

Rechtsfragen des Professorenberufungsverfahrens in Bayern

Legal issues concerning the appointment procedures for professors in Bavaria

Gregor C. Biletzki
 Technische Hochschule Deggendorf
 gregor.biletzki@th-deg.de



ABSTRACT

Rechtsfragen des Professorenberufungsverfahrens spielen in der Praxis der Hochschulen eine zentrale Rolle. Das Berufungsverfahren ist das ‚Herzstück‘ der Politik der jeweiligen Hochschule. Der Beitrag befasst sich mit den damit zusammenhängenden Rechtsfragen aus der Sicht der Hochschulpraxis.

Legal issues concerning the appointment procedures for professors play a key practical role at German universities of applied sciences. Appointment procedures constitute the very heart of a university of applied sciences' policy. This article deals with the related legal issues from a practical perspective.

KEYWORDS

Professorenberufungsverfahren, Hochschulpolitik, Hochschulpraxis, Rechtsfragen

appointment procedures for professors, higher education policy, higher education practice, legal issues

Die rechtlichen Vorgaben zum Professorenberufungsverfahren in Bayern sind durch Art. 18 BayHSchPG relativ detailliert normiert. Dennoch ergibt sich für die Hochschulen bei der Anwendung der Vorschrift in der Praxis aufgrund der vielgestaltigen Fälle eine ganze Reihe von Rechtsproblemen. Der vorliegende Beitrag beleuchtet in diesem Rahmen anhand der Rechtsprechung die in der Hochschulpraxis eine Auswahl häufig

vorkommender zentraler Rechtsfragen. Auf Sonderproblembereichen etwa im Bereich der Berufung von Professoren und Professorinnen der Theologie, Religionspädagogik und Didaktik des Religionsunterrichts [1] oder z.B. bei Ausstattungszusagen [2] und Berufungsvereinbarungen [3] wird demgegenüber aus Raumgründen nicht eingegangen.

1. Ausschreibung

In der Praxis entstehen häufig Probleme im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Professuren. Dabei geht es zum einen um deren inhaltliche Ausrichtung und das jeweilige Anforderungsprofil und zum anderen um die wichtige Frage, ob und in welchen Fällen von einer Ausschreibung überhaupt abgesehen werden kann.

1. Fachliche Ausrichtung und Anforderungsprofil

a) Fachliche Ausrichtung

Im Regelfall gibt die jeweils betroffene Fakultät der Hochschule vor, welche fachliche Ausrichtung eine auszuschreibende Professur haben soll. Nach Art. 18 Abs. 1 BayHSchPG obliegt die Kompetenz zur verbindlichen Entscheidung über das Ob einer Wiederbesetzung einer freien oder freiwerdenden Professur allerdings nicht der Fakultät, sondern der Hochschulleitung. Gleiches gilt für die Festlegung der fachlichen Ausrichtung der künftigen Professur. Über den Wortlaut hinaus erfasst die Zuständigkeit der Hochschulleitung nach dem Sinn der Vorschrift, der Hochschulleitung aufgrund ihrer Gesamtverantwortung auch im Bereich der Berufungen die zentrale Steuerungsfunktion zuzuweisen [4], zudem die erstmalige Besetzung einer Professur. Die betroffene Fakultät wird demgegenüber nach Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG lediglich gehört, wobei die Hochschulleitung nicht an die Stellungnahme des Fakultätsrats gebunden ist. Die Fakultät hat auch keinen Anspruch darauf, dass eine vakante Stelle wieder wie bisher besetzt wird. Es kann lediglich seltene Fälle geben, in denen die Entscheidung über die inhaltliche Ausrichtung einer Professur dadurch zwingend vorherbestimmt wird, weil Studierende sonst ihr Studium nicht ordnungsgemäß beenden können [5]. Unterbleibt die Anhörung des Fakultätsrats, kann sie entsprechend nachgeholt werden. Die Bezugnahme von Art. 18 Abs. 1 Satz 1 BayHSchPG auf eine „Stelle“ bedeutet nicht, dass eine haushaltsrechtliche Planstelle vorhanden sein muss. Die Vorschrift gilt demgemäß auch für befristete Professuren. Frei „wird“ eine Stelle durch die Beendigungsgründe des § 21 BeamtStG (Entlassung, Verlust der Beamtenrechte, Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach den Disziplargesetzen oder Eintritt oder Versetzung in den Ruhestand) oder durch Versetzung (§ 15 BeamtStG, Art. 48 BayBG).

b) Anforderungsprofil

Art. 18 Abs. 3 Satz 2 BayHSchPG schreibt vor, Art und Umfang der zu erfüllenden Aufgaben des Professors bzw. der Professorin zu umschreiben. Dazu gehören u.a. die Fächer, die der Professor oder die Professorin unterrichten soll sowie ggf. weitere Anforderungen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch die jeweiligen Studiengänge, in denen der Professor oder die Professorin unterrichten soll, im Ausschreibungstext genannt werden sollten. Davon sollte nach hier vertretener Auffassung grundsätzlich abgesehen werden, da insoweit mittelfristig Änderungen eintreten und dann unter Umständen gegen einen Einsatz in neuen Studiengängen Einwände vorgebracht werden könnten [6]. Zu beachten ist ferner, dass Anforderungsprofile nach der Rechtsprechung [7] unterschiedliche Rechtsqualität haben, je nachdem, ob die aufgestellten Kriterien konstitutiven oder lediglich beschreibenden Charakter haben. „Beschreibende“ oder allgemeine Anforderungsprofile geben nach dieser Rechtsprechung über den Dienstposten und die auf die Bewerber oder Bewerberinnen zukommenden Aufgaben Auskunft. Ein konstitutives oder spezielles Anforderungsprofil enthält hingegen einen von der Bestenauslese abgekoppelten und im Entscheidungsgang davor zu prüfenden Maßstab. Wer ein konstitutives oder spezielles Anforderungsprofil nicht erfüllt, scheidet allein deshalb aus dem Bewerbungsverfahren aus, ohne dass es im Übrigen auf seine oder ihre Qualifizierung ankommt; Demgegenüber erlangt ein beschreibendes Anforderungsprofil Bedeutung, wenn sich die Konkurrenten und Konkurrentinnen hinsichtlich der Gesamtqualifikation nicht wesentlich unterscheiden. Bei der dann erforderlichen wertenden Auswahlentscheidung kann in Orientierung an einem beschreibenden Anforderungsprofil ein zunächst bestehendes Defizit eines Bewerbers oder einer Bewerberin ausgeglichen oder sogar ein Vorsprung begründet werden [8]. Der Berufungsausschuss ist nach der Rechtsprechung [9] an das veröffentlichte Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Professur gebunden, so dass er bei seinen Erwägungen auch nicht entscheidend auf einen Gesichtspunkt abstellen darf, der nicht Gegenstand des Anforderungsprofils der vorausgegangenen Stellenausschreibung war. Der Text der Ausschreibung ist insofern Maßstab und Grundlage für die Erstellung der Berufsungsliste. Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich auch

zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswahlerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen [10]. Prozessual ist des weiteren zu beachten, dass die Festlegung von Anforderungsprofilen nur vorbereitende Verfahrenshandlungen sind, die der Stellenbesetzung als eigentliche Sachentscheidung vorgelagert sind und gegen die nach § 44 a VwGO kein isolierter Rechtsschutz möglich ist [11], da Ausschreibung und Bewerberermittlung nur Bestandteile eines einheitlichen Verfahrens zur Professorenberufung sind.

2. Entbehrliche Ausschreibung

a) „Standardkonstellationen“

Art. 18 Abs. 3 Sätze 3 bis 5 BayHSchPG regeln Fallkonstellationen, in denen eine Ausschreibung entbehrlich ist. Einen Spezialfall bildet Art. 18 Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 BayHSchPG, der im Hinblick auf die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „in besonderer Weise qualifizierte Persönlichkeit“ und „besonderes Interesse“ der Hochschule äußerst restriktiv ausgelegt werden sollte; um hier keine missbräuchliche Anwendung zu provozieren, wurde vorgesehen, dass derartige Ausnahmefälle immer des Einvernehmens des Staatsministeriums bedürfen. Es handelt sich in diesen Fällen um sog. „Leuchtturmberufungen“, bei der die „Genieklausel“ zur Anwendung kommt [12]. Nur bei diesen ist in Bayern (anders als zB in Niedersachsen, vgl. § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 NHG und in Nordrhein-Westfalen, vgl. § 38 Abs. 1 Satz 4 HG NRW) im Rahmen von Bleibeverhandlungen eine „Beförderung“ eines Professors oder einer Professorin von W 2 nach W 3 ohne Ausschreibung möglich (sog. „fast track“). Die Ausnahmen nach Art. 18 Abs. 3 Satz 3, Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 und Abs. 3 Satz 5 BayHSchPG haben vor allem Bedeutung für sog. „tenure track“-Verfahren. Verfassungsrechtlich könnte indes zweifelhaft sein, ob das Absehen von der Ausschreibung einer Professur dem in Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 94 Abs. 2, 116 BV verankerten Prinzip der Bestenauslese widerspricht [13]. Dagegen spricht allerdings, dass die Auswahlentscheidung im Rahmen der Bestenauslese im Sinne der Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 94 Abs. 2 BV, 116 BV zeitlich auf die erste Berufung vorverlagert ist – eine getrennte Betrachtung beider Berufungen und eine separate Ausschreibung können demnach entfallen [14].

b) Sonderkonstellationen

Ein Absehen von der Ausschreibung kommt darüber hinaus nach hier vertretener Auffassung erst recht in Betracht, wenn eine Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Probe erfolgt und lediglich die Arbeitszeit von Teilzeit auf Vollzeit aufgestockt wird (arg. a maiore ad minus). Auch dann handelt es sich nämlich um „dieselbe“ Professur. Aus der ratio legis des Art. 18 Abs. 3 Satz 3 BayHSchPG und dem Regelungszusammenhang des Art. 18 Abs. 3 BayHSchPG folgt zudem, dass bei Änderung der fachlichen Ausrichtung einer Professur eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nicht geboten ist; ändert sich die fachliche Ausrichtung, kann nicht mehr von „derselben“ Professur gesprochen werden. Eine bloße Änderung des Status des betreffenden Professors bzw. der Professorin vom Angestellten- zum Beamtenstatus oder die Änderung seiner oder ihrer Arbeitszeit hat auf die inhaltliche Ausrichtung der Professur keinen Einfluss. Nachdem Art. 18 Abs. 3 BayHSchPG aber gerade die fachliche Ausrichtung bzw. deren Änderung zum Abgrenzungskriterium zwischen Ausschreibungspflicht und Absehen davon als maßgebliches Kriterium im Auge hat, ist keine Ausschreibungspflicht gegeben, wenn eine Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Probe erfolgt und sich nur die Arbeitszeit ändert. Eine Ausschreibung ist demnach auch dann nicht nötig, wenn ein Professor oder eine Professorin auf eine Vollzeitstelle berufen wird, dann auf Antrag in Teilzeit arbeitet und später wieder auf Vollzeit aufgestockt wird. Gleiches gilt nach hier vertretener Auffassung bei der Verlängerung einer befristeten Professur um einige Monate; in derartigen Fällen sollte auch kein Berufungsverfahren verlangt werden, da dies nur als unnötige Formalität erscheint und nicht der Sicherung der Bestenauslese i.S. des Art. 33 Abs. 2 GG und der Art. 94 Abs. 2, 116 BV dienen würde. Entsprechende Klarstellungen im Gesetzestext wären allerdings de lege ferenda angezeigt.

2. Berufungsausschuss und Berichterstatter

1. Berufungsausschuss

Bezüglich der Zusammensetzung des Berufungsausschusses i.S. des Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG stellt sich die Frage, ob es rechtlich zulässig ist, weitere Mitglieder als die in der Vorschrift genannten zu bestellen. Nach

hier vertretener Auffassung ist Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG nicht als abschließende Regelung anzusehen, so dass es auch möglich ist, zusätzliche Mitglieder in einen Berufungsausschuss aufzunehmen, zB bei Stiftungsprofessuren den Stifter oder die Stifterin als beratendes Mitglied. Denn Sinn der Regelungen zur Zusammensetzung des Berufungsausschusses ist es in erster Linie, den Einfluss der Wissenschaft auf die Stellenbesetzung durch die Professoren und Professorinnen sicherzustellen [15]; dieser Zweck wird auch erreicht – solange die Mindestbedingungen des Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG erfüllt sind – wenn dem Berufungsausschuss weitere Mitglieder angehören. Bei zusätzlichen Mitgliedern mit Stimmrecht ist deshalb zu beachten, dass die vorgeschriebenen Mehrheitsverhältnisse eingehalten werden.

Beim Berufungsausschuss handelt es sich des Weiteren nicht um ein Gremium i.S.d. Art. 39 BayHSchG, da er sich nicht nach Mitgliedergruppen zusammengesetzt, sondern nach Maßgabe des Art. 18 BayHSchPG, so dass Art. 39 BayHSchG nicht anwendbar ist. Deshalb kann ein Dekan oder eine Dekanin Mitglied des Berufungsausschusses sein [16]. Nach der Rechtsprechung haben die Mitglieder des Ausschusses keine organschaftlichen Rechte, da nicht jede Mitgliedschaft in einem Gremium organschaftliche, „wehrfähige“ Rechtspositionen begründet [17]. Der Berufungsausschuss selbst ist kein Organ [18] mit selbständiger Rechtsposition, sondern nur dem Organ Fakultätsrat zugeordnet. Dass die Arbeit des Ausschusses nur intern, akzessorisch und dem Fakultätsrat zugeordnet ist, ergibt sich nach der Rechtsprechung auch daraus, dass bei einem beabsichtigten Abweichen der Hochschulleitung vom Berufungsvorschlag des Berufungsausschusses nicht dieser, sondern der Fakultätsrat gemäß Art. 18 Abs. 5 Satz 3 BayHSchPG zu hören ist.

2. Berichterstatter

Die aus Art. 18 Abs. 2 BayHSchPG folgende Verpflichtung der Hochschulleitung, für jedes Berufungsverfahren in der Regel einen Berichterstatter oder eine Berichterstatterin zu bestellen, dient nach Vorstellung der Staatsregierung gerade auch dieser Beschleunigung des Berufungsverfahrens [19]. In der Praxis leistet der Berichterstatter oder die Berichterstatterin allerdings häufig keinen eigenen Beitrag im Berufungsverfahren, so dass seine oder ihre Bestellung als überflüssige

Formalie angesehen wird. Die „Begleitung“ des Berufungsverfahrens durch den Berichterstatter oder die Berichterstatterin, seine bzw. ihre Teilnahme an Berufungsausschusssitzungen und seine bzw. ihre Stellungnahme zum Berufungsvorschlag i.S. des Art. 18 Abs. 2 Satz 2 BayHSchPG bedeutet meist, dass lediglich festgestellt wird, dass das Berufungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde, was durch die Hochschulverwaltung ohnehin geprüft werden muss. De lege ferenda sollte deshalb überlegt werden, den Berichterstatter oder die Berichterstatterin entweder abzuschaffen oder seine oder ihre Bestellung als fakultativ zu regeln. Nach der Rechtsprechung [20] hat der Berichterstatter oder die Berichterstatterin lediglich die Stellung eines Beobachters bzw. einer Beobachterin für die Hochschulleitung; für die Entscheidung der Berufungskommission ist seine oder ihre Mitwirkung deshalb nicht konstitutiv. Daher ist z.B. auch das Fehlen eines Berichterstatters oder einer Berichterstatterin in einer entscheidenden Sitzung der Berufungskommission unschädlich [21].

3. Aufstellung und Inhalt des Berufungsvorschlages

1. Würdigung der Eignung

Gemäß Art. 18 Abs. 4 Satz 11 BayHSchPG enthält der Berufungsvorschlag eine Würdigung der fachlichen, pädagogischen und persönlichen Eignung der Bewerberinnen bzw. Bewerber um die Professur. Bei der Beurteilung dieser Kriterien besteht wie zB im Rahmen beamtenrechtlicher Beurteilungen ein Beurteilungsspielraum [22]. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich demgemäß darauf, ob der anzuwendende Begriff oder der gesetzlichen Rahmen verkannt wurde, ob von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen wurde, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet wurden, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen wurde. [23] Die Rechtsprechung [24] hat bezüglich der Dokumentation der Gründe, die zum Ausschluss eines Bewerbers oder einer Bewerberin führen, strenge Maßstäbe angelegt. Dabei geht es vor allem um die Frage, wie ausführlich zu jeder einzelnen Bewerbung Stellung genommen werden muss, die in der ersten Auswahlrunde aus dem Kreis der zur Probevorlesung Einzuladenden herausgenommen wird – gerade dieses „frühe“ Stadium des Berufungsverfahrens ist besonders

missbrauchsanfällig. Die Rechtsprechung stellt sich dabei auf den Standpunkt, im Hinblick auf den gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum sei es besonders wichtig, dass die erforderlichen Erwägungen in Kenntnis der maßgeblichen Fakten tatsächlich angestellt würden und dies in nachprüfbarer Weise auch „hinreichend“ dokumentiert werde; dies diene zum einen der Selbstkontrolle derjenigen, die die Auswahlentscheidung zu treffen haben, zum anderen aber auch der Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung [25]. Der Berufungsausschuss müsse demnach die Gesamtqualifikation der einzelnen Bewerber und Bewerberinnen wenigstens summarisch vergleichen. Ein Ausscheiden von Bewerbern oder Bewerberinnen nur aufgrund einzelner Aspekte werde dem jedoch nicht gerecht [26]. Im Zweifel ist daher für die Praxis anzuraten, zu jeder einzelnen Bewerbung zu allen die Qualifikation betreffenden Kriterien zumindest in einigen Sätzen schriftlich im Protokoll Stellung zu nehmen, auch wenn dies mit erheblichem Aufwand verbunden ist.

Die Würdigung i.S. des Art. 18 Abs. 4 Satz 11 BayHSchPG muss ferner vergleichend sein, d.h. die Bewerber bzw. Bewerberinnen müssen hinsichtlich der zu bewertenden Kriterien jeweils für sich beurteilt und dann untereinander verglichen werden. Je nach den spezifischen Anforderungen an die Professur muss der Berufungsausschuss sodann die gewählte Reihenfolge im Berufungsvorschlag begründen. Die Hochschule ist nach der Rechtsprechung [27] bei der Würdigung i.S. des Art. 18 Abs. 4 Satz 11 BayHSchPG jedoch nicht verpflichtet, Bewerber oder Bewerberinnen bei mehreren Ausschreibungsverfahren der Professur jedesmal Gelegenheit zu geben, seine oder ihre Eignung für die ausgeschriebene Stelle durch Erbringung von weiteren Probevorlesungen unter Beweis zu stellen. Wenn also eine Stelle dreimal ausgeschrieben wird, muss die Hochschule Bewerber und Bewerberinnen nicht in allen drei Fällen einladen. Denn das Recht des Bewerbers oder der Bewerberin auf eine fehlerfreie Ausübung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen bzw. auf eine faire und chancengleiche Behandlung seiner oder ihrer Bewerbung ist gewahrt, wenn die fachliche, pädagogische und persönliche Eignung eingehend und vergleichend gewürdigt wird (auch wenn dies aufgrund nur zweier Probevorlesungen geschieht).

2. Gutachten

Nach Art. 18 Abs. 4 Satz 5 Hs. 1 BayHSchPG wird der Berufungsvorschlag „unter Einholung“ auswärtiger und vergleichender Gutachten aufgestellt. Aus der Formulierung, dass der Berufungsvorschlag „unter Einholung“ der Gutachten erstellt werden muss, folgt, dass die Gutachten zeitlich vor der Aufstellung des Berufungsvorschlages vorliegen müssen. „Unter Einholung“ meint, dass sich der Berufungsausschuss mit entsprechender Begründung nicht zwingend an die von den Gutachten vorgeschlagene Reihenfolge der Listenkandidaten halten muss, er muss sie nur unter sachlichen Kriterien bei seiner Entscheidungsfindung würdigen. „Vergleichend“ bedeutet, dass das jeweilige Gutachten zunächst jeden Kandidaten, der auf die Liste kommt, anhand der Beurteilungskriterien (fachliche, pädagogische und persönliche Eignung, Leistung und Befähigung i.S. des Art. 7 BayHSchPG) begutachten muss und sodann die Kandidaten untereinander. Vergleichenden Gutachten kommt gerade dann, wenn sie übereinstimmen, eine gesteigerte Bindungswirkung gegenüber dem Berufungsausschuss zu [28]. Dem Sinn und Zweck der Gutachten als Entscheidungshilfe entsprechend soll nach der Rechtsprechung [29] die beauftragten Gutachter und Gutachterinnen ihr Gutachten unvoreingenommen erstellen; damit ist es nicht vereinbar, wenn der oder die Vorsitzende des Berufungsausschusses dem Gutachter oder der Gutachterin ein gewünschtes („hilfreiches“) Ergebnis der Reihung mitteilt. Dem ist zuzustimmen, da in solchen Fällen zwar grundsätzlich eine unvoreingenommene Prüfung der (vorläufigen) Reihung durch den Berufungsausschuss durch die Gutachter bzw. Gutachterinnen nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Es besteht jedoch umgekehrt keine Notwendigkeit zu derartigen Mitteilungen an die Gutachter oder Gutachterinnen, da sich diese ohne weiteres durch Teilnahme an den Probevorlesungen einen vollständigen Eindruck der Kandidaten und Kandidatinnen verschaffen können, der eine Mitteilung der Reihung entbehrlich macht. In diesen Fällen ist ein neues Gutachten einzuholen, mit dem ein anderer Gutachter oder eine andere Gutachterin beauftragt werden muss.

3. Dreierliste

Gemäß Art. 18 Abs. 4 Satz 5 BayHSchPG ist für den Regelfall eine „Dreierliste“ erforderlich. Liegt eine solche Dreierliste vor und der

oder die auf Platz 1 gesetzte Person sagt danach ab, ergibt sich eine Zweierliste, so dass die bisherige Nr. 2 auf Platz 1 vorrückt [30]. Zur Aufnahme von Bewerbern und Bewerberinnen in den Berufungsvorschlag, die der Berufungsausschuss nicht für hinreichend geeignet erachtet, zwingt Art. 18 Abs. 4 Satz 5 BayHSchPG jedoch nicht, da ein „Auffüllen“ mit schlechter qualifizierten Bewerbern und Bewerberinnen nicht dem Sinn der Regelung entspricht, der darin besteht, der Hochschulleitung eine gereichte Auswahl an geeigneten Kandidaten und Kandidatinnen zu präsentieren [31]. Eine „Einerliste“ [32] kommt vor allem dann in Betracht, wenn nach mehreren Ausschreibungen nur ein geeigneter Kandidat oder eine geeignete Kandidatin gefunden werden konnte, nicht jedoch, wenn nur festgestellt wird, dass ein Kandidat oder eine Kandidatin aus den eingegangenen Bewerbungen besonders herausragt [33].

4. Rolle des Senats

Dem Senat kommt nach Art. 18 Abs. 5 Satz 1 BayHSchPG die Möglichkeit der „Stellungnahme“ zu. Das bedeutet nicht, dass der Berufungsvorschlag von der Zustimmung des Senats abhängig wäre oder dass der Senat einen eigenen Berufungsvorschlag machen könnte. In der Literatur wird zum Inhalt der Stellungnahme des Senats vertreten, Aufgabe dieses Gremiums sei es nicht, eine Bewertung der Bewerbungen vorzunehmen, sondern die Auswirkungen auf die Interessen der gesamten Hochschule zu berücksichtigen [34]. Eine fachliche Einbindung des Senats in das Berufungsverfahren ist auch nicht möglich, da die Senatsmitglieder gar nicht die erforderliche Sachkompetenz haben, die fachliche Eignung von Kandidaten oder Kandidatinnen zu prüfen [35]. Damit stellt sich die Frage, welchen Sinn eine Befassung des Senats mit dem Berufungsvorschlag hat. Die vage Diskussion von „Interessen der Hochschule“ rechtfertigt jedenfalls nicht die Befassung dieses Gremiums, so dass der Senat de lege ferenda aus dem Berufungsverfahren ausgeklammert werden sollte. Man könnte die Befassung des Senats allenfalls unter dem Aspekt der Transparenz von Berufungsverfahren gerechtfertigt ansehen, die dem Schutz vor missbräuchlichen Tendenzen oder Vetternwirtschaft dienen könnte, also letztlich in einer Art Kontrollfunktion. Diesem Schutz dienen aber bereits genügend die in Art. 18 BayHSchPG beschriebenen weiteren Mechanismen bis hin zur Befassung der

Hochschulleitung, so dass kein Bedürfnis besteht, auch noch den Senat zu beteiligen.

4. Abschluss des Berufungsverfahrens

Den Abschluss des erfolgreichen Berufungsverfahrens bildet der Ruf auf die Professur. Zuvor besteht die Möglichkeit der Änderung oder Rückgabe des Berufungsvorschlags sowie unter bestimmten Voraussetzungen des kompletten Abbruchs des Besetzungsverfahrens.

1. Rechtsnatur des Rufes

Vor der Ernennung gemäß § 8 BeamtStG bzw. des Abschlusses eines Dienstvertrages erhält der oder die Erstlistenplatzierte einen Ruf der Hochschule. Die Rechtsnatur dieses Rufes ist umstritten. Die h.M. [36] sieht den Ruf nicht als begünstigenden Verwaltungsakt an, da mit ihm dem Bewerber oder der Bewerberin nicht das Versprechen der Einstellung gemacht, sondern lediglich die Auswahlentscheidung mitgeteilt wird. Mit dem Ruf wird ferner die Bereitschaft mitgeteilt, mit dem Adressaten oder der Adressatin in Berufungsverhandlungen einzutreten. Zur Einleitung des Einstellungsverfahrens kommt es nur dann, wenn die Berufungsverhandlungen erfolgreich abgeschlossen worden sind.

2. Änderung oder Rückgabe der Liste

Der Präsident oder die Präsidentin ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BayBerufV an die Reihung des Berufungsvorschlags nicht gebunden; er oder sie kann den Berufungsvorschlag insgesamt zurückgeben. Allerdings ist zu beachten, dass der Präsident oder die Präsidentin auch bei diesen Entscheidungen an die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG und der Art. 94 Abs. 2 BV und Art. 116 BV gebunden sind. Als Gründe für eine Rückgabe der Liste kommen zB in Betracht: Widersprüchliche Begründung des Berufungsvorschlags, Übergehen eines offensichtlich geeigneten Bewerbers oder einer entsprechenden Bewerberin, fehlende Übereinstimmung von Kandidaten und Kandidatinnen mit den Anforderungen der Stellenausschreibung [37].

3. Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens

Eine weitere Entscheidungsalternative ist der Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens. Die Hochschulleitung kann bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens durch Aushändigung

der Ernennungsurkunde von der einmal gefassten Besetzungsabsicht grundsätzlich Abstand nehmen, wenn dafür sachliche Gründe vorliegen [38]. Ein derartiger sachlicher Grund ist etwa anzunehmen, wenn sich der Berufungsausschuss bei der Erstellung des Berufungsvorschlags nach zuvor nicht konsensfähigen Dreier-Listen nur auf eine Einer-Liste verständigen kann, und der Kandidat oder die Kandidatin, auf den oder die allein man sich hatte einigen können, wegen einer anderweitigen Berufung seine oder ihre Bewerbung zurückzieht [39], wenn sich zwischenzeitlich ergibt, dass das Anforderungsprofil aufgrund neu eingeführter Studiengänge ändert oder wenn sich weniger als drei geeignete Kandidaten und Kandidatinnen bewerben. Die Entscheidung über den Abbruch eines Berufungsverfahrens für eine nicht besetzte Professur stellt im Übrigen keinen Verwaltungsakt, sondern einen gem. § 44a VwGO nicht isoliert anfechtbaren Verfahrensschritt dar; diese Entscheidung hat nicht die nach Art. 35 Satz 1 VwVfG erforderliche Regelungswirkung, weil sie nicht unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist [40]. Wenn sich durch den aus sachlichen Gründen erfolgten Abbruch eines Berufungsverfahrens die ursprünglich auf Neubescheidung des erfolglosen Bewerbers oder der erfolglosen Bewerberin gerichtete Klage erledigt, setzt ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse voraus, dass etwaige Fehler des erledigten Berufungsverfahrens in einem zu erwartenden neuen Berufungsverfahren gegenüber dem Kläger oder der Klägerin wiederholt werden [41]. Gegen den Abbruch eines Auswahlverfahrens ist einstweiliger Rechtsschutz und im Hauptsacheverfahren eine auf Fortsetzung des Auswahlverfahrens gerichtete Leistungsklage möglich [42].

3. Sonderfall: Ablehnung des Rufs durch alle Listenplatzierten

Lehnen alle Listenplatzierten den Ruf ab, stellt sich die Frage, ob die Hochschule ein komplett neues Berufungsverfahren „aufrollen“ muss (also incl. Ausschreibung, Bildung des Berufungsausschusses etc.) oder ob der Berufungsausschuss in diesem Fall aus den verbliebenen Bewerbungen einen neuen Berufungsvorschlag nach Art. 18 Abs. 4 Satz 5 BayHSchPG erstellen kann. Sofern und soweit listenfähige Kandidaten und Kandidatinnen vorhanden sind, spricht im Hinblick auf Art.

33 Abs. 2 GG nichts dagegen, wenn sich der Berufungsausschuss für die letztgenannte Variante entscheidet; der Zweck des gesamten Berufungsverfahrens (Bestenauslese für die zu besetzende Professur) wird dadurch nicht gefährdet. Dem Berufungsausschuss sollte in diesem Zusammenhang ein Wahlrecht zugebilligt werden, für welches Vorgehen er sich entscheidet. Entscheidet er sich für die erneute Durchführung des Berufungsverfahrens, sind vorhandene Bewerbungen einzubeziehen.

5. Konkurrentenstreitverfahren

1. Bewerbungsverfahrensanspruch

Bewerber und Bewerberinnen um ein Professorenamt haben einen nach Art. 33 Abs. 2 GG verbürgten Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung der gesetzlichen Vorschriften [43]. Bewerber und Bewerberinnen um ein Professorenamt haben einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr die Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind (Bewerbungsverfahrensanspruch) [44]. Nach der Rechtsprechung [45] gilt, dass wenn dieses Recht durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung verletzt werde, der unterlegene Bewerber oder die unterlegene Bewerberin eine erneute Entscheidung über seine oder ihre Bewerbung zumindest dann verlangen könne, wenn seine oder ihre Auswahl möglich erscheint und seine oder ihre Chancen, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, somit zumindest offen sind. Allerdings könne der nicht zum Zuge gekommene Bewerber oder die nicht zum Zuge gekommene Bewerberin grundsätzlich nicht gerichtlich feststellen lassen, dass er oder sie anstelle des ihm vorgezogenen Konkurrenten oder der Konkurrentin hätte ausgewählt werden müssen. Vielmehr sei es im Hinblick auf den Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Dienstherrn oder der Dienstherrin bei der Auswahlentscheidung grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, den besser geeigneten Bewerber oder die besser geeignete Bewerberin zu bestimmen und eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten der Bewerbung vorzunehmen. Wegen des der Hochschule zustehenden Beurteilungsspielraums könne die Auswahlentscheidung aber nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen ist und ob der Beurteilungsspielraum überschritten ist,

etwa weil die Entscheidung erkennbar auf der Verknennung von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruht. Zur Gerichtszuständigkeit hat der BayVGH [46] jüngst entschieden: Soll eine Professorenstelle an einer staatlich anerkannten privaten Hochschule in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis besetzt werden, sind für Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Bewerber und dem Träger der Hochschule ausschließlich die Gerichte für Arbeitssachen zuständig - das gilt auch dann, wenn die Bewerbung daran scheitert, dass das zuständige Ministerium die nach Hochschulrecht erforderliche Beschäftigungsgenehmigung wegen der nicht ausreichenden Qualifikation des Bewerbers ablehnt.

2. Grundsatz der Ämterstabilität

Bewerbungsverfahrensansprüche laufen jedoch grundsätzlich ins Leere, wenn eine Ernennung erfolgt ist (Grundsatz der Ämterstabilität). Nach der neueren Rechtsprechung [47] gilt dieser Grundsatz allerdings nicht mehr schrankenlos. Danach können Bewerbungsverfahrensansprüche mit einer Anfechtungsklage gegen die Ernennung weiterverfolgt werden, wenn unterlegene Bewerber und Bewerberinnen unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG daran gehindert worden ist, seine oder ihre Rechtsschutzmöglichkeiten vor der Ernennung auszuschöpfen. Um diesen Rechtsschutz zu ermöglichen, treffen den Dienstherrn folgende Pflichten [48]:

- Mitteilung der Auswahlentscheidung vor der Ernennung an unterlegene Bewerber und Bewerberinnen. Unterlässt der Dienstherr die Mitteilung, so kann er im Rahmen einer Anfechtungsklage eines übergangenen Bewerbers bzw. einer übergangenen Bewerberin gegen die Ernennung nicht erstmals im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Auswahlerwägungen vortragen oder gar erst anstellen – ein prozessuales Verwertungsverbot der erstmals im gerichtlichen Verfahren vom Dienstherrn vorgenommenen oder vorgetragenen Auswahlerwägungen ergibt sich aus einem Verstoß gegen § 114 S. 2 VwGO und Art. 19 Abs. 4 GG. [49]
- Einhaltung einer Zwei-Wochen-Frist ab Zugang der Mitteilung über die Ablehnung der Bewerbung.

- Ggf. Abwarten eines Verfahrens nach § 123 VwGO.
- Nochmals Abwarten einer „angemessenen“ Zeit, um den unterlegenen Bewerbern und Bewerberinnen die Möglichkeit zu lassen, das BVerfG anzurufen. Nach neuester Rechtsprechung des BVerfG [50] kann das Grundrecht des unterlegenen Bewerbers bzw. der unterlegenen Bewerberin um eine Professorenstelle auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG gebieten, bei der Folgenabwägung im Verfahren nach § 32 BVerfGG dem drohenden irreparablen Rechtsschutzverlust im Hinblick auf den Bewerbungsverfahrensanspruch ein größeres Gewicht beizumessen als den Interessen des auf die Professur Berufenen, des betroffenen Instituts und der Heimatuniversität des Berufenen an einer Besetzung der Stelle ohne weitere Verzögerungen.

Führen alle Versuche des unterlegenen Bewerbers bzw. der unterlegenen Bewerberin, die Ernennung des Konkurrenten bzw. der Konkurrentin zu verhindern, nicht zum Ziel, bleibt für den oder rechtlich korrekt ausgewählte/n Professor/in der Nachteil, dass seine bzw. ihre Ernennung durch die (unberechtigten) Rechtsmittel zeitlich verzögert wird. Er oder sie hat keinerlei Möglichkeit einer prozessualen Gegensteuerung gegenüber einer Verzögerung einer materiell-rechtlich gebotenen Ernennung, selbst dann nicht, wenn der Mitbewerber bzw. die Mitbewerberin mit dem von ihm bzw. ihr gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bereits sowohl vor dem VG wie auch vor dem VGH gescheitert ist [51].

6. Literatur

- [1] Vgl. dazu z.B. BayVGH, BayVBl. 2012, 601; VerfGHE 33, 65 ff. = BayVBl. 1980, 462 ff. = NVwZ-RR 2012, 723/724.
- [2] Vgl. dazu z.B. BVerfGE 111, 333 ff. = NVwZ 2005, 315/316; VG Leipzig, SächsVBl. 2008, 147 ff.
- [3] Vgl. dazu z.B. Sandberger, LHG BW, 2013, § 48 Rn. 8 mwN; OVG Bautzen, BeckRS 2010, 47694 m.w.N.; VG Halle, BeckRS 2012, 47678; Knopp, in: Knopp/Peine, BgbHG, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 103 m.w.N.; Knopp, LKV 2008, 494; Kurz, in: Nolden/Rottmann/Brinktrine/Kurz, SächsHG, 2011, S. 291 m.w.N.; LAG M-V, B. v. 27.6.2013 – 3 Ta 6/13 – juris; BVerwG, NVwZ 2009, 1569 ff.; OVG Münster, NWVBl. 2013,

- 291 ff.; VGH Kassel, LKRZ 2007, 146 ff.; VGH Mannheim, VBIBW 2009, 69 ff.
- [4] Vgl. Scheuren-Brandes/Schomburg, HmbHG, § 79 Rn. 6.[5] Vgl. Herrmann, Die Berufung von Professorinnen und Professoren, 2007, S. 167 f.
- [6] A.A. Knopp, in: Knopp/Peine, BgbHG (Fn. 4), § 38 Rn. 37, der ohne weiteres davon ausgeht, dass Studiengänge benannt werden.
- [7] Vgl. BayVGH, B. v. 5.1.2012 – 7 CE 11.1432 – juris; BayVGH, BayVBl. 2012, 599.
- [8] Ebd.
- [9] Vgl. VG Magdeburg, B. v. 17.12.2012 – 7 B 28/12 – juris; VG Wiesbaden, NVwZ-RR 1996, 207/208.
- [10] Vgl. BayVGH, BayVBl. 2011, 602.
- [11] Vgl. OVG Münster, B. v. 10.6.2011 - 1 A 1125/09 - juris; OVG Bremen, B. v. 20.8.2010- 2 B 162/10 – juris; BayVGH, BayVBl. 2010, 115/116; BayVGH, BayVBl. 2013, 308; OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 65/66; OVG Bautzen, NVwZ-RR 1999, 209/210.
- [12] Vgl. Neuhäuser, WissR 2012, 248/274 unter Hinweis auf die seiner Ansicht nach vorhandene Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG.
- [13] Vgl. Neuhäuser, WissR 2012, 248/271 und die zahlreichen Nachweise bei Herrmann (Fn. 6), S. 172 ff.
- [14] Für Ausschreibungsverzicht, aber Durchführung des Berufungsverfahrens auch nur mit einem Kandidaten bzw. einer Kandidatin bei den einzelnen Stufen des tenure track-Verfahrens Knopp, in: Knopp/Peine (Fn. 4), § 38 Rn. 44.
- [15] Vgl. BVerfGE 35, 79/144.
- [16] A.A., allerdings ohne Begründung: Reich, HSchPG, Art. 18 Rn. 16.
- [17] Vgl. OVG Berlin, B. v. 9.11.2004 - 8 S 146.04 –juris.
- [18] Vgl. VG München, BeckRS 2010, 32920.
- [19] Vgl. LT-Drs. 15/4397 S. 26.
- [20] Vgl. BayVGH, BayVBl. 2012, 599.
- [21] Ebd.
- [22] Vgl. dazu nur BVerfGE 39, 334/354; BVerwGE 39, 334/354; 56, 31/47; 59, 213/216 ff.; 60, 245; 61, 176; 124, 356/358; Neuhäuser, WissR 2012, 248/253.
- [23] Ebd.
- [24] Vgl. BayVGH, BayVBl. 2012, 599.
- [25] Ebd.
- [26] Ebd.
- [27] Vgl. VG Augsburg, B. v. 15.6.2011, Au 2 E 11.617 – juris.
- [28] Vgl. Herrmann (Fn. 6), S. 212 ff. m.w.N.
- [29] Vgl. BayVGH, BayVBl. 2011, 602.
- [30] Zur Zulässigkeit eines sog. Sperrvermerks, wonach bei einer Dreierliste bei Absage von Platz 1 der Berufungsvorschlag wieder an den Berufungsausschuss zurückgeht, vgl. Wolff/Ziedek, WissR 2012, 327 ff.
- [31] Vgl. BayVGH, B. v. 29.09.2010 - 7 CE 10.1827 - juris.
- [32] Vgl. dazu auch BayVGH, NVwZ-RR 1999, 641/642.
- [33] Vgl. Herrmann (Fn. 6), S. 208.
- [34] Vgl. Reich, HSchPG Art. 18 Rn. 32.
- [35] Vgl. BayVerfGH, BayVBl. 2008, 592 ff. = NVwZ 2009, 177/181 m.w.N.
- [36] Vgl. nur BVerwGE 106, 187 ff.; VG Wiesbaden, NVwZ-RR 1996, 207 m.w.N. A.A. (verbindliche Zusicherung der Anstellung) Reich, DÖV 2004, 413; Epping, WissR 1992, 166/179.
- [37] Vgl. Herrmann (Fn. 6), S. 371 m.w.N.
- [38] Vgl. BVerfG, RiA 2012, 29 ff.; OVG Bremen, WissR 2011, 328; VG Wiesbaden, NVwZ-RR 1996, 207/208; VGH Kassel, HessVGRspr 1993, 6/7.
- [39] Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 65/66.
- [40] Vgl. OVG Bremen, NVwZ-RR 2011, 767.
- [41] Vgl. BayVGH, NVwZ-RR 2012, 723.
- [42] Vgl. VGH Kassel, ZBR 2013, 391.
- [43] Vgl. nur BVerwGE 86, 169/172; BVerwG, DVBl. 1985, 1233; VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, 361; BayVGH, BayVBl. 2011, 602.
- [44] Vgl. BVerwG, BayVBl. 2011, 275 ff. = NVwZ 2011, 358; BayVBl. 2005, 669 ff. = NVwZ 2005, 457; BayVBl. 2006, 224 ff. = NVwZ 2006, 212; Neuhäuser, WissR 2012, 248 ff.; Sandberger, LHG BW, 2013, § 48 Rn. 6.
- [45] Vgl. BayVGH, B. v. 5.1.2012 – 7 CE 11.1432 – juris; vgl. auch VG München, B. v. 8.7.2010 - M 3 E 09.3182 -juris.
- [46] Vgl. BayVGH, B. v. 7.4.2014 - 7 C 14.408, BeckRS 2014, 50065.
- [47] Vgl. BVerwG, BayVBl. 2011, 275 ff. = NVwZ 2011, 358/359; dazu Herrmann, NJW 2011, 653 ff.; BVerwG, BeckRS 2012, 53684; BayVGH, BeckRS 2013, 50087; OVG Münster, BeckRS 2012, 47647.
- [48] Vgl. BVerwG, BayVBl. 2011, 275 ff. = NVwZ 2011, 358/359; BayVBl. 2004, 696 ff. = NVwZ 2004, 1257, BayVBl. 2009, 474 f. = NVwZ 2009, 787; VGH Kassel, NVwZ-RR 1992, 34/35; VG Gießen, NVwZ-RR 1996, 661/662. Die danach erforderlichen Mitteilungen erfolgen in der Praxis

am zweckmäßigsten durch die Personalabteilung der Hochschule.

[49] Vgl. instruktiv Lindner, NVwZ 2013, 547/550.

[50] Vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 329/330.

[51] Vgl. Schenke, NVwZ 2011, 231/326 unter Hinweis darauf, dass der oder die Betroffene inzwischen die Altersgrenze überschritten haben und deshalb nicht mehr ernannt werden könnte.



Dr. Gregor Biletzki

Gregor Biletzki hat an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg studiert und promoviert. Nach seiner Tätigkeit als Richter am Amtsgericht war er zuerst Mitarbeiter des Bayerischen Wirtschaftsministeriums und dann Vizekanzler an der Ostbayerischen Technischen Hochschule Regensburg. Seit 2007 bekleidet er das Amt des Kanzlers an der Technischen Hochschule Deggendorf. Sein wissenschaftliches Interesse gilt insbesondere Themen und Fragestellungen auf dem Gebiet des Hochschulrechts und des Beamtenrechts.

Gregor Biletzki studied Law at Regensburg University, where he also obtained his doctorate. After serving as a judge at a local court, he was employed at the Bavarian Ministry of Economics and then took on the position of Vice-Chancellor at Ostbayerische Technische Hochschule Regensburg. He has been Chancellor at Deggendorf Institute of Technology since 2007. His academic interests lie in the fields of higher education law and civil service law.

Kontakt / Contact

✉ gregor.biletzki@th-deg.de

Nachdruck von:

Gregor Biletzki, 2014
 Rechtsfragen des Professorenberufungsverfahrens in Bayern
 Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.) - Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, 145 (19), 581 ff.