

Martin Burgi/Lisa Hagen

Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen

Vielfach besteht in Berufungsausschüssen (Synonym: -kommissionen) beim Umgang mit befangenen Mitgliedern regelmäßig zu Beginn der ersten Sitzung große Unsicherheit. Die Feststellung der Befangenheit zieht zahlreiche Folgefragen nach sich: Muss das als befangen geltende Mitglied die Sitzung verlassen? Wenn ja, für immer oder nur für die Dauer der laufenden Sitzung? Oder betrifft der Ausschluss womöglich nur die Beratungen hinsichtlich des die Befangenheit auslösenden Bewerbers bzw. der die Befangenheit auslösenden Bewerberin?¹ Problematisch erweist sich insoweit der mit einem Ausschluss einhergehende Verlust an Fachkompetenz für die ausgeschriebenen Gebiete, v.a. in Mehrfächer-Fakultäten. Ferner birgt ein Ausschluss der als befangen geltenden Mitglieder die Gefahr des Verlustes der Beschlussfähigkeit bzw. der doppelten Professorenmehrheit. Damit verbunden sind Aktivitäten zur personellen (Nach-) Besetzung, die regelmäßig das Berufungsverfahren verlängern. Im folgenden Beitrag soll es nur um diese Fragen gehen, das Vorliegen der Befangenheit eines Mitglieds des Berufungsausschusses wird unterstellt.

I. Bisheriger praktischer Umgang ausweislich sog. Handreichungen

Nach der „Handreichung zum Berufungsverfahren“ der LMU München (und vielen anderen Hochschulen) sollen als befangen geltende Mitglieder des Berufungsausschusses von der Mitwirkung bei der weiteren Beratung

und Beschlussfassung ausgeschlossen sein.² Dabei sei es nicht ausreichend, wenn das befangene Mitglied nur im Hinblick auf die Bewerber, die den Anlass der Befangenheit gegeben haben, nicht mitwirkt oder den Sitzungsraum verlässt.³ Vielmehr sei erst nach Wegfall des Befangenheitsgrundes, d.h. erst dann, wenn der betroffene Bewerber ausgeschieden ist, eine Mitwirkung wieder möglich. Der Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern eines Berufungsausschusses wird an deutschen Universitäten allerdings unterschiedlich gehandhabt. So wird an der Philipps Universität Marburg das befangene Mitglied gebeten, den Raum zu verlassen. Es kann aber nach der ersten Auswahlentscheidung, sofern keine Befangenheit mehr bestehen sollte, im Berufungsausschuss verbleiben.⁴ Auch an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg muss das als befangen geltende Mitglied den Sitzungsraum verlassen.⁵ An der Leibniz Universität Hannover dürfen die betroffenen Mitglieder des Berufungsausschusses hingegen auch während der Vorauswahl noch mitwirken, sie dürfen sich dabei lediglich nicht zu den Bewerbern äußern, die Anlass zur Besorgnis der Befangenheit gegeben haben.⁶ An der Universität der Bundeswehr München ist eine Mitwirkung bei der Vorauswahl der Bewerber zulässig, solange sich das als befangen geltende Mitglied nicht zu den Bewerbern äußert, denen gegenüber Befangenheit besteht. Spätestens bei Verbleiben des Bewerbers im engeren Auswahlverfahren ist das als befangen geltende Mitglied auszutauschen.⁷ Gleichsam auf einem Mittelweg regelt die Berufsordnung der Ruhr-Universität Bochum, dass

1 In dieser Ausarbeitung wird im Sinne einer sprachlichen Vereinfachung das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

2 Siehe 2. c) Befangenheit in der Handreichung zum Berufungsverfahren, abrufbar unter <https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/index.html> (zuletzt aufgerufen am 20.10.2020).

3 Siehe Merkblatt – Hinweise zum Protokoll für Berufungsverfahren, abrufbar unter https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/01_berufungsverfahren/merkblatt-hinweise-protokoll.pdf (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

4 Siehe Befangenheitsregeln Universität Marburg, S. 2, abrufbar unter: [https://www.uni-marburg.de/de/universitaet/admini-](https://www.uni-marburg.de/de/universitaet/admini-stration/recht/satzung/befangenheitsregeln-01062014.pdf)

[stration/recht/satzung/befangenheitsregeln-01062014.pdf](https://www.uni-marburg.de/de/universitaet/admini-stration/recht/satzung/befangenheitsregeln-01062014.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

5 Siehe Berufungsverfahren an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg – Leitfaden, S. 9, abrufbar unter: <https://www.zuv.uni-freiburg.de/formulare/berufungsleitfaden.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

6 Vgl. Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren Uni Hannover, S. 2, abrufbar unter: https://www.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/dezernat2/handreichung_umgang_mit_befangenheit.pdf (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

7 Vgl. Leitfaden zur Befangenheit in Berufungsverfahren der Bundeswehr Universität München, S. 4, abrufbar unter: <https://www.unibw.de/universitaet/berufung> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

das als befangen geltende Mitglied erst aus dem Berufungsausschuss auszuschließen ist, wenn sich ein Ausschluss von der Beratung und Beschlussfassung über einzelne Kandidatinnen oder Kandidaten nicht als ausreichend erweist.⁸

II. Normativer Rahmen

Die rechtliche Grundlage beim Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern eines Berufungsausschusses unterscheidet sich je nach Bundesland nur unwesentlich.⁹ Maßgeblich sind die Vorschriften des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes sowie die Hochschulgesetze der Länder. Daneben können die Hochschulen im Rahmen ihrer Satzungsbefugnis Regelungen für das Berufungsverfahren treffen. Keine Außenwirkung entfalten die zu I. erwähnten Handreichungen, sie sind dem Charakter nach universitätsinterne Verwaltungsvorschriften.

In Bayern ist das Berufungsverfahren (noch) in einem eigenen Hochschulpersonalgesetz (Art. 18 BaySchPG) geregelt. In den anderen Bundesländern werden Vorgaben für das Berufungsverfahren in den jeweiligen Landeshochschulgesetzen geregelt, etwa in § 48 BWLHG, § 37 NRWHG, § 50 RHPfHochSchG oder § 101 BerlHG.¹⁰ Regelungen zur Befangenheit fehlen in den ohnehin meist konkretisierungsbedürftigen Hochschulgesetzen jedoch weitgehend. In Bayern beispielsweise regelt lediglich Art. 41 Abs. 2 S. 1 BayHSchG für Mitglieder von Gremien die Anwendbarkeit der Art. 20, 21 BayVwVfG für Beratungen und Abstimmungen, die nicht in einem Ver-

waltungsverfahren erfolgen. Jedoch wird überwiegend angenommen, der Berufungsausschuss sei schon kein Gremium i.d.S.¹¹ Daneben gibt Art. 18 Abs. 4 S. 13 BayHSchPG Hochschulen die Möglichkeit, für die Aufstellung des Berufungsvorschlags eigene Regelungen durch die jeweilige Grundordnung zu schaffen, wovon seitens der Hochschulen nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde.¹²

Ergänzend und subsidiär gelten darüber hinaus jedoch grundsätzlich die Regelungen des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes, insbesondere §§ 20 und 21, da staatliche Hochschulen zugleich Behörden im Sinne des § 1 VwVfG sind.¹³ Bei einem Berufungsverfahren handelt es sich um eine Prüfungsentscheidung im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, und es ist auf den Erlass eines Verwaltungsaktes ausgerichtet, § 9 VwVfG.¹⁴ Der Berufungsausschuss ist ferner ein Ausschuss i.S.v. § 88 VwVfG, sodass sich ein etwaiger Ausschluss eines Mitglieds nach § 21 Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 20 Abs. 4 VwVfG richtet.¹⁵ Über den Ausschluss entscheidet nach §§ 21 Abs. 2, 20 Abs. 4 S. 2 VwVfG der Berufungsausschuss, sobald er Kenntnis über die Gründe erlangt, welche die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen.¹⁶ Die folgenden Ausführungen orientieren sich beispielhaft an der Rechtslage in Bayern.

III. Relevante Entscheidungen auf der Ebene des Berufungsausschusses

Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 1 BayHSchPG obliegt es dem Berufungsausschuss, den Berufungsvorschlag vorzubereiten.

8 Vgl. Berufungsordnung der Ruhr-Universität Bochum, S. 4 f., abrufbar unter <https://www.ruhr-uni-bochum.de/berufungsportal/berufungsverfahren/Berufungsordnung%202015.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

9 Übersichtlich hierzu *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 ff.).

10 Siehe dazu die Auflistung bei *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 Rn. 2.

11 So *Lindner*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG Rn. 6.4; *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (611 f.).

12 So *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (282) mit Verweis auf § 61 Abs. 2 S. 1 Grundordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München und § 75 Abs. 1 S. 1 Grundordnung der Universität Regensburg.

13 Zu den Einzelheiten siehe *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 f.). Bei den Hochschulen des Bundes gilt im Übrigen das VwVfG des Bundes. In Bayern lässt sich auch aus Art. 104 BayHSchG auf die Anwendbarkeit der Art. 20, 21 BayVwVfG schließen, vgl. dazu *Lindner*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG, Rn. 25.

14 Siehe *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018,

§ 20 Rn. 18; *Geis*, OdW 2020, 23; für das BayVwVfG siehe *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG, Rn. 24a; so wohl auch BayVfGH, B.v. 03. Juli 2018 – 7 CE 17.2430 –, juris Rn. 45; VG Ansbach, B.v. 16. August 2016 – AN 2 E 16.00307 –, juris Rn. 41; a.A. *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 f.), die Art. 20, 21 BayVwVfG analog anwenden wollen; zur Rechtslage in Berlin *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (338); bezüglich des VwVfG MV OVG Mecklenburg-Vorpommern, B.v. 21. April 2010 – 2 M 14/10 –, juris Rn. 19.

15 Dazu *Geis*, OdW 2020, 23 (24), der auch auf die Sondervorschriften im Hochschulrecht eingeht; *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (341); *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (616), die die entsprechenden Vorschriften des BayVwVfG analog anwenden; VG Ansbach, B.v. 16. August 2016 – AN 2 E 16.00307 –, juris Rn. 41; VG Hannover, B.v.19.6.2003 – 6 B 2398/03 –, juris Rn. 69.

16 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (27); *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (342); zum BayVwVfG *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG, Rn. 24a f.; a.A. *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (616), die die Vorschriften analog anwenden.

Darin sind gem. Art. 18 Abs. 4 S. 11 BayHSchPG die fachliche, pädagogische und persönliche Eignung der Bewerber in Relation zum Ausschreibungstext eingehend „und“ vergleichend zu würdigen und die gewählte Reihenfolge zu begründen.

Eine sachlich betrachtet erste Entscheidung betrifft mithin die Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des je einzelnen Bewerbers (1). Die Bewerber müssen also hinsichtlich der zu bewertenden Kriterien zunächst jeweils für sich beurteilt werden.¹⁷ In einem sachlich betrachtet zweiten Schritt erfolgt sodann eine vergleichende Betrachtung der nach (1) qualifizierten Bewerber, die sodann im Rahmen einer Vorauswahl entweder in einen Lesedurchgang einbezogen oder direkt zu den Berufungsvorträgen eingeladen werden (2). In der Verfahrenspraxis vieler Universitäten wird zwischen den Entscheidungen (1) und (2) freilich nicht explizit getrennt. Zuletzt erfolgt die Entscheidung über die Erstellung der Vorschlagsliste (3).

IV. Rechtsfolge: Ausscheiden aus der Sitzung

Regelmäßig wird zu Beginn der Sitzung des Berufungsausschusses auf Grundlage der Bewerbungen geprüft, ob Anhaltspunkte für eine Befangenheit einzelner Ausschussmitglieder vorliegen. Ist dies der Fall, so ist das betroffene Mitglied des Berufungsausschusses nach den Handreichungen (teilweise „Richtlinien“ oder „Leitfäden“ genannt) von der weiteren Mitwirkung auszuschließen. Fraglich ist jedoch, auf welche der unter III. vorgestellten Entscheidungsstadien sich dieser Ausschluss erstreckt.

1. Bei der Entscheidung über die Eignung des je einzelnen Bewerbers

In Frage kommt ein Mitwirkungsverbot des befangenen Mitglieds bei der Entscheidung zu (1) insgesamt oder

nur soweit, wie die Beratungen den die Befangenheit auslösenden Bewerber betreffen, sodass eine Mitwirkung bei den Beratungen hinsichtlich der übrigen Bewerber möglich bliebe.

Für die erstgenannte Variante sprechen sich verschiedene Stimmen in der Literatur aus.¹⁸ Rechtsprechung, die genau diese Konstellation im Blick hat, gibt es (soweit ersichtlich) nicht. Das Mitwirkungsverbot soll sachfremde Verwaltungsentscheidungen verhindern, weshalb es in einem weiten Sinne auf jegliche Form der Mitwirkung im Verwaltungsverfahren zu erstrecken ist, die zumindest die Möglichkeit direkter oder indirekter Einflussnahme auf die Verwaltungsentscheidung bietet.¹⁹ Eine solche Mitwirkung liegt auch dann vor, wenn die befangene Person nur beratend mit dem Ziel tätig wird, auf die Sachentscheidung anderer Einfluss zu nehmen.²⁰ Eine indirekte Einflussnahme dahingehend, dass die übrigen Bewerber schlechter gestellt würden, könne bei einer Mitwirkung des als befangene geltenden Mitglieds bei den verbleibenden Bewerbern, die nicht den Anlass der Befangenheit gegeben haben, nicht verhindert werden, da die Auswahlentscheidung maßgeblich auch auf dem wertenden Vergleich der jeweiligen Qualifikationen beruhe.²¹ Allein die Präsenz des ausgeschlossenen Mitglieds könne die Diskussion der verbleibenden Mitglieder im Berufungsausschuss beeinflussen.²² Der „böse Schein“ möglicher Parteilichkeit, den es im Verwaltungsverfahren gerade zu vermeiden gilt,²³ bliebe für die übrigen Bewerber bestehen. „Ausschluss“ in diesem Sinne dürfe demnach nicht nur kein Stimmrecht bedeuten, sondern müsse darüber hinaus auch das Anwesenheitsrecht ausschließen.²⁴ Dafür soll auch der Wortlaut in Art. 20 Abs. 4 S. 3, 4 („nicht mitwirken“ bzw. „nicht zugegen sein“) sprechen. Dem Erfordernis der Fachkompetenz müsse im Wege der Nachnominierung durch den Fakultätsrat ausreichend Rechnung getragen wer-

17 Dies ergibt sich nach *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 44a schon daraus, dass die Würdigung vergleichend sein muss. Vgl. auch *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 127, wonach das in Art. 33 Abs. 2 GG statuierte Prinzip der Bestenauslese erfordere, dass orientiert an dem ausgeschriebenen Anforderungsprofil der Stelle „auf der Grundlage sämtlicher vorliegenden und für die zu besetzende Stelle relevanten Informationen eingehend die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des einzelnen Bewerbers sowie der Bewerber im Verhältnis zueinander für die zu besetzende Stelle zu ermitteln ist“, was eine separate Entscheidung über jeden einzelnen Bewerber impliziert.

18 So etwa *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a.

19 Siehe *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestal-

tungsaufgabe, 2001, S. 201 f. mit Fn. 26; *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 20 Rn. 23; *Hefßhaus*, in: BeckOK VwVfG, 48. Edition, Stand 01.07.2020, § 20 Rn. 13.

20 Vgl. VG Düsseldorf, U.v. 03. Dezember 2015 – 15 K 7734/13 –, juris Rn. 74; *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl. 2013, S. 78 Rn. 140.

21 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); so auch VG Hamburg, B.v. 25. Februar 2005 – 8 E 6091/04 –, juris Rn. 51 (der Beschluss wurde jedoch später vom OVG Hamburg aufgehoben, das schon das Vorliegen von Befangenheit im Streitfall verneinte, vgl. B.v. 08. Juli 2005 – 1 Bs 89/05 –, juris Rn. 16).

22 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

23 Vgl. BVerwG, NVwZ 1984, 718 (720).

24 So *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a.

den,²⁵ was auch nach den Probevorträgen noch erfolgen könne.²⁶ Nur wenn sich in seltenen Ausnahmefällen keine Ersatzmitglieder für den Berufungsausschuss finden lassen sollten, müsste aus Gründen der Praktikabilität eine fachkompetente Besetzung des Ausschusses dadurch sichergestellt werden, dass das als befangen geltende Mitglied zwar an der Beratung teilnehmen dürfe, ihm aber das Stimmrecht versagt werde.²⁷

Hier zeigt sich ein erstes Problem dieser Sichtweise, da im Falle der Befangenheit mehrerer Mitglieder des Berufungsausschusses die universitätsinterne Kapazität an möglichen fachkompetenten Mitgliedern rasch erschöpft sein kann, sodass auf Externe zurückzugreifen wäre. Eine Nachberufung der ausscheidenden Mitglieder durch externe Mitglieder (d.h. Professoren anderer Universitäten) wäre nicht nur kosten- (man denke an zu erstattende Fahrtkosten etc.) und zeitintensiv.²⁸ Das Berufungsverfahren ist vielmehr auch das Kernstück hochschulischer Selbstverwaltung.²⁹ Ganz in diesem Sinne wird das von Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Auswahlrecht der Hochschulen für die Ämter von Hochschullehrenden als Selbstergänzungsrecht bezeichnet.³⁰ Inwiefern die Besetzung eines Berufungsausschusses mit überwiegend externen Mitgliedern dem noch gerecht werden könnte, ist äußerst zweifelhaft.

Für die eingangs genannte zweite Variante spricht auch die Erhaltung der Fachkompetenz des Berufungsausschusses. Dieser hat den Auftrag, die im Sinne der Bestenauslese (siehe auch Art. 33 Abs. 2 GG) qualifizierteste Person für die zu besetzende Professur vorzuschla-

gen.³¹ Dementsprechend sollte er idealerweise auch das Gremium mit dem maximal möglichen Sachverstand sein.³² Ein umfassendes Mitwirkungsverbot befangener Ausschussmitglieder birgt demgegenüber die Gefahr, dass die Personen, die die größte Fachkompetenz in den Berufungsausschuss bringen, nicht mehr mitwirken können. Dies betrifft insbesondere kleine wissenschaftliche Communities, die von einem engen wissenschaftlichen Austausch geprägt sind.³³

Allerdings wird in den Berufungsausschüssen oft nicht zwischen dem ersten (1) und zweiten (2) Stadium der Entscheidung, also der Bewertung des je Einzelnen und der vergleichenden Betrachtung aller Bewerber unterschieden. Auch die Stellungnahmen aus der Literatur, die sich für die erstere Vorgehensweise aussprechen, differenzieren nicht durchgehend zwischen diesen Entscheidungsstadien. Hier ist u.E. anzusetzen (siehe V.).

2. Bei der Entscheidung über eine Vorauswahl

Entfällt der Grund der Befangenheit, da der Bewerber, der den Anlass zur Befangenheit gegeben hat bereits bei der Entscheidung zu (1) ausscheidet, so kann nach überwiegender Ansicht das ursprünglich ausgeschlossene Mitglied an den Sitzungen des Berufungsausschusses wieder teilnehmen und mitbestimmen.³⁴ Wird der Bewerber, der den Anlass für die Befangenheit gegeben hat in einen Lesedurchgang einbezogen oder zu den Probevorträgen eingeladen, so ist ein Mitwirken des Mitglieds im weiteren Berufungsverfahren ausgeschlossen.³⁵

25 So auch OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris Rn. 10; *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Geis*, OdW 2020, 23 (28). *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617) sehen eine solche Nachbesetzung für Professoren aufgrund des aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Grundsatzes, dass Hochschullehrer im Berufungsausschuss stets über die Stimmmehrheit verfügen müssen, als verpflichtend an.

26 OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris Rn. 10; nach *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

27 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; a.A. *Geis*, OdW 2020, 23 (28): In diesem Fall sei das Verfahren als ultima ratio abzubrechen.

28 So appelliert *Mehde*, ZfB 2018, 373 (375 f.), trotz der Bemühungen einen bösen Schein zu vermeiden, den für die Besetzung des Berufungsausschusses entstehenden Aufwand nicht aus den Augen zu verlieren.

29 Vgl. auch *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 1;

Geis, OdW 2020, 23 (31).

30 *Reich*, DÖV 2004, 413 (415); BVerfGE 35, 79 (131).

31 So OVG Münster, B.v. 09. Februar 2009 – 6 B 1744/08 –, juris Rn. 7.

32 Vgl. *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 15; *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (281); OVG Münster, B.v. 09. Februar 2009 – 6 B 1744/08 –, juris Rn. 9.

33 Dieses Dilemma thematisieren auch *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (283) regen aus diesem Grund an eine etwaige Befangenheit nicht vorschnell zu bejahen.

34 Vgl. *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a. *Geis*, OdW 2020, 23 (28) hingegen lehnt die Rückkehr einer einmal ausgeschiedenen Person im gleichen Verfahren ab.

35 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); diese Vorgehensweise, wie sie der Leitfaden zur Durchführung von Berufungsverfahren einer Berliner Hochschule vorsieht, wird auch vom VG Berlin im Rahmen eines Konkurrentenrechtsstreits für zulässig erachtet, siehe VG Berlin, B.v. 15. Dez. 2017 – 5 L 315.17 –, juris Rn. 18.

3. Bei der Entscheidung über die Vorschlagsliste

Nach den Probevorträgen und nachdem wie üblicherweise vorgesehen externe vergleichende Gutachten über die Vorzuschlagenden eingeholt wurden³⁶, erstellt der Berufungsausschuss gem. Art. 18 Abs. 4 S. 5 BayHSchPG eine Vorschlagsliste. In diesem Stadium ist das befangene Mitglied bereits aus dem Berufungsausschuss ausgeschieden (s.o.).

V. Vorschlag einer (soweit nicht schon erfolgten) Modifizierung der Handreichungen

Aufbauend auf den insoweit gewonnenen Erkenntnissen empfiehlt es sich, für die Fassung universitätsinterner Verwaltungsvorschriften bezüglich des Umgangs mit als befangen geltenden Mitgliedern folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Die erste Sitzung eines Berufungsausschusses sollte in zwei Durchgänge gegliedert werden. Ein erster Durchgang sollte die Eignung i.w.S. für die je einzelne sich bewerbende Person zum Gegenstand haben, unabhängig von einem wertenden Vergleich mit den anderen Bewerbenden. Wurde auf diese Weise über alle Bewerbende einzeln beraten, so kann nach einer zeitlichen Zäsur ein wertender Vergleich unter den Bewerbenden stattfinden, die die Mindestanforderungen für die zu besetzende Stelle erfüllen. Durch ein solches Vorgehen kann zwischen der Bewertung und Beratung hinsichtlich der je einzelnen sich bewerbenden Person und dem wertenden Vergleich unterschieden werden, sodass ein Mitwirkungsverbot des als befangen geltenden Ausschussmitglieds auf die Zeit der Beratung über die die Befangenheit auslösende Person begrenzt werden kann. Sollte es die die Befangenheit auslösende Person bis zum wertenden Vergleich schaffen, muss das als befangen geltende Mitglied dann ausscheiden.

VI. Auswirkungen auf Beschlussfähigkeit und Zusammensetzung

1. Beschlussfähigkeit des Berufungsausschusses ab Ausscheiden des Mitglieds

Das bayerische Hochschulrecht trifft selbst keine Regelung zur Beschlussfähigkeit des Berufungsausschusses.

Der Gesetzgeber der Hochschulreform 2006 hat die nähere Ausgestaltung der Verfahrensregelungen weitgehend den Hochschulen selbst überlassen.³⁷ Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG regelt demgegenüber organisatorische Vorgaben zur Zusammensetzung des Berufungsausschusses. Die Auswirkungen des Ausscheidens eines Mitglieds aus dem Berufungsausschuss werden daher beispielhaft anhand der Grundordnung der LMU behandelt.

Gem. 2. a) der Handreichung der LMU³⁸ bzw. § 69 Abs. 4 S. 1 Grundordnung LMU ist der Berufungsausschuss beschlussfähig, wenn sämtliche Mitglieder ordnungsgemäß geladen sind und die Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt ist. Fraglich ist, ob die Sitzung weitergeführt werden darf, wenn infolge des Ausscheidens mehrerer Mitglieder wegen Befangenheit nicht mehr die Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt ist. Gem. § 69 Abs. 5 S. 1 1. HS Grundordnung LMU ist ein Gremium, wenn es zum zweiten Mal zur Verhandlung über denselben Gegenstand zusammengerufen wird, weil es das erste Mal beschlussunfähig war, ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Stimmberechtigten beschlussfähig. Eine Aussage über die Auswirkungen einer eventuellen Befangenheit eines Ausschussmitglieds auf die Beschlussfähigkeit des Ausschusses beim erstmaligen Zusammenkommen trifft diese Regelung mithin nicht. Beschlussfähig ist der Berufungsausschuss demnach, wenn zu Beginn der Sitzung die Voraussetzungen des § 69 Abs. 4 S. 1 Grundordnung LMU vorliegen. Die Befangenheit eines Mitglieds im weiteren Verlauf der Sitzung hat darauf zunächst keine Auswirkung, da die als befangen geltende Person einstweilen Mitglied des Berufungsausschusses bleibt und im Falle des Ausscheidens des die Befangenheit auslösenden Bewerbers wieder bei der Entscheidungsfindung mitwirken könnte.

Auch Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG verlangt nicht, dass die Mitglieder des Berufungsausschusses durchgehend anwesend sind,³⁹ sodass die Abwesenheit eines Mitglieds während der Beratung über den die Befangenheit auslösenden Bewerber für die Beschlussfähigkeit folgenlos bleibt. Zu empfehlen ist dennoch, von vornherein eine größere Zahl von Mitgliedern sowie Ersatzmitgliedern zu entsenden. Ferner kann die Beschlussfähigkeit im Falle des endgültigen Ausscheidens eines als be-

36 Vgl. etwa § 62 Abs. 2 Grundordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München vom 15. Juni 2007.

37 Vgl. Lindner, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG Rn. 2.

38 Abrufbar unter <https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/index.html> (zuletzt aufgerufen am 20.10.2020).

39 So Jaburek, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24; dazu VG Ansbach, B.v. 25.08.2015 – AN 2 E 15.00143 –, juris Rn. 33: „Eine lückenlose Anwesenheit sämtlicher Ausschussmitglieder während aller Verfahrensschritte kann deshalb nicht verlangt werden. Die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Ausschusses wäre andernfalls ernsthaft in Frage gestellt.“

fangen geltenden Mitglieds durch die Nachbesetzung des Sitzes im Ausschuss wiederhergestellt werden.⁴⁰ Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 1 BayHSchPG bildet der Fakultätsrat im Einvernehmen mit der Hochschulleitung einen Berufungsausschuss, sodass jener auch für die Nachnominierung eines Mitglieds des Ausschusses zuständig ist.⁴¹

2. Die Professorenmehrheit im Berufungsausschuss nach Ausscheiden des Mitglieds

Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 2 BayHSchPG wird für die Entscheidung über die Vorschlagsliste neben der Mehrheit der dem Gremium angehörenden Mitgliedern auch die Mehrheit der dem Gremium angehörenden Professoren gefordert. Diese Mehrheit der Stimmen der Professoren sichert deren ausschlaggebenden Einfluss.⁴² Scheiden mehrere Mitglieder aufgrund von Befangenheit aus dem Berufungsausschuss aus, kann die Zahl der Personen, die eine Professur innehaben, unter die von Art. 18 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BayHSchPG geforderte Mehrheit sinken. Denkbar wäre es, die Nachbesetzung der betroffenen Mitglieder in diesem Fall schon wegen Art. 5 Abs. 3 GG, dem der Grundsatz zu entnehmen sei, dass Hochschullehrer im Berufungsausschuss stets über die Stimmmehrheit verfügen müssten und die vorgesehenen Verteilungsverhältnisse insgesamt sonst unterlaufen würden, als verpflichtend anzusehen.⁴³ Beschränkt sich das Mitwirkungsverbot jedoch nur auf die Beratungen und Abstimmungen über die die Befangenheit auslösenden Personen, wird die Professorenmehrheit dadurch nicht in Frage gestellt, da sich Art. 18 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BayHSchPG als eine organisationsrechtliche Vorgabe auf die Mitgliedschaft, nicht auf die durchgehende Mitwesenheit bezieht.⁴⁴

VII. Fazit

Das Berufungsverfahren der Hochschullehrer als den eigentlichen „Träger(n) der freien Forschung und Lehre

innerhalb der Universität“⁴⁵ ist für die Zukunft der Universitäten von maßgeblicher Bedeutung. Dementsprechend komplex gestaltet sich die Zusammensetzung des Berufungsausschusses sowie der Ablauf des Berufungsverfahrens, dessen Ziel es ist, den nach dem Prinzip der Bestenauslese geeignetsten Bewerber ausfindig zu machen. Regeln zum Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern des Berufungsausschusses sollen dabei sicherstellen, dass diese Entscheidung frei von sachfremden Einflüssen erfolgt. Gleichzeitig ist die fachliche Nähe zu der zu besetzenden Professur und sind Erfahrungen im Bereich der damit einhergehenden Aufgaben elementare Voraussetzung, um die Geeignetheit des jeweiligen Bewerbers einschätzen zu können. Eine zu strenge Handhabung der Befangenheitsregelungen könnte demnach die Fachkompetenz des Berufungsausschusses und damit letztendlich die Qualität der gefundenen Entscheidung beeinträchtigen. Eine Aufteilung des Verfahrens in der Weise, dass zwischen der Bewertung und Beratung hinsichtlich der je einzelnen sich bewerbenden Person einerseits und dem wertenden Vergleich zwischen ihnen andererseits unterschieden werden kann, ermöglicht es, ein Mitwirkungsverbot des als befangen geltenden Ausschussmitglieds auf den Zeitraum der Beratung über die die Befangenheit auslösende Person zu begrenzen.

Prof. Dr. Martin Burgi ist Professor an der Ludwigs-Maximilians-Universität München und Leiter des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht und der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen. Lisa Hagen ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht.

⁴⁰ Dazu Fn. 22.

⁴¹ Siehe auch *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

⁴² Vgl. *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 16 mit Verweis auf

BVerfGE 51, 369 (381).

⁴³ So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617).

⁴⁴ So *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 16.

⁴⁵ BVerfG, NJW 1973, 1176 (1181).