

Rechtsfragen der Umsetzung des  
Professorinnen-Programms der Leibniz-Gemeinschaft

Rechtsgutachten erstattet durch

Prof. Dr. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard)

Dr. Berit Völzmann

Juli 2017

## Inhaltsverzeichnis

A.	Gegenstand .....	5
I.	Zur Ausgestaltung des Leibniz-Professorinnen-Programms.....	5
1.	Rahmen: Leibniz-Wettbewerb .....	6
2.	Gegenstand der Förderung .....	7
3.	Voraussetzungen .....	7
4.	Verfahren.....	8
5.	Finanzierung.....	9
6.	Beteiligte Akteure .....	10
II.	Das Leibniz-Professorinnen-Programm im Wissenschaftspolitischen Umfeld.....	10
III.	Gang des Gutachtens .....	12
B.	Zur Rechtmäßigkeit der geschlechtsspezifischen Ausgestaltung des Leibniz-Professorinnen-Programms .....	13
I.	Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz .....	13
1.	Bindung an das Grundgesetz.....	13
2.	Vereinbarkeit mit Art. 3 GG.....	15
a)	Dogmatische Verortung: welcher Absatz?.....	15
b)	Rechtfertigungsmaßstäbe .....	16
c)	Rechtfertigung des Leibniz-Professorinnen-Programms .....	19
aa)	Zur tatsächlichen Lage .....	19
bb)	Ausmaß der Belastung der Männer.....	20
II.	Vereinbarkeit mit EU-Recht.....	22
1.	Normative Grundlagen .....	22
2.	Zur Rechtsprechung des EuGH.....	24
a)	Rechtssachen Kalanke und Marschall.....	25
b)	Rechtssache Badeck u.a. ....	26
c)	Rechtssache Abrahamsson .....	27

d)	Weitere Rechtsprechung zu positiven Maßnahmen .....	28
e)	Fazit .....	29
3.	Europarechtliche Zulässigkeit des Leibniz-Professorinnen-Programms .....	30
III.	Vereinbarkeit mit dem AGG .....	31
C.	Zur Ausgestaltung der Berufungsverfahren .....	32
I.	Vorbemerkungen .....	32
1.	Zusammenspiel von Antrags- und Berufungsverfahren .....	32
2.	Gang der Prüfung .....	35
II.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an Berufungsverfahren .....	35
1.	Zum Erfordernis einer Ausschreibungspflicht aus Art. 33 Abs. 2 GG .....	36
2.	Zur Beschränkung des Bewerberkreises in alternativen Qualitätssicherungsverfahren 39	
3.	Fazit .....	42
III.	Ad-personam-Berufungen im einfachen Recht .....	43
1.	Kooperation mit Hochschulen des Bundes .....	43
2.	Kooperation mit Hochschulen der Länder .....	44
a)	Zulässigkeit von Ausnahmen bei Kooperation mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen .....	45
aa)	Ausnahmen bei externen Förderungen .....	45
bb)	Anerkennung von Ausschreibungen durch Forschungsförderorganisationen ...	49
cc)	Ausnahmen bei gemeinsamen Berufungen .....	51
b)	Zulässigkeit von Ausnahmen bei alternativen Qualitätssicherungskonzepten der Hochschule .....	55
c)	Zulässigkeit von Ausnahmen für besonders qualifizierte, herausragende Personen 58	
IV.	Leibniz-Professorinnen-Programm und offene Ausschreibungen .....	62
1.	Form und Inhalt einer offenen Ausschreibung .....	62
2.	Offenheit des Verfahrensausgangs .....	63

3. Dokumentation des Verfahrens .....	64
4. Kompensation für Fokus auf bestimmte Person .....	64
V. Fazit.....	65
D. Zusammenfassung.....	68

## A. Gegenstand

Die Leibniz-Gemeinschaft hat uns beauftragt, die bei der Umsetzung des Professorinnen-Programms der Leibniz-Gemeinschaft entstehenden Rechtsprobleme rechtsgutachterlich zu klären.

Das Leibniz-Professorinnen-Programm wird erstmals für das Jahr 2018 aufgelegt. Mit diesem Programm werden zwei Ziele verfolgt. In erster Linie soll das Leibniz-Professorinnen-Programm zur Erreichung der Gleichstellungsziele der Leibniz-Gemeinschaft beitragen; es soll helfen, „der strukturellen Benachteiligung entgegen zu wirken und um herausragende Talente mit ihrem Innovationspotential umfassender zu fördern“. Als weiteres – wohl untergeordnetes – Ziel soll das Leibniz-Professorinnen-Programm als Instrument dienen, „die inhaltlich-strategische Zusammenarbeit mit den Hochschulen weiter zu stärken und den Ausbau der Gemeinsamen Berufungen auch unterhalb der Institutsleitung (insbesondere auf der Ebene der Abteilungsleitung) weiter voranzutreiben“.<sup>1</sup>

Für die juristische Analyse ist unabdingbar, sich die genaue Funktionsweise des Leibniz-Professorinnen-Programms zu verdeutlichen (I.). Sodann wird das Leibniz-Professorinnen-Programm in den Kontext der Gleichstellungsförderung eingeordnet. Die Leibniz-Gemeinschaft ist bei weitem nicht die einzige Wissenschaftsorganisation, die sich die Förderung von Frauen gerade auf der Ebene von Professorinnen zum Ziel gesetzt hat. Freilich ist die Funktionsweise dieser verschiedenen Programme durchaus unterschiedlich (II.). Abschließend wird der Gang des Gutachtens dargestellt (III.).

### *I. Zur Ausgestaltung des Leibniz-Professorinnen-Programms*

Das Leibniz-Professorinnen-Programm ist ein Baustein des Leibniz-Wettbewerbs (1.). Zur Kennzeichnung des Programms werden des Weiteren der Gegenstand der Förderung (2.), die Voraussetzungen und Kriterien (3.) sowie das Verfahren (4.), die Finanzierung (5.) und die beteiligten Akteure (6.) dargestellt.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ausschreibung im Förderprogramm „Leibniz- Beste Köpfe“: Leibniz-Professorinnen-Programm, abrufbar unter: <https://www.leibniz-gemeinschaft.de/ueber-uns/leibniz-wettbewerb/leibniz-wettbewerb-2018/>.

<sup>2</sup> Alle folgenden Angaben sind der Ausschreibung für das Leibniz-Professorinnen-Programm entnommen (Fn. 1). Zur Ergänzung wurden die allgemeinen Seiten über den Leibniz-Wettbewerb, insbesondere auch die FAQ zum Professorinnenprogramm, wie sie auf der Homepage der Leibniz-Gemeinschaft beschrieben werden, herangezogen: <https://www.leibniz-gemeinschaft.de/ueber-uns/leibniz-wettbewerb/leibniz-wettbewerb-2018/faq/>.

## 1. Rahmen: Leibniz-Wettbewerb

Das Leibniz-Professorinnen-Programm ist Bestandteil des Leibniz-Wettbewerbs. Dieser wird als wissenschaftspolitisches Instrument seit dem Jahr 2006 eingesetzt, hat sich aber in seiner Form und Gestalt über die Jahre verändert. Die Jahre 2006 bis 2010 fanden im Rahmen der ersten Phase des Paktes für Forschung und Innovation statt; zu dieser Zeit traf die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK) bzw. ihre Vorläufer-Organisation die endgültigen Förderentscheidungen.<sup>3</sup> Mit der Fortführung des Paktes für Forschung und Innovation für die Jahre 2011 bis 2015 (Pakt II) beschloss die GWK, die Durchführung und Steuerung des internen Wettbewerbsverfahrens der Leibniz-Gemeinschaft zu übertragen. Seitdem wird der Leibniz-Wettbewerb allein durch die Leibniz-Gemeinschaft durchgeführt.

Der Leibniz-Wettbewerb soll „die Erreichung der strategischen Ziele der Leibniz-Gemeinschaft im Rahmen des Paktes für Forschung und Innovation beschleunigen. Durch die Maßnahmen soll der Auftrag der Institute, Forschung und Forschungsinfrastrukturen auf höchstem Niveau zu betreiben, eingelöst werden und die resultierenden Erfolge sichtbar gemacht werden.“<sup>4</sup>

Der Leibniz-Wettbewerb stellt ein Förderangebot für die Einrichtungen der Leibniz-Gemeinschaft dar. Mit seinen zeitlich befristeten Förderungen soll er Anreize setzen, um die weitere Profilbildung der Leibniz-Gemeinschaft zu stimulieren.

Der Leibniz-Wettbewerb beinhaltet ganz unterschiedliche Förderlinien; diese haben sich sowohl in ihrem Inhalt wie auch in ihrer Anzahl über die Jahre in gewissem Umfang verändert, wobei aber auch Kontinuitäten zu erkennen sind. Gab es im Leibniz-Wettbewerb 2017 noch fünf Förderlinien<sup>5</sup>, sind für den Leibniz-Wettbewerb 2018 vier Förderlinien vorgesehen: Die „Leibniz-Kooperative Exzellenz“ fördert innovative Verbundvorhaben, während „Leibniz-Transfer“ Einzel- und Verbundvorhaben unterstützt. Der Programm-Baustein „Leibniz-Beste Köpfe“ ist zweigeteilt: Zum einen geht es bei den „Leibniz-Junior Research Groups“ um die

---

<sup>3</sup> Die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz wurde 2008 eingerichtet. Sie behandelt auf der Grundlage von Art. 91b GG und des GWK-Abkommens alle Bund und Länder gemeinsam berührenden Fragen der Forschungsförderung, der wissenschafts- und forschungspolitischen Strategien und des Wissenschaftssystems. Mitglieder der GWK sind die für Wissenschaft und Forschung sowie die für Finanzen zuständigen Ministerinnen und Minister und Senatorinnen und Senatoren des Bundes und der Länder.

<sup>4</sup> Leibniz-Gemeinschaft, <https://www.leibniz-gemeinschaft.de/ueber-uns/leibniz-wettbewerb/>.

<sup>5</sup> 1. Innovative Vorhaben, 2. Nationale und internationale Vernetzung, 3. Nachwuchsförderung, 4. Frauen für wissenschaftliche Leitungspositionen, 5. Wissensvermittlung und Förderung von Ausgründungen.

Förderung von Nachwuchsgruppen, zum zweiten ist in diesem Rahmen auch das – hier zu untersuchende – Leibniz-Professorinnen-Programm verortet. Pro Jahr können im Leibniz-Professorinnen-Programm insgesamt bis zu fünf Vorhaben bewilligt werden.

Alle Einrichtungen der Leibniz-Gemeinschaft sind antragsberechtigt. Im Leibniz-Wettbewerb 2018 darf jedes Institut maximal einen Antrag (im Regelfall bis maximal eine Million Euro) stellen. Der regelmäßige Höchstbetrag von 1.000.000 Euro kann auch auf zwei Anträge aufgeteilt werden, wenn sie jeweils nicht weniger als 250.000 Euro betragen. Im Hinblick auf die Begrenzung der Anzahl der Anträge weist das Leibniz-Professorinnen-Programm einen weiteren frauenfördernden Aspekt auf: Der Antrag im Leibniz-Professorinnen-Programm kann *zusätzlich* erfolgen, ohne dass die maximale Anzahl der Anträge in anderen Förderlinien dadurch reduziert würden.

## *2. Gegenstand der Förderung*

Das Leibniz-Professorinnen-Programm richtet sich an „international hervorragend ausgewiesene Wissenschaftlerinnen aller Disziplinen“. Für sie wird für einen bestimmten Zeitraum eine W2/W3 Stelle gefördert, die entweder unbefristet oder mit einer Tenure-Track-Option versehen ist; die Stelle wird durch Hochschule und Leibniz-Institut gewährleistet. Zusätzlich wird eine angemessene Grundausrüstung gewährt. Sollte die Professur nur befristet gewährt worden sein, befinden Institut und Hochschule gemeinsam spätestens ein Jahr vor Ende der Förderphase über die Entfristung.

Die Dauer der Förderung beträgt fünf Jahre. Davon werden 2 Jahre durch das Leibniz-Institut erbracht.

## *3. Voraussetzungen*

Die formalen Mindest-Anforderungen an die Fördervoraussetzungen sind gering. Es dürfen sowohl externe wie auch Kandidatinnen aus dem Institut vorgeschlagen werden.

Umso strenger sind jedoch die Kriterien der Antragsbegutachtung. Es handelt sich um ein hochkompetitives Verfahren. Die Bewertung erfolgt nach vier Kategorien.

a) Die Bewertung der Kandidatinnen erfolgt nach ihrer wissenschaftlichen Qualifikation und ihren Karriereperspektiven. Die Kandidatin muss auf ihrem Gebiet international hervorragend ausgewiesen sein.

b) Bewertet wird auch der Forschungsansatz und das Forschungsfeld der Kandidatin und deren Bedeutung für das Leibniz-Institut bzw. den Wissenschaftsstandort. Hierbei geht es um wissenschaftlich-methodische Exzellenz im internationalen Vergleich, um die Erfolgsaussichten des Forschungsansatzes bzw. des Forschungsfeldes, um die Einbettung in die wissenschaftliche Strategie des Institutes und des kooperierenden Bereiches der Hochschule bzw. des Wissenschaftsstandortes sowie um die Katalysatorfunktion für die wissenschaftliche Entwicklung des antragstellenden Leibniz-Instituts.

c) Bewertet wird auch hinsichtlich der strukturellen Wirksamkeit der beabsichtigten Berufung. Dabei geht es beispielsweise um den Beitrag zur Umsetzung der Leibniz-Gleichstellungsstandards und zur Realisierung des Leibniz-Ziels der Diversität, die Berücksichtigung der Leibniz-Karriereleitlinien, die Orientierung an den Leibniz-Besetzungsstandards und die Vernetzung im Wissenschaftssystem. Es muss ein Konzept zur Eingliederung der Professorin in das Leibniz-Institut vorgelegt werden. Ausdrücklich erwünscht ist die Förderung ausländischer Wissenschaftlerinnen sowie solcher mit internationaler Erfahrung.

d) Schließlich spielt auch die geplante Umsetzung und die Finanzplanung bei der Bewertung eine Rolle. Hierbei geht es um den Verfahrensstand der gemeinsamen Berufung mit der Hochschule, bei befristeter Berufung um die Sicherung des Tenure-Track durch Vereinbarung des Institutes mit der Universität, um die Zusicherung der Anschlussfinanzierung des Leibniz-Institutes und insgesamt die Angemessenheit des Kosten- und Finanzplanes.

#### *4. Verfahren*

Zur Entscheidung über die Bewilligung der Vorhaben im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programm ist der Senat der Leibniz-Gemeinschaft berufen. Der Senat besteht aus für die gemeinsame Forschungsförderung zuständigen Bundes- und LandesministerInnen, PräsidentInnen und Vorsitzenden deutscher Wissenschaftsorganisationen sowie weiteren Wahlmitgliedern.

Vorbereitet werden die Entscheidungen des Senates durch den Senatsausschuss Wissenschaft (SAW). Dem SAW gehören WissenschaftlerInnen als externe ExpertInnen, Mitglieder des Leibniz-Senats, Vertreterinnen und Vertreter der Deutschen Forschungsgemeinschaft, des GWK-Büros, des Wissenschaftsrates sowie des Bundes und der Länder an; hinzu kommen Vertreterinnen und Vertreter der Sektionen der Leibniz-Gemeinschaft. Der SAW bewertet die im



Rahmen des Wettbewerbsverfahrens gestellten Anträge aus den Leibniz-Einrichtungen nach den in den Programmen festgelegten Kriterien.

Wie oben näher beschrieben, findet eine Bewertung in vier einzelnen Abschnitten (a bis d) statt. Die Bewertungsskala der einzelnen Abschnitte erfolgt nach einer Skala von nicht hinreichend (1) bis exzellent (4). Für jeden einzelnen Abschnitt ist ein Mindeststandard zu erfüllen, indem ein Schwellenwert (Threshold) festgelegt worden ist. Doch „Mindeststandard“ klingt irreführend. Tatsächlich muss in drei der Abschnitte die Höchst-Bewertung „exzellent“ erreicht werden. Dies gilt insbesondere für die beiden Abschnitte, die sich auf die wissenschaftliche Leistung der Kandidatin beziehen: wissenschaftliche Qualifikation der Kandidatin (a) sowie Forschungsansatz bzw. Forschungsfeld der Kandidatin und deren Bedeutung für das Leibniz-Institut bzw. den Wissenschaftsstandort (b). Auch Umsetzung und Finanzen (d) muss mit der Höchstnote 4 bewertet werden. Kleine Abstriche sind lediglich bei dem Abschnitt strukturelle Wirksamkeit (c) zulässig; hier muss „nur“ die Bewertung „sehr gut“ erreicht werden. Dass die Bewertung der Anträge primär von deren wissenschaftlicher Exzellenz abhängt, zeigt sich zudem in der unterschiedlichen Gewichtung, mit der die einzelnen Abschnitte in das Gesamturteil einfließen. Die auf die wissenschaftliche Leistung der Kandidatin im engeren Sinne bezogenen Abschnitte (a und b) machen mit jeweils 40%, also mit insgesamt 80 %, den Löwenanteil der Bewertung aus, während die eher strukturellen oder verwaltungsbezogenen Aspekte mit jeweils 10% nur untergeordnet zu Buche schlagen.

Für seine Entscheidungsfindung holt der SAW zu jedem beantragten Vorhaben mindestens zwei unabhängige wissenschaftliche Fachgutachten ein, diskutiert auf dieser Grundlage die eingegangenen Anträge im Rahmen einer Auswahl Sitzung und empfiehlt die besten dem Senat der Leibniz-Gemeinschaft zur Förderung.

## *5. Finanzierung*

Die für Ausrichtung und Durchführung des Leibniz-Wettbewerbs erforderlichen Geldsummen werden unmittelbar von der Leibniz-Gemeinschaft ausgeschüttet bzw. eingesetzt. Die Leibniz-Gemeinschaft erhält diese Geldsummen von den einzelnen Leibniz-Instituten. Die Leibniz-Institute erhalten die für den Wettbewerb vorgesehenen Mittel durch zweckgebundene Zuwendungen und leiten sie an die Leibniz-Gemeinschaft weiter, die sie ihrerseits für die im Wettbewerb erfolgreichen Vorhaben an die Institute ausschüttet.

## *6. Beteiligte Akteure*

An der Umsetzung des Leibniz-Professorinnen-Programms sind eine Vielzahl von Akteuren beteiligt: Bund und Länder als Zuwendungsgeber, die Leibniz-Gemeinschaft als die für die Ausrichtung, Durchführung und Entscheidung im Leibniz-Wettbewerb zuständige Einrichtung, die einzelnen Leibniz-Institute einerseits als Stelle, die die Zuwendungen von Bund und Länder empfangen haben und an die Leibniz-Gemeinschaft weiterleiten, sowie andererseits als diejenigen, die Anträge im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms stellen und mit den jeweils kooperierenden Hochschulen die Berufungsverfahren durchführen.

Die Leibniz-Gemeinschaft selbst ist ein eingetragener Verein und als gemeinnützig anerkannt. Mitglieder sind die – derzeit – einundneunzig Leibniz-Institute. Die Leibniz-Institute weisen höchst unterschiedliche Organisationsformen auf. Es gibt Leibniz-Institute, die als Stiftung des öffentlichen Rechts, als Stiftung des privaten Rechts, als Verein, als gemeinnützige GmbH, als GmbH, oder als Teil der Hochschule organisiert sind.

Örtlich sind die Leibniz-Institute über die gesamte Bundesrepublik verteilt. Da in jedem Land mindestens ein Leibniz-Institut angesiedelt ist, ist jeweiliges Landesrecht mindestens für eines der Leibniz-Institute anwendbar. Darüber hinaus gibt es auch mindestens ein Leibniz-Institut, für welches Bundesrecht gilt.<sup>6</sup>

## ***II. Das Leibniz-Professorinnen-Programm im Wissenschaftspolitischen Umfeld***

Das Leibniz-Professorinnen-Programm wird zwar erstmals 2018 aufgelegt, doch ist dies nicht das erste Mal, dass sich die Leibniz-Gemeinschaft zur Förderung von Frauen im Rahmen des Leibniz-Wettbewerbs engagiert. In den bisherigen Leibniz-Wettbewerben der Jahre 2011-2017 gab es jeweils eine Förderlinie „Frauen für wissenschaftliche Leitungspositionen“.<sup>7</sup> Damals ging es um die Leitung von (Nachwuchs-)Forschergruppen. Der Fokus auf Professorinnen stellt daher eine Verschiebung des Schwerpunkts dar.

Mit ihrem Programm fügt sich die Leibniz-Gemeinschaft ein in eine Reihe zahlreicher weiterer Programme zur Frauenförderung im wissenschaftspolitischen Umfeld.

---

<sup>6</sup> Dies gilt beispielsweise für das Wissenschaftszentrum Berlin.

<sup>7</sup> In den Jahren 2011-2013 noch mit der leicht abgewandelten Benennung „Frauen in wissenschaftlichen Leitungspositionen“.

So hat die Helmholtz-Gemeinschaft Zielquoten für alle relevanten Stufen der wissenschaftlichen Karriere bestimmt, die sich am Frauenanteil der vorausgehenden Karrierestufe orientieren (sogenanntes Kaskadenmodell) und innerhalb von fünf Jahren erreicht werden sollen. Im Rahmen einer seit 2012 laufenden Rekrutierungsinitiative, mit der 40 W3-Stellen geschaffen werden sollen, gilt eine Frauenquote von mindestens 30 %.<sup>8</sup> Zudem wird jährlich ein W2/W3-Förderprogramm für exzellente Wissenschaftlerinnen mit einem Fördervolumen von bis zu 5 Mio. Euro pro Jahr ausgeschrieben, das sich ausschließlich an Frauen richtet. In der Regel beträgt der Förderumfang über einen Zeitraum von fünf Jahren dabei für W3-Stellen pauschal bis zu 1 Mio. Euro, für W2-Stellen bis zu 750.000 Euro für die Stelle und die Ausstattung.<sup>9</sup>

Auch die Max-Planck-Gesellschaft fördert gezielt Wissenschaftlerinnen: Im Rahmen des 2007 aufgelegten Minerva-Programms hält die Gesellschaft 30 Stellen für Wissenschaftlerinnen in der Besoldungsgruppe W2 vor. Die Stellen sind auf fünf Jahre befristet. Das Auswahlverfahren beginnt mit dem Vorschlag einzelner Kandidatinnen durch die Max-Planck-Institute; die Auswahl erfolgt unter Hinzuziehung externer GutachterInnen. Über das Programm wurden bisher 83 Wissenschaftlerinnen gefördert.<sup>10</sup>

Die Fraunhofer-Gesellschaft widmet sich ebenfalls der Förderung von Wissenschaftlerinnen – unter anderem mittels eines speziellen Programms für Doktorandinnen sowie verschiedener Mentoringprogramme.<sup>11</sup>

Die DFG hat 2008 „Forschungsorientierte Gleichstellungsstandards“ verabschiedet, mit denen personelle und strukturelle Standards für eine nachhaltige Gleichstellungspolitik in der Wissenschafts- und Hochschullandschaft definiert werden. Ziel ist insbesondere die deutliche Erhöhung des Frauenanteils auf allen wissenschaftlichen Karrierestufen (auch hier nach dem Kaskadenmodell).<sup>12</sup> Darüber hinaus beteiligen sich Bund und Länder – neben der institutionellen Förderung von Forschungseinrichtungen wie der Leibniz-Gemeinschaft – auch unmittelbar an

---

<sup>8</sup> Helmholtz-Gemeinschaft: Karrieren und Talente. Frauen in der Helmholtz-Gemeinschaft, S. 4, abrufbar unter: [https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahU-KEwj7mOjsypzUAhWDOBQKHacsA6wQFgq0MAI&url=https%3A%2F%2Fwww.helmholtz.de%2Ffileadmin%2Fuser\\_upload%2Fpublikationen%2Fpdf%2F13\\_Helmholtz\\_Frauen\\_Karrieren\\_und\\_Talente.pdf&usq=AFQjCNFmfL5CbWOZiuxa-Kpy5hVl2p0qBcA&sig2=NVjGzFU6sTfL8UAM5nMug&cad=rja](https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahU-KEwj7mOjsypzUAhWDOBQKHacsA6wQFgq0MAI&url=https%3A%2F%2Fwww.helmholtz.de%2Ffileadmin%2Fuser_upload%2Fpublikationen%2Fpdf%2F13_Helmholtz_Frauen_Karrieren_und_Talente.pdf&usq=AFQjCNFmfL5CbWOZiuxa-Kpy5hVl2p0qBcA&sig2=NVjGzFU6sTfL8UAM5nMug&cad=rja).

<sup>9</sup> [https://www.helmholtz.de/karriere\\_talente/foerderprogramme/w2w3\\_programm/](https://www.helmholtz.de/karriere_talente/foerderprogramme/w2w3_programm/).

<sup>10</sup> [https://www.mpg.de/86162/minerva\\_programm.t](https://www.mpg.de/86162/minerva_programm.t).

<sup>11</sup> <http://www.mint-frauen-bw.de/buendnis/portraets-der-buendnispartner/f/fraunhofer-gesellschaft/>.

<sup>12</sup> [http://www.dfg.de/foerderung/grundlagen\\_rahmenbedingungen/chancengleichheit/forschungsorientierte\\_standards/](http://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/chancengleichheit/forschungsorientierte_standards/).

der gezielten Förderung von Wissenschaftlerinnen: Mit dem Professorinnenprogramm des Bundes und der Länder zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in Wissenschaft und Forschung an deutschen Hochschulen (Professorinnenprogramm)<sup>13</sup> sollen die Anzahl der Professorinnen an deutschen Hochschulen erhöht und die Gleichstellungsstrukturen an Hochschulen durch spezifische Maßnahmen gestärkt werden. Zur Förderung von Erstberufungen von Frauen werden Anschubfinanzierungen an die Hochschulen gewährt, wenn Frauen auf unbefristete W2- und W3-Professuren erstberufen werden. Finanziert werden bis zu drei Erstberufungen je Hochschule über einen Zeitraum von fünf Jahren. Grundlage des Programms ist eine Bund-Länder-Vereinbarung (gemäß Art. 91b Abs. 1 Nr. 2 GG) vom 19.11.2007. Das Professorinnenprogramm wurde erstmals am 19.11.2007 verabschiedet und war auf die Finanzierung von Förderungen im Zeitraum von 2008 bis 2012 angelegt. Auf der gemeinsamen Wissenschaftskonferenz des Bundes und der Länder am 29.06.2012 wurde beschlossen, das Professorinnenprogramm nach der ersten erfolgreichen Phase als Professorinnenprogramm II (Förderzeitraum 2013 bis 2017) fortzusetzen. Teil dieses Programms sind diverse gleichstellungsfördernde Maßnahmen in den Bundesländern. Sie richten sich an Schülerinnen und Studentinnen in Fächern, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, Promovendinnen, Post-Docs und Professorinnen. Strukturell sollen Organisationsentwicklung, Personalentwicklung, familiengerechte Hochschulen, Berufungsverfahren, Genderforschung und Gender in der Lehre gefördert werden. Am Professorinnenprogramm des Bundes und der Länder haben sich bislang insgesamt 48 % der staatlich anerkannten Hochschulen beteiligt.<sup>14</sup> Bis März 2016 wurden 500 Berufungen durch das Programm gefördert.<sup>15</sup>

### ***III. Gang des Gutachtens***

Die juristische Analyse der Rechtsfragen der Umsetzung des Leibniz-Professorinnen-Programms gliedert sich in zwei grundlegende Teile. Der erste Teil klärt, ob der geschlechtsspezifische Zuschnitt des Leibniz-Professorinnen-Programms rechtlich zulässig ist (B.). Der zweite

---

<sup>13</sup> Bekanntmachung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung von Richtlinien zur Umsetzung des Professorinnenprogramms des Bundes und der Länder zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in Wissenschaft und Forschung an deutschen Hochschulen – Professorinnenprogramm II – vom 06.12.2012, <https://www.bmbf.de/foerderungen/bekanntmachung-797.html>; Frauen in Bildung und Forschung. Das Professorinnenprogramm, <https://www.bmbf.de/de/das-professorinnenprogramm-236.html>; Professorinnenprogramm des Bundes und der Länder. Gleichstellungsfördernde Maßnahmen. Best Practice, [https://www.bmbf.de/files/Ausstellung\\_800x2000\\_Web\\_barrierefrei.pdf](https://www.bmbf.de/files/Ausstellung_800x2000_Web_barrierefrei.pdf).

<sup>14</sup> Informationen zur zweiten Begutachtungsrunde des Professorinnenprogramms, [https://www.bmbf.de/files/informationen\\_zweite\\_begutachtungsrunde\\_professorinnenprogramms.pdf](https://www.bmbf.de/files/informationen_zweite_begutachtungsrunde_professorinnenprogramms.pdf).

<sup>15</sup> Frauen in Bildung und Forschung. Das Professorinnenprogramm, <https://www.bmbf.de/de/das-professorinnenprogramm-236.html>.

Teil untersucht die rechtlichen Bedingungen, denen die konkrete Umsetzung des Programms unterworfen ist. Hierbei geht es vor allem um Fragen, die im Kontext der im Rahmen des Programms durchgeführten Berufungsverfahren aufgeworfen werden (C.). Abschließend werden die Ergebnisse des Gutachtens thesenförmig zusammengefasst (D.).

## **B. Zur Rechtmäßigkeit der geschlechtsspezifischen Ausgestaltung des Leibniz-Professorinnen-Programms**

Das Leibniz-Professorinnen-Programm richtet sich explizit nur an Professorinnen. Es bietet daher eine Fördermöglichkeit, die ausschließlich Frauen zur Verfügung steht. Ob und in welchem Umfang bzw. in welcher Ausgestaltung Frauenförderprogramme zulässig sind, ist juristisch umstritten. Beschränkungen der Zulässigkeit solcher affirmative action-Programme könnten sich zum einen aus dem Grundgesetz (I.), aus dem Recht der EU (II.) oder aus dem AGG (III.) ergeben.

### ***I. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz***

Zur Klärung der Vereinbarkeit des Leibniz-Professorinnen-Programms mit dem Grundgesetz ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt eine Bindung an das Grundgesetz besteht (1.). Da sich das Programm allein an Wissenschaftlerinnen richtet und Wissenschaftler unberücksichtigt lässt, ist materiell die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG zu untersuchen (2.).

#### ***1. Bindung an das Grundgesetz***

Die Grundrechte des Grundgesetzes binden nach Art. 1 Abs. 3 GG „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“. Fraglich ist daher, ob es sich bei den Akteuren, die an der Ausschreibung und Umsetzung des Leibniz-Professorinnen-Programms beteiligt sind, um staatliche Gewalt handelt.

Für die Leibniz-Gemeinschaft selbst ist diese Frage nicht ganz leicht zu beantworten. Für eine Beleihung liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Die Leibniz-Gemeinschaft selbst ist als eingetragener Verein kein unmittelbar dem öffentlichen Recht zuzuordnendes Rechtssubjekt. Zwar verfolgt die Leibniz-Gemeinschaft ausschließlich gemeinnützige Zwecke, nämlich

die Förderung von Wissenschaft und Forschung in ihren Mitgliedseinrichtungen,<sup>16</sup> doch hat dies nicht notwendigerweise zur Folge, dass sie deshalb Grundrechtsbindungen unterliegt. Seit der *Fraport*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> ist jedoch geklärt, dass die Rechtsform allein für die Beurteilung der Bindung an die Grundrechte nicht zwingend ausschlaggebend ist. Es wäre daher denkbar, die für gemischtwirtschaftliche Unternehmen geltenden Grundsätze auf die Leibniz-Gemeinschaft zu übertragen. Letztlich kann diese Frage hier offenbleiben.

Denn dass das Leibniz-Professorinnen-Programm grundrechtlichen Anforderungen genügen muss, ergibt sich jedenfalls aus der Beteiligung von Bund und Ländern. Bund und Länder sind unzweifelhaft als staatliche Gewalt an die Grundrechte gebunden. Sie sind jedenfalls durch ihre finanziellen Zuwendungen – auch wenn vermittelt über die Leibniz-Institute – in die geschlechtsspezifische Ausrichtung des Leibniz-Wettbewerbs eingebunden. Bund und Länder sind aber nicht berechtigt, staatliche Mittel für Maßnahmen einzusetzen, die verfassungsrechtlichen Anforderungen widersprechen. Allein der Umstand, dass Bund und Länder die Maßnahmen nur finanzieren, rechtfertigt es nicht, sie von der Grundrechtsbindung freizustellen. Andernfalls könnte sich der Staat von Anforderungen, die eigentlich für ihn gelten, freimachen und diese damit umgehen.

Schließlich liegt eine grundgesetzliche Bindung bei den meisten Akteuren vor, die in die Umsetzung des Leibniz-Professorinnen-Programms involviert sind. Zwar sind nicht alle Leibniz-Institute wegen ihrer Organisationsform als Hoheitsträger einzuordnen (siehe oben A.I.6.), doch auf Seiten der kooperierenden Hochschulen handelt es sich fast immer um staatliche Hochschulen. Staatliche Hochschulen sind aber jedenfalls an Grundrechte gebunden. Da eine durch das Leibniz-Professorinnen-Programm geförderte Berufung im Regelfall als gemeinsame Berufung mit einer Hochschule erfolgt, wird spätestens auf dieser Ebene eine grundgesetzliche Bindung der handelnden Akteure vermittelt.

Es ist daher zu prüfen, ob das Leibniz-Professorinnen-Programm grundgesetzlichen Bindungen entspricht.

---

<sup>16</sup> § 2 Satzung der Leibniz-Gemeinschaft.

<sup>17</sup> BVerfGE 128, 226.

## 2. Vereinbarkeit mit Art. 3 GG

Das Leibniz-Professorinnen-Programm fördert ausschließlich Wissenschaftlerinnen. Es ist daher zu prüfen, ob eine solche geschlechtsspezifische Förderung mit den Gleichheitsrechten des Art. 3 GG vereinbar ist.

Da Art. 3 GG aus mehreren Absätzen besteht, ist zunächst zu klären, welcher dieser Absätze einschlägig ist; im Ergebnis ist eine Prüfung anhand von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durchzuführen (a). Nicht jede Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts stellt eine Verletzung des Grundrechts dar, vielmehr kann eine Ungleichbehandlung auch gerechtfertigt sein. Zunächst sind daher die Maßstäbe herauszuarbeiten, unter denen eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann (b). Sodann ist zu klären, ob das Leibniz-Professorinnen-Programm diesen Rechtfertigungsmaßstäben genügt (c).

### a) Dogmatische Verortung: welcher Absatz?

Das Grundgesetz enthält zwei Vorschriften, die die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen verbieten: Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG garantiert die Gleichberechtigung von Männern und Frauen, während Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG die Benachteiligung oder Bevorzugung wegen des Geschlechts verbietet. Streitig ist, ob diese beiden Sätze denselben Gehalt aufweisen oder ob ihnen unterschiedliche Bedeutung zuzuerkennen ist. Doch kann die Frage nach dem spezifischen Gehalt von Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG – angesichts der hier vorliegenden Form der Ungleichbehandlung – offenbleiben. Denn Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG stellt bei einer an das Merkmal Geschlecht anknüpfenden Ungleichbehandlung zu Lasten von Männern jedenfalls keine weitergehenden Anforderungen als Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.<sup>18</sup>

Einigkeit besteht darüber, dass Art. 3 Abs. 3 GG die Verwendung des Merkmals Geschlecht in Rechtsnormen grundsätzlich untersagt. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Das Geschlecht darf grundsätzlich – ebenso wie die anderen in Absatz 3 genannten Merkmale – nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden“.<sup>19</sup> Dieses grundsätzlich bestehende Verbot der Verwendung des Merkmals Geschlecht in der

---

<sup>18</sup> Ausführlich dazu Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996. Sacksofsky deutet Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG als Dominierungsverbot, so dass Fördermaßnahmen zugunsten von Frauen Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG von vornherein nicht unterfallen.

<sup>19</sup> BVerfGE 85, 191, 206.

Rechtsordnung wird teils als „Anknüpfungsverbot“, „Differenzierungsverbot“ oder „Unterscheidungsverbot“ bezeichnet, ohne dass sich dahinter sachliche Unterschiede verbergen.

Das Leibniz-Professorinnen-Programm knüpft offensichtlich an das Merkmal Geschlecht an, da es allein die Förderung von Wissenschaftlerinnen ermöglicht. Eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG liegt also vor.

#### b) Rechtfertigungsmaßstäbe

Streitig ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts zu rechtfertigen ist. Über viele Jahrzehnte hielt das Bundesverfassungsgericht eine Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen dann für zulässig, wenn sie durch „objektive biologische oder funktionale Unterschiede“ gerechtfertigt war.<sup>20</sup> Doch diese Rechtsprechung ist inzwischen überholt.<sup>21</sup> Das Gericht hält seit der *Nachtarbeitsverbots*-Entscheidung aus dem Jahr 1992 nach dem Geschlecht differenzierende Regelungen unter zwei Voraussetzungen für zulässig.

Die erste Rechtfertigungsmöglichkeit erklärt differenzierende Regelungen für zulässig, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“.<sup>22</sup> Diese Ausnahme passt auf das Leibniz-Professorinnen-Programm offensichtlich nicht.

Das Gericht hat aber noch eine zweite Möglichkeit der Rechtfertigung anerkannt: kollidierendes Verfassungsrecht.<sup>23</sup> Als solches erkennt es insbesondere das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG an. Das Gericht hatte schon vor der Verfassungsänderung des Jahres 1994, die S. 2 an Art. 3 Abs. 2 GG anfügte, herausgearbeitet, dass Art. 3 Abs. 2 GG nicht nur Rechtsnormen beseitigen wolle, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale knüpften, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen wolle. Es ziele auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse.<sup>24</sup> Die Verfassungsänderung stuft das Gericht daher als „Klarstellung“ dieses Gehalts ein.<sup>25</sup> Der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG lautet:

---

<sup>20</sup> Ausführlich dazu Sacksofsky (Fn. 18), S. 23 ff.

<sup>21</sup> Sacksofsky (Fn. 18), S. 387.

<sup>22</sup> BVerfGE 85, 191, 207; st. Rspr.

<sup>23</sup> BVerfGE 92, 91, 111.

<sup>24</sup> BVerfGE 85, 191, 207.

<sup>25</sup> BVerfGE 92, 91, 109.



„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“.

Teils wird in der Literatur vertreten, dass dieser Verfassungsauftrag geschlechtsspezifische Fördermaßnahmen nie rechtfertigen könne. Es handele sich um ein Staatsziel, welches das strikte Differenzierungsverbot beachten müsse und Abweichungen davon daher nicht rechtfertigen könne.<sup>26</sup> Diese Position entspricht Haltungen, die vor Einführung des Verfassungsauftrags vielfach vertreten wurden. Über lange Jahre wurde – vor allem in den letzten beiden Jahrzehnten vor der Jahrtausendwende – der Streit um die Zulässigkeit von geschlechtsspezifischen Fördermaßnahmen mit großer Heftigkeit geführt.<sup>27</sup> Inhaltlich ging es damals vor allem um Frauenquoten im öffentlichen Dienst. Viele Gleichstellungsgesetze der Länder enthielten sogenannte Entscheidungsquoten, also Regelungen, die vorsahen, dass bei gleicher Qualifikation, Frauen in Bereichen bevorzugt eingestellt oder befördert werden sollten, in denen sie unterrepräsentiert waren. Damals gab es eine ganze Reihe von Autoren, die der Auffassung waren, dass jede Form von Quotenregelungen gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verstießen.<sup>28</sup> Die Argumente, die sie dafür vorbrachten, waren relativ einfach gestrickt: Art. 3 Abs. 2 und 3 GG wurden (im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht) als identisch angesehen. Die besonderen Gleichheitssätze wurden als Differenzierungsverbote verstanden, die jegliche Anknüpfung an das Merkmal Geschlecht verböten. Rechtfertigungen für eine Anknüpfung an das Geschlecht waren nur bei ganz eng verstandenen biologischen Gründen zulässig. Es könne keinen Unterschied machen, um welches Geschlecht es sich bei einer Anknüpfung an das Merkmal Geschlecht handele: Ungleichbehandlungen zu Lasten von Männern seien genauso verboten wie Ungleichbehandlungen zu Lasten von Frauen. Diese Auffassungen standen ganz in der Tradition des Denkens über besondere Gleichheitssätze als Differenzierungsverbote, wie es sich in den neunzehnhundertachtziger Jahren allmählich herausgebildet hatte.

Nach unserer Auffassung war diese Position schon damals verfehlt.<sup>29</sup> Seit der Aufnahme des Verfassungsauftrags in Art. 3 Abs. 2 S. 2 in das Grundgesetz hat sie jedoch umso mehr an

---

<sup>26</sup> Siehe etwa: Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 2 Rn. 312 f.; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 113; Kempter/Koch, BB 2012, 3009, 3011 f.

<sup>27</sup> Ausführlich dazu Sacksofsky (Fn. 18), S. 405 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>28</sup> Prononciert etwa: Sachs, NJW 1989, 553 ff.

<sup>29</sup> Sacksofsky (Fn. 18), S. 374 ff.

Überzeugungskraft verloren und widerspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>30</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat zwar noch nicht über geschlechtsspezifische Fördermaßnahmen entschieden. Indem es aber explizit anerkannt hat, dass die Umsetzung des Verfassungsauftrags zur Herstellung tatsächlicher Gleichstellung auch geschlechtsspezifische Regelungen rechtfertigen kann, überwiegen heute die Stimmen, die jedenfalls manche Formen von Frauenfördermaßnahmen für zulässig halten.<sup>31</sup> Dazu hat nicht unwesentlich die Rechtsprechung des EuGH beigetragen. Viele AutorInnen schließen sich im Ergebnis den vom EuGH entwickelten Kriterien an.<sup>32</sup> Aus verfassungsmethodischer Perspektive kann dies jedoch nicht überzeugen. Die verfassungsrechtlichen Normen sind unabhängig vom Europarecht auszulegen.

Umstritten ist, wie genau das verfassungsrechtliche Prüfprogramm auszusehen hat, nach dem die Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen zu prüfen ist. Viele verlangen die Herstellung praktischer Konkordanz oder eine Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>33</sup> Das Bundesverfassungsgericht selbst spricht von „Abwägung“.<sup>34</sup>

Dogmatisch richtig wäre es, insoweit ein Spezialitätsverhältnis anzunehmen.<sup>35</sup> Doch sollen diese dogmatischen Feinheiten hier nicht vertieft werden. Denn Spezialität würde den Rahmen für geschlechtsspezifische Fördermaßnahmen großzügiger ausgestalten als eine Abwägung, wie sie das Bundesverfassungsgericht verlangt. Kann daher gezeigt werden, dass das Leibniz-Professorinnen-Programm den strengeren Anforderungen genügt, die eine Abwägung mit sich bringt, ist es offensichtlich auch nach der hier vertretenen dogmatischen Position als zulässig anzusehen.

---

<sup>30</sup> So auch Heun, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 105; ausführlich auch Schweizer, Der Gleichberechtigungssatz – neue Form, alter Inhalt?, 1998, S. 158 ff.

<sup>31</sup> Eckertz-Höfer, in: AK-GG, 3. Aufl. 2002, Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 62 ff.; Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 264 ff.; Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012; Art. 3 Rn. 172; Kischel, in: BeckOK GG, 32. Edition Stand: 01.03.2017, Rn. 200; Ossenbühl, NJW 2012, 417, 422; Wieland, NJW 2010, 2408, 2409; Nordmann, ZRP 2012, 139, 141; sowie die in Fn. 30 Genannten.

<sup>32</sup> Kischel, in: BeckOK GG (Fn. 31), Rn. 200; Boysen, in: v. Münch/Kunig (Fn. 31), Art. 3 Rn. 170 mwN.

<sup>33</sup> Siehe etwa: Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 3 Rn. 266; Richter, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte V, 2013, § 126 Rn. 105; Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG, 2016, Art. 3 Abs. 2 Rn. 93; Schweizer (Fn. 30), S. 217; Rüfner, in: Bonner Kommentar zum GG, Stand: Mai 2017, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 767 (1996); Papier/Heidebach, DVBl 2015, 125, 126.

<sup>34</sup> BVerfGE 92, 91, 109; so auch Heun, in: Dreier, GG I (Fn. 30), Art. 3 Rn. 142; weitere Nachweise bei Sacksofsky, in: Umbach/Clemens, GG I, 2002, Art. 3 II, III 1, Rn. 371.

<sup>35</sup> Sacksofsky (Fn. 18), S. 374 ff.

*c) Rechtfertigung des Leibniz-Professorinnen-Programms*

Für die Prüfung, ob die geschlechtsspezifische Ausgestaltung des Leibniz-Professorinnen-Programms durch den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt ist, sind einerseits die Gesichtspunkte einzustellen, die die Leibniz-Gemeinschaft dazu bewogen haben, ein solches spezifisch Frauen förderndes Professorinnen-Programm aufzulegen. Dem ist das Ausmaß an Nachteilen gegenüberzustellen, welches Männern abverlangt wird, da sie in diesem Programm keine Berücksichtigung finden.

*aa) Zur tatsächlichen Lage*

Die Bemühungen der Leibniz-Gemeinschaft um die Gleichstellung von Männern und Frauen sind umfangreich. Die Leibniz-Gemeinschaft erklärt die Gleichstellung von Männern und Frauen in der Wissenschaft und die Gewährleistung chancengerechter Strukturen und Prozesse zu „zentralen Bestandteilen“ der Strategie der Leibniz-Gemeinschaft. Sie hat bereits 1998 „Rahmenempfehlungen zur Förderung von Frauen und Männern in den Instituten der Leibniz-Gemeinschaft“ beschlossen. Im Jahr 2008 nahm sie das Ziel der Förderung der Gleichstellung der Geschlechter in § 2 Abs. 3 ihrer Satzung auf. Als erste außeruniversitäre Forschungsorganisation in Deutschland verpflichtete sie sich, die „Forschungsorientierten Gleichstellungsstandards“ der DFG in ihren Einrichtungen umzusetzen. 2014 hat die Mitgliederversammlung beschlossen, die Gleichstellungsstandards zu organisationsspezifischen „Leibniz-Gleichstellungsstandards“ weiterzuentwickeln. Vielfältige Maßnahmen werden eingesetzt, um das Ziel der Gleichstellung zu erreichen. Dazu gehören beispielsweise neben dem Leibniz-Mentoring-Programm auch die Aufforderung an die Einrichtungen, ihre Bemühungen zur Erhöhung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zertifizieren zu lassen und die zunehmende Bedeutung der Gleichstellung im Evaluierungsverfahren des Senats der Leibniz-Gemeinschaft, welches alle Institute regelmäßig alle 7 Jahre durchlaufen.

Die Leibniz-Gemeinschaft hat den Beschluss der GWK über die Einführung von Zielquoten im Sinne des Kaskadenmodells vom 7. November 2011 umgesetzt. Nach dem Kaskadenmodell wird bei der Neubesetzung von Stellen mindestens der Anteil der Frauen an der darunterliegenden Entgeltstufe bzw. Hierarchiestufe zugrunde gelegt.

Trotz dieser – freilich erst seit einigen Jahren intensiv durchgesetzten – Gleichstellungsmaßnahmen besteht auch im Jahr 2016 eine gravierende Unterrepräsentation von Frauen gerade auf der Ebene der Leitungsstellen in der Leibniz-Gemeinschaft.<sup>36</sup>

Betrachtet man zunächst die Entgeltstufen, so beträgt der Frauenanteil der höchsten Entgeltstufe 5 (W3/C4) gerade mal 17,2 %. In der Stufe 4 (W2/C3) liegt der Frauenanteil bei 28,7 %, in der Stufe 3 (E15/A15/E15Ü/A16/W1) bei 24,7 %, in der Stufe 2 (E14/A14) mit 33,1 % bei einem Drittel, während in der niedrigsten Entgeltstufe der wissenschaftlichen Positionen ein Frauenanteil von fast 50 % erreicht wird (48,2 %). Auf die Hierarchiestufen geblickt, zeigt sich wenig überraschend ein ganz ähnliches Bild. Bei den Institutsleitungen besteht ein Frauenanteil von 16,7 %, bei den Abteilungsleitungen von 27,6 % und bei der Leitung von Nachwuchs- oder Forschungsgruppen von 36,6 %.

Das Leibniz-Professorinnen-Programm fördert W2 und W3-Professuren. Wie die Zahlen belegen, besteht gerade in diesem Bereich noch ein erheblicher Nachholbedarf. Selbst bei den geringer dotierten W2-Stellen liegt der Frauenanteil noch deutlich unter einem Drittel, bei den W3-Stellen werden nicht einmal 20 % erreicht. Das Ausmaß der Unterrepräsentation von Frauen ist also gravierend.

#### *bb) Ausmaß der Belastung der Männer*

Zur Beantwortung der Frage, wie hoch die Belastung der Männer einzustufen ist, die im Leibniz-Professorinnen-Programm nicht berücksichtigt werden, können nur sehr eingeschränkt Ansatzpunkte aus der bisherigen Quotendiskussion gewonnen werden. Denn die TeilnehmerInnen dieser Debatten beziehen sich vor allem auf die – früher – primär diskutierte Zuweisung einer konkreten Stelle unter Berücksichtigung des Geschlechts.

Vielfach werden beispielsweise sogenannte „starre Quoten“ als verfassungswidrig abgelehnt.<sup>37</sup> Unter „starrten Quoten“ werden solche Quoten verstanden, die eine feste Anzahl von Sitzen oder Stellen für Frauen reservieren. Es handelt sich um Positionen, bei denen kein Leistungsvergleich mit männlichen Bewerbern stattfindet, sondern nur Mindestqualifikationen für Frauen vorgesehen sind. Man könnte auf die Idee kommen, dass das Leibniz-Professorinnen-

---

<sup>36</sup> Die Angaben zu Zielen, Maßnahmen und Befund sind dem Elften Bericht der Leibniz-Gemeinschaft an die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK) vom 1. April 2017, S. 51 ff. entnommen.

<sup>37</sup> Siehe etwa: Boysen, in: v. Münch/Kunig (Fn. 31), Art. 3 Rn. 172; Kischel, BeckOK GG (Fn. 31), Art. 3 Rn. 199; Habersack/Kersten, BB 2014, 2819, 2824; Kempter/Koch, BB 2012, 3009; so auch Rüfner, Bonner Kommentar zum GG (Fn. 33), Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 760 ff. (1996), freilich ohne den Begriff explizit zu verwenden.

Programm eine solche starre Quote darstellt, da ausschließlich Frauen in diesem Programm gefördert werden können. Doch eine solche Deutung wäre fehlerhaft: Im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms geht es nicht darum, eine fixe Anzahl von Stellen nur für Frauen vorzusehen. Vielmehr handelt es sich um ein Anreizinstrument, welches die Besetzung von Professorenstellen durch Frauen finanziell fördert. Dass es sich dabei lediglich um einen Anreiz und nicht um eine echte Stelle handelt, zeigt sich schon daran, dass die Finanzierung durch die Leibniz-Gemeinschaft auf maximal fünf Jahre limitiert ist. Die Stellen müssen danach von den Leibniz-Instituten bzw. den kooperierenden Hochschulen selbst – ohne Förderung durch die Leibniz-Gemeinschaft – verstetigt, d.h. auch finanziell getragen werden. Das Leibniz-Professorinnen-Programm bietet lediglich eine Anschubfinanzierung, nicht etwa zusätzliche, für Frauen reservierte Stellen. Da es sich beim Leibniz-Professorinnen-Programm nicht um eine solche „starre Quote“ handelt, braucht hier nicht näher vertieft zu werden, ob die Behauptung, starre Quoten seien immer unzulässig, überhaupt zutrifft.<sup>38</sup>

Viele AutorInnen konkretisieren zudem die Zulässigkeitsvoraussetzungen von sogenannten Entscheidungsquoten. In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Thema (s. dazu unten II.) halten sie eine Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation dann für zulässig, wenn auch die soziale Situation des männlichen Bewerbers berücksichtigt wird. Auch diese Forderung passt auf das Leibniz-Professorinnen-Programm nicht. Zwar unterbleibt im Leibniz-Professorinnen-Programm jegliche Berücksichtigung der sozialen Lage männlicher Wissenschaftler, doch ist dies der Konstruktion des Programms geschuldet, welches ja gerade nicht einer Person eine konkrete Stelle zuweist, sondern lediglich eine Anschubfinanzierung bietet.

Die Belastung für männliche Wissenschaftler besteht allein darin, dass es einen finanziellen Anreiz dafür gibt, Professorenstellen mit Frauen zu besetzen. Doch ist diese Belastung bei weitem nicht so hoch anzusetzen, wie das Zurückstehenmüssen bei der Besetzung einer konkreten Stelle. Die ablehnende Entscheidung trifft den Bewerber unmittelbar und final. Die Einrichtung eines Anreizes für die Besetzung von Stellen mit Frauen verringert zwar möglicherweise die Bewerbungschancen eines männlichen Bewerbers. Doch ist nicht einmal zwingend, dass sie sich überhaupt zu seinen Lasten auswirkt. Die Belastung, eine konkrete Stelle nicht bekommen zu haben, ist deutlich höher, als lediglich eine Förderchance nicht zu erhalten.

---

<sup>38</sup> Zumeist liegt dieser Behauptung ein Missverständnis über die Bedeutung und Beziehung von Chancen- und Ergebnisgleichheit zugrunde, dazu Sacksofsky (Fn. 18), S. 399 ff.; siehe zum Zusammenhang von Chancen- und Ergebnisgleichheit auch Schweizer (Fn. 30), S. 141 ff.

Hinzu kommt, dass das Leipzig-Professorinnen-Programm jährlich nur maximal fünf Stellen fördert. In den letzten fünf Jahren schwankte die Anzahl der Neubesetzungen auf der Ebene von W2 und W3 in der Leibniz-Gemeinschaft zwischen 18 (2013) und 33 (2015); im Jahr 2016 wurden 22 Stellen neu besetzt.<sup>39</sup> Der Anreiz, der durch das Leibniz-Professorinnen-Programm geschaffen wird, hätte also in jedem Jahr weniger als ein Drittel, teils weniger als ein Sechstel der Stellen betroffen. Hinzu kommt, dass durch das Professorinnenprogramm möglicherweise auch neue oder besser dotierte Stellen zusätzlich geschaffen werden, sodass der Anteil von Stellen, bei denen ein Frauenförderungsanreiz besteht, noch geringer sein könnte, als die bisherigen Zahlen zeigen.

## *II. Vereinbarkeit mit EU-Recht*

Gewisse Grenzen für die Zulässigkeit geschlechtsspezifischer Fördermaßnahmen stellt auch das Europarecht auf. Es muss daher geklärt werden, ob aus europarechtlicher Perspektive Bedenken gegen das Leibniz-Professorinnen-Programm bestehen.

Hierzu sind zunächst die normativen Grundlagen darzustellen (1.) und die Rechtsprechung des EuGH zu Fördermaßnahmen zu erläutern (2.). Abschließend ist zu klären, ob nach diesen Maßstäben das Leibniz-Professorinnen-Programm europarechtlichen Vorgaben genügt (3.).

### *1. Normative Grundlagen*

Da das Leipzig-Professorinnen-Programm Anreizstrukturen setzt, um ProfessorInnenstellen bevorzugt mit Frauen zu besetzen, ist die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) vom 5.7.2006 zu beachten. Diese neue Gleichbehandlungs-Richtlinie fasst eine Reihe von Gleichbehandlungsrichtlinien zusammen, darunter die zuvor zentrale Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG. In Art. 14 der Richtlinie wird ein Diskriminierungsverbot normiert, wonach es im öffentlichen und privaten Sektor einschließlich öffentlicher Stellen in Bezug auf die Bedingungen — einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen — für den Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld

---

<sup>39</sup> Bericht (Fn. 36), S. 57.

und beruflicher Position einschließlich des beruflichen Aufstiegs keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben darf.

Diese Richtlinie wurde auf Grundlage des Art. 157 AEUV erlassen. Art. 157 Abs. 3 AEUV ermächtigt das Europäische Parlament und den Rat Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen zu erlassen.

Ein generelles Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts ist auch in Art. 21 EU-Charta enthalten.

Gleichzeitig aber hat das Recht der EU – deutlich stärker noch als das Grundgesetz – die tatsächliche Durchsetzung der Gleichbehandlung sich und den Mitgliedsstaaten zur Aufgabe gemacht. So erklärt die Union die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in ihrer grundlegenden Norm zu einer der Aufgaben der Union (Art. 3 Abs. 3 EUV), sowie das Gender-Mainstreaming in Art. 8 AEUV zum durchgängigem Prinzip, nachdem sie bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

Auch die Europäische Grundrechte-Charta verlangt, die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.

Doch die EU geht noch einen deutlichen Schritt über den bloßen Auftrag zur Förderung der Gleichstellung hinaus, indem sie explizit die Zulässigkeit positiver Maßnahmen in allen genannten Rechtsakten, die auch ein Diskriminierungsverbot enthalten, formuliert.

So heißt es in Art. 157 Abs. 4 AEUV: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Darin den Übergang von einer Gleichberechtigungspolitik zu einer Gleichstellungspolitik erkennend Langenfeld, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL Oktober 2016, AEUV, Art. 157 Rn. 83.

Einen entsprechenden Verweis auf diese Vorschrift enthält Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EU.<sup>41</sup> Wie ernst es mit diesem Verweis gemeint ist, zeigt die Begründungserwägung 22: „In Übereinstimmung mit Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen. Angesichts der derzeitigen Lage und in Kenntnis der Erklärung Nr. 28 zum Vertrag von Amsterdam sollten die Mitgliedstaaten in erster Linie darauf hinwirken, die Lage der Frauen im Arbeitsleben zu verbessern.“

Auch die Europäische Grundrechte-Charta formuliert in Art. 23 explizit, dass der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegensteht.

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass das Recht der EU noch wesentlich deutlicher als das deutsche Recht die Zulässigkeit von positiven Maßnahmen explizit normiert.

## 2. Zur Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat zu positiven Maßnahmen insgesamt sechs Entscheidungen getroffen. Vier davon befassen sich mit Quotenregelungen,<sup>42</sup> die anderen mit einer anderweitigen Förderung von Frauen. Die ersten beiden Entscheidungen betreffen Entscheidungsquoten und ergeben erst zusammen gelesen ein Bild (*Kalanke* und *Marschall - a*), eine weitere betrifft Zielquoten sowie Quoten im Ausbildungsbereich (*Badeck - b*), die Rechtssache *Abrahamsson* befasst sich wiederum mit Entscheidungsquoten im Wissenschaftsbereich (c). In den weiteren Verfahren ging es um andere Vergünstigungen für Frauen im Berufsleben (d).

---

<sup>41</sup> Freilich noch auf die Vorgängernorm des Art. 141 Abs. 4 EGV.

<sup>42</sup> Ausführlich zu diesen vier Entscheidungen Sacksofsky, RdJB 2002, 193 ff.



a) *Rechtssachen Kalanke und Marschall*

Die Rechtssachen *Kalanke*<sup>43</sup> und *Marschall*<sup>44</sup> betrafen beide sogenannte leistungsbezogene Entscheidungsquoten, erstere in Bremen, zweitere in Nordrhein-Westfalen. Bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung sollten Frauen befördert werden, wenn sie im jeweiligen Bereich unterrepräsentiert waren. Der Hauptunterschied zwischen den beiden Regelungen bestand darin, dass die nordrhein-westfälische im Gegensatz zur bremischen eine Öffnungsklausel enthielt. Nach dieser Härteklausel erhalten Frauen nur dann die Stelle, „sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“. Sowohl Herr Kalanke als auch Herr Marschall waren bei der Bewerbung um eine Beförderungsstelle erfolglos geblieben; unter Berufung auf die jeweiligen Landesgesetze waren gleich qualifizierte Frauen befördert worden.

In einer selbst für die Verhältnisse des Europäischen Gerichtshofs sehr knappen Begründung bejahte der Gerichtshof in *Kalanke* den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der Gleichbehandlungsrichtlinie. Die Sonderregelung, die die Zulässigkeit von positiven Maßnahmen in der damaligen Fassung der Richtlinie bestimmte,<sup>45</sup> sei als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen.<sup>46</sup> Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräume, gehe über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreite damit die Grenzen dieser Ausnahme.<sup>47</sup> Wie die spätere Entscheidung *Marschall* zeigt, lag der entscheidende Gesichtspunkt für den EuGH darin, dass er in *Kalanke* einen „absoluten und unbedingten“ bzw. „automatischen“<sup>48</sup> Vorrang gleich qualifizierter Bewerberinnen sah. In der *Marschall*-Entscheidung betonte der Gerichtshof demgegenüber das Vorhandensein einer „Öffnungsklausel“.<sup>49</sup> Wenn durch eine solche Öffnungsklausel gewährleistet sei, dass alle Bewerbungen in jedem Einzelfall Gegenstand einer objektiven Beurteilung seien, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt würden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang

---

<sup>43</sup> EuGH v. 17.10.1995, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3069.

<sup>44</sup> EuGH v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6383.

<sup>45</sup> Damals ging es um Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie in der früheren Fassung: 76/207/EWG, die damals lautete: „Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen“.

<sup>46</sup> EuGH, *Kalanke* (Fn. 43), Rn. 21.

<sup>47</sup> EuGH, *Kalanke* (Fn. 43), Rn. 22.

<sup>48</sup> EuGH, *Kalanke* (Fn. 43), Rn. 24.

<sup>49</sup> EuGH, *Marschall* (Fn. 44), Rn. 24.

entfiele, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen,<sup>50</sup> sei der Vorrang nicht länger „absolut und unbedingt“.<sup>51</sup>

b) *Rechtssache Badeck u.a.*

In der Rechtssache *Badeck*<sup>52</sup> hatte der Hessische Staatsgerichtshof verschiedene Vorschriften des Hessischen Gleichberechtigungsgesetzes<sup>53</sup> zur Prüfung gestellt. Die erste Vorlagefrage betraf eine den bisherigen Entscheidungen ähnliche Frage. Freilich enthielt das Hessische Gleichberechtigungsgesetz keinen offensichtlichen Vorrang für Frauen bei gleicher Qualifikation. Erst im Wege der Auslegung ließ sich ermitteln, dass wegen der Verbindlichkeit des Frauenförderplanes Frauen bei gleicher Qualifikation zu befördern waren, wenn dies zur Erfüllung der Zielvorgaben erforderlich war und keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstanden. Damit war offensichtlich, dass die Konstellation eher *Marschall* als *Kalanke* entsprach. Der Europäische Gerichtshof hielt die hessische Vorrangnorm somit nicht für absolut und unbedingt im Sinne der *Kalanke*-Rechtsprechung und damit für europarechtskonform.<sup>54</sup> Ähnlich leicht ließ sich auch die Vorlagefrage beantworten, die sich mit der Verpflichtung beschäftigte, in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert waren, grundsätzlich gleich viele Frauen wie Männer zu Vorstellungsgesprächen einzuladen. Da die Einladung zum Vorstellungsgespräch nicht zwingend die Einstellung garantierte, lag hier eindeutig eine gemeinschaftsrechtskonforme Maßnahme zur Förderung der Chancengleichheit vor.<sup>55</sup> Auch die Regelung, dass bei der Besetzung von Gremien mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sein sollten, war angesichts der geringen Reichweite der Vorschrift<sup>56</sup> und ihres Charakters als Sollvorschrift relativ unproblematisch<sup>57</sup>.

Zwei andere Vorlagefragen gestalteten sich demgegenüber schwieriger. Sie betrafen (mehr oder minder feste) Mindestquoten für Frauen bei Nachwuchs-Stellen im Wissenschaftsbereich und bei den Ausbildungsplätzen. Für den Wissenschaftsbereich war vorgesehen, dass Frauen je-

---

<sup>50</sup> EuGH, *Marschall* (Fn. 44), Rn. 33, 35.

<sup>51</sup> Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Saggio, in EuGH, *Badeck* (Fn. 52), Rn. 25.

<sup>52</sup> EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1902.

<sup>53</sup> GVBl. 1993 I S. 729 (im Folgenden: HGIG). Inzwischen ist das HGIG neu gefasst worden.

<sup>54</sup> EuGH, *Badeck* (Fn. 52), Rn. 6.

<sup>55</sup> EuGH, *Badeck* (Fn. 52), Rn. 62.

<sup>56</sup> Bei vielen Gremien ist die Zusammensetzung durch Gesetz vorgegeben oder durch Wahlen zu absolvieren. Auf solcherart zusammengesetzte Gremien ist die Vorschrift ohnehin nicht anwendbar.

<sup>57</sup> EuGH, *Badeck* (Fn. 52), Rn. 65.

weils mindestens in Höhe ihres Anteils an der vorherigen Qualifikationsstufe zu berücksichtigen waren.<sup>58</sup> Selbst diese Quoten, billigte der Europäische Gerichtshof als „Sonderregelung für den Wissenschaftsbereich“.<sup>59</sup>

Ebenso für gemeinschaftsrechtskonform hielt der EuGH die klar formulierten Ergebnisquoten bei Ausbildungsplätzen. Danach waren Frauen in Ausbildungsberufen, in denen sie unterrepräsentiert waren, bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen mindestens zur Hälfte zu berücksichtigen. Diese starre Quote fand keine Anwendung auf Ausbildungsgänge, in denen der Staat das Ausbildungsmonopol hatte; von ihr durfte abgewichen werden, wenn nicht genügend Bewerbungen von Frauen vorlagen, obwohl Frauen durch geeignete Maßnahmen auf die freien Ausbildungsplätze aufmerksam gemacht wurden (§ 7 Abs. 2 HGIg). Der EuGH sah in diesem Regime keine starre Quote.<sup>60</sup> Zudem betonte der Gerichtshof, dass es sich um Zugang zu Ausbildungs-, nicht zu Arbeitsplätzen handele; solche Maßnahmen gehörten somit zu denen, die die Ursachen der geringeren Zugangschancen der Frauen zum Arbeitsmarkt und zur beruflichen Laufbahn beseitigen sollen; diese seien nach der expliziten Formulierung als Ausnahme in der Gleichbehandlungsrichtlinie a.F. zulässig.<sup>61</sup>

### c) *Rechtssache Abrahamsson*

In der Rechtssache *Abrahamsson* wurde um die Besetzung einer Professur für Hydrosphärologie an der Universität Göteborg gekämpft.<sup>62</sup> Dem Europäischen Gerichtshof waren verschiedene Fragen vorgelegt worden. Zunächst ging es wiederum um eine Entscheidungsquote bei der Stellenbesetzung. Im Unterschied zu den bisherigen deutschen Verfahren erkannte die schwedische Regelung einen Vorrang aber nicht nur bei gleicher Qualifikation an, sondern auch dann, wenn ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts hinreichend qualifiziert war und sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß war, dass sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde. Hierin sah der Gerichtshof einen „automatischen“ Vorrang für Frauen und vermisste zudem die Berücksichtigung der persönlichen Lage aller Bewerber. Die Regelung war nach

---

<sup>58</sup> Bei wissenschaftlichen Mitarbeitern bezogen auf den Frauenanteil unter den Absolventen, bei den wissenschaftlichen Assistenten entsprechend des Anteils an den Promovierten und bei studentischen Hilfskräften entsprechend des Anteils der Studentinnen des jeweiligen Fachbereichs.

<sup>59</sup> EuGH, Badeck (Fn. 52), Rn. 43.

<sup>60</sup> EuGH, Badeck (Fn. 52), Rn. 51.

<sup>61</sup> EuGH, Badeck (Fn. 52), Rn. 54.

<sup>62</sup> EuGH v. 6.7.2000, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5562.

Ansicht des EuGH daher nicht gemeinschaftsrechtskonform.<sup>63</sup> Wenn hingegen – so die Antwort auf eine weitere Vorlagefrage – die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung seien, bei der die persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt werde, stehe Gemeinschaftsrecht nicht entgegen, wenn die Verdienste der Bewerber (lediglich) als fast gleichwertig anzusehen sind.<sup>64</sup>

Mit einer weiteren Frage hatte das vorliegende Gericht wissen wollen, ob ein Gemeinschaftsrechtsverstoß auch dann vorliege, wenn die Frauenquoten nur für die Besetzung einer von vornherein begrenzten Stellenzahl oder für Stellen gelten, die im Rahmen eines von einer konkreten Hochschule besonders beschlossenen Programms über die Zulassung positiver Diskriminierung geschaffen worden seien. Diese Frage verneint der EuGH lapidar: „Hierzu genügt der Hinweis, daß die Beschränkung des Anwendungsbereichs einer positiven Diskriminierung der vorliegenden Art nichts an ihrem absoluten und unverhältnismäßigen Charakter ändern kann“.<sup>65</sup> Entsprechend kurz stellte der Gerichtshof des Weiteren fest, dass die Einstufung<sup>66</sup> der zu besetzenden Stelle für die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung unbeachtlich sei.<sup>67</sup>

#### d) *Weitere Rechtsprechung zu positiven Maßnahmen*

In der Rechtssache *Lommers* ging es um den Vorrang von Frauen bei Kinderbetreuungseinrichtungen.<sup>68</sup> Herr Lommers war in einem niederländischen Ministerium beschäftigt. Er erhielt für sein Kind keinen Zugang zu einem vom Ministerium subventionierten Kinderbetreuungssystem, weil die Plätze dort angesichts der Unterrepräsentation von Frauen – abgesehen von Notfällen – vorrangig für die Kinder von weiblichen Beschäftigten vorbehalten seien. Der EuGH erklärte diese Regelung für europarechtskonform. Europarecht stehe einer Regelung nicht entgegen, die ein Ministerium eingeführt habe, um einer erheblichen Unterrepräsentation von Frauen bei seinen Beschäftigten entgegenzuwirken. Dies gelte jedenfalls in einem Kontext, der durch das erwiesenermaßen unzureichende Angebot an angemessenen und erschwinglichen Kinderbetreuungseinrichtungen gekennzeichnet sei. In diesen Fällen sei der Staat berechtigt, die begrenzte Zahl der seinem Personal von ihm zur Verfügung gestellten subventionierten

---

<sup>63</sup> EuGH, Abrahamsson (Fn. 62), Rn. 52 f.

<sup>64</sup> EuGH, Abrahamsson (Fn. 62), Rn. 62.

<sup>65</sup> EuGH, Abrahamsson (Fn. 62), Rn. 58.

<sup>66</sup> Das vorliegende Gericht hatte danach gefragt, ob die Antworten auf die anderen Vorlagefragen davon abhängen, ob es sich um eine niedrig oder hoch eingestufte Stelle handelt.

<sup>67</sup> EuGH, Abrahamsson (Fn. 62), Rn. 64.

<sup>68</sup> EuGH, v. 19.3.2002, Rs. C-476/99, Lommers, Slg. 2002, I-2891.

Kindertagesstättenplätze den weiblichen Beamten vorzubehalten, während die männlichen Beamten nur in Notfällen Zugang zu diesen Plätzen hätten. Dieses Recht zur Bevorzugung reiche indes nur insoweit, als die vorgesehene Ausnahme insbesondere dahingehend ausgelegt werde, dass sie allein erziehenden männlichen Beamten den Zugang zu diesem Kinderbetreuungssystem zu den gleichen Bedingungen eröffne wie Beamtinnen.<sup>69</sup>

Wenig aussagekräftig für die hier interessierenden Fragestellungen ist hingegen die im Jahr 2004 getroffene Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Briheche*.<sup>70</sup> Das französische Recht ließ eine Abweichung von der sonst vorgesehenen Altersgrenze bei Einstellung in den öffentlichen Dienst nur für bestimmte Gruppen von Frauen, darunter nicht wiederverheiratete Witwen, zu sowie für unverheiratete Männer mit einem unterhaltsberechtigten Kind. Der Kläger war ein nicht wiederverheirateter Witwer mit einem unterhaltsberechtigten Kind, so dass ihm die Altersgrenze entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes entgegengehalten wurde. Die Gleichheitswidrigkeit dieser Regelung springt so offensichtlich ins Auge – auch wegen der Ungleichbehandlung der verschiedenen Gruppen von Männern –, dass die Entscheidung des EuGH kaum überraschen konnte. Der EuGH entschied, dass eine Regelung, welche die Befreiung von der Altersgrenze für den Zugang zu einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst nicht wiederverheirateten Witwen vorbehalte, und nicht wiederverheiratete Witwer, die sich in der gleichen Situation befänden, ausschließe, mit Europarecht nicht vereinbar war.<sup>71</sup>

#### e) *Fazit*

Die Übersicht über die Rechtsprechung des EuGH gibt ein komplexes Bild. Manche der positiven Maßnahmen hat der EuGH als europarechtskonform gebilligt, andere hingegen hielt er für europarechtswidrig.

Relativ eindeutige Maßstäbe hat der EuGH für die Besetzung konkreter Stellen entwickelt. Danach dürfen Frauen bei gleicher Qualifikation in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, dann bevorzugt werden, wenn ihr Vorrang nicht automatisch und unbedingt erfolgt und die soziale Situation der männlichen Bewerber ebenfalls Berücksichtigung findet.

---

<sup>69</sup> EuGH, Lommers (Fn. 68), Rn. 36 ff.

<sup>70</sup> EuGH v. 30.9.2004, Rs. C-319/03, *Briheche*, Slg. 2004, I-8807.

<sup>71</sup> EuGH, *Briheche* (Fn. 70), Rn. 32.

Deutlich großzügiger ist der EuGH zum einen, wenn es um Ausbildung geht, um Vorrangregelungen – wie die Zielquoten im Hessischen Gleichberechtigungsgesetz – die der konkreten Stellenbesetzung vorgelagert sind, oder um allgemeine Vorzugsregelungen, wie etwa der Vorrang bei Kinderbetreuungsplätzen.

### 3. *Europarechtliche Zulässigkeit des Leibniz-Professorinnen-Programms*

Nach den vom EuGH entwickelten Maßstäben ist das Leibniz-Professorinnen-Programm mit Europarecht vereinbar.

Hielte man die in *Kalanke* und *Marschall* entwickelten Maßstäbe auf das Leibniz-Professorinnen-Programm für anwendbar, wäre diesen offensichtlich nicht genügt: Weder kommt es zu einer Berücksichtigung der sozialen Situation männlicher Bewerber noch wird ein unmittelbarer Leistungsvergleich mit männlichen Bewerbern vorgenommen, bei dem eine mindestens gleichwertige Qualifikation festgestellt wird. Doch diese Maßstäbe passen auf Besetzungen im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms von vornherein nicht. Das Leibniz-Professorinnen-Programm bezieht sich gerade nicht auf einen Vorrang von Frauen bei der Besetzung einer konkreten Stelle, sondern stellt ein Anreizsystem dar, damit sich Leibniz-Einrichtungen – generell – um eine Besetzung von Professorenstellen mit Frauen bemühen.

Für solche Anreizsysteme hat der EuGH relativ großzügige Maßstäbe angelegt, seine engen Vorgaben beziehen sich ausschließlich auf die Besetzung konkreter Stellen. So hat er sowohl Zielquoten gebilligt als auch den Vorrang bei der Vergabe von Kinderbetreuungsplätzen für gerechtfertigt gehalten.

Bedenklich scheinen daher allein die Ausführungen in der *Abrahamsson*-Entscheidung. Hier hat der EuGH es für europarechtswidrig erklärt, Frauen einen Vorrang im Rahmen eines „Professorinnen-Programms“ zu gewähren, selbst wenn die ausschließlich für Frauen vorgesehenen Stellen extra zusätzlich geschaffen worden wären. Doch auch diese Beschränkung passt auf das Leibniz-Professorinnen-Programm nicht. Das Leibniz-Professorinnen-Programm schafft nicht zusätzliche, allein Frauen vorbehaltene Stellen. Dies zeigt sich schon daran, dass das Programm lediglich eine Anschubfinanzierung für maximal fünf Jahre gewährt und nicht auf die Schaffung neuer Stellen abzielt. Nach Ablauf dieser fünf Jahre muss die Professorin durch gemeinsame Anstrengungen des jeweiligen Leibniz-Instituts und der kooperierenden Hochschule verstetigt werden (siehe dazu schon oben I.2.c.bb). Auch nach den Maßstäben der *Abrahamsson*-

Entscheidung ist das Leibniz-Professorinnen-Programm also als europarechtskonform anzusehen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des EuGH zu positiven Maßnahmen ohnehin als zu restriktiv anzusehen ist.<sup>72</sup> Wie unter 1. dargestellt, ist das Recht der EU gegenüber positiven Maßnahmen sehr offen. In den Instrumenten, die Diskriminierungsverbote enthalten, ist jeweils auch explizit eine Ausnahme für positive Maßnahmen vorgesehen. Die Rechtsprechung des EuGH trägt diesen normativen Vorgaben nicht hinreichend Rechnung. Die letzte Entscheidung des EuGH zu Quotenregelungen stammt aus dem Jahr 2000. Zu hoffen ist, dass der EuGH – bekommt er die Chance einer aktuellen Entscheidung – seine zu restriktive Haltung überwindet und sich für positive Maßnahmen stärker öffnet.

### ***III. Vereinbarkeit mit dem AGG***

Aufgrund der bisherigen Ausführungen liegt auch kein Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>73</sup> vor. Ob das AGG vorliegend überhaupt einschlägig ist, kann dahinstehen. Jedenfalls erlaubt § 5 AGG ausdrücklich positive Maßnahmen: Eine unterschiedliche Behandlung ist demnach zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes (insbesondere auch wegen des Geschlechts) verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

Das AGG diene der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien;<sup>74</sup> § 5 AGG setzt die jeweiligen Bestimmungen in den Richtlinien über positive Maßnahmen um (Art. 5 RL 2000/43/EG, Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 8 RL 76/207/EWG und Art. 6 RL

---

<sup>72</sup> Ausführlich dazu Sacksofsky, RdJB 2002, 193, 197 ff.; kritisch auch Richter, Die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Vergabe und Schaffung öffentlicher Ämter in der Wissenschaft, 2000, S. 93.

<sup>73</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Artikel 1 des Gesetzes vom 14.08.2006 (BGBl. I S. 1897), in Kraft getreten am 18.08.2006, zuletzt geändert durch Gesetz vom 03.04.2013 (BGBl. I S. 610) m.W.v. 21.12.2012 (rückwirkend).

<sup>74</sup> Roloff, in: BeckOK ArbR, 43. Ed. 1.3.2017, AGG § 1 Vorbemerkungen.

2004/113/EG).<sup>75</sup> Für die Auslegung ist daher auf die sich aus dem Europarecht ergebende Dogmatik zu positiven Maßnahmen zurückzugreifen.<sup>76</sup> Insbesondere besteht kein Anlass, anzunehmen, dass das AGG restriktiver ist als das Europarecht. Da das Leibniz-Professorinnen-Programm – wie gezeigt – europarechtlichen Anforderungen genügt, steht ihm auch das AGG nicht entgegen.

## **C. Zur Ausgestaltung der Berufungsverfahren**

Im Rahmen der Umsetzung des Leibniz-Professorinnen-Programms stellt sich die Frage nach möglichen Rechtsproblemen im Zusammenhang mit den universitären Berufungsverfahren. Nach Vorbemerkungen zu möglichen Varianten des Aufeinandertreffens von Antrags- und Berufungsverfahren (I.) widmet sich die rechtliche Analyse zunächst den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Berufungsverfahren (II.) und sodann der mit Blick auf das Professorinnenprogramm besonders relevanten Zulässigkeit von ad-personam-Berufungen im einfachen Recht (III.).

### **I. Vorbemerkungen**

Zunächst werden einige Vorüberlegungen zum Zusammenspiel von Antrags- und Bewerbungsverfahren angestellt (1.), um sodann den Gang der rechtlichen Analyse zu skizzieren (2.).

#### *1. Zusammenspiel von Antrags- und Berufungsverfahren*

Das Leibniz-Professorinnen-Programm macht in seiner Ausschreibung an zahlreichen Stellen deutlich, dass es bei den geförderten Professorenstellen um eine gemeinsame Besetzung von Hochschule und Leibniz-Institut geht. Dies ergibt sich schon aus der Zielsetzung<sup>77</sup>, die im Leibniz-Professorinnen-Programm auch ein Instrument sieht, die inhaltlich-strategische Zusam-

---

<sup>75</sup> Entwurfsbegründung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung BT-Drs. 16/1780 S. 34.

<sup>76</sup> Schlachter, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl. 2017, AGG, § 5 Rn. 3, 4; Thüsing, in: MüKo/BGB, 7. Aufl. 2015, AGG, § 5 Rn. 7 ff.; Fuchs, in: BeckOK BGB, 42. Ed. 1.2.2017, AGG, § 5 Rn. 3, 4; Wascher/Ernst/Braunroth, in: Nomos-BR AGG, § 5 Rn. 2; Roloff, in: BeckOK ArbR (Fn. 74), AGG, § 5 Rn. 4; so auch bereits die Bundesregierung in ihrer Entwurfsbegründung (Fn. 75), S. 35.

<sup>77</sup> Oben A.I.1.



menarbeit mit den Hochschulen weiter zu stärken und den Ausbau der gemeinsamen Berufungen weiter voranzutreiben. Auch ist im Rahmen der Bewertung der Anträge die Darstellung des Entwicklungsstandes der gemeinsamen Berufung mit der Hochschule ein explizit genanntes Kriterium.

Zu der genauen Ausgestaltung des Zusammenspiels von Hochschule und dem antragstellenden Leibniz-Institut einerseits sowie der Leibniz-Gemeinschaft im Hinblick auf den Leibniz-Wettbewerb andererseits finden sich indes keine genaueren Aussagen. Explizit ist allein festgelegt, dass Anträge auf Basis eines bereits abgeschlossenen Berufungsverfahrens nicht möglich sind.<sup>78</sup> Als abgeschlossen gilt ein Verfahren mit dem Dienstantritt. Freilich signalisiert die Leibniz-Gemeinschaft, dass das Verfahren „möglichst weit fortgeschritten, jedoch zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht vollständig abgeschlossen sein“ soll. Der Prozess solle „einen Stand erreicht haben, in dem sowohl Hochschule als auch das Leibniz-Institut ein erkennbares Interesse an der erfolgreichen Durchführung haben“.<sup>79</sup> Damit ist das genaue Vorgehen den einzelnen Leibniz-Institute und ihrer Hochschulen überlassen.

Grundsätzlich sind verschiedene Varianten denkbar, wie Berufungsverfahren und Antragsverfahren zusammen- bzw. nebeneinander herlaufen können. Für den Zweck dieser Analyse können Leibniz-Institut und Hochschule als eine Einheit betrachtet werden. Zwar sind durchaus Konflikte und gegenläufige Interessen von Leibniz-Institut und kooperierender Hochschule vorstellbar, doch geht es hierbei vermutlich allenfalls um die Aushandlung von einzelnen Bedingungen zwischen den Beteiligten. Im Hinblick auf die Durchführung des Berufungsverfahrens einerseits und des Antragsverfahrens andererseits (wobei an diesem die Hochschule ohnehin nicht unmittelbar beteiligt ist, da im Leibniz-Wettbewerb allein die Einrichtungen der Leibniz-Gemeinschaft antragsberechtigt sind) spielen diese etwa gegebenen Differenzen keine Rolle, da sie allein intern zwischen den beiden Institutionen verbleiben.

Von diversen möglichen Faktoren für Unterschiede im Verfahrensverlauf spielt rechtlich allein die Art der Durchführung des Berufungsverfahrens, insbesondere die Art der Ausschreibung, eine Rolle. Ausschreibungen sind zentraler Bestandteil von Berufungsverfahren. Durch offene Ausschreibungen wird allen potentiell geeigneten Personen die Möglichkeit gegeben, sich auf

---

<sup>78</sup> Ausschreibung, S. 3.

<sup>79</sup> FAQ, Homepage Leibniz-Gemeinschaft.

eine Professorenstelle zu bewerben. Sie verfolgen damit den Zweck, den Grundsatz der Bestenauslese zu verwirklichen und den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt zu gewährleisten.

Unabhängig davon, wann das Antrags- und das Bewilligungsverfahren bei der Leibniz-Gemeinschaft abgeschlossen sind, muss das Berufungsverfahren stets den gesetzlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört insbesondere, dass die Hochschule an den Inhalt ihrer ursprünglichen Ausschreibung gebunden ist.<sup>80</sup> So darf im Berufungsverfahren nicht nachträglich auf andere Kriterien abgestellt werden – etwa zugunsten der Berufung der über die Leibniz-Gemeinschaft förderungsfähigen Wissenschaftlerin auf Kriterien, die diese erfüllt.

Stellt sich nach einer offenen Ausschreibung im Laufe des Berufungsverfahrens heraus, dass die bestgeeignete Person für die ausgeschriebene Stelle eine Frau ist und wird für diese erst dann erfolgreich ein Antrag im Leibniz-Professorinnen-Programm gestellt, ergeben sich keine rechtlichen Probleme.

Fraglich ist, welche rechtlichen Anforderungen sich an ein Berufungsverfahren stellen, welches nur eingeleitet wird, um eine bestimmte Person, deren Förderung im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms beantragt oder gar schon bewilligt ist, auf die Stelle zu berufen. Insofern sind zwei Möglichkeiten denkbar. Einerseits könnte die zu schaffende Stelle offen ausgeschrieben werden – mit der Möglichkeit, dass eine andere Person sich im Berufungsverfahren als am besten geeignet durchsetzt. Andererseits wäre vorstellbar, dass das Berufungsverfahren (offen oder verdeckt) ausschließlich mit dem Ziel verfolgt wird, einer bestimmten Person – deren Stelle die Leibniz-Gemeinschaft fördern würde – die Stelle zu verschaffen. Während ein tatsächlich offenes Berufungsverfahren, welches allen potentiellen InteressentInnen offensteht und auf Bestenauslese unter den BewerberInnen zielt, keine rechtlichen Probleme aufweist, werfen Berufungsverfahren, die (offen oder verdeckt mittels lediglich formal offener Ausschreibung) allein dazu dienen, einer bestimmten Person eine Professorenstelle zu verschaffen, rechtliche Fragen auf. Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Schaffung der durch die Leibniz-Gemeinschaft anspruchsbefähigten Stelle an der Hochschule ergeben sich somit insbesondere dann, wenn das Berufungsverfahren gezielt für eine konkrete, zuvor feststehende Person ausgestaltet wird (ad-personam-Berufung).

---

<sup>80</sup> Müller-Bromley, in: von Coelln/Pautsch, BeckOK HochschulR Niedersachsen, 3. Ed. 1.3.2017, NHG, § 26 Rn. 11.

## 2. Gang der Prüfung

Zu untersuchen ist somit, wann eine offene oder verdeckte ad-personam-Berufung – durch die eine durch das Leibniz-Professorinnen-Programm geförderte Wissenschaftlerin eine Professur an einer Hochschule erhält – zulässig ist. Zunächst ist daher zu klären, welche Grundsätze für Berufungsverfahren sich aus dem Verfassungsrecht ergeben und unter welchen Voraussetzungen ad-personam-Berufungen nach dem Grundgesetz zulässig sind (II.). Sodann ist in einem zweiten Schritt aufzuzeigen, in welcher Form das einfache Recht Berufungsverfahren ausgestaltet, insbesondere unter welchen Voraussetzungen hier Ausnahmen vom klassischen Verfahren – vor allem von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht – zulässig sind und somit Berufungen von im Leibniz-Professorinnen-Programm geförderten Wissenschaftlerinnen aufgrund von Sondervorschriften ermöglichen (III.). Schließlich wird der Tatsache Rechnung getragen, dass dort, wo ad-personam-Verfahren bisher nicht oder nur unter engen Voraussetzungen vorgesehen sind, neue Steuerungsmodelle mit der bisherigen, rechtlich vorgeschriebenen Ausschreibungspraxis kollidieren. Hier stellt sich die Frage, ob dennoch eine Möglichkeit besteht, das Leibniz-Professorinnen-Programm zu nutzen (IV.).

### **II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Berufungsverfahren**

Verfassungsrechtliche Anforderungen an Berufungsverfahren ergeben sich aus Art. 33 GG. Art. 33 GG verankert und konturiert den öffentlichen Dienst als Bindeglied zwischen Staat und Gesellschaft (Scharnierfunktion).<sup>81</sup> Als sogenannte „Durchgriffsnorm“<sup>82</sup> gilt sie unmittelbar auch für das Staatsrecht der Länder.<sup>83</sup> Ihr Anwendungsbereich ist der gesamte öffentliche Dienst; erfasst werden alle Stellen bei staatlichen Hoheitsträgern.<sup>84</sup> Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat „[j]eder Deutsche [...] nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“ Bezweckt wird damit Chancengleichheit:<sup>85</sup> Art. 33 Abs. 2 GG ist

---

<sup>81</sup> Grigoleit, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2. Auflage 2016, Art. 33 Rn. 8 ff.

<sup>82</sup> Ausführlich: Rozek, Das Grundgesetz als Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte, 1993, S. 135 ff.

<sup>83</sup> Grigoleit in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (Fn. 81), Art. 33 Rn. 9.

<sup>84</sup> Stern: Staatsrecht I, S. 346; Battis, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 33 Rn. 24; Jachmann, in v. Mangoldt/Klein/Starck GG II, 6. Auflage 2010, Art. 33 Rn. 15; Höfling, in: Bonner Kommentar zum GG, Stand März 2017, Art. 33 Rn. 60 f., 78; Grigoleit, in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (Fn. 81), Art. 33 Rn. 24.

<sup>85</sup> Battis, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 33 Rn. 19.

ausgestaltet als Gleichheitsrecht für die Teilhabegewährung der BewerberInnen um ein öffentliches Amt und dient so als bereichsspezifische Verstärkung von Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>86</sup> Gewährleistet werden soll die Chancengleichheit durch das Leistungsprinzip: Statt der früher möglichen Ämterkäuflichkeit soll der Zugang zu öffentlichen Ämtern leistungsorientiert ausgestaltet sein.<sup>87</sup> Durch den gleichen Ämterzugang und die Absage an Standesvorrechte, Klassen- und Geburtsprivilegien wird demokratisch-egalitäre Teilhabe am Staat gewährt<sup>88</sup> und somit auch das Rechtsstaatsprinzip konturiert, da das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG ein gewisses Maß an juristischer Rationalität gewährt.<sup>89</sup> Ausreichend ist dabei im Rahmen der Personalrekrutierung nicht lediglich die bloße Feststellung einer Mindestqualifikation.<sup>90</sup> Festgeschrieben ist vielmehr – auch im Interesse einer effektiven staatlichen Verwaltung – das Prinzip der Bestenauslese.<sup>91</sup>

### *1. Zum Erfordernis einer Ausschreibungspflicht aus Art. 33 Abs. 2 GG*

Entscheidend ist somit, wie dem so beschriebenen Leistungsprinzip im Rahmen der Besetzung öffentlicher Stellen entsprochen wird. Insbesondere ist fraglich, welcher Stellenwert dabei einer Ausschreibungspflicht zukommt. Dies ist vorliegend insbesondere deshalb relevant, weil Hochschulen, die eine Professorin berufen wollen, für deren Stelle das Leibniz-Professorinnen-Programm eine Anschubfinanzierung gewährt, in der Regel kein Interesse an einer öffentlichen Ausschreibung haben werden.

Teile der Literatur sehen in der öffentlichen Ausschreibung des zu besetzenden Amtes das wichtigste verfahrensrechtliche Instrument<sup>92</sup> und das der pluralistischen Gesellschaft am besten

<sup>86</sup> Grigoleit, in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (Fn. 81), Art. 33 Rn. 21.

<sup>87</sup> Grigoleit, in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (Fn. 81), Art. 33 Rn. 3 mwN.

<sup>88</sup> Höfling, in: Bonner Kommentar zum GG (Fn. 84), Art. 33 Stichwort: Entstehungsgeschichte; ders., in: Bonner Kommentar zum GG (Fn. 84), Art. 33 Rn. 69 mwN; Starck, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, 3. Aufl. 2007, § 29 Rn. 36.

<sup>89</sup> Höfling, in: Bonner Kommentar zum GG (Fn. 84), Art. 33 Rn. 70 mwN.

<sup>90</sup> Jachmann in v. Mangoldt/Klein/Starck GG II (Fn. 84), Art. 33 Rn. 12 mwN.

<sup>91</sup> BVerfGE 56, 146, 163; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VIII (Fn. 26), § 182 Rn. 172; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG II, 3. Auflage 2015, Art. 33 Rn. 73; Battis, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 33 Rn. 27, 39; Grigoleit, in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (Fn. 81), Art. 33 Rn. 22; ausführlich dazu Kümper DÖV 2017, 414.

<sup>92</sup> Battis, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 33 Rn. 40; Trute in: AK-GG (Fn. 31), Art. 33 Rn. 67; Grigoleit, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (Fn. 81), Art. 33 Rn. 40; Neuhäuser, NVwZ 2013, 176, 178; Ladeur, Jura 1992, 77, 81; einschränkend Höfling, in: Bonner Kommentar zum GG (Fn. 84), Art. 33 Rn. 245 („wenn und soweit keine zumindest gleichwertige Alternative zur Verfügung steht“), 249 (Rechtfertigung möglich durch sachgerechte Gründe – etwa Anforderungsprofil des zu besetzenden Amtes); grundsätzlich zur Ausschreibung (und derselben als „zumindest im Prinzip [...] unentbehrliches Instrument“: Günther, ZBR 1987, 321.

entsprechende Verfahren<sup>93</sup> für die Verwirklichung des Leistungsprinzips aus Art. 33 Abs. 2 GG. Nur so könne tatsächlich realisiert werden, dass zum einen die an dem jeweils zu besetzenden öffentlichen Amt potenziell Interessierten von der offenen Stelle Kenntnis erlangen können<sup>94</sup> und zum anderen der Dienstherr überhaupt erst in die Lage versetzt werde, herauszufinden, wer „der oder die Beste ist“.<sup>95</sup> Entsprechend wird jede Beschränkung des Bewerberkreises als Durchbrechung des Leistungsprinzips aus Art. 33 Abs. 2 GG gewertet<sup>96</sup> und für Ausnahmen von der öffentlichen Ausschreibung Rechtfertigungen – teils sogar allein Rechtfertigungsgründe von Verfassungsrang<sup>97</sup> – gefordert.<sup>98</sup> Andere gehen noch weiter und halten Ausschreibungsverzichte grundsätzlich für verfassungswidrig.<sup>99</sup>

Teile der Literatur leiten hingegen keine allgemeine Ausschreibungspflicht aus der Verfassung ab.<sup>100</sup> Verwiesen wird unter anderem auf den Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers; zudem könne es sachgerechte Gründe für das Absehen von einer Ausschreibung geben, wie etwa das Anforderungsprofil einer Stelle sowie die sachgerechte Relation von Ausschreibungsaufwand und Auswahlgerechtigkeit.<sup>101</sup> Auch nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG keine verfassungsrechtliche Pflicht, Beförderungsstellen auszusuchen:<sup>102</sup> Die Bestimmung der für die Auslese geeigneten Mittel sei dem Gesetzgeber überlassen; die Ausschreibung von Stellen sei dabei nur eines der für die Auslese geeigneten Mittel, jedoch nicht das einzige.<sup>103</sup>

---

<sup>93</sup> Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Auflage 2017, § 8 Rn. 2.

<sup>94</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 3. Auflage 2017, S. 168; BremStGH, NVwZ-RR 1993, 417; Höfling, ZBR 1999, 73, 75; Ladeur, Jura 1992, 77, 82.

<sup>95</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 168; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Auflage 2004, Rn. 678; Höfling, ZBR 1999, 73, 75; Bochmann, ZBR 2008, 397, 405.

<sup>96</sup> OVG Bremen, NordÖR 2010, 35 = BeckRS 2009, 40495.

<sup>97</sup> Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG II (Fn. 91), Art. 33 Rn. 125; Neuhäuser, NVwZ 2013, 176, 179; Schmidt-Aßmann, NJW 1980, 16, 17; Bochmann, ZBR 2008, 397, 401.

<sup>98</sup> Grigoleit, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar (Fn. 81), Art. 33 Rn. 40; Battis, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 33 Rn. 40; dagegen BVerwGE 49, 232, 242 f. (bezüglich Beförderungsstellen).

<sup>99</sup> Thieme, Deutsches Hochschulrecht (Fn. 95), Rn. 678; Neuhäuser, NVwZ 2013, 176.

<sup>100</sup> Badura, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 33), Art. 33 Rn. 34; Kunig, in: v. Münch/Kunig GG I (Fn. 31), Art. 33 Rn. 34 (ergebe sich nicht unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG); Dollinger/Umbach, in: Umbach/Clemens GG I (Fn. 34), Art. 33 Rn. 60 (öffentliche Ausschreibung in großen Körperschaften bei der Vergabe einfacher bis mittlerer Ämter verzichtbar; Ausschreibungen, die sich nur an Frauen richten, „können im Einzelfall verfassungsrechtlich bedenklich sein“); Lindner, ZBR 2012, 181.

<sup>101</sup> Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG I (Fn. 31), Art. 33 Rn. 34.

<sup>102</sup> BVerwGE 49, 232, 237 ff. (zu § 8 BBG BBG a.F.).

<sup>103</sup> BVerwGE 49, 232, 237; dieser Linie treu bleibend entschied es später, dass die Pflicht zur dienststelleninternen Ausschreibung von zu besetzenden Stellen (Dienstposten) durch die Organisations- und Personalhoheit eingeschränkt werde, BVerwGE 79, 110 = NVwZ 1989, 563, 565 (zu Personalversammlungsgesetzen): „eine einheitliche und generelle Ausschreibungspflicht [ist] mit der Organisations- und Personalhoheit der Dienststellen und öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber nicht vereinbar“; entsprechend hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer hausinternen Ausschreibung bejaht mit der Argumentation, dass die Personalpolitik weder sachwidrig noch willkürlich, sondern lediglich aus

Das Bundesverfassungsgericht hat bisher offen gelassen, ob eine allgemeine Ausschreibungspflicht aus Art. 33 Abs. 2 GG abzuleiten bzw. ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ausschreibung entbehrlich ist.<sup>104</sup> Im Rahmen der Besetzung von Notarstellen hat es festgestellt, dass die Verwirklichung und Wahrung der Grundrechte der BewerberInnen aus Art. 12 GG einer dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung bedürften. Zu den grundlegenden Anforderungen, welche die Verwirklichung des Rechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sicherstellen, gehöre die Pflicht zur Stellenausschreibung.<sup>105</sup> Die Argumentation bezog sich jedoch zum einen auf Art. 12 Abs. 1 GG und zum anderen auf die Besetzung von Notarstellen. Auf die Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG für die Besetzung von Stellen im Wissenschaftsbetrieb ist sie daher – zumindest nicht ohne weiteres – übertragbar.

Eine grundsätzliche Pflicht, Stellen im Wissenschaftsbetrieb öffentlich auszuschreiben, lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Der Wortlaut von Art. 33 Abs. 2 GG erwähnt die Ausschreibung nicht, sondern fordert gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte nach der jeweiligen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung. Wie dieser Zugang gewährleistet und durch welche Mittel die Auslese bestimmt wird, bedarf der Konkretisierung und Ausgestaltung. Zuständig dafür ist in erster Linie die durch das Volk unmittelbar legitimierte Gesetzgebung. Unzweifelhaft dient die grundsätzliche Ausschreibungspflicht dem Prinzip der Bestenauslese; sie ist aber keinesfalls das einzige und damit zwingend zu verwendende Mittel. Vielmehr sind Situationen und Modelle denkbar, die dazu führen können, dass eine Ausschreibung von vornherein funktionslos oder jedenfalls nicht von einem angemessenen Verhältnis von Ausschreibungsaufwand und Auswahlgerechtigkeit auszugehen ist.

Dies gilt in besonderem Maße für den modernen Wissenschaftsbetrieb: Universitäre Stellen mit wissenschaftlichem Personal stellen eine besondere Form der öffentlicher Ämter dar:<sup>106</sup> Insbesondere auf der Ebene der ProfessorInnen hängt die Einschätzung, welche Person „die beste“ zur Besetzung der Stelle ist, nicht nur von abstrakt vergleichbaren Qualitäten der jeweiligen BewerberInnen ab. Vielmehr spielt der Bedarf der Fachbereiche nach unterschiedlichen fachlichen Schwerpunkten ebenso eine wichtige Rolle wie die Absicherung der Lehre und die Schärfung des Profils der Hochschule durch die neueinzustellende Person. Die Auslese „der oder des

---

fiskalischen Gründen restriktiv gewesen sei (und damit kein Anspruch auf Einbeziehung in das Auswahlverfahren aus Art. 33 Abs. 2 GG bestehe): VGH Kassel, NVwZ-RR 2003, 664.

<sup>104</sup> BVerfG NVwZ 2006, 1401, 1402.

<sup>105</sup> BVerfGE 73, 280, 296 = NJW 1987, 887, 888.

<sup>106</sup> Dies verdeutlichend auch die gesonderte Regelung für wissenschaftliches Personal in § 130 BBG neben der allgemeinen Regelung in § 4 BBG.

Besten“ wird bestimmt durch eine Vielzahl von Faktoren, die maßgeblich durch die Interessen des jeweiligen Fachbereichs determiniert sind. Dem Selbstbestimmungsrecht der Hochschulen kommt hier also ein nicht unerhebliches Gewicht zu (insbesondere hierin liegt ein gewichtiger Unterschied zu der Besetzung von Notarstellen, über die das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hatte).

Konkret können vor allem alternative Qualitätssicherungsverfahren dazu führen, dass Ausschreibungen funktionslos oder unverhältnismäßig aufwendig sind: Dies ist dann der Fall, wenn die Funktion der Ausschreibung (Bestenauslese) durch äquivalente – unter Umständen auch rein externe – Qualitätssicherungsverfahren abgesichert ist. Eine zusätzliche Ausschreibung durch die Universität führt dann hinsichtlich der objektiven Bestenauslese zu keinem darüber hinausgehenden Gewinn. Auch aus dem subjektiven Gleichheitsanspruch aller in Betracht kommenden AnwärterInnen auf Information über die zur Verfügung stehende Stelle<sup>107</sup> ergibt sich nichts anderes: Zwar liegt es grundsätzlich im Interesse potentieller AnwärterInnen, dass die Universität zur Verfügung stehende Stellen selbst ausschreibt. Jedenfalls dann aber, wenn eine mögliche Förderung durch eine kooperierende außeruniversitäre Einrichtung involviert ist, können die Interessen der potentiellen AnwärterInnen zurücktreten; dies insbesondere mit Blick auf die besondere Situation der Stellenbegründung sowie die gegen eine Verfahrensdopplung sprechende Arbeitsbelastung durch Ausschreibung und Berufungsverfahren.

## *2. Zur Beschränkung des Bewerberkreises in alternativen Qualitätssicherungsverfahren*

Problematisch könnte der Verzicht auf Ausschreibung dann sein, wenn in den alternativen Qualitätssicherungsverfahren der Kreis der potentiellen BewerberInnen beschränkt wird – so wie im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms auf Frauen. Hierin könnte eine Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG gesehen werden, weil von vornherein bestimmte Personen von der Bestenauslese ausgeschlossen sind.

Zu klären ist somit das Verhältnis von Art. 33 Abs. 2 zu dem Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Beide Vorschriften sind in der Verfassung normiert und stehen somit auf derselben rechtlichen Ebene. Eine systematische Auslegung verlangt daher, bei der Auslegung des

---

<sup>107</sup> Höfling, in: Bonner Kommentar zum GG (Fn. 84), Art. 33 Rn. 248 mit Verweis auf BVerwGE 89, 260, 265, 269; OVG Lüneburg DVBl. 1993, 959, 960; Ladeur Jura 1992, 77, 82; Laubinger, VerwArch 83 (1992), 246, 268 ff.

Art. 33 Abs. 2 GG den Auftrag zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern mit zu berücksichtigen. Mit der Garantie des „gleichen“ Zugangs zu jedem öffentlichen Amt verweist Art. 33 Abs. 2 GG auf die besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Art. 33 Abs. 2 GG ist daher im Lichte des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG auszulegen.<sup>108</sup>

Dieser Zusammenhang wird übersehen, wenn – wie vereinzelt vertreten – Abweichungen vom Leistungsgrundsatz insgesamt abgelehnt werden, wenn sie aus Fördergründen – insbesondere zugunsten von Frauen – erfolgen.<sup>109</sup> Der überwiegenden Ansicht im Schrifttum, die sogenannte Entscheidungsquoten, also solche, die eine Bevorzugung von Bewerberinnen bei gleichwertiger Qualifikation vorsehen, für zulässig erachtet,<sup>110</sup> ist daher zuzustimmen, doch beschränkt sich die Zulässigkeit von Frauenfördermaßnahmen nicht auf diese – sehr eng begrenzten – Fallkonstellationen. Zulässig ist beispielsweise auch die Schaffung neuer Stellen bzw. von Förderprogrammen, welche ausschließlich Frauen offen stehen und die ansonsten nicht eingeführt worden wären.<sup>111</sup> Von denjenigen, die diese Ausnahme rechtfertigen, wird ausgeführt, dass Art. 33 Abs. 2 GG schon gar nicht anwendbar wäre. Denn dieser betreffe die Konkurrenz mehrerer um ein bestimmtes, bereits vorhandenes Amt. Im Fall von Sonderstellen werde männlichen Bewerbern jedoch nicht aus sachfremden Erwägungen der Zugang zu einer bestimmten Stelle versagt, sondern vielmehr der Zugang zu Sondermitteln verwehrt.<sup>112</sup> Die Zulässigkeit des Professorinnenprogramms, welches nur eine Anschubfinanzierung bietet, lässt sich mit dieser Argumentation jedoch nicht begründen.

---

<sup>108</sup> Anders die herrschende Meinung, die Art. 33 Abs. 2 als Konkretisierung oder Spezialisierung des Gleichheitssatzes sieht: statt Vieler Scholz, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 33), Art. 12 Rn. 67, 2010; hingegen einen verhältnismäßigen Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz herstellen wollend Raasch, Frauenquoten und Männerrechte, 1991, S. 293 ff. und Francke/Sokol/Gurliit, Frauenquoten in öffentlicher Ausbildung (Rechtsgutachten), 1991, S. 158; keinen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG bei Quotierungen annehmend, wenn die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG ausgeschöpft werden Schweizer (Fn. 30), S. 219 f.

<sup>109</sup> Starck, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I (Fn. 26), Art. 3 Rn. 312 ff.; Sodan, in: Sodan, GG, 3. Auflage 2015, Art. 3 Rn. 27 („fraglich“).

<sup>110</sup> Krieger in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage 2014, § 3 Rn. 76; Kischel, in: BeckOK GG (Fn. 31), Rn. 200; Heun, in: Dreier, GG I (Fn. 30), Art. 3 Rn. 113; Boysen, in v. Münch/Kunig, GG I (Fn. 31), Art. 3 Rn. 173; Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 33), Art. 3 Rn. 94; Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 3 Rn. 287 f. (soweit der Schutz vor Diskriminierung verfolgt, nicht aber, wenn erkennbar auf paritätische Repräsentanz gezielt werde); Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG I (Fn. 31), Art. 33 Rn. 34, Stichwort „Frauenförderung“.

<sup>111</sup> Richter (Fn. 72), S. 45 ff., insbes. 47 f., 60 ff.; Langenfeld, in Maunz/Dürig, GG (Fn. 33), Art. 3 Rn. 94 mit ausdrücklichem Verweis auf die damit bestehende Verfassungsmäßigkeit des Professorinnenprogramms von Bund und Ländern; so wohl auch Battis, in: Geis: Hochschulrecht in Bund und Ländern II, 46. AL 2017, Berlin Rn. 58: Die Einrichtung und Besetzung von auf Frauen zugeschnittene Stellen sei unter Wahrung des Prinzips der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) möglich.

<sup>112</sup> Richter (Fn. 72), S. 46.



Bei der Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG ist zu beachten, dass die Geschlechtsneutralität von Qualifikationsbeurteilungen beim Vorliegen struktureller Benachteiligung von Frauen selbst in Zweifel steht. Die Neutralitätsgebote aus Art. 33 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 3 GG setzen neutrale Strukturen voraus. Diese bestehen aber dann nicht, wenn außergewöhnliche Diskrepanzen zwischen den Anteilen von Männern und Frauen bestehen. Im wissenschaftlichen Bereich ist gerade die Besetzung von Professorenstellen trotz ausgeglichenem Verhältnis von Studentinnen und Studenten noch immer durch eine deutliche Unterrepräsentanz von Frauen, insbesondere auf W2 und W3 Professuren, gekennzeichnet.<sup>113</sup> In diesem Fall spricht viel dafür, dass das Leistungsprinzip gerade nicht funktioniert und das verpönte Merkmal „Geschlecht“ trotz vermeintlich neutraler „geschlechtsblinder Entscheidungen“ in Form von Diskriminierung – zumindest mittelbarer oder struktureller Art – wirksam geworden ist.<sup>114</sup> Dazu gehören auch konkrete Nachteile für Frauen, die sich daraus ergeben, dass sich Qualifikations- und Beschäftigungsbedingungen je nach Geschlecht deutlich unterschiedlich auswirken können und damit rechtserhebliche Ungleichartigkeiten der Ausgangsbedingungen bewirken.<sup>115</sup> Versuchen Förderprogramme diesen Nachteilen entgegenzuwirken, dienen sie gerade der Verwirklichung des Leistungsprinzips und der Bestenauslese und führen nicht zu einer Abkehr von diesem Prinzip.

Dies gilt insbesondere dann, wenn auch bezüglich der „Befähigung und fachlichen Leistung“ derart hohe Anforderungen gestellt und von der zu berufenden Frau erfüllt werden, dass der Grundsatz der Bestenauslese insgesamt gewahrt bleibt.<sup>116</sup> Dies ist zwar nicht bei jedem beliebigen Förderprogramm mit Qualitätssicherungsverfahren anzunehmen. Von einer Wahrung des Grundsatzes der Bestenauslese ist aber dann auszugehen, wenn das Förderprogramm nicht nur auf die Suche nach qualifizierten Personen, sondern vielmehr explizit auf Exzellenzförderung ausgerichtet ist und die Anforderungen derart hoch und speziell sind, dass die sich am Ende durchsetzende Person in ihrem Bereich so herausragend ist, dass eine Vergleichbarkeit mit anderen ohnehin nur schwer möglich ist. Hier spielt wiederum die Besonderheit des Wissenschaftsbetriebes eine Rolle: Exzellenz ist schwer vergleichbar und bezieht sich auf viele unterschiedliche Facetten des Wirkens einer Person. Hinzu kommt, dass gerade fortgeschrittene WissenschaftlerInnen so spezialisiert auf ihrem Gebiet sind, dass jedenfalls dann, wenn sie den

---

<sup>113</sup> Ausführlich dazu oben unter B.I 2.c)aa).

<sup>114</sup> Sacksofsky 1996, S. 413 ff.; Richter (Fn. 72), S. 62, 64 f.

<sup>115</sup> Richter (Fn. 72), S. 66.

<sup>116</sup> Gegen das Erfordernis von Mindestqualifikationen, weil davon ausgehend, dass die Auswahl dem „normalen“ Leistungsniveau entspreche, je mehr Frauen sich bewerben, und im Übrigen das Leistungsprinzip zurücktrete: Richter (Fn. 72), S. 71 f.

Status „exzellent“ verdienen, der Grundsatz der Bestenauslese jedenfalls erfüllt ist. Diese Voraussetzungen erfüllt das Professorinnenprogramm der Leibniz-Gemeinschaft. Das Verfahren der Antragsbegutachtung durch die Leibniz-Gemeinschaft ist hoch kompetitiv ausgestaltet und ausdrücklich auf die Suche nach Exzellenz ausgerichtet. Neben wissenschaftlich-methodischer Exzellenz im internationalen Vergleich müssen diverse andere Kriterien nicht nur erfüllt, sondern mit der Höchst-Bewertung „exzellent“ benotet werden.<sup>117</sup> Es findet also tatsächlich ein – sogar sehr kompetitiver – Leistungsvergleich statt. Das Programm stellt also nicht nur eine „Mindestqualifikation“ dar, sondern sucht „Beste Köpfe“. Dass Männer von diesem Leistungsvergleich ausgeschlossen sind, ist angesichts des Umstandes, dass das Programm nur eine geringe Anzahl von Stellen betrifft und ausdrücklich zum Ausgleich struktureller Ungleichheit, also auf einen vorübergehenden Zweck hin angelegt ist, hinzunehmen.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist das in Art. 33 Abs. 2 GG ausdrücklich neben der „Befähigung“ und der „fachlichen Leistung“ aufgeführte Tatbestandsmerkmal der „Eignung“. Dieses umfasst mehr als die reine Qualifikation; insbesondere kann es im Einzelfall dazu führen, dass eine Frau geeigneter ist als ein Mann, weil sie auf Stellen vergleichbarer Art stark untervertreten ist.<sup>118</sup> Auch auf diesem Wege lässt sich die Vereinbarkeit des Leibniz-Professorinnen-Programms mit Art. 33 Abs. 2 GG begründen.

Solange erhebliche strukturelle Benachteiligungen von Frauen im Wissenschaftsbetrieb bestehen, verstößt die Berufung einer Frau, die unter Rückgriff auf ein allein Frauen offenstehendes, höchst kompetitives Verfahren ausgewählt wird, nicht gegen den Grundsatz der Bestenauslese und das Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG.

### 3. Fazit

Der gleiche Zugang zu jedem öffentlichen Amte nach der jeweiligen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG kann also zum einen durch öffentliche Ausschreibung, zum anderen aber auch durch alternative Verfahren, die ebenso wie eine Ausschrei-

---

<sup>117</sup> Ausführlich dazu oben A.I.3.4.

<sup>118</sup> Pfarr, in: Rust, Juristinnen an den Hochschulen, Frauenrecht in Lehre und Forschung, 1997, S. 36, 43 f. (Argument über Art. 36 GG – Gesichtspunkt der Repräsentanz der Gruppen); Richter (Fn. 72), S. 55; Classen, JZ 1996, 921, 928 (Im Zusammenhang mit positiven Aspekten höherer Diversität an Hochschulen: Art. 33 Abs. 2 GG sei nicht umsonst flexibel gehalten, spreche neben der Qualifikation auch Eignung an, die offensichtlich mehr umfasse.); anders Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 165 f. (Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG greife nur bei gleicher Eignung).

bung eine Bestenauslese ermöglichen, gesichert werden. Dies gilt unter bestimmten Voraussetzungen auch dann, wenn der Bewerberkreis für das alternative Qualitätssicherungsverfahren eingeschränkt ist. Das Verfassungsrecht steht ad-personam-Berufungen somit nicht grundsätzlich entgegen.

### ***III. Ad-personam-Berufungen im einfachen Recht***

Im Regelfall besteht seitens des antragstellenden Leibniz-Instituts und der kooperierenden Hochschule ein Interesse daran, das Berufungsverfahren konkret auf die Person zuzuschneiden, für deren Stelle eine Anschubfinanzierung beantragt bzw. gewährt wird. Da das Verfassungsrecht sogenannten ad-personam-Berufungen wie geprüft nicht entgegensteht, wird im Folgenden untersucht, ob – und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen – ad-personam-Berufungen nach einfachem Recht zulässig sind. Damit soll aufgezeigt werden, wo und unter welchen Voraussetzungen Abweichungen vom normalen Berufungsverfahren bei der Berufung von Professorinnen auf durch das Professorinnenprogramm anschubfinanzierte Stellen möglich sind. Dabei wird zunächst unterschieden zwischen der Rechtslage bei der Kooperation mit Hochschulen des Bundes (1.) sowie bei jener mit Hochschulen eines Landes (2.).

#### *1. Kooperation mit Hochschulen des Bundes*

Die ad-personam-Berufung von durch das Professorinnenprogramm ausgewählten Wissenschaftlerinnen auf anschubfinanzierte Stellen an Hochschulen des Bundes gestaltet sich schwierig: An Hochschulen des Bundes müssen Professuren und Juniorprofessuren zwingend öffentlich ausgeschrieben werden, §§ 130 Abs. 4 S. 1; 8 Abs. 1, S. 1, 2 BBG.<sup>119</sup> Die Ausschreibung ist Bestandteil des Berufungsverfahrens.<sup>120</sup> Von einer Ausschreibung kann nach § 130 Abs. 4 S. 2 nur in zwei Fällen abgesehen werden: wenn entweder ein bereits bestehendes Beamtenverhältnis auf Zeit auf derselben Professur in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit umgewandelt (Nr. 1) oder eine Juniorprofessorin oder ein Juniorprofessor der eigenen Hochschule berufen werden soll (Nr. 2). Letzteres kommt insbesondere bei Tenure-Track in Betracht, da sich so

---

<sup>119</sup> Bundesbeamtengesetz (BBG) vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160), das durch Artikel 9 des Gesetzes vom 29. März 2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist.

<sup>120</sup> Dorf, in: Brinktrine/Schollendorf, BeckOK BeamtenR Bund, 2016, BBG § 130 Rn. 9.

gerade die durch den Tenure-Track eröffnete Karriereperspektive verwirklicht.<sup>121</sup> In allen anderen Fällen der Berufung von JuniorprofessorInnen der eigenen Hochschule ist die Ermessensausübung der Hochschule bei einem Absehen von der Ausschreibung stets an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen. Ein Ermessensmissbrauch wird etwa angenommen, wenn der wissenschaftliche Wettbewerb oder bestimmte BewerberInnen von vornherein bewusst von der Stellenbesetzung ausgeschlossen werden.<sup>122</sup>

Darüber hinaus sind keine Ausnahmen vorgesehen. Offene ad-personam-Ausschreibungen sind an Hochschulen des Bundes folglich unzulässig.<sup>123</sup> Auch durch das Leibniz-Professorinnen-Programm geförderte Stellen müssten folglich im Wege eines „normalen“ Berufungsverfahrens, d.h. inklusive einer Ausschreibung, besetzt werden.

## 2. Kooperation mit Hochschulen der Länder

Der Blick auf mögliche Kooperationen der Leibniz-Gemeinschaft mit Hochschulen der Länder ergibt ein differenziertes Bild. Nach § 45 Hochschulrahmengesetz (HRG) sind Stellen für HochschullehrerInnen öffentlich auszuschreiben (S.1). Das Landesrecht kann jedoch (S. 2) Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht vorsehen – dies nach dem Gesetzeswortlaut insbesondere dann, wenn eine Juniorprofessorin oder ein Juniorprofessor auf eine Professur berufen werden soll. Dementsprechend enthalten die Hochschulgesetze der Länder sehr unterschiedliche Regelungen. Der Fokus liegt dabei überwiegend auf der Ausschreibung als zentralem Element des Berufungsverfahrens. Die Zusammensetzung der Berufungskommission sowie die Anzahl der Namen der Berufungsvorschläge sind nicht in allen Gesetzen reguliert, insbesondere letzteres aber auch überwiegend als Soll-Vorschrift ausgestaltet. In einigen Ländern bezieht sich die Möglichkeit, Ausnahmen zuzulassen, aber auch ausdrücklich auf das gesamte Berufungsverfahren.

Die Länder sind mit der Möglichkeit, Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht vorzusehen, unterschiedlich umgegangen. Insbesondere werden Ausnahmen zugelassen, um ProfessorInnen an der Universität zu halten oder von einer befristeten auf eine volle Stelle oder auf eine höher-

---

<sup>121</sup> Battis, in: Battis, Bundesbeamtenengesetz (Fn. 93), § 130 Rn. 7; Dorf, in: Brinktrine/Schollendorf, BeckOK BeamtenR Bund (Fn. 120), BBG § 130 Rn. 12; zum tenure-track Hartmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 289 ff.

<sup>122</sup> Dorf, in: Brinktrine/Schollendorf, BeckOK BeamtenR Bund (Fn. 120), BBG § 130 Rn. 12; Tegethoff, in: Kugele, Kommentar BBG, § 8 Rn. 9.

<sup>123</sup> Zu Anforderungen an offene Ausschreibungen vergleiche unten C.III.3.

wertige Professur zu befördern sowie um JuniorprofessorInnen der eigenen Universität zu berufen. Der Fokus wird im Folgenden auf den sonstigen, im Rahmen der Umsetzung des Professorinnenprogramms besonders relevanten Ausnahmen liegen; Berufungen von JuniorprofessorInnen werden insgesamt ausgespart. Die überwiegende Anzahl der Länder lässt bereits den bewussten Umgang mit neuen Steuerungsmodellen, insbesondere außeruniversitären Kooperationen und Förderungen, erkennen und sieht Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht bei alternativen externen oder internen Qualitätssicherungskonzepten vor. Dabei bezieht sich ein Teil der Länder explizit auf Förderungen durch außeruniversitäre Forschungseinrichtungen bzw. gemeinsame Berufungen mit ihnen und verlangt überwiegend externe Qualitätssicherungskonzepte (a). Andere Länder lassen Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht bei alternativen Qualitätssicherungskonzepten der Hochschule zu (b). In den übrigen Ländern werden Ausnahmen unabhängig von externen oder internen Qualitätssicherungskonzepten für besonders qualifizierte, herausragende Personen zugelassen (c). Die Regelungen mancher Länder lassen sich in mehrere dieser Kategorien einordnen.

*a) Zulässigkeit von Ausnahmen bei Kooperation mit außeruniversitären  
Forschungseinrichtungen*

Für die Kooperation zwischen Leibniz-Gemeinschaft und Hochschule am besten geeignet sind jene Länder, deren Hochschulgesetze bereits Regelungen enthalten, die sich auf die Kooperation mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen beziehen und in diesem Fall Ausnahmen vom üblichen Berufungsverfahrensablauf vorsehen. Dies betrifft insbesondere Förderungen durch außeruniversitäre Forschungseinrichtungen. Insgesamt sind bezüglich der Ausgestaltung durch die verschiedenen Landeshochschulgesetze drei Varianten erkennbar: Die meisten Länder dieser Fallgruppe lassen Ausnahmen bei externen Förderungen zu, wenn ein externes Qualitätssicherungsverfahren besteht (aa). Zum Teil werden Ausschreibungen durch Forschungsförderungsorganisationen im Rahmen von Förderprogrammen als Ausschreibungen i.S.d Landeshochschulrechts anerkannt (bb). Wieder andere lassen Ausnahmen bei gemeinsamen Berufungen zu (cc).

*aa) Ausnahmen bei externen Förderungen*

Zur ersten Fallgruppe gehören: Bremen, Niedersachsen, das Saarland, Schleswig-Holstein, Thüringen und Rheinland-Pfalz.

In **Bremen** kann nach § 18 Abs. 2 Nr. 7 BremHG<sup>124</sup> „von einer Ausschreibung abgesehen werden, wenn eine Professur besetzt werden soll, die durch ein überregionales Förderprogramm finanziert wird, dessen Vergabebestimmungen ein eigenes Bewerbungs- und Begutachtungsverfahren vorsehen, das die erforderliche wissenschaftliche Qualität sicherstellt.“ Erforderlich ist das Einvernehmen mit der Senatorin für Wissenschaft, Gesundheit und Verbraucherschutz, § 18 Abs. 2 BremHG.

In **Niedersachsen** kann nach § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 NHG<sup>125</sup> von einer Ausschreibung abgesehen werden, wenn „eine Professur aus einem hochschulübergreifenden Förderprogramm finanziert wird, dessen Vergabebestimmungen eine Ausschreibung oder ein Bewerbungsverfahren und ein Auswahlverfahren mit externer Begutachtung vorsehen.“ Die Entscheidung darüber trifft das zuständige Fachministerium, § 26 Abs. 3 NHG.

Wortgleich geregelt ist diese Ausnahme im **Saarland** in § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 SHSG<sup>126</sup>, wobei die Entscheidung über das Absehen von einer Ausschreibung hier das Präsidium nach Anhörung des Senats trifft, § 43 Abs. 2 S. 3 SHSG.

Ähnlich formuliert das **Schleswig-Holsteinische HSG**<sup>127</sup> in § 62 Abs. 2 S. 3 Nr. 2, dass von der Ausschreibung einer Professur und der Durchführung des Berufungsverfahrens abgesehen werden kann, wenn „Dritte eine Professur personengebunden finanzieren und die oder der zu Berufende zuvor ein berufungsähnliches Verfahren durchläuft, in dem Eignung, Befähigung und fachliche Leistung geprüft werden.“ Auch hier trifft die Entscheidung über den Verzicht auf die Ausschreibung das Präsidium – hier auf Vorschlag oder nach Anhörung des Fachbereichs und der Gleichstellungsbeauftragten; sie bedarf allerdings der Zustimmung durch das Ministerium, § 62 Abs. 2 S. 5 HSG.

In **Thüringen** kann nach § 78 Abs. 1 S. 4 ThürHG<sup>128</sup> insbesondere dann von einer Ausschreibung abgesehen werden, wenn „eine Professur, die durch ein hochschulübergreifendes Förder-

---

<sup>124</sup> Bremisches Hochschulgesetz (BremHG) vom 23.06.2017, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20.06.2017 (Brem.GBl. S. 263), Brem.GBl. 2007, 339.

<sup>125</sup> Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG) in der Fassung vom 26. Februar 2007, letzte berücksichtigte Änderung: § 72 geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 15.06.2017 (Nds. GVBl. S. 172).

<sup>126</sup> Saarländisches Hochschulgesetz (SHSG) vom 30. November 2016, Amtsblatt 2016, S. 1080.

<sup>127</sup> Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein (Hochschulgesetz - HSG) in der Fassung vom 5. Februar 2016, letzte berücksichtigte Änderung: § 45 geändert (Art. 3 Ges. v. 10.06.2016, GVOBl. S. 342).

<sup>128</sup> Thüringer Hochschulgesetz (ThürHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. September 2016 (GVBl. 2016, 437).

programm finanziert wird, dessen Vergabebestimmungen ein Ausschreibungs- oder ein Bewerbungsverfahren mit Begutachtung vorsehen, besetzt werden soll“ (Nr. 6) oder „eine Professur mit einem Nachwuchswissenschaftler, der durch ein hochschulübergreifendes Förderprogramm gefördert wird, das seinerseits ein Ausschreibungs- und Begutachtungsverfahren vorsieht, besetzt werden soll“ (Nr. 5). Grundsätzlich ist Voraussetzung für das Abweichen von Bestimmungen über das Berufungsverfahren in Thüringen jedoch stets, dass die Bestenauslese durch ein internes oder externes Verfahren ebenso gewährleistet wird wie durch ein Ausschreibungs- und Berufungsverfahren, § 78 Abs. 4 S. 4 Nr. 1 ThürHG. In diesen Fällen ist abweichend von der grundsätzlichen Regelung auch ein Berufungsvorschlag mit einem Namen ausreichend, § 78 Abs. 4 S. 4 Nr. 2 ThürHG.

Derartige Berufungskonzepte, die auf externe Qualitätssicherungsverfahren aufbauen, müssen stets gewährleisten, dass die Bestenauslese ebenso gesichert wird wie in einem regulären Ausschreibungsverfahren.<sup>129</sup> Dies ist nach hier vertretener Ansicht beim Rückgriff auf das Bewerbungsverfahren im Leibniz-Professorinnen-Programm der Fall.<sup>130</sup>

In **Rheinland-Pfalz** ist eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht bei externen Qualitätssicherungskonzepten in § 50 Abs. 1 S. 4 Nr. 5 HochSchG<sup>131</sup> für bestimmte NachwuchswissenschaftlerInnen vorgesehen: nämlich dann, wenn „eine Nachwuchsgruppenleiterin oder ein Nachwuchsgruppenleiter, die oder der durch ein hochschulübergreifendes Förderprogramm gefördert wird, das seinerseits ein Ausschreibungs- und Begutachtungsverfahren vorsieht, auf eine Professur in einem Beamtenverhältnis auf Zeit oder einem befristeten Beschäftigungsverhältnis berufen werden soll.“ Die Entscheidung über das Absehen von der Ausschreibung einer Professur trifft die Präsidentin oder der Präsident auf Vorschlag des Fachbereichsrats, § 50 Abs. 1 S. 4 HochSchG. Das Verfahren regelt die Hochschule in einem von dem Senat zu beschließenden und mit dem fachlich zuständigen Ministerium abzustimmenden Qualitätssicherungskonzept, § 50 Abs. 3 HochSchG.

Die Gruppe der NachwuchswissenschaftlerInnen erfasst alle Promovierenden (sogenannte Promotionsphase), alle Promovierten, die an Hochschulen oder außeruniversitären Forschungseinrichtungen beschäftigt sind und das Karriereziel Professur beziehungsweise eine wissenschaftliche Leitungsposition verfolgen (sogenannte Post-doc-Phase), sowie JuniorprofessorInnen,

---

<sup>129</sup> Blanke/Oberthür, in: Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern II (Fn. 111), Thüringen Rn. 236.

<sup>130</sup> Siehe oben C.II.

<sup>131</sup> Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz (HochSchG) in der Fassung vom 19. November 2010, durch Artikel 1 des Gesetzes vom 02.03.2017 (GVBl. S. 17).

NachwuchsgruppenleiterInnen, Habilitierte und Post-docs, die habilitationsadäquate Leistungen aufweisen, aber noch nicht auf eine Lebenszeitprofessur berufen wurden beziehungsweise eine anderweitige wissenschaftliche Leitungsposition erreicht haben (sogenannte Bewährungsphase).<sup>132</sup> Soweit sich die Anschubfinanzierung durch die Leibniz-Gemeinschaft auf eine Erstberufung bezieht, ist der Aspekt der Förderung von NachwuchswissenschaftlerInnen somit erfüllt.

Dieser für NachwuchswissenschaftlerInnen vorgezeichnete Weg passt jedoch nur, soweit durch das Leibniz-Professorinnen-Programm Beamtenverhältnisse auf Zeit und befristete Stellen gefördert werden. Ausweislich der Ausschreibung des Leibniz-Professorinnen-Programms werden WissenschaftlerInnen durch eine W2/W3-Stelle gefördert, „die entweder unbefristet oder mit einer Tenure-Track-Option versehen ist, welche durch Hochschule und Leibniz-Institut gewährleistet wird.“<sup>133</sup> Im deutschen Hochschulrecht beinhalten Tenure-Track-Stellen „lediglich eine ungesicherter Exspektanz“<sup>134</sup>, nämlich die Aussicht auf die Möglichkeit einer unbefristeten Stelle bzw. die Entfristung der eigenen Stelle; die Tenure-Track-Stelle selbst ist befristet.<sup>135</sup> Somit sind in Rheinland-Pfalz ad-personam-Berufungen nach § 50 Abs. 1 S. 4 Nr. 5 HochSchG im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms zulässig, soweit sich die Anschubfinanzierung durch die Leibniz-Gemeinschaft auf eine Erstberufung bezieht und die Stelle als Tenure-Track konzipiert ist.

Neben dieser Möglichkeit kann nach § 50 Abs. 1 Nr. 7 HochSchG die Präsidentin oder der Präsident auf Vorschlag des Fachbereichsrats von der Ausschreibung absehen, wenn eine Professorin oder ein Professor mit Zustimmung des fachlich zuständigen Ministeriums auf eine Stiftungsprofessur berufen werden soll. Dies soll die Möglichkeit eröffnen, herausragende externe WissenschaftlerInnen gezielt durch direkte Ansprache zu gewinnen.<sup>136</sup> Voraussetzung dafür ist, dass die von der Leibniz-Gemeinschaft anschubfinanzierte Stelle als Stiftungsprofessur anzuerkennen ist. Fraglich ist dies zum einen wegen der Befristung der Anschubfinanzierung. „Stiftungsprofessur“ ist eine durch das Leibniz-Professorinnen-Programm geförderte Stelle für maximal fünf Jahre. Zum anderen ist fraglich, ob eine gemeinsame Berufung von Hochschule

---

<sup>132</sup> Konsortium Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs, Bundesbericht zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses, 2017, S. 65 ff., insbes. 67 f.; Hartmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 278, 282, 284, 296; Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 66, 207.

<sup>133</sup> Ausschreibung im Förderprogramm „Leibniz- Beste Köpfe“: Leibniz-Professorinnen-Programm (Fn. 1), S. 2.

<sup>134</sup> Hartmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 289.

<sup>135</sup> Hartmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 289.

<sup>136</sup> Begr. zu § 50 Abs. 1 des Gesetzentwurfes vom 20.01.2010, Drs. 15/4175 (alte Fassung); Frank, in: Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern II (Fn. 111), Rheinland-Pfalz Rn. 76.



und kooperierender Forschungseinrichtung als Stiftungsprofessur im vom Gesetz genannten Sinne angesehen werden kann. Hierzu ergeben sich weder aus dem Gesetz selbst noch aus der Gesetzesbegründung oder Kommentierung Anhaltspunkte. Grundsätzlich ist Voraussetzung für eine Stiftungsprofessur allein, dass die Mittel für die Besoldung durch konkrete Zuweisung aus dritter Stelle stammen.<sup>137</sup> Darüber hinaus werden keine Anforderungen gestellt. Der Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft unterscheidet verschiedene Arten von Stiftungsprofessuren, denen gemeinsam ist, dass die Hochschule eine zusätzliche Stelle einrichtet, die aus Fördermitteln finanziert wird. Dabei ist die Förderung in der Regel befristet, während die Stelle entweder unbefristet (Stiftungsprofessur) oder befristet (Stiftungsprofessur auf Zeit) ausgeschrieben werden kann. Im ersten Fall erfolgt die Finanzierung in der Regel für fünf Jahre aus Fördermitteln und wird anschließend von der Hochschule weitergeführt, wobei sich die Hochschule vorab verbindlich zur Weiterführung verpflichtet.<sup>138</sup> Dass § 50 Abs. 1 Nr. 7 HochSchG von einem engeren Begriff der Stiftungsprofessur ausgeht, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist erkennbar, dass die Art des Berufungsverfahrens Auswirkungen darauf hat oder haben kann, ob eine Stiftungsprofessur vorliegt oder nicht. Insbesondere ist die Besetzung von Stiftungsprofessuren im Wege eines gemeinsamen Berufungsverfahrens in der Praxis durchaus üblich.<sup>139</sup> Demnach unterfallen die oben dargestellten Förderungsmöglichkeiten durch das Professorinnenprogramm der Leibniz-Gemeinschaft dem Begriff der Stiftungsprofessur in § 50 Abs. 1 Nr. 7 HochSchG. Auch über diese Norm ist eine ad-personam-Berufung im Leibniz-Professorinnen-Programm somit zulässig.

#### *bb) Anerkennung von Ausschreibungen durch Forschungsförderorganisationen*

Zur zweiten Gruppe gehören Berlin und Brandenburg. Diese Bundesländer erkennen Ausschreibungen durch Forschungsförderungsorganisationen im Rahmen von Förderprogrammen als Ausschreibungen i.S.d Landeshochschulrechts an.

In **Brandenburg** normiert § 40 Abs. 1 S. 4 BbgHG: „Ausschreibungen im Sinne dieses Gesetzes sind auch Ausschreibungen durch Forschungsförderungsorganisationen im Rahmen von

---

<sup>137</sup> Reich, Hochschulrahmengesetz, 11. Auflage 2012, § 46 Rn. 1, S. 464; Seidler, in: Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern II (Fn. 111), Hessen, Rn. 115.

<sup>138</sup> [http://www.stiftungsprofessuren.de/leistungen/arten\\_von\\_stiftungsprofessuren](http://www.stiftungsprofessuren.de/leistungen/arten_von_stiftungsprofessuren); ähnlich die Definition durch die Humboldt-Universität zu Berlin, <https://www.hu-berlin.de/de/forschung/kooperationen/kooperationsformen/stiftungsprofessuren/stiftungsprofessuren>.

<sup>139</sup> Vgl. etwa die Berufung auf eine Stiftungsprofessur durch ein gemeinsames Berufungsverfahren der Universität Potsdam mit den Förderern der Stelle <https://www.ihp-microelectronics.com/en/infocenter/news-center/press-releases/article/ihp-gewinnt-foerderer-fuer-eine-stiftungsprofessur-gemeinsame-berufung-mit-der-universitaet-potsdam.html>.

Förderprogrammen für Personen, die die Einstellungsvoraussetzungen für Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer erfüllen“.<sup>140</sup> Zwar hat ein Berufungsvorschlag nach § 40 Abs. 3 S. 1 BbgHG grundsätzlich mindestens die Namen von drei BewerberInnen zu enthalten. Die für die Hochschulen zuständige oberste Landesbehörde bzw. – wenn das Recht zur Berufung der HochschullehrerInnen den Hochschulen übertragen wurde – die Präsidentin oder der Präsident können jedoch „in besonders begründeten Ausnahmefällen einen Berufungsvorschlag mit weniger als drei Namen zulassen.“, § 40 Abs. 3 S. 4 BbgHG.

**Berlin** dehnt in § 94 Abs. 3 BerlHG<sup>141</sup> die im Übrigen wortgleiche Ausnahmegesetzvorschrift Brandenburgs auf jene aus, die die Einstellungsvoraussetzungen für Juniorprofessoren und Juniorprofessorinnen erfüllen. Eine Regelung bezüglich der notwendigen Anzahl von Namen für den Berufungsvorschlag existiert hier nicht.

Im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms schreiben weder die Leibniz-Gemeinschaft noch die einzelnen Leibniz-Institute selbst Stellen aus. Fraglich ist somit, ob „Ausschreibung“ hier als stellenbezogene Ausschreibung verstanden wird oder – in einem weiteren Sinne – als Aufruf zu Bewerbungen für Förderprogramme.

Gegen das weite Verständnis spricht bereits der Wortlaut „Ausschreibung“. Zudem sollte die Regelung des § 40 Abs. 3 S. 4 BbgHG (Zulassung eines Berufungsvorschlags mit weniger als drei Namen in besonders begründeten Ausnahmefällen) ausweislich der Gesetzesbegründung der Verfahrensbeschleunigung dienen bzw. der Abwehr reinen Formalismus in Fällen, in denen trotz mehrfacher Ausschreibungen keine ausreichende Zahl geeigneter BewerberInnen gefunden werden oder weniger als drei Bewerbungen vorliegen.<sup>142</sup> Ein Bezug zur Anerkennung von Ausschreibungen durch Forschungsförderungsorganisationen wird nicht hergestellt. Dies spricht dafür, dass hier von einer klassischen Ausschreibung ausgegangen wird, die ebenso wie Ausschreibungen an der Hochschule grundsätzlich in einer aus mehreren Namen bestehenden Liste mündet – und nicht, wie ein Bewerbungsverfahren für ein Förderprogramm mit der Zusage der Förderung an eine einzelne Person endet. Vor allem aber spricht die Gesetzesbegrün-

---

<sup>140</sup> Brandenburgisches Hochschulgesetz (BbgHG) vom 28. April 2014 (GVBl.I/14, [Nr. 18]), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 28. April 2014 (GVBl.I/14, [Nr. 18]).

<sup>141</sup> Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin (Berliner Hochschulgesetz - BerlHG) in der Fassung vom 26. Juli 2011, zuletzt geändert durch das vierzehnte Gesetz zur Änderung des Berliner Hochschulgesetzes vom 30.06.2017 (GVBl. S. 338).

<sup>142</sup> Knopp, in: Knopp/Peine, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 2. Auflage 2012, § 38 Rn. 7 mit Verweis auf LT-Drs. 2/1854, S. 1.

derung des Landes Brandenburg konkret den Fall an, „dass im Falle von gemeinsamen Berufungen die kooperierende außerhochschulische Forschungseinrichtung klare Vorstellungen über die zu berufende Person hat“: Für diese Fälle, in denen die gemeinsame Berufung „ad personam“ erfolgen soll, wird ausdrücklich auf § 40 Abs. 9 S. 5 und 6 BbgHG verwiesen. Dieser biete „die Möglichkeit einer Berufung, ohne dass ein Beamten- oder Angestelltenverhältnis zum Land begründet wird. Da es in so einem Fall nicht um die Vergabe eines öffentlichen Amtes geht, sondern die Bestellung eher einem Lehrauftrag wie in § 58 angenähert ist, werden Abweichungen von der Ausschreibungspflicht mit Einwilligung der zuständigen obersten Landesbehörde zugelassen.“<sup>143</sup>

Die Vorschriften zur Anerkennung von Ausschreibungen durch Forschungsförderungsorganisationen im Rahmen von Förderprogrammen als Ausschreibungen i.S.d. Landeshochschulrechts in Berlin und Brandenburg sind somit eng auszulegen. Hieraus ergibt sich keine Möglichkeit der ad-personam-Berufung auf durch das Leibniz-Professorinnen-Programm anspruchgeförderte Stellen an Hochschulen.

#### *cc) Ausnahmen bei gemeinsamen Berufungen*

Die dritte Gruppe – das Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Bremen, Hessen und Brandenburg – sieht entweder Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht oder zumindest besondere Verfahrensregeln bei gemeinsamen Berufungen vor.

Neben den oben genannten Ausnahmen für aus einem hochschulübergreifenden Förderprogramm finanzierte Professuren mit externem Qualitätssicherungsverfahren (§ 42 Abs. 2 Nr. 6 SHSG) kann im **Saarland** bei gemeinsamen Berufungsverfahren von den allgemeinen Regeln abgewichen werden (§ 43 Abs. 8 SHSG). Dies soll der Förderung des Zusammenwirkens in Forschung und Lehre zwischen Hochschulen und Forschungs- und Bildungseinrichtungen dienen. Voraussetzung ist auch hier, dass „ein qualitätsgeleitetes Auswahlverfahren auf andere Weise sichergestellt ist“, § 43 Abs. 8 S. 3 SHSG. Die erforderliche „Vereinbarung zwischen den Beteiligten“ bedarf der Zustimmung der für die Wissenschaft zuständigen obersten Landesbehörde, § 43 Abs. 8 S. 3 SHSG.

---

<sup>143</sup> Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf der Landesregierung Brandenburg zur Neuregelung des Hochschulrechts des Landes Brandenburg, vom 09.01.2014, LT-Drs. 5/8370, S. 19.

Auf ebensolche „Vereinbarung“ im Rahmen gemeinsamer Berufungsverfahren stellt auch **Sachsen** ab: Dort können nach § 62 Abs. 1 S. 1 SächsHSFG<sup>144</sup> Hochschulen und Forschungseinrichtungen Professoren zum Zwecke der Förderung und Intensivierung ihrer personellen und fachlichen Zusammenarbeit in Forschung und Lehre gemeinsam berufen. Dabei können sie durch Vereinbarung „insbesondere regeln, dass das Ausschreibungsverfahren [...] und die Zusammensetzung der Berufungskommission [...]“ von den üblichen Regelungen (in §§ 59, 60 SächsHSFG) abweichen, § 62 Abs. 1 S. 2, 3 SächsHSFG. Ein alternatives Qualitätssicherungskonzept ist hier nicht vorgeschrieben.

Auch in **Sachsen-Anhalt** sieht § 37 S. 1 HSG LSA<sup>145</sup> die Vereinbarung gemeinsamer Berufungsverfahren zwischen einer Hochschule und einer Forschungseinrichtung außerhalb des Hochschulbereichs vor. Nach § 37 S. 2 HSG LSA können dabei insbesondere einige konkret genannte Abweichungen vom üblichen Berufungsverfahren vereinbart werden (Zusammensetzung der Berufungskommission und Anzahl der Namen des Berufungsvorschlags). Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht werden nicht genannt.

Sinn und Zweck derartiger „Vereinbarungen“ zwischen Hochschule und Forschungseinrichtung ist die Sicherstellung der adäquaten Mitwirkung des zuständigen Aufsichtsorgans der außeruniversitären Forschungseinrichtung bei gemeinsamen Berufungen; die Vereinbarung zwischen Hochschule und Forschungseinrichtung muss daher deren Mitwirkung bei der Stellenausschreibung und in der Berufungskommission gewährleisten.<sup>146</sup> Zu den Inhalten derartiger „Vereinbarungen“ zwischen Hochschulen und Forschungseinrichtungen zur Regelung des Berufungsverfahrens gehören neben den Gebieten, für die gemeinsame Berufungen durchgeführt werden sollen, Regelungen über die Einzelheiten des Ausschreibungs- und Berufungsverfahrens (z.B. Zusammensetzung der Berufungskommission), Regelungen zum Inhalt der Berufungsvereinbarung, den Rechten und Pflichten der Berufenen, sowie zu Vergütungen und zum „Rückfall“ an die Hochschule.<sup>147</sup> Sowohl das Saarländische Gesetz als auch die sächsische Gesetzesbegründung zielen somit auf die Förderung der Zusammenarbeit von Hochschulen und

---

<sup>144</sup> Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz (SächsHSFG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Januar 2013 (SächsGVBl. S. 3), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 29. April 2015 (SächsGVBl. S. 349) geändert worden ist.

<sup>145</sup> Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (HSG LSA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Dezember 2010, letzte berücksichtigte Änderung: §§ 33 und 103 geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 25. Februar 2016 (GVBl. LSA S. 89, 94).

<sup>146</sup> Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf der Staatsregierung Sachsen zum Gesetz über die Hochschulen im Freistaat Sachsen, vom 27.06.2008, LT-Drs. 4/12712, S. 39 f.; Kurz, in: Nolden/Rottmann/Brinktrine/Kurz, Sächsisches Hochschulgesetz, 2011, S. 295.

<sup>147</sup> Kurz, in: Nolden/Rottmann/Brinktrine/Kurz: Sächsisches Hochschulgesetz (Fn. 146), S. 295.

außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Dazu können grundsätzlich auch Vereinbarungen über Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht zählen. Dafür spricht auch die beispielhafte Aufzählung in der Regelung Sachsen-Anhalts („In der Vereinbarung kann insbesondere geregelt werden, dass der Berufungsvorschlag weniger als drei Namen enthält und dass die Berufungskommission abweichend von § 36 Abs. 4 S. 2 zusammengesetzt wird“, § 37 S. 2 HSG LSA). Die Aufzählung ist nicht abschließend („insbesondere“), sie zeichnet lediglich den Rahmen für Ausnahmen – die umso eher zulässig sind, umso ähnlicher sie den genannten Beispielen sind.<sup>148</sup>

Die Zulässigkeit von ad-personam-Verfahren im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms hängt mithin davon ab, ob derartige Vereinbarungen bestehen und inwiefern sie Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht zulassen.

Zwar ist in **Bremen** ein Absehen von einer Ausschreibung über Vereinbarungen im Rahmen gemeinsamer Berufungsverfahren ausdrücklich vorgesehen. Dafür ist die Durchführung gemeinsamer Berufungsverfahren an erhöhte Anforderungen geknüpft: In Bremen sind bei gemeinsamen Berufungsverfahren „nach Maßgabe einer für den Einzelfall oder allgemein als Kooperationsvereinbarung abzuschließenden vertraglichen Regelung zwischen der Hochschule und der Forschungseinrichtung“ Abweichungen von den Regelungen zur Berufung von HochschullehrerInnen (in § 18 BremHG) zulässig, §§ 18 Abs. 2 Nr. 6, 20 Abs. 6 BremHG. Allerdings werden gemeinsame Berufungen nach § 20 Abs. 1 BremGH nur durchgeführt, wenn „mit der ausgeschriebenen Professur die Übernahme einer Leitungsfunktion in einer staatlichen oder staatlich geförderten Forschungseinrichtung verbunden“ ist. Entsprechend kann auch „von einer Ausschreibung“ in diesem Fall nur „abgesehen werden, wenn [...] eine ausgewiesene Leitungspersonlichkeit der beteiligten Forschungseinrichtung zur Professorin oder zum Professor berufen werden soll, die oder der die Einstellungs Voraussetzungen gemäß § 116 Absatz 3 bis 6 des Bremischen Beamtengesetzes erfüllt und durch ein an das Berufungsverfahren nach § 18 Absatz 7 Satz 2 angelehntes Begutachtungsverfahren die hervorragende Leistung, Eignung und Befähigung in fachlicher und pädagogischer Hinsicht festgestellt ist“, § 18 Abs. 2 Nr. 6 BremHG. Sowohl die Durchführung des gemeinsamen Berufungsverfahrens als auch Abweichung von den Regelungen des Berufungsverfahrens bedürfen der Zustimmung der Senatorin für Wissenschaft, Gesundheit und Verbraucherschutz, § 18 Abs. 2 Nr. 6, § 20 Abs. 6 BremHG. Dieser Weg kommt für das Leibniz-Professorinnen-Programm also dann in Betracht, wenn mit

---

<sup>148</sup> Reich, Hochschulgesetz Sachsen-Anhalt, 1996, § 44 Rn. 3.

der Professur die Übernahme einer Leitungsfunktion in einer staatlichen oder staatlich geförderten Forschungseinrichtung verbunden ist.

In **Hessen** erlaubt § 63 Abs. 6 HHG<sup>149</sup> die Durchführung gemeinsamer Berufungsverfahren mit wissenschaftlichen Einrichtungen, die keiner Hochschule zugehören, wobei die nähere Verfahrensregelung der Satzungsmacht der Hochschule übertragen wird.<sup>150</sup> Grundsätzlich finden hier die allgemeinen Berufsregelungen Anwendung; insbesondere die spezielle Ausprägung des Verfahrens, etwa zur Abstimmung, kann durch die Hochschulen geregelt werden.<sup>151</sup> Ähnliche Regelungen – ohne ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit, Ausnahmen von allgemeinen Berufsregelungen festzulegen – enthalten auch drei weitere Landeshochschulgesetze: So heißt es in § 26 Abs. 8 S. 1 NHG (**Niedersachsen**): „Die Hochschulen können zur Besetzung von Professuren gemeinsame Berufungsverfahren mit wissenschaftlichen Einrichtungen, die keiner Hochschule zugehören, durchführen; das Nähere regelt die Grundordnung“. Nach dem **schleswig-holsteinischen** § 62 Abs. 8 SHG kann zur „Förderung des Zusammenwirkens in Forschung und Lehre zwischen einer Hochschule und einer Forschungs- oder Bildungseinrichtung [...] auf der Grundlage einer Vereinbarung beider Einrichtungen ein gemeinsames Berufungsverfahren durchgeführt werden.“ Auch in **Thüringen** können gemäß § 78 Abs. 7 ThürHG „zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen einer Hochschule und einer Forschungseinrichtung [...] außerhalb des Hochschulbereichs [...] diese die Durchführung gemeinsamer Berufungsverfahren vereinbaren.

Die Zulässigkeit von ad-personam-Berufungen im Leibniz-Professorinnen-Programm hängt folglich davon ab, ob die jeweiligen Hochschulen eine derartige Satzung oder Grundordnung erlassen bzw. eine derartige Vereinbarung getroffen haben und inwiefern diese Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht zulassen.

In **Brandenburg** ist für den Fall gemeinsamer Berufungsverfahren ausdrücklich geregelt, dass die für die Hochschulen zuständige oberste Landesbehörde „einen Verzicht auf die Ausschreibung zulassen“ kann, § 40 Abs. 9 S. 7 BbgHG. Dies gilt jedoch nur dann, wenn BewerberInnen „aufgrund eines gemeinsamen Berufungsverfahrens in die mitgliedschaftsrechtliche Stellung

---

<sup>149</sup> Hessisches Hochschulgesetz (HHG) vom 14. Dezember 2009 (GVBl. I S. 666) (1). Zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. November 2015 (GVBl. S. 510).

<sup>150</sup> An der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt Main als Stiftungsuniversität (§ 81 HHG) kann der Senat im Einvernehmen mit dem Präsidium grundsätzlich (also auch unabhängig von gemeinsamen Berufungen) von den Bestimmungen des HHG bezüglich des Berufungsverfahrens abweichende Regelungen durch Satzung treffen, § 84 Abs. 3 Nr. 2 HHG. Davon hat die Universität insbesondere in § 12 der Berufungssatzung Gebrauch gemacht.

<sup>151</sup> Viergutz, in: BeckOK HochschulR Hessen, 2. Ed. 1.3.2017, HHG § 63 Rn. 23.

einer Hochschullehrerin oder eines Hochschullehrers [...] an der Hochschule, die am gemeinsamen Berufungsverfahren beteiligt war, [...] berufen werden, ohne dass ein Beamten- oder Angestelltenverhältnis zum Land begründet wird, § 40 Abs. 9 S. 5, 7 BbgHG. Die berufene Person wird in diesem Fall „in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis an der am gemeinsamen Berufungsverfahren beteiligten Forschungseinrichtung außerhalb des Hochschulbereichs beschäftigt mit der Verpflichtung, mindestens zwei Semesterwochenstunden an der am gemeinsamen Berufungsverfahren beteiligten Hochschule zu lehren und dem Recht, für die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses an der Forschungseinrichtung außerhalb des Hochschulbereichs die Bezeichnung „Professorin“ oder „Professor“ als Berufsbezeichnung zu führen.“, § 40 Abs. 9 S. 6 BbgHG.

Die Norm wurde als Reaktion auf Erfahrungen aus der Berufungspraxis geschaffen, um ad-personam-Berufungen zu ermöglichen, wenn im Falle gemeinsamer Berufungen die kooperierende außerhochschulische Forschungseinrichtung klare Vorstellungen über die zu berufende Person hat.<sup>152</sup> Sie ermöglicht ad-personam-Berufungen im Leibniz-Professorinnen-Programm also nur dann, wenn kein Beamten- oder Angestelltenverhältnis der berufenen Wissenschaftlerin zum Land Brandenburg, sondern ein Arbeitsverhältnis mit einem Leibniz-Institut begründet wird.

*b) Zulässigkeit von Ausnahmen bei alternativen Qualitätssicherungskonzepten der Hochschule*

In Bayern und Thüringen lassen die Landeshochschulgesetze Ausnahmen von den Regelungen des Berufungsverfahrens bei alternativen Qualitätssicherungskonzepten der Hochschule zu. In Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen ist die Ausnahmemöglichkeit an weitere Voraussetzungen geknüpft.

---

<sup>152</sup> Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf der Landesregierung Brandenburg zur Neuregelung des Hochschulrechts des Landes Brandenburg, vom 09.01.2014, LT-Drs. 5/8370, S. 19, Argument: In einem solchen Fall gehe es nicht um die Vergabe eines öffentlichen Amtes, vielmehr entspreche die Bestellung eher einem Lehrauftrag.

Während das **Bayerische Hochschulgesetz**<sup>153</sup> keine Regelungen zur Ausgestaltung von Berufungsverfahren vorsieht, finden sich solche im Bayerischen Hochschulpersonalgesetzes (BayHSchPG)<sup>154</sup>: Nach Art. 18 Abs. 3 S. 5 BayHSchPG kann von einer Ausschreibung „bei Vorlage eines zwischen Staatsministerium und Hochschule abgestimmten Qualitätssicherungskonzepts abgesehen werden.“ Ein solches Qualitätskonzept ersetzt die Ausschreibung, nicht aber das (dann ohne vorherige Ausschreibung durchzuführende) Berufungsverfahren an der Hochschule.<sup>155</sup>

In **Thüringen** kann (diese Regelung steht neben den oben beschriebenen, die externe Qualitätssicherungskonzepte voraussetzen) von den Bestimmungen über das Berufungsverfahren insoweit abgewichen werden, als „eine Professur im Rahmen eines mit dem Ministerium vereinbarten Berufungs- und Karrierekonzeptes, das die Bestenauslese ebenso absichert wie ein Ausschreibungsverfahren, besetzt werden soll“, § 78 Abs. 1 S. 4 Nr. 4 ThürHG. Dies gilt insbesondere für das Absehen von einer Ausschreibung, § 78 Abs. 1 S. 4, zudem ist abweichend von der grundsätzlichen Regelung auch ein Berufungsvorschlag mit einem Namen ausreichend, § 78 Abs. 4 S. 4 Nr. 2 ThürHG.

Voraussetzung für diese Ausnahme ist, dass an den Hochschulen in diesen Ländern ein alternatives Qualitätssicherungskonzept der Hochschule existiert. Um die Einhaltung des Prinzips der Bestenauslese in Bayern und Thüringen zu sichern und einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG zu vermeiden, muss das Qualitätssicherungskonzept so ausgestaltet sein, dass mit diesem Verfahren ein wissenschaftsadäquates Äquivalent zu einem Berufungsverfahren besteht.<sup>156</sup>

Dies gilt ebenso für die anderen beiden Länder, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen, die diese Ausnahmemöglichkeit an weitere Voraussetzungen knüpfen: In **Baden-Württemberg** können Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht und der Durchführung des Berufungsverfahrens auf Basis eines mit dem Wissenschaftsministeriums abgestimmten Qualitätssiche-

---

<sup>153</sup> Bayerisches Hochschulgesetz (BayHSchG) vom 23. Mai 2006 (GVBl. S. 245, BayRS 2210-1-1-K), das zuletzt durch § 1 des Gesetzes vom 13. Dezember 2016 (GVBl. S. 369) geändert worden ist.

<sup>154</sup> Bayerisches Hochschulpersonalgesetz (BayHSchPG) vom 23. Mai 2006 (GVBl. S. 230, BayRS 2030-1-2-K), das zuletzt durch § 2 des Gesetzes vom 13. Dezember 2016 (GVBl. S. 369) geändert worden ist.

<sup>155</sup> Jaburek, BeckOK HochschulR Bayern, 5. Ed. 1.5.2017, BayHSchPG Art. 18 Rn. 23.

<sup>156</sup> Jaburek, BeckOK HochschulR Bayern (Fn. 155), BayHSchPG Art. 18 Rn. 23; Pernice-Warnke, in: BeckOK HochschulR NRW, 3. Ed. 1.5.2017, HG § 38 Rn. 25; Müller-Bromley, in: BeckOK HochschulR Niedersachsen (Fn. 80), NHG § 26 Rn. 16.



rungskonzepts der Hochschule zugelassen werden – allerdings allein zur Förderung und Entwicklung des wissenschaftlichen Nachwuchses, § 48 Abs. 1 S. 6 LHG BW.<sup>157</sup> Wie oben dargestellt passt diese Ausnahme dann, wenn sich die Anschubfinanzierung durch die Leibniz-Gemeinschaft auf eine Erstberufung bezieht.<sup>158</sup>

In **Nordrhein-Westfalen** gilt diese Möglichkeit des Absehens von der Ausschreibung sogar nur für NachwuchswissenschaftlerInnen, die die Einstellungsvoraussetzungen von JuniorprofessorInnen erfüllen, in besonderer Weise fachlich qualifiziert sowie entweder an der berufungswilligen Universität beschäftigt oder mit der berufungswilligen Universität verbunden sind, § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 b, c HG NRW<sup>159</sup>. Besteht ein Beschäftigungsverhältnis mit der berufungswilligen Hochschule muss „das Vorliegen der Qualitätsvoraussetzungen, unter denen von der Ausschreibung abgesehen werden kann, in einem geeigneten Verfahren der Qualitätssicherung festgestellt werden“, § 38 Abs. 1a S. 3 HG NRW. Liegt keine Beschäftigung an der berufungswilligen Hochschule vor, „muss das Qualitätssicherungskonzept die Bestenauslese ebenso absichern wie ein Ausschreibungsverfahren“, wobei sich das für Wissenschaft zuständige Ministerium vorbehalten kann, dass die Universität dieses Konzept und seine Weiterentwicklung mit ihm abstimmt, § 38 Abs. 1a S. 4 HG NRW. Die Entscheidung über den Verzicht auf die Ausschreibung nach S. 3 Nr. 1 bis 4 trifft das Rektorat auf Vorschlag des Fachbereichs und nach Anhörung der Gleichstellungsbeauftragten, § 38 Abs. 1 S. 4 HG NRW.

Um NachwuchswissenschaftlerInnen handelt es sich, wie bereits dargestellt, soweit sich die Anschubfinanzierung durch die Leibniz-Gemeinschaft auf eine Erstberufung bezieht.<sup>160</sup> Bei nicht an der berufungswilligen Universität beschäftigten Nachwuchswissenschaftlerinnen muss die „Verbundenheit“ mit der Universität eine „besondere“, „gesteigerte“ fachliche Verbunden-

---

<sup>157</sup> Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG), vom 1. Januar 2005, letzte berücksichtigte Änderung: § 20 geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Februar 2016 (GBl. S. 108, 118); sich im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG für eine sehr enge Auslegung dieser Regelung aussprechend und abwartend „in welchen Fällen die Regelung überhaupt Anwendung finden kann: Laule, BeckOK HochschulR Baden-Württemberg, 4. Ed. 1.2.2017, LHG § 48 Rn. 8.

<sup>158</sup> Oben C.III.2.a)aa).

<sup>159</sup> Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz - HG) vom 16. September 2014 (Artikel 1 des Hochschulzukunftsgesetzes vom 16. September 2014 (GV. NRW. S. 547)), § 38: Abs. 1 neu gefasst und Abs. 1a eingefügt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 14. Juni 2016 (GV. NRW. S. 310), in Kraft getreten am 1. Juli 2016.

<sup>160</sup> Oben C.III.a)aa).

heit sein, da in einem „vernetzten Wissenschaftssystem fachliche Verbundenheiten häufig“ vorliegen.<sup>161</sup> Diese Verbundenheit ist im Einzelfall festzustellen. Nur dann bzw. bei an der berufungswilligen Universität beschäftigten Wissenschaftlerinnen (in beiden Fällen ist besondere fachliche Qualifikation notwendig), wenn sich die Anschubfinanzierung durch die Leibniz-Gemeinschaft auf eine Erstberufung bezieht und die Bestenauslese durch ein Qualitätssicherungsverfahren der Hochschule gesichert ist, kann in Nordrhein-Westfalen im Leibniz-Professorinnen-Programm ad-personam berufen werden.

*c) Zulässigkeit von Ausnahmen für besonders qualifizierte, herausragende Personen*

In einigen Ländern besteht die Möglichkeit der Zulässigkeit von ad-personam-Berufungen für besonders qualifizierte, herausragende Personen. Zu den Ländern, die Ausnahmen von den üblichen Berufsregelungen unabhängig von externen oder internen Qualitätssicherungskonzepten für besonders qualifizierte, herausragende Personen vorsehen, gehören vor allem Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern. Baden-Württemberg, Bayern und Nordrhein-Westfalen gewähren diese Möglichkeit neben den bereits beschriebenen qualitätssicherungsbezogenen Ausnahmen, Sachsen neben Ausnahmen bei gemeinsamen Berufungen und Berlin und Brandenburg neben der Anerkennung von Ausschreibungen durch Forschungsförderungsorganisationen im Rahmen von Förderprogrammen als Ausschreibungen i.S.d Landeshochschulrechts.

**Hamburg** sieht eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht und der Aufstellung eines Berufungsvorschlages vor, „wenn in einem Ausnahmefall mit Zustimmung des Hochschulrates eine Person berufen werden soll, die herausragend geeignet ist und an deren Gewinnung ein besonderes Interesse der Hochschule besteht (außerordentliche Berufung)“, § 14 Abs. 6 Nr. 4 Hs. 1 HmbHG.<sup>162</sup> Die außerordentliche Berufung benötigt die Zustimmung des Hochschulrates; in Hochschulen mit Fakultäten muss der zuständige Fakultätsrat, in anderen Hochschulen der Hochschulsenat angehört werden, § 14 Abs. 6 Nr. 4 HmbHG.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> Pernice-Warnke, in: BeckOK HochschulR NRW (Fn. 156), HG § 38 Rn. 23 mit Verweis auf Entwurfsbegründung, LT Drs. 16/10380, S. 437.

<sup>162</sup> Hamburgisches Hochschulgesetz (HmbHG) vom 18. Juli 2001, HmbGVBl. 2001, S. 171, letzte berücksichtigte Änderung: §§ 16, 24 geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 4. April 2017 (HmbGVBl. S. 99).

<sup>163</sup> Gerking, in: Neukirchen/Reußow/Schomburg, Hamburgisches Hochschulgesetz, 2. Auflage 2017, § 14 Rn. 11.

Ähnlich lautet die Regelung in **Mecklenburg-Vorpommern**, wonach „auf eine Ausschreibung verzichtet werden“ kann, wenn „im Ausnahmefall für die Besetzung der Professur eine in besonderer Weise qualifizierte Person zur Verfügung steht, deren Gewinnung im Hinblick auf die Stärkung der Qualität und Profilbildung im besonderen Interesse der Hochschule liegt“ (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 LHG M-V).<sup>164</sup> Hier muss das Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur zuvor die Zustimmung erteilen, § 59 Abs. 1 Nr. 3 LHG M-V.

In **Baden-Württemberg** kann „im Hinblick auf die Qualität und Profilbildung der Hochschule“ von einer Ausschreibung abgesehen und das Berufungsverfahren angemessen vereinfacht werden, „wenn nur eine herausragend qualifizierte Persönlichkeit zur Verfügung steht“, § 48 Abs. 1 S. 5 LHG BW. Die Vereinfachung des Berufungsverfahrens bedarf der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums, § 48 Abs. 1 S. 5 LHG BW.

Ebenso ist in **Bayern** eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht möglich, wenn „für die Besetzung der Professur eine in besonderer Weise qualifizierte Persönlichkeit zur Verfügung steht, deren Gewinnung im Hinblick auf die Stärkung der Qualität und Profilbildung im besonderen Interesse der Hochschule liegt“, § 18 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 BayHSchPG. Auch hier ist das Einvernehmen mit dem zuständigen Ministerium (Staatsministerium) notwendig.

Schließlich erlaubt § 38 Abs. 1 Nr. 4 HG NRW in **Nordrhein-Westfalen** das Absehen von der Ausschreibung „wenn für die Besetzung der Professur eine in besonders herausragender Weise qualifizierte Persönlichkeit zur Verfügung steht, deren Gewinnung im Hinblick auf die Stärkung der Qualität und Profilbildung im besonderen Interesse der Hochschule liegt.“<sup>165</sup> Die Entscheidung trifft das Rektorat auf Vorschlag des Fachbereichs und nach Anhörung der Gleichstellungsbeauftragten und bedarf des Einvernehmens des Hochschulrats, § 38 Abs. 1 S. 4 HG.

Auch § 61 SächsHSFG sieht in **Sachsen** sogenannte außerordentliche Berufungen von ProfessorInnen vor: Abweichend von Regelungen zum Berufungsverfahren, insbesondere zur Ausschreibungspflicht, der Zusammensetzung der Berufungskommission und des Berufungsvorschlags (§§ 59, 60 Abs. 2 bis 4, 7 S. 1 SächsHSFG), „kann der Rektor nach Anhörung des

---

<sup>164</sup> Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Landeshochschulgesetz - LHG M-V) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Januar 2011, GVOBl. M-V 2011, S. 18, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Juli 2016 (GVOBl. M-V S. 550, 557).

<sup>165</sup> Kritisch dazu Tomerius/Leuze, in: Leuze/Epping, Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen, 13. EL (Januar 2015), § 38 Rn. 9 (Tangierung des Prinzips der Bestenauslese sowie Verkürzung der Partizipation der Fakultäten am Berufungsverfahren).

Senates und des Fakultätsrates mit Zustimmung des Hochschulrates die außerordentliche Berufung eines Wissenschaftlers, der sein Fachgebiet nachweislich geprägt hat, einleiten, um einen profilbildenden Bereich der Hochschule aufzubauen, zu erneuern oder nachhaltig zu stärken.“

Ebensolche Ausnahmen erlaubt in **Brandenburg** § 40 Abs. 8 BbgHG „in Ausnahmefällen aufgrund exzellenter Lehr- und Forschungsleistungen“ zur Berufung „herausragend ausgewiesene Persönlichkeiten“. Die Berufung erfolgt – soweit das Berufungsrecht der Hochschule nach § 40 Abs. 5 übertragen ist – im Einvernehmen mit der für die Hochschulen zuständigen obersten Landesbehörde, § 40 Abs. 8 S. 2 BbgHG.

In **Berlin** kann die „Dienstbehörde im Einzelfall [...] Ausnahmen von der Pflicht zur Ausschreibung einer Professur zulassen, [...] wenn eine auf Grund ihrer bisherigen wissenschaftlichen oder künstlerischen Leistungen herausragend geeignete Person berufen werden soll, an deren Gewinnung ein besonderes Interesse der Hochschule besteht“, § 94 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BerlHG. Dabei sind die Rechte der Frauenbeauftragten sowie das Ziel der Gleichstellung zu wahren und die Zustimmung der für die Hochschulen zuständigen Senatsverwaltung einzuholen, § 94 Abs. 2 S. 1 BerlHG.

In **Hessen** können die Hochschulen in „begründeten Ausnahmefällen“ mit Zustimmung des Hochschulrats von einzelnen Bestimmungen des Berufungsverfahrens abweichen, § 63 Abs. 5 HHG.<sup>166</sup> Welche Fälle dies sein könnten, wird jedoch nicht weiter ausgeführt. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass von einer Ausschreibung beispielsweise abgesehen werden können soll, wenn dies notwendig erscheint, um gezielt eine internationale Spitzenkraft anwerben zu können.<sup>167</sup>

Fraglich ist, ob diese Ausnahmeregelungen für die Berufung von Wissenschaftlerinnen im Leibniz-Professorinnen-Programm in Betracht kommen. Mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG werden an die Voraussetzungen dieser Normen hohe Anforderungen gestellt<sup>168</sup> und eine äußerst

---

<sup>166</sup> Eine Ausnahme bildet die Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt Main als Stiftungsuniversität (§ 81 HHG): Hier kann der Senat grundsätzlich (nicht nur in begründeten Ausnahmefällen) im Einvernehmen mit dem Präsidium von den Bestimmungen des HHG bezüglich des Berufungsverfahrens abweichende Regelungen durch Satzung treffen, § 84 Abs. 3 Nr. 2 HHG. Davon hat die Universität in § 12 der Berufungssatzung Gebrauch gemacht.

<sup>167</sup> Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf der Landesregierung Hessen für das Hessische Hochschulgesetz und des Gesetzes zur Änderung des TUD-Gesetzes sowie weiterer Rechtsvorschriften, vom 04.09.2009, LT-Drs. 18/1044, S. 71; Viergutz, in: BeckOK HochschulR Hessen (Fn 151), HHG § 63 Rn. 22.

<sup>168</sup> Laule, in: BeckOK HochschulR Baden-Württemberg (Fn. 157), LHG § 48 Rn. 7.

restriktive Auslegung gefordert.<sup>169</sup> Hier wird auch von „Leuchtturmberufungen“<sup>170</sup> und „Genieklauseln“<sup>171</sup> gesprochen.<sup>172</sup> So stellt die Gesetzesbegründung in Baden-Württemberg ausdrücklich auf die Berufung sogenannter SpitzenwissenschaftlerInnen wie TrägerInnen des Nobelpreises oder Leibnizpreises ab.<sup>173</sup> Die Berliner Gesetzesbegründung spricht von Personen, „die für einen renommierten internationalen Wissenschaftspreis bis hin zum Nobelpreis nominiert, mit solchen ausgezeichnet oder überragend in einem Fachgebiet qualifiziert sind.“<sup>174</sup> Ähnlich wird zum Teil die Alexander von Humboldt-Professur genannt – mit der Begründung, dass die herausragende Eignung dann gerade in einem externen wettbewerblichen Verfahren zweifelsfrei festgestellt wurde.<sup>175</sup> Auch nach der brandenburgischen Gesetzesbegründung sind AdressatInnen dieses Gewinnungsverfahrens nur überragend national und international anerkannte WissenschaftlerInnen.<sup>176</sup> Selbst mit Blick auf das kompetitive Bewerbungsverfahren für das Leibniz-Professorinnen-Programm kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Wissenschaftlerinnen, die sich dort durchgesetzt haben, damit diese hohen Anforderungen erfüllen. Im Einzelfall kann die Möglichkeit der ad-personam-Berufung auf diesem Weg aber möglich sein.

Da in Berlin die Aufzählung der Ausschreibungsverzichte in § 94 Abs. 2 S. 1 BerlHG nicht abschließend ist, können hier auch neben sogenannten außerordentlichen Berufungen in nicht ausdrücklich benannten Fällen Ausnahmen von der Pflicht zur Ausschreibung zugelassen werden.<sup>177</sup>

---

<sup>169</sup> Jaburek, in: BeckOK HochschulR Bayern (Fn. 155), BayHSchPG Art. 18 Rn. 22.

<sup>170</sup> Jaburek, in: BeckOK HochschulR Bayern (Fn. 155), BayHSchPG Art. 18 Rn. 22.

<sup>171</sup> Neuhäuser, *WissR* 2012, 248, 274 mit dem Hinweis auf die seiner Ansicht nach vorhandene Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG.

<sup>172</sup> Zum sogenannten short list-Verfahren (Begriff und Problematik): Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 171.

<sup>173</sup> Gesetzesbegründung, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wissenschaft, Forschung und Kunst zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung Baden-Württemberg – Drucksache 14/1513 Erstes Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich (EHFRUG), vom 02.11.2007, LT-Drs. 14/1872, S. 22; Sandberger, *Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg*, 2. Auflage 2015, § 48 LHG BW Rn. 3.

<sup>174</sup> Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf des Berliner Senats für das Vierzehnte Gesetz zur Änderung des Berliner Hochschulgesetzes, vom 07.04.2017, Drs. 18/0282, S. 13.

<sup>175</sup> Gerking, in: Neukirchen/Reußow/Schomburg, *Hamburgisches Hochschulgesetz* (Fn. 163) 2017, § 14 Rn. 11.

<sup>176</sup> Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf der Landesregierung Brandenburg zur Änderung des Brandenburgischen Hochschulgesetzes, vom 12.01.2007, LT-Drs. 4/4053, S. 15, mit Verweis auf Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Ausgestaltung von Berufungsverfahren, 20.05.2005, Drs. 6709-05; ebenso Knopp, in: Knopp/Peine, *Brandenburgisches Hochschulgesetz* (Fn. 142) § 38 Rn. 90.

<sup>177</sup> § 94 Abs. 2 S. 1 BerlHG (“insbesondere”); Gesetzesbegründung, Gesetzentwurf des Berliner Senats für das Vierzehnte Gesetz zur Änderung des Berliner Hochschulgesetzes, vom 07.04.2017, Drs. 18/0282, S. 12.

#### ***IV. Leibniz-Professorinnen-Programm und offene Ausschreibungen***

Im Bund und in jenen Ländern, in denen eine Ausschreibung nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen und unter engen Voraussetzungen oder gar überhaupt nicht entbehrlich ist, kollidieren neue Steuerungsmodelle für die Besetzung von Professorenstellen mit der bisher üblichen Ausschreibungspraxis. Damit ist fraglich, ob auch dort durch das Leibniz-Professorinnen-Programm finanzierte Stellen geschaffen werden können und wie das Berufungsverfahren ausgestaltet sein muss, damit es den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt und nicht gegen einfaches Recht verstößt.

Offensichtlich muss dann, wenn eine Ausschreibung gesetzlich vorgeschrieben und keine Ausnahme einschlägig ist, tatsächlich eine offene Ausschreibung erfolgen. Fraglich ist, inwieweit unter dem Anschein eines „normalen“ Berufungsverfahrens faktisch ähnlich wie bei einer ad-personam-Ausschreibungen vorgegangen werden kann.

##### *1. Form und Inhalt einer offenen Ausschreibung*

Eine offene Ausschreibung muss bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Formell ist eine Publikation an Stellen erforderlich, die von potentiellen BewerberInnen tatsächlich zur Stellensuche genutzt werden.<sup>178</sup> Dazu gehören einschlägige Fachzeitschriften, überregionale Tages- und Wochenzeitungen sowie Internetportale. Regelmäßig nicht ausreichend ist eine Bekanntgabe der Ausschreibung auf der Internetpräsentation der Hochschule.<sup>179</sup> Im Regelfall ist nicht nur öffentlich, sondern auch international auszuschreiben.<sup>180</sup>

Inhaltlich muss die Ausschreibung hinreichend über Art und Umfang der zu erfüllenden Aufgaben der Professur informieren.<sup>181</sup> Dazu gehören das jeweilige Fach bzw. die zu betreuenden

---

<sup>178</sup> Müller-Bromley, in: von Coelln/Pautsch, BeckOK HochschulR Niedersachsen (Fn. 80), NHG § 26 Rn. 10; Knopp, in: Knopp/Peine, Brandenburgisches Hochschulgesetz (Fn. 142), § 38 Rn. 36.

<sup>179</sup> Müller-Bromley, in: von Coelln/Pautsch, BeckOK HochschulR Niedersachsen (Fn. 80), NHG § 26 Rn. 10; Knopp, in: Knopp/Peine, Brandenburgisches Hochschulgesetz (Fn. 142), § 38 Rn. 36.

<sup>180</sup> § 45 HRG.

<sup>181</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 168; Thieme, Deutsches Hochschulrecht (Fn. 95), Rn. 678; Reich, Hochschulrahmengesetz (Fn. 137), § 45 Rn. 1; Müller-Bromley, in: von Coelln/Pautsch, BeckOK HochschulR Niedersachsen (Fn. 80), NHG § 26 Rn. 11.

Studiengänge<sup>182</sup> sowie allgemeine Angaben über Schwerpunkte in Forschung und Lehre.<sup>183</sup> Dabei darf die Aufgabenbeschreibung nicht zu eng bzw. zu personenspezifisch geraten.<sup>184</sup> Zu achten ist auf eine „möglichst offene, weite und flexible Formulierung“, die den Kreis der BewerberInnen möglichst groß zieht.<sup>185</sup>

Zum Teil bedürfen die Ausschreibungstexte der Zustimmung der Präsidentin oder des Präsidenten.<sup>186</sup>

## 2. *Offenheit des Verfahrensausgangs*

Zwingende Voraussetzung für ein rechtmäßiges Berufungsverfahren ist, dass der Verfahrensausgang stets und bis zum Ende offen bleibt.<sup>187</sup> Erfolgt eine Ausschreibung, sind die Ausschreibenden – bei unveränderten Randbedingungen – inhaltlich an diese gebunden.<sup>188</sup> „Tragfähige planerische/organisatorische und vor allem neue Gesichtspunkte“ können hingegen grundsätzlich in jedem Stadium des Berufungsverfahrens geltend gemacht werden.<sup>189</sup> BewerberInnen gegenüber entfaltet die öffentliche Ausschreibung nur insoweit Bindung, als mit ihr dokumentiert wird, dass eine bestimmte Stelle besetzt werden soll.<sup>190</sup>

Die Berufungskommission muss sich, um dem Prinzip der Bestenauslese und dem Bewerbungsverfahrenanspruch der KandidatInnen gerecht zu werden, mit den Bewerbungsunterlagen aller BewerberInnen sachgerecht befassen, über die Aufnahme in die Vorschlagsliste rechts- und ermessensfehlerfrei entscheiden und diese Entscheidung sorgfältig begründen.<sup>191</sup>

---

<sup>182</sup> Dellian in: Dallinger/Bode/Dellian, HRG-Kommentar, 1978, § 45 Rn. 3.; Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 168.

<sup>183</sup> Dellian in: Dallinger/Bode/Dellian, HRG-Kommentar (Fn. 180), § 45 Rn. 3.

<sup>184</sup> Dellian in: Dallinger/Bode/Dellian, HRG-Kommentar (Fn. 180), § 45 Rn. 2.

<sup>185</sup> Dellian in: Dallinger/Bode/Dellian, HRG-Kommentar (Fn. 180), § 45 Rn. 3.

<sup>186</sup> § 50 Abs. 1 S. 3 HochSchG Rheinland-Pfalz.

<sup>187</sup> Müller-Bromley, in: von Coelln/Pautsch, BeckOK HochschulR Niedersachsen (Fn. 80), NHG § 26 Rn. 11; Thieme, Deutsches Hochschulrecht (Fn. 95), Rn. 678.

<sup>188</sup> Thieme, Deutsches Hochschulrecht (Fn. 95), Rn. 678; zur Bindung der Berufungskommission an das veröffentlichte Ausschreibungsprofil und das Verbot der nachträglichen Einführung von wesentlichen Auswahlkriterien: VG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, 354 ff.

<sup>189</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 166.

<sup>190</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 166.

<sup>191</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 173 mit Verweis darauf, dass sich der Prüfungsmaßstab der Verwaltungsgerichte diesbezüglich in den letzten Jahren verschärft habe, vgl. dazu Detmer, Forschung & Lehre 2008, 544.

Das Auswahlverfahren für die Besetzung eines Lehrstuhls kann jederzeit aus sachlichen Gründen beendet werden.<sup>192</sup>

Trifft die Hochschule bzw. die Fakultät oder der Fachbereich eine Entscheidung, so unterliegt sie der eingeschränkten inhaltlichen Kontrolle. Sie ist rechtswidrig, wenn sie offensichtlich nicht schlüssig ist. Dies ist dann der Fall, wenn die inhaltliche Qualifikationsentscheidung willkürlich oder nicht sachgerecht ist – etwa, wenn zwar prinzipiell herausragend qualifizierte BewerberInnen nicht für die konkret umrissene Stelle qualifiziert sind oder wenn offensichtliche Widersprüche in der Begründung des Vorschlags nachgewiesen werden können.<sup>193</sup>

### 3. *Dokumentation des Verfahrens*

Zudem ist das gesamte Verfahren stets umfangreich zu dokumentieren. Dies gilt insbesondere angesichts des weiten Beurteilungsspielraums der Berufenden.<sup>194</sup> Nur durch bestimmte verfahrensrechtliche Anforderungen wird die Berufungsentscheidung transparent und nachvollziehbar<sup>195</sup> – sowohl für die Beteiligten des Verfahrens als auch für mögliche KonkurrentInnen und Außenstehende.

### 4. *Kompensation für Fokus auf bestimmte Person*

Auch wenn die bisher dargestellten Voraussetzungen eingehalten werden und das Verfahren damit rechtmäßig ist, ergibt sich ein gewisser Beigeschmack durch den von vornherein existierenden Fokus auf eine bestimmte Person. Die möglicherweise im Raum stehenden Bedenken hinsichtlich des Grundsatzes der Bestenauslese lassen sich durch die Beteiligung möglichst vieler unterschiedlicher Personen und Gremien auffangen. Im Rahmen der Eruiierung der „Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“ (Art. 33 Abs. 2 GG) ist dies durch verschiedene, möglichst auch externe GutachterInnen erreichbar, im Rahmen der Berufungsentscheidung

---

<sup>192</sup> BVerfG, WissR 2011, 326; BVerwGE 101, 112; OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 184; Reich, Hochschulrahmengesetz (Fn. 137), § 45 Rn. 1, S. 452.

<sup>193</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 94), S. 166 f. mit Verweis auf BayVGH, Urt. v. 3.6.1998, Az. 7 2 E 98.714.

<sup>194</sup> BVerwGE 136, 36 Rn. 27: „Korrektiv“ (bezüglich der Dokumentationspflicht); zur Kompensation des weiten materiellen Beurteilungsspielraums durch ein verfahrensrechtliches Verständnis des Art. 33 Abs. 2 GG Höfling, ZBR 1999, 73, 74 ff.

<sup>195</sup> Kümper, DÖV 2017, 414, 415; ebenfalls den Rationalitäts- und Kontrollgewinn betonend Voßkuhle, Personal, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 43 Rn. 59; Isensee, in: Bachof/Heigl/Redeker, Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 337, 351 ff.



durch die Beteiligung übergeordneter Stellen – etwa den oder die RektorIn oder PräsidentIn der Hochschule oder den oder die FachministerIn des jeweiligen Landes. Im Verlauf des gesamten Berufungsverfahrens ist die Beteiligung der zuständigen Gremien, insbesondere des Fachbereichs- bzw. Fakultätsrats und des Senats, unerlässlich.

## *V. Fazit*

Verfassungsrecht, insbesondere Art. 33 Abs. 2 GG verlangt nicht zwingend eine öffentliche Ausschreibung und steht daher ad-personam-Berufungen grundsätzlich nicht entgegen.

Die Analyse der Hochschulgesetze offenbart unterschiedliche zulässige Wege, ad-personam-Berufungen durchzuführen und damit grundsätzlich Möglichkeiten für den Zuschnitt von Berufungsverfahren auf konkrete Personen, die bereits das Genehmigungsverfahren im Leibniz-Professorinnen-Programm erfolgreich absolviert haben bzw. bei denen dies möglich erscheint. Die Chance auf Durchführung einer ad-personam-Berufung ist je nach Standort der Hochschule aber durchaus unterschiedlich.

Auf die Kooperationen der Leibniz-Gemeinschaft mit Hochschulen des Landes am ehesten zugeschnitten sind jene Hochschulgesetze, die ad-personam-Berufungen bei Förderungen durch außeruniversitäre Forschungseinrichtungen mit externen Qualitätssicherungsverfahren zulassen (oben 2.a)aa)), da nach hier vertretener Ansicht das Auswahlverfahren im Rahmen des Leibniz-Professorinnen-Programms die sich aus Art. 33 Abs. 2 GG an solche Qualitätsverfahren zu stellenden Anforderungen erfüllt. Zu dieser Fallgruppe gehören Bremen, Niedersachsen, das Saarland, Schleswig-Holstein, Thüringen und Rheinland-Pfalz (bei Nachwuchsförderung oder Stiftungsprofessuren).

Selbiges gilt für Länder, die Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht bei alternativen Qualitätssicherungskonzepten der Hochschule vorsehen. Voraussetzung ist jedoch, dass die jeweilige Hochschule auch tatsächlich über ein solches Konzept verfügt und dieses die Bestenauslese i.S.d Art. 33 Abs. 2 GG sichert (oben 2.b). Dies betrifft Bayern und Thüringen sowie unter zusätzlichen Voraussetzungen auch Baden-Württemberg (bei Nachwuchsförderung) und Nordrhein-Westfalen (an besondere Voraussetzungen geknüpfte Nachwuchsförderung).

Grundsätzlich ermöglichen den Weg zu einer ad-personam-Berufung auch die Regelungen, welche Ausnahmen vom Berufungsverfahren bei gemeinsamen Berufungen vorsehen (oben 2.a)cc). Dazu gehören das Saarland, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Andere Länder enthalten

keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit, Ausnahmen von allgemeinen Berufungsregelungen zuzulassen, sehen aber die Möglichkeit der Vereinbarung gemeinsamer Berufungsverfahren bzw. der Verabschiedung entsprechender Satzungen oder Grundordnungen vor. Dazu gehören Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen. Im Rahmen von gemeinsamen Berufungen kommt es darauf an, dass Vereinbarungen bzw. Hochschulsatzungen oder Grundordnungen bestehen, die einen Ausschreibungsverzicht vorsehen. In Bremen sind ad-personam-Berufungen nur dann möglich, wenn mit der Professur die Übernahme einer Leitungsfunktion in einer staatlichen oder staatlich geförderten Forschungseinrichtung verbunden ist.

Lediglich im Einzelfall – je nach Besonderheit der zu berufenden Person – bieten die einen Ausschreibungsverzicht ermöglichenden Normen zu sogenannten außergewöhnlichen Berufungen besonders qualifizierter, herausragender Personen (oben 2.c) in Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Berlin, Brandenburg und Hessen die Möglichkeit einer ad-personam-Berufung.

In Berlin ist die Aufzählung der Ausschreibungsverzichte zudem nicht abschließend, so dass auch in nicht ausdrücklich benannten Fällen Ausnahmen von der Pflicht zur Ausschreibung zugelassen werden können.

In einzelnen Ländern, wie z.B. Hessen, existieren Stiftungsuniversitäten, für die umfangreichere Ausnahmeregelungen gelten können (beispielsweise § 84 Abs. 3 Nr. 2 HHG für die Johann-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt Main).

Unter Beachtung der im letzten Abschnitt (3.) dargestellten Voraussetzungen kann auch unter dem Anschein eines „normalen“ Berufungsverfahrens faktisch ähnlich wie bei einer ad-personam-Ausschreibung vorgegangen werden. Dies gilt für jene Länder, die keine ausdrücklich auf das Professorinnenprogramm passenden Regelungen enthalten, in Fällen, in denen die Anforderungen für Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht nicht erfüllt werden können, sowie bei Kooperationen mit Hochschulen des Bundes, wo ebenfalls keine für das Professorinnenprogramm nutzbaren Ausnahmeregelungen für das Berufungsverfahren bestehen. In diesen Fällen ist offen auszuschreiben. Werden die hier dargestellten Voraussetzungen eingehalten, ist auch auf diesem Weg die Schaffung und Besetzung der anschubfinanzierten Stelle möglich; freilich bieten diese Verfahren keine „Gewähr“, dass die Stelle auch mit der durch die Leibniz-Institute geförderten Person besetzt werden kann. Für den Fall, dass sich eine andere Bewerberin oder ein anderer Bewerber als geeigneter erweist, muss die Stelle entweder mit ihr/ihm oder gar nicht besetzt werden.

Damit sind Kooperationen der Leibniz-Gemeinschaft zur Schaffung und Besetzung von aus dem Professorinnenprogramm anspruchsbefähigten Stellen letztlich sowohl mit Hochschulen des Bundes als auch mit den Hochschulen sämtlicher Länder rechtlich zulässig.

## D. Zusammenfassung

1. Die geschlechtsspezifische Förderung durch das Leibniz-Professorinnen-Programm ist mit den Gleichheitsrechten des Art. 3 GG vereinbar. Die Ungleichbehandlung zu Lasten von Männern, die in dem Programm nicht berücksichtigt werden, ist durch den Verfassungsauftrag zur Förderung tatsächlicher Gleichberechtigung gerechtfertigt.
2. Das Leibniz-Professorinnen-Programm steht mit Europarecht in Einklang. Das Recht der EU lässt positive Maßnahmen in großem Umfang zu. Auch den Maßstäben, die der EuGH entwickelt hat, genügt das Leibniz-Professorinnen-Programm. Ohnehin scheint die Rechtsprechung des EuGH in manchen Hinsichten zu restriktiv.
3. Auch das AGG steht dem Leibniz-Professorinnen-Programm nicht entgegen. Das AGG dient der Umsetzung europäischen Antidiskriminierungsrechts und stellt keine erhöhten Anforderungen gegenüber positiven Maßnahmen.
4. Der gleiche Zugang zu jedem öffentlichen Amte nach der jeweiligen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG kann zum einen durch öffentliche Ausschreibung, zum anderen aber auch durch alternative Verfahren, die ebenso wie eine Ausschreibung eine Bestenauslese ermöglichen, gesichert werden. Das Verfassungsrecht steht ad-personam-Berufungen somit nicht grundsätzlich entgegen.
5. Einige Bundesländer sehen bereits die Möglichkeit von ad-personam-Verfahren vor. Die Vorschriften zur Regelung von Ausnahmen sind sehr vielfältig, so dass in jedem Einzelfall eine genaue Analyse vorzunehmen ist, ob eine dieser Ausnahmen passt. Teils hängt die Möglichkeit von „normalen“ Berufungsverfahren abzuweichen davon ab, ob seitens der Hochschulen bestimmte Vereinbarungen getroffen wurden bzw. wie die Satzungen oder Grundordnungen der jeweiligen Hochschule ausgestaltet sind.
6. In Ländern ohne Ausnahmenvorschriften oder wenn keine der Ausnahmenvorschriften einschlägig sind sowie auf Bundesebene kann das Verfahren zur Besetzung der Stelle im Leibniz-Professorinnen-Programm als offenes Berufungsverfahren durchgeführt werden. Der Umstand, dass im laufenden Berufungsverfahren ein Antrag im Leibniz-Professorinnen-Programm gestellt wird, steht der Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens nicht entgegen, wenn bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden.