

Abdruck

AN 2 E 08.00885



Bayerisches Verwaltungsgericht Ansbach

In der Verwaltungsstreitsache

Prof. Dr. Ulla **Wessels**

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:
Rechtsanwältin Bettina Weber,
Robert-Koch-Str. 1,
80538 München,
Az.: 00025-08/BW/BW

g e g e n

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,
vertreten durch den Rektor,
Schloßplatz 4,
91054 Erlangen
Az.: P2-480-61-03/08

- Antragsgegner -

beigeladen:
Der Erzbischof von Bamberg

bevollmächtigt:
Dr. Johannes Siedler,
Erzbischöfliches Ordinariat,
Domplatz 3, 96049 Bamberg,
Az.: Si/mm

w e g e n

Hochschulrecht einschl. hochschulrechtlicher Abgaben;
Antrag nach § 123 VwGO

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Ansbach, 2. Kammer, durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht
den Richter am Verwaltungsgericht
den Richter am Verwaltungsgericht

Dr. Voigt
Rauch
Deiningner

und durch
die ehrenamtliche Richterin
die ehrenamtliche Richterin

Heider und
Hofbeck

auf Grund mündlicher Verhandlung

am 11. Dezember 2008

folgenden

Beschluss:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen das Verfahren zur Wiederbesetzung einer W3-Professorenstelle am Institut für Philosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg. Die Ausschreibung der Stelle erfolgte am 11. Oktober 2007 in der Wochenzeitung „Die Zeit“ und am 19. Oktober 2007 im Hochschulmagazin „duz“ mit Bewerbungsschluss zum 30. November 2007. Die Ausschreibung enthielt den Zusatz: „Für die Besetzung dieser Stelle gilt Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats“. Auf die Ausschreibung gingen 60 Bewerbungen ein, darunter auch die Bewerbung der Antragstellerin.

In der Sitzung des Berufungsausschusses der Universität am 13. Februar 2008 wurde nach Durchsicht der Bewerbungen und Vergabe von drei Kategorien (A, B und C) beschlossen, von 21 Bewerberinnen und Bewerbern Schriften anzufordern und dann über deren Bewerbung zu

referieren. Die Zuordnung der schriftlich abzugebenden Referate zu den Mitgliedern der Berufungskommission erfolgte im alphabetischen Umlageverfahren. Die Antragstellerin befand sich in diesem engeren Personenkreis, von dem Schriften angefordert wurden. In der nächsten Sitzung des Berufungsausschusses am 28. April 2008 wurde nach dem Vorbringen der Universität auf der Grundlage der von den Mitgliedern der Berufungskommission schriftlich erstellten Referate unter Berücksichtigung des Hauptkriteriums der Ausgewiesenheit auf zentralen Gebieten der praktischen Philosophie entschieden, für welche 6 Bewerberinnen und Bewerber eine Vortragseinladung ausgesprochen werden sollte, wobei wieder drei Kategorien (A, B und C) gebildet wurden. Die Antragstellerin befand sich nicht unter den sechs Kandidaten, die zu Vorträgen eingeladen wurden. Die Bewerbungsvorträge von fünf Personen fanden am 7. Juni 2008 statt. Der sechste Bewerber sah sich außer Stande, diesen Termin und zwei Ausweichtermine wahrzunehmen und hat auf die Bitte des Dekans, gegebenenfalls sein Einverständnis mitzuteilen, wenn seine Bewerbung nicht weiter berücksichtigt werden solle, nicht geantwortet. Nach der Diskussion über die gehaltenen Vorträge und einer Probeabstimmung in der Sitzung des Berufungsausschusses am 7. Juni 2008 ruht das Berufungsverfahren entsprechend dem Wunsch des Gerichts seit diesem Zeitpunkt.

Mit am 4. Juni 2008 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz stellte die Antragstellerin über ihre Bevollmächtigte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, den sie in der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2008 folgendermaßen präziserte:

Der Antragsgegnerin wird vorläufig untersagt, das Berufungsverfahren für die W3-Professur am Institut für Philosophie für praktische Philosophie unter Anwendung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats fortzusetzen und die Stelle zu besetzen.

Zur Begründung wurde ausgeführt, die Antragstellerin habe ein rechtlich geschütztes und besonderes Interesse daran, dass die Ausschreibung und das derzeit laufende Berufungsverfahren nicht unter der Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats fortgesetzt werden dürfe. Die Antragstellerin verfüge über die notwendigen fachlichen Qualifikationen und Erfahrungen. Einzig fehle ihr die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche. Damit käme sie, trotz persönlicher und fachlicher Eignung, von vornherein wegen der formalen Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats tatsächlich nicht für eine Besetzung des Lehrstuhls für Praktische Philosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg in Frage. Die Antragstellerin habe sich trotz ihrer fehlenden

Zugehörigkeit zur katholischen Kirche auf die genannte Professorenstelle beworben. Es sei jedoch davon auszugehen, dass sie trotz ihrer fachlichen Eignung allein wegen der fehlenden Zugehörigkeit zur katholischen Kirche bereits im ersten Bewerbungslauf aussortiert werde oder später, sobald die Hochschule Kenntnis von ihrer Konfessionslosigkeit erhalte, nicht weiter berücksichtigt werde oder dass sie spätestens durch eine Erinnerung des Diözesanbischofs von der Besetzung der Stelle ausgeschlossen werde.

Die streitgegenständliche Regelung im Konkordat verstoße gegen das Prinzip der Trennung von Kirche und Staat. Dieses Prinzip genieße schon seit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 Verfassungsrang. Das in der Bayerischen Verfassung verankerte Verhältnis des Staates zu den Religionsgemeinschaften (Art. 142 ff. BV) entspreche inhaltlich den Regelungen des Grundgesetzes, Art. 140 GG, Art. 136 bis 139 WRV. Es bestehe keine Staatskirche, Art. 142 Abs. 1 BV und Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 1 WRV. Die zum Verhältnis Staat und Religion verfassten Art. 136 bis 139 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 würden über Art. 140 GG bis heute fortgelten. Damit sei durch die Verfassung selbst garantiert, dass die Religionsgemeinschaften keinen Einfluss auf staatliche Aufgaben nehmen dürften. Die Ausbildung an öffentlichen Hochschulen und die Besetzung der Lehrstühle stelle eine öffentliche Aufgabe dar, die der neutrale Staat zu erbringen habe. Jede Einflussnahme der katholischen Kirche oder auch jeder anderen Glaubens- oder Weltanschauungsgemeinschaft sei daher abzulehnen.

Das so genannte konfessionsgebundene Staatsamt sei im Grundsatz unzulässig. Es könnten nur dort Ausnahmen bestehen, wo das Grundgesetz selbst eine institutionelle Zusammenarbeit von Kirche und Staat vorsehe, z.B. bezüglich des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen.

Die konkordatsbezogene Besetzung der Professorenstelle verstoße gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Diese Norm stelle einen Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes dar und lege fest, dass die Zulassung zu öffentlichen Ämtern unabhängig von dem religiösen Bekenntnis sei. Es bestehe kein unmittelbarer oder untrennbarer Zusammenhang zwischen Konfessionszugehörigkeit und dem öffentlichen Amt, daher dürfe auch bei der Besetzung der Professur nicht auf die Konfessionszugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit abgehoben werden.

Zu rügen sei auch ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG. Grundrechtsträger sei hier jeder, der wissenschaftlich tätig ist oder werden will, also hier jeder einzelne Hochschulprofessor, grundrechtsverpflichtet sei der Staat und die Universität. Die Universitäten seien somit dazu verpflichtet, die Lehrstühle ohne Einwirkung Dritter unabhängig zu besetzen. Bereits die Auswahl der Wissenschaftler und Lehrenden habe unabhängig und frei zu erfolgen, auch unabhängig von konfessioneller Gebundenheit.

Zu monieren sei ferner ein Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), welches gemäß § 24 AGG auch auf Beamte entsprechende Anwendung finde und festlege, dass es weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung geben dürfe.

Die Benachteiligung auf Grund des religiösen Bekenntnisses stelle auch einen Verstoß gegen Grundrechte der Bayerischen Verfassung dar (Art. 166, Art. 107 Abs. 4 und Art. 108 BV).

Nicht zuletzt würden durch die Anwendung des Bayerischen Konkordats europarechtliche Regelungen verletzt. Durch die Ratifizierung der Europäischen Konvention der Menschenrechte (EMRK) habe die Bundesrepublik Deutschland und damit auch ihre Bundesstaaten, hier der Freistaat Bayern, die Verpflichtung übernommen, die in ihr festgeschriebenen Menschenrechte zu garantieren. In Art. 14 EMRK sei ein Diskriminierungsverbot unter anderem im Hinblick auf die Religion festgeschrieben.

Auch Art. 21 der Grundrechtscharta der Europäischen Union enthalte ein Verbot der Diskriminierung unter anderem wegen der Religion oder der Weltanschauung.

Die Universität beantragte,

den Antrag abzulehnen.

Die Antragstellerin habe einen Anordnungsanspruch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Im Berufungsverfahren der Universität spiele die Konfession keine Rolle. Dies zeige sich auch darin, dass im laufenden Verfahren von den sechs Bewerbern ein Bewerber zum Gespräch eingeladen worden sei, der seine evangelische Konfession angegeben habe. Es seien weiterhin drei

Bewerber eingeladen worden, die keine Angaben zu ihrer Konfession gemacht hätten. Auch in der aktuellen Praxis hinsichtlich der Erhebung einer Erinnerung stelle die katholische Kirche nachweislich nicht auf die Konfessionszugehörigkeit ab. Allein an der Universität Erlangen-Nürnberg sei ein Lehrstuhl mit Bindung an das Konkordat mit einem evangelischen Fachvertreter besetzt. Die Person sei von der Hochschule vorgeschlagen worden, der Minister habe den Ruf erteilt, die katholische Kirche habe gegen die Ernennung keine Erinnerung erhoben.

Die Möglichkeit, am Zugang zu öffentlichen Ämtern wegen der Religionszugehörigkeit gehindert zu werden, stütze die Antragstellerin allein darauf, dass sie nicht der katholischen Kirche angehöre. Diese Annahme sei jedoch nicht zutreffend. Nach dem Protokoll der Sitzung des Berufungsausschusses am 29. April 2008 über die Einladung zu den Vorträgen sei die Bewerbung der Antragstellerin bis zu diesem Zeitpunkt des Auswahlverfahrens berücksichtigt worden. Es sei durch den Berufungsausschuss bestätigt worden, dass sie fachlich ausgewiesen sei, aber teils sehr technische Arbeiten vorgelegt habe. Unter den eingesandten Arbeiten sei im Übrigen lediglich eine Mitherausgeberschaft und es bestünden gewisse Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung. Ihre Religionszugehörigkeit habe zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens eine Rolle gespielt.

Der Antrag sei auch in der Sache unbegründet.

Der freie und gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern werde nicht verletzt. Eine Missachtung des Leistungsprinzips nach Art. 33 Abs. 2 GG finde durch die angegriffene Regelung nicht statt. Im Sinne praktischer Konkordanz zwischen konkurrierenden Verfassungswerten dürfe der Staat mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung selbst an sich schrankenlos gewährte Grundrechte in einzelnen Beziehungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränken. Hinsichtlich Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats stünden sich die Verfassungswerte der positiv-aufgeschlossenen Toleranz gegenüber Religion und Kirche auf dem Boden tatsächlicher gesellschaftlicher Verhältnisse, ferner die Bildungsziele der Art. 131 und Art. 135 Satz 2 BV und schließlich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV und Art. 142 Abs. 3 BV, auch in Verbindung mit Art. 7 Abs. 3 GG bzw. Art. 136 Abs. 2 BV einerseits und die Gewährleistung des freien und gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern andererseits gegenüber. Das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG sei im vorliegenden Fall nicht eingeschränkt. Durch die Mitberücksichtigung eines

konfessionsbezogenen Kriteriums im Anforderungsprofil komme lediglich ein weiterer Faktor innerhalb des jedenfalls geltenden Leistungsprinzips hinzu. Vor allem aber setze der freie und gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern gerade nach dem Leistungsprinzip die Eignung eines Kandidaten für das zu besetzende Amt voraus. Ein Kandidat, welcher in seiner Person durch eine kirchenfeindliche Haltung Anlass zu der begründeten Befürchtung gibt, durch seine Lehre eine Gefährdung des verfassungsrechtlichen Toleranzgebots im religiösen Bereich zu bewirken, sei nach sachlich begründeten Kriterien gemessen an dem Anforderungsprofil eines auch für die Ausbildung von bayerischen Lehrern und Theologen zuständigen und in seiner Existenz von konkordatären Absprachen abhängigen Lehrstuhls nicht geeignet im beamtenrechtlichen Sinne.

Mit Beschluss vom 24. Juni 2008 wurde der Erzbischof des Erzbistums Bamberg zum Verfahren beigelegt.

Mit Schriftsatz vom 1. September 2008 ließ die Antragstellerin ergänzend vortragen, bereits die Ausschreibung der Stelle durch die Universität unter dem Hinweis auf die Geltung des Bayerischen Konkordats verletze die Antragstellerin in ihren Rechten. Von den insgesamt 21 konkordatsgebundenen Lehrstühlen in Bayern sei nur einer von einem Nicht-Katholiken besetzt, welcher Mitglied der evangelischen Kirche und eben nicht konfessionslos wie die Antragstellerin sei. Die Ausschreibung einer Stelle im öffentlichen Dienst unterliege der verfassungsrechtlichen Beurteilung am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. Grundgesetzkommentar Dreier, Art. 33 Abs. 2 GG, RdNr. 39, Anm. 165 unter Hinweis auf eine höchstrichterliche Entscheidung, BVerwGE 89, 260 ff.).

Die Darstellung der Universität, dass bei der Auswahl der Bewerber, insbesondere der Auswahl der sechs zu den Probevorlesungen einzuladenden Bewerber, zu keinem Zeitpunkt das Kriterium der Konfession bzw. des katholisch-kirchlichen Standpunkts eine Rolle gespielt habe, erscheine unwahrscheinlich und nicht glaubwürdig. Wann, wenn nicht im Auswahlverfahren, sollte das Kriterium des katholisch-kirchlichen Standpunktes für einen konkordatsgebundenen Lehrstuhl Berücksichtigung finden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt mit der Niederschrift über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

II.

Der Antrag, der Universität im Wege einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO vorläufig zu untersagen, das Berufungsverfahren für die W3-Professur für Praktische Philosophie am Institut für Philosophie unter Zugrundelegung und Anwendung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats fortzusetzen und die Stelle zu besetzen, ist unzulässig.

1. Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn eine solche Regelung in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erforderlich ist, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Im Unterschied zu einer Klage im Hauptsacheverfahren ist es im Antragsverfahren nach § 123 VwGO grundsätzlich nicht erforderlich, die Sachlage umfassend aufzuklären; infolge der Eilbedürftigkeit und der Vorläufigkeit der Regelung genügt es vielmehr in der Regel, eine summarische Überprüfung vorzunehmen und in diesem Zusammenhang die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Interessen von Antragsteller und Antragsgegner gegeneinander abzuwägen und eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

Gleichwohl hat sich das Gericht angesichts der aufgeworfenen zahlreichen prozessualen wie auch grundsätzlichen materiellen, insbesondere verfassungsrechtlichen Fragen darum bemüht, den Sachverhalt weitgehend nach den für ein Hauptsacheverfahren anzulegenden Maßstäben zu eruieren und den Beteiligten Gelegenheit gegeben, ihre Argumente in einer mündlichen Verhandlung auszutauschen. Der Bitte des Gerichts folgend hat die Universität den Fortgang des Berufungsverfahrens ab dem 7. Juni 2008 bis zur Entscheidung des Gerichts ruhen lassen.

Die Vorschrift des § 123 VwGO ist Ausdruck der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und umfasst auch den vorläufigen Rechtsschutz gegen schwere und unzumutbare Nachteile als Folge von Handlungen oder der Untätigkeit der öffentlichen Gewalt, die anders nicht abwendbar sind und die auch durch eine spätere Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr ohne weiteres beseitigt werden könnten (BVerfGE 46, 166). Der vorläufige Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO stellt insoweit einen rein prozessualen Rechtsbehelf dar, als ihm grundsätzlich keine materiell-rechtlichen Ansprüche gegen die Verwaltung auf vorläufige Siche-

rungsmaßnahmen unabhängig vom Bestehen des in der Hauptsache verfolgten Anspruchs korrespondieren. Solche kommen allerdings ausnahmsweise nach Beantragung einer einstweiligen Anordnung in Betracht, wenn über diese das Gericht noch nicht entschieden hat und die Behörde beim Nichtabwarten der gerichtlichen Entscheidung eine später irreversible Maßnahme treffen würde. Bedeutsam ist dies - wie im vorliegenden Fall -, wenn mehrere Bewerber um eine beamtenrechtliche Stelle konkurrieren.

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Daraus folgt der Anspruch eines Bewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (BVerwGE 101, 112 ff., sog. Bewerbungsverfahrensanspruch). Dieser Anspruch lässt sich nach der gefestigten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nur vor der Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO effektiv sichern. 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 versagt (vgl. BVerwGE 80, 127 ff.). Auf Grund dieser Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechts sind die Verwaltungsgerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 123 Abs. 1 VwGO im sogenannten beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit gehalten, den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes gerade im Eilverfahren besonders Rechnung zu tragen. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Einem Bewerber ist - gegebenenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn dies zur Abwendung vollendeter Tatsachen notwendig ist und ihm bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über den Randbereich hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht (BVerwG, NVwZ 2003, 200 f.).

2. Mit Blick auf diese Besonderheiten des beamtenrechtlichen Konkurrenzverhältnisses bedeutet dies, dass gerichtlicher Rechtsschutz erst mit der Bekanntgabe der Ablehnung des Konkurrenten zulässig ist und eine Antragsbefugnis als besondere Prozessvoraussetzung sowie unter Umständen auch ein Rechtsschutzinteresse vor diesem Zeitpunkt fehlen. Dies gilt

auch für die vorliegende Konstellation, in der zunächst die Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Vorauswahl und einen Berufungsvorschlag (Art. 18 Abs. 5 Satz 2 BayHSchPG) erstellt und daran anschließend die eigentliche Besetzung der Stelle durch die Erteilung des Rufes auf die Professur durch den Bayerischen Staatsminister für Wissenschaft, Forschung und Kunst erfolgt.

Die Berufung eines Hochschullehrers nach dem Bayerischen Hochschulpersonalgesetz erweist sich mithin als gestuftes Verwaltungsverfahren, im Rahmen dessen die unter dem Gesichtspunkt der wissenschaftlichen Zusammenarbeit gleich Qualifizierter und der besonderen Stellung der Professoren in den Gremien verankerten Mitwirkungsrechte gemäß Art. 18 Abs. 1 bis 5 BayHSchPG bis hin zur Erstellung einer Vorschlagsliste mit dem durch das Vorschlagsrecht der Universität begrenzten Auswahlrecht des Staatsministers für Wissenschaft, Forschung und Kunst gemäß Art. 18 Abs. 6 BayHSchPG korrespondieren. Nach dieser Vorschrift entscheidet der Minister über die Berufung von Professoren ohne Bindung an die Reihung des Berufungsvorschlags. Er ist zudem auch befugt, den Berufungsvorschlag insgesamt zurückzugeben (Art. 18 Abs. 6 Satz 2 BayHSchPG). Eine rechtliche Bindung des Staatsministers bei seiner Entscheidung besteht somit nur in sehr eingeschränktem Umfang, weshalb der Vorschlag der Universität nicht die Kriterien eines Verwaltungsakts erfüllt. Die einzelnen Verfahrensschritte auf der Ebene des hochschulinternen Auswahlverfahrens von der Ausschreibung bis zur Erstellung der Vorschlagsliste im Rahmen des gesamten Berufungsverfahrens sind somit lediglich als Mitwirkungshandlungen einzuordnen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Mitwirkungshandlung als internen Verwaltungsvorgang angesehen und das Vorliegen eines Verwaltungsakts auch dann verneint, wenn die Mitwirkungshandlung bindend für die andere Behörde ist, eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen wegen der regelmäßig gesetzlich nicht vorgesehenen Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen nicht eintritt (Redeker/ v. Oertzen 14. Aufl., § 42 RdNr. 85 m.w.N.). Eine Verpflichtung zur förmlichen Benachrichtigung der nicht in die Vorschlagsliste aufgenommenen Bewerber enthält auch Art. 18 BayHSchG nicht.

Da nach diesen Prämissen in der Entscheidung der Hochschule kein Verwaltungsakt zu sehen ist, ist sowohl eine in der Hauptsache auf die Mitwirkungshandlung zu richtende Verpflichtungsklage als auch ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ausgeschlossen. Etwaige Fehler im Zusammenhang mit der Ausschreibung oder der Erstellung der Vor-

schlagsliste auf der Ebene der Hochschule sind demgemäß allein im Rahmen des Rechtsschutzes gegen die Besetzung der Stelle (Ruferteilung) durch das Ministerium und damit gegenüber dem Freistaat Bayern geltend zu machen.

3. Die Antragstellerin vermag auch nicht mit Erfolg einzuwenden, ihre Bewerbung sei auf Grund der Ausschreibung der Stelle mit dem - aus ihrer Sicht - rechtswidrigen Hinweis auf die Geltung des Konkordats ohnehin aussichtslos, weshalb eine Ausschreibung ohne Konkordatsbindung verlangt werden könne. Soweit ihr Begehren sinngemäß auch dahingehend auszulegen ist, die W3-Professur für praktische Philosophie sei ohne den Hinweis auf das Konkordat erneut auszuschreiben, hat dieser Antrag ebenfalls keinen Erfolg. Er ist gemäß § 44 a VwGO nicht zulässig. Die Ausschreibung der Professorenstelle ist einer von mehreren Verfahrensschritten auf dem Weg zur Besetzung der in Frage stehenden W3-Professur und soll die Berufung eines Hochschullehrers vorbereiten. Sie ist somit eine Verfahrenshandlung in dem Berufungsverfahren, bei dem erst die abschließende Berufung als Sachentscheidung auf ihre Richtigkeit überprüft werden kann. § 44 a VwGO ist auch nicht auf Widerspruch und Anfechtungsklage beschränkt, wie die Formulierung „gegen behördliche Verfahrenshandlungen“ nahe legen könnte. Vielmehr sind im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, die Sachentscheidung nicht durch Rechtsstreitigkeiten über Verfahrenshandlungen zu verzögern oder zu erschweren, auch auf Verfahrenshandlungen gerichtete Verpflichtungsklagen und Anträge gemäß § 123 VwGO auf vorläufige Verpflichtung der Behörde durch einstweilige Anordnung zur Vornahme entsprechender Verfahrenshandlungen ausgeschlossen (vgl. Kopp, VwGO, 15. Auflage RdNr. 4).
4. Der Antrag ist mithin unzulässig. Er wäre im Übrigen auch dann unzulässig, wenn, in Abweichung von der gerichtlichen Rechtsauffassung, die Möglichkeit der unmittelbaren gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung der Hochschule vertreten würde. Eine Entscheidung der Hochschule im Sinne eines Beschlusses über den Berufungsvorschlag gemäß Art. 18 Abs. 5 Satz 2 BayHSchPG lag nämlich zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch nicht vor. Die Hochschule hatte der Bitte des Gerichts folgend das Berufungsverfahren zunächst nicht weiter fortgeführt und in der Sitzung des Berufungsausschusses vom 7. Juni 2008 laut Protokoll für den Fall, dass das Besetzungsverfahren fortgesetzt werden könne, den bedingten Beschluss gefasst, für zwei Bewerber auswärtige vergleichende Gutachten einzuholen. Ein Berufungsvorschlag durch den Berufungsausschuss lag somit zum Zeit-

punkt der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2008 noch nicht vor und folglich auch nicht die weiteren Verfahrensmodalitäten gemäß Art. 18 Abs. 4 BayHSchG (Möglichkeit der Stellungnahme durch den Studiendekan und die Vertreter der Studierenden im Fakultätsrat, Abgabe von Sondervoten) bis hin zur Stellungnahme durch den Senat, Beschluss durch die Hochschulleitung und eventuell notwendige Anhörung des Fakultätsrats sowie Sondervotumsrecht des Präsidenten (Art. 18 Abs. 5 BayHSchPG). Das Verfahren der Hochschule zur Auswahlentscheidung befand sich zu diesem Zeitpunkt und befindet sich auch jetzt noch in einem internen, vorläufigen Stadium ohne konkrete Außenwirkung auf die Antragstellerin und ist damit dem unmittelbaren prozessualen Zugriff auch im Hinblick auf vorläufigen Rechtsschutz entzogen.

5. Der Antrag wäre darüber hinaus aber auch unbegründet, da die Antragstellerin keinen Anordnungsanspruch glaubhaft machen könnte.

Die Antragstellerin hat gemäß Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 12 Abs. 2 BayBG i.V.m. Art. 18 BayHSchPG Anspruch auf ein fehlerfreies Auswahlverfahren und eine fehlerfreie Auswahlentscheidung.

Das bisherige Auswahlverfahren bis zu dem in der Sitzung des Berufungsausschusses vom 7. Juni 2008 beschriebenen Verfahrensstadium lässt ausweislich der Aktenlage sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung keine sie beeinträchtigenden Rechtsfehler erkennen, so dass auch inhaltlich keine Veranlassung bestünde, das weitere Auswahlverfahren bis hin zur Vorlage der Vorschlagsliste an das Ministerium anzuhalten. Das Gericht ist insbesondere davon überzeugt, dass die streitige konkordatäre Regelung bislang tatsächlich keine Rolle gespielt hat, so dass kein Anspruch darauf bestünde, die Fortführung des Berufungsverfahrens, soweit es im Verantwortungsbereich der Universität liegt, zu untersagen, selbst wenn mit der Antragstellerin von einer Verfassungswidrigkeit der Konkordatsbindung auszugehen wäre.

Weder Art. 33 Abs. 2 GG noch das Bayerische Hochschulpersonalgesetz gewähren einen Anspruch auf Übernahme in ein öffentliches Amt. Die Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers und die Auswahl unter den Bewerbern liegt vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn. Die im Rahmen der Ermessensentscheidung vorzunehmende Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ist dabei ein Akt wertender Erkenntnis, der vom Gericht nur beschränkt darauf überprüft werden kann, ob die Verwaltung

den anzuwendenden Begriff verkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Tatbestand zugrunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat (vgl. BVerwGE 68, 109/110). Vorschriften über die Auswahl von Bewerbern um ein öffentliches Amt dienen zwar vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst, berücksichtigen daneben aber auch das berechnete Interesse des Bewerbers an einem angemessenen beruflichen Fortkommen und begründen somit einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung der gesetzlichen Vorschriften. Diese Grundsätze gelten auch bei der mit der Ernennung zum Professor verbundenen Besetzung von Lehrstühlen an Universitäten (BVerwG DVBl 1985, 1233).

Gemäß Art. 18 Abs. 6 BayHSchPG werden die Professoren nach dem an der Hochschule durchzuführenden Verfahren gemäß Art. 18 Abs. 1 bis 5 BayHSchPG vom Staatsminister berufen. Der Hochschule steht insoweit grundsätzlich eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschullehrerstelle zu. Sie ist als Kernstück des Mitwirkungsrechts der Universität grundsätzlich der staatlichen Bestimmung verschlossen (BVerwG DVBl 1985, 1233). Dies gilt auch für die angegriffene konkordatäre Regelung. Die staatskirchenvertragliche Vereinbarung zu den Konkordatslehrstühlen in Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats, eines in bayerisches Recht transformierten völkerrechtlichen Vertrags zwischen dem Freistaat Bayern und dem Heiligen Stuhl (Beteiligung des zuständigen Diözesanbischofs), enthält keine Verfahrensgarantien im Hinblick auf eine Mitsprache auf der Stufe des hochschulinternen Auswahlverfahrens. Die Beteiligung des zuständigen Diözesanbischofs stellt ihrer Rechtsnatur nach lediglich ein Veto dar. Die Entscheidung über die wissenschaftliche oder pädagogische Qualifikation eines Bewerbers, das Auswahl- und Vorschlagsrecht der Hochschule sowie das Recht zur Ruferteilung durch den Minister liegen allein in nicht-kirchlicher öffentlicher Hand.

6. Im Rahmen der vom Gericht vorgenommenen Überprüfung der Sach- und Rechtslage sind auch keine Anhaltspunkte dafür zutage getreten, dass im bisherigen Berufungsverfahren auf der Ebene der Universität die Konfession bzw. die Nichtzugehörigkeit entscheidungserheblich gewesen wäre. Nach den glaubhaften Bekundungen der Vertreterin der Universität in der mündlichen Verhandlung hat die Hochschule trotz der Ausschreibung mit dem Hinweis auf die Geltung des Konkordats auch zahlreiche Bewerbungen bekommen, in denen keine Angaben zur Konfession enthalten waren oder beispielsweise die evangelische Konfession

angegeben war. Dies wird auch durch die vorgelegte Bewerberliste und die weiteren Unterlagen bestätigt. Auch im weiteren Auswahlverfahren wurden von sechs Bewerbern ein Bewerber zum Gespräch eingeladen, der seine evangelische Konfession angegeben hat, sowie drei weitere Bewerber, die keine Angaben zu ihrer Konfession gemacht haben. Die Universität hat daher in diesem Stadium des Verfahrens ersichtlich keinen Wert auf die Konfessionszugehörigkeit gelegt und auch nicht - gewissermaßen voraussetzend - geprüft, ob eventuell mit einer Erinnerung der katholischen Kirche zu rechnen sei. Nach dem Protokoll der Sitzung des Berufungsausschusses vom 29. April 2008 über die Einladung zu den Vorträgen war die Bewerbung der Antragstellerin bis zu diesem Zeitpunkt des Auswahlverfahrens berücksichtigt worden. Der Berufungsausschuss hat ihr auch bestätigt, dass sie zwar fachlich ausgewiesen sei, aber teils sehr technische Arbeiten vorgelegt habe. Unter den eingesandten Arbeiten sei im Übrigen lediglich eine Mitherausgeberschaft und es bestünden gewisse Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung auf Grund einer Ruferteilung an die Universität Saarbrücken. Der Dekan der Philosophischen Fakultät hat dazu in der mündlichen Verhandlung erläuternd ausgeführt, bei der Bewertung einer Bewerbung spiele die Gewinnungswahrscheinlichkeit eines Bewerbers, der bereits einen anderen Ruf habe, selbstverständlich eine Rolle. Diese Erwägungen sind sachbezogen und begegnen keinen rechtlichen Bedenken. Auch das weitere Auswahlverfahren mit der Entscheidung, für die zwei überzeugendsten Bewerber nach den Vorträgen auswärtige vergleichende Gutachten einzuholen, lässt nicht erkennen, dass andere als ausschließlich fachlich-wissenschaftliche Kriterien für den Auswahlprozess maßgeblich gewesen sind.

7. Nach alledem kommt es auf die Frage, ob Art. 3 § 5 des Konkordats mit höherrangigem Recht, insbesondere Verfassungsrecht vereinbar ist, in dem streitgegenständlichen, gegen die Universität gerichteten vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht mehr an.

Aus den dargestellten Gründen war der Antrag mit der Kostenfolge des § 154 VwGO abzulehnen. Die Festsetzung des Streitwerts beruht unter Berücksichtigung des vorläufigen Charakters des Verfahrens auf §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.

Rechtsmittelbelehrung

- 1) Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die Beschwerde an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgericht Ansbach,
Hausanschrift: Promenade 24- 28, 91522 Ansbach, oder
Postfachanschrift: Postfach 616, 91511 Ansbach,
schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Frist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof,
Hausanschrift in München: Ludwigstraße 23, 80539 München, oder
Postfachanschrift in München: Postfach 34 01 48, 80098 München,
Hausanschrift in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,
eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich die Beteiligten durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte, Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinn des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt oder die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich auch durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Der Beschwerdeschrift sollen vier Abschriften beigelegt werden.

- 2) Gegen die Festsetzung des Streitwerts steht den Beteiligten die Beschwerde an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 EUR übersteigt oder die Beschwerde zugelassen wurde.

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, beim Bayerischen Verwaltungsgericht Ansbach,
Hausanschrift: Promenade 24 - 28, 91522 Ansbach, oder
Postfachanschrift: Postfach 616, 91511 Ansbach,
schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Der Beschwerdeschrift sollen vier Abschriften beigefügt werden.

gez.

gez.

gez.

Dr. Voigt

Rauch

Deininger