



VERWALTUNGSGERICHT FREIBURG

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Priv.-Dozent Dr.

- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte Wieland GbR,
Rheinweg 23, 53113 Bonn, Az:

gegen

Land Baden-Württemberg,
dieses vertreten durch die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
- Rektorat -
diese vertreten durch die Rektorin,
Friedrichstr. 39, 79098 Freiburg, Az

- Antragsgegnerin -

beigeladen:

prozessbevollmächtigt:

wegen Besetzung einer Tenure-Track-Professur,
hier: Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz

hat das Verwaltungsgericht Freiburg - 1. Kammer - durch den Vorsitzenden Richter
am Verwaltungsgericht Dr. Haller, den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Diesterhöft
und die Richterin Geiger

am 12. April 2021

beschlossen:

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, die Tenure-Track-Professur für Neuere Deutsche Literatur mit dem Schwerpunkt Interkulturelle Literaturwissenschaft zu besetzen, bevor über die Bewerbung des Antragstellers erneut entschieden wurde.

Der Antragsgegner und der Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser auf sich behält.

Der Streitwert wird auf 31.808,70 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die Besetzung einer Tenure-Track-Professur an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Beigeladenen.

Der Antragsteller ist 1980 geboren und als Studienrat im Hochschuldienst am Institut für Germanistik der Universität Duisburg-Essen tätig.

Der Beigeladene ist 1985 geboren und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Trier.

In seiner Sitzung vom 26.06.2019 beschloss das Rektorat der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg die Einrichtung und Stellenfreigabe einer Tenure-Track-Professur. Hintergrund dieser Entscheidung war die am 16.06.2016 beschlossene Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Absatz 1 des Grundgesetzes über ein Programm zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses durch die Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern und das darauf aufbauende Bund-Länder-Programm. Danach stellt der Bund Mittel bereit, um bundesweit 1.000 zusätzliche Tenure-Track-Professuren zu fördern. Nach Genehmigung des Ausschreibungstextes und der Funktionsbeschreibung durch das Rektorat und das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst schrieb die Universität eine Tenure-

Track-Professur der Besoldungsgruppe W1 für Neuere Deutsche Literatur mit Schwerpunkt Interkulturelle Literaturwissenschaft aus. Der Ausschreibungstext lautete unter anderem:

„Die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat im Tenure-Track-Programm 12 Tenure-Track-Professuren eingeworben und schreibt im Rahmen dieses Programmes die Tenure-Track-Professur für Neuere Deutsche Literatur mit Schwerpunkt Interkulturelle Literaturwissenschaft an der Philologischen Fakultät am Deutschen Seminar – Neuere Deutsche Literatur aus.

Es handelt sich um eine Position der Besoldungsgruppe W1, für die Zulagen geleistet werden können. Diese Position eignet sich für hochqualifizierte Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler.

[...]

Einstellungsvoraussetzungen sind neben den allgemeinen dienstrechtlichen Voraussetzungen ein abgeschlossenes Hochschulstudium, pädagogische Eignung und eine besondere Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit, die durch die herausragende Qualität einer Promotion nachgewiesen wird. Die Stelle wird zunächst auf vier Jahre befristet. Nach erfolgreicher Zwischenevaluation kann sie um weitere zwei Jahre auf insgesamt sechs Jahre verlängert werden. Zudem wird nach erfolgreicher Zwischenevaluation das Tenure-Verfahren nach W3 eingeleitet.

Die Tenure-Verfahren sind in Satzung und Qualitätssicherungskonzept für Juniorprofessuren und Tenure-Track-Professuren geregelt und mit dem Wissenschaftsministerium abgestimmt (<https://www.zuv.uni-freiburg.de/service/tenure>). Voraussetzung für die Gewährung von Tenure und die anschließende Überführung auf eine W3-Professur ist (1.) die Erfüllung der Anforderungen gemäß Satzung und Qualitätssicherungskonzept und (2.) die Erfüllung der durch die Philologische Fakultät festgelegten fachspezifischen Kriterien.“

Der Antragsteller bewarb sich auf diese Stelle mit Bewerbungsschreiben vom 30.09.2019. Neben ihm bewarben sich 102 weitere Bewerberinnen und Bewerber. Am 22.10.2019 fand die konstituierende Sitzung der Berufungskommission statt. Die zweite Sitzung fand am 26.11.2019 statt. In der dritten Sitzung am 16.12.2019 wählte die Berufungskommission acht Bewerber und Bewerberinnen - darunter den Antragsteller - aus, die zu einer Bewerbungsvorlesung und einem Probevortrag eingeladen wurden. Von diesen Bewerbern wurden der Antragsteller, der Beigeladene und eine weitere Bewerberin in der dritten und vierten Sitzung am 06.02.2020 und 07.02.2020 ausgewählt, um ihre Bewerbungen extern begutachten zu lassen.

In der fünften Sitzung der Kommission am 18.05.2020 wurden die Gutachten bewertet und der Antragsteller in einem Zwischenbericht vorläufig auf Platz 1 der Berufungsliste gesetzt. Dabei ließ die Kommission die Bedingungen des Bund-Länderprogramms unberücksichtigt, da sie diese nicht mit Eindeutigkeit bestimmen konnte. Die Kommission wandte sich wie folgt an den Rektor der Universität mit Bitte um Klarstellung und gegebenenfalls rechtliche Prüfung:

„Das Erfordernis der Bestenauslese hat im Verfahren, unter Zugrundelegung der für die Berufung von W1-Professuren bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen des LHG, einen in jeder Hinsicht überlegenen und herausragenden Bewerber als klaren Favoriten ergeben, der durch seine Schriften, seine Einschlägigkeit im Fach, die auswärtigen Gutachten, die Meinung unseres externen Kommissionsmitglied, die Leistungen im Bewerbungsvortrag so sehr heraussticht, dass sich ggf. sogar eine Einerliste sehr gut begründen ließe. Unklar ist sich die Kommission allerdings über die durch das Bund-Länder-Programm vorgegebene zuwendungsrechtliche Problematik. So ließe sich nämlich eine Berufung des Kandidaten im Sinne des LHG nach Ansicht der Kommission sehr gut begründen, nicht aber mit derselben Sicherheit im Rahmen der vom Bund-Länder-Programm vage formulierten und unbestimmt bleibenden Bedingungen für die Vergabe von Fördermitteln. Unklar ist hier von einer „frühen Karriere-stufe“ die Rede, deren kolportierte, auf mündliche Aussagen von Ministeriumsmitarbeitern beruhende Konkretisierung (4 Jahre) keine Relevanz für die Kommission haben darf; nicht klarer wird das Bild dadurch, dass die als Grundlage für die Vergabe von Mittel vereinbarte Verwaltungsvereinbarung eine Erfüllung der Kriterium „im Durchschnitt“ vorsieht, also Spielräume bei der auch in der Vereinbarung als schwierig implementierbar begriffenen Tenure-Track-Professur benennt. Die mittlerweile kommunizierte Altersgrenze von 35 Jahren war weder der Kommission nach der Fakultät bekannt. Schlussendlich enthielt auch der Ausschreibungstext der Stelle keine konkreten Bestimmungen, sondern nur einen Verweis auf das Bund-Länder-Programm.

Die Kommission vertritt angesichts dieser unklaren Sachlage die Position, dass sie nicht in der Lage ist, die für einen Berufungsvorschlag ansonsten unproblematische Frage nach prinzipieller Berufbarkeit/Eignung selbst zu lösen. Vermutlich würde eine diesbezügliche Entscheidung aufgrund ihres wohl als sachfremd zu bewertenden Charakters Bewerber*innen in jedem Fall benachteiligen: würde die Kommission selbst eine vorgreifliche Entscheidung fällen, die den klar Erstplatzierten als nicht geeignet aussondert, würde sie offensichtlich dessen Rechte verletzen, sollte diese sachfremde Erwägung falsch sein; umgekehrt würde die Ausser-Achtlassung der Problematik, die Rechte anderer Bewerber*innen verletzen, die wissenschaftlich klar nachzuordnen sind, allerdings die Vorgaben besser zu erfüllen scheinen und bei Aussonderung des Erstplatzierten potentiell an dessen Stelle rücken könnten.

Die Kommission wendet sich von daher an Sie mit der Bitte, die Kommission in der zuwendungsrechtlichen Problematik zu unterstützen. Konkret würden wir es begrüßen, wenn das Rektorat - ggf. über Frau Dr. W. - aufgrund des vorliegenden Zwischenberichts (Anlage) eine ggf. anonymisierte Voranfrage an den Mittelgeber erwägen würde, bei der ausgelotet würde, welche Spielräume für die

Berufbarkeit des momentan führenden Bewerbers in Bezug auf die Kriterien des Programmes bestehen.“

In dem Gesamtgutachten fasste der Vorsitzende der Berufungskommission das Ergebnis der sich anschließenden fünften und sechsten Sitzung am 18.05.2020 und 13.07.2020 wie folgt zusammen:

„[...] Das Rektorat legte in einem Gespräch mit dem Vorsitzenden am 02.07. dar, dass die rechtliche Prüfung ergeben habe, dass Herr Dr. H. [der Antragsteller] aufgrund seiner im Laufe des Verfahrens abgeschlossenen Habilitation, seiner in jeder Hinsicht (Forschung, Lehre, Drittmittel, Einschlägigkeit) gegebenen Berufbarkeit auf eine W3-Professur im Fach der NDL [Neueren Deutschen Literatur] und der dadurch nicht mehr als „früh“ zu bewertenden Karrierestufe die vom Bund-Länder-Programm vorgeschriebenen Voraussetzungen nicht erfüllt und mit einer Ablehnung der Förderung mit hinreichender Sicherheit gerechnet werden müsse.

Der Vorsitzende teilte dies der Kommission in der Sitzung vom 13.07.2020 mit. Die Kommission stellte in Folge dessen einstimmig fest, dass Herr Dr. H. aufgrund formaler Gründe die Voraussetzungen für einen Listenplatz bzw. Berufbarkeit nicht erfüllt. Ebenfalls wurde einstimmig beschlossen, Frau Dr. W. aus denselben Gründen ebenfalls nicht mehr zu berücksichtigen. In der Konsequenz diskutierte die Kommission den verbliebenen Bewerber Dr. Z. [der Beigeladene] und beschloss einstimmig und mit großer Überzeugung, ihn als den besten Kandidaten auf den ersten Platz einer nur von ihm gebildeten Einerliste zu setzen.“

Der Fakultätsrat stimmte dem Berufungsvorschlag am 27.07.2020 zu.

Im Rahmen der Beantragung des Einvernehmens des Wissenschaftsministeriums gem. § 48 Abs. 2 Satz 1 LHG wurde unter anderem ausgeführt:

„Drei Bewerber*innen wurden in die Begutachtung gegeben. Nach Präzisierung der Richtlinien des Bund-Länder-Programmes durch den Projektträger und Rektorat erwiesen sich zwei der Kandidaten als aus formalen Gründen nicht geeignet für die Qualifikationsstelle (Kandidat Dr. H.: sehr einschlägig im Feld, aber 40 Jahre, Habilitation während des Berufungsverfahrens abgeschlossen, lange Post-Doc-Zeit, mittlerweile entfristet tätig; Kandidatin Dr. W.: 42 Jahre, lange Post-Doc-Zeit). Der verbliebene Bewerber ist der einzig wissenschaftlich herausragende, auch von den Gutachtern stark unterstützte Bewerber, der zugleich die formalen Kriterien der Eignung erfüllt.“

Das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst erteilte mit Schreiben vom 08.10.2020 sein Einvernehmen zur Berufung des Beigeladenen.

Das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst antwortete mit E-Mails vom 03.11.2020 und 04.11.2020 auf die erneute Anfrage, wie mit habilitierten Bewerbern auf W1-Professuren umzugehen sei, wie folgt:

„[...] die Juniorprofessur dient der Qualifikation. Hat sich der oder die Betroffene bereits durch Habilitation qualifiziert, bleibt kein Raum mehr, eine Person als Juniorprofessor/Juniorprofessorin zur Qualifizierung einzustellen.“

„[...] auch TT-Professuren fallen darunter.“

Der Beigeladene wurde mit Schreiben vom 22.12.2020 über die Ruferteilung informiert und nahm den Ruf am 07.02.2021 an.

Mit Schreiben vom 12.01.2021 teilte die Universität dem Antragsteller mit, dass die Gremien von Fakultät und Universität einen Berufungsvorschlag beschlossen hätten, zu dem das Wissenschaftsministerium sein Einvernehmen erteilt habe. Die Bewerbung des Antragstellers sei dabei nicht berücksichtigt worden. Mit dem weiteren - mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen - Schreiben vom 09.02.2021 teilte die Universität dem Antragsteller mit, dass das Berufungsverfahren abgeschlossen sei und die Professur mit dem auf den ersten Listenplatz gesetzten Mitbewerber - dem Beigeladenen - besetzt werde.

II.

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz in Gestalt einer Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, dem Antragsgegner vorläufig zu untersagen die Tenure-Track-Professur für Neuere Deutsche Literatur mit dem Schwerpunkt Interkulturelle Literaturwissenschaft zu besetzen, bevor über die Bewerbung des Antragstellers erneut entschieden wurde, ist zulässig und begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sog. Sicherungsanordnung). Gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO sind ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft zu machen.

A. Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund in Form der besonderen Dringlichkeit der begehrten einstweiligen Anordnung glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Das Berufungsverfahren für die ausgeschriebene Professur ist abgeschlossen. Die Ernennung des Beigeladenen steht unmittelbar bevor. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers als übergangenen Bewerber lässt sich nur vor der Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO effektiv sichern, da sich der um eine Stellenauswahl geführte Rechtsstreit mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle erledigt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.06.2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 95).

B. Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebietet Art. 19 Abs. 4 GG eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs, weil dem rechtsschutzsuchenden Konkurrenten im Falle der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes erhebliche und irreversible Verletzungen seiner Rechte drohen. Erforderlich ist, dass der jeweilige Antragsteller die den Anordnungsanspruch begründenden Tatsachen so darlegt, dass das Gericht von ihrer überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgehen kann (BVerfG, Beschluss vom 29.07.2003 - 2 BvR 311/03 - juris).

Nach Lage der Akten hat die Universität im Stellenbesetzungsverfahren im Ergebnis den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG nicht ausreichend Rechnung getragen und den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt.

1. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Folglich sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu besetzen (vgl. § 9 BeamtStG). Das Prinzip der Bestenauslese und die hierzu am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG entwickelten Grundsätze gelten auch bei der mit der Ernennung zum Professor verbundenen Besetzung von Lehrstühlen an Universitäten und an Hochschulen (vgl. dazu und zum Folgenden: VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 08.12.2020 - 4 S 2583/20 - juris Rn. 6 ff., BVerwG, Urteile vom 22.07.1999 - 2 C 14.98 - juris Rn. 27

und vom 20.10.2016 - 2 C 30.15 - juris Rn. 17; BVerfG, Beschluss vom 03.03.2014 - 1 BvR 3606/13 - juris Rn. 15 ff.; VerfGH Baden-Württemberg, Urteil vom 14.11.2016, - 1 VB 16/15 - juris Rn. 145; VGH Baden-Württemberg Beschluss vom 07.06.2005 - 4 S 838/05 - juris Rn. 3; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.07.2014 - 6 A 815/11 - juris Rn. 63 f.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16.03.2012 - OVG 5 S 12/11 - juris Rn. 4). Die laubahnrechtlichen Vorschriften der allgemeinen Beamtenetze sind auf Hochschullehrer hingegen nicht anwendbar (§ 45 Abs. 2 Satz 1 LHG); ihr beruflicher Werdegang wird nicht durch dienstliche Beurteilungen und Beförderungen, sondern durch Berufungen bestimmt (§ 48 LHG). Im Berufungsverfahren sind daher für die nach den Kriterien des Anforderungsprofils vorzunehmende Auswahl des besten Bewerbers die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einstellung von Professoren maßgeblich.

Die Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese wird nach Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Die Vorschrift dient dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Die konsequente Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese soll das fachliche Niveau und die rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes gewährleisten. Weiter trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Bewerber an einem angemessenen beruflichen Fortkommen Rechnung: Er begründet grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Art. 33 Abs. 2 GG gibt somit die entscheidenden Beurteilungsgesichtspunkte für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern abschließend vor. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Gesichtspunkten darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11.05.2011 - 2 BvR 764/11 - juris; BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - 2 C 16/09 - juris; Urteil vom 17.08.2005 - 2 C 37/04 -, BVerwGE 124, 99 und Urteil vom 28.10.2004 - 2 C 23/03 -, BVerwGE 122, 147).

Wird dieses subjektive Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, folgt daraus zwar regelmäßig nicht ein Anspruch auf Vergabe des begehrten Dienstpostens. Der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Auswahl bei rechtsfehlerfreiem Verlauf ernsthaft möglich erscheint (vgl. BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - 2 C 16/09 - juris; BVerfG, Beschluss vom 02.10.2007 - 2 BvR 2457/04 - NVwZ 2008, 194; Beschluss vom 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 17.06.2014 - 4 S 494/14 - juris, und Beschluss vom 22.07.2008 - 4 S 3097/07 - NVwZ-RR 2009, 216).

2. Bei der Ermittlung des Bestgeeigneten ist grundsätzlich auf die Leistungsanforderungen der zu besetzenden Stelle abzustellen, wobei es der Universität im Rahmen ihres Organisationsermessens zusteht, als Maßstab für die Auswahl der Bewerber besondere Eignungsvoraussetzungen aufzustellen, die der künftige Stelleninhaber mitbringen muss und festzulegen, welchen Gesichtspunkten innerhalb von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung das größere Gewicht zukommen soll. Anhand dieses Anforderungsprofils sind dann die einzelnen Bewerber untereinander zu vergleichen. Auf diese Weise werden nicht etwa die nach dem Grundsatz der Bestenauslese anzulegenden Maßstäbe des Leistungsprinzips beschränkt, sondern lediglich konkretisiert und zugleich modifiziert (VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 18.12.2020 - 12 L 1238/20 - juris Rn. 15).

Aus der Stellenausschreibung muss sich ergeben, welche Anforderungen von allen Bewerbern zwingend erwartet werden (konstitutive Anforderungsprofile), und welche Kriterien zwar nicht notwendig für eine Einbeziehung in das Auswahlverfahren sind, bei gleicher Eignung der Bewerber aber maßgeblich berücksichtigt werden (beschreibende oder auch allgemeine Anforderungsprofile; vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 20.06.2013 - 2 VR 1/13 - juris Rn. 49).

Die „beschreibenden“ - oder auch allgemeinen - Anforderungsprofile informieren den möglichen Bewerber über die ausgeschriebene Stelle und die auf ihn zukommenden Aufgaben. Ihrer bedarf es häufig nicht unbedingt, denn vielfach ergibt sich das beschreibende oder auch allgemeine Anforderungsprofil ohne weiteres aus dem angestrebten Amt. Ein solches Anforderungsprofil gibt dem die Stelle Ausschreibenden

aber auch die Gelegenheit, bestimmte Kriterien, auf die es ihm besonders ankommt und die im Rahmen eines leistungsbezogenen Vergleichs mehrerer in die Auswahl einbezogener Bewerber von erhöhtem Gewicht sein sollen, aufzustellen.

Das „konstitutive“ - oder auch spezifische, spezielle - Anforderungsprofil zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, dass es für die Bestenauslese einen ganz neuen Maßstab enthält. Wer ein solches konstitutives Anforderungsprofil nicht erfüllt, kommt für die Auswahl von vorneherein nicht in Betracht und scheidet ohne Berücksichtigung oder Bewertung seiner Qualifikation allein deswegen aus dem Bewerbungsverfahren aus (Bayerischer VGH, Beschluss vom 03.07.2018 - 7 CE 17.2430 - juris Rn. 57 f.). Dem Dienstherrn steht es im Rahmen seines (weiten) Organisationsermessens zu, als Maßstab für die Auswahl der Bewerber bei der Besetzung einer Stelle besondere - sachgerechte - Anforderungen aufzustellen, die dann ein konstitutives (spezifisches) Anforderungsprofil bilden. Danach sind die einzelnen Bewerber untereinander zu vergleichen. Auf diese Weise werden nicht etwa die nach dem Grundsatz der Bestenauslese anzulegenden Maßstäbe des Leistungsprinzips beschränkt, sondern konkretisiert und zugleich modifiziert; beschränkt wird nur der diesen Maßstäben unterfallende Bewerberkreis. Ist das Organisationsermessen in einer nicht zu beanstandenden Weise ausgeübt, so liegt das in der Art eines Filters wirkende Anforderungsprofil somit gegenständlich und zeitlich vor dem Bewerbungsverfahrensanspruch (Bayerischer VGH, Beschluss vom 18.6.2012 - 3 CE 12.675 -, Beschluss vom 16.09.2011 - 3 CE 11.1132 - jeweils juris).

Die Abgrenzung zwischen dem konstitutiven und dem beschreibenden Teil des Anforderungsprofils ist eine Frage der Auslegung, die entsprechend § 133 BGB nach dem objektiven Erklärungsinhalt und dem Willen des Erklärenden zu erfolgen hat (Bayerischer VGH, Beschluss vom 18.06.2012 a.a.O. m.w.N.). Die Abgrenzung eines konstitutiven Anforderungsmerkmals gegenüber einem deklaratorischen kann in dem Sinn vorgenommen werden, dass sich diejenigen Anforderungen als konstitutiv erweisen, deren Vorliegen an Hand objektiv überprüfbarer Fakten - also insbesondere ohne gebotene Rücksichtnahme auf Wertungsspielräume des Dienstherrn - als tatsächlich gegeben und letztlich eindeutig und unschwer festgestellt werden kann und die deshalb im Falle ihrer Nichterfüllung einen vernünftigen potentiellen Bewerber davon abhalten,

um die Stelle oder Funktion zu konkurrieren (Bayerischer VGH, Beschluss vom 25.05.2011 - 3 CE 11.605 - juris).

Die in der Stellenausschreibung vorgenommenen Vorgaben für die Einbeziehung in das Auswahlverfahren und die weiteren Kriterien der Leistungsbewertung sind für das weitere Auswahlverfahren bindend. Nur so lässt sich die Transparenz des Besetzungsverfahrens hinsichtlich der maßgeblichen Auswahlmaßstäbe und damit eine sachgerechte Reaktion der Interessenten auf die Ausschreibung gewährleisten (VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 18.12.2020 - 12 L 1238/20 - juris Rn. 18).

Unzulässig ist es dementsprechend, die Auswahlkriterien nachträglich dergestalt zu ändern, dass sich der Bewerberkreis erweitern würde (BVerfG, Beschluss vom 28.02.2007 - 2 BvR 2494/06 - juris Rn. 7), ebenso unzulässig ist es, den Bewerberkreis nachträglich zu verkleinern, indem von fakultativen zu konstitutiven Auswahlkriterien übergegangen wird.

3. Die Entscheidung der Berufungskommission den Antragsteller aus „formalen“ Gründen aus dem Bewerbungsverfahren ausscheiden zu lassen, weil er nicht mehr als „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“ zu qualifizieren sei, ist bei Anwendung dieser Maßstäbe rechtswidrig.

a) Dies folgt bereits daraus, dass die Kommission dieses Kriterium als konstitutives Anforderungsprofil verwendet hat, obwohl es sich aus dem Ausschreibungstext nicht ergibt und auch gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Der Ausschreibungstext selbst enthält lediglich die Passage: „Die Position eignet sich für hochqualifizierte Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler“. Wer darunter fällt und anhand welcher Merkmale ein Bewerber als „Nachwuchswissenschaftler“ qualifiziert werden kann, ergibt sich daraus nicht. Es handelt sich jedenfalls nicht um ein konstitutives Anforderungsprofil, dessen Kriterien anhand objektiv überprüfbarer Fakten abschließend - bejahend oder verneinend - festgestellt werden könnten (vgl. dazu VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 18.12.2020 - 12 L 1238/20 - juris Rn. 26 mit Verweis auf OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 07.06.2018 - 1 B 1381/17 -

juris Rn. 22 ff.). Der Zusatz „in einer frühen Karrierephase“ ist im Ausschreibungstext nicht zu finden.

Ein direkter Verweis auf das Bund-Länder-Programm im Sinne der Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 19.10.2016 fehlt. Es wird lediglich auf das „Tenure-Track-Programm“ verwiesen, ohne dies genauer zu bezeichnen und ohne darzulegen, dass sich daraus weitere Ausschlusskriterien ergeben könnten.

b) Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass sich das Kriterium „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“ aus einem indirekten Verweis auf das Bund-Länder-Programm ergibt, so kann es gleichwohl nicht als konstitutives Anforderungsprofil verstanden werden.

Weder im Ausschreibungstext noch in dem Bund-Länderprogramm und seinen Materialien noch im Landesgesetz und seinen Materialien ist eine klare Definition von einem „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“ vorhanden; sie lässt sich auch nicht anhand objektiv überprüfbarer Fakten eindeutig feststellen.

aa) Bezüglich des Ausschreibungstextes wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Universität, den Antragsteller proaktiv auf die Stelle hingewiesen hat, obwohl sich dieser bereits zu diesem Zeitpunkt in einer ähnlichen Karrierephase befand.

bb) In der Präambel der Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern über ein Programm zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 19.10.2016 heißt es lediglich:

„Ziel des Programms ist es, die Karrierewege des wissenschaftlichen Nachwuchses an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen (im Folgenden: Universitäten) besser planbar und transparenter zu gestalten. Jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern soll früher als bisher eine Entscheidung über den dauerhaften Verbleib im Wissenschaftssystem ermöglicht werden. Das Programm soll zudem dazu beitragen, die Attraktivität des deutschen Wissenschaftssystems im internationalen Wettbewerb zu steigern und die Universitäten stärker dabei zu unterstützen, die besten Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler aus dem In- und Ausland zu gewinnen und

möglichst dauerhaft zu halten. Bund und Länder sind sich einig, dass eine Vielzahl von Maßnahmen verschiedener Akteure erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen.“

In § 1 werden folgende Programmziele aufgeführt:

„Mit dem Programm werden Bund und Länder

a) die Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Wissenschaftssystems erhöhen, indem mit der TenureTrack-Professur ein international bekannter und akzeptierter Karriereweg etabliert wird,

b) die Tenure-Track-Professur strukturell als zusätzlichen Karriereweg zur Professur stärker etablieren, dadurch die Karrierewege für den wissenschaftlichen Nachwuchs planbarer und transparenter gestalten und 1 000 TenureTrack-Professuren fördern,

c) die Karriereperspektiven für den wissenschaftlichen Nachwuchs erweitern durch die Schaffung von mehr dauerhaften Professuren in gleicher Anzahl,

d) eine im Durchschnitt frühere Entscheidung über einen dauerhaften Verbleib von Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftlern im Wissenschaftssystem ermöglichen,

e) den mit der Etablierung der Tenure-Track-Professur verbundenen Kulturwandel fördern und die Personalstruktur des wissenschaftlichen Personals an der gesamten Universität so weiterentwickeln, dass sie den neuen Karriereweg optimal ergänzt und auch Karrierewege außerhalb der Professur aufzeigt und

f) die Chancengerechtigkeit und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie verbessern.“

§ 4 Abs. 2 S. 1 bestimmt:

„Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler, die sich im Anschluss an die Promotion bereits auf dem Karriereweg zur Professur befinden, sollen bei der Besetzung von Tenure-Track-Professuren adäquat berücksichtigt werden.“

In den „Allgemeinen Hinweise und Empfehlungen des Auswahlgremiums des Bund-Länder-Programms zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses“ vom 20.03.2018, die als Orientierung sowohl für die Umsetzung der bereits geförderten Vorhaben als auch der Vorbereitung für die Antragstellung in der zweiten Bewilligungsrunde dienen sollten, wird ausgeführt:

„I. Zur Zielgruppe: Mit dem Programm zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses zielen Bund und Länder darauf ab, eine im Durchschnitt frühere Entscheidung über einen dauerhaften Verbleib von Nachwuchswissenschaftle-

rinnen und Nachwuchswissenschaftlern im Wissenschaftssystem zu ermöglichen (§ 1 Buchstabe d) der Verwaltungsvereinbarung). Zielgruppe des Programms ist damit der wissenschaftliche Nachwuchs in einer frühen Karrierephase. Hierzu können die geförderten Tenure-Track-Professuren in W 1, in W 2 (mit dem Erfordernis wissenschaftlicher oder künstlerischer Leistungen zusätzlich zur Promotion, soweit dies landesrechtlich vorgesehen ist) oder entsprechend differenziert in W 1 und W 2 beantragt werden (§ 4 Absatz 1 der Verwaltungsvereinbarung). Bei jeder dieser Konstellationen haben die Universitäten sicherzustellen, dass die Zielgruppe des Programms, nämlich der wissenschaftliche Nachwuchs in einer frühen Karrierephase, adressiert wird. Übergänge aus anderen Karrierewegen zur Professur (z.B. Nachwuchsgruppenleiterinnen und -leiter, Habilitierende, Juniorprofessorinnen und -professoren) sind grundsätzlich möglich und können, solange sie in den ersten Jahren im Anschluss an die Promotion stattfinden, sinnvoll sein (§ 4 Absatz 2 der Verwaltungsvereinbarung). Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in einer späteren Karrierephase gehören aus diesem Grund hingegen nicht zur Zielgruppe des Tenure-Track Programms.

- In Hinblick auf die zweite Bewilligungsrunde erwartet das Auswahlgremium, dass antragstellende Universitäten in ihrer Vorhabenbeschreibung schlüssig darlegen, weshalb die Ausweisungen in W 1, W 2 oder W 1 und W 2 geplant sind, ob die Zielgruppe des Programms adressiert wird und welche Anforderungen an die Bewerberinnen und Bewerber in den entsprechenden Konstellationen jeweils gestellt werden.

II. Zum Berufungsverfahren: Die Besetzung von Tenure-Track-Professuren verlangt ein qualitätsgesichertes Berufungsverfahren oder ein vergleichbares Verfahren (§ 4 Absatz 1 fünfter Spiegelstrich der Verwaltungsvereinbarung). Dabei sollte berücksichtigt werden, dass bei der Berufung von Tenure-Track-Professuren Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler ausgewählt werden, die sich im Anschluss an die Promotion in einer frühen Karrierephase befinden. Die Berufungsentscheidung fußt damit auf einem vergleichsweise kurzen Zeitraum bisher erbrachter wissenschaftlicher Leistungen und unterliegt damit höheren prognostischen Unsicherheiten hinsichtlich zukünftiger wissenschaftlicher Leistungen.

Daraus lässt sich keine klare Vorgabe bezüglich des Merkmals des Nachwuchswissenschaftlers in einer frühen Karrierephase ableiten. Es wird zwar angemerkt, dass Übergänge aus anderen Karrierewegen (nur) in den ersten Jahren nach der Promotion sinnvoll seien und Wissenschaftler in einer späteren Karrierephase nicht zur Zielgruppe des Programmes gehörten. Ein striktes Ausschlusskriterium ergibt sich daraus gleichwohl nicht.

cc) Auch gesetzlich sind strikte Ausschlusskriterien oder klare Kriterien zur faktenbasierten Bestimmung eines „Nachwuchswissenschaftlers in einer frühen Karrierephase“ nicht vorgesehen. Zwar verweist § 51b LHG auf die Vorschriften zur Juniorprofessur

(§ 51 LHG). Auch dadurch ist eine strikte Beschränkung auf „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“ jedoch nicht herzuweisen. Eine solche Beschränkung findet sich auch nicht in den Gesetzesmaterialien; dort heißt es lediglich:

Die Tenure-Track-Professur ist eine Juniorprofessur, die mit der Zusage auf Übernahme in ein Professorenamt vergleichbarer Denomination einer höheren Besoldungsgruppe ohne Stellenvorbehalt im Falle der Bewährung verbunden ist. Die Neuregelung dient dazu, den Hochschulen die Teilnahme am Programm zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses gemäß der Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern vom 16. Juni 2016 zu ermöglichen. Sie soll frühzeitige wissenschaftliche Selbstständigkeit, verbunden mit einer verbindlichen Entwicklungsperspektive, vermitteln. [...] Die jetzige Schaffung der neuen hochschulrechtlichen Kategorie „Tenure-Track-Professur“ und „Tenure-Track-Dozentur“ im neuen § 51 b hebt die Attraktivität des damit geschaffenen verlässlichen Karrierewegs für den wissenschaftlichen Nachwuchs mit der entsprechenden Bezeichnung auch im internationalen Bereich besonders hervor.“ (Zu § 51b LHG, LT-Drs. 16/3248, S. 40)

Wann genau ein Bewerber (noch) zum „wissenschaftlichen Nachwuchs“ zählt, lässt sich danach auch nicht bestimmen.

Die Anwendung von § 51 Abs. 3 Satz 1 LHG kann ebenfalls nicht zu einer abschließenden und eindeutigen Bestimmung führen.

Danach sollen, sofern vor oder nach der Promotion eine Beschäftigung als Akademische Mitarbeiterin oder Akademischer Mitarbeiter erfolgt ist, Promotions- und Beschäftigungsphase zusammen nicht mehr als sechs Jahre, im Bereich der Medizin nicht mehr als neun Jahre betragen haben.

Zwar ist die Formulierung „sollen“ regelmäßig als ein „Muss“ zu verstehen, wenn keine tragfähigen Gründe eine Abweichung zugunsten des Bewerbers zwingend gerechtfertigt erscheinen lassen. In Ausnahmefällen bzw. atypischen Situationen können diese Zeiten jedoch auch überschritten werden (vgl. zum bayrischen Hochschulrecht. BeckOK HochschulR Bayern/Schmid, 20. Ed. 01.02.2021, BayHSchPG Art. 14 Rn. 9; zur Rechtslage in Niedersachsen: Epping, Niedersächsisches Hochschulgesetz, NHG § 30 Rn. 33, beck-online).

Vorliegend betragen die Vorbeschäftigungszeiten des Antragstellers ca. 11 Jahre, wobei nicht ausgeschlossen ist, dass diese Zeiten nicht vollständig anzurechnen sind.

Nach § 51 Abs. 3 S. 2 und 3 LHG bleiben Verlängerungen nach § 2 Absatz 5 Satz 1 Nummern 1 und 3 bis 5 des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG) außer Betracht. § 2 Absatz 3 Satz 1 WissZeitVG gilt entsprechend. Ob der Antragsteller durch seine Forschungs- und Auslandsaufenthalte gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG beurlaubt gewesen ist, ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht.

Auch außerhalb der in § 51 Abs. 3 S. 2 und 3 LHG gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen sind in dem vorliegenden Verfahren jedoch Besonderheiten zu beachten, die die Annahme eines atypischen Falles nahelegen.

Zunächst sind bei der Anwendung des § 51 Abs. 3 LHG die Besonderheiten der Tenure-Track-Professur im Vergleich zur reinen Juniorprofessur ohne Stellenzusage zu berücksichtigen. Es handelt sich bei der Tenure-Track-Professur gerade nicht um eine reine Qualifikationsprofessur. Das vorgegebene (Fern-)Ziel ist von vornherein die Ernennung des Tenure-Track-Professors auf eine dafür vorgehaltene W3-Professorenstelle. Das ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass der Gesetzgeber in § 51b LHG in verfahrensrechtlicher Hinsicht die für die „echte“ Berufung erforderlichen Kriterien zur Anwendung bringt. Auch wenn ein Automatismus durch das vorgegebene Evaluationsverfahren nicht gegeben ist, stellt diese Stellenzusage einen Unterschied zur reinen Juniorprofessur dar, die allein auf die alternative Qualifizierung gerichtet ist. Dieser Unterschied ist bei der Anwendung von § 51 Abs. 3 LHG entsprechend zu würdigen, insbesondere, da durch die Bevorzugung von (akademisch) jüngeren Bewerbern der verfassungsrechtliche Leistungsgrundsatz zumindest modifiziert wird. Eine Bevorzugung von (akademisch) jüngeren Nachwuchswissenschaftlern mittels strikter Zeitvorgaben ist jedenfalls dann bedenklich, wenn der - nach Auffassung der Berufungskommission und der Gutachter - eindeutig besser geeignete Kandidat ausgeschlossen wird. Vorliegend wurde dem Antragsteller nicht nur im Hinblick auf die Quantität und Qualität seiner bisherigen Leistungen ein deutlicher Vorsprung gegenüber den übrigen Kandidaten attestiert. Die Kommission hat in ihrem Zwischenbericht auch auf das beachtliche Entwicklungspotential des Antragstellers verwiesen und ihn durchweg als Nachwuchswissenschaftler eingeordnet (S. 8 des Zwischenberichts der Kommission, Band II der Behördenakten, AS 123).

Die Universität selbst geht nicht von einem zwingenden Charakter dieser Norm aus. Die Entscheidung der Kommission, den Antragsteller nicht weiter zu berücksichtigen, wurde nicht auf § 51 Abs. 3 LHG gestützt. Zudem hat der Antragsgegner dargelegt, dass zuletzt noch im Februar 2020 eine Bewerberin als Juniorprofessorin ernannt wurde, die die Vorbeschäftigungszeiten überschritten hat.

Das Bund-Länder-Programm selbst bzw. dessen Anwendung durch den Antragsgegner bezieht sich zunächst nicht auf Vorbeschäftigungszeiten, sondern auf die Zeitspanne zwischen Promotion und Berufung. Zudem sieht es Abweichungen von den vorgesehenen Zeiten vor, z.B. bei einer besonders schlechten Bewerberlage.

Das bestätigt auch das Telefongespräch mit dem Projektträger vom 28.04.2020, das der Vertreter der „Stabsstelle Strategie und Hochschulentwicklung“ der Universität wie folgt zusammengefasst hat (Aktenvermerk, Anlage AG 9, Hervorhebungen nur hier):

„Die Zielgruppe des TT-Programms ist der wissenschaftliche Nachwuchs in einer frühen Karrierephase. Wie Frau S. noch einmal betont hat, bestehe weiterhin die Vorgabe des TT-Programms, dass diese Zielgruppe erreicht werde. Wichtig sei, dass über alle besetzten TT-Professuren einer geförderten Universität hinweg eine im Durchschnitt frühere Entscheidung über einen dauerhaften Verbleib im Wissenschaftssystem ermöglicht werde. In sehr begrenztem Maße könne somit die Besetzung einer TT-Professur mit einer Person, die sich gerade nicht mehr in einer frühen Karrierephase befindet, durch nachfolgende Besetzungen mit Personen in einer frühen Karrierephase ausgeglichen werden.“

In der Handreichung zur Umsetzung des Bund-Länder-Programms zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses (Tenure-Track-Programm) der Universität vom 29.04.2020 heißt es dazu (Hervorhebungen nur hier):

„Bei der Berufung auf eine TT-Professur ist darauf zu achten, dass die Zielgruppe des TT-Programms, der wissenschaftliche Nachwuchs in einer frühen Karrierephase erreicht wird. Ansonsten kann die Förderung der jeweiligen TT-Professur durch das BMBF verwehrt werden. Hierüber sind insbesondere auch die Berufungskommission sowie die Gutachtenden zu informieren.

- Bei einem Alter der Berufenen über 35 Jahren und einer Zeitspanne zwischen Promotion und Berufung über 4 Jahre hinaus erfolgt eine entsprechende Prüfung durch den Projektträger.
- Kinder, Elternzeiten, Auslandsaufenthalte, Tätigkeiten außerhalb der Forschung, Berufung im Bereich der Medizin, Schulpraxis-Erfordernis sowie zusätzlich erworbene Qualifikationen, etc. können jedoch im Einzelfall angerechnet werden.
- Darüber hinaus können in Ausnahmefällen auch besondere Umstände bei der Ausschreibung oder eine extrem schlechte Bewerbungslage berücksichtigt werden.“

Ausweislich des Zwischenberichts der Berufungskommission ist von einer Besonderheit der Bewerberlage im Hinblick auf die konkret ausgeschriebene Professur auszugehen:

„Nach diesem Prozess blieben dreizehn Bewerber*innen übrig, die als in dieser Hinsicht prinzipiell geeignet befunden wurden und vertieft diskutiert wurden. Dabei fiel zunächst auf, dass die Promotions- und Beschäftigungszeiten all dieser Bewerber im Durchschnitt und nahezu regelhaft ca. zehn Jahre betrug; dieser Zeitrahmen dürfte nach Sichtung der Lebensläufe in zwei Umständen begründet liegen, die sich aus der Natur des Faches einer Interkulturellen Germanistik ergeben: der Notwendigkeit, sich in über das übliche Setting der Neueren Deutschen Literatur hinausgehende Theorien und Methoden einzuarbeiten, welche nicht notwendig Bestandteil eines Studium der NDL sind; der Notwendigkeit, sich in literaturaffine Medien einzuarbeiten; der Notwendigkeit von Auslandsaufenthalten.“

Zu berücksichtigen ist weiter das über mehrere Jahre andauernde Stellenbesetzungsverfahren, das dazu geführt hat, dass die Beschäftigungszeiten und die Zeitpanne seit der Dissertation weiter angewachsen sind.

Insgesamt ist vor diesem Hintergrund die Annahme eines atypischen Falles naheliegend und die Norm als abschließende Konkretisierung des Begriffs „Nachwuchswissenschaftler“ nicht geeignet.

dd) Das Nichtvorliegen eines konstitutiven Anforderungsprofils wird zuletzt deutlich durch die Anfrage der Berufungskommission an das Rektorat und der Bitte um rechtliche Aufklärung, wie das Kriterium des „Nachwuchswissenschaftlers in einer frühen Karrierephase“ zu verstehen sei. Damit hat die Kommission deutlich zum Ausdruck gebracht, dass selbst für sie - als das sachnächste Gremium - das Vorliegen dieser Voraussetzungen keineswegs anhand objektiv überprüfbarer Fakten eindeutig zu bestimmen war.

ee) Auch die nachträgliche „Konkretisierung“ des Begriffs durch das Wissenschaftsministerium bzw. den Projektträger führt - unabhängig davon, ob eine „Konkretisierung“ durch außenstehende Dritte überhaupt durchgeführt werden kann - zu keinem anderen Ergebnis.

Strenge Anforderungskriterien müssen sich, soweit sie nicht gesetzlich vorgegeben sind, bereits unmissverständlich aus dem Ausschreibungstext ergeben. Dies folgt auch

aus der besondere Verfahrensabhängigkeit des Bewerbungsverfahrensanspruchs, der eine angemessene Gestaltung des Auswahlverfahrens erfordert, um eine Durchsetzung der in Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Rechte sicherstellen zu können. Denn durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens wird unmittelbar Einfluss auf den Bewerberkreis und damit auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung genommen.

c) Hinzukommt, dass die Kommission ihre Entscheidung zumindest auch darauf gestützt hat, dass im Falle einer Ernennung des Antragstellers eine Finanzierung durch den Bund fraglich bzw. ausgeschlossen wäre. Dies stellt ein für das Auswahlverfahren - das sich an der Eignung der Bewerber für die konkret ausgeschriebene Stelle zu orientieren hat - sachfremdes Kriterium dar.

d) Da die Kommission vorliegend dem Merkmal „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“ fälschlicherweise einen konstitutiven Ausschlusscharakter beigegeben hat, kann dahinstehen, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen bei der Besetzung einer Tenure-Track-Professur, die - ohne weiteres Auswahlverfahren - in die Besetzung einer „richtigen“ (W3-)Professur münden soll, das Ziel der „Nachwuchsförderung“ Grundlage eines sachgerechten Anforderungsprofils im Rahmen des Organisationsermessens oder zulängliches Auswahlkriterium bei der Auswahl entscheidend sein kann, wenn dies zur Folge haben kann, dass ein auch unter Beachtung der „Entwicklungsphase“ vor der Gewährung von „Tenure“ objektiv besser geeigneter Kandidat nicht ausgewählt wird.

4. Nach gefestigter Rechtsprechung kann ein abgelehnter Bewerber, der geltend macht, sein Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG sei durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden, eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung nur dann beanspruchen, wenn sich der Fehler auf die Erfolgsaussichten der eigenen Bewerbung auswirken kann und seine Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint (BVerfG, Beschluss vom 24.09.2002 - 2 BvR 857/02 - juris Rn. 13 ff. und Beschluss vom 26.11.2010 - 2 BvR 2435/10 - NVwZ 2011, 746; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.02.2016 - 4 S 2578/15 -, Beschluss vom 12.08.2015 - 4 S 1405/15 - und Beschluss vom 27.10.2015 - 4 S 1733/15 -, alle in juris; VG Freiburg, Beschluss vom 27.07.2017 - 3 K 4290/17). Diese Rechtsprechung knüpft an dem mit dem Antrag

verfolgten Rechtsschutzziel und der damit geltend gemachten materiellen Rechtsposition an. Diese Position ist in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig darauf beschränkt, dass der Dienstherr die Bewerbung fehlerfrei neu bescheidet, also etwaige Fehler des vorangegangenen Verfahrens vermeidet. Eine solche Neubescheidung macht jedoch von vornherein dann keinen Sinn, wenn - sei es durch verbindliche Vorgaben im Gesetz, sei es durch zulässige eigene Maßstabsetzungen des Dienstherrn - praktisch keinerlei Raum mehr besteht, das Ermessen in Richtung auf eine Auswahl des Rechtsschutz suchenden Bewerbers auszuüben. Denn in diesem Fall kann der Antragsteller von vornherein lediglich eine andere, im besten Falle rechtsfehlerfreie Ablehnung, jedoch keinen Erfolg seiner Bewerbung erstreiten. Dieser das Hauptsacheverfahren bestimmende Maßstab findet in gleicher Weise auch auf den verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz Anwendung (OVG NRW, Beschluss vom 10.03.2009 - 1 B 1518/08 - juris Rn. 55).

Die Bewerbung des Antragstellers erweist sich nicht als im vorgenannten Sinne offensichtlich aussichtslos. Einer Ernennung des Antragstellers stehen auch keine gesetzlichen Gründe entgegen, sodass seine Auswahl jedenfalls möglich, wenn nicht gar - aufgrund seiner eindeutig besseren Eignung - sogar wahrscheinlich ist.

a) Der Ernennung des Antragstellers steht § 51 Abs. 3 Satz 1 LHG, auf den § 51b Abs. 1 S. 1 LHG verweist, nicht entgegen. In seinem Fall wäre zumindest das Vorliegen eines atypischen Falles von der Berufungskommission zu erörtern (s.o.).

b) Auch die während des Bewerbungsverfahrens erfolgte Habilitation des Antragstellers steht seiner Ernennung nicht entgegen.

Der Antragsgegner selbst hat der Habilitation keine strikte Ausschlusswirkung beigemessen. Auch gesetzlich steht das Vorliegen einer Habilitation weder einer Juniorprofessur noch einer Tenure-Track-Professur entgegen.

Zwar wird teilweise vertreten, dass eine Habilitation der Ernennung als *Juniorprofessor* entgegenstehe, da Aufgabe der Juniorprofessur die Qualifikation für die Berufung auf eine Professur an einer Universität oder ihr gleichgestellte Hochschule durch selbständige Wahrnehmung von Tätigkeiten in Wissenschaft, Kunst, Forschung, Lehre und

Weiterbildung sei (§ 51 Abs. 1 LHG) und daher kein Qualifikationspfad für bereits Habilitierte sei (Sandberger in: Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg Systematische Darstellung Rn. 1618, 1620 [auch für die Tenure-Track-Professur]). In diesem Zusammenhang ist jedoch erneut auf die Besonderheit der Tenure-Track-Professur, die mit einer (bedingten) Stellenzusage verbunden ist, zu verweisen. Hinzukommt, dass ausweislich des Monitoring-Berichts betreffend das Bund-Länder-Programm zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses aus dem Jahr 2020 unter den 246 in den Jahren 2018 - 2020 ernannten Tenure-Track-Professorinnen und -Professoren immerhin sechs Habilitierte Bewerber waren und 40 Bewerber mit sonstigen habilitationsadäquaten Leistungen. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass dem Qualifizierungsziel der Tenure-Track-Professur eine anderweitige Vorqualifizierung nicht zwingend entgegensteht.

c) Dafür, dass der Antragsteller das in dem Ausschreibungstext aufgeführte (weiche) Auswahlkriterium eines „Nachwuchswissenschaftlers“ nicht (mehr) erfüllen könnte, spricht nichts. Die Kommission selbst hat ihn in ihrem Zwischenbericht stets als Nachwuchswissenschaftler bezeichnet.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 3 VwGO. Der Beigeladene war an den Kosten zu beteiligen, weil er einen Antrag gestellt hat. Es entspricht nicht der Billigkeit im Sinne des § 162 Abs. 3 VwGO die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen einem der übrigen Beteiligten aufzuerlegen, da er gegenüber dem Antragsteller unterlegen ist und die Antragsgegnerin in seinem Lager steht.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 40, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 i.V.m. Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GKG i.V.m. Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Bei der Tenure-Track-Professur handelt es sich wegen der Notwendigkeit einer positiven Evaluation nicht um eine Dienst- oder Amtsverhältnis auf Lebenszeit. Es handelt sich auch nicht um eine typische Beförderungssituation im Sinne des § 52 Abs. 6 S. 4 GKG. Dementsprechend ist der Streitwert ausgehend vom ungekürzten sechsfachen Betrag des Grundgehalts der Besoldungsgruppe W1 (5.301,45 EUR) zum Zeitpunkt der Antragstellung auf 31.808,70 EUR festzusetzen. Dieser Wert

ist nicht zu halbieren, da im Falle einer Besetzung der Tenure-Track-Professur mit dem Beigeladenen die Hauptsache faktisch vorweggenommen werden würde.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung steht den Beteiligten die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zu. Die Beschwerde ist beim Verwaltungsgericht Freiburg, Habsburgerstraße 103, 79104 Freiburg, innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Der Verwaltungsgerichtshof prüft nur die dargelegten Gründe.

Vor dem Verwaltungsgerichtshof muss sich jeder Beteiligte, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte, Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, und die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Bezüglich der Streitwertfestsetzung kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes **zweihundert Euro** übersteigt. Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form (siehe Hinweis) oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beim Verwaltungsgericht Freiburg, Habsburgerstraße 103, 79104 Freiburg, einzulegen. Sie ist nur zulässig, wenn sie innerhalb von 6 Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, eingelegt wird; ist der Streitwert jedoch später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe dieses Beschlusses eingelegt werden.

Hinweis:

Hinsichtlich der Anforderungen an das elektronische Dokument und seine Übermittlung wird auf § 55 a Verwaltungsgerichtsordnung verwiesen. Die Zusendung einer „schlichten“ E-Mail genügt nicht.

Dr. Haller

Dr. Diesterhöft

Geiger

Beglaubigt

Pleitgen

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle