

Die Entscheidung über die Anpassung von Leistungsbezügen obliegt allein dem Gesetzgeber. Auch ein Modellwechsel ist nicht unzulässig. Angesichts des strikten verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts für beamtenrechtliche Bezüge ist davon auszugehen, dass der Rechtsfehler in Gestalt einer gesetzeslosen Gewährung derart schwer wiegt, dass er zur Nichtigkeit

des Verwaltungsakts führt. Zudem deutet manches darauf hin, dass der beamtete Hochschullehrer einen „gesetzlosen“ Verwaltungsakt, d. h. einen Verwaltungsakt, dem von Anfang an eine tragfähige Rechtsgrundlage fehlt, auch als offenkundig fehlerhaft und damit nichtig ansehen wird.

Aller wohlmeinenden Fürsorge gegenüber verfassungswidrig zu niedrig besoldeten Professoren zum Trotz sind der Universität die Hände gebunden; sie hat die gesetzgeberische Neuregelung abzuwarten.⁸⁰ Diese Umsetzung verfassungsgerichtlicher Vorgaben schreibt sich keineswegs von selbst: So ist zunächst zu entscheiden, ob das Modell der Leistungsbezüge überhaupt beibehalten werden soll.⁸¹ Sodann ist danach zu bewerten, wie hoch das Grundgehalt eines Professors bemessen sein muss, um amtsangemessen zu sein. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Abstand von W2 und W3 nicht einfach mittels Anhebung der W2-Besoldung nivelliert werden darf.⁸² Schließlich sollte eine Klageflut von vornherein dadurch verhindert werden, dass das Grundgehalt ohne Einbeziehung etwaiger bereits gewährter Leistungsbezüge erhöht wird.⁸³ Denn eines hat die Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* den Beamten ganz richtig gezeigt: Man darf seinen Dienstherrn verklagen und kann damit auch Erfolg haben.⁸⁴

-
- 80) Konkrete Regelungsoptionen formuliert bspw. *Battis*, PersR 2012, S. 197, 199 f.
- 81) Näher zu Gestaltungen von Leistungsbezugsmodellen *Budjarek*, DÖV 2012, S. 265, 470 ff.; *Classen* (Fn. 20), S. 465, 467 sowie *Knopp*, LKV 2012, S. 145, 148.
- 82) Zum systeminternen Besoldungsvergleich und der Vergleichsmethodik vgl. *Wolff* (Fn. 3), S. 145, 147 f. sowie die Kritik von *Schwabe*, NVwZ 2012, S. 610, 612 ff.
- 83) Zur die W-Besoldung betreffenden (spezifischen verfassungsrechtlichen) Rechtsprechung *Knopp* (Fn. 81), S. 145, 146 f.; zur Rechtsprechung des BVerfG nach der der Föderalismusreform I *Wolff* (Fn. 3), S. 145.
- 84) Zur besonderen Bedeutung des (verfassungs)gerichtlichen für Beamte *Wolff* (Fn. 3), S. 145, 148.

Rechtsqualität von Auswahlentscheidungen im Stellenbesetzungsverfahren

Prof. Dr. Sabrina Schönrock

Mit seiner Entscheidung vom 4. November 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht seine ständige Rechtsprechung aufgegeben, wonach sich eine Ernennung in ihren rechtlichen Wirkungen auf die Sphäre der ernannten Person beschränke und keine Regelungs- oder Gestaltungswirkung für die in der Auswahl gescheiterten Bewerber entfalte. Demnach greift die auf die Auswahlentscheidung folgende Ernennung in die Rechte der unterlegenen Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG ein. Hieraus wird teilweise sowohl in Rechtsprechung als auch in Literatur gefolgert, dass bereits die Auswahlentscheidung selbst einen die abgelehnten Bewerber belastenden Verwaltungsakt darstellt. Die Frage der Rechtsqualität der Auswahlentscheidung hat Auswirkungen auf das Verwaltungs- sowie das einschlägige Rechtsschutzverfahren.

I. Einleitung

In seinem Urteil vom 4. November 2010 hatte das BVerwG dem Antrag eines unterlegenen Bewerbers für das Amt des Prä-

sidenten des OLG Koblenz dahingehend stattgegeben, die Ernennung des ausgewählten Bewerbers und dessen Einweisung in die entsprechende Planstelle aufzuheben und den Dienstherrn zur erneuten Bescheidung der Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten.¹ In seiner Begründung führt das BVerwG unter Anderem aus, dass eine Ernennung, die im Anschluss an ein Auswahlverfahren unter mehreren Bewerbern zugunsten der ausgewählten Person ausgesprochen wird, ihrem Regelungsgehalt nach auf unmittelbare Rechtswirkung auch für diejenigen gerichtet ist, die sich erfolglos um das Amt beworben haben.²

Mit dieser Entscheidung hat das BVerwG von seiner bisherigen Rechtsprechung zum Konkurrenzschutz im Beamtenrecht Abstand genommen und die Ernennung als Verwaltungsakt mit Drittwirkung qualifiziert.³ Es trifft in der vorgenannten Entscheidung des Weiteren die Feststellung, dass die Ernennung an die Auswahlentscheidung gebunden ist und diese bestätigt.⁴ Damit stellt sich die Frage, ob es sich bei der Auswahlentscheidung selbst um einen ernennungsähnlichen Verwaltungsakt handelt, und wenn ja, ob dieser ebenfalls Drittwirkung im Sinne des § 80a VwGO entfaltet. Das BVerwG macht hierzu keine ausdrückliche Aussage. Insbesondere kann die Bezeichnung der Auswahlentscheidung als eine „einheitliche, rechtlich untrennbare Entscheidung“,⁵ nicht ohne Weiteres im Sinne der Qualifizierung derselben als Verwaltungsakt mit Drittwirkung gewertet werden, denn diese Formulierung steht in unmittelbarem Zusammenhang zum vorangegangenen Halbsatz, wonach die gesonderten Mitteilungen an die Bewerber keine eigenständigen Entscheidungen darstellen. Dennoch haben Teile der

-
- 1) BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 – BVerwGE 138, 102 ff. = ZBR 2011, 91 ff. = NVwZ 2011, 358 ff.; ausführlich zu diesem Urteil *Battis*, DRiZ 2011, S. 174 f.; *Herrmann*, NJW 2011, S. 653 ff.; *Munding*, DVBl 2011, S. 1512 ff.; v. *Roetteken*, ZBR 2011, S. 73 ff.; *Schenke*, NVwZ, 2011, S. 321 ff.
- 2) BVerwG (Fn. 1), BVerwGE 138, 102 (105), juris, Rn. 28.
- 3) *Kühnbach*, ZBR 2012, S. 95 (95 f.); v. *Roetteken* (Fn. 1), S. 73 (73), ders., jurisPR-ArbR 19/2011, Anm. 6.
- 4) BVerwG (Fn. 1), BVerwGE 138, 102 (108), juris, Rn. 26.
- 5) BVerwG (Fn. 1), BVerwGE 138, 102 (108), juris, Rn. 25.