



Schadensersatzanspruch bei fehlerhaft durch - geführten Berufungsverfahren

Authors: Frank Wertheimer
Submitted: 23. January 2016
Published: 23. January 2016
Volume: 3
Issue: 1
Keywords: Schadensersatz, Berufungsverfahren, Damages, Academic
Appointments
DOI: 10.17160/josha.3.1.86

JOSHA

josha.org

**Journal of Science,
Humanities and Arts**

JOSHA is a service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content

Frank Wertheimer
Schadensersatzanspruch bei fehlerhaft durchgeführtem Berufungsverfahren – OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.07.2014, 6 A 815/11¹

Die Entscheidung des OVG NRW betrifft den Themenkreis der Konkurrentenstreitigkeiten im Hochschulbereich. Der Kläger hatte sich auf eine ausgeschriebene W₃-Professur beworben, wurde von der Berufungskommission aber nicht berücksichtigt. Weil diese u.a. Publikationsleistungen des Klägers, die kurz vor der Veröffentlichung standen, nicht berücksichtigt hatte, erhob der Kläger nach der Ernennung eines Mitwerbers zum W₃-Professor Klage. In der Entscheidung setzte sich das OVG schwerpunktmäßig mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen einem nicht berücksichtigten Bewerber ein Schadensersatzanspruch zusteht. In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage erörtert, zu welchem Zeitpunkt eines Berufungsverfahrens ein unterlegener Bewerber sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die bevorstehende Ernennung eines Mitbewerbers wenden muss.

I. Zentrale Aussagen der Entscheidung

Das OVG hat in den Urteilsgründen zunächst festgehalten, dass einem Bewerber grundsätzlich kein – gebundener – Anspruch auf Ernennung zusteht, ein solcher kommt nur im Ausnahmefall in Betracht (dazu nachfolgend II.). Wer sich auf eine ausgeschriebene Professorenstelle bewirbt, habe lediglich einen sog. Bewerbungsverfahrensanspruch, also einen Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (III.). Dieser Anspruch erlischt aber mit der rechtsbeständigen Ernennung eines anderen Bewerbers. Nach Ernennung eines Mitbewerbers kommt nur ein Schadensersatzanspruch in Betracht (IV.). Dieser setzt einen schuldhaften Ermessensfehler der Berufungskommission voraus, der für die unterbliebene Ernennung kausal gewesen sein muss. Schadensersatz kann der unterlegene Bewerber hingegen nicht verlangen, wenn er es seinerseits schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels gegen das als rechtswidrig beanstandete Verhalten der Hochschule abzuwenden.

Das Urteil des OVG NRW weicht von der bisherigen Rechtsprechung, die die Durchführung von Berufungsverfahren zum Gegenstand hat, nicht ab. Es ist gleichwohl deshalb von Interesse, weil ihm sowohl für die Hochschulen als auch für Bewerber um ausgeschriebene Professorenstellen wichtige Konsequenzen zu entnehmen sind, die hohe Praxisrelevanz haben (V.).

II. Kein Anspruch auf Ernennung

Wenn das OVG in den Entscheidungsgründen zunächst festgehalten hat, dass ein Bewerber grundsätzlich keinen – gebundenen – Anspruch auf Ernennung hat, so ist dies letztlich selbsterklärend, weil eine ausgeschriebene Professur, um die sich mehrere Wissenschaftlicher bewerben, nur mit einer Person besetzt werden kann. So gewährt Art. 33 Abs. 2 GG nur ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, garantiert aber eben nicht, dass der Bewerber die Stelle auch erhält.

In Anlehnung an die zu Beförderungen von Beamten ergangene Rechtsprechung hielt das OVG einen Anspruch auf Ernennung zum Professor nur in dem Ausnahmefall für möglich, dass eine freie und besetzbare Stelle vorhanden ist, die der Dienstherr im Zeitpunkt der Entscheidung über die Bewerbung auch tatsächlich besetzen will, und er sein Ermessen dahin ausgeübt hat, dass er nur den betreffenden Beamten für den am besten Geeigneten hält.² Eine solche Konstellation ist in Berufungsverfahren praktisch kaum vorstellbar. So garantiert ein erster Listenplatz einem Bewerber noch keinen Anspruch auf Ernennung, zumal er damit rechnen muss, dass der zuständige Landesminister oder, wenn die Zuständigkeit über die Ruferteilung bei der Hochschule liegt, der Rektor bzw. Präsident vom Berufungsvorschlag abweicht und beispielsweise den Zweitplatzierten beruft.³ Selbst aus einem erteilten Ruf lässt sich ein Ernennungsanspruch nicht ableiten, weil dieser wieder zurückgenommen werden kann.⁴

1 DÖD 2014, 304 = NWVBl 2015, 30.

2 BVerwG, Gerichtsbescheid v. 21.9.2005, 2 A 5/04, juris; BayVGh, Beschl. v. 13.12.2013, 3 ZB 09.3245, juris; VGH Hessen, Beschl. v. 7.1.1993, 1 TG 1777/92, NVwZ-RR 1993, 361.

3 Zu den Anforderungen an eine abweichende Entscheidung vgl.

VGH Hessen, Beschl. v. 7.11.1993, a.a.O.

4 Hierzu Wertheimer, OdW 2015, 148, 151 sowie F&L 2015, 636; vgl. auch BayVGh, Beschl. v. 29.4.2015, 7 CE 15.54, ZBR 2015, 319.

III. Bewerbungsverfahrensanspruch

Wer sich auf eine ausgeschriebene Professur beruft, hat, so das OVG NRW, lediglich einen aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierenden Bewerbungsverfahrensanspruch, also einen Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfreie Entscheidung über seine Bewerbung. In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass der Hochschule eine besondere, durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte, Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers zusteht. Dass Entscheidungen einer Berufungskommission nur daraufhin überprüfbar sind, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen sind und ob der ihnen eingeräumte Beurteilungsspielraum überschritten ist, entspricht der ständigen Rechtsprechung.⁵

Auf Linie der bisherigen Rechtsprechung liegt das OVG dann auch mit der Feststellung, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch durch eine rechtsbeständige Ernennung eines Mitbewerbers erlischt.⁶ Das gilt auch dann, wenn die Hochschule das Berufungsverfahren berechtigt abbricht.⁷

Bis hierher enthält die Entscheidung nichts Neues.

IV. Anspruch auf Schadensersatz wegen unterbliebener Ernennung

Anerkannt war in der Rechtsprechung bislang auch, dass einem unterlegenen Bewerber um eine Professorenstelle, dessen Mitbewerber bereits ernannt wurde, ein Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Einstellung zustehen kann. Ein solcher Anspruch resultiert aus Art. 33 Abs. 2 GG iVm § 9 BeamtStG sowie der jeweiligen Vorschrift aus dem einschlägigen Landesbeamtengesetz, die die Regelungen aus Art. 33 Abs. 2 GG sowie § 9 BeamtStG aufnimmt, im streitigen Fall § 15 Abs. 3 S. 1 LBG NRW.

1. Pflichtverletzung

Fehlerquellen in Auswahlverfahren bestehen reichlich.⁸ In Betracht kommen formelle Verfahrensfehler, wie etwa die fehlerhafte Zusammensetzung einer Berufungskommission oder die Beteiligung eines befangenen Kommissionsmitglieds. Verstößt die Kommission gegen die Prinzipien des Art. 33 Abs. 3 GG, ist der Beurteilungsspielraum überschritten. Davon ist auch auszugehen, wenn

Bewerber mit nicht näher begründeten Pauschalbewertungen nicht weiter berücksichtigt werden.⁹

Vorliegend sah das OVG NRW die Pflichtverletzung der Berufungskommission darin, dass deren Entscheidung, den Kläger nicht zum Probevortrag einzuladen, auf unzureichender Erkenntnisgrundlage getroffen wurde. Die Kommission hatte bei der Beurteilung der fachlichen Qualifikation des Klägers dessen Beiträge für einen Strafrechtskommentar unberücksichtigt gelassen. Wird die Einbeziehung eines Bewerbers in die engere Wahl mit Zweifeln an dessen Qualifikation aufgrund der bislang erbrachten wissenschaftlichen Leistungen begründet, ist es zutreffend, einen Ermessensfehler anzunehmen, wenn vorhandene Publikationen von der Kommission nicht einbezogen worden sind. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass jedwede Nichtberücksichtigung von Forschungsleistungen stets zu einer unzureichenden Erkenntnisgrundlage und in der Folge zu einer Überschreitung des Beurteilungsspielraums führt. Zum Beurteilungsspielraum der Berufungskommission gehört es nämlich auch festzulegen, welche Leistungen eines Bewerbers in die Beurteilung seiner Qualifikation einfließen. Ein Ermessensfehler liegt danach, insoweit ist dem OVG zu folgen, jedenfalls dann vor, soweit es sich bei den nicht berücksichtigten Leistungen um einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Bewerbers handelt.¹⁰

Das Besondere an der hiesigen Fallgestaltung lag darin, dass der Strafrechtskommentar, in dessen Rahmen der Kläger Kommentierungsarbeiten verfasst hatte, noch nicht erschienen war, der Verlag während des Laufs des Bewerbungsverfahrens aber bereits die Druckfreigabe erteilt hatte. Auf diese Kommentierungsarbeiten hatte der Kläger im Rahmen der eingereichten Publikationsliste auch hingewiesen. Nach Auffassung des OVG hätte der Vorsitzende der Berufungskommission den Kläger zur Überlassung des Manuskripts auffordern müssen. In diesem Unterlassen, welches in der Folge zu einer Entscheidung auf unzureichender Erkenntnisgrundlage geführt hat, sah das OVG die maßgebliche Pflichtverletzung. Im Ergebnis hat das OVG der Berufungskommission damit eine „Holschuld“ hinsichtlich der Erkenntnisgrundlage aufgebürdet. Dem ist hier zuzustimmen, weil der Kläger in seiner Bewerbung darauf hingewiesen hatte, dass die Kommentierungsleistungen erbracht wurden. Indessen wird man eine solche „Holschuld“ nicht

5 BayVGh, Beschl. v. 5.1.2012, 7 CE 11.1432, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.3.2007, OVG 4 S 16.06, juris; *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, 2. Aufl. 2011, S. 143 (Rn. 94).

6 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6/11, ZTR 2013, 345.

7 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, a.a.O.; zum Abbruch vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.2.1994, 3 M 7/94, juris; OVG Kob-

lenz, Beschl. v. 9.3.1993, 2 B 11743/93, n.v.

8 Beispiele bei *Detmer*, WissR 1995, 1, 18 ff. und *Detmer*, in: HSchR-Praxishandbuch, S. 136 f. Rn. 76 ff.

9 z.B. OVG Lüneburg, Urt. v. 11.2.1987, 2 OVG A 170/85, n.v.

10 So auch OVG NRW, Beschl. v. 26.6.2014, 6 B 294/14, juris; OVG NRW, Beschl. v. 20.12.2006, 6 B 2214/06, IÖD 2007, 38.

annehmen können, wenn sich für die Berufungskommission aus den eingereichten Bewerbungsunterlagen keine Hinweise ergeben, dass weitere wissenschaftliche Leistungen des Klägers vorhanden sind.

Aus Sicht der Berufungskommission, insbesondere dessen Vorsitzenden, folgt daraus eine erhöhte Aufmerksamkeitspflicht beim Studium der Bewerbungsunterlagen. Dieser Gedanke lässt sich auch auf andere berücksichtigungsbedürftige wissenschaftliche Leistungen eines Bewerbers übertragen. Gibt dieser beispielsweise an, Forschungsanträge auf die Bewilligung von Drittmitteln gestellt zu haben, über die zum Zeitpunkt, zu dem der Bewerber seine Unterlagen eingereicht hat, noch nicht entschieden ist, so dürfte folgendes gelten: Wurde der Antrag den Unterlagen nicht beigelegt, müsste dessen Vorlage vom Vorsitzenden der Berufungskommission erbeten werden, wenn die Thematik für die Beurteilung der Qualifikation des Bewerbers relevant sein kann. Hingegen geht die „Holschuld“ nicht soweit, dass der Kommissionsvorsitzende beim Bewerber während des Verfahrens nachfragen muss, ob der Drittmittelantrag zwischenzeitlich bewilligt wurde. Ist das der Fall, liegt die Verpflichtung beim Bewerber, den Kommissionsvorsitzenden hierüber zu informieren und den Bewilligungsbescheid nachzureichen.

2. Verschulden der Hochschule

Nach Auffassung des OVG hatte die beklagte Hochschule den im Berufungsverfahren begangenen Rechtsverstoß verschuldet. Angelegt wurde hierbei der allgemeine zivilrechtliche Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 1 BGB. Fahrlässigkeit wurde bejaht, weil die Berufungskommission bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass weitere Publikationsleistungen des Klägers verfügbar sind, die zur Beurteilung seiner Qualifikation hätten herangezogen werden müssen.

Unabhängig von der vorliegenden Fallgestaltung kann sich die Frage stellen, wer die Beweislast für ein Verschulden der Hochschule zu tragen hat. Da das Verschulden zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehört, wäre dies der unterlegene Bewerber, der mit seiner Klage Schadensersatz geltend macht. Da der Rechtsverstoß aber aus der Sphäre der Hochschule kommt, liegt es nahe, dass das Verschulden bei feststehendem Pflichtverstoß indiziert ist. So hält es die Rechtsprechung auch bei der Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB, bei der der in Anspruch Genommene nachweisen muss, dass Umstände vorliegen, unter denen die Amtspflichtverletzung

nicht schuldhaft wäre.¹¹ Eine Orientierung an der bei § 839 BGB geltenden Beweislastverteilung erscheint konsequent, da sich das OVG auch bei der Kausalitätsfrage auf die bei der Amtshaftung geltenden Grundsätze beruft.

3. Kausalität

In der Entscheidung setzte sich das OVG auch mit der Kausalitätsfrage auseinander. Der Anspruch auf Schadensersatz setzt nämlich voraus, dass dem Kläger als unterlegenem Bewerber ohne den Rechtsverstoß der Berufungskommission die angestrebte Professur voraussichtlich übertragen worden wäre. Zu ermitteln ist vom Gericht der hypothetische Kausalverlauf, den das Auswahlverfahren ohne den Rechtsverstoß genommen hätte. Erkennbar nahm das OVG eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Klägers an und ließ es ausreichen, wenn er zumindest reelle Ernennungschancen gehabt hätte, wenn also seine Ernennung ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG nach Lage der Dinge ernsthaft möglich gewesen wäre. Das wurde in der Folge bejaht.

Die vom OVG in Bezug genommene Rechtsprechung sieht Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr einerseits dann vor, wenn das Auswahlverfahren besonders fehlerhaft war, insbesondere wenn mehrere Verfahrensfehler begangen wurden, andererseits auch dann, wenn der Dienstherr zur Aufklärung des hypothetischen Kausalverlaufs nichts beiträgt, etwa durch umfassende Aktenvorlage.¹² Eine Subsumtion, ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt waren, ist den Urteilsgründen dann aber nicht weiter zu entnehmen. Wenn das OVG es als ausreichend ansah, dass der unterlegene Bewerber zumindest reelle Ernennungschancen gehabt hätte, so entspricht dies einer Beweiserleichterung, während in den Gründen von einer Beweislastumkehr die Rede ist.¹³ Hier wäre mehr Klarheit wünschenswert gewesen. Man kann deshalb nur vermuten, dass das OVG die vom BVerwG aufgestellten Kriterien für eine Beweiserleichterung bzw. Beweislastumkehr als erfüllt angesehen hat, insbesondere von einem gravierenden Verfahrensfehler ausgegangen ist.

Für die Praxis folgt daraus, dass das Risiko einer Hochschule, von einem unterlegenen Bewerber in einem Berufungsverfahren mit einem Schadensersatzanspruch überzogen zu werden, größer wird, je mehr Verfahrensfehler ihr im Auswahlverfahren unterlaufen und je schwerwiegender diese Fehler sind. Dem kann nur durch

11 So z.B. BGH, Urt. v. 28.9.2002, IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265; Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 839 Rn. 84.

12 BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7/09, NVwZ 2012, 1477; Urt. v.

21.8.2003, 2 C 14/02, DVBl 2004, 317.

13 OVG NRW, Urt. v. 22.7.2014, a.a.O., juris Rn.56.

eine nachvollziehbare und sorgfältige Dokumentation der Kommission entgegengewirkt werden. Dann besteht nämlich die Chance darzulegen, dass der Anspruchsteller auch ohne den Rechtsverstoß nicht zum Zuge gekommen wäre.

Für die hier gegebene Konstellation, dass wesentliche Unterlagen eines Bewerbers von der Berufungskommission nicht berücksichtigt worden sind, enthält das Urteil noch einen weiteren, wichtigen Aspekt: Die Hochschule kann zur Abwendung des Schadensersatzanspruches später nicht argumentieren, die Auswertung der – im Berufungsverfahren – nicht berücksichtigten Unterlagen hätten die Vorbehalte gegen die Qualifikation des Bewerbers gestützt. Dem kann man nur zustimmen. Wäre die Hochschule mit einer solchen Argumentation zu hören, müsste sich das erkennende Gericht mit inhaltlichen Fragen der Qualifikation des Bewerbers, die durch den der Berufungskommission zugestanden Beurteilungsspielraum gerade einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, auseinandersetzen. So gesehen wendet sich der üblicherweise bestehende „Vorteil“ der beschränkten Justiziabilität bei Entscheidungen auf unzureichender Erkenntnisgrundlage im Ergebnis gegen die Hochschule.

4. Unterlassene Schadensabwehr ?

In Anlehnung an § 839 Abs. 3 BGB setzte sich das OVG schließlich mit der Frage auseinander, ob dem Schadensersatzanspruch des Klägers entgegensteht, dass er den Schaden nicht durch rechtzeitige Geltendmachung eines Rechtsmittels abgewendet hat. Damit ist das Problem angesprochen, zu welchem Zeitpunkt ein im Berufungsverfahren unterlegener Bewerber mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung versuchen muss, die Ernennung eines Mitbewerbers zu verhindern.

Ausgehend von dem Grundsatz, dass der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gegen behördliche Maßnahmen oder Handlungen aus Gründen der Verfahrensökonomie grundsätzlich nachträglich gewährt wird, bestehen Ausnahmen dann, wenn bei Abwarten einer endgültigen Entscheidung wirksamer Rechtsschutz verkürzt oder versagt würde. Das ist der Fall, wenn durch die behördliche Entscheidung irreversible Fakten geschaffen werden. Vor diesem Hintergrund ist es richtig, den Rechtsschutz vorzuverlagern, allerdings nur soweit, als die Gefahr eines sich verändernden Zustandes unmittelbar bevorsteht oder konkret droht.¹⁴

In einem Berufungsverfahren kommen hierfür mehrere Fallgestaltungen in Betracht:

a) Der Bewerber wird von Anfang an nicht in die engere Wahl genommen und von der Berufungskommission zu Beginn gleich „aussortiert“.

b) Er wird – wie im Fall der OVG-Entscheidung – nicht zu den Probevorträgen eingeladen.

c) Die Berufungskommission beschließt nach den Probevorträgen und nach Vorliegen der externen Gutachten eine Liste, die den Bewerber nicht berücksichtigt.

d) Der zuständige Landesminister oder der Rektor bzw. Präsident der Hochschule erteilt einem Mitbewerber den Ruf.

e) Die Hochschule teilt dem Bewerber mit, dass das Berufungsverfahren abgeschlossen ist, er (unter Angabe der Gründe) nicht berücksichtigt wurde und der Rufinhaber in Kürze auf die ausgeschriebene Professur ernannt wird.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass ein Berufungsverfahren aus mehreren Teilschritten besteht, die einschließlich der Ruferteilung rechtlich unselbständig sind und keine Rechtswirkung nach außen erzeugen. Auch die Ruferteilung wird nach ständiger Rechtsprechung nicht als Verwaltungsakt eingestuft, sondern lediglich als rechtlich unbeachtliche *invitatio ad offerendum*.¹⁵ Das bedeutet, und hierin besteht einer der Kernaussagen der OVG-Entscheidung, dass in den Fällen a)–d) ein Antrag des nicht berücksichtigten Bewerbers nach § 123 VwGO mangels Vorliegen eines Anordnungsgrundes scheitern würde. Erst dann, wenn die Hochschule gegenüber den abgelehnten Bewerbern die sog. Konkurrentenmitteilung überbringt, d.h. den erfolgreichen Bewerber bekannt gibt, droht durch die anstehende Ernennung die Gefahr eines sich verändernden Zustandes, durch den irreversible Fakten geschaffen werden. Dem OVG ist folglich auch in diesem Punkt zuzustimmen.

Diese Auffassung gilt auch für den Bewerber, dem zunächst ein Ruf erteilt, dieser aber durch die ruferteilende Stelle – Minister oder Rektor bzw. Präsident – spä-

¹⁴ so auch die Literatur, vgl. *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, 2013, § 44a Rn. 3, § 123 Rn. 10, 76 ff.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14/97, BVerwGE 106, 187; VG

Wiesbaden, Urt. v. 20.03.1995, 8/V 844/93, NVwZ-RR 1996, 207; ausführlich *Wertheimer*, OdW 2015, 147 ff.

ter wieder zurückgenommen wurde.¹⁶ Zwar ist die Rücknahme eines Rufs, im Unterschied zu seiner Erteilung, als Verwaltungsakt zu qualifizieren;¹⁷ gleichwohl nimmt das Berufungsverfahren nach der Rufrücknahme seinen Fortgang und ist noch nicht formell abgeschlossen. Auch in diesem Fall ist es ausreichend, wenn der durch den Rufentzug unterlegene Bewerber den Antrag nach § 123 VwGO erst dann stellt, nachdem ihm die Konkurrentenmitteilung zugegangen ist. Ist das Rufrücknahmeschreiben mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, muss er allerdings innerhalb der Frist des § 74 VwGO zunächst Widerspruch einlegen.

Was aber gilt, wenn die Hochschule die Konkurrentenmitteilung unterlässt, was in der Praxis durchaus vorkommt?¹⁸ Zum Teil begnügen Hochschulen sich auch damit, die unterlegenen Bewerber über die Ruferteilung zu informieren, später aber nicht mehr über die bevorstehende Ernennung eines Mitbewerbers. Erfährt der unterlegene Bewerber vom Verfahrensabschluss erst, wenn der Mitbewerber bereits auf die ausgeschriebene Professur ernannt ist, kommt er mit einem Antrag nach § 123 VwGO zu spät. Dann kann ihm die Hochschule, wenn er nun Schadensersatz verlangt, nicht mehr entgegenhalten, er hätte den Schadenseintritt durch Beantragung einer einstweiligen Anordnung verhindern können.

V. Praktische Konsequenzen der Entscheidung

Aus der Entscheidung wird – ein weiteres Mal – deutlich, welche Sorgfaltsanforderungen an die Arbeit einer Berufungskommission, letztlich an deren Vorsitzenden, gestellt werden. Mitunter kann sich für ihn die Verpflichtung ergeben, beim Bewerber vorhandene, aber nicht vorgelegte Unterlagen anzufordern; dies jedenfalls dann, wenn sie Wissenschaftsleistungen betreffen, die einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Bewerbers ausmachen.

Die Ausführungen des OVG zur Kausalität zwischen Rechtsverstoß und unterbliebener Ernennung zeigen auf, dass das Haftungsrisiko einer Hochschule bei einer Häufung von Verfahrensfehlern und/oder dem Vorliegen gravierender Ermessensfehler steigt. Und: Je sorgfältiger die Berufungskommission ihre Argumentation bzgl. der getroffenen Auswahl dokumentiert und diese Dokumentation im Streitfall offen legt, desto größer sind die Chancen, dass einem unterlegenen Bewerber eine Beweiserleichterung oder gar eine Beweislastumkehr zu seinen Gunsten bei der Kausalitätsfrage nicht zugute kommt.

Wichtige Hinweise gibt die Entscheidung zu den Informationspflichten einer Hochschule im Rahmen eines Berufungsverfahrens. Verfahrensrechtlich ausschlaggebend ist letztlich nur die sog. Konkurrentenmitteilung, also die Mitteilung an die unterlegenen Bewerber, warum sie nicht berücksichtigt wurden und welcher Bewerber demnächst auf die Professur ernannt wird. Für den unterlegenen Bewerber bedeutet sie, dass er jetzt erst einstweiligen Rechtsschutz gem. § 123 VwGO beantragen kann. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Hochschule zuvor nicht zu Zwischeninformationen über den Stand des Verfahrens verpflichtet ist. Entsprechenden administrativen Aufwand kann sie sich auch sparen, indem sie für Stellenbewerber den aktuellen Stand des Berufungsverfahrens auf ihrer Homepage darstellt.¹⁹ Die Konkurrentenmitteilung vermag ein solches System allerdings nicht zu ersetzen, da der Bewerber nicht verpflichtet werden kann, den Stand des Berufungsverfahrens von sich aus abzurufen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht.

16 Zum rechtlichen Rahmen einer Rufrücknahme vgl. zuletzt *Wertheimer*, *OdW* 2015, 147, 150 ff m.w.N.

17 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, juris, Rn. 21; ebenso *Wertheimer*, a.a.O., S. 150.

18 Vgl. insoweit *Detmer*, *HSchR-Praxishandbuch*, a.a.O., S. 145 (Rn. 103).

19 Vgl. hierzu *Detmer*, in: *HSchR-Praxishandbuch*, a.a.O., S. 143 (Rn. 96). Ein Beispiel hierzu findet sich für die Med. Fak. der Univ. Freiburg unter <http://www.med.uni-freiburg.de/dekanat/berufungsverfahren>; vgl. auch den *Berufungsmonitor* der RWTH Aachen – zu finden auf den Internet-Seiten der RWTH Aachen.

