

Berufungen unter gerichtlicher Kontrolle

Die Rechtsprechung im Jahre 2015

| HUBERT DETMER | Auch 2015 hat sich die Rechtsprechung mit Bewerbungsverfahren für Professuren intensiv beschäftigen müssen. Im Zentrum der Entscheidungen standen dabei das Bewerbungs- und Auswahlverfahren, die Rechtsnatur des „Rufs“, das sogenannte Konkurrentenstreitverfahren, Fragen zur Entfristung zunächst zeitlich befristeter Professuren, die fortschreitende Relativierung der sogenannten Ämterstabilität und arglistige Täuschungen.

Auswahlverfahren

Bereits das Bewerbungsverfahren und die damit zentral in Rede stehende Frage, wie mit dem Verfahrensanspruch der Bewerberinnen und Bewerber auf eine ordnungsgemäße Auswahl umzugehen ist, ist in der Praxis häufig genug fehlerbehaftet. Im Jahre 2015 hatte das Verwaltungsgericht Osnabrück (16.4.2015; Aktenzeichen: 3 B 20/14) über die Relevanz der „Meinung der Studierenden“ im Kontext des sogenannten Vorsingens zu entscheiden. Konkret ging es um eine Probelehrveranstaltung und deren Beurteilung. Die universitäre Verfahrensordnung sah vor, im Hinblick auf dieses Auswahllement müsse der „Meinung der Studierenden“ durch die Auswahlkommission besondere Beachtung geschenkt werden. Im vorliegenden Fall hatte die Berufungskommission nicht ordnungsgemäß dokumentiert, welchen studentischen Meinungen sie besondere Beachtung geschenkt hatte. Unproblematisch sei, so das Gericht, auf der einen Seite zwar die Herstellung

einer breiteren, insbesondere auch studentischen Hochschulöffentlichkeit bei der Probelehrveranstaltung; rechtlich problematisch sei aber eine faktisch praktizierte Einbeziehung der Meinung dieser Studierenden, da es nur auf die Meinung der studentischen Mitglieder der Kommission ankommen dürfe. Ein darüber hinausgehendes Verständnis des Begriffes der „Studierenden“ wider-

»Bereits das Bewerbungsverfahren ist in der Praxis häufig genug fehlerbehaftet.«

spreche den allgemeinen Erfordernissen für die Besetzung einer Auswahlkommission, die über die Besetzung öffentlicher Ämter entscheide. Auch konnte im vorliegenden Fall in Folge einer mangelhaften Dokumentation nicht ausgeschlossen werden, dass zumindest ein studentisches Mitglied der Berufungskommission nicht seine eigene, sondern – um ein möglichst repräsentatives Urteil abgeben zu können – auch die Meinung anderer Studierender (die keine Mitglieder der Berufungskommission waren) einbezogen hatte. Eine solche Intransparenz der Meinungsbildung verletze den verfassungsrechtlich geschützten Bewerbungsverfahrensanspruch des Kandidaten.

Die Entscheidung zeigt, dass Verfahrensbestimmungen, die der ordnungsgemäßen Besetzung eines öffentlich-rechtlichen Amtes dienen, im Zweifel restriktiv

auszulegen sind. Gleichzeitig verschärfen sich die Maßstäbe, die die Gerichte an die Dokumentationspflicht von Berufungskommissionen anlegen.

Eine weitere Entscheidung, die das der Ruferteilung vorgelagerte Auswahlverfahren behandelt, hat das Verwaltungsgericht München getroffen (Beschluss vom 15.6.2015 / M 3 E 14.3893). Grundsätzlich besteht in der Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass die Durchführung einer Stellenausschreibung den Dienstherrn nicht zwingt, den Dienstposten zu besetzen. Der Dienstherr ist rechtlich nicht gehindert, ein eingeleitetes Bewerbungs- und Auswahlverfahren aus sachlichen Gründen jederzeit zu beenden. Dem Dienstherrn kommt insoweit ein weites organisations- und verwaltungspolitisches Ermessen zu. Dieses sei jedoch überschritten, wenn die erste Ausschreibung bewusst strenge

Maßstäbe an die für eine Didaktik-Professur erforderliche Schulpraxis stelle (und sich auch ein geeigneter Bewerber mit der erforderlichen Lehramtsbefähigung beworben habe), um sodann (nach Abbruch des ersten Verfahrens) den Ausschreibungstext weiter zu fassen und in einem zweiten Verfahren den Bewerber, obwohl die Lehramtsbefähigung regelmäßig bei einer Didaktikstelle vorliegen müsse, nicht mehr berücksichtige. Hier verletzte bereits der Abbruch des ersten Verfahrens den Bewerbungsverfahrensanspruch. Auch in diesem Fall monierte das Gericht im Übrigen die mangelhafte Dokumentation des Auswahlverfahrens.

Mit dem Auswahlverfahren beschäftigt sich auch eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Beschluss vom 11.11.2015 / 7 CE 15.1737), in der u. a. festgehalten wird,

AUTOR



Dr. Hubert Detmer ist Rechtsanwalt und stellvertretender Geschäftsführer des Deutschen Hochschulverbandes (DHV).



Foto: mauritius-images

dass zumindest dann, wenn (hier nach Maßgabe des Bayerischen Hochschulgesetzes) alle Professorinnen und Professoren der Fakultät im Berufungsausschuss *teilnahme- und stimmberechtigt* sind, hierzu auch *Professoren im Ruhestand* zählen können. Zwar fehle diesem Personenkreis regelmäßig das aktive und passive Wahlrecht für Hochschulorgane, eine Berufung in andere Gremien sei jedoch vor dem Hintergrund dieser Rechtslage nicht ausgeschlossen. Auch zur *Befangenheit* äußerte sich die Entscheidung: Zum einen müssten Ablehnungsgründe im Hinblick auf ein Kommissionsmitglied substantiiert dargelegt werden, zum anderen könne aus einer vertraulichen Anrede mit „Du“ nicht auf eine enge Freundschaft oder enge berufliche oder wissenschaftliche Zusammenarbeit, die eine Besorgnis der Befangenheit begründen könne, geschlossen werden. Es sei keineswegs unüblich, dass sich wissenschaftliche Kollegen kennen und miteinander in einem saloppen Umgangston verkehrten. Schließlich judizierten die Richter, es sei auch nicht ein a priori relevantes Indiz für eine rechtswidrige Auswahlentscheidung, wenn eine Wissenschaftlerin trotz ihrer Vertretungstätigkeit auf der zu besetzenden Professur nicht in die Berufsliste aufgenommen worden sei.

Eine Entscheidung des VG Ansbach (Beschluss vom 25.8.2015/AN 2 E 15.00143) äußert sich zur *Voreingenommenheit* von Kommissionsmitgliedern. Nach Maßgabe des Bayerischen Hochschulpersonalgesetzes (BayHSchPG) könnten einzelne Kommissionsmitglieder durchaus (überzeugend) gegen eine Erstplatzierung stimmen, auch wenn sie den Probevortrag des betreffenden Bewerbers nicht gehört hätten und auch

»Der ›Ruf‹ auf eine Professur ist lediglich eine unselbstständige Vorbereitungshandlung auf dem Weg zur Besetzung einer Professur.«

bei der anschließenden Gruppendiskussion und dem Gespräch in der Berufungskommission nicht anwesend gewesen seien. Das BayHSchPG enthalte mit Ausnahme der Verpflichtung, auswärtige und vergleichende Gutachten einzuholen, keine weiteren Vorgaben, welche Erkenntnisquellen der Berufungsausschuss seiner Entscheidung zugrunde zu legen habe.

Der „Ruf“ – ein rechtliches Nullum?

Auch nach einer jüngeren Entscheidung (BayVGH, Beschluss vom 29.4.2015, Az.: 7 CE 15.54) ist im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundes-

verwaltungsgerichts (Urteil vom 19.2.1998, 2 C 14/97) davon auszugehen, dass der „Ruf“ auf eine Professur lediglich eine unselbstständige Vorbereitungshandlung auf dem Wege zur Besetzung einer Professur ist (vgl. hierzu auch: *Wertheimer*, in: *Forschung & Lehre* 2015, 636 ff.). Auch der Rufenzug ist demnach kein Verwaltungsakt. Problematisch ist freilich die Frage, bis zu welchem Verfahrensstadium ein Ruf zurückgenommen werden kann. Entgegen der Auffassung des Gerichts wird man hier im Regelfall festhalten dürfen, dass der „point of no return“ zumindest mit der Abgabe eines konkreten Berufsangebots erreicht sein dürfte (so auch: *Wertheimer, a.a.o.*). Vor dem Hintergrund der im Kontext der Bestenauslese regelmäßig für das Auswahlverfahren geforderten strengen Dokumentationspflichten ist des Weiteren der Erwähnung wert, dass der BayVGH sich dem diametral entgegenstehend gegen eine umfassende Dokumentationspflicht der Berufsverhandlungen ausgesprochen hat.

Konkurrentenstreit und kein Ende

Bereits in den vergangenen Jahren hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit sogenannten Konkurrentenstreitverfahren für erheblichen Aufruhr gesorgt. Zu nennen sind hierbei Entschei-

dungen, die das Prinzip der Ämterstabilität relativieren mit dem Ergebnis, dass auch eine bereits vollzogene Ernennung im Ausnahmefall aufgehoben werden kann. Aufsehenerregend war auch die Entscheidung des Oberverwaltungsgericht NRW (Urteil vom 22.7.2014, 6 A 815/11, in: *Forschung & Lehre* 2014, 916), die einem zu Unrecht übergebenen Bewerber nach erfolgter Ernennung seines Konkurrenten einen „großen Schadensersatzanspruch“ zugesprochen hatte.

2015 wurde besonders augenfällig, dass die seit Jahrzehnten verfassungsrechtlich gebotene *Mitteilungsverpflichtung der Hochschulen* in Berufungsverfahren (die Information der unterlegenen Bewerberinnen und Bewerber vor der finalen Ernennung des zum Zuge gekommenen Kandidaten) häufig unvollständig bzw. verfahrensfehlerhaft ist oder gar nicht praktiziert wird. Dies kann für alle Beteiligten zu gravierenden Rechtsfolgen führen.

Die in den letzten Jahren fortschreitende Relativierung des Prinzips der sogenannten Ämterstabilität ist 2015 im Zusammenhang mit hochschulischen Berufungsverfahren fortgeschrieben worden. So urteilte das VG Münster (Urteil vom 22.4.2015 / 5 K 2799/12; nicht rechtskräftig), der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage eines übergebenen Bewerbers gegen die bereits vollzogene Ernennung eines Konkurrenten stehe ausnahmsweise der Grundsatz der Ämterstabilität nicht entgegen, wenn dem Kläger der durch Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 Grundgesetz gebotene Rechtsschutz nicht erschöpfend vor dessen Ernennung gewährt worden sei. In derartigen Fällen müsse der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz des übergebenen Bewerbers auch nach der Ernennung nachgeholt werden können. Dies ist nach der bisherigen Rechtsprechung insbesondere dann der Fall, wenn die Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz zu ergreifen, regelrecht vereitelt wird. Hiervon ging das VG Münster aus, weil dem Kläger erst nach der Ernennung des Konkurrenten mit Schreiben des Universitätskanzlers mitgeteilt wurde, die Stelle sei tags zuvor mit seinem Mitbewerber besetzt worden. Am Rande befasste sich auch das VG Münster auch mit dem Thema *Befangenheit*: Teile ein Dekan in einem ersten (und dann abgebrochenen) Auswahlverfahren einem Bewerber wahrheitswidrig und sogar irreführend mit, die Stelle sei bereits be-

setzt, könne dies die Besorgnis der Befangenheit begründen und ein Mitwirkungsverbot (für ein späteres Verfahren, in dem sich der Kandidat wieder bewerbe) zur Folge haben.

In die gleiche Richtung geht eine Entscheidung des VG Freiburg (Urteil vom 29. Juli 2015 / 1 K 704/13; nicht rechtskräftig). Auch hier wird festgestellt, dass die Auswahlentscheidung den unterlegenen Bewerbern vor der potenziellen Ernennung des zum Zuge gekommenen Kandidaten mitzuteilen sei. Danach müsse eine angemessene Zeit abgewartet werden, um Gelegenheit zu geben, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Verwaltungsgericht zu stellen. In der Praxis der Verwaltungsgerichte habe sich eine Wartezeit von zwei Wochen ab Zugang der Mitteilung über die Ablehnung der Bewerbung als angemessen herausgebildet. Die Wartezeit von mindestens 14 Tagen sei auch insoweit ge-

»Die fortschreitende Relativierung der sog. Ämterstabilität ist 2015 fortgeschrieben worden.«

rechtfertigt, weil im Konkurrentenstreitverfahren der übergebene Bewerber in aller Regel erst nach vollständiger Akteneinsicht entscheiden könne, ob ein gerichtliches Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung Aussicht auf Erfolg biete. Eine Klage auf „isolierte“ Akteneinsicht (außerhalb des „Konkurrentenstreitverfahrens“) ist hingegen regelmäßig unzulässig (OVG NRW, Urteil vom 1. Juni 2015, 1 A 11/14; nicht rechtskräftig).

Bestätigt worden ist im Übrigen die *grundrechtliche Rechtsschutzgarantie* auch im Hinblick auf die beabsichtigte Besetzung einer *Hochschulprofessur im Angestelltenverhältnis* (Nichtannahmebeschluss, BVerfG vom 19.8.2015/1 BvR 8/14).

Entfristung einer Professur

Aktuell werden Professuren nicht selten zunächst in einem Beamtenverhältnis auf Zeit vergeben oder verkoppelt mit Tenure Track-Optionen oder entsprechenden -Zusagen besetzt. Mit dem Fall einer ursprünglich als Zeitprofessur mit Tenure Track-Option ausgeschriebenen Professur hatte sich das VG München (Urteil vom 25.6.2015 / M 3 K 14.1137; nicht rechtskräftig) zu beschäftigen. Das Gericht entschied, die Besetzung einer

Professur im Beamtenverhältnis auf Zeit sei verfassungsgemäß. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur (rechtswidrigen) Übertragung von Führungspositionen auf Zeit (BVerfGE 117, 372 ff.) sei auf die in Rede stehende Konstellation nicht übertragbar. Im Hinblick auf die Entfristung der Professur sei das im Berufungsangebot der Universität in Grundzügen mit unterbreitete „Münchner Tenure Track-Modell“ als Zusicherung zu werten, im Falle der Feststellung der Eignung und bei Vorliegen der sonstigen beamtenrechtlichen Voraussetzungen die Zeitprofessur in eine Professur auf Lebenszeit umzuwandeln. Insoweit sei jedoch eine (positive) Feststellung der fachlichen, pädagogischen und persönlichen Eignung des Klägers durch die Hochschulleitung Voraussetzung für die grundsätzlich beabsichtigte „Entfristung“. Sei die diesbezüglich negative Entscheidung („keine Eignung“) nicht zu beanstanden, bestünde auch kein Anspruch auf Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.

„Arglistige Täuschungen“

Im Berufungsverfahren treffen auch die Kandidaten gravierende Rechtspflichten. Täuscht der Kandidat den Dienstherrn im Ernennungsverfahren trotz expliziter Fragestellungen über das Vorliegen bzw. Nicht-Vorliegen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, so kann selbst eine bereits erfolgte Ernennung zum Universitätsprofessor wegen arglistiger Täuschung zurückgenommen werden (OVG NRW, Beschluss v. 30.04.2015/ 6 A 1622/14). Selbstredend kann sich eine arglistige Täuschung auch auf wissenschaftsrelevante Aspekte der Bewerbung beziehen. So kommt die Rücknahme der Ernennung eines Professors in Betracht, wenn er in seinen Bewerbungsunterlagen über die Existenz oder den Verfahrensstand relevanter Publikationen arglistig täuscht. Freilich hat das Verwaltungsgericht in diesem Einzelfall (VG Wiesbaden, Beschluss vom 4.9.2014/ 3 L 1272/13.Wi) die sogenannte aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen die Rücknahme der Ernennung auf Antrag des betroffenen Wissenschaftlers wiederhergestellt, da die Frage, ob hier die Berufungskommission tatsächlich arglistig getäuscht worden war, mit der gebotenen Seriosität im sogenannten Eilverfahren nicht abschließend beurteilt werden konnte.