

Mathias Neukirchen, Etienne Emmrich und Hendrik Büggeln *Befangenheit im Berufungsverfahren*¹

I. Einleitung

II. Rechtliche Grundlagen und Verfahren zur Befangenheit

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

2. Gesetzliche und sonstige Regelungen

a) Landesverwaltungsverfahrensgesetze

b) Landeshochschulgesetze

c) Satzungsrechtliche Regelungen

d) Sonstige hochschulinterne Regelungen

e) Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft

3. Verfahrensgang gem. §§ 20 f. VwVfG in Berufungsverfahren

a) Pflichten der einzelnen Mitglieder der Berufungskommission

b) Amtsermittlungsgrundsatz und Pflichten des oder der Vorsitzenden

c) Beschluss der Berufungskommission über die Befangenheit und Dokumentationspflicht

d) Befangenheit von Personen, die nicht Mitglied der Berufungskommission sind

III. Tatbestand und Rechtsfolgen der Befangenheit

1. Tatbestand

a) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen

b) Besorgnis der Befangenheit

2. Rechtsfolgen

a) Rechtmäßiger Ausschluss

b) Rechtswidrig unterlassener Ausschluss

c) Rechtswidriger Ausschluss

d) Rügepflicht der Bewerberinnen und Bewerber

IV. Befangenheit in Berufungsverfahren im Lichte des Fachprinzips

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Fachprinzips

2. Widerstreit von Fachprinzip und Prinzip der Neutralität und Objektivität

3. In der Praxis anzutreffende Vorgehensweisen

a) Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss

b) Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss

c) Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss

4. Rechtliche Bewertung

V. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die Berufungsverfahren an Hochschulen sind ein wesentlicher Baustein für die Gewährleistung der Freiheit von Forschung und Lehre², denn sie dienen der Auswahl der eigentlichen Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG innerhalb der Universität³. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung verletzen daher nicht nur den Bewerbungsverfahrenanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG⁴, sondern gefährden auch unmittelbar die Wissenschaftsfreiheit⁵.

Die Exzellenz ihrer Professorinnen und Professoren ist ein entscheidender Faktor für den Erfolg einer Hochschule. Bei einem durchschnittlichen Berufungsalter von 42 Jahren⁶ wirken sich Berufungen bis zur Pensionierung zumeist über Jahrzehnte aus. Die mit einer Berufung einhergehenden Ausstattungs- und Personalkosten sind erheblich und gehen in die Millionen. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung stehen somit auch im Gegensatz zum Interesse der Hochschule.

Die Berufungskommissionen müssen nachvollziehbar entscheiden, ob Mitglieder von Gesetzes wegen von der Mitwirkung am Verfahren ausgeschlossen sind (§ 20 VwVfG) oder die Besorgnis der Befangenheit besteht und sie deshalb von der Mitwirkung auszuschließen sind (§ 21 VwVfG)⁷. Den Hochschulen kommt dabei weder ein Beurteilungs- noch ein Ermessensspielraum

1 Der vorliegende Beitrag fußt auf Neukirchen/Emmrich (Hrsg.), *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch: Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2021, das gemeinsam von Neukirchen, Emmrich, Büggeln, Kurlemann, Breder und Rockmann verfasst wurde.

2 Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), *Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, 3. Aufl., Heidelberg 2017, Kap. 4 Rn. 70.

3 BVerfGE 35, 79.

4 Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt, also auch dem eines Hochschulprofessors, vgl. OVG S-H, B 8.12.2020, 2 MB 28/20,

Rn. 6 – juris; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 15 m. w. N. Dabei ist es unerheblich, ob ein Beamten- oder ein Angestelltenverhältnis begründet werden soll. Vgl. insoweit auch Feldmann, *OdW* 2019, S. 55, zur Rechtsprechung bzgl. Rechtsweg bei der Sicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG herrührenden Bewerbungsverfahrenanspruchs, wenn die Anstellung in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis erfolgen soll.

5 BVerfGE 35, 79.

6 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs (BuWiN) 2017, 117 – zuletzt abgerufen unter www.buwin.de am 20.6.2020.

7 Im Folgenden werden nur die einschlägigen Normen des VwVfG aufgeführt, die entsprechenden landesrechtlichen Normen müssen mitberücksichtigt werden.

zu; die Entscheidungen zur Befangenheit sind im vollen Umfang durch die Verwaltungsgerichte überprüfbar⁸.

Schon die mit der Erörterung der möglichen Befangenheit einhergehende Transparenz kann einer Beeinträchtigung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens entgegenwirken. Die Offenlegung von Sachverhalten, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, ist zugleich eine Voraussetzung der Wissenschaftsfreiheit⁹.

Trotz der Bedeutung für die Berufungsverfahren scheint die Problematik der Befangenheit bis vor wenigen Jahren häufig „noch völlig oder weitgehend ausgeblendet“ worden zu sein¹⁰. Dieser Artikel will dem, wie die einschlägigen Publikationen der letzten fünf Jahre insbesondere von *Wernsmann* und *Gatzka*¹¹, *Geis*¹² sowie *Burgi* und *Hagen*¹³, entgegenwirken. *Gläser et al.*¹⁴ befassen sich mit dem Thema aus wissenschaftspolitischer Sicht.

Subjektiv ungünstige Auswahlentscheidungen werden zunehmend gerichtlich angefochten¹⁵. Aufgrund der Einschätzungsprärogative der Hochschule in fachlicher Hinsicht zielen solche Klagen in der Regel auf Verfahrensfehler, was zu einer zunehmenden Verrechtlichung der Verfahren führt¹⁶.

Zwar gibt es mehr oder weniger klar etablierte Verfahrensschritte für Berufungen, die bundesweit ähnlich sind, da sie sich zum Teil schon aus §§ 42 ff. Hochschulrahmengesetz (HRG) ableiten lassen. Hinsichtlich der Details ergeben sich auf der Grundlage der 16 verschiedenen Landeshochschulgesetze (LHG), die eine unterschiedliche Regelungsdichte und teilweise divergierende Regelungen aufweisen, aber vielfältige Abweichungen¹⁷. Eine weitere Ausdifferenzierung erfolgt aufgrund des Satzungsrechts der Hochschulen in den jeweiligen Berufsordnungen der Hochschulen.

Insoweit sind in der Rechtspraxis divergierende Auffassungen zur Anwendung der einschlägigen Grundsätze und Normen anzutreffen.

Hinsichtlich der Prüfung der Befangenheit ist sowohl zwischen der Tatbestands- und der Rechtsfolgebene als auch den verschiedenen Stadien innerhalb des Auswahlverfahrens (Vorauswahl und Auswahl) zu unterscheiden.

Liegt ein Sachverhalt vor, der unter einen der gesetzlich detailliert beschriebenen Tatbestände des § 20 VwVfG zu subsumieren ist oder der geeignet ist, die weniger klar beschriebene Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG eines Mitglieds der Berufungskommission (oder einer anderen für die Hochschule tätigen Person) zu begründen, muss die Hochschule handeln.

Nachfolgend werden drei typische, in der Rechtspraxis anzutreffende und in den Berufsordnungen der Hochschulen normierte Vorgehensweisen vorgestellt und erörtert:

- A) Das betreffende Mitglied wird unwiderruflich von der weiteren Mitwirkung im Berufungsverfahren dauerhaft ausgeschlossen.
(Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss)
- B) Das betreffende Mitglied wird allein von der Behandlung der die Befangenheit auslösenden Bewerbung bei der Vorauswahl (ersten Sichtung) ausgeschlossen und bleibt ausgeschlossen, sofern diese Bewerbung weiterverfolgt wird. Sofern diese Bewerbung nicht weiterverfolgt wird, kann das betreffende Mitglied wieder mitwirken.
(Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss)
- C) Das betreffende Mitglied wird von der gesamten Vorauswahl (ersten Sichtung sämtlicher Bewerbun-

8 OVG NRW, U 24.1.1995, 5 A 1746/91; *Wernsmann/Gatzka*, Befangenheit im Berufungsverfahren bei der Neubesetzung einer Professorenstelle, DÖV 2017, S. 609, 612; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 20. Aufl., München, 2019, § 20 Rn. 50, § 21 Rn. 5.

9 Vgl. auch Wissenschaftsrat 2015, Empfehlungen zu wissenschaftlicher Integrität, Positionspapier, S. 40, für die Begutachtung im Peer-Review-Verfahren.

10 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, S. 609, 609.

11 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, S. 609-620.

12 *Geis*, Probleme bei der Zusammensetzung und Verfahren von Berufungsausschüssen und Tenure-Track-Gremien, Ordnung der Wissenschaft 2020, S. 23-32.

13 *Burgi/Hagen*, Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen, Ordnung der Wissenschaft 2021, S. 1-6.

14 *Gläser/Krauth/Windbichler/Zürn*, Befangenheit und Expertise in

Berufungsverfahren: Ein wissenschaftspolitischer Denkanstoß, Denkanstöße aus der Akademie, Schriftenreihe der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Heft 4, März 2021. *Gläser et al.* sehen auf der Grundlage von Interviews „Hinweise darauf, dass gegebene Befangenheitsregeln [...] zunehmend unerwünschte Nebenfolgen zeitigen“: den Ausschluss „tiefer Kenntnis eines Fachgebiets“ und damit den Ausschluss der „qualifizierte[n] Bewertung von fachlicher Kompetenz“ sowie die verstärkte Instrumentalisierung komplexer Befangenheitsregelwerke. Sie stellen vier Modelle zum Umgang mit Befangenheit in Berufungsverfahren vor, die auf einer Unterscheidung starker und schwacher akademischer Verbindungen sowie interner und externer Mitglieder beruhen.

15 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23 m. w. N.

16 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23.

17 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23.

gen) ausgeschlossen und bleibt ausgeschlossen, sofern die die Befangenheit auslösende Bewerbung weiterverfolgt wird. Sofern diese Bewerbung nicht weiterverfolgt wird, kann das betreffende Mitglied wieder mitwirken.

(Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss)

In der Praxis finden sich weitere Ausdifferenzierungen und Modifikationen dieser drei generellen Vorgehensweisen.

Vorgehensweise A stützt sich auf den Wortlaut der §§ 20 Abs. 1 Satz 1 und 21 Abs. 1 Satz 1 VwVfG, ist jedoch geeignet, das Fachprinzip als Ausfluss von Art. 5 Abs. 3 GG zu verletzen: Bei Verfahren mit vielen Bewerbungen – Berufungsverfahren mit bis zu 100 Bewerbungen sind durchaus kein Einzelfall¹⁸ – müssen fachlich ausgewiesene Mitglieder die Kommission dauerhaft verlassen und auch externe Fachvertreterinnen und Fachvertreter können nur schwer als Ersatz gefunden werden, denn bei einer großen Zahl von Bewerbungen können sich auch bei diesen Gründe ergeben, Befangenheit bzgl. einer Bewerbung zu besorgen.

So kann selbst eine Bewerbung, die die gesetzlichen Einstellungs Voraussetzungen nicht erfüllt oder schon bei der ersten Sichtung ausscheidet, unwiderruflich zum Ausschluss eines Mitglieds führen. Dabei tritt dieser Fall sehr häufig auf.

In der Praxis führte dies – um der Rechtsfolge des dauerhaften Ausschlusses zu entgehen – zu einer Relativierung auf der Tatbestandsebene, die einem unparteiischen und neutralen Verfahren gerade nicht dienlich ist.

Vorgehensweise B ist zwar geeignet, die Mitwirkung fachlich-disziplinär kompetenter Personen am Auswahlverfahren sicherzustellen, kann jedoch dazu führen, dass das Prinzip des unparteiischen und neutralen Handelns in nur ungeeigneter Weise umgesetzt wird, wenn befangene Mitglieder an der Vorauswahl der übrigen Bewerbungen mitwirken.

Vorgehensweise C sucht im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich zwischen unparteiischem und neutralem Verfahren sowie Fachprinzip.

Die Frage, ob ein Sachverhalt geeignet ist, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, ist in unterschiedlichen Verwaltungsverfahren unterschiedlich zu beantworten: So ist der Betreuer oder die Betreuerin einer

Promotion beim Promotionsverfahren durchaus als Gutachter oder Gutachterin zugelassen, beim Berufungsverfahren dagegen nicht. Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei den diversen Verwaltungsverfahren an Hochschulen (Promotionen, Habilitationen, Evaluierungen und Bewährungsfeststellungen bei Juniorprofessuren, Verleihung der Würde eines apl. Professors, Bestellung zum Honorarprofessor, ...) herauszuarbeiten, bleibt künftigen Arbeiten vorbehalten.

II. Rechtliche Grundlagen und Verfahren zur Befangenheit

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das rechtsstaatliche Verfahren verlangt unparteiisches, neutrales, faires und sachliches Handeln und verbietet das Handeln in eigener Sache¹⁹. Das Unbefangenheits- und das Unparteilichkeitsgebot folgen aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 GG²⁰.

Bei der Bewerbung um ein öffentliches Amt wie das einer Professur folgt zudem aus Art. 33 Abs. 2 GG das Recht der Bewerberinnen und Bewerber auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über ihre Bewerbung und damit auch auf eine ordnungsgemäß zusammengesetzte Berufungskommission ohne befangene Mitglieder oder solche, die den Anschein der Befangenheit erwecken können. Aus Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 3 GG folgt jedoch ebenso, dass die Berufungskommission so zusammengesetzt sein muss, dass genügend fachliche Expertise der Mitglieder vorhanden ist, um die Einschätzungsprärogative der Berufungskommission zu rechtfertigen.

Soweit Mitglieder der Berufungskommission Beamtinnen oder Beamte sind, gehört ihre Verpflichtung zur unparteiischen Amtsführung zu den hergebrachten Grundsätzen des Beamtentums gem. Art 33 Abs. 5 GG²¹ und ist in §§ 60 Abs. 1 Satz 2 und 61 Abs. 1 Satz 2 BBG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen kodifiziert.

2. Gesetzliche und sonstige Regelungen

Regelungen und Empfehlungen zum Umgang mit Fragen der Befangenheit finden sich auf unterschiedlichen Ebenen (Bund und Land) und in unterschiedlichen Gesetzen (VwVfG und LHG).

18 Das VG Bremen, B. 24.4.2019, 6 V 328/19, hielt es nicht für lebensfremd, dass eine Berufungskommission in einer sechsstündigen Sitzung sämtliche 124 Bewerbungen „ausführlich gesichtet hat“.

19 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 5. Aufl., München

2018, § 20 Rn. 1, 158.

20 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 1 m. w. N.

21 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 1 m. w. N.

a) Landesverwaltungsverfahrensgesetze

Das Berufungsverfahren beginnt mit der Ausschreibung und endet i. d. R. mit der Ernennung einer Person aus dem Kreis der Bewerberinnen und Bewerber – und damit mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes²². Es ist somit ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG²³. Die wesentlichen Regeln zum Umgang mit der möglichen Befangenheit finden sich in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes (VwVfG) und der Länder (LVwVfG)²⁴. §§ 20 f. VwVfG und die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen spezifizieren den Grundsatz der Objektivität und Neutralität für das Verwaltungsverfahren²⁵: Nur unparteiische und neutrale Personen dürfen an einem Verwaltungsverfahren mitwirken²⁶.

§§ 20 f. VwVfG sind bei Berufungsverfahren unmittelbar anzuwenden, soweit landesgesetzlich nichts anderes geregelt ist²⁷. In einigen Bundesländern waren oder sind Hochschulen oder Berufungsverfahren an Hochschulen von der Anwendung des LVwVfG ganz oder teilweise ausgenommen. Dann gelten §§ 20 f. VwVfG (bzw. die entsprechenden landesgesetzlichen Normen) zwar nicht unmittelbar, aber §§ 20 f. VwVfG kodifizieren die allgemeinen Regeln, auf die zurückgegriffen werden kann²⁸.

Bereits von Gesetzes wegen sind bestimmte Personengruppen von der Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung in Verwaltungsverfahren ausgeschlossen (§ 20 VwVfG). Darüber hinaus ist zu prüfen, ob bei den Mitwirkenden ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung zu besorgen (§ 21 VwVfG). Maßgeblich ist dabei, ob bei vernünftiger Würdigung der konkreten Umstände aus Sicht eines abstrakten Mitbewerbers Anlass besteht, an der Unvoreingenommenheit zu zweifeln²⁹. Tatsächliche

Befangenheit muss nicht vorliegen, schon der böse Schein ist zu vermeiden³⁰. Auf die Sicht desjenigen, der eine Befangenheitsrüge erhebt, oder ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission sich selbst für befangen hält, kommt es nicht an³¹.

Auswahlkriterien sind allein Eignung, Befähigung und fachliche Leistung; andere Aspekte sind außer Acht zu lassen³². Die Besorgnis der Befangenheit kann daher auch in anderen Verfahrensverstößen begründet sein, wie z. B. der diskriminierenden Behandlung von Bewerberinnen und Bewerbern³³ oder der frühzeitigen Vorfestlegung auf eine Bewerberin oder einen Bewerber³⁴.

b) Landeshochschulgesetze

Die Hochschulgesetze der Länder (LHG) können die Bestimmungen der §§ 20 f. VwVfG als *lex specialis* grundsätzlich verdrängen. Hier ist jedoch eine gesetzgeberische Zurückhaltung zu bemerken³⁵: Soweit sich in den Hochschulgesetzen Regelungen zu Berufungsverfahren oder allgemeiner zu Verfahren in den Hochschulgremien finden, so i. d. R. nicht zur Befangenheit.

c) Satzungsrechtliche Regelungen

Soweit die Hochschulen die gesetzlichen Vorgaben zu Fragen der Befangenheit von Amtsträgern bzw. Ausschussmitgliedern konkretisieren, geschieht dies im Rahmen ihres Satzungsrechts.

Eine (Berufungs-) Satzung kann von der Hochschule im Rahmen der ihr vom jeweiligen Landesgesetzgeber verliehenen (Rechtsetzungs-) Autonomie erlassen werden und bindet die Hochschule³⁶. Die Satzungsautonomie gewährt einen weiten Spielraum, der allerdings durch die Vorgaben des LHG (beispielsweise zur Zusammensetzung der Gremien) und anderes, höherrangiges Recht begrenzt wird³⁷.

22 a. A. Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 611, m. w. N.

23 Vgl. Geis, OdW 2020, S. 23, 25 m. w. N.; Pokorny, Die Bedeutung der Verwaltungsverfahrensgesetze für die wissenschaftlichen Hochschulen – unter Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, Frankfurt 2002, S. 14 ff., 36 ff.; VGH BW, B 10.9.2020, 4 S 1657/20, Rn. 5 – juris.

24 Aus Gründen der Einheitlichkeit wird im Folgenden allgemein auf die §§ der bundesgesetzlichen Regelungen des VwVfG abgestellt.

25 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 172 m. w. N.; Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 9 m. w. N.

26 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 6.

27 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 19 ff. – juris; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 47.

28 VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris.

29 Vgl. allg. zum Maßstab Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 13, 16;

Epping/Nölle, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz – Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 26 Rn. 61 mit Verweis auf OVG, RhPf B 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 5 ff. – juris.

30 VG Münster, B 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 90 – juris. Vgl. auch BVerfG, B 5.12.2019, 1 BvL 7/18, zur Besorgnis der Befangenheit eines Richters; VGH BW, B 27.9.2021, 1 VB 85/17, Rn. 8 – juris.

31 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris.

32 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 609.

33 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 21 Rn. 11.

34 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 21 Rn. 17; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

35 Vgl. etwa die eher zurückhaltende Formulierung in § 9 Abs. 5 Satz 1 LHG BW: „Wer eine Tätigkeit in der Selbstverwaltung übernommen hat, muss die ihm übertragenen Geschäfte uneigennützig und verantwortungsbewusst führen.“

36 VG Gera, B 20.5.2016, 1 E 1183/15.

37 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 612.

In manchen Bundesländern sind die Hochschulen durch das LHG verpflichtet worden, eine Berufsordnung als Satzung zu erlassen³⁸, in anderen ist die Übertragung des Berufsrechts an den Erlass einer Berufsordnung geknüpft³⁹.

Die Hochschulen sind gut beraten, in den Berufsordnungen exemplarisch die Fallgruppen, die mit Blick auf § 21 VwVfG geeignet sein können, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, klar und eindeutig zu normieren. Offene und allgemeine Formulierungen mögen durch eine jeweils gelungene Auslegung zwar der Vielfalt der Fälle besser gerecht werden – sie bergen aber auch ein größeres Risiko für ggf. schwerwiegende Fehler der Berufungskommissionen und verhindern ein einheitliches, transparentes und vorhersehbares Handeln der Hochschule.

d) Sonstige hochschulinterne Regelungen

Die Hochschulleitungen haben – zum Teil schon vor den Berufsordnungen bzw. auch parallel dazu – sog. Berufsleitfäden oder Handreichungen veröffentlicht. Dabei handelt es sich um Verwaltungsvorschriften⁴⁰, durch deren regelmäßige Anwendung eine Selbstbindung entsteht, von der die Hochschule nicht unbegründet abweichen darf. Auch die Rechtsprechung prüft Berufsverfahren an Hand solcher Verwaltungsvorschriften und geht von einem Fehler aus, wenn die Hochschule diese sie selbst bindenden Vorschriften verletzt⁴¹.

e) Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die DFG-Hinweise zu Fragen der Befangenheit (DFG-Vordruck 10.210-4/10) sind in Berufsverfahren nicht einschlägig und können allenfalls zur wissenschaftsspezifischen Konkretisierung des § 21 Abs. 1 Satz 1 VwVfG herangezogen werden⁴².

Die Leitlinien der DFG zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis umfassen unter anderem Hinweise zur Autorenschaft. Diese Hinweise können ggf. zur Bewertung von Sachverhalten im Zusammenhang mit der Besorgnis der Befangenheit bei gemeinsamen Publikationen herangezogen werden.

38 So § 101 Abs. 8 BerlHG.

39 Z. B. § 40 Abs. 5 Satz 4 BbgHG.

40 BVerfG, B 2.3.1999, 2 BvF 1/94, Rn. 38 – juris.

41 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 30 – juris: „Präsidiumshandreichung“; VG Berlin, B 15.12.2017, 5 L 315/17, Rn. 17 – juris. Im Rahmen der Rechtsaufsicht können Verwaltungsvorschriften jedoch nicht durchgesetzt werden, siehe *Hailbronner* in Geis (Hrsg.), HochschulR in Bund und Ländern, HRG §59 Rn. 3 (16. Lfg. 1996).

42 Siehe auch *Geis*, OdW 2020, S. 23, 24, der die DFG-Hinweise insoweit als „eigengesetzliche“ Standards der Scientific Community bezeichnet. Im Hinblick auf schon von Gesetzes wegen ausgeschlossenen Personen stehen die DFG-Hinweise teils im

3. Verfahrensgang gem. §§ 20 f. VwVfG in Berufsverfahren

Im Berufsverfahren haben jedes Mitglied, die oder der Vorsitzende, die Berufungskommission als Ganzes und die nachfolgenden Gremien die Grundsätze bzgl. der Befangenheit zu beachten.

a) Pflichten der einzelnen Mitglieder der Berufungskommission

Jedes Mitglied einer Berufungskommission ist verpflichtet, der oder dem Vorsitzenden sowohl eine Betroffenheit aus der abschließenden Aufzählung des § 20 VwVfG als auch solche Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu begründen, unverzüglich, also in der Regel unmittelbar nach Kenntnis der eingegangenen Bewerbungen zu offenbaren, § 20 Abs. 4 Satz 1 VwVfG. Auch erst später eintretende Sachverhalte sind unverzüglich anzuzeigen⁴³.

b) Amtsermittlungsgrundsatz und Pflichten des oder der Vorsitzenden

Die oder der Vorsitzende ist verpflichtet, die Mitglieder aufzufordern, entsprechende Angaben zur Befangenheit zu machen⁴⁴. Dafür haben die meisten Hochschulen Merkblätter und Formulare entwickelt, die von den Mitgliedern einer Berufungskommission auszufüllen sind⁴⁵. Die Berufungskommission darf jedoch nicht darauf vertrauen⁴⁶, sondern hat dem Amtsermittlungsgrundsatz entsprechend auch selbst aufklärend zu wirken, soweit Anhaltspunkte vorliegen.

Die oder der Vorsitzende muss gem. § 89 VwVfG (oder einer analogen Regelung des LHG, der Grund- oder Berufsordnung) Hinweisen nachgehen und nach pflichtgemäßem Ermessen über die Befassung der Berufungskommission entscheiden⁴⁷. Bekannt gewordene Befangenheitsgründe sind unabhängig von der Offenbarungspflicht auch von Amts wegen zu berücksichtigen⁴⁸. Äußern andere Mitglieder der Berufungskommission einen Verdacht oder geben Hinweise, so hat die oder der Vorsitzende den Sachverhalt aufzuklären⁴⁹. Sie

Widerspruch zu den Tatbeständen des § 20 VwVfG.

43 Steht das Mitglied in einem Dienstverhältnis zur Hochschule, so ist dies eine Dienstpflicht.

44 Anders aber VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 50: Eine Belehrungspflicht bestehe nicht, eine anlasslose Thematisierung von Befangenheit sei nicht erforderlich.

45 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 616.

46 VG Gera, B 20.5.2016, 1 E 1183/15, Rn. 74 – juris.

47 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 27.

48 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn. 1.

49 Vgl. auch *Kuntze/Beichel-Benedetti*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 23.

oder er muss sicherstellen, dass eine Entscheidung der Berufungskommission gem. §§ 20 f. VwVfG herbeigeführt und auch vollzogen wird.

c) Beschluss der Berufungskommission über die Befangenheit und Dokumentationspflicht

Die Berufungskommission ist ein Ausschuss im Sinne von § 20 Abs. 4 VwVfG und das Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG⁵⁰.

Wenn ein Mitglied der Berufungskommission eine nach seiner Ansicht bestehende (absolute oder relative) Befangenheit oder Zweifel darüber anzeigt oder die Berufungskommission hiervon anderweitig Kenntnis erlangt, muss daher (soweit nicht landesgesetzlich eine andere Stelle berufen ist) die Berufungskommission hierüber beraten und über den Ausschluss entscheiden⁵¹. Gem. § 20 Abs. 4 VwVfG berät und beschließt die Berufungskommission ohne Mitwirkung der oder des Betroffenen. Eine geheime Abstimmung ist nicht erforderlich, aber zu empfehlen. Bei Stimmgleichheit entscheidet je nach Grund- bzw. Berufsordnung ggf. die Stimme der oder des Vorsitzenden oder der Antrag ist abgelehnt⁵². Ist die oder der Vorsitzende selbst vom möglichen Ausschluss betroffen, so ist die Sitzungsleitung an die Stellvertretung zu übergeben; ggf. ist nach dem Ausschluss der Vorsitz neu zu bestimmen.

Für die Praxis ist es sinnvoll, dieses Verfahren in den Berufsordnungen genauer zu regeln, denn oft sind mehrere Mitglieder betroffen, so dass sich die Frage der Reihenfolge der Entscheidung ebenso stellt wie die Frage der Vertretung durch Sitzungsvertreter. Ob das Mitwirkungsverbot aus § 20 Abs. 4 Satz 3 VwVfG ein Verhinderungsgrund ist, der die Vertretung des betroffenen Mitglieds bei der Entscheidung über den Ausschluss durch einen (ohnehin vorgesehenen) Sitzungsvertreter erlaubt, ist offen⁵³.

Der Ausschluss ist zeitnah im Sitzungsprotokoll substantiiert zu dokumentieren⁵⁴. In einigen Berufsleitlinien ist für Fälle möglicher Befangenheit eine Informationspflicht gegenüber der Hochschulleitung vorgesehen⁵⁵. Soweit die Berufungskommissionen rechtmäßig handeln, dürfen jedoch weder Dekanat noch Präsidium über den Ausschluss entscheiden⁵⁶.

Die die Berufungskommission einsetzende Stelle – in der Regel der Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat – hat dafür Sorge zu tragen, dass die Berufungskommission trotz eines Ausschlusses von Mitgliedern beschlussfähig bleibt. Ggf. muss ein Ersatzmitglied benannt werden, sofern es keine Stellvertretung (mehr) gibt⁵⁷.

d) Befangenheit von Personen, die nicht Mitglied der Berufungskommission sind

Von Gesetzes wegen oder wegen der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen sind nicht nur stimmberechtigte, sondern auch nicht stimmberechtigte⁵⁸ Mitglieder der Berufungskommission sowie Stellvertreterinnen und Stellvertreter. Auch Gutachterinnen und Gutachter sowie all jene, die in anderer Eigenschaft mit dem Berufungsverfahren befasst sind, dürfen an dem Verfahren nicht mitwirken, sofern sie von Gesetzes wegen ausgeschlossen sind oder Gründe vorliegen, die die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen. Hierzu zählen u. a. Gleichstellungs- oder Schwerbehindertenbeauftragte, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fakultäts- oder Zentralverwaltung oder einer etwaigen Stabsstelle für Berufungen, Berufungsbeauftragte, die Dekanin oder der Dekan, Mitglieder des Präsidiums sowie Mitglieder nachfolgend mit der Berufung befasster Gremien wie Fakultätsrat oder Senat.

Die Entscheidung hierüber hat die oder der Dienstvorgesetzte zu treffen, sofern nicht ohnehin das Verfahren von einer Vertreterin oder einem Vertreter (etwa ei-

50 Vgl. Geis, OdW 2020, S. 23, 25 m. w. N.; Pokorny, Die Bedeutung der Verwaltungsverfahrensgesetze für die wissenschaftlichen Hochschulen – unter Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, Frankfurt 2002, S. 14 ff., 36 ff; VGH BW, B 10.9.2020, 4 S 1657/20, Rn. 5 – juris. Anders aber Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 611.

51 Gegen die unmittelbare Anwendung von § 20 VwVfG auf die Berufungsausschüsse: Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 616.

52 Geis, OdW 2020, S. 23, 27 m. w. N.

53 Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 4. Aufl., Stuttgart 2019, § 20 Rn. 21, geht davon aus, dass das betroffene Mitglied schon ab Selbstanzeige bis zur Entscheidung über seinen Ausschluss von der Mitwirkung ausgeschlossen ist. Da regelmäßig mehrere Mitglieder betroffen sind, könnte das in der Praxis schnell zur Beschlussunfähigkeit der Kommission führen, was für die Annahme eines Vertretungsgrundes spricht.

54 Zur Dokumentationspflicht vgl. VG Frankfurt (Oder), U 25.8.2014, 3 K 840/11, Rn. 59 f. – juris (und nachfolgend OVG Bln-Bbg, U 1.3.2016, 4 N 59.14, Rn. 12 – juris); VG Halle, B 29.9.2020, 5 B 222/19.

55 Z. B. KIT, Leitlinien für Berufungsverfahren zur Besetzung von W1-, W2- und W3-Professuren und Stellen für leitende Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, 1.12.2017, s. Anlage 6.

56 Herrmann/Tietze, Ausschließung und Befangenheit von akademischen Mitarbeitern als Mitglieder einer Berufungskommission, Landes- und Kommunalverwaltung – LKV 2015, S. 337 m. w. N.; Geis, OdW 2020, S. 23, 27.

57 OVG RhPf, B 28.9.2007, 2 B 10825/07.

58 Ziekow, VwVfG, § 21 Rn. 4a; VG Düsseldorf, U 3.12.2015, 15 K 7734/13; vgl. auch ThürOVG, U 12.3.2019, 4 KO 128/18 – juris Rn. 44 m. w. N. (zur Mitwirkung im Hochschulrat).

ner Prodekanin oder einem Prodekan) betrieben werden kann⁵⁹. Bei den (stellvertretenden) Mitgliedern von im Verfahren befassen Gremien wie Fakultätsrat und Senat hat das jeweilige Gremium zu entscheiden. Dabei wird man regelmäßig eine Prüfung der Sachverhalte gem. §§ 20 f. VwVfG in Bezug auf sämtliche Bewerbungen nicht durchführen können. Hier ist es angemessen, sich auf die im Berufungsvorschlag gelisteten Bewerbungen zu beschränken, sofern nicht darüber hinausgehende Anhaltspunkte vorliegen. Die Pflicht der Mitglieder des Gremiums zur Offenlegung entsprechender Sachverhalte gilt auch hier, und zwar in Bezug auf sämtliche Bewerbungen: Ist einem Senatsmitglied etwa bekannt, dass sich ein Angehöriger beworben hat, so muss es dies auch dann offenbaren, wenn im Senat regelmäßig „nur“ der Berufungsvorschlag erörtert wird und der Angehörige nicht gelistet ist.

Selbstverständlich können Personen, die schon in einem früheren Stadium etwa als Mitglied der Berufungskommission ausgeschlossen wurden, dann auch nicht als Mitglied des Fakultätsrats oder Senats mitwirken; sie bleiben ausgeschlossen. Ebenso ist schon die bloße Anwesenheit von aufgrund von §§ 20 f. VwVfG ausgeschlossenen Personen bei einer öffentlichen Vorstellung (Fachvortrag, Lehrprobe) abzulehnen.

III. Tatbestand und Rechtsfolgen der Befangenheit

1. Tatbestand

a) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen

§ 20 VwVfG geht von der unwiderlegbaren Vermutung aus, dass bei bestimmten Interessenskollisionen und Sachverhalten eine neutrale Amtsführung unmöglich ist und daher bestimmte Personen qua Gesetz von einem Verfahren ausgeschlossen sind⁶⁰. Absatz 1 lautet:

In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden,

1. wer selbst Beteiligter ist;
2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist;
3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt;
4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteilig-

ten in diesem Verfahren vertritt;

5. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist;

6. wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.

Dem Beteiligten steht gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

In diesem gesetzlichen Sinne ist das Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren, die Hochschule ist Behörde, die Bewerberin oder der Bewerber ist Beteiligter⁶¹. Wer Angehöriger ist, ist in § 20 Abs. 5 VwVfG geregelt.

§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwVfG umfasst nicht Gutachten, die in amtlicher Eigenschaft abgegeben worden sind. Hierzu zählen regelmäßig Gutachten in Promotions- und Habilitationsverfahren sowie in anderen Berufungsverfahren. Der Ausschluss einer Gutachterin oder eines Gutachters der Promotion oder Habilitation kann mithin nicht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwVfG gestützt werden, sondern allenfalls auf § 21 VwVfG, sofern weitere konkrete Umstände hinzutreten⁶².

Einem Beteiligten steht gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG gleich, wer durch die Tätigkeit oder Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil rechtlicher, materieller oder immaterieller Art erlangen kann⁶³. Dies ist zunächst weit auszulegen, damit der Anschein einer Interessenskollision auf beiden Seiten vermieden wird⁶⁴. Vor- oder Nachteile wegen der Zugehörigkeit zu einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe sind dabei gem. § 20 Abs. 1 Satz 3 VwVfG ausgenommen⁶⁵.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der zu besetzenden Professur fallen weder unter § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VwVfG noch unter § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG, denn sie sind bei der Hochschule oder dem Land beschäftigt und

59 Ausgenommen sind Personen, die zwar mit dem Berufungsverfahren befasst sind, aber nicht entscheidungsbezogen, sondern nur „rein technisch“ etwa als weisungsgebundene Schreibkraft tätig werden, vgl. VG BW, U 9.12.2010, 7 S 3291/08, m. w. N.

60 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 1.

61 VG Darmstadt, Beschl. v. 17.7.2014, 1 L 721/14.DA, Rn. 28 ff. – juris; VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015, 15 K 7734/13 (nachfolgend OVG NRW, Beschl. v. 27.4.2017, 6 A 277/16).

62 Anders hingegen VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20, das eine

Befangenheit schon als möglich erachtet, wenn ein Mitglied der Berufungskommission Zweitgutachter der Dissertation eines Bewerbers war und dieser an einem vom Mitglied der Berufungskommission herausgegebenen Buch mitgewirkt hat. Vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 29 f.

63 Ziekow, VwVfG § 20 Rn. 16 f.

64 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 30 ff.

65 Ziekow, VwVfG § 20 Rn. 18.

zu ihren Aufgaben gehört im Rahmen der akademischen Selbstverwaltung die Vertretung der legitimen Interessen ihrer Mitgliedergruppe⁶⁶.

§ 20 VwVfG ist sowohl auf stimmberechtigte Mitglieder und ihre Vertreterinnen und Vertreter als auch nicht stimmberechtigte Mitglieder der Berufungskommission und sonstige Personen anzuwenden, die für die Hochschule (oder das Ministerium) in dem Berufungsverfahren tätig werden.

b) Besorgnis der Befangenheit

Über die zwingenden Gründe aus § 20 VwVfG hinaus kann die sog. relative Befangenheit bzw. Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu einem Ausschluss führen⁶⁷.

Die Gründe, die eine Befangenheit besorgen lassen, müssen individuell, konkret und nachprüfbar sein⁶⁸. Nicht hinreichend sind beispielsweise die Staatsangehörigkeit, das Geschlecht oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten wissenschaftlichen Schule. Die Besorgnis der Befangenheit kann auch erst im Zuge des Verfahrens eintreten, etwa durch unsachliche Äußerungen oder Verhaltensweisen, die geeignet sind, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des betreffenden Kommissionsmitglieds auszulösen⁶⁹.

Die Verwaltungsgerichte differenzieren zwischen zulässigem „gelegentlichem beruflichen Zusammenwirken“ gegenüber unzulässiger „besonderer kollegialer Nähe“ (oder auch Konkurrenz) in dienstlicher Hinsicht und zwischen zulässigen „gelegentlichen privaten Kontakten“ und unzulässigen „freundschaftlichen Kontakten“⁷⁰. Den freundschaftlichen Kontakten stehen persönliche Anfeindungen gleich.

Nicht jede wissenschaftliche Zusammenarbeit oder frühere wissenschaftliche oder akademische Verbindung führt „gleichsam automatisch“ zur Annahme der Besorgnis der Befangenheit⁷¹. Gelegentliche private Kontakte sind unschädlich⁷².

Die besondere berufliche Nähe kann sich insbesondere in den folgenden Fallgruppen manifestieren⁷³:

- Lehrer-Schüler-Verhältnis,
- dienstliches Abhängigkeitsverhältnis,
- gemeinsame Assistenzzeit,
- gemeinsame Publikationen,
- wissenschaftliche Kooperationen oder Konkurrenz oder Konflikte,
- gegenseitige Begutachtungen.

Die bloße Begutachtung (nicht Betreuung⁷⁴) einer Promotion oder einer Habilitation wird, wie oben bereits erwähnt wurde, regelmäßig nicht geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Beim dienstlichen Abhängigkeitsverhältnis wird hingegen das direkte und unmittelbare Weisungsrecht bzw. die direkte und unmittelbare Weisungsabhängigkeit die Besorgnis der Befangenheit begründen können.

Die Zugehörigkeit zu ein und derselben Dienststelle ist ebenso wenig geeignet, Besorgnis der Befangenheit zu begründen⁷⁵ wie die Zugehörigkeit zur gleichen akademischen Schule⁷⁶. Die gemeinsame Assistenzzeit am gleichen Lehrstuhl dagegen kann durchaus ein Indiz sein⁷⁷.

Bei gemeinsamen Publikationen können Außenstehende nicht zwischen den Anteilen der Koautorinnen und Koautoren unterscheiden und damit auch nicht, ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission seine eigene Leistung oder die Leistung des Bewerbers oder

66 VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03. Vgl. auch *Ziekow*, VwVfG, § 20 Rn. 17; *Herrmann/Tietze*, LKV 2015, S. 337, 339 m. w. N.: Die Mitwirkung akademischer Mitarbeiter aus dem vakanten Fachgebiet kann auch nicht mit dem Argument beanstandet werden, die Betroffenen würden sich so ihren künftigen Vorgesetzten selbst auswählen. VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 42 – juris: Schädlich dagegen ist, wenn ein Mitglied der Berufungskommission aus der Gruppe der akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unter Mitwirkung einer der Bewerberinnen und Bewerber vom Fakultätsrat gewählt wurde.

67 § 20 entfaltet auch keine Sperrwirkung gegenüber § 21 für vergleichbare Umstände, so *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 21 Rn. 4.

68 Vgl. etwa OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris.

69 *Kuntze/Beichel-Benedetti*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 20.

70 Siehe OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris; HmbOVG, B 9.10.1998, 1 Bs 214/98, Rn. 8 – juris; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 48 – juris: „Im Rahmen von Berufungskommissionen zur Besetzung von Professuren ist eine Besorgnis der

Befangenheit hinsichtlich eines Kommissionsmitglieds dann zu bejahen, wenn zwischen dem Kommissionsmitglied und einer Bewerberin oder einem Bewerber ein besonderes Näheverhältnis besteht, das über gelegentliches berufliches Zusammenwirken hinausgeht. Erforderlich sind vielmehr eine besondere kollegiale Nähe oder freundschaftliche Kontakte.“

71 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

72 OVG M-V, B. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

73 Vgl. auch *Geis*, OdW 2020, S. 23, 26 m. w. N.

74 Die noch von *Krüger/Leuze*, in: Hailbronner/Geis, HRG, § 45 Rn. 22, vertretene Auffassung, der „Habitationsvater“ sei als Gutachter rechtlich zulässig, ist als veraltet anzusehen, vgl. auch *Beaucamp/Seifert*, Rechtsschutz von Kandidatinnen und Kandidaten im Promotions-, Habilitations- und Berufungsverfahren, WissR 2011, S. 40.

75 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

76 Anders aber VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris, siehe Fn. 107.

77 Vgl. OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris; *Geis*, OdW 2020, S. 23, 26 m. w. N.

der Bewerberin beurteilt oder ob die Beurteilung eines Bewerbers, der zugleich Koautor ist, durch das betreffende Mitglied der Berufungskommission zu Teilen auf der Bewertung der eigenen wissenschaftlichen Leistung beruht⁷⁸. Insoweit sind gemeinsame Publikationen grundsätzlich schädlich⁷⁹, es wird jedoch auch der Zeitraum seit einer solchen Publikation zu bewerten sein. Inwieweit fachspezifische Unterschiede bei gemeinsamen Publikationen geltend gemacht werden können, ist nicht abschließend geklärt⁸⁰.

Beiträge im gleichen Sammelband oder eine Herausgeberschaft hingegen können, müssen aber keine Besorgnis der Befangenheit begründen⁸¹. Die Beziehung zwischen Autor und Herausgeber oder auch zwischen Autoren verschiedener Beiträge in einem Sammelband vermitteln ohne Hinzutreten weiterer Sachverhalte ebenfalls keine besondere berufliche Nähe.

Bei wissenschaftlichen Kooperationen hingegen wird eine gegenseitige fachliche Achtung zu unterstellen sein, die geeignet ist, die Unparteilichkeit zu trüben⁸². Die gleichzeitige Projektleitung in einem größeren Forschungsverbund, wie etwa einem Sonderforschungsbereich, wird ohne konkrete Zusammenarbeit keinen Grund darstellen, Befangenheit zu besorgen. Die Beziehung zwischen (stellvertretendem) Sprecher und Teilprojektleiter in einem Graduiertenkolleg kann dagegen durchaus die Besorgnis der Befangenheit begründen. Die Besorgnis der Befangenheit ist begründet, wenn ein Mitglied der Berufungskommission (stellvertretende) Sprecherin eines DFG-Graduiertenkollegs war, an dem eine der Bewerberinnen oder Bewerber ebenfalls beteiligt war⁸³. Hier hat das Gericht die Mitwirkung der Bewerberin schon bei der Antragstellung für das Graduiertenkolleg und die Tatsache berücksichtigt, dass die (stellvertretende) Sprecherin Leistungsbezüge wegen der Förderung des Graduiertenkollegs erhalten hat. Grundsätzlich sah das Gericht die Zusammenarbeit in einem Graduiertenkolleg, das nur von wenigen Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern getragen werde und eine enge Zusammenarbeit erfordere, als schädlich an⁸⁴. Insoweit verweist das Gericht zutreffend auf die entsprechenden Richtlinien der DFG zur Beantragung von Graduiertenkollegs.

Wissenschaftliche Konflikte und Konkurrenz können ebenso geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, insbesondere wenn der Disput nicht allein sachlich ausgetragen wurde oder wird, sondern die persönliche Ebene erreicht hat⁸⁵. Hinsichtlich der wissenschaftlichen Konkurrenz kommt auch die Beantragung von Drittmitteln im Rahmen einer konkreten Ausschreibung in Betracht.

Die scheidende Stelleninhaberin oder der scheidende Stelleninhaber wird i. d. R. nicht Mitglied der Berufungskommission. Dies ist in einigen Hochschulen in der Berufsordnung explizit geregelt⁸⁶. Ist andererseits der Ausschluss nicht satzungsrechtlich oder durch Verwaltungsvorschrift geregelt und wird eine scheidende Stelleninhaberin oder ein scheidender Stelleninhaber zum Mitglied einer Berufungskommission bestellt, so liegen nicht per se Gründe vor, die Befangenheit zu besorgen. Auch die Ehefrau des bisherigen Stelleninhabers, die am vom bisherigen Stelleninhaber geleiteten Institut wissenschaftliche Mitarbeiterin ist, kann nicht ohne weiteres wegen Besorgnis der Befangenheit ausgeschlossen werden (schon gar nicht aufgrund von § 20 VwVfG), wenn sie zuvor durch ihre Mitgliedergruppe für die Berufungskommission benannt wurde und es keine konkreten Anhaltspunkte für eine Besorgnis der Befangenheit gibt; allgemeine persönliche Merkmale eines Mitglieds reichen nicht aus⁸⁷.

Wann jenseits rein innerdienstlicher Beziehungen auch „gelegentliche private Kontakte“ zu einer hinsichtlich einer zu besorgenden Befangenheit problematischen Freundschaft⁸⁸ werden bzw. wann auch eine Feindschaft anzunehmen ist, die geeignet scheint, die Unparteilichkeit zu bezweifeln, muss im Einzelfall abgewogen werden. Das „Du“ in der Anrede begründet allein keine problematische Nähe⁸⁹. Nichteheliche Partnerschaften bleiben in der abschließenden Aufzählung des § 20 Abs. 1 VwVfG unerwähnt, rechtfertigen aber aufgrund von § 21 VwVfG den Ausschluss aus dem Verfahren⁹⁰, ebenso andauernde oder beendete sexuelle Beziehungen⁹¹.

Eine besondere Nähe können auch gemeinsame wirtschaftliche Aktivitäten begründen, etwa die gemeinsame Nebentätigkeit, die gemeinsame Gesellschaftertätigkeit,

78 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10 – juris, Rn. 28. Vgl. zu Unterschieden der Publikationspraxis zwischen einzelnen Fachdisziplinen Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

79 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

80 Vgl. auch Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

81 VG Hamburg, B 25.2.2005, 8 E 6091/04; Geis, OdW 2020, S. 26 m. w. N.; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 64 m. w. N., Universität Hannover (Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 31.1.2018).

82 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

83 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 33 – juris.

84 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 38 ff. – juris.

85 Vgl. etwa VG Düsseldorf, B 20.1.2003, 2 L 2627/02, Rn. 17 – juris.

86 Siehe Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 614 m. w. N.

87 VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, Rn. 73 – juris.

88 Vgl. OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

89 BayVGH, B 11.11.2015, 7 CE 15.1737, Rn. 21 – juris.

90 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

91 Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

das gemeinsame Ingenieurbüro, gemeinsame künstlerische Aktivitäten. Ähnlich dem dienstlichen Abhängigkeitsverhältnis im Hochschulkontext begründen auch sonstige berufliche bzw. geschäftliche Beziehungen zwischen einem Amtswalter und einem Beteiligten die Besorgnis der Befangenheit⁹², wenn wirtschaftliche Interessen des Amtswalters tatsächlich berührt sind⁹³. Daher wird durch die Berufungskommission zu prüfen sein, ob ein Kommissionsmitglied nebenberuflich ein Unternehmen führt oder daran beteiligt ist, an dem auch Bewerberinnen oder Bewerber beteiligt oder beschäftigt sind. Im umgekehrten Fall dürfte bereits § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VwVfG einschlägig sein.

Die Mitglieder der Berufungskommission dürfen hinsichtlich der Auswahl, Reihung und Liste keine voreiligen Schlüsse ziehen⁹⁴ oder gar kommunizieren⁹⁵. Geschieht es dennoch, so begründet dies die Besorgnis der Befangenheit. Gleiches gilt bzgl. wahrheitswidriger, irreführender Informationen an Bewerber⁹⁶. Auch unsachliche und verletzende Äußerungen gegenüber Bewerbern können die Besorgnis der Befangenheit begründen⁹⁷.

Die bloße Mitwirkung an einer für eine Bewerberin oder einen Bewerber früher ergangenen Entscheidung ist allein nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, auch dann nicht, wenn diese Entscheidung negativ für die Bewerberin oder den Bewerber war und sich sogar als rechtswidrig herausgestellt hat (so auch nicht die Mitwirkung an einem wegen Verfahrensfehlern abgebrochenen früheren Verfahren)⁹⁸. Anders hingegen – und aus Sicht der Verfasser zu weitgehend, – wenn ein Mitglied der Berufungskommission in einem kurz zuvor eröffneten und noch laufenden Verfahren zur Evaluierung (Feststellung der Bewährung) einer Bewerberin oder eines Bewerbers als Juniorprofessorin oder Juniorprofessor tätig ist⁹⁹: Hier ging das Gericht davon aus, dass das entsprechende Mitglied einen „umfassenden und tiefgreifenden Eindruck in das wissenschaftliche Wirken sowie die fachlichen Fähigkeiten und Qualifikationen“ erhalten habe und dies zu der Sorge berechtige, dass dieses Wissen zugunsten des Bewerbers oder der Bewerberin Eingang ins Berufungsverfahren finde¹⁰⁰.

Werden pflichtwidrig Sachverhalte, die geeignet sein können die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, nicht (oder nicht rechtzeitig) offengelegt, so begründet dies für sich bereits die Besorgnis der Befangenheit.

Bei den einzelnen Tatbeständen stellt sich oftmals die Frage, ob die Befangenheit aus diesen Gründen dauerhaft zu besorgen ist oder nur zeitweise und ggf. wie lange, wie also insbesondere länger zurückliegende Sachverhalte zu werten sind. Hier kann es keine einheitliche oder gar abschließende Antwort geben. Zeitliche Obergrenzen dienen der Orientierung, ersetzen jedoch nicht die Einzelfallbetrachtung.

Die Vorgaben der Hochschulen dafür reichen in den Berufsordnungen bzgl. gemeinsamer Publikationen von drei bis zehn Jahren¹⁰¹. Jedoch können auch sehr lange zurückliegende gemeinsame Publikationen geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, z. B., wenn diese wesentlich das Renommee einer der Koautorinnen und Koautoren bestimmen.

Hinsichtlich der Betreuung der Promotion ist darauf zu verweisen, dass die Betreuerin oder der Betreuer den ehemaligen Schüler oder die ehemalige Schülerin besser als andere Bewerberinnen und Bewerber kennt und sich häufig auch eine gewisse persönliche Nähe entwickelt haben wird. Dies ist geeignet, die Unparteilichkeit zu gefährden, insbesondere, wenn man unterstellt, dass ein persönliches Interesse daran bestehen kann, dass die eigene Schülerin oder der eigene Schüler reüssiert¹⁰². Bei der Erstbetreuung einer Promotion wird die Besorgnis der Befangenheit folgerichtig teils ohne zeitliche Begrenzung angenommen¹⁰³. Das VG Düsseldorf hat daher zu Recht die Befangenheit in einem Fall bejaht, in dem der Bewerber erst wenige Monate vor dem Berufungsverfahren seine Dissertation und eine fünfjährige Mitarbeit beendet hatte¹⁰⁴. Das VG Bremen hat aber klargestellt, dass, wenn eine Hochschullehrerin oder ein Hochschullehrer vor über 15 Jahren eine Studentin oder einen Studenten unterrichtet hat, daraus keine Besorgnis der Befangenheit abgeleitet werden kann, auch wenn man sich danach bei Konferenzen getroffen hat¹⁰⁵. In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist zu beobachten,

92 Vgl. BVerwG, U 14.6.1963, VII C 44.62, Rn. 37 – juris.

93 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn. 10.

94 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615 m. w. N.

95 BayVG, B 11.8.2010, 7 CE 10.1160, Rn. 30 – juris (unzulässige Mitteilung des gewünschten Ergebnisses durch den Vorsitzenden an den Gutachter).

96 VG Münster, U 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 92 ff. – juris.

97 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615 m. w. N.

98 Geis, OdW 2020, S. 26; BayVG, B 18.4.2012, 7 CE 12.166; HmbOVG, B 9.10.1998, 1 Bs 214/98 m. w. N.; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 47 – juris.

99 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 26 – juris.

100 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 27 – juris.

101 Universität Stuttgart (Handreichung des Rektorats zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren mit Stand vom Februar 2011), siehe hierzu auch m. w. N. aus den Berufsordnungen der Universitäten: Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

102 Siehe hierzu Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 614; Geis, OdW 2020, S. 23, 27.

103 Ordnung zur Qualitätssicherung in Berufs- und Bestellungsverfahren der Georg-August-Universität Göttingen (Amtliche Mitteilungen I, 29/2020, S. 666).

104 VG Düsseldorf, U 3.12.2015, 15 K 7734/13, Rn. 78 – juris (nachfolgend OVG NRW, B 27.4.2017, 6 A 277/16).

105 VG Bremen, B 12.6.2019, 6 V 596/19, Rn. 34 ff. – juris.

dass die Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, teilweise sehr unterschiedlich verstanden werden¹⁰⁶. Nach einer Entscheidung des VG Halle (Saale) ist die Besorgnis der Befangenheit eines Mitglieds der Berufungskommission schon begründet, wenn es sich bei dem gleichen Hochschullehrer habilitiert hat wie eine oder einer der Bewerberinnen und Bewerber und während dieser Zeit am selben Institut tätig war¹⁰⁷. Dieses Verständnis ist aus Sicht der Verfasser zu weitgehend, zumal es bei der Habilitation keine Betreuung wie bei der Promotion gibt und hier die Beziehung zwischen Mitglied der Kommission und Bewerber nur über die Beziehung zu einer dritten Person konstruiert wird. Ins andere Extrem fällt beispielsweise das OVG Hamburg, das trotz langjähriger Assistententätigkeit eines Bewerbers am Lehrstuhl eines externen Mitglieds der Berufungskommission, gemeinsam abgehaltenen Lehrveranstaltungen und gemeinsamen Publikationen keinen Anlass sah, Befangenheit zu besorgen¹⁰⁸.

2. Rechtsfolgen

a) Rechtmäßiger Ausschluss

Liegt einer der Sachverhalte gem. § 20 Abs. 1 VwVfG vor, so ist die betreffende Person von Gesetzes wegen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Liegen ausreichende Gründe vor, die Befangenheit zu besorgen, so muss die betroffene Person gem. § 21 VwVfG i. V. m. § 20 Abs. 4 VwVfG ebenfalls vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Ein Verzicht des Mitglieds der Berufungskommission auf sein Stimm- oder Rederecht ist nicht ausreichend¹⁰⁹. Das betreffende Mitglied darf sich auch nicht zu anderen Bewerbungen äußern, da eine indirekte Bevorteilung oder Benachteiligung nicht ausgeschlossen werden kann¹¹⁰. Auch eine nur beraten-

de Tätigkeit sowie die physische Anwesenheit wird als unzulässig erachtet¹¹¹.

Bei der Entscheidung über den Ausschluss gem. § 20 oder § 21 VwVfG gibt es weder einen Beurteilungs- noch einen Ermessensspielraum¹¹². Auch die Besorgnis der Befangenheit unterliegt uneingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle¹¹³.

b) Rechtswidrig unterlassener Ausschluss

Wurde ein Mitglied trotz Befangenheit oder Besorgnis der Befangenheit nicht ausgeschlossen oder unterbleibt eine entsprechende Beschlussfassung der Berufungskommission, hat dies die Rechtswidrigkeit der Beschlüsse der Berufungskommission zur Folge¹¹⁴. Bei einer wie in einer Berufungskommission kollegial zu treffenden Entscheidung kann eine von der Mitwirkung ausgeschlossene Person schon durch ihre Teilnahme an der Beratung Einfluss auf die anderen Kommissionsmitglieder ausüben¹¹⁵.

Die fehlerhafte Zusammensetzung der Berufungskommission schlägt regelmäßig auf die Entscheidungen der nachfolgenden Gremien durch¹¹⁶. Nur wenn offensichtlich ist, dass dieser Verfahrensfehler die Entscheidung nicht beeinflusst hat, kann der Fehler unbeachtlich sein. Dieser Nachweis wird i. d. R. kaum zu erbringen sein: das Abstellen auf Abstimmungsergebnisse reicht dafür nicht aus, da auch die mögliche Einflussnahme durch die Mitwirkung zu berücksichtigen ist¹¹⁷. Ein solcher Verfahrensfehler wird daher regelmäßig den Bewerbungsverfahrensanspruch verletzen¹¹⁸.

Zur Heilung von Beschlüssen, die unter Verstoß gegen §§ 20 f. VwVfG zustande gekommen sind, muss von der Kommission in neuer, ordnungsgemäßer Besetzung erneut beraten und entschieden werden¹¹⁹. Das Verfahren ist daher in den Status quo ante zu versetzen und –

106 So z. B. VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20.

107 VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris: „Betrachtet man die allgemein bekannte und deshalb zu erwartende enge Beziehung zwischen einer akademischen Lehrerin und ihren Habilitanden, so liegt schon deshalb eine bedenkliche persönliche Nähe vor. Dabei ist es nicht entscheidend, ob es zugleich unmittelbare Beziehungen zwischen den Habilitanden gibt. Ein objektiver Dritter rechnet damit, dass der akademischen Lehrerin am Fortkommen ihrer Habilitanden gelegen ist, weil sie von deren Eignung für ein Professorenamt überzeugt ist und dass sich diese Beurteilung auch auf andere Habilitanden derselben akademischen Lehrerin überträgt. Hier kommt noch hinzu, dass Frau Prof. Dr. F. zumindest während der Tätigkeit des Beigeladenen als wissenschaftlicher Mitarbeiter und während seiner Habilitationszeit an demselben kleinen Universitätsinstitut tätig war. Das führt zwangsläufig zu zahlreichen Kontakten und Begegnungen. Beides zusammen erweckt bei einem objektiven Betrachter durchaus den Eindruck eines gewissen Zusammenwirkens und zeigt die Gefahr auf, dass der Beigeladene wegen dieser Umstände milder

beurteilt wird, als andere Bewerber.“

108 HmbOVG, B 8.7.2005, 1 Bs 89/05.

109 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

110 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

111 Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff.

112 OVG NRW, U 24.1.1995, 5 A 1746/91; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 612; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 50, § 21 Rn. 5.

113 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 613 m. w. N.

114 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 26 ff. OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 27 – juris.

115 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 54 – juris m. w. N.

116 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 35 – juris.

117 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618 m. w. N. in der Rspr. mit ähnlich gelagerten Normen aus dem Kommunalrecht.

118 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

119 Geis, OdW 2020, S. 23, 28; Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 54.

ggf. nach Bestellung eines Ersatzmitglieds – von diesem Punkt an neu durchzuführen. Ist dies nicht möglich, so ist das Verfahren abzubrechen.

c) Rechtswidriger Ausschluss

Der unbegründet erfolgte Ausschluss eines Mitglieds führt nicht zu einer Angreifbarkeit des weiteren Verfahrens, sofern die Kommission weiterhin rechtskonform zusammengesetzt war¹²⁰. Das Verfahren leidet dann zwar ebenfalls an einem Fehler¹²¹, der aber nicht notwendig auf die Auswahlentscheidung durchschlagen muss. Die Berufungskommission darf allerdings auch nicht „vorsorglich“ Mitglieder ausschließen¹²².

Ein ausgeschlossenes Mitglied kann seine Teilnahme rechtlich nicht erzwingen¹²³, da mangels Außenwirkung eine Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht nicht in Betracht kommt und die Tätigkeit in einer Berufungskommission ausschließlich objektiven Zwecken dient und nicht subjektive Rechte vermittelt¹²⁴. Das ausgeschlossene Mitglied ist darauf beschränkt, der Rechtsaufsicht einen zu Unrecht erfolgten Ausschluss anzuzeigen¹²⁵, die allerdings nicht einschreiten muss, da die staatliche Aufsicht allein dem allgemeinen öffentlichen Interesse dient und kein subjektives Recht vermittelt¹²⁶.

d) Rügepflicht der Bewerberinnen und Bewerber

Bewerberinnen und Bewerber sind zur Vermeidung des Verlusts ihres Rügerechts gehalten, Gründe, die für den Ausschluss eines Mitglieds der Berufungskommission nach §§ 20 f. VwVfG sprechen, frühzeitig geltend und ggf. glaubhaft zu machen¹²⁷, da sie sich sonst widersprüchlich verhalten würden. Unterbleibt das, kann die Fehlerhaftigkeit später nicht gerügt werden¹²⁸, zumal „interessenwidriges Zuwarten die Plausibilität später

behaupteter Besorgnis und ihrer Gründe infrage stellen“¹²⁹. Es gehört zu den Mitwirkungspflichten von Bewerberinnen und Bewerbern, den Verdacht der (Besorgnis der) Befangenheit unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern zu rügen, sogar im Rahmen der persönlichen Vorstellung¹³⁰.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Berufungsverfahren in Teilen prüfungsähnlichen Charakter hat¹³¹, namentlich Lehrprobe und Vorstellungsvortrag. Eine Rüge noch während der persönlichen Vorstellung als prüfungsähnliche Situation zu fordern, erscheint mithin überzogen¹³².

IV. Befangenheit in Berufungsverfahren im Lichte des Fachprinzips

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Fachprinzips

Zwar besteht kein Kooptationsrecht der Hochschule, und der zuständigen staatlichen Stelle (Ministerium bzw. Hochschulleitung) kommt bei der Ernennung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern ein eigenes Ermessen zu¹³³. Das Berufungsverfahren verwirklicht jedoch das Selbstergänzungsrecht der Hochschule (genauer: der Fakultät bzw. des Fachbereichs) und dient der Bestimmung der eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Universität¹³⁴. Es ist deshalb mit der Garantie der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG besonders eng verknüpft¹³⁵. Der Hochschule steht daher grundsätzlich eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber zu¹³⁶. Auch geht es um das Recht der Selbstbestimmung der Hochschule¹³⁷. Aus Art. 33 Abs. 2 GG ergibt sich zudem die Anforderung an eine fachlich-disziplinär kompetente

120 Geis, OdW 2020, S. 23, 28. Vgl. aber VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, zu den Rechten des Mitglieds.

121 Herrmann/Tietze, LKV 2015, S. 337 m. w. N.; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 25b.

122 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 25b.

123 Anders VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, das ein durchsetzbares subjektives organschaftliches Recht eines Mitglieds einer Berufungskommission annimmt, das fehlerhaft wegen Besorgnis der Befangenheit ausgeschlossen wurde; vgl. auch Wendelin, Der Hochschulverfassungsstreit – subjektive Organrechte im Binnenbereich der Hochschule und deren verwaltungsprozessuale Behandlung, Baden-Baden 2010, 2010, S. 52 f.

124 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

125 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618.

126 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

127 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 37 ff.; OVG RhPf, B 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 11 – juris; OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

128 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619; anders aber und gegen ein Verwirken des Rügerechts Geis, OdW 2020, S. 23, 27 mit ausführlicher Begründung.

129 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 40; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

130 BayVG, B 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 5.

131 Nach Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 610, handelt es sich bei der Berufung einer Hochschullehrerin oder eines Hochschullehrers um eine Prüfungsentscheidung, vgl. auch Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 2 Rn. 127-129.

132 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 42: „Während einer mündlichen Prüfung ist die Geltendmachung grundsätzlich unzumutbar.“ m. w. N.

133 BVerwG, U 9.5.1985, 2 C 16.83.

134 BVerfGE 35, 79; Neuhäuser, Formelle Vorgaben des Art. 33 GG für die Berufung von Hochschullehrern, Wissenschaftsrecht 2012, S. 248, 267 m. w. N.

135 BVerfGE 35, 79.

136 OVG RhPf, B 6.8.2018, 2 B 10742/18, Rn. 5 – juris; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 1; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 250 (96. EL November 2021).

137 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252; Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten, Wissenschaftsrecht 2004, S. 2 ff.

Zusammensetzung der Berufungskommission, die in der Lage ist, Eignung, Befähigung und fachliche Leistung wissenschaftsadäquat zu beurteilen¹³⁸. Bei der Berufungskommission liegt die fachliche Einschätzungsprärogative, die die Bewertung der fachlichen Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber umfasst und der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist, solange die Anforderungen aus der Stellenausschreibung gewahrt bleiben und keine sachfremden Erwägungen in die Entscheidung eingehen¹³⁹. Gärditz betont, dass allein die Mehrheit von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern nicht reiche: „Es muss sich vielmehr zur Sicherung einer wissenschaftsadäquaten Auswahl auch um eine Mehrheit fachlich-disziplinär kompetenter Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer handeln.“¹⁴⁰ Die wissenschaftlich-fachliche Beurteilung sei „unvertretbar an die Beurteilung durch Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der jeweiligen Disziplin gebunden und kann nicht extern ersetzt werden“¹⁴¹. Zwar ist die Beteiligung externer Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht ausgeschlossen und teils landesgesetzlich oder satzungsrechtlich sogar gefordert. Sie muss aber aus verfassungsrechtlichen Gründen begrenzt sein¹⁴². Externe Mitglieder einer Berufungskommission könnten insoweit „eine bereits durch interne Mitglieder sichergestellte Hochschullehrermehrheit nur ergänzen“, so Gärditz¹⁴³. Eine Ausnahme hiervon kommt nur dann in Betracht, wenn die Hochschule aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, die erforderliche Mehrheit der fachlich-disziplinären Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer selbst zu stellen¹⁴⁴, namentlich wenn „fachlich kompetente Mitglieder der Hochschule, an der das Berufungsverfahren stattfindet, wegen Befangenheit (nach den im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG auszulegenden §§ 20, 21 VwVfG) an einer Mitwirkung gehindert sind [...]“¹⁴⁵.

In fachlich heterogenen Fakultäten kommt der Gewährleistung der Fachlichkeit in der Berufungskommission eine besondere Bedeutung zu, denn wegen der regelmäßig fehlenden fachlichen Nähe der Mehrheit der Mitglieder des Fakultätsrats ist ein Abweichen vom Vo-

tum der Berufungskommission bei der Entscheidung über den Berufungsvorschlag erschwert¹⁴⁶. Das vorab festgelegte Verfahren und die Organisation der Entscheidungsfindung stellen die Legitimität der Entscheidungen her. Hieraus ergeben sich Anforderungen an die fachliche Zusammensetzung der zur Entscheidung berufenen Organe und mithin auch der entscheidungsvorbereitenden Gremien¹⁴⁷.

2. Widerstreit von Fachprinzip und Prinzip der Neutralität und Objektivität

Der Ausschluss von Mitgliedern aufgrund von §§ 20 f. VwVfG kann dazu führen, dass die korrekte Zusammensetzung der Berufungskommissionen und die Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen Fachprinzips durch eine ausreichende Anzahl von fachlich-disziplinär kompetenten Mitgliedern der Hochschule gefährdet ist. Hierdurch kann der Bewerbungsverfahrenanspruch genauso verletzt werden wie durch die Nichtbeachtung der Vorschriften über die Befangenheit.

Gerade „große“ Disziplinen sind durch eine zunehmende Spezialisierung und Ausdifferenzierung gekennzeichnet, die trotz einer gemeinsamen Sprache eine Bewertung insbesondere der aktuellen Forschung anderer Teildisziplinen als der eigenen fast unmöglich macht. Zugleich werden die wissenschaftlichen Kooperationen intensiviert. Je nach Fachkultur publiziert eine Vielzahl von Autorinnen und Autoren gemeinsam. Dies kann im Extremfall zum Ausschluss aller fachnahen Mitglieder einer Berufungskommission führen, vor allem dann, wenn eine große Zahl von Bewerbungen eingegangen ist. Ersatzmitglieder zu finden, stellt sich in der Praxis daher nicht nur für kleine Fächer als schwierig dar.

Verschärft werden kann das Problem dadurch, dass die Hochschulen zur Sicherung einer ganzheitlichen strategischen Ausrichtung Auflagen hinsichtlich der Bildung von Berufungskommissionen erlassen haben. Oft sollen neben den fachnahen Mitgliedern auch Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrer benachbarter Fächer oder anderer Fakultäten stimmberechtigt in der Berufungskommission mitwirken, die Anzahl stimmbere-

138 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 250; Burgil/Hagen, OdW 2021, S. 1-6.

139 BayVG, B 11.8.2010, 7 CE 10.1160, Rn. 28 – juris.

140 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 250.

141 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 251. Vgl. auch Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, S. 484 f.

142 Ausführlich hierzu Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252.

143 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252.

144 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 253.

145 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 253 m. w. N.

146 Vgl. BVerwG, NVwZ 1994, S. 1209 für die Entscheidung in Habilitationsverfahren.

147 Vgl. ausführlich Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S. 480, und zum Fachprinzip S. 478 ff. (auch mit einer Erörterung der Notwendigkeit schon eines gemeinsamen sprachlichen Verständnisses zum fachlich-disziplinären Austausch).

rechtigter Hochschullehrerinnen soll eine bestimmte Quote nicht unterschreiten und Kommissionen sollen eine gewisse Größe haben, um die Auswahlentscheidung nicht nur in einem exklusiven Kreis vorzubereiten.

Um dem Ausfall fachnaher Mitglieder in der Berufungskommission zu begegnen reicht es nicht aus, auf die fachnahen Gutachterinnen und Gutachter zu verweisen, denn die Berufungskommission muss sich mit den Gutachten fachlich eingehend auseinandersetzen und diese bewerten können. Externe Einschätzungen dürfen nicht schematisch übernommen werden, sondern müssen durch die Berufungskommission differenziert bewertet und ggf. auch verworfen werden¹⁴⁸.

Zwar können Professorinnen und Professoren aus Nachbarfächern oder anderen Teildisziplinen in die Berufungskommission berufen werden. Wenn die Kommission aber nicht aus Fachleuten besteht, sondern nur aus Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern mit nahen Fachgebieten, dann ist die verfassungsrechtlich gebotene fachliche Einschätzungsprärogative der Berufungskommission nicht mehr gewährleistet. Auch in der überwiegenden Besetzung durch externe Mitglieder ist eine Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit zu sehen, denn Art. 5 Abs. 3 GG garantiert das Selbstergänzungsrecht der Kollegien, das mit einer solchen „Externalisierung“ der Entscheidung ausgehebelt würde.

Das dauerhafte Ausscheiden von Mitgliedern wegen (der Besorgnis der) Befangenheit kann somit dazu führen, dass in der Berufungskommission zwar noch die Hochschullehrermehrheit gegeben ist, aber nicht mehr hinreichend fachlich-disziplinär kompetent oder nicht mehr hinreichend durch Mitglieder der eigenen Hochschule.

3. In der Praxis anzutreffende Vorgehensweisen

In Berufungsverfahren ist nach alledem sicherzustellen, dass von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen oder Personen, bei denen Befangenheit zu besorgen ist, nicht mitwirken, und dennoch eine ausreichende Anzahl fachlich-disziplinär kompetenter Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der eigenen Hochschule mitwirken. Die Auswirkungen eines Ausschlusses fachlich-disziplinär kompetenter Mitglieder der Kommission hängen dabei auch vom Stand des Berufungsverfahrens ab.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Gewährleistung des Fachprinzips und dem Erfordernis eines unparteiischen und unvoreingenommenen Verfahrens tritt bereits bei der ersten Sichtung der Bewerbungen zutage: Bei einer breiten Denomination und entsprechend zahlreichen Bewerbungen ist es nahezu die Regel, dass Mitglieder der Berufungskommission mit mindestens einer Bewerberin oder einem Bewerber gemeinsam publiziert haben oder ein anderer Grund besteht, Befangenheit zu besorgen. Wenn bereits jetzt ein Mitglied wegen der Besorgnis der Befangenheit dauerhaft ausscheiden muss, obgleich schon offensichtlich ist oder nach einer ersten Sichtung klar wird, dass die dafür ursächliche Bewerbung nicht weiter berücksichtigt wird, so geht der Kommission wichtiges Fachwissen verloren, das für das weitere Verfahren und die engere Auswahl womöglich vonnöten wäre, um die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG zu gewährleisten.

In der Praxis wird hiermit, wie eingangs erwähnt, unterschiedlich umgegangen. Allen Ansätzen zur Auflösung des Dilemmas „Befangenheit – Fachprinzip“ ist jedoch gemein, dass ein Mitglied der Berufungskommission vom weiteren Verfahren jedenfalls dann vollständig und dauerhaft auszuschließen ist, wenn die den Ausschluss auslösende Bewerbung in die engere Wahl kommt¹⁴⁹. Der Ausschluss von befangenen Mitgliedern bei der Beratung und Entscheidung über die jeweils die Besorgnis der Befangenheit indizierende Bewerbung im Zuge der Vorauswahl, ist gängige Praxis und in den Leitfäden mehrerer Hochschulen auch explizit vorgesehen. Wie aber ist zu verfahren, wenn sich z. B. eine Koautorin oder ein Koautor eines Kommissionsmitglieds bewirbt und bereits bei der Vorauswahl ausscheidet: Erledigt sich damit die Besorgnis der Befangenheit und kann das ausgeschlossene Mitglied durch einen *actus contrarius* wieder Mitglied der Kommission werden¹⁵⁰?

In der Praxis sind im Wesentlichen die drei folgenden Vorgehensweisen anzutreffen:

a) Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss

Das betroffene Kommissionsmitglied wird aus dem gesamten weiteren Verfahren ausgeschlossen¹⁵¹.

148 VG München, B 8.7.2010, M 3 E 09.3182.

149 Vgl. *Epping/Nölle*, in: *Epping, NHG*, § 26 Rn. 63.

150 *Geis*, *OdW* 2020, S. 23, 28.

151 So RWTH Aachen (*Handbuch Berufungsverfahren* vom 1.3.2019), TU Berlin (*Berufungsordnung* vom 16.1.2019), TU Dortmund (*Berufungsleitfaden* mit Stand vom Juli 2013), Universität Freiburg (*Leitfaden zu Berufungsverfahren* vom 1.8.2016),

Universität zu Köln (*Grundsätze der Universität zu Köln zu Fragen der Befangenheit* vom 7.6.2018), Universität Leipzig (*Berufungsordnung* vom 2.1.2019), Universität Stuttgart (*Handreichung des Rektorats zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren* mit Stand vom Februar 2011). Siehe hierzu auch *Burgi/Hagen*, *OdW* 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

Dies wird auch damit begründet, dass ein Ausschluss abschließend sei, und die mögliche Befangenheit nicht mit dem Ausscheiden beispielsweise der eigenen Schülerin oder des eigenen Schülers ende, sondern deren Lehrerin oder Lehrer den Ausschluss als Affront verstehen und dann „Retourkutschen im weiteren Verfahren fahren könne“¹⁵². In Teilen wird der dauerhafte Ausschluss bzw. ein Mitwirkungsverbot gefordert, um sachfremde Verwaltungsentscheidungen auch durch indirekte Einflussnahme zu verhindern. Die Vorgehensweise kann in der Praxis zur Auswechslung einer Vielzahl von Mitgliedern und damit auch zu einer fachlich-disziplinär nicht mehr kompetenten Besetzung der Berufungskommission führen¹⁵³.

Will die Kommission dabei der Rechtsfolge des dauerhaften Ausscheidens von Mitgliedern entgehen, besteht das Risiko, dass sie die den Tatbestand gem. § 21 VwVfG und die die Besorgnis der Befangenheit begründenden Sachverhalte „großzügig“ auslegt bzw. nicht anwendet. Dies kann zu einer eher nachlässigen bzw. falschen und damit rechtswidrigen Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit führen und so der Integrität des Verfahrens schaden. Es kann darüber hinaus zu einer begründeten Konkurrentenklage und einer entsprechenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts führen. Rechtstechnisch betrachtet wird damit die unliebsame Rechtsfolge (Ausschluss von fachkundigen Mitgliedern) durch eine rechtlich kaum zu vertretende Einschränkung des Tatbestands der Besorgnis der Befangenheit vermieden.

Zugleich ist die Vorgehensweise geeignet, an den Hochschulen zu einem eher uneinheitlichen und kaum vorhersehbaren Verwaltungshandeln zu führen, das sich auch nicht damit begründen lässt, jeder Einzelfall liege anders. Richtig ist vielmehr, dass sich die in der Praxis anzutreffenden Sachverhalte durchaus in Fallgruppen kategorisieren lassen und nicht nachzuvollziehen ist, wa-

rum – selbst innerhalb ein und derselben Fachdisziplin – etwa gemeinsame Publikationen einmal zum Ausschluss führen und einmal nicht.

b) Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss

Nicht auf der Tatbestands-, sondern auf der Rechtsfolge-seite wird das Problem gelöst, wenn der Ausschluss der betroffenen Person nur temporär und nur bzgl. der den Ausschluss auslösenden Bewerbung erfolgt¹⁵⁴.

Wird Befangenheit besorgt, so dürfen die betreffenden Kommissionsmitglieder zwar an der Vorauswahl grundsätzlich mitwirken. Sie dürfen sich zu den Bewerbungen, die Anlass zum Ausschluss oder zur Besorgnis der Befangenheit gegeben haben, jedoch nicht äußern¹⁵⁵. Außerdem haben sie während der Erörterung und Abstimmung über diese Bewerbungen den Sitzungsraum zu verlassen. Verbleibt die Bewerbung, die Anlass für den zunächst temporären Ausschluss gegeben hat, im Auswahlverfahren, so ist das betreffende Mitglied der Berufungskommission dauerhaft auszuschließen und ggf. zu ersetzen, andernfalls verbleibt das Mitglied in der Berufungskommission¹⁵⁶. Eine Entscheidung über den vollständigen Ausschluss wird also erst nach der Vorauswahl bzw. ersten Sichtung getroffen.

Ein solcher partieller Ausschluss verhindert zwar die direkte Bevorteilung oder Benachteiligung der betreffenden Bewerberinnen und Bewerber, nicht jedoch die indirekte Einflussnahme durch die – bewusst oder unbewusst – voreingenommene Bewertung der übrigen Bewerbungen¹⁵⁷.

Nach Ansicht einiger Stimmen aus der Literatur ist eine solche Ausnahme nur dann zulässig, wenn sich weder national noch international Mitglieder für die Berufungskommission finden lassen, die nicht befangen sind¹⁵⁸, was mindestens schwierig nachzuweisen sein wird.

152 So Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

153 Kritisch hierzu Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 63 ff.; Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

154 So Universität Bonn (Berufungsordnung vom 28.11.2018), Universität Braunschweig (Berufungsordnung vom 16.1.2019), Universität Frankfurt (Satzung zur Durchführung von Berufungsverfahren vom 27.7.2015), Universität Göttingen (Ordnung zur Qualitätssicherung in Berufungs- und Bestellungsverfahren i. d. F. vom 15.2.2018, zuletzt geändert am 20. und 28.5.2020), Universität Greifswald (Berufungsrichtlinie vom 26.6.2015), Universität Hamburg (Empfehlungen und Informationen zur Durchführung von Berufungsverfahren mit Stand vom Februar 2015), Universität Hannover (Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 31.1.2018), Universität Hohenheim (Richtlinie zur Regelung der

Befangenheit in Berufungsverfahren vom 6.2.2019), Universität Osnabrück (Berufungsordnung vom 9.11.2005, zuletzt geändert am 26.2.2020), Universität der Bundeswehr München (Leitfaden der Universität der Bundeswehr München zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 10.6.2015), Universität Münster (Ordnung über das Verfahren zur Berufung von Professoren und Professorinnen und Junior-Professoren und Junior-Professorinnen vom 11.2.2008 in der Fassung vom 20.2.2018, abhängig vom Schweregrad). Siehe hierzu Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

155 Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff.

156 So auch Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1. 3.

157 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

158 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

Rechtlich ist die Möglichkeit der Rückkehr durch eine teleologische Reduktion der Vorschriften des VwVfG im Rahmen einer praktischen Konkordanz mit dem jeweiligen LHG möglich und wird von Hochschulen in ihren Berufsordnungen auch so geregelt¹⁵⁹.

c) Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss

Als dritte, vermittelnde Vorgehensweise¹⁶⁰ wird das betroffene Kommissionsmitglied für die gesamte Vorauswahl ausgeschlossen. Eine Rückkehr in die Berufungskommission kommt in Betracht, sofern die Bewerbung, die Anlass für den Ausschluss gab, im Ergebnis der Vorauswahl bzw. ersten Sichtung nicht weiter berücksichtigt wird¹⁶¹.

Auch diese Vorgehensweise ist nicht frei von Nachteilen: Wenn der vorübergehende Ausschluss mehrere fachkundige Mitglieder der Berufungskommission trifft, kann der Fall eintreten, dass die Kommission nicht mehr beschlussfähig oder für die Vorauswahl nicht ausreichend fachlich-disziplinär kompetent besetzt ist. Hier ist aber einzuwenden, dass die für die Vorauswahl erforderliche Beurteilung von Bewerbungen weit weniger Spezialkenntnisse erfordert als die Auswahl der einzuladenden oder zu begutachtenden oder danach der für den Berufungsvorschlag zu platzierenden Bewerberinnen und Bewerber. Auch mögen Mitglieder, die vom nur vorübergehenden Ausschluss betroffen waren – bewusst oder unbewusst – die verbleibenden Bewerberinnen und Bewerber im weiteren Verfahren unangemessen kritisch beurteilen. Die Berufungskommission ist jedoch nicht gehindert, erneut wegen Besorgnis der Befangenheit auszuschließen.

In der Praxis sind bei dieser und der vorhergehenden Vorgehensweise folgende Aspekte zu regeln:

- Was ist unter Vorauswahl¹⁶² zu verstehen und wann endet diese? (z. B. erste Sichtung und Kategorisierung oder Auswahl der einzuladenden Bewerberinnen und Bewerber)

- Zu welchem Zeitpunkt ist ein Wiedereintritt in die Kommission vorgesehen?

- Soll der Wiedereintritt automatisch erfolgen oder auf Beschluss der Berufungskommission oder in der gleichen Weise durch das die Berufungskommission einsetzende Organ (etwa den Fakultätsrat)?

- Soll der Wiedereintritt nur im Falle der Besorgnis der Befangenheit möglich sein oder auch für von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen?

4. Rechtliche Bewertung

Zahlreiche Hochschulen haben satzungsrechtliche Regelungen erlassen, die dem Wortlaut der §§ 20 f. VwVfG vermeintlich entgegenstehen und den Wiedereintritt wie beschrieben vorsehen.

§ 20 Abs. 4 VwVfG ordnet nach seinem Wortlaut zwar eine nicht revidierbare Entscheidung an¹⁶³ und auch das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist fraglich. § 20 Abs. 4 Satz 4 VwVfG („Das ausgeschlossene Mitglied darf bei der weiteren Beratung und Beschlussfassung nicht zugegen sein“) ist aufgrund unterschiedlichster Gegenstände und Varianten von Verwaltungsverfahren, auf die die §§ 20 f. VwVfG Anwendung finden, aber weniger eindeutig, als es zunächst scheint.

Sinn und Zweck der Regelungen dürfen daher bei der Auslegung – gerade auch angesichts der Mehrstufigkeit von Verwaltungsverfahren und der oben geschilderten Problemlagen – nicht außer Betracht bleiben.

Da die §§ 20 f. VwVfG sicherstellen sollen, dass Verwaltungsverfahren von unvoreingenommenen Entscheidungsträgerinnen und -trägern durchgeführt werden, erscheint eine teleologische Reduktion in der Weise sachgerecht, dass der Ausschluss (auch nur) soweit reichen muss, wie ein Befangenheitsgrund bzw. die Besorgnis der Befangenheit besteht. In Verwaltungsverfahren wird i. d. R. jedoch dann von einem Wegfall der Befangenheit ausgegangen werden können, wenn nach der Vorauswahl die Bewerbung nicht mehr berücksichtigt wird, die die Besorgnis der Befangenheit ausgelöst hatte¹⁶⁴.

Eine teleologische Auslegung der Befangenheitsregelungen im Lichte der Wissenschaftsfreiheit und des Selbstergänzungsrechts der Fakultäten ist geboten¹⁶⁵,

¹⁵⁹ Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617 m. w. N.

¹⁶⁰ So Universität Bayreuth (Leitfaden für Verwaltungsverfahren vom 12.1.2016), BTU Cottbus-Senftenberg (Berufsordnung vom 11.4.2018), Universität Duisburg-Essen (Berufungsleitfaden vom 26.2.2020, Vorgehensweise C bei Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG, jedoch vollständiger und dauerhafter Ausschluss bei Vorliegen von Gründen gem. § 20 VwVfG), PH Heidelberg (Richtlinie zum Umgang mit Fragen der Befangenheit in Verwaltungsverfahren vom 17.7.2013), Universität Kiel (Satzung zur Durchführung von Verwaltungsverfahren vom 2.2.2017, ein Mitglied kann vollständig oder nur zeitweise ausgeschlossen werden), Universität Potsdam (Berufsordnung vom 20.10.2014 i.

V. m. Berufsleitfaden, S. 6).

¹⁶¹ Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

¹⁶² Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617, verwenden den Begriff der Vorauswahl etwas anders und verstehen hierunter eher den Schritt der Auswahl der einzuladenden Bewerberinnen und Bewerber und nicht die erste Sichtung.

¹⁶³ So Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

¹⁶⁴ Vgl. auch Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617, die eine Rückkehr als möglich ansehen, wenn die die Besorgnis auslösende Bewerbung nicht in den Kreis der Einzuladenden kommt.

¹⁶⁵ Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

um ein faires und transparentes Auswahlverfahren zu gewährleisten, ohne dabei die für die Bestenauslese rechtlich gebotene Fachkunde der eigenen Hochschule übermäßig zu beeinträchtigen.

Hinsichtlich von Kommissionen zur Evaluierung bei Tenure-Track-Professuren wird in der Literatur eine Auslegung in ähnlicher Weise für möglich erachtet¹⁶⁶: Da das die Befangenheitsregeln normierende (Landes-) VwVfG und das jeweilige LHG gleichrangige Normen seien und sich hier „gegenüberstehen“, seien die Befangenheitsvorschriften im Lichte der Aufgabe der Evaluierungskommission im Sinne praktischer Gesetzeskonkordanz auszulegen. Im Grundsatz wird eine solche teleologische Reduktion also für möglich und nötig gehalten.

Nach alledem ist Vorgehensweise C – aufgrund der Auslegung¹⁶⁷ von § 20 Abs. 4 Satz 4 VwVfG im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG – verfassungsrechtlich möglich und damit vorzuziehen.

Diese Vorgehensweise führt auch nicht zu einer tatbestandlichen Revidierung der Feststellung der Befangenheit, sondern nur zu einer temporären Beschränkung. Die Befangenheit eines Kommissionsmitglieds wird nur angenommen solange die Bewerbung, welche zur Besorgnis der Befangenheit Anlass gibt, für die Besetzung der Professur noch in Betracht kommt.

Auch dass das Berufungsverfahren beim Wiedereintritt bereits weiter fortgeschritten ist, spricht nicht gegen die Vorgehensweise C, denn das Wissen wird über die erforderliche Dokumentation der Kommissionsarbeit weitergegeben¹⁶⁸. Es ist nicht erforderlich, dass sämtliche Kommissionsmitglieder an sämtlichen Sitzungen und Beratungen teilgenommen haben. Unproblematisch ist schließlich, dass das zeitweise mitwirkende Ersatzmitglied (stellvertretendes Mitglied) bei Wiedereintritt des zunächst ausgeschiedenen Mitglieds wieder die Rolle des Ersatz- bzw. stellvertretenden Mitglieds einnimmt. Das wäre bei zeitweiser Verhinderung eines Mitglieds und dessen Sitzungsververtretung nicht anders.

166 Geis, OdW 2020, S. 23, 30, wengleich der Spielraum beschränkt sei, da §§ 20 f. VwVfG „weithin unmittelbarer Ausfluss des Rechtsstaatsprinzip sind“.

167 Ausnahmen von der Anwendung der §§ 20 f. VwVfG bzw. von der Setzung der Rechtsfolge durch Verzicht auf den ggf. auch nur vorübergehenden Ausschluss befangener Amtsträgerinnen und -träger werden in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allenfalls dann als zulässig erachtet, wenn bei Würdigung der Bedeutung der gesetzlichen Ausschlussregelung und unter Anlegung eines strengen Maßstabs keine alternative Verfahrensgestaltung zumutbar ist, vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 61 f. D. h. im Falle eines befangenen Mitglieds einer Berufungskommission müsste im Streitfall der Nachweis geführt werden, dass das Berufungsverfahren andernfalls mangels einer ordnungsgemäß besetzten Kommission nicht durchführbar gewesen wäre.

Eine gerichtliche Entscheidung zu der Vorgehensweise eines wegen „Wegfall der Befangenheit“¹⁶⁹ nur vorübergehenden Ausschlusses liegt – soweit ersichtlich – bislang nicht vor¹⁷⁰. Bislang sind die Gerichte eher mit der Tatbestandsebene befasst und folgen hier sowohl den satzungsrechtlichen Vorgaben der Hochschulen als auch ihren Handreichungen und sonstigen Verwaltungsvorschriften.

Nach Abwägung der konkurrierenden Rechtsgüter könnte schon durch den Landesgesetzgeber die Möglichkeit des Wiedereintritts in die Berufungskommission für den Fall eröffnet werden, dass eine die Befangenheit indizierende Bewerbung nach der Vorauswahl nicht weiter berücksichtigt wird. Jedenfalls könnte der Landesgesetzgeber für das Berufungsverfahren an Hochschulen spezielle Regelungen zur Befangenheit etwa im LVwVfG oder LHG treffen. Die Hochschulen wären dann nicht mehr auf eine verfassungsrechtlich gebotene Auslegung des LVwVfG angewiesen.

V. Zusammenfassung

In Berufungsverfahren müssen die Berufungskommissionen rechtlich überprüfbar entscheiden, ob eines ihrer Mitglieder von Gesetzes wegen vom Verfahren ausgeschlossen ist oder wegen der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen ist. Der Bewerbungsverfahrenanspruch garantiert, dass wirtschaftliche Interessen, Verwandtschaft oder Freundschaft bzw. Feindschaft und im Wissenschaftsbereich darüber hinaus ein – auch früheres – akademisches Betreuungsverhältnis oder eine wissenschaftliche Zusammenarbeit oder Konkurrenz auf die Entscheidung keinen Einfluss haben. Schon den bösen Schein gilt es zu vermeiden.

Dabei muss ein Ausgleich mit dem Fachprinzip erfolgen: Das Prinzip des neutralen und unparteiischen Verfahrens konkurriert mit dem Prinzip des fachlich-disziplinar kompetenten Verfahrens zur Selbstergänzung der Fakultät. Es ist daher ebenfalls sicherzustellen,

168 OVG RhPf, Beschl. v. 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 10 – juris: „Eine lückenlose Anwesenheit sämtlicher Kommissionsmitglieder während aller Verfahrensschritte kann nämlich nicht verlangt werden. Dies gilt auch im Hinblick auf Vorträge von Lehrstuhlbeverbern.“

169 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

170 Vgl. auch VG Ansbach, B 16.8.2016, AN 2 E 16.00307, das die Frage offenlässt. Auch Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, erkennen hierzu keine einschlägige Rechtsprechung. Das VG Berlin, B 15.12.2017, 5 L 315/17, Rn. 18 – juris, zitiert Vorgehensweise B, ohne sie zu kritisieren. Das VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20, hat die Vorgehensweise B abgelehnt, weil die Berufungskommission an die im Berufungsleitfaden der Universität beschriebene Vorgehensweise gebunden sei und diese der Vorgehensweise C entspreche.

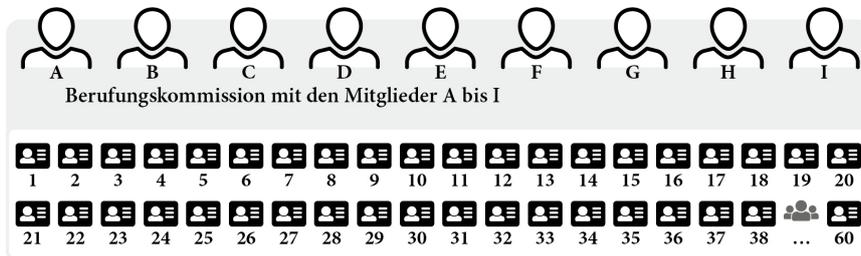
dass die fachliche Einschätzungsprärogative bei der fachlich-disziplinär kompetent zusammengesetzten Berufungskommission liegt.

Im Ergebnis ist der Landesgesetzgeber gefordert, eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen. Andernfalls sind die Hochschulen gefordert, das Berufungsverfahren in ihren Berufsordnungen entsprechend auszugestalten. Jedenfalls müssen die Hochschulen die gesetzlichen Regelungen bei ihrer Anwendung verfassungskonform dahingehend auslegen, dass zwar bei der gesamten Vorauswahl (ersten Sichtung) der Bewerbungen Personen, deren Befangenheit zu besorgen ist, nicht mitwirken, eine Mitwirkung der fachlich-disziplinär kompetenten Mitglieder einer Berufungskommission bei der weiteren Auswahl aber dann wieder möglich

ist, wenn die die Befangenheit auslösende Bewerbung nach der Vorauswahl nicht weiter berücksichtigt wird.

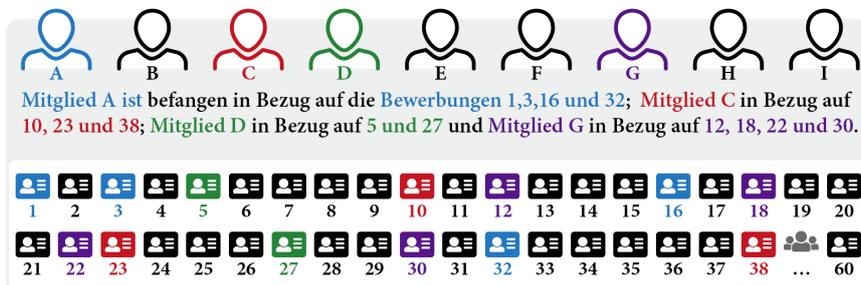
Mathias Neukirchen ist Director Academic Service des European University Institute in Florenz. Etienne Emmerich ist Professor an der Technischen Universität Berlin und Dekan der Fakultät II – Mathematik und Naturwissenschaften. Hendrik Büggeln ist Kanzler der Pädagogischen Hochschule Freiburg. Der vorliegende Beitrag gibt allein die Meinung und Auffassung der Autoren wieder.

1. Ausgangssituation nach Eingang der Bewerbungen



Bewerbungen 1 bis 60

2. Ergebnis der Prüfung gem. §§ 20 f. VwVfG



Bewerbungen 1 bis 60

3. (vorübergehender) Ausschluss von Mitgliedern aufgrund von §§ 20 f. VwVfG

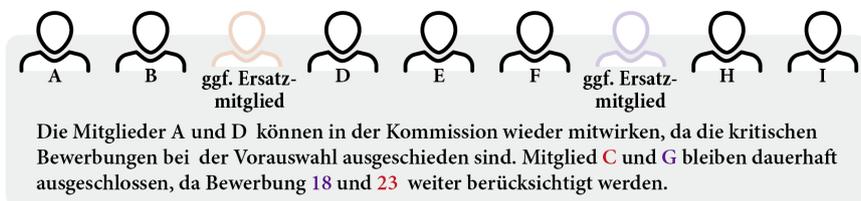


4. Ergebnis der Vorauswahl



16 Bewerbungen erfüllen die gesetzlichen Einstellungsvoraussetzungen. Die restlichen Bewerbungen erfüllen diese nicht oder wurden der Kategorie C (siehe Abb. 2) zugeordnet.

5. Wiedereintritt aufgrund von §§ 20 f. VwVfG ausgeschlossener Mitglieder



Grafik: fischwerk.de

Abb. 1 Umgang mit Befangenheit im Berufungsverfahren: vermittelnde Auslegung im Wege der praktischen Konkordanz (Vorgehensweise C) Neukirchen, Emmrich, Büggeln (2022)

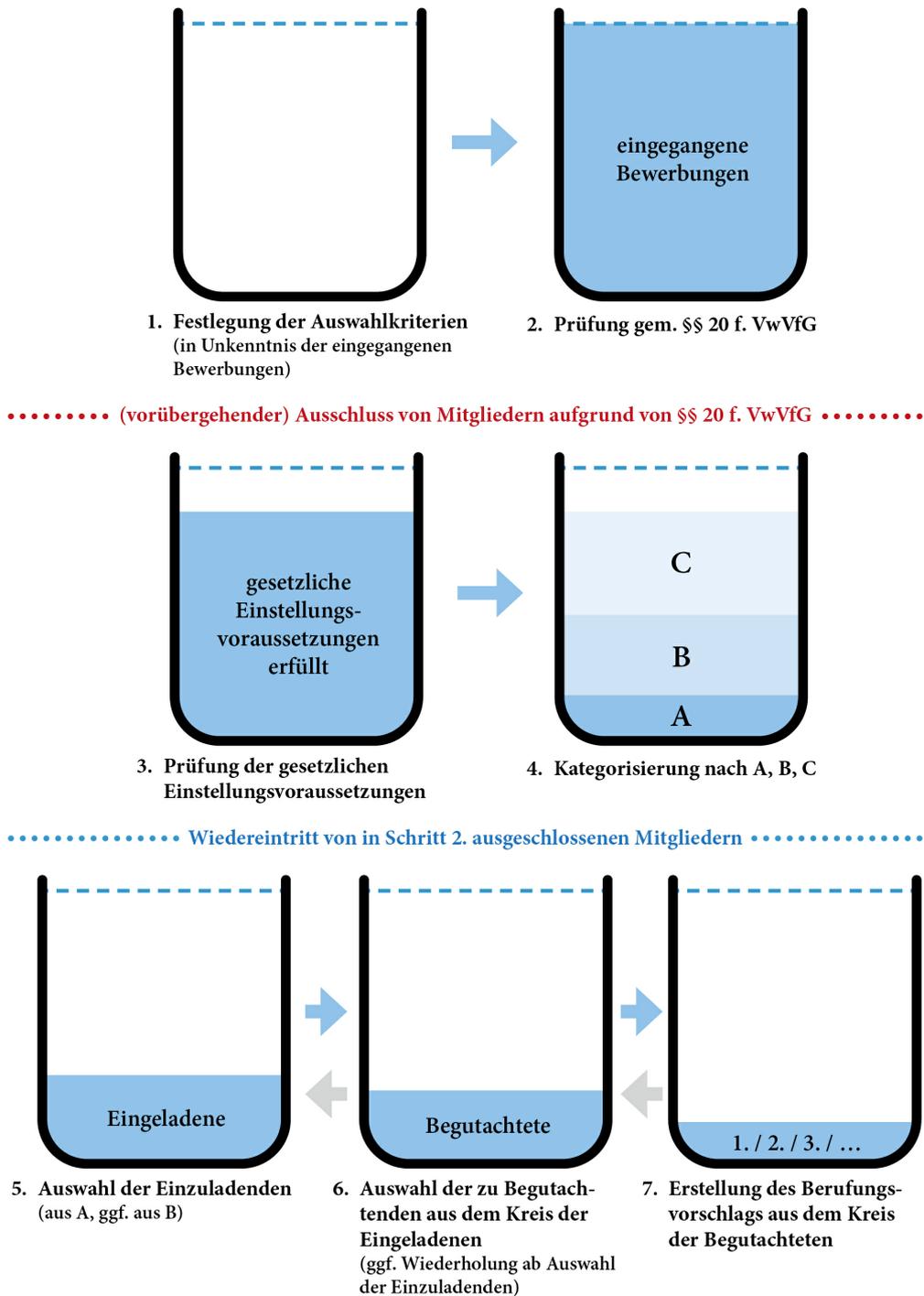


Abb. 2 Schematische Darstellung der Auswahlritte bei Vorgehensweise C
Neukirchen, Emmrich, Büggeln (2022)