sowohl die erfolgreiche Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache grundsätzlich versagt.

So stellt dies auch die 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Ansbach in der Beschlussbegründung richtig dar, macht dann jedoch in Ansehung des vorliegenden Falles eine Kehrtwende und verneint die Zulässigkeit des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz der Antragstellerin. Ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz sei erst mit der Bekanntgabe der Ablehnung zulässig.

Diese Auffassung ist unakzeptabel und widerspricht dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes. In universitären Berufungsverfahren wird den nicht ausgewählten Kandidaten ihre Ablehnung i. d. R. nicht mitgeteilt. So ist auch, wie das Gericht richtig feststellt, in § 18 BayHSchPG keine förmliche Mitteilungspflicht der Universität an die nicht ausgewählten Bewerber vorgesehen.

Wenn überhaupt, dann erfolgt diese Mitteilung nach Abschluss des Berufungsverfahrens, d.h. zeitgleich mit der Berufung des ausgewählten Kandidaten. Zu diesem Zeitpunkt verbleibt den nicht ausgewählten Kandidaten keine Zeit mehr, effektiv Rechtsschutzmaßnahmen gegen die Berufung des Konkurrenten einzuleiten.

Auch hier ist der Antragstellerin bis heute offiziell keine Mitteilung von der Universität Erlangen-Nürnberg gemacht worden, dass sie nicht für die Besetzung der Professur ausgewählt wurde. Es ist unzumutbar, der Antragstellerin ein Zuwarten bis zu einer eventuellen Benachrichtigung aufzuerlegen, bevor sie Rechtsschutz geltend machen können soll. Sie wird dadurch dem Risiko ausgesetzt, dass sie eine Benachrichtigung zu spät oder gar nicht erreicht und ihr dann, nach der Besetzung der Stelle, die Möglichkeit auf Rechtsschutz verwehrt ist.

Die Antragstellerin wird durch die Entscheidung der 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Ansbach, ihren Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz als unzulässig abzulehnen und ihr ein weiteres Zuwarten bis zu einer eventuellen Bekanntgabe ihrer Ablehnung zuzumuten, die Möglichkeit des Rechtsschutzes abgeschnitten. Das kann und darf aber nach dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nicht sein.

Die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtes zur Unzulässigkeit des Antrags als Ganzem stellt damit einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlich garantierte Rechtswegegarantie des Art. 19 Abs. 4 GG dar.

### **1.2. „Antrag verfrüht und gegen den falschen Antragsgegner gerichtet“**

Des weiteren wird im Beschluss der 2. Kammer des Verwaltungsgericht Ansbach ausgeführt, der Antrag sei verfrüht und richte sich ohnehin gegen den falschen Antragsgegner. Er sei schon deshalb als unzulässig abzulehnen.

Begründet wird diese Auffassung damit, dass zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch keine Entscheidung im Berufungsverfahren gefällt gewesen und daher der Antrag verfrüht sei. Die Aktivitäten der Universität im Rahmen der Auswahl der geeigneten Bewerber, hier die gesamte fachliche wie pädagogische Auswahl, seien reine Mitwirkungshandlungen ohne Rechtswirkung. Das Berufungsverfahren befände sich noch in einem internen, vorläufigen Stadium ohne konkrete Außenwirkung.

Die tatsächliche Entscheidung über den Ruf eines Kandidaten bzw. der Ruf selbst erfolge durch das Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst. Erst wenn dieses einen Ruf erteilt habe, sei eine Entscheidung getroffen, gegen die Rechtsmittel der Mitkonkurrenten angezeigt seien. Die Berufung eines Professors sei Aufgabe des Staatsministeriums und nicht die der Universität.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

Die Rolle der Universität im Rahmen des Berufungsverfahrens für eine Professur kann keinesfalls auf reine interne Mitwirkungshandlungen reduziert werden. Gemäß Art. 18 Abs. 1 BayHSchPG ist es ausschließlich die Hochschulleitung einer Universität, die darüber entscheidet, ob überhaupt eine Professorenstelle ausgeschrieben wird, und für welche konkrete Fachausrichtung die Ausschreibung erfolgt. Gemäß Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG ist es auch die Hochschule, genauer der Fakultätsrat im Einvernehmen mit der Hochschulleitung, die den Berufungsausschuss bildet und das Berufungsverfahren, d.h. das Auswahlverfahren für einen geeigneten Kandidaten, konkret durchführt. Die fachliche, pädagogische sowie persönliche Beurteilung der Kandidaten liegt allein bei der Hochschule. Der Berufungsausschuss wählt die Kandidaten für die Berufsungsliste auf Grund ihrer Qualifikationen - Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung - aus den Bewerbern aus. Die Erstellung der Bewerberliste, die sog. Dreierliste, liegt allein in der Zuständigkeit der Hochschule.

Im Rahmen dieses Auswahlverfahrens wird bei konkordatsgebundenen Lehrstühlen zusätzlich das Kriterium des kirchlich-katholischen Standpunktes in die Bewertung der Kandidaten miteinbezogen. (Gegen dieses zusätzliche unzulässige Kriterium bei der Auswahl eines Bewerbers für eine Professur wendet sich der Antrag der Antragstellerin.)

Auch hier wurde das Auswahlverfahren von der Antragsgegnerin durchgeführt: die Bewerber wurden vom Berufungsausschuss zunächst in drei Gruppen unterteilt. Welche Kriterien hierbei angewendet wurden, ist weitgehend unklar. Sodann wurden von 21 Bewerbern schriftliche Arbeiten angefordert und von diesen wiederum 6 Personen zu einer Probevorlesung geladen. In der Folge wurde eine Liste der favorisierten Kandidaten erstellt.

Erst nach Abschluss dieses Auswahlverfahrens, d.h. der fachlichen, pädagogischen wie auch persönlichen Begutachtung der Kandidaten durch den Berufungsausschuss der Hochschule sowie den weiteren Abstimmungen in den universitären Gremien, wird der erarbeitete Vorschlag dem Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst vorgelegt. Dieses wählt (i. d. R.) einen der drei vom Berufungsausschuss der Hochschule ausgewählten Kandidaten aus und beruft diesen zum Professor.

Damit liegt die entscheidende fachliche Einschätzung, die fachliche Einschätzungsprärogative bezüglich der Kandidaten für eine Professur, allein bei der Hochschule bzw. bei dem von der

Hochschule, der zuständigen Fakultät, gebildeten Berufungsausschuss. Die Hochschule ist in ihrem Auswahlverfahren vollständig autonom, der Freistaat Bayern bzw. das Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst darf in diese Rechte der Hochschule nicht eingreifen. Jede Einmischung von Seiten des Staatsministeriums wäre ein Verstoß gegen das akademische Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen.

Das staatliche Berufsrecht ergänzt also nur das Auswahl- und Vorschlagsrecht der Universität. Mittels der Zustimmung des Staatsministeriums wird die fachliche Einschätzung des Berufungsausschusses der Hochschule nochmals einer Kontrolle unterzogen, die insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 116 und Art. 94 Abs. 2 BV an Eignung, Leistung und Befähigung des Bewerbers auszurichten ist. Bezüglich der fachlichen Qualifikation der Bewerber kommt allerdings dem Berufungsvorschlag der Universität besonderes Gewicht zu. Er schafft Vorgaben, von denen auch der zuständige Staatsminister nicht ohne nähere Begründung abweichen kann, vgl. BayVerfGH, Urteil vom 07.05. 2008, AZ Vf.19-VII-06.

Es kann daher hier nicht der Auffassung des Verwaltungsgerichts Ansbach gefolgt werden, dass sämtliche Aktivitäten der Hochschule zur Berufung eines Professors rein interne Vorbereitungshandlungen ohne Rechtswirkungen seien. Ist doch die Erstellung der Dreierliste der wesentliche Entscheidungsvorgang innerhalb des Berufungsverfahrens, dem das Ministerium in der Regel auch folgt. Die Zustimmung des Ministeriums mit der anschließenden Berufung des von der Universität ausgewählten Kandidaten ist damit lediglich als eine Bestätigung der Entscheidung der Universität zu werten.

Die Universität hat also die entscheidende Verantwortlichkeit für das Berufungsverfahren. Sie entscheidet überhaupt über die Neubesetzung einer Professorenstelle und ist inhaltlich und fachlich zuständig für die Auswahl der geeigneten Kandidaten.

Da, wie beschrieben, die Entscheidung bezüglich der Auswahl der Bewerber nach Eignung und Befähigung ausschließlich von den Universitäten getroffen werden, d.h. die Verantwortung für die Auswahl bei den Universitäten liegt, wurde bereits in einer Reihe von Bundesländern (Brandenburg, Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen und Hamburg) die Gesamtverantwortlichkeit für das Berufungsverfahren auf die Hochschulen übertragen und auf das Erfordernis der ministeriellen Zustimmung verzichtet.

Hier nun die ministerielle Zustimmung zur Auswahl der Universität und den Ruf des ausgewählten Kandidaten als den eigentlichen Akt der Berufung sehen zu wollen und das

gesamte universitäre Berufungsverfahren (Ausschreibung, Bildung des Berufungsausschusses, Begutachtung der Kandidaten, Probevorlesungen, Abstimmungen in den universitären Gremien, Erstellung der Dreierliste etc.) als reine Mitwirkungshandlungen ohne verbindlichen Charakter abzuqualifizieren, so wie es das Verwaltungsgericht Ansbach hier tut, wird der Sachlage nicht gerecht.

Die eigentlichen und verbindlichen Entscheidungen bezüglich der Auswahl der Kandidaten aus den vielen Bewerbern werden von der Universität getroffen und nicht vom Staatsministerium. Letzteres beruft in der Regel einen der von der Universität ausgewählten Kandidaten. Auch wenn der Minister an der Reihung der Vorschlagsliste nicht gebunden ist (Art. 18 Abs. 6 BayHSchPG), so kann er doch keinen anderen, von der Universität nicht auf die Liste gesetzten Bewerber berufen.

Auch hier hat die Universität Erlangen-Nürnberg bzw. der von ihr gebildete Berufungsausschuss im Berufungsverfahren bezüglich der streitgegenständliche Professur und auch bereits zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung weittragende Entscheidungen bezüglich der Kandidaten getroffen (in der ersten Sitzung am 13.2.2008 wurden zwei Drittel der Kandidaten aussortiert, in der zweiten Sitzung vom 28.04.2008 blieben sechs Kandidaten übrig). Für alle übrigen Kandidaten, wie auch für die Antragstellerin, hat der Berufungsausschuss bereits zu diesem Zeitpunkt das Aus für deren Bewerbung beschlossen. Diese Entscheidung ist daher nicht als reine Mitwirkungshandlung ohne Außenwirkung zu qualifizieren, sondern sie ist die tragende Entscheidung mit Außenwirkung für all diese Kandidaten, wie auch die Antragstellerin.

Unabhängig vom Rechtscharakter des von der Universität betriebenen Verfahrens ist ohnehin festzustellen, dass der Rechtsschutz nach § 123 VwGO nicht vom Vorliegen eines Verwaltungsakts abhängt.

Jedenfalls ist hier die Universität Erlangen-Nürnberg als mindestens gleichberechtigter Partner im gesamten Berufungsverfahren derzeit richtiger Antragsgegner.

Es sei hier ergänzend mitgeteilt, dass der Antrag der Antragstellerin ursprünglich auch gegen den Freistaat Bayern gerichtet war, da nach Auffassung der Antragstellerin und ihrer Bevollmächtigten nur beide gemeinsam, Universität und Staatsministerium, die Auswahl eines geeigneten Kandidaten und dessen Berufung verwirklichen können.

Die 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Ansbach hat jedoch im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 11.12. 2008 der Antragstellerin, sowie auch den Antragstellern der weiteren Parallelverfahren, dringend dazu geraten hat, diesen Antrag zurückzunehmen, da er derzeit verfrüht sei. Bisher hätte ja nur die Universität gehandelt und daher sei der Antrag gegen diese zu richten.

**Beweis:** 1. Dr. Gerhard Czermak, wohnhaft Bürgermeister-Ebner-Str. 33, 86316 Friedberg  
2. Prof. Dr. Theodor Ebert, wohnhaft Schobertweg 41, 91056 Erlangen

**als Zeugen**

Nun in ihrer Entscheidung genau das Gegenteil festzustellen, den Antrag gegen die Universität als verfrüht, damit als unzulässig zu werten und den Antrag gegen den Freistaat Bayern zu verlangen, ist widersprüchlich und wirft Fragen bezüglich der Prozessführung des Gerichts auf. Es erscheint als unlauter, in der mündlichen Verhandlung eine eindringliche richterliche Empfehlung zu geben und diese dann in der Entscheidung ins Gegenteil zu wenden. Ein derartiger Verstoß gegen die Hinweispflicht des § 86 Abs. 83 VwGO ist außergewöhnlich.

### **1.3. Antragsbefugnis**

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Ansbach weist den Antrag der Antragstellerin darüber hinaus als unzulässig wegen angeblich mangelnder Antragsbefugnis der Antragstellerin zurück.

Als Begründung dafür wird angegeben, dass die Antragstellerin durch die Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats im Berufungsverfahren für die hier streitgegenständliche Professur nicht beeinträchtigt bzw. benachteiligt worden sei.

Dies ist jedoch tatsächlich anders zu sehen.

Bereits die Ausschreibung der hier streitgegenständlichen Stelle mit dem Hinweis auf die Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats stellt eine unerlaubte Benachteiligung, eine Diskriminierung der Antragstellerin dar. Die Ausschreibung verstößt gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, gegen § 11 AGG. Durch die so erfolgte Ausschreibung wird die Antragstellerin in ihren Rechten auf gleichberechtigte Bewertung, auf ein fehlerfreies Auswahlverfahren und auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über ihre Bewerbung verletzt.



Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist über § 24 AGG auch für Beamte anwendbar. Nach dem eindeutigen Inhalt des § 11 AGG darf eine Stelle nicht unter Verstoß des § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden. § 7 Abs. 1 AGG normiert ein Benachteiligungsverbot für alle Beschäftigten. Kein Beschäftigter darf wegen einer der in § 1 AGG genannten Gründe benachteiligt werden. Zu den Gründen in § 1 AGG gehört auch die Religion und die Weltanschauung. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz nach § 9 AGG ist hier nicht gegeben, da der Dienstherr die Universität und keine Religionsgemeinschaft oder eine ihr zugeordnete Einrichtung ist.

Es werden durch die erfolgte Ausschreibung der Professur unter Hinweis auf die Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats alle Kandidaten benachteiligt, denen der zuständige Diözesanbischof nicht einen katholisch-kirchlichen Standpunkt zubilligt. Das Neutralitätsgebot des § 11 AGG verbietet aber Ausschreibungen, in denen Auswahlkriterien vorweggenommen werden. Die Ausschreibung verstößt damit gegen Normen des AGG und verletzt die Antragstellerin als konfessionslose Bewerberin in ihren Rechten. Es wird bereits in der Ausschreibung festgelegt, dass ein weiteres Kriterium, das des katholisch-kirchlichen Standpunktes, bei der Beurteilung der Bewerber für die Professur berücksichtigt werden wird.

Die Auffassung des Verwaltungsgerichts Ansbach, die Anmeldung von Rechten eines Betroffenen wegen eines Verstoßes gegen das AGG sei bereits verfristet, ist nicht korrekt. Die vom Gericht hier vorgebrachte Frist des § 21 Abs. 5 AGG bezieht sich auf die Geltendmachung (zivilrechtlicher) Schadensersatzansprüche wegen erlittener Diskriminierung. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist aber nicht Inhalt des Begehrens der Antragstellerin. Allenfalls wäre hier für eine Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Arbeitgeber auf Entschädigung und Schadensersatz die Frist des § 15 Abs. 4 AGG einschlägig. Diese Frist beginnt aber erst nach Bekanntgabe der Ablehnung der Antragstellerin zu laufen.

Wie bereits mitgeteilt, ist der Antragstellerin bis heute keine offizielle Ablehnungsbenachrichtigung der Antragsgegnerin zugegangen. Damit hat der Fristlauf noch nicht begonnen.

Das Begehren der Antragstellerin hat ohnehin ein anderes Ziel: das derzeit laufende Berufungsverfahren für die hier streitgegenständliche Stelle wegen Verstoßes gegen das AGG - sowie wegen der Verletzung mehrerer Grundrechtsgarantien und eines Verstoßes gegen die EU-Richtlinie 2000/78/EG - einstellen zu lassen. Dies hätte dann zur Folge, dass die Stelle, ggf. nach

einer – dem Gesetzgeber jederzeit möglichen – Teilaufhebung des Konkordatsgesetzes, neu und ohne Konkordatsklausel ausgeschrieben wird. Darauf, dass der Landesgesetzgeber dazu ohnehin wegen mehrfachen Verstoßes gegen höherrangige Rechtsvorschriften (AGG, Grundgesetz, Europarecht) verpflichtet ist, ohne Rücksicht auf den nicht verfassungsfesten Konkordatsvertrag, sei hier nur hingewiesen.

Das aktuell laufende Berufungsverfahren ist mit einem anfänglichen Fehler behaftet, da bereits die Ausschreibung der Professur unter Verstoß gegen das AGG erfolgte. Damit ist die Rechtmäßigkeit des gesamten Berufungsverfahrens in Frage gestellt, da es auf einer diskriminierenden Ausschreibung beruht. Dies verletzt die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten, daher verfügt sie über eine Antragsbefugnis.

Es ist darüber hinaus hier davon auszugehen, dass die Kandidatin im Berufungsverfahren der Universität auch wegen ihrer Konfessionslosigkeit aussortiert worden ist, spätestens jedoch vor der Berufung durch den zuständigen Staatsminister wäre sie durch eine Erinnerung des Erzbischofs als Kandidatin ohne Konfession aussortiert worden. Dies stellt eine unerlaubte Diskriminierung der Antragstellerin dar.

Im Beschluss der 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Ansbach wird geäußert, es hätten sich aus den Protokollen des Berufungsausschusses sowie aus den Aussagen des Ausschussvorsitzenden in der mündlichen Verhandlung keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Kandidatin wegen ihrer fehlenden Konfession nicht weiter berücksichtigt worden sei. Tatsächlich wird in einem Protokoll als Grund für die Ablehnung genannt, sie habe technische Arbeiten abgeliefert und nur eine Mitherausgeberschaft bei ihren Veröffentlichungen angegeben. Es bestünden zudem Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung der Antragstellerin (diese werden mit keinem Wort begründet). Zusätzlich sei die Gewinnungswahrscheinlichkeit der Antragstellerin, die nach Aussage des Berufungsausschussvorsitzenden bei der Erstellung der Dreierliste eine wesentliche Rolle spiele, nicht hoch, da sie bereits eine Professur an der Universität Saarbrücken inne habe.

Die Antragstellerin teilte hierzu in der mündlichen Verhandlung deutlich mit, dass sie großes Interesse an dieser Stelle hat, nicht zuletzt, da sie derzeit nur eine W2-Professur in Teilzeit besetze, sh. Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 11.12. 2008, Seite 7. Des weiteren teilte die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung - wie ebenfalls auf ihrer Internetseite deutlich erkennbar ([www.uwessels.de](http://www.uwessels.de)) - mit, dass sie eine Reihe von Veröffentlichungen und

Herausgeberschaften vorweisen kann und diese auch ihrer Bewerbung für die streitgegenständliche Stelle angefügt habe.

Zudem erscheint es mehr als unwahrscheinlich, dass im gesamten Berufungsverfahren an der Universität das Kriterium der Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats, d.h. der kirchlich-katholische Standpunkt der Kandidaten, keine Rolle gespielt haben soll.

Aus der Antragserwiderung des Kanzlers der Universität Erlangen-Nürnberg vom 07.07. 2008 wird vielmehr mehr als deutlich, wie hoch die Bedeutung eines ausreichenden kirchlich-katholischen Standpunktes für die Kandidaten dieser Professur von den Verantwortlichen der Universität Erlangen-Nürnberg angesetzt wird. Der Kanzler befürchtet ohne die Berücksichtigung eines kirchlich-katholischen Standpunktes eine Gefahr für den verfassungsrechtlich normierten Toleranzauftrag im Schulwesen sowie eine Gefährdung der Kultur- und Bildungswerte und unterstellt Kandidaten ohne einen ausreichenden kirchlich-katholischen Standpunkt gar eine kirchenfeindliche Haltung, vor der die Studierenden, v. a. weil diese später unsere Kinder erziehen, unbedingt zu schützen seien.

Unter Einbeziehung des sehr deutlichen Inhaltes des Schriftsatzes der Gegenseite bezüglich der von dieser gesehenen Notwendigkeit eines kirchlich-katholischen Standpunktes für diese Professur erscheint die Schlussfolgerung des Gerichts wenig nachvollziehbar, dass dieses Kriterium bei der Auswahl der in Frage kommenden Kandidaten keinerlei Rolle gespielt haben soll. Das Argument, es seien auch ein Bewerber mit evangelischer Konfession und Bewerber ohne Angabe der Konfession geladen worden, beweist tatsächlich nichts.

Die Antragstellerin ist konfessionslos und eben nicht evangelisch, und die Nichtangabe der Konfession in der Bewerbung anderer Kandidaten beweist keinesfalls, dass diese konfessionslos sind oder nicht der katholischen Kirche angehören. Zudem wird sich die Universität, d.h. der Berufungsausschuss, auch anderer Quellen als den Bewerbungsanschreiben bedienen, um über die Konfessionszugehörigkeit der Bewerber Kenntnis zu erlangen.

So sind nun auch beide in die enge Wahl gezogenen Kandidaten, Prof. Dr. Christoph Horn und Prof. Dr. Kirsten Meyer, Angehörige der katholischen Konfession.

Es kann aber auch für die Antragsbefugnis nicht darauf ankommen, welche mutmaßlichen internen Erwägungen bei den einzelnen Ausschussmitgliedern eine Rolle gespielt haben, da das

gesamte Verfahren von Anfang an objektiv rechtswidrig war und die Rechte der Antragstellerin verletzt.

Was die vom Dekan und Vorsitzenden des Berufungsausschusses in der mündlichen Verhandlung als wichtig eingestuften Gewinnungswahrscheinlichkeit der Kandidaten angeht, so lässt sich bezüglich beider in die engere Wahl gezogenen Kandidaten feststellen, dass deren Gewinnungswahrscheinlichkeit als wesentlich geringer als die der Antragstellerin anzusehen ist: Professor Dr. Christoph Horn, der vom Berufsausschuss für Position 1 der Liste favorisiert wird, hat eine C4 Professur in Vollzeit an der Universität Bonn inne, Professorin Dr. Kirsten Mayer hat eine Juniorprofessur in Vollzeit an der Humboldt-Universität Berlin inne.

Diese Konstellation lässt das Argument der mangelnden Gewinnungswahrscheinlichkeit in Bezug auf die Antragstellerin als eher vorgeschoben erscheinen, da diese tatsächlich mit der höchsten Gewinnungswahrscheinlichkeit ausgestattet ist.

## **2. Begründetheit**

### **2.1. „keine Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs“**

Die 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Ansbach sieht darüber hinaus den Antrag der Antragstellerin auch als unbegründet an, da die Antragstellerin keinen Anordnungsanspruch glaubhaft habe machen können.

Dies ist ebenfalls eine falsche Wertung.

Ein Anordnungsanspruch ist glaubhaft gemacht, wenn das Vorliegen der Tatsachen, die ihn begründen, „überwiegend wahrscheinlich“ erscheint, vgl. BVerfG vom 29.07. 2003, Az. 2 BvR 311/03.

Hier liegt die Benachteiligung der Antragstellerin im Berufungsverfahren, d.h. ein Fehler im Auswahlverfahren, bereits darin, dass durch die Ausschreibung der Stelle mit dem Hinweis der Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats das Recht der Antragstellerin auf gleichberechtigte Berücksichtigung bei der Stellenbesetzung überwiegend wahrscheinlich verletzt ist.

Die Ausschreibung und Durchführung des Berufungsverfahrens der Professorenstelle unter Geltung und Berücksichtigung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats stellt neben dem Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG, ebenfalls (u. a.) einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 und 3 GG dar.

Art. 33 Abs. 2 GG garantiert allen Deutschen - nach ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung - den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern. Art. 33 Abs. 2 GG fordert den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern, und zwar sowohl bei der Einstellung wie auch bei späteren Beförderungen. Die Gleichheit beim Zugang gewährt Art. 33 Abs. 2 GG unter den Voraussetzungen der erforderlichen Qualifikation für die Ausübung des öffentlichen Amtes. Hier geht es um die Besetzung der Professorenstelle für Praktische Philosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg. Die Antragstellerin erfüllt die notwendigen Anforderungen an die fachlichen und pädagogischen Voraussetzungen zur Ausübung dieses öffentlichen Amtes, sie ist fachlich wie persönlich geeignet und befähigt für dieses öffentliche Amt. Bei der Übertragung, hier Berufung, öffentlicher Ämter darf ausschließlich auf die drei in Abs. 2 genannten Kriterien - Eignung, Befähigung und fachliche Leistung - abgehoben werden. Nicht berücksichtigt werden dürfen vor allem die in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Gruppenzugehörigkeiten. Zu diesen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gruppenzugehörigkeiten gehören auch der Glaube und die religiösen Anschauungen. Art. 3 Abs. 3 GG verbietet eine Benachteiligung oder Bevorzugung aufgrund einer der dort genannten Gruppenzugehörigkeiten, also auch aufgrund des Glaubens oder der religiösen Anschauungen.

Da kein unmittelbarer oder untrennbarer Zusammenhang zwischen Konfessionszugehörigkeit und dem öffentlichen Amt einer Professur für Praktische Philosophie besteht, darf auch bei der Besetzung der Professur nicht auf die Konfessionszugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit abgehoben werden, ein Kandidat nicht wegen seines Glaubens bevorzugt oder benachteiligt werden. Durch die Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats bei der Ausschreibung und Besetzung der Professorenstelle wird jedoch genau eine Benachteiligung aufgrund des Glaubens und der religiösen Anschauungen praktiziert.

Art. 33 Abs. 3 GG ist eine besondere Ausprägung des Art. 3 Abs. 3 GG. Art. 33 Abs. 3 GG legt fest, dass die Zulassung zu öffentlichen Ämtern unabhängig von dem religiösen Bekenntnis ist. Niemandem darf aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis ein Nachteil erwachsen. Dies ist jedoch hier vorliegend der Fall.

Der Antragstellerin erwächst durch die Anwendung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats bei der Besetzung der Professorenstelle wegen ihrer Nichtzugehörigkeit zu einem bestimmten religiösen Bekenntnis ein Nachteil. Es ist konkret davon auszugehen, dass ihre Bewerbung (auch) wegen der Nichtzugehörigkeit nicht berücksichtigt oder sie spätestens durch die Erinnerung des Diözesanbischofs von der Berufung ausgeschlossen wird. Art. 33 Abs. 3 GG verbietet aber eine Differenzierung bei der Besetzung öffentlicher Ämter unter konfessionellen Gesichtspunkten.

Daher verstößt die Ausschreibung und Besetzung der Professorenstelle unter Berücksichtigung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats gegen Art. 33 Abs. 2 und 3 GG.

Das Gebot der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG dient nicht nur dem öffentlichen Interesse an einer optimalen Besetzung öffentlicher Ämter, sondern bezweckt auch den Schutz des Einzelnen, wie auch der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG deutlich macht und die Einordnung als grundrechtsgleiches Recht in Art. 93 Abs.1 Nr. 4a GG unterstreicht. Es handelt sich daher nach der Schutznormtheorie um ein subjektives öffentliches Recht, vgl. BVerwGE 80,123/124.

Im Hinblick auf das möglicherweise verletzte subjektive Recht der Antragstellerin aus Art. 33 Abs. 2 GG auf Berücksichtigung bei der Stellenausschreibung, ist die Antragstellerin hier antragsbefugt.

Der Anordnungsanspruch ist darin zu sehen, dass eine Rechtsverletzung, eine Benachteiligung der Antragstellerin wegen der Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats, für sie als konfessionslose Bewerberin nicht auszuschließen ist bzw. angenommen werden muss.

Selbst der Vertreter des Ministeriums hat in der mündlichen Verhandlung geäußert, dass die Argumente bezüglich der Verfassungswidrigkeit des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats gewichtig seien, sh. Niederschrift zur mündlichen Verhandlung am 11.12. 2008, Seite 6. Er führte sogar aus, dass er zugeben müsse, dass die Verfassungswidrigkeit der Konkordatslehrstühle viel leichter zu begründen sei als ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit. Zusätzlich gab der Vorsitzende der 2. Kammer dem Vertreter des Ministeriums in der mündlichen Verhandlung den dringenden Rat, sich mit dem Heiligen Stuhl um eine verfassungskonforme Lösung dieser Angelegenheit zu bemühen.

**Beweis:** 1. Dr. Gerhard Czermak, wohnhaft Bürgermeister-Ebner-Str. 33, 86316 Friedberg  
2. Prof. Dr. Theodor Ebert, wohnhaft Schobertweg 41, 91056 Erlangen

**als Zeugen**

Die Behauptungen des Verwaltungsgerichtes Ansbach, es seien keine die Antragstellerin beeinträchtigenden Rechtsfehler, d.h. keine Benachteiligung der Antragstellerin, zu erkennen, da das Konkordat im bisherigen Verfahren keine Rolle gespielt habe, fußen ausschließlich auf einer kurzen Aussage des Dekans der Fakultät in der mündlichen Verhandlung.

Die ausführlichen schriftlichen Äußerungen des Kanzlers im Verfahren lassen jedoch anderes vermuten, macht dieser doch mit Vehemenz deutlich, dass der Universität das Erfordernis eines kirchlich-katholischen Standpunktes der Bewerber bei der Besetzung der hier streitgegenständlichen Professur sehr wichtig ist, s. o. Dass dies im Berufungsverfahren bisher keinerlei Rolle gespielt haben soll, erscheint daher sehr unwahrscheinlich und ist auch nicht bewiesen.

Darüber hinaus stellt, wie bereits ausgeführt, schon die Ausschreibung der Stelle unter dem Hinweis der Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats eine Rechtsverletzung der Antragstellerin dar, da über die erlaubten Kriterien bei der Auswahl der Bewerber für ein öffentliches Amt ein weiteres, nämlich der kirchlich-katholische Standpunkt, unerlaubterweise hinzugefügt wird.

Ein Anordnungsgrund ist hier ohnehin gegeben, da die Gefahr besteht, dass ein anderer Bewerber ausgewählt und die Stelle besetzt wird, d.h. dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts der Antragstellerin vereitelt werden könnte.

Die Einschätzung des Verwaltungsgerichts Ansbach, dass selbst wenn man mit der Antragstellerin von einer Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Konkordats ausginge, kein Anspruch auf Untersagung der Fortsetzung des Verfahrens bestünde, geht ebenfalls fehl. Ein Verfahren, welches unter der Geltung eines verfassungswidrigen Gesetzes durchgeführt wird, ist selbstredend unverzüglich zu stoppen, um Rechtsverletzungen der Beteiligten zu abzuwenden.

## 2.2. Missdeutung des Vetorechts

Auch der Versuch des Verwaltungsgerichts Ansbach, das Recht des Diözesanbischofs zur Erhebung einer Erinnerung bezüglich eines Kandidaten als „lediglich ein Vetorecht“ in seiner Bedeutung herabzustufen, geht fehl. Ist doch ein Vetorecht eine Einspruchsmöglichkeit durch die die Durchführung bzw. Umsetzung des ergangenen Beschlusses, hier der Auswahl der geeigneten Bewerber durch die Universität und die Zustimmung zu einem Kandidaten durch das Staatsministerium, verhindert wird. Das Vetorecht ist also ein starkes Recht, so auch hier das Recht des Diözesanbischofs bei der Berufung eines Professors für ein nichtkirchliches öffentliches Amt. Dies steht auch im Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Prinzip der Trennung von Staat und Kirche.

Dass die Kirche nicht in das Berufungsverfahren der Universität selbst „hineinregiert“, steht außer Frage; ihr Einfluss auf die Berufung insgesamt ist jedoch durch das bischöfliche Vetorecht entscheidend, letztlich maßgebend. Dies ist nicht mit dem Grundgesetz, der Bayerischen Verfassung und EG-Recht vereinbar.

## 2.3. Verstoß gegen EU-Recht

Abschließend sei noch mitgeteilt, dass die EU-Kommission in Brüssel ebenfalls mit der Bewertung bezüglich der Übereinstimmung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats mit dem EU-Recht befasst ist.

Nach eingehender Analyse ist die EU-Kommission zu dem Ergebnis gekommen, dass die Regelungen des Bayerischen Konkordats, dass bei der Ernennung von Professoren an staatlichen bayerischen Universitäten, die in der Lehrerausbildung in den Fächern Philosophie, Gesellschaftswissenschaften und Pädagogik tätig werden, diese vor ihrer Ernennung vom zuständigen Diözesanbischof akzeptiert werden müssen, nicht in Übereinstimmung mit der Richtlinie 2000/78/EG stehen.

**Beweis:** Schreiben eines Mitgliedes der Europäischen Kommission vom 13.02. 2009

Damit ist ein Anordnungsanspruch der Antragstellerin hinreichend glaubhaft gemacht, da die ihn begründenden Tatsachen, ein Verstoß gegen das AGG, gegen Art. 33 Abs. 2 und 3 GG und gegen EU-Recht, überwiegend wahrscheinlich sind.



Wegen der Details der verfassungsrechtlichen Argumentation wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Schriftsätze vom 30.5.2008 und 1.9.2008 verwiesen.

Die Entscheidung des Verwaltungsgericht Ansbach vom 11.12. 2008, den Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs 1 VwGO abzulehnen, ist somit aufzuheben und die angestrebte Anordnung zu erlassen.

Bettina Weber  
Rechtsanwältin