

Sachgebiet:

BVerwGE: nein
Fachpresse: ja

Recht des öffentlichen Dienstes einschließlich des Beamten-
disziplinarrechts und des Dienstrechts der Soldaten sowie des
Rechts der Wehrpflichtigen und der Zivildienstpflichtigen

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 5 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 2
BGB	§ 839 Abs. 3
HG NW 2006	§§ 2, 38

Titelzeile:

Keine Verpflichtung zur fortlaufenden Kontrolle der wissenschaftlichen Arbeiten von
Bewerbern im Verfahren zur Vergabe einer Professur

Stichworte:

Vergabe einer Professur; Ausschreibung; Bewerbungsverfahrensanspruch; Gremien
einer Universität; Schadensersatzanspruch; Beurteilungskompetenz der Hochschule;
Berufungsordnung der Universität; Berufungskommission; Ausschreibung der Pro-
fessur durch die Universität; Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes; einst-
weilige Anordnung; Anordnungsgrund; Konkurrentenmitteilung.

Leitsätze:

1. Im Verfahren zur Vergabe einer Professur an einer Universität dürfen die mit der
Auswahlentscheidung befassten Gremien der Universität zur Beurteilung der fachli-
chen Eignung eines Bewerbers auf diejenigen schriftlichen Arbeiten abstellen, die zu
einem bestimmten Zeitpunkt bereits veröffentlicht und damit der wissenschaftlichen
Auseinandersetzung zugänglich sind.

2. Auch in einem Verfahren zur Vergabe einer Professur an einer Universität ist vor-
läufiger gerichtlicher Rechtsschutz grundsätzlich unmittelbar im Anschluss an die
sog. Konkurrentenmitteilung, d.h. nach Bekanntgabe der verbindlichen Bestimmung
der gelisteten Bewerber sowie der maßgeblichen Auswählerwägungen in Anspruch
zu nehmen.

Urteil des 2. Senats vom 20. Oktober 2016 - BVerwG 2 C 30.15



- I. VG Minden vom 25. Februar 2011
Az: VG 4 K 2936/09
- II. OVG Münster vom 22. Juli 2014
Az: OVG 6 A 815/11



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 30.15
OVG 6 A 815/11

Verkündet
am 20. Oktober 2016

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 2016
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung, Dr. Kenntner,
Dollinger und Dr. Günther

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land
Nordrhein-Westfalen vom 22. Juli 2014 wird aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Ent-
scheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwie-
sen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung
vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger beansprucht Schadensersatz wegen seiner Nichtberücksichtigung bei der Besetzung einer Professur durch die beklagte Universität.
- 2 Der 1957 geborene Kläger steht seit 2002 als Beamter im Dienst der ... und ist dort an einer Hochschule als Professor tätig.
- 3 Anfang 2008 schrieb die Beklagte die Stelle einer "W 3-Professur für Kriminologie, Strafrecht und Strafverfahrensrecht" zur Wiederbesetzung aus. Nach der Ausschreibung sollte der Bewerbung auch ein Schriftenverzeichnis beigelegt werden.

- 4 In seinem mit der Bewerbung vorgelegten Schriftenverzeichnis führte der Kläger neben den bereits veröffentlichten Arbeiten auch einige "im Erscheinen" befindliche Arbeiten auf, darunter auch Beiträge zu einem Strafrechtskommentar.
- 5 Die Beklagte bildete zur Wiederbesetzung der Professur eine Berufungskommission. Auf ihrer ersten Sitzung schied die Kommission von den insgesamt 26 Bewerbern zunächst 16 Kandidaten aus. Der Kläger verblieb im Bewerberfeld. Die Kommission war jedoch der Ansicht, dass der Kläger bisher wenig im Bereich Strafrecht gearbeitet habe. Sie beschloss, die dogmatische Qualifikation des Klägers weiter zu prüfen und ihn in die engere Wahl zu ziehen.
- 6 In ihrer Sitzung vom 7. Mai 2008 wählte die Berufungskommission sechs Bewerber für einen Probevortrag aus. Hierzu gehörte der Kläger nicht. Im Sitzungsprotokoll ist zur Begründung ausgeführt, die schriftlichen Arbeiten des Klägers seien hauptsächlich zwei Gebieten zuzuordnen. Die Arbeiten seien wenig kritisch und wenig überzeugend. Der Kläger sei strafrechtsdogmatisch nicht ausgewiesen. Im Anschluss an die Probevorträge der ausgewählten Kandidaten empfahl die Kommission einen Berufungsvorschlag, der zwei Einzelvorschläge enthielt. Die Fakultätskonferenz der Beklagten beschloss diese Vorschlagsliste, das Rektorat stimmte dem Vorschlag am 19. August 2008 zu.
- 7 Mit Schreiben vom 11. September 2008 teilte der Dekan des Fachbereichs dem Kläger mit, dass er auf der Berufungsliste nicht berücksichtigt worden sei. Zudem wurden die beiden platzierten Bewerber benannt. Der Kläger erhob gegenüber der Beklagten Einwendungen gegen seine Nichtberücksichtigung. Daraufhin erläuterte die Beklagte die Auswahlentscheidung mehrfach schriftlich. Der Kläger erhob am 21. November 2008 Widerspruch gegen die Ablehnung seiner Bewerbung und begründete diesen umfangreich Mitte Januar 2009. In seinen Schreiben bat der Kläger mehrfach um Unterrichtung über eine etwa bevorstehende Ernennung und behielt sich einen Antrag auf gerichtlichen Eilrechtsschutz vor.

- 8 Entsprechend dem Beschluss des Rektorats vom 19. August 2008 erteilte der Rektor der Beklagten dem erstplatzierten Bewerber einen Ruf. Letztendlich scheiterten jedoch die Verhandlungen mit diesem Bewerber, sodass dem zweitplatzierten Bewerber der Ruf erteilt wurde. Nach Abschluss der Verhandlungen wurde der zweitplatzierte Bewerber am 26. Februar 2009 ernannt, ohne dass der Kläger zuvor auf die bevorstehende Ernennung hingewiesen worden war.
- 9 Die im April 2009 gestellten Anträge des Klägers, ihn zum nächstmöglichen Zeitpunkt zum Professor für Kriminologie, Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Besoldungsgruppe W 3 zu ernennen und ihn im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als wäre er hierzu bereits am 26. Februar 2009 ernannt worden, lehnte die Beklagte ab.
- 10 Vor dem Verwaltungsgericht hat der Kläger beantragt, die Beklagte zu verpflichten, ihm das Amt eines Professors der Besoldungsgruppe W 3 zu übertragen, die Beklagte zu verpflichten, ihn so zu stellen, als wäre er bereits mit Wirkung vom 26. Februar 2009 zum Professor der Besoldungsgruppe W 3 berufen worden und den sich daraus ergebenden Unterschiedsbetrag nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz ab dem 12. November 2009 zu zahlen, hilfsweise, die Beklagte zu verpflichten, über seine Bewerbung um die Stelle eines Professors der Besoldungsgruppe W 3 erneut zu entscheiden und weiter hilfsweise festzustellen, dass die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung rechtswidrig war. Das Verwaltungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen.
- 11 Auf die Berufung des Klägers hat das Oberverwaltungsgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise geändert und die Beklagte verurteilt, den Kläger besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als wäre er im Februar 2009 zum Professor der Besoldungsgruppe W 3 ernannt worden, und den sich hieraus ergebenden Nachzahlungsbetrag mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. November 2009 zu verzinsen. Im Übrigen hat es die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

- 12 Einen Anspruch auf Ernennung habe der Kläger nicht. Er könne aber Schadensersatz verlangen. Denn die Beklagte habe seinen Anspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt. Die Entscheidung der Berufungskommission, den Kläger nicht zu einem Probevortrag einzuladen, weil er strafrechtsdogmatisch nicht ausgewiesen sei, sei auf einer unzureichenden Erkenntnisgrundlage getroffen worden und deshalb ermessensfehlerhaft. Die Kommission der Beklagten habe bei der Beurteilung der fachlichen Qualifikation des Klägers im Bereich des Strafrechts dessen Beiträge für einen Kommentar unberücksichtigt gelassen. Für die sachgerechte Beurteilung der von einem Bewerber in einem Rechtsgebiet erbrachten fachlichen Leistungen sei es unerheblich, ob die Kommentierung bereits veröffentlicht sei. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die schriftliche Arbeit, wie hier, bereits abgeschlossen sei und ihre Veröffentlichung zeitnah anstehe. Hätte die Berufungskommission die Kommentierungen berücksichtigt, hätte der Kläger auch ernsthafte Ernennungschancen gehabt. Dieser habe es auch nicht schuldhaft unterlassen, sich gegen die Ernennung des zweitplatzierten Bewerbers zu wenden.
- 13 Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22. Juli 2014 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Minden vom 25. Februar 2011 in vollem Umfang zurückzuweisen.

- 14 Der Kläger beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

II

- 15 Die Revision der Beklagten ist mit der Maßgabe begründet, dass das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

- 16 Revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) verletzt die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, die Beklagte habe den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Klägers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl dadurch schuldhaft verletzt, dass die Berufungskommission bei ihrer Entscheidung, den Kläger nicht zu einem Probevortrag einzuladen und ihn damit aus dem Bewerbungsverfahren auszuschließen, dessen Beiträge zu einem noch nicht veröffentlichten Kommentar nicht berücksichtigt habe. Ob sich das Urteil des Oberverwaltungsgerichts aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig darstellt (§ 144 Abs. 4 VwGO), kann der Senat mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entscheiden.
- 17 1. Auch beim Statusamt eines Professors an einer Universität hat sich die Auswahlentscheidung nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu richten (BVerfG, Kammerbeschluss vom 3. März 2014 - 1 BvR 3606/13 - NVwZ 2014, 785 Rn. 15 ff.). Dementsprechend gelten auch hier die Grundsätze zum Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruchs.
- 18 Ein Bewerber kann vom Dienstherrn Ersatz des ihm durch die Nichtberücksichtigung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe des Amtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch des Bewerbers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Auswahl schuldhaft verletzt hat, wenn diese Rechtsverletzung für die Nichtberücksichtigung des Bewerbers kausal war und wenn es dieser nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (BVerfG, Kammerbeschluss vom 13. Januar 2010 - 2 BvR 811/09 - BayVBl 2010, 303; BVerwG, Urteile vom 25. August 1988 - 2 C 51.86 - BVerwGE 80, 123 <124 f.>, vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <101 f.>, vom 25. Februar 2010 - 2 C 22.09 - BVerwGE 136, 140 Rn. 16, vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 9 und vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 12).

- 19 Zu Recht hat der Kläger seinen Anspruch gegenüber der Beklagten geltend gemacht. Nach dem zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung maßgeblichen Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31. Oktober 2006 (GV. NRW. S. 474 - HG NW -), geändert durch Gesetz vom 20. Dezember 2007 (GV. NRW. S. 744), ist die Universität, eine vom Land Nordrhein-Westfalen getragene, rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts. Als Dienstherrin der Professoren entscheidet sie ohne Beteiligung des Landes über die Besetzung der Professuren.
- 20 Das Auswahlverfahren der Hochschullehrer bestimmt die eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Universität und ist deshalb mit der Garantie der Wissenschaftsfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG besonders eng verknüpft (BVerfG, Urteil vom 29. Mai 1973 - 1 BvR 424/71 u.a. - BVerfGE 35, 79 <133 f.>). Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, der Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei erklärt, ist eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm. Zugleich gewährt sie jedem, der in diesem Bereich tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht (BVerfG, Urteil vom 8. Februar 1977 - 1 BvR 79/70 u.a. - BVerfGE 43, 242 <267 ff.>). Der Hochschule steht grundsätzlich eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschullehrerstelle zu (BVerwG, Urteil vom 9. Mai 1985 - 2 C 16.83 - Buchholz 421.20 HochschulpersonalR Nr. 14 S. 12). Dementsprechend 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 auf der Verkennung von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruht.
- 21 Es begegnet im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG keinen Bedenken, wenn eine Universität die maßgebliche Entscheidung über die Vergabe des Statusamts eines Professors durch Gremien vorbereiten lässt, sofern diese vorbereitenden Schritte - wie etwa die Bestimmung der zu einem Probevortrag einzuladenden Bewerber oder die Bewertung dieser Probevorträge - ihrerseits den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 3. März 2014 - 1 BvR 3606/13 - NVwZ 2014, 785 Rn. 20 für den

Fall der Verbindung des Vorschlagsrechts der Hochschule mit dem staatlichen Berufungsrecht).

- 22 Maßgeblich sind hier die Vorgaben der aufgrund von § 2 Abs. 4 Satz 1 und § 38 Abs. 4 Satz 1 HG NW erlassenen Berufungsordnung der Beklagten vom 15. Januar 2008 (- BO -). Danach empfiehlt die jeweils für die Vergabe einer Professur gebildete Berufungskommission einen Berufungsvorschlag (§ 6 Abs. 1 BO), über den die Fakultätskonferenz zu beschließen hat (§ 8 BO). Die endgültige Entscheidung obliegt nach § 10 BO dem Rektorat der Beklagten.
- 23 Dementsprechend setzt das abgestufte Verfahren voraus, dass die für die Zwischenstufen zuständigen Gremien ihre Entscheidungen jeweils auf einer ausreichenden Erkenntnisgrundlage treffen. Maßgeblich hierfür sind die Vorgaben, die sich aus der konkreten Ausschreibung durch die Universität ergeben. Diese kann durch die Berufungskommission nicht abgeändert werden. Gegenstand der hier maßgeblichen Ausschreibung ist eine Professur für "Kriminologie, Strafrecht und Strafverfahrensrecht". Im Bereich der akademischen Lehre sollen nach der Ausschreibung die Bereiche "Kriminalwissenschaften" und "Strafverteidigung" den Schwerpunkt bilden. Entsprechend dieser Festlegung durch die Beklagte hatte die Berufungskommission bei der Bestimmung derjenigen Bewerber, die zu einem Probevortrag eingeladen werden sollten, in erster Linie diejenigen bisherigen wissenschaftlichen Leistungen der Bewerber zu würdigen, die Auskunft über ihr Leistungsvermögen in diesen Bereichen geben konnten.
- 24 Wegen der zulässigen gestaffelten Beteiligung von verschiedenen Gremien der Beklagten, die Empfehlungen für einen Berufungsvorschlag abgeben, diesen beschließen oder die endgültige Auswahlentscheidung treffen, nimmt das Verfahren zur Besetzung einer ausgeschriebenen Stelle als Hochschullehrer regelmäßig erhebliche Zeit in Anspruch. Angesichts dieser Verfahrensgestaltung ist es zulässig, hinsichtlich des von den Gremien zu würdigenden Schrifttums eines Bewerbers zur Beurteilung seiner fachlichen Eignung auf diejenigen Arbeiten abzustellen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt, der einen sachlichen Anknüpfungspunkt im Auswahlverfahren hat, bereits veröffentlicht sind. Denn

erst mit der Veröffentlichung stehen diese Schriften der interessierten Öffentlichkeit zur Verfügung und können Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung sein, die Aufschluss über die fachliche Eignung eines Bewerbers geben kann. Die beteiligten Gremien sind während eines Auswahlverfahrens nicht gehalten, den jeweiligen Wissenschaftsbereich fortlaufend daraufhin zu beobachten, ob einer der Bewerber eine weitere wissenschaftliche Arbeit veröffentlicht hat. Andernfalls wäre die abschließende Auswahlentscheidung schwierig zu treffen. Denn dann müssten beim Erscheinen eines neuen, unter Umständen ergebnisrelevanten wissenschaftlichen Beitrags eines Bewerbers die bisher getroffenen Zwischenentscheidungen regelmäßig wieder aufgehoben und das Verfahren in den früheren Zustand zurückversetzt werden, um die bisherige Zwischenentscheidung im Lichte des neuen schriftlichen Beitrags des Bewerbers zu überprüfen.

- 25 Nach Maßgabe dieser Grundsätze verletzt die Vorgehensweise der Berufungskommission der Beklagten, die Beiträge des Klägers zu einem Strafrechtskommentar bei ihrer Entscheidung, ob der Kläger zu einem Probevortrag eingeladen wird, unberücksichtigt zu lassen, nicht die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG. Denn dieser Kommentar war nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts zum Zeitpunkt der Bestimmung derjenigen Bewerber, die zu einem Probevortrag eingeladen werden sollten, noch nicht erschienen.
- 26 2. Dem Begehren des Klägers auf Schadensersatz steht nicht der Einwand entgegen, er habe es schuldhaft unterlassen, die Ernennung des zweitplatzierten Bewerbers durch behördliche oder gerichtliche Rechtsbehelfe zu verhindern.
- 27 Ein Wahlrecht des Bewerbers zwischen alsbaldigem Primärrechtsschutz gegen eine seiner Auffassung nach rechtswidrige, seinen Bewerbungsverfahrenanspruch verletzende Auswahlentscheidung und einem späteren Schadensersatzbegehren besteht nicht. Der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB ist auf den Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs zu übertragen. Der zu Unrecht nicht ausgewählte Bewerber kann Schadensersatz für die Verletzung seines Rechts aus Art. 33

Abs. 2 GG nur dann beanspruchen, wenn er sich bemüht hat, den eingetretenen Schaden dadurch abzuwenden, dass er rechtliche Schritte gegen den Vollzug der Auswahlentscheidung eingeleitet hat (BVerwG, Urteile vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 48 und vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 11 m.w.N.).

- 28 a) Zwar hat der Kläger gegen die Ablehnung seiner Bewerbung vor der Ernennung des zweitplatzierten Bewerbers Widerspruch erhoben. Dieser Widerspruch war jedoch unstatthaft, weil der Landesgesetzgeber das Vorverfahren insoweit zulässigerweise ausgeschlossen hatte (§ 126 Abs. 3 Nr. 4 BRRG i.V.m. § 179a LBG NW in der bis zum 31. März 2009 geltenden Fassung vom 9. Oktober 2007, GV. NRW. S. 393).
- 29 b) Auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung maßgeblichen Rechtsprechung des Berufungsgerichts kann dem Kläger aber nicht i.S.v. § 839 Abs. 3 BGB angelastet werden, im Zeitraum von der Bekanntgabe der vom Rektorat beschlossenen Berufsliste am 11. September 2008 bis zur Ernennung des zweitplatzierten Bewerbers am 26. Februar 2009 beim Verwaltungsgericht keinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel gestellt zu haben, der Beklagten die Ernennung eines der auf der Liste genannten Bewerber vorläufig zu untersagen.
- 30 aa) Es entspricht 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 Auswählerwägungen in Anspruch zu nehmen ist. Maßgeblich ist insoweit grundsätzlich die sog. "Konkurrentenmitteilung", in der die Verwaltung den vollständigen Abschluss des Verfahrens durch die Bekanntgabe der erfolgreichen Person verbunden mit der ablehnenden Bescheidung der weiteren Bewerber zum Ausdruck bringt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 3. März 2014 - 1 BvR 3606/13 - 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 Berufsverhandlungen mit den Bewerbern nicht zum Erfolg, ist diese Ausschreibung gescheitert.

- 31 Die vorstehende Aussage zur Pflicht des nicht berücksichtigten Bewerbers, unmittelbar nach Bekanntgabe der verbindlichen Auswahlentscheidung einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zu stellen, gilt sowohl für die hier gegebene Konstellation, dass die Universität autonom über die Besetzung der Professur entscheidet, als auch für die Fallgestaltung, in der das Vorschlagsrecht der Hochschule und das staatliche Berufungsrecht miteinander verbunden sind. Maßgeblich ist in diesem Fall die Auswahlentscheidung des zuständigen Organs des Landes, das Dienstherr der Professoren ist.
- 32 Der im Verfahren unterlegene Bewerber hat Anspruch auf eine verbindliche Information durch den Dienstherrn über das Ergebnis des Auswahlverfahrens, damit er nicht Gefahr läuft, ein Rechtsmittel auf ungesicherter tatsächlicher oder rechtlicher Grundlage zu ergreifen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 <1179>; BVerwG, Urteil vom 1. April 2004 - 2 C 26.03 - NVwZ 2004,1257). Dem erfolglosen Bewerber ist nicht nur der Name des ausgewählten Bewerbers bekanntzugeben, sondern es sind ihm jedenfalls auf sein Verlangen hin die für die Auswahlentscheidung wesentlichen Erwägungen mitzuteilen oder zumindest im Wege der Akteneinsicht zugänglich zu machen. Die Mitteilung soll den unterlegenen Bewerber in die Lage versetzen, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Im Umkehrschluss folgt aus diesen allgemeinen Anforderungen an die Konkurrenzmitteilung aber auch, dass der unterlegene Bewerber gerichtlichen Eilrechtsschutz grundsätzlich in Anspruch nehmen kann und zur Wahrung seiner rechtlichen Interessen auch muss, wenn er Zugang zu diesen Informationen hatte und die Ernennung des vom Dienstherrn ausgewählten Bewerbers derzeit jedenfalls nicht ausgeschlossen erscheint.

- 33 Dass gerichtlicher Eilrechtsschutz unmittelbar im Anschluss an die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung sowie der maßgeblichen Erwägungen zu beantragen ist, entspricht der Interessenlage aller Beteiligten eines beamtenrechtlichen Auswahlverfahrens, und zwar auch in der hier gegebenen besonderen Fallkonstellation des zeitaufwändigen Verfahrens zur Vergabe einer Professur an einer Universität. Sollte der Bewerbungsverfahrensanspruch eines auf der Liste nicht berücksichtigten oder dort nur nachrangig geführten Bewerbers tatsächlich verletzt worden sein, ist es nicht sinnvoll, dass die Universität die mitunter langwierigen Verhandlungen über die Annahme des Rufes der Universität mit unter Umständen mehreren Bewerbern bis kurz vor die Ernennung fortführt und erst dann die Möglichkeit der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes als eröffnet angesehen wird. Den rechtlichen Interessen der Beteiligten ist eher gedient, wenn einem unterlegenen Bewerber die Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes bereits dann möglich ist, wenn ihm die Namen der ausgewählten Bewerber und die Gründe der Auswahlentscheidung bekannt gegeben worden sind. Dann erübrigen sich die Berufungsverhandlungen mit den gelisteten Bewerbern, weil die Ernennung eines der gelisteten Bewerber auf der Grundlage der fehlerhaften Auswahlentscheidung der Universität ausscheidet.
- 34 bb) Im konkreten Fall kann dem Kläger aber im Hinblick auf § 839 Abs. 3 BGB nicht angelastet werden, im Zeitraum bis zur Ernennung des zweitplatzierten Bewerbers am 26. Februar 2009 keinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt zu haben, um der Beklagten dessen Ernennung vorläufig zu untersagen. Denn das Oberverwaltungsgericht ging in seiner Rechtsprechung im Frühjahr 2008 davon aus, dass der für einen Antrag nach § 123 VwGO erforderliche Anordnungsgrund erst gegeben ist, wenn dem unterlegenen Bewerber seitens der Universität mitgeteilt wird, dass die Verhandlungen über die Annahme des Rufes mit einem der gelisteten Bewerber abgeschlossen sind und dessen Ernennung unmittelbar bevorsteht.
- 35 Das Oberverwaltungsgericht hat in seinem Beschluss vom 3. April 2008 - 6 B 159/08 - (ZBR 2009, 60) zwar auch auf die sog. Konkurrentenmitteilung abgehoben, die hier im Schreiben des Dekans der Fakultät an den Kläger vom

11. September 2008 zu sehen ist, in der dem Kläger auch die Namen der beiden gelisteten Bewerber mitgeteilt worden sind. Das Oberverwaltungsgericht hat aber deutlich gemacht (a.a.O. S. 61), dass der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderliche Anordnungsgrund im Rahmen von Stellenbesetzungsverfahren zur Benennung von Hochschulprofessoren regelmäßig erst dann gegeben ist, wenn das Verwaltungsverfahren - mit Ausnahme der Ernennung - vollständig abgeschlossen ist. Vor diesem Hintergrund kann dem Kläger zunächst nicht angelastet werden, dass er nicht schon unmittelbar nach der Konkurrentenmitteilung vom 11. September 2008 um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht hat.

- 36 Die Beklagte hat den Kläger zudem nicht über den Abschluss der Berufungsverhandlungen mit dem dann auch ernannten zweitplatzierten Bewerber informiert. Mangels Bekanntgabe des Abschlusses der Verhandlungen durch die Beklagte konnte der Kläger somit im Februar 2009 nicht den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragen, weil er aus seiner Sicht unverändert Gefahr lief, dass dieser Antrag - nach dem seinerzeitigen Stand der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts - mangels glaubhaft gemachten Anordnungsgrundes abgelehnt wird.
- 37 Die Beklagte konnte aufgrund des Verhaltens des Klägers im Anschluss an die Mitteilung vom 11. September 2008 auch nicht damit rechnen, dieser werde keinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stellen, um der Beklagten die Ernennung eines Konkurrenten vorläufig zu untersagen. In seinen an die Beklagte gerichteten Schreiben hatte der Kläger mehrfach um eine gesonderte Mitteilung über die bevorstehende Ernennung eines Konkurrenten gebeten sowie auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes hingewiesen. Zwar enthält der Schriftsatz des Klägervertreters vom 23. Januar 2009 keinen solchen Zusatz. Dies ist aber unerheblich, weil der Kläger in diesem deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er seine Einwände gegen die Auswahlentscheidung der Beklagten aufrechterhält. In diesem Schriftsatz hat der Kläger eine Fülle von Umständen aufgelistet, die nach seiner Einschätzung die Annahme begründen, die Beklagte habe bei der Auswahlentscheidung seinen Bewerbungsverfahrensanspruch schuldhaft verletzt.

- 38 3. Der Senat kann auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Obergerverwaltungsgerichts nicht beurteilen, ob die Beklagte den Anspruch des Klägers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl in anderer Hinsicht schuldhaft verletzt hat und diese Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG für die unterbliebene Ernennung des Klägers kausal war. Auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung musste das Berufungsgericht diese Umstände auch nicht aufklären.
- 39 Das Obergerverwaltungsgericht hat nunmehr zu klären, ob die Auswahlentscheidung der Berufungskommission vom 7. Mai 2008 aus einem anderen Grund rechtswidrig gewesen ist und den Kläger in seinem Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt hat. Sollte das Berufungsgericht den Schadensersatzanspruch für unbegründet erachten, ist auch noch über den hierauf bezogenen Hilfsantrag zu entscheiden.

Domgörgen

Dr. Hartung

Dr. Kenntner

Dollinger

Dr. Günther

B e s c h l u s s

vom 20. Oktober 2016

Der Wert des Streitgegenstands wird für das Revisionsverfahren auf 34 087,62 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 und § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 sowie Abs. 6 Satz 2 und 4 und § 71 Abs. 1 Satz 2 GKG).

Domgörgen

Dr. Hartung

Dollinger