

Herausgeber: Dr. Michael Benndorf, Präsident des Obergerverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt, Magdeburg | Prof. Dr. Michael Brenner, Universität Jena | Joachim Buchheister, Präsident des Obergerverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg | Prof. Dr. Bernd Dammert, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Leipzig | Prof. Dr. Matthias Dombert, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Potsdam | Dr. Claus Esser, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Erfurt | Dr. Matthias Grünberg, Vizepräsident des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts, Bautzen | Prof. Dr. Ulf Gundlach, Staatssekretär im Ministerium für Inneres und Sport, Magdeburg | Prof. Dr. Winfried Kluth, Universität Halle-Wittenberg | Dr. Raimund Körner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Berlin | Joachim Lindner, Präsident des Thüringer Verfassungsgerichtshofes, Weimar | Dr. Michael Moeskes, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Magdeburg, Präsident der Rechtsanwaltskammer Sachsen-Anhalt | Prof. Dr. h.c. Franz-Joseph Peine, em. Professor an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder) | Prof. Dr. Jochen Rozek, Universität Leipzig | Prof. Dr. Helge Sodan, Freie Universität Berlin | Prof. Dr. Wolf-Uwe Sponer, Sächsisches Staatsministerium des Innern | Dr. Joachim Vetter, Senatsdirigent, Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz, Berlin

Länderreferenten: Berlin: Dr. Ulrich Marenbach, Richter am Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg | Brandenburg: Ruben Langer, Richter am Verwaltungsgericht, Potsdam | Sachsen: Dr. Barbara Helmert, Staatsanwältin, Dresden/Leipzig | Sachsen-Anhalt: Dr. Lars Bechler, Richter am Verwaltungsgericht, Halle/Karlsruhe | Thüringen: Dr. Hans-Jürgen Kulke, Universität Jena

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Herrmann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Potsdam (Hauptschriftleiter) | Ruben Langer, Richter am Verwaltungsgericht, Potsdam | Dr. Ulrich Marenbach, Richter am Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg

Redaktionsanschrift: LKV – Landes- und Kommunalverwaltung, Hauptschriftleitung, Mangerstr. 26, 14467 Potsdam
E-Mail: lkv@nomos.de, Internet: www.lkv.nomos.de

Ausschließung und Befangenheit von akademischen Mitarbeitern als Mitglieder einer Berufungskommission

Professor Dr. Klaus Herrmann und Robert Tietze, Potsdam*

Auf dem Weg zur Besetzung von Professorenstellen kann das nach dem Berliner Hochschulrecht zuständige Organ seinen Auswahlvorschlag, welche Bewerber in welcher Reihenfolge für eine Berufung in Betracht kommen, von einer Berufungskommission vorbereiten lassen (§ 73 I, III BerlHG). Dabei stellt sich immer wieder die Frage nach der ordnungsgemäßen Durchführung des Berufungsverfahrens, insbesondere der ordnungsgemäßen Besetzung der Berufungskommission. Hier geht es vor allem darum, ob akademischen Mitarbeitern aus dem zu besetzenden Fachgebiet die Teilnahme an der Berufungskommission für die Professur versagt ist.

I. Problemstellung

Die Beteiligung akademischer Mitarbeiter¹ aus dem zu besetzenden Fachgebiet begegnet nicht selten dem Einwand, dass diese nicht unvoreingenommen und unparteiisch an dem Verfahren mitwirken, weil sie sich ihren zukünftigen Vorgesetzten selbst aussuchen können. Im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens sollen §§ 20, 21 VwVfG ein rechtsstaatliches Verfahren ohne sachfremde Einflüsse sicherstellen². Der Eindruck eines unter sachfremden Einflüssen leidenden Verfahrens kann sich aus der o.g. Fallgestaltung ergeben: Akademische Mitarbeiter würden doch zwangsläufig in der Berufungskommission eigene Interessen verfolgen, sofern es um ihr künftiges Wirken und Tätigsein an der Hochschule geht.

II. Gesetzliche Regelungen

Als Mitglieder der Hochschule³ haben die akademischen Mitarbeiter die Verpflichtung, an der Selbstverwaltung mitzuwirken und Funktionen zu übernehmen, § 44 I 1 Nr. 4 BerlHG. Aus dieser Verpflichtung folgt gleichzeitig das mitgliedschaftliche Recht an der Mitwirkung in Selbstverwaltungsgremien. Werden dementsprechend die Mitarbeiter durch den Fakultätsrat als Kommissionsmitglied benannt, haben sie das Recht, in der Berufungskommission mitzuwirken und als Gruppenvertreter die Gruppeninteressen wahrzunehmen. Ein Ausschluss gegen ihren Willen ist nach der Benennung nicht möglich⁴, es sei denn, entsprechende Regelungen sehen einen Ausschluss vor.

Weder das BerlHG noch das Hochschulrahmengesetz enthalten solche gesetzlichen Bestimmungen. Im Wege ihrer Satzungsbezugnis können die Hochschulen aber entsprechende Berufungs-

* Der Autor Professor Dr. Herrmann ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Dombert Rechtsanwälte Partnerschaft mbB in Potsdam. Der Autor Tietze ist dort als Rechtsanwalt tätig.

1 Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit ausschließlich die männliche Form benutzt. Es können dabei aber sowohl männliche als auch weibliche Personen gemeint sein.

2 Scheuing, NVwZ 1982, 487.

3 Akademische Mitarbeiter stehen in der Regel in einem Beschäftigungsverhältnis zur Hochschule und sind gem. § 43 I Nr. 1 BerlHG Mitglied der Hochschule.

4 Zur Möglichkeit eines sog. Binnenrechtsstreits vgl. bspw. VG Hannover, Beschl. v. 19. 6. 2003 – 6 B 2398/03, juris.

satzungen erlassen, welche u.a. die Beteiligung der Kommissionsmitglieder regeln⁵. Die an Berliner Hochschulen vorzufindenden Leitfäden für Berufungsverfahren haben – im Gegensatz zu gesetzlichen Regelungen – keinen verbindlichen Charakter. Ihnen kommt eine ermessenslenkende Funktion zu, welche die Hochschulen und ihre Gremien aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 I GG i.V.m. Art. 20 III GG) lenken soll.

Einschlägige gesetzliche Regelungen finden sich aber im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes in den §§ 20, 21 VwVfG⁶, dessen Anwendbarkeit sich für Berlin aus § 1 I Berl-VwVfG ergibt. Die §§ 20, 21 VwVfG regeln Mitwirkungs- und Betätigungsverbote in einem Verwaltungsverfahren⁷. Sie sind unverzichtbar für ein rechtsstaatliches, faires, objektives, unparteiisches Verfahren, welches sich allein an Recht und Gesetz orientiert⁸.

1. Anwendbarkeit der §§ 20, 21 VwVfG

Diese maßgeblichen Vorschriften zählen nach ihrer systematischen Stellung zu den Verfahrensgrundsätzen (§§ 9 ff. VwVfG), sodass sich das Berufungsverfahren als Verwaltungsverfahren darstellen muss.

Auf dem Weg zur Ernennung stellt das Berufungsverfahren unter Mitwirkung der Berufungskommission eine unselbstständige Vorbereitungshandlung dar. Der Hochschule wird hierdurch bei der Berufung von Professoren ein Mitwirkungsrecht eingeräumt⁹. Das hochschulinterne Berufungsverfahren dient damit auch der Vorbereitung zum Erlass eines Verwaltungsaktes in einem mehrstufigen Verwaltungsverfahren. Das Verfahren zur Besetzung einer Professorenstelle einschließlich des Berufungsverfahrens kann demnach als Verwaltungsverfahren angesehen werden, sodass die §§ 20, 21 VwVfG zur Anwendung gelangen.

2. Ausschließungsgründe nach § 20 I VwVfG

§ 20 I VwVfG normiert, welche Personen von der Mitwirkung am Verwaltungsverfahren einer Behörde von Gesetzes wegen ausgeschlossen sind. Sinn und Zweck der Regelung ist die Gewährleistung eines Verfahrens, welches ohne sachfremde Einflüsse durchgeführt werden soll, um letztendlich sowohl Art. 3 I GG als auch dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 III GG Rechnung zu tragen.

a) Ausschließungsgrund nach § 20 I 1 Nr. 5 VwVfG – entgeltliche Beschäftigung. § 20 I 1 VwVfG sieht vor, dass Bedienstete, die selbst Beteiligte sind bzw. in einem besonderen Näheverhältnis zu einem Beteiligten stehen, an dem Verwaltungsverfahren nicht mitwirken dürfen (Nr. 1 – Nr. 5). Nach Nummer 6 ist ferner ausgeschlossen, wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist. Die akademischen Mitarbeiter sind regelmäßig Angestellte, ggf. aber auch Beamte der Hochschule, sodass vorliegend an § 20 I 1 Nr. 5 VwVfG als Ausschlussregelung gedacht werden kann. Dies ist letztlich aber nicht einschlägig.

Danach darf in einem Verwaltungsverfahren unter anderem nicht tätig werden, wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist. Die Vorschrift berücksichtigt dabei, dass der Arbeitnehmer wirtschaftlich von seinem Arbeitgeber abhängig

ist und dies zu einer Konfliktsituation führt, welche zu vermeiden ist¹⁰. Eine Beschäftigung gegen Entgelt liegt dabei nicht nur bei klassischen Arbeitsverhältnissen (Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis) vor, sondern bei allen Beschäftigungsverhältnissen, mit denen aufgrund regelmäßiger Geldleistungen ähnliche Abhängigkeiten verbunden sind oder sein können¹¹.

Akademische Mitarbeiter stehen in einem Anstellungsverhältnis zur Universität¹², jedoch nicht in einem Anstellungsverhältnis zu dem zu berufenden Hochschullehrer. Darüber hinaus entspricht es nicht dem Sinn und Zweck dieser Regelung, künftige (fachliche) Weisungsrechte eines Hochschullehrers als Anlass für einen Ausschluss zu erfassen. Aufgrund des eindeutigen Wortlautes müssten die in Frage stehenden Mitarbeiter zum Zeitpunkt des Berufungsverfahrens in einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis zu dem Beteiligten stehen, d.h. es ist auf die gegenwärtige Perspektive abzustellen. Im laufenden Berufungsverfahren stehen die o.g. Mitarbeiter regelmäßig nicht in einem solchen (wirtschaftlichen) Abhängigkeitsverhältnis zum künftigen Hochschullehrer. Dies trifft auch nicht auf die Konstellation zu, in der ein Bewerber bereits während des Berufungsverfahrens als Professur- oder Lehrstuhlvertreter fungiert und einer seiner derzeitigen Mitarbeiter Mitglied der Berufungskommission ist.

b) Ausschließungsgrund nach § 20 I 2 VwVfG – unmittelbarer Vorteil oder Nachteil. Auch führt § 20 I 2 VwVfG nicht zum Ausschluss von Personen aus der Berufungskommission, die als Mitarbeiter dem Lehr- oder Forschungsgebiet des Professors zugeordnet sind, über dessen Besetzung zu entscheiden ist.

Gemäß § 20 I 2 VwVfG steht einem Beteiligten gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Hier fehlt es an einem durch die Entscheidung der Kommission vermittelten Vor- oder Nachteil (aa), jedenfalls an deren Unmittelbarkeit (bb).

aa) Vor- oder Nachteil. Hinsichtlich der Beteiligung eines akademischen Mitarbeiters, welcher am zu besetzenden Lehrstuhl tätig ist, liegt die Vermutung nahe, ein Vorteil im Sinne dieser Vorschrift könnte darin zu sehen sein, dass sich die entsprechende Person ihren zukünftigen Dienst- und Fachvorgesetzten selbst aussuchen kann und damit über sein zukünftiges Arbeitsumfeld und die sich daraus ergebenden Arbeitsbedingungen und eventuell die spezielle Ausrichtung des Lehrstuhls mitbestimmt. Diese Befürchtung genügt jedenfalls noch nicht für das Vorliegen eines unmittelbaren Vorteils:

5 Beispiele: Universität Kiel – § 3 I 1 der Satzung zur Durchführung von Berufungsverfahren an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; Universität Flensburg – § 3 X Berufungssatzung; Universität Konstanz – Satzung zur Sicherung der wissenschaftlichen Objektivität im Berufungsverfahren.

6 Mangels gesetzlicher Anordnung stellt das Berufungsverfahren kein förmliches Verfahren i.S.d. § 63 I VwVfG dar, sodass nicht auf § 71 III VwVfG abgestellt werden kann.

7 Heßhaus, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, Stand 1. 10. 2014, § 20 Vor Rn. 1.

8 Decker, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. (2012), § 20 VwVfG Rn. 1; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. (2014), § 20 Rn. 1.

9 BVerwG, Urt. v. 19. 2. 1998 – 2 C 14/97, juris, Rn. 25 f.

10 Vgl. Reg.-Entw. BT-Dr 7/910, S. 46 – zur Intention der wirtschaftlichen Abhängigkeit.

11 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 15. Aufl. (2014), § 20, Rn. 25.

12 § 2 IV 1 BerlHG.

Das Begriffspaar „Vorteil/Nachteil“ ist grundsätzlich weit auszulegen, damit der Anschein einer Interessenskollision auf beiden Seiten vermieden wird¹³. Es sind nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche, immaterielle, familiäre, private oder sonstige Vorteile bzw. Nachteile hierunter zu fassen¹⁴. Die Annahme eines Vorteils bzw. eines Nachteils ist stets eine Frage des Einzelfalles, welche anhand einer wertenden Betrachtung zu ermitteln ist.

Hier könnte daran gedacht werden, dass die Mitarbeiter aus dem betreffenden Forschungs- oder Lehrgebiet ein spezifisches Interesse verfolgen, von dem sie erhoffen, es durch ihre Mitwirkung durchsetzen zu können. Es fällt aber schon schwer, solche Interessen zu konkretisieren und ausschließlich diesen Beschäftigten zuzuordnen. Geht es etwa beispielhaft darum, dass ein Bewerber mit einer zurückliegenden Auslandstätigkeit für die Berufung in Betracht kommt, müsste den Mitarbeitern erst unterstellt werden, dass sie gegen dessen Berufung und die befürchtete zunehmende Korrespondenz und Reisetätigkeit mit Auslandsbezug eingestellt sind und stimmen werden – ebenso denkbar ist es, dass ihnen aus wissenschaftlichen Gründen oder schlichtweg wegen des Renommées¹⁵ daran gelegen sein kann, einen Wissenschaftler mit Auslandserfahrung für die Hochschule zu gewinnen. Ebensolche Motive für oder gegen einen Bewerber könnten in gleicher Weise bei einem professoralen Mitglied der Berufungskommission vorliegen, der sich eine engere Kooperation oder – entgegen gesetzt – eine möglichst fernliegende Entwicklung des betreffenden Lehr- oder Forschungsgebiets wünschen kann. Hiermit wird deutlich, dass losgelöst vom Einzelfall keine „standardisierte“ Vorteilssituation an den Einsatz von Mitarbeitern gerade im Lehr- und Forschungsgebiet angeknüpft werden kann.

bb) Unmittelbarkeit. Festmachen lässt es sich aber an der fehlenden Unmittelbarkeit von Vor- und Nachteilen. Für den Ausschlussgrund gem. § 20 I 2 VwVfG genügt nicht jedweder, auch nur entfernt denkbarer Vor- oder Nachteil. Die Auswirkung muss für den Einzelnen wenigstens annähernd konkretisierbar und individualisierbar sein. Nach dem Gewicht und der Art des Vor- oder Nachteils muss nach der Auffassung eines gerecht und billig denkenden Durchschnittsbürgers die Unparteilichkeit des Handelns nicht mehr ausreichend gewährleistet erscheinen¹⁶. Dies ist bei der Mitwirkung in Berufungskommissionen schon deshalb wenig wahrscheinlich, weil nur über Eignung der Bewerber, nicht aber darüber befunden wird, wie oder was diese nach Verleihung der Professur tatsächlich arbeiten und wo sie ihre Schwerpunkte in der Forschung oder bei der Betreuung von Promotionen setzen.

In der Rechtsprechung hat sich zur Bewertung des unmittelbaren Vorteils/Nachteils das Kriterium des individuellen Sonderinteresses entwickelt. Die Auswirkungen der Beteiligung müssen dabei so erheblich sein, dass sie grundsätzlich geeignet sind, ein individuelles Sonderinteresse am Ausgang des Verfahrens zu begründen. Dabei geht es um personenbezogene Interessen, die über die gemeinsamen Interessen einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe hinausgehen¹⁷.

Zur Beurteilung, ob ein unmittelbarer Vorteil vorliegt, können die Maßstäbe der inhaltsgleichen kommunalrechtlichen Befangenheitsregelungen übertragen werden. Diese sehen ebenfalls

als Ausschlusskriterium die Erlangung eines unmittelbaren Vorteils oder Nachteils vor¹⁸. Danach wird ein unmittelbarer Vorteil oder Nachteil für Gemeinderatsmitglieder bzw. für deren Verwandte angenommen, die an der Entscheidung über die Aufstellung eines Bebauungsplanes mitwirken, obwohl sie oder die Verwandten Eigentümer von Grundstücken im betreffenden Planbereich sind¹⁹. Hingegen ist nicht befangen, wenn ein Gemeinderatsmitglied als Eigentümer eines entfernt liegenden Grundstücks „wie eine Vielzahl anderer Bürger in den betroffenen Ortsteilen“ von einem Straßenbauvorhaben betroffen ist²⁰. Die Mitwirkung eines Gemeindevertreters am Zustandekommen einer Beitragsatzung, obwohl auch dieser von der Beitragspflicht erfasst ist, begründet ebenfalls keinen unmittelbaren Vorteil bzw. Nachteil, denn die Abgabenerhebung erfolgt erst durch einen Beitragsbescheid, sodass der Vorteil oder Nachteil nur mittelbar eintritt²¹. Mit einer abgestuften Vorgehensweise hat der VGH München im Jahre 1985 die Beteiligung der Bewohner im Rahmen einer Planfeststellung für den Flughafen München II die Unvoreingenommenheit betrachtet. Dabei waren Bewohner in der Zone der stärksten Lärmbelästigung von der Mitwirkung ausgeschlossen, wohingegen Bewohner der Zone mit der geringsten Lärmbelästigung, allein wegen dieses Umstandes, nicht ausgeschlossen waren²². Gerade diese Entscheidung verdeutlicht, dass die Anwendung des Begriffs des „unmittelbaren Vorteils bzw. Nachteils“ eine Abwägung zwischen der Intensität des Sonderinteresses und der Funktionsfähigkeit der Verwaltung – hier der Berufungskommission – erfordert²³.

cc) Gesamtbetrachtung. Es ist dementsprechend eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, ob eine unparteiliche Mitwirkung der Mitarbeiter ausgeschlossen erscheint. Das VG Hannover²⁴ hat darauf abgestellt, dass ein persönlicher Vorteil oder Nachteil für die Antragstellerin, welche wissenschaftliche Assistentin am betroffenen Institut war, im Sinne der Vorschrift evident nicht vorliegt.

Im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung sind auch die Zwecke des Berufungsverfahrens einzustellen. In der Berufungskommission wirkt eine Vielzahl von Personen mit, deren Beteiligung

13 *Steinkühler*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 20, Rn. 61.

14 *Ritgen*, in: *Knack/Henneke*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. (2014), § 20, Rn. 63; *Pünder*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2010), § 14, Rn. 6.

15 Vgl. *VG Minden*, Ur. v. 24. 8. 1988 – 10 K 645/88, NVwZ 1989, 689 (691) – Ansehensgewinn als Vorteil.

16 *Kopp/Ramsauer* (o.FuBn. 11), § 20, Rn. 35.

17 *VGH Mannheim*, Ur. v. 18. 3. 1993 – 1 S 570/92, NVwZ-RR 1993, 504 (505); *VG Arnsberg*, Beschl. v. 26. 6. 1989 – 2 L 358/89, NVwZ-RR 1990, 274 (275); *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 19. 2. 1981 – 14 C 1/80, NVwZ 1982, 44 (44).

18 Bspw. für Berliner Bezirksverordnete § 11 III BezVG Berlin mit Verweis auf das VwVfG; § 22 I BbgKVerf; Art. 49 I BayGO.

19 Vgl. *OVG Koblenz*, Ur. v. 23. 4. 1998 – 1 C 10789/97, NVwZ-RR 2000, 103; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 10. 12. 1965 – II 498/65, juris (Leitsätze).

20 Vgl. *VGH Mannheim*, Ur. v. 22. 7. 1997 – 5 S 3391/94, NVwZ-RR 1998, 325.

21 *VGH Kassel*, Ur. v. 10. 3. 1981 – II OE 12/80, NVwZ 1982, 44.

22 *VGH München*, Ur. v. 8. 3. 1985 – 20 B 81 D.1, 20 AS 84 D.1, 20 AS 84 D.2, juris (Leitsätze).

23 Vgl. *Schumacher*, in: *Schumacher u.a.*, Kommunalverfassungsrecht Brandenburg, Stand 12/2012, § 22 BbgKVerf Nr. 4.5.5.

24 *VG Hannover*, Beschl. v. 19. 6. 2003 – 6 B 2398/03, juris.

sich ohne Einflussnahme Dritter und ohne Hinzutreten weiterer Umständen nicht unmittelbar auf das Ergebnis auswirkt. Dies gilt umso mehr, weil nicht die Berufungskommission die letztendliche Entscheidungskompetenz über die vorzulegende Dreier-Liste innehat, sondern der Fakultätsrat. Selbst die für Hochschulen zuständige Senatsverwaltung ist hinsichtlich der Vorschlagsliste nicht an den Vorschlag gebunden²⁵. Das notwendige Hinzutreten weiterer Schritte schließt zwar die Unmittelbarkeit im Sinne dieser Vorschrift nicht aus, fordert aber eine stärkere, ja greifbare Intensität eines bestehenden oder in Aussicht gestellten Vor- oder Nachteils.

3. § 21 VwVfG

Der Beteiligung o.g. akademischer Mitarbeiter steht auch § 21 VwVfG nicht im Wege, weil im Hinblick auf die Auswahl des Fachvorgesetzten noch keine Befangenheit zu besorgen wäre.

a) *Besorgnis der Befangenheit.* § 21 I VwVfG beschreibt als Generalklausel, dass die Besorgnis der Befangenheit vorliegt, wenn Misstrauen gegen eine unparteiliche Amtsausübung erweckt wird. Die Voraussetzung ist dann gegeben, wenn aufgrund objektiver, feststellbarer Tatsachen die Besorgnis nicht auszuschließen ist, ein bestimmter Amtsträger werde in der Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden²⁶. Auf den Nachweis einer tatsächlichen Befangenheit kommt es gerade nicht an²⁷, ebenso wenig ist die subjektive Besorgnis ausreichend²⁸. Im Einzelfall kann die Besorgnis begründet sein, ein Amtsträger sei deswegen in einer Sache befangen, weil wegen bestimmter in oder außerhalb der Sache liegender Gründe befürchtet werden muss, er sei hierbei zu einer unparteiischen Amtsausübung nicht in der Lage²⁹.

Dabei kann allein der Umstand der Lehrstuhlzugehörigkeit nicht ausschlaggebend für die Besorgnis der Befangenheit sein. Dieser Umstand liegt nämlich im Verhältnis zu allen Bewerbern gleichermaßen vor. Wäre dieser Umstand allein ausschlaggebend, hätte der Gesetzgeber derartige Personen von der Mitwirkung in der Berufungskommission ausgeschlossen, d.h. er hätte einen entsprechenden Ausschlussstatbestand geschaffen³⁰. Zudem trifft der besondere Umstand, dass die Beschäftigung an einem zu besetzenden Lehrstuhl bzw. dem ihm zugeordneten Institut vorliegt, oftmals nicht nur auf eine Person, sondern zwangsläufig auf eine Vielzahl von Personen zu. Bei genereller Annahme einer Befangenheit wären zum einen die entsprechenden Lehrstuhlmitarbeiter, zum anderen aber auch die Mitarbeiter der entsprechenden Fakultät wegen § 21 VwVfG ausgeschlossen. Diese weisen nämlich auch eine gewisse Nähe zum Lehrstuhl auf bzw. haben ein Interesse an der Auswahl des Hochschullehrers, mit dem sie zukünftig beruflichen Kontakt haben werden. Der Kreis der letztendlich unparteilichen und unvoreingenommenen Kommissionsmitglieder wäre stark eingeschränkt. Eine Nähe der beruflichen Erfahrungen und Überschneidung der fachlichen Interessen ist letztendlich die Voraussetzung für eine kompetente und sachnahe Interessenvertretung³¹. Deshalb müssen im Rahmen der Gesamtbetrachtung andere Aspekte bzw. Faktoren hinzukommen, um die Befangenheit zu besorgen.

Wiederum ist auf die Besetzung der Berufungskommission abzustellen, an der die Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Grup-

penvertreter mitwirken. Dies impliziert zwangsläufig, dass ein Vertreter der Gruppe insbesondere auch und gerade die Interessen der von ihm vertretenen Gruppe in der Berufungskommission wahrnehmen soll. Die Wahrung der Mitarbeiterinteressen und damit auch der eigenen Interessen als akademischer Mitarbeiter im Berufungsverfahren gehört sogar zum gesetzlich vorgegebenen Auftrag³².

b) *Vergleichbare Konstellationen.* Zur weiteren Beurteilung dieser Fallgestaltung bietet sich auch ein Vergleich zu den Befangenheitsvorschriften in den Prozessordnungen an. Für die Befangenheit i.S.d. § 21 I 1 VwVfG gilt insofern das Gleiche wie im Verwaltungsprozess gemäß § 54 IVwGO i.V.m. §§ 41 bis 49 ZPO in Bezug auf zur Entscheidung berufene Richter³³. Beispielsweise hatte das *BVerwG* über den Ausschluss eines ehrenamtlichen Richters wegen dessen „organisatorischer Nähe“ zu entscheiden. Die betroffene Person wurde als ehrenamtlicher Richter für eine Sitzung des Wehrdienstsenates herangezogen, obwohl er als Leiter eines Referats in organisatorischer Nähe zu einem anderen Referat als Vertreter der Beklagtenseite steht. Hierbei sah das Gericht in dieser Nähe des ehrenamtlichen Richters keinen Grund für die Besorgnis der Befangenheit. Ausschließlich strukturell bedingte Nähe-Aspekte erschüttern für sich genommen nur in Ausnahmefällen (bspw. Mitwirkung am vorherigen Verwaltungsverfahren) die Vermutung der Unparteilichkeit³⁴.

Ein Kriterium, welches für eine Voreingenommenheit sprechen kann, ist der vorstellbare Umstand, dass sich unter den Bewerbern Personen befinden, die bereits mit einem der Kommissionsmitglieder zusammengearbeitet haben, beispielsweise im Rahmen einer Lehrstuhlvertretung. Ein berufliches Zusammenwirken bewirkt aber nicht per se die Besorgnis der Befangenheit. Eine Abgrenzung ist notwendig, damit der auszuschließende Personenkreis nicht uneingeschränkt ausgedehnt wird. Dabei haben sich in der Rechtsprechung Kriterien entwickelt, welche auf die hier zu bewertende Konstellation zu übertragen sind: Objektive Gründe i.S.d. § 21 VwVfG lägen vor, wenn sich aus dem beruflichen Zusammenwirken (gemeinsame vergangene Lehrstuhl-tätigkeit, gemeinsame Publikationen) eine „besondere kollegiale Nähe“ sowie „freundschaftliche Kontakte“ entwickelt haben³⁵.

Das *OVG Berlin-Brandenburg* hat beispielsweise in einem Beschluss die Konstellation vorgefunden, dass ein Bewerber früher als Assistent und als Doktorand bei dem Kommissionsvorsitzenden tätig gewesen ist. Über dieses Verhältnis hinaus bestand weiterhin ein stetiger wissenschaftlicher Kontakt zwischen dem Bewerber und dem Kommissionsvorsitzenden. Das *OVG* stellte unter anderem fest, dass ein bloßer wissenschaft-

25 § 101 IV 1 BerlHG.

26 Vgl. Reg.-Entw. Bt-Dr 7/910, S. 47.

27 Ziekow, VwVfG, 3. Aufl. (2013), § 21 Rn. 3.

28 *BVerwG*, Ur. v. 13. 10. 2011 – 4 A 4001/10, juris, Rn. 33.

29 Vgl. Reg.-Entw. Bt-Dr 7/910, S. 47.

30 So *VG Hannover*, Beschl. v. 19. 6. 2003 – 6 B 2398/03, juris, Rn. 79.

31 Vgl. zur Thematik „Befangenheit von Mitgliedern im Jugendausschuss“ – *Lederer*, LKV 2005, 431 (433).

32 Vgl. *VG Hannover*, Beschl. v. 19. 6. 2003 – 6 B 2398/03, juris, Rn. 77.

33 Vgl. *VGH München*, Beschl. v. 18. 4. 2012 – 7 CE 12.166, juris, Rn. 24.

34 *BVerwG*, Beschl. v. 23. 3. 2010 – 1 WB 28.09, DÖV 2010, 620.

35 Vgl. *OVG Greifswald*, Beschl. v. 18. 1. 2001 – 2 M 4/01, juris, Rn. 15.

licher und beruflicher Kontakt zu einem Bewerber schon deshalb für die Annahme einer Befangenheit unschädlich sei, weil dies insbesondere im wissenschaftlichen und universitären Betrieb üblich ist. Dies gelte nicht, wenn in der Bewertung des Einzelfalles diesen Kontakten ein Gewicht zukommt, welches die Annahme eines besonderen Näheverhältnisses begründet. Grund für die Annahme der Voreingenommenheit des Gerichts in der konkreten Entscheidung war nicht allein die berufliche Beziehung, sondern das Hinzutreten weiterer, besonderer Umstände, namentlich die engere wissenschaftliche Zusammenarbeit in Form der Durchführung von Projekten über die Assistenz- und Doktorandenzeit hinaus und die Äußerung des Kommissionsvorsitzenden, dass er den Bewerber „sehr gut“ kenne³⁶.

Entscheidend ist demnach das Hinzutreten besondere Aspekte (über den einfachen organisationsbedingten und gegebenenfalls auch üblichen beruflichen Kontakt hinaus), aus welchen eine Befangenheit zu besorgen ist; namentlich eine langjährige enge Zusammenarbeit in Verbindung mit freundschaftlicher Verbundenheit.

c) *Zu berücksichtigende Interessen der Hochschule.* Insgesamt steht dem Vorteil der Auswahl des Fachvorgesetzten zudem auf der anderen Seite das Interesse der Hochschule an der Gewinnung eines qualifizierten Hochschullehrers gegenüber. Im Interesse der Bestenauslese kann die Berufungsentscheidung unter Mitwirkung von Personen vorbereitet werden, die mit den Aufgaben des zu besetzenden Lehrstuhls besonders vertraut sind³⁷. Dies ist vor allem zweckdienlich, da damit die Wahl des am besten geeigneten und passenden Hochschullehrers, auch i.S.d. Art. 33 II GG, gewährleistet ist. Eine fachliche und organisatorische Nähe kann dabei besonders hilfreich sein. Kommissionsmitglieder, welche Erfahrungen im Bereich des zu besetzenden Lehrstuhls mitbringen, können diese im Rahmen der Kommissionsentscheidung mit einfließen lassen und damit zur wissenschaftlichen Profilbildung und zur Sicherung eines hohen Standards beitragen. Allein ihrer Stimme kommt dabei im Vergleich zu den anderen Kommissionsmitgliedern zudem kein größeres Gewicht zu.

Dabei darf insbesondere nicht vergessen werden, dass die Kommissionsmitglieder letztendlich ein gemeinsames Ziel verfolgen: Die Wahl soll der Bestenauslese dienen (Art. 33 II GG), hieran sind die Mitglieder bei ihrer Entscheidung gebunden. Diesem Umstand trägt sogar die fachliche Nähe zu dem zu besetzenden Lehrstuhl in besonderer Weise Rechnung³⁸.

d) *Ergebnis.* Abschließend lässt sich demnach festhalten, dass allein wegen der Zugehörigkeit zum Lehrstuhl oder der Professur noch nicht von einer parteilichen Ausübung ausgegangen werden kann. Der Umstand der Lehrstuhlzugehörigkeit wird dabei allen Bewerbern gegenüber mitgebracht. Dementsprechend kann allein dieser Umstand nicht ausschlaggebend oder maßgeblich sein. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die Befangenheit besorgen lassen.

4. Verfahren nach §§ 20 IV, 21 II VwVfG

Liegt ein Grund für den Ausschluss bzw. die Besorgnis der Befangenheit eines Kommissionsmitgliedes vor, richtet sich das

Verfahren nach der Rechtsnatur der Berufungskommission als Ausschuss i.S. § 88 VwVfG. Bei der Berufungskommission handelt es sich um eine kollegiale Einrichtung. Zum einen ist diese mit mehreren Mitgliedern besetzt (§ 73 II BerlHG). Zum anderen erfolgt die Willensbildung durch Mehrheitsbeschluss (vgl. § 73 III 1 BerlHG) und es ist eine Beschlussfassungskompetenz hinsichtlich der Vorschlagsliste gegeben³⁹. Die Verfahren unterscheiden sich allerdings danach, ob ein Mitglied kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 20 IV VwVfG) oder wegen der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen (§ 21 II VwVfG) ist.

a) *Verfahren nach § 20 IV VwVfG.* Liegt ein Ausschlussgrund nach § 20 I VwVfG vor, findet das Verfahren nach § 20 IV VwVfG Anwendung. Hält sich demnach ein Mitglied des Ausschusses für ausgeschlossen, oder bestehen Zweifel, ob die Voraussetzungen des § 20 I VwVfG gegeben sind, ist dies dem Vorsitzenden des Ausschusses mitzuteilen. § 20 IV 1 VwVfG verpflichtet folglich das Mitglied zur Selbstanzeige⁴⁰. Der Ausschuss hat dann über den Ausschluss zu entscheiden, wobei der Betroffene nicht an dieser Entscheidung, weder bei der Beratung noch der Beschlussfassung, mitwirken darf. Die Entscheidungskompetenz hinsichtlich des Ausschlusses liegt dabei nicht beim Vorsitzenden oder anderen, außerhalb der Berufungskommission stehenden Personen, sondern beim Ausschuss als Kollegialorgan. Ferner ist nicht nur der Betroffene selbst berufen, Zweifel anzuzeigen. Vielmehr obliegt dem Ausschuss im Gesamten, etwaige Ausschlussgründe stets von Amts wegen zu überprüfen⁴¹.

Für die Beschlussfassung über den Ausschluss gilt § 91 VwVfG, wonach der Beschluss mit Stimmenmehrheit gefasst wird. Fehlt es offensichtlich an einem Ausschlussgrund, ist ein Beschluss entbehrlich⁴², sodass das Verfahren ohne Beschlussfassung unter Beteiligung des betroffenen Mitgliedes fortgesetzt werden kann. Unabhängig von der Beschlussfassung über den Ausschluss handelt es sich trotz alledem um einen Ausschluss kraft Gesetzes, weil dem Ausschuss bei der Beurteilung kein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht, mit der Konsequenz, dass das Ergebnis (Ausschluss oder kein Ausschluss) gerichtlich voll überprüfbar ist⁴³. Lehnt die Kommission einen Ausschluss eines nach § 20 I VwVfG an sich ausgeschlossenen Mitgliedes ab, leidet das Verfahren an einem Fehler. Gleiches gilt, wenn ein Mitglied nicht nach § 20 IV VwVfG ausgeschlossen ist, die Kommission jedoch einen Ausschluss beschließt⁴⁴. Auch wenn in diesen Fällen noch keine Nichtigkeit der Auswahlentscheidung eintritt (vgl. § 44 III Nr. 2 VwVfG) kann sich die Fehlerhaftigkeit auf das Ergebnis einer Beschlussfassung auswirken.

36 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26. 5. 2008 – 4 S 4.08, n.v.; vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 9. 10. 1998 – 1 Bs 214/98, juris, Rn. 8 – „besonderes Näheverhältnis“.

37 Vgl. VGH München, Beschl. v. 6. 2. 1998 – 7 CE 97. 3209, juris, Rn. 48.

38 Vgl. VG Hannover, Beschl. v. 19. 6. 2003 – 6 B 2398/03, juris, Rn. 78.

39 So z.B. VG Hannover, Beschl. v. 19. 6. 2003 – 6 B 2398/03, juris, Rn. 69.

40 Kuntze, in: Obermayer/Funke-Kaiser, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. (2014), § 20 Rn. 102.

41 Steinkühler, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2014, § 20 Rn. 127.

42 Kuntze (o.Fußn. 40), § 20, Rn. 103.

43 Heßhaus, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, Stand 1. 1. 2015, § 20, Rn. 50.

44 Vgl. Foerster/Jäde, in: Praxis der Kommunalverwaltung, A 15 Bund, Stand: 10/2013, § 20 VwVfG, 2.1.2.

ken; die Auswahl anderer Bewerber kann allein wegen eines Besetzungsfehlers möglich erscheinen.

b) *Verfahren nach § 21 II VwVfG.* Ist nach § 21 II VwVfG die Befangenheit zu besorgen, bestimmt sich das Verfahren nach § 21 II VwVfG. Die Vorschrift ordnet an, dass für Mitglieder eines Ausschusses § 20 IV VwVfG entsprechend anwendbar ist. Dementsprechend hat die Berufungskommission, sobald sie Kenntnis über Gründe erlangt, welche die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, über den Ausschluss des Betroffenen zu beraten und zu entscheiden – wiederum ohne Mitwirkung des Betroffenen an der Beratung und Beschlussfassung.

Im Gegensatz zum o.g. Beschluss des Ausschusses nach § 20 IV VwVfG kommt dem Beschluss nach § 21 II VwVfG konstitutive Wirkung zu⁴⁵, d.h., dass erst mit Beschlussfassung über den Ausschluss des Betroffenen dieser an der weiteren Mitwirkung in der Berufungskommission gehindert ist. Auch dieser Beschluss ist gerichtlich voll überprüfbar, ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum besteht folglich nicht. Der Ausschuss hat

zu prüfen, ob die Besorgnis der Befangenheit tatsächlich begründet ist. Er kann einen Ausschluss nicht vorsichtshalber beschließen⁴⁶. Im Übrigen gilt das zu § 20 IV VwVfG Gesagte.

III. Fazit

Weder § 20 VwVfG noch § 21 VwVfG verhindern die Beteiligung akademischer Mitarbeiter an einer Berufungskommission, welche in dem zu besetzenden Lehr- oder Fachgebiet arbeiten bzw. zukünftig arbeiten sollen. Allein dieser Umstand führt weder zum Ausschluss noch zur Besorgnis der Befangenheit, solange nicht weitere Aspekte hinzutreten. Eine Prüfung im Einzelfall ist ratsam, da andernfalls ein Konkurrentenstreit eine abschließende Berufung und Besetzung des Lehrstuhls bzw. der Professur verhindern kann, bis eine erneute Auswahlentscheidung verfahrensfehlerfrei zustande gekommen ist.

45 Kuntze, in: *Obermayer/Funke-Kaiser* (o.Fußn. 40), § 21, Rn. 53.

46 Kopp/Ramsauer (o.Fußn. 11), § 21, Rn. 25 b.

Grundlagen der Verwaltungsvollstreckung im Polizei- und Ordnungsrecht – Teil 2

Jonas Hyckel, Jena*

Während sich der erste Teil dieser zweiteiligen Abhandlung zum Verwaltungsvollstreckungsrecht mit dessen begrifflichen Grundannahmen (I.) und dem Vollstreckungstitel (II.) beschäftigte, sowie die Vollstreckungsmittel Ersatzvornahme, Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang überblickartig vorgestellt hat, vertieft der nachfolgende zweite Teil die Vollstreckungsbefugnisse und stellt das Vollstreckungsverfahren sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten dar.

d) *Numerus clausus der Zwangsmittel.* Der abschließende Kanon der Zwangsmittel erlaubt es nicht, neben den genannten noch andere Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen¹. So verbieten sich die Einstellung der Trinkwasser-² oder Stromversorgung³, um den Pflichtigen zum aufgegeben Verhalten zu bewegen. Es muss jedoch geprüft werden, ob sich die angewandte Maßnahme nicht doch als Typus eines statthaften Zwangsmittels darstellt – im Stromabstellen kann unmittelbarer Zwang gegenüber einem unzulässig laut emittierenden Störer zu erkennen sein.

e) *Mittelauswahl.* Neben der Frage, ob vollstreckt wird (Entschließungsermessen, s. § 44 I ThürVwZVG/§ 51 I ThürPAG)⁴, steht der Behörde bei mehreren zur Gefahrenbeseitigung geeigneten Zwangsmitteln ein Auswahlermessen zu⁵. Ihre Anwendung darf indes nicht außer Verhältnis zum zu erreichenden Zweck stehen (Übermaßverbot), insbesondere müssen die Mittel so schonend wie möglich – wie das mit dem Vollstreckungsgrund zu vereinbaren ist – für den Betroffenen und die gefährdete Allgemeinheit in Anwendung gebracht werden (Zweck-Mittel-Relation), § 45 ThürVwZVG/§ 4 ThürPAG. Die ver-

hältnismäßige, dem pflichtgemäßen Ermessen entsprechende Mittelauswahl beschreibt die Auflösung der Konkurrenz zwischen effektiver Beseitigung der Gefahrenlage und geringstmöglicher Eingriffsintensität der Zwangsanwendung.

Wenn auch die konkreten Umstände des Einzelfalls den verhältnismäßigen Mitteleinsatz diktieren, lassen sich einige abstrakte Aussagen benennen⁶. Als Bezugspunkte sind insbesondere in die Abwägung einzustellen:

- Grad und Wahrscheinlichkeit der Verletzung der durch die Vollstreckung zu schützenden Rechtsgüter (Risikobewertung und Schadensanalyse auf hinreichend gesicherter Erkenntnisgrundlage),

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Prof. Dr. Michael Brenner, an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. (Fortsetzung von LKV 2015, 300 – Heft 7/2015).

1 Mit Exemplifizierung: *App*, JuS 2004, 786 (787).

2 Bsp. von *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 20 Rn. 19.

3 Bsp. von *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. (2014), § 24 Rn. 9.

4 Der aufrechtzuerhaltenden Glaubwürdigkeit des Staates entspricht es, in aller Regel zu vollstrecken, *Brühl*, JuS 1998, 65 (69). Angedrohte Zwangsmittel sind grundsätzlich zu Ende zu führen (festzusetzen); intendiertes Ermessen, *OLG Düsseldorf*, BeckRS 2012, 22099. Zur Suizidgefährdung bei der Vollstreckung einer Beseitigungsverfügung *VG Weimar*, ThürVBl. 2012, 93 (94).

5 Zum Ganzen *Brühl*, JuS 1998, 65 (69 f.).

6 Vgl. die „Je-desto-Formel“, *BVerfGE* 113, 348 (368).