

## Neuere Rechtsprechung zu Berufungsverfahren

Professor Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Universität Bonn

### I. Rechtsschutzform

Für Konkurrenten um Professorenstellen gelten die allgemeinen Grundsätze, die die Rechtsprechung zu beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten entwickelt hat.

BayVGH, Beschl. v. 11. 8. 2010, 7 CE 10.1160

Keine Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten (*Ämterstabilität*)

- Einschränkung durch Neuere Rechtsprechung des BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010, 2 C 16/09, NVwZ 2011, 358: Ämterstabilität ist mit Art. 19 IV 1 GG vereinbar, wenn der Bewerber die Möglichkeit hat, Rechtsschutz (im Rahmen des § 123 VwGO, der die Funktion des Hauptsacherechtsschutzes übernimmt) vor der Ernennung zu erlangen. Bewerbungsverfahrensanspruch kann daher weiterverfolgt werden, sofern der Bewerber unter Verstoß gegen Art. 19 IV GG daran gehindert worden ist, seine Rechtsschutzmöglichkeiten auszuschöpfen:
  - Vorabinformation und Wartezeit von mindestens zwei Wochen;
  - bei rechtzeitig eingelegtem Rechtsschutz: Abwarten des gerichtlichen Verfahrens;
  - nach Beschwerdeentscheidung des OVG: angemessene Wartezeit im Hinblick auf Verfassungsbeschwerde.

*Keine isolierte Klage* gegen einzelne Verfahrensforderungen (§ 44a VwGO): Berufungskommissionsbericht, Vorschlag des Rektors an den Minister usw. Mit einzelnen Verfahrenshandlungen (etwa einer Nichtlistung) sind auch keine selbstständigen materiell-rechtlichen Folgen verbunden, die eine eigenständige Beschwer begründen (z. B. das Argument, man sei „beschädigt“ worden, ist rechtlich unerheblich).

Etwa OVG NW, Beschl. v. 15. 9. 2010, 6 A 1699/08, NVwZ-RR 2011, 65 (66 f.).

*Klage-/Antragsbefugnis* (§ 42 II VwGO): Art. 33 II GG und ein daraus resultierender Bewerbungsverfahrensanspruch

*Rechtsschutzbedürfnis*: Besteht bereits dann, wenn eine Auswahl des Klägers im Falle einer erneuten Entscheidung als möglich erscheint.

z. B. VG München, Beschl. v. 26. 4. 2010, M 3 E 10.519; Beschl. v. 8. 7. 2010, M 3 E 09.3182

Der Ruf wird mit der hM nicht als VA angesehen, sodass nur eine allgemeine Leistungsklage auf Ruferteilung statthaft wäre. Da die Ruferteilung indes nur eine unselbstständige Verfahrenshandlung ist, scheidet Rechtsschutz von vornherein an § 44a VwGO. Der Bewerber müsste daher Verpflichtungsklage auf Neuverbescheidung erheben.

Ohne Problembewusstsein anders aber VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15. 10. 2008, 4 K 1940/06

## **II. Kontrolldichte und Kontrollkompetenz**

Wer sich auf eine Professur bewirbt, hat Anspruch auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Durchführung des Bewerbungsverfahrens.

BayVGh, Beschl. v. 11. 8. 2010, 7 CE 10.1160

Gericht kann wissenschaftlich-fachliche Entscheidungen nur begrenzt überprüfen; gerade die Berufungskommission soll eine wissenschaftsadäquate Entscheidungsfindung gewährleisten.

Vgl. stellvertretend VG München, Beschl. v. 26. 4. 2010, M 3 E 10.519; für die Verlängerung einer Juniorprofessur auch OVG Magdeburg, Urt. v. 19. 3. 2008, 3 L 18/07, NVwZ-RR 2009, 169 (170).

### **1. Gestufte Auswahlverantwortung**

Es besteht eine gestufte Auswahlverantwortung, an der die Hochschulleitung, die Berufungskommission, meist der Fakultätsrat und – sofern die Dienstherrenfähigkeit nicht wie in NRW auf die Hochschule übertragen wurde – das Land (sprich: als Behörde der zuständige Ressortminister) beteiligt sind (vgl. BayVGh, Beschl. v. 11. 8. 2010, 7 CE 10.1160). In diesem Rahmen sind die Kompetenzen zwischen den Akteuren schon im Hinblick auf Art. 5 III 1 GG geteilt. *Ein Gericht hat also uneingeschränkt zu prüfen, ob die jeweiligen Organe im Verhältnis zueinander die Kompetenzgrenzen eingehalten haben.*

- Beurteilungsspielraum im Rahmen der Festlegung und Gewichtung der Auswahlkriterien

Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 13. 10. 2008, 28 A 124.08

- Beurteilungsspielraum der akademischen Gremien (Berufungskommission, Fakultät, Rektor/Präsident)
- Ermessen des Dienstherrn

### **2. Begrenzte Akteneinsicht**

Begrenzte Akteneinsicht problematisch; andererseits Berufungsverfahren auf Grund persönlicher Bekanntschaft in objektiver Weise nicht möglich; Schutz der freien Aussprache

### **III. Verfahrensfehler**

#### **1. Bewerbungsfrist und Abbruch des Verfahrens**

Bewerbungsfrist hat bloße Ordnungsfunktion, keine Ausschlussfunktion; spätere Bewerbungen können berücksichtigt werden.

Etwa OVG RP, Beschl. v. 28. 9. 2007, 2 B 10825/07 u. a.

*Abbruch des Berufungsverfahrens:* Es steht im Ermessen des Dienstherrn, ein Berufungsverfahren jederzeit aus sachlichen Gründen abubrechen.

OVG NW, Beschl. v. 15. 9. 2010, 6 A 1699/08, NVwZ-RR 2011, 65 (66); VG Saarland, Urt. v. 15. 2. 2011, 2 K 157/10

Sachliche Gründe sind insbesondere

- rechtliche Mängel des Verfahrens bzw. der Auswahlentscheidung
- das Ziel, durch ein geändertes Anforderungsprofil und Neuausschreibung einen anderen/breiteren Interessentenkreis anzusprechen.

So OVG NW, Beschl. v. 15. 9. 2010, 6 A 1699/08, NVwZ-RR 2011, 65 (66).

#### **2. Zusammensetzung der Berufungskommission**

Berufungskommission kommt bei der Vorbereitung der Auswahl entscheidende Bedeutung zu, weil die Kommission „das mit dem höchstmöglichen Sachverstand ausgestattete Gremium für die Einschätzung der Qualifikation der Bewerber ist; es besteht ein umfassender Entscheidungsspielraum.

OVG NW, Beschl. v. 9. 2. 2009, 6 B 1744/08, NWVBl 2009, 358; ferner OVG NW, Beschl. v. 3. 2. 2011, 6 B 1420/10.

##### **a) Verfassungsrechtliche Anforderungen**

BVerfG-K, Beschl. v. 4. 11. 2010, 1 BvR 3389/08, NVwZ 2011, 486 (489): „Das BVerfG hat bereits in seinem Hochschulurteil hervorgehoben, dass an das Berufungsverfahren der Hochschullehrer wegen der Bedeutung dieses Vorgangs für die Wissenschaftsfreiheit besondere Anforderungen zu stellen sind. Das Auswahlverfahren bestimme die eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Universität und sei deshalb mit der Garantie des Art. 5 III 1 GG besonders eng verknüpft [...].“

→ mehrheitlich Hochschullehrer BVerfGE 35, 75 (133)

##### **b) Relevanz der Besetzungsfehler**

Eine fehlerhafte Besetzung kann korrespondierend hierzu beanstandet werden und ggf. Anordnungsanspruch begründen. „Umso mehr bedarf es aber der Befolgung von Verfahrensregeln, die sicherstellen, dass sich die beschließenden Kommissionsmitglieder bei ihrer Entscheidung tatsächlich auf diese sachverständige Grundlage stützen können.“

OVG NW, Beschl. v. 9. 2. 2009, 6 B 1744/08, NWVBl 2009, 358

Es genügt, dass nicht von vornherein auszuschließen ist, dass eine neue Entscheidung in der Sache auch zu einem abweichenden Ergebnis geführt hätte.

- OVG NW, Beschl. v. 9. 2. 2009, 6 B 1744/08, NWVBl 2009, 358: Das OVG hat eine Entscheidung, bei der die Mehrheit der Professoren nicht anwesend war, für unzulässig erachtet.
- OVG NW, Beschl. v. 3. 2. 2011, 6 B 1420/10: OVG hielt eine Berufungsentscheidung für rechtswidrig, weil der Vorsitzende durch die Kommission selbst gewählt wurde und nicht – wie satzungsmäßig vorgesehen – vom Fakultätsrat.

### c) **Ersatz ausgeschiedener Mitglieder**

Nach der Rechtsprechung im Interesse einer pluralistischen Besetzung zulässig, OVG RP, Beschl. v. 28. 9. 2007, 2 B 10825/07 u. a.

### d) **Befangenheit**

§ 21 VwVfG findet Anwendung (OVG MV, Beschl. v. 21. 4. 2010, 2 M 14/10; VG Hamburg, Beschl. v. 25. 2. 2005, 8 E 6091/04)

Unverzügliche Rügepflicht unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 73 III 3 VwVfG (OVG RP, Beschl. v. 28. 9. 2007, 2 B 10825/07 u. a.) überzeugt nicht, da die Sondervorschriften für förmliche Verfahren nicht auf sonstige Verfahren anwendbar sind und der Probevortrag vor der Kommission kein förmliches Verfahren ist.

Notwendig sind Gründe, die geeignet sind, Zweifel an einer unparteiischen Entscheidung zu rechtfertigen. Hierfür sind ein gelegentliches berufliches Zusammenwirken oder gelegentliche private Kontakte nicht hinreichend. (Gerade bei kleinen Disziplinen mit einem überschaubaren Wirkungskreis wären ansonsten fachkundige Berufungsentscheidungen kaum mehr möglich.) Das OVG MV hat allerdings darauf hingewiesen, dass eine „besondere kollegiale Nähe“ oder „freundschaftliche Kontakte“ die Befangenheit begründeten.

OVG MV, Beschl. v. 21. 4. 2010, 2 M 14/10

Ein Indiz für eine solche Verbundenheit kann es sein, dass ein Bewerber mit einem Mitglied der Berufungskommission in gemeinsamer Mitautorenschaft Veröffentlichungen getätigt hat.

OVG MV, Beschl. v. 21. 4. 2010, 2 M 14/10; siehe auch VG Hamburg, Beschl. v. 25. 2. 2005, 8 E 6091/04

## 3. **Verfahren**

BVerfG-K, Beschl. v. 4. 11. 2010, 1 BvR 3389/08, NVwZ 2011, 486 (492): „Aus der Schlüsselfunktion der freien Wissenschaft für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung folgt auch eine Verantwortung für die Sicherung ihrer Leistungsfähigkeit. Die besondere Stellung der Hochschullehrer im Bereich der Universitäten und Fachhochschulen ist nur dann gewährleistet, wenn deren

sachgerechte und allein an qualitativ-wissenschaftlichen Maßstäben ausgerichtete Auswahl gewährleistet wird [...]. Mit der Prüfungsentscheidung über die Habilitation ist demgemäß auch eine institutionelle Verantwortung für die Qualitätssicherung der freien Wissenschaft verbunden [...]. Hierauf kann auch dann nicht verzichtet werden, wenn der Grundrechtsträger – aus welchen Gründen auch immer – in eine bestimmte, das Recht aus Art. 5 GG III GG verletzende Verfahrensweise eingewilligt hat.“

**a) Sachgerechte Begründung**

Aussagekraft und Ergiebigkeit der herangezogenen Kriterien (z. B. Zahl der Veröffentlichungen, Erstautorenschaften usw.) muss in einer transparenten Weise plausibel dargelegt werden.

OVG Magdeburg, Urt. v. 19. 3. 2008, 3 L 18/07, NVwZ-RR 2009, 169 (172).

**b) Eigenständige Bewertung durch Kommission und externe Gutachter**

Externe Gutachten dürfen nicht schematisch übernommen werden. Geboten ist vielmehr eine eigenständige Auseinandersetzung mit den Gutachten, durch die die Kommission zu einem eigenständigen Ergebnis kommt.

VG München, Beschl. v. 8. 7. 2010, M 3 E 09.3182

Dieses Ergebnis muss im Übrigen nicht mit dem der externen Gutachter übereinstimmen; Abweichungen sind lediglich hinreichend zu begründen.

Umgekehrt verletzt allerdings die Berufungskommission den aus Art. 33 II GG gewährleisteten Bewerbungsverfahrensanspruch, wenn der Vorsitzende einem externen Gutachter eine gewünschte Reihenfolge mitteilt.

BayVGH, Beschl. v. 11. 8. 2010, 7 CE 10.1160

**IV. Materielle Fehler**

**1. Keine Anspruch auf Ruferteilung aus Berufsliste**

Das VG Gelsenkirchen hat einem zweitplatzierten Bewerber einen Anspruch auf Ruferteilung abgesprochen, sofern der erstplatzierte Bewerber abgesagt hat. Die Listung entfalte nämlich keine Bindungswirkung.

VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15. 10. 2008, 4 K 1940/06

**2. Bindung an das Ausschreibungsprofil**

Die Berufungsentscheidung ist auf das Profil der Ausschreibung festgelegt; dieses bindet, solange die Ausschreibung nicht aufgehoben wird.

VG Berlin, Beschl. v. 13. 10. 2008, 28 A 124.08; VG München, Beschl. v. 26. 4. 2010, M 3 E 10.519.

Allerdings ist es zulässig, *innerhalb* des Profils nach Maßgabe der eingegangenen Bewerbung Schwerpunkt zu setzen, sofern die Schwerpunktsetzung auf alle Kandidaten gleichmäßig angewendet wird.

### 3. **Prärogative der Berufungskommission**

*Abweichung von Vorschlag* nur aus besonderen Gründen; Achtung der Wissenschaftsfreiheit. Jedoch hat der Dienstherr eine Ermessensentscheidung zu treffen, in die eigene personalpolitische Erwägungen einfließen, die umso weiter sind, desto umstrittener eine Berufungsentscheidung innerhalb der Universität ausfällt.

VG Wiesbaden, Beschl. v. 25. 3. 2004, 8 G 715/03

Hinsichtlich wissenschaftlicher Fragen hat der Ressortminister indes keine eigenständige Beurteilungskompetenz.

Eine Berufungsentscheidung ist fehlerhaft, wenn das Land ohne hinreichende Gründe von einem grundsätzlich bindenden Vorschlag der Hochschule abgewichen wird.

Vgl. OVG RP, Beschl. v. 28. 9. 2007, 2 B 10825/07 u. a.

Analoges gilt im Verhältnis von Berufungskommission/Fakultät zur Hochschulleitung. Vgl. BayVerfGH, WissR 41 (2008), 160 (171).

### 4. **Qualifikation**

Jeder Bewerber kann verlangen, dass ihm kein anderer Bewerber vorgezogen wird, der schon nicht die dienstrechtlichen Eignungskriterien (z. B. Promotion, Habilitation) für die ausgeschriebene Stelle erfüllt.

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17. 12. 2007, OVG 4 S 44.07; ebenso etwa VG München, Beschl. v. 26. 4. 2010, M 3 E 10.519. Siehe im Übrigen für den umgekehrten Fall (Nichterfüllung der Anforderungen durch Klägerin) VG Saarland, Urt. v. 15. 2. 2011, 2 K 157/10

- OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17. 12. 2007, OVG 4 S 44.07: FH-Professur für Augenoptik kann im Rahmen des Beurteilungsspielraums auch mit nicht promoviertem Bewerber besetzt werden, weil eine Akademisierung der Augenoptik gerade erst begonnen habe (Berufsausübung vornehmlich durch Handwerksmeister) und daher Promovierte in diesem Fach eine extreme Ausnahme seien.

Auch *mangelnde soziale Kompetenz* kann (zumal wenn es um eine Leitungsfunktion geht) ein Eignungsmangel sein, der gemessen an Art. 33 II GG eine Ablehnung rechtfertigt.

VG München, Beschl. v. 8. 7. 2010, M 3 E 09.3182

### 5. **„Einerliste“**

Gesetzlicher Grundsatz: Dreierliste; allerdings nur Soll-Bestimmung; wenn das Bewerberfeld dies rechtfertigt, kommt ausnahmsweise auch eine Liste mit nur zwei Bewerbern oder gar nur einem Bewerber in Betracht.

Das VG Berlin hat allerdings die Anforderungen in einer jüngeren Entscheidung vergleichsweise strikt gehandhabt. Eine Zweierliste sei nur zulässig, wenn sich dies aus „offenkundigen, gemessen an den zwingenden Voraussetzungen der Ausschreibung erheblichen Eignungsdefiziten gegenüber den im Verfahren verbleibenden Kandidaten sachlich gerechtfertigt“ sei.

VG Berlin, Beschl. v. 13. 10. 2008, 28 A 124.08

Dies verfehlt jedoch die rechtlichen Anforderungen der Soll-Bestimmung; das Berufungsverfahren dient gerade auch der Qualitätssicherung, bei der Hochschule auch Kandidaten ablehnen darf, die formal geeignet sind, aber materiell nicht den leistungsbezogenen Erwartungen entsprechen.

## 6. Konkordatslehrstühle

Problem: Vereinbarkeit von Konkordatslehrstühlen mit höherrangigem Recht? → VG Ansbach, Beschl. v. 13. 12. 2010, 2 E 10.01011, FuL 2011, 308: Jedenfalls die Entscheidung der Hochschulgremien ist an die Diskriminierungsverbote aus Art. 33 II, III GG gebunden, und zwar unabhängig von einer späteren Bestätigung des ausgewählten Bewerbers durch die Kirche.

## Lesehinweise

BVerfG-K, Beschl. v. 4. 11. 2010, 1 BvR 3389/08, NVwZ 2011, 486

BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010, 2 C 16/09, NVwZ 2011, 358

BayVG, Beschl. v. 11. 8. 2010, 7 CE 10.1160

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17. 12. 2007, OVG 4 S 44.07

OVG Magdeburg, Urt. v. 19. 3. 2008, 3 L 18/07, NVwZ-RR 2009, 169

OVG MV, Beschl. v. 21. 4. 2010, 2 M 14/10

OVG NW, Beschl. v. 9. 2. 2009, 6 B 1744/08, NWVBl 2009, 358

OVG NW, Beschl. v. 15. 9. 2010, 6 A 1699/08, NVwZ-RR 2011, 65

OVG NW, Beschl. v. 3. 2. 2011, 6 B 1420/10.

OVG RP, Beschl. v. 28. 9. 2007, 2 B 10825/07 u. a. (Zusammenfassung in: FuL 2008, 544)

VG Ansbach, Beschl. v. 13. 12. 2010, 2 E 10.01011 (Zusammenfassung in: FuL 2011, 308)

VG Berlin, Beschl. v. 13. 10. 2008, 28 A 124.08

VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15. 10. 2008, 4 K 1940/06

VG München, Beschl. v. 26. 4. 2010, M 3 E 10.519

VG München, Beschl. v. 8. 7. 2010, M 3 E 09.3182

VG Saarland, Urt. v. 15. 2. 2011, 2 K 157/10

VG Wiesbaden, Beschl. v. 25. 3. 2004, 8 G 715/03

*G. Beaucamp/J. Seifert*, Rechtsschutz von Kandidatinnen und Kandidaten im Promotions-, Habilitations- und Berufungsverfahren, WissR 44 (2011), 24