



Ausarbeitung

Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst

Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 062/23
Abschluss der Arbeit: 24.07.2023
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Grundsatz der Bestenauslese, Art. 33 Abs. 2 GG	4
2.1.	Öffentliches Amt	5
2.2.	Begriff des Zugangs	6
2.2.1.	Vorgelagerte Organisationsentscheidungen	6
2.3.	Stellenausschreibung	7
2.3.1.	Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG	7
2.3.2.	Beamtenrecht	8
2.3.2.1.	§ 8 Abs. 1 Satz 1 BBG	8
2.3.2.2.	§ 8 Abs. 1 Satz 2 BBG	9
2.3.2.3.	Ausnahmen	9
2.3.3.	Tarifrecht	10
2.3.4.	Zusammenfassung	11
2.4.	Anforderungsprofil	11
2.5.	Auswahlentscheidung	12

1. Einleitung

An die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages wurde die Fragestellung herangezogen, welche rechtlichen Vorgaben bei externen Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst des Bundes zu beachten sind.

Aufgabe jeder Behörde ist es, dafür Sorge zu tragen, dass die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung von den Beschäftigten wahrgenommen werden, die diese bestmöglich erfüllen können. Grundlage für einen möglichst effektiven Personaleinsatz ist das in Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz (GG) verankerte Prinzip der Bestenauslese mit verbindlichen Kriterien, die bei Personalauswahlentscheidungen zu berücksichtigen sind. Das mit der Bestenauslese einhergehende Leistungsprinzip sichert das öffentliche Interesse an der bestmöglichen Besetzung aller Stellen im öffentlichen Dienst zum Wohle einer funktionsfähigen, effizienten und engagierten Verwaltung.

2. Grundsatz der Bestenauslese, Art. 33 Abs. 2 GG

Art. 33 GG ist die Basisnorm für den öffentlichen Dienst und ist für den Bund unmittelbar bindendes Verfassungsrecht.¹ Art. 33 Abs. 2 GG regelt den Zugang zu öffentlichen Ämtern. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Somit sind öffentliche Ämter nach Maßgabe der Bestenauslese zu besetzen. Die Geltung dieses Grundsatzes wird durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können folglich grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen.²

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) betrifft der Begriff der Eignung als sogenannte Eignung im engeren Sinne vorrangig die persönlichen, charakterlichen, körperlichen, psychischen und geistigen Merkmale einer Person und „darüber hinaus die Fähigkeit und die innere Bereitschaft, die dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten“.³ Die Merkmale der Befähigung und der fachlichen Leistungen sollen demgegenüber die fachliche Qualifikation der Person erfassen.⁴ So solle die Befähigung auf allgemein

1 Hense in: BeckOK Grundgesetz, 55. Edition, Stand: 15.05.2023, Art. 33, Vorbemerkung.

2 BVerfG, Beschluss vom 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11, Rn. 12.

3 BVerfG, Urteil vom 08.07.1997 – 1 BvR 1243/95, 1 BvR 1247/95, 1 BvR 744/96, NJW 1997, S. 2312; BVerfG, Beschluss vom 21.02.1995 – 1 BvR 1397/93, BVerfGE, 91, 140, 151.

4 BVerfG, Beschluss vom 20.04.2004 – 1 BvR 838/01, 1 BvR 1303/01, 1 BvR 340/02, 1 BvR 1436/01, 1 BvR 1450/01, NJW 2004, S. 1935, 1936.

der Tätigkeit zugutekommende Fähigkeiten abzielen, wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung. Fachliche Leistung bedeute Fachwissen, Fachkönnen und (tatsächliche) Bewährung im Fach.⁵

Anderen Gesichtspunkten darf laut Bundesverfassungsgericht bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist.⁶

2.1. Öffentliches Amt

Der Begriff des öffentlichen Amtes wird dabei weit verstanden und ist funktionsbezogen zu verstehen. Er umfasst alle Ämter der Verwaltung, der Bundeswehr und der Rechtsprechung in Bund und Ländern, die mit haupt- oder nebenamtlichen Beamten, Beschäftigten, Richtern, Soldaten, Notaren oder ehrenamtlich Tätigen zu besetzen sind einschließlich privatrechtlicher von Hoheitsträgern errichteter Organisationen, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.⁷ Das Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG bezieht sich somit nicht nur auf die Vergabe von Ämtern in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnis, sondern gilt grundsätzlich in gleicher Weise für eine Beschäftigung in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Auf den in Aussicht genommenen oder den bestehenden Status kommt es dabei nicht an.⁸ Allerdings ist es im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG zulässig, den Zugang zu Arbeitsplätzen, auf denen hoheitsrechtliche Befugnisse auszuüben sind, auf Personen zu beschränken, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis beschäftigt werden sollen oder bereits entsprechend beschäftigt sind. Insofern dürfen Zugangsvoraussetzungen aufgestellt werden, die beamtenrechtlicher Art, insbesondere laufbahnrechtlicher Natur sind und alle ausschließen, die diese spezifischen Anforderungen nicht erfüllen. Die Regelung verbietet jedoch nicht generell, auf entsprechenden Arbeitsplätzen auch Tarifbeschäftigte einzusetzen. Auch begründet Art. 33 Abs. 4 GG keine Individualrechte.⁹ Greift der Funktionsvorbehalt nicht, darf der Zugang zu einem öffentlichen Amt für Arbeitnehmer nicht von beamtenrechtlichen Vorgaben abhängig gemacht werden, die keinen hinreichenden Bezug zu den sachlichen Qualifikationsvoraussetzungen der auf dem Arbeitsplatz wahrzunehmenden Aufgaben haben.¹⁰

5 BVerfG, Beschluss vom 20.04.2004 – 1 BvR 838/01, 1 BvR 1303/01, 1 BvR 340/02, 1 BvR 1436/01, 1 BvR 1450/01, NJW 2004, S. 1935, 1936.

6 BVerfG, Beschluss vom 20.09.2007 – 2 BvR 1972/07, BVerfGK 12, 184, Rn. 8; BVerfG, Beschluss vom 26.11.2010 – 2 BvR 2435/10, NVwZ 2011, S. 746, Rn. 10.

7 Battis in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 33, Rn. 24.

8 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 6.

9 VG Ansbach, Beschluss vom 29. Oktober 2021 – AN 16 E 21.900 – Rn. 50, BVerfG, Beschluss vom 2. März 1993 – 1 BvR 1213/85 – Rn. 114.

10 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 7.

2.2. Begriff des Zugangs

Der Begriff des Zugangs zu öffentlichen Ämtern stellt in erster Linie auf den Eintritt in den öffentlichen Dienst, also die Einstellung ab. Daneben schützt die Regelung des Art. 33 Abs. 2 GG aber auch das persönliche Interesse an einem beruflichen Fortkommen, also die Übertragung eines höher zu bewertenden Arbeitsplatzes.¹¹ Davon unberührt bleibt jedoch die Befugnis des Arbeitgebers, Arbeitsplätze durch Versetzung, Abordnung oder Umsetzung auf einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu besetzen.¹² Entscheidet sich der Dienstherr, eine Stelle nicht unbeschränkt auszu-schreiben, sondern im Wege der Versetzung oder Umsetzung zu besetzen, ist das hiernach durch-zuführende Auswahlverfahren nicht an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG zu messen. Ent-scheidet er sich, eine offene Stelle durch vorhandene Bewerber zu besetzen, und ist damit kein beruflicher Aufstieg von Bewerbern aus niedrigeren Besoldungsgruppen und keine Statusverän-derung verbunden, ist er nicht gehalten, diese Maßnahme an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichten.¹³

Ein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung lässt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG jedoch nicht ab-leiten. Auch liegt es in der Entscheidungsgewalt des Arbeitgebers, zu welchem Zeitpunkt er freie Stellen tatsächlich besetzen will und gegebenenfalls ein Auswahlverfahren einleitet.¹⁴

2.2.1. Vorgelagerte Organisationsentscheidungen

Bevor ein mögliches Auswahlverfahren zur Besetzung freier Stellen eingeleitet wird, hat der Ar-beitgeber im Rahmen seines Organisationsermessens zunächst darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wie viele Stellen mit welcher Wertigkeit besetzt werden sollen und ob entspre-chende Haushaltsmittel zur Verfügung stehen. Auch die Festlegung der zu erledigenden Aufga-ben sowie die hierfür erforderlichen fachlichen und persönlichen Anforderungen müssen im Vorfeld definiert werden. Wie das Verfahren zur Besetzung des entsprechenden Arbeitsplatzes gestaltet – durch eine Ausschreibung oder auf andere Weise – und der Kreis der Bewerber gebil-det werden soll, unterliegt dem vorgelagerten Organisationsermessen.¹⁵

Ob und wie eine Stelle zu besetzen ist, steht somit grundsätzlich im Organisationsermessen des öffentlichen Arbeitgebers, das dem Schutzbereich des Art. 33 GG vorgeschaltet ist. Diese Organi-sationshoheit ist mit einem weiten Gestaltungs-, Beurteilungs-, und Ermessensspielraum verbun-den. Betroffenen steht keine subjektiv-rechtliche Rechtsposition zu, kraft der sie auf dem Organi-sationsermessen des Dienstherrn beruhende Entscheidungen zur gerichtlichen Überprüfung stel-

11 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 10.

12 BAG vom 3. Dezember 2019 – 9 AZR 78/19 – Rn. 26.

13 BVerfG Beschluss vom 28. November 2007 – 2 BvR 1431/07 – Rn. 10.

14 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 13.

15 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 14.

len könnten. Zu diesem Bereich gehört auch die Entscheidung des Dienstherrn, ob er einen Beamteten im Tarifangestellten- oder Beamtenverhältnis an sich binden möchte.¹⁶ Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG ist somit erst auf der Grundlage einer im Rahmen der Organisationsgewalt zur Verfügung gestellten und für die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben gewidmeten Stelle eröffnet. Die organisations- und haushaltsrechtlichen Vorentscheidungen des Dienstherrn sind nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung des Anspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG.¹⁷

2.3. Stellenausschreibung

Unmittelbare Vorgaben, wie eine Bewerbungssituation für eine Personalauswahl herzustellen ist, lassen sich nach herrschender Meinung in der einschlägigen Literatur aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht entnehmen. Auch ein Anspruch auf eine interne oder externe Ausschreibung freier Arbeitsplätze lässt sich nicht ableiten, sondern es wird nur auf die einfachgesetzliche Regelung des § 8 Bundesbeamtengesetz (BBG) auf Bundesebene abgestellt.¹⁸ Vor diesem Hintergrund dient die Stellenausschreibung in erster Linie als Hilfsmittel zur Gewinnung geeigneter Bewerber.¹⁹

2.3.1. Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG

Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt das grundrechtsgleiche Recht des sogenannten Bewerbungsverfahrensanspruchs. Danach hat jeder Bewerber um ein öffentliches Amt – oder bei fehlender Ausschreibung jeder, der von Amts wegen in eine Auswahlentscheidung über die Vergabe des öffentlichen Amtes einzubeziehen ist – das Recht, bei der Vergabe des öffentlichen Amtes einbezogen zu werden. Der Bewerber darf nur aus Gründen unberücksichtigt bleiben, die im Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG stehen.²⁰

Die Ausschreibung von zu besetzenden Stellen stellt somit ein Instrument dar, das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG und damit die Verwirklichung des öffentlichen Interesses an der Bestenauslese zu sichern. Demzufolge ist im Regelfall öffentlich auszuschreiben, und Ausnahmen bedürfen der besonderen Rechtfertigung.²¹

16 VG Ansbach, Beschluss vom 29. Oktober 2021 – AN 16 E 21.900 – Rn. 46, BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 2020 – 2 A 2/20 – Rn. 13, 14.

17 Thomsen in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 29. Edition Stand: 1. November 2022, BBG, § 8, Rn. 7.1.

18 BVerwG Beschluss vom 22. April 1992 – 1 WB 134.91 – , Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 22 m. w. N.

19 Thomsen in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 29. Edition Stand: 1. November 2022, BBG, § 8, Rn. 7.2.

20 BVerwG Beschluss vom 25. Februar 2010 – 2 C 22/09 – Rn. 14.

21 Battis in: Sachs Grundgesetz, 9. Auflage 2021, GG Art. 33, Rn. 40.

Unabhängig vom Umfang der Ausschreibungspflicht²² ist in jedem Fall das Prinzip der Bestenauslese sicherzustellen. Dies gebietet sowohl die objektiv-rechtliche Komponente des Art. 33 Abs. 2 GG als auch der subjektiv-rechtliche Bewerbungsverfahrenanspruch anderer potentieller Bewerber. Der Bewerbungsverfahrenanspruch ist auf eine fehlerfreie, dem Art. 33 Abs. 2 GG genügende Durchführung des Auswahlverfahrens gerichtet. Er ist ein reiner Verfahrensteilhabanspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl und bezieht sich stets auf ein konkretes Stellenbesetzungsverfahren.²³

2.3.2. Beamtenrecht

§ 8 BBG verpflichtet den Dienstherrn im Bereich des Beamtenrechts, alle nach dem Leistungsgrundsatz zu besetzenden Stellen auszuschreiben. Damit ist die Ausschreibung verpflichtender Verfahrensschritt vor der Bewerberauswahl nach § 9 BBG. Nach der Gesetzesbegründung sind Stellenausschreibungen nicht nur für die Vorbereitung von Personalentscheidungen, sondern auch für den Aufbau einer gezielten Personalplanung von grundlegender Bedeutung. Sie dienen dazu, das Leistungsprinzip zu stärken und das Risiko von Fehlbesetzungen zu minimieren und Beschäftigten Informationen über Entwicklungsmöglichkeiten zu geben.²⁴

2.3.2.1. § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG

Die Ausschreibungspflicht nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG gilt nicht nur für die Einstellung ins Beamtenverhältnis, sondern auch für die Übertragung von Beförderungsdienstposten. Die Stellenausschreibung dient als Hilfsmittel zur Vorbereitung einer Auswahlentscheidung auf der Grundlage des Leistungsprinzips. Hat die zuständige Behörde auf sonstige Weise einen Überblick über den für die Stellenbesetzung in Frage kommenden Personenkreis und ist eine dem Leistungsprinzip entsprechende Auswahl gewährleistet, ist dem Grunde nach auch eine Auswahlentscheidung ohne Stellenausschreibung denkbar. Darüber hinaus besteht für eine Stellenausschreibung kein Bedarf, wenn der Dienstherr die Stelle nicht im Wege der Beförderung, sondern durch eine Umsetzung oder Versetzung mit einem Beamten besetzen will, der bereits ein der Stelle entsprechendes Amt innehat. Die statusgleiche Besetzung fällt grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des § 8 BBG, da der Dienstherr bei der Ausübung seines Direktionsrechts zur Übertragung eines anderweitigen Amtes allein an Fürsorge- und Ermessensgesichtspunkten und damit nicht an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden ist.²⁵

22 Jarass in: Jarass/Pieroth Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, GG Art. 33, Rn. 23a.

23 Thomsen in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 29. Edition Stand: 1. November 2022, BBG, § 8, Rn. 28.

24 Thomsen in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 29. Edition Stand: 1. November 2022, BBG, § 8, Rn. 1, siehe auch Bundestagsdrucksache 16/7076, S. 101.

25 Hoffmann in: GKÖD I, Stand 13/22, BBG, § 8, Rn. 8.

Die Ausschreibung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG kann intern oder öffentlich durchgeführt werden. Für die Festlegung der Form ist der Zweck der jeweiligen Ausschreibung zu beachten. Die Ausschreibung muss sich an den Personenkreis wenden, der sich um die Stelle bewerben kann und für eine Teilnahme am Auswahlverfahren nach § 9 BBG in Betracht kommt.

2.3.2.2. § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG

Eine öffentliche Stellenausschreibung ist nach § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG nur für den Fall der Einstellung vorgeschrieben. Eine Einstellung ist eine Ernennung unter Begründung eines Beamtenverhältnisses.²⁶

Die Besetzung herausgehobener Stellen erfolgt regelmäßig aus dem Personenkreis der bereits vorhandenen Beamten und stellt somit keine Einstellung dar. Eine öffentliche Stellenausschreibung ist nur dann notwendig, wenn die Chance für die Verleihung des Amts auch Personen eröffnet werden soll, die noch nicht in einem Beamtenverhältnis zu dem betreffenden Dienstherrn stehen und denen daher das zu besetzende Amt nur durch Begründung eines neuen Beamtenverhältnisses und nicht im Wege einer Beförderung oder Umsetzung übertragen werden kann. Somit steht es häufig im organisatorischen Ermessen der Verwaltung, ob eine bestimmte Stelle öffentlich ausgeschrieben oder verwaltungsintern besetzt wird.²⁷

2.3.2.3. Ausnahmen

Nach § 8 Abs. 1 Satz 3 BBG können Ausnahmen sowohl vom allgemeinen Erfordernis einer Stellenausschreibung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG als auch vom Erfordernis einer öffentlichen Stellenausschreibung nach § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG durch Rechtsverordnung der Bundesregierung zugelassen werden. Die Bundesregierung hat diese Ausnahmen in § 4 Abs. 2 und 3 Bundeslaufbahnverordnung (BLV) definiert. Diese Regelungen sind abschließend.²⁸ § 4 Abs. 2 BLV nennt die Bereiche, für die generell keine Pflicht zur Stellenausschreibung besteht.

Die Ausnahmen betreffen bestimmte Spitzenämter, etwa für Stellen der Staatssekretärinnen und Staatssekretäre und für sonstige politische Beamte (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BLV) oder Vertrauenspositionen, beispielsweise für Stellen der persönlichen Referentinnen und Referenten, (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 BLV) sowie bestimmte Bereiche (§ 4 Abs. 2 Nrn. 3 bis 6 BLV), für die üblicherweise kein leistungsbezogener Wettbewerb besteht.

§ 4 Abs. 3 BLV lässt für den Einzelfall oder eine Gruppe von Fällen Ausnahmen von der an sich bestehenden Pflicht zur Stellenausschreibung zu, und zwar insbesondere dann, wenn es sich nicht um Einstellungen handelt, soweit Gründe der Personalplanung oder des Personaleinsatzes einer Stellenausschreibung entgegenstehen.

Eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht kommt für Spitzenämter in Betracht, die eine besondere Vertrauensstellung voraussetzen. Dies darf allerdings nicht zu einer willkürlichen

26 Hoffmann in: GKÖD I, Stand 13/22, BBG, § 8, Rn. 9-11.

27 Hoffmann in: GKÖD I, Stand 13/22, BBG, § 8, Rn. 12.

28 Thomsen in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 29. Edition Stand: 1. November 2022, BBG, § 8, Rn. 12.

Vergabe der entsprechenden Ämter führen. Vielmehr ist auch hier der Grundsatz der Bestenauslese im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten, selbst dann, wenn für gewisse Leitungsfunktionen ein besonderes Fachwissen oder eine langjährige berufliche Erfahrung notwendig ist, die den Kreis der Bewerber begrenzt. Im Übrigen erscheint eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Stellenausschreibung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 BBG) oder von der besonderen Form der öffentlichen Stellenausschreibung (§ 8 Abs. 1 Satz 2 BBG) dann vertretbar, wenn auf Grund konkreter Umstände, insbesondere hinsichtlich des Personenkreises, der für die Stellenbesetzung in Betracht kommt, kein Bedarf an einer Stellenausschreibung besteht, um eine den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechende Auswahl zu treffen.²⁹

Da bei Einstellungen grundsätzlich das Leistungsprinzip zu beachten ist, ist die Ausnahmebefugnis des § 4 Abs. 3 Nr. 2 BLV zum Verzicht auf eine Stellenausschreibung ausdrücklich auf besondere Einzelfälle zu beschränken.³⁰

2.3.3. Tarifrecht

Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) vertritt die Auffassung, Art. 33 Abs. 2 GG verpflichte den Arbeitgeber nicht, offene Stellen ausschließlich aufgrund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen.³¹ Nach Auffassung des BAG hat der Arbeitgeber aufgrund seiner Organisationsfreiheit das Recht, zwischen verschiedenen Möglichkeiten, eine Stelle zu besetzen, zu wählen. Er ist nicht verpflichtet, offene Stellen ausschließlich auf Grund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen, und hat das Recht, zwischen Umsetzungen, Versetzungen oder Beförderungen zu wählen. Nur soweit es um den beruflichen Aufstieg von Bewerbern mit der Rangordnung nach niedrigeren Besoldungsgruppen geht (sogenannte Beförderung), ist nach Auffassung des BAG zwingend eine Auswahl nach den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG geboten. Wie der öffentliche Arbeitgeber seine Organisationsfreiheit nutzt, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen.³²

Es besteht weder eine gesetzliche noch eine tarifvertragliche Pflicht, Arbeitnehmerstellen öffentlich, also extern auszuschreiben.³³ Statusgruppenübergreifende Ausschreibungsgebote können sich für Arbeitnehmer – abgesehen von Regelungen nach dem Bundesgleichstellungsgesetz

29 Battis in: Battis, Bundesbeamtengesetz, 6. Auflage 2022, BBG § 8, Rn. 7, Hoffmann in: GKÖD I, Stand 13/22, BBG, § 8, Rn. 13.

30 Thomsen in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 29. Edition Stand: 1. November 2022, BBG, § 8, Rn. 12.2.

31 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 23.

32 BAG vom 3. Dezember 2019 – 9 AZR 78/19 – Rn. 26.

33 Conze in: Conze/Karb/Wölk/Reidel, Personalhandbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 7. Auflage 2021, Stellenausschreibung, Rn. 2814.

(BGleiG)³⁴ – nur aus internen Vorgaben in Form von Richtlinien, Verwaltungsanordnungen oder Dienstvereinbarungen ergeben.³⁵

2.3.4. Zusammenfassung

Damit ordnet sowohl das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) als auch das BAG den Verzicht auf eine Ausschreibung der von Art. 33 Abs. 2 GG nicht erfassten Organisationsfreiheit des Arbeitgebers zu.³⁶ Soweit eine Stellenbesetzung im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens erfolgen soll, ist darauf zu achten, dass die Stelle statusübergreifend sowohl für (künftige) Beamte als auch für (künftige) Arbeitnehmer auszuschreiben ist, denn Art. 33 Abs. 2 GG garantiert Arbeitnehmern gleichermaßen wie Beamten den Zugang zu einem öffentlichen Amt, sofern nicht ein Funktionsvorbehalt zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nach Art. 33 Abs. 4 GG besteht.³⁷

Welche Merkmale eine Stellenausschreibung enthalten muss, ist nicht geregelt. Jedoch sind die gesetzlichen Bestimmungen des BGleiG sowie des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu beachten, wonach eine Stellenausschreibung nicht zu einer geschlechtsbedingten, aber auch nicht zu einer sonstigen Benachteiligung führen darf. Jede Ausschreibung ist also grundsätzlich geschlechtsneutral und benachteiligungsfrei zu formulieren.³⁸

2.4. Anforderungsprofil

Für im öffentlichen Dienst zu besetzende Stellen ist zwingend ein Anforderungsprofil zu erstellen. Hier werden die Kriterien für die Bewerberauswahl im Voraus definiert und gelten auch für die gesamte Dauer des Auswahlverfahrens. Dem Anforderungsprofil kommt somit im Rahmen eines Stellenbesetzungsverfahrens eine besondere Bedeutung zu.

Im Anforderungsprofil werden die formalen Anforderungen (sogenannte „harte“ Kriterien wie Schulbildung oder Berufsausbildung), fachlichen Anforderungen (Berufserfahrung, besondere Kenntnisse, bisherige Tätigkeit) und persönlichen Anforderungen (sogenannte „weiche“ Kriterien wie methodische, soziale und persönliche Kompetenzen), die an den zukünftigen Stelleninhaber gestellt werden, festgelegt und dokumentiert. Es gibt Auskunft über die gewünschten Fähigkeiten, die ein Mitarbeiter für die zu besetzende Stelle benötigt.

34 Nach § 6 Abs. 2 BGleiG soll ein freier Arbeitsplatz ausgeschrieben werden, wenn in einem Bereich Frauen unterrepräsentiert sind, um die Zahl der Bewerberinnen zu erhöhen.

35 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 26.

36 Von Roetteken in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage 2022, GG, Art. 33, Rn. 23, BAG vom 3. Dezember 2019 – 9 AZR 78/28 – Rn. 26, BVerwG Beschluss vom 14. Januar 2010 – 6 P 10.09 – Rn. 19.

37 Conze in: Conze/Karb/Wölk/Reidel, Personalhandbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 7. Auflage 2021, Stellenausschreibung, Rn. 2820.

38 Conze in: Conze/Karb/Wölk/Reidel, Personalhandbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 7. Auflage 2021, Stellenausschreibung, Rn. 2810.

Soweit möglich, wird das Anforderungsprofil auf der Grundlage einer vorhandenen Stellenbeschreibung erstellt. Die im Anforderungsprofil genannten leistungsbezogenen Auswahlkriterien müssen in einem engen Zusammenhang mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle stehen. Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, da sich dann die Entscheidung im Auswahlverfahren nicht am Leistungsgrundsatz sondern an sachfremden Erwägungen orientiert.³⁹

Generell gilt, dass der Arbeitgeber bei der Erstellung des Anforderungsprofils in einer Stellenausschreibung des öffentlichen Dienstes zwar einen Ermessensspielraum bei der Festlegung der Anforderungen hat, jedoch müssen diese sachlich nachvollziehbar sein und sich an den Merkmalen Eignung, Befähigung und fachliche Leistung orientieren⁴⁰ und somit der Bestenauslese dienen. Anforderungen, die zur Erfüllung der Aufgaben nicht erforderlich und sinnvoll sind, dürfen nicht gestellt werden. Vielmehr darf das Anforderungsprofil ausschließlich an die Tätigkeit anknüpfen und nicht an persönliche Merkmale des Bewerbers.⁴¹

2.5. Auswahlentscheidung

Mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Arbeitgeber gleichzeitig die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest, an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber gemessen. Aufgrund des Anforderungsprofils sollen einerseits geeignete Bewerber gefunden, andererseits ungeeignete Bewerber schon im Vorfeld der eigentlichen Auswahlentscheidung aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerber ausgeschlossen werden.

Bei der Endauswahl haben Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes das Prinzip der Bestenauslese zu beachten. Die Entscheidung darf ausschließlich aufgrund von Kriterien getroffen werden, die mit der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des ausgewählten Bewerbers in Verbindung stehen. Dies sind in erster Linie die Kriterien des Anforderungsprofils. Der am besten geeignete Bewerber für die ausgeschriebene Stelle hat einen Anspruch auf Besetzung.⁴²

Erweisen sich die Bewerber nach Maßgabe der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung als gleichermaßen qualifiziert für das zu besetzende Amt, dürfen weitere Kriterien hinzugezogen werden.⁴³ Diesen Hilfskriterien darf jedoch erst dann Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung von Bewerbern ergibt.⁴⁴

39 BAG vom 10. Februar 2015 – 9 AZR 554/13 –Rn. 15.

40 Hecht in: Böhle – Kommunales Personal- und Organisationsmanagement, 2. Auflage 2022, § 5, Rn. 12.

41 Langer in: Wichmann/ Langer, Öffentliches Dienstrecht, 8. Auflage 2017, Rn. 478.

42 BAG vom 11. Juni 2013 – 9 AZR 668/11 –Rn. 16.

43 Hense in: BeckOK Grundgesetz, 55. Edition, Stand: 15.05.2023, Art. 33, Rn. 17.

44 BVerwG, Urteil vom 30.06.2011 – 2 C 19/10 –, Rn. 20.

Völlig neue im Anforderungsprofil nicht genannte Kriterien dürfen indes nicht zur Auswahl herangezogen werden – mögen sie auch noch so aussagekräftig und sinnvoll für eine Auswahlentscheidung sein. Will der Arbeitgeber sein Auswahlverfahren auf neue im Anforderungsprofil nicht genannte Kriterien stützen, muss er das Stellenbesetzungsverfahren abbrechen und neu ausschreiben.⁴⁵

Im Übrigen bedarf es einer konkreten und einzelfallbezogenen, die Gesamtpersönlichkeit des Bewerbers in Blick nehmende Würdigung. Dem Dienstherrn kommt im Auswahlverfahren ein Beurteilungsspielraum zu, der nur in dem herkömmlichen gerichtlichen Rahmen überprüft werden kann.⁴⁶

* * *

45 Hecht in: Böhle – Kommunales Personal- und Organisationsmanagement, 2. Auflage 2022, § 5, Rn. 48.

46 BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 BvR 2453/15 – Rn. 19.