

<u>Gericht:</u>	VGH
<u>Aktenzeichen:</u>	7 CE 09.661, 7 CE 09.662
<u>Sachgebietsschlüssel:</u>	220

Rechtsquellen:

- BayHSchPG Art. 18 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5, Abs. 6
- BayHSchG Art. 12 Abs. 3 Nr. 1, Art. 74 Abs. 1
- BayBG Art. 7, Art. 13 Abs. 1 Satz 2
- VwGO § 44a, § 123 Abs. 1, Abs. 3
- GG Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2
- Bayerisches Konkordat Art. 3 § 2, § 5
- AGG § 1, § 7 Abs. 1, § 11, § 15, § 21 Abs. 1, § 22, § 24 Nr. 1

Hauptpunkte:

- Verfahren zur Besetzung einer Professur
- Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen
- Mehrstufigkeit des Auswahlverfahrens
- grundrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch
- Berücksichtigung des „katholisch-kirchlichen Standpunktes“ eines Bewerbers
- Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen bei Verzicht auf eine Bewerbung
- kein Anspruch potentieller Bewerber auf Einleitung eines Besetzungsverfahrens
- keine verfahrensbezogenen Ansprüche bei einem Verstoß gegen § 11 AGG

Leitsätze:

Wer sich auf eine ausgeschriebene Professur bewirbt und einen rechtswidrigen Verlauf des Auswahlverfahrens geltend macht, kann wegen § 44a VwGO einstweiligen Rechtsschutz nicht schon während der hochschulinternen Vorauswahl erlangen, sondern erst nach endgültiger Auswahl eines Bewerbers durch den Wissenschaftsminister. Dies gilt auch für Lehrstühle, bei denen nach Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats der zuständige Diözesanbischof gegen den zur Ernennung anstehenden Kandidaten im Hinblick auf dessen „katholisch-kirchlichen Standpunkt“ eine Erinnerung erheben kann.

Beschluss des 7. Senats vom 30. April 2009
(VG Ansbach, Entscheidungen vom 11. Dezember 2008,
Az.: AN 2 E 08.885, AN 2 E 08.925 u.a.)

7 CE 09.661
AN 2 E 08.885
7 CE 09.662
AN 2 E 08.925 u.a.



Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In den Verwaltungsstreitsachen

1. ***** ,

2. *****
***** ,
3. ***** ,
***** ,

- Antragsteller -

bevollmächtigt zu 1 bis 3:

***** ,
***** ,

gegen

Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg,
Schloßplatz 4, 91054 Erlangen,

- Antragsgegnerin -

beteiligt:

Landesanwaltschaft Bayern
als Vertreter des öffentlichen Interesses,
Ludwigstraße 23, 80539 München

beigeladen:

Erzbischof von Bamberg,

bevollmächtigt:

Erzbischöfliches Ordinariat Bamberg,
Domplatz 1-3, 96049 Bamberg,

wegen

Besetzung einer Professorenstelle (Antrag nach § 123 VwGO);

hier: Beschwerden der Antragsteller gegen die Beschlüsse des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 11. Dezember 2008,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 7. Senat,
durch den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Zöllner als Vorsitzenden,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Borgmann,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Heini

ohne mündliche Verhandlung am **30. April 2009**
folgenden

Beschluss:

- I. Die Verfahren 7 CE 09.661 und 7 CE 09.662 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.
- II. Die Beschwerden der Antragsteller werden zurückgewiesen.
- III. Die Antragsteller tragen jeweils die Kosten der Beschwerdeverfahren.
- IV. Der Streitwert wird vor Verbindung auf 2.500 Euro im Verfahren 7 CE 09.661 und auf 5.000 Euro im Verfahren 7 CE 09.662 sowie nach Verbindung auf insgesamt 7.500 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsteller wenden sich mit ihren Eilanträgen gegen das laufende Verfahren zur Wiederbesetzung einer W3-Professur für Praktische Philosophie am Institut für Philosophie der Antragsgegnerin.

Die zum 1. April 2009 zu besetzende Stelle wurde von der Antragsgegnerin am 11. Oktober 2007 in der Wochenzeitung „DIE ZEIT“ und am 19. Oktober 2007 im Hochschulmagazin „duz“ ausgeschrieben (Bewerbungsschluss 30. November 2007). Die Ausschreibungen enthielten jeweils den Zusatz: „(Für die Besetzung dieser Stelle gilt Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats.)“.

Auf die ausgeschriebene Stelle bewarb sich auch die Antragstellerin zu 1., während die Antragsteller zu 2. und 3. keine Bewerbung einreichten. Aus den insgesamt 60 eingegangenen Bewerbungen wählte der Berufungsausschuss der Antragsgegnerin am 13. Februar 2008 zunächst 21 als qualifiziert angesehene Bewerberinnen und Bewerber aus, zu denen auch die Antragstellerin zu 1. gehörte. Über jede dieser Personen wurde sodann nach Anforderung von vier wissenschaftlichen Publikationen durch jeweils ein Mitglied des Berufungsausschusses schriftlich referiert. Auf der Grundlage dieser Referate beschloss der Berufungsausschuss am 28. April 2008, sechs Bewerberinnen und Bewerber für den 7. Juni 2008 zu Vorstellungsvorträgen einzuladen. Die Antragstellerin zu 1. wurde nicht in diesen engeren Kandidatenkreis aufgenommen. Eine förmliche Ablehnung ihrer Bewerbung hat sie nach eigenem Bekunden bisher nicht erhalten.

Mit einem am 2. Juni 2008 beim Verwaltungsgericht eingegangenen Schriftsatz beantragten die Antragsteller zu 1. bis 3. den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, der Antragsgegnerin vorläufig die Fortsetzung des Berufungsverfahrens zu untersagen. Alle drei Antragsteller seien für die ausgeschriebene Stelle fachlich und persönlich geeignet. Tatsächlich kämen sie jedoch mangels Zugehörigkeit zur katholischen Kirche aufgrund der formalen Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats nicht für die Besetzung des genannten Lehrstuhls in Frage. Die Antragstellerin zu 1. müsse befürchten, im Bewerbungsverfahren frühzeitig „aussortiert“ oder

spätestens durch eine Erinnerung des Diözesanbischofs von der Besetzung der Stelle ausgeschlossen zu werden. Die Antragsteller zu 2. und 3. hätten sich trotz ihrer grundsätzlich bestehenden Eignung nicht beworben, da ihnen wegen des Hinweises auf die Konkordatsbestimmung eine Bewerbung von vornherein als aussichtslos erschienen sei. Die im Konkordat geregelte Beteiligung des Diözesanbischofs an der Lehrstuhlbesetzung verstoße gegen das Grundgesetz und die Bayerische Verfassung sowie gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), die Europäische Menschenrechtskonvention und die Grundrechtscharta der Europäischen Union. Das unter der Geltung des Art. 3 § 5 des Konkordats durchgeführte Berufungsverfahren verletze die Antragsteller in ihren Rechten; dies gelte auch schon für die Stellenausschreibung in der vorliegenden Form. Es erscheine unwahrscheinlich und nicht glaubwürdig, dass im bisherigen Bewerbungsverfahren, insbesondere bei der Auswahl der für eine Probevorlesung einzuladenden Kandidaten, das Kriterium der Konfession bzw. des katholisch-kirchlichen Standpunkts keine Rolle gespielt habe.

Eine mit Schriftsatz vom 1. September 2008 vorgenommene Erstreckung des Eilrechtsschutzbegehrens auf den Freistaat Bayern als weiteren Antragsgegner hielten die Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 11. Dezember 2008 nicht mehr aufrecht. Sie beantragten dort jeweils,

der Antragsgegnerin vorläufig zu untersagen, das Berufungsverfahren für die W3-Professur für Praktische Philosophie am Institut für Philosophie unter Zugrundelegung und Anwendung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordates fortzusetzen und die Stelle zu besetzen.

Die Antragsgegnerin erklärte auf Anfrage des Verwaltungsgerichts, sie werde bis zu dessen Eilentscheidung keine Beschlüsse durch ihren Senat und ihre Hochschulleitung über den von der Berufungskommission erst noch zu erstellenden Berufungsvorschlag herbeiführen. In den einzelnen Verfahren beantragte sie jeweils

Antragsabweisung.

Den Antragstellern zu 2. und 3. fehle mangels Bewerbung bereits die Antragsbefugnis bzw. das Rechtsschutzbedürfnis. Die Antragstellerin zu 1. habe keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Im Berufungsverfahren der Universität spiele die Konfession keine Rolle. Dies zeige sich auch daran, dass drei der sechs eingelade-

nen Bewerber keine Konfession angegeben hätten und einer der evangelischen Kirche angehöre. Derzeit sei bei der Antragsgegnerin ein Lehrstuhl mit Bindung an das Konkordat mit einem evangelischen Fachvertreter besetzt, gegen den die katholische Kirche keine Erinnerung erhoben habe. Die Bewerbung der Antragstellerin zu 1. sei vom Berufungsausschuss aus verschiedenen Gründen abgelehnt worden, bei denen ihre Religionszugehörigkeit keine Rolle gespielt habe. Im Übrigen bestünden auch keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken gegen die strittige Regelung im Konkordat.

Mit Beschlüssen vom 11. Dezember 2008, den Antragstellern zugestellt am 20. Februar 2009, lehnte das Verwaltungsgericht die Eilanträge als unzulässig ab. Nach den Grundsätzen über beamtenrechtliche Konkurrenzverhältnisse sei gerichtlicher Rechtsschutz erst mit der Bekanntgabe der Ablehnung des Konkurrenten zulässig; vor diesem Zeitpunkt fehle die Antragsbefugnis und unter Umständen auch das Rechtsschutzinteresse. Im vorliegenden Fall handle es sich um ein gestuftes Verwaltungsverfahren, bei dem die Antragsgegnerin zunächst nur eine Vorauswahl treffe und die eigentliche Stellenbesetzung durch den Wissenschaftsminister erfolge. In der Mitwirkungshandlung der Hochschule liege kein Verwaltungsakt, so dass etwaige Fehler im Zusammenhang mit der Ausschreibung und der Erstellung der Vorschlagsliste allein im Rahmen des Rechtsschutzes gegen die Besetzung der Stelle (Ruferteilung) gegenüber dem Freistaat Bayern geltend zu machen seien. Selbst wenn man stattdessen auf die Entscheidung der Hochschule abstelle, seien die Anträge unzulässig, da auch das hochschulinterne Verfahren noch nicht abgeschlossen sei. Den Anträgen der Antragsteller zu 2. und 3. fehle auch deshalb das Rechtsschutzbedürfnis, weil sie sich nicht beworben hätten und daher selbst bei einem Obsiegen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht in die Bewerberauswahl einbezogen werden könnten. Soweit die Rechtsschutzbegehren der Antragsteller dahin auszulegen seien, dass es ihnen um eine erneute Ausschreibung ohne den für unzulässig gehaltenen Hinweis auf das Konkordat gehe, sei auch dieser Antrag gemäß § 44a VwGO unzulässig, da die Ausschreibung im Sinne dieser Vorschrift eine behördliche Verfahrenshandlung darstelle. Für die Antragsteller zu 2. und 3. ergebe sich auch aus § 11 i. V. m. § 21 Abs. 1, § 24 AGG kein Anspruch, da sie den aus ihrer Sicht verfassungswidrigen Ausschreibungstext nicht innerhalb der Frist des § 21 Abs. 5 AGG gegenüber der Antragsgegnerin geltend gemacht hätten. Der von der Antragstellerin zu 1. gestellte Antrag sei zudem unbegründet, da das bisherige Verfahren keine sie beeinträchtigenden Rechtsfehler erkennen lasse. Die streitige konkordatäre Rege-

lung habe bislang tatsächlich keine Rolle gespielt, so dass selbst im Falle einer Verfassungswidrigkeit der Konkordatsbindung kein Anspruch bestünde, die Fortführung des Berufungsverfahrens, soweit es im Verantwortungsbereich der Universität liege, zu untersagen. Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats sehe keine Beteiligung des zuständigen Diözesanbischofs auf der Stufe des hochschulinternen Auswahlverfahrens vor; die Entscheidung über die wissenschaftliche oder pädagogische Qualifikation des Bewerbers, das Auswahl- und Vorschlagsrecht der Hochschule und das Recht zur Ruferteilung lägen allein in nicht-kirchlicher Hand.

Mit den vorliegenden Beschwerden verfolgen die Antragsteller ihre Rechtsschutzbegehren weiter. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, ein Bewerber könne erst ab Bekanntgabe der Ablehnung einen Eilantrag stellen, gewährleiste keinen effektiven Rechtsschutz, da im universitären Berufungsverfahren den nicht ausgewählten Kandidaten ihre Ablehnung in der Regel nicht mitgeteilt werde. Die Mitteilung erfolge, wenn überhaupt, erst zeitgleich mit der Berufung des ausgewählten Kandidaten, so dass den nicht ausgewählten Kandidaten keine Zeit mehr für effektiven Rechtsschutz bleibe. Die Rolle der Universität im Berufungsverfahren beschränke sich nicht auf interne Mitwirkungshandlungen; vielmehr liege bei ihr die entscheidende fachliche Einschätzungsprärogative bezüglich der Kandidaten. Die Zustimmung des Ministeriums mit der anschließenden Berufung des von der Universität ausgewählten Kandidaten sei lediglich als Bestätigung der universitären Entscheidung zu werten. Im vorliegenden Fall habe der Berufungsausschuss die Antragstellerin zu 1. wie auch die Mehrzahl der weiteren Bewerber bereits aus dem Verfahren ausgeschlossen; darin liege eine Entscheidung mit Außenwirkung, gegen die Rechtsschutz möglich sein müsse. Der zusätzlich gegen den Freistaat Bayern gerichtete Antrag sei nur zurückgenommen worden, weil er vom Verwaltungsgericht als verfrüht bezeichnet worden sei; im angegriffenen Beschluss erachte das Gericht jedoch den gegen die Universität gerichteten Antrag als verfrüht. Eine Antragsbefugnis der Antragsteller ergebe sich bereits aus der diskriminierenden Ausschreibung. Darin werde festgelegt, dass bei der Beurteilung der Bewerber das Kriterium eines katholisch-kirchlichen Standpunkts berücksichtigt werde. Die vom Verwaltungsgericht angeführte Frist des § 21 Abs. 5 AGG beziehe sich nur auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche; im vorliegenden Fall sei aber allenfalls die Frist des § 15 Abs. 4 AGG einschlägig. Der in der fehlerhaften Ausschreibung liegende anfängliche Fehler des Berufungsverfahrens verletze die Antragsteller in subjektiven Rechten, so dass eine Antragsbefugnis bestehe. Den im Protokoll des Berufungsausschusses genannten

Gründen für die Ablehnung der Antragstellerin zu 1. sei diese in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht entgegengetreten. Es sei mehr als unwahrscheinlich, dass im gesamten Berufungsverfahren an der Universität der katholisch-kirchliche Standpunkt der Kandidaten keine Rolle gespielt habe; die Antragsrweiterung des Kanzlers der Antragsgegnerin belege das Gegenteil. Beide nunmehr in die engere Wahl gezogenen Kandidaten seien katholischer Konfession. Da das bisherige Berufungsverfahren gegen Art. 33 Abs. 2 GG und sonstiges höherrangiges Recht verstoße, bestehe für die Antragsteller ein Anordnungsanspruch. Zur Verhinderung vollendeter Tatsachen werde zusätzlich zu den Beschwerden eine Zwischenentscheidung des Beschwerdegerichts beantragt mit dem Ziel, der Antragsgegnerin die Aussetzung des laufenden Beschwerdeverfahrens bis zur Entscheidung über die Beschwerden aufzugeben.

Die Antragsgegnerin beantragt die Ablehnung der beantragten Zwischenentscheidung und tritt den Beschwerden entgegen. Diese seien wegen Versäumung der Beschwerdefrist bereits unzulässig und im Übrigen unbegründet. Erst die abschließende beamtenrechtliche Ernennung, die der Universität als Staatsbehörde obliege, könne in einem gerichtlichen Verfahren überprüft werden.

Der Vertreter des öffentlichen Interesses schließt sich der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts an, dass dem Begehren der Antragsteller § 44a VwGO entgegenstehe. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Einstellung des Berufungsverfahrens sei nicht dargetan. Für die Ernennung sei die Antragsgegnerin in ihrer Eigenschaft als Staatsbehörde zuständig, so dass auch im vorläufigen Rechtsschutz der Freistaat Bayern richtiger Antragsgegner sei. Die Antragsgegnerin werde vor Ernennung eines berufenen Bewerbers die Antragsteller verständigen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten verwiesen.

II.

Die gemäß § 93 VwGO zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Beschwerden bleiben ohne Erfolg.

1. Für die von den Antragstellern beantragte Zwischenentscheidung des Beschwerdegerichts besteht keine Notwendigkeit, nachdem die vorliegende Entscheidung noch vor der von der Antragsgegnerin angekündigten Sitzung ihrer Hochschulleitung (6.5.2009) ergeht, in der das hochschulinterne Verfahren zur Aufstellung eines Berufungsvorschlags frühestens abgeschlossen werden könnte.

2. Die Beschwerden der Antragsteller gegen die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 11. Dezember 2008 sind zulässig. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin haben die Antragsteller ihre Beschwerden innerhalb der Monatsfrist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO begründet. Die Beschwerdebegründungen vom 20. März 2009 wurden jeweils noch am selben Tag per Telefax an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof übermittelt.

3. Die Beschwerden gegen die Ablehnung der Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sind aber unbegründet. Die von den Antragstellern vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung sich das Beschwerdeverfahren beschränkt (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), stellen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidungen nicht in Frage.

a) Der von der Antragstellerin zu 1. gestellte Antrag mit dem Ziel, der Antragsgegnerin die Fortsetzung des laufenden Berufungsverfahrens zu untersagen, ist bereits unzulässig. Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist insoweit durch § 44a VwGO zwingend ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift können Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit dem gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelf geltend gemacht werden; eine Ausnahme gilt nur, wenn die Verfahrenshandlungen vollstreckbar sind oder gegen einen Nichtbeteiligten ergehen.

Die Voraussetzungen des § 44a Satz 1 VwGO liegen hier vor. Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO zählen nach allgemeinem Verständnis zu den „Rechtsbehelfen“ im Sinne von § 44a VwGO (BVerwG vom 21.3.1997 NVwZ-RR 1997, 663; BayVGH vom 18.5.1995 BayVBl. 1995, 631/632). Mit ihrem Eilantrag wendet sich die Antragstellerin zu 1. unmittelbar gegen „behördliche Verfahrenshandlungen“, nämlich gegen die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Fortsetzung des Verfahrens zur Wiederbesetzung der W3-Professur für Praktische Philosophie. Dieses mit der Stellenausschreibung (Art. 18 Abs. 3 BayHSchPG) eingeleitete Verwaltungsverfahren, in dem die Antragsgegnerin in ihrer Funktion als

Selbstverwaltungskörperschaft einen Berufungsvorschlag abzugeben (Art. 18 Abs. 4 und 5 BayHSchPG) und der Staatsminister für Wissenschaft, Forschung und Kunst die Berufungsentscheidung zu treffen hat (Art. 18 Abs. 6 BayHSchPG), findet seinen förmlichen Abschluss erst in der beamtenrechtlichen Ernennung des ausgewählten Bewerbers (Art. 7 BayBG), für die gemäß Art. 13 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayBG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZustV-WFMK (VO v. 5.9.2006, GVBl S. 736) die Antragsgegnerin als Staatsbehörde (Art. 12 Abs. 3 Nr. 1 BayHSchG) zuständig ist. Der Antrag auf vorläufige Untersagung des weiteren Berufungsverfahrens dient der Sicherung des von den Antragstellern geltend gemachten Anspruchs auf ein Berufungsverfahren, in dem die als rechtswidrig angesehene Vorschrift des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats (G. v. 29.3.1924, GVBl. 1925 S. 53, zuletzt geändert durch G. v. 26.6.1988, GVBl. S. 241) von Beginn an keine Anwendung findet. Das Rechtsschutzbegehren zielt demnach nicht auf die abschließende Sachentscheidung über die Wiederbesetzung der Professur, sondern auf den dieser Entscheidung vorangehenden Verfahrensablauf.

Die Vorschrift des § 44a VwGO, nach der Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen im Vorfeld der Sachentscheidung unzulässig sind, erfasst auch beamtenrechtliche Auswahlverfahren (BVerwG vom 6.4.2006 Buchholz 11 Art 33 Abs. 2 GG Nr. 33; Ziekow in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, RdNr. 57 zu § 44a) und daher auch Verfahren zur (Wieder-) Besetzung von Professorenstellen (OVG NW vom 11.9.2007 Az. 6 B 1094/07; SächsOVG vom 19.1.1998 NVwZ-RR 1999, 209). Die in Art. 18 BayHSchPG normierte Mehrstufigkeit dieses Verfahrens führt zu keiner anderen Bewertung. Danach hat zwar die Hochschule in einem ersten Verfahrensschritt unter Beteiligung verschiedener Organe (Berufungsausschuss, Senat, Hochschulleitung, Fakultätsrat, Präsident) einen Berufungsvorschlag zu erarbeiten (Art. 18 Abs. 4 und 5 BayHSchPG), an den der Staatsminister bei der anschließenden Berufungsentscheidung insoweit gebunden ist, als er niemanden berufen kann, der nicht von der Hochschule vorgeschlagen wurde (Art. 18 Abs. 6 Sätze 1 und 2 BayHSchPG; vgl. BayVGH vom 4.11.2002 BayVBl 2003, 243). Dieses materielle Mitentscheidungsrecht der Hochschule in Form einer personellen Vorauswahl zwingt aber nicht dazu, bereits gegen hochschulinterne Vorbereitungshandlungen (z. B. Ausschreibung, Aufstellung des Berufungsvorschlags) oder gegen den Beschluss der Hochschulleitung über die endgültige Fassung des Berufungsvorschlags gerichtlichen Rechtsschutz zuzulassen.

Behördliche Mitwirkungsakte, die dem Erlass der Sachentscheidung durch eine andere Behörde vorangehen, unterfallen dem Anwendungsbereich des § 44a VwGO auch dann, wenn die andere Behörde daran rechtlich gebunden ist (vgl. Ziekow a.a.O. RdNr. 52 m.w.N.). Solange die zur Mitwirkung berufene Behörde nicht gegenüber einem Beteiligten in der Form eines Verwaltungsakts eine selbständige Vorab- oder Teilregelung erlässt, die bestandskraftfähig ist und daher gesondert anfechtbar sein muss, bleiben ihre Handlungen und Erklärungen im mehrstufigen Verwaltungsverfahren ein bloßes Verwaltungsinternum, auf dessen Rechtmäßigkeit es erst bei der gerichtlichen Überprüfung der abschließenden Sachentscheidung ankommt (BVerwG vom 23.11.1993 BVerwGE 94, 301/306). Auch Einwendungen gegen den Ablauf des hochschulinternen Vorauswahlverfahrens bei der Besetzung von Professuren können demgemäß im gerichtlichen Verfahren erst erhoben werden, wenn ein anderer Bewerber endgültig ausgewählt worden ist (vgl. BayVGH vom 12.5.2004 Az. 7 CE 04.423; vom 10.12.1999 Az. 7 ZE 99.3149; vom 6.2.1998 Az. 7 CE 97.3209; OVG NW vom 7.7.2006 Az. 6 B 848/06; OVG Hamburg vom 8.7.2005 NVwZ-RR 2006, 473; OVG SH vom 18.4.1996 NVwZ-RR 1996, 660; VGH Kassel vom 31.1.1977 WissR 1977, 264; a. A. Detmer, WissR 1995, 1/21 f.).

Der Anwendung des § 44a VwGO in dieser Fallkonstellation scheidet nicht an dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG). Ein Bewerber um eine Professorenstelle kann seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch auf rechtsfehlerfreie Entscheidung über die eingereichte Bewerbung (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch, vgl. BVerwG vom 21.8.2003 BVerwGE 118, 370 m.w.N.) gerichtlich durchsetzen, auch wenn er nicht bereits während des laufenden Verwaltungsverfahrens die von der Hochschule getroffenen Maßnahmen gesondert angreifen kann. Zur Abwendung vollendeter Tatsachen genügt es, wenn dem Bewerber die Möglichkeit eröffnet wird, im Wege vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ernennung des erfolgreichen Mitbewerbers vorzugehen. Hierzu bedarf er keiner sofortigen Mitteilung über das (Zwischen-) Ergebnis des hochschulinternen Verfahrens zur Aufstellung der Berufungsliste, sondern nur – wie in allen sonstigen Fällen einer Stellenvergabe – der rechtzeitigen Unterrichtung über das endgültige Ergebnis des Auswahlverfahrens sowie über die Gründe für die Ablehnung seiner eigenen Bewerbung (vgl. BVerfG vom 19.9.1989 NJW 1990, 501).

Dass im hier streitigen Besetzungsverfahren diese verfassungsrechtlich begründete Informationspflicht gegenüber den unterlegenen Bewerbern künftig missachtet wer-

den könnte, ist nicht erkennbar und wird auch von der Antragstellerin zu 1. nicht substantiiert dargetan. Selbst wenn jedoch diese Gefahr bestünde, könnte sie nicht verlangen, dass der Antragsgegnerin entgegen § 44a VwGO durch einstweilige Anordnung die Fortsetzung des noch laufenden Verfahrens vorläufig untersagt wird. Zur Sicherung des ergebnisbezogenen Informationsanspruchs genügt es, wenn sich der betroffene Bewerber im Wege vorläufigen bzw. vorbeugenden Rechtsschutzes gegen die endgültige Besetzung der ausgeschriebenen Stelle zur Wehr setzt, wobei als Antragsgegner in diesem Falle nicht die Hochschule, sondern nur der Freistaat Bayern als Dienstherr und Träger der Ernennungsbehörde in Betracht kommt (vgl. OVG SH vom 18.12.1995 SchlHA 1996, 133; BayVGH vom 16.12.1998 VGH n.F.51, 185/186 ff.).

b) Selbst wenn der gegen die Antragsgegnerin gerichtete Eilantrag der Antragstellerin zu 1. als zulässig angesehen würde, wäre er jedenfalls unbegründet, da eine auf dem hochschulinternen Vorauswahlverfahren beruhende Verletzung von Rechten der Antragstellerin zu 1. weder nach dem bisherigen Verlauf erkennbar noch für die Zukunft absehbar ist.

Auf die nach ihrer Auffassung rechtswidrige Ausschreibung der zu vergebenden Professur kann sich die Antragstellerin zu 1. schon deshalb nicht berufen, weil sie sich tatsächlich um die ausgeschriebene Stelle beworben und damit am Besetzungsverfahren teilgenommen hat, so dass sich ein etwaiger anfänglicher Verfahrensmangel nicht (mehr) zu ihren Lasten auswirken kann (vgl. BayVGH vom 16.3.1998 Az. 7 ZE 97.3696). Einen von der eigenen rechtlichen Betroffenheit unabhängigen Anspruch auf rechtmäßige Durchführung des Verfahrens hat ein Stellenbewerber nicht.

Wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat, kann auch nicht angenommen werden, dass bereits im hochschulinternen Auswahlverfahren Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats unzulässigerweise berücksichtigt worden wäre. Nach Satz 1 dieser Bestimmung unterhält der Staat an den dort genannten Hochschulen in einem für das erziehungswissenschaftliche Studium zuständigen Fachbereich je einen Lehrstuhl für Philosophie, für Gesellschaftswissenschaften und für Pädagogik, „gegen deren Inhaber hinsichtlich ihres katholisch-kirchlichen Standpunktes keine Erinnerung zu erheben ist“. Für die Besetzung der genannten Lehrstühle verweist der nachfolgende Satz 2 auf Art. 3 § 2 des Konkordats, wonach die in Aussicht genommenen Kandidaten vom Staat erst zu Professoren ernannt werden, wenn gegen sie

„von dem zuständigen Diözesanbischof keine Erinnerung erhoben worden ist“. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob diese Mitwirkung der katholischen Kirche an der Besetzung einer nicht konfessionsgebundenen Professur gegen höherrangiges Recht verstößt, lässt sich der genannten Konkordatsbestimmung jedenfalls nicht entnehmen, dass bereits die Hochschule bei der Aufstellung ihres Berufungsvorschlags (Art. 18 Abs. 4 und 5 BayHSchPG) konfessionelle Gesichtspunkte berücksichtigen dürfte oder gar müsste. Aus dem Regelungszusammenhang ergibt sich vielmehr, dass das Kriterium des „katholisch-kirchlichen Standpunktes“ nicht von den am Auswahlverfahren beteiligten Hochschul- und Staatsorganen zu prüfen ist, sondern nur Grundlage einer möglichen Erinnerung seitens des örtlich zuständigen Bischof sein kann. Das Mitspracherecht des Bischofs bezieht sich dabei nur auf den im vorherigen Besetzungsverfahren erfolgreichen Bewerber; es kann erst nach Abschluss des Auswahlverfahrens gegenüber dem staatlichen Dienstherrn ausgeübt werden.

Für die Annahme der Antragstellerin zu 1., bei der hochschulinternen Vorauswahl sei gleichwohl auch dem „katholisch-kirchlichen Standpunkt“ der Bewerber Bedeutung beigemessen worden, bestehen keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte. Dass der – an dem Besetzungsverfahren in keiner Weise beteiligte – Kanzler der Antragsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren die Rechtsauffassung geäußert hat, Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats stehe mit höherrangigem Recht in Einklang, deutet noch nicht auf eine tatsächliche Berücksichtigung dieser Bestimmung durch die zuständigen Hochschulorgane bei der Aufstellung des Berufungsvorschlags hin. Der Dekan der betroffenen Fakultät hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ausdrücklich erklärt, dass das Konkordat im bisherigen Verfahren keine Rolle gespielt habe. Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin waren unter den sechs zu Vorstellungsvorträgen eingeladenen Kandidatinnen und Kandidaten drei, die zu ihrer Konfession keine Angaben gemacht hatten, sowie ein Bewerber evangelischer Konfession. Die Vermutung der Antragstellerin zu 1., der Bewerbungsausschuss habe sich Kenntnisse über die Konfessionszugehörigkeit der Bewerber aus anderen Quellen als den Bewerbungsschreiben verschafft und am Ende nur Kandidaten katholischer Konfession in die engere Wahl gezogen, ist durch nichts belegt. Ebenfalls rein spekulativ erscheint die Annahme, der Ausschuss habe die Antragstellerin zu 1. auch wegen ihrer Konfessionslosigkeit „aussortiert“. Aus den vorgelegten Ausschussprotokollen ergibt sich vielmehr, dass für die Nichtaufnahme in den engeren Kandidatenkreis fachliche Gründe maßgebend waren („Ausgewiesen, aber teils

sehr technische Arbeiten. Unter den eingesandten Arbeiten eine Mitherausgeber-schaft! Gewisse Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung.“). Dass diese Gründe nur vorgeschoben sein könnten, ist nicht ersichtlich. Mit den von der Antragstellerin zu 1. in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht abgegebenen Er-läuterungen zur Qualität ihrer bisherigen Publikationen und zu den Motiven ihrer Be-werbung kann die vorangegangene fachliche Bewertung durch den Berufungsaus-schuss schon deshalb nicht in Frage gestellt werden, weil diese ergänzenden Infor-mationen dem Ausschuss zum damaligen Zeitpunkt weder bekannt waren noch be-kannt sein mussten.

c) Soweit der von der Antragstellerin zu 1. gestellte Antrag zusätzlich darauf abzielt, der Antragsgegnerin die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle vorläufig zu unter-sagen, scheidet das Rechtsschutzbegehren zwar nicht schon an § 44a VwGO, da in der „Besetzung“ – falls damit die beamtenrechtliche Ernennung des ausgewählten Bewerbers gemeint sein sollte (§ 88 VwGO) – die abschließende Sachentscheidung liegt, gegen die ein unterlegener Bewerber gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen kann. Der Antrag kann aber auch insoweit jedenfalls in der Sache keinen Erfolg haben. Nachdem bisher nicht einmal ein Besetzungsvorschlag der Hochschule vorliegt und daher auch noch kein Bewerber aus der Liste der Vorgeschlagenen vom zuständigen Wissenschaftsminister ausgewählt worden ist, fehlt es an der besonde-ren Dringlichkeit des Rechtsschutzbegehrens und damit an dem erforderlichen An-ordnungsgrund. Es ist auch nicht absehbar, dass die Antragstellerin zu 1., obwohl sie nach derzeitigem Stand der hochschulinternen Vorauswahl - aus den oben genann-ten Gründen: rechtsfehlerfrei - nicht mehr zum engeren Kreis der Kandidaten gehört, am weiteren Verfahren noch teilhaben und die künftige Entscheidung des Ministers für einen Mitbewerber unter Berufung auf ihren Bewerbungsverfahrensanspruch mit Aussicht auf Erfolg angreifen könnte. Selbst wenn Art. 3 § 5 des Bayerischen Kon-kordats als verfassungswidrig anzusehen wäre und an dieser Vorschrift am Ende die Ernennung des vom Minister ausgewählten Bewerbers scheitern würde, könnte sich die Antragstellerin zu 1. mangels eigener Betroffenheit auf diesen Rechtsverstoß nicht berufen. Im Übrigen wäre für jeden gegen die endgültige Berufung bzw. Ernen-nung gerichteten Rechtsbehelf nicht die Antragsgegnerin als Selbstverwaltungskör-perschaft, sondern der Freistaat Bayern als Rechtsträger der insoweit zuständigen Behörden passivlegitimiert (Art. 18 Abs. 6 Satz 1 BayHSchPG, Art. 12 Abs. 3 Nr. 1 BayHSchG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZustV-WFMK).

d) Ohne Erfolg bleiben auch die von den Antragstellern zu 2. und 3. gestellten Anträge, die ebenfalls darauf gerichtet sind, der Antragsgegnerin die Fortsetzung des laufenden Berufungsverfahrens und die Besetzung der ausgeschriebenen W3-Professur vorläufig zu untersagen. Bezüglich des letztgenannten Rechtsschutzziels gilt dabei das Gleiche wie im Falle der Antragstellerin zu 1. (vgl. oben, c.).

Soweit die Antragsteller zu 2. und 3. Verletzungen eigener Rechte aufgrund des Inhalts der Stellenausschreibung geltend machen und sich deswegen gegen die Fortführung des Besetzungsverfahrens wenden, müssen sie sich die Unzulässigkeit von Rechtsbehelfen gegen behördliche Verfahrenshandlungen nach § 44a Satz 1 VwGO entgegenhalten lassen. Zwar nehmen die Antragsteller mangels Bewerbung nicht an dem derzeit laufenden Verfahren teil. Dennoch können sie die für rechtswidrig gehaltene behördliche Verfahrenshandlung nicht in der Rolle von „Nichtbeteiligten“ im Sinne von § 44a Satz 2 Alt. 2 VwGO isoliert angreifen. Diese Ausnahmevorschrift zielt auf Personen, die nur von bestimmten Verfahrenshandlungen betroffen sind und nicht auch von der abschließenden Sachentscheidung, so dass ihnen dagegen kein Rechtsbehelf zusteht (vgl. BT-Drs. 7/910 S. 97; BVerwG vom 21.3.1997 NVwZ-RR 1997, 663/664). Dies gilt etwa für Zeugen, Sachverständige oder Bevollmächtigte sowie für Personen, die zu Unrecht zu einem Verfahren beigezogen wurden (vgl. BVerwG vom 16.5.2000 NVwZ 2000, 1179/1180). Wer dagegen wie die Antragsteller zu 2. und 3. von einem Recht auf Verfahrensbeteiligung keinen Gebrauch macht, verzichtet von sich aus auf die Möglichkeit, etwaige Verfahrensverstöße im Rahmen einer künftigen gerichtlichen Überprüfung der Sachentscheidung rügen zu können. Die prozessuale Privilegierung für „Nichtbeteiligte“ nach § 44a Satz 2 Alt. 2 VwGO findet unter solchen Umständen keine Anwendung (vgl. BayVGH vom 1.2.2001 NVwZ-RR 2001, 373; SächsOVG vom 19.1.1998 NVwZ-RR 1999, 209/210). Die Antragsteller zu 2. und 3. können durch ihren Verzicht auf die Bewerbung keine bessere prozessuale Stellung erlangen als diejenigen, die ihr Interesse an der zu vergebenden Stelle durch eine förmliche Bewerbung dokumentiert haben. Es kann ihnen zugemutet werden, sich dem Bewerbungsverfahren auszusetzen und in diesem Rahmen gegen die behaupteten Verfahrensverstöße gerichtlich vorzugehen.

Die insoweit nach § 44a VwGO bereits unzulässigen Anträge sind darüber hinaus auch unbegründet. Die von den Antragstellern geltend gemachte Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung, die sie in dem Hinweis auf Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats begründet sehen, rechtfertigt nicht den Erlass der beantragten einstweiligen Anord-

nung. Dabei kann offen bleiben, ob im Falle der Verfassungswidrigkeit der Konkordatsbestimmung nur deren direkte Anwendung untersagt oder schon die bloße Erwähnung der nominell geltenden Rechtsnorm in der Stellenausschreibung der Hochschule rechtswidrig wäre. Selbst im letztgenannten Falle würde es jedenfalls an dem nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO erforderlichen Anordnungsanspruch fehlen, der durch ein vorläufiges Verbot der Fortführung des Besetzungsverfahrens gesichert werden könnte.

Bei dem Anordnungsanspruch handelt es sich um den materiellen Rechtsanspruch, den der jeweilige Antragsteller in einem bereits anhängigen oder künftig anstehenden Hauptsacheverfahren gegen den Antragsgegner geltend macht und zu dessen effektiver Durchsetzung es der vorläufigen gerichtlichen Maßnahme bedarf (vgl. Puttler in: Sodan/Ziekow, a.a.O., RdNr. 77 zu § 123). Ein solcher Hauptsacheanspruch besteht hier ersichtlich nicht; er ist auch von den Antragstellern nicht substantiiert geltend gemacht worden. Das beantragte einstweilige Verbot der Fortführung des laufenden Verfahrens wäre für die Antragsteller zu 2. und 3. nur von Nutzen, wenn sie vom Antragsgegner anschließend verlangen könnten, ein neues Besetzungsverfahren mit nochmaliger (fehlerfreier) Stellenausschreibung durchzuführen. Ein solches Recht potentieller Bewerber auf Einleitung des Verfahrens zur Neubesetzung einer freigewordenen Stelle und auf Ausschreibung einer Professur besteht jedoch nicht. Die entsprechenden gesetzlichen Verpflichtungen der Hochschule (Art. 18 Abs. 1 und 3 BayHSchPG) sind rein objektivrechtlicher Art und daher nur im Wege der staatlichen Rechtsaufsicht durchsetzbar (Art. 74 Abs. 1 BayHSchG); sie begründen keine einklagbaren Rechte Dritter. Erst wenn ein Besetzungsverfahren von der Hochschule tatsächlich eingeleitet wurde und ein Interessent durch Abgabe seiner Bewerbung die Beteiligung an diesem Verfahren beantragt hat, erwächst ihm aus Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht auf ordnungsgemäße Entscheidung, das auch die Einhaltung der wesentlichen Verfahrensvorschriften mit umfasst (Bewerbungsverfahrensanspruch).

Aus den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (G. v. 14.8.2006 BGBl I S. 1897, zuletzt geändert durch G. v. 5.2.2009 BGBl I S. 160 – AGG), das grundsätzlich auch für Beamte der Länder gilt (§ 24 Nr. 1 GG), können die Antragsteller zu 2. und 3. keine weitergehenden Rechtsansprüche ableiten. Der von der Antragsgegnerin in den Ausschreibungstext aufgenommene Hinweis auf die Geltung des Art. 3 § 5 des Bayerischen Konkordats könnte zwar, nachdem § 7 Abs. 1 AGG

Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes und damit auch wegen der Religion oder Weltanschauung verbietet, eine nach § 11 AGG unzulässige Ausschreibung darstellen. Aus einer diskriminierenden Ausschreibung allein ergäben sich aber für die Antragsteller keine verfahrensbezogenen Ansprüche, die durch eine einstweilige Anordnung gesichert werden könnten. Die Verbotsnorm des § 11 AGG stellt eine *lex imperfecta* ohne eigene Rechtsfolgen dar; ein festgestellter Verstoß führt lediglich gemäß § 22 AGG zur Beweiserleichterung bezüglich einer möglichen Entschädigung in Geld nach § 15 AGG (VG Mainz vom 21.1.2009 Az. 7 K 484/08.MZ m.w.N.; Thüsing in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Halbband: AGG, 5. Aufl. 2007, RdNr. 8 zu § 11). Unmittelbar auf § 11 AGG kann ein Schadensersatzanspruch nicht gestützt werden, da ein Schaden nur auf der diskriminierenden Besetzung des Arbeitsplatzes, nicht aber allein auf der diskriminierenden Ausschreibung beruhen kann (vgl. Thüsing, a.a.O., RdNr. 12). Wer als potentieller Interessent auf eine Bewerbung verzichtet und sich damit der Gefahr einer Diskriminierung im Auswahlverfahren von vornherein entzieht, kann mangels persönlicher Beeinträchtigung auch nach § 21 Abs. 1 AGG keinen Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensgestaltung gegenüber der ausschreibenden Stelle geltend machen.

4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO, die Entscheidung zum Streitwert aus § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG.

Die vorliegende Entscheidung ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.

Dr. Zöllner

Dr. Borgmann

Heinl