

Frank Wertheimer

*Weiterbeschäftigungsanspruch nach negativer Tenure-Evaluierung? **

*VG München v. 16.9.2021 – M 3 E 21.4116 versus
BayVGH v. 25.10.2021 – 7 CE 21.2503*

I. Einleitung

§ 44 HRG regelt die Einstellungsvoraussetzungen für Hochschullehrer in einem weiter gesteckten Rahmen, Konkretisierungen hierfür finden sich in den Hochschulgesetzen der Länder.¹ Die für eine Einstellung erforderliche wissenschaftliche Qualifikation kann im Wege der klassischen Habilitation erworben werden, aber auch durch gleichwertige wissenschaftliche Leistungen, die auch außerhalb der Hochschule oder im Rahmen einer Juniorprofessur erbracht worden sein können. Die für Bayern einschlägige Regelung findet sich in Art. 7 Abs. 1 HSchPG. Einen besonderen Qualifikationsweg stellt das sog. Tenure-Track-Verfahren² dar. Hierbei erfolgt eine Berufung auf eine befristete W2 (Junior)Professur, die mit einer Ernennung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit³, idR für sechs Jahre, einhergeht. Vor Ablauf der Befristungszeit erfolgt eine Evaluierung, bei der die bis dahin erbrachten Leistungen in Forschung und Lehre, zumeist auch das in die akademische Selbstverwaltung eingebrachte Engagement gewürdigt werden und eine Entscheidung getroffen wird, ob eine Umwandlung der Zeitprofessur in ein Lebensbeamtenverhältnis⁴ auf Basis einer W3 Professur erfolgt. Die Landeshochschulgesetze sehen in dieser Konstellation vor, dass es keiner Ausschreibung dieser W3 Professur bedarf.⁵ Die einzelnen Verfahrensschritte für den Tenure-Track legen die Hochschulen per Satzung fest. Dort finden sich u.a. Bestimmungen über die Durchführung des Evaluationsverfahrens, die dafür zuständigen Gremien, Evaluationskriterien- und Maßstäbe, Ausschreibungsmodalitäten, Mentoring oder Regelungen zur Zwischen- und Abschlussevaluation.⁶

Die am Verfahrenbeteiligte Universität hat im Rahmen ihres Berufungs- und Karrieresystems den Tenure-Track in ihrer Satzung zum Faculty Tenure Track, die zum 1.11.2018 in Kraft getreten ist, näher ausgestaltet.⁷ Diese Satzung enthält in Teil 1 Allgemeine Bestimmungen zum Berufungs- und Karrieresystem und regelt in Teil 2 den Karriereaufstieg vom Assistent Professor zum Associate Professor (Tenure-Verfahren). Teil 3 der Satzung regelt schließlich den Aufstieg zum Full Professor.

Die Entscheidung über den Karriereaufstieg zum Associate Professor – also einer W3 Professur – trifft nach dieser Satzung (§ 9 Abs. 6) das Hochschulpräsidium auf Grundlage der Voten der Evaluierungskommission (deren Besetzung im Einzelnen in der Satzung näher geregelt ist) sowie des Appointment und Tenure Board. Bewertungskategorien sind gem. § 10 Abs. 1 der Satzung „Forschung & Entwicklung“, „Akademische Lehre“ und „Akademisches Engagement“. Eine positive Evaluierung setzt nach § 10 Abs. 2 der Satzung voraus, dass exzellente Leistungen in Forschung & Entwicklung, die im internationalen Vergleich zum Spitzenfeld zählen, sowie sehr gute Leistungen in der Akademischen Lehre, die über gewöhnliche Leistungen hinaus gehen, oder exzellente Leistungen in der Akademischen Lehre sowie sehr gute Leistungen in Forschung & Entwicklung, die im internationalen Vergleich über gewöhnliche Leistungen signifikant hinausgehen, bescheinigt werden. Im Fall einer positiven Entscheidung des Hochschulpräsidiums über den Karriereaufstieg wird der Assistant Professor zum Associate Professor (unbefristete W3 Professur) ernannt. Im Falle eines negativen Evaluierungsergebnisses sieht § 9 Abs. 9 der Satzung die Gewährung einer 12-monatigen Auslaufphase („connecting package“) vor. Mit Been-

* Gewidmet meinem verehrten Lehrer, jetzigen Anwaltskollegen und vertrauten Freund *Manfred Löwisch* zu seinem 85. Geburtstag im März 2022

1 In diesem Beitrag verwendete Personalbegriffe – unabhängig ob in männlicher oder weiblicher Form – sind jeweils geschlechtsneutral zu verstehen.
2 Vgl. dazu allgemein: *Hartmer*, in *Hartmer/Detmer*, *HSchR-Praxishandbuch*, 3. Aufl. 2017, 5. Kapitel, Rn. 120 ff.
3 Möglich ist auch der Abschluss eines auf sechs Jahre befristeten Arbeitsvertrages, vgl. Art. 7 Abs. 3 HSchPG; ebenso §§ 51b Abs. 1, 51 Abs. 8 LHG.

4 Bzw. der Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages für eine Professur im Angestelltenverhältnis.

5 Z.B. Art. 18 Abs. 3 S. 3 BayHSchPG; siehe auch § 48 Abs. 1 S. 4 LHG BW.

6 Vgl. etwa Satzung und Qualitätssicherungskonzept der Universität Freiburg für Juniorprofessuren und Tenure-Track-Professuren vom 26.9.2018, siehe <https://uni-freiburg.de/zuv/service/tenure/>.

7 Satzung aufgrund § 13 Abs. 1 S. 2 BayHSchG v. 23.5.2006 in der Fassung vom 10.7.2018, aktualisierte Satzung nunmehr vom 15.2.2022.

digung dieser Auslaufphase scheidet der negativ evaluierte Hochschullehrer aus der Universität aus. Das Verfahren zeigt, dass das Tenure-Track Modell letztlich nur eine ungesicherte Exspektanz bedeutet.⁸

Hochschullehrer im Tenure-Track haben einen Anspruch auf ein formell und materiell rechtmäßiges Evaluierungsverfahren.⁹ Im Rahmen von Tenure-Track Evaluierungen sind Verfahrensfehler ebenso möglich wie in normalen Berufungsverfahren. Zu denken ist etwa an die Mitwirkung befangener Mitglieder in der Evaluierungskommission oder sonstige Besetzungen, die mit den satzungsmäßigen Vorgaben nicht korrespondieren. Unterlaufen der Evaluierungskommission Verfahrensfehler, die rechtserheblich sind und zur Rechtswidrigkeit des Votums führen, kann der betroffene Hochschullehrer eine Wiederholung des Evaluierungsverfahrens verlangen, ggfs. muss er diese nach vorgeschaltetem Widerspruchsverfahren gerichtlich erstreiten. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der Hochschullehrer, dessen Professorenverhältnis, sei es in einem zeitbefristeten Beamtenverhältnis oder in einem befristeten Anstellungsvertrag, endet oder er bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Evaluierungsverfahren wiederholt worden ist, Weiterbeschäftigung verlangen kann. Diese Frage kann auch dann relevant werden, wenn die Hochschule nicht sicherstellt, dass das Evaluierungsverfahren innerhalb der Tenure-Befristung abgeschlossen wird.

II. Beschluss des VG München vom 16.9.2021¹⁰

1. Sachverhalt

Über einen Fall, der die eingangs beschriebene Problematik zum Gegenstand hat, hatte das Verwaltungsgericht München zu entscheiden. Es ging dort um eine Hochschullehrerin, die auf eine W2 Professur auf Zeit berufen wurde, die Tenure-Phase umfasste sechs Jahre und endete am 30.9.2020. Im Jahr 2020 erfolgte die vorgesehene Evaluierung des Karriereaufstiegs zum Associate Professor (W3 Professur). Das Votum der 9-köpfigen Evaluierungskommission zum Karriereaufstieg fiel mit 4 Stimmen zu 5 Enthaltungen negativ aus, da die Professorin im Bereich Forschung & Entwicklung und in der Akademischen Lehre „nur“ mit jeweils „sehr gut“, aber nicht mit „exzellent“ in mindestens einem der beiden Bereiche bewertet wurde. Nachdem auch das Appointment und Tenure Board die Ablehnung des Tenure-Vorschlags empfahl und eine entsprechende Beschlussvorlage an das Präsidium formulierte, befand das Präsidium der Universität im Juli 2020 negativ über

den Karriereaufstieg. Hierbei blieb das Präsidium auch nach Anhörung der Professorin und stellte im September 2020 erneut die negative Tenure-Evaluierung fest. Der von der Professorin eingelegte Widerspruch wurde mit Bescheid vom 5.3.2021 zurückgewiesen. Ab dem 1.10.2020 befand sich die Professorin sodann in der 12-monatigen Auslaufphase („connecting package“). In dieser Phase erfolgte Ihre Beschäftigung auf Basis einer Beamtenstelle als Akademische Oberrätin, auf die sie für ein Jahr bis zum 30.9.2021 ernannt worden war.

Im April 2021 hatte die Professorin gegen die negative Tenure-Evaluierung Klage beim Verwaltungsgericht München mit dem Antrag erhoben, das Evaluierungsverfahren zu wiederholen. Begründet wurde dies vor allem mit Verfahrensfehlern, die Professorin äußerte ferner Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der Evaluierung. In dieser Phase versuchte sie mit der Universität eine Einigung dahingehend zu erzielen, dass ihr Dienstverhältnis jedenfalls bis zur Wiederholung des Evaluierungsverfahrens verlängert werde, weil das verwaltungsgerichtliche Verfahren bis Ende September 2021 nicht abgeschlossen sein würde und ihr im Falle eines Ausscheidens aus der Universität ein erheblicher Karriereschaden drohe. Die Universität lehnte eine Weiterbeschäftigung ab, worauf die Professorin Anfang August 2021 einen Eilantrag gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO beim Verwaltungsgericht München einreichte, der Universität vorläufig im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, sie ab dem 1.10.2021 weiterzubeschäftigen. Der Hauptantrag ging dahin, eine Weiterbeschäftigung im Angestelltenverhältnis als W2 Professorin zu erreichen, dieser war von Hilfsanträgen begleitet, eine Weiterbeschäftigung als Beamtin auf Zeit (A 14) bzw. als Angestellte nach der Entgeltgruppe E 15 TV-L zu ermöglichen.

2 Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Mit Beschluss vom 16.9.2021 verpflichtete das VG München die Universität vorläufig im Wege der einstweiligen Anordnung, die Professorin unter Beibehaltung ihres Rechts, den Titel „Professorin“ zu führen und aller damit verbundenen Rechte bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens in ihrem Fachgebiet weiterzubeschäftigen.

Das VG ging davon aus, dass die Professorin im Hinblick auf ihr unmittelbar bevorstehendes Ausscheiden aus der Universität und des damit einhergehenden Verlustes des Titels „Professorin“ und der damit einhergehenden Statusrechte einen Anordnungsgrund in Form

⁸ Hartmer, a.a.O., 5. Kapitel, Rn. 122.

⁹ BayVGH vom 25.10.2021, 7 CE 21.2503, juris.

¹⁰ M 3 E 21.4116, siehe <https://openjur.de/u/2361767.ppdf>.

der besonderen Dringlichkeit der begehrten einstweiligen Anordnung glaubhaft gemacht habe.

Im Rahmen der summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ging das Verwaltungsgericht ferner auch von einem Anordnungsanspruch aus: Nach Erkenntnis des Gerichts leide das Tenure-Verfahren an durchschlagenden formellen Fehlern, so dass mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Erfolg der Klage im Hauptsacheverfahren auszugehen sei.

a) Prüfungsmaßstab

Das Verwaltungsgericht führte in seiner Entscheidung aus, dass es sich bei einem Tenure Verfahren um eine Entfristung verbunden mit einem Karriereaufstieg (Berufung) von einer auf 6 Jahre befristeten W2 Professur auf eine unbefristete W3 Professur handelt. Rechtsgrundlage hierfür sei Art. 18 BayHSchPG über die Berufung von Professoren, Professorinnen, Juniorprofessoren und Juniorprofessorinnen, was das Gericht unter Darlegung der Berufungs-Systematik im BayHSchPG sowie der Regelungen der Satzung zum Tenure Faculty Track begründet. Insbesondere gestalte die Tenure-Satzung der Universität das in Art. 18 BayHSchPG geregelte Berufungsverfahren näher aus.

b) Verfahrensfehler

Einen hauptsächlichen Verfahrensfehler sah das VG darin, dass sich 5 von 9 Mitgliedern der Evaluierungskommission bei der Abstimmung über das Tenure-Votum enthalten haben. Bei der von der Kommission zu treffenden Entscheidung handle es sich um eine Prüfungsentcheidung, bei der Stimmenthaltungen nicht zulässig sind; hierbei rekurrierte das Gericht auf eine ältere Entscheidung des OVG Schleswig, das von der Unzulässigkeit einer Stimmenthaltung bei der Abstimmung in einem Habilitationsverfahren ausgegangen war.¹¹ Dieser Fehler, so das VG, sei auch beachtlich, da nicht das absolute Mehr der Kommissionsmitglieder für ein negatives Tenure-Votum gestimmt habe. Weitere Verfahrensfehler sah das Verwaltungsgericht darin, dass entgegen der Tenure-Satzung einem fakultäts- und damit fachfremden Professor der Kommissionsvorsitz übertragen wurde. Schließlich habe entgegen Art. 18 Abs. 5 S. 1 BayHSchPG nicht der Senat zum Tenure-Votum Stellung genommen, hinsichtlich der Beteiligung des sog. Appointment und Tenure Board am Berufungsverfahren

äußerte das VG Bedenken, weil sich hierfür keine gesetzliche Grundlage finde.

c) Weiterbeschäftigung der Professorin

Vor dem Hintergrund der festgestellten Verfahrensfehler nahm das VG eine Interessenabwägung vor, die zugunsten der Hochschullehrerin ausfiel: Durch ein Ausscheiden aus der Universität würde ihre wissenschaftliche Karriere einen nicht mehr zu behebenden Schaden u.a. durch den Verlust von Fördermitteln, den Abbruch von Kooperationen, den Reputationsverlust in der wissenschaftlichen Gemeinschaft und die fehlende Kontinuität der Forschung nehmen. Demgegenüber entstünde der Universität der nur vergleichsweise geringe Nachteil, eine von ihr als sehr gut bewertete Professorin weiterzubeschäftigen.

Zur Sicherung des status quo der Hochschullehrerin hielt das Verwaltungsgericht eine „wie auch immer geardete“ Weiterbeschäftigung in ihrem Fachgebiet und deren Statuserhalt als Professorin mit allen damit verbundenen Rechten für ausreichend. Eine Weiterbeschäftigung in einem befristeten Beamtenverhältnis lehnte das Gericht ab, weil die Gefahr der Begründung eines Lebenszeitbeamtenverhältnisses dadurch entstehe und dies einer Vorwegnahme der Hauptsache gleichkomme. Mit möglichen Rechtsgrundlagen für die angeordnete Weiterbeschäftigung befasste sich das Verwaltungsgericht nur ansatzweise und verwies hierbei auf die Regelung in Art. 8 Abs. 3a BayHSchPG, über die eine begrenzte Weiterbeschäftigung auf 12 Monate durchaus möglich sei.

3. Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25.10.2021¹²

Auf die Beschwerde der Universität hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof den Beschluss des VG München abgeändert und den Antrag der Professorin auf vorläufige Weiterbeschäftigung abgelehnt. Selbst im Falle einer Rechtswidrigkeit der Tenure-Evaluierung, zu der sich der VGH in der Entscheidung selbst nicht äußert, folge daraus kein Anordnungsanspruch auf Weiterbeschäftigung, eine solche sei auch aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

a) Kein Anordnungsgrund für eine Weiterbeschäftigung

Der Verwaltungsgerichtshof hebt in seiner Entscheidung darauf ab, dass im Tenure Track Verfahren eine Beru-

11 OVG Schleswig vom 9.2.1996, 3 L 79/95, NVwZ-RR 1996, 443.

12 7 CE 21.2503, juris.

fung zum Assistant Professor der Besoldungsgruppe W2 in einem Beamtenverhältnis auf Zeit für die Dauer von 6 Jahren erfolge. Wie das Verwaltungsgericht orientiert sich der Verwaltungsgerichtshof dabei an Art. 18 BayHSchPG. Für die Evaluierung seien die in diesen 6 Jahren erbrachten Leistungen relevant. Daraus schließt das Gericht, dass eine Weiterbeschäftigung auch im Falle einer zu wiederholenden Tenure-Evaluierung nicht geboten und von den Regelungen des Tenure Track Verfahrens weder direkt noch nach deren Sinn und Zweck vorgesehen sei.

b) Fehlende Rechtsgrundlage für eine Weiterbeschäftigung

Der VGH weist ferner darauf hin, dass der Anordnungsanspruch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich identisch sei mit dem materiellen Anspruch, der im Hauptsacheverfahren geltend gemacht wird. Zwar sei es gem. § 123 Abs. 1 VwGO iVm § 938 Abs. 1 ZPO in das freie Ermessen des Gerichts gestellt, welche Anordnungen zur Erreichen des Zwecks, d.h. zur Sicherung/Regelung des Rechts iSd § 123 Abs. 1 VwGO getroffen werden können, die Anordnung dürfe aber dem materiellen Recht nicht widersprechen. Nach Auffassung des VGH wäre das jedoch der Fall, wenn das Gericht die Universität zur beantragten Weiterbeschäftigung verpflichten würde.

Zur Begründung führt der VGH an, dass die beamten- und hochschulrechtlichen Bestimmungen ein Verlängerungsverbot der Beschäftigung als Professorin beinhalten. Die Tenure Track-Befristung ende automatisch nach 6 Jahren, Ausnahmen seien nur im Falle des Art. 17 Abs. 2 und 3 BayHSchPG (u.a. bei Unterbrechung durch Elternzeit, wegen eines Stipendiums oder einer Freistellung zur Wahrnehmung von Aufgaben einer Personal- oder Schwerbehindertenvertretung oder einer Frauenbeauftragten) möglich. Hierbei merkt der VGH an, dass schon die einjährige Verlängerung im Rahmen des „connecting package“ mit Art. 8 Abs. 2 BayHSchPG unvereinbar gewesen sei. Auch eine Weiterbeschäftigung als Akademische Oberrätin über den 30.9.2021 hinaus komme nicht in Betracht, dem stehe Art. 22 Abs. 5 S. 2 Halbs. 2 BayHSchPG entgegen. Danach sei eine Verlängerung des Dienstverhältnisses einer nach Art. 22 Abs. 5 S. 2 Halbs. 1 ernannten Akad. Oberrätin abgesehen von den Fällen des Art. 17 Abs. 2 und 3 BayHSchPG oder einer erneuten Ernennung nicht zulässig.

Auch mit Art. 8 Abs. 3a BayHSchPG, auf den das

Verwaltungsgericht in seinem Beschluss hingewiesen habe, sei eine Weiterbeschäftigung nicht begründbar. Die Vorschrift trage Einschränkungen durch die Corona-Pandemie Rechnung und sei auf die hiesige Fallgestaltung nach Sinn und Zweck nicht anwendbar.

Schließlich hält der Verwaltungsgerichtshof auch eine Weiterbeschäftigung in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis nicht für möglich. Art. 8 Abs. 3 BayHSchPG komme nur in besonderen Ausnahmefällen als Grundlage in Betracht, etwa für eine befristete Beschäftigung, um damit kurzfristig das Studienangebot sichern zu können. Voraussetzung sei damit grundsätzlich ein sich aufgrund besonderer Notwendigkeiten des Studienbetriebs ergebender Grund, der die ausnahmsweise Begründung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses rechtfertigt. Dieser ergebe sich vorliegend weder aus dem für das Tenure Track Verfahren maßgeblichen Bayerischen Hochschulpersonalgesetz noch aus der Tenure Satzung der Universität. Im Übrigen stehe einer Weiterbeschäftigung als Professorin in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis nach Art. 8 Abs. 3 der Rechtsgedanke des Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSchPG entgegen, der umgangen würde, wenn die Professorin über die höchst mögliche Befristungsdauer von 6 Jahren weiterbeschäftigt würde.

4. Bewertung der Entscheidungen

a) Rechtswidrigkeit der Tenure-Evaluierung

aa) Unzulässige Stimmenthaltung

Dem Verwaltungsgericht München ist darin zuzustimmen, dass es das negative Tenure-Votum deshalb als verfahrensfehlerhaft erachtet hat, weil sich 5 von 9 Kommissionsmitglieder der Stimme enthalten haben. Soweit ersichtlich, war die Frage des Abstimmungsverhaltens in einer Tenure-Evaluierungskommission zuvor noch nicht Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

Bei der in der einschlägigen Tenure Track Satzung der Universität genannten Evaluierungskommission handelt es sich um einen Ausschuss gem. Art. 88 BayVwVfG. Deren Beschlüsse werden gem. Art. 91 S. 1 BayVwVfG mit Stimmenmehrheit gefasst. Dass bzgl. des Tenure Votums eine Abstimmung erforderlich ist, belegt § 9 Abs. 3 S. 3 der Satzung, wenn dort von stimmberechtigten Kommissionsmitgliedern die Rede ist. Grundsätzlich ist bei Abstimmungen in Aus-

schüssen eine Stimmenthaltung zulässig, es sei denn, ein Ausschussverfahren ist so weitgehend einem gerichtlichen Verfahren angeglichen, dass wie dort Stimmenthaltung nicht in Betracht kommt. Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor. Die Unzulässigkeit von Stimmenthaltungen wird aber auch für Prüfungs- und Leistungsbewertungen angenommen, sofern nichts anderes durch Rechtsvorschrift geregelt ist.¹³

aaa) In mehreren Entscheidungen hat die Rechtsprechung Stimmenthaltungen in Habilitationsverfahren für unzulässig erachtet mit der Folge, dass Beschlüsse des Habilitationsausschusses, bei denen sich einzelne Mitglieder enthalten haben, als rechtswidrig eingestuft wurden. In diesem Zusammenhang wurde etwa ausgeführt, dass es sich bei der Habilitationsprüfung, bei der der entsprechende Kandidat die Fähigkeit zur selbständigen Forschung und Lehre im Rahmen einer Hochschule förmlich nachweist, um eine Berufszulassungsprüfung handelt. In diesem Rahmen sind erbrachte Leistungen des Kandidaten vom Habilitationsausschuss zu beurteilen. Der somit vom Ausschuss zu fassende Beschluss ist nur dann rechtmäßig, wenn er sich an den besonderen Grundsätzen des Prüfungsrechts orientiert. Im Prüfungsrecht ist eine Stimmenthaltung aber nicht zulässig. Soweit nur ein Prüfer bestellt ist, könnte bei einer Stimmenthaltung keine positive Prüfungsentscheidung gefällt werden. Nichts anderes gilt dann, wenn mehrere Prüfer bestellt sind. Der einer Mehrzahl von Prüfern erteilte Auftrag, ein Urteil über die Leistungen des Prüflings abzugeben, unterscheidet sich nicht von dem Auftrag eines Alleinprüfers. Durch die Bestellung mehrerer Prüfer soll nicht die Möglichkeit eröffnet werden, sich der Stimme zu enthalten, weshalb jedes einzelne Prüfungsmitglied an der Meinungsbildung mitzuwirken hat und sich nicht der Stimme enthalten darf.¹⁴

bbb) Diese Rechtsprechung ist auch bei Abstimmungen in den in den Hochschulgesetzen der Länder verankerten Tenure Track-Verfahren zu beachten. Die befristete Professur im Tenure Track stellt in den Landeshochschulgesetzen, so auch in Bayern, einen Qualifikationsweg dar, der zu einer Lebenszeitprofessur führen kann und neben der klassischen Qualifikation, nämlich der Habilitation, steht. So wie es sich bei einer Zwischenevaluation, der sich ein Juniorprofessor (ohne Tenure Track) unterziehen muss, um eine gesetzlich angeordnete Leis-

tungsüberprüfung eines Stelleninhabers handelt,¹⁵ liegt es bei der abschließenden Evaluation eines Stelleninhabers, dessen Professur in einem Tenure Track Verfahren ausgestaltet ist, ebenfalls um eine Leistungsbewertung im Sinne einer Hochschulprüfung. Die Parallele zum Habilitationsverfahren zeigt sich bereits daran, dass der Leistungsbewertung ein hochschulöffentlicher wissenschaftlicher Vortrag mit anschließendem persönlichen Interview vorausgeht.

Dass der Karriereaufstieg von einer Leistungsbewertung – und damit einer Prüfung – abhängig ist, belegt die hier einschlägige Satzung an mehreren Stellen. Von einer Leistungsbewertung ist nicht nur in deren § 9 Abs. 1 („Die Kommission bewertet die Leistungen des Assistant Professors ...“) die Rede, § 9 Abs. 3 S. 1 benennt für die Leistungsbewertung auch verschiedene Kategorien, die bewertet werden sollen, was in § 10 Abs. 1 der Satzung weiter aufgegriffen wird. Die Satzung differenziert unmissverständlich: Während Teil 1, der die allgemeinen Bestimmungen zum Berufungs- und Karrieresystem enthält, dort u.a. das Berufungsverfahren regelt, bestimmt Teil 2 der Satzung den Karriereaufstieg zum Associate Professor. Dieser ist gem. § 10 Abs. 2 der Satzung von einer positiven Leistungsbewertung unter Vorgabe konkreter Bewertungsstufen („exzellent“ in Verbindung mit „sehr gut“ in den Kategorien von Forschung & Entwicklung bzw. in der Akademischen Lehre) abhängig, für die damit ein Mitwirken aller stimmberechtigten Mitglieder der Evaluierungskommission zwingend ist.

ccc) In seiner Entscheidung vom 9.2.1996 hatte das OVG Schleswig hinsichtlich des Stimmenthaltungsverbots als Charakteristikum des materiellen Prüfungsrechts auf die im Bundesland geltende Landesverordnung über die Ordnung des Vorbereitungsdienstes und die zweite Staatsprüfung für Lehrkräfte hingewiesen. Eine entsprechende Bestimmung enthält die bayerische Lehramtsprüfungsordnung II (LPO II) vom 28.10.2004.¹⁶ § 3 Abs. 6 S. 2 dieser Prüfungsordnung erklärt Stimmenthaltungen in Prüfungen für unzulässig, so dass dieser Grundsatz auch dem bayerischen Prüfungsrecht immanent ist. Ausnahmen vom Stimmenthaltungsverbot sind möglich, wenn diese durch Rechtsvorschrift geregelt sind. Weder nach der universitären Satzung zum Faculty Tenure Track ist das der Fall noch ist für eine solche Ausnahme eine andere Vorschrift ersichtlich.

13 Vgl. Nachweise bei Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Hecker, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 91 Rn. 5 mwN.

14 OVG Schleswig vom 9.2.1996, 3 L 79/95, NVwZ-RR 1996, 433; OVG Saarlouis v. 28.10.1987, KMK-HSchR 1988, 316; OVG Münster vom 21.11.1980, KMK-HSchR 1981, 421; OVG Münster vom 8.9.2005, 14 A 3934/03, juris; vgl. auch VG Düsseldorf vom

11.11.2014, 27 K 1801/11, juris Rn. 74.

15 Dazu Hartmer, a.a.O., 5. Kapitel, Rn. 116; Grzeszick, in Geis: Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, 3. Kapitel, Rn. 178.

16 GVBl. S. 428, BayRS 2038-3-4-8-11-K, zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung vom 26.2.2021, GVBl. S. 86.

§ 30 Abs. 5 S. 1¹⁷ der Grundordnung der Universität vom 21.7.2007 in der Fassung der Dreizehnten Änderungsatzung vom 2.9.2021 ist jedenfalls, wie das VG München zurecht ausgeführt hat, erkennbar allgemein gefasst und nicht spezifisch für das Tenure Track Verfahren gedacht.

ddd) Auf Stimmenthaltungen beruhende Verfahrensfehler sind erheblich, wenn das Ergebnis der Prüfung hiervon beeinflusst wird (vgl. § 46 BayLVwVfG).¹⁸ Das war vorliegend der Fall. Vorstellbar ist nämlich, dass die Kommissionsmitglieder, die sich ihrer Stimme enthalten haben, für eine positive Tenure-Evaluierung gestimmt hätten, womit insgesamt ein positives Tenure Votum zustande gekommen wäre.

eee) Dass gem. § 9 Abs. 6 der universitären Satzung das Präsidium über den Karriereaufstieg entscheidet, steht der Rechtswidrigkeit des Bescheids vom 22.9.2020 sowie des Widerspruchsbescheids vom 5.3.2021 nicht entgegen. Da das rechtswidrige Votum der Evaluierungskommission Grundlage für die Beschlüsse des Appointment und Tenure Board sowie des Präsidiums war (vgl. § 9 Abs. 6 der Satzung), war es als Grundlage für den Beschluss des Präsidiums nicht verwertbar.¹⁹ Das rechtswidrige Tenure-Votum der Evaluierungskommission hat folglich die Beschlüsse des Präsidiums „infiiziert“. Wäre es, was im Bereich des Möglichen liegt, zu einem positiven Votum der Kommission gekommen, wäre auch ein Beschluss des Präsidiums, der den Karriereaufstieg der Professorin bestätigte, durchaus möglich, wenn nicht sogar wahrscheinlich gewesen.

bb) Fehlerhafte Besetzung des Kommissionssitzes: Dem VG München ist ferner darin zuzustimmen, dass das Tenure Verfahren auch deshalb verfahrensfehlerhaft ist, weil die Evaluierungskommission entgegen der eigenen Satzungsvorgabe (§ 8 Abs. 2) mit einem Vorsitzenden aus einer anderen Fakultät besetzt worden ist. Die Formulierung in der Satzung ist eindeutig: mit „Professorin oder Professor der Fakultät“²⁰ kann in Zusammenhang mit Abs. 1 nur eine Professorin oder ein Professor gemeint sein, der der Fakultät angehört, in der die zu evaluierende Professur angesiedelt ist. Soweit im Widerspruchsbescheid argumentiert wurde, Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG enthalte keine Vorgabe, dass der Kommissionsvorsitzende zwingend Mitglied der Fakultät sein muss, verfängt das nicht. Dass Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG das nicht zwingend vorgibt, führt nicht daran vorbei, dass sich die Universität in § 8 Abs. 2 ihrer Satzung darauf festgelegt hat, den Kommissionsvorsitz einem Hoch-

schullehrer der jeweils betroffenen Fakultät zu übertragen. Mit dem Klammerzusatz (Fach-/Strukturkompetenz) macht die Satzung auch deutlich, dass der Vorsitzende jedenfalls über entsprechende Fachkompetenz verfügen soll. Wenn der Kommissionsvorsitzende aus einer anderen Fakultät stammte, war nicht sichergestellt, dass er über Fachkompetenz im Bereich der Professur, deren Evaluierung anstand, verfügte. Auch dieser Verfahrensfehler konnte sich somit auf das negative Votum auswirken.

b) Zum Weiterbeschäftigungsanspruch

Dass das VG München in seinem Beschluss vom 16.9.2021 die Universität zur vorläufigen Weiterbeschäftigung der Hochschullehrerin verpflichtet hat, war in der besonderen Situation, die dem Gericht zur Entscheidung vorlag, richtig und zu begrüßen.

aa) Hinsichtlich des nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderlichen Anordnungsgrundes hat das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt, dass der betroffenen Hochschullehrerin im Falle eines Ausscheidens aus der Universität ein nahezu irreversibler Karriereschaden droht. Bis das Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren über die Wiederholung des Evaluierungsverfahrens entscheidet, dürften zumindest einige Monate, wenn nicht gar längere Zeit vergehen, orientiert man sich an der durchschnittlichen Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren. Einzukalkulieren ist ferner eine etwaige zweite Instanz in der Hauptsache, womit die Wiederholung des Evaluierungsverfahrens, welches selbst auch eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, in noch weitere Entfernung rücken kann. In dieser – mitunter länger andauernden – Interimsphase ist die Professorin mit schwerwiegenden Nachteilen belastet, die das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss angeführt hat (u.a. Verlust von Fördermitteln, Abbruch von Kooperationen, Reputationsverlust in der wissenschaftlichen Gemeinschaft, fehlende Kontinuität der Forschung; Verlust der Lehrmöglichkeit). Diese berechtigten Erwägungen kommen in der Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs deutlich zu kurz bzw. fallen letztlich gar nicht erst ins Gewicht. Rein formal gesehen ist es zwar richtig, dass sich die für den Karriereaufstieg durchzuführende Evaluierung nach der gesetzlichen Ausgestaltung nur auf den 6-Jahres-Zeitraum bezieht, auf den die Tenure-Phase befristet war. Wissenschaftliche Leistungen in Forschung und Lehre, die nach diesem Zeitraum erbracht werden, spielen somit im Regelfall für die Evaluierung zwar Rolle mehr.

17 Mehrheitsprinzip bei Abstimmungen, Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegeben Stimmen.

18 OVG Schleswig vom 9.2.1996, a.a.O.; OVG Münster vom 8.9.2005, a.a.O.

19 Siehe hierzu OVG Münster vom 8.9.2005, a.a.O. unter I. 6 der Entscheidungsgründe.

20 In der aktuellen Satzung vom 15.2.2022 ist das geändert.

Der Verwaltungsgerichtshof blendet in seiner Entscheidung aber aus, dass die Unwirksamkeit der Tenure-Evaluierung durch die Organe der Universität dazu geführt hat, dass die Übertragung einer Lebenszeitprofessur nicht schon zum 1.10.2020 erfolgt ist und dieser von der Universität herbeigeführte Schwebezustand bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zu Lasten der Hochschullehrerin gehen darf.

Dem ließe sich entgegen halten, dass einer Universität die greifbare Gefahr einer im Eilverfahren erstrittenen vorläufigen Weiterbeschäftigung stets droht, wenn die Tenure-Evaluierung negativ ausfällt. Aus Universitäts-sicht ist das kein unbeachtlicher Einwand, insbesondere wenn zahlreiche Professuren im Tenure Track besetzt worden sind, wie das bei vielen Universitäten der Fall ist.²¹ Ist die negative Tenure Evaluierung allerdings in einem formell rechtmäßigen Verfahren zustande gekommen, steht nur die in engen Grenzen nachprüfbare inhaltliche Prüfungsentscheidung in Rede; in dieser Situation ist – ungeachtet der Frage, ob ein Anordnungsanspruch gegeben ist – regelmäßig nicht damit zu rechnen, dass eine einstweilige Anordnung mit einer Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung erlassen wird.²² Die Universitäten haben es im Übrigen selbst in der Hand, eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung zu vermeiden. Wird das Evaluierungsverfahren formell rechtmäßig durchgeführt, muss zwar im Falle eines negativen Tenure-Votums mit einer gerichtlichen Überprüfung gerechnet werden, eine vorläufige Weiterbeschäftigung kann in diesen Fällen aber nicht erstritten werden.

Das Verwaltungsgericht ist somit – in Anbetracht der singulären Ausnahmesituation aufgrund der festgestellten formellen Rechtswidrigkeit des Evaluierungsverfahrens – mit gut vertretbarer Argumentation von einem glaubhaft gemachten Anordnungsgrund ausgegangen. Die Betrachtungsweise des Verwaltungsgerichtshofs mag zwar, da auf die 6 Jahre befristete Tenure-Phase bezogen, abstrakt richtig gewesen sein, wurde aber den Besonderheiten der hier gegebenen Fallgestaltung nicht gerecht. Ein weiterer Aspekt darf in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt gelassen werden. Wird die Tenure-Evaluierung wiederholt, was im hier entschiedenen Fall durchaus erst zwei Jahre nach Ablauf der Tenure-Phase der Fall sein kann, wirft eine Beschränkung des Evaluierungszeitraums auf die 6 Jahre Probleme auf. Was die Hochschullehrerin gegebenfalls in der Zwi-

schenzeit an Forschungsleistungen erbracht und publiziert hat, müsste von den zu beauftragenden Gutachtern und den Mitgliedern der Evaluierungskommission ausgeblendet werden. Auch wäre die Professorin gezwungen, neue Forschungsrichtungen und -erkenntnisse in ihrem hochschulöffentlichen Vortrag, der auch Teil der zu wiederholenden Tenure-Evaluierung ist, unberücksichtigt zu lassen. Die Sinnhaftigkeit einer solchen Evaluierung darf berechtigterweise in Frage gestellt werden. Das lässt sich zuspitzen: Soll bzw. will die Universität am Ende einer Tenure-Track Professorin, die nach aktuellem Stand die Voraussetzungen für den Karriereaufstieg zur Associate Professorin erfüllen würde, diesen Aufstieg nicht gewähren, weil diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der formal rechtswidrigen Erstevaluation vermeintlich nicht vorlagen?

bb) Kritisch hinterfragen lässt sich auch, dass der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.10.2021 bzgl. der beantragten vorläufigen Weiterbeschäftigung der Professorin einen Anordnungsanspruch verneint hat. Dem bayerischen HSChPG hätte eine vorläufige Weiterbeschäftigung nämlich in der vorliegenden Fallkonstellation nicht widersprochen.

Dass das Gericht wegen Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSChPG eine Verlängerung der auf 6 Jahre befristeten Professur im Beamtenverhältnis als Rechtsgrundlage für eine vorläufige Weiterbeschäftigung ablehnt, ist hinzunehmen. Die Professorin hatte eine vorläufige Weiterbeschäftigung in einem W2-Beamtenverhältnis aber auch gar nicht beantragt. Nachvollziehbar ist auch die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass eine Weiterbeschäftigung nicht auf Art. 8 Abs. 3a HSChPG gestützt werden könne. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Ausnahmemöglichkeit, mit der der Landesgesetzgeber im April 2021 auf Einschränkungen, die aufgrund der Coronapandemie eingetreten sind, reagiert hat. Dem VGH ist daher zuzustimmen, dass die Regelung nach ihrem Sinn und Zweck auf die hier vorliegende Tenure-Situation nicht übertragbar ist.

Ein Anordnungsanspruch hätte sich aber auf Art. 8 Abs. 3 BayHSChPG stützen lassen. Hiernach kann in besonderen Fällen, insbesondere wenn eine befristete Tätigkeit vorgesehen ist, ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründen werden. Dass das Gericht den Ausnahmekarakter der Vorschrift hervorhebt, ist angesichts deren Wortlauts („in besonderen Fällen“) gewiss

21 Basis hierfür ist vorallem das Tenure Track Programm des Bundes und der Länder.

22 Vgl. hierzu die Sachverhalte in OVG Schleswig-Holstein vom

16.11.2018, 2 MB 11/18, juris oder OVG Thüringen vom 30.7.2021, 2 EO 445/21, juris.

zutreffend. In der weiteren Begründung wird beispielhaft auf Art. 18 Abs. 8 S. 1 BayHSchPG verwiesen, der eine befristete Beschäftigung von Professoren im privatrechtlichen Dienstverhältnis gestattet, um die Zeit bis zur beabsichtigten Besetzung der Stelle zu überbrücken. Bereits der Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 BayHSchP verlangt aber nicht, dass eine übergangsweise (Weiter)Beschäftigung nur in den Fällen möglich ist, in denen das HSchPG dies vorsieht – der Gesetzgeber hätte sonst auf den Zusatz „insbesondere“ verzichtet. Mithin gestattet Art. 8 Abs. 3 BayHSchPG auch eine befristete (Weiter) Beschäftigung, wenn ein sonstiger besonderer Ausnahmefall vorliegt. Auch zwingt der Wortlaut der Norm nicht dazu, von einem besonderen Fall nur dann auszugehen, wenn das Interesse der Universität betroffen ist. Die besondere Fallkonstellation, in der sich die Hochschullehrerin vorliegend durch die diversen Verfahrensfehler bei der Tenure-Evaluierung befand, hätte daher eine vorläufige Weiterbeschäftigung gerechtfertigt, letztlich wegen des erheblichen Schadenspotenzials, das der Professorin droht, sogar erfordert. Wäre diese Weiterbeschäftigung in einem nach TV-L ausgestalteten Angestelltenverhältnis unter Wahrung der Statusrechte der Professorin ausgestaltet worden – was diese höchst hilfsweise beantragt hatte – hätte dies auch über die vom Verwaltungsgerichtshof gesehene Hürde des Verlängerungsverbots gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSchPG hinweggeholfen.

Soweit der Verwaltungsgerichtshof eine Weiterbeschäftigung als Akademische Oberrätin wegen Art. 22 Abs. 5 S. 2 2. HS BayHSchPG verneint hat, erscheint auch das nicht zwingend und hätte dem Gericht eine Option eingeräumt. Systematisch ist das befristete Weiterbeschäftigungsverbot hinter den Regelungen über die Höchstbefristungszeiten für Akademische Räte sowie Akademische Oberräte platziert. Da die Hochschullehrerin im sog. „connecting package“ lediglich eine Dienstzeit von einem Jahr als Akademische Oberrätin hinter sich hatte, war die Höchstbefristungszeit bei Weitem nicht ausgeschöpft.

Vor diesem Hintergrund hätte sich ein Anordnungsanspruch begründen lassen. Hätte der Verwaltungsgerichtshof die vom Verwaltungsgericht getroffene Anordnung in Form einer vorläufigen Weiterbeschäftigung gehalten, hätte dies auch rein praktisch einen nicht zu unterschätzenden Effekt nach sich gezogen. Die Tenure-Evaluierung wäre vermutlich rasch wiederholt

worden, womit für beide Seiten nach einem überschaubaren Zeitraum Klarheit bestanden hätte, ob der Karriereaufstieg auf eine W3 Professur erfolgt oder die Hochschullehrerin im Falle einer erneut negativen Evaluierung aus der Hochschule ausscheidet. Nunmehr hängen beide Seiten in der „Warteschleife“, bis das Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren entschieden hat, wobei die Nachteile eindeutig bei der Professorin liegen. Der unsichere Zustand bringt aber auch einen Nachteil für die Universität mit sich: Der Verwaltungsgerichtshof hat am Ende seiner Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Universität im Falle des Obsiegens der Professorin sicherstellen muss, dass eine haushaltsrechtliche Planstelle zur Verfügung steht, um darauf gegebenenfalls die begehrte W3 Professur führen zu können.

5. Fazit

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München bedeutet insoweit Neuland, als sie – wenn auch vorab erst im einstweiligen Rechtsschutzverfahren – klarstellt, dass es sich bei Tenure-Evaluierungen um Prüfungsentscheidungen handelt, auf die die Grundsätze des materiellen Prüfungsrechts anwendbar sind. Stimmenthaltungen sind danach unzulässig und führen zur formellen Rechtswidrigkeit des Votums, wenn sich die Enthaltungen tatsächlich auswirken.

Mit der vom Verwaltungsgerichtshof abgelehnten vorläufigen Weiterbeschäftigung nach einer negativen Tenure-Evaluierung stärkt das Gericht die Position der Universitäten, dem vorliegenden, sicherlich extremen, Einzelfall wird aber die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München besser gerecht. Die Auseinandersetzung mit der Entscheidung zeigt auch, dass letztlich die jeweiligen Bestimmungen der Landeshochschulgesetze einer genauen Analyse bedürfen, ob sie bei einer solchen oder vergleichenden Konstellation eine vorläufige Weiterbeschäftigung materiellrechtlich überhaupt zulassen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.