

# Das Berufungsverfahren

## Aktuelle Entwicklungen aus hochschulrechtlicher Sicht

| WILTRUD CHRISTINE RADAU | Berufungsverfahren an deutschen Hochschulen sind eng mit der Wissenschaftsfreiheit verknüpft. Daher gelten besondere rechtliche Rahmenbedingungen, die sachfremde Einflüsse verhindern sollen.

### Anforderungen an die öffentliche Ausschreibung

Die hochschulgesetzlichen Bestimmungen schreiben vor, dass einem Berufungsverfahren regelmäßig die öffentliche Ausschreibung vorgeschaltet werden muss. Die öffentliche Ausschreibung dient sowohl dem privaten Interesse des Bewerbers auf Chancengleichheit als auch dem öffentlichen Interesse der Hochschule daran, eine möglichst große Entscheidungsgrundlage für die Gewinnung geeigneter Kandidaten zu erhalten. Sie ist als ein Instrument zu verstehen, dass der Umsetzung des verfassungsrechtlich verankerten Prinzips der Bestenauslese dient (Art. 33 Abs. 2 GG).

Die öffentliche Ausschreibung muss daher bestimmten Minimalanforderungen genügen. Zum einen muss sie so breit gestreut sein, dass sie allen potenziellen Bewerbern zugänglich ist. Es ist daher dafür Sorge zu tragen, dass die Ausschreibung in Veröffentlichungsorganen publiziert wird, die vom angesprochenen Bewerberkreis üblicherweise für die Suche nach vakanten Positionen genutzt werden. Zum anderen ist die zu besetzende Position so deutlich wie möglich zu beschreiben. In der Ausschreibung ist mindestens das gewünschte Anforderungsprofil, die Zu-

ordnung der zu besetzenden Position zu einer bestimmten Organisationseinheit sowie Art und Umfang der zu erfüllenden Aufgaben zu bezeichnen. Dabei darf mit Blick auf das Prinzip der Chancengleichheit der Ausschreibungstext freilich nicht so eng gefasst werden, dass er nur auf eine einzige Person – dem „heimlichen Wunschkandidaten“ – passt und damit von vornherein andere potentielle Bewerber bewusst fernhält. Ferner ist die Zuordnung zu einer bestimmten beamtenrechtlichen Besoldungsgruppe festzulegen. Die in jüngerer Vergangenheit an einigen Hochschu-

### »Von der öffentlichen Ausschreibung darf nur in engen Grenzen abgewichen werden.«

len vermehrt zu beobachtenden Ausschreibungen, die sich einer eindeutigen Zuordnung enthalten und etwa formulieren, dass eine fachlich näher gekennzeichnete „Professur der Besoldungsgruppe W2/W3“ zur Besetzung ansteht, oder die sogar ganz auf eine bestimmte Denomination oder Funktionsbeschreibung sowie auf fachliche Vorgaben verzichten (sog. Open Topic Professuren), sind vor diesem Hintergrund als rechtlich durchaus fragwürdig zu beurteilen, mögen sie auch hochschulpolitisch sinnvoll sein.

### Weitreichende Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht

Das Prinzip der Bestenauslese erlegt den Hochschulen auf, ein transparente-

tes, rechtmäßiges und dokumentiertes Bewerbungs- und Auswahlverfahren für das zu besetzende öffentliche Amt durchzuführen. Spiegelbildlich leitet sich aus Art. 33 Abs. 2 GG der Anspruch eines Bewerbers auf eine beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung durch die Hochschule ab. Unterbleibt die öffentliche Ausschreibung, wird eine Bewerbung indes unmöglich und der Anspruch auf einen chancengleichen Zugang zur Professur unterlaufen. Daher darf von der öffentlichen Ausschreibung nur in engen Grenzen und nur in den gesetzlich normierten Ausnahmefällen abgewichen werden.

Die Hochschulgesetze der einzelnen Bundesländer sehen recht unterschiedliche und inzwischen sehr weitreichende Ausnahmekataloge vor. Regelmäßig ist der Verzicht auf die Ausschreibung etwa zulässig, wenn ein befristet beschäftigter Professor auf derselben Professur unbefristet weiterbeschäftigt werden soll („Entfristung“).

Der Ausschreibungsverzicht ist ferner möglich, wenn eine Juniorprofessur im Anschluss an eine positive Evaluation in eine unbefristete Professur an der Heimathochschule umgewandelt werden soll („Tenure-Track“). In einigen Bundesländern kann eine Ausschreibung darüber hinaus sogar in Fällen unterbleiben, in welchen einem W2-Professor zur Abwehr eines auswärtigen höherwertigen Rufes im Rahmen von Bleibeverhandlungen eine W3-Professur übertragen werden soll („Fast-Track“). Nicht selten kann von der Ausschreibung einer Professur zudem abgesehen werden kann, wenn eine besonders qualifizierte Persönlichkeit berufen werden soll, die für die Profilbildung des Fachs zentral ist („außerordentliche Berufung“),

#### AUTORIN

Dr. Wiltrud Christine Radau ist Rechtsanwältin im Deutschen Hochschulverband.



„Short-list-Verfahren“). Zum Zwecke einer verstärkten Nachwuchsförderung sehen manche Bundesländer inzwischen auch Regelungen zum Ausschreibungsverzicht vor, wenn eine Professur mit einem Nachwuchswissenschaftler besetzt werden soll, der durch ein hochschulübergreifendes Förderprogramm gefördert wird, das seinerseits ein Ausschreibungs- und Begutachtungsverfahren vorsieht. Ferner kann neuerdings z.B. in Bayern und Thüringen die Ausschreibung einer Professur unterbleiben, wenn die Professur im Rahmen eines mit dem Ministerium abgestimmten Berufungs- und Karrierekonzepts besetzt werden soll („Career-Track“). In diesen Fällen ist jedoch sicherzustellen, dass dem Prinzip der Bestenauslese in ähnlicher Weise Genüge getan wird wie im Rahmen eines kompetitiven Ausschreibungs- und Auswahlverfahrens.

### Verbindlichkeit des Ausschreibungstextes

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind sowohl das im Ausschreibungstext formulierte Aufgabenprofil der Professur als auch das Anforderungsprofil an den gesuchten Stelleninhaber bei der Bewerberauswahl bindend. Die Auswahlentscheidung muss daher auf der Bewertung derjenigen Leistungs- und Eignungskriterien beruhen, die durch das Anforderungsprofil der jeweils ausgeschriebenen Professur bestimmt wurden. Die im Anforderungsprofil genannten Auswahlkriterien dürfen nicht ausgetauscht werden. Freilich können im Rahmen des ausgeschriebenen Profils bestimmte Schwerpunkte gesetzt werden, sofern diese Schwerpunktsetzung auf alle Bewerbungen gleichermaßen angewendet wird. Aus dem Anspruch eines Bewerbers auf eine beurteilungsfehlerfreie Entscheidung folgt dabei die Verpflichtung der Hochschule, die wesentlichen Auswahlerwägungen und die Gewichtung der Kriterien schriftlich niedرزulegen. In der aktuellen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wird

die Bedeutung der schriftlichen Dokumentation als unerlässliche Absicherung des Prinzips der Bestenauslese hervorgehoben und darauf hingewiesen, dass ausschließlich diese Dokumentation für die gerichtliche Überprüfung der Bewertungsgrundlagen und Auswahlerwägungen ausschlaggebend ist (vgl. VG Berlin, Az. 7 L 100.14).

### Beurteilungsfehlerfreie Bewerberauswahl

Der Auswahlentscheid steht ein besonderer verfassungsrechtlicher Schutz nach Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit) zu, da durch sie die eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Hochschule bestimmt werden. Die an der Bewerberauswahl beteiligten Hochschulgremien und -organe besitzen daher einen weitreichenden Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist, etwa ob die Entscheidung erkennbar auf sachfremden Erwägungen, auf der Missachtung allgemein gültiger Wertmaßstäbe oder auf der Verkennung von Tatsachen beruht. In der Rechtsprechung ist dabei anerkannt, dass insbesondere weder das Alter noch das Geschlecht eines Bewer-

bers als Entscheidungskriterium dienen kann. Letzteres rückt mit Blick auf spezifische Förderprogramme von Bund und Ländern zur gezielten finanziellen Unterstützung von Hochschulen, die eine Professur mit einer weiblichen Kandidatin besetzen („Professorinnen-Programme“), aktuell vermehrt in den Focus. Stets ist auch hier streng das Prinzip der Bestenauslese zu beachten; das Ergebnis der Auswahlentscheidung darf nicht durch das Geschlecht des Bewerbers vorgeprägt werden.

Ferner ist nach jüngster verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung besondere Sorgfalt erforderlich, wenn Bewerbungen von schwerbehinderten Kandidaten vorliegen (VG Berlin, Az. 7 L 560.12). Diese sind stets zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Die Einladung darf nur unterbleiben, sofern es „offensichtlich“ an der fachlichen Eignung fehlt. Nach aktueller Judikatur muss der Begriff der Offensichtlichkeit sehr eng verstanden werden, da nur so das gesetzliche Ziel, schwerbehinderten Bewerbern die Möglichkeit zu geben, bei den auswählenden Gremien einen persönlichen Eindruck von ihrem Leistungsbild zu vermitteln, realisiert werden kann.

Anzeige



Deutscher Bundestag



ASSEMBLÉE NATIONALE

### Deutsch-Französischer Parlamentspreis

Der Deutsche Bundestag und die Assemblée nationale verleihen alle zwei Jahre für wissenschaftliche Arbeiten, die zu einer besseren gegenseitigen Kenntnis der beiden Länder beitragen, den Deutsch-Französischen Parlamentspreis.

Um die mit 10.000 Euro dotierte Auszeichnung können sich deutsche und französische Staatsbürger bewerben, die ein juristisches, wirtschafts-, sozial-, politik- oder anderes geisteswissenschaftliches Werk verfasst haben, das als selbständige Veröffentlichung erschienen ist. Gemeinschaftswerke von bis zu drei Verfassern können berücksichtigt werden, wenn sich alle Autoren gemeinsam bewerben und einen wesentlichen und nachvollziehbaren Beitrag zum Gesamtwerk geleistet haben.

Die Arbeit muss in deutscher oder französischer Sprache abgefasst sein. Pro Bewerber wird nur jeweils eine Arbeit in das Verfahren aufgenommen. Es werden sowohl Eigenbewerbungen als auch Nominierungen durch Dritte akzeptiert. Der Bewerbung sind beizufügen: Drei Exemplare des Werkes, ein Bewerbungsschreiben von höchstens einer Seite, ein Lebenslauf von höchstens zwei Seiten sowie eine Zusammenfassung des eingereichten Werkes von höchstens drei Seiten.

Bewerbungsschluss ist der 7. November 2014.

Deutsche Bewerber richten Ihre Bewerbung bis zum 7. November 2014 an:

DEUTSCHER BUNDESTAG · Wissenschaftliche Dienste · Fachbereich WD  
Platz der Republik 1 · 11011 Berlin · Tel. 030-227-38630 · Fax: 030-227-36464  
Mail: deutsch-franzoesischer-preis@bundestag.de  
Internet: [www.bundestag.de/deutsch-franzoesischer-preis](http://www.bundestag.de/deutsch-franzoesischer-preis)

### Keine Konkurrentenklage gegen Teil-Verfahrensschritte

Ein Bewerber, der nicht auf die ausgeschriebene Professur berufen wurde, kann seinen Anspruch auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung (Bewerbungsverfahrensanspruch) nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung erst nach der endgültigen Ablehnung seiner Bewerbung klageweise geltend machen. Das Bundesverfassungsgericht (Az. 1 BvR 3606/13) hat jüngst klargestellt, dass ein Auswahlverfahren nicht bereits mit der Mitteilung etwa der Fachbereichsleitung darüber, dass ein Bewerber nicht zu einem persönlichen Bewerbungsgepräch mit der Berufungskommission eingeladen oder nicht auf der Berufungsliste berücksichtigt wird, abgeschlossen ist. Diese Mitteilungen stellen lediglich einen rechtlich unselbstständigen Zwischenschritt dar, die weder bestimmte Fristen für die Erhebung einer Konkurrentenklage in Lauf setzen noch isoliert angefochten werden können. Das Bundesverfassungsgericht bestätigt damit die Rechtsauffassung in Literatur und Rechtsprechung, wonach maßgeblicher Anknüpfungspunkt einer Konkurrentenklage nur ein Verwaltungsakt sein kann, der das Auswahlverfahren beendet. Dieser Abschluss des Verfahrens wird regelmäßig durch die Bekanntgabe des erfolgreichen Bewerbers und dessen beabsichtigte Ernennung verbunden mit der ablehnenden Bescheidung des Mitbewerbers (sog. Konkurrentenmitteilung) zum Ausdruck gebracht (vgl. OVG NRW, Az. 6 A 815/11).

### Relativierung der Ämterstabilität

Mit der Konkurrentenklage kann allerdings regelmäßig nicht die Aufhebung der Ernennung des erfolgreichen Mitbewerbers durchgesetzt werden. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Ämterstabilität. Ein unterlegener Mitbewerber muss die Konkurrentenklage daher in den Zeitraum zwischen der endgültigen Ablehnungsentcheidung und der Ernennung des Mitbewerbers legen. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wurde in jüngerer Zeit bekräftigt, dass der Dienstherr nicht vor Ablauf von zwei Wochen ab Zugang der Ablehnungsentcheidung beim unterlegenen Mitbewerber die Ernennung des ausgewählten Bewerbers vornehmen darf. Dieser Zeitraum soll dem unterlegenen Kon-

kurrenten die Prüfung ermöglichen, ob eine Konkurrentenklage erhoben werden soll oder nicht.

Nach neuerer bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung (Az. 2 C 16/09) kann ausnahmsweise unter engen Voraussetzungen der Grundsatz der Ämterstabilität jedoch relativiert sein: Hält der Dienstherr die Wartefrist für die Ernennung nicht ein bzw. nimmt er die Ernennung ohne vorherige Mitteilung an die unterlegenen Bewerber vor und vereitelt er damit bewusst deren effektiven Rechtsschutz, kann der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz seitens der unterlegenen Bewerber auch nach der Ernennung des ausgewählten Kandidaten noch nachgeholt werden. Der Dienstherr kann dem nicht mehr mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Ämterstabilität entgegentreten, da er es ansonsten in der Hand hätte, die Grundrechte unterlegener Bewerber durch vorzeitige Ernennungen nach Belieben auszuschalten.

### Erstberufung auf Zeit

In einem vielkritisierten Urteil hat sich das Bundesarbeitsgericht (Az. 7 AZR 843/11) mit der Rechtmäßigkeit von befristeten Professuren im Angestelltenverhältnis befasst. Eine Befristungsregelung im Landeshochschulgesetz, wonach Professoren insbesondere im Falle der erstmaligen Berufung in einem befristeten Beschäftigungsverhältnis eingestellt werden können, verstößt nicht gegen das bundesrechtliche Teilzeit- und Befristungsrecht. Dieses lasse landesrechtliche Befristungsregelungen im Hochschulrecht zu. Die hochschulrechtliche Erstberufungsbefristung wird auch inhaltlich durch das Bundesarbeitsgericht nicht beanstandet. Der Schutz der Funktionsfähigkeit von Hochschulen lasse es als sachgerecht erscheinen, befristete Arbeitsverhältnisse bei Erstberufungen vorzusehen. Auf diese Weise könnten die Hochschulen feststellen, ob erstmals berufene Professoren die Entwicklungserwartungen in Forschung und Lehre auch tatsächlich erfüllen, die an sie gestellt werden. Mit dieser Argumentation greift das Bundesarbeitsgericht eine punktuelle verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Erstberufungsbefristung von Professoren im Beamtenverhältnis auf Zeit auf. Auch ein Beamtenverhältnis auf Zeit im Erstberufungsfalle wird darin aus sachlichen Gründen für zulässig erachtet, etwa um auf der Grundlage konkreter Erfahrungen aus

der abgelaufenen Amtszeit über eine längerfristige oder dauerhafte Anstellung zu entscheiden (vgl. VG Gießen, Az. 5 K 1979/10). Diese Argumentation berücksichtigt jedoch die beamtenverfassungsrechtlichen Bedenken an der Rechtsfigur des Professorenamtes auf Zeit nicht hinreichend. Zu den besonderen Grundsätzen des Hochschullehrerrechtes gehört auch die prinzipielle Dauerhaftigkeit des Professorenbeamtenverhältnisses. Eine befristete Amtsübertragung ist nur in Ausnahmefällen möglich, so etwa wenn Aufgaben und Funktionen des zu übernehmenden Amtes die Befristung spezifisch erfordern, beispielsweise im Falle von bestimmten Leitungspositionen oder bei Stiftungsprofessuren, die aus Mitteln Dritter finanziert werden. Dieses Regel-Ausnahmeverhältnis wird jedoch auf den Kopf gestellt, wenn bei einer Erstberufung in ein Professorenamt das Dienstverhältnis grundsätzlich befristet wird. Abgestellt wird in diesen Fällen gerade nicht mehr auf die Aufgaben und Funktionen des jeweiligen Amtes, sondern allein auf ein Konzept der Erprobung und fiskalischen Flexibilität und führt so zu einer Systemverwerfung innerhalb des Hochschullehrerrechtes.

### Neue Maßstäbe bei der gesundheitlichen Eignung

Im Regelfall wird eine Professur im Beamtenverhältnis übertragen. Im Rahmen des Ernennungsverfahrens wird u.a. die gesundheitliche Eignung festgestellt. Der dabei zugrunde gelegte Maßstab war nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bisher außerordentlich streng. Bislang musste die Möglichkeit des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, um die gesundheitliche Eignung bejahen zu können. Das Bundesverwaltungsgericht (Az. 2 C 12.11) hat seine bisherige Rechtsprechung jedoch grundlegend geändert und den anzuwendenden Prognosemaßstab zugunsten der Bewerber erheblich abgesenkt. Es bedarf nunmehr individueller tatsächlicher Anknüpfungspunkte, die eine vorzeitige Pensionierung aus gesundheitlichen Gründen als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Die abstrakte Annahme, dass eine Personengruppe mit einer bestimmten Krankheit in ihrer Gesamtheit ein erhöhtes Risiko vorzeitiger Dienstunfähigkeit aufweist, reicht nicht mehr aus.

