Kommunales Personal- und Organisationsmanagement

Böhle

2. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-78113-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

§ 5 Einstellungs- und Stellenbesetzungsverfahren

Übersicht

Rn.

I. Einstellung von Arbeitnehmern 1
1. Schritt 1 – Entscheidung zur Besetzung einer Stelle 2
2. Schritt 2 – Anforderungsprofil erstellen 5
a) Abgrenzung öffentlicher und privater Arbeitgeber 6
aa) „Öffentlicher Arbeitgeber“ iSv Art. 33 Abs. 2 GG 6a
bb) „Öffentlicher Arbeitgeber“ iSd Schwerbehindertenrechts 7b
b) Prinzip der Bestenauslese 8
c) Inhalt des Anforderungsprofils 12
d) Keine nachträglichen Änderungen 17
3. Schritt 3 – Prüf-, Unterrichtungs- und Meldepflichten 18
a) Definition: „Schwerbehinderter Mensch“ 20
b) Definition: „Gleichgestellter behinderter Mensch“ 21
c) Besetzbarkeit mit schwerbehinderten Menschen? 22
d) Beteiligung von PR und Schwerbehindertenvertretung 23
e) Meldung bei der Arbeitsagentur 24
4. Schritt 4 – Mittel der Personalakquise 25
a) Möglichkeiten zur Bewerbersuche 26
b) Personalmarketing und Employer Branding 27
5. Schritt 5 – Stellenausschreibung 28
a) Keine Ausschreibungspflicht 30
b) Mitbestimmung 31
c) Inhalt der Ausschreibung 32
aa) Diskriminierungsfreiheit 33
bb) Leistungskriterien 36
cc) Form der Bewerbung 37
dd) Angaben zu Bewerbungsunterlagen 38
ee) Bewerbungsfrist 39
ff) „Schwerbehinderte bevorzugt“!? 40
gg) „Frauen bevorzugt“!? 41
hh) „Teilzeit möglich“ 43
ii) „Wir bieten Ihnen“ 44
d) Fehlerhafte Ausschreibung 45
6. Schritt 6 – Die Vorauswahl 46
a) Leistungsvergleich nach Anforderungsprofil 47
b) Zeitpunkt der Vorauswahl 50
c) Bewerbungen schwerbehinderter Menschen 51
aa) Pflicht zur Kenntnisnahme 52
bb) Unterrichtung Schwerbehindertenvertretung und PR 55
7. Schritt 7 – Die Dokumentation 56
a) Dokumentation und Datenschutz 57
b) Pflicht zur Dokumentation 59
c) Inhalt der Dokumentation 60
8. Schritt 8 – Vorstellungsgespräche/Bewerberinterviews 61
a) Wer nimmt teil? 62
aa) Auswahlgremium 63
bb) Teilnahme Dritter 64
(1) Schwerbehindertenvertretung 65
(2) Personalrat 66
b) Wer wird eingeladen? 67
c) Wann sind Schwerbehinderte einzuladen? 68
d) Wie wird eingeladen? 71
e) In welcher Form sollen die Gespräche stattfinden (in Präsenz oder digital) 71a

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Rn.
f) Wie sind die Gespräche zu strukturieren? ... 71d
g) Wie sind die Gespräche vorzubereiten und durchzuführen? ... 72
aa) Gesprächsleitlinien und Fragenkatalog ... 73
bb) Fragetechniken ... 80
cc) Fragetypen ... 86
dd) Zulässige und unzulässige Fragen? ... 87
(1) Schwangerschaft, Kinder, AGG-Merkmale ... 88
(2) Gesundheitszustand und Impfungen ... 89b
(3) Impfungen ... 89c
(a) Ohne gesetzliche Erlaubnis kein Fragerecht ... 89d
(aa) Masernschutzimpfung ... 89e
(bb) COVID-19-Schutzimpfungen ... 89f
(4) Vorstrafen und Ermittlungsverfahren ... 90
(5) Vermögensverhältnisse und Schulden ... 91
(6) Mitgliedschaft in Gewerkschaft, Parteien, Vereinen ... 92
ee) Klassische Beobachtungs- und Bewertungsfehler ... 93
f) Wie sind Vorstellungsgespräche zu dokumentieren? ... 95
g) Sind Reisekosten zu erstatten? ... 96
9. Schritt 9 – Einstellungstests und Probearbeit ... 97
a) Einstellungstests & Assessment-Center ... 98
b) Probearbeit/Einfühlungsverhältnis ... 102
aa) Einfühlungsverhältnis ... 103
bb) Probearbeit ... 104
10. Schritt 10 – Background-Checks ... 105
a) Internet-Recherche ... 106
b) Informationsbeschaffung bei Dritten ... 107
11. Schritt 11 – Die Auswahlentscheidung ... 108
a) Auswahlkriterien ... 109
b) Erkenntnisse aus Zeugnissen/dienstlichen Beurteilungen ... 110
c) Dokumentation ... 111
d) Keine Mitbestimmung ... 112
e) Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ... 113
f) Weitere Erörterungs- und Anhörungspflichten ... 114
12. Schritt 12 – Beteiligung des Personalrats ... 115
a) Voraussetzungen ... 116
b) Rechtzeitige und umfassende Unterrichtung ... 117
c) Begründung der Einstellung ... 121
d) Zustimmungsfrist ... 122
e) Zustimmungsfiktion ... 123
f) Zustimmungsverweigerung ... 125
g) Verweigerungsgründe ... 126
h) Rechtsfolgen ... 129
13. Schritt 13 – Die endgültige Besetzungsentscheidung ... 130
a) Entscheidung des Einstellungsberechtigten ... 130
b) Mitteilungspflichten ... 131
aa) Bei Erfüllung der Schwerbehinderten-Quote ... 132
bb) Bei Nichterfüllung der Schwerbehinderten-Quote ... 133
14. Schritt 14 – Die Absagen ... 134
a) Absagezeitpunkt – Zweiwochenfrist ... 135
b) Form der Absage ... 139
c) Inhalt der Absageschreiben ... 140
d) Ausnahme: Absage an Schwerbehinderte ... 141
e) Zugang der Absage ... 143
15. Schritt 15 – Umgang mit Auskunftsersuchen ... 144
a) Kein Auskunftsanspruch nach AGG ... 145
b) Auskunftsansprüche im öffentlichen Dienst ... 146
16. Schritt 16 – Einstellungsuntersuchung ... 148

buch-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Rn.
17. Schritt 17 – Führerschein & Führungszeugnis 152
a) Vorlage eines Führerscheins 153
b) Vorlage eines Führungszeugnisses 154
18. Schritt 18 – Vertragsunterzeichnung 158
19. Schritt 19 – Rücksendung der Unterlagen 159
20. Schritt 20 – Datenspeicherung und -löschung 160
II. Stellenbesetzung bei Beamten 162
1. Beamter oder Arbeitnehmer 163
2. Freie Planstelle 166
3. Stellenausschreibung 168
a) Bewerberverfahrensanspruch 169
b) Inhalt der Stellenausschreibung 170
4. Bestenauslese 173
a) Eignung 174
aa) Gesundheitliche Eignung 175
bb) Charakterliche Eignung 176
cc) Lebensalter 179
b) Befähigung 180
c) Fachliche Leistung 182
5. Dokumentation 184
6. Abbruch des Auswahlverfahrens 185
Anlage 1: Dokumentationsbeispiel – Vorauswahl 186
Anlage 2: Fragenkatalog Vorstellungsgespräch 187
Anlage 3: Bewertungsbogen Vorstellungsgespräche 188
Anlage 4: Rechte der Schwerbehindertenvertretung 189
Anlage 5: Checkliste: Einstellungsverfahren von A bis Z 190
Anlage 6: Checkliste: Eine letzte Prüfung vor der Unterschrift 191

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

I. Einstellung von Arbeitnehmern

Neben der Qualifizierung und Bindung des vorhandenen Personals ist die Einstellung gut ausgebildeter Tarifbeschäftigter das Rückgrat jeder effizienten Verwaltung und jedes erfolgreichen Unternehmens (zur Einstellung von Beamten → Rn. 162 ff.). Und dennoch – das Einstellungsverfahren stellt Arbeitgeber im öffentlichen Dienst vor gewaltige Herausforderungen. 1

Nachfolgend wird in 20 Einzelschritten eingehend und praxisorientiert erläutert, wie Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes rechtsicher die Einstellung von Arbeitnehmern vornehmen können. Dabei wird das gesamte Verfahren intensiv beleuchtet – von der Entscheidung, dass eine freie Stelle neu- oder wiederbesetzt werden soll (Schritt 1) bis zur endgültigen Auswahl des bestgeeigneten Bewerbers bzw. der bestgeeigneten Bewerberin (Schritt 13). Dabei wird ua auch eingegangen auf die Mitbestimmung des Personalrats (Schritt 12), die Vertragsunterzeichnung (Schritt 18) und Themen wie Datenspeicherung und -löschung (Schritt 20).

Eine **Checkliste,** anhand derer sich die wichtigsten Schritte bei der konkreten Stellenbesetzung einfach überprüfen lassen, findet sich in Anlage 5 → Rn. 190.

1. Schritt 1 – Entscheidung zur Besetzung einer Stelle

Der erste Schritt des Einstellungsprozesses ist die Beantwortung der Frage, ob es eine freie Stelle gibt, die **neu- oder wiederbesetzt** werden soll. Dies kann zB der Fall sein, wenn eine bereits vorhandene Stelle frei wird. Hier sollte jedoch vor der Neubesetzung geprüft werden, ob eine Wiederbesetzung notwendig und sinnvoll ist. In Zweifelsfällen kann sich 2

die Einholung eines Organisationsgutachtens anbieten. Wird eine Stelle neu geschaffen, liegt das Besetzungserfordernis dagegen auf der Hand. Ausführlich zur Personalplanung → § 1 Rn. 1 ff.

3 Zudem stellt sich die Frage, ob die Stelle mit **Beamten und/oder Tarifbeschäftigten** besetzt werden soll/kann (zur Stellenbesetzung mit Beamten → Rn. 162). Besteht kein Funktionsvorbehalt zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben und kommen für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle daher sowohl Tarifbeschäftigte als auch Beamte in Frage, so darf die Bewerberauswahl nicht von der Art des Rechtsverhältnisses abhängig gemacht werden (BAG 18.9.2001 – 9 AZR 410/00 Rn. 31). Art. 33 Abs. 2 GG enthält kein Vorzugsrecht für Beamte und verbietet eine entsprechende Ungleichbehandlung (BAG 2.12.1997 – 9 AZR 445/96 Rn. 28). Wird eine Stelle gleichermaßen für Beamte und Tarifbeschäftigte geöffnet, dürfen ohne sachlichen Grund, keine Anforderungen gestellt werden, die nur Beamte erfüllen können (BAG 18.9.2001 – 9 AZR 410/00). Bei der vergleichenden Leistungsbewertung stellen sich hier zumeist erhebliche Probleme → § 10 Rn. 23–27.

> **Merke:**
> Hat sich der Arbeitgeber für die Besetzung einer freien oder neu geschaffenen Stelle entschieden, sollte er sich bereits zu diesem frühen Zeitpunkt überlegen, ob er die Stelle nach den haushaltsrechtlichen Vorgaben
> – mit Arbeitnehmern und/oder Beamten,
> – befristet oder unbefristet bzw.
> – in Vollzeit oder Teilzeit (wieder-)besetzen will und
> – wie die Stelle zu bewerten ist.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

4 Auch der öffentliche Arbeitgeber ist bei der Schaffung von Stellen und der Wahl des Besetzungsverfahrens (Ausschreibung mit Auswahlverfahren, Umsetzung, Versetzung oder Beförderung) frei. Dazu stellt das BAG in seiner Entscheidung vom 3.12.2019 – 9 AZR 78/19, Rn. 26 grundsätzlich fest:

Ob, in welcher Gestalt und zu welchem Zeitpunkt eine Stelle besetzt werden soll, entscheidet der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen.

4a Im Fall der Schaffung einer neuen Stelle muss ein Arbeitgeber, bei dem ein Personalrat existiert, allerdings dessen **Beteiligungsrechte bei der Personalplanung** beachten (ausführlich zur Personalplanung → § 1 Rn. 1 ff. sowie zur Personalentwicklung, insbes. zur Personal- und Bedarfsanalyse → § 7 Rn. 21–38. Dem Personalrat kommt dabei nach § 87 Abs. 1 BPersVG und den meisten Personalvertretungsgesetzen der Länder ein Anhörungsrecht zur Personalplanung zu (zB § 87 Abs. 1 Nr. 2 BWLPVG). In seltenen Ausnahmefällen kommt in Bayern, Berlin und im Saarland anstelle dieses umfassenden Anhörungsrechts auch ein über die Anhörung hinausgehendes Mitwirkungsrecht in Betracht (Art. 76 Abs. 2 Nr. 5 BayPVG „Aufstellung von Grundsätzen über die Personalbedarfsberechnung"; § 90 Nr. 5 BlnPersVG „Anmeldung für Dienstkräfte im Rahmen der Entwürfe für den Haushaltsplan, Änderungen der Stellenrahmen und der Dienstposten- und Arbeitsbewertung sowie Stellenverlagerungen" und § 83 Abs. 1 Nr. 1 SPersVG „Aufstellung von Organisationsplänen und des Stellenplanentwurfs").

4b Eine Stellenbesetzung liegt nicht vor, wenn Teilzeitbeschäftigte die Arbeitszeit erhöhen, ohne dass damit eine Übertragung höherwertiger tätigkeiten verbunden ist. Das Prizip der Bestenauslese → Rn. 8, 173 greift im Falle einer reinen Arbeitszeiterhöhung nicht. Der Arbeitgeber muss deshalb einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer **Arbeitszeiterhöhung** angezeigt hat, bei gleicher Eignung nicht bevorzugt berücksichtigen. In diesem Fall ist er grundsätzlich in der Auswahl frei, welchen Teilzeitbeschäftigten er eine Verlängerung der Arbeitszeit anbietet (BAG 27.2.2018 – 9 AZR 167/17 Rn. 30; 17.10.2017 – 9 AZR 192/17 Rn. 30).

2. Schritt 2 – Anforderungsprofil erstellen

Auf die Frage, mit wem die vorhandene Stelle neu- oder wiederbesetzt werden soll, liefert das Anforderungsprofil die richtige Antwort. Es ist das **zentrale Instrument** des Einstellungsprozesses. Das Anforderungsprofil dient dazu, den Rahmen der Bewerbersuche abzustecken. Dabei hilft ein gut geschneidertes Anforderungsprofil nicht nur, den Verwaltungsaufwand zu reduzieren und das Risiko von Diskriminierungen zu verringern. Es dient dem Arbeitgeber auch dazu, schnell und effizient zur bestmöglichen Neubesetzung seiner Stelle zu gelangen (BAG 1.12.2020 – 9 AZR 192/20 Rn. 27). 5

Die Erstellung eines Anforderungsprofils zwingt dazu, sich bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt mit **Art und Umfang der Tätigkeit** auseinanderzusetzen, die Anforderungen an den Bewerber ganz konkret zu durchdenken und anschließend zu formulieren. Die Erkenntnisse, die der Arbeitgeber hier gewinnt, weisen ihm im weiteren Bewerbungsverfahren den Weg. Sie helfen ihm auf die richtige Art und Weise, nach einem geeigneten Kandidaten zu suchen. Darüber hinaus schränkt ein sorgfältig angefertigtes Anforderungsprofil den Bewerberkreis bereits frühzeitig ein. Es hilft so, einen hohen Verwaltungsaufwand durch die Bearbeitung unbrauchbarer Bewerbungen und auch das Risiko einer Inanspruchnahme nach dem AGG zu vermeiden.

Bei der Erstellung eines Anforderungsprofils ist zwischen öffentlichen und privaten Arbeitgebern zu unterscheiden → Rn. 6f. Während Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes verpflichtet sind ein Anforderungsprofil zu erstellen → Rn. 11ff., 47, ist dies für private Arbeitgeber zwar empfehlenswert – die Entscheidung darüber steht diesen aber grundsätzlich frei.

a) Abgrenzung öffentlicher und privater Arbeitgeber

Im Zusammenhang mit der Erstellung eines Anforderungsprofils, den Förderpflichten gegenüber schwerbehinderten Menschen und der Frage, für wen das Prinzip der Bestenauslese → Rn. 8, 173 gilt, stellt sich die Frage, wer **Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes** ist. 6

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Wichtig!

Diese Frage ist jeweils anders zu beantworten, je nachdem, ob es um

- die **Anwendung des Prinzips der Bestenauslese** und den **Bewerbungsverfahrensanspruch** nach Art. 33 Abs. 2 GG geht. Hier können unter bestimmten Umständen auch Arbeitgeber in privater Rechtsform unter den Begriff des öffentlichen Arbeitgebers fallen, wenn sie in öffentlicher Trägerschaft stehen → Rn. 6a.

oder

- um die **Verfahrens- und Förderpflichten schwerbehinderter Bewerber** gem. § 165 S. 3 **SGB IX** (wie die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch) geht. Arbeitgeber in privater Rechtsform fallen hier nicht unter den Begriff des öffentlichen Arbeitgebers. Sie sind deshalb nicht verspflichtet schwerbehinderte Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen → Rn. 7b, 68.

aa) „Öffentlicher Arbeitgeber" iSv Art. 33 Abs. 2 GG. Art. 33 Abs. 2 GG regelt den gleichen Zugang zu allen öffentlichen Ämtern. Die Verfassungsnorm ermöglicht jedem Bürger entsprechend seiner Fähigkeiten den Eintritt in den öffentlichen Dienst und vermittelt einen einklagbaren Anspruch auf chancengleiche Berücksichtigung in Stellenbesetzungsverfahren (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch). Unter den **Begriff „öffentlicher Dienst"** in diesem Anwendungsbereich fallen neben dem unmittelbaren Staatsdienst folgende Arbeitgeber, insbesondere 6a

- alle Gebietskörperschaften (Bezirke, Landkreise, Städte und Gemeinden),
- Verbände von Gebietskörperschaften (zB Verwaltungsgemeinschaften, Zweckverbände, soweit sie öffentlich-rechtlich organisiert sind),

– sonstige Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts (zB Kommunalunternehmen), aber auch
– privatrechtlich organisierte Arbeitgeber in 100 %iger öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, bei denen Arbeitsaufgaben erledigt werden, die der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dienen und mit denen nicht rein erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen werden.

7 Nach der Entscheidung des BAG vom 12.4.2016 kommt es dabei nicht auf die Rechtsform des jeweiligen Arbeitgebers an (BAG 12.4.2016 – 9 AZR 673/14 Rn. 18). Vom Begriff des öffentlichen Amts in Art. 33 Abs. 2 GG umfasst seien demnach grundsätzlich sämtliche vom Staat (Bund, Länder, Gemeinden; unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung) bereitgestellten Positionen. Dabei sei es gleichgültig, ob diese mit **Beamten oder Arbeitnehmern** zu besetzen sind. Es genüge, dass die Stelle der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen sei. Das sei der Fall, wenn sie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben diene.

7a Auf die Organisationsform, in der der Staat tätig wird, kommt es nicht an. Unter den Begriff des öffentlichen Amts iSd Art. 33 Abs. 2 GG können deshalb auch Stellen bei öffentlichen **Betrieben in privater Rechtsform** fallen (BAG 12.4.2016 – 9 AZR 673/14 Rn. 18). Jedenfalls soweit die öffentliche Gewalt in privater Rechtsform öffentliche Aufgaben wahrnimmt und nicht rein erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt, bedarf es zum Schutz der im öffentlichen Interesse liegenden Effizienz der Staatsorganisation und des Vertrauens der Bürger in den Staat sowie zum Schutz der Bewerber vor der Vergabe von Ämtern aus sachwidrigen Motiven der Absicherung durch das Prinzip der Bestenauslese (BAG 12.4.2016 – 9 AZR 673/14 Rn. 18).

Dabei ist unerheblich, ob der Stelleninhaber selbst nach außen auftritt oder hoheitlich tätig wird. Solange die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden **Arbeitsaufgaben zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben** beitragen – sei es auch nur durch unterstützende, koordinierende oder vorbereitende Tätigkeiten – besteht ein schutzwürdiges Interesse der Öffentlichkeit und der Bewerber daran, dass solche Stellen nach dem Grundsatz der Bestenauslese vergeben werden (BAG 12.4.2016 – 9 AZR 673/14 Rn. 23).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

7b **bb) „Öffentlicher Arbeitgeber" iSd Schwerbehindertenrechts.** Im SGB IX wird der Begriff des öffentlichen Arbeitgebers enger verstanden. Hier werden nur Arbeitgeber erfasst, die **in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform organisiert** sind. Dies ergibt sich aus § 154 Abs. 2 SGB IX. Neben bestimmten Bundes- (Nr. 1) und Landesbehörden (Nr. 2) sind öffentliche Arbeitgeber alle sonstige Gebietskörperschaften und jeder Verband von Gebietskörperschaften (Nr. 3) und alle sonstigen Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts (Nr. 4).

> Merke:
> Arbeitgeber in privater Rechtsform sind keine öffentlichen Arbeitgeber iSd Schwerbehindertenrechts. Sie sind deshalb nicht verpflichtet, Schwerhinderte gem. § 165 S. 3 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Auch dann nicht, wenn sie zu 100 % in öffentlicher Trägerschaft stehen (BAG 16.5.2019 – 8 AZR 315/19 Rn. 27).

b) Prinzip der Bestenauslese

8 Von größter Bedeutung ist das Anforderungsprofil für **Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes** (zum Begriff s. → Rn. 6a–7a. Diese sind an das Prinzip der Bestenauslese gebunden. Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet alle öffentlichen Arbeitgeber, jedem Bewerber den gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst zu gewährleisten. Dabei darf die Auswahl ausschließlich nach der Eignung → Rn. 9, Befähigung → Rn. 10 und fachlichen Leistung → Rn. 11 der Bewerber für die zu besetzende Stelle erfolgen. Anforderungen, die zur Erfüllung der Aufgaben nicht erforderlich und sinnvoll sind, dürfen nicht gestellt werden.

Allerdings steht auch dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Ermessensspielraum zu.

8a Da Prinzip der Bestenauslese ist ein **grundrechtsgleiches Recht** aller Bewerberinnen und Bewerber auf chancengleiche, faire und transparente Beteiligung am Einstellungsverfahren (BAG 3.12.2019 – 9 AZR 78/19 Rn. 25). Es dient dem Interesse der Allgemeinheit, nur die jeweils am besten qualifizierten Bewerber/innen in öffentliche Ämter zu berufen (BAG 26.4.2021 – 9 AZR 3/21 Rn. 13). Dadurch soll zum einen Korruption, Vetternwirtschaft und Ämterpatronage Vorschub geleistet werden. Der Grundsatz der Bestenauslese soll verhindern, dass andere Bewertungskriterien als Eignung, Befähigung und fachliche Leistung (wie zB politische oder persönliche Verbundenheit oder exekutivische Eigeninteressen) für Personalentscheidungen bestimmend sind (BAG 12.4.2016 – 9 AZR 673/14 Rn. 17).

Zudem sichert das Prinzip der Bestenauslese das öffentliche Interesse an der bestmöglichen Besetzung aller Stellen im öffentlichen Dienst zum Wohle einer funktionsfähigen, effizienten und engagierten Verwaltung (BVerwG 19.3.2015 – 2 C 12.14 – Rn. 49).

Letztlich trägt die Verfassungsnorm aber auch dem berechtigten Interesse der Bewerber und Beförderungsbewerber an einem angemessenen beruflichen Fortkommen Rechnung. Beamten und Tarifbeschäftigten steht deshalb bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes ein **verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch** zu (BAG 28.1.2020 – 9 AZR 91/19 Rn. 30). Dies gilt nicht nur für die Begründung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen, sondern auch für den Zugang zu Beförderungsämtern und -stellen (BAG 6.5.2014 – 9 AZR 724/12 Rn. 10).

> **Merke:**
>
> Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet alle Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes, jede Bewerbung ausschließlich nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu beurteilen. Der am besten geeignete Bewerber bzw. die am besten geeignete Bewerberin hat einen Anspruch auf Besetzung (BAG 11.6.2013 – 9 AZR 668/11 Rn. 16). Wird dieser Anspruch der Bewerber verletzt, können diese im Wege der Konkurrentenklage gegen den Arbeitgeber vorgehen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

9 Zur **Eignung** gehören in diesem Zusammenhang alle anlage- und entwicklungsbedingten Persönlichkeitsmerkmale, psychische und physische Kräfte sowie emotionale und intellektuelle Voraussetzungen der Bewerber, die die Erwartung rechtfertigen, sie würden den Anforderungen der Stelle gerecht werden. Ausführlich zur Eignung iSv Art. 33 Abs. 2 GG auch → Rn. 174–178.

10 Unter dem Begriff **Befähigung** versteht man alle für die dienstliche Verwendung wesentlichen Fähigkeiten, Kenntnisse, Fertigkeiten und sonstigen Eigenschaften, insbes. Vorbildung und Vorerfahrungen (vertiefend → Rn. 180 f.).

11 Die **fachliche Leistung** betrifft die Bewertung des erbrachten Arbeitsergebnisses. Sie ist eher bei Beförderungen als bei der Einstellung relevant. Weitere Informationen zur fachlichen Leistung iSv Art. 33 Abs. 2 GG → Rn. 182 f.

> **Merke:**
>
> Ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, für die zu besetzende Stelle ein Anforderungsprofil festzulegen und dieses nachvollziehbar zu dokumentieren (BAG 7.4.2011 – 8 AZR 679/09). Die Kriterien des Anforderungsprofils dürfen ausschließlich der Bestenauslese dienen. Eignung, Befähigung und fachliche Leistung sind die allein maßgeblichen Kriterien für die Bewerberauswahl; andere Kriterien sind nicht zulässig (BAG 24.1.2013 – 8 AZR 188/12).

c) Inhalt des Anforderungsprofils

12 Das Anforderungsprofil muss die objektiven Anforderungen der Stelle abbilden. Während ein privater Arbeitgeber hier frei ist, die Auswahlkriterien nach seinen Vorstellungen zu bestimmen – diese müssen lediglich diskriminierungsfrei sein → Rn. 16 – sind die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes (zum Begriff → Rn. 6a–7a) an das Prinzip der Bestenauslese gebunden → Rn. 8–11.

Im Anforderungsprofil hat der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes daher, diejenigen **fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten** sowie die **außerfachlichen Kompetenzen** nachvollziehbar zu beschreiben, die der zukünftige Stelleninhaber für eine erfolgreiche Bewältigung der Tätigkeit benötigt (BAG 21.2.2013 – 8 AZR 180/12; BVerwG 3.3.2011 – 5 C 16.10). Hierbei hat auch ein öffentlicher Arbeitgeber, der zur Festlegung eines Anforderungsprofils verpflichtet ist, einen von der Verfassung gewährleisteten Beurteilungsspielraum. Dieser Beurteilungsspielraum ist von den Gerichten nur eingeschränkt überprüfbar. Allerdings müssen die vom Arbeitgeber aufgestellten Anforderungen an die zu besetzende Stelle **sachlich nachvollziehbar** und darauf ausgerichtet sein, den besten Bewerber auszuwählen. Zwingende Anforderungen bedürfen einer sachlichen Rechtfertigung.

Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes muss sachlich nachvollziehbar darlegen können, dass seine Festlegung des Anforderungsprofils den Anforderungen der zu besetzenden Stelle entspricht und den gestellten Anforderungen **keine sachfremden Erwägungen** zugrunde liegen (BAG 5.6.2014 – 9 AZR 724/12 Rn. 14).

> **Merke:**
> Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes hat einen Ermessensspielraum bei der Festlegung der Anforderungen für eine Stelle, solange die Anforderungen sachlich nachvollziehbar sind und sich an den Merkmalen Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Bewerbers orientieren.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

13 Der Arbeitgeber kann sich nicht allein darauf berufen, er habe die Stelle mit einer **Entgeltgruppe** ausgeschrieben, die eine bestimmte Qualifikation verlange (zB ein Hochschulstudium in den Entgeltgruppen 13 bis 15 oder den BL II in den Entgeltgruppen 9 bis 12). Hierzu hat das BAG Folgendes festgestellt:

„Die Beklagte beruft sich ohne Erfolg darauf, sie habe die Stelle mit einer Vergütung nach der 13 TVöD (VKA), entspricht Vergütungsgruppe II, Fallgruppe 1a BAT, ausgeschrieben. Diese Eingruppierung erfordere eine wissenschaftliche Hochschulausbildung. Damit genügt sie ihrer Darlegungslast nicht. Allein aus der angestrebten Eingruppierung kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die zu besetzende Stelle tatsächlich eine wissenschaftliche Hochschulausbildung erfordert. Der Festlegung einer formalen Ausbildungsqualifikation kommt die Aufgabe zu, die durch eine Prüfung nachgewiesene Befähigung zur Erledigung bestimmter Aufgaben abstrakt zu beschreiben (BAG 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 Rn. 34, BAGE 119, 262). Die Beklagte hat keine Umstände dargelegt, aus denen entnommen werden könnte, dass die zu besetzende Stelle inhaltlich wissenschaftliche Bezüge aufweist (vgl. BVerwG 25.9.2012 – 1 WB 44.11, Rn. 50, dort im Zusammenhang mit einer Promotion). Auch ansonsten ist ein akademischer Zuschnitt dieser Stelle (vgl. BAG 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 Rn. 40 mwN, BAGE 119, 262) nicht dargetan. Allein die beabsichtigte Eingruppierung des neuen Stelleninhabers rechtfertigt das Anforderungsprofil nicht. Die – ordnungsgemäße – Eingruppierung folgt vielmehr den zu verrichtenden Tätigkeiten.“ (BAG 5.6.2014 – 9 AZR 724/12 Rn. 16).

14 Die im Anforderungsprofil enthaltenen Anforderungen müssen demnach nicht nur sachlich nachvollziehbar in Bezug auf die konkreten Anforderungen der Stelle, sondern auch **bestimmt genug** sein. Ein bloßer Hinweis auf die vorgesehene Eingruppierung ist auch aus diesem Grund nicht ausreichend. Vielmehr müssen die Leistungskriterien für die Auswahl näher beschrieben werden. Das Anforderungsprofil muss die Kriterien, nach de-