

Bundesverfassungsgericht Karlsruhe
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe
10-000213

Unser Zeichen: 10-000213
Nürnberg, den 23.03.2012

VERFASSUNGSBESCHWERDE

der Frau Prof. Dr. Wessels Ulla, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

- Beschwerdeführerin -

- vertreten durch den Unterzeichner -

g e g e n

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 28. Juli 2011
(AZ: AN 2 K 10.01802) und
2. den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom
23. Februar 2012 (AZ: 7 ZB 11.2606).

Wir legen besondere Vollmacht vor (Anlage Nr. 1: Vollmacht) und zeigen an, dass wir die Beschwerdeführerin vertreten. Namens und mit Auftrag der Beschwerdeführerin erheben wir gegen vorbenannte Entscheidungen des VG Ansbach und des BayVGH

Verfassungsbeschwerde

mit der Behauptung der Verletzung nachfolgend genannter, beschwerdefähiger Rechte:

A.) Behauptung der Grundrechtsverletzung

- 1 Das Urteil des VG Ansbach vom 28.07.2011 (AZ: AN 2 K 10.01802) und die Nichtzulassung der Berufung durch Beschluss des BayVGh vom 23.02.2012 (AZ: 7 ZB 11.2606) verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG und in ihren subjektiven Rechten aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG sowie in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.
- 2 Die Beschwerdeführerin behauptet vor allem folgende Verletzungen ihrer beschwerdefähigen Rechte:
 - 3 1.) Die Verneinung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses der Beschwerdeführerin an der Feststellung, dass sie zu Unrecht aus dem inzwischen erledigten Stellenauswahlverfahren um die konkordatär gebundene Professur »Praktische Philosophie« an der Philosophischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg ausgeschlossen wurde, verletzt die Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 19 Abs. 4 GG.
 - 4 2.) Die Herausnahme der Entscheidung des Diözesanbischofs aus der gerichtlichen Kontrolle der abgelehnten Bewerbung der Beschwerdeführerin auf die in Ziff. 1.) genannte Professur verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt, Art. 19 Abs. 4 GG. Die Ruferteilung, Verbeamtung und Übertragung staatlicher Planstellen sind Akte der öffentlichen Gewalt.
 - 5 3.) Die nach Art. 3 § 5 BayKonkordat erforderliche Zustimmung des Diözesanbischofs zur Besetzung der in Ziff. 1.) genannten Professur verletzt die Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG, aus Art. 3 Abs. 3 GG und aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

B.) Sachverhalt

I.) Fehlender katholisch-kirchlicher Standpunkt der Beschwerdeführerin

- 6 Die Beschwerdeführerin ist keine Katholikin. Die Ansichten in ihrer Promotionsarbeit zur Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs (»Verbietet das Recht auf Leben Abtreibung?«) entsprechen weitgehend dem staatlichen Recht zu § 218 StGB, widersprechen aber dem katholisch-kirchlichen Standpunkt.

II.) Ausschreibung des Konkordatslehrstuhls

- 7 Am 11.10.2007 schrieb die Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg in der ZEIT eine W3-Professur für Praktische Philosophie aus. Für die Besetzung dieser Stelle gelte Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats.

Anlage Nr. 2: Art. 3 § 5 BayKonkordat BayGVBl 1974, S. 541 ff [S. 543]

Anlage Nr. 3: Ausschreibung vom 11.10.2007

- 8 Einige Bewerber gaben in den Bewerbungsunterlagen ihre Konfession an. Auch schrieb der Vorsitzende des Berufungsausschusses einzelne Bewerber an und fragte nach der Religionszugehörigkeit: *»Da bei der Besetzung der Professur für Praktische Philosophie die Bestimmungen des Bayerischen Konkordats mit der Katholischen Kirche berücksichtigt werden müssen, bitte ich Sie, uns auch Ihre Konfession mitzuteilen.«*

Anlage Nr. 4: Schreiben des Ausschussvorsitzenden vom 14.02.2008

- 9 In einer ersten, für die Berufungskommission (Art. 18 BayHSchPG) angefertigten Synopse der Bewerbungen wurden die von Bewerbern mitgeteilten Angaben zur Konfessionszugehörigkeit übernommen.

III.) Bewerbung der Beschwerdeführerin

- 10 Da sie das fachliche Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Professur erfüllt, bewarb sich die Beschwerdeführerin; von Angaben zur Konfessionszugehörigkeit hatte sie abgesehen. Der Titel der Doktorarbeit und ein knappes Referat ihrer These wurden im mit der Bewerbung eingereichten Schriftenverzeichnis der Beschwerdeführerin angeführt. Auch die Beschwerdeführerin erhielt das in Anlage Nr. 4 erwähnte Schreiben des Berufungsausschussvorsitzenden - allerdings ohne Hinweis auf das Konkordat und ohne Aufforderung, die Konfession mitzuteilen.

Anlage Nr. 5: Schreiben des Ausschussvorsitzenden vom 14.02.2008

- 11 Die Beschwerdeführerin kam in den ersten Kreis von etwa einem Drittel der Bewerber, über die von einzelnen Mitgliedern des Berufungsausschusses referiert wurde. Sie wurde nicht zu einer Probevorlesung eingeladen und kam auch nicht auf die Liste der Berufungsvorschläge, die entgegen

geltendem Recht nicht drei, sondern nur zwei Vorschläge enthielt (Art. 18 Abs. 4 S. 5 BayHSchPG: »Der Berufungsausschuss stellt unter Einholung auswärtiger und vergleichender Gutachten einen Berufungsvorschlag auf, der drei Namen enthalten soll.«).

- 12 Zunächst wurde der (katholische) Erstplatzierte der Vorschlagsliste ausgewählt. Da beim Erstplatzierten damit zu rechnen war, dass dieser den Ruf ablehnen werde, verzichtete die Beschwerdeführerin auf rechtliche Schritte gegen seine Ernennung.

IV.) Erfolgreiche Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs vor dem VG Ansbach

- 13 Da sie nach Ablehnung des Rufs durch den Erstplatzierten die Erteilung des Rufs an die (katholische) Zweitplatzierte befürchtete, erwirkte die Beschwerdeführerin eine einstweilige Verfügung, die die Stellenbesetzung unterband.

Anlage Nr. 6: Beschluss des VG Ansbach vom 13.12.2010, AZ: AN 2 E 10.01011

- 14 Das Gericht stellt fest, dass der in das bayerische Recht transferierte völkerrechtliche Vertrag kein Mitwirkungsrecht des Diözesanbischofs im universitären Auswahlverfahren beinhalte. »Die Entscheidung über die wissenschaftliche oder pädagogische Qualifikation eines Bewerbers, das Auswahl- und Vorschlagsrecht der Hochschule sowie das Recht zur Ruferteilung durch den Präsidenten der Hochschule (§ 2 Abs. 1 Verordnung über das Bewerbungsverfahren vom 03.08.2009) liegen allein in nicht-kirchlicher öffentlicher Hand.«, Anlage Nr. 6: S. 11. Den Einfluss des Diözesanbischofs beschreibt das Gericht als »Vetorecht«.

- 15 Das Gericht stellt fest, dass die Konfessionen der Bewerber dennoch das universitäre Auswahlverfahren beeinflussen haben könnten, und macht dies am Anschreiben des Kommissionsvorsitzenden an Bewerber fest. Dort wurde nach der Religionszugehörigkeit gefragt.

- 16 »Es spricht daher viel dafür, auf der Stufe des hochschulinternen Auswahlverfahrens eine Bindung der beteiligten Gremien und Organe der Hochschule durch Art. 33 Abs. 3 GG mit dem dort enthaltenen Diskriminierungsverbot anzunehmen. Das Gericht ist in seinem antragsablehnenden Beschluss vom 11. Dezember 2008 auf Grund der damaligen Aktenlage sowie dem Vortrag der Vertreter der Hochschule in der mündlichen

Verhandlung dezidiert davon ausgegangen, dass die Frage der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession für die Hochschule nicht entscheidungserheblich gewesen ist und dass die Hochschule auch nicht- gewissermaßen vorauseilend - geprüft hat, ob eventuell mit einer Erinnerung der katholischen Kirche zu rechnen sei. Diese Annahme ist durch den antragstellerseitigen Sachvortrag, insbesondere die Vorlage eines Schreibens des Dekans an einen in die engere Auswahl genommenen Bewerber, in dem um die konkrete Angabe der Konfession gebeten wurde, substantiiert in Zweifel gezogen worden.«, Anlage Nr. 6: S. 11.

- 17 Das VG Ansbach verweist die Entscheidung über eine mögliche Verletzung des Art. 33 Abs. 3 GG in die Hauptsache:
- 18 »Die von der Antragstellerseite aufgeworfene grundsätzliche Rechtsfrage, ob Art. 3 § 5 des Konkordats mit höherrangigem Recht, insbesondere Verfassungsrecht vereinbar ist, sieht das Gericht gegenwärtig als offen an, eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben«, Anlage Nr. 6: S. 11.

V.) Beendigung des Stellenbesetzungsverfahrens

- 19 Nach der Entscheidung des VG Ansbach und fehlender Rufannahme durch die Zweitplatzierte beendete der Freistaat Bayern das Stellenbesetzungsverfahren und kündigte die Neuausschreibung der Professur an. Am 22.12.2011 wurde sie in der Wochenzeitung DIE ZEIT erneut ausgeschrieben und die Beschwerdeführerin bewarb sich erneut.

Anlage Nr. 7: Ausschreibung vom 22.12.2011

Anlage Nr. 8: Bewerbung vom 28.01.2012

- 20 Vor dem VG Ansbach ist gegen die neue Stellenausschreibung eine Klage wegen Verletzung des Rechts auf diskriminierungsfreie Ausschreibung (§ 11 AGG) anhängig (AZ: AN 2 K 12.00252). Die Beschwerdeführerin ist dort nicht Klägerin.

Anlage Nr. 9: Klageschrift (anonymisiert) AZ: AN 2 K 12.00252

VI.) Untätigkeitsklage und Umstellung auf Fortsetzungsfeststellungsklage

- 21 Die Beschwerdeführerin erhob vor der Entscheidung des VG Ansbach über den einstweiligen Rechtsschutz Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO,

nachdem über ihren Widerspruch gegen die Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren nicht entschieden wurde. Mit Erledigung des Stellenbesetzungsverfahrens durch Neuausschreibung stellte die Klägerin diese Klage um auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) mit dem Ziel, festzustellen, dass ihre Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren rechtswidrig gewesen ist.

Anlage Nr. 10: Antragsumstellung vom 14.06.2011 auf FFK

- 22 Die Beschwerdeführerin legte ihr Rechtsschutzinteresse zur Umstellung auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage dar. Sie fürchtet, dass trotz gegenteiliger Beteuerung die Konfessionszugehörigkeit in neuen universitären Auswahlverfahren eine Rolle spielen wird. Auch sei aufgrund der Bedeutung der staatsbürgerlichen Rechte aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG die Verfassungsgemäßheit der konkordatären Bindung des Lehrstuhls zu prüfen.

VII.) Klageabweisung wegen fehlenden Feststellungsinteresses

- 23 Das VG Ansbach wies mit Urteil vom 28.07.2011 die Klage ab.

Anlage Nr. 11: VG Ansbach, Urteil vom 28.07.2011, AN 2 K 10.01802

- 24 Die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung des Art. 33 Abs. 3 begründe kein Feststellungsinteresse:
- 25 *»Auch die mit der Klage geltend gemachte spezifische Grundrechtsverletzung des Art. 33 Abs. 3 GG vermag ein Feststellungsinteresse nicht zu begründen.«, Anlage Nr. 11: S. 11. Denn »Art. 33 Abs. 3 GG gibt dem Einzelnen, wie auch Abs. 2, als besondere Ausprägung des in Art. 3 Abs. 1 GG festgelegten Gleichheitssatzes mit Grundrechtscharakter ein Recht gegen den Staat. Dem Bewerber auf ein öffentliches Amt wird hierdurch ein Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung dieser Vorschriften im Rahmen seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vermittelt. Dieser Anspruch besteht jedoch nur, wenn eine Ernennung auch tatsächlich vorgenommen wird (BVerwGE 101, 112 ff.). Der Dienstherr ist insoweit grundsätzlich rechtlich nicht gehindert, ein eingeleitetes Auswahlverfahren aus sachlichen Gründen zu beenden und von einer ursprünglich geplanten Ernennung abzusehen. Als eine aus dem Organisationsrecht des Dienstherrn erwachsende verwaltungspolitische Entscheidung berührt der Abbruch des Auswahlverfahrens grundsätzlich nicht die Rechtsstellung von Bewerbern.«*

VIII.) Ablehnung der Berufungszulassung durch BayVGH

- 26 Die mit Schriftsatz vom 04.11.2011 beantragte Berufungszulassung hat der BayVGH mit Beschluss vom 23.02.2012 verworfen.

Anlage Nr. 12: BayVGH, Beschluss vom 23.02.2012, AZ: 7 ZB 11.2606

- 27 Der BayVGH verneint in seiner Nichtzulassung die Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Anlage Nr. 12: RdNr. 10).

- 28 Eine Wiederholungsgefahr bestehe nicht, weil geklärt sei, dass die Universität bei der Auswahlentscheidung die Konkordatsbindung nicht berücksichtigen dürfe. Es sei nicht zu erwarten, dass etwaige Fehler im erledigten Verfahren sich im neuen Berufungsverfahren wiederholen werden (Anlage Nr. 12: RdNr. 11). Weil weder die Universität noch der Freistaat Bayern die Konkordatsbindung berücksichtigen dürfen, liege keine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz vor (Anlage Nr. 12: RdNr. 12). Die Entscheidung geht kurz auf die historische Entstehung des Konkordats ein (Anlage Nr. 12: RdNr. 13), spricht von der Vereinbarkeit der Regelung mit der BV (Anlage Nr. 12: RdNr. 14) – ohne jedoch dort Art. 33 Abs. 2 und 3 GG zu erwähnen, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft. Dieses nach bayerischem Recht rechtmäßige Mitwirkungsrecht des Diözesanbischofs beziehe sich nur auf in „Aussicht genommene Kandidaten“. Im neuen Verfahren sei eine im Wege des vorausseilenden Gehorsams vorausseilende Berücksichtigung der Konfessionszugehörigkeit nicht zu befürchten.

- 29 Auch komme kein Rechtsschutzbedürfnis wegen Gefahr der Verletzung der subjektiven Rechte des Art. 33 Abs. 2 und 3 GG in Betracht. Dies sei nicht entscheidungserheblich. *»Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die von ihr weiterhin für klärungsbedürftig erachtete Frage, inwieweit die Konkordatsbindung mit dem Grundgesetz, namentlich den Grundrechten aus Art. 33 Abs.2 und 3 GG, in Übereinstimmung stehe, im vorliegenden Verfahren einer Klärung nicht zugänglich. Denn - wie der Senat in seiner Entscheidung vom 30. April 2009 ebenfalls bereits ausgeführt hat - könnte sich die Klägerin mangels eigener Betroffenheit auf einen Rechtsverstoß selbst dann nicht berufen, wenn die genannten Regelungen des Bayerischen Konkordats verfassungswidrig wären (BayVGH vom 30.04.2009 a.a.O. RdNr. 29). Das der katholischen Kirche staatsvertraglich eingeräumte „Vetorecht« bezieht sich nur auf den von Hochschule und staatlichem Dienstherrn ausgewählten Bewerber. Nur diesem gegenüber kann sich die vorgesehene Mitwirkung des Diözesanbischofs rechtlich auswirken. Im*

vorliegenden Verfahren ist die Rechtsfrage der Vereinbarkeit der Konkordatsbindung mit dem Grundgesetz daher nicht entscheidungserheblich.«, Anlage Nr. 12: RdNr. 16.

30 Der Beschluss des BayVGH wurde am 02.03.2012 zugestellt.

Anlage Nr. 13: Empfangsbekanntnis vom 02.03.2012

C.) Zulässigkeit

31 Das Urteil des VG Ansbach und der Beschluss des VGH betreffen die Beschwerdeführerin selbst, denn sie ist als Klägerin Adressatin der ergangenen Entscheidungen. Sie betreffen sie unmittelbar, denn sie regeln abschlägig ihre mit der Klage geltend gemachten subjektiven Rechte. Sie betreffen sie auch gegenwärtig, da die Verweigerung der Überprüfung der Rechtswidrigkeit ihres Ausschlusses im abgeschlossenen Verfahren ihr die Möglichkeit nimmt, im neu eröffneten Berufungsverfahren etwa die durch ein Gericht festgestellte mangelnde Konformität der angeführten Konkordatsbestimmung mit bundesdeutschem Verfassungsrecht geltend zu machen und dadurch beispielsweise die Universität zu veranlassen, einen Streit mit dem Vertreter der Kirche auszutragen.

32 Die Erledigung der Beschwer und Verweigerung der Antragsänderung in den beschwerdegegenständlichen Gerichtsverfahren ist nicht zu verwechseln mit der Beschwer dieser Verfassungsbeschwerde. Gerade die Verweigerung der Anerkennung eines Rechtsschutzinteresses auf Fortführung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens beschwert die Beschwerdeführerin.

33 Mit der vom BayVGH abgelehnten Berufungszulassung ist der Verwaltungsweg erschöpft und das Urteil des VG Ansbach rechtskräftig, § 124a Abs. 5 S. 4 VwGO. Eine Anhörungsrüge gem. § 152a VwGO kommt nicht in Betracht. Denn die Gerichtsentscheidungen beruhen nicht auf einer Verletzung rechtlichen Gehörs.

34 Die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG endet am Montag, den 02.04.2012, 24.00 Uhr.

D.) Begründetheit

35 Die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen des VG Ansbach und des BayVGH ist begründet, weil die Verneinung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses auf Fortführung des Klageverfahrens mit geänderten Anträgen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt (vgl. unten RdNr. 37 ff.). Die um die Prüfung des

bischöflichen Vetorechts verminderte gerichtliche Kontrolldichte staatlicher Stellenbesetzungsverfahren verletzt die Klägerin ebenfalls in Art. 19 Abs. 4 GG (vgl. unten RdNr. 69 ff.). Die konkordatäre Bindung des streitgegenständlichen staatlichen Lehrstuhls verletzt die Beschwerdeführerin in ihren staatsbürgerlichen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG und in ihrem Recht auf Religionsfreiheit (vgl. unten RdNr. 74ff.).

I.) Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG

- 36 Die Gerichtsentscheidungen verletzen das Recht der Beschwerdeführerin aus Art. 19 Abs. 4 GG in mehrfacher Hinsicht. Zunächst verletzt die verweigerte Antragsumstellung das allgemeine Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin auf effektive Prüfung ihrer beschwerdefähigen Rechte (vgl. RdNr. 37). Sodann stellt die Herausnahme des bischöflichen Vetorechts aus der Rechtmäßigkeitsprüfung einer staatlichen Stellenvergabe durch staatliche Gerichte die Beschwerdeführerin rechtlos (RdNr. 69).

1.) Verletzung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses aus Art. 19 Abs. 4 GG auf Klärung der Verletzung beschwerdefähiger Rechte

- 37 Die Beschwerdeführerin hat ein allgemeines Rechtsschutzinteresse an der Feststellung, dass die Ablehnung ihrer Bewerbung rechtswidrig gewesen ist.
- 38 Diese Beschwerdeschrift unterscheidet zwischen einem allgemeinen Rechtsschutzinteresse, welches über Art. 19 Abs. 4 GG auch bei Erledigung und Zeitablauf geschützt wird, und dem einfachgesetzlichen verwaltungsprozessualen Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Allerdings soll laut Mitarbeiterkommentar BVerfGG, Anm. 98 zu § 90, sich die Auslegung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses bei Erledigung und Zeitablauf durch das BVerfG »weitgehend« an den verwaltungsprozessualen Konstellationen der Fortsetzungsfeststellungsklage orientieren. Das allgemeine Rechtsschutzinteresse ist anzuerkennen, weil es *»vollkommen unsachgemäß wäre, ein allgemeines Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers bei Erledigung durch bloßen Zeitablauf oder Änderung der Sach- und Rechtslage zu verneinen«*, so der Mitarbeiterkommentar. Dies muss jedenfalls bei Sachverhalten mit hoher Grundrechtsrelevanz gelten.

a.) Wiederholungsgefahr

- 39 Die Beschwerdeführerin hat unter dem Aspekt, dass im neuen Auswahlverfahren erneut Konfessionszugehörigkeiten berücksichtigt werden könnten,

ein allgemeines Rechtsschutzinteresse an der Feststellung, dass die Ablehnung ihrer Bewerbung rechtswidrig gewesen ist, zumal sie sich auf die gesetzliche Vermutung des § 22 AGG berufen kann, im Auswahlverfahren diskriminiert worden zu sein (vgl. unten RdNr. 63 ff).

- 40 Die Gefahr der Wiederholung stützt sich auf zwei Umstände: zum einen auf den Umstand, dass die Berufungskommission hinsichtlich einzelner Bewerber Kenntnis davon hat, ob sie Kriterium eines katholisch-kirchlichen Standpunktes erfüllen oder auch nicht erfüllen, zum anderen auf das Interesse der Universität/der Berufungskommission, zu einer zügigen Besetzung der Stelle zu kommen und darum einen Konflikt mit dem Diözesanbischof zu vermeiden.
- 41 aa. Kenntnis der Berufungskommission
- 42 Die Versicherung, dass das neue Auswahlverfahren ohne Ansehen der Konfession durchgeführt wird, mag im guten Glauben oder zur Erzielung eines bestimmten rechtlichen Erfolges abgegeben worden sein. Diese Beteuerung beseitigt die Gefahr der erneuten Berücksichtigung jedoch nicht.
- 43 Von einem neutralen künftigen Auswahlverfahren vor der Berufungskommission kann nur ausgegangen werden, wenn die Kommission ausnahmslos keine Kenntnis von der Konfession der Bewerber hat. Allein der Hinweis auf die Konkordatsbindung wird viele katholische Bewerber um die neue Ausschreibung veranlassen, ihre Konfession anzugeben. Andererseits haben andere Bewerber die Universität wegen fehlender Zugehörigkeit zur katholischen Kirche wegen Verstoßes gegen Art. 11 AGG verklagt oder in der Bewerbung angegeben, dass mit der Bewerbung keine Anerkennung der Konkordatsbindung verbunden sei. Der fehlende katholisch-kirchliche Standpunkt der Beschwerdeführerin ist auch der neuen Berufungskommission bekannt. Aus der jeder Bewerbung beiliegenden Literaturliste einschließlich kurzer Vorstellung des wesentlichen Inhalts von Habilitation, Promotion und Publikationen kann eine Berufungskommission früh mögliche Konflikte mit dem katholisch-kirchlichen Standpunkt feststellen. Von einer wohlthuenden Neutralität auf Grund von Unkenntnis über die Konfessionszugehörigkeiten der Bewerber kann nicht die Rede sein.
- 44 Es ist daher davon auszugehen, dass die neue Berufungskommission Kenntnis von der Religionszugehörigkeit zumindest eines Teils der Bewerber hat. Auch darf unterstellt werden, dass die Berufungskommission anhand der Veröffentlichungen zu einer hinreichend sicheren Einschätzung

über Konflikte mit katholischen Dogmen bezüglich jedes einzelnen Bewerbers in der Lage ist. Zweifel sind angebracht, dass eine Berufungskommission Bewerber auswählt, bei denen das Veto des Bischofs zu erwarten ist.

45 bb. Vermeidung von Konflikten mit Diözesanbischof

46 Der »nihil obstat«-Vorbehalt des Lehrstuhls verhindert, dass sich an sich geeignete Bewerber bewerben. Die bedeutet nicht zwangsläufig, kann aber im Ergebnis doch bedeuten, dass unter dem Gesichtspunkt der fachlichen Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG) bereits ein »gesiebtetes« Bewerberfeld antritt. Es sollte der Universität zu denken geben, dass im alten Verfahren zwei Bewerbern der Ruf erteilt wurde, die beide den Ruf nicht annahmen, sondern die Ruferteilung nach Erlangen-Nürnberg zu eigenen Karriere-zwecken benutzten. Von bisherigen Berufungsausschussvorsitzenden Herrn Prof. Dr. Nimtz stammt die Zusicherung, dass die Berufungskommission ohne Ansehung der Religionszugehörigkeit entscheiden werde.

Anlage Nr. 14: Schreiben Prof. Dr. Nimtz vom 22.12.2011

47 Herr Prof. Dr. Nimtz hat einen Ruf an eine andere Universität angenommen und wird im neuen Verfahren nicht zur Verfügung stehen.

48 Es ist nicht auszuschließen, dass sich eine dritte Ausschreibung anschließt mit gleich bleibenden sachlichen und rechtlichen Problemen. Der Bestand der zweiten Ausschreibung wird abhängen vom Ausgang der Klage gegen die Universität wegen Verletzung des § 11 AGG. Die Ansichten des VG Ansbach und des BayVGH setzen sich dem Verdacht der Realitätsferne aus, wenn sie eine idealtypische Berufungskommission annehmen, die keine Kenntnis von der Konfession der Bewerber hätte und die billigend in Kauf nähme, dass ihre Entscheidung für einen Kandidaten vom Bischof von Bamberg nicht mitgetragen wird. Dies lässt die weiter bestehende Gefahr annehmen, dass aus Eigeninteresse die Berufungskommission nicht frei von der vermuteten Entscheidung des Bischofs vom Bamberg entscheiden wird, sofern dessen Meinung nicht bereits vorher informell bekannt (gegeben) wurde und damit die Vorgänge sich in ähnlicher Form wiederholen werden.

49 Selbst wenn man annimmt, dass keiner der katholischen Bewerber im neuen Verfahren die Zugehörigkeit zur katholischen Kirche angegeben hat und die Kommission es insoweit mit einem konfessionell neutralen Bewerberfeld zu tun hat, so ist der Kommission im Fall der Beschwerdeführerin bekannt, dass diese aufgrund ihrer Einstellung zur Erlaubtheit des Schwangerschaftsabbruches das Kriterium des katholisch-kirchlichen Stand-

punktes nicht erfüllen kann, dass sie also bei Vorschlag durch die Kommission mit dem Veto des Bischofs zu rechnen hat. Es liegt auf der Hand, dass dieses Interesse der Universität, aus dem die Gefahr einer erneuten Ablehnung der Bewerberin folgt, notwendig mit dem Vetorecht des Bischofs verknüpft ist. Erst die Auflösung dieser Verknüpfung würde diese Gefahr beseitigen.

b.) Grundrechtsbezug und grundsätzliche Bedeutung

- 50 Das allgemeine Rechtsschutzinteresse an der Feststellung, dass die Ablehnung der Bewerbung rechtswidrig gewesen ist, ergibt sich auch aus der allgemeinen Bedeutung des Falles für die Auslegung der staatsbürgerlichen Rechte aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG.
- 51 Die Frage nach der Vereinbarkeit des landesrechtlichen Konkordats bzw. seiner Inkorporation in Landesrecht mit Art. 33 Abs. 2 und 3 GG ist von grundsätzlicher Bedeutung. Die Instanzgerichte haben einen Konflikt für immerhin möglich erachtet und sogar unterstellt.
- 52 Entgegen allgemeiner Vorstellung hat die Anzahl der Konkordatslehrstühle in Bayern in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts zugenommen, als der Freistaat das vorkonstitutionelle Konkordat von 1924 nach Abschaffung der konfessionellen Hauptschulen, durch Volksentscheid erzwungen, im Jahr 1974 das Konkordat erneuerte, in sein geltendes Staats- und Verfassungsrecht einbezog und die Anzahl der Konkordatslehrstühle deutlich erweiterte. Auf diese nachkonstitutionelle Erweiterung geht auch der Konkordatslehrstuhl »Praktische Philosophie« an der Universität Erlangen-Nürnberg zurück. Diese Entwicklung ist in Bezug auf die Universität Erlangen-Nürnberg auch unhistorisch und ein Bruch in der bisherigen Tradition der bayerischen Konkordatslehrstühle. Landläufig wurden die Universitäten Würzburg und München als »katholisch« angesehen, die Universität Erlangen als »protestantisch« (vgl. Konrad Tilmann, »Die sogenannten Konkordatsprofessuren«, Diss., Freiburg im Breisgau 1971, S. 41 bis S. 81, insbes. S. 62 (Die Entwicklung in Bayern)).
- 53 Das allgemeine Rechtsschutzinteresse an der Klärung wegen grundsätzlicher Bedeutung und wegen schwerwiegender Grundrechtseingriffe in die staatsbürgerlichen Rechte des Art. 33 Abs. 2 und 3 GG ergibt sich auch aus der Einschätzung der Kommentarliteratur zum GG, dass Konkordatslehrstühle gegen Art. 33 Abs. 3 GG verstoßen (vgl. unten RdNr. 74).

c.) Rehabilitationsinteresse

- 54 Das BVerfG hat z.B. bei erledigter Strafhaft, Ausschluss von Anwälten von der Verteidigung, Ausschluss von Parteien von der Wahlwerbung im Rundfunk etc. eine Beschwerde angenommen, wenn nachteilige Folgen über die Verfahren hinaus zu befürchten sind, auch wenn diese abgeschlossen sind.
- 55 Auch die Beschwerdeführerin beruft sich auf diese überschießende materielle Beschwerde. Zwar wird innerhalb der akademisch-philosophischen Gemeinschaft eine nicht erfolgreiche Bewerbung um eine Professorenstelle nicht als ehrenrührig angesehen. Aber die Beschwerdeführerin erlebt eine gewisse Stigmatisierung, dass ihr Engagement um die Rechte aus Art. 33 Abs. 3 GG dahingehend interpretiert wird, dass dies vorgeschobene Gründe wären, um von einem angeblichen Leistungsdefizit abzulenken. Diese übelwollende Interpretation kann die Beschwerdeführerin daran hindern, für den Fall der Zurückweisung im neuen Auswahlverfahren trotz guten Abschneidens in der Leistungskonkurrenz erneut eine Klage zu erheben. Wie es ein arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot bei der Geltendmachung der Arbeitnehmerrechte gibt, so sollte es ein Benachteiligungsverbot geben bei Berufung auf staatsbürgerliche Rechte. Auch deshalb ist wegen der nachteiligen Folgen der Berufung auf Art. 33 Abs. 3 GG ein Rechtsschutzbedürfnis auf Klageumstellung zu bejahen.

d.) Fehlerhafte Würdigung der rechtlichen Ausgangslage

- 56 Die beschwerdegegenständlichen Gerichtsentscheidungen haben schon deshalb das allgemeine Feststellungsinteresse verkannt, weil sie von unzutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgehen.
- 57 aa. Das VG Ansbach missinterpretiert den zeitlichen Geltungsbereich und Umfang des Bewerbungsverfahrensanspruchs. Laut beschwerdegegenständlichem Urteil soll dieser Anspruch nur bei erfolgter Bewerberauswahl bestehen (*»Dieser Anspruch besteht jedoch nur, wenn eine Ernennung auch tatsächlich vorgenommen wird«*), vgl. oben RdNr. 25.
- 58 Dies wäre unproblematisch, sofern das VG Ansbach damit formulieren möchte, dass aus dem Bewerbungsverfahrensanspruch nicht die Pflicht zur Fortsetzung eines Auswahlverfahrens abgeleitet werden kann. Das VG meint jedoch seine Aussage wörtlich: Der Bewerbungsverfahrensanspruch besteht nur dann, wenn die Ernennung tatsächlich vorgenommen wird.

Weil die Ernennung nicht vorgenommen wurde, hat die Beschwerdeführerin keinen Bewerbungsverfahrensanspruch.

- 59 Diese Aussage ist unvereinbar mit der Dogmatik und der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Konkurrentenklage. Der Eilrechtsschutz einer beamtenrechtlichen Konkurrentenklage dient final gerade dazu, die Ernennung zu verhindern. Auch widerspricht das VG Ansbach sich selbst. In seiner Eilentscheidung hatte das VG noch ausgeführt (vgl. oben RdNr. 13): *»Dieser Anspruch lässt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aber grundsätzlich nur vor Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichern.«*
- 60 Der Bewerber kann im Rahmen des Bewerbungsverfahrensanspruchs *»auch eine auf sachfremden Erwägungen beruhende unzulässige Bevorzugung des ausgewählten Konkurrenten rügen (vgl. etwa BVerwGE 124, 99 <103>«*, so BVerfG, Entsch. v. 02.10.2007, AZ: 2 BvR 2457/04.
- 61 Die Beschwerdeführerin rügt hier eine unzulässige Bevorzugung katholischer Bewerber. Sie kann sie im gesamten Auswahlverfahren rügen. Wenn sich das Auswahlverfahren wie hier mehrstufig zeigt, betrifft die Rüge alle Stufen des Verfahrens. Daher kann die Beschwerdeführerin bereits im universitären Auswahlverfahren geltend machen, dass die konkordatäre Bindung eine unzulässige Benachteiligung darstellt. Sollte dem nicht so sein, nimmt man der Beschwerdeführerin effektiven Rechtsschutz (vgl. unten RdNr. 69 ff).
- 62 bb. Der BayVGH gibt sich ebenfalls der Hoffnung der Aufteilbarkeit des Bewerbungsverfahrensanspruchs auf Teilbereiche des Auswahlverfahrens hin. Eine Verletzung des Rechts aus Art. 33 Abs. 3 GG wäre nur gegenüber dem ausgewählten Bewerber denkbar (vgl. oben RdNr. 29). Dies ist in zweifacher Hinsicht unrichtig. Zunächst gilt der Bewerbungsverfahrensanspruch für das gesamte Bewerbungsverfahren. Auch hat der BayVGH übersehen, dass nicht einmal der ausgewählte, aber vom Bischof abgelehnte Kandidat Rechtsschutzmöglichkeiten hätte (vgl. unten RdNr. 69 ff).
- e.) Indizwirkung der diskriminierenden Ausschreibung auf Auswahlentscheidung
- 63 Die Beschwerdeführerin hat ein allgemeines Interesse an der Feststellung, dass ein Verstoß gegen § 1 AGG wegen Verletzung des § 11 AGG Auswirkungen auf das nachfolgende Auswahlverfahren hat und dass hierbei der Nachweis der Diskriminierung durch den Verstoß gegen § 11 AGG indiziert wird, § 22 AGG. Diese Indizwirkung lässt eine Beeinträchtigung

der Beschwerdeführerin in ihren Rechten nicht nur aus den nicht beschwerdefähigen § 1 AGG, sondern auch aus Art. 33 Abs. 3 GG und aus Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG befürchten.

- 64 Die Ausschreibung verstößt wegen ihres Hinweises auf die konkordataré Bindung der Professur gegen das Recht auf diskriminierungsfreie Ausschreibung des § 11 GG. Die Diskriminierung »wegen der Religion« (vgl. § 1 AGG) ist eine unmittelbare, § 3 Abs. 1 AGG. Die Benachteiligung ist auch nicht gerechtfertigt, auch nicht über § 9 AGG. Dieser Rechtfertigungsgrund gilt nur für eine Beschäftigung bei Religionsgemeinschaften, zu denen die Universität Erlangen-Nürnberg und der Freistaat Bayern nicht gehören. Mit dieser Argumentation wurde eine Klage gegen die neuerliche Ausschreibung vor dem VG Ansbach (vgl. oben Anlage Nr. 9: RdNr. 20) erhoben.
- 65 Aus § 11 AGG ergibt sich nicht das Recht auf diskriminierungsfreie Entscheidung über eine Bewerbung, sondern das Recht auf eine diskriminierungsfreie Ausschreibung der Bewerbung, 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“*, so das BAG (Urteil vom 21.07.2009, AZ: 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. Zu den Rechtsfolgen bei Verstoß gegen § 11 AGG vgl. auch Adomeit/Mohr, AGG Komm. 2. Aufl., Anm. 28 zu § 11 AGG mit umfangreichen Nachweisen zur Rspr.
- 66 Bezüglich eines der diskriminierenden Bewerbung nachfolgenden Auswahlverfahrens wird daher (widerlegbar) vermutet, dass die Diskriminierung in der Ausschreibung die Auswahlentscheidung beeinflusst. Die Beschwerdeführerin muss nicht den Nachweis erbringen, dass die Konfession bei der Auswahlentscheidung eine Rolle gespielt hat.
- 67 Die Beweislastsituation stellt sich vielmehr exakt umgekehrt dar zur Annahme der beschwerdegegenständlichen Entscheidungen, dass erst die Entscheidung des Diözesanbischofs auf subjektive Rechte einwirkt. Es ist vielmehr Sache des Dienstherrn, die gesetzlich vermutete Diskriminierung zu widerlegen. Und es ist nicht anzunehmen, dass der Dienstherr den Gegenbeweis mit der Behauptung antritt, auch für den Diözesanbischof spiele der kirchlich-katholische Standpunkt keine Rolle.

- 68 Diese Indizwirkung begründet ein allgemeines Rechtsschutzinteresse auf Feststellung, welche Auswirkungen gegen § 11 AGG verstoßende Ausschreibungen auch in Bezug auf beschwerdefähige Rechte des GG auf nachfolgende beamtenrechtliche Konkurrentenklagen haben werden.
- 2.) Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG wegen Nichtüberprüfbarkeit der staatlichen Stellenbesetzung bezüglich des verwaltungsinternen Vetorechts des Diözesanbischofs
- 69 Trotz der Möglichkeit eines beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits ist die Beschwerdeführerin und jeder Bewerber, auch der von der Berufungskommission Ausgewählte, vor den Verwaltungsgerichten ohne effektiven Rechtsschutz gegen das Vetorecht des Diözesanbischofs, und zwar unabhängig davon, ob der Bischof das Recht bereits ausgeübt hat.
- 70 Die Ruferteilung, Ernennung und Planstellenübertragung einer Professur an einer staatlichen Hochschule sind Akte der staatlichen Gewalt. Der Rechtsschutz eines abgelehnten Bewerbers gegen diese Akte wird materiell durch den Bewerbungsverfahrensanspruch und prozessual durch die im Rahmen der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage entwickelten Institute ermöglicht.
- 71 Hiervon unterscheidet sich die Situation der Beschwerdeführerin und die eines beliebigen Bewerbers, wenn ein Konkordatslehrstuhl zu besetzen ist. Denn die Handhabung des »nihil obstat« des Diözesanbischofs ist der Kontrolle durch staatliche Gerichte entzogen. Die Ausübung des »Vetorechts« des Diözesanbischofs ist ein innerkirchlicher Akt und keine Ausübung öffentlicher Gewalt (vgl. BVerfG v. 30.03.1984, AZ: 2 BvR 1994/83). Weder unmittelbar noch mittelbar kann die Ausübung des Vetorechts gerichtlich überprüft werden; es fehlt bereits an der Rechtswegeröffnung zu den Verwaltungsgerichten. Im Berufungsverfahren stellt das »nihil obstat« ein verfahrensrechtliches Internum dar, das als solches isoliert nicht oder nur erschwert gem. § 44a VwGO anzugreifen wäre. Wegen seines rein innerkirchlichen Bezugs scheidet ohnehin jegliche mittelbare oder unmittelbare Überprüfung seiner Anwendung durch staatliche Gerichte aus, ohne dass es auf § 44a VwGO ankommt.
- 72 Damit bleibt trotz formal bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die ablehnende Auswahlentscheidung ein wesentlicher Bestandteil der Entscheidung einer Kontrolle durch staatliche Gerichte nicht zugänglich, nämlich die Ausübung des »nihil obstat«. Die Beschwerdeführerin rügt nicht den fehlenden staatlichen Rechtsschutz gegen innerkirchliche

Maßnahmen, sie rügt die fehlenden effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten gegen staatliche Akte mit Außenwirkung, deren Zustandekommen auf einer rein innerkirchlichen Maßnahme (mit) beruht. Entscheidungen staatlicher Gerichte sind im Gegensatz zu innerkirchlichen Maßnahmen »mit der Verfassungsbeschwerde angreifbare Rechtsprechungsakte«, um die Formulierung aus o.g. Entscheidung des BVerfG aufzugreifen (RdNr. 4 der JURIS-Zitierung).

- 73 Daher irrt der BayVGh mit seiner Annahme, dass das Vetorecht sich nur gegenüber dem von der Hochschule ausgewählten Bewerber auswirke. Es wirkt ausnahmslos gegen alle Bewerber. Denkt man sich die universitäre Entscheidung weg, hat jeder der Bewerber die bischöfliche Entscheidung hinzunehmen wie ein Gottesurteil, und zwar unabhängig davon, ob die Entscheidung schon getroffen wurde. Nicht die Einzelfallanwendung des Vetorechts, sondern seine abstrakt-generellen Ausübungsmöglichkeiten entziehen sich sämtlich einer Kontrolle durch staatliche Gerichte.

II.) Verletzung der Art. 33 Abs. 2 und 3 GG

- 74 Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats als nachkonstitutionelles Recht (vgl. oben RdNr. 52) verletzt die Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG.
- 75 Nicht nur filtert Art. 3 § 5 BayKonkordat das Bewerberfeld bezüglich der fachlichen Leistung i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG bedenklich vor. Insbesondere ist für einen staatlichen Lehrstuhl für Philosophie die Religionszugehörigkeit kein Eignungskriterium. Zwar hat laut Kopftuch-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 108, 202) der Gesetzgeber ein Gestaltungsermessen, Eignungsvoraussetzungen festzulegen. »*Der Grundrechtsausübung des Beamten im Dienst können Grenzen gesetzt werden, die sich aus allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst oder aus besonderen Erfordernissen des jeweiligen öffentlichen Amtes ergeben (vgl. etwa BVerwGE 56, 227 <228 f.>)*«. Es ist nichts ersichtlich, dass für einen staatlichen Lehrstuhl für Philosophie ein katholisch-kirchlicher Standpunkt erforderlich wäre - zumal er für die Mehrzahl der Philosophielehrstühle an staatlichen Universitäten auch nicht erforderlich ist.
- 76 Das Bekenntnis kann nur als Eignungsvoraussetzung für staatliche Religionslehrer an staatlichen Schulen und für Militär-, Krankenhaus- und Gefängnisgeistliche gelten, nicht jedoch für Philosophieprofessoren.

- 77 Art. 33 Abs. 3 GG hat dem historisch anzutreffenden religiösen Proporz »eine verfassungsrechtliche Absage« erteilt, Schmidt-Bleibtreu u.a., GG-Kommentar, Anm. 66 zu Art. 33 GG. Art. 3 § 5 BayKonkordat knüpft unzulässig unmittelbar an der Übereinstimmung mit dem katholisch-kirchlichen Standpunkt an. Daher ergibt sich der Verfassungsverstoß bereits aus der Wortlautauslegung des Art. 33 Abs. 3 GG.
- 78 Anbei eine nicht vollständige Liste von Kommentaren und Publikationen, die Konkordatslehrstühle als verfassungswidrig ansehen:
- 79 C.D. Classen, Religionsrecht, Tübingen 2006, Rn 553 f.; D. Ehlers, in: Sachs, GG, 4. A. 2007, zu Art. 136 WRV; Jeand'Heur/Korioth = Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, S. 232 f. = Rn 338 f.; St. Korioth, in: Maunz/Dürig, GG, Rn 70 zu Art. 136 WRV (2003); St. Magen, in: Umbach/Clemens, GG, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2002, Rn 40 zu Art. 140 GG; (Vermischung staatlicher und religiöser Aufgaben, die weder institutionell noch vor 33 III GG und Art. 136 I, II zu rechtfertigen sei, da Einsatz im Rahmen nicht konfessionell gebundener Ausbildung) M. Morlok, in: Dreier, GG, Bd. 3, 2. A. 2008, Rn 16 zu Art. 136 WRV; F. Müller, Demokratie und Recht 1976, 175 ff; U K. Preuß, GG-Alternativkommentar, 3 A. 2001, zu Art. 140 GG; K. Tilmann, Die sogenannten Konkordatsprofessuren, Diss. Freiburg i.Br. 1971.

III.) Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

- 80 Die Notwendigkeit der Übereinstimmung mit einem katholisch-kirchlichen Standpunkt verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf negative Bekenntnisfreiheit, zumal Art. 33 Abs. 3 GG die religiöse und weltanschauliche Neutralität gebietet.
- 81 Gleiches gilt für den Gleichbehandlungsgrundsatz, der positivrechtlich durch das AGG konkretisiert und bezüglich des Zugangs zu öffentlichen Ämtern in Art. 33 Abs. 2 und 3 GG spezifiziert wird.

.....

RA Rainer Roth