Titel:

Soll-Vorschrift, Atypischer Fall, Ermessen, Schulpraxis, 3-Jahres-Regelung, Promotions- und Beschäftigungsphase, 6-Jahres-Regelung

Normenketten:

VwGO § 114
BayHSchPG Art. 7
GG Art. 33 Abs. 2
BayHSchPG Art. 14

Schlagworte:

Soll-Vorschrift, Atypischer Fall, Ermessen, Schulpraxis, 3-Jahres-Regelung, Promotions- und Beschäftigungsphase, 6-Jahres-Regelung

Fundstelle:

BeckRS 2021, 31115

Tenor

1. Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Stelle der Juniorprofessur (W1) für Didaktik der Biologie (mit Tenure Track auf W3) an der Fakultät für Biologie, Chemie und Geowissenschaften der Universität ... mit der Beigeladenen zu besetzen, bevor nicht über die Bewerbung des Antragstellers bestandskräftig entschieden worden ist.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
3. Der Streitwert wird auf 14.737,35 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller begehrt die einstweilige Untersagung der Vergabe einer ausgeschriebenen Juniorprofessur an eine Mitkonkurrentin.

2

1. Der am ... geborene Antragsteller bewarb sich um die u.a. am 27.12.2019 in der Wochenzeitung „Die Zeit“ und auf der Homepage des Antragsgegners bis zum 30.01.2020 öffentlich ausgeschriebene Juniorprofessur (W1) für Didaktik der Biologie mit Tenure-Track auf W3 an der Fakultät für Biologie, Chemie und Geowissenschaften der Universität ... Die Stellenausschreibung lautete u.a. wie folgt:

„Von den Bewerberinnen und Bewerbern (m/w/d) werden erwartet: (...) möglichst Erfahrungen beim Einwerben von Drittmitteln (...).

(...)

Einstellungsvoraussetzungen sind neben den allgemeinen dienstrechtlichen Voraussetzungen (...). Die Bewerberin bzw. der Bewerber (m/w/d) soll (gemäß Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG) eine mindestens dreijährige Schulpraxis nachweisen. Sofern vor oder nach der Promotion eine Beschäftigung als wissenschaftliche Mitarbeiterin bzw. wissenschaftlicher Mitarbeiter (m/w/d) oder als wissenschaftliche Hilfskraft (m/w/d) erfolgt ist, sollen Promotions- und Beschäftigungsphase zusammen nicht mehr als sechs Jahre betragen haben (6-Jahres-Frist). Nach Art. 14 Abs. 2 Satz 3 BayHSchPG werden nur Beschäftigungszeiten in der wissenschaftlichen Mitarbeit auf die 6-Jahres-Frist angerechnet, Zeiten im Referendariat und im Schuldienst dagegen nicht. Des Weiteren gelten die in § 7 der ...-Track-Satzung der Universität ... genannten Einstellungsvoraussetzungen.“

3

Auf die Ausschreibung gingen 22 Bewerbungen ein. Der am ... geborene Antragsteller bewarb sich mit Schreiben vom 25.01.2020, die am ... geborene Beigeladene bewarb sich am 29.01.2020 auf die zu besetzende Stelle.

4

In seiner Bewerbung gab der Antragsteller an, seit August 2009 Lehrkraft am ...Gymnasium in ... zu sein. Von September 2013 bis Juli 2019 war er Dozent und Doktorand an der ...Universität ... am Institut der Didaktik der Naturwissenschaften im Rahmen einer Teilabordnung (50%). Seine Dissertationsschrift veröffentlichte er am 17.12.2019 durch den ... Verlag in ... Seine Promotionsurkunde wurde ihm am 10.01.2020 verliehen.

5

Die Beigeladene, die zwei Kinder hat - geboren am ... und ... - hat nicht als Lehrerin gearbeitet. Sie habilitiert im Fachgebiet Didaktik der Biologie der Universität ... Ihre Erste Staatsprüfung für das Amt des Studienrats mit einer beruflichen Fachrichtung legte sie am 10.10.2008 im Prüfungsamt für Lehramtsprüfungen in ... ab. Ihren Vorbereitungsdienst absolvierte sie von November 2012 bis Juli 2014, ihre Zweite Staatsprüfung für das Lehramt an Berufsschulen (L4) legte sie am 21.05.2014 in ... ab. In der Burg ... arbeitete sie als Didaktische Leitung eines Biologie Hauptkurses (vom 25.06. bis 03.07.2018 und 26.07. bis 04.08.2015) sowie Didaktische Co-Leitung des Biologie Hauptkurses (vom 27.07. bis 05.08.2014 und 14.10. bis 23.10.2012) für die ... Sie war am 29.02. und 07.03.2012 Dozentin einer KinderUni-Vorlesung. Von April 2008 bis Dezember 2008 nahm sie eine schulpraktische, pädagogische Lehrtätigkeit in der Arbeitsgruppe „kleine Experten“ in ... und von Juni 2008 bis Dezember 2008 am ... in ... wahr. Von Oktober 2007 bis Dezember 2008 arbeitete sie ehrenamtlich im Museum für Naturkunde ... Dort sei sie u.a. pädagogische Mitarbeiterin im ... Mikroskopiezentrum gewesen. Zu ihren Veröffentlichungen wird auf die Verwaltungsakte Bezug genommen (Verwaltungsakte Bl. 42 ff.). Sie habe von Januar 2009 bis Ende 2011 ein Stipendium im Forschungsnetzwerk „...“ erhalten (vgl. Gerichtsakte Bl. 97). In ihrem Lebenslauf (Verwaltungsakte Bl. 37) gibt sie an, von 01/2010 bis 10/2012 wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität ... gewesen zu sein. Ihre Promotion „startete“ sie am 01.01.2009 in ..., im April 2010 meldete sie sich zur Promotion in ... an. Im Juli 2015 schloss sie ihre Promotion ab. Sie habe von Juli 2015 bis August 2018 und seit September 2018 in Vollzeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin gearbeitet. Für ihre beiden Kinder hatte sie jeweils für 3,5 Monate Mutterschutz (Juli bis Oktober 2015 bzw. Oktober 2018 bis Januar 2019) in Anspruch genommen. Seit April 2015 ist sie Leiterin der ... In der zweiten Sitzung der Berufungskommission am 29.06.2020 wurde erörtert, dass eine Vorabanfrage beim Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst bezüglich einer beabsichtigten Abweichung von der 6-Jahres-Regel ergeben habe, dass die Begründungen nachvollziehbar seien (vgl. Verwaltungsakte Bl. 139). Es wurden folgende Ausführungen zur Begründung der Berücksichtigung trotz einer Überschreitung gemacht: Die Beschäftigungs- und die Promotionsphase der Beigeladenen betrage nach Abzug des Vorbereitungsdienstes und der Zeit ihres Mutterschutzes 7 Jahre und 9 Monate. Sie habe als Mutter von zwei Kindern klare Zusatzbelastungen und sei die einzig weibliche und stärkste Bewerberin. Sie scheine in anderen Verfahren für Juniorprofessuren an anderen Universitäten infrage zu kommen. Der Antragsteller überschreite die 6-Jahresfrist geringfügig, parallel zur Promotion sei er die ganze Zeit im Schuldienst tätig gewesen.

6

In der 3. Sitzung der Berufungskommission am 24.09.2020 wurde auf der Grundlage der Eindrücke der Kommission und der eingeholten Gutachten ein Listenvorschlag erarbeitet. In diesem Zusammenhang fand eine Diskussion hinsichtlich der 3-Jahres-Regelung bezüglich der Beigeladenen statt. Die Beigeladene habe sich in beeindruckend großer Zahl an Publikationen direkt mit unterrichtsrelevanten Themen beschäftigt und sehr umfassend in Journalen publiziert, deren direktes Ziel eine Verbesserung des Unterrichts sei. Der Antragsteller sei wissenschaftlich der jüngste Kandidat, die Beigeladene mit umfassender Drittmittelerfahrung und nach Lebensjahren die Jüngste. Die Kommission sehe beide Kandidaten als sehr stark an und würde es dem Antragsteller zutrauen, sich auf der Stelle hervorragend zu entwickeln. Die Kommission empfahl auf dieser Grundlage der Hochschulleitung und dem Senat folgenden Listenvorschlag mit jeweils 8 Befürwortungen, 3 Enthaltungen und 0 Gegenstimmen: Platz 1 die Beigeladene, Platz 2 der Antragsteller, Platz 3 ein weiterer Bewerber.

7

Mit Schreiben vom 07.10.2020 (Verwaltungsakte Bl. 159), gerichtet an das Bayerische Staatsministerium für Unterricht und Kultus (Kultusministerium), beantragte die Universität ... eine Ausnahmegenehmigung zur Abweichung von dem Erfordernis einer dreijährigen Schulpraxis. Darin wurde vorgetragen, dass die Besetzung der Juniorprofessur wegen der frühen Karrierephase zu Herausforderungen führe und die Chance berge, frühzeitig die „besten Köpfe“ für die Didaktik zu gewinnen und neue Karrierewege zu etablieren. Die Beigeladene habe nach ihrem Referendariat verschiedene Tätigkeiten mit pädagogischem und didaktischem Einschlag vorzuweisen. Sie zeige ein hohes Engagement für eine praxisbezogene, biologiedidaktische Lehre, was sich auch in der Zahl der Veröffentlichungen in Schulbüchern und Fachzeitschriften zeige. Die Universität könne eine herausragende Nachwuchswissenschaftlerin und Dozentin für Lehrerbildung im Rahmen dieses neuen wissenschaftlichen Karrierewegs gewinnen. Mit Schreiben vom 30.11.2020 (Verwaltungsakte Bl. 161) teilte das Kultusministerium mit, keine Einwände gegen die Berufung der Beigeladenen zu haben. Die fehlende Schulpraxis solle jedoch während der Juniorprofessur teilweise nachgeholt werden.

8

In der Vorlage für die Sitzung der Hochschulleitung der Universität ... am 22.12.2020 (Verwaltungsakte Bl. 167) wurde festgehalten, dass für die Beigeladene ein Einsatz an der FOS in ... geplant sei. Die auf „W1“ Berufenen sollten möglichst unter 36 Jahre alt sein, da das Durchschnittsalter bei Berufung auf eine „W3-Professur“ bei 42,4 Jahren vor Beginn des „WisNa-Förderprogramms“ liege.

9

Im Berufungsvorschlag wurden der Listenvorschlag und die Gründe für ein Abweichen von der 3- bzw. 6-Jahres Regelung angeführt. Der Berufungsausschuss sei überzeugt, dass die Beigeladene das größte Entwicklungspotential aufweise, sich in Richtung einer aktiven und erfolgreichen W3-Professur zu entwickeln. Ihre Praxishäufigkeit und Erfolge mit Schülerpraktika hätten die Kommission beeindruckt. Dem Antragsteller traue die Kommission eine positive Entwicklung in jedem Fall zu.

10

In der Sitzung der Hochschulleitung am 22.12.2020 beschlossen die Mitglieder der Hochschulleitung den Berufungsvorschlag wie vorgelegt einstimmig. In der 350. Sitzung des Senats der Universität ... am 13.01.2021 nahm der Senat den Berufungsvorschlag einstimmig zustimmend zur Kenntnis.

11

Mit Schreiben vom 15.01.2021 erteilte der Präsident der Universität ... den Ruf an die Beigeladene, den sie mit Schreiben vom 20.01.2021 annahm.

12

Mit Schreiben vom 31.03.2021 wurde dem Antragsteller seine Nichtberücksichtigung in dem Berufungsverfahren mitgeteilt. Mit Schriftsatz vom 12.04.2021 legte der Antragsteller über seinen Bevollmächtigten Widerspruch gegen die Mitteilung vom 31.03.2021 ein, über den noch nicht entschieden wurde.

13

2. Mit Schriftsatz vom 12.04.2021, eingegangen per beA beim Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth am selben Tag, legte der Antragsteller über seinen Bevollmächtigten einen Eilantrag ein. Er beantragt, dem Antragsgegner vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu untersagen, die von der Universität ... zur Besetzung an der Fakultät für Biologie, Chemie und Geowissenschaften ausgeschriebene Juniorprofessur (W1) für Didaktik der Biologie (mit Tenure Track auf W3) bis zur Durchführung einer erneuten Auswahlentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durch einen Mitbewerber oder eine Mitbewerberin zu besetzen und diesen bzw. diese in den Beamtenstatus zu ernennen.

14

Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Beigeladene nicht das Anforderungsprofil der Ausschreibung erfülle. Der Beigeladenen fehle die erforderliche Berufspraxis, ein Nachholen von schulpraktischen Zeiten sehe das Gesetz nicht vor. Eine mehr als zehnpromtente Unterschreitung widerspreche dem Zweck dieser Einstellungs voraussetzung. Eine Rechtsanwendung, die auf künftige Erwartungen abstelle, sei contra legem. Der Antragsgegner habe den Ausnahmecharakter des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 Bayerisches Hochschulpersonalgesetz (BayHSchPG) nicht erkannt und die Interessen der Mitbewerber abgewogen.

Auch erfülle die Beigeladene die Voraussetzung des Art. 14 Satz 3 BayHSchPG nicht. Die festgestellte Beschäftigungsdauer sei klärungsbedürftig. Diese betrage bei der Beigeladenen 8 Jahre und 8 Monate. Ein weiterer Fehler in der Auswahl liege darin, dass der Berufungsausschuss dezidiert auf die hohe Publikations- bzw. wissenschaftliche Erfahrungsdichte als maßgebendes Auswahlkriterium abstelle. Ausweislich der Begründung der Auswahlentscheidung werde nicht relativierend eingestellt, dass der Vorsprung der Beigeladenen wegen der Überschreitung der 6-Jahres-Frist zustande gekommen sei. Es liege ein Zerrbild vor, das bei den Erörterungen des Berufungsausschusses zu ihrem Vorsprung hätte Eingang finden müssen. Hinsichtlich der Ermessensentscheidung zu der 3- und 6-Jahres-Regelung seien entsprechende Ermessenserwägungen nicht hinreichend dokumentiert und nachvollziehbar bzw. fehlerhaft.

15

Mit Schriftsatz vom 10.05.2021 beantragte die Universität ... für den Antragsgegner, den Antrag abzulehnen.

16

Hinsichtlich der Praxiserfahrung habe der Antragsgegner von seinem Ausnahmeermessen fehlerfrei Gebrauch gemacht; eine hinreichende Dokumentation liege vor. Soweit der Antragsteller auf die Ausführungen des ... Bezug nehme, sei die mangelnde Bindungswirkung von Gutachten zu beachten. Die Beigeladene erfülle auch Art. 14 Satz 3 BayHSchPG. Der Berufungsausschuss habe auf der Grundlage der 7 Jahre und 9 Monate über eine Ausnahme entschieden, dies gehe aus der Mail vom 17.08.2020 und weiteren Protokollen hervor. Beim 21-monatigen Schuldienst handle es sich um nichtwissenschaftliche Beschäftigungszeiten, die aufgrund des Wortlauts nicht zu berücksichtigen seien. Die maßgeblichen Erwägungen seien dokumentiert. Die Auswahlentscheidung sei im Übrigen nicht rechtswidrig. Der Antragsteller verkenne den Beurteilungsspielraum des Berufungsausschusses und seine Begründung dazu. Zugunsten der Beigeladenen sei relativierend zu berücksichtigen, dass sie zwei Kinder habe und dies eine klare Zusatzbelastung darstelle. Daher habe der Berufungsausschuss zutreffend davon ausgehen dürfen, dass sich die Beigeladene in einer „frühen Karrierephase“ befinde.

17

Der Antragstellerbevollmächtigte vertiefte mit Schriftsatz vom 12.05.2021 seine Rechtsstandpunkte. Der Antragsteller habe ebenso zwei Kinder in der Promotionszeit bekommen, was auch bei ihm berücksichtigt werden solle. Ebenso könne die Wehrpflicht des Antragstellers von zehn Monaten hinzugezogen werden. Beim Antragsteller berechne sich eine Promotions- und Beschäftigungsphase von insgesamt 5 Jahren 9 Monaten. Die Auswahlentscheidung sei aus weiteren Gründen fehlerhaft. Entscheidend sei das wissenschaftliche Alter. Der Bewertungsspielraum der Berufungskommission votiere anhand ausgewählter Textpassagen der Gutachten einseitig zu Gunsten der Beigeladenen. Sie habe bereits Teile ihres Potentials in ihrer wissenschaftlichen Karriere umgesetzt. Das Einwerben von Drittmitteln stelle für eine Juniorprofessur kein Kriterium dar.

18

Mit Schriftsatz vom 27.05.2021 vertiefte der Antragsgegner seine Rechtsausführungen. Zeiten vor Abschluss des Studiums - im Lehramt mit Abschluss des Zweiten Staatsexamens - seien nicht zu berücksichtigen. Zeiten eines Stipendiums seien nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung der Beschäftigung als wissenschaftliche Hilfskraft von 04/2009 bis 09/2009 und 03/2010 habe aufgrund des zeitlichen Umfangs der Tätigkeit unterbleiben können. Die Tatsache, dass der Antragsteller selbst Vater zweier Kinder sei, habe er im Berufungsverfahren nicht vorgetragen. Einen Abzug von Elternzeit in Höhe von insgesamt zwei Monaten trage der Antragsteller ebenfalls erstmalig im Gerichtsverfahren vor. Wieso der Wehrdienst auf Seiten des Antragstellers Berücksichtigung finden solle, bleibe unklar. In zulässiger Weise habe der Antragsteller das Kriterium „Einwerben von Drittmitteln“ in die Auswahlentscheidung eingestellt. Der Universität stehe es insoweit frei, die Erwartungen an die Bewerber und Bewerberinnen über die Anforderung des Art. 14 BayHSchPG hinaus festzulegen.

19

Mit Schriftsatz vom 04.06.2021 führte der Antragstellerbevollmächtigte aus, dass er hinsichtlich seiner Familienverhältnisse weder in der Stellenausschreibung noch im laufenden Berufungsverfahren dazu aufgefordert worden sei, sich entsprechend zu erklären. Eine Äußerung hätte der Antragsgegner nicht selbstredend erwarten dürfen. Er hätte darauf hingewiesen werden müssen.

20

Mit Beschluss vom 12.04.2021 wurde die erfolgreiche Bewerberin auf die streitgegenständliche Stelle zum Verfahren beigelegt. Die Beigeladene hat sich zum Verfahren nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

21

Ergänzend wird entsprechend § 117 Abs. 3 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) auf die Gerichtsakte und die vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

22

Der zulässige Antrag hat in der Sache Erfolg.

23

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) sowie die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind dabei gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 und § 294 Zivilprozessordnung (ZPO) glaubhaft zu machen.

24

1. Der Antragsteller hat den erforderlichen Anordnungsgrund, die besondere Dringlichkeit der begehrten einstweiligen Anordnung, glaubhaft gemacht. Das Berufungsverfahren für die ausgeschriebene Professur ist bereits abgeschlossen. Eine Ernennung der Beigeladenen steht unmittelbar bevor. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers als übergangener Bewerber lässt sich nur vor einer Ernennung des ausgewählten Konkurrenten gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO mittels einer einstweiligen Anordnung effektiv sichern (siehe BVerfG, B.v. 29.6.2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 95).

25

2. Der Antragsteller hat den erforderlichen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

26

Gemäß Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz (GG) hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (ebenso Art. 94 Abs. 2 Satz 1, Art. 116 Bayerische Verfassung [BV]). Daraus folgt der Anspruch eines Bewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung - sog. Bewerbungsverfahrensanspruch -, der auch die Einhaltung der wesentlichen Verfahrensvorschriften mit umfasst (vgl. BVerwG, U.v. 17.8.2005 - 2 C 36.04 - juris). Aufgrund der Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechts und der Garantie von Art. 19 Abs. 4 GG sind die Verwaltungsgerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten gehalten, den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes im Eilverfahren besonders Rechnung zu tragen (vgl. BVerfG, B.v. 29.6.2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 95).

27

Ein abgelehnter Bewerber, dessen subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung verletzt worden ist, kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen, wenn seine Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint. Allerdings kann der nicht zum Zuge gekommene Bewerber grundsätzlich nicht gerichtlich feststellen lassen, dass er anstelle des ihm vorgezogenen Konkurrenten hätte ausgewählt werden müssen. Vielmehr ist es im Hinblick auf den Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, den besser geeigneten Bewerber zu bestimmen und eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten der Bewerbung vorzunehmen (vgl. BayVG, B.v. 5.1.2012 - 7 CE 11.1432 - juris).

28

Diese für beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren entwickelten und gefestigten Grundsätze (z.B. BVerfG, B.v. 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; BVerfG, B.v. 20.9.2007 - 2 BvR 1972/07 - ZBR 2008, 167) gelten für hochschulrechtliche Konkurrentenstreitigkeiten zur Besetzung von Professorenstellen in gleicher Weise (BayVG, B.v. 5.1.2012 - 7 CE 11.1432 - juris). Erweist sich die Entscheidung, einen

Bewerber oder eine Bewerberin als Professor bzw. Professorin zu berufen, als ermessens- oder beurteilungsfehlerhaft, hat ein nicht berücksichtigter Bewerber, dessen Auswahl zumindest möglich erscheint, einen Anspruch darauf, dass über seine Bewerbung erneut entschieden und die Stelle zunächst nicht besetzt wird. Hinsichtlich der fachwissenschaftlichen Eignung ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Hochschule eine besondere, durch

29

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, Art. 108 i.V.m. Art. 138 BV verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für die Hochschullehrerstelle zusteht (BayVGh, B.v. 5.1.2012 - 7 CE 11.1432 - juris). Insoweit kommt den an der Erstellung des Berufungsvorschlags beteiligten Hochschulorganen, insbesondere dem Berufungsausschuss, ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (BayVGh, B.v. 5.1.2012 - 7 CE 11.1432 - juris). Die Auswahlentscheidung kann daher gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen ist und ob der Beurteilungsspielraum überschritten ist, etwa weil die Verwaltung anzuwendende Begriffe verkannt, der Beurteilung einen unrichtigen Tatbestand zugrunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (BayVGh, B.v. 5.1.2012 - 7 CE 11.1432 - juris). Dieser Prüfungsmaßstab ist wie im Hauptsacheverfahren auch bei einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung anzulegen. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen ebenfalls nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren genügt (BVerwG, B.v. 20.1.2004 - 2 VR 3.03 - juris).

30

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe erweist sich die gegenständliche Auswahlentscheidung nach summarischer Prüfung als rechtswidrig. Denn die Auswahl eines Bewerbers, der nicht über die erforderliche Mindestqualifikation für die zu besetzende Stelle verfügt, verletzt den unterlegenen Mitbewerber in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch (vgl. BayVGh, B.v. 11.8.2010 - 7 CE 10.1160 - juris Rn. 26 m.w.N.).

31

a) Das Gericht geht nach summarischer Prüfung davon aus, dass der Antragsgegner in nicht vertretbarer Weise einen atypischen Fall hinsichtlich des Nachweises der 3-jährigen Schulpraxis angenommen hat und zweifelt an der rechtmäßigen Ausübung des Abweichungsermessens.

32

aa) Hinsichtlich der Voraussetzung, dass der Bewerber oder die Bewerberin mindestens drei Jahre Schulpraxis nachweisen soll (gem. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG), geht das Gericht von einem Anforderungsmerkmal aus, durch das der Antragsgegner eine bindende Einstellungsvoraussetzung geschaffen hat, von der nur im Ausnahmefall abgewichen werden durfte.

33

Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen konstitutiven und fakultativen Anforderungsmerkmalen. Konstitutive Anforderungsprofile sind die Merkmale, die zwingend vorgegeben und anhand objektiv überprüfbarer Kriterien, d.h. insbesondere ohne gebotene Rücksichtnahme auf Wertungsspielräume des Dienstherrn als tatsächlich gegeben letztlich eindeutig und unschwer festzustellen sind (vgl. u.a. OVG BW, B.v. 7.12.2010 - 4 S 2057/10 - juris Rn. 4 ff.). Das nicht konstitutive Anforderungsprofil kennzeichnet solche Qualifikationsmerkmale, die entweder ausdrücklich nicht zwingend vorliegen müssen oder von ihrer Art her nicht allein anhand objektiv überprüfbarer Fakten - bejahend oder verneinend - festgestellt werden können. Bei Letzteren geht es um Merkmale, die sich erst auf der Grundlage eines persönlichkeitsbedingten, das betreffende Element des Eignungs- und Befähigungsprofils näher in den Blick nehmenden Werturteils erschließen. Derartige Merkmale, die einen Wertungsspielraum eröffnen und über die der Dienstherr - in der Regel in einer dienstlichen Beurteilung oder vergleichbaren Stellungnahme - zunächst eine nähere Einschätzung treffen muss, können in einem Stellenbesetzungsverfahren erst dann Bedeutung erlangen, wenn der Bewerber das (zulässigerweise aufgestellte) konstitutive Anforderungsprofil erfüllt und deshalb zur näheren Überprüfung bzw. vergleichenden Würdigung seiner im Übrigen vorliegenden Eignung in das weitere Auswahlverfahren einzubeziehen ist (vgl. OVG BW a.a.O.). 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 (vgl. OVG BW a.a.O. und m.w.N.). Dabei erweisen sich diejenigen Anforderungen als konstitutiv, deren Vorliegen anhand objektiv überprüfbarer Fakten eindeutig festgestellt werden können und

die deshalb im Falle ihrer Nichterfüllung einen vernünftigen potentiellen Bewerber davon abhalten, um die Stelle oder Funktion zu konkurrieren. Lässt die Formulierung einer Anforderung hingegen einem potentiellen Bewerber auch bei ihrer Nichterfüllung noch Aussicht auf Erfolg, erweist sich diese Anforderung nicht als konstitutiv. (vgl. OVG BW a.a.O.).

34

Das Gericht geht nach summarischer Prüfung in Anbetracht der Gesamtumstände von einem Anforderungsprofil aus, durch das der Antragsgegner eine verbindliche Einstellungs voraussetzung geschaffen hat, an der sich die Bewerber messen lassen mussten.

35

Im Hinblick auf die 3-jährige Schulpraxis liegt ein Anforderungsmerkmal vor, das die Bewerber entweder zwingend erfüllen mussten bzw. bei dem der Antragsgegner aus besonderen Gründen abweichen durfte, ehe er einen Leistungsvergleich der Bewerber vornehmen konnte (vgl. VG München, B.v. 15.6.2015 - M 3 E 14.3893 - juris Rn. 107: zu einer Stellenausschreibung zu einer Professur offengelassen).

36

Es ist zunächst festzustellen, dass die o.g. Anforderung keine gesetzliche Einstellungs voraussetzung war, weil in Abschnitt III des BayHSchPG die genannte „Praxiserfahrung“ von „Juniorprofessoren und Juniorprofessorinnen“ nicht unmittelbar gefordert wird. Insbesondere wird in Art. 14 Satz 2 BayHSchPG lediglich angeordnet, dass Art. 7 Abs. 1 Satz 4 als Sollvorschrift entsprechend gelte, auf die restliche Vorschrift nimmt Art. 14 BayHSchPG keinen Bezug.

37

Für eine zwingende und verbindliche Einstellungs voraussetzung spricht zum einen der Wortlaut der Stellenausschreibung. Darin steht, der Bewerber „soll (...) eine mindestens dreijährige Schulpraxis nachweisen“. Zum einen ist diese Voraussetzung quantifizierbar, da die Praxistätigkeit durch Zeugnisse oder Beurteilungen nachweisbar ist. Zudem wird ein Nachweis verlangt. Im Gegensatz zu der o.g. „Bewährung“ gibt es hinsichtlich der Praxistätigkeit keine Wertungsspielräume. Auch wird ein Mindestmaß an Praxiszeit für den Regelfall verlangt. Dieses Merkmal beschreibt auch nicht lediglich die Aufgaben der Juniorprofessur. Denn dadurch soll der Praxisbezug in der Lehre gewährleistet werden.

38

Systematische Erwägungen unterstreichen diese Auffassung. Solange kein besonderer Grund vorliegt, der ein Abweichungsermessen eröffnet, sind „Soll-Vorschriften“ zwingend anzuwenden. Ungeachtet dessen, hat der Antragsgegner in der Stellenausschreibung auf

39

Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG verwiesen. Diese Norm stellt ausweislich ihrer Überschrift eine Einstellungs voraussetzung dar, die nach ihrem Inhalt für Professorinnen und Professoren gilt. Die entsprechende Praxis soll im Bereich der Lehrerbildung von Fachdidaktikern und Fachdidaktikerinnen nachgewiesen werden. Nach der gebotenen Auslegung am Maßstab des objektiven Empfängerhorizontes und dem Willen des Erklärenden ist davon auszugehen, dass sich der Antragsgegner diese Einstellungs voraussetzung in seiner Stellenausschreibung zu eigen machen wollte und für die Stelle der Juniorprofessur aufgestellt hat. Dafür spricht auch, dass die Stelle für den Bereich der Didaktik-Professur ausgeschrieben wurde. Hätte der Antragsgegner etwas Anderes gewollt, hätte er auf den Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG verzichten müssen.

40

Auch spricht nach summarischer Prüfung der Wille des Antragsgegners für die Aufstellung einer zwingenden und verbindlichen Einstellungs voraussetzung. Im Auszug aus der Niederschrift über die 342. Sitzung des Senats der Universität ... (Verwaltungsakte Bl. 20) wurde über die Ausschreibung diskutiert. In der Diskussion wurde darum gebeten, dass auch bei schlechter Bewerberlage nicht vom Nachweis der 3-jährigen Schulpraxis abgewichen werde. Der Dekan erklärte, dass diese Regelung je nach Bewerberlage noch einmal überdacht werden müsse. Der Präsident regte an, die Juniorprofessur ggf. noch einmal neu auszuschreiben, sofern es keine geeigneten Bewerberinnen oder Bewerber gebe. Der Ausschreibungstext wurde einstimmig zustimmend zur Kenntnis genommen. Insbesondere die letzte Anregung, dass die Stelle eventuell neu ausgeschrieben werden soll, spricht dafür, dass eine verbindliche Einstellungs voraussetzung aufgestellt worden und die Universität von einer zwingenden Anforderung an die Bewerber ausgegangen

ist. Diese Vorstellung wird vom weiteren Verlauf des Auswahlverfahrens unterstrichen. Bereits im Protokoll der ersten Sitzung der Berufungskommission (Verwaltungsakte Bl. 108 f.) wurde dokumentiert, dass zwei Kandidaten (Verwaltungsakte Bl. 109) nicht eingeladen werden sollten, weil bei diesen die mangelnde bzw. geringe Schulerfahrung, keine eigene Drittmittelerfahrung und ein nicht klar erkennbares eigenes Profil bzw. zukünftiges Potential kritisch gesehen würden. Bereits hier wurden, bevor es zu einem konkreten Bewerbervergleich nach Leistungsgesichtspunkten kam, Bewerber vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

41

In der zweiten Sitzung (Verwaltungsakte Bl. 137) der Berufungskommission wurde entschieden, dass ein weiterer Bewerber nicht begutachtet werden solle, da bei ihm der Eigenanteil bei den Drittmittelprojekten mit seiner Beteiligung nicht klar und keine Möglichkeit gesehen worden sei, seine fehlende Schulpraxis durch andere Tätigkeiten ggf. ausgleichen zu können. Auch insoweit fand ein Ausschluss vor dem Eignungsvergleich statt.

42

In der dritten Sitzung der Berufungskommission, wurde ausweislich des Protokolls, zunächst das Ergebnis bezüglich der 3-Jahres-Regel diskutiert. Aus dem Protokoll ergibt sich nicht, dass diese Diskussion im Rahmen des Eignungsvergleichs geführt wurde, sondern zeitlich davor. Auch ergibt sich dies nicht aus dem Berufungsvorschlag, der die dritte Sitzung zusammenfasst (vgl. Verwaltungsakte Bl. 174). Insoweit ist auch unklar, ob der Berufungsausschuss vom Vorliegen der Voraussetzungen oder einer Ausnahme ausgegangen ist, weil dies nicht konkret festgestellt wurde.

43

Hinzu kommt der Brief des Präsidenten der Universität ... an das Kultusministerium (Verwaltungsakte Bl. 159) vom 07.10.2020. In diesem wurde eine „Ausnahmegenehmigung“ beantragt. Im dritten Absatz des Schreibens gibt der Präsident teilweise den Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG wieder. Diese Anforderung führe zu Herausforderungen im Fall der Besetzung der Juniorprofessur. Die Universität geht nach dem letzten Absatz ihres Schreibens ausdrücklich von einer Einstellungs voraussetzung aus, und beantragt die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung, um die Beigeladene für die Juniorprofessur gewinnen zu können. Zwar wird in einer Mail vom 08.12.2021 in Frage gestellt, ob ein „soll“ auch ein „muss“ darstelle (Verwaltungsakte Bl. 163), jedoch wird in der Vorlage für die Sitzung der Hochschulleitung (Verwaltungsakte Bl. 167) darauf abgestellt, dass eine Ausnahmegenehmigung erwirkt worden sei. Aus alledem ergibt sich ein einheitliches Gesamtbild, dass der Antragsgegner im Rahmen der Stellenausschreibung von einer verbindlichen Einstellungs voraussetzung im Rahmen der Stellenausschreibung ausgegangen ist. Diese Auffassung wird vom Antragsgegner selbst im gerichtlichen Verfahren gehalten, da er behauptet, dass die Beigeladene die Einstellungs voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG erfülle (vgl. Gerichtsakte Bl. 88). Der Antragsgegner hat die in dieser Norm enthaltene Voraussetzung, dass mindestens eine 3-jährige Schulpraxis nachgewiesen werden soll, als zwingend gefordert, wenn nicht aus besonderen Gründen ausnahmsweise von dieser Voraussetzung abgewichen werden konnte.

44

Die Anforderung an die Beschäftigungszeiten nach Art. 14 Satz 3 BayHSchPG sind hingegen gesetzliche Vorgaben, die für alle Bewerberinnen und Bewerber gelten und von diesen erfüllt werden müssen, wenn nicht eine Ausnahme gemacht werden kann.

45

Nach summarischer Prüfung ist dieses Anforderungsmerkmal auch bestimmt genug (vgl. dazu BayVGH, B.v. 10.9.2013 - 3 CE 13.1592 - juris Rn. 32). Es verlangt eine mindestens 3-jährige Schulpraxis, verweist aber auf Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG. Diese Vorschrift ist in ihrem Wortlaut hingegen weiter und berücksichtigt auch Zeiten in einer vergleichbaren pädagogischen Einrichtung. Aus dem Akteninhalt und dem weiteren Berufungsverfahren geht allerdings hervor, dass der Antragsgegner lediglich auf die Schulpraxis abstellen wollte, da die Heranziehung möglicher Praxiszeiten in einer vergleichbaren pädagogischen Einrichtung lediglich zur Annahme der Ausnahme geführt haben. Daraus folgt, dass Praxiszeiten in einer vergleichbaren pädagogischen Einrichtung nicht anerkannt werden sollten. Diese Annahme wird durch die beantragte Ausnahmegenehmigung unterstrichen, da die Universität in diesem Antrag die Tätigkeit der Beigeladenen im Schülerlabor ... „klar als ‚Tätigkeit in einer vergleichbaren pädagogischen Einrichtung‘“ bewertet hat. Hätte die Universität diese Zeit (seit April 2015, also mehr als 3

Jahre) auch im Sinne der Ausschreibung als Praxiszeit anerkennen wollen, hätte sie keine Ausnahme beantragt.

46

bb) Ausgehend von der Anforderung, dass eine 3-jährige Schulpraxis nachgewiesen werden soll, geht das Gericht nach summarischer Prüfung davon aus, dass der Antragsgegner in unzulässiger Weise von dieser Anforderung abgewichen ist und damit den Antragsteller in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt hat.

47

Die Beigeladene konnte keine 3-jährige Schulpraxis unabhängig von ihrem Vorbereitungsdienst nachweisen. Ausweislich ihres Lebenslaufs hat sie nicht als Lehrerin an einer Schule gearbeitet. Die Zeit des Vorbereitungsdienstes war nicht als Schulpraxiszeit als solche anzuerkennen, denn der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG, auf den sich die Stellenausschreibung bezieht, verlangt neben der Schulpraxis die Befähigung für ein Lehramt im jeweiligen Fach. Der Vorbereitungsdienst für diese Befähigung muss i.d.R. zwangsläufig dafür absolviert werden und wird mit der Ablegung der Zweiten Staatsprüfung beendet (vgl. <https://lehrkraefteakademie.hessen.de/lehrausbildung/zweite-staatspruefung>: für Hessen, vgl. auch § 35 Hessisches Lehrerbefähigungsgesetz; <https://www.km.bayern.de/lehrer/lehrausbildung/berufliche-schulen/referendariat.html>: für Bayern, vgl. auch Art. 7 des Bayerischen Lehrerbildungsgesetzes). Da die Norm zwischen diesen beiden Voraussetzungen differenziert, stellt der Vorbereitungsdienst keine Zeit dar, die im Rahmen der 3-jährigen Schulpraxis Anerkennung findet.

48

Der Antragsgegner ist - wie im Falle gesetzlicher Soll-Vorschriften (vgl. BVerwG, B.v. 3.12.2009 - 9 B 79.09 - juris Rn. 2; U.v. 17.12.2015 - 1 C 31.14 - NVwZ 2016, 458 Rn. 21 m.w.N.) - im Regelfall verpflichtet, so zu verfahren, wie es im konstitutiven Ausschreibungstext bestimmt ist. Nur bei Vorliegen von Umständen, die den Fall als atypisch erscheinen lassen, darf er anders als vorgesehen verfahren und den atypischen Fall nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden. Der Antragsgegner war deshalb grundsätzlich dazu verpflichtet, die Anforderungen, die er selbst an die Praxiserfahrung der Bewerber gestellt hat, zu befolgen. Die Beantwortung der Frage, ob ein atypischer Fall vorliegt, ist nicht Teil der Ermessensentscheidung, sondern deren gesetzliche Voraussetzung. Dem Antragsgegner ist insoweit kein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Seine Einschätzung unterliegt vielmehr im Streitfall in vollem Umfang der Nachprüfung durch die Gerichte. Es handelt sich insoweit um eine rechtlich gebundene Entscheidung, an die sich bei Vorliegen eines atypischen Ausnahmefalls auf der zweiten Stufe eine nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensentscheidung anschließt (vgl. u.a. BayVGH, U.v. 9.11.2016 - 6 B 15.2732 - juris Rn. 34).

49

Gemessen daran geht die erkennende Kammer nach summarischer Prüfung davon aus, dass der Antragsgegner die o.g. Vorgaben nicht erfüllt und zu Unrecht einen atypischen Fall angenommen hat.

50

Durch die Forderung der 3-jährigen Mindesttätigkeitsdauer in der Schule sollte der notwendige Praxisbezug des Studiums in der Lehrerbildung gestärkt werden (vgl. von Coelln/Lindner in BeckOK Hochschulrecht Bayern, 20. Edition Stand 1.2.2021, Art. 7 BayHSchPG Rn. 20). Unter Schulpraxis im Sinne des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG, auf den der in Rede stehende Ausschreibungstext Bezug nimmt, ist alleine eine dreijährige Unterrichtstätigkeit als Lehrer an einer staatlichen oder privaten Schule im In- oder Ausland zu verstehen (vgl. OVG NW - B.v. 9.9.2002 - 6 B 1114/02 - juris Rn. 2: zu § 46 Abs. 4 Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen alte Fassung; vgl. auch VG Minden, B.v. 14.5.2002 - 4 L 600/01 - juris Rn. 7). Eine Ausnahme liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beispielsweise vor, wenn für 25 Monate hauptamtlich Unterricht erteilt und darüber hinaus für drei weitere Jahre die Tätigkeit eines Lehrers im Nebenamt mit fünf Wochenstunden Unterricht ausgeübt worden ist (BVerwG U.v. 20.3.1996 - 6 C 4/95 - juris Rn. 34: zu einem Antrag auf Überleitung zum Professor).

51

Es ist festzustellen, dass die Beigeladene keine Schulpraxis nachweisen konnte. Sie hat lediglich einen Vorbereitungsdienst absolviert, der insoweit keine Berücksichtigung finden kann (s.o.). Aus der Gesamtschau der bisherigen Tätigkeiten der Beigeladenen ergibt sich zwar, dass sie bereits einige Praxiserfahrungen in der Lehrer- und Schülerausbildung gesammelt hat, diese aber nicht als „Schulpraxis“

im Sinne des Ausschreibungstextes und des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayHSchPG gewertet werden können. Denn die Beigeladene war ausweislich ihres Lebenslaufes lediglich wiederholt kurzzeitig als Didaktische (Co-)Leitung eines Biologie Hauptkurses, als Dozentin einer KinderUni-Vorlesung tätig und nahm sieben bzw. neun Monate eine pädagogische Lehrtätigkeit in einer Arbeitsgruppe wahr. Die Beigeladene gibt unter der Überschrift „Akademischer Werdegang“ an, Leiterin der ... gewesen zu sein, ohne konkret darzustellen, ob sie pädagogisch oder rein organisatorisch tätig war. Wenn der Zweck der Vorschrift, den notwendigen Praxisbezug des Studiums in der Lehrerbildung zu stärken, ernst genommen wird, durfte der Antragsgegner unter diesen Umständen nicht von der selbst aufgestellten Anforderung abweichen.

52

Eine Ausnahme lag auch nicht deshalb vor, weil der Antragsgegner die Tätigkeiten der Beigeladenen als Praxis in einer vergleichbaren pädagogischen Einrichtung anerkannt hat, da diese Praxis nicht der Maßstab des Anforderungsprofils war. Hätte die Universität diese Praxiszeiten anerkennen wollen, hätte sie dies entsprechend klarstellen müssen. Selbst wenn diese Praxis anerkannt werden sollte, ergibt sich aus der Akte nicht, inwiefern die einzelnen Tätigkeiten der Beigeladenen hauptamtlicher Natur waren bzw. den geforderten 3-Jahreszeitraum in einer Gesamtschau erreichen.

53

Auch ist der Zweck von Soll-Regelungen zu beachten. Sie erlauben eine Abweichung in einem atypischen Fall, nicht jedoch vom Absehen einer Voraussetzung, die nicht erfüllt wurde. Denn nach dem o.g. dient der Praxisnachweis der Stärkung des Praxisbezugs in der Lehre. Ein kompletter Verzicht widerspricht dem Zweck der Regelung. Dieser Umstand, der Maßstab der o.g. Rechtsprechung und der Normzweck sprechen gegen das Vorliegen eines atypischen Falles und der Zulässigkeit der Abweichung und dafür, dass sachfremde Erwägungen angestellt wurden.

54

b) Das Gericht geht nach summarischer Prüfung auch davon aus, dass der Antragsgegner hinsichtlich der Voraussetzung des Art. 14 Satz 3 BayHSchPG zu Unrecht einen atypischen Fall angenommen und rechtswidrig von der 6-Jahres-Regelung abgewichen ist. Sofern vor oder nach der Promotion eine Beschäftigung als wissenschaftlicher Mitarbeiter oder als wissenschaftliche Mitarbeiterin oder als wissenschaftliche Hilfskraft erfolgt ist, sollen Promotions- und Beschäftigungsphase zusammen nicht mehr als sechs Jahre betragen haben.

55

Nach summarischer Prüfung geht das Gericht davon aus, dass der Antragsgegner seiner Entscheidung einen korrekten Sachverhalt zugrunde gelegt hat, da er von den Daten aus dem Lebenslauf der Beigeladenen und der Überschreitung der 6-Jahres-Regelung ausgegangen ist. Das Gericht zweifelt dennoch daran, dass er die einzelnen Zeiten richtig berechnet hat. Zu erwähnen ist u.a. der Umstand, dass der Beigeladenen die Zeit ihres Vorbereitungsdienstes während ihrer Promotions- und Beschäftigungsphase davon abgezogen wurde. Aus dem Gesetz ergibt sich ein solcher Abzug nicht, vielmehr bleibt diese Zeit lediglich unberücksichtigt. Auch ergibt sich aus der Akte nicht, dass die Beigeladene ihre Promotion für den Vorbereitungsdienst unterbrochen hat, wobei sich dann die Frage stellen würde, ob eine Unterbrechung auch anrechnungsfrei bliebe. Das Gericht geht deshalb von einer Promotionsphase von 5 Jahren und 3 Monaten, Zeiten als wissenschaftliche Mitarbeiterin von 3 Jahren und 2 Monaten und 1 Jahr und 5 Monaten abzüglich der Zeiten des Mutterschutzes von insgesamt 7 Monaten aus (vgl. Gerichtsakte Bl. 92 und 97), sodass die Promotions- und Beschäftigungsphase der Beigeladenen mindestens 9 Jahre und 3 Monate betrug. Sie erfüllt daher die Anforderungen der 6-Jahres-Regelung nicht.

56

Der Antragsgegner hat nach summarischer Prüfung zu Unrecht einen atypischen Fall angenommen und ist rechtswidrig von dieser „Soll-Einstellungsvoraussetzung“ abgewichen.

57

Art. 14 BayHSchPG regelt die Einstellungsvoraussetzungen für Juniorprofessoren und Juniorprofessorinnen und setzt damit § 47 Hochschulrahmengesetz (HRG) in Landesrecht um (vgl. LT-Drs. 15/4397, S. 25). Die Begrenzung auf eine 6-jährige Promotions- und Beschäftigungsphase entspricht dem verfolgten Ziel, die frühere Selbstständigkeit des wissenschaftlichen Nachwuchses in Forschung und Lehre sicherzustellen. In diesem Zusammenhang sollten Verlängerungen u.a. bei Vorliegen besonderer Gründe möglich sein. Ein besonderer Grund kann angenommen werden, wenn in der Postdoktorandenphase ein Auslandsaufenthalt

absolviert wurde und wenn dieser in dem betreffenden Fach üblicherweise mehr als drei Jahre dauert. Ein weiterer besonderer Grund kann angenommen werden, wenn ein Nachwuchswissenschaftler im Vorgriff auf eine Juniorprofessur zum Leiter oder zur Leiterin einer Forschernachwuchsgruppe bestellt wird und die beabsichtigte Umwandlung der Stelle in eine Juniorprofessur bereits in der Ausschreibung der Stelle des Leiters oder der Leiterin der Forschernachwuchsgruppe angekündigt wurde (vgl. BT-Drs. 14/6853, S. 27 f.: zu § 47 HRG).

58

Gemessen daran, kann bei der Beigeladenen nach summarischer Prüfung nicht von einem atypischen Fall ausgegangen werden.

59

Als besonderen Grund führt der Berufungsausschuss an, dass die Beigeladene als Mutter von zwei Kindern klare Zusatzbelastungen habe, die aus ihrer Sicht berücksichtigt werden müssten. Sie befinde sich aus Sicht der Kommission somit in einer frühen Karrierephase. Außerdem sei die Beigeladene in dieser Verfahrensstufe die einzige und stärkste weibliche Bewerberin. Das Gericht hält diese Argumentation nach summarischer Prüfung nicht für tragfähig.

60

Das Argument, dass die Beigeladene Mutter von zwei Kindern ist, sich somit in einer frühen Karrierephase befinde, und u.a. deshalb eine Ausnahme vorliege, verfängt nicht, da das Argument nicht vom Normzweck getragen wird. Nach dem Normzweck und dem Willen des Gesetzgebers soll durch diese Voraussetzung das durchschnittliche Einstellungsalter von Professoren gesenkt werden (vgl. Bayern/Schmid in BeckOK HochschulR, 20. Ed. 01.02.2021, BayHSchPG Art. 14 Rn. 9). Bundesweit beträgt dieses Durchschnittsalter 42,4 Jahre, sodass Personen, die auf eine W1-Professur berufen werden sollen, unter 36 Jahre alt sein sollten (vgl. Verwaltungsakte Bl. 167). Dieses Ziel würde verfehlt, wenn älteren wissenschaftlichen Assistenten, deren Promotions- und Beschäftigungsphase unter Einschluss der Assistenzzeiten die Höchstdauer von 6 Jahren überschreitet, die Möglichkeit eröffnet würde, von einer Assistentenstelle auf eine Stelle für Juniorprofessoren zu wechseln und damit die Möglichkeit zu versperrern, auf dieser Stelle junge Nachwuchswissenschaftler für eine spätere Lebenszeitprofessur zu qualifizieren (vgl. OVG Hamburg, B.v. 6.7.2005 - 1 Bs 190/05 - juris Rn. 11). Die Beigeladene ist zwar mit 37 Jahren die jüngste Bewerberin, würde aber mit ihrer Einstellung über dem Durchschnittsalter liegen. Die Dinge liegen auch nicht so, dass die Beigeladene den genannten Zeitraum nur ganz geringfügig überschritten hat und deshalb eine Ausnahme hätte angenommen werden können. Denn selbst wenn nicht auf das Alter der Beigeladenen abgestellt wird, liegt die Promotions- und Beschäftigungsphase mit 9 Jahren und 3 Monaten erheblich über der Regelanforderung. Eine Ausnahme anzunehmen, insbesondere vor dem Hintergrund der o.g. Erwägungen des Gesetzgebers, war daher nicht angezeigt.

61

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Eltern, die Kinder erziehen, bereits durch Art. 14 Satz 4 BayHSchPG i.V.m. § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) geschützt werden, da die Elternzeit bei der Berechnung der Promotions- und Beschäftigungsphase außer Betracht bleibt. Eine weitere Berücksichtigung für eine Ausnahme würde Eltern doppelt begünstigen und daher privilegieren. Auch demnach waren die Erwägungen des Antragsgegners sachfremd.

62

Des Weiteren hat der Antragsgegner die Annahme der Abweichung im Wesentlichen damit begründet, dass die Beigeladene in dieser Verfahrensstufe die einzige und stärkste weibliche Bewerberin sei. Dies mag zutreffen, jedoch wird diese Erwägung nicht vom o.g. Zweck der Norm gestützt. Insoweit ist auch zu sehen, dass Aspekte der Frauenförderung nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Bayerischen Hochschulgesetzes (BayHSchG) unter Beachtung des Vorrangs von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung herangezogen werden dürfen. Ziel der Förderung ist eine Steigerung des Anteils der Frauen auf allen Ebenen der Wissenschaft. Diese Erwägung ist ein Hilfskriterium, das herangezogen werden darf, wenn ein Leistungsgleichstand zwischen den Bewerberinnen und Bewerbern besteht (vgl. u.a. OVG NW, B.v. 12.6.2018 - 6 B 127/18 - juris Rn. 12 f. m.w.N.). Da es sich hier aber um eine Abweichung von einer Einstellungs Voraussetzung handelt, die vor dem Leistungsvergleich festgestellt werden musste, durfte dieses Hilfskriterium nicht berücksichtigt werden. Der Antragsgegner hat deshalb eine weitere sachfremde Erwägung angestellt.

63

Der Gesetzgeber hat im Rahmen seiner Gesetzesbegründung, unter Bezugnahme auf die Umsetzung des § 47 HRG, festgehalten, in welchen Fällen eine Abweichung von der Regel angenommen werden kann. Die Beigeladene hat mit ihrem Lebenslauf weder substantiiert dargelegt, dass sie in der Postdoktorandenphase einen Auslandsaufenthalt absolviert hat, noch im Vorgriff auf eine Juniorprofessur zur Leiterin einer Forschernachwuchsgruppe bestellt und die beabsichtigte Umwandlung der Stelle in eine Juniorprofessur bereits in der Ausschreibung der Stelle des Leiters oder der Leiterin der Forschernachwuchsgruppe angekündigt wurde. Diese Erwägungen des Gesetzgebers hat der Antragsgegner in seiner Argumentation auch nicht berücksichtigt. Auch hiernach liegt kein atypischer Fall bei der Beigeladenen vor.

64

c) Nach summarischer Prüfung erachtet das Gericht die Chance des Antragstellers, neu ausgewählt zu werden, als offen. Ob er die Voraussetzung des Art. 14 Satz 3 BayHSchPG erfüllt, konnte an dieser Stelle dahinstehen, da der Antragsgegner Argumente angeführt hat, die möglicherweise für ein Abweichungsermessen sprechen.

65

3. Dem Antrag war deshalb mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten gem. § 162 Abs. 3 VwGO selbst.

66

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 40, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (NVwZ-Beilage 2013, 57). Bei der Tenure-Track-Professur handelt es sich wegen der Notwendigkeit einer positiven Evaluation nicht um ein 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 (4.912,45 Euro) zum Zeitpunkt der Antragstellung halbiert auf 14.737,35 Euro festzusetzen (vgl. BayVGH, B.v. 24.10.2017 - 6 C 17.1429 - juris Rn. 10 ff.; a.A. VG Freiburg [Breisgau], B.v. 12.4.2021 - 1 K 348/21 - juris Rn. 101).