

Bundesverfassungsgericht Karlsruhe  
Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe  
12-000141

AZ Gericht:  
n. n. bekannt

Unser Zeichen:  
12-0000141

Datum:  
11. Januar 2013

## VERFASSUNGSBESCHWERDE

des Herrn XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXX

- **Beschwerdeführer** -

- Verfahrensbevollmächtigte: Unterzeichner -

g e g e n

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 20. Juni 2012 (AN 2 K 12.00252), zugegangen am 24. Juli 2012, und
2. den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs München vom 04. Dezember 2012 (7 ZB 12.1816), zugegangen am 14. Dezember 2012.

\*\*\*

Wir legen besondere Vollmacht vor (**Anlage Nr. 1**) und zeigen an, dass wir den Beschwerdeführer vertreten.

Namens und mit Auftrag des Beschwerdeführers erheben wir gegen vorbenannte Entscheidungen des VG Ansbach und des VGH München

### **Verfassungsbeschwerde**

mit der Behauptung der Verletzung nachfolgend genannter, beschwerdefähiger Grundrechte und grundrechtsähnlicher Rechte.

Wir beantragen,

- *wegen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung die Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung oben genannter Grundrechte und grundrechtsgleicher Rechte zur Entscheidung anzunehmen.*

Wir regen an,

- *nach Entscheidung des BVerfG die Sache an den BayVGH zurückzuverweisen und dem BayVGH aufzugeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung des BVerfG über die Klage des Beschwerdeführers erneut zu entscheiden.*

### **A. Behauptung der Grundrechtsverletzung**

Der Beschwerdeführer behauptet die Verletzung folgender Grundrechte und grundrechtsgleicher Rechte.

*I. Die Verwerfung der Klage des Beschwerdeführers auf Unterlassung und Beseitigung der religiös diskriminierenden Ausschreibung der W3-Professur für Praktische Philosophie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg durch das Urteil des VG Ansbach vom 20. Juni 2012 (AN 2 K 12.00252) und den Beschluss des BayVGH vom 04. Dezember 2012 (7 ZB 12.1816) verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht aus Art. 3 Abs. 3 GG, wegen seines Glaubens und seiner religiösen Anschauungen nicht benachteiligt zu werden (vgl. S. 8).*

*II. Die Verwerfung der in Ziff. I genannten Klage verstößt gegen das grundrechtsgleiche Recht des Beschwerdeführers aus Art. 33 Abs. 2 GG, auf nach Leistung, Eignung und Befähigung zu gewährenden Zugang zu öffentlichen Ämtern (vgl. S. 11).*

*III: Die Verwerfung der in Ziff. I genannten Klage verstößt gegen das grundrechtsgleiche Recht des Beschwerdeführers, wegen Nichtzugehörigkeit zum katholischen Bekenntnis bei der Zulassung zu öffentlichen Ämtern keine Nachteile zu erleiden, Art. 33 Abs. 3 GG (vgl. S. 11).*

*IV. Die Verwerfung der in Ziff. I genannten Klage als unzulässig verstößt gegen das Recht des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 4 GG, die Behauptung der materiellrechtlichen Existenz von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen gegen die religiös diskriminierende Ausschreibung der in Ziff. I genannten Professur fachgerichtlich überprüfen zu lassen (vgl. S. 12).*

*V. Die unterlassene Prüfung, ob § 11 AGG als Schutzgesetz über § 823 Abs. 2 BGB oder über § 1004 BGB Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche auf Beseitigung der diskriminierenden Ausschreibung ermögliche, verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht auf rechtliches Gehör, Art, 101 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 3 Abs 1 GG (vgl. S. 13).*

*VI. Die Nichtvorlage an den EuGH der Frage, ob die RL 2000/78/EG den Mitgliedstaaten erlaube, innerhalb ihres Staatsgebiets den Schutzbereich und Schutzzumfang des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots räumlich differenziert anzuwenden, verstößt gegen das Recht des Beschwerdeführers auf den gesetzlichen Richter (vgl. S. 16 ff).*

*Gleiches gilt für die Nichtvorlage der Frage, ob der fehlende effektive Rechtsschutz bei diskriminierenden Ausschreibungen mit den Art. 9, 10 und 16 RL 2000/78/EG in Einklang zu bringen ist.*

## B. Sachverhalt

Die vor dem VG Ansbach beklagte Universität schrieb im Dezember 2011 eine WS-Professur für Praktische Philosophie aus. Der Ausschreibungstext enthielt folgenden Hinweis: „Für die Besetzung der Stelle gilt Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats.“ Mit Schreiben vom 31. Januar 2012 reichte der Beschwerdeführer seine Bewerbung für die ausgeschriebene Stelle ein und wies darauf hin, die Bewerbung bedeute keine Anerkennung der Konkordatsbindung des Lehrstuhls.

Am 20. Februar 2012 erhob der Beschwerdeführer Klage beim Verwaltungsgericht Ansbach mit dem zuletzt gestellten Antrag, die Beklagte zu verpflichten, die Professur „ohne Bezug auf die Vorschriften des Bayerischen Konkordats“ erneut auszuschreiben, hilfsweise die Beklagte zu verpflichten, die Zustimmung des Bamberger Erzbischofs gemäß Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats nicht einzuholen.

### **Beweis: Klage einschließlich Anlagen vom 20. Februar 2012 als Kopie in Anlage Nr. 2**

Der Beschwerdeführer trug vor, er sei evangelisch, erfülle die persönlichen Voraussetzungen der Verbeamtung und habe einen Rechtsanspruch auf „diskriminierungsfreie Ausschreibung“ der Professorenstelle. Die Beklagte habe zwar angekündigt, dass die Religionszugehörigkeit im Verfahren der Berufungskommission keine Rolle spielen werde. Gleichwohl diskriminiere der Hinweis auf die Konkordatsbindung des Lehrstuhls in der Ausschreibung alle Bewerber, die keinen katholisch-kirchlichen Standpunkt verträten, und sei deshalb mit § 11 i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG nicht vereinbar.

Mit Urteil vom 20. Juni 2012 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen.

**Beweis: Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 20. Juni 2012 als Kopie in Anlage Nr. 3**

Die Klage sei unzulässig. Hinsichtlich des Hauptantrags mit dem Ziel einer erneuten Ausschreibung sei die Gewährung von Rechtsschutz durch § 44a VwGO ausgeschlossen. Über die Berufung eines Hochschullehrers werde in einem gestuften Verwaltungsverfahren entschieden, das mit der Stellenausschreibung eingeleitet und mit der beamtenrechtlichen Ernennung des ausgewählten Bewerbers abgeschlossen werde. Zur Abwendung vollendeter Tatsachen reiche es aus, wenn der Bewerber im Wege vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ernennung des erfolgreichen Mitbewerbers vorgehen könne. Ein Anspruch auf erneute Ausschreibung ergebe sich auch nicht aus den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Für den Hilfsantrag habe der Beschwerdeführer kein Rechtsschutzinteresse, da der Berufungsausschuss bisher weder einen Berufungsvorschlag beschlossen noch eine Vorauswahl getroffen habe.

Zur Begründung seines Antrags auf Zulassung der Berufung trägt der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 24.09.2012 vor, es bestünden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, das von einer Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweiche und an einem Verfahrensfehler leide.

**Beweis: Begründung des Berufungszulassungsantrags vom 24. September 2012 als Kopie in Anlage Nr. 4**

Außerdem weise die Rechtssache besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten auf und habe grundsätzliche Bedeutung. Die Ausschreibung widerspreche dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und dem Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG. Sie sei diskriminierend, weil der Hinweis auf

die Konkordatsbindung potenzielle Bewerber abschrecke, die nicht mit dem katholisch-kirchlichen Standpunkt übereinstimmen. § 44a VwGO stehe der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen. Der Beschwerdeführer habe sich beworben und könne nach § 21 Abs. 1 AGG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs einen Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensgestaltung gegenüber der ausschreibenden Stelle geltend machen. Die Klage ziele darauf, dass bei der Bewerberermittlung das Diskriminierungsverbot beachtet werde. Das Verwaltungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass insoweit differenziert werden müsse zwischen dem Bewerberauswahlverfahren, das mit der Tätigkeit des Berufungsausschusses beginne, und dem vorangehenden Bewerberermittlungsverfahren, dessen Bestandteil die Ausschreibung sei. Das Verwaltungsgericht habe auch zu Unrecht angenommen, dass ein Verstoß gegen § 11 AGG keine Rechtsfolgen habe. Diese Auffassung sei mit dem Grundsatz der Effektivität der Durchsetzung des Unionsrechts nicht vereinbar. Bei Ausschreibungen von Stellen des öffentlichen Dienstes sei ein Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 5 AGG i.V.m. § 1004 BGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 11 AGG denkbar. Es werde beantragt und angeregt, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Frage einzuholen, ob die Richtlinie 2000/78/EG auch für Ausschreibungen zur Bewerberermittlung gelte und ob bejahendenfalls bei diskriminierenden Ausschreibungen von Beschäftigungsverhältnissen, auf deren Eingehung ein Anspruch bestehe, zur effizienten Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geboten seien. Klärungsbedürftig sei des Weiteren die Frage, ob das Unionsrecht örtlich differenzierte Regelungen in einem Mitgliedsstaat wie hier die nur in Bayern geltende Konkordatsbindung von Professorenstellen außerhalb theologischer Fakultäten erlaube sowie schließlich die Frage, ob es mit Unionsrecht vereinbar sei, dass die Überprüfung religiöser Diskriminierungen durch kirchliche Stellen bei Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst gerichtlicher Kontrolle entzogen sei und es damit gegen die Entscheidung des Bischofs keinen Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten gebe.

Die Beklagte ist dem Antrag mit Schriftsatz vom 24.10.2012 entgegengetreten.

**Beweis: Schriftsatz der Universität vom 24.10.2012 als Kopie in Anlage Nr. 5**

Die Stellenausschreibung leite das beamtenrechtliche Auswahlverfahren ein und sei eine behördliche Verfahrenshandlung, die von § 44a VwGO erfasst werde.

Der Verwaltungsgerichtshof München lehnte mit Beschluss vom 04.12.2012 den Antrag auf Zulassung der Berufung ab.

**Beweis: Beschluss des BayVGH München vom 04.12.2012 als Kopie in Anlage Nr. 6**

Der Beschluss des BayVGH wurde am 14.12.2012 zugestellt.

**Beweis: Empfangsbekanntnis vom 14.12.2012 als Kopie in Anlage Nr. 7**

### C. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Mit Nichtzulassung der Berufung ist der Verwaltungsrechtsweg erschöpft.

Eine Anhöhrungsrüge bezüglich der Behauptung der Verletzung des Rechts auf Gehör gem. § 152a VwGO ist vorliegend entbehrlich. Denn die Notwendigkeit eines Rügeverfahrens kann dahinstehen, wenn die gerügte Nichtberücksichtigung von streiterheblichen materiellrechtlichen Rechtsbehauptungen zugleich eine Verletzung des Rechts auf effizienten Rechtsschutz darstellt (vgl. unten) und die Geltendmachung dieses Rechts nicht der vorherigen Anhöhrungsrüge bedarf. Zudem möchte die Norm zur Entlastung des BVerfG beitragen. Wenn wie hier eine Vielzahl anderer Grundrechtsverletzungen außerhalb des § 152a VwGO gerügt und der

Beschwerdeführer zur Meidung der Verfristung gezwungen wird, Verfassungsbeschwerde einzureichen, kann dieser Normzweck keine Rolle spielen.

## D. Zulassungsgründe

Wegen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung und zur Durchsetzung unten genannter Grundrechte und grundrechtsgleicher Rechte des Beschwerdeführers ist die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen:

### I. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG

Die streitgegenständliche, religiös diskriminierende Stellenausschreibung als solche verletzt den Beschwerdeführer in seinen Rechten aus Art 3 Abs. 3 GG, ohne dass es darauf ankommt, ob sich der Beschwerdeführer auf die Stelle beworben hat.

1. Die Ausschreibung formuliert dezent, dass für die ausgeschriebene Stelle die Vorschriften des bayerischen Konkordats Anwendung finden. Weniger dezent, sondern drastisch, aber gleichwohl sachlich richtig hätte die Ausschreibung auch formulieren können, dass Protestanten, Juden, Muslime, Atheisten, Agnostiker, Zeugen Jehovas etc. für die Stelle nicht in Betracht kommen (es sei denn, der Bischof wäre einverstanden).

Der öffentliche und mediale Aufschrei wäre der Universität und dem Freistaat Bayern sicher gewesen. Diese Öffentlichkeit wäre aber erstaunt, wenn die bayerische Gerichtsbarkeit darauf verweist, dass gegen diese Ausschreibung Protestanten, Juden, Muslime, Atheisten, Agnostiker, Zeugen Jehovas rechtlich nicht vorgehen können. Zwar möge die Ausschreibung eine religiöse Diskriminierung darstellen, die Verletzung dieser Pflicht habe jedoch keine Rechtsfolgen.



Rechtsfolgen können frühestens mit der Bewerbung des Protestanten, Juden, Muslims, Atheisten, Agnostikers, Zeugen Jehovas auf die Stelle ausgelöst werden. Aber auch im universitären Auswahlverfahren spiele die Religion keine Rolle, da sie nicht Prüfungsgegenstand der Auswahlentscheidung sei und aus diesem Grund dort keine religiöse Diskriminierung stattfinde. Erst wenn der Bischof den von der Universität ausgewählten Protestanten, Juden, Muslim, Atheisten, Agnostikers, Zeugen Jehovas (unter Umständen auch einen Katholiken) ablehnt, ergeben sich Rechtsschutzmöglichkeiten. Wobei die bayerische Gerichtsbarkeit verschweigt, dass die Klage des Protestanten, Juden, Muslims, Atheisten, Agnostiker, Zeugen Jehovas nicht auf die Prüfung der Frage hoffen darf, ob ein Bewerber mit dem katholisch-lichlichen Standpunkt übereinstimmt. Dies kann nur vom Bischof beantwortet, aber nicht von einem staatlichen Gericht überprüft werden.

2. Dem BayVGH und dem VG Ansbach scheint das Verständnis dafür zu fehlen, dass sich von der Ausschreibung Betroffene, die die sachlichen Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllen, bereits diskriminiert fühlen und die Diskriminierung beseitigt wissen wollen. Es fehlt am Verständnis dafür, dass die Diskriminierung in der Ausschreibung bereits viele fachlich Geeignete abhält, sich auf die Stelle zu bewerben, was nicht nur eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG darstellt, sondern einen Verstoß gegen den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG.

So hat sich der Beschwerdeführer auf die erste Ausschreibung dieser Stelle nicht beworben, weil er Protestant ist. Zwar hat er die Diskriminierung deutlich empfunden, musste aber annehmen, dass er als Protestant wegen dieses Umstands keine Chance auf Berücksichtigung hat. Bei der zweiten, hier streitgegenständlichen Ausschreibung hat sich der Beschwerdeführer nach Rechtsrat deshalb beworben, weil der BayVGH die Bewerbung und Verfahrensbeteiligung als Grundvoraussetzung ansieht, um überhaupt in den Genuss von Rechtsbehelfen zu kommen.

3. Laut VG Ansbach und BayVGH ist die Ausschreibung ein Verfahrensbestandteil des Bewerberauswahl- und Ernennungsverfahrens. Wegen § 44a VwGO seien isolierte Rechtsbehelfe gegen die Ausschreibung nicht möglich, sondern nur Rechtsbehelfe in der Hauptsache.

Darauf kann es nicht ankommen. Denn der BayVGH unterstellt, dass ein Diskriminierter ein Verfahrensbeteiligter eines Verwaltungsverfahrens sein muss. Der Diskriminierte, der sich wegen der Diskriminierung nicht bewirbt, wird mangels Bewerbung kein Verfahrensbeteiligter. Der Nichtverfahrensbeteiligte hat nach Ansicht des BayVGH jedoch keine Klagemöglichkeit.

Nach der hier vertretenen Ansicht stellt die diskriminierende Ausschreibung einen vom Bewerberauswahlverfahren zu trennenden Umstand dar. Nur so kann die ursprüngliche Diskriminierung, das Abhalten der fachlich Geeigneten von einer Bewerbung, einer eigenständigen rechtlichen Würdigung zugeführt werden.

Dass die Religionszugehörigkeit bei der Besetzung von öffentlichen Stellen keine Rolle spielen darf, ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG. Der Anwendungsbereich dieser Vorschriften ist jedenfalls bei Stellenbesetzungsverfahren mit eingereichten Bewerbungen eröffnet. Ob sich der Schutzzweck des Art. 33 Abs. 2 GG auf das Vorfeld eines Auswahlverfahrens erstreckt, mag zweifelhaft erscheinen. Aus Sinn und Zweck dieser Normen ist dies jedoch abzuleiten.

4. Jedenfalls verletzt eine religiös diskriminierende Ausschreibung Art. 3 Abs. 3 GG. Die Religion wird dort als verbotener Diskriminierungsgesichtspunkt ausdrücklich erwähnt.

Der sachliche Anwendungsbereich dieses Grundrechts erstreckt sich auch auf religiös diskriminierende Ausschreibungen. Anders als bei Art. 33 Abs. 2 GG, bei dem zur Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs gegebenenfalls eine Beteiligung an einem

Verwaltungsverfahren mittels Bewerbung vorausgesetzt werden könnte, stellt Art. 3 Abs. 3 GG darauf nicht ab.

Art. 3 Abs. 3 GG unterliegt keinem geschriebenen Einschränkungsvorbehalt. Immanente Schranken wären kollidierende Grundrechte Dritter oder hohe Rechtsgüter mit Verfassungsrang. Dass möglicherweise eine Kollision mit dem bayerischen Staatskirchenrecht vorliegen könnte, ist bei einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ohne Bedeutung. Der Beschwerdeführer beklagt die Verletzung seiner Rechte als Bundesbürger, die das in Landesrecht inkorporierte bayerische Konkordat nicht beeinträchtigen darf.

Da anderweitige kollidierende Rechtsgüter mit Verfassungsrang nicht ersichtlich sind, erübrigt sich eine Abwägung zwischen widerstreitenden Rechtsgütern.

## II. Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 GG

Die religiös diskriminierende Ausschreibung verletzt den Beschwerdeführer in seinen grundrechtsgleichen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 GG.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG nicht erst mit der Bewerbung auf eine Stelle im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet, sondern bereits durch die Ausschreibung. Dies ergibt sich bereits aus dem Leistungsprinzip, das in dieser Norm ebenfalls festgeschrieben ist. Eine Ausschreibung, die zugunsten religiöser Diskriminierung fachlich Geeignete von der Bewerbung abhält, verstößt gegen das Leistungsprinzip.

Auch enthält Art. 33 Abs. 3 GG keine Fixierung auf Beteiligung in Verwaltungsverfahren mittels Bewerbung. Die Vorschrift verbietet allgemein einen Nachteil wegen Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis bei der Zulassung zu öffentlichen Ämtern.

### III. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

Die Verwerfung der Klage als unzulässig verstößt gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz.

1. Der Beschwerdeführer hatte in beiden Instanzen deutlich gemacht, dass er schon mangels Auswahlentscheidung keine Konkurrentenklage eingereicht habe, sondern sich die Klage gegen die diskriminierende Ausschreibung selbst richte und er Unterlassung und Beseitigung der diskriminierenden Ausschreibung begehre. Dennoch haben das VG Ansbach und der BayVGh das Rechtschutzbegehren und dem vom Beschwerdeführer durch Antrag und Begründung festgelegten Streitgegenstand nicht erkannt, sondern verkannt.

2. § 15 Abs. 5 AGG ermöglicht über § 15 AGG hinaus weitergehende Ansprüche bei Diskriminierung gegen den Arbeitgeber geltend zu machen. In der Literatur wird die Frage diskutiert, ob Vorschriften des AGG, auch § 11 AGG, Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind und ob über § 1004 BGB Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend gemacht werden können (vgl. unten IV). Diese Anspruchsgrundlagen hat der Beschwerdeführer auch geltend gemacht.

Die Prüfung dieser Normen setzt voraus, dass eine Klage, die sich darauf beruft, zulässig sein muss. Die dienende Funktion des Art. 19 Abs. 4 GG gegenüber dem materiellen Recht wird deutlich.

Mit der Verneinung der Zulässigkeit der Klage des Beschwerdeführers wird aber gerade die materielle Prüfung dieser Normen verhindert. Die Annahme der Unzulässigkeit der Klage verhindert die Durchsetzung materiellen Rechts und verletzt das Recht des Beschwerdeführers auf effektiven Rechtsschutz.

#### IV. Verstoß gegen das Recht auf Gehör

Dem Beschwerdeführer wurde rechtliches Gehör in einer streitentscheidenden materiellrechtlichen Frage verwehrt, was gegen Art 103 Abs. 1 GG verstößt.

Der Beschwerdeführer wurde vom BayVGH nicht gehört mit seiner Behauptung, § 15 Abs. 5 AGG ermögliche über § 1004 BGB, § 823 Abs. 2 BGB und § 11 AGG als Schutzgesetz, das Unterlassen einer religiös diskriminierenden Ausschreibung zu verlangen und eine diskriminierungsfreie Ausschreibung zu fordern.

Der BayVGH erwähnt diese Normenkette im Tatbestand auf S. 4 als Teil des Klägervortrags, ohne in der Begründung diese Ansicht rechtlich zu würdigen.

1. Art. 103 Abs. 1 GG fordert, dass das Gericht die Ausführungen der Prozessbeteiligten in Erwägung zieht. Erwägen bedeutet hier die Pflicht des Gerichts, das Vorbringen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf seine Erheblichkeit und Richtigkeit zu prüfen (BVerfGE 70, 288 [293]; BayVerfGH BayVBl. 2006, 14). Aus der Pflicht zur Erwägung folgt die Pflicht zur Begründung (BVerfGE 47, 182 [187]). Sie dient der Selbstkontrolle des Gerichts und der Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung.

Aus dem Recht auf Gehör ergibt sich nicht die Pflicht, die Rechtsansicht eines Beteiligten zu teilen. Auch ergibt sich keine Pflicht, auf jedes Vorbringen ausdrücklich einzugehen. Das Gericht kann aus Gründen des formellen und materiellen Rechts Vorbringen unberücksichtigt lassen (BVerfGE 69, 156 [148f]). Auf unerheblichen, erkennbar unsubstanzierten und abwegigen Vortrag muss das Gericht nicht eingehen.

2. Die Erwähnung der Normenkette im Tatbestand des Beschlusses des BayVGH zeigt, dass das Gericht die Argumentation zur Kenntnis genommen hat. Diese Kenntnisnahme ist nicht gleichzusetzen mit einem Erwägen im Sinne einer Überprüfung des Vor-

trags in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf seine Erheblichkeit und Richtigkeit. Die Kenntnisnahme ist allenfalls eine Vorstufe der Erwägung.

Die fehlenden Ausführungen in der Begründung des Beschlusses zu diesem Rechtsvortrag des Beschwerdeführers lassen die fehlende Erwägung erkennen.

a. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Vortrag unerheblich, unsubstanziert und abwegig gewesen wäre.

aa. Die Rechtsansicht des Beschwerdeführers ist nicht unerheblich. Ein Sach- und Rechtsvortrag ist unerheblich, wenn er nicht entscheidungserheblich ist. Der Beschwerdeführer hat in der Begründung seiner Zulassungsbeschwerde (Schriftsatz vom 24.06.20012) auf S. 13 die Entscheidungserheblichkeit dargelegt. Da § 11 AGG keine Rechtsfolgen bei Verstößen gegen diese Norm beinhaltet, seien diese in anderen Rechtsvorschriften zu suchen. Zwar mögliche § 15 AGG positivrechtlich nur die dort aufgezählten Sanktionen, zu denen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nicht gehören. § 15 Abs. 5 verweise aber im Übrigen auf andere Ansprüche gegen den Arbeitgeber aus anderen Rechtsvorschriften, die unberührt bleiben. Zu diesen zählen die Einstellungs- und Schadensersatzansprüche aus Art. 33 Abs. 2 GG, die weit über § 15 Abs 1 bis Abs. 4 hinausgehen, zum anderen könne § 11 AGG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB interpretiert werden, zudem können über § 1004 BGB Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche ausgelöst werden.

bb. Der Vortrag ist nicht unsubstanziert. Die Substanziiertheit betrifft die Präzision und den Umfang des Tatsachenvortrags. Erkenntnisprobleme auf Tatsachenebene enthält der Fall nicht. Auch hat sich der Beschwerdeführer in rechtlicher Hinsicht umfassend geäußert.

cc. Der Vortrag ist nicht abwegig. Wenn in Kommentaren zum AGG (vgl. Adomeit/Mohr, AGG-Kommentar, 2. Aufl., § 15, Am. 146 und 147 zum Schutzgesetz und zu Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen) Auseinandersetzungen zu diesem Thema erfolgten, kann kaum von einer abwegigen Rechtsansicht gesprochen werden. Auch hat der historische Gesetzgeber in der BT-Drucksache 16/1780, S. 38, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche erwähnt.

b. Auch sind keine sonstigen formellen oder materiellen Hinderungsgründe ersichtlich, die es dem BayVGh ermöglichen würden, ohne Erwägung in der Begründung den Rechtsvortrag des Beschwerdeführers zu übergehen. Auch § 15 Abs. 6 AGG wäre nicht einschlägig. Diese Norm kann sich nicht auf den Einstellungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG beziehen, zudem macht der Beschwerdeführer keinen Einstellungsanspruch geltend.

3. Ob § 11 AGG ein Schutzgesetz ist und unter welchen Voraussetzungen ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen einen Arbeitgeber angenommen werden darf, ist in der Literatur streitig. Urteile hierzu, gar höchstrichterliche, sind nicht ersichtlich.

Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde kann es auf darauf nicht ankommen. Es ist Aufgabe der Fachgerichtsbarkeit, über die Voraussetzungen spezieller Anspruchsgrundlagen zu entscheiden. Für die Annahme der Verletzung des Rechts auf Gehör genügt es, dass ein gebotenes Erwägen, welche Rechtsfolgen die Verletzung des § 11 AGG jenseits des § 15 Abs.1 bis 4 AGG hat, nicht stattgefunden hat.

4. Die unterlassene rechtliche Bewertung indiziert auch die grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung der Annahme der Verfassungsbeschwerde.

Art. 3 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 GG verbieten allgemein und bei Zugang zu öffentlichen Ämtern die religiöse Diskriminierung ebenso wie die RL 2000/78/EG oder einfachgesetzlich § 11 AGG bereits in der öffentlichen Ausschreibung. Die Klärung von Anspruchsgrundlagen dient nicht nur der Durchsetzung von positivrechtlichen Anspruchsgrundlagen, sondern der Durchsetzung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten in der sozialen Wirklichkeit.

#### **V. Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter und gegen das Willkürverbot**

Das Unterlassen der Vorlage nachfolgend aufgeführter streitentscheidender unionsrechtlicher Fragen gem. Art. 267 Abs. 3 AEU an den EuGH verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.

1. Eine Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters liegt bei Akten der rechtsprechenden Gewalt erst vor, wenn eine fehlerhafte Auslegung von Zuständigkeits- und Verfahrensnorm die Grenze der Willkürlichkeit überschreitet (BVerfGE 3, 359 [364 f]). Dies gilt auch für das unionsrechtliche Vorabentscheidungsverfahren (BVerfGE 82, 159 [195]). Ein Verstoß gegen das Willkürverbot liegt dann vor, wenn eine Vorlagepflicht besteht und diese vom Gericht in unhaltbarer Weise gehandhabt worden ist (BVerfG a.a.O.). Das BVerfG hat diesen Grundsatz nach Fallgruppen verfeinert. Zwar kannte der BayVGH hier seine grundsätzliche Vorlagepflicht und ein bewusstes und nicht gerechtfertigtes Abweichen von der unionsrechtlichen Rechtsprechung ist nicht ersichtlich.

Nachfolgend aufgeführte entscheidungserhebliche Fragen hat der EuGH jedoch noch nicht erschöpfend beantwortet. Die Grenze zur Willkürlichkeit ist dann überschritten, wenn mögliche Gegenauffassungen zur Interpretation der streitentscheidenden unionsrechtlichen Normen durch das Gericht gegenüber der vom Ge-



richt vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind, vgl. BVerfG vom 19.07.2011, BvR 1916/09 (Cassina), Rdnr. 98.

Nach diesen Maßstäben liegt eine unhaltbare Handhabung der Vorlagepflicht durch den BayVGH vor. Gerade wegen der Bedeutung des effektiven Rechtsschutzes sind die Gegenansichten zur Ansicht des BayVGH eindeutig vorzuziehen.

2. Ohne Verletzung des Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S.1 GG stellt der BayVGH klar, dass sich der Diskriminierungsschutz der Richtlinie 2000/78/EG auch auf Ausschreibungen zur Bewerberermittlung bezieht, Az.: 7 ZB 12.1816, vom 04.12.2012, Rdnr. 26. Nach Rdnr. 27 dieses Beschlusses sei die Frage, ob bei diskriminierenden Ausschreibungen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geboten sind, durch die Rechtsprechung des EuGH ebenfalls geklärt. Danach wären Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bei diskriminierenden Ausschreibungen unionsrechtlich nicht zwingend geboten.

3. Unhaltbar handhabt der BayVGH jedoch die Vorlagepflicht in seinen Ausführungen zur Sicherstellungspflicht des effektiven Rechtsschutzes (Art. 9 und Art. 10 RL 2000/89/EG) und zur Pflicht zur Aufhebung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen (Art. 16 RL 2000/78/EG).

Die Frage nach dem effizienten Rechtsschutz umfasst nicht nur Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (die nach Ansicht des BayVGH unionsrechtlich nicht geboten sind), sondern auch Fragen des Rechtswegs, der Beweislast, der materiellen Kontrolldichte im Rahmen anderer Leistungs-, Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Diese Schutzgüter spielen auch unionsrechtlich in Art. 9 (Rechtsschutz), Art. 10 (Beweislast und Beweislastumkehr) und Art. 16 (Pflicht zum Abbau diskriminierender Normen) der RL 2000/78/EG eine tragende Rolle.

Auf die Art. 9, 10 und 16 RL 2000/78/EG kann sich der Beschwerdeführer inzwischen direkt und unmittelbar berufen, da der Freistaat Bayern als Bundesstaat des Mitgliedstaates „Bundesrepublik Deutschland“ diese Normen in Hinblick auf Konkordatslehrstühle nicht innerhalb der Umsetzungsfrist in sein Landesrecht transformiert hat.

a. Der BayVGH verkennt, dass nach seiner Rechtsprechung auf keiner Stufe des Stellenbesetzungsverfahrens die religiöse Diskriminierung effektiv durch gerichtliche Hilfe bekämpft werden kann, weder in der Ausschreibung noch im universitären Auswahlverfahren noch in einer etwaigen Ablehnung des ausgewählten Bewerbers durch den Bischof. Der Beschwerdeführer hat in allen Instanzen auf diesen Umstand hingewiesen und die Verletzung des Rechts auf effizienten Rechtsschutz beklagt.

Der BayVGH bekräftigt in Rdnr. 18 seines Beschlusses seine ständige Rechtsprechung, dass staatliche Stellen im Rahmen der Auswahlentscheidung die Konkordatsbindung und den katholisch-kirchlichen Standpunkt nicht berücksichtigen dürfen. Der katholisch-kirchliche Standpunkt sei nicht Prüfungsgegenstand des Auswahlverfahrens. Sollte ein im staatlichen Auswahlverfahren übergangener Bewerber die religiöse Diskriminierung behaupten wollen mit der Stellenausschreibung als Indiz, wird ihm entgegengehalten werden, dass die staatliche Auswahl ohne Konkordatsbezug und damit ohne religiöse Diskriminierung erfolge.

b. Vielmehr verweist der BayVGH auf die nach seiner Meinung erste Rechtsschutzmöglichkeit bei Behauptung religiöser Diskriminierung: der Klage des ausgewählten Bewerbers gegen die Ablehnung der Stellenvergabe wegen fehlender Zustimmung des Bischofs. Die Entscheidung des Bischofs hinsichtlich des Übereinstimmens der Lehre und Ansichten des von der Universität ausgewählten Bewerbers mit dem katholisch-kirchlichen Standpunkt sind als innerkirchlicher Akt der Bewertung durch staatliche Gerichte entzogen.

Die Konsequenz, dass sich der Staat einschließlich seiner Gerichtsbarkeit über die Konkordatsbindung und über die entgegengesetzte Willensäußerung des Bischofs hinwegsetzen könnte, wird vom BayVGh wohl aus Rechtsgründen ersichtlich nicht vertreten. Zwar mag denkbar sein, dass ein staatliches Gericht das Urteil des Bischofs nicht überprüft, weil es in Fragen der katholischen Dogmatik nicht entscheidungsbefugt ist. Das Gericht könnte durchaus die Folgerung ziehen, dass durch die inhaltlich nicht angreifbare Entscheidung des Bischofs die Nichtvergabe der Professur gegen Grundrechte des Klägers verstoßen werden könnte. Da aber durch Inkorporation das Konkordat geltendes positives Recht geworden ist, sogar auf Ebene des Staats- und Verfassungsrechts, würde das Gericht gegen geltendes Recht verstoßen, wenn es sich über die fehlende Zustimmung des Bischofs hinwegsetzen und dem Kläger die eingeklagte Professur zusprechen wollte.

Ein Verstoß gegen geltendes Recht würde dann jedoch nicht vorliegen, wenn die einschlägigen Vorschriften des Konkordats verfassungswidrig wären. Fachgerichte sind jedoch nicht befugt, eigenständig eine die Rechtswidrigkeit von Rechtsnormen in Form von formellen Gesetzen festzustellen. Auch eine implizite Annahme der Rechtswidrigkeit im Wege der mittelbaren Satzungsüberprüfung ist ausgeschlossen. Das Fachgericht wäre daher zur Vorlage an Verfassungsgerichte verpflichtet. Daher sind Fachgerichte nicht in der Lage, aus eigener Rechtsmacht über die fehlende Zustimmung des Bischofs hinwegzusehen.

Effektiver Rechtsschutz ist jedoch primär von den Fachgerichten zu gewähren. Die Fachgerichtsbarkeit ist vorliegend dazu nicht in der Lage.

c. Unter Berufung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und auf Art. 10 der RL 2000/78/EG könnte man mit einigem Recht die Ansicht vertreten, dass die religiöse Diskriminierung in der Ausschreibung die Diskriminierung in der staatlichen Auswahlentscheidung vermuten lässt und deshalb Erfolgsaussichten in der

Hauptsache (Konkurrentenklage) bestehen. Auch der Beschwerdeführer hatte diese Argumentation angeführt.

Der BayVGH zieht nicht diese Konsequenz, vgl. Rdnr. 18 seines Beschlusses. Der Freistaat und die Universität dürfen in ihrer Auswahlentscheidung die Konkordatsbindung nicht beachten. Sie könnten daher auch nicht religiös diskriminieren. Die beklagte Universität habe diesen Umstand in der mündlichen Verhandlung nochmals bekräftigt. Auch hat der Beschwerdeführer in diesem Verfahren keine Veranlassung, an dieser Versicherung zu zweifeln.

d. Der BayVGH verlagert daher die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen religiöse Diskriminierungen immer weiter nach hinten, um dann bei zulässig gewordenen Rechtsbehelfen diesen die materielle Eignung zum Grundrechtsschutz zu nehmen. Denn der Prüfungsumfang der staatlichen Auswahlentscheidung bezieht sich nicht auf die Konkordatsbindung und ein Gericht ist gehindert, bischöfliche Entscheidungen zu bewerten und daraus Rechtsfolgen abzuleiten. Die Behauptung der religiösen Diskriminierung durch die Ausschreibung, die Behauptung der religiösen Diskriminierung im staatlichen Auswahlverfahren und die Behauptung der religiösen Diskriminierung durch die Nichternennung wegen entgegenstehenden Willens des Bischofs bleibt ohne rechtliche Prüfung und die erfolgte Diskriminierung ohne rechtliche Sanktion.

Wegen nicht mit Art. 9, 10 und 16 RL 2000/78/EG zu vereinbarenden Ausschlusses effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine religiöse Diskriminierung ist die Handhabung der Vorlagepflicht durch den BayVGH nicht mehr hinnehmbar.

4. Zu Unrecht verneint der BayVGH in Rdnr. 29 seines Beschlusses die Relevanz der Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, ob „die Überprüfung religiöser Diskriminierungen durch kirchliche Stellen bei Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst der gerichtlichen Kontrolle entzogen sei“.

Zunächst wendet sich der Beschwerdeführer gegen staatliche Entscheidungen wie die diskriminierende Ausschreibung, nicht gegen die kirchliche Entscheidung als unselbstständiger Verfahrensbestandteil eines mehrstufigen Verwaltungsverfahrens, an dessen Ende ein in Bezug auf eine religiöse Diskriminierung rechtlich nicht angreifbarer staatlicher Verwaltungsakt stehen könnte.

Die fehlende Relevanz ergäbe sich laut BayVGH aus dem Umstand, dass Rechtsbehelfe während des laufenden Stellenbesetzungsverfahrens wegen § 44a VwGO ausgeschlossen wären. Dass in nachfolgenden Verfahrensschritten ebenfalls keine effektive Rechtsschutzmöglichkeit gegeben ist und damit überhaupt kein effektiver Rechtsschutz vorliegt, wird nicht erörtert.

Da aber der BayVGH selbst feststellt, dass sich die RL 2000/78/EG auch auf Stellenausschreibungen bezieht, die streitgegenständliche Ausschreibung aber auf die Konkordatsbindung hinweist und der Lehrstuhl konkordär gebunden ist, ist die Frage seiner Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht in allen seinen Aspekten abstrakt-generell zu beantworten und unabhängig von Verfahrensstadien. Auch dürfte unionsrechtlich Art. 16 der RL 2000/78/EG mit seiner staatlichen Pflicht, Normen aufzuheben, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen, eine mitgliedstaatliche Handlungspflicht begründen. Nach dieser Vorschrift sind auf der Ebene des Landesrechts eines Mitgliedsstaates Konkordatslehrstühle mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren. Deshalb darf auch nicht diskriminierend ausgeschrieben werden.

Ob daher die Vorschriften des Bayerisches Konkordats über Konkordatslehrstühle mit dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in Einklang zu bringen sind, soweit sie auf die Vergabe staatlicher, nicht kirchlicher Stellen, einwirken, ist vom EuGH bisher nicht geklärt. Auch wäre nicht das Konkordat Prüfungsgegenstand, sondern seine Inkorporation als Landesrecht. Der völkerrechtliche Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und dem Heiligen Stuhl begründet für den Beschwerdeführer keine Rechte und

Pflichten. Dass eine mögliche Nichtvereinbarkeit des inkorporierten Konkordats mit Grundrechten zu Vertragsstörungen zwischen Völkerrechtssubjekten führen könnte, rechtfertigt den Grundrechtseingriff nicht. Es wäre dann Aufgabe der Vertragsparteien, sich ins Benehmen zu setzen.

Es ist nicht vertretbar, die Vorlagepflicht abzulehnen, wenn der BayVGH selbst der Ansicht ist, dass bereits religiöse diskriminierende Ausschreibungen von der RL 2000/78/EG erfasst werden.

5. Gleiches gilt für die Nichtvorlage der dem BayVGH in dem Antrag auf Berufungszulassung gestellten Frage, ob Unionsrecht im Allgemeinen und die RL 2000/78/EG insbesondere es Mitgliedstaaten erlaube, innerhalb ihres Staatsgebiets den Gleichbehandlungsgrundsatz regional unterschiedlich zu behandeln. Denn Konkordatslehrstühle gibt es in Deutschland (fast) ausschließlich nur in Bayern und nur dort ist die Zustimmung des Bischofs konstitutiver Bestandteil des Verfahrens und materielle Genehmigungsvoraussetzung.

Die RL 2000/78/EG ermöglicht in Art. 15 nur in Nordirland eine unterschiedliche Behandlung von Polizisten und Lehrern wegen ihrer Religionszugehörigkeit. Dies darf als Indiz gewertet werden, dass in allen anderen Fällen eine räumliche Differenzierung innerhalb eines Mitgliedstaats nicht möglich ist. Daher wären die Bundesrepublik Deutschland und der Freistaat Bayern verpflichtet, gemäß Art. 16 der RL 2000/78/EG religiös diskriminierende Vorschriften bei der Vergabe staatlicher Stellen abzuschaffen.

## E. Verbindung mit BVerfG 1 BvR 1903/12

Wegen Sachzusammenhangs wird die Verbindung mit dem Verfahren Prof. Dr. Wessels (1 BvR 1903/12) angeregt. Die dortige Verfassungsbeschwerde hat eine Konkurrentenklage um den streitgegenständlichen (vorliegend erneut ausgeschriebenen) Konkordatslehrstuhl zum Gegenstand.

.....  
Rainer Roth  
- Rechtsanwalt -