

Das Berufungsverfahren

Aktuelle verwaltungsgerichtliche Entscheidungen

| DIRK BÖHMANN | Berufungsverfahren sind hoch komplexe Prozesse, an denen verschiedene akademische Gremien beteiligt sind. Aufgrund der Bedeutung der Berufungsverfahren für die Universität, aber auch für die Karriere von Bewerberinnen und Bewerbern, sind diese regelmäßig Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung.

Im Laufe der letzten Jahre ist eine kaum zu überblickende Anzahl von gerichtlichen Entscheidungen zu Berufungsverfahren ergangen. Gleichwohl das Bundesverfassungsgericht und das Bundesverwaltungsgericht als oberstes deutsches Verwaltungsgericht sich im vergangenen Kalenderjahr hierzu nicht äußerten, wurden aktuelle Rechtsfragen zu Berufungsverfahren durch die verwaltungsgerichtlichen Instanzgerichte (Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte) in einer vielfältigen Einzelfallkasuistik behandelt. Grundsätzlich ist in der

Praxis zu verzeichnen, dass gerichtliche Auseinandersetzungen um die Rechtskonformität von Berufungsverfahren im Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren stattfinden. Denn verwaltungsgerichtliche Hauptsacheverfahren sind prozessual aufgrund der langen Zeitdauer zwischen Klageerhebung und Terminierung in der Hauptsache ein untaugliches Instrument zur Klärung einer eilbedürftigen Rechtsangelegenheit. Da es sich bei Klagen im

Hinblick auf Berufungsverfahren zu meist um Fragen der unmittelbar bevorstehenden Berufung auf eine Professur handelt, ist zeitnahes Rechtshandeln regelmäßig geboten.

Das Auswahlverfahren der Hochschullehrer bestimmt die eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Universität und ist deshalb mit der Garantie der Wissenschaftsfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs.

»Bei Klagen in laufenden Berufungsverhandlungen ist zeitnahes Rechtshandeln geboten.«

3 Satz 1 Grundgesetz besonders eng verknüpft. Auch beim Statusamt eines Professors an einer Universität hat sich die Auswahlentscheidung nach den in Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu richten.

Bewerberverfahrensanspruch

Berufungsverfahren sind durch einen verfassungsrechtlich determinierten Bewerberverfahrensanspruch geprägt. Die Bewerberverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber gehen durch die Ernennung anderer Bewerberinnen und Bewerber allerdings unter, weil das Auswahlverfahren damit endgültig abgeschlossen wird. Dies ist regelmäßig der Fall, weil die Ernennung von Professoren im Beamtenverhältnis nach dem Grundsatz der Ämterstabilität nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, so dass das Amt unwiderruflich

vergeben wird. Hat eine fehlerhafte Auswahlentscheidung einer Berufungskommission den Bewerberverfahrensanspruch eines Konkurrentenklägers aus Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz verletzt, kann er eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung auf dem Rechtsweg beanspruchen, wenn seine Aussichten beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, zumindest offen sind, d.h. wenn seine Auswahl nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Das prozessuale Problem eines Konkurrentenstreitverfahrens besteht darin, dass durch das Verwaltungsgericht möglicherweise die Rechtswidrigkeit des bisherigen Auswahlverfahrens festgestellt

wird. Hieraus ergibt sich aber kein Anspruch der Antragsteller auf eine Primo-loco-Platzierung auf der jeweiligen Berufungs-

liste. Vielmehr wird nach Feststellung der Rechtswidrigkeit des bisherigen Auswahlverfahrens die Universität aufgefordert, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts neu zu entscheiden. Recht offen hat das Oberverwaltungsgericht Weimar in diesem Sinne festgestellt, dass in einem Konkurrentenstreitverfahren eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen mag, dass der Dienstherr in einer neuen Entscheidung dem bisher Ausgewählten oder einem anderen Mitbewerber zulässigerweise den Vorzug geben kann und wird. (OVG Weimar, Beschluss vom 26.6.2019 – 2 EO 292/18).

Infolge des Bewerberverfahrensanspruchs der Kandidaten einerseits und des Prinzips zur Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz andererseits muss sich die Berufungskommission mit den Bewerbungsunterlagen jedes Bewerbers sachgerecht befassen. Jeder

AUTOR



Professor Dr. **Dirk Böhm** ist Rechtsanwalt, Justitiar für Medizin- und Arbeitsrecht im Deutschen Hochschulverband und Honorarprofessor der Universität Bonn.

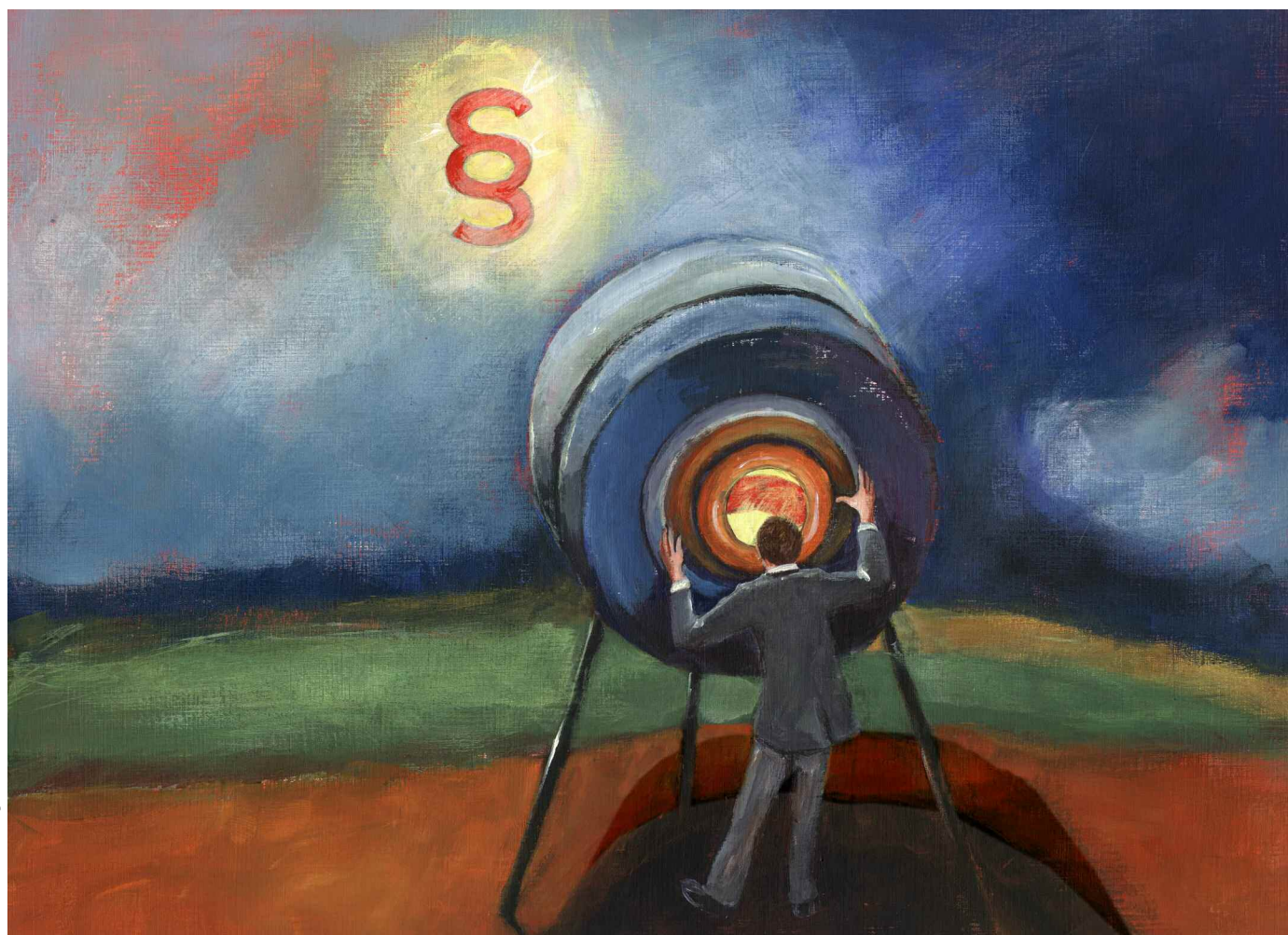


Foto: mauritzus-images

Bewerber hat einen Anspruch darauf, dass über seine Aufnahme in die Vorschlagsliste rechts- und ermessensfehlerfrei entschieden wird. Aus diesem Grund besteht für die Berufungskommission auch die Notwendigkeit, die Entscheidung, bestimmte Kandidaten nicht in den engeren Kreis aufzunehmen, sorgfältig zu begründen. Pauschalurteile reichen hierfür nicht aus. Zur Sicherung des Gebots effektiven Rechtsschutzes folgt aus Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz auch die Verpflichtung, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen. Das Verwaltungsgericht Ansbach hat in diesem Sinne klar dargestellt, dass nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen Mitbewerber in die Lage versetzt werden, sachgerecht darüber befinden zu können, ob sie die Entscheidung der Berufungskommission hinnehmen sollen oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche

Behandlung der Bewerbung bestehen und sie daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen wollen. Wichtig bei dieser Entscheidung ist der Umstand, dass das Gericht dem unterlegenen Bewerber einen Anspruch durch Akteneinsicht vor Klageeinreichung zubilligt (Verwaltungsgericht Ansbach, Beschluss vom 23.10.2019 – AN 2 E 19.1657). Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen der Berufungskommission auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen.

Dokumentation des Berufungsverfahrens

Vor diesem Hintergrund hat das VG Ansbach die Bedeutung einer hinreichenden Dokumentation des Beru-

fungsverfahrens noch einmal deutlich unterstrichen. Auch in einem frühen Stadium eines Berufungsverfahrens zur Besetzung einer Professur mit einer Vielzahl von Bewerbern, in dem anhand leicht zu überprüfender Kriterien die Zahl der Bewerber auf einen Kreis zu beschränken ist, der eine vertiefte Aus-

einandersetzung mit der Qualifikation der einzelnen verbliebenen Kandidaten zulässt, könne die Berufungskommission nicht davon entbunden werden, die Gesamtqualifikation

der einzelnen Bewerber wenigstens summarisch zu vergleichen. Im zu entscheidenden Falle genügte das Protokoll nicht, die erforderliche schriftliche Dokumentation der Auswahlentscheidung der Berufungskommission gerichtsfest darzustellen. Zunächst monierte das Verwaltungsgericht den Umstand der Protokollanfertigung durch eine Mitarbeiterin der Personalabteilung und nicht durch die Berufungskommission selbst. Zudem war nur eine Minderheit der Mitglieder der Berufungskommission

»Jeder Bewerber hat einen Anspruch darauf, dass über seine Aufnahme in die Vorschlagsliste rechtsfehlerfrei entschieden wird.«

on bei der Auswahlentscheidung zugehen. Ferner monierte das Verwaltungsgericht den Umstand, dass das vorgelegte Protokoll sechs Wochen nach der Auswahlentscheidung erstellt wurde und insoweit lediglich ein nach der Auswahlentscheidung gefertigtes Erinnerungsprotokoll darstelle. Dies sei aus Rechtsgründen nicht akzeptabel. Auch die in den Unterlagen der Berufungskommission enthaltene tabellarische Darstellung der Gründe, warum die unterlegenen Bewerberinnen und Bewerber jeweils nicht berücksichtigt werden konnten, stelle keine hinreichende Dokumentation der Auswahlentscheidung der Berufungskommission dar. Eine Tabelle eigne sich nicht dazu, die Vorgänge des Auswahlverfahrens hinreichend zu dokumentieren. Ob damit tatsächlich im Rahmen des Auswahlverfahrens der Berufungskommission ein wenigstens summarischer Vergleich der Bewerber stattgefunden habe, könne weder durch das Protokoll noch durch eine tabellarische Darstellung belegt werden. Die unzureichende Dokumentation des Auswahlvorgangs verletze damit den Bewerberverfahrensanspruch der Konkurrentenklägerin.

Schwerbehinderung

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen (Urteil vom 17. Juli 2019, Az. 17 Sa 49/19) befasste sich mit der Notwendigkeit der Einladung von schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern. Der Kläger in diesem Verfahren bewarb sich auf eine ausgeschriebene Professur unter Hinweis auf seine Schwerbehinderung. Eine Einladung des Klägers zu einem Vorstellungsgespräch erfolgte nicht. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger eine Entschädigung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot aufgrund seiner Schwerbehinderung nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in Höhe von drei halben Monatsbruttogehältern der zu besetzenden Stelle zuerkannt. Die Verletzung der Verpflichtung eines öffentlichen Arbeitgebers, einen schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, begründe regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Das Vorliegen einer derartigen Situation setzt nicht voraus, dass der Kläger objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet sei. Eine Einladung

sei nur dann entbehrlich, wenn dem schwerbehinderten Bewerber die fachliche Eignung offensichtlich fehle. Der öffentliche Arbeitgeber müsse einen sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen insoweit die Chance eines Vorstellungsgesprächs auch dann gewähren, wenn dessen fachliche Eignung zwar zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist.

Konkurrentenmitteilung

Das Verwaltungsgericht Schleswig (Beschluss vom 11.11.2019; 12 B 51/19) hat sich mit der Bedeutung einer Konkurrentenmitteilung auseinandergesetzt. Die Frage einer rechtskonformen Konkurrentenmitteilung hat in den letzten Jahren für erhebliche Unruhe sowohl in Berufungskommissionen als auch bei Bewerberinnen und Bewerbern geführt. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts hat der Dienstherr die nicht für eine Ruferteilung vorgesehenen Bewerber

in die Lage zu versetzen, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen seinen Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Im zu entscheidenden Falle erhielten die Konkurrentenmitteilungen lediglich den Hinweis, dass eine andere Bewerberin berufen werden solle bzw. die Gründe für die Nichtberücksichtigung des unterlegenen Bewerbers der Akte entnommen werden könnten und dafür Akteneinsicht gewährt würde. Dies war nach Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht ausreichend, um den rechtlichen Anforderungen an eine Konkurrentenmitteilung zu genügen.

Bindungswirkung

Das Verwaltungsgericht Göttingen beschäftigte sich in einer Entscheidung mit der Bindungswirkung des vom Fakultätsrat beschlossenen Berufungsvorschlages (VG Göttingen, Beschluss vom 18.11.2019; 3 B 152/19).

Das Gericht kam zum Ergebnis, dass bei der Besetzung einer Professorenstelle an einer Universität das Präsidium einer (Stiftungs-)Universität grundsätzlich berechtigt sei, die Reihenfolge des vom Fakultätsrat beschlossenen Berufungsvorschlages zu ändern und die von der Berufungskommission zuvor erstellte Reihenfolge wiederherzustellen. Es sei hierbei unerheblich, dass landesgesetzlich nicht ausdrücklich geregelt wurde, unter welchen Voraussetzungen das Präsidium vom Beschluss des Fakultätsrats abweichen dürfe, denn der dem Präsidium eingeräumten Abweichungsbefugnis seien unmittelbar durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG bundesverfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sei durch die dem Präsidium landeshochschulgesetzlich eingeräumte Abweichungsbefugnis nicht berührt, sofern die Abweichung auf sachliche Gründe gestützt sei und die fachliche Einschätzungsprärogative der im Auswahlverfahren beteiligten Hochschullehrer hinsichtlich geeigneter Bewerber bewahrt werde. Letzteres sei regelmäßig der Fall, wenn sich die Entscheidung des Präsidiums innerhalb der vom Berufungsvorschlag als fachlich geeignet

»Eine Einladung eines Schwerbehinderten ist nur dann entbehrlich, wenn diesem die Eignung offensichtlich fehlt.«

ber rechtzeitig vor der Ernennung eines Mitbewerbers über das Ergebnis der Auswahlentscheidung und die maßgeblichen Gründe dafür zu unterrichten. Denn die unterlegenen Bewerber haben stets Anspruch auf eine verbindliche Information durch den Dienstherrn über das Ergebnis des Auswahlverfahrens, damit sie nicht Gefahr laufen, ein Rechtsmittel auf ungesicherter tatsächlicher oder rechtlicher Grundlage zu ergreifen. Diesem rechtlichen Erfordernis sei nicht bereits dann Genüge getan, wenn dem abgelehnten Bewerber die Gründe für die Auswahlentscheidung durch Einsichtnahme zugänglich gemacht werde, sondern dem erfolglosen Bewerber seien bereits diejenigen Auswahlerwägungen mitzuteilen, die dafür maßgeblich waren, dass gerade der Ausgewählte gegenüber dem unterlegenen Bewerber vorgezogen werde. Demnach reiche es nicht aus, dem unterlegenen Bewerber überhaupt irgendeine Mitteilung zum Verfahrensergebnis zukommen zu lassen. Die Mitteilung müsse vielmehr inhaltlich so gefasst sein, dass sie auch ihren Zweck hinreichend erfüllen kann. Sie müsse deswegen bereits aus sich heraus grundsätzlich geeignet sein, den unterlegenen Be-

bezeichneten Kandidaten (Dreier-Liste) halte. Die Abweichungsmöglichkeiten der Präsidien und Rektorate gegenüber der von den akademischen Gremien beschlossenen Listenreihenfolge sind grundsätzlich äußerst kritisch einzustufen. Dem vorliegenden Urteil des Verwaltungsgerichts Göttingen kann aber zumindest insoweit zugestimmt werden, als dass das Präsidium im Rahmen der gegebenen Abweichungsbefugnis die initiale Listenreihenfolge der Berufungskommission wiederhergestellt hat.

Gutachten

Das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen beschäftigte sich in einem aktuellen Verfahren (Beschluss vom 15.08.2019 – 12 L 271/19) mit der Bedeutung der nach Maßgabe des Landeshochschulrechts und der Berufsordnung erforderlichen vergleichenden Gutachten über die Bewerberinnen und Bewerber auf eine Universitätsprofessur. Gutachten, die einen Leistungsvergleich zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern nicht erkennen ließen, seien rechtsfehlerhaft. Zudem sei es rechtsfehlerhaft, dass die Habilitation der Konkurrentenklägerin in keinem der drei Gutachten

Erwähnung finde, obwohl die Gutachter auf die akademischen Prüfungsleistungen der Bewerberinnen eingingen. Die Habilitation der Konkurrentenklägerin dürfe insoweit nicht unberücksichtigt bleiben. Eine Habilitation präge die wissenschaftliche Reputation nachhaltig und sei damit Bestandteil eines jeden wissenschaftlichen Qualifikationsvergleichs. Mit ihr werde die Befähigung, ein wissenschaftliches Fach oder Fachgebiet in Forschung und Lehre selbstständig zu vertreten, förmlich nachgewiesen und die Voraussetzung zur Verleihung einer Lehrbefugnis geschaffen. Diese Fehlerhaftigkeit der Gutachten wirke sich nicht nur auf den Berufungsvorschlag der Berufungskommission aus, sondern auch auf die nachfolgenden Gremienentscheidungen und insbesondere die abschließende Auswahlentscheidung und mache diese rechtswidrig. Nichts anderes gelte dadurch, dass die Berufungskommission lediglich in Form eines rechtlich unselbständigen Zwischenschritts einen Berufungsvorschlag unterbreite, über den der Fakultätsrat und das Rektorat beschließe, bis letztlich der Rektor den Ruf erteile. Vielmehr stelle der Berufungsvorschlag

der Berufungskommission ein wesentliches Element des Auswahlverfahrens dar.

Abbruch Berufungsverfahren

Das Verwaltungsgericht Berlin beschäftigte sich (Beschluss vom 23.01.2020 – VG 5 L 138.19) mit der Möglichkeit eines Abbruchs eines Berufungsverfahrens. Das Verwaltungsgericht stellte klar, dass der grundsätzlich bestehende Bewerbungsverfahrensanspruch nicht nur dann untergehe, wenn ein Mitbewerber rechtsbeständig ernannt worden sei und das Auswahlverfahren damit abgeschlossen worden sei. Vielmehr könne der Dienstherr wegen seines Organisationsermessens ein eingeleitetes Bewerbungs- und Auswahlverfahren aus sachlichen Gründen jederzeit beenden. Der Bewerberverfahrensanspruch erlischt also auch, wenn sich das Auswahlverfahren erledigt hat, weil die Ämtervergabe nicht mehr stattfinden soll, etwa, weil die Planstelle nicht mehr zur Verfügung steht, nicht mehr

»Gutachten, die einen Leistungsvergleich zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern nicht erkennen lassen, sind rechtsfehlerhaft.«

besetzt oder neu zugeschnitten werden soll. Der Dienstherr bedürfe in dieser ersten Konstellation (lediglich) eines sachlichen Grundes. Bei der Entscheidung, eine bereits ausgeschriebene Universitätsprofessur nicht mehr wie ursprünglich geplant zu besetzen, beschränke sich die gerichtliche Kontrolle insoweit auf die Prüfung, ob sich die Entscheidung zum Abbruch als willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erweise. Daneben kann das Bewerbungsverfahren auch dann durch einen wirksamen Abbruch beendet werden, wenn der Dienstherr die Stelle mit unverändertem Zuschnitt zwar weiterhin vergeben will, hierfür aber ein neues Auswahlverfahren für erforderlich hält. Wichtig ist die Entscheidung, dass in dieser Konstellation ein vorgesehenes Berufungsverfahren nur dann ende, wenn der Abbruch des Auswahlverfahrens den Vorgaben der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG genüge. Der Dienstherr könne demnach das Auswahlverfahren abbrechen, wenn er erkannt habe, dass das Stellenbesetzungsverfahren fehlerhaft sei, oder wenn eine erneute Ausschreibung erforderlich werde, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Be-

werberinnen und Bewerber zu erhalten. Unsachlich hingegen seien etwa solche Gründe für einen Abbruch, die das Ziel verfolgen, einen unerwünschten Kandidaten aus leistungsfremden Erwägungen von der weiteren Auswahl für die Stelle auszuschließen oder einen bestimmten Bewerber bei der späteren Auswahlentscheidung zu bevorzugen. Die Rechtmäßigkeit des Abbruchs setze grundsätzlich darüber hinaus voraus, dass die Bewerberinnen und Bewerber hiervon rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangten und der wesentliche Abbruchgrund schriftlich dokumentiert wird. Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren nach dessen Maßgaben fortzusetzen.

Praktische Nöte

Mit den praktischen Nöten einer Berufungskommission beschäftigte sich das Verwaltungsgericht Bremen (Beschluss vom 24.04.2019; 6 V 328/19). Entgegen der Auffassung der Konkurrentenklägerin hielt es die Angabe im entsprechenden Protokoll der Berufungskommission nicht für unwahrscheinlich, dass innerhalb einer 6-stündigen Sitzung der Berufungskommission sämtliche 124 Bewerbungsunterlagen „ausführlich gesichtet“ wurden. Nach Meinung des Gerichts sei in dieser Zeit insbesondere bei einer mehrköpfigen Berufungskommission eine hinreichende Sichtung der jeweiligen Bewerbungen nicht lebensfremd. Insoweit könne es dahinstehen, ob die konkrete Konkurrentenmitteilung die an sie zu stellenden Anforderungen erfüllt habe oder nicht, denn eine unzureichende Konkurrentenmitteilung wäre auswirkungslos geblieben, da die Konkurrentenklägerin die – möglicherweise rechtlich unzureichende – Konkurrentenmitteilung zum Anlass genommen habe, fristgerecht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu stellen und diesen nach Akteneinsicht eingehend begründet habe. Sie habe die ihr offenstehenden Rechtsschutzmöglichkeiten damit umfassend genutzt.