vorab per Telefax
Postversand folgt

roth & roth
rechtsanwälte

RAe Roth & Roth Marienstr. 27 90402 Nürnberg

Verwaltungsgericht Ansbach
Promenade 24-28

91522 Ansbach
12-000141

Rainer Roth
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Christine Roth
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Marienstr. 27, 90402 Nürnberg
Telefon (09 11) 450 99 80
Telefax (09 11) 450 99 850

info@roth-und-roth.de

AZ Gericht:	Unser Zeichen:	Datum:
n. n. bekannt	12-000141	20. Februar 2012

K L A G E

In Sachen

[redacted] - Kläger -

- Prozessbev.: - Unterfertigende -

g e g e n

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, diese vertreten durch den Rektor, Schloßplatz 4, 91054 Erlangen - Beklagte -

wegen Verletzung des § 11 AGG

---

zeigen wir an, dass wir den Kläger vertreten.

In dessen Namen und Auftrag werden wir beantragen:

1.) Die Beklagte wird verpflichtet, die durch die Ausschreibung der W3-Professur für Praktische Philosophie erfolgte Verletzung des Rechts des Klägers auf diskriminierungsfreie Bewerbung durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen.

2.) Hilfsweise: Die Beklagte wird verpflichtet, zur Beseitigung des Verstoßes gegen das Recht auf diskriminierungsfreie Bewerbung die Zustimmung des Bamberger Erzbischofs gem. Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats nicht einzuholen.

3.) Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Begründung:

Der Lehrstuhl der streitgegenständlichen Stellenausschreibung unterliegt der Konkordatsbindung gem. Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats. Auf diesen Umstand weist die Stellenausschreibung auch hin. Diese Bestimmung gibt dem örtlich zuständigen katholischen Bischof das Recht, nur jene von der Universität zur Ernennung vorgeschlagenen Bewerber zuzulassen, gegen die 'hinsichtlich ihres katholisch-kirchlichen Standpunktes keine Erinnerung zu erheben ist' (Art. 3 § 5 des Konkordates). Damit dürften jedenfalls Bewerber, die nicht der katholischen Kirche angehören, von der Ernennung ausgeschlossen sein. Aber auch die bloß formale Mitgliedschaft in der katholischen Kirche ist nicht schon für das Kriterium des katholisch-kirchlichen Standpunktes ausreichend. Ein Bewerber, ob Katholik oder nicht, der in der Frage des § 218 StGB das geltende staatliche Recht vertritt, dürfte kaum einen katholisch-kirchlichen Standpunkt einnehmen und wäre damit von der Zustimmung des Bischofs zu seiner Ernennung ausgeschlossen.

Der Kläger hat einen Rechtsanspruch auf diskriminierungsfreie Ausschreibung der im Antrag genannten Professorenstelle gem.

§ 11 AGG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 und 3 GG. Er hat das Recht, die Beseitigung der Diskriminierung zu verlangen.

Mit seiner Klage macht er dieses Recht geltend.

A.) Sachverhalt

I.) Ausschreibung

Die Beklagte hat die Stellenanzeige „W3-Professur für Praktische Philosophie« (Nachfolge Prof. Dr. Maximilian Forschner) in der Wochenzeitung DIE ZEIT vom 22.12.2011 veröffentlicht.

Beweis: Ausschreibungstext Veröffentlichungsdatum 22.12.2011 als Kopie K1 in Anlage

Die Ausschreibung enthält an erster Stelle des Ausschreibungstextes den Hinweis:

„Für die Besetzung der Stelle gilt Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats."

II.) Bewerbung des Klägers

Mit Schreiben vom 31.01.2012 hat sich der Kläger auf diesen Lehrstuhl beworben und der Bewerbung die im Bewerbungstext erbetenen üblichen Unterlagen (Lebenslauf, Verzeichnis der Schriften und Vorträge, Zeugnisse und Urkunden) beigefügt.

Beweis: Bewerbungsschreiben vom 31.01.2012 als Kopie K2 in Anlage

Lebenslauf und akademischer Werdegang, Schriftenverzeichnis, Zeugnisse, Urkunden als Kopie K3 in Anlage

Der Kläger ist evangelisch.

Der Kläger hat in seiner Bewerbung vom 31.01.2012 klargestellt, dass seine Bewerbung keine Anerkennung der Konkordatsbindung des Lehrstuhls bedeutet.

B.) Zulässigkeit

Kraft Sachzusammenhangs mit dem Beamtenrecht ist der Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten; für die Klage existiert auch ein Rechtsschutzinteresse.

I.) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

Das Recht auf die diskriminierungsfreie Bewerbung besteht unabhängig von der Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses, welches nach Ausschreibung und Bewerbung eingegangen werden könnte. Auch enthält das AGG keine Angaben zu Rechtswegzuständigkeiten.

Der Kläger klagt keinen beamtenrechtlichen Anspruch ein. Gegenstand der Klage ist eine Ausschreibung, nicht das Recht auf ermessensfehlerfreie Ausübung eines Bewerbungsverfahrensanspruchs. Klageziel ist die Beseitigung der Verletzung des Rechts auf diskriminierungsfreie Bewerbung. Ausschreibungen selbst sind juristisch nicht eindeutig zuzuordnen. Es werden nicht nur für Beamtenstellen Stellenanzeigen veröffentlicht, sondern für Arbeitsplatzangebote allgemein. Auch die Vergabe von Leistungen und Aufträgen wird ausgeschrieben.

Die begehrte Beseitigung ist jedoch auf ein Handeln gerichtet, welches nur von der zur Ausschreibung befugten Behörde ausgeübt werden kann. Es steht im Ermessen dieser Behörde, ob sie Stellen ausschreibt oder nicht. Es steht in ihrem Ermessen, Ausschreibungen zu wiederholen, sie hat das Ermessen, nach Sichtung der eingegangenen Bewerbungen ein Stellenauswahlverfahren nicht in Gang zu setzen, sie hat das Ermessen, bei Vorliegen sachlicher Gründe das Auswahlverfahren abzubrechen und insbesondere hat die Universität Erlangen-Nürnberg das Recht, im eigenen Namen Stellenausschreibungen zu veröffentlichen, Berufungen auszusprechen und in ihrer Eigenschaft als Staatsbehörde in Personalangelegenheiten im Allgemeinen und bei der Beamtenernennung insbesondere mitzuwirken.

Der Kläger würde verbeamtet werden, sofern ihm der Ruf erteilt werden wird. Die persönlichen Voraussetzungen der Verbeamtung erfüllt der Kläger.

Es ist daher gerechtfertigt, den Verwaltungsgerichtsweg als eröffnet anzusehen kraft Sachzusammenhangs mit den beamtenrechtlichen Dienstherrenbefugnissen, auch wenn der eingeklagte Anspruch nicht beamtenrechtlicher Natur ist. Wir bitten um richterlichen Hinweis, sofern der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet sein sollte. Wir werden dann Verweisungsantrag stellen.

II.) Klageart

Eine Beseitigungsklage ist eine Sonderform der Leistungsklage. Andere Klagearten kommen nicht in Betracht.

Eine Anfechtungsklage gegen die Ausschreibung scheidet aus. Eine Ausschreibung ist kein Verwaltungsakt. Eine Ausschreibung ist eine Aufforderung, sich zu bewerben und hat keinen Regelungscharakter. Mangels Regelungscharakter begründet sie weder Rechte noch Pflichten, sie gestaltet nicht und setzt nicht fest. Sie ist deshalb auch keine Allgemeinverfügung.

Aus gleichem Grund kann eine Behörde nicht auf eine erneute Ausschreibung verpflichtet werden, sofern man in einem derartigen Begehren einen Antrag auf Erlass eines Verwaltungsaktes sehen will. Wenn die Ausschreibung kein Verwaltungsakt ist, ist es sinnlos, eine Regelung in dieser Rechtsform zu beantragen.

III.) Rechtsschutzbedürfnis

Ein existiert auch ein Rechtsschutzbedürfnis für vorliegende Klage. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1.) Kein Vorverfahren erforderlich

Ein Vorverfahren ist nicht erforderlich, da weder gegen einen VA vorgegangen noch der Erlass eines VA begehrt wird.

2.) Keine Anwendung des § 44 a VwGO

Das Rechtsschutzbedürfnis scheitert nicht an § 44 a VwGO. Zweifelhaft ist bereits, ob im Stadium der Ausschreibung das Berufungsverfahren als Verwaltungsverfahren begonnen hat. Schließlich kann Ergebnis einer Ausschreibung auch die Erkenntnis sein, dass keine der Bewerbungen die Qualifikationsvoraussetzungen erfüllt und damit ein Auswahlverfahren nicht erforderlich ist.

Sodann ist § 44 a VwGO gegenüber § 21 AGG das speziellere Recht. Dass mit § 21 AGG spezielle Verfahrensgestaltungen durchgesetzt werden können, hat der BayVGH in seiner Entscheidung vom 13.04.2009, 7 CE 09.661 und 7 CE 09.662 bereits festgestellt.

Auch ist der Anwendungsbereich des § 44a VwGO nicht eröffnet. Das nihil obstat des Bischofs ist gerichtsfest. Die Ausübung dieses Rechts kann vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit schon mangels Rechtswegeröffnung nicht geprüft werden. Ein Verweis auf Rechtsbehelfe gegen die Sacheentscheidung ergibt keinen Sinn. Denn auch im Verfahren gegen die Sacheentscheidung kann die Entscheidung des Bischofs nicht überprüft werden. Der Verstoß kann nicht mit dem gegen die Sachentscheidung »zulässigen Rechtsbehelf« angefochten werden.

Offenkundig verstößt dies gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Entscheidungen der Staatsgewalt können aufgrund eines nicht justiziablen Internums gerichtlich nicht überprüft werden, eine rechtsstaatlich nicht vertretbare Position.

3.) Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 AGG

Zudem ist die in § 21 Abs. 5 AGG genannte Frist eine Ausschlussfrist. Der Beseitigungsanspruch ist innerhalb von zwei Monaten ab Kenntnis der Rechtsverletzung geltend zu machen.

Dem Wortlaut des § 21 Abs. 5 AGG ist nicht zu entnehmen, ob hiermit eine außergerichtliche oder eine gerichtliche Ausschlussfrist gemeint ist. Es ist einem Betroffenen nicht zuzumuten, sich der Gefahr einer Klageabweisung für den Fall auszusetzen, dass er den Anspruch nur außergerichtlich geltend macht, die Frist vor Gericht als gerichtliche Ausschlussfrist interpretiert wird. In diesem Sinne verfährt auch der Kläger.

Jedenfalls ist die Interpretation als gerichtliche Ausschlussfrist zulässig und eine Geltendmachung ohne vorangegangenes behördliches Verfahren scheitert nicht an Überlegungen zum Rechtsschutzbedürfnis. Dies ergibt sich schon daraus, dass aus der Sicht der Beklagten wegen der für sie verbindlichen positiven Rechtslage keine andere Entscheidung als der Verweis auf das Konkordat möglich ist. Es wäre rechtsfehlerhaft gewesen, die Konkordatsbindung nicht in die Ausschreibung aufzunehmen. Ein etwaiges – nir-

gendwo vorgeschriebenes Vorverfahren – ergibt bei dieser Sachlage keinen Sinn.

Dies ergibt sich auch aus der Rechtsnatur der Ausschlussfristen. Eine Ausschlussfrist will nicht auf andere, einfachere Möglichkeiten der Durchsetzung eines Rechtsschutzziels hinweisen. Sie will zur schnellen Klärung von bestehenden oder vermeintlichen Rechten knappe Fristen setzen, um danach nach Fristablauf Verwirkung eintreten zu lassen. Sofern sich ein so Beklagter unnütz mit Kosten überzogen sieht, kann er dem durch sofortiges Anerkenntnis entgehen. Darüber hinaus gibt es keine prozessualen Rechtsvorschriften, die bei Ausschlussfristen ein vorrangiges außergerichtliches Verfahren vorschreiben. Wie unsinnig dies wäre, zeigt die Dreimonatsfrist des § 75 VwGO. Eine Untätigkeitsklage wäre nach dieser Vorschrift grundsätzlich erst einen Monat nach Ablauf der Ausschlussfrist möglich.

C.) Richtiger Beklagter

Die ausschreibende Beklagte ist Normadressat des § 11 AGG.

Gegen den Freistaat Bayern als richtigen Beklagten spricht bereits, dass dieser zwar bei Zustandekommen eines Beamtenverhältnisses Dienstherr wäre, hier aber kein beamtenrechtlicher Anspruch eingeklagt ist.

Zudem sind bei Beseitigungsansprüchen (z.B. aus § 1004 BGB) die Grundsätze der Störerhaftung anzuwenden. Die Universität ist unmittelbarer Handlungsstörer. Nicht der Freistaat Bayern, sondern die Universität hat die Stellenanzeige aufgegeben. Sie führt das Berufungsverfahren durch, nicht der Freistaat Bayern. Sie holt auch das „nihil obstat" des Erzbischofs ein, wie es aus vorangegangenen Verfahren beim VG Ansbach aktenkundig geworden ist.

Dass intern möglicherweise die Stellenausschreibung mit dem Freistaat abgestimmt wurde, nimmt der Beklagten nicht die Störerhaftung im Außenverhältnis. Zudem legt das Selbstverwaltungsrecht der Universität nahe, dass sie weitgehend Gestaltungsfreiheit bei der Festlegung des Anforderungsprofils der Stellenausschreibung besitzt.

D.) Verbot der diskriminierenden Ausschreibung

I.) § 11 AGG als Verbotsnorm

§ 11 AGG verbietet Ausschreibungen unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG. Diese Vorschrift normiert ein Verbot und hat keineswegs nur appellierenden Charakter. Die Norm beweckt einen Schutz schon im Vorfeld einer Dienstbeziehung, um bereits das Bewerbungsverfahren um die ausgeschriebene Stelle diskriminierungsfrei zu gestalten.

II.) Pflicht zur Ausschreibung aus dem Beamtenrecht

Dieser Schutz im Vorfeld eines Auswahlverfahrens ist umso bedeutsamer bei gesetzlich angeordneter Ausschreibungspflicht. Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 BBG sind zu besetzende Stellen auszuschreiben. Nach Art. 20 Abs. 1 S. 1 BayBG sind Bewerber und Bewerberinnen durch Stellenausschreibungen zu ermitteln, wenn es im besonderen dienstlichen Interesse liegt. Dieses besondere dienstliche Interesse ist grundsätzlich immer zu bejahen, insbesondere jedoch bei der Besetzung von Professorenstellen.

III.) Eröffnung des Anwendungsbereichs des AGG

Die beamtenrechtlich begründete Stellenausschreibungspflicht hat die Anforderungen des AGG zu beachten. Die Vorschriften des AGG gelten in personeller Hinsicht auch für Beamte, § 24 Nr. 1 AGG. Sachlich wird der Anwendungsbereich über § 2 Abs. 1 Ziff. 1 AGG eröffnet.

Dass § 11 AGG konkret auch bei beamtenrechtlichen Ausschreibungen zu berücksichtigen ist, hat bereits das VG Kassel in seiner Entscheidung vom 06.09.2007, 1 E 72307 (Rdnr. 29 bei juris), entschieden.

Damit kann sich der Kläger auf das AGG berufen.

E.) Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 AGG

Die Ausschreibung der Beklagten verstößt gegen das Verbot des § 11 AGG.

I.) Hinweis auf die Konkordatsbindung in der Ausschreibung

Die Ausschreibung der Professorenstelle in der Wochenzeitung „DIE ZEIT" erfüllt die Anforderungen an den Begriff der Ausschreibung. Eine Ausschreibung ist die Aufforderung eines Arbeitgebers oder Dienstherrn, die sich an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richtet mit der Aufforderung, sich um die Besetzung eines Arbeits- oder Dienstpostens zu bewerben.

In dieser Bewerbung verweist die Beklagte auf die Konkordatsbindung des Lehrstuhls. Sie diskriminiert grundsätzlich alle Bewerber, die keinen katholisch-kirchlichen Standpunkt vertreten.

II.) Schutzgutbeeinträchtigung

Die Ausschreibung berührt die Schutzgüter des § 1 AGG, des Art. 33 Abs. 2 und 3 GG und der Art. 94 Abs. 3, 107 Abs. 4 BV.

1.) Umgekehrte Diskriminierung

Der Hinweis auf die Konkordatsbindung berührt den Schutzbereiche des in § 1 AGG geschützten Merkmals der „Religion und Weltanschauung".

Die Konkordatsbindung ermöglicht die Stellenvergaben grundsätzlich nur an Mitglieder der katholischen Kirche. Sie besagt darüber hinaus, dass weitergehend auch eine Übereinstimmung des Bewerbers mit den Lehrmeinungen der katholischen Kirche vorliegen muss.

Im Gegensatz zur Weltanschauung nimmt eine Religion eine den Menschen überschreitende, umfassende und transzendente Wirklichkeit an, die nach dem Verständnis dieser Religion die weltlichen Dinge überschreitet. In diesem Sinne ist das Christentum eine Religion, aber auch Untergliederungen wie katholische oder protestantische Glaubensrichtungen oder andere Offenbarungsreli-

gionen (um nur einige Erscheinungsformen der Religionen zu nennen).

Wenn die ausgeschriebene Stelle grundsätzlich nur Katholiken zur Verfügung steht oder Hochschullehrern, deren Werk und Meinung nicht im Widerspruch zu katholischen Dogmen stehen, wird diese Religion zu Lasten anderer Religionen einschließlich agnostischer oder atheistischer Weltanschauungen bevorzugt. Begrifflich kann man von einer positiven oder umgekehrten Diskriminierung sprechen. Eine Bevorzugung der Katholiken führt unmittelbar zur Benachteiligung der Protestanten, Reformierten, Moslems, Juden, Agnostikern und Atheisten, die sich auf die Stelle bewerben könnten.

2.) Gerichtsfestigkeit der Schutzgutbeeinträchtigung

Der Eingriff in den Schutzbereich „Religion und Weltanschauung" durch die positive Diskriminierung von Katholiken ist nachhaltig und schwerwiegend.

Der katholische Bischof (hier der Erzbischof von Bamberg) überprüft die Vereinbarkeit der Lehrmeinungen des Bewerbers mit den Meinungen der katholischen Kirche. Die erzbischöfliche Entscheidung als solche ist vor einem weltlichen Gericht nicht angreifbar. Sie stellt ein Verwaltungsinternum dar und kann verfahrensrechtlich nicht gesondert angegriffen werden, sondern nur zusammen mit der abschließenden Regelung mit Außenwirkung. Vor allem wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Erzbischof in materieller Hinsicht einen weitestgehenden Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum einräumen, in den sich ein Gericht nicht einmischt, zumal einem Verwaltungsgericht keine Kompetenzen zur Auslegung katholischer Lehrmeinungen zusteht (es fehlt die Rechtswegeröffnung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit). Die Entscheidung des Erzbischofs ist der weltlichen Jurisdiktion entzogen.

Der Hinweis auf die Bestimmung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats in der Ausschreibung berührt daher nachhaltig die Religionsfreiheit als Schutzgut des § 1 AGG.

3.) Schutzgutbeeinträchtigung Art. 33 Abs.2 und 3 GG

Zudem wird das Schutzgut des Art. 33 Abs. 3 GG berührt. Bereits Art. 33 Abs. 2 GG verbietet eine Differenzierung bei der

Bewerberauswahl jenseits von Leistung, Eignung und Befähigung. Da man die Zugehörigkeit zu einer Konfession beamtenrechtlich als Eignungskriterium auffassen könnte, verbietet Art. 33 Abs. 3 GG explizit, bei der Vergabe von Stellen des öffentlichen Dienstes nach Religionszugehörigkeit zu differenzieren.

4.) Schutzgutbeeinträchtigung Art. 94 Abs. 2 BV

Gleiches gilt für die Schutzgüter in Art. 94 Abs. 3 BV und Art. 107 Abs. 4 BV.

III.) Benachteiligung

Die Nichtberücksichtigung von Nichtkatholiken und insbesondere das Erfordernis eines katholisch-kirchlichen Standpunkts benachteiligen den Kläger.

Im Unterschied zur Benachteiligung im Auswahlverfahren genügt bei § 11 AGG die Benachteiligung in Form eines Verstoßes gegen Schutzgüter des Art. 1 AGG. Eine Kausalität zwischen Diskriminierung und Nichtberücksichtigung ist nicht erforderlich. Denn ein Auswahlverfahren ist noch nicht durchgeführt worden. § 11 AGG und seine Durchsetzungsnorm, § 21 AGG, wären ohne Bedeutung, wenn man neben den Verstoß gegen Schutzgutbestimmungen eine Kausalität mit späteren Ergebnissen eines Auswahlverfahrens fordern würde. Denn der Nachweis der Kausalität könnte in diesem Verfahrensstadium nie erbracht werden.

Alleinfalls zulässig wäre eine Art Motivationskausalität zwischen der Benachteiligung und der benachteiligenden Handlung (vgl. unten).

1.) Begriff der Benachteiligung

Unter Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG ist ein Sachverhalt zu verstehen, bei welchem eine Person oder Personengruppe gegenüber einem anderen, einer anderen Person oder Personengruppe wegen eines in § 1 normierten Merkmals ungleich behandelt wird.

Wegen der Formulierung „wegen eines in § 1 normierten Merkmals“ und dem Ergebnis „ungleiche Behandlung“ beinhaltet diese Formulierung auch Kausalitätsgesichtspunkte. Diese spielen hier keine Rolle, da mangels durchgeführten und abgeschlossenen Auswahlverfahrens keine Aussagen über die ungleiche Behandlung getroffen werden können. Daher legt der Kläger Wert auf die Feststellung, dass er nicht gegen eine Auswahlentscheidung, auch nicht gegen eine zukünftige klagt, sondern gegen die Verletzung seines Rechts auf diskriminierungsfreie Ausschreibung. In seinem Recht auf diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung würde der Kläger erst nach getroffener Auswahl verletzt, auch wenn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die diskriminierende Ausschreibung ein Indiz für die diskriminierende Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren setzt.

In diesem Sinne kann die Klage als Klage auf Beseitigung eines diskriminierenden Indizes in der noch zu treffenden Auswahlentscheidung verstanden werden. An der Beseitigung der Indizwirkung hat die Beklagte ebenfalls ein Interesse. Hat sie doch angekündigt, dass die Religionszugehörigkeit im Verfahren der Berufungskommission keine Rolle spielen wird, so ausdrücklich der Kommissionsvorsitzende Prof. Dr. Christian Nimtz in seinem Schreiben vom 22.12.2011. Jedoch ist die Entscheidung der Berufungskommission nur ein Verwaltungsinternum und keinesfalls die endgültige Entscheidung über die Berufung und Beamtenernennung. Vor inneruniversitärer Ruferteilung steht die Zustimmung des Bamberger Erzbischofs. Auf die Entscheidung des Erzbischofs hat die Berufungskommission keinen Einfluss. Da erst nach Zustimmung des Erzbischofs der Ruf erteilt werden darf, ist allerdings die Zustimmung des Erzbischofs Bestandteil des universitären Berufungsverfahrens.

Allenfalls ist ein Motivationszusammenhang zwischen der Ausschreibung und der positiven Diskriminierung zu fordern. Es ist der Beklagten bewusst, dass sie positiv diskriminiert, wenn sie auf das Bayerische Konkordat in der Ausschreibung verweist.

Der Konkordatsvorbehalt in der Stellenausschreibung benachteiligt den Kläger in diesem Sinne. Generell gehört er nicht der »richtigen« Religionsgruppe an und im Einzelfall bleibt es der gerichtlich nicht überprüfbaren Entscheidung des Erzbischofs überlassen, die Übereinstimmung mit den Lehrmeinungen der katholi-

schen Kirche festzustellen. Dies benachteiligt ihn gegenüber einem Katholiken.

2.) Unmittelbare Diskriminierung

Der »Katholikenvorbehalt« des Art. 3 § 5 Bayerisches Konkordat ist eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG. Denn die Stellenvergabe differenziert unmittelbar »wegen der Religion«. Die Mitgliedschaft in der katholischen Kirche ist eine grundsätzliche und die Vertretung eines katholisch-kirchlichen Standpunktes ist eine notwendige, wesentliche und entscheidende Anforderung für die Vergabe der Professorenstelle. Die Vorschriften zum Bayerischen Konkordat sind keine ihrem Anschein nach neutrale Vorschriften, was als Kriterium der mittelbaren Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG aufzufassen wäre.

Die Unterscheidung zwischen mittebarer und unmittelbarer Diskriminierung hat eine große rechtliche Bedeutung. Während eine mittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 2 AGG unter den dort genannten Kriterien im Einzelfall gerechtfertigt oder zulässig sein kann, ist eine unmittelbare Diskriminierung nur unter den qualifizierten Voraussetzungen der §§ 5, 8 bis 10, 20 AGG gerechtfertigt.

3.) Hinweis auf Rechtslage als Beeinträchtigung

Untauglich wäre die Argumentation, dass der Hinweis auf das Konkordat in der Ausschreibung nur ein Hinweis auf die Rechtslage wäre und damit keine Benachteiligung darstelle.

Zunächst wäre diese Frage im Rahmen der Rechtfertigungsgründe zu diskutieren, nicht bei der Frage nach dem begrifflichen Vorliegen einer Benachteiligung. Der Wortlaut des § 11 AGG schreibt auch nicht vor, dass die Diskriminierung sprachlich unmittelbar genannt sein muss. Es genügt der Hinweis auf eine Rechtsvorschrift, aus der sich die Diskriminierung ergibt. Der Hinweis in einer arbeitsrechtlichen Ausschreibung, dass für die Besetzung § 1 StAG gilt, ist nicht weniger diskriminierend als die unmittelbare Aussage, der Bewerber habe Deutscher zu sein. Dass die Stelle vorrangig Katholiken zusteht, kann nicht durch den Hinweis auf Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats umgangen werden.

Der Hinweis weist auf eine gesetzlich bestehende Benachteiligung hin. Damit macht der Text der Ausschreibung deutlich, dass die Bewerberauswahl nicht diskriminierungsfrei erfolgen wird. Der Text beweist den Vorsatz, das Verfahren nicht diskriminierungsfrei durchzuführen (bzw. nicht diskriminierungsfrei durchführen zu können). Entscheidend ist, dass im Ergebnis im Ausschreibungstext die Diskriminierung zum Ausdruck kommt. Ob nun ein Verweis auf das Gesetz oder eine Wiedergabe seiner Anforderungen im Ausschreibungstext erfolgt, muss ohne Bedeutung bleiben.

4.) Zwischenergebnis

Der Kläger wird in seinem Recht auf diskriminierungsfreie Stellenausschreibung wegen seiner protestantischen Religionszugehörigkeit und wegen des Zustimmungsvorbehalts des Erzbischofs wegen einer in § 1 AGG genannten Gründen benachteiligt. Die Benachteiligung ist eine unmittelbare.

Auch ist das spezielle Benachteiligungsverbot des Art. 33 Abs. 3 GG verletzt. Dieses ist nicht nur in der Auswahlentscheidung, sondern bereits in der Ausschreibung zu beachten, so schon das VG Ansbach in seiner Entscheidung vom 13.12.1010, AZ AN 2 E 10.01011 (juris).

Gleiches gilt für das Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern in der Bayerischen Verfassung.

F.) Keine Rechtfertigungsgründe

Die diskriminierende Ausschreibung kann sich nicht auf Rechtfertigungsgründe stützen, auch nicht auf Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats.

I.) Keine zulässige positive Ausnahme

Diese Benachteiligung ist auch nicht durch § 5 AGG gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung dieser Vorschrift ist möglich, die durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehenden Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Eine Behinderung von Katholiken wegen ihrer Religionszugehörigkeit liegt weder im Arbeitsmarkt noch beim Zugang zu öffentlichen Ämtern vor.

II.) Keine Rechtfertigung über § 8 AGG

Die Diskriminierung wegen Religionszugehörigkeit ist auch nicht über § 8 AGG gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung nach dieser Norm liegt dann vor, wenn die Art der auszuübenden Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Das VG Kassel z.B. hat anhand dieser Rechtsnorm eine zulässige Rechtfertigung der tatbestandlich festgestellten Diskriminierung anhand dieser Vorschrift angenommen, soweit eine Beamtenstelle ausgeschrieben war, deren Aufgabe in der Beratung und Betreuung mit Opfern sexuellen Missbrauchs stand und die nur für Frauen ausgeschrieben war.

Die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche bzw. die Übereinstimmung mit ihren Lehrmeinungen stellt keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung an eine Philosophieprofessur dar.

III.) Keine Rechfertigung über § 9 AGG

Auch liegt keine zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung i.S.d. § 9 AGG vor. Diese Norm wäre von einiger Bedeutung und würde ggf. die Diskriminierung rechtfertigen, sofern der Lehrstuhl in Streit ein Lehrstuhl an einer katholischen Universität wäre und/oder für das Fach »Katholische Theologie«.

Die ausgeschriebene Stelle ist eine Beamtenstelle des Freistaats Bayern. Die philosophische Fakultät der Universität Erlangen ist eine staatliche Fakultät einer staatlichen Hochschule. Die Hochschule, die Fakultät und der Lehrstuhl werden vom Freistaat Bayern finanziert, nicht von der katholischen Kirche.

Der Freistaat Bayern ist weder eine Religions- noch eine Weltanschauungsgemeinschaft. Dass der Rechtfertigungsgrund des § 9 AGG nur für solche Gemeinschaften gilt, ist unstreitig, denn sein Ausnahmecharakter ist verknüpft mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG.

§ 9 AGG weist einen geringen Rechtfertigungsmaßstab auf. Dies ist dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen geschuldet.

IV.) Keine Rechtfertigung über Art. 3 § 5 Bay. Konkordat

Die Rechtfertigungsgründe des AGG sind abschließend. Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats kann nicht als spezieller Rechtfertigungsgrund außerhalb des AGG angesehen werden.

Nur nach Maßgabe des § 9 AGG kann diese Vorschrift berücksichtigt werden. Wie dargelegt, scheitert die Subsumption unter diese Norm. Deren Scheitern kann nicht zum Anlass der Umgehung des AGG genommen werden, indem man aus dem Konkordat einen speziellen Rechtfertigungsgrund außerhalb des Kanons des AGG macht. Zudem würde man die geringe Rechtfertigungstiefe des § 9 AGG dem Staat zubilligen, als ob sich dieser auch auf Art. 140 GG berufen könne.

Im Übrigen begründet der (bestritten) völkerrechtliche Konkordatsvertrag keine Rechte und Pflichten der Staatsbürger und stellt im Verhältnis Bürger/Staat ein Nullum dar. Dies mag anders sein in Bezug auf das Inkorporationsgesetz. Dieses Gesetz bleibt aber bayerisches Landesrecht.

Das AGG ist Bundesrecht. Bundesrecht bricht Landesrecht. Das Landesrecht bedarf der Vereinbarkeit mit subjektiven Rechten der Verfassung. Das Inkorporationsgesetz verstößt gegen Art. 33 Abs. 3 GG.

V.) Keine Rechtfertigung über § 20 AGG

§ 20 AGG ist eine Rechtfertigungsbestimmung für Benachteiligungen i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG. Die Norm ist beschränkt auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse. Das Beamtenrechtsverhältnis ist kein Schuldverhältnis und zudem öffentlich-rechtlicher Natur. Es wird durch Gesetz geregelt, nicht durch Vertrag.

§ 20 AGG kommt als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht.

G.) Rechtsfolgen

§ 11 AGG sagt nichts über die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot diskriminierender Ausschreibung, sondern §§ 15, 21 AGG.

I.) § 11 als Verbot diskriminierender Ausschreibung

§ 11 AGG ist keine Anspruchsgrundlage.

Positiv gewendet ergibt sich aus § 11 AGG nicht das Recht auf diskriminierungsfreie Entscheidung über eine Bewerbung, sondern das Recht auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren, allerdings mit Folgen für eine anschließende Auswahlentscheidung: *„Sind die Chancen eines Bewerbers bereits durch ein diskriminierendes Verfahren beeinträchtigt worden, kommt es daher deshalb nicht mehr darauf an, ob ein Merkmal auch noch bei der abschließenden Einstellungsentscheidung – als diskriminierungsrechtlich entscheidende Maßnahme – eine nachweisbare Rolle gespielt hat", BAG Urteil vom 21.07.2009, 9 AZR 431/08.*

Vgl. auch die Kauffrau-Entscheidung des BVerfG vom 21.09.2006, AZ: 1 BvR 308/03, die diese Ansicht bestätigt hatte.

II.) § 21 AGG

Anspruchsgrundlage für das klägerische Begehren ist § 21 Abs. 1 AGG.

Mit dem BayVGH ist anzunehmen, dass ein Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensgestaltung über § 21 AGG isoliert gerichtlich eingeklagt werden kann.

Der BayVGH hat in seiner Entscheidung vom 13.04.2009, 7 CE 09.661 und 7 CE 09.662 im Zusammenhang mit § 44 a VwGO zu § 21 Abs. 1 AGG diese Möglichkeit anerkannt. Grundsätzlich wäre, das AGG weggedacht, eine diskriminierende Ausschreibung ein Verfahrensfehler, der isoliert und gesondert nur unter engen Voraussetzungen anzugreifen wäre (ob diese Meinung in Anbetracht der Gerichtsfestigkeit des nihil obstat aufrecht zu erhalten wäre, sei dahingestellt). Dies gelte jedoch nicht, wenn ein Bewerber einen Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensgestaltung und er sich auf die Stelle beworben habe. Aus Rdnr. 34 (Juris)

o.g. VGH-Entscheidung ist abzuleiten, dass ein Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensgestaltung über § 21 Abs. 1 AGG isoliert geltend gemacht werden kann.

Dieser Beseitigungsanspruch ist dem § 1004 BGB nachempfunden. Verschulden ist nicht erforderlich. Er scheint eine Sonderform eines Folgenbeseitigungsanpruchs zu sein. Jedenfalls ist er darauf gerichtet, einen benachteiligenden Zustand für die Zukunft abzustellen.

Dass der Katholikenvorbehalt, auf den die Ausschreibung verweist, benachteiligend ist, hat der Kläger dargelegt. Ebenso, dass keine Rechtfertigungsgründe für diese positive Diskriminierung greifen.

Der Antrag zu 1.) wurde maßnahmenoffen formuliert. Der Antrag zu 2.) fordert als Beseitigungsmaßnahme die Nichteinholung der bischöflichen Zustimmung. Dieser Antrag wird in der mündlichen Verhandlung wahrscheinlich als Hauptantrag gestellt werden, sofern die Beklagte nicht eine gleich effektive Beseitigung anbieten kann.

Der Vorsitzende der Berufungskommission hat versichert, das Auswahlverfahren ohne Ansehung religiöser Zugehörigkeiten durchzuführen. Diese Versicherung hat keinen Einfluss auf die Entscheidung des Bischofs als Internum des Berufungsverfahrens (an dessen Ende sich erst die beamtenrechtliche Ernennung anschließt). Die Diskriminierung liegt daher nicht im jetzigen oder zukünftigen Verhalten der Berufungskommission oder der Beklagten, sondern im geltenden positiven Recht, auf welches hinzuweisen die Beklagte gezwungen ist.

An dieses positive Recht hat sich die Beklagte zu halten.

Wir sehen das Dilemma der Beklagten, können ihr aber nicht helfen.

.....

RA Rainer Roth