

Mathias Neukirchen, Torsten Breder und Felix  
Hornfischer  
*Gerichtlicher Rechtsschutz zur Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs von Hochschullehrerinnen und -lehrern im Berufungsverfahren\**

**Übersicht**

*Einleitung*

*I. Begriff und Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens im öffentlichen Dienst*

1. *Das Konkurrentenstreitverfahren allgemein und bei der besetzung von Hochschulprofessuren*
2. *Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens*

*II. Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nach der Auswahlentscheidung im Berufungsverfahren*

1. *Mitteilungspflicht der Hochschulen*
  - a) *Zeitpunkt der Mitteilungen und Wartefristen*
  - b) *Rechtscharakter der Mitteilung an die Bewerber\*innen*
  - c) *Umfang der Mitteilungspflicht der Hochschulen*
2. *Akteneinsicht*
  - a) *Allgemein*
  - b) *Kein Geheimhaltungsrecht der externen Gutachter\*innen*

*III. Prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrags nach § 123 VwGO*

1. *Rechtsweg*
2. *Die Statthaftigkeit des Antrags nach § 123 VwGO in strittigen Berufungsverfahren*
3. *Die Antragsbefugnis*
4. *Das (Eil-) Rechtsschutzbedürfnis*
5. *Die Hochschule oder das Land als Antraggeber*
6. *Sonstige Voraussetzungen*

*IV. Begründetheit des Antrags: Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund*

1. *Der Anordnungsgrund*
2. *Der Anordnungsanspruch*
3. *Besondere Fallkonstellationen / Probleme*
  - a) *Befangenheit*
    - aa) *Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen (absolute Befangenheit) gem. § 20 VwVfG*

*bb) Besorgnis der Befangenheit (realtive Befangenheit) gem. § 21 VwVfG im Allgemeinen*

*cc) Fälle und Beispiele, in denen nicht per se eine Besorgnis der Befangenheit besteht*

*dd) rechtliche Würdigung*

*b) Juniorprofs mit Tenure Track*

*c) Tenure Track*

*d) Zu hohe Forderungen bei den Berufungsverhandlungen: Grund für Abbruch?*

*e) Rechtswidrigkeit des Abbruchs des Verfahrens*

*f) Fehlende Passgenauigkeit und Ausschluss aus dem weiteren Verfahren bei der 1. Stufe*

*g) Akademisches Alter: Diskriminierung*

*h) Listendrehen durch den Rektor*

*i) Unzureichende Dokumentation*

*V. Der Beurteilungsmaßstab des Verwaltungsgerichts*

*1. Eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Berufungskommission*

*2. Mindestens potentielle Kausalität des Verfahrenfehlers für die unterbliebene Auswahl des\*der unterlegenen Bewerber\*in\*\**

*VI. Die Wirkung der einstweiligen Anordnung*

*VII. Die weitere Verfolgung des Bewerbungsverfahrensanspruchs vor Gericht*

*1. Primärrechtsschutz und Verfassungsbeschwerde*

*2. Sekundärrechtsschutz und Schadensersatzansprüche*

*a) Amtshaftungsanspruch*

*b) Schadensersatzanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG*

*VIII. Zusammenfassung*

**Einleitung**

Berufungsverfahren sind ein wesentlicher Baustein der hochschulischen Freiheit von Forschung und Lehre,

\* Der vorliegende Beitrag basiert auf dem entsprechenden Abschnitt des Buches von Mathias Neukirchen und Etienne Emmrich (Hrsg.), *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch – Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber*, erschienen 2021 im Nomos Verlag.

\*\* Um eine Gleichstellung der Geschlechter auch in der geschriebenen Sprache zum Ausdruck zu bringen, haben sich die Autoren dazu entschlossen, den vorliegenden Text unter Verwendung des Gendersterns zu verfassen und zugunsten einer gendergerechten Sprache die gelegentlich damit einhergehenden sprachlichen Schwierigkeiten in Kauf zu nehmen.

denn sie dienen der Auswahl der eigentlichen Träger\*innen dieses Grundrechts gem. Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>3</sup> Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt, dass die Auswahlentscheidungen der Berufungskommissionen rechtlich überprüfbar sein müssen. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung verletzen nicht nur den Bewerbungsverfahrenanspruch, sondern gefährden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch unmittelbar die Wissenschaftsfreiheit.<sup>4</sup> Ein Listenplatz und vielmehr noch ein Ruf auf eine Professur sind Qualitätsnachweise für eine\*n Wissenschaftler\*in. Dementsprechend hat auch die Neigung der Bewerber\*innen, Berufungsverfahren bei subjektiv unbefriedigendem Verlauf gerichtlich überprüfen zu lassen deutlich zugenommen. Es wird daher eine wachsende Bereitschaft konstatiert, gegen ungünstige Auswahlentscheidungen mit der sog. Konkurrentenklage vorzugehen.<sup>5</sup>

Dieser Beitrag widmet sich den Rechtsschutzmöglichkeiten des\*der unterlegenen Konkurrenten\*in in Berufungsverfahren an staatlichen Hochschulen in Deutschland und beleuchtet entsprechende spezifische verfahrensrechtliche Fragestellungen sowie die Antworten, die von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darauf bislang gegeben worden sind.

Dazu wird zunächst kurz auf das gerichtliche Konkurrentenstreitverfahren und seine Bedeutung für unterlegene Konkurrenten\*innen in Berufungsverfahren eingegangen (unter I.), um sodann anhand der Prüfungskriterien der Verwaltungsgerichte zu erläutern, wie sich der Bewerbungsverfahrenanspruch der Bewerber\*innen vor Gericht im Konkurrentenstreitverfahren sichern lässt (unter II.). Weiterhin werden die prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen (unter III.) und die Anforderungen an die Begründetheit eines Antrags, also der Anordnungsanspruch und der Anordnungsgrund (unter IV.) dargestellt. Sodann wird der Beurteilungsmaßstab des Verwaltungsgerichts erläutert (unter V.) und die Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung im Eilrechtsschutz auf das Auswahlverfahren und die verbleibenden Handlungsmöglichkeiten der Hochschulen behandelt (unter VI.), um dann abschließend noch auf den weiteren gerichtlichen Instanzenzug sowie auf mögliche Schadensersatzansprüche im Rahmen des

Sekundärrechtsschutzes einzugehen (unter VII.). Der Beitrag endet mit einer kurzen Zusammenfassung (unter VIII.).

## I. Begriff und Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens im öffentlichen Dienst

### 1. Das Konkurrentenstreitverfahren allgemein und bei der Besetzung von Hochschulprofessuren

Die Personalgewinnung im öffentlichen Dienst hat sich am Prinzip der Bestenauslese zu orientieren und unterliegt dabei strengen formalen Kriterien für Stellenbesetzungsverfahren, die – im Gegensatz zur fachlichen Bewertung eines\*einer Kandidaten\*Kandidatin – auch weitestgehend gerichtlich überprüfbar sind. Wer also bei einer Bewerbung um ein Eingangs- oder Beförderungsamtsamt gegen eine\*n konkurrierende\*n Bewerber\*in unterliegt, kann gegen die Auswahlentscheidung der Behörde gerichtlich vorgehen, um sein\*ihre Recht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren bestmöglich zu wahren. In diesem Zusammenhang wird oft von der sog. Konkurrentenklage gesprochen; sie hat in den vergangenen Jahrzehnten im Bereich des öffentlichen Dienstes zunehmend an Bedeutung gewonnen.<sup>6</sup> Die Bezeichnung wird umgangssprachlich häufig verwendet, ohne dass sich dabei ohne weitere Erläuterungen schon ableiten ließe, was im jeweiligen Einzelfall das konkrete Klageziel wäre und welcher Weg nach der Verwaltungsgerichtsordnung oder auch nach dem Arbeitsgerichtsgesetz zur Erreichung des Ziels zu beschreiten ist.

Unabhängig davon, ob nun von einem Konkurrentenstreitverfahren, einer Konkurrentenklage, einer Mitbewerberklage oder auch von einer Konkurrentenverdrängungsklage die Rede ist, dem begehrten gerichtlichen Rechtsschutz liegt stets die Ausgangssituation zugrunde, dass zunächst mehrere Personen einen begünstigenden Verwaltungsakt oder den Abschluss eines Arbeitsvertrages begehrt haben, der am Ende jedoch nur an eine Person erteilt bzw. mit einer Person geschlossen werden kann.<sup>7</sup>

Diese Einordnung und die dahinter liegenden Grundsätze liegen auch den Auswahlverfahren und den bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten bei der Beset-

3 Näher zum Grundrechtsschutz von Wissenschaftler\*innen BVerfG, Urt. v. 29.5.1973, 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 (= BVerfGE 35, 79), Rn. 92 ff. – juris.

4 *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch, 2021, S. 25; BVerfG, a.a.O., Rn. 115 ff. – juris.

5 *Geis*, OdW 2020, 23 (23) m. w. N.

6 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (23), oder auch *Detmer*, in: *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 4, Rn. 103.

7 *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1192) m.w.N.

zung von Hochschulprofessuren an staatlichen Hochschulen – als ein Teil des öffentlichen Dienstes – zugrunde.<sup>8</sup> Auch hier geht es in der Regel um ein Verfahren zur Auswahl für ein öffentliches Amt, das mit der Ernennung des\*der obsiegenden Bewerbers\*Bewerberin abschließt.

## 2. Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens

Allein die Auswahlentscheidung ist Gegenstand des dienstrechtlichen Konkurrentenstreits.<sup>9</sup> Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Maßgabe seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung<sup>10</sup> – den sog. Bewerbungsverfahrensanspruch<sup>11</sup>. Damit ist der Auswahlmaßstab des Verfassungsrechts abschließend vorgegeben, wobei aufgrund teilweiser inhaltlicher Überschneidungen der drei Kriterien sich diese auch unter dem Oberbegriff der Eignung im weiteren Sinne zusammenfassen lassen.<sup>12</sup> Dieser Maßstab gilt auch uneingeschränkt, wenn es um die Personalauswahl der Hochschullehrer\*innen für die Besetzung von Professuren geht, soweit ein öffentliches Amt im Sinne der Norm vorliegt.<sup>13</sup> Dabei steht den Hochschulen aus der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG jedoch eine besondere Beurteilungskompetenz bzgl. der (fachlichen) Qualifikation von Bewerber\*innen zu.<sup>14</sup> Die Auswahlentscheidung ist insoweit als Ermessensentscheidung nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar,<sup>15</sup> ein Fehler im Berufungsverfahren kann aber zu dessen Rechtswidrigkeit und zum Abbruch des (personal- und zeitaufwändigen) Verfahrens führen. Aufgrund dieser Einschätzungsprärogative der Hochschule in fachlicher Hinsicht und ihres Ermessensspielraums zielen solche Klagen in der Regel auf die Rüge von Verfahrensfehlern, um die Auswahlentscheidung anzugreifen oder deren Umsetzung zeitlich zu verzögern, was wiederum zu

einer immer stärkeren Verrechtlichung des Verfahrens geführt hat.<sup>16</sup>

Die gerichtliche Prüfung der Auswahlentscheidung wird dabei regelmäßig auf den vorläufigen Rechtsschutz vorverlagert.<sup>17</sup> Denn mit der beamtenrechtlichen Ernennung des\*der ausgewählten Bewerbers\*Bewerberin wird das Auswahlverfahren durch den entsprechenden Verwaltungsakt formal verbindlich abgeschlossen – der Bewerbungsverfahrensanspruch erlischt.<sup>18</sup> Der sog. Grundsatz der Ämterstabilität steht der Verhinderung der Einweisung in eine entsprechende Planstelle und einer Wiederholung des Verfahrens aufgrund von vorangegangenen Fehlern ab diesem Zeitpunkt regelmäßig entgegen.<sup>19</sup> Einer Klage gegen eine bereits erfolgte Ernennung wird daher nur selten zum Erfolg führen, da es in der Regel bereits am Rechtsschutzbedürfnis fehlen dürfte.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG verbleibt bei Konkurrentenstreitigkeiten, soweit es um Ersteinstellungen bzw. Erstberufungen und nicht um Beförderungen geht, im Wesentlichen nur eine Fallkonstellation, in der eine Anfechtungsklage, mit dem Ziel, die Ernennung des\*der Konkurrenten\*in aufzuheben, ausnahmsweise als zulässiger Rechtsbehelf in Betracht kommt: Wenn der Dienstherr den\*die ausgewählte\*n Bewerber\*in unter Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Konkurrentenmitteilung oder unter Verletzung der Wartepflicht vorschnell ernannt, wird das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verletzt.<sup>20</sup> Der Grundsatz der Ämterstabilität kann dem\*der übergangenen Bewerber\*in dann nicht entgegengehalten werden, sondern es gilt, dem verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz auch noch nach der Ernennung Geltung zu verschaffen und diese Entscheidung des Dienstherrn im Erfolgsfall aufzuheben. Allein dann, wenn der\*die unter Verletzung der Wartepflicht vorschnell ernannte

8 Zur entsprechenden Übertragbarkeit OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, 5 S 12/11, Rn. 4 – juris m.w.N. zur übereinstimmenden Rspr. des OVG Münster und des VGH München.

9 Vgl. *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (182) unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 18.11.2004, III ZR 347/03, Rn. 14 bzgl. der entsprechenden Eingrenzung im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs.

10 Vgl. bspw. BVerwG, Urt. v. 21.08.2003, 2 C 14.02 (= BVerwGE 118, 370), Rn. 16 – juris m.w.N. zur Rspr. von BVerfG und BVerwG.

11 Vgl. zur Terminologie etwa BVerwG, a.a.O. oder auch BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09 (= BVerwGE 138, 102), Rn. 21 – juris.

12 *Neuhäuser*, WissR 45 (2012), 248 (251) m.w.N.

13 *Neuhäuser*, WissR 45 (2012), 248 (252 f.).

14 *Neuhäuser*, WissR 45 (2012), 248 (253) unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, 2 C 16.83.

15 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, 5 S 12.11, Rn. 4 – juris.

16 *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 25.

17 Zu den Anforderungen, die von der Rechtsprechung an den Umgang mit dieser besonderen Situation geknüpft werden, sogleich unter II.; kritisch zur herrschenden Dogmatik: *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Band VwGO, 44. EL März 2023, § 123 Rn. 41 ff.

18 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 27 – juris.

19 Vgl. *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1343.

20 Grundlegend BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09 – juris; vgl. etwa auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.11.2018, 4 N 2.16 – juris.

Bewerber\*in die Stelle wieder verlassen hat, ist eine Anfechtung im Hauptsacheverfahren nicht statthaft, sondern der Hauptsacherechtsbehelf auf die Verpflichtung zur Neuentscheidung über die Bewerbung zu richten.<sup>21</sup>

Für den Bereich der Hochschulen deutet nichts darauf hin, dass ihnen bzw. den zuständigen Ministerien der Fehler einer unterbliebenen oder nicht ordnungsgemäßen Konkurrentenmitteilung häufiger unterläuft.<sup>22</sup>

## II. Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nach der Auswahlentscheidung im Berufungsverfahren

Seinen Ausgang nimmt ein Konkurrentenstreitverfahren regelmäßig mit der Information an die Bewerber\*innen, dass sie bei der weiteren Auswahl nicht berücksichtigt werden bzw. ein\*e andere\*r Kandidat\*in die Professur erhalten soll. Insoweit stellt sich zunächst die Frage, welche Anforderungen an die Hochschulen gestellt werden, im Hinblick darauf, wann, auf welche Weise und in welchem Umfang unterlegene Bewerber\*innen zu informieren sind, damit sie sich nicht dem Vorwurf der Vereitelung des Bewerbungsverfahrensanspruchs entgegenhalten lassen müssen (dazu unter 1.). Damit die Bewerber\*innen bewerten können, ob die für sie ungünstige Auswahlentscheidung fehlerhaft gewesen ist, bedarf es in der Regel der Einsicht in die Akten, die von der Hochschule zu dem Berufungsverfahren geführt werden (dazu unter 2.). Erst daran anknüpfend können die Erfolgsaussichten einer Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs durch ein gerichtliches Verfahren vollständig geprüft werden, indem bewertet wird, ob die prozessualen (dazu unter 3.) und materiellen (dazu unter 4.) Voraussetzungen für einen entsprechenden Antrag an das zuständige Gericht vorliegen.

### 1. Die Mitteilungspflicht der Hochschulen

Um zu verhindern, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch durch die Ernennung des\*der erfolgreichen Kandidaten\*in vereitelt wird, ist das in diesem Zusammenhang aus Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG ableitbare Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz durch die Rechtsprechung verschiedentlich gesichert worden. So verpflichtet die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung die ernennende Stelle dazu, nach Abschluss des Auswahlverfahrens den unterlegenen Bewerber\*innen zur Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutzes die Auswahlentscheidung und damit einhergehend die beabsichtigte Ernennung einer anderen Person mitzuteilen<sup>23</sup> und diese Ernennung erst nach Ablauf einer Stillhaltefrist durchzuführen.<sup>24</sup>

#### a) Zeitpunkt der Mitteilung und Wartefristen

Die Mitteilung über die Auswahlentscheidung muss jedenfalls so rechtzeitig vor der Ernennung des\*der erfolgreichen Bewerbers\*in erfolgen, dass für den\*die unterlegene\*n Bewerberin noch die Chance besteht, die Ernennung durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen gerichtlichen Anordnung gem. § 123 VwGO (zumindest vorläufig) erfolgreich zu verhindern.<sup>25</sup>

Im Rahmen von Berufungsverfahren ist die Mitteilung spätestens dann abzugeben, wenn die Berufungsliste durch alle zuständigen Stellen bestätigt wurde und die Ernennung des Erstplatzierten vorgenommen werden soll.<sup>26</sup>

Die vom Berliner VG/OVG vertretene Rechtsauffassung<sup>27</sup>, dass bereits vor Abschluss des Berufungsverfahrens und ab der Mitteilung eines Sachstands für den\*die Bewerber\*in die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels zu laufen beginne, selbst wenn eine Liste noch gar nicht erstellt ist, wurde vom BVerfG verworfen.<sup>28</sup> Auch eine

21 VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 18 – n.v.; vgl.

hierzu ferner die Besprechung von *Wertheimer*, OdW 2025, Heft 1

22 Vgl. aber zu einem entsprechenden Fall VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, a.a.O., UA S. 18 f. n.v.

23 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 34 – juris.

24 BVerwG, a.a.O., Rn. 34 f. – juris.

25 Vgl. auch *Herrmann*, NJW 2011, 653 (654).

26 Die Ansicht, dass sich die Informationspflicht in gestuften Auswahlentscheidungen auf alle Verfahrensabschnitte erstreckt

und im Rahmen von Berufungsverfahren daher schon bei der

Einladung zum Probevortrag eine Information an die nicht

eingeladenen Kandidaten\*Kandidatinnen erfolgen müsste, wurde

von der Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht aufgenommen.

Vgl. dazu *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1196).

27 VG Berlin Beschl. v. 10.6.2013, 5 L 122.13 – juris; OVG Berlin-

Brandenburg, Beschl. v. 5.12.2013, 4 S 53.13 – n.v.

28 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13 – juris.

Mitteilung der Fakultät, dass ein\*e Bewerber\*in z. B. nicht zum Probenvortrag eingeladen wird, erfolgt zu einem Zeitpunkt, in welchem das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist.<sup>29</sup> Es ist lediglich ein Zwischenstand und es handelt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG um „eine bloße Wissenserklärung und nicht um einen Verwaltungsakt zum Abschluss eines beamtenrechtlichen Verfahrens“.<sup>30</sup> Vor diesem Hintergrund handle es sich „auch bei der Erstellung der Berufungsliste um einen rechtlich unselbständigen Zwischenschritt“ auf den regelmäßig viele weitere Zwischenschritte und Entscheidungen folgen (Zustimmung Fachbereichsrat, Akademischer Senat, Hochschulleitung) und jede dieser Entscheidungen könne das Verfahren verändern.<sup>31</sup>

Erst mit dem vollständigen Abschluss des Verwaltungsverfahrens und durch die Bekanntgabe der erfolgreichen Person verbunden mit der ablehnenden Bescheidung der weiteren Bewerberinnen und Bewerber in der sogenannten „Konkurrentenmitteilung“ komme zum Ausdruck, dass das Verfahren abgeschlossen sei.<sup>32</sup> Dies gelte „auch in den zweigeteilten Stellenbesetzungsverfahren wie dem hochschulinternen Berufungsverfahren und der Ernennung für Professuren“.

Teilt das Sekretariat eines Fachbereichs Bewerberinnen und Bewerbern vor einem Beschluss weiterer zu beteiligender Gremien und der Hochschulleitung mit, dass sie nicht zu Anhörungen eingeladen oder auf einer Liste der Berufungskommission oder des Fachbereichs berücksichtigt worden sind, so stellt dies eine Information dar, aber eben keine abschließende Sachentscheidung gegen die gerichtlich vorgegangen werden könnte. Gegen die Information selbst kann bereits nach § 44a Satz 1 VwGO nicht selbständig vorgegangen werden, weil sei eine behördliche Verfahrenshandlung darstellt, die nur im Zusammenhang mit der Sachentscheidung angefochten werden kann. Die Information kann aber auch nicht vorbeugend mit Blick auf die noch zu treffende abschließende Sachentscheidung gerichtlich überprüft werden. Dies liegt daran, dass zu diesem Zeitpunkt noch weitere Verfahrensschritte folgen (können oder müssen):

- weitere Personen werden zu Anhörungen nachgeladen,
- (weitere) Gutachten werden eingefordert,
- die Liste muss noch erstellt werden,
- die einmal erstellte Liste der Berufungskommission wird durch den Fachbereich, oder den Akademischen Senat verändert.

Der\*die Bewerber\*in ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und auch nach der „herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung“ daher im Gegenteil gerade gehalten, die abschließende Auswahlentscheidung abzuwarten, die sich in der Erteilung des Rufes manifestiert. Erst dann ist die Auswahlentscheidung einer Überprüfung zugänglich.<sup>33</sup> Dies stimmt auch mit dem allgemeinen verwaltungsprozessrechtlichen Grundsatz überein, wonach gegen behördliche Maßnahmen oder Handlungen schon aus Gründen der Verfahrensökonomie grundsätzlich erst nachträglich Rechtsschutz gewährt wird<sup>34</sup> und ein vorbeugender Rechtsschutz ausgeschlossen ist.

Das Urteil des BVerwG vom 20.12.2016<sup>35</sup> hat diese klare Rechtsprechung des BVerfG leider verwässert und nicht Klarheit, sondern eher Verwirrung geschaffen.<sup>36</sup> In der Literatur wird erörtert wie die neue Rechtsprechung des BVerwG zu der oben erwähnten Rechtsprechung des BVerfG steht.<sup>37</sup> Mit Urteil vom 20.10.2016 vertritt das BVerwG die Auffassung, zwar müsse das hochschulinterne Berufungsverfahren abgeschlossen sein, jedoch entspreche es

„sowohl dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes als auch dem Gebot der Effektivität des Verfahrens zur Besetzung der Stelle eines Hochschullehrers, dass vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz im Anschluss an die verbindliche Bestimmung der gelisteten Bewerber durch das hierfür maßgebliche Gremium und die Bekanntgabe dieser Entscheidung sowie der maßgeblichen Auswahlbewertungen in Anspruch zu nehmen ist. Maßgeblich ist insoweit grundsätzlich die sog. ‚Konkurrentenmitteilung‘, in der die Verwaltung den vollständigen Abschluss des Verwaltungsverfahrens durch die Bekanntgabe der erfolgreichen Person verbunden mit der ablehnenden Be-

29 Teilt etwa das Sekretariat einer Fakultät Bewerber\*innen vor einem Beschl. weiterer zu beteiligender Gremien und der Hochschulleitung und ggf. des Ministeriums mit, dass sie nicht zu Anhörungen eingeladen oder auf einer Liste der Berufungskommission oder der Fakultät berücksichtigt worden sind, handelt es sich um eine bloße Wissenserklärung und nicht um einen Verwaltungsakt zum Abschluss eines beamtenrechtlichen Verfahrens, BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 20 – juris unter Verweis auf OVG Münster, Beschl. v. 3.4.2008, 6 B 159/08, Rn. 6 ff. – juris; VGH München, Beschl. v. 30.4.2009, 7 CE 09.661, 7 CE 09.662, Rn. 21 – juris.

30 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014 - 1 BvR 3606/13, Rn. 29 – juris; dazu auch näher sogleich unter b).

31 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014 - 1 BvR 3606/13, Rn. 29 – juris.

32 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014 - 1 BvR 3606/13, Rn. 29 – juris.

33 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 19 – juris unter Verweis auch auf *Beaucamp/Seifert*, WissR 44, 2011, 24 (37) m. w. N.

34 VG Osnabrück, Beschl. v. 16.4.2015, 3 B 20/14, Rn. 58 – juris.

35 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15.

36 Noack, NVwZ 2018, 1190 (1190).

37 Für eine ausführliche Darstellung vgl. Noack, NVwZ 2018, 1190 ff.

scheidung der weiteren Bewerber zum Ausdruck bringt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 3. März 2014 - 1 BvR3606/13 - NVwZ 2014, 785 Rn. 19 f.). Durch den Beschluss des Rektorats über den Berufungsvorschlag nach § 10 BO bindet sich die Beklagte insoweit, als nur die dort aufgeführten Bewerber für die Vergabe der Stelle in Betracht kommen. Führen die nach der Reihenfolge der Liste zu führenden Berufungsverhandlungen mit den Bewerbern nicht zum Erfolg, ist diese Ausschreibung gescheitert.<sup>38</sup>

Demnach muss die Hochschule nach der Rechtsprechung des BVerwG bereits nach dem Beschluss der Liste im Rektorat die Konkurrentenmitteilung versenden. Dies entspräche der Interessenslage aller Beteiligten in einem Berufungsverfahren, und es sei auch aus zeitlichen Gründen richtig, nicht erst langwierige Berufungsverhandlungen abzuwarten.<sup>39</sup>

Dies lässt außer Acht, dass nach der Entscheidung der Hochschulleitung über den Berufungsvorschlag je nach Landeshochschulgesetz noch die Zustimmung des Ministeriums erforderlich ist. So ist in Berlin die Hochschule zwar als Dienstherr auch die ernennende Behörde, das Ministerium (vorliegend das für Hochschulen zuständige Mitglied des Senats von Berlin) jedoch die ruferteilende Stelle, deren Einvernehmen erforderlich ist.<sup>40</sup> Auch wäre der\*die zweitplatzierte Bewerber\*in bei einem fehlerhaften Berufungsverfahren gezwungen, um einstweiligen Rechtsschutz zu ersuchen, noch bevor der\*die erstplatzierte Bewerber\*in überhaupt den Ruf angenommen hat.<sup>41</sup> Der\*die im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 65 Abs. 2 VwGO beizuladende erstplatzierte Bewerber\*in könnte durch die Erklärung, den Ruf nicht annehmen zu wollen, dem Rechtsschutzantrag des\*der zweitplatzierten Bewerber\*in das Rechtsschutzbedürfnis entziehen, was das Prozessrisiko zusätzlich erhöht.

Nach alledem spricht einiges dafür, der Rechtsprechung des BVerfG folgend, die bei der Auswahl übergangenen Bewerber\*innen erst nach Rufannahme durch den\*die ausgewählten Bewerber\*in nach erfolgreichen Berufungsverhandlungen und rechtzeitig vor der Ernennung zu informieren. Man mag dem allerdings entgegenhalten, dass ein Berufungsverfahren so erst sehr spät gerichtlich überprüft werden kann.

Die Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG eröffnen letztlich den Hochschulen einen Spielraum, zu

welchem Zeitpunkt sie die Auswahlentscheidung einem prozessrechtlichen Angriff aussetzen wollen. Sie können der Rechtsprechung des BVerwG folgend die Mitteilungen bereits nach dem Beschluss der Liste im Rektorat versenden und somit das Verfahren zeitlich beschleunigen. Sie nehmen dann aber in Kauf, dass es ggf. rechtliche Streitigkeiten gibt, die hinfällig sind, wenn sich Änderungen ergeben, auf die prozessrechtlich gegebenenfalls darauf zu reagieren ist, dass die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklären. Die Hochschulen können aber auch der Rechtsprechung des BVerfG folgen und erst nach der Einigung in der Berufungsverhandlung und Ernennungsabsicht die Konkurrentenmitteilung versenden. Diese Unklarheit ist unmittelbare Folge der Rechtsprechung des BVerwG, welches die Rechtsprechung des BVerfG zitiert, aber sich im Gegensatz dazu bringt.<sup>42</sup>

Als angemessene Wartezeit, die von den Hochschulen bzw. Ministerien einzuhalten ist, bevor sie durch die Ernennung des\*der erfolgreichen Bewerber\*in die Rechtslage ändern, werden mittlerweile mindestens zwei Wochen ab Zugang der Mitteilung über die Ablehnung der Bewerbung angesehen.<sup>43</sup> In der Praxis dürfte dies zunächst seltener zu Problemen führen, da zwischen Ruf und Ernennung i.d.R. noch Berufungsverhandlungen, die offizielle Rufannahme und weitere beamtenrechtliche Präliminarien liegen, die bisweilen kompliziert und langwierig sein können.

Die Wartepflicht des Dienstherrn kann sich jedoch ungewollt verlängern, wenn tatsächlich ein oder mehrere unterlegene Bewerber\*innen gegen die getroffene Auswahlentscheidung gerichtlich vorgehen. Nicht nur ergibt sich dann eine Verzögerung für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens, sondern auch im Falle des Obsiegens des Dienstherrn in der ersten Instanz vor dem Verwaltungsgericht. Denn er ist auch in diesem Fall gehalten, die Ernennung frühestens nach ereignislosem Verstreichen der zweiwöchigen Beschwerdefrist gem. §§ 146, 147 VwGO vorzunehmen und bis dahin abzuwarten, ob der\*die unterlegene Bewerber\*in Beschwerde bei der nächsten Instanz, dem Oberverwaltungsgericht, einlegt.

Unterliegt der\*die Bewerber\*in auch vor dem Oberverwaltungsgericht, verlängert sich die Wartepflicht des Dienstherrn ein weiteres Mal, in diesem Fall um den Zeitraum, innerhalb dessen dem\*der unterlegenen

38 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 30 – juris.

39 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 30 – juris.

40 Neukirchen/Emmrich, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch, 2021, S. 80 f.

41 Noack, NVwZ 2018, 1190 (1191).

42 Noack, NVwZ 2018, 1190 (1191).

43 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 34 – juris unter Verweis auf die verwaltungsgerichtliche Praxis.

Bewerber\*in noch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde möglich ist. Teilt der\*die unterlegene Bewerber\*in also bereits vor oder spätestens zwei Wochen nach Bekanntgabe der obergerichtlichen Entscheidung mit, dass er\*sie das Bundesverfassungsgericht anrufen wird, muss ihm\*ihr Gelegenheit gegeben werden, die Monatsfrist für die Einlegung der Verfassungsbeschwerde nach § 93 Abs. 1 BVerfGG auszuschöpfen.<sup>44</sup> Je länger sich die Verfahren hinziehen, desto mehr steigt für den Dienstherrn also das Risiko – auch wenn er am Ende vor Gericht obsiegen sollte –, dass der\*die ursprünglich ausgewählte Kandidat\*in und evtl. auch weitere Listenkandidaten\*innen abspringen und das Verfahren schon aus diesem Grund wiederholt werden muss.

#### b) Rechtscharakter der Mitteilungen an die Bewerber\*innen

Das Auswahlverfahren an der Hochschule ist ein dem Ernennungsverfahren vorgelagertes Verfahren. Die Mitteilung an die unterlegenen Bewerber\*innen über die getroffene Auswahlentscheidung sowie die beabsichtigte Ernennung eines\*r Konkurrenten\*in enthält keine rechtlich verbindliche Regelung für die Adressaten\*innen, sodass es bereits an diesem Merkmal für die Annahme des Vorliegens eines Verwaltungsakts i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG fehlt<sup>45</sup>. Denn sie enthält lediglich die Mitteilung der Absicht, einen Verwaltungsakt – in Gestalt der Ernennung – adressiert an eine dritte Person zu erlassen.

Ihr kann daher nicht erfolgreich mit der Einlegung eines Widerspruchs bei der Hochschule oder der Erhebung einer Anfechtungsklage begegnet werden. Auch

die Ruferteilung an den\*die erfolgreiche\*n Bewerber\*in stellt keinen Verwaltungsakt im Sinne des Verwaltungsverfahrensrechts dar.<sup>46</sup> In beiden Fällen handelt es sich lediglich um formlose Mitteilungen über die getroffene Auswahlentscheidung.<sup>47</sup> Auch mit dem Ruf wird zunächst nur die Bereitschaft bekundet, in Berufungsverfahren einzutreten; eine rechtsgestaltende Wirkung wohnt ihm nicht inne.<sup>48</sup> Die Hochschulen sind daher auch nicht gehalten, diese Mitteilungen mit Rechtsbehelfsbelehrungen zu versehen.<sup>49</sup>

Den Hochschulen ist jedoch dringend zu empfehlen, die Mitteilungen, auch wenn sie keine Verwaltungsaktqualität haben und ihr Zugang keine förmlichen Rechtsbehelfsfristen auslösen, den unterlegenen Mitbewerber\*innen rechtsförmlich zuzustellen. Denn wegen der Bedeutung der Konkurrentenmitteilung für die Wahrnehmung des Rechtsschutzes durch die unterlegenen Bewerber\*innen liegt die Beweislast für den Zugang der Mitteilung beim Dienstherrn. Kann der Zugang der Konkurrentenmitteilung nicht nachgewiesen werden, kann dies dazu führen, dass zugunsten des\*der betreffende\*n Bewerber\*in der Grundsatz der Ämterstabilität durchbrochen wird und eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gegen die Ernennung des\*der beigeladenen Bewerbers\*in zulässig ist.<sup>50</sup> Gänzlich unzureichend dürften bloße mündliche oder telefonische Konkurrentenmitteilungen sein, auch wenn es keine gesetzlichen Vorschriften über ihre Form gibt und sie mithin grundsätzlich formlos, also auch mündlich ergehen können. Denn naturgemäß lassen sich weder die mündliche Mitteilung an sich noch deren konkreter Inhalt in einem späteren gerichtlichen Verfahren hinreichend sicher aufklären, was zu Lasten der Hochschule

44 So BVerwG, Beschl. v. 8.12.2011, 2 B 106.11, Rn. 10 – juris.

45 So bspw. OVG Koblenz, Beschl. v. 18.9.2006, 2 B 10840/06, Rn. 4 – juris; ebenfalls verneinend VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 7 – juris; a.A. unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, noch *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (183 ff.) und v. *Roetteken*, ZBR 2011, 73 (74), die dies aus einer Unschärfe des BVerwG-Entscheidung ableiten. Das BVerwG spricht der ausgewählten Person aufgrund der Auswahlentscheidung einen Anspruch auf Verleihung des entsprechenden Amtes zu (siehe dort Rn. 27), das hieße auf die als Verwaltungsakt zu qualifizierende Ernennung. Daraus wird von den Autoren gefolgert, dass dann auch die mit der Auswahlentscheidung verbundene Ablehnung der unterlegenen Bewerber\*innen Regelungscharakter habe. Hier dürfte jedoch vielmehr infrage zu stellen sein, ob das BVerwG mit seiner Aussage an der Stelle tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte, dass regelmäßig bereits die Auswahlentscheidung einen Verwaltungsakt darstellt, zumal es an gleicher Stelle im nachfolgenden Satz ausführt, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch [erst] durch die Ernennung untergehe, wenn diese das Auswahlverfahren endgültig abschließe. Wie

auch *Kenntner* selbst zutreffend anmerkt, kann es noch andere

– nach der Auswahlentscheidung [bzgl. der fachlichen Eignung, die durch die Berufungskommission zu treffen ist] liegende – Faktoren, wie bspw. eine fehlende gesundheitliche Eignung die Ernennung noch verhindern können. In solchen Fällen oder auch, wenn der\*die Kandidat\*in einem Berufungsverfahren den erteilten Ruf nicht annimmt, wird die Hochschule möglw. eher auf weitere Listenkandidaten zurückgreifen wollen, bevor sie ein neues Verfahren durchführt. Insoweit können auch zunächst unterlegene Bewerber\*innen im selben Verfahren doch noch zum Zuge kommen, sodass die ursprüngliche, negative Mitteilung hinfällig wird. Auch für diesem Hintergrund spricht wenig dafür, dass die Hochschulen bereits in diesem Stadium des Verfahrens verbindliche Regelungen treffen wollen.

46 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14.97, Rn. 20 – juris.

47 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14.97, Rn. 24 ff. – juris.

48 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14.97, Rn. 25 – juris.

49 Dazu VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 7 – juris.

50 Vgl. etwa VG Stuttgart, Urt. v. 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 36 – juris.

geht.<sup>51</sup> Aus der Praxis ist bekannt, dass bloße „Abvermerke“ über die Aufgabe zur Post häufig nicht zuverlässig Eingang in die Verwaltungsakte finden. Ein solcher „Abvermerk“ kann zwar nach dem Rechtsgedanken des § 41 Abs. 2 VwVfG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften die Vermutung tragen, dass der Verwaltungsakt – hier das Schriftstück –, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gilt. Die entsprechende Heranziehung dieses Rechtsgedankens scheitert jedoch schon dort, wo der\*die Mitbewerber\*in im Ausland wohnt.<sup>52</sup>

Die fehlende Verwaltungsaktqualität hat Auswirkungen auf die Formulierung des Klage- bzw. Antragsgegenstands; es ist nicht gegen diese Mitteilung vorzugehen, sondern gegen die (drohende) Ernennung des\*der Konkurrenten\*in,<sup>53</sup> denn die „Ernennung eines nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG ausgewählten Bewerbers für ein Amt stellt einen Verwaltungsakt dar, der darauf gerichtet ist, unmittelbare Rechtswirkungen für die durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber zu entfalten“.<sup>54</sup>

Bei dem Ruf handelt es sich auch nicht um eine Zusage (der Ernennung) im Sinne des § 38 VwVfG, so dass folglich auch noch kein Anspruch auf Ernennung zum\*zur Professor\*in durch das Ministerium oder die Hochschule begründet wird, der eingeklagt werden könnte.<sup>55</sup> Auch der\*die Zweitplatzierte hat keinen Anspruch auf eine Ernennung, wenn der\* die Erstplatzierte abgesagt hat, denn auch die Liste entfaltet keine rechtliche Bindungswirkung gegenüber den Bewerber\*innen.<sup>56</sup>

### c) Umfang der Mitteilungspflicht der Hochschulen

Unterlegene Bewerber\*innen haben, wie eingangs unter II.1. dargelegt, Anspruch auf eine verbindliche Information des Dienstherrn über das Ergebnis des Auswahlverfahrens, damit er nicht Gefahr läuft, ein Rechtsmittel auf ungesicherter tatsächlicher oder rechtlicher Grundlage zu ergreifen<sup>57</sup>. Daraus folgert z.B. das OVG Lüneburg

weiter, dass es dem Begründungserfordernis noch nicht genüge, wenn dem\*der abgelehnten Bewerber\*in die Gründe für die Auswahlentscheidung durch mündliche Auskunft oder Einsichtnahme zugänglich gemacht werden<sup>58</sup>. Vielmehr seien dem erfolglosen Bewerber bereits [in der schriftlichen Konkurrentenmitteilung] diejenigen wesentlichen Auswählerwägungen mitzuteilen, die dafür maßgeblich waren, dass gerade dem Adressaten des ablehnenden Bescheides<sup>59</sup> der Auserwählte vorgezogen wurde.<sup>60</sup> Bereits die Konkurrentenmitteilung solle den Unterlegenen in die Lage versetzen, sachgerecht darüber entscheiden zu können, ob er gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will.<sup>61</sup> Der VGH Kassel folgert aus dem Sinn und Zweck der Mitteilung, die den unterlegenen Mitbewerber in den Stand setzen soll, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen,<sup>62</sup> dass diese Mitteilung mit einer hinreichend aussagekräftigen Begründung zu versehen ist.<sup>63</sup>

Allerdings ist zu beachten, dass der Entscheidung die Klage gegen einen ablehnenden Widerspruchsbescheid zugrunde lag, nachdem der Kläger beantragt hatte, dem beförderten Konkurrenten gleichgestellt zu werden. Weniger weitgehend hat insoweit bspw. das OVG Koblenz das Erfordernis einer Begründung i.S.v. § 39 VwVfG verneint, wenn es lediglich um die bloße Mitteilung über eine beabsichtigte Ernennung gehe, da es sich dabei eben nicht um einen Verwaltungsakt handele (siehe bereits oben unter b)).<sup>64</sup> Selbst wenn die verbindliche Ablehnung einer konkreten Bewerbung ausgesprochen werde und dann u.U. ein entsprechender Regelungsgehalt anzunehmen sei, reiche der Hinweis auf weitere Auskünfte und Möglichkeiten der Akteneinsichtnahme aus.<sup>65</sup>

Die Ausführungen des OVG Lüneburg geben aufgrund der abweichenden Ausgangslage keinen Anlass, die Anforderungen an die Konkurrentenmitteilung an unterlegene Bewerber\*innen in Berufungsverfahren in dem unter b) verstandenen Sinne auszuweiten. Etwaige Begründungsmängel können nach dem Rechtsgedanken des § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften auch noch während des

51 Vgl. etwa den bemerkenswerten Sachverhalt bei VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 20 – n.v.

52 VG Stuttgart, Urt. v. 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 36 – juris.

53 Vgl. *Beaucamp/Seifert*, WissR 44, 2011, 24 (27).

54 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 17 – juris.

55 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (611) m.w.N.

56 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15.10.2008, 4 K 1940/06, Rn. 28 – juris.

57 Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 1.4.2004, 2 C 26.03, Rn. 15 und BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 21 – juris.

58 OVG Lüneburg, Urt. v. 25.11.2014, 5 LB 7/14, Rn. 44 – juris.

59 Zugrunde lagen hier mehrere Beförderungsentscheidungen einer Behörde, bei denen der Kläger nicht zum Zuge gekommen war.

Dabei sei er aufgrund krankheitsbedingter dienstlicher Abwesenheit gar nicht bzw. unzureichend und verspätet informiert worden.

60 OVG Lüneburg, Urt. v. 25.11.2014, 5 LB 7/14, Rn. 44 – juris, unter Hinweis auf Beschl. v. 14.1.2008, 5 ME 317/07 sowie Beschl. v. 8.4.2010, 5 ME 277/09.

61 OVG Lüneburg, a.a.O.

62 BVerwG, Beschl. v. 8.12.2011, 2 B 106.11, Rn. 13 – juris.

63 VGH Kassel, Beschl. v. 2.10.2014, 1 B 774/14, Rn. 18 – juris.

64 OVG Koblenz, Beschl. v. 18.9.2006, 2 B 10840/06, Rn. 4 – juris.

65 OVG Koblenz, a.a.O.

gerichtlichen (Eilrechtsschutz-)Verfahrens nachträglich geheilt werden.<sup>66</sup> Eine Verkürzung von Rechtsschutzmöglichkeiten geht damit nicht einher, da bei einem fehlerhaften Auswahlverfahren jedenfalls nicht unmittelbar die Ernennung der eigenen Person verlangt werden kann, sondern lediglich die Wiederholung des Verfahrens. Entscheidend ist vielmehr, dass die unterlegenen Bewerber\*innen überhaupt und rechtzeitig über die getroffene Auswahlentscheidung informiert werden. Denn die Einsichtnahme in die Akten der Hochschule ist ohnehin unerlässlich, wenn die Entscheidung angezweifelt wird; das gilt für die Entscheidungsfindung, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen ebenso wie in der weiteren Folge für den Vortrag einer substantiierten Begründung vor Gericht. Verwaltungsverfahrenrechtlich wird ein etwaiger Begründungsmangel wohl auch unbeachtlich, wenn der\*die unterlegene Bewerber\*in die Möglichkeit hatte, Akteneinsicht zu nehmen und dabei die Begründung für sein\*ihre Unterliegen zu entnehmen.<sup>67</sup> Ein etwaiger Begründungsmangel bei der Konkurrentenmitteilung birgt daher vor allem die Gefahr, dass der Antragsgegner im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach dem Rechtsgedanken des § 155 Abs. 4 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, wenn ein Begründungsmangel vorliegt und dieser erst im gerichtlichen Verfahren geheilt oder unbeachtlich wird und der\*die Antragsteller\*in daraufhin den Antrag zurücknimmt oder das Verfahren für erledigt erklärt.<sup>68</sup>

Vor diesem verwaltungsverfahrenrechtlichen und prozessrechtlichen Hintergrund dürften die im Schrifttum gestellten und zunehmend wachsenden Anforderungen an eine rechtskonforme Konkurrentenmitteilung<sup>69</sup> in der (verwaltungsgerichtlichen) Praxis keine allzu große Bedeutung haben. Demnach soll die Mitteilung so gefasst sein, dass sie bereits aus sich heraus grundsätzlich geeignet sei, den\*die unterlegene\*n Bewerber\*in die Lage zu versetzen zu erkennen, ob es Anhaltspunkte für eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs gebe.<sup>70</sup> Die bloße Mitteilung, dass eine\*r anderer berufen

werde, reiche nicht aus, ebenso wenig der Verweis auf das Akteneinsichtsrecht.<sup>71</sup>

## 2. Akteneinsichtsrecht

Neben den allgemeinen Fragen zum Akteneinsichtsrecht, stellte sich in hochschulrechtlichen Verfahren insbesondere die Frage, ob es ein Recht der Hochschule gibt, die Namen von Gutachter\*innen geheim zu halten.

### a) Allgemein

Damit unterlegene Bewerber\*innen ihre Rechte sichern können, kommt es für die Vorbereitung einer Klage oder eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz auf die genaue Kenntnis des Sachverhalts an, der in der Verfahrensakte der Hochschule niedergelegt ist.<sup>72</sup> Erst nach der Akteneinsicht können von dem\*der unterlegenen Bewerber\*in oder einem\*einer beauftragten Rechtsanwalt\*Rechtsanwältin die Erfolgchancen eingeschätzt und substantiierte Einwände geltend gemacht werden.<sup>73</sup> Das Recht auf Akteneinsicht folgt grundsätzlich bereits aus § 29 VwVfG bzw. den entsprechenden Regelungen in den LVwVfG. Teilweise kann die Anwendbarkeit von § 29 VwVfG in den LVwVfG oder durch das jeweilige Landeshochschulgesetz als *lex specialis* ausgeschlossen sein.<sup>74</sup> Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ergibt sich das Recht auf Akteneinsicht aus § 100 VwGO.<sup>75</sup> Es stellt sich in der Regel also nicht die Frage, ob ein Recht auf Akteneinsicht für die unterlegenen Bewerber\*innen besteht, sondern lediglich in welchem Stadium des Verfahrens auf welcher einfachgesetzlichen Grundlage das Recht fußt. Letztlich folgt es spätestens aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>76</sup>

Um einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten zu können, muss das Recht auf Akteneinsicht auch insoweit umfassend sein, als dass die für das Auswahlverfahren dokumentierten Angaben zu den Mitbewerber\*innen eingesehen werden können, denn nur so können eigene Rechte in einem Konkurrentenstreitverfahren substantiiert geltend gemacht werden.

66 Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.2.2016, 5 ME 2/16, Rn. 8, 12 – juris; VGH Kassel, Beschl. v. 2.10.2014, 1 B 774/14, Rn. 18 – juris.

67 VGH Kassel, Beschl. v. 26.2.2016, 1 B 43/16, Rn. 8 – juris.

68 Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.2.2016, 5 ME 2/16, Rn. 12 – juris.

69 Böhmann, *Forschung & Lehre* 2020, S. 516, 518.

70 Neukirchen/Emmrich, *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch*, 2021, S. 81.

71 Böhmann, *Forschung & Lehre* 2020, S. 516, 518 unter Verweis auf VG Schleswig, Beschl. v. 11.11.2019, 12 B 51/19.

72 Vgl. VG Halle, Beschl. v. 29.9.2020, 5 B 222/19 -, Rn. 11 – juris.

73 BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 21 – juris.

74 Bspw. in Hamburg durch § 2 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVfG.

75 Neukirchen/Emmrich, *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch*, 2021, S. 8.

76 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 20 ff. – juris oder auch OVG Münster, Beschl. v. 10.2.2016, 6 B 33/16, Rn. 8 juris.

Verfahrensfehler sind unverzüglich zu rügen, zudem wird der Hochschule im Regelfall daran gelegen sein, ein Berufungsverfahren nicht länger als nötig zu unterbrechen. Daher ist in der Praxis stets Eile bei der Bereitstellung von Unterlagen geboten, sodass den zuständigen Berufungskommissionen eine in jedem Verfahrensstadium lückenlose und hinreichende Dokumentation anzuraten ist.<sup>77</sup>

#### b) Kein Geheimhaltungsrecht der externen Gutachter\*innen

Aus dem unter a) Gesagten folgt, dass einfachgesetzliche Beschränkungen des Akteneinsichtsrechts sich als verfassungswidrig und damit nicht anwendbar erweisen können;<sup>78</sup> dies kann auch Auswirkungen auf die im Rahmen von Berufungsverfahren bedeutsame Frage haben, ob die Namen der für das Auswahlverfahren herangezogenen Gutachter\*innen gegenüber den unterlegenen Bewerber\*innen geheim zu halten sind.<sup>79</sup>

Nicht selten wurde den Gutachter\*innen von der Hochschule Vertraulichkeit zugesichert, sodass in der Folge bei einer Akteneinsicht zwar die Gutachten, nicht aber die Namen der Gutachter\*innen bekannt gegeben wurden.<sup>80</sup> Denn davon, ob die Begutachteten den Namen des\*der Gutachters\*Gutachterin erfahren oder nicht, könne die Deutlichkeit des Gutachtens abhängen.<sup>81</sup>

Das BVerwG hat diese Frage am Maßstab des § 99 VwGO für die Offenlegung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geklärt und erkennt in der Anonymität von Gutachter\*innen kein anerkanntes Prinzip, welches derzeit die Qualitätssicherung im Hochschulbereich garantiert.<sup>82</sup> Das Interesse der Gutachter\*innen an der Schwärzung ihres Namens ist auch deshalb von geringem Gewicht, da sie ihre Expertise in den Dienst der Wissenschaftsverwaltung stellen und nicht ohne Weiteres davon ausgehen dürfen, dass ihnen die möglicherweise im Verwaltungsverfahren noch gewährte Anonymität auch in einem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzverfahren Bestand hat.<sup>83</sup> Es verweist dazu auf

Gerichtsentscheidungen aus verschiedenen Bundesländern, welche die Besetzung von Professuren zum Gegenstand hatten, in denen die Namen der Gutachter\*innen offengelegt worden waren.<sup>84</sup>

„Denn von einem Gutachter ist gerade in einem solchen Verfahren zu erwarten, dass er in der Lage ist, fremde wissenschaftliche Leistungen auch dann nach Maßgabe nachvollziehbarer Kriterien hinreichend differenziert unter offener Benennung von deren Stärken und Schwächen zu bewerten, wenn er später insbesondere auch im größeren Kollegenkreis zu dieser Beurteilung stehen muss. Die Fähigkeit und Bereitschaft, eine nach gründlicher Prüfung gewonnene eigene Einschätzung fremder Thesen und Ansichten ihrerseits einer kritischen Würdigung durch andere auszusetzen, prägt die Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs.“<sup>85</sup>

Knapper ausgedrückt: „Wer sich als Gutachter öffentlichkeitswirksam (und reputationsfördernd) zur Verfügung stellt, sollte dafür auch mit seinem Namen geradestehen und sich nicht verstecken.“<sup>86</sup>

Dem lässt sich kaum widersprechen; beachtliche Nachteile, die dem\*der Gutachter\*in durch den\*die Begutachteten\*Begutachtete oder sein\*ihr Umfeld als Reaktion auf eine ungünstige Bewertung bereitet werden könnten, sind jedenfalls nicht ersichtlich. Auch wenn aus der Bekanntgabe des Gutachternamens folgende „atmosphärische“ Störungen nicht ausgeschlossen sein mögen,<sup>87</sup> rechtfertigt dies nicht, den Geheimhaltungsinteressen den Vorrang einzuräumen.<sup>88</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht zieht hier weiterhin den Vergleich zur Bewertung etwa einer Habilitationsschrift als akademischer Qualifikationsschrift. In diesem Kontext sei seit langem anerkannt, dass die Namen der hieran beteiligten Gutachter\*innen jedenfalls im Verwaltungsverfahren im Interesse einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung offenzulegen seien.<sup>89</sup> Da sich das Berufungsverfahren in Teilen ebenfalls als prüfungähnliches Verfahren darstellt,<sup>90</sup> lässt das Beispiel als weiteres Argument für eine Offenlegung heranziehen.<sup>91</sup> Schließlich ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass auch in Ver-

77 Zur nicht ausreichenden Dokumentation als Verfahrensfehler siehe unten unter IV 3 j.

78 Darauf weisen auch schon *Beaucamp/Seifert*, *WissR* 44 (2011), 24 (29) hin. Ähnlich *Geis*, *OdW* 2020, 23 (29).

79 Näher dazu BVerwG, *Beschl. v. 10.1.2017*, 20 F 3/16, Rn. 8 ff. – juris.

80 Eingehend zu dem Thema *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361.

81 So etwa *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361, 365 f.

82 BVerwG, *Beschl. v. 10.1.2017*, 20 F 3/16, Rn. 13.

83 BVerwG, a.a.O., Rn. 16 – juris.

84 BVerwG, a.a.O., Rn. 13 – juris.

85 BVerwG, *Beschl. v. 10.1.2017*, 20 F 3/16, Rn. 14 – juris.

86 *Geis*, *OdW* 2020, 23 (29).

87 Dazu *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361 (366).

88 BVerwG, *Beschl. v. 10.1.2017*, 20 F 3/16, Rn. 14 – juris.

89 Dazu bereits BVerwG, *Urt. v. 16.3.1994*, 6 C 1.93; für den Verwaltungsverfahren zustimmend *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361 (361 f.).

90 So *Detmer*, *WissR* 28, 1995, 1 (2).

91 Vgl. BVerwG, *Beschl. v. 10.1.2017*, 20 F 3/16, Rn. 16 – juris, unter Verweis auf *Pernice-Warnke*, *WissR* 47, 2014, 371 (389); krit. in diesem Punkt *Danz* in seiner Anmerkung zu BVerwG, *Beschl. v. 10.1.2017*, 20 F 3/16, in: *JM* 2017, 384 (386).

fahren wegen des Widerrufs der Promotion oder der Habilitation aufgrund eines Plagiats die in der Regel von der jeweils zuständigen Kommission eingesetzten Gutachter\*innen zur Feststellung der Qualität und des Ausmaßes der Plagiate nicht geheim gehalten werden.

Mit dem Beschluss hat der Fachsenat des BVerwG die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts bestätigt, und die Universität verpflichtet die Namen des Fachgutachters offenzulegen; auch damit das Gericht den Einwänden des Klägers hinsichtlich der (fachlichen) Zusammensetzung der Kommission und der Auswahl des externen Gutachters nachgehen kann.<sup>92</sup> Eine solche Feststellung kann naturgemäß nur getroffen werden, wenn zuvor die Namen offengelegt werden. Die Hochschulen sind zudem im Rahmen solcher Verfahren auf Auskünfte und Einschätzung durch Fachkollegen angewiesen, es kann daher kein (öffentliches) Interesse an Anonymität geben.<sup>93</sup> Es liegen auch keine grundrechtlich geschützten Interessen vor und auch keine personenbezogene Daten Dritter, die ein durch die informationelle Selbstbestimmung gesichertes Interesse an Geheimhaltung besitzen. Die (angebliche) „akademische Regel“, wonach die Anonymität von Gutachtern vorausgesetzt werde, genügt solchen rechtlichen Anforderungen nicht.<sup>94</sup>

Anders kann es sich noch im Verwaltungsverfahren – also dem Berufungsverfahren selbst – darstellen; hier werden das allgemeine Akteneinsichtsrecht gemäß § 29 VwVfG bzw. entsprechende landesrechtliche Regelungen oder auch ein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Anspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht ohne Weiteres als Rechtsgrundlagen für eine entsprechende Auskunftspflicht gegenüber Bewerber\*innen in Berufungsverfahren gesehen, sondern die Geheimhaltungsbedürftigkeit als überwiegendes Interesse beurteilt.<sup>95</sup> Dies beruht auch darauf, dass die meisten landesrechtlichen Verwaltungsverfahrensgesetze die Anwendung des jeweiligen § 29 LVwVfG in den Bestimmungen zum Anwendungsbereich für Berufungsverfahren der Hochschulen ausnehmen. Ein weitergehender Schutz des objektiven wissenschaftlichen Bewertungsverfahrens als Institution lässt sich den bestehenden rechtlichen Grundlagen nicht entnehmen und kann daher auch nicht tauglicher Gegenstand etwaiger Zusicherun-

gen einer Hochschule gegenüber einem\*iner Gutachter\*in sein, den Namen geheim zu halten.<sup>96</sup> Dabei dürfte wohl auch zu berücksichtigen sein, dass die betreffenden Gutachter\*innen aufgrund eines zivilrechtlichen Vertrags mit der Hochschule tätig werden. Dort getroffene Zusagen über die Geheimhaltung des Namens können verwaltungsverfahrens- und verwaltungsprozessrechtliche Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte Dritter – nämlich unterliegender Bewerber\*innen – nicht beschneiden. Das Zivilrecht kennt keine Verträge zu Lasten Dritter und die Hochschule hat keine Befugnis, diese Rechte einseitig zu beschneiden.

Es gibt insoweit keinen Gleichlauf zwischen den (landes-) rechtlichen Verwaltungsverfahrensregelungen und den bundesrechtlichen Bestimmungen des Prozessrechts. Dies rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass der Rechtssuchende durch die Anrufung des Gerichts mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG ein besonderes, verfassungsrechtlich verbürgtes Interesse an der Kenntnis des Akteninhalts einschließlich der Gutachternamen hat.

Auch die jeweiligen Informationsfreiheitsgesetze bieten einem\*r unterlegenen Bewerber\*in keine Möglichkeit, über den dort begründeten allgemeinen Informationsfreiheitsanspruch außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens die Namen der Gutachter\*innen zu erfahren. Soweit die Informationsfreiheitsgesetze der Länder bzw. des Bundes Bereichsausnahmen für Einrichtungen mit der Aufgabe unabhängiger wissenschaftlicher Forschung sowie Hochschulen nach dem jeweiligen LHG formulieren, gelten diese uneingeschränkt. Betreffen die begehrten Informationen einen Vorgang, der – wie etwa die Auswahlentscheidung in einem Berufungsverfahren auf eine Hochschulprofessur – dem Bereich der wissenschaftlichen Forschung und Lehre unterfällt, werden von der Bereichsausnahme auch die Namen der Gutachter\*innen erfasst.<sup>97</sup>

Kommt es in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren dazu, dass die Hochschule bzw. das Ministerium hinsichtlich der Namen der Gutachter eine sog. Sperrklärung abgeben, gibt das Verwaltungsgericht auf Antrag eines Beteiligten das Verfahren gemäß § 99 Abs. 2 Satz 4, § 189 VwGO zur Durchführung eines Zwischenverfahrens an den zuständigen Fachsenat beim

92 Danz, jM 2017, 384 (386).

93 Danz, jM 2017, 384 (386).

94 Danz, jM 2017, 384 (386).

95 So etwa Wolff/Stemmer, WissR 44, 2011, 361 (367 f.) m.w.N. zur Rspr.; vgl. dazu auch Danz, jM 2017, 384 (386).

96 Vgl. Wolff/Stemmer, WissR 44, 2011, 361 (367).

97 Vgl. zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 LIFG BW VGH Mannheim, Urt. v. 25.10.2023, 10 S 314/23, Rn. 51 ff. – juris, wobei Gegenstand der Entscheidung das Informationsbegehren in Bezug auf die Namen der Gutachter\*innen im Rahmen einer Bestellung eines Honorarprofessors war.

zuständigen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof ab, der dann darüber zu befinden hat, ob die Sperrerklärung rechtswidrig ist. Soweit die landesrechtlichen Verwaltungsverfahrensgesetze den jeweiligen § 29 LVwVfG für Berufungsverfahren der Hochschulen ausnehmen, rechtfertigt dies nicht die Abgabe einer sog. Sperrerklärung im Verwaltungsprozess nach § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 VwGO bezüglich der Namen der Gutachter\*innen. Mit diesen verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmungen wird in der Regel nicht beabsichtigt gewesen sein, ein Aktenvorlageverweigerungsrecht in verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu begründen.<sup>98</sup>

## II. Prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrags nach § 123 VwGO

Wie in der Einleitung angerissen und auch in den nachfolgenden Ausführungen bereits deutlich wurde, spielt im Rahmen von Berufungsverfahren an Hochschulen für unterlegene Bewerber\*innen der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten faktisch die größte Rolle. Das rührt letztlich schlicht daher, dass die überwiegende Anzahl an Professorenstellen in Deutschland – trotz einer bunten werdenden Hochschullandschaft – von staatlichen Hochschulen vergeben werden und es sich dabei in der Regel auch um Beamtenstellen handelt. Gleichzeitig hat sich durch die Entwicklung der Rechtsprechung zum Öffentlichen Dienstrecht das Eilverfahren als maßgebliche Rechtsschutzmöglichkeit in diesem Zusammenhang herausgestellt. Deshalb wird hier unter III. und auch anschließend unter IV. allein auf die notwendigen Voraussetzungen für einen zulässigen und begründeten Antrag auf Eilrechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten eingegangen.<sup>99</sup>

### 1. Der Rechtsweg

Sofern ein Berufungsverfahren mit der Ernennung des\*der obsiegenden Bewerbers\*in abgeschlossen und damit ein Beamtenverhältnis begründet werden soll, wird die Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO durch die spezialgesetzlichen Regelungen aus dem Beamtenrecht verdrängt. Sind die Hochschulen des Bundes betroffen, greift § 126 BBG; für Beamtenstellen der Länder ist auf § 54 Abs. 1 BeamStG abzustellen. Denn zu den „Klagen aus dem Beamtenverhältnis“ zählen auch Streitigkeiten über Maßnahmen zur Begründung des Beamtenverhältnisses.<sup>100</sup>

Sofern eine staatliche Hochschule oder eine staatlich anerkannte Hochschule in öffentlicher Trägerschaft zur Besetzung einer Professur ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis begründen möchte, bleibt sie gleichwohl grundrechtsgebunden und vergibt weiterhin ein öffentliches Amt nach Art. 33 Abs. 2 GG, sodass auch eine Auswahl nach dessen Maßstäben geboten ist.<sup>101</sup> Zuständig für die Durchführung von Konkurrentenstreitverfahren zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs unterlegener Bewerber\*innen sind insoweit jedoch gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG die Arbeitsgerichte; ihre bisherige Rechtsprechung zur Rechtswegzuständigkeit in solchen Verfahren haben die Bundesgerichte in jüngster Zeit bestätigt und weiter ausdifferenziert.<sup>102</sup> Der von der Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 2 GG entwickelte Bewerbungsverfahrensanspruch ist danach weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten.<sup>103</sup> Ob es sich um eine öffentlich- oder bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handele, richte sich vielmehr nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird.<sup>104</sup> Dass eine zu besetzende Stelle die Qualität eines

98 Vgl. etwa zur landesrechtlichen Regelung in Niedersachsen OVG Lüneburg, Beschl. v. 8.2.2016, 14 PS 6/15, Rn. 28 f. – juris.

99 Zu den Voraussetzungen bei privatrechtlichen Dienstverträgen siehe *Feldmann*, OdW 2019, 55.

100 So zuletzt etwa BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 11 – juris; siehe auch *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1198 f.).

101 Siehe etwa BAG, Urt. v. 12.4.2016, 9 AZR 673/14, Rn. 16 – juris oder Urt. v. 3.12.2019, 9 AZR 78/19, Rn. 26 – juris.

102 Siehe BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3/21, Rn. 12 sowie BAG, Beschl. v. 21.7.2021, 9 AZB 19/21, Rn. 18 – juris.

103 So BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 19 – juris, sowie im Anschluss daran BAG, Beschl. v. 21.7.2021, 9 AZB 19/21, Rn. 14 – juris; a.A. zuletzt OVG Koblenz, Beschl. v. 19.1.2018, 2 E 10004/18, Rn. 4 – juris, das den Verwaltungsrechtsweg als eröffnet ansah,

indem es darauf abstellte, dass Art. 33 Abs. 2 GG eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt darstelle und als anspruchsbegründende Norm damit dem öffentlichen Recht zu zuordnen sei; dem OVG seinerzeit folgend *Feldmann*, OdW 2019, 55 (59). Das BVerwG hat die Auffassung des OVG Koblenz – der auch das OVG Bremen in der Vorinstanz gefolgt war – in seiner Entscheidung explizit verworfen.

104 BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 17 – juris; hat sich der „staatliche Arbeitgeber“ noch nicht festgelegt, ob ein öffentliches Amt mittels Arbeitsvertrag oder durch Übertragung eines Statusamtes verliehen werden soll, ist auf das Bewerberfeld bzw. den\*die Betroffene\*n zu schauen, vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 19 f. – juris.

öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG habe, sei für die Bestimmung des Rechtswegs unerheblich.<sup>105</sup>

Unzweifelhaft gilt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch für Konkurrentenstreitverfahren bei der Besetzung von Professuren an privaten Hochschulen, für die von vornherein nur der Status als Angestellter zur Verfügung steht.<sup>106</sup>

## 2. Die Statthaftigkeit des Antrags nach § 123 VwGO in strittigen Berufungsverfahren

Ob ein Antrag nach § 123 VwGO statthaft ist, beurteilt das Gericht nach dem Begehren des\*der Antragstellers\*in unter verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage.<sup>107</sup> Bei einem Konkurrentenstreit geht es dem\*der unterlegenen Bewerber\*in kurzfristig zunächst um die Beibehaltung des Status quo, indem die Ernennung des\*der Konkurrenten\*in verhindert wird. Somit kommt im Wesentlichen nur der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO<sup>108</sup> in Betracht.

Denn eine Verpflichtungsklage auf Ernennung der eigenen Person ergäbe nur dann Sinn, wenn der\*die unterlegene Bewerber\*in zweifelsfrei darlegen kann, dass er\*sie eigentlich der\*die Bessere sei und diesbezüglich für die Hochschule bzw. das zuständige Ministerium bei der Entscheidung über die Ernennung eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.<sup>109</sup> Da eine solche Konstellation so gut wie nie vorkommen dürfte,<sup>110</sup> spielt sie in der Judikatur letztlich keine Rolle.

Eine Anfechtungsklage ist vor der Ernennung des\*der ausgewählten Konkurrenten\*in unstatthaft, da es ohne die wirksame Ernennung am Vorliegen eines Verwaltungsakts und damit an einem tauglichen Klagegegenstand mangelt. Wie bereits dargelegt, bleibt die die Anfechtungsklage aufgrund des Grundsatzes der Ämterstabilität auch nach der Ernennung im Regelfall unzulässig.

Es sei denn, der\*die unterlegene Bewerber\*in wurde, etwa durch eine unterlassene Konkurrentenmitteilung, an der Wahrnehmung anderer effektiver Rechtsschutzmaßnahmen gehindert.<sup>111</sup>

Um in der Praxis die für ihn\*sie relevante Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs zu gewährleisten, ist der\*die in einem Berufungsverfahren unterlegene Bewerber\*in gehalten, einen Eilantrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu stellen.

## 3. Die Antragsbefugnis

Antragsbefugt sind die Bewerber\*innen und Bewerber, die sich in einem Berufungsverfahren zur Auswahl gestellt haben und in diesem Zusammenhang die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs als ein ihnen subjektiv zustehendes Recht geltend machen können.<sup>112</sup>

Diesbezüglich hat das OVG Bautzen in einer seiner Entscheidungen die Frage aufgeworfen, inwieweit der aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleitete Bewerbungsverfahrensanspruch auch von Personen als subjektives Recht geltend gemacht werden kann, die keine Deutschen i.S.d. Art. 116 GG sind.<sup>113</sup> Das OVG lehnt – wenig überzeugend – einen subjektiv einklagbaren Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren für Personen ab, die nicht deutsche Staatsangehörige oder Statusdeutsche sind und verneint in diesem Zusammenhang auch die Herleitung des Bewerbungsverfahrensanspruchs aus § 9 i. V. m. § 7 Abs. 3 Nr. 2 BeamtStG, wenn es vorrangig um die Auswahlentscheidung gehe und nicht die beamtenrechtliche Ernennung in Streit stehe, um letztlich einen möglichen Anspruch im Landeshochschulrecht zu erblicken.<sup>114</sup> Dabei bleibt offen, inwieweit diese einfachgesetzlichen Normen dann noch mit Art. 33 Abs. 2 GG im Einklang stünden; und es bleibt weiterhin außer Betracht, dass § 7 Abs. 3 Nr. 2 BeamtStG leer liefe, wenn Personen, die keine Deutschen im Sinne

105 BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3/21, Rn. 18 – juris.

106 Wertheimer/Meißner, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 11, Rn. 4; in diesen Fällen sieht das BAG die Hochschule auch nicht an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden, vgl. BAG, Urt. v. 12.10.2010, 9 AZR 554/09, Rn. 44 ff., wobei über das Bestehen eines Bewerbungsverfahrensanspruch gegenüber einer kirchlichen Hochschule zu entscheiden war.

107 Vgl. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO.

108 Vgl. dazu allg. sowie zum Anwendungsfall „Konkurrentenrechtsstreit“ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwGO, 44. EL März 2023, § 123 Rn. 52 f.

109 Siehe Brinktrine, JA 2015, 1192 (1198).

110 Ähnlich Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1361.

111 Siehe BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 31 ff. – juris.

112 Vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1349 auch zu Fällen, in denen eine Stelle nicht ausgeschrieben wurde; insoweit seien diejenigen antragsbefugt, die der Dienstherr in die Auswahl hätte einbeziehen müssen.

113 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2 B 41/22, Rn. 10 – juris. Die Frage wird vom OVG vor dem Einstieg in die Beurteilung, ob (materiell-rechtlich) ein Anordnungsanspruch bestand, geprüft und im Ergebnis offengelassen, weil ein solcher Anspruch mangels Fehlern im Berufungsverfahren in dem konkreten Fall nicht bestehe. Insoweit erscheint die dogmatische Einordnung der Ausführungen zumindest zweifelhaft; wenn jemandem der Bewerbungsverfahrensanspruch nicht als subjektives Recht zustehen soll, kann es vielmehr umgekehrt in Bezug auf den\*die Rechtsschutz Suchende\*n dahinstehen, ob das Berufungsverfahren fehlerhaft gewesen ist oder nicht.

114 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2 B 41/22, Rn. 11 f. Gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 2 BeamtStG können ausnahmsweise Personen in ein Beamtenverhältnis berufen werden, die keine Deutschen i. S. v. Art. 116 Abs. 1 GG sind, wenn bei der Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern [...] andere wichtige Gründe vorliegen. Zu den entsprechend hohen Hürden vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 5.8.2019, 2 B 130/19, Rn. 6 ff. – juris.

des Art. 116 Abs. 1 GG sind, schon kein Anspruch auf Teilnahme an einem Bewerbungsverfahren zugesprochen würde, das sich an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichten hat – unabhängig davon, ob am Ende ein Beamtenverhältnis oder ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis begründet werden soll.

#### 4. Das (Eil-)Rechtsschutzbedürfnis

Durch die Ankündigung in der Konkurrentenmitteilung, den\*die ausgewählte Bewerber\*in alsbald ernennen zu wollen, sind die unterlegenen Bewerber\*innen gehalten, kurzfristig einen Antrag auf Eilrechtsschutz zu stellen, wenn sie Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Auswahlverfahren sehen und ihren Bewerbungsverfahrensanspruch rechtzeitig vor der Ernennung sichern wollen. Wie bereits erwähnt, kommt hierfür regelmäßig ein Antrag gem. § 123 VwGO in Betracht. Das hierfür u.a. erforderliche allgemeine Rechtsschutzbedürfnis liegt aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit in der Regel vor, wenn eine Auswahl des\*der Antragstellers\*in im Falle einer erneuten Entscheidung immerhin möglich erscheint bzw. nicht ausgeschlossen ist.<sup>115</sup> Ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis dürfte das zuständige Gericht daher allenfalls annehmen, wenn der Antrag sinnlos ist und das Ziel des\*der Antragsteller\*in aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erreichbar ist.<sup>116</sup>

In diesem Zusammenhang wäre diese Annahme gegeben, wenn ein Antrag auf Eilrechtsschutz noch gestellt wird, obwohl die Wartefrist für den Dienstherrn bereits verstrichen und die Ernennung schon erfolgt ist.

#### 5. Die Hochschule oder das Land als Antragsgegner

Es gilt, den richtigen Antragsgegner, eine juristische Person des öffentlichen Rechts, zu ermitteln, gegen den der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu richten ist. Jener ist zugleich der Klagegegner in der Hauptsache.

Zwar streiten sich in der Sache auch zwei Bewerber\*innen darum, wer das Amt bekommt, rechtlich betrachtet steht jedoch der\*die unterlegene Bewerber\*in als Antragsteller\*in im Eilverfahren und als Kläger\*in der Hauptsache einer Behörde bzw. deren

Rechtsträger gegenüber.<sup>117</sup>

Hierbei stellt sich nun regelmäßig die Frage, ob dies die Hochschule selbst oder das jeweilige Landesministerium ist. Sie lässt sich nur durch einen Blick in das jeweilige Landeshochschulgesetz (und ggf. auch die Grundordnung der Hochschule) beantworten; es kommt darauf an, wer von beiden den\*die Professor\*in ernennt.<sup>118</sup> Dies ist insbesondere dann beachtlich, wenn ruferteilende und ernennende Behörde auseinanderfallen. Wie bereits ausgeführt, ist die Mitteilung der ernennenden Behörde über die Nichtberücksichtigung kein Verwaltungsakt; sie wird daher auch nicht Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens.<sup>119</sup> Lediglich die Ernennung des\*der Konkurrenten\*in stellt einen Verwaltungsakt dar, und zwar mit Drittwirkung gegenüber den nicht berücksichtigten Bewerber\*innen.<sup>120</sup> Daher hat sich der gerichtliche Eilantrag – je nach Zuständigkeit für die Vornahme der Ernennung – nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (Rechtsträgerprinzip) entweder gegen die Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts oder gegen das jeweilige Bundesland als Rechtsträger des Ministeriums zu richten.<sup>121</sup> Hat das betreffende Bundesland von der Ermächtigung des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO (Behördenprinzip) Gebrauch gemacht,<sup>122</sup> ist die Klage unmittelbar gegen die Behörde als gesetzlichen Prozessstandschafter der jeweiligen Körperschaft zu erheben.

Dass Antragsgegner zwar die ernennende Behörde ist, ändert jedoch nichts daran, dass gerichtlicher Prüfungsgegenstand im Wesentlichen die endgültige Auswahlentscheidung der Hochschule ist, die in der Regel durch das Präsidium erfolgt. Aus hochschulrechtlicher Sicht betrachtet handelt es sich – sofern das Landeshochschulgesetz oder die Grundordnung nichts Abweichendes regeln – um die Entscheidung der Hochschulleitung, die unter Beteiligung der gesetzlich vorgeschriebenen Gremien (Berufungskommission, Fakultätsrat) zu erfolgen hat.<sup>123</sup>

#### 6. Sonstige Voraussetzungen

Das Gericht prüft die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des\*der Antragstellers\*in gemäß §§ 61 f. VwGO, was in der Praxis selten zu Problemen führen dürfte, sowie über

115 BVerfG, Beschl. v. 1.8.2006, 2 BvR 2364/03, Rn. 17 – juris.

116 *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1200).

117 *Laubinger*, ZBR 2010, 289 (291).

118 Zum Dienstherrn *Epping/Nölle*, in: Epping, NHG-Kommentar, 2. Aufl. 2023, § 26 Rn. 255.

119 Vgl. zur Mehrstufigkeit des Stellenbesetzungsverfahrens etwa OVG Münster, Urt. v. 22.7.2014, 6 A 815/11, Rn. 67 – juris.

120 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 17 – juris.

121 Vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 16.12.2015, 2 B 300/15, Rn. 8 – juris.

122 Dies sind Brandenburg, das Saarland, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, vgl. *Kintz*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 67. Ed, Stand: 01.04.2023, § 78 Rn. 34, 36 m.w.N.

123 Näher dazu *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 154 f.

die Beiladung des\*der erfolgreichen Bewerbers\*in, dem\*der die Hochschule bzw. das Ministerium die Professur übertragen möchte.

Nicht zuletzt muss sich das Gericht für sachlich und örtlich zuständig erklären. Sofern es den Verwaltungsrechtsweg in der Sache für eröffnet hält, ist die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts in erster Instanz gemäß § 45 VwGO gegeben. § 52 Nr. 4 VwGO regelt die örtliche Zuständigkeit für alle Klagen aus einem gegenwärtigen oder früheren Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis und für Streitigkeiten, die sich auf die Entstehung eines solchen Verhältnisses beziehen und kennt insoweit die folgenden Alternativen: Entweder ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Kläger oder Beklagte seinen dienstlichen Wohnsitz oder in Ermangelung dessen seinen Wohnsitz hat. Oder es ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die betreffende Behörde ihren Sitz hat. Letzteres gilt in den Fällen, in denen der\*die Kläger\*in oder Beklagte keinen dienstlichen Wohnsitz oder keinen Wohnsitz innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Behörde hat. In der Regel werden unterlegene Bewerber\*innen, die Rechtsschutz gegen die Ernennung des\*der erfolgreichen Konkurrenten\*in suchen, noch keinen „dienstlichen“ Wohnsitz mit Bezug auf den potentiellen Dienstherrn haben, der das Berufungsverfahren durchgeführt hat. Liegen der Wohnsitz des\*der Antragstellers\*in und die Hochschule bzw. das Ministerium also nicht zufällig im gleichen Gerichtsbezirk, bleibt der Sitz der Hochschule bzw. des zuständigen Ministeriums für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit maßgeblich.

#### IV. Begründetheit des Antrags: Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund

Gem. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO sind neben der besonderen Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen eines zu sichernden Rechts (Anordnungsanspruch) glaubhaft zu machen.

##### 1. Der Anordnungsgrund

Um einen Anordnungsgrund annehmen zu können, muss die Auswahlentscheidung bereits getroffen worden sein; bei Hochschulprofessor\*innen ist dies der Fall,

wenn das Verwaltungsverfahren mit Ausnahme der Ernennung abgeschlossen ist.<sup>124</sup> Vorbeugender Rechtsschutz kommt nicht ohne Weiteres in Betracht, sondern nur, wenn bspw. durch ein abgeschichtetes Verfahren einzelne Bewerber\*innen vorab ausgeschieden werden.<sup>125</sup> Das Bestehen eines Anordnungsgrundes ist üblicherweise also (erst) dann anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch durch die drohende Ernennung untergeht.<sup>126</sup> Das wird regelmäßig der Fall sein. Die Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes kann im Rahmen der Antragstellung bei Gericht etwa durch Vorlage der Konkurrentenmitteilung erfolgen.

##### 2. Der Anordnungsanspruch

Auch wenn zu unterstellen ist, dass der\*die unterlegene Bewerber\*in darum kämpfen möchte, die Professur zu bekommen, durchsetzen lässt sich mit der Geltendmachung seines\*ihres aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleiteten Bewerbungsverfahrensanspruchs regelmäßig nur die fehlerfreie Berücksichtigung seiner\*ihrer Bewerbung, sodass im Erfolgsfall das Auswahlverfahren zu wiederholen ist. In beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren wird daher vom Bestehen eines Anordnungsanspruchs des\*der im Stellenbesetzungsverfahren unterlegenen Bewerbers\*in ausgegangen, wenn die getroffene Auswahl zu seinen\*ihren Lasten fehlerhaft erscheint und die Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine\*ihre Auswahl also möglich erscheint.<sup>127</sup> Dies gilt auch bei Konkurrentenstreitigkeiten im Rahmen von Berufungsverfahren.

##### 3. Besondere Fallkonstellationen / Probleme

Viele Fallkonstellationen sind für eine Konkurrentenstreitigkeit bei Berufungsverfahren denkbar. Einige besondere sind untenstehend aufgeführt. Allgemein gilt für alle Verfahren das oben Gesagte, das kurz zusammengefasst werden soll:

Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Das hierin zum Ausdruck kommende Leistungsprinzip, welches auch bei der mit der Ernennung zum Professor verbundenen Besetzung von Lehrstühlen an Universitäten gilt,<sup>128</sup> eröffnet dem Einzelnen keinen Anspruch auf Beförderung bzw. auf Übertragung

124 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 19 f. – juris; dem folgend: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1348.

125 *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61 Rn. 1348, m.w.N. zur Rspr.

126 *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1205).

127 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.8.2006, 2 BvR 2364/03, Rn. 17 – juris.

128 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. vom 1.8.2006, 2 BvR 2364/03 – juris Rn. 17.

des begehrten Amtes, sondern gibt ihm lediglich Anspruch darauf, dass über seine Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei nach Maßgabe dieser Kriterien entschieden wird (sog. Bewerbungsverfahrenanspruch).<sup>129</sup> Die konkrete Stellenausschreibung und das daran anschließende Auswahlverfahren dienen der verfahrensmäßigen Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Bewerber,<sup>130</sup> der eine angemessene Gestaltung des Auswahlverfahrens erfordert.<sup>131</sup>

#### a) Befangenheit

Ein relevanter Verfahrensfehler liegt vor, wenn ein Verfahrensfehler die Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Auswahlentscheidung bewirkt. Dies ist dann der Fall, wenn ein Mitglied oder der Vorsitzende der Berufungskommission, wegen Besorgnis der Befangenheit nicht an der Berufungsentscheidung hätte mitwirken dürfen. Hinsichtlich der hier relevanten Fragen sei ausführlich auf das Werk von Neukirchen/Emmrich zu Berufungen, Befangenheit und Bewerberverfahrensanspruch verwiesen.<sup>132</sup>

Nur unparteiische und neutrale Personen dürfen in der Verwaltung tätig sein<sup>133</sup>, ergänzend normieren §§ 20 f. VwVfG die Ziele der Neutralität und Objektivität des Verwaltungshandelns.<sup>134</sup> Daraus ergeben sich entsprechende Konsequenzen für die (Mit-) Arbeit in der Berufungskommission.<sup>135</sup>

Jedes Mitglied einer Berufungskommission ist verpflichtet, dem\*der Vorsitzenden der Berufungskommission sowohl Sachverhalte aus der abschließenden Aufzählung des § 20 VwVfG von sich aus mitzuteilen als auch solche Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu begründen.<sup>136</sup> Das Mitglied muss also proaktiv handeln und der\*die Vorsitzende der Berufungskommission ist verpflichtet,

die Mitglieder aufzufordern, entsprechende Angaben zu machen. Dies ist in den Berufsordnungen oder den Berufsleitfäden der meisten Hochschulen normiert<sup>137</sup>. Der\*die Vorsitzende der Berufungskommission hat den Sachverhalt aufzuklären.<sup>138</sup> Hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 20 f. VwVfG können die im Folgenden behandelten Sachverhalte unterschieden werden.<sup>139</sup>

#### aa) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen (absolute Befangenheit) gem. § 20 VwVfG

Damit die Neutralität der Verwaltung, in diesem Fall der Hochschule, gesichert ist, enthalten § 20 VwVfG des Bundes und die inhaltsgleichen LVwVfG die unwiderlegbare Vermutung, dass bei bestimmten Interessenkollisionen und Sachverhalten eine neutrale Amtsführung unmöglich ist und daher bestimmte Personen qua Gesetz vom Verfahren ausgeschlossen sind.<sup>140</sup>

#### bb) Besorgnis der Befangenheit (relative Befangenheit) gem. § 21 VwVfG im Allgemeinen

Es kann zudem die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG bestehen.<sup>141</sup> Ausreichend hierfür ist der böse Anschein. Dies ist dann der Fall, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Zweifel an der Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Maßgeblich ist, ob bei vernünftiger Würdigung aller Umstände aus der Sicht eines\*r Bewerbers\*in Anlass besteht, an der Unvoreingenommenheit zu zweifeln.<sup>142</sup>

Die Besorgnis der Befangenheit kann auch erst im Zuge des Verfahrens eintreten, beispielsweise durch unsachliche Äußerungen oder Verhaltensweisen eines Kommissionsmitglieds, die geeignet sind, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des\*der Betreffenden auszulösen.<sup>143</sup> Ferner kann die (bewusst) fehlerhafte Durchführung des Verfahrens die Besorgnis der Be-

129 BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11 – juris Rn. 20.

130 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.2.2007, 2 BvR 2494/06 – juris Rn. 7.

131 BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11 – juris Rn. 21.

132 Neukirchen/Emmrich, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch, 2021, S. 25

133 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 20 Rn. 6. Für eine unionsrechtliche Einordnung des Gebots der Unbefangenheit als Ausfluss von Art. 41 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU vgl. Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 20 Rn. 158 ff. und § 21 Rn. 2 sowie Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 20 Rn. 67 und § 21 Rn. 27 m. w. N.

134 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 172 m. w. N.

135 Siehe hierzu allgemein Neukirchen/Emmerich, a.a.O. S. 92. ff.

136 Neukirchen/Emmrich, a.a.O. S. 92 ff.

137 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, 609 (616).

138 Vgl. auch Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 23.

139 Neukirchen/Emmrich, a.a.O., S. 93. ff.

140 Siehe hierzu ausführlich Neukirchen/Emmrich, a.a.O., S. 92 ff.

141 § 20 entfaltet auch keine Sperrwirkung gegenüber § 21 für vergleichbare Umstände, so Ritgen, in: Knack/Henneke, 11. Aufl. 2019, VwVfG, § 21 Rn. 4.

142 Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 5.12.2019, 1 BvL 7/18, zur Besorgnis der Befangenheit eines Richters; VG Münster, Beschl. v. 22.4.2015, 5 K 2799/12. Vgl. allg. zum Maßstab Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 13, 16; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, 2. Aufl. 2023, § 26 Rn. 61 mit Verweis auf OVG Koblenz Beschl. v. 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 5 ff. – juris.

143 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 20. Es ist ferner davon abzuraten, jede Meinung einzelner Mitglieder einer Berufungskommission zu bestimmten Bewerber\*innen zu protokollieren. Ein abweichendes Sachurteil und dessen fachliche Begründung dagegen kann Eingang in das Protokoll finden, vgl. auch Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 23.

fangenheit rechtfertigen, sofern aus dem jeweiligen Verfahrensfehler auf eine mangelnde Objektivität und Distanz des Amtsträgers gegenüber dem Beteiligten geschlossen werden kann.<sup>144</sup> Allein auf die Art und Weise der Verfahrensführung des Amtsträgers kann im Allgemeinen eine Befangenheit zwar nicht gestützt werden. Entfernt sich indes die Gestaltung des Verfahrens so weit von den anerkannten rechtlichen Grundsätzen, dass für den davon betroffenen Beteiligten der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhende Benachteiligung entsteht, gilt dies nicht.<sup>145</sup> Dies kann etwa der Fall sein, wenn das Verhalten des Amtsträgers darauf abzielt, Beteiligte in der Wahrnehmung ihrer Rechte zu behindern oder das Verfahren intransparent zugunsten oder zulasten einzelner Beteiligter zu gestalten.<sup>146</sup>

cc) Fälle und Beispiele, in denen nicht per se eine Besorgnis der Befangenheit besteht

Nicht hinreichend für die Besorgnis der Befangenheit sind beispielsweise die Staatsangehörigkeit, das Geschlecht oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession – ebenso wenig die Zugehörigkeit zu einer bestimmten wissenschaftlichen Schule.

Die Verwaltungsgerichte differenzieren hinsichtlich einer möglichen Parteilichkeit zwischen zulässigem „gelegentlichem beruflichem Zusammenwirken“ und unzulässiger „besonderer kollegialer Nähe“ in dienstlicher Hinsicht und zwischen zulässigen „gelegentlichen privaten Kontakten“ und unzulässigen „freundschaftlichen Kontakten“.<sup>147</sup> Dabei können auch wissenschaftliche Konkurrenz oder Konflikte eine besondere kollegiale Nähe darstellen. Den freundschaftlichen Kontakten stehen persönliche Anfeindungen hinsichtlich der Besorgnis der Befangenheit gleich.

Neukirchen/Emmrich haben hierbei folgende Aspekte sorgfältig aufgearbeitet:<sup>148</sup>

- Lehrer\*innen-Schüler\*innen-Verhältnis oder dienstliches Abhängigkeitsverhältnis
- Gemeinsame Assistenzzeiten oder gleiche akademische Schule
- Wissenschaftliche Kooperation oder Konkurrenz oder Konflikt
- Scheidende Stelleninhaber\*innen

- Besondere persönliche Nähe
- Wirtschaftliche Geschäftsbeziehungen
- Weitere schädliche Sachverhalte

Unschädlich ist nach Neukirchen/Emmrich folgendes:<sup>149</sup>

- Die bloße Mitwirkung an einer für eine\*n Bewerber\*in früher ergangenen Entscheidung
- die Mitwirkung eines\*r wissenschaftlichen Mitarbeiters\*in der Berufungskommission, der\*die dem Fach- oder Lehrgebiet der Professur zugeordnet ist
- „eine parallele Autorenschaft in einem wissenschaftlichen Sammelband;
- eine gewöhnliche Herausgeber-Autoren-Beziehung;
- gelegentliches berufliches Zusammenwirken, etwa in Kommissionen oder Arbeitsgruppen, bei parlamentarischen Anhörungen oder bei Begegnungen auf Tagungen;
- auch die Mitwirkung des Ehegatten des\*der vorherigen Stelleninhabers\*in in der Berufungskommission begründet ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine Befangenheit, desgleichen nicht die gemeinsame Mitwirkung von Ehegatten in der Berufungskommission, auch nicht von geschiedenen, weil insofern keine gesteigerte Beziehung zum\*zur Bewerber\*in vorliegt;
- auch die frühere Mitwirkung an einem wegen Verfahrensfehlers abgebrochenen und wiederholten Verfahrens begründet für sich keine Befangenheit, da insoweit zum einen von einem professionellen Umgang der Kommissionsmitglieder mit Verfahrensrügen auszugehen ist und ansonsten ein Ersatzverfahren unmöglich wäre“
- 15 Jahre zurückliegendes Lehrer\*innen-Schüler\*innen-Verhältnis<sup>150</sup>

dd) Rechtliche Würdigung

Die Frage, ob Mitglieder der Berufungskommission einer Hochschule an der Mitwirkung in diesem Gremium gehindert sind, richtet sich je nach landesgesetzlichen Vorschriften nach dem landesrechtlichen Verwaltungsverfahrenrecht und bzw. ausschließlich nach dem jeweiligen LHG und kann in der Berufsordnung oder Berufsleitfaden der Hochschule konkretisiert

144 Vgl. *Schuler-Harms*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwVfG, 4. EL, November 2023, § 21 Rn. 24.

145 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2015, VI-W(Kart) 8/15, Rn. 3 – juris.

146 Vgl. *Steinkühler*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 21 Rn. 40; VG Freiburg Beschl. v. 12.12.2023, 2 K

3207/23, Rn. 48 – juris.

147 Siehe OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

148 Siehe hierzu ausführlich *Neukirchen/Emmrich*, a.a.O., S. 111 f.

149 Siehe hierzu ausführlich *Neukirchen/Emmrich*, a.a.O., S. 111 f.

150 VG Bremen, Beschl. v. 12.6.2019, 6 V 596/19, Rn. 34 ff. – juris.

sein.<sup>151</sup> Ein Mitglied der Berufungskommission ist nach diesen Regelungen in der Regel dann an der Mitwirkung gehindert, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung zu rechtfertigen.<sup>152</sup>

Versäumt es ein Mitglied der Berufungskommission einen entsprechenden Hinweis anzuzeigen und verhindert damit, dass die Berufungskommission eine Einzelfallentscheidung über die Frage des Ausschlusses treffen kann, liegt ein Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften vor. Die Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung folgt jedoch nicht bereits allein aus dem Verstoß gegen eine untergesetzliche Norm wie zum Beispiel einer „Präsidiumshandreichung Befangenheiten“, denn nicht jede Verletzung der Offenbarungspflicht stellt ohne Weiteres zugleich einen selbstständigen weiteren Befangenheitsgrund dar.<sup>153</sup>

Die relativen Ausschlussgründe des § 21 VwVfG unterscheiden sich von den absoluten Ausschlussgründen des § 20 VwVfG dadurch, dass das Mitwirkungsverbot nicht schon kraft Gesetzes eintritt, sondern es hierfür zunächst einer konstitutiven Entscheidung des Ausschusses bedarf.

Sobald die Berufungskommission Kenntnis von objektiven Umständen erhält, die potentiell geeignet erscheinen, eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen, hat die Kommission über die Frage eines Ausschlusses des Betroffenen zu beraten und zu entscheiden. Im Rahmen dessen hat sie zu prüfen, ob die Besorgnis der Befangenheit tatsächlich begründet ist.<sup>154</sup>

Die Entscheidung ist gerichtlich voll überprüfbar; ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum besteht insoweit nicht.<sup>155</sup> Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens sowie der getroffenen Endentscheidung hängt somit letztlich nicht von dem Beschluss der Berufungskommission ab, sondern davon, ob tatsächlich eine (begründete) Besorgnis der Befangenheit bestand.<sup>156</sup>

Eine tatsächliche Befangenheit ist hierfür nicht erforderlich. Es genügt - wie schon ausgeführt - bereits der „böse Schein“.

Die (begründete) Besorgnis der Befangenheit kann sich aus einer besonderen persönlichen Beziehung ergeben; Bekanntschaft, berufliche oder fachliche Zusammenarbeit oder auch ein kollegiales Verhältnis reichen für sich allein nicht aus, um die Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen<sup>157</sup>. Dementsprechend kann etwa allein die Zugehörigkeit zu ein und derselben Dienststelle die Besorgnis der Befangenheit nicht begründen. Auch gelegentliche private Kontakte sind insoweit unschädlich.<sup>158</sup> In diesem Sinne gilt für akademische Berufungsverfahren, dass nicht jede Form von wissenschaftlicher Zusammenarbeit oder jede (frühere) berufliche oder akademische Verbundenheit eines Mitglieds der Berufungskommission mit einem Bewerber gleichsam automatisch die Annahme der Befangenheit begründet, weil ein gewisser wissenschaftlicher oder beruflicher Kontakt im wissenschaftlichen und universitären Bereich üblich ist.<sup>159</sup> Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn sich aus dem beruflichen bzw. fachlichen Zusammenwirken eine besondere kollegiale Nähe, ein besonderes kollegiales Näheverhältnis entwickelt hat.<sup>160</sup> Umgekehrt vermag auch eine persönliche Abneigung oder gar Feindschaft nach den Umständen des Einzelfalls eine Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen, sofern sie sich in nachprüfbareren Tatsachen manifestiert hat.<sup>161</sup> Entscheidend sind letztlich immer die Umstände des konkreten Einzelfalls, d. h. es ist danach zu fragen, ob in der Person des betreffenden Kommissionsmitglieds individuelle Gründe vorliegen, die seine Mitwirkung hinsichtlich eines Bewerbers angreifbar machen.<sup>162</sup>

Die Entscheidung der Berufungskommission ist rechtswidrig, wenn gegen die Regeln der Befangenheit verstoßen wird, wenn also ein Mitglied mitwirkt, obgleich insoweit die Besorgnis der Befangenheit besteht.

151 OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 30 – juris.

152 Eine Besorgnis der Befangenheit liegt vor, wenn aufgrund objektiv feststellbarer Tatsachen nach den Gesamtumständen aus der Sicht eines vernünftigen Beteiligten des Verfahrens die Besorgnis nicht auszuschließen ist, ein bestimmter Amtsträger werde in der Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden, OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 13, 16.

153 Vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 12.5.2015, 2 B 40/15, Rn. 12 – juris.

154 VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19 unter Verweis auf Herrmann/Tietze, LKV 2015, 337, 342.

155 VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19 unter Verweis auf Schuler-Harms, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwVfG, 4. EL November 2023, § 21 VwVfG Rn. 36, 45.

156 VGH München 1.2.2022, 3CE 22.19 unter Verweis auf Steinkühler, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 21 Rn. 45, 55; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 25b f.

157 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 17.

158 OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

159 Vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 8.7.2005, 1 Bs 89/05, Rn. 16 – juris.

160 OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris;

OGV Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris;

Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 17.

161 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 17.

162 OVG Hamburg, Beschl. v. 9.10.1998, 1 Bs 214/98, Rn. 3 – juris und Beschl. v. 8.6.2005 - 1 Bs 89/05, Rn. 16 – juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

Die Befangenheit kann sich auch aus einem mit Schärfe ausgetragenen wissenschaftlichen Disput in sozialen Medien nebst der Androhung rechtlicher Schritte ergeben.<sup>163</sup> Daraus ergibt sich der Anschein, dass der Betroffene in einem Berufungsverfahren nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden werde. Maßstab ist dabei weder die Frage, ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission tatsächlich befangen gewesen ist und zum Beispiel der Beigeladenen Erstplatzierten Vorteile im Berufungsverfahren verschafft hat oder nicht; die reine Besorgnis der Befangenheit gegenüber dem Antragsteller ist ausreichend.<sup>164</sup>

Die Mitwirkung eines befangenen Mitglieds der Berufungskommission hat dann die Fehlerhaftigkeit aller Entscheidungen der Berufungskommission zur Folge, weil das Mitglied der Berufungskommission dies pflichtwidrig nicht mitgeteilt hat und sein Ausschluss rechtswidrig unterblieben ist. Der Mangel kann unter Umständen später im Verfahren geheilt werden, z.B. durch den Austausch und die Wiederholung verschiedener Verfahrensschritte. Eine Unbeachtlichkeit im Sinne von § 46 VwVfG oder entsprechender landesrechtlicher Normen greift jedoch explizit nicht, weil sich nicht verlässlich einschätzen lässt, ob und wie sich die Mitwirkung des befangenen und beteiligten Ausschussmitglieds auf die Ergebnisfindung im Kollegialorgan ausgewirkt hat. Es ist vielmehr offen, zu welchem Ergebnis die Berufungskommission ohne das befangene Mitglied und ggf. mit einem Ersatzmitglied gekommen wäre. Dies gilt insbesondere für den Vorsitzenden der Berufungskommission.<sup>165</sup> Bei einem solchen Mangel im Auswahlverfahren erscheint es daher ernsthaft möglich, dass der Antragsteller bei rechtsfehlerfreiem Verlauf des Berufungsverfahrens bei der Antragsgegnerin zu ernennen wäre.<sup>166</sup>

Wenn die Berufungskommission unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ein Mitglied wegen der Besorgnis der Befangenheit im Beschlusswege von der weiteren Mitwirkung hätte ausschließen müssen, ist die Berufungskommission fehlerhaft besetzt. Dieser Verfahrensfehler hat auch die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung zur Folge.<sup>167</sup> Damit bestünde ein Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Entsprechen-

des gilt, wenn die Berufungskommission ein Mitglied von der Mitwirkung wegen einer fehlerhaft angenommenen Besorgnis der Befangenheit ausschließt, etwa weil sie ein kollegiales Verhältnis des Mitglieds zum\* zur Bewerber\*in überbewertet.

Selbst wenn die Entscheidung, dass der\*die Antragsteller\*in nicht listenfähig sei, einstimmig getroffen wurde kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine von der Mitwirkung ausgeschlossene Person schon durch ihre Teilnahme an der Beratung Einfluss auf die anderen Organmitglieder ausübt und diese zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten veranlasst.<sup>168</sup>

Der\*die Antragsteller\*in kann in einem solchen Fall daher beanspruchen, dass über seine\*ihre Bewerbung erneut rechtsfehlerfrei entschieden wird.

Dem entsprechenden Anordnungsanspruch steht nur dann eine fehlende Erfolgsaussicht entgegen, wenn bei einer erneuten Auswahlentscheidung die Auswahl des\*der unterlegenen Bewerbers\*in vollkommen ausgeschlossen erscheint.<sup>169</sup>

Eine entsprechende Rüge ist jedoch ausgeschlossen, wenn der\*die Antragsteller\*in die ihm\*ihr obliegenden Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren verletzt hat, indem er\*sie einen ihm\*ihr bekannten Ablehnungsgrund z.B. die Befangenheit eines Mitglieds der Berufungskommission nicht unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern vor der Verwaltungsentscheidung oder einer bestimmten Verfahrenshandlung gerügt hat. Dies ist in den verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmungen der Länder normiert und wird von der Rechtsprechung mit Verweis auf § 71 Abs. 3 Satz 3 VwVfG bzw. seinen landesrechtlichen Parallelvorschriften<sup>170</sup> daher abgelehnt.<sup>171</sup> Es ist allerdings streitig, ob § 71 Abs. 3 Satz 3 VwVfG und seine landesrechtlichen Entsprechungen auch eine materielle Präklusion im Prozess bewirken. Im Schrifttum wird von beachtlichen Stimmen die Auffassung vertreten, ein Verstoß gegen §§ 20, 21 VwVfG und die landesrechtlichen Parallelbestimmungen seien vom Verwaltungsgericht ggf. auch von Amts wegen zu berücksichtigen.<sup>172</sup>

Der Bewerber ist jedoch immer gehalten, einen ihm bekannten Ablehnungsgrund unverzüglich, d.h. ohne

163 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 5 ff.

164 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 20 ff.

165 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 20 ff.

166 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 20 ff unter Verweis auf das Erfordernis der Möglichkeit der Auswahl nach der Rspr. des BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015, 2 BvR 1958/13, Rn. 57 – juris; OVG Münster, Beschlüsse v. 17.4.2018 - 1 B 189/18, Rn. 15 ff. – juris, und vom 22.7.2019 - 6 B 708/19, Rn. 18 – juris.

167 OVG Lüneburg Beschl. v. 10.6.2022, 5 ME 4/22.

168 OVG Münster, Beschl. v. 26.5.2014, 19 B 203/14, Rn. 31 – juris.

169 OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.6.2022, 5 ME 4/22.

170 Mit Verweis auf *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 21 Rn. 6, 15 m.w.N., dem widerspricht jedoch *Sachs/Kamp*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 71 Rn. 32.

171 BVerwG, Urt. v. 2.7.1992, 5 C 51.90, VGH München, Beschl. v. 1.2.22, 3 CE 22.19, Rn. 5 bzgl. Befangenheit.

172 Vgl. etwa *Sachs/Kamp*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 71 Rn. 32; Reimer, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 4. EL November 2023, § 71 VwVfG Rn. 28.

schuldhaftes Zögern zu rügen; dieser allgemeine Verfahrensgrundsatz gilt unabhängig davon, ob die Regelung des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrenrechts für hochschulrechtliche Berufungsverfahren direkt anwendbar ist<sup>173</sup> oder nicht.<sup>174</sup> Diese Rügeobliegenheit entspricht dem aus dem Prüfungsrecht bekannten Grundsatz, dass sich der\*die Betreffende nicht in Widerspruch zu seinem\*ihren eigenen Verhalten setzen darf. Insbesondere ist es treuwidrig, einen erkannten Verfahrensfehler zunächst hinzunehmen, um ihn anschließend nur dann geltend zu machen, wenn das Ergebnis des Verfahrens dem\*der Betreffenden missfällt.<sup>175</sup>

Im Übrigen muss die Besorgnis über die Voreingenommenheit der Berufungskommissionsmitglieder jedenfalls im zeitlichen Zusammenhang mit der Berufungsveranstaltung stehen und darf nicht erst über ein Jahr später im gerichtlichen Verfahren zu Tage treten.<sup>176</sup> Denn in diesem Fall scheint es als ausgeschlossen, dass sich die Besorgnis der Befangenheit auf das weit vergangene Verfahrensergebnis ausgewirkt hat.

#### b) Juniorprofs mit Tenure Track

Das Oberverwaltungsgericht Koblenz hat mit Beschluss vom 3. März 2022<sup>177</sup> entschieden, dass ein zum Juniorprofessor mit Tenure-Track-Option ernannter Bewerber gegenüber der Hochschule einen Anspruch auf Ausschreibungsverzicht für die (spätere) Lebenszeitprofessur erwerbe und insoweit „konkurrenzlos“ gestellt sei, sofern er für die vorhandene Stelle nachweislich geeignet sei.<sup>178</sup> Das Tenure-Evaluierungsverfahren stelle ein besonders ausgestaltetes Berufungsverfahren dar.

Der Juniorprofessor habe zwar einen Anspruch auf die Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens, auf dessen Grundlage die Hochschule ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entscheiden müsse. Ein darüberhinausgehender Anspruch bestehe jedoch nicht.<sup>179</sup>

Ein Anordnungsgrund kann dann glaubhaft gemacht werden, wenn in einem lang andauernden und ggf. sogar schon einmal unterbrochenen Evaluierungs- und Berufungsverfahren die Gefahr besteht, dass das Recht des Antragstellers auf Erhalt der Konkurrenzfreiheit vereitelt werden könnte.<sup>180</sup>

Ein Anordnungsanspruch kann jedoch nur dann glaubhaft gemacht werden, wenn der Anspruch auf Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens verletzt wurde. Das Tenure Track-Verfahren ist ein spezielles hochschulbeamtenrechtliches „Verfahren zur Anstellung“, dass die rechtlich garantierte Chance beinhaltet, nach einer befristeten Bewährungszeit eine Lebenszeitprofessur zu erhalten. Der zunächst zum Juniorprofessor ernannte Bewerber erwirbt daher gegenüber der Hochschule zunächst einen „Anspruch auf Ausschreibungs-Verzicht“ für die Lebenszeitprofessur und damit das Recht das Berufungsverfahren (Abschlussevaluation) ohne unmittelbare Konkurrenz zu durchlaufen.<sup>181</sup>

Die Tenure-Evaluierung stellt somit ein „wissenschaftsadäquates Äquivalent zu einem Berufungsverfahren“ dar. Sie vermittelt aber eben nicht mehr als den Anspruch auf die Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens, auf dessen Grundlage die Hochschule ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entscheiden muss.<sup>182</sup>

Hieraus ergibt sich zugleich, dass die Hochschule das Bewerbungsverfahren abbrechen kann, wenn sich der im Tenure Track-Verfahren einzige Bewerber im Rahmen des Evaluierungsverfahrens als ungeeignet für die angestrebte Planstelle erweist.<sup>183</sup> Diesbezüglich ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte zurückgenommen, da der Hochschule verfassungsrechtlich eine geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschullehrerstelle zusteht. Die Auswahlentscheidung kann dementsprechend ge-

173 So für das jeweilige Landesrecht ausdrücklich VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 5 – juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 11 – juris.

174 offen gelassen von OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 21, 31 f. – juris.

175 Vgl. nur *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dietrich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 216 m.w.N.

176 VGH Mannheim, Beschl. v. 27.7.2022, 4 S 713/22.

177 OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22.

178 OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22, siehe Leitsatz.

179 Auch unter Verweis auf vergleichbare Oberverwaltungsgerichte OVG Münster, Beschl. v. 24.6.2019, 6 B 401/19 und BVerfG, Beschl. 12.7.2011, 1 BvR 1616/11.

180 OVG Koblenz Beschl. vom 3.3.2022, 2 B 10062/22, auch unter Verweis auf VGH München, Beschl. v. 25.10.2021, 7 CE 21.2503,

Rn. 10 – juris.

181 OVG Koblenz Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22, auch unter Verweis auf *Herkommer*, WissR 40, 2007, 36, (53); *Hartmer*, in: *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 5 Rn. 122. Zur Frage, ob dies eine Diskriminierung anderer (habilitierter) Bewerber darstellt, und hinsichtlich verfassungsrechtlichen Zweifel an einer solchen Praxis siehe *Herkommer*, WissR 40, 2007, S. 36, 59 ff.; *Neuhäuser*, WissR 45, 2012, S. 248, 271; *Hartmann*, DÖV 2020, 137 ff.; *Detmer*, in: *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 91.

182 OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22.

183 Auch unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09, Rn. 27 – juris; OVG Münster, Beschl. v. 24.6.2019, 6 B 401/19, Rn. 7 – juris m.w.N.

richtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen und ob der Beurteilungsspielraum überschritten worden ist.

In der erwähnten Entscheidung wurde die gerügte Befangenheit als nicht belegt erachtet. Auch auf die fehlende Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten des Fachbereichs, und deren nicht ordnungsgemäße Beteiligung konnte der Antragsteller sich nicht mit Erfolg berufen, da diese das Verfahren nicht beanstandet hatte. Ebenso wenig wurde vom Gericht beanstandet, dass die Dokumentation der Lehrprobe und des Gespräch mit der Kommission nicht vollständig sei, da eine rechtliche Pflicht zur nahezu lückenlosen Protokollierung dieser einzelnen Prüfungsteile nicht bestehe.<sup>184</sup> Hinsichtlich der inhaltlichen Kritik an der kritischen Wertung der Leistungen und Publikationen verwies das Gericht auf den weiten Beurteilungsspielraum der Hochschule und dass sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle darauf beschränke, ob der Beurteilungsspielraum überschritten worden sei, etwa weil die Entscheidung ersichtlich auf der Verkennung von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruhe.

### c) Tenure Track

Das Tenure-Track-Verfahren ist mit beamten- und hochschulrechtlichen Besonderheiten verbunden, die regelmäßig im LHG angelegt und in der Grundordnung oder Berufsordnung oder speziellen Tenure-Track-Ordnung der Hochschule rechtlich normiert sind. Die Tenure-Track-Professur beginnt regelmäßig in der Besoldungsgruppe W2 und in einem Beamtenverhältnis auf Zeit i.d.R. für die Dauer von sechs Jahren. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg kann im Berufungsverfahren auf eine als Tenure-Track-Juniorprofessur ausgeschriebene Stelle ohne Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG ein habilitierter Privatdozent ausgeschlossen werden, wenn und weil er aufgrund seiner Qualifikation ohne Weiteres für eine W3-Professur berufungsfähig und in einem Tenure-Track-Verfahren damit nicht (mehr) förderfähig ist.<sup>185</sup>

Bei erfolgreichem Verlauf durchlaufen die Tenure-Professuren vor Ablauf der sechs Jahre in einem gesonderten Verfahren und ohne Ausschreibung und unmittelbare Konkurrenz ein Berufungsverfahren auf eine Professur der Besoldungsgruppe W3. Es handelt sich

also um eine Entfristung verbunden mit einem Karriereaufstieg, der jedoch eine positive Tenure-Evaluierung voraussetzt. Die Entscheidung erfolgt in einem speziellen Evaluierungsverfahren, das je nach Satzung mit einem Selbstbericht beginnt und mit einer Entscheidung der Hochschulleitung nach Anhörung des\*r Antragsteller\*in endet. Im Falle einer negativen Tenure-Evaluierung endet das Beamtenverhältnis und die Professur auf Zeit, sofern nicht eine Anschlussbeschäftigung gewährt wird.

Als Rechtsmittel kann bei negativer Entscheidung zunächst Widerspruch eingelegt werden und gegen den Widerspruchsbescheid Klage vor dem VG erhoben werden. Dann stellt sich die Frage, wie sich dies auf die Beschäftigung und den akademischen Titel auswirkt.

In einem bayerischen Fall hat das VG München auf Antrag der Hochschullehrerin die Hochschule im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO verpflichtet, die Professorin unter Beibehaltung ihres Rechts, den Titel „Professorin“ zu führen, weiter im Angestelltenverhältnis der Besoldungsgruppe W2 zu beschäftigen, bis die Wiederholung der Tenure-Evaluierung erfolgt ist, jedenfalls aber bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.<sup>186</sup> Der VGH München entschied jedoch überzeugend anders und verneinte einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, da zur Sicherung des Anspruchs auf erneute Durchführung des Tenure Verfahrens eine Weiterbeschäftigung weder erforderlich sei, weil die Leistung außerhalb der Tenure Zeit nicht zu berücksichtigen sei, noch sei sie beamtenrechtlich zulässig.<sup>187</sup>

Erfolgreich kann sich ein Antragsteller daher nur gegen Verfahrensfehler und gegen eine erneute und offene Ausschreibung der eigenen Stelle wehren. Droht die Besetzung der vorgesehenen Stelle durch eine anderweitige Bewerberin ist ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gerechtfertigt, bis sichergestellt ist, dass der Anspruch auf Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens gesichert ist. Ist der Antrag solchermaßen zulässig und begründet, muss das Verwaltungsgericht die Hochschule verpflichten, sicherzustellen, dass für den Antragsteller eine haushaltsrechtliche Planstelle zur Verfügung steht, um darauf gegebenenfalls die begehrte W3-Professur führen zu können.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22.

<sup>185</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 7.7.2021, 4 S 1541/21, Rn. 7 – juris; vgl. auch *Saigner/Schneider*, *WissR* 55, 2022, 141 ff.

<sup>186</sup> Gestützt wurde diese Entscheidung auf das LHG, das BayHSch PG, die Tenure-Satzung und entsprechende Verstöße, die zum

Erfolg in der Hauptsache führten, vgl. VG München, Beschl. v. 16.9.2021, M 3 E 21.4116 – juris.

<sup>187</sup> VGH München, Beschl. v. 25.10.2021, 7 CE 21.2503 – juris.

<sup>188</sup> VGH München, Beschl. v. 25.10.2021, 7 CE 21.2503 – juris.

d) Zu hohe Forderungen bei den Berufungsverhandlungen: Grund für Abbruch?

Es stellt sich die Frage, ob „überzogene“ Forderungen des zu Berufenden in der Berufungsverhandlung eine Rechtfertigung dafür sind, mit dem Nächstplatzierten zu verhandeln und diesen zu berufen.

Bei einer im Jahr 2020 ausgeschriebenen, unbefristeten Professur mit der Besoldung nach W 2 wurde in einem Bewerbungsverfahren eine Bewerberin auf Platz 1 des Berufungsvorschlags gesetzt und eine weitere Bewerberin auf Platz 2. Nach Beteiligung der Gremien erteilte der Rektor der Erstplatzierten mit Schreiben vom 1. Juli 2021 den Ruf. In den folgenden Berufungsverhandlungen kam es zu einem Dissens insbesondere bezüglich der Ausstattung und Besoldung. In der Folge brach der Rektor daher die Berufungsverhandlung „aus sachlichen Gründen“ ab und informierte die Antragstellerin in der Folge, dass das Bewerbungsverfahren mit einer Ruferteilung und Einladung zu einer Berufungsverhandlung an die weitere Platzierte fortgesetzt werde. Den Antrag der Antragstellerin auf Eilrechtsschutz lehnte das Verwaltungsgericht<sup>189</sup> ab. Der Rektor habe die Berufungsverhandlung rechtswirksam abgebrochen, da die Antragstellerin bei der Berufungsverhandlung und in der Folgezeit auf ihren Forderungen beharrt habe und dies einen hinreichenden sachlichen Grund für den Abbruch der Berufungsverhandlung darstelle.<sup>190</sup> Das OVG Bautzen gab der Beschwerde der Antragstellerin jedoch statt,<sup>191</sup> da der Rektor die Vorschriften der Berufsordnung nicht eingehalten habe, sondern unter deren Missachtung kein Protokoll der Berufungsverhandlungen mit Fristsetzung zur Rückäußerung an die Erstplatzierte gesandt und ohne erneute Anhörung des Senats der Zweitplatzierten den Ruf erteilt habe. Durch diese Vorschrift werde aber ausgeschlossen, dass die von der Berufungskommission und den weiteren beteiligten Gremien getroffene Auswahlentscheidung nachträglich (durch den Rektor) geändert werde. Bei Dissens (bzgl. der Ausstattung und Besoldung) müsse die Hochschule aufgrund der Berufsordnung die Berufungsverhandlung ordnungsgemäß beenden, indem die Hochschule der Erstplatzierten, mit der verhandelt wurde, ein abschließendes Angebot unterbreite, das diese annehmen oder ablehnen könne. Da die Abbruchentscheidung den Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin ver-

letzt habe, war dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in der Beschwerde stattzugeben.

e) Rechtswidrigkeit des Abbruchs des Verfahrens

Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Bewerber können daher bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erlangt werden. Der Bewerber begehrt die zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens mit dem bestehenden Bewerberkreis. Dies kann selbst im Erfolgsfall durch eine Klage in der Hauptsache nicht erreicht werden.

Auch bei einem Abbruch des Verfahrens kann das Gericht eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO nur dann erlassen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Dies setzt einen Anordnungsanspruch und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) voraus, die glaubhaft zu machen sind.

Der Anordnungsgrund kann bei einem Abbruch des Bewerbungsverfahrens nur glaubhaft gemacht werden, wenn im Interesse der Rechtssicherheit umgehend zu klären ist, ob die betreffende Stelle nicht doch in dem von der Antragsgegnerin abgebrochenen Auswahlverfahren zu vergeben ist.<sup>192</sup> Dabei ergibt sich die Dringlichkeit der gerichtlichen Entscheidung aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens selbst, das auf eine sofortige Verpflichtung des Dienstherrn gerichtet ist und bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann.<sup>193</sup> Ein Anordnungsanspruch kann sich allein aus einer Verletzung des dem Antragsteller zustehenden Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben. Aufgrund des der Hochschule verfassungsrechtlich zustehenden Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines\*iner Bewerber\*in für eine Hochschullehrerstelle<sup>194</sup> kann die Auswahlentscheidung gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen und ob der Beurteilungsspielraum überschritten worden ist, etwa weil die Entscheidung ersichtlich

189 VG Chemnitz, Beschl. v. 21.12.2021, 3 L 513/21, n.v.

190 Ebenda.

191 OVG Bautzen, Beschl. v. 18.3.2022, 2 B 20/22 – juris.

192 OVG Bautzen, Beschl. v. 22.3.2023, 2 B 22/23 – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3/13, Rn. 22 ff. – juris; OVG

Bautzen, Beschl. v. 29.5.2020 - 2 B 97/20, Rn. 9 – juris.

193 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 14 ff. – juris. Vgl. BVerwG, Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3/13, Rn. 22 f. – juris; OVG Münster, Beschl. v. 12.7.2018, 1 B 1160/17, Rn. 50 – juris.

194 BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, 2 C 16.83 – juris.

auf der Verkenning von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruht.<sup>195</sup>

Nach der vom BVerfG gebilligten Rechtsprechung des BVerwG kommt dem Dienstherrn hinsichtlich der Beendigung eines eingeleiteten Bewerbungs- und Auswahlverfahrens ein weites organisations- und verwaltungspolitisches Ermessen zu.<sup>196</sup> Der Abbruch des Besetzungsverfahrens bedarf jedoch eines sachlichen Grundes. Nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>197</sup> kann der Abbruch des Auswahlverfahrens in materieller Hinsicht sowohl aus der Organisationsgewalt des Dienstherrn als auch aus Gründen gerechtfertigt werden, die aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleitet werden. Der Dienstherr kann das Auswahlverfahren abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann oder wenn eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu erhalten. Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren ist fortzuführen. Eine Abbruch und eine Neuausschreibung dürfen dann nicht erfolgen.<sup>198</sup>

In formeller Hinsicht müssen die Bewerber vom Abbruch rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen; erforderlich ist in der Regel die hinreichende schriftliche Dokumentation der Gründe.<sup>199</sup> Wenn die Abbruchentscheidung dem Bewerber mitgeteilt wurde und schriftlich dokumentiert ist, sind die Gründe materiell-rechtlich zu prüfen.

Sofern der Abbruch auf einem Beschluss der Berufungskommission basiert, weil die Berufungskommission alle Bewerber für ungeeignet hält und auch die besten Kandidaten von z.B. auch aufgrund externer Gutachten nicht über die fachliche Breite und Passfähigkeit verfügen, um die ausgeschriebene Professur vollumfänglich in Lehre und Forschung zu vertreten, sind diese Gründe materiell-rechtlich ausreichend.

Nur wenn eine Verletzung des Beurteilungsspielraums etwa durch sachfremde Erwägungen oder die Verkenning von Tatsachen vorliegt, ist die Abbruchent-

scheidung materiell-rechtlich angreifbar.<sup>200</sup>

Die rechtliche Einordnung unterscheidet sich je nachdem, ob die konkrete Stelle – auf der Grundlage eines neuen Auswahlverfahrens – weiter besetzt werden soll oder nicht.<sup>201</sup>

Soll die konkrete Stelle nach dem Abbruch nicht mehr besetzt werden, ist der Dienstherr, auch wenn er das Stellenbesetzungsverfahren bereits begonnen hatte, keinen strengeren Bindungen unterworfen als bei den sonstigen personalwirtschaftlichen Entscheidungen. Eine solche Entscheidung unterfällt seinem weiten, dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsermessen. Denn die Ausschreibung begründet nicht das schutzwürdige Vertrauen der Betroffenen, dass sich der Dienstherr mit der Ausschreibung hinsichtlich seiner Organisationsgewalt unwiderruflich bindet. Da die Entscheidung, einen bereits ausgeschriebenen Dienstposten nicht mehr wie ursprünglich geplant besetzen zu wollen, der personalwirtschaftlichen Einschätzung der Hochschule obliegt, ist die gerichtliche Kontrolle insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob sich die Entscheidung als willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erweist.<sup>203</sup>

Wenn der Dienstherr unbeschadet der getroffenen Abbruchentscheidung die Stelle aber weiterhin vergeben will, und hierfür ein neues Auswahlverfahren für erforderlich hält, bleibt Art. 33 Abs. 2 GG Prüfungsmaßstab. Die Entscheidung, das in Gang gesetzte Auswahlverfahren abzubrechen, bezieht sich insofern nicht auf Zugschnitt und Gestaltung des Amtes, sondern auf die organisatorische Ausgestaltung seiner Vergabe, die als wesentliche Weichenstellung für die nachfolgende Auswahlentscheidung bereits selbst den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung tragen muss. Deswegen bedarf es in einer solchen Fallgestaltung für die Abbruchentscheidung in materieller Hinsicht eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG genügt.<sup>204</sup>

Unsachlich sind Gründe für einen Abbruch, die das Ziel verfolgen, einen unerwünschten Kandidaten aus leis-

195 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 20 – juris m. w. N.

196 OVG Bautzen, Beschl. v. 22.3.2023, 2 B 22/23, – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 22.7.1999, 2 C 14.98, Rn. 26 – juris; BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11, Rn. 22 – juris.

197 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6.11, Rn. 18 – juris; Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3.13, Rn. 16 – juris; Beschl. v. 10.5.2016, 2 VR 2.15, – juris.

198 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11, – juris

199 Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6.11, Rn. 19 – juris; Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3.13, Rn. 20 – juris.

200 OVG Bautzen, Beschl. v. 22.3.2023, 2 B 22/23, – juris.

201 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.6.2022, 12 L 237/22, – juris.

202 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.6.2022, 12 L 237/22, Rn. 5 ff. – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3.13, Rn. 26, 37 – juris; OVG Münster, Beschl. v. 26.4.2018, 6 B 355/28, Rn. 11 – juris.

203 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 14 ff. – juris.

204 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 17 ff. – juris unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 10.5.2016, 2 VR 2.15, Rn. 16 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 14.6.2019, 1 B 346/19, Rn. 9 ff.; Beschl. vom 5.2.2021, 1 B 1256/20, Rn. 6 ff. sowie Beschl. v. 2.12.2020, 6 B 840/20, Rn. 9 ff.; jeweils juris.

tungsfremden Erwägungen von der weiteren Auswahl für die Stelle auszuschließen oder einen bestimmten Bewerber bei der späteren Auswahlentscheidung zu bevorzugen. Der Dienstherr kann das Auswahlverfahren hingegen abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann, wenn eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu erhalten, oder wenn kein Bewerber seinen Erwartungen entspricht bzw. er sämtliche Bewerber nach sachgerechter Prüfung für unzureichend geeignet erachtet.<sup>205</sup>

f) Fehlende Passgenauigkeit und Ausschluss aus dem weiteren Verfahren bei der 1. Stufe

Wie bereits dargelegt, hat sich auch die Auswahlentscheidung bei dem Statusamt eines Hochschulprofessors nach den in Art. 33 Abs. 2 GG<sup>206</sup> genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu richten.<sup>207</sup>

Aus dem Zusammenspiel der hochschulrechtlichen Bestimmungen wird deutlich, dass die Berufungskommission ihre Auswahl nach Maßgabe von fachlicher und persönlicher Eignung und Leistung der Bewerber, mithin nach dem Grundsatz der Bestenauslese trifft. Entsprechendes gilt für die Entscheidung des\*der Rektors\*in bei der Ruferteilung.

Die Entscheidung, eine Bewerbung bereits auf der ersten Stufe nicht weiter zu berücksichtigen, ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Berufungskommission im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) geschützten Beurteilungskompetenz über die Qualifikation der Bewerber\*innen<sup>208</sup> ihre Entscheidung getroffen hat und nach dem eingeschränkten gerichtlichen Prüfungsmaßstab keine Fehler erkennen lässt. Die von der Berufungskommission getroffene Vorauswahl lässt keine Verfahrensfehler erkennen, wenn die von dem\*der Antragsteller\*in eingereichten Bewerbungsunterlagen der Universität vollständig vorliegen und den Mitgliedern der Berufungskommission vollständig zur Einsichtnahme zur Verfügung standen. Desweiteren ist auch erforderlich, dass die Berufungskommission ihre Bewertung, hinsichtlich der

Ausschreibungskriterien wie zum Beispiel der fachlichen Passfähigkeit aufgrund einer ausreichenden Tatsachengrundlage getroffen und diese ausreichend dokumentiert hat. Hinsichtlich der Dokumentation reicht auch eine knappe Begründung in stichpunktartiger tabellarischer Form,<sup>209</sup> solange hierbei nicht einschlägige Qualifikationen übersehen werden.

Ein\*e auf dieser Stufe des Verfahrens abgelehnte\*r Bewerber\*in hat dann keinen Anspruch auf eine erneute Entscheidung über seine\*ihre Bewerbung. Wenn der\*die Antragsteller\*in bei der Auswahl aber nach Entscheidung der Berufungskommission das in der Ausschreibung erstellte Anforderungsprofil nicht erfüllt, ergibt sich kein weiterer Anspruch, selbst wenn der\*die Erstplatzierte unzutreffend ausgewählt worden wäre.<sup>210</sup>

g) Akademisches Alter: Diskriminierung?

Das OVG Münster hat mit Beschluss vom 17.1.2022, 6 B 1512/21, u.a. auch über die Frage des akademischen Alters entschieden.

Dort stellte sich die Frage, ob mit der Argumentation zum akademischen Alter der Bewerber\*innen eine Parallele zu dem aus dem Laufbahnbereich bekannten Auswahlkriterium des Dienstalters gezogen werde. Das OVG verneint dies, wenn die Heranziehung des Dienstalters lediglich als Hilfskriterium bei einem Qualifikationsgleichstand in Betracht kommt. Auf das Dienstalter oder Beförderungsdienstalter darf nicht abgestellt werden, soweit sich die dabei gewonnene Erfahrung nicht leistungssteigernd ausgewirkt hat. Als Hilfskriterium bei einem Qualifikationsgleich darf das akademische Alter jedoch herangezogen werden, um den Umfang der Lehr- und Forschungsleistungen, der Publikationen, Zitationen, etc. ins Verhältnis zur hierfür zur Verfügung stehenden bzw. aufgewandten Zeit zu setzen. Ein geringeres Alter wirkt sich insofern hier günstig aus. „Die Berücksichtigung des Zeitraums, der für die Erbringung der Leistungen zur Verfügung stand, ermöglicht eine tragfähige Beurteilung der für die Eignung der Kandidaten maßgeblichen Frage, was von diesen in Zukunft zu erwarten ist, und vermeidet die Begünstigung von Bewerbern am Ende ihrer wissenschaftlichen Laufbahn bzw. mit nur geringen etwa familienbedingten Ausfallzeiten.

205 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 17 ff. unter Verweis auf OVG Münster, Beschlüsse vom 18.5.2022, 6 B 231/22, Rn. 36 f. und vom 22.9.2021, 6 B 583/21, Rn. 24 f.; jeweils juris, m.w.N.

206 Und ggf. ebenso in den korrespondierenden Artikeln der jeweili-

gen Landesverfassung.

207 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 17 – juris.

208 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 20 – juris m. w. N.

209 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2B 41/22 – juris.

210 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2B 41/22 – juris.

Insoweit ist die Einbeziehung des akademischen Alters in die Betrachtung nachvollziehbar und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.<sup>211</sup>

#### h) Listendrehen durch den Rektor

Es stellt sich die Frage inwieweit sich ein Bewerber gegen die Entscheidung des Rektors wenden kann, von dem Vorschlag der Berufungskommission hinsichtlich der Reihung abzuweichen.

Ein\*e Hochschulrektor\*in ist regelmäßig an die Bewertung der Berufungskommission gebunden und kann hiervon nur in begründeten Fällen abweichen und ist aufgrund der institutionellen Wissenschaftsfreiheit und der diesbezüglichen Selbstverwaltung der Hochschulen auf wenige Ausnahmekonstellationen beschränkt.<sup>212</sup> Die Auswahlentscheidung bzw. Abweichung von der Reihung wahrt nur dann die fachliche Einschätzungsprerogative der in der Berufungskommission und im Fakultätsrat beteiligten Hochschullehrer\*innen, wenn der\*die Rektor\*in seinen\*ihrer Entscheidungsspielraum nicht überschreitet und sich insbesondere nicht in Widerspruch zur Bewertung des Berufungsausschusses setzt.<sup>213</sup> Dies setzt voraus, dass er\*sie ebenso wie der Berufungsausschuss an alle zuvor aufgestellten Auswahlkriterien gebunden ist, diese vollständig in seine Entscheidungsfindung einbeziehen muss und den gegebenenfalls abweichenden Berufungsvorschlag sachgerecht begründen und dokumentieren muss. Es genügt nicht, dass sich der\*die Rektor\*in nur auf die Gutachten stützt und z.B. Probelehrveranstaltungen außer Betracht lässt. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Abweichungsentscheidung die fachliche Einschätzungsprerogative des Berufungsausschusses aushebelt.<sup>214</sup>

Der\*die Rektor\*in kann insbesondere nicht konstitutive Anforderungsmerkmale wie z.B. „habilitationsgleiche Leistungen“ selbst auslegen und – entgegen der Berufungskommission – verneinen. Diese Beurteilung unterliegt notwendigerweise einem Bewertungsspielraum, der in erster Linie der Berufungskommission zukommt, und die der Rektor nicht an sich ziehen dürfe. Dies überzeugt schon deshalb, weil der\*die Rektor\*in regelmäßig selbst aus einer anderen Fakultät bzw. Fachrichtung kommt. Dabei ist unerheblich, dass der\*die Rektor\*in in

seiner\*ihrer Eigenschaft als Organ der Hochschule selbst Grundrechtsträger\*in nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist, und ob entsprechende Gutachten diese Auffassung stützen, da dies nicht seine\*ihre Aufgabe sei.<sup>215</sup>

#### i) Unzureichende Dokumentation

Soweit es um die Dokumentation eines Berufungsverfahrens für eine Professorenstelle geht, ist in erster Linie eine sorgfältige, d.h. nachvollziehbare und eingehende Begründung der Entscheidung der Berufungskommission erforderlich. Diese muss dem Gericht auch im Lichte des oben dargelegten verfassungsrechtlich geschützten (Art. 5 Abs. 3 GG) und gerichtlich daher nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Hochschule eine Überprüfung ermöglichen, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten wurden oder ob die Entscheidung auf falschen Tatsachen oder sachfremden Erwägungen beruht.<sup>216</sup>

Hieraus folgt jedoch keine Pflicht zur gleichsam lückenlosen Protokollierung sämtlicher Abläufe – Probevorlesung, Probevortrag, Einzelgespräche – im Rahmen eines Auswahlverfahrens. Es genügt regelmäßig eine Protokollierung der Sitzungen der Berufungskommission oder ein Besetzungsbericht.<sup>217</sup> Dabei darf sich die Dokumentation auf ein vertretbares Maß beschränken und Gesprächsinhalte zusammenfassen, den Fokus auf bestimmte Aspekte legen oder weniger gewichtige Aspekte unerwähnt lassen.<sup>218</sup> Eine diesen Anforderungen genügende Dokumentation der die Beschlussfassung der Berufungskommission tragenden Auswahlerwägungen ist ausreichend.

### V. Der Beurteilungsmaßstab des Verwaltungsgerichts

Anders als in anderen Eilverfahren sind die Gerichte nach der Rechtsprechung des BVerfG gehalten, in Konkurrentenstreitverfahren nicht lediglich eine summarische Prüfung möglicher Ansprüche vorzunehmen; vielmehr hat – wie in dem hier regelmäßig nicht mehr durchführbaren Hauptsacheverfahren – eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung zu erfolgen, ohne dabei die Anforderungen an einen Erfolg des unterlegenen Bewerbers zu überspannen.<sup>219</sup> Da das Eilverfahren

211 OVG Münster, Beschl. v. 17.1.2022, 6 B 15/12, – juris.

212 VGH Mannheim, Beschl. v. 1.7.2022, 4 S 483/22, Rn. 1 – juris.

213 VGH Mannheim, Beschl. v. 1.7.2022, 4 S 483/22, Rn. 1 – juris; VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 23 – n.v.

214 VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, a.a.O.

215 VGH Mannheim, Beschl. v. 1.7.2022, 4 S 483/22, Rn. 1 – juris.

216 VGH Kassel, Beschl. v. 28.11.2022, 1 B 1620/22, – juris.

217 VGH Kassel, Beschl. v. 28.11.2022, 1 B 1620/22, – juris unter

Verweis auf: OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, 6 B 1700/19, Rn.

17 – juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 6.8.2018, 2 B 10742/18, Rn. 15

f. – juris; VGH München, Beschl. v. 18.4.2012, 7 CE 12.166, Rn. 33 – juris.

218 VGH Kassel, Beschl. v. 28.11.2022, 1 B 1620/22, – juris unter

Verweis auf OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, 6 B 1700/19, Rn. 1 – juris.

219 BVerfG, Beschl. v. 29.7.2003, 2 BvR 311/03, Rn. 12 – juris; vgl. auch

BVerfG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 32 – juris.

vor der Ernennung die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt, darf es im Hinblick auf das Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG nach der Rechtsprechung des BVerwG „nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben“.<sup>220</sup>

#### 1. Eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Berufungskommission

Aufgrund der in Art. 5 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützten Beurteilungskompetenz der Berufungskommission und der beteiligten Hochschulorgane über die fachliche Qualifikation eines\*r Bewerbers\*in besteht hier ein Beurteilungsspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.<sup>221</sup> Insoweit verbleibt dem Verwaltungsgericht im Kern lediglich die Überprüfung, ob die Entscheidung verfahrensfreier zustande gekommen ist und ob der Beurteilungsspielraum nicht überschritten wurde. Letzteres ist nur dann nicht der Fall, wenn die Auswahlentscheidung ersichtlich auf der Verkennung von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruht hat.<sup>222</sup> Dies gilt in besonderer Weise für die Feststellung und Beurteilung der wissenschaftlichen Eignung und der notwendigen Lehrbefähigung der Bewerber\*innen. Die Bewertung, ob ein\*e Bewerber\*in besser geeignet ist als ein\*e anderer\*, hat das Gericht generell nicht vorzunehmen.<sup>223</sup> Vor dem Hintergrund der Wissenschaftsfreiheit ist der Beurteilungsspielraum der Berufungskommission dort besonders weit, wo es darum geht, die Stärken und Schwächen der einzelnen Bewerber\*innen um eine Professur zu gewichten. Dieser weite Spielraum schließt die Möglichkeit ein, die Eignung eines\*r Kandidaten\*in nur aufgrund angenommener Defizite in einzelnen Bereichen als im Vergleich mit anderen Bewerber\*innen schwächer zu qualifizieren.<sup>224</sup>

#### 2. Mindestens potentielle Kausalität des Verfahrensfehlers für die unterbliebene Auswahl des\*der unterlegenen Bewerber\*in

Ein Fehler im Auswahlverfahren kann am Ende jedoch auch nur dann zugunsten des\*der unterlegenen Bewerber\*in zum begehrten Erlass einer einstweiligen

Anordnung führen, wenn dieser Fehler berücksichtigungsfähig und potentiell kausal für das Auswahlergebnis war. Nicht jeder Verfahrensfehler wird von den Gerichten als Verletzung des Anspruchs auf eine beurteilungs- und ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung bewertet, die einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese beinhaltet.<sup>225</sup>

Grundsätzlich kommt auch im Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO bei der Prüfung des Anordnungsanspruchs der in § 46 VwVfG kodifizierte Grundsatz zum Tragen, wonach die Aufhebung eines Verwaltungsakts nicht allein deshalb beansprucht werden kann, weil es Verfahrensfehler gab, wenn offenkundig ist, dass diese Fehler die Entscheidung nicht beeinflusst haben. Dies schränkt die Rechtsprechung wiederum in der Weise ein, dass ein formeller Fehler nur dann offenkundig bzw. offensichtlich im Sinne des § 46 VwVfG ohne Einfluss auf die Entscheidung gewesen ist, wenn bei hypothetischer Betrachtung zweifelsfrei anzunehmen ist, dass auch ohne diesen Fehler dieselbe Entscheidung getroffen worden wäre.<sup>226</sup> Die Verletzung von Verfahrensvorschriften kann eine Wiederholung des Auswahlverfahrens daher ‚nur‘ bzw. – je nach Perspektive ‚schon‘ dann rechtfertigen, wenn die Auswahl des\*der unterlegenen Bewerber\*in tatsächlich möglich erscheint und seine\*ihre Chancen, bei einem erneuten Auswahlverfahren zum Zuge zu kommen, zumindest offen sind.<sup>227</sup>

### VI. Die Wirkung der einstweiligen Anordnung

Wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO von dem\*der unterlegenen Bewerber\*in rechtzeitig beantragt, darf die Ernennung des\*der ausgewählten Kandidaten\*in nicht bzw. erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens vorgenommen werden.<sup>228</sup>

Hält das Verwaltungsgericht den Antrag des\*der unterlegenen Bewerber\*in für zulässig und begründet, wird es die Hochschule bzw. das Ministerium im Regelfall verpflichtet, die Ernennung zu unterlassen und die Auswahlentscheidung bzgl. der ausgeschriebenen Professur unter Berücksichtigung von Art. 33 Abs. 2 GG sowie der dies präzisierenden Rechtsauffassung des Ge-

220 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, a.a.O., Rn. 32 – juris.

221 Vgl. bzgl. der Auswahl von Hochschullehrer\*innen etwa VGH München, Beschl. v. 5.1.2012, 7 CE 11.1432, Rn. 18 – juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, 5 S 12.11, Rn. 4 – juris; näher dazu auch *Pernice-Warnke*, WissR 47 (2014), 371 (374 f.).

222 VGH München, Beschl. v. 5.1.2012, a.a.O., Rn. 18 – juris. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, a.a.O., Rn. 4.

223 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, 6 B 1700/19, Rn. 3 – juris.

224 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, a.a.O., Rn. 24 f. – juris; VGH München, Beschl. v. 3.7.2018, 7 C 17.2340, Rn. 62 – juris.

225 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 1.3.2016, 4 N 59.14, Rn. 12 – juris.

226 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.11.2022, 1 BvR 2263/21, Rn. 33 – juris.

227 VGH München, Beschl. v. 10.1.2017, 7 CE 16.1838, Rn. 14 – juris.

228 Vgl. *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 33 Rn. 38.

richts erneut zu treffen.<sup>229</sup> Erlangt die einstweilige Anordnung auf vorläufige Untersagung der Ernennung Rechtskraft, muss die Hochschule das Auswahlverfahren also „je nach Inhalt und Reichweite des Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 2 GG vollständig oder teilweise wiederholen und auf der Grundlage des wiederholten Verfahrens eine neue Auswahlentscheidung treffen“.<sup>230</sup>

Je länger das gerichtliche Verfahren bis zum Erlass einer solchen Anordnung dauert, desto mehr erhöht sich am Ende auch die Wahrscheinlichkeit, dass der\*die ursprünglich ausgewählte Kandidat\*in sowie möglicherweise auch weitere Listenkandidat\*innen ihre Bewerbungen zurückziehen, sodass sich für die Hochschule bereits dadurch die Entscheidung aufdrängt, das unterbrochene Verfahren abzubrechen und gegebenenfalls ein neues Verfahren durchzuführen, soweit an dem Zugschnitt der Professur in der ursprünglich ausgeschriebenen Art festgehalten werden soll.

## VII. Die weitere Verfolgung des Bewerbungsverfahrensanspruchs vor Gericht

### 1. Primärrechtsschutz und Verfassungsbeschwerde

Wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Verwaltungsgericht abgelehnt, steht dem\*der unterlegenen Bewerber\*in das Rechtmittel der Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht bzw. zum Verwaltungsgerichtshof zur Verfügung. Die Überprüfung durch das Oberverwaltungsgericht bzw. den Verwaltungsgerichtshof beschränkt sich dabei gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auf die Gründe, die von dem\*der Antragsteller\*in dargelegt werden.<sup>232</sup> Erforderlich ist dabei insbesondere die Auseinandersetzung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung. Hieran fehlt es etwa, wenn allein – wörtlich oder nur dem Sinn nach – das Vorbringen aus dem erstinstanzlichen Verfahren wiederholt wird. Dies kann nach § 146 Abs. 4 Satz 3 und 4 VwGO sogar zur Verwerfung der Beschwerde als unzulässig führen. Ferner ist aus Sicht des\*der unterlegenen Bewerbers\*in darauf zu ach-

ten, dass mit der Beschwerdebegründung alle vom Verwaltungsgericht aufgeführten, die Entscheidung jeweils selbständig tragenden Gründe angefochten werden. Andernfalls läuft man Gefahr, dass die Beschwerde allein deshalb zurückgewiesen wird, weil sich die erstinstanzliche Entscheidung aus den nicht angefochtenen, die Entscheidung selbständig tragenden Gründen als richtig darstellt. Greifen die dargelegten Gründe anderweitig nicht durch, ist die Beschwerde ebenfalls als unbegründet zurückzuweisen. Erst wenn die dargelegten Gründe durchgreifen, steigt das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof – quasi in einer zweiten Stufe – in eine eigenständige Vollprüfung der Begründetheit des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz ein.<sup>233</sup> Auch diese eigenständige Vollprüfung des Beschwerdegerichts kann – dann ggf. aus anderen Gründen – zu dem Ergebnis kommen, dass der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz in der Sache unbegründet und die Beschwerde damit zurückzuweisen ist.

Lehnt auch das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenüber der Hochschule bzw. dem Ministerium ab, ist der Rechtsweg erschöpft und dem\*der unterlegenen Bewerber\*in bleibt nur noch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde.<sup>234</sup> Mit der Verfassungsbeschwerde wird bei Konkurrentenstreitigkeiten regelmäßig eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 2 GG durch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen gerügt.

Stellt das Bundesverfassungsgericht eine solche Verletzung fest, hebt es die beiden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen auf und verweist den Fall zur erneuten Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurück.<sup>235</sup>

Das Bundesverfassungsgericht kann – ebenso wie die Fachgerichte – im Wege einer einstweiligen Anordnung in dem Fall gemäß § 32 BVerfGG untersagen, den\*die ausgewählte\*n Bewerber\*in zu ernennen. Dieser Umstand wurde in der Vergangenheit nicht immer beachtet, sodass sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst sah, eine Wartefrist zu postulieren.<sup>236</sup> Das heißt, die Ernen-

229 VG Ansbach, Beschl. v. 24.2.2019, AN 2 E 1900164, Rn. 43 – juris.

230 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 31 – juris; VG Münster, Urt. v. 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 69 – juris.

231 Da die Anrufung des BVerwG im vorläufigen Rechtsschutz nicht zulässig ist und Hauptsacheverfahren praktisch nie stattfinden, gelangen Konkurrentenstreitigkeiten von Hochschullehrer\*innen a.E. nur selten an das BVerwG, vgl. *Laubinger*, ZBR 2010, 289 (299).

232 Zu den Schwierigkeiten der Auslegung und Anwendung dieser Regelung sowie zu den Hürden für eine darüberhinausgehende Prüfung im Einzelnen *Rudisile*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwGO, 44. EL März 2023, § 146 Rn. 13f ff.

233 Vgl. zum Ganzen a.a.O., Rn. 15 f.

234 Neben der Beschwerde zum BVerfG kann alternativ auch die Beschwerde zu den Landesverfassungsgerichten möglich sein, vgl. etwa Art. 19 Abs. 2 Verfassung von Berlin i.V.m. § 49 Abs. 1 und § 31 VerfGHG.

235 Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 23 ff. Das Sitzland der Gerichte hat dann dem\*der Beschwerdeführer\*in die notwendigen Auslagen zu erstatten, vgl. § 34a BVerfGG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts der anwaltlichen Tätigkeit für das Verfassungsbeschwerdeverfahren bemisst sich dabei nach § 37 Abs. 2 i.V.m. § 14 Abs. 1 RVG.

236 BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 18 – juris.

nung des\*der Konkurrenten\*in kann auf diese Weise ein weiteres Mal zumindest zeitweise verzögert werden.

Der Primärrechtszug dürfte bei überschlägiger Betrachtung und unter Berücksichtigung der jeweiligen Begründungs- und Erwiderungsfristen nebst der Vorlage der Verwaltungsakten je Rechtszug drei bis fünf Monate in Anspruch nehmen, so dass für die Ausschöpfung des Rechtswegs ein Zeitraum von sechs bis zehn Monaten zu veranschlagen sein wird. Hinzu tritt gegebenenfalls die Zeitspanne, die das Bundesverfassungsgericht für seine Entscheidung bedarf.

Die Gerichtskosten des Primärrechtszugs im Eilrechtsschutz (ausschließlich der Verfassungsbeschwerde) richten sich nach dem für die jeweilige Instanz festgesetzten Streitwert. Die Festsetzung bestimmt sich nach § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GKG. In Verfahren, die die Begründung, die Umwandlung, das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Beendigung eines besoldeten öffentlich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnisse betreffen ist Streitwert die Summe der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen, wenn Gegenstand des Verfahrens ein Dienst- oder Amtsverhältnis auf Lebenszeit ist (Nr. 1), im Übrigen die Hälfte der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen. Der Streitwert hängt also maßgeblich davon ab, ob es sich um ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit oder auf Probe handelt, und auf welcher Besoldungsstufe die Stelle eingruppiert ist. In der Regel wird in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Streitwert nicht – wie sonst üblich – halbiert, weil der Sache nach eine Vorwegnahme der Hauptsache begehrt wird.<sup>237</sup> Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes fallen nach Nr. 5210 der Anlage 1 zum GKG (Kostenverzeichnis) beim Verwaltungsgericht 1,5 Gebühren und nach Nr. 5220 der Anlage 1 zum GKG beim Obergericht 2,0 Gebühren an.

Beispielhaft betragen bei einer W<sub>3</sub>-Professur auf Lebenszeit und einer monatlichen Besoldung von etwa 7.220,00 EUR der jeweilige Streitwert 86.640,00 EUR (12 x 7.220,00 EUR), so dass für die erste Instanz Gerichtsge-

bühren i.H.v. 1.495,50 EUR (1,5 x 997,00 EUR [Anlage zum GKG]) und für die zweite Instanz weitere Gerichtsgebühren i.H.v. 1.994,00 EUR (2,0 x 997,00 EUR [Anlage 2 zum GKG]) anfallen. Indes ist darauf hinzuweisen, dass in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs regelmäßig (Fach-)Anwälte hinzugezogen werden, wobei es vor dem Verwaltungsgericht – anders als vor dem Obergericht – keinen Anwaltszwang gibt. Hochqualifizierte Anwälte aus dem Bereich des öffentlichen Dienst- und / oder Hochschulrechts werden in aller Regel auf Honorarbasis tätig. Es ist daher davon auszugehen, dass die anfallenden Anwaltskosten die Gerichtskosten in der Regel bei weitem übersteigen werden und diese, soweit sie die Sätze nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz übersteigen, vom\*von der Antragsteller\*in selbst zu tragen sind, auch wenn er\*sie obsiegt.

## 2. Sekundärrechtsschutz und Schadensersatzansprüche

Losgelöst davon, dass es in Fällen in denen zuvor effektiver Rechtsschutz vereitelt wurde unter Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität dazu kommen kann, eine bereits erfolgte Ernennung im Rahmen des Primärrechtsschutz anzufechten, können auch Schadensersatzansprüche im Raume stehen.<sup>238</sup>

Wenn der Dienstherr die ausgewählte Person entgegen einer einstweiligen Anordnung des Verwaltungsgerichts oder ganz ohne Konkurrentenmitteilung „vorzeitig“ ernannt, eröffnet Art 19 IV GG i.V.m. Art 33 II GG gleichwohl den Rechtsschutz.<sup>239</sup> Unterbleibt eine erneute Auswahlentscheidung steht der übergangenen Person unter bestimmten Umständen Schadensersatz zu.

Bleibt beispielsweise aufgrund des Zeitablaufs wegen der verfassungsrechtlich geschützten Position des\*der ausgewählten Bewerbers\*in eine Anfechtungsklage erfolglos, kann aus dem untergegangenen Bewerbungsverfahrensanspruch ein Schadensersatzanspruch entstehen.<sup>240</sup> Dieser Umstand führt jedoch nicht zu einem Wahlrecht zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz.<sup>241</sup>

237 Vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013, Ziffer 1.7.

238 Näher etwa zu Schadensersatzansprüchen bei Verfahrensabbruch *Herrmann*, LKV 2015, 97 (104 f.).

239 *Herrmann*, NJW 2011, S. 653, 655.

240 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1.3.2016, 4 N 59.14, Rn. 3 ff. – juris.

241 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 27 – juris.

Dabei muss zwischen dem Amtshaftungsanspruch gem. Art. 34 Satz 1 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB und dem Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch schuldhaft Verletzung des aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch entsteht, unterschieden werden. Letzterer folgt materiell und verfahrensrechtlich unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG<sup>242</sup> – auch bei der Besetzung einer Professur.<sup>243</sup> Eine Rangfolge der Schadensersatzansprüche besteht nicht; sie können unabhängig nebeneinander bestehen.

#### a) Amtshaftungsanspruch

Der Schadensersatzanspruch aus Art. 34 Satz 1 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB ist auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Sachlich zuständig ist gem. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG das Landgericht in erster Instanz; örtlich gem. § 18 ZPO jenes Landgericht, in dessen Bezirk der Sitz der Körperschaft liegt, die dem\*der die Pflicht verletzenden Amtsträger\*in das Amt anvertraut hat (Sitz der Hochschule oder des Landes).<sup>244</sup>

Hier lässt sich eine gewisse Zurückhaltung von in Berufungsverfahren unterlegenen Bewerber\*innen feststellen, denn bislang sind – soweit ersichtlich – im Kontext von Stellenbesetzungsverfahren an Hochschulen nur wenige obergerichtliche Entscheidungen bekannt. Vorliegend sind dies eine Entscheidung des OLG Dresden<sup>245</sup> sowie zwei älteren Entscheidungen des OLG Koblenz.<sup>246</sup> In allen Fällen fehlte es nach der Beurteilung der Gerichte schon an einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. zum Teil bereits an einer drittschützenden Amtspflicht. Zum einen wurde hervorgehoben, dass sich aus Erklärungen und Einschätzungen einzelner Kommissionsmitglieder gegenüber einzelner Bewerber\*innen vor Abschluss des Verfahrens noch kein Vertrauenstatbestand ergebe.<sup>247</sup> Zum anderen fehlt es an einem pflichtwidrigen Verhalten, wenn ein\*eine Professurinhaber\*in kurz vor Eintritt in den Ruhestand nicht auf eine neu geschaffene, höher dotierte Planstelle befördert wird.<sup>248</sup> Schließlich hat das OLG Dresden festgestellt, dass es auch dann an einer Pflichtverletzung fehlt, wenn ein Berufungsverfahren

um die Besetzung einer Professur in rechtmäßiger Weise abgebrochen wurde, da sich ein anspruchsbegründender Verstoß bei der Begründung der Zurückweisung einer Bewerbung erst ergeben kann, wenn eine Ernennung vorgenommen wird.<sup>249</sup>

#### b) Schadensersatzanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG

Der Schadensersatzanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG ist vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgen. So hat ein\*e Kläger\*in unter bestimmten Voraussetzungen beispielsweise Anspruch darauf, im Wege des Schadensersatzes besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, als wäre er\*sie zum\*zur Professor\*in ernannt worden.<sup>250</sup>

Danach kann ein\*e Bewerber\*in nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>251</sup> vom Dienstherrn Ersatz des ihm durch die Nichtberücksichtigung bei der Auswahl entstandenen Schadens verlangen, wenn

- der Dienstherr bei der Vergabe des Amtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des\*der übergangenen Bewerbers\*in auf leistungsrechte Einbeziehung in die Bewerber\*innenauswahl schuldhaft verletzt hat und
- diese Rechtsverletzung für seine \*ihre Nichtberücksichtigung kausal war und
- der\*die Bewerber\*in es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden<sup>252</sup>.

Hinsichtlich des Verschuldens bei der Verletzung des Anspruchs auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerber\*innenauswahl als Pflicht aus dem Beamtenverhältnis gilt der allgemeine Maßstab des § 276 Abs. 1 BGB entsprechend. Danach hat der Schuldner bereits fahrlässiges Tun oder Unterlassen zu vertreten, wobei gem. § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig handelt, wer die im Verkehr übliche Sorgfalt außer Acht lässt. Das OVG Münster definiert hierzu eingrenzend wie folgt:

„Nach diesem objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab ist auf die Anforderungen abzustellen, deren Beachtung von dem verantwortlichen Beamten generell erwartet werden kann. [...] Wird eine behördliche Maßnahme ge-

242 BVerwG, Urt. v. 25.2.2010, 2 C 22.09, Rn. 13 ff. – juris.

243 Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 15 ff. – juris sowie BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 17 – juris; dem folgend OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 69 ff. – juris.

244 *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 169 ff.

245 OLG Dresden, Urt. v. 20.6.2018, 1 U 880/17, – juris.

246 OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.1998, 1 U 307/97 und Urt. v. 25.11.1998, 1 U 1127/97, jeweils juris.

247 OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.1998, 1 U 307/97, Rn. 21 f. – juris.

248 OLG Koblenz, Urt. v. 25.11.1998, 1 U 1127/97, Rn. 10 ff. – juris.

249 OLG Dresden, Urt. v. 20.6.2018, 1 U 880/17, Rn. 56 f. – juris.

250 Vgl. näher dazu *Wertheimer*, OdW 2016, 51 ff. mit einer Besprechung des Urteils des OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, – juris.

251 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 18 – juris.

252 *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 171.

richtlich missbilligt, so kann daraus ein Verstoß des verantwortlichen Amtsinhabers gegen Sorgfaltspflichten nicht hergeleitet werden, wenn er die zugrunde liegende Rechtsauffassung aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen hat und sie im Ergebnis als vertretbar angesehen werden kann.<sup>253</sup>

Im Hinblick auf die Kausalität muss sich gerichtlich feststellen lassen können, dass dem\*der unterlegenen Bewerber\*in die angestrebte Hochschullehrerstelle ohne den Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre.<sup>254</sup> Die Rechtsprechung fordert insoweit einen adäquat kausalen Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden, d.h. der unterbliebenen Ernennung. Das Gericht versucht demgemäß im Einzelfall den hypothetischen Kausalverlauf zu ermitteln, den das Auswahlverfahren ohne den Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich genommen hätte. Das erfordert die Beurteilung, welchem\*welcher Bewerber\*in der Dienstherr den Vorzug gegeben hätte, wenn er eine rechtmäßige Ausgestaltung des Auswahlverfahrens vorgenommen hätte.<sup>255</sup> Danach wird ein Anspruch auf Schadensersatz regelmäßig in Betracht zu ziehen sein, wenn der\*die unterlegene Bewerber\*in bei einer Entscheidung nach leistungsbezogenen Auswahlkriterien zumindest reelle Chancen gehabt hätte, wenn also die Auswahl ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG ernsthaft möglich gewesen wäre.<sup>256</sup> Die Darlegung und Ermittlung eines derartigen hypothetischen Kausalverlaufs ist dabei desto schwieriger, je fehlerhafter das Auswahlverfahren im konkreten Fall gewesen ist.<sup>257</sup> Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zugunsten des\*der Kläger\*in sind möglich, wenn die Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs gerade wegen der Zahl und der Tragweite der Verfahrensfehler auf Schwierigkeiten stößt oder gar unmöglich ist.<sup>258</sup> Lässt sich anhand der vorhandenen Dokumentation auch nicht mehr aufklären, wie bei der Vermeidung der Fehler im Bewerbungsverfahren der Bewertungs- und Entscheidungsspielraum ausgefüllt worden wäre, so kann eine reelle bzw. ernsthafte Ernennungschance ausrei-

chen<sup>259</sup> – ohne dass es dabei auf die (nachträgliche) Auffassung eines einzelnen Mitglieds oder mehrerer Mitglieder der Berufungskommission ankäme.

Ausgeschlossen ist der Schadensersatzanspruch, wenn das Berufungsverfahren in rechtmäßiger Weise aus sachlichen Gründen vor der Ernennung eines\*r Bewerber\*in abgebrochen wurde.<sup>260</sup>

Ein schuldhaftes Unterlassen hinsichtlich der Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes liegt dann nicht vor, wenn es dem\*der unterlegenen Bewerber\*in durch die Verfahrensgestaltung unmöglich oder erheblich erschwert worden ist, um Primärrechtsschutz in Gestalt eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nachzusuchen. Insbesondere kann dies der Fall sein, wenn ihm\*ihr eine Konkurrentenmitteilung nicht zugegangen ist oder ihm\*ihr Akteneinsicht verwehrt oder erschwert wurde.<sup>261</sup>

Wird ein Schadensersatzanspruch bejaht, besteht in der Regel auch ein Anspruch auf Verzinsung des sich daraus ergebenden Nachzahlungsbetrags ab des jeweiligen Fälligkeitszeitpunkts in entsprechender Anwendung der §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>262</sup> Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auch im Öffentlichen Recht wird in diesem Zusammenhang jedenfalls dann angenommen, wenn das Begehren des Klägers gerade auf die (Nach-) Zahlung des besoldungsrechtlichen Differenzbetrages und damit unmittelbar und ausschließlich auf die Leistung einer fälligen Geldforderung gerichtet ist.<sup>263</sup>

## VIII. Zusammenfassung

Das Berufungsverfahren auf Hochschulprofessuren ist für ausschreibende und berufende Hochschulen Ausdruck ihrer ihnen als Institution zustehenden Wissenschaftsfreiheit. Für den\*die einzelne\*n Bewerber\*in kommt ein Erfolg bzw. Misserfolg in einem Berufungsverfahren einer zentralen Weichenstellung in der beruflichen Entwicklung und in der Verwirklichung der eigenen, ebenfalls grundrechtlich geschützten wissenschaftlichen Forschungs- und Lehrziele gleich. Überformt ist

253 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 130 – juris, unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 11.2.2009, 2 A 7.06, Rn. 21 f. – juris. Siehe auch *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 171.

254 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 134 – juris.

255 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 134 – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 19.3.2015, 2 C 12.14, Rn. 27 – juris.

256 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 137 – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09 – juris.

257 BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09, Rn. 43 – juris.

258 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09, Rn. 44 f. – juris.

259 Vgl. OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 144 ff. – juris.

260 BVerwG, Urt. v. 31.3.2011, 2 A 2.09, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6.11; krit. *Herrmann LKV* 2015, 97 (104 f.). Siehe auch *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 173.

261 Vgl. VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 27 – n.v.

262 Siehe OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 148 – juris.

263 BVerwG, Beschl. v. 25.1.2006, 2 B 36.05, Rn. 18 – juris sowie OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2015, 5 LB 105/14, Rn. 76 – juris m.w.N.

dieses Spannungsfeld durch die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG – dem Prinzip der Bestenauslese – und die Anforderungen an das Verfahren, um einem\*r unterlegenen Bewerber\*in den verfassungsrechtlich nach Art. 19 Abs. 4 GG garantierten effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

Ausgehend hiervon zeigen die voranstehenden Ausführungen auf, in welchen gerichtlichen Verfahrensformen eine rechtliche Kontrolle unter Wahrung des Beurteilungsspielraums der Hochschulen im Hinblick auf die wissenschaftliche Eignung der Bewerber\*innen möglich ist. Die nahezu vollständige Vorverlagerung des effektiven Rechtsschutzes in das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist dabei eine Besonderheit des (wissenschaftlichen) Beamtenrechts. Die detaillierte Darstellung potentieller Verfahrensfehler sowie die Skizzierung verwaltungsgerichtlicher Problemstellungen sollen dabei allen an einem Rechtsschutzverfahren Beteiligten – seien es Rechtsanwält\*innen, Justiziere der Hochschulen oder die zur Entscheidungen berufenen Richter\*innen – eine Hilfestellung bieten.

Hieraus lässt sich auch die Empfehlung ableiten, trotz eines fehlenden Anwaltszwangs in der ersten verwaltungsgerichtlichen Instanz, fachprofessionelle Hilfe in Anspruch zu nehmen, wenn man als unterlegene\*r Bewerberin um Rechtsschutz wegen der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nachsucht.

Dr. Mathias Neukirchen ist derzeit als Director Academic Service am European University Institute in Florenz beschäftigt.

Dr. Torsten Breder ist Justitiar an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg und neben Mathias Neukirchen, Etienne Emmrich, Hendrik Büggeln, Hans Kurlemann und Henning Rockmann ebenfalls als Autor an dem eingangs genannten „Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber“ beteiligt gewesen.

Dr. Felix Hornfischer ist Richter am Verwaltungsgericht Freiburg i. Br. und Mitherausgeber der Zeitschrift *Ordnung der Wissenschaft* (OdW).

