

**Anforderungen des Grundgesetzes an Personalauswahlverfahren im
öffentlichen Dienst**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs

Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

der Johannes Gutenberg-Universität

Mainz

vorgelegt von

Assessor Christoph Krieger

2012

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. iur.

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. iur.

Tag der mündlichen Prüfung

23.10.2012

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IX
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Einführung in die Eignungsdiagnostik	6
A. Grundlagen der Eignungsdiagnostik; insbesondere der Begriff der Eignung.....	6
B. Das Vorgehen bei einem Personalauswahlverfahren	7
I. Der typische Ablauf eines Personalauswahlverfahrens.....	8
II. Einzelne Maßnahmen bei einem Personalauswahlverfahren...9	
1. Anforderungsanalyse und Anforderungsprofil	9
2. Festlegung der diagnostischen Instrumente	13
C. Vorstellung der verschiedenen personaldiagnostischen Instrumente	14
I. Schriftliche Bewerbungsunterlagen	14
II. Bewerberinterview.....	16
1. Standardisierte und nicht-standardisierte Interviews	17
2. Fragevarianten	18
III. Assessment-Center	20
1. Verfahren	20
2. Kosten	22
3. Qualitätskriterien.....	22
IV. Intelligenztests.....	23
V. Wissenstests.....	25
VI. Integritätstests (Integrity Tests)	25
VII. Graphologische Gutachten	27
VIII. Arbeitsprobe	27
IX. Biographische Fragebogen.....	28
D. Qualitätsmerkmale der Eignungsdiagnostik	29
I. Validität (Gültigkeit).....	30
1. Konstruktvalidität.....	30
2. Kriterienvalidität	31
3. Inhaltsvalidität.....	33
4. Validität zur Prognose des Berufserfolgs	33
5. Das Kriterium Berufserfolg	34
6. Angabe der Validität	35
II. Objektivität.....	35
III. Reliabilität (Zuverlässigkeit).....	36
1. Innere Konsistenz	37
2. Retestreliabilität, Paralleltestreliabilität.....	39
IV. Effizienz.....	40
E. Die Bewertung der Qualität der einzelnen personaldiagnostischen Instrumente.....	42
I. Schriftliche Bewerbungsunterlagen	42
II. Bewerberinterview.....	42
1. Objektivität	43
2. Reliabilität.....	43
3. Validität	44
4. Effizienz	45

III. Assessment-Center	45
1. Objektivität	45
2. Reliabilität	46
3. Validität	47
4. Effizienz	49
IV. Intelligenztests.....	49
1. Validität	49
2. Objektivität	52
3. Reliabilität.....	52
4. Normierung	52
5. Effizienz	53
V. Wissenstests.....	53
VI. Integritätstests (Integrity Tests)	54
1. Validität	54
2. Reliabilität.....	54
3. Objektivität und Effizienz	55
VII. Graphologische Gutachten	55
IIIX. Arbeitsprobe.....	55
IX. Biographische Fragebogen.....	55
F. Zwischenergebnis	56
Kapitel 2: Der Regelungsgehalt des Art. 33 II GG	58
A. Die Geschichte des Art. 33 II GG	58
I. Paulskirchenverfassung	58
II. Preußische Verfassung von 1850.....	58
III. Weimarer Reichsverfassung	59
IV. Aufnahme in das Grundgesetz.....	59
B. Die systematische Stellung des Art. 33 II GG.....	60
I. Art. 33 GG.....	60
II. Verhältnis zu Art. 3 I GG.....	61
III. Verhältnis zu Art. 3 II, III GG.....	61
IV. Verhältnis zu Art. 12 GG	61
C. Flankierende und ergänzende Regelungen.....	62
I. EMRK.....	62
1. Art 6 Nr. 1	63
2. Art 14	65
II. Beamtengesetze	65
1. Bundesbeamtengesetz (BBG)	65
2. Beamtenstatusgesetz (BStG)	66
3. Landesbeamtengesetze	66
III. Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder.....	67
1. Bund.....	67
2. Einige Länder	68
D. Der Tatbestand des Art. 33 II GG.....	70
I. Öffentliches Amt.....	70
1. Definition des öffentlichen Amtes	70
2. Einzelfragen	70
a. Wahlämter; Richterwahlausschüsse	70
b. Kirchenämter; kirchlich gebundene Ämter	71
c. Staatlich gebundene Berufe, insbesondere Notare	74
d. Ausbildungsplätze	75
II. Kriterientrias	76

1. Eignung als Oberbegriff für die drei Kriterien?	77
2. Befähigung.....	77
3. Fachliche Leistung	78
4. Eignung im engeren Sinn.....	79
5. Was ist Persönlichkeit?	80
a. Gestalt	80
b. Temperament.....	81
c. Fähigkeiten.....	81
d. Ist die Persönlichkeit stabil?	81
e. Soziale Kompetenz.....	82
E. Art. 33 II GG als objektives und subjektives Recht	84
F. Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete	85
I. Grundrechtsberechtigte	85
II. Grundrechtsverpflichtete	87
1. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06).....	88
2. Auswirkungen des Art. 33 II GG auf die Stellenbesetzung bei öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform	90
3. Zwischenergebnis.....	92
G. Grundrechtsgehalte.....	93
I. Recht auf Bewerbung	93
1. Grundsätzliches Recht auf Bewerbung.....	93
2. Recht auf wiederholte Bewerbung	96
II. Recht auf Einstellung.....	97
III. Recht auf sachgerechte Entscheidung.....	100
1. Stand von Rechtsprechung und Literatur	100
2. Bewerbungsverfahrensanspruch.....	102
a. Anforderungsprofil.....	102
b. Ausschreibungspflicht	106
c. Sachverhaltsermittlung	107
d. Dokumentationspflicht	108
e. Begründungspflicht	109
f. Gleichbehandlungspflicht	109
g. Schulung	110
h. Informationspflicht	110
3. Zwischenergebnis.....	110
H. Zwischenergebnis.....	110
Kapitel 3: Die Begründung von Anforderungen an Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst	112
A. Grundrechtsschutz durch Verfahren.....	112
I. Einwirkung der Grundrechte auf das Verfahren auf Grund ihres abwehrrechtlichen Gehaltes?	113
II. Objektivrechtlicher Gehalt	114
1. Begründung von Verfahrensanforderungen der Grundrechte	114
2. Herleitung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren	116
3. Kritik an der Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren.....	116
4. Widerlegung der Kritik.....	118
III. Inhalt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren.....	119

1. Der Verfahrensbegriff	120
2. Das Verwaltungsverfahren als notwendige Voraussetzung der Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 33 II GG	120
a. Art. 33 II GG als verfahrensabhängiges Grundrecht....	121
b. Die Bedeutung des Verfahrens für die Verwaltungsentscheidung	121
3. Auswirkungen des Grundrechtsschutzes auf das Verfahren	125
a. Allgemeine Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung	125
b. Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung in Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst	128
IV. Zwischenergebnis	130
B. Art. 19 IV GG	130
I. Beurteilungsspielräume und Art. 19 IV GG	131
1. Begriff des Beurteilungsspielraums	132
2. Voraussetzungen eines Beurteilungsspielraums	133
3. Beurteilungsspielraum bei Personalauswahlentscheidungen	135
a. Begründung des Beurteilungsspielraumes bei Personalauswahlentscheidungen	135
b. Inhalt des Beurteilungsspielraumes bei Personalauswahlentscheidungen	138
4. Zusammenfassung der gerichtlichen Kontrolle.....	140
II. Vorwirkungen des Art. 19 IV GG auf das Verwaltungsverfahren.....	141
1. Mit Art. 19 IV GG unvereinbare Personalauswahlverfahren	141
2. Mit Art. 19 IV GG vereinbare Personalauswahlverfahren	143
3. Keine Einschränkung des Beurteilungsspielraums.....	146
III. Zwischenergebnis	148
Kapitel 4: Weitere Anforderungen an die Ausgestaltung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst	149
A. Die einzelnen Verfahrensanforderungen	150
I. Anforderungen an ein Anforderungsprofil im öffentlichen Dienst	150
1. Anforderungsprofile sind gerichtlich überprüfbar.....	150
2. Erstellung des Anforderungsprofils	153
3. Anforderungen von Beförderungssämtern in Anforderungsprofile für Eingangssämter	154
II. Qualifikation der Beurteiler	155
III. Die Auswahl der personaldiagnostischen Instrumente	156
IV. Die einzelnen eignungsdiagnostischen Instrumente	158
1. Interviews.....	158
2. Assessment-Center	161
3. Intelligenztests	163
a. Verwendung in Personalauswahlverfahren.....	163
b. Zulässigkeit.....	164
4. Integritätstests	166
5. Arbeitsproben	168

6. Biographischer Fragebögen	168
7. Internetrecherche.....	170
8. „Probeessen“	172
B. Gesetzliche Regelung des Personalauswahlverfahrens.....	173
I. Verwaltungsvorschriften und Verordnungen zur Regelung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst	173
II. Pflicht zur Regelung des Personalauswahlverfahrens im öffentlichen Dienst durch Parlamentsgesetz	175
C. Zwischenergebnis	178
Kapitel 5: Zusammenfassende Thesen	180

Literaturverzeichnis

Adam, Roman F.

Der sog. Beurteilungsspielraum und die Personalauswahl im öffentlichen Dienst, RiA 2005, S. 225-231

Alexy, Robert

Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986

Alternativkommentar Grundgesetz s. Denninger pp

Angleitner, Alois/**Spinath**, Frank M.

Temperament, in: Weber, Hannelore/Rammsayer, Thomas, Handbuch der Persönlichkeitspsychologie und Differentiellen Psychologie, Göttingen pp. 2005, Handbuch der Psychologie Band 2, S. 244-250

Anschütz, Gerhard

Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Neudruck der 14. Aufl., Berlin, 1933, Aalen 1987

Asendorpf, Jens

Psychologie der Persönlichkeit, 4. Aufl. Heidelberg 2007

Bachof, Otto

Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97-102

Bamberger, Christian

Behördliche Beurteilungsermächtigungen im Lichte der Bereichsspezifika des Verwaltungsrechts –Die gerichtliche Kontrolle der Zulassung bundesweiter Fernsehveranstaltungen-, Verwaltungsarchiv 93 (2002), S. 217-254

Battis, Ulrich

Bundesbeamtengesetz Kommentar, 4. Aufl., München 2009

Bauer, Horst

Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, Diss. Heidelberg 1972, Berlin 1973

Becker, Peter

Skeptisches zum Beurteilungsspielraum, FS Helmut Simon, Baden-Baden 1987, S. 623-663

Bergner, Daniel

Grundrechtsschutz durch Verfahren, Diss. Regensburg 1997, München 1998

Bethge, Herbert

Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, S. 1-7

Bieler, Frank

Die dienstliche Beurteilung, 4. Aufl. Berlin 2002

Bles, Petra

Strukturierte Interviews, in: John, Mechthild/Maier, Günter W., Eignungsdiagnostik in der Personalarbeit, Grundlagen, Methoden, Erfahrungen, Düsseldorf 2007, S. 215-230

Bliesener, Thomas

Biographische Fragebögen, in: John, Mechthild/Maier, Günter W., Eignungsdiagnostik in der Personalarbeit, Grundlagen, Methoden, Erfahrungen, Düsseldorf 2007, S. 199-213

Brockhaus, die Enzyklopädie

in vierundzwanzig Bänden, 20. Aufl. Leipzig, Mannheim 1996 (zitiert: Brockhaus, StW.:)

Der Brockhaus, Psychologie

Asanger, Roland (Redakteur), 2. Aufl., Mannheim, Leipzig 2009

Brühl, Raimund

Entscheiden im Verwaltungsverfahren, Köln 1990

Bryde, Brun-Otto

Die Kontrolle von Schulnoten in verwaltungsrechtlicher Dogmatik und Praxis, DÖV 1981, S. 193-204

Burke, Norbert

Abbau oder Zunahme der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle? Tagungsbericht zur Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltsverein 1994 in Münster, DVBl. 1994, S. 994-997

Creifelds, Carl

Rechtswörterbuch, 20. Aufl. München 2011

Cremer, Wolfgang/Kelm, Torsten

Mitgliedschaft in sog. „Neuen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“ und Zugang zum öffentlichen Dienst, NJW 1997, S. 832-837

Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter /Schubert, Michael pp.

Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen; Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2010 (zitiert: Bearbeiter, in: Däubler/Hjort/Schubert pp., HK-ArbR, § Rn)

Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart

Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; Reihe Alternativkommentare, Bd. 2, 3. Aufl., Neuwied, Kriftel 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: AK-GG GW (Grundwerk) 2001, Art Rn)

Denninger, Erhard/**Ridder**, Helmut/**Simon**, Helmut/**Stein**, Ekkehart
Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; Reihe
Alternativkommentare, Bd. 1, 2. Aufl., Neuwied, Frankfurt am Main 1989
(zitiert: Bearbeiter, in: AK-GG, 2. Aufl., Art..Rn)

Dolde, Klaus-Peter
Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?, NVwZ 1982, S. 65-
71

Dolderer, Michael
Objektive Grundrechtsgehalte, Habil.-Schr. Konstanz 1998, Berlin 2000

Dreier, Horst
Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. Tübingen 2004, Bd. 2, 2. Aufl.
Tübingen 2006 (zitiert: Bearbeiter, in: Dreier, GG, Art Rn)

Drescher, Anne
Die professionelle Personalauswahl in der öffentlichen Verwaltung, Stutt-
gart pp. 2010

Duden, Das Bedeutungswörterbuch
Konopka, Anja (Redakteurin), 4. Aufl., Mannheim pp. 2010

Eck, Angelika
Die Bestenauswahl gem. Art. 33 II GG; Umsetzung des Leistungsgrund-
satzes im neuen bayerischen Laufbahnrecht (Art. 16, 22 LfB), RiA 2012,
S. 16-23.

Epping, Volker
Grundrechte, 4. Aufl. Berlin, Heidelberg 2010

Epping, Volker/**Hillgruber**, Christian
Grundgesetz Kommentar, München 2009

Fischinger, Philipp S.
Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, S.808-813

Fisseni, Hermann-Josef/**Preusser**, Ivonne
Assessment-Center, Göttingen pp. 2007

Foerster, German
Die Tatsachenfeststellung im Verwaltungsverfahren, VR 1989, S. 226-232

Forst, Gerrit
Bewerbersauswahl über soziale Netzwerke im Internet?, NZA 2010, S. 427-
433

Friauf, Karl Heinrich/**Höfling**, Wolfram
Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin 2010 (Ergänzungslieferung)
(zitiert: Bearbeiter, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, Art Rn)

Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang
Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art Rn)

Funke, Joachim/Vaterrodt, Bianca
Was ist Intelligenz?, 3. Aufl., München 2009

Geiger, Rudolf
EUV/EGV, 4. Aufl., München 2004

Geis, Max-Emanuel
Mehr Handlungsfreiheit durch Rücknahme der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, in: Ziekow, Jan, Handlungsspielräume der Verwaltung: Vorträge und Diskussionsbeiträge auf dem gleichnamigen Forum vom 30. September bis 2. Oktober 1998 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1999, S. 97-111

Goerlich, Helmut
Grundrechte als Verfahrensgarantien, Habil.-Schrift Hannover 1981, Baden-Baden 1981

Görlich, Yvonne/Schuler, Heinz
Personalentscheidungen, Nutzen und Fairness, in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch der Personalpsychologie, 2. Aufl., Göttingen pp. 2006, S. 797-840

Günther, Hellmuth
Rechtsrahmen von Assessment-Centern bei der Beförderungsauswahl, DÖD 2006, S. 146-152

Häcker, Hartmut/Stapf, Kurt
Dorsch psychologisches Wörterbuch, 15. Aufl., Bern 2009

Hain, Karl-E.
Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum – ein dogmatisches Problem rechtstheoretisch betrachtet, in: FS Starck, Tübingen 2007, S. 35-53

Hatje, Armin
Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, S. 477-485

Held, Jürgen
Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, Diss. Bonn 1983, Berlin 1984

Henckel, Wolfram
Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttingen 1996

Herzog, Roman

Verfassung und Verwaltungsgerichte – zurück zu mehr Kontrolldichte?, NJW 1992, S. 2601-2605

Hesse, Konrad

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995

Heyse, Helmut/Kersting, Martin

Anforderungen an den Prozess der Eignungsbeurteilung, in: Hornke, Lutz/Winterfeld, Ulrich, Eignungsbeurteilungen auf dem Prüfstand: DIN 33430 zur Qualitätssicherung, Heidelberg, Berlin 2004, S. 29-41

Hinsch, Rüdiger/Wittmann, Simone

Soziale Kompetenz kann man lernen, 2. Aufl., Weinheim, Basel 2010

Hippel, Mila von

Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung, Bonn 1972

Hoffmann-Riem, Wolfgang

Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, München 2006, S. 623-714

Höfling, Wolfram

Verfahrensrechtliche Garantien des Art 33 II GG, ZBR 1999, S. 73 – 76

Höft, Stefan

Erfolgsprüfung personalpsychologischer Arbeit, in: Schuler, Heinz, Lehrbuch der Personalpsychologie, 2. Aufl., Göttingen pp. 2006, S. 761-796

Hollerbach, Alexander

Theologische Fakultäten und staatliche Pädagogische Hochschulen, in: Listl, Joseph/Pirson, Dietrich, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 549-599

Holling, Heinz/Preckel, Franzis/Vock, Miriam

Intelligenzdiagnostik, Göttingen pp. 2004

Hubler, Peter

Probleme der Rekrutierung und der Selektion von Bewerbern für den öffentlichen Dienst, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 10, Baden-Baden 1973, S. 105-176

Hufen, Friedhelm

Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern – Eine Bestandsaufnahme nach zehn Jahren VwVfG, DVBl. 1988, S. 69-77

derselbe

Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl., Baden-Baden 2002

Hunter, John E./**Hunter**, Ronda F.
Validity and Utility of Alternative Predictors of Job Performance, Psychological Bulletin 96 (1984), S. 72-98

Jarosch, Roland
Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl. 1954, 521-525

Jetter, Wolfgang
Effiziente Personalauswahl: durch strukturierte Einstellungsgespräche die richtigen Mitarbeiter finden, 2. Aufl.; Stuttgart 2003

Jung, Werner
Der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG: eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Ernennung zum Beamten, ihrer Regeln und deren Durchsetzbarkeit, Diss. Saarbrücken, 1978

Kanning, Uwe Peter
Grundlagen psychologischer Diagnostik, in: Kanning, Uwe Peter/Holling, Heinz, Handbuch personaldiagnostischer Instrumente, Göttingen pp. 2002, S. 47-92

derselbe
Standards der Personal diagnostik, Göttingen pp. 2004

derselbe
Tipps für die Anwendung nicht-standardisierter Methoden, in: Kanning, Uwe Peter/Holling, Heinz, Handbuch personaldiagnostischer Instrumente, Göttingen pp. 2002, S. 493-543

derselbe
Geschichte der Arbeits- und Organisationspsychologie, in: Schuler, Heinz/Sonntag, Karlheinz, Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie, Göttingen pp. 2007, Handbuch der Psychologie Band 6, S. 27-34

derselbe
Diagnostik sozialer Kompetenzen, 2. Aufl. Göttingen pp. 2009

Kanning, Uwe Peter/**Hofer**, Stefan/**Schulze Willbrenning**, Birgit
Professionelle Personenbeurteilung, ein Trainingsmanual, Göttingen pp. 2004

Karkoschka, Urs
Validität eignungsdiagnostischer Verfahren zur Messung sozialer Kompetenz, Diss. Hohenheim, Frankfurt am Main pp. 1998

Kellner, Hugo
Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, S. 857-863

Kersting, Martin

Kosten und Nutzen beruflicher Eignungsbeurteilung, in: Hornke, Lutz/Winterfeld, Ulrich, Eignungsbeurteilungen auf dem Prüfstand: DIN 33430 zur Qualitätssicherung, Heidelberg, Berlin 2004, S. 55-77

derselbe

Qualitätssicherung und –verbesserung: Zur Überprüfung der Gültigkeit berufsbezogener Eignungsbeurteilungen, in: Hornke, Lutz/Winterfeld, Ulrich, Eignungsbeurteilungen auf dem Prüfstand: DIN 33430 zur Qualitätssicherung, Heidelberg, Berlin 2004, S. 103-128

Kersting, Martin/Heyse, Helmut

Anforderungen an die Qualität der Verfahren, in: Hornke, Lutz/Winterfeld, Ulrich, Eignungsbeurteilungen auf dem Prüfstand: DIN 33430 zur Qualitätssicherung, Heidelberg, Berlin 2004, S. 43-54

Khorrani, Saltanat

Das Einstellungs- und Beförderungsverfahren englischer und deutscher Richter, Diss. Münster (Westfalen) 2005, Hamburg 2005

Klenke, Reiner

Rechtsfragen des Justizprüfungsrechts, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 1988, S. 199-206

Koch, Anton Friedrich

Wahrheit, Zeit und Freiheit, Einführung in eine philosophische Theorie, Paderborn 2006

König, Klaus

Moderne öffentliche Verwaltung, Berlin 2008

Kopp, Ferdinand O.

Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, Habil.-Schrift München, München 1971

Kopp, Ferdinand O/Ramsauer, Ulrich

Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl. München 2010

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger

Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl., München 2009

Krebs, Walter

Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen: ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen, Habil.-Schr. Münster, Heidelberg 1984

Kulla, Matthias

Analyse von Bewerbungsunterlagen, in: John, Mechthild/Maier, Günter W., Eignungsdiagnostik in der Personalarbeit, Grundlagen, Methoden, Erfahrungen, Düsseldorf 2007, S. 123-146

Ladeur, Karl-Heinz

Öffentliche Stellenausschreibung als Gewährleistung des Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst, Jura 1992, S. 77-84

Lampe, Mareike

Gerechtere Prüfungsentscheidungen, Möglichkeiten und Grenzen der Herbeiführung materieller Gerechtigkeit durch gerichtliche Kontrolle und Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, Diss. Bochum 1999, Berlin 1999

Laubinger, Hans Werner

Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, Verwaltungsarchiv 73 (1982), S. 60-85

Lienert, Gustav A./Raatz, Ulrich

Testaufbau und Testanalyse, 6. Aufl., Weinheim 1998

Lindner, Josef Franz

Der beamtenrechtliche Bewerbungsanspruch, ZBR 2012, S. 181-187

Lorenz, Michael/Rohrschneider, Uta

Personalauswahl: schnell und sicher Top-Mitarbeiter finden, 2. Aufl. Freiburg i. Br. 2002

Lorse, Jürgen

Funktionswert von Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst, Zeitschrift für Tarifrecht 2006, S. 14-27

derselbe

Personalmanagement im öffentlichen Dienst, Neuwied, Kriftel 2001

Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/Starck, Christian

Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010 (zitiert: Bearbeiter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art Rn)

Manke, Thomas

Personalauswahlverfahren unter der Lupe, Norderstedt 2008

Marcus, Bernd/Funke, Uwe/Schuler, Heinz

Integrity Tests als spezielle Gruppe eignungsdiagnostischer Verfahren: Literaturüberblick und metaanalytische Befunde zur Konstruktvalidität, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 41 (1997), S. 2-17

Martinke, Dirk

Evaluation personaldiagnostischer Instrumente unter Verwendung von Nutzenüberlegungen am Beispiel des Assessment-Centers, Diss. Bielefeld 2006, Berlin, Münster 2006

Maurer, Hartmut

Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. München 2009

Meyer-Ladewig, Jens

Europäische Menschenrechtskonvention EMRK, Handkommentar,

Michel, Lothar/Conrad, Wolfgang

Groffmann, Karl-Josef/Michel, Lothar, Grundlagen psychologischer Diagnostik, Göttingen pp. 1982, in: Enzyklopädie der Psychologie, S. 1-129

Möstl, Markus

Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit: insbesondere die Bindung der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost an Art. 10 GG nach der Postreform II, Diss. München, München 1999

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. München 2011 (zitiert: Bearbeiter, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, ErfK, § Rn)

Münch, Ingo v./Kunig, Philip

Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. München 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: v. Münch/Kunig, GG, Art Rn)

Mussel, Patrick

Die Konstruktvalidität des multimodalen Interviews, Diss. Hohenheim 2007, Berlin 2007

Mutius, Albert v.

Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?, NJW 1982, S. 2150-2160

Niehues, Norbert/Fischer, Edgar

Prüfungsrecht, 5. Aufl. München 2010

Ossenbühl, Fritz

Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: FS Kurt Eichenberger, Basel, Frankfurt am Main 1982, S. 183-195

derselbe

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, NVwZ 1982, S. 465-472

derselbe

Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. Heidelberg 1996, S. 315-349

Pache, Eckhard

Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum: zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Versuch einer Modernisierung, Habil.-Schr., Hamburg 2000, Tübingen 2001

Papier, Hans-Jürgen

Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 3. Aufl. Heidelberg 2010, S. 507-553

Pietzcker, Jost

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41, 193-227

Plate, Tobias

Personalauswahl in Unternehmensberatungen, Validität und Nutzen der Eignungsdiagnostik, Diss. Mannheim 2006, Wiesbaden 2007

Reimann, Thomas Andreas

Entscheidungen mit Ermessen und Beurteilungsspielräumen im Abschlussprüferrecht: eine Untersuchung des Abschlussprüferermessens unter besonderer Berücksichtigung seiner öffentlichen Funktion im internationalen Kontext, Diss. Mainz 2008, Hamburg 2009

Reinhardt, Ricarda

Zur Reliabilität und Validität der Personalvorauswahl, Diss. Koblenz, Landau (Pfalz) 2006, Aachen 2006

Robbers, Gerhard

Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, Diss. Freiburg (Breisgau) 1979, Baden-Baden 1980

Rost, Detlef H.

Intelligenz, Fakten und Mythen, Weinheim, Basel 2009

Sachs, Michael

Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 1994, S. 133-144

derselbe

Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 3. Aufl. Heidelberg 2010, S. 839-933

Sachs, Michael

Grundgesetz: Kommentar, 5. Aufl. München 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: Sachs, Grundgesetz, Art Rn)

Schaub, Günter

Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl. München 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § Rn)

Schick, Dagmar/Dieball, Heike/Horstkötter, Inge u.a.

Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Kommentar für die Praxis zum Bundesgleichstellungsgesetz und den Gleichstellungsgesetzen, Gleichberechtigungsgesetzen und Frauenförderungsgesetzen der Länder, 2.

Aufl. Frankfurt am Main 2002 (zitiert: Bearbeiter, in: Schiek/Dieball/Horstkötter u.a., S. Rn)

Schmidt, Frank L./**Hunter**, John E.

The Validity and Utility of Selection Methods in Personnel Psychology: Practical and Theoretical Implications of 85 Years of Research Findings, Psychological Bulletin 124 (1998), S. 262-274

Schmidt-Abmann, Eberhard

Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, FS Konrad Redeker, München 1993, S. 225-243

derselbe

Verwaltungsverfahren, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. Heidelberg 1996, S. 623-651

Schmiemann, Klaus

Anforderungsprofil versus Bestenauslese –Grenzen gerichtlicher Überprüfung-, in: FS Driehaus, Berlin 2005, S. 388-395

Schneider, Hans-Peter

Das Grundgesetz, Dokumentation seiner Entstehung, Band 10, Artikel 33 bis 37, Frankfurt am Main 1996

Schneider, Harald

Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten: empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles, Diss. Saarbrücken 1978

Schoch, Friedrich

Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21-53

Schuhmacher, Florian

Mythos Assessment-Center, Wiesbaden 2009

Schuler, Heinz

Arbeits- und Anforderungsanalyse, in: Schuler, Heinz, Lehrbuch der Personalpsychologie, 2. Aufl., Göttingen pp. 2006, S. 45-68

derselbe

Berufseignungstheorie, in: Schuler, Heinz/Sonntag, Karlheinz, Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie, Göttingen pp. 2007, Handbuch der Psychologie Band 6, S. 429-440

Schuler, Heinz/**Frier**, Dörte/**Kauffmann**, Monika

Personalauswahl im europäischen Vergleich, Göttingen, Stuttgart 1993

Schuler, Heinz/**Marcus**, Bernd

Biografieorientierte Verfahren der Personalauswahl, in: Schuler, Heinz, Lehrbuch der Personalpsychologie, 2. Aufl., Göttingen pp. 2006, S. 189-226

Schulze-Fielitz, Helmuth

Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, JZ 1993 S. 772-781

Schweiger, Maximilian

Feststellung der Nichteignung von Lebenszeitbeamten für ein Amt im abstrakt funktionellen Sinne nach „erfolgloser“ Teilnahme an einem Assessment-Verfahren, ZBR 2006, S. 25-35

Simitis, Spiros

Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl. Baden-Baden 2006 (zitiert: Bearbeiter, in: Simitis, BDSG, § Rn)

Sobota, Katharina

Zum Umfang der behördlichen Untersuchungspflicht gemäß § 24 VwVfG, § 31 VermG, DÖV 1997, S. 144-152

Sodan, Helge/Ziekow, Jan

Verwaltungsgerichtsordnung : Großkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2009

Solte, Ernst-Lüder

Theologie an der Universität: Staats- und kirchenrechtliche Probleme der theologischen Fakultäten, München 1971

Spinath, Frank/Unz, Dagmar C.

Güte der diagnostischen Methoden, in: John, Mechthild/Maier, Günter W., Eignungsdiagnostik in der Personalarbeit, Grundlagen, Methoden, Erfahrungen, Düsseldorf 2007, S. 41-57

Steinthal, Hermann

Was ist Wahrheit? die Frage des Pilatus in 49 Spaziergängen aufgerollt, 2. Aufl. Tübingen 2008

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael

Verwaltungsverfahrensgesetz : Kommentar, 7. Aufl., München 2008

Stern, Klaus

Berufsbeamtentum-gestern, heute, morgen. Art. 33 II Grundgesetz und sein verfassungsrechtlicher Kontext, in: FS Carl Hermann Ule, Köln, Berlin, Bonn pp. 1977, S. 193-213

Streinz, Rudolf

Europarecht, 9. Aufl., Heidelberg 2010

Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev

Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, Frankfurt am Main 2010 (zitiert: Bearbeiter, in: Taeger/Gabel, BDSG, § Rn)

Thieme, Werner

Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, Köln pp. 1981

Triepel, Heinrich

Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: FS Karl Binding, Band 2, Leipzig 1911, Nachdruck Aalen 1974, S. 1-85

Ule, Hermann

Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: FS Jellinek, München 1955, S. 309-330

Vogg, Stefan

Grundgesetzliche Bindungen bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen durch die öffentliche Hand, Arbeit und Recht 1993, S. 287-294

Volkmann, Uwe

Staatsrecht II: Grundrechte, München 2006

Volkmar, Götz

Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 41, Berlin, New York 1983

Voßkuhle, Andreas

Personal, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, München 2009, S. 3-81

Wagner, Marc

Das Prinzip der Bestenauslese im öffentlichen Dienst; Art 33 II GG: Eine Untersuchung der materiell- und verfahrensrechtlichen Eigenheiten besonders gelagerter Anwendungsfälle, Diss. ?, Hamburg 2009

Wahl, Rainer

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41, 151-186

Willke, Martin

Psychologische Eignungstests und öffentlicher Dienst; Verfassungsrechtliche Probleme ihrer Anwendung beim Zugang zum Beruf im Beamtenverhältnis; zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Art 33, 19 II, 1 I und 2 I GG, Diss. Berlin 1981

Winnefeld, Christoph

Empirische Analyse der Personalauswahl ausgewählter internationaler Organisationen, Diss. Trier 2009, 2009

Württemberg, Thomas

Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, S. 257-263

Ziekow, Jan

Handlungsspielräume der Verwaltung: Vorträge und Diskussionsbeiträge auf dem gleichnamigen Forum vom 30. September bis 2. Oktober 1998 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1999

Zoli-Sudbrock, Rachele

Langenscheidt, Großes Schulwörterbuch Lateinisch-Deutsch, Berlin pp. 2010

Einleitung

Diese Arbeit widmet sich Art. 33 II GG. Dort heißt es: „Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“.

Diese Norm ist klar und auch mehr als eine bloße Soll- oder Ordnungsvorschrift. Sie beinhaltet ein Recht. Normen über den Zugang zu öffentlichen Ämtern sind in Deutschland ausgesprochen traditionsreich. Schon die Paulskirchenverfassung von 1849 enthielt eine entsprechende Vorschrift.

Dennoch führte sie im Vergleich zu anderen Grundrechten fast ein Schattendasein. Zu Beginn der Bundesrepublik Deutschland wurde sie gar als weitgehend bedeutungslos bezeichnet¹. Dies hat sich mittlerweile zwar geändert, insbesondere bei einem Streit um ein Beförderungsamte ist eine Klage nicht mehr von vornherein aussichtslos.

Anders ist es aber weiterhin beim Zugang zum öffentlichen Dienst. Ursache hierfür ist die Schwierigkeit, die Leistungsfähigkeit von Bewerbern² um ein öffentliches Amt richtig zu beurteilen, um dann das Amt gemäß dieser Leistungsfähigkeit zu vergeben. Bei der Vergabe von Beförderungsamtern kann auf die bisherige Leistung im Dienst zurückgegriffen werden, nicht aber beim Zugang zum öffentlichen Dienst.

Folge dieser Schwierigkeit ist, dass die Beurteilung der Bewerber eine rechtlich gering gebundene Tätigkeit ist. Es handelt sich um einen „Akt wertender Erkenntnis“³. Auch die Gerichte verzichten auf eine vollständige Überprüfung dieser Beurteilung, trotz des Art. 19 IV GG, dessen erster Satz lautet: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ Hinzu kommt, dass stets betont wird, ein Recht auf Anstellung gäbe es nicht. So erinnert Art. 33 II GG

¹ V. Mangoldt, GG, 1. Aufl. 1953, Art. 33 Anmerkung 4; Klein, in: v. Mangoldt/Klein, GG, 2. Aufl. 1964, Art. 33 Anmerkung IV. 1.

² Auch im Folgenden, werde ich der Einfachheit und der Lesbarkeit halber stets die männliche Form verwenden; weibliche Personen sind selbstverständlich mit bezeichnet.

³ BVerwG, NVwZ-RR 2000, 619 (619).

beim Zugang zum öffentlichen Dienst doch an eine reine Soll- oder Ordnungsvorschrift, denn dieses Recht kann nur in Ausnahmefällen eingeklagt werden.

Die Schwierigkeit, die Leistungsfähigkeit eines Bewerbers, also letztlich seine Persönlichkeit, zu beurteilen wurde durchaus schon im Parlamentarischen Rat gesehen. Der Abgeordnete Dr. Renner fragte: „...was ist Charakter, wer hat Charakter und vor allem, wer stellt fest, dass jemand Charakter hat“⁴.

Diese Arbeit will einen Beitrag zu der laufenden Entwicklung leisten, die Art. 33 II GG zu größerer praktischer Wirksamkeit verhelfen will. Dazu wird zunächst ein Überblick über den Stand der Eignungsdiagnostik geboten. Die Eignungsdiagnostik ist im Wirtschaftsleben von Bedeutung, so dass aussagekräftige Forschungsergebnisse vorliegen.

Dann wird Art. 33 II GG näher untersucht. Dabei wird zunächst auf die Normgeschichte eingegangen und auf seine systematische Stellung. Anschließend werden sein Tatbestand dargelegt und seine Gewährleistungen untersucht. In diesem Rahmen werden auch die Anforderungen des einfachen Rechts an Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst dargestellt.

Die im Vergleich zu anderen Grundrechten geringe praktische Wirksamkeit des Art. 33 II GG beim Zugang zum öffentlichen Dienst beruht darauf, dass die Beurteilung der Bewerber gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüft wird. Die Gerichte stehen der Verwaltung einen sogenannten „Beurteilungsspielraum“ hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Bewerber zu. Deshalb ist diese Rechtsfigur zentral für das Verständnis des Art. 33 II GG. Nur durch eine konsequente Anwendung ihrer Prinzipien lassen sich die Rechtsgüter des Art. 33 II GG schützen.

⁴ PR, Hauptausschuss, StenProt. der 44. Sitzung vom 19. Januar 1949 9.23 Uhr. S. 587 f, zitiert nach Schneider, Dokumentation, Band 10, S. 330.

Deshalb müssen vor allem die Grundlagen der Lehre vom Beurteilungsspielraum bewusst gemacht und an Hand dieser Grundlagen der Beurteilungsspielraum bei der Eignungsbeurteilung bestimmt werden. Denn erst wenn Sinn, Zweck und Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen bewusst sind, kann seine Reichweite im konkreten Einzelfall bestimmt werden. Dann besteht nicht mehr die Gefahr, von einer freien Personalauswahl der Verwaltung auszugehen. Dabei ist näher auf den Gewährleistungsgehalt des Art. 19 IV GG einzugehen.

Wir werden sehen, dass es der Zweck von Beurteilungsspielräumen der Verwaltung nur sein kann, es der Verwaltung zu ermöglichen, bessere Entscheidungen zu treffen, als es ein Gericht, sei es auch mit Hilfe von Sachverständigen, könnte. Daraus folgt, dass ein Beurteilungsspielraum bei der Eignungsbeurteilung nur gerechtfertigt ist, wenn die Verwaltung tatsächlich die Eignung der Bewerber besser beurteilen kann als ein Gericht.

Die Beurteilung der Eignung eines Menschen ist ausgesprochen schwierig. Dies verwundert nicht, setzt sie doch notwendigerweise die Beurteilung der Persönlichkeit dieser Menschen voraus. Die Weltliteratur ist voll von Geschichten, in denen Menschen erkennen, dass sie sich oft auch nach Jahren enger Beziehung in anderen getäuscht haben. Dies macht die Schwierigkeiten eines Versuchs deutlich, eine Eignungsbeurteilung binnen kürzester Zeit im Rahmen eines Personalauswahlverfahrens durchzuführen.

Es besteht aber kein Anlass, darüber zu verzweifeln und Auswahlentscheidungen nur an Hand eines nicht verbalisierbaren subjektiven Eindrucks zu treffen. Denn die Psychologie in Gestalt der Organisationspsychologie hat zwar noch nicht das perfekte eignungsdiagnostische Instrument entwickelt, wohl aber Instrumente, die einer „Bauchentscheidung“ deutlich überlegen sind⁵. Diese Instrumente, mit ihren Stärken und Schwächen, werden in Kapitel 1 ausführlich dargestellt.

⁵ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (262).

In Kapitel 3 wird der Frage nachgegangen, ob Auswahlentscheidungen, die lediglich auf Grund eines subjektiven Eindrucks getroffen werden, nicht nur schlechtes Verwaltungshandeln sind sondern auch rechtswidrig. Denn ein solches Personalauswahlverfahren könnte sowohl Art. 33 II GG als auch Art. 19 IV GG verletzen.

In Kapitel 4 werden Überlegungen dazu angestellt, wie ein Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst aussehen könnte, das Art. 33 II GG optimal schützt.

Bei den Folgerungen für die Ausgestaltung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst wird aber keineswegs vergessen, dass die Verwaltung nicht primär dazu da ist, Mitarbeiter zu rekrutieren, sondern umgekehrt die Mitarbeiter für die Verwaltung da sind. Deswegen wird die Verwaltungseffizienz stets im Blickfeld bleiben, indem auch auf die Praktikabilität der eignungsdiagnostischen Instrumente eingegangen wird.

Allerdings gibt es keinen klaren Widerspruch zwischen der Verwirklichung der Ziele des Art. 33 II GG und der Verwaltungseffizienz. Denn Personalauswahlverfahren sind mitnichten nur Kostenfaktoren, sondern vor allem Investitionen in die Qualität der Mitarbeiter der Verwaltung. Das heißt, es dürfen nicht nur die Kosten und der Aufwand der eignungsdiagnostischen Instrumente betrachtet werden, sondern es muss auch bedacht werden, welchen Nutzen die Verwaltung daraus zieht, Mitarbeiter auszuwählen, die besser zu der vergebenen Stelle passen, als irgendwelche Mitarbeiter irgendwie auszuwählen. Diese Mitarbeiter werden den Anforderungen ihrer Stellen besser gerecht werden, weniger krank sein und so die Leistungsfähigkeit der Verwaltung steigern.

Dadurch wird deutlich, dass durch eine Verbesserung der Personalauswahl nicht nur die Rechte der Bewerber geschützt werden, sondern auch die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes gesteigert wird.

Als Preußen nach dem Deutschen Krieg 1866 das Herzogtum Nassau annectierte, versuchte der König von Preußen die Nassauer mit folgender Verlautbarung über den Verlust ihrer Unabhängigkeit hinwegzutrusten: „...eine zweckgemäße energische Verwaltung, sorgsam erwogene Gesetze, eine gerechte und pünktliche Justizpflege, kurz alle die Garantien, welche Preußen zu Dem gemacht, als was es sich jetzt in harter Probe bewährt hat, werden Euch fortan gemeinsame Güter sein.“⁶ Dass er hoffte, damit Erfolg zu haben, zeigt, welch hohes Ansehen der preußische öffentliche Dienst damals hatte. Auch wenn die preußische Verwaltung sicherlich nur eingeschränkt als Vorbild für die Verwaltung eines demokratischen Staates taugt, sollte unser öffentlicher Dienst bestrebt sein, das Ansehen seiner preußischen Vorgänger zu bewahren. Hierfür ist eine erfolgreiche Personalauswahl das A und O.

⁶ Proklamation vom 3. Oktober 1866; zitiert nach Müller, Preußischer Adler, S. 25.

Kapitel 1: Einführung in die Eignungsdiagnostik

These dieser Arbeit ist, dass der Staat bei Personalauswahlverfahren für den öffentlichen Dienst verpflichtet ist, die Erkenntnisse der Eignungsdiagnostik für eine qualitätsvolle Eignungsbeurteilung zu beachten. Dies macht nur Sinn, wenn es der Stand der Psychologie ist, dass bestimmte personaldiagnostische Instrumente für die Eignungsbeurteilung besser geeignet sind als andere. Daher soll zu Beginn der Arbeit der Stand der Eignungsdiagnostik dahingehend ausgewertet werden, ob Personalauswahlverfahren unter Beachtung bestimmter Verfahrensvorgaben so gestaltet werden können, dass damit die Eignung von Bewerbern zuverlässig besser beurteilt werden kann, als bei Nichtbeachtung diese Verfahrensvorgaben.

Dafür werden zunächst der Gegenstand der Eignungsdiagnostik und der Begriff der Eignung dargelegt. Anschließend wird das Vorgehen bei einem Personalauswahlverfahren beschrieben. Anschließend werden die wichtigsten personaldiagnostischen Instrumente vorgestellt. Nachfolgend werden die Kriterien dargelegt, an Hand derer die Qualität dieser Instrumente zu beurteilen ist. Abschließend werden die Erkenntnisse der Eignungsdiagnostik hinsichtlich der Qualität der personaldiagnostischen Instrumente vorgestellt.

A. Grundlagen der Eignungsdiagnostik; insbesondere der Begriff der Eignung

Die Eignungspsychologie ist ein Teilgebiet der Psychologie⁷. Sie untersucht die Eignung von Personen für einen bestimmten Beruf⁸. Hierfür analysiert sie einerseits die Anforderungen der Berufe und legt andererseits Eignungsanforderungen fest. Andererseits diagnostiziert sie, inwiefern ein einzelner Mensch diesen Anforderungen entspricht⁹. Zu diesem Zweck stellt sie Verfahren zur Verfügung¹⁰.

⁷ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Eignungspsychologie.

⁸ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Eignungspsychologie.

⁹ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Eignungspsychologie.

¹⁰ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Eignungspsychologie.

Die Personaldiagnostik macht die wissenschaftlichen Erkenntnisse der Psychologie für die praktischen Aufgaben des Personalwesens verfügbar. Unter anderem beschäftigt sie sich mit der Durchführung von Personalauswahlverfahren¹¹. Ziel eines Personalauswahlverfahrens ist es, den Bewerber auszuwählen, dessen Eignungsmerkmale möglichst gut zu den Anforderungen der Stelle passen¹².

Zentraler Begriff der Eignungspsychologie ist die Eignung. Der psychologische Begriff der Eignung beschreibt „das Insgesamt der im Individuum liegenden Bedingungen für das Eintreten positiv bewerteter Ereignisse im Berufsleben oder in der Schullaufbahn“¹³. Ohne ein Verständnis der Eignung macht die Eignungsdiagnostik keinen Sinn. Der Begriff der Eignung hat drei Voraussetzungen:

Eine Tätigkeit wird von verschiedenen Personen unterschiedlich erfolgreich ausgeübt¹⁴. Denn gäbe es hinsichtlich der Leistung in einem Beruf keine individuellen Unterschiede, wäre es sinnlos, eine Auswahlentscheidung auf Grund einer Leistungsprognose zu treffen.

Dieser Unterschied beruht auf den individuellen Ausprägungen von Persönlichkeitsmerkmalen.¹⁵

Diese Persönlichkeitsmerkmale sind zumindest teilweise konstant und in ihrer Variabilität prognostizierbar¹⁶.

B. Das Vorgehen bei einem Personalauswahlverfahren

Ehe das Vorgehen bei einem Personalauswahlverfahren Schritt für Schritt beschrieben wird, will ich zunächst den Ablauf eines typischen Personalauswahlverfahrens darlegen.

¹¹ Kanning, Standards, S. 11 f.

¹² Heyse/Kerstin; in Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 29.

¹³ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Eignung.

¹⁴ Schuler, in: Schuler/Sonntag, Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 431.

¹⁵ Schuler, in: Schuler/Sonntag, Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 431.

¹⁶ Schuler, in: Schuler/Sonntag, Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 431.

I. Der typische Ablauf eines Personalauswahlverfahrens¹⁷

Am Anfang eines jeden seriösen Personalauswahlverfahrens steht die Analyse der Anforderungen, die für die Bewältigung der mit der Stelle verbundenen Aufgaben erforderlich sind¹⁸. Andernfalls stünden keine Kriterien zur Verfügung, an Hand derer eine Auswahl vorgenommen werden soll¹⁹. Aus den Analyseergebnissen ist das Anforderungsprofil für die Stelle zu entwickeln²⁰. Nachfolgend sind die verantwortlichen Personen für das Auswahlverfahren zu benennen. Die Auswahl ist weiterhin vorzubereiten durch die Festlegung der personaldiagnostischen Instrumente und gegebenenfalls durch die Umsetzung der Anforderungskriterien in beobachtbares Verhalten (Operationalisierung)²¹. Dies ist erforderlich, weil einige Anforderungskriterien nicht direkt beobachtbar sind. Das Anforderungskriterium „Sozialkompetenz“ beispielsweise kann dadurch operationalisiert werden, dass es in dem personaldiagnostischen Verfahren als sozialkompetent angesehen wird, wenn der Teilnehmer eines Assessment-Center Fragen anderer Teilnehmer beantwortet²².

Es folgen weitere Vorbereitungsmaßnahmen, wie etwa die Schulung der Beteiligten.

Danach oder gleichzeitig mit den Vorbereitungsmaßnahmen ist die Stelle auszuschreiben. Die Stellenausschreibung kann auch schon vor der Entwicklung des Anforderungsprofils erfolgen, weil die Stellenausschreibung noch kein Anforderungsprofil zu enthalten braucht²³. Regelmäßig macht aber eine Stellenausschreibung nur dann Sinn, wenn darin bereits das Anforderungsprofil enthalten ist: Ansonsten kann ein potentieller Be-

¹⁷ Angelehnt an: Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 22.

¹⁸ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Eignungsuntersuchung; Manke, Personalauswahlverfahren, S. 16; Heyse/Kersting, in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 29.

¹⁹ Kanning, Standards, S. 227.

²⁰ Kanning, Standards, S. 229.

²¹ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 33; dies kann entgegen *Drescher* sinnvollerweise erst nach der Festlegung der Auswahlinstrumente geschehen, weil auch Auswahlverfahren ohne Verhaltensbeobachtung denkbar sind. Siehe etwa den Sachverhalt von *LAG Frankfurt*, Urteil vom 23.04.2010 (Az.: 19/3 Sa 47/09), wo das Auswahlverfahren freilich nicht so abließ wie es sollte.

²² Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 25.

²³ BAG, Urteil vom 21.01.2003 (Az.: 9 AZR 72/02).

werber nicht zuverlässig einschätzen, ob seine Bewerbung Aussicht auf Erfolg hat.

Im Folgenden soll deshalb bei Stellenausschreibungen davon ausgegangen werden, dass das Anforderungsprofil vorliegt. Nun sind die eingegangenen Bewerberunterlagen zu sichten, es ist mit ihrer Hilfe eine Vorauswahl zu treffen und die Einladungen sind zu verschicken. Es sind zu diesem Zeitpunkt auch schon die Absagen an die in der Vorauswahl gescheiterten Bewerber zu versenden, denn es gehört zu den Standards eines Auswahlverfahrens, die Belastungen für die Teilnehmer möglichst gering zu halten. Eine unnötige Wartezeit ist deshalb zu vermeiden.

Nun sind die personaldiagnostischen Instrumente anzuwenden. Auf Grund deren Auswertungen ist eine vorläufige Auswahlentscheidung zu treffen. Diese Entscheidung darf deshalb nur vorläufig sein, weil die anschließende Dokumentation nach der Rechtsprechung auch der Selbstkontrolle der Verwaltung dient. Diese Funktion kann sie aber nur übernehmen, wenn das Ergebnis während der Dokumentation noch zur Disposition steht und keine Vorfestlegung erfolgt ist

Nach der Dokumentation ist die endgültige Entscheidung zu treffen. Anschließend sind die Absagen an die nicht ausgewählten Bewerber zu verschicken.

Nun sollen die einzelnen Schritte des Auswahlverfahrens näher erläutert werden.

II. Einzelne Maßnahmen bei einem Personalauswahlverfahren

1. Anforderungsanalyse und Anforderungsprofil

Um ein Anforderungsprofil erstellen zu können, muss eine Anforderungsanalyse vorgenommen werden, die gewissen Standards genügt²⁴.

Bei der Anforderungsanalyse handelt es sich um die Analyse der Tätigkeiten einer Person²⁵ (im Beruf). Dabei ist eine allgemein akzeptierte

²⁴ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Personalauswahl; Kanning/Holling, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 93; Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 16.

²⁵ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Anforderungsanalyse.

Definition des Begriffs Anforderungsanalyse bisher nicht gefunden²⁶. *Gatwood* und *Feild* verstehen unter einer Anforderungsanalyse „einen absichtsvollen, systematischen Prozess für die Sammlung von Informationen über die wichtigen, mit der Arbeit verbundenen Aspekte einer Tätigkeit“²⁷.

Analysiert werden sämtliche zu stellende Anforderungen, also neben der Fachkompetenz auch sonstige Kompetenzen, etwa Kommunikationsfähigkeit und die Persönlichkeitseigenschaften²⁸.

Hierfür gibt es mehrere Methoden. Eine sehr einfache ist die sogenannte „intuitive Methode“²⁹. Hier werden Experten für den zu besetzenden Arbeitsplatz befragt, die dann Anforderungen des Arbeitsplatzes benennen. Als Experten kommen insbesondere Vorgesetzte, Untergebene und ehemalige Stelleninhaber in Betracht³⁰. Um mit dieser Methode gute Ergebnisse zu erzielen, ist Voraussetzung, dass die ausgewählten Experten über große Erfahrung verfügen³¹.

Die „intuitive Methode“ leidet jedoch unter einer fehlenden Systematik³². Um mit ihr überhaupt zu brauchbaren Ergebnissen kommen zu können, ist es notwendig, die Experten sorgfältig auszuwählen und sie in Ruhe und einzeln zu interviewen³³.

Systematischer wird bei der „arbeitsplatzanalytischen Methode“ vorgegangen³⁴. Diese Methode beruht darauf, die Tätigkeit am zu besetzenden Arbeitsplatz zu beobachten und möglichst genau zu beschreiben. Aus den beobachteten Tätigkeiten des Stelleninhabers wird dann ein Anforderungsprofil entwickelt³⁵. Die Beobachtung und Erfassung der Arbeitstätigkeit wird mittels eines Fragebogens durchgeführt³⁶. Die Schwierigkeit dieses Verfahrens liegt darin, aus der Vielzahl der beobachteten Tätigkeiten Anforderungen zu entwickeln³⁷.

²⁶ Schuler, in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 49 f.

²⁷ Zitiert nach Schuler; in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 50 (Übersetzung aus dem Englischen vom Verfasser).

²⁸ Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 15 f; Jetter, Effiziente Personalauswahl, S. 115.

²⁹ Kanning, Standards, S. 229.

³⁰ Kanning, Standards, S. 229.

³¹ Schuler; in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 48.

³² Kanning, Standards, S. 230.

³³ Kanning, Standards, S. 230.

³⁴ Kanning, Standards, S. 231 .

³⁵ Kanning, Standards, S. 231 f.

³⁶ Schuler; in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 48.

³⁷ Kanning, Standards, S. 232 f.

Die Beobachtung der Tätigkeit kann zum einen die Aufgaben selbst betreffen. Dann werden am Arbeitsplatz durchgeführte Aufgaben erfasst und beschrieben³⁸.

Die Beobachtung kann sich aber auch auf das Verhalten des Stelleninhabers beziehen³⁹.

Eine gebräuchliche Variante dieser Methode ist die der „erfolgskritischen Ereignisse“⁴⁰. Dabei wird untersucht, welche Verhaltensoptionen der Stelleninhaber zur Lösung der Problemsituationen benötigt, denen er auf der Stelle begegnet, und zwar einerseits besonders häufigen und andererseits besonders schwierigen⁴¹. Die Vorteile der Methode der „erfolgskritischen Ereignisse“ sind ihre Regelgeleitetheit, Transparenz und Objektivität. Ihr Nachteil liegt in dem vergleichsweise großen Aufwand⁴².

Schließlich gibt es noch die „personalanalytische Methode“⁴³. Dabei werden die Inhaber von Arbeitsplätzen, welche dem zu besetzenden entweder gleich oder zumindest sehr ähnlich sind, untersucht, um möglichst viele Daten über diese Personen zu erlangen⁴⁴. Hierbei kann eine große Vielfalt von Daten erfasst werden, etwa Fähigkeiten, Zeugnisnoten, biographische Daten, Persönlichkeitseigenschaften und kognitive Fähigkeiten⁴⁵. Anschließend werden die Arbeitsplatzinhaber in eine leistungsstarke und eine weniger leistungsstarke Gruppe eingeteilt⁴⁶. Nun braucht nur noch ausgewertet werden, in welchen Daten sich die leistungsstarke Gruppe von der weniger leistungsstarken Gruppe unterscheidet. Daraus wird dann ein Anforderungsprofil entwickelt⁴⁷. Falls beispielsweise die Untersuchung ergeben sollte, dass alle Mitglieder der leistungsstarken Gruppe das Zehn-Finger-Tippen beherrschen, die Mitglieder der anderen

³⁸ Schuler; in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 52

³⁹ Schuler; in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 54 f.

⁴⁰ Kanning, Standards, S. 234, betrachtet sie allerdings als Variante der „personalanalytischen Methode“.

⁴¹ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 30; Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Critical Incident Technique; Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 23.

⁴² Kanning, Standards, S. 236.

⁴³ Kanning, Standards, S. 233.

⁴⁴ Kanning, Standards, S. 233.

⁴⁵ Kanning, Standards, S. 233 f.

⁴⁶ Kanning, Standards, S. 234.

⁴⁷ Kanning, Standards, S. 234.

Gruppe dagegen nicht, so ist Zehn-Finger-Tippen in das Anforderungsprofil aufzunehmen.

Wenn keine gleichen oder sehr ähnlichen Arbeitsplätze vorhanden sind, müssen die Beobachtungen und Expertenbefragungen in anderen Organisationen durchgeführt werden, was im öffentlichen Dienst möglich sein sollte⁴⁸.

Neben den bisher beschriebenen Methoden der Analyse eines bestehenden Arbeitsplatzes kann es natürlich auch notwendig werden, an den Stelleninhaber zusätzliche Anforderungen zu richten, um Verbesserungen zu erreichen⁴⁹. Auch derartige zusätzliche Anforderungen setzen eine Anforderungsanalyse an Hand des Status quo voraus. Denn dadurch wird die Ausgangslage festgestellt und so eine präzise Definition des Verbesserungszieles ermöglicht⁵⁰. Wenn eine Behörde zum Beispiel plant, ihren Schreibdienst abzuschaffen und die Sachbearbeiter ihre Schreiben künftig selber schreiben zu lassen, kann natürlich das 10-Finger-Tippen in das Anforderungsprofil für Sachbearbeiter aufgenommen werden, auch wenn die Analyse der bisherigen Sachbearbeiterarbeitsplätze ergeben hat, dass Tippfähigkeiten nicht notwendig sind.

Wenn die Anforderungen analysiert wurden, die an den künftigen Stelleninhaber zu stellen sind, kann das Anforderungsprofil erstellt werden.

Dieses Profil beschreibt alle an den Bewerber zu stellenden Qualifikationen möglichst detailliert⁵¹.

Neben seiner Funktion als Grundlage der Stellenausschreibung und der eigentlichen Auswahlentscheidung hat ein Anforderungsprofil aber auch noch weiteren Nutzen im Personalauswahlverfahren. Es dient nämlich auch als Grundlage für den Interviewleitfaden⁵². Zudem ermöglicht es

⁴⁸ Kanning, Standards, S. 238.

⁴⁹ Kanning, Standards, S. 238.

⁵⁰ Kanning, Standards, S. 238.

⁵¹ Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 15.

⁵² Jetter, Effiziente Personalauswahl, S. 116; Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 14.

während des gesamten Auswahlprozesses, auf die entscheidenden Qualifikationen der Bewerber zu achten⁵³.

In das Anforderungsprofil dürfen nur Anforderungsmerkmale aufgenommen werden, deren Relevanz durch die Anforderungsanalyse nachgewiesen worden ist. Außerdem müssen die Anforderungsmerkmale aktuell und zukunftsorientiert, also nicht vergangenheitsorientiert sein, sowie eindeutig und trennscharf. Auch sollen sie schriftlich vorliegen⁵⁴.

Daran fehlt es heutzutage selbst bei Großunternehmen. Auch deren Personalabteilungen können die Anforderungen an ihre künftigen Mitarbeiter oftmals nicht konkret formulieren und flüchten sich in Allgemeinplätze⁵⁵. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass die Situation im öffentlichen Dienst eine andere (bessere) ist.

Die Arbeitgeber können sich die Arbeit erleichtern, indem sie Rahmenprofile entwickeln. Dabei handelt es sich um ein standardisiertes Anforderungsprofil für Stellen mit gleicher Aufgabenstellung bzw. der gleichen Funktionsebene. Dieses braucht dann nur noch um die speziellen Anforderungen der konkret zu besetzenden Stelle ergänzt werden⁵⁶.

2. Festlegung der diagnostischen Instrumente

Anschließend werden die diagnostischen Instrumente bestimmt, mit welchen das Profil der Bewerber ermittelt werden soll, um festzustellen, wie gut sie auf das Anforderungsprofil passen. Dabei müssen die zu messenden Anforderungen, die zur Verfügung stehenden Ressourcen und der wissenschaftliche Erkenntnisstand zu den einzelnen Instrumenten berücksichtigt werden⁵⁷.

Wie wir sehen werden, gibt es große Leistungsunterschiede zwischen den gebräuchlichen personaldiagnostischen Instrumenten⁵⁸.

⁵³ Jetter, Effiziente Personalauswahl, S. 116; Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 13.

⁵⁴ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 28.

⁵⁵ Kanning, Standards, S. 341 f.

⁵⁶ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 34.

⁵⁷ Kanning, Standards, S. 240.

⁵⁸ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (262).

Auch ist es so, dass die Kombination verschiedener Instrumente zu einer höheren Validität führt, als sie jedes Instrument für sich alleine aufweist. Fester Bestandteil jeder Kombination ist ein Intelligenztest⁵⁹.

C. Vorstellung der verschiedenen personaldiagnostischen Instrumente

I. Schriftliche Bewerbungsunterlagen

Die Bewerbungsunterlagen stehen regelmäßig am Anfang des Auswahlprozesses⁶⁰. Im Rahmen der Vorauswahl werden die eingereichten schriftlichen Bewerberunterlagen ausgewertet. Sie bestehen mindestens aus Anschreiben und Lebenslauf. Oft enthalten sie auch ein Photo, Prüfungs- und Arbeitszeugnisse und gegebenenfalls auch Referenzen.

Ihr vornehmlicher Zweck besteht darin, festzustellen, ob der Bewerber die erforderlichen fachlichen Qualifikationen besitzt⁶¹, etwa einen Berufsabschluss. Dies ist regelmäßig unproblematisch.

Bewerbungsunterlagen sollen zudem etwas über die Biographie des Bewerbers aussagen, um aus dieser eine Prognose für seinen zukünftigen Arbeitserfolg entwickeln zu können⁶². Zum Beispiel sollen gute Noten gute Arbeitsleistungen erwarten lassen.

Das Anschreiben kann Aufschluss darüber geben, ob der Bewerber sich zielgenau auf diese Stelle beworben hat oder ob er sich reihenweise bewirbt⁶³. Oft wird in dem Anschreiben auch etwas zur Motivation für die Bewerbung gesagt⁶⁴. Schließlich hat der Bewerber auch die Möglichkeit, sich zu seinen besonderen Stärken und zu seinen Zusatzqualifikationen zu äußern⁶⁵.

⁵⁹ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (266).

⁶⁰ Kanning, in: Kanning/Holling, *Handbuch*, S. 494; Schuler/Frier/Kauffmann, *Personalauswahl im europäischen Vergleich*, S. 13; Reinhardt, *Personalauswahl*, S. 1.

⁶¹ Lorenz/Rohrschneider, *Personalauswahl*, S. 72.

⁶² Schuler/Marcus, in: Schuler (Hrsg.), *Lehrbuch*, S. 194.

⁶³ Drescher, *professionelle Personalauswahl*, S. 52 f.

⁶⁴ Drescher, *professionelle Personalauswahl*, S. 52 f; Kanning, *Standards*, S. 320; Lorenz/Rohrschneider, *Personalauswahl*, S. 76.

⁶⁵ Drescher, *professionelle Personalauswahl*, S. 52 f.

Aus dem Lebenslauf lassen sich Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Bewerbers ziehen⁶⁶, etwa aus der Entwicklungslogik des Werdegangs und aus den absolvierten Fortbildungen auf die Lernbereitschaft⁶⁷.

Arbeitszeugnisse liefern ebenfalls wertvolle Informationen. Dabei ist aber zu bedenken, dass Arbeitgeber zu wohlwollenden Formulierungen verpflichtet sind. Deswegen kann Negatives in den Zeugnissen nur in versteckten Hinweisen mitgeteilt werden. Es muss aber bedacht werden, dass dasjenige, was als versteckter Hinweis auf Negatives gelesen wird, auch ein schlichtes Versehen des Verfassers sein kann, der sich mit den Codes für Arbeitszeugnisse nicht ausreichend auskennt⁶⁸. Deshalb gilt die Regel, dass ein einziges Arbeitszeugnis alleine nicht aussagekräftig genug ist⁶⁹.

Die Form der Bewerbungsunterlagen lässt Rückschlüsse auf das Arbeitsverhalten zu⁷⁰. Sie kann im Einzelfall als kleine Arbeitsprobe angesehen werden.

Das Lichtbild enthält eine Aussage über das Aussehen des Bewerbers⁷¹. Weil dieses aber für die wenigsten Berufe von Bedeutung ist, sollte es bei der Auswahlentscheidung ignoriert werden⁷². Dies kann geschehen, indem in der Ausschreibung gebeten wird, keine Lichtbilder beizufügen, oder aber, indem das Lichtbild vor der eigentlichen Analyse entfernt wird⁷³. Um die Gleichbehandlung der Bewerber zu gewährleisten und eine Diskriminierungen im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes von vornherein auszuschließen, empfiehlt sich der Verzicht auf Lichtbilder⁷⁴. Gegebenenfalls lässt das Photo aber auch legitime Rückschlüsse auf den

⁶⁶ Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 81 f.

⁶⁷ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 54 f.

⁶⁸ Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 94.

⁶⁹ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 55 ff.

⁷⁰ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 90; Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 72.

⁷¹ Kanning, Standards, S. 318.

⁷² Kanning, Standards, S. 318; Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 90.

⁷³ Kanning, Standards, S. 318.

⁷⁴ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 51.

Bewerber zu. Ein Porträt in Freizeitkleidung ist sicherlich für die meisten Bewerbungen unpassend⁷⁵.

II. Bewerberinterview

Das Interview ist das bedeutendste personaldiagnostische Instrument⁷⁶. Es ist in Deutschland Bestandteil jedes Auswahlverfahrens⁷⁷.

Das Bewerberinterview ist ein persönliches Gespräch zwischen dem Bewerber und einem Vertreter der Organisation, bei der er sich beworben hat. Ziel des Gesprächs ist es, den beruflichen Erfolg des Bewerbers zu prognostizieren⁷⁸. Es dient als Entscheidungsgrundlage für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses⁷⁹. Neben persönlichen Gesprächen gibt es auch telefonische Interviews. Die einfache, fast alltägliche Grundstruktur des Interviews ist ein wichtiger Grund für seine Beliebtheit⁸⁰. Dass ein solches Gespräch geeignet ist, eine andere Person kennenzulernen, entspricht der Alltagserfahrung und steht im Einklang mit dem „gesunden Menschenverstand“. Das Interview als personaldiagnostisches Instrument ist zudem sehr flexibel⁸¹. Es ist in Personalauswahlverfahren für jede Stelle anwendbar.

Akzeptanz findet es jedoch nicht nur bei den potentiellen Arbeitgebern, auch bei den Bewerbern ist es das beliebteste diagnostische Instrument⁸². Dies dürfte an seiner (scheinbaren) Natürlichkeit liegen⁸³.

Auf Grund des persönlichen Kontakts zwischen Bewerber und Entscheider leidet allerdings die Qualität von Auswahlinterviews unter typischen Beurteilungsfehlern. So wird der erste Eindruck vom Bewerber überbewertet. Der „Haloeffekt“, besagt dass ein prägnantes Merkmal des Bewerbers alle seine anderen Merkmale überstrahlen kann.

⁷⁵ Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 90.

⁷⁶ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 67; Lorenz/Rohrschneider, Personalauswahl, S. 106.

⁷⁷ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 353; siehe aber den Fall von LAG Frankfurt, Urteil vom 23.04.2010 (Az.: 19/3 Sa 47/09).

⁷⁸ Mussel, Interviews, S. 17.

⁷⁹ Mussel, Interviews, S. 17.

⁸⁰ Kanning, Standards, S. 407 f.

⁸¹ Kanning, Standards, S. 407.

⁸² Kanning, Standards, S. 408.

⁸³ Kanning, Standards, S. 408.

Beurteilungsfehler können aber auch durch die subjektive Befindlichkeit des Entscheiders veranlasst sein. Der Entscheider kann Bewerbern gegenüber zu milde oder zu streng sein. Die Stimmung während des Interviews kann sich auf die Bewertung auswirken⁸⁴.

Mit einem Interview kann die Motivation des Bewerbers für seine Bewerbung untersucht werden, ferner seine Befähigung und Eignung. Es bietet ebenfalls die Gelegenheit zur Erörterung von Unklarheiten in den Bewerbungsunterlagen. Schließlich kann es der Arbeitgeber nutzen, um den Bewerber für die fragliche Stelle zu motivieren⁸⁵.

Für ein qualitätsvolles Interview ist die Schulung der Interviewer unerlässlich⁸⁶. Auch sollten mindestens zwei voneinander unabhängige und gleichrangige Beurteiler eingesetzt werden⁸⁷.

1. Standardisierte und nicht-standardisierte Interviews

Es werden **freie**, **standardisierte** und **teilstandardisierte** Interviews unterschieden. Bei **freien Interviews** werden die Fragen intuitiv gestellt. Die einzelnen Interviews verlaufen unterschiedlich, das heißt, den einzelnen Bewerbern werden voneinander abweichende Fragen gestellt.

Bei **standardisierten Interviews** wird eine vorgegebene Liste mit Fragen abgearbeitet, auf die Antworten des Interviewten wird dabei nicht eingegangen. Die Fragen und ihre Reihenfolge sind für alle Bewerber gleich. Ein vollstandardisiertes Interview ähnelt einem mündlich vorgetragenen und beantworteten Fragebogen.

Bei einem **teilstandardisierten Interview** sind die Fragen ebenfalls vorgegeben. Der Interviewer hat aber die Möglichkeit, auf die Antworten des Bewerbers einzugehen, indem er bei Unklarheiten nachfragt oder Missverständnisse beseitigt. Deswegen kann es zu Abweichungen hinsichtlich der den einzelnen Bewerbern gestellten Fragen kommen. Die im Vorhinein festgelegten Fragen werden aber allen Bewerbern gestellt.

⁸⁴ Zum ganzen Bles, strukturierte Interviews, in: John/Maier, Eignungsdiagnostik, S. 217.

⁸⁵ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 67.

⁸⁶ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 520.

⁸⁷ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 521.

Das teilstandardisierte Interview wird auch **strukturiertes Interview** genannt⁸⁸.

Eine Variante des strukturierten Interviews wird als „Multimodales Interview“ bezeichnet⁸⁹. Mit dieser Interviewtechnik sollen verschiedene diagnostische Ebenen kombiniert werden. Es sind dies die Erfassung der Eigenschaften einer Person durch Tests, die Verhaltensbeobachtung in einer Simulation und die Erfassung biographischer Daten⁹⁰.

2. Fragevarianten

Im Interview können verschiedene Arten von Fragen gestellt werden. Rein formal ist die Unterscheidung von offenen und geschlossenen Fragen. Letztere können mit ja oder nein beantwortet werden, erstere nicht. Offene Fragen werden auch als W-Fragen bezeichnet, weil sie oft mit einem Fragewort beginnen (wer, was, wie etc.)⁹¹. Grundsätzlich sind offene Fragen vorzuziehen, weil sich durch sie mehr Informationen gewinnen lassen. Geschlossene Fragen können aber eingesetzt werden, um an bestimmte Daten zu gelangen⁹². Die Bevorzugung offener Fragen entspricht auch der Regel, dass in einem Interview hauptsächlich der Bewerber reden soll und nicht der Interviewer.

Daneben ist die Kettenfrage noch formal definiert. Bei ihr werden mehrere Fragen unmittelbar hintereinander gestellt und dann gemeinsam beantwortet⁹³. Sie testen die Fähigkeit, komplexe Aufgaben zu bewältigen⁹⁴.

Biografische Fragen zielen auf früheres Verhalten des Bewerbers, aus dem dann Rückschlüsse auf zukünftiges Verhalten gezogen werden können. Sie

⁸⁸ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 67.

⁸⁹ Mussel, Interviews, S. 36.

⁹⁰ Mussel, Interviews, S. 36 f (auf den Seiten 37 ff ist der genaue Ablauf eines solchen Interviews geschildert).

⁹¹ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 70; Kanning, Standards, S. 415.

⁹² Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 70.

⁹³ Kanning, Standards, S. 415.

⁹⁴ Kanning, Standards, S. 415.

erfordern die Schilderung des Verhaltens des Bewerbers in einer bestimmten Situation in der Vergangenheit und das daraus resultierende Ergebnis⁹⁵.

Situative Fragen sind solche, in denen dem Bewerber zunächst eine konkrete Arbeitssituation geschildert wird. Der Bewerber soll dann seinen Umgang mit dieser Situation darlegen⁹⁶. Einen Busfahrer könnte man etwa fragen, wie er reagiert, wenn ein offensichtlich Volltrunkener in seinen Bus einsteigen möchte. Es handelt sich letztlich um eine Art mündliche Arbeitsprobe. Solche Fragen haben den Vorteil, dass es sich hierbei nicht um Standardfragen handelt, die in der Ratgeberliteratur behandelt werden⁹⁷. So kann sich der Bewerber für sie keine Antwort zurechtlegen.

Zirkuläre Fragen zielen nicht direkt auf die Selbsteinschätzung des Interviewten, sondern fragen danach, wie er meint, von anderen eingeschätzt zu werden. Durch diesen etwas komplizierteren Frageaufbau soll die Möglichkeit positiver Selbstdarstellung verringert werden⁹⁸.

Fachfragen prüfen die Kenntnisse des Bewerbers ab⁹⁹.

Definitionsfragen prüfen, ob sich der Bewerber mit den Anforderungen der Stelle auseinandergesetzt hat¹⁰⁰.

Suggestivfragen können den Interviewten provozieren¹⁰¹.

Alternativenfragen fordern den Bewerber auf zu wählen und seine Wahl zu begründen¹⁰².

⁹⁵ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 70; Kanning, Standards, S. 416 (hier auch Konkretisierungsfragen genannt).

⁹⁶ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 72; Kanning, Standards, S. 416.

⁹⁷ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 72.

⁹⁸ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 72 f.

⁹⁹ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 73; Kanning, Standards, S. 416 (hier Kenntnisfrage genannt).

¹⁰⁰ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 73.

¹⁰¹ Kanning, Standards, S. 415.

¹⁰² Kanning, Standards, S. 415.

Während des Interviews ist auf eine konkrete Beantwortung der Fragen zu achten, um sie unter die Anforderungskriterien subsumieren zu können¹⁰³.

Während des Interviews sollten die Beobachter Gesprächsnotizen anfertigen, um Gedächtnisfehler zu vermeiden¹⁰⁴.

Da bestimmte Fragen unzulässig sind, muss der rechtliche Rahmen für Bewerberinterviews beachtet werden.

III. Assessment-Center

1. Verfahren

Bei einem AC handelt es sich um ein systematisches Verfahren, das mittels mehrerer Übungen bestimmte Verhaltensweisen und Fähigkeiten von Bewerbern durch geschulte Beobachter beurteilt¹⁰⁵. Um die Beurteilungen zu verbessern, werden stets mehrere Beobachter eingesetzt¹⁰⁶. Art und Anzahl der Übungen sind nicht festgelegt. Typische Übungen eines AC sind Rollenspiele, Gruppendiskussionen, Präsentationen und Postkorbübungen. Kennzeichen eines Assessment-Center ist die sogenannte multi-trait-multi-method Strategie, bei der mehrere Persönlichkeitsmerkmale (Traits) mittels verschiedener Methoden beurteilt werden¹⁰⁷.

Ziel der Methode „Assessment-Center“ ist es, realistische Arbeitssituationen zu simulieren, die Teilnehmer bei deren Bewältigung zu beobachten und dabei Rückschlüsse auf ihre Eigenschaften zu ziehen¹⁰⁸. Die Eigenschaften sollen also nicht indirekt aus Antworten in einem Interview oder in einem Fragebogen erschlossen werden, sondern die Eigenschaften selbst sollen beobachtet werden¹⁰⁹. Dazu ist es notwendig, dass nur solche Anforderungen simuliert werden, wie sie den Stelleninhaber tatsächlich

¹⁰³ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 81.

¹⁰⁴ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 83 f.

¹⁰⁵ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 96.

¹⁰⁶ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 23.

¹⁰⁷ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 22; Kanning, in: Kanning/Holling, S. 527 f; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 52.

¹⁰⁸ Kanning, Standards, S. 434; Martinke, Evaluation, S. 65.

¹⁰⁹ Kanning, Standards, S. 434; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 62.

erwarten. Die Simulationen müssen realistisch sein¹¹⁰. Das Assessment-Center ähnelt insoweit einer Arbeitsprobe¹¹¹.

Das Assessment-Center hat eine beachtliche Tradition. Die Reichswehr entwickelte es zur Auswahl ihres Offiziersnachwuchses. Im Zweiten Weltkrieg wurde es vom amerikanischen und dem britischen Geheimdienst zur Auswahl von Agenten weiterentwickelt. Nach dem Zweiten Weltkrieg setzten es auch Unternehmen ein, in Deutschland erstmals 1969 bei IBM¹¹². Heutzutage wird auch im öffentlichen Dienst häufig darauf zurückgegriffen¹¹³.

Assessment-Center können, wie bereits angedeutet, in ihrem Ablauf ganz unterschiedlich sein¹¹⁴. Dennoch soll hier zu Verdeutlichung der mögliche Gang eines Assessment-Center kurz beschrieben werden¹¹⁵.

Am Morgen, nach der Begrüßung, werden die Teilnehmer¹¹⁶ über den Ablauf des Tages informiert. (Es gibt auch mehrtägige Assessment-Center¹¹⁷.) Danach beginnt die erste Übung, etwa ein Gruppengespräch. Dazu wird den Teilnehmern ein Thema genannt, auf das sie sich alleine vorzubereiten haben. Die Vorbereitungszeit dauert beispielsweise eine Stunde. Danach werden die Teilnehmer in einen Übungsraum gebeten. Ihre Plätze befinden sich in der Mitte des Raumes. Die Beobachter sitzen um sie herum. Es wird sodann eine Diskussion eröffnet. Die Zeit hierfür kann zum Beispiel 30 Minuten betragen. Dabei halten die Beobachter ihre Beobachtungen fest. Anschließend haben die Kandidaten eine kurze Pause. In unserem Beispiel folgt jetzt ein Einzelvortrag von 10 Minuten Länge. Dazu werden die Kandidaten einzeln, im Abstand von jeweils 10 Minuten in einen separaten Raum gebracht. Dort wird ihnen das Thema genannt. Sie

¹¹⁰ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 22.

¹¹¹ Kanning, Standards, S. 434.

¹¹² Zur Geschichte des Assessment-Centers siehe Martinke, Evaluation, S. 60.

¹¹³ Kanning, Standards, S. 434.

¹¹⁴ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 4.

¹¹⁵ Eine ausführlichere Darstellung eines typischen Assessment-Centers siehe: Kanning, Standards, S. 437 ff; Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 10; ein Assessment-Center im öffentlichen Dienst schildert *Khorrami*, Richter, S. 94 ff.

¹¹⁶ Es gibt auch Einzel-Assessment-Center; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 56. Diese dienen vornehmlich der Besetzung von Spitzenpositionen (Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 57; Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 29 f) und sollen hier nicht weiter behandelt werden.

¹¹⁷ Kanning, Standards, S. 433.

haben nun 10 Minuten Zeit, den Vortrag vorzubereiten und sich Notizen zu machen. Nach Ablauf der Vorbereitungszeit werden sie in den Übungsraum zurückgeführt. Nun haben sie im Beisein der Beobachter ihren Vortrag zu halten. Danach werden sie verabschiedet. Am nächsten Tag haben sie die Möglichkeit eine bestimmte Person anzurufen, die ihnen das Ergebnis mitteilt. Mit zwei Übungen wäre unser Beispiel zwar ein sehr kurzes Assessment-Center, aber durchaus im Bereich des Möglichen.

Nachdem das Anforderungsprofil erstellt und ein Assessment-Center als personaldiagnostisches Instrument gewählt worden ist, müssen die Anforderungen für das Assessment-Center operationalisiert werden¹¹⁸.

2. Kosten

Die Kosten für ein Assessment-Center sind vergleichsweise hoch¹¹⁹, nämlich 500 bis 2500 € pro Teilnehmer. Es wird daher regelmäßig auf die Auswahl von Führungskräften beschränkt¹²⁰.

3. Qualitätskriterien

Es existieren anerkannte Qualitätskriterien für Assessment-Center. Dabei kann auf die vom „Arbeitskreis Assessment-Center“ herausgegebenen Standards zurückgegriffen werden. Bei diesem Arbeitskreis handelt es sich um einen Zusammenschluss von Experten auf dem Gebiet der Assessment-Center¹²¹. Die Standards wurden 1992 und 2004 herausgegeben¹²². Dabei wurde die Ausgabe von 1992 durch die von 2004 nicht ersetzt, sondern ergänzt¹²³. Beide Ausgaben sind daher nebeneinander anwendbar.

Bei einem Assessment-Center wird keine allgemeine Persönlichkeitsbeurteilung vorgenommen, sondern nur auf die Anforderungen der

¹¹⁸ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 25; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 53.

¹¹⁹ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 236.

¹²⁰ Kanning, Standards, S. 433.

¹²¹ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 38.

¹²² Sie werden künftig zitiert als Assessment-Center-Standards 1992 bzw. Assessment-Center-Standards 2004.

¹²³ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 40.

konkreten Stelle hin getestet¹²⁴. Dafür ist es natürlich erforderlich, zunächst eine Anforderungsanalyse vorzunehmen¹²⁵. Jedes Anforderungsmerkmal wird mit mindestens zwei Methoden gemessen¹²⁶. Dies dient der Verringerung von Zufallseinflüssen und außerdem der Fairness, weil so Leistungsunterschiede in einer Übung ausgeglichen werden können. Um ihrer Aufgabe gewachsen zu sein, müssen die Beobachter geschult werden¹²⁷. Dabei steigert der Einsatz von Psychologen die Validität von Assessment-Centern¹²⁸. Das Zahlenverhältnis von Teilnehmern und Beobachtern sollte höchstens zwei zu eins betragen¹²⁹. Die Teilnehmer werden über den Ablauf und das Ziel des Assessment-Centers informiert¹³⁰. Alle Teilnehmer erhalten ein Feedback¹³¹.

IV. Intelligenztests

Intelligenztests dienen zur Messung der Intelligenz¹³².

Bei Intelligenztests handelt es sich um Leistungstests, bei denen abstrakte Aufgaben mit Hilfe der Intelligenz gelöst werden müssen¹³³.

Was Intelligenz ist, lässt sich nicht leicht definieren¹³⁴. Der Begriff ist etymologisch aus dem lateinischen Verb *intellegere* gebildet¹³⁵. Dies kann mit „einsehen“, „verstehen“, „begreifen“ übersetzt werden¹³⁶. Der Begriff kennzeichnet die kognitive Leistungsfähigkeit¹³⁷. Regelmäßig wird

¹²⁴ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 99; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 62.

¹²⁵ Assessment-Center-Standards 1992, Nr. 1 (alle Standards zitiert nach Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 39 f); Assessment-Center-Standards 2004, Nr. 2.

¹²⁶ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 99; Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 22; Kanning, Standards, S. 478; Martinke, Evaluation, S. 61; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 63.

¹²⁷ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 99; Kanning, Standards, S. 476; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 63.

¹²⁸ Plate, Unternehmensberatungen, S. 129.

¹²⁹ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 24

¹³⁰ Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 99; Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 24; Kanning, Standards, S. 478; Schuhmacher, Mythos Assessment Center, S. 63 f.

¹³¹ Kanning, Standards, S. 477.

¹³² Brockhaus, Psychologie, StW.: Intelligenztests.

¹³³ Kanning, Standards, S. 360.

¹³⁴ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 195 f; Brockhaus, Enzyklopädie, StW. Intelligenz.

¹³⁵ Rost, Intelligenz, S. 1.

¹³⁶ Zoli-Sudbrock, Lateinisch-Deutsch, s.v. *intellego*.

¹³⁷ Rost, Intelligenz, S. 1.

Intelligenz definiert als das, was Intelligenztests messen¹³⁸. Um diese wenig aussagekräftige Formel besser zu verstehen, muss die Geschichte der Intelligenzforschung betrachtet werden.

Deren eigentlicher Beginn liegt in Frankreich. Das dortige Unterrichtsministerium ordnete an, dass Kinder nur noch auf Grund eines medizinisch-pädagogischen Gutachtens in Sonderschulen überwiesen werden durften¹³⁹. Zu diesem Zweck entwickelten *Binet* und *Simon* 1905 einen Intelligenztest¹⁴⁰, der eine Reihe von Aufgaben enthielt, deren Lösung jeweils verschiedene intellektuelle Fähigkeiten erforderte¹⁴¹. Die dabei erzielten Ergebnisse wurden in das Verhältnis zum Alter der Testperson gesetzt¹⁴². Mit diesem Test sollten Kinder mit geringer Intelligenz von Kindern unterschieden werden, welche normal intelligent waren, aber einen ungünstigen sozialen Hintergrund hatten¹⁴³.

Die in den Intelligenztests gestellten Aufgaben sind unterschiedlich, um so verschiedene Aspekte der Intelligenz messen zu können¹⁴⁴. Sie enthalten etwa die Abfrage von Allgemeinwissen, die Prüfung des Wortschatzes, Rechenaufgaben, Tests des allgemeinen Verständnisses und Bildergänzungen¹⁴⁵.

Intelligenztests wurzeln also in der Bildungsforschung. Deshalb verwundert es nicht, dass die gemessene Intelligenz am stärksten mit dem Bildungserfolg korreliert. Zu nichts anderem ist die prognostische Validität eines Intelligenztests so gut wie zur Beantwortung der Frage, welchen Bildungsabschluss die Testperson erreichen wird oder schon erreicht hat¹⁴⁶. Je höher also die Intelligenz, desto höher die Wahrscheinlichkeit eines hohen Bildungsabschlusses. Man kann auch sagen: Intelligentere Menschen haben eine größere Fähigkeit zu höherer Bildung. Oder anders: „Intelligenz

¹³⁸ Brockhaus, Enzyklopädie, StW. Intelligenz; Funke/Vaterrodt, Intelligenz, S. 24.

¹³⁹ Rost, Intelligenz, S. 149.

¹⁴⁰ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 196; Brockhaus, Enzyklopädie, StW. Intelligenz.

¹⁴¹ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 196.

¹⁴² Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 196.

¹⁴³ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 47.

¹⁴⁴ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 200 f; Brockhaus, Psychologie, StW.: Intelligenztests.

¹⁴⁵ Siehe die Beispiele bei *Asendorpf*, Psychologie der Persönlichkeit, S. 201.

¹⁴⁶ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 201.

ist, was Intelligenztests messen, die so konstruiert wurden, dass sie das Bildungsniveau möglichst gut vorhersagen¹⁴⁷.

Dies darf aber nicht zu der Annahme verleiten, dass alle sehr intelligenten Menschen erfolgreich sind und weniger erfolgreiche Menschen damit auch weniger intelligent. Dagegen gilt, dass zwar fast alle erfolgreichen Menschen eine hohe Intelligenz haben, aber auch Menschen mit geringem (beruflichen) Erfolg eine hohe Intelligenz haben können¹⁴⁸. Denn in kognitiv anspruchsloseren Berufen ist die Variation hinsichtlich der intellektuellen Leistungsfähigkeit der Berufsausübenden größer als in kognitiv anspruchsvolleren Berufen¹⁴⁹.

Weiterhin zeichnet sich die Intelligenz eines Menschen durch ihre Stabilität aus. Ab dem siebten Lebensjahr verändert sie sich nur noch geringfügig¹⁵⁰.

V. Wissenstests

Bei Wissenstests wird Wissen abgefragt¹⁵¹. Damit handelt es sich um eine äußerst plausible Methode, um die Eignung von Bewerbern festzustellen. Denn wer über mehr für die Tätigkeit erforderliches Wissen verfügt, sollte diese Tätigkeit auch besser ausüben können.

VI. Integritätstests (Integrity Tests)

Integritätstests sind ein wichtiges Instrument der Personalauswahl¹⁵². Bei einem solchen Test wird der Bewerber darauf getestet, ob er während der Arbeit betrunken sein, seinen Arbeitgeber bestehlen, „blau machen“ und ähnliches kontraproduktives Verhalten zeigen wird¹⁵³.

¹⁴⁷ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 201.

¹⁴⁸ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 202.

¹⁴⁹ Rost, *Intelligenz*, S. 208 f.

¹⁵⁰ Holling/Preckel/Vock, *Intelligenzdiagnostik*, S. 41.

¹⁵¹ Kanning, *Standards*, S. 360.

¹⁵² Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 157.

¹⁵³ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (267); Marcus/Funke/Schuler, *Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie* 41 (1997), S. 2. (4); Kanning, *Standards*, S. 387.

Der Test wird mittels Fragebogen durchgeführt. In den Fragebögen gibt es einstellungsorientierte Items, die nach den Wertvorstellungen des Probanden fragen¹⁵⁴ („Würde jemand stehlen, wenn die Bedingungen günstig sind?“¹⁵⁵) und eigenschaftsorientierte Items, bei denen eine Verhaltensbeschreibung abzugeben ist¹⁵⁶ („Sie sind eher vernünftig als abenteuerlustig.“¹⁵⁷).

Bei der zweiten Variante ist der Zweck des Tests für die Probanden weniger transparent¹⁵⁸, so dass es für sie schwieriger ist, die erwünschte Antwort zu erraten.

Ein Item ist der „einzelne Bestandteil eines Verfahrens (z. B. einzelne Frage oder Aufgabe, auf die die Kandidaten zu reagieren haben)“¹⁵⁹.

Die Items werden dadurch gewonnen, dass eine Auswahl von potentiellen Items zwei Personengruppen vorgelegt wird¹⁶⁰. Bei der einen Gruppe ist man sich sicher, dass die Angehörigen integer sind, bei der anderen ist man sich sicher, dass sie nicht integer sind¹⁶¹. Die Einteilung in diese Gruppen kann auf zweierlei Weise erfolgen. Für die nicht integre Gruppe kann man Mitarbeiter auswählen, die bereits durch kontraproduktives Verhalten aufgefallen sind¹⁶². Oder man kann fragen (anonym!), ob die Mitarbeiter kontraproduktiv handeln¹⁶³. Dafür ist eine hinreichende Anzahl von Mitarbeitern nötig. Das sollte im öffentlichen Dienst kein Problem sein¹⁶⁴. Die oft erwähnte Einteilung von Personen in die zwei Gruppen mittels eines Polygraphen („Lügendetektor“) ¹⁶⁵ ist also nicht notwendig.

¹⁵⁴ Kanning, Standards, S. 388.

¹⁵⁵ Marcus/Funke/Schuler, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 41 (1997), S. 2 (3).

¹⁵⁶ Kanning, Standards, S. 388.

¹⁵⁷ Marcus/Funke/Schuler, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 41 (1997), S. 2 (3).

¹⁵⁸ Marcus/Funke/Schuler, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 41 (1997), S. 2 (3).

¹⁵⁹ DIN 33430:2002-06, B.26.

¹⁶⁰ Marcus/Funke/Schuler, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 41 (1997), S. 2 (3); Kanning, Standards, S. 389.

¹⁶¹ Kanning, Standards, S. 389.

¹⁶² Kanning, Standards, S. 389.

¹⁶³ Kanning, Standards, S. 390 f.

¹⁶⁴ Kanning, Standards, S. 390.

¹⁶⁵ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: itegrity test; Kanning, Standards, S. 389 f.

Nun werden die Items genommen, welche von den beiden Gruppen unterschiedlich ausgefüllt wurden¹⁶⁶.

VII. Graphologische Gutachten

In einem graphologischen Gutachten wird aus der Handschrift des Probanden auf seine Persönlichkeit geschlossen. Die Validität der Graphologie für die Eignungsdiagnostik ist sehr gering¹⁶⁷. In Deutschland wird sie daher auch selten verwendet. In einigen ausländischen Staaten ist sie dagegen sehr beliebt. So werden in 50% der französischen und sogar in 80% der schweizerischen Unternehmen Einstellungsentscheidungen mit Hilfe solcher Gutachten getroffen¹⁶⁸. Teilweise werden noch höhere Werte berichtet, so zum Beispiel bei 93 % der Einstellungsentscheidungen in Frankreich¹⁶⁹.

VIII. Arbeitsprobe

Der Grundgedanke einer Arbeitsprobe ist einfach: Der Bewerber wird mit einer Arbeitsaufgabe konfrontiert, die ihm in der angestrebten Tätigkeit real begegnen könnte. Sodann wird beobachtet, wie er diese bewältigt¹⁷⁰. Die Arbeitsprobe ist bei handwerklichen Tätigkeiten einfacher durchzuführen als bei geistigen. So kann zum Beispiel die Arbeitsaufgabe eines Fliesenlegers sein, ein bestimmtes Stück Mauer mit Fliesen zu belegen. Dagegen ist die Konstruktion einer Arbeitsprobe für einen Kundenbetreuer deutlich schwieriger. Ein Kundengespräch kann zwar durch ein Rollenspiel simuliert werden, aber dies gelingt stets nur unvollständig¹⁷¹. Deswegen werden Arbeitsproben hauptsächlich im handwerklichen Bereich durchgeführt¹⁷². Sie sind aber auch in anderen Bereichen möglich und können

¹⁶⁶ Kanning, Standards, S. 389.

¹⁶⁷ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Graphologie; Kersting, in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 65 bezeichnet sie als untauglich.

¹⁶⁸ Manke, Personalauswahlverfahren, S. 35.

¹⁶⁹ Schuler/Frier/Kauffmann, Personalauswahl im europäischen Vergleich, S. 71.

¹⁷⁰ Kanning, Standards, S. 424 f; Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (267).

¹⁷¹ Kanning, Standards, S. 427.

¹⁷² Kanning, Standards, S. 425; Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (267).

durchaus bei eher geistigen Tätigkeiten eingesetzt werden¹⁷³. So könnte die Arbeitsaufgabe darin bestehen, einen Vermerk zu dem Inhalt einer Akte anzufertigen. Bei sehr komplexen, anspruchsvollen Tätigkeiten kann das Instrument Arbeitsprobe allerdings nicht mehr sinnvoll eingesetzt werden¹⁷⁴. Dies gilt zum Beispiel für die Führung einer Mitarbeitergruppe.

Ein weiteres Problem der Arbeitsprobe liegt darin, dass die Bewältigung der meisten Arbeitsaufgaben ein gewisses Maß an Übung voraussetzt¹⁷⁵. Deshalb ist die klassische Arbeitsprobe hauptsächlich für Bewerber mit einschlägiger Berufserfahrung geeignet¹⁷⁶. Für Berufsanfänger, etwa Lehrstellenbewerber, ist die Konstruktion einer Arbeitsprobe daher deutlich schwieriger. Diese Schwierigkeit kann bewältigt werden, indem die Arbeitsaufgaben stark vereinfacht werden; auch wird den Bewerbern gelegentlich bei der Bewältigung der Aufgabe Hilfe geleistet, etwa indem ihnen die fachmännische Bewältigung der Aufgabe vorgeführt wird oder ihnen einschlägige Fachliteratur auszugsweise zur Verfügung gestellt wird¹⁷⁷.

IX. Biographische Fragebogen

Mit biographischen Fragebogen werden biographische Daten erfasst¹⁷⁸. Dies sind „nachprüfbar objektive oder subjektive Informationen und Einschätzungen früherer, gegenwärtiger und zukünftiger Merkmale der Lebensgeschichte oder zur beruflichen Entwicklung“¹⁷⁹. Sie versuchen, aus früherem Verhalten auf zukünftiges Verhalten zu schließen¹⁸⁰. Dabei stellen sie nicht primär Fragen zum beruflichen Werdegang, sondern zu allgemeineren Themen, etwa zu Freizeitaktivitäten¹⁸¹. So werden zum Beispiel aus der Beantwortung der Frage, ob jemand in seiner Jugend Füh-

¹⁷³ Kanning, Standards, S. 425.

¹⁷⁴ Kanning, Standards, S. 430.

¹⁷⁵ Kanning, Standards, S. 426.

¹⁷⁶ Kanning, Standards, S. 430; Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (267).

¹⁷⁷ Kanning, Standards, S. 426.

¹⁷⁸ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Biographische Fragebogen.

¹⁷⁹ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Biographische Fragebogen.

¹⁸⁰ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 522.

¹⁸¹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (269).

rungsaufgaben in einem Verein übernommen hat, Rückschlüsse auf sein aktuelles Durchsetzungsvermögen gezogen¹⁸².

Biographische Fragebogen werden vornehmlich zur Vorauswahl eingesetzt¹⁸³.

Die Items für den Fragebogen können auf zwei verschiedene Weisen gewonnen werden. Zum einen besteht die Möglichkeit, nach beliebigen biographischen Daten zu fragen. Zum anderen können die biographischen Daten zunächst auch einer Plausibilitätskontrolle hinsichtlich ihrer Eignung zur Personalauswahl unterzogen werden¹⁸⁴.

Die erstgenannte Vorgehensweise kann zu Akzeptanzproblemen bei den Bewerbern und den Arbeitgebern führen¹⁸⁵. Bei der zweiten Methode ist Sorgfalt auf die Konstruktion der Items zu legen¹⁸⁶.

Die so zusammengestellten Fragen werden dann den schon vorhandenen Mitarbeitern vorgelegt. Diese sind zuvor in zwei Gruppen von leistungsstarken und leistungsschwachen Mitarbeitern einzuteilen. Dann werden diejenigen Items in den Fragebogen aufgenommen, die von den leistungsstärkeren und leistungsschwächeren Mitarbeitern signifikant unterschiedlich beantwortet wurden¹⁸⁷. Diese Vorgehensweise setzt eine hinreichende Anzahl von Mitarbeitern voraus¹⁸⁸. Im öffentlichen Dienst sollte dies kein Problem sein.

Bei der Auswertung der Fragebogen wird positiv bewertet, wenn ein Bewerber ein Item genauso beantwortet wie ein leistungsstarker Mitarbeiter¹⁸⁹.

D. Qualitätsmerkmale der Eignungsdiagnostik

Nachdem die personaldiagnostischen Instrumente vorgestellt wurden, soll nun ihre Eignung für die Zwecke der Personalauswahl dargestellt werden. Dafür wird ihre Fähigkeit dargestellt, die berufliche Leistung eines Bewer-

¹⁸² Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 522.

¹⁸³ Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Personalauswahl.

¹⁸⁴ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 523 f.

¹⁸⁵ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 524.

¹⁸⁶ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 524.

¹⁸⁷ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 524.

¹⁸⁸ Bliesener, Biographische Fragebögen, in: John/Maier, Eignungsdiagnostik, S. 209.

¹⁸⁹ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 524.

bers zu prognostizieren und der Frage nachgegangen, ob sich der Aufwand ihrer Durchführung für die Arbeitgeber lohnt.

Zunächst werden die Messkriterien für die Qualität personaldiagnostischer Instrumente dargestellt: Validität, Objektivität, Reliabilität und Effizienz.

Anschließend wird jedes einzelne Instrument dahingehend untersucht, inwieweit es diese Kriterien erfüllt.

I. Validität (Gültigkeit)

Die Validität eines Messinstruments sagt aus, ob das Instrument tatsächlich das misst, was es messen soll¹⁹⁰. Ob also ein Test, der die Belastbarkeit überprüfen soll, wirklich diese testet, oder nicht vielmehr etwas anderes, etwa die Schreibgeschwindigkeit an der Tastatur.

Zu unterscheiden sind die **Konstruktvalidität**, **Kriterienvalidität** und die **Inhaltsvalidität**.

1. Konstruktvalidität

Die **Konstruktvalidität** gibt an, ob das Instrument „aufgrund theoretischer –sachlogischer und begrifflicher- Erwägungen und anhand von entsprechenden empirischen Untersuchungen ... ein interessierendes Konstrukt nachvollziehbar abbildet und es mit seinen Operationalisierungen von anderen Konstrukten hinreichend abgrenzt“¹⁹¹. Ein Konstrukt ist ein „gedankliches Konzept, das aus Überlegungen und Erfahrungen abgeleitet worden ist, um beobachtbares Verhalten zu erklären, z. B. Intelligenz, Angst“¹⁹². Aus diesen Konstrukten werden Hypothesen abgeleitet, die dann mittels des Tests empirisch überprüft werden¹⁹³. Die Konstruktvalidi-

¹⁹⁰ DIN 33430:2002-06, B.20 (abgedruckt in: Kanning, Standards, S. 569 ff) ; Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 136; Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 69; Höft, in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 762; Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 52.

¹⁹¹ DIN 33430:2002-06, B.23.

¹⁹² DIN 33430:2002-06, B.28.

¹⁹³ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 34 f.

tät dient damit der Überprüfung wissenschaftlicher Theorien¹⁹⁴. Für den Einsatz in der personalwirtschaftlichen Praxis ist sie weniger bedeutend.

2. Kriterienvalidität

Die **Kriterienvalidität** trifft eine Aussage darüber, inwiefern das personaldiagnostische Instrument das zu messende Kriterium messen kann¹⁹⁵. Ein Kriterium ist der „Maßstab, anhand dessen das infrage stehende Personenmerkmal im Alltag beurteilt wird“¹⁹⁶. Es gibt zwei Möglichkeiten, die Kriteriumsvalidität zu messen.

Bei der inneren kriterienbezogenen Validität, werden die Testpersonen neben dem zu validierenden Instrument auch noch mit einem zweiten Instrument untersucht. Dabei handelt es sich um ein bereits validiertes und bewährtes Instrument, welches das gleiche Kriterium misst. Anschließend wird das Maß der Übereinstimmung zwischen den Ergebnissen beider Instrumente festgestellt¹⁹⁷.

Die Validität kann noch besser bestimmt werden, wenn sie statt an nur einem weiteren Instrument an mehreren solchen Instrumenten durchgeführt wird¹⁹⁸.

Bei der äußeren kriterienbezogenen Validität¹⁹⁹ wird die Validität ohne die Hilfe personaldiagnostischer Instrumente gemessen²⁰⁰. Soll also z.B. ein Instrument zur Messung der sprachlichen Ausdrucksfähigkeit validiert werden, so könnte der Test sowohl Journalisten als auch Bauarbeitern vorgelegt werden. Da Ersterer eine bessere sprachliche Ausdrucksfähigkeit haben sollten, müsste das Instrument signifikante Unterschiede zwischen beiden Gruppen aufzeigen.

¹⁹⁴ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 74; Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 226.

¹⁹⁵ DIN 33430:2002-06, B.21.

¹⁹⁶ DIN 33430:2002-06, B.31.

¹⁹⁷ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 71 ff; Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 222 f.

¹⁹⁸ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 223.

¹⁹⁹ Diese wird auch externe Validität genannt, Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 80.

²⁰⁰ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 73.

Es ist allerdings schwierig, ein Kriterium zu finden, das seinerseits verlässlich valide ist²⁰¹. Oft kann ein solches Kriterium nicht objektiv bestimmt werden, sondern es beruht auf der (fundierten) Meinung von Experten²⁰². Im obigen Beispiel ist es nämlich keinesfalls gewiss, dass Journalisten und Bauarbeiter ihren unterschiedlichen Beruf auf Grund ihrer sprachlichen Ausdrucksfähigkeit ausüben. Die Berufswahl kann zum Beispiel auch auf unterschiedlichen Interessen oder der sozialen Herkunft beruhen.

Aber ein bestimmtes Instrument muss nicht nur das Kriterium erwartungsgemäß messen, das es messen soll, es darf auch nur dieses Kriterium messen. Sonst wäre die Messung des Kriteriums nicht unverfälscht. Deshalb muss auch untersucht werden, ob das Instrument unterschiedliche Messergebnisse für unterschiedliche Kriterien liefert²⁰³. Das heißt, die getesteten Personen müssen mit einem Instrument für die Messung der sprachlichen Ausdrucksfähigkeit andere Ergebnisse erzielen, als bei einem Test zur Messung der Konzentrationsfähigkeit. Dies wird als diskriminante Validität bezeichnet²⁰⁴.

Schließlich kann noch gemessen werden, ob die Testergebnisse ähnlich denen für verwandte Kriterien sind. Für eine hohe Validität sollte dies so sein²⁰⁵.

Ein mögliches Kriterium ist auch der Berufserfolg²⁰⁶. Teilweise wird die Validität eines Instruments für dieses Kriterium auch als prognostische Validität bezeichnet²⁰⁷. Bei der prognostischen Validität handelt es sich um einen Teilaspekt der kriterienbezogenen Validität. Diese wird danach unterschieden, ob das Kriterium zum Zeitpunkt des Tests bereits vorliegt oder erst später erfasst werden kann. Ersteres wird als Übereinstimmungsvalidität, letzteres als Vorhersagevalidität bezeichnet²⁰⁸.

²⁰¹ Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 61.

²⁰² Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 221.

²⁰³ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 73.

²⁰⁴ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 81.

²⁰⁵ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 73.

²⁰⁶ DIN 33430:2002-06, B.21; Höft, in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 763.

²⁰⁷ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 73; Martinke, Evaluation, S. 70.

²⁰⁸ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 223 f.

3. Inhaltsvalidität

„Bei der **inhaltlichen Gültigkeit** (Validität, Anm. d. Verf.) geht es darum festzustellen, inwieweit die einzelnen ... Items, eines Verfahrens eine repräsentative und prototypische Stichprobe eines zugrunde gelegten Gegenstandsbereiches darstellen²⁰⁹. Ein solcher Gegenstandsbereich kann beispielsweise das Wissen über Flugzeugtechnik sein. Dann müssen die Items (z.B. diejenigen eines Wissenstests) das Wissen über Flugzeugtechnik repräsentativ abbilden. Sie dürfen weder relevante Bereiche der Flugzeugtechnik auslassen, noch Wissen über andere Wissensgebiete abfragen.

Auch die inhaltliche Gültigkeit lässt sich nur durch eine Befragung von Experten beurteilen. Es sei denn, die Validität ist so offensichtlich, dass eine Expertenbefragung unterlassen werden kann²¹⁰.

Bei der Inhaltsvalidität messen die Items das zu Messende ohne Zwischenschritt²¹¹.

4. Validität zur Prognose des Berufserfolgs

Am interessantesten erscheint die Kriterienvalidität, insbesondere, wenn das gemessene Kriterium der Berufserfolg ist²¹². Sie gibt nämlich direkt Auskunft über die Eignung des eingesetzten Instruments zu seinem letztendlichen Zweck, den Berufserfolg des Bewerbers zu prognostizieren²¹³. Zur Messung dieser Validität stehen zwei Methoden bereit. Bei der Längsschnittmethode werden die Ergebnisse der Personaluntersuchung aufbewahrt²¹⁴. Zu einem späteren Zeitpunkt, Monate oder Jahre nach der Untersuchung, werden die beruflichen Leistungen der Testpersonen bewertet²¹⁵. Nun sollten diejenigen, die in dem personaldiagnostischen Instrument bessere Ergebnisse erzielt haben, auch in ihrer späteren beruflichen Leistung besser bewertet werden. Auf diese Weise wird die auf Grund der personal-

²⁰⁹ DIN 33430:2002-06, B.22.

²¹⁰ Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 56 ff (insbesondere S. 58); Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 225.

²¹¹ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 33.

²¹² Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (262).

²¹³ Höft, in: Schuler (Hrsg.), Lehrbuch, S. 764 f.

²¹⁴ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 107.

²¹⁵ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 107.

diagnostischen Untersuchung erstellte Prognose des Berufserfolgs mit dem tatsächlichen Berufserfolg verglichen²¹⁶.

5. Das Kriterium Berufserfolg

Große Schwierigkeiten bereitet die Messung des tatsächlichen Berufserfolgs.

Zunächst ist festzustellen, dass Berufserfolg nicht eindeutig definiert werden kann. Sollen das erzielte Gehalt, die Zahl der Untergebenen, die Güte der Arbeit oder die Arbeitszufriedenheit maßgeblich sein? Weiterhin ist es nicht einfach, den gewählten Indikator für Berufserfolg zu messen. Insbesondere dann, wenn ein nicht unmittelbar in Zahlen zu fassendes Kriterium, wie die Güte der Arbeit, gewählt wird.

Weiterhin ist zu beachten, dass regelmäßig nur der Berufserfolg der tatsächlich eingestellten Bewerber gemessen werden kann, nicht aber der Berufserfolg der abgelehnten Bewerber²¹⁷. Es wird also nur gemessen, ob diejenigen mit guter Prognose auch tatsächlich eine hohe Leistung erbringen, nicht dagegen, ob diejenigen mit einer schlechten Prognose hohe oder niedrige Leistung erbringen²¹⁸.

Gewöhnlich wird der Berufserfolg durch Beurteilungen von Vorgesetzten gemessen. Dabei stellt sich jedoch die Frage, inwieweit diese Beurteilungen ihrerseits wieder valide, objektiv und reliabel sind²¹⁹.

Weil die Längsschnittmethode zeitaufwändig ist, wird häufiger die so genannte Querschnittsmethode angewendet²²⁰. Dabei werden mit dem personaldiagnostischen Instrument Personen untersucht, die bereits in der Berufspraxis stehen. Diese Berufstätigen wurden vorher hinsichtlich ihrer beruflichen Leistung bewertet. Ein valides Instrument sollte nun die Leistungsfähigkeit der besser bewerteten Berufstätigen höher einschätzen als diejenige der schlechter bewerteten²²¹.

²¹⁶ Kersting, in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 111 f.

²¹⁷ Kersting, in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 119.

²¹⁸ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 108.

²¹⁹ Vergleiche *Michel/Conrad*, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 62, zu Messung des Kriteriums durch subjektive Urteile.

²²⁰ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 108.

²²¹ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 108 f.

Das Problem ist natürlich auch hier die Qualität der Bewertung hinsichtlich der Leistung der Berufstätigen.

Die Validität zur Prognose des Berufserfolgs kann für die einzelnen personaldiagnostischen Instrumente einheitlich angegeben werden. Sie unterscheiden sich weder bei Auswahlverfahren für die gleiche Art von Tätigkeiten, noch für Auswahlverfahren für verschiedene Arten von Tätigkeiten²²². Auf Ausnahmen wird hingewiesen.

6. Angabe der Validität

Angaben zur Validität eines Instruments erfolgen mittels eines Koeffizienten. Die Validitätskoeffizienten liegen zwischen .0 und 1.0, wobei die Validität mit dem Zahlenwert ansteigt²²³.

II. Objektivität

Objektivität ist der Grad, inwieweit das Messergebnis von dem Messenden und allen weiteren Umständen, die nicht in der untersuchten Person liegen, unabhängig ist²²⁴.

Zu unterscheiden sind die **Durchführungsobjektivität**, **Auswertungsobjektivität** und die **Interpretationsobjektivität**²²⁵. Die **Durchführungsobjektivität** betrifft die Gewinnung der Informationen. Das heißt, sie bezieht sich auf die Person, die diagnostiziert und die Situation, in der diagnostiziert wird²²⁶. Die **Auswertungsobjektivität** betrifft die Unabhängigkeit des Ergebnisses von der Person, welche die Informationen auswertet²²⁷. Die **Interpretationsobjektivität** behandelt die Unabhängigkeit des Ergebnisses von der Person, welche die Informationen interpretiert²²⁸. Auswertung und Interpretation von Informationen sind nicht das gleiche.

²²² Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

²²³ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 75.

²²⁴ DIN 33430:2002-06, B.35.

²²⁵ DIN 33430:2002-06, B.35; Kanning, Standards, S. 165.

²²⁶ Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 44.

²²⁷ Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 44.

²²⁸ Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 44.

Auswertung ist die Aufbereitung der Informationen, um sie nutzbar zu machen²²⁹, Interpretation dagegen die Deutung der Informationen²³⁰. Bei einem Test kann der Messende beispielsweise das Ergebnis schon durch die Begrüßung der Bewerber beeinflussen, indem er alle gleich begrüßt oder den einen freundlicher als den anderen. Beeinflussung geschieht auch dadurch, ob alle Bewerber den Test unter den gleichen örtlichen Bedingungen ablegen oder dem einen Bewerber ein ruhigerer Raum als dem anderen zur Verfügung steht²³¹. Auswirkungen zeigt auch, in welcher Weise Testpersonen der Test erläutert wird (**Durchführungsobjektivität**), ob der Beurteiler die von der untersuchten Person gegebenen Informationen unvollständig erfasst (**Auswertungsobjektivität**) und ob er gleiche Antworten unterschiedlich bewertet (**Interpretationsobjektivität**).

Die Objektivität kann in ihren drei Erscheinungsformen durch standardisiertes Vorgehen verbessert werden²³².

Ein Koeffizient zur Angabe der Objektivität existiert nicht²³³.

III. Reliabilität (Zuverlässigkeit)

Reliabilität ist der Grad der Genauigkeit, mit der ein Verfahren das gemessene Merkmal erfasst²³⁴ oder der Grad für den fehlenden Einfluss von Messfehlern auf das Ergebnis der Messung²³⁵. Die Reliabilität unterscheidet sich von der Validität, weil die Reliabilität nur angibt, ob das Testergebnis tatsächlich auf dem Test beruht oder auf dem Zufall. Die Validität dagegen sagt aus, ob der Test hinsichtlich des Informationsbedürfnisses des Testenden sinnvoll ist²³⁶. Wenn beispielsweise die Intelligenz an Hand der Augenfarbe eines Menschen getestet würde und festgelegt wäre, dass alle Menschen mit grünen Augen einen IQ von 100 hätten, dann wäre dieses Verfahren sehr reliabel, denn der Test könnte beliebig oft wiederholt werden, die Menschen mit grünen Augen würden immer wieder erkannt

²²⁹ Duden, Das Bedeutungswörterbuch, StW. Auswerten.

²³⁰ Duden, Das Bedeutungswörterbuch, StW. Interpretation.

²³¹ Beispiele nach Kanning, Standards, S. 165 f.

²³² Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 44.

²³³ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 78.

²³⁴ DIN 33430:2002-06, B.52.

²³⁵ Kanning, Standards, S. 174; Willke, Psychologische Eignungstests, S. 31.

²³⁶ Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 36.

und ihr IQ immer wieder mit 100 bestimmt. Dieser Test wäre aber nicht valide, sondern sinnlos, weil natürlich nicht alle Menschen mit grünen Augen einen IQ von 100 haben.

Der Reliabilitätskoeffizient 1 besagt, dass kein Messfehler vorliegt, also der gemessene Wert dem tatsächlichen Wert entspricht. Demgegenüber besagt eine Reliabilität 0, dass kein Zusammenhang zwischen tatsächlichen Wert und gemessenem Wert besteht²³⁷.

Es gibt im Wesentlichen drei verschiedene Methoden, um die Reliabilität eines diagnostischen Verfahrens zu messen²³⁸.

1. Innere Konsistenz

Eine Methode ist die Messung der **inneren Konsistenz** eines Verfahrens²³⁹. Das diagnostische Verfahren wird dabei in mehrere Unterabschnitte eingeteilt, die alle die gleiche Persönlichkeitseigenschaft messen, das heißt parallel sind²⁴⁰. Dabei wird jeder Unterabschnitt als eigenständiger Test behandelt²⁴¹. Wenn das Instrument reliabel ist, sollten die Ergebnisse der einzelnen Unterabschnitte kongruieren. Voraussetzung ist natürlich, dass die einzelnen Aufgaben tatsächlich homogen sind²⁴². Falls zum Beispiel in einem Auswahlinterview die Teamfähigkeit der Bewerber mit mehreren Fragen untersucht wird, so sollten die Ergebnisse dieser Fragen (durch die Interpretation der Antworten) übereinstimmen. Die Reliabilität kann auch dadurch gemessen werden, dass die Beurteilungen mehrerer Beobachter eines Interviews untereinander verglichen werden²⁴³. Die Messungen der unterschiedlichen Beobachter werden also als parallele Messverfahren behandelt.

²³⁷ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 131; Kanning, *Standards*, S. 174.

²³⁸ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 132.

²³⁹ Kanning, *Standards*, S. 175 f; Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, *DIN 33430*, S. 45; teilweise auch interne Konsistenz genannt, *Asendorpf*, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 132.

²⁴⁰ Lienert/Raatz, *Testaufbau und Testanalyse*, S. 192; oder Halbierungsverfahren genannt, *Michel/Conrad*, *Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests*, in: *Grundlagen psychologischer Diagnostik*, S. 41.

²⁴¹ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 132; *Michel/Conrad*, *Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests*, in: *Grundlagen psychologischer Diagnostik*, S. 43.

²⁴² Lienert/Raatz, *Testaufbau und Testanalyse*, S. 200.

²⁴³ Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, *DIN 33430*, S. 45 f; *Asendorpf*, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 132.

Vereinfacht lässt sich innere Konsistenz mit Hilfe der Split-Half-Reliabilität messen²⁴⁴. Dabei wird nicht jeder einzelne Unterabschnitt für sich betrachtet, sondern die einzelnen Unterabschnitte werden in zwei Gruppen eingeteilt. Die Ergebnisse dieser beiden Gruppen werden nun miteinander verglichen, als „quasi-parallele Teiltests“. Wenn also in unserem Interview-Beispiel sechs Fragen zur Teamfähigkeit gestellt werden, können diese nummeriert und diejenigen mit gerader Nummer der einen und diejenigen mit ungerader Nummer der anderen Gruppe zugeordnet werden. Dies ist besser, als die erste Hälfte der Fragen der einen und die zweite Hälfte der Fragen der anderen Gruppe zuzuordnen. Hier besteht nämlich die Gefahr, dass äußere Effekte die Messung beeinflussen können, etwa, indem der Kandidat seine Anfangsnervosität ablegt und deshalb die letzten drei Fragen besser beantwortet als die ersten drei. Noch besser ist es aber, den Test zufällig zu halbieren²⁴⁵. Aus den Antworten der beiden Gruppen wird nun jeweils ein Mittelwert berechnet und mit dem Mittelwert der anderen Gruppe verglichen.

Die Feststellung der inneren Konsistenz ist die häufigste Methode zur Ermittlung der Reliabilität²⁴⁶, aber für die Messung von Persönlichkeitseigenschaften nicht ausreichend²⁴⁷. Denn zu den Definitionsmerkmalen einer Persönlichkeitseigenschaft gehört ihre Stabilität. Deshalb muss die Reliabilität zumindest auch durch eine Wiederholungsmessung bestimmt werden. Bei der Messung nur der inneren Konsistenz bestünde die Gefahr, irgendetwas zu messen, das wegen seiner fehlenden Stabilität keine Persönlichkeitseigenschaft ist²⁴⁸. Dies wäre etwa bei den Kopfschmerzen des Probanden der Fall, sofern diese Einfluss auf das Testergebnis haben.

²⁴⁴ Kanning, Standards, S. 176; Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 191; das Verfahren beschreibt auch Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 132.

²⁴⁵ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 183; detailliert *Michel/Conrad*, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 41 f.

²⁴⁶ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 132.

²⁴⁷ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 132 f.

²⁴⁸ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 132.

2. Retestreliaibilität, Paralleltestreliaibilität

Bei der Reliaibilität, die durch wiederholte Messungen ermittelt wird, lässt sich die **Retestreliaibilität**²⁴⁹ und die **Paralleltestreliaibilität**²⁵⁰ unterscheiden. Bei der **Retestreliaibilität** wird dasselbe Messverfahren zu einem späteren Zeitpunkt bei den gleichen Testpersonen wiederholt²⁵¹. Bei der **Paralleltestreliaibilität** wird ein möglichst ähnliches Messverfahren, welches die gleichen Persönlichkeitseigenschaften misst, zu einem späteren Zeitpunkt bei den gleichen Probanden wiederholt²⁵². Dieser spätere Zeitpunkt kann sehr kurz oder länger von dem Zeitpunkt des Ursprungstestes entfernt liegen²⁵³.

Dabei sollten ähnliche Ergebnisse erwartet werden können. Dies gilt aber natürlich nur insoweit, als sich die untersuchte Person nicht zwischenzeitlich verändert hat²⁵⁴. Dieses Problem stellt sich insbesondere bei der Retestreliaibilität²⁵⁵. Denn ist der Zeitabstand zur Testwiederholung zu kurz, verfälscht der Lerneffekt und die Erinnerung der Probanden das Ergebnis. Ist er dagegen zu lang, ist die Persönlichkeitsveränderung der Testpersonen umso stärker ausgeprägt²⁵⁶. Deswegen wird die Retestmethode kaum bei Leistungs- und Intelligenztests angewendet, sondern hauptsächlich bei Schnelligkeitstests und Fragebögen²⁵⁷.

Die Paralleltestreliaibilität bereitet Schwierigkeiten, wenn die personaldiagnostischen Instrumente nur mit Schwierigkeiten zu wiederholen sind. Ursachen hierfür können sein: Jede Testsituation ist einmalig; das Lösungskonzept des einen Tests kann leicht auf das Lösungskonzept des

²⁴⁹ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 132; Kanning, Standards, S. 176 f; Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 45.

²⁵⁰ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 132.

²⁵¹ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 180; Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 40.

²⁵² Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 180.

²⁵³ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 180; Heyse/Kersting; in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 45 bezeichnen als Paralleltestreliaibilität nur, dass zwei diagnostischen Instrumente, die das gleiche Kriterium messen, „zum gleichen Zeitpunkt“ (das heißt unmittelbar nacheinander, Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 41) auf die gleiche Person angewandt werden.

²⁵⁴ Kanning, Standards, S. 176; Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 132; zur geringen Stabilität vieler Persönlichkeitseigenschaften s. u.

²⁵⁵ Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 40.

²⁵⁶ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 181.

²⁵⁷ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 181.

Paralleltests übertragen werden; der Ursprungstest führt zu einem Lern- oder Übungsfortschritt²⁵⁸.

Trotz dieser Schwierigkeiten hat sich die Paralleltestreliabilität als die beste Methode zur Ermittlung der Reliabilität erwiesen²⁵⁹.

IV. Effizienz

„Die Effizienz eines personaldiagnostischen Verfahrens bezieht sich auf das Verhältnis zwischen den Kosten, die bei der Entwicklung und Durchführung entstehen und dem Nutzen, den die Diagnostik für das Unternehmen bringt.“²⁶⁰ Durch diese Definition wird eine zu oberflächliche Betrachtung verhindert, die nur die Kosten eines Verfahrens im Blick hat und dabei den Nutzen eines personaldiagnostischen Verfahrens State of the Art vernachlässigt.

Die Kosten eines personaldiagnostischen Verfahrens sind vielfältig. So müssen Tests angeschafft und Lizenzgebühren für ihre Benutzung gezahlt werden. Zudem müssen externe Berater engagiert und die eigenen Mitarbeiter geschult werden. Weiterhin müssen die Personalkosten der Diagnostiker finanziert und die Reisekosten der Bewerber getragen werden²⁶¹.

Der Nutzen eines personaldiagnostischen Verfahrens liegt in der Auswahl eines Mitarbeiters, dessen Profil besser zum Profil der vergebenen Stelle passt, als es bei einer zufälligen Auswahl der Fall wäre. Ein solcher Mitarbeiter wird auf dieser Stelle eine höhere Leistung erbringen und dadurch die Leistungsfähigkeit der anstellenden Organisation steigern. Die enorme wirtschaftliche Bedeutung liegt dabei auf der Hand, denn „der leistungsstärkste Mitarbeiter erbringt in der Regel doppelt so viel wie der schwächste“²⁶².

²⁵⁸ Lienert/Raatz, Testaufbau und Testanalyse, S. 182.

²⁵⁹ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 133; kritisch Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 41.

²⁶⁰ Kanning, Standards, S. 205.

²⁶¹ Kanning, Standards, S. 207, mit weiteren Kostenfaktoren.

²⁶² Kersting, in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 61; Schuler, in: Schuler/Sonntag, Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 431, gibt für einige Berufe sogar noch höhere Unterschiede an.

Oberflächlich betrachtet ergibt sich der Nutzen eines personaldiagnostischen Instruments aus seiner Validität²⁶³. Es müssen aber noch weitere Umstände berücksichtigt werden.

Der Nutzen eines Personalauswahlverfahrens errechnet²⁶⁴ sich neben der Validität des Verfahrens aus der Anzahl der ausgewählten Bewerber, deren Verweildauer in der Organisation²⁶⁵ (welche im öffentlichen Dienst überdurchschnittlich hoch ist) und dem Ergebnis, das ein Bewerber im Auswahlverfahren erzielen muss, um eingestellt zu werden. Letzteres hängt von der Anzahl der offenen Stellen im Verhältnis zu der Bewerberzahl ab. Falls auf eine Stelle zehn Bewerber kommen, so muss ein Bewerber in dem Auswahlverfahren besser abschneiden, um genommen zu werden, als wenn auf eine Stelle fünf Bewerber kommen. Dadurch sinkt auch der Nutzen eines personaldiagnostischen Instruments, das zwischen Bewerbern differenzieren kann. Er wäre sogar Null, wenn in einem theoretischen Fall sämtliche Bewerber auch eingestellt werden müssten²⁶⁶.

Schließlich muss auch noch die zu besetzende Position betrachtet werden. Ein mit hohem Aufwand verbundenes Auswahlverfahren lohnt sich vor allem dann, wenn ein leistungsfähiger Mitarbeiter auf der ausgeschriebenen Position deutlich mehr Nutzen bringt als ein leistungsschwächerer. Auf Positionen, in denen alle Mitarbeiter den gleichen Nutzen bringen, ist ein Personalauswahlverfahren dagegen sinnlos²⁶⁷. Der Leistungsunterschied beträgt mindestens 40 % zwischen einem besonders leistungsfähigem Mitarbeiter und einem durchschnittlichen²⁶⁸. Ein Richtwert für diese Leistungsvariabilität ist das Jahresgehalt. Daher ist es nicht überraschend, dass diese Varianz umso größer ist, je höher die Stelle in der Hierarchie angeordnet ist²⁶⁹.

Dagegen fallen die Kosten des Auswahlverfahrens regelmäßig nicht ins Gewicht²⁷⁰.

²⁶³ Görlich/Schuler, Personalentscheidungen, S. 807.

²⁶⁴ Vergleiche zum Folgenden Kersting, in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 68 f.

²⁶⁵ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (263).

²⁶⁶ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (263).

²⁶⁷ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (262).

²⁶⁸ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (263).

²⁶⁹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (263).

²⁷⁰ Kersting, in: Hornke/Winterfeld, DIN 33430, S. 71.

E. Die Bewertung der Qualität der einzelnen personaldiagnostischen Instrumente

I. Schriftliche Bewerbungsunterlagen

Für schriftliche Bewerbungsunterlagen finden sich in der Literatur keine zusammenfassenden Angaben zu ihrer Qualität. Allerdings gibt es solche Angaben bezüglich einem wichtigen Bestandteil aller schriftlichen Bewerbungsunterlagen, nämlich den Zeugnissen. Danach haben sich Schulzeugnisse als valide erwiesen²⁷¹, weil sie mit der Intelligenz korrelieren²⁷² und die Intelligenz entscheidend für den Berufserfolg ist²⁷³. Für akademische Leistungen findet sich in der Literatur ein Validitätskoeffizient hinsichtlich des Berufserfolges von .11²⁷⁴.

Ansonsten muss festgehalten werden, dass die schriftlichen Bewerbungsunterlagen heutzutage an Aussagekraft verloren haben. Dies liegt an der Vielzahl von Ratgeberliteratur und unterstützenden Computerprogrammen, die es nun fast jedem unabhängig von seinen Fähigkeiten ermöglichen, eine professionelle Bewerbungsmappe zusammenzustellen²⁷⁵.

II. Bewerberinterview

Interviews verlangen eine intensive soziale Interaktion von Interviewer und Interviewten²⁷⁶. Dies kann dazu führen, dass sich der Interviewer von subjektiven Eindrücken, insbesondere Sympathie, beeinflussen lässt²⁷⁷. Auch kann der Interviewte durch Kommunikation jenseits der Beantwortung der Interviewfragen den Interviewer für oder gegen sich einnehmen. Beispielsweise wird ein Bewerber signifikant häufiger eingestellt, wenn er seinen Gesprächspartner während des Interviews häufig anlächelt²⁷⁸. Insgesamt kann man sagen, dass das Ergebnis eines Interviews durch mehr

²⁷¹ Winnefeld, Organisationen, S. 17; aA Drescher, professionelle Personalauswahl, S. 55

²⁷² Rost, Intelligenz, S. 208.

²⁷³ Siehe Kapitel 1 E. IV.

²⁷⁴ Hunter/Hunter, Psychological Bulletin 96 (1984), S. 72 (90).

²⁷⁵ Kanning, Standards, S. 321, speziell für das Anschreiben, aber der Gedanke lässt sich verallgemeinern; Kulla, Bewerbungsunterlagen, in: John/Maier, Eignungsdiagnostik, S. 128.

²⁷⁶ Kanning, Standards, S. 409 f.

²⁷⁷ Kanning, Standards, S. 410.

²⁷⁸ Kanning, Standards, S. 410 f.

Faktoren beeinflusst wird als andere personaldiagnostische Instrumente²⁷⁹. Nun könnte man einwenden, dass daran nichts auszusetzen sei, denn das Interview diene schließlich dazu, sich ein Bild von der Persönlichkeit zu machen. Es ist aber zu bedenken, dass die Persönlichkeit nur im Hinblick auf das Anforderungsprofil interessiert. Wenn dort beispielsweise „Kommunikationsfähigkeit“ nicht genannt ist, ist sie nicht erforderlich und sollte bei der Bewerberauswahl unberücksichtigt bleiben. Wenn sie genannt ist, gibt es bessere Methoden, sie festzustellen, als die unbewusste Einschätzung des Interviewers, der eigentlich nach etwas anderem fragt.

1. Objektivität

Bei empirischen Forschungen zur Objektivität von Interviews sind sehr unterschiedliche Ergebnisse gefunden worden. Dies verwundert allerdings nicht, weil unter dem Begriff „Bewerberinterview“ ganz unterschiedliche Interviews gefasst werden können. Unterschiede ergeben sich daraus, ob etwa ein oder mehrere Beurteiler eingesetzt sind, ob diese nicht oder aber gut geschult sind, das Interview frei oder standardisiert ist. In der Literatur finden sich Angaben von -0.20 bis $+0.80$ ²⁸⁰. Dabei wird die Objektivität mittels der Interrater-Korrelation ermittelt. Das Interview wird also von mehreren Beurteilern beobachtet und dann werden deren Urteile miteinander verglichen²⁸¹.

Die Objektivität lässt sich durch den Einsatz mehrerer Interviewer, eine Entscheidung erst nach allen Interviews eines Auswahlverfahrens und die Schulung der Interviewer steigern²⁸².

2. Reliabilität

Die Reliabilität bei Interviews wird in der empirischen Forschung gemessen, indem das Interview mit denselben Personen mehrmals nach einem

²⁷⁹ Plate, Unternehmensberatungen, S. 122.

²⁸⁰ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 355, diese Zahlenangaben finden sich, obwohl die Objektivität eigentlich nicht in Zahlen ausgedrückt wird, s. Kapitel 1 D. II.

²⁸¹ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 354.

²⁸² Schuler/Marcus, Biografieorientierte Verfahren, in: Schuler, Personalpsychologie, S. 212 f.

gewissen Zeitabstand wiederholt wird²⁸³. Diese Messmethode ist allerdings problematisch. Entweder ist nämlich der Zeitabstand zwischen den Interviews kurz, was den Einfluss von Lerneffekten vergrößert, oder aber der Abstand ist lang; dann aber können unterschiedliche Ergebnisse des Interviews auch mit einer Veränderung des Probanden zusammenhängen und müssen nicht unbedingt einer mangelnden Reliabilität des Interviews geschuldet sein²⁸⁴. Die Beurteilungen des Probanden werden dann miteinander verglichen. Dabei wurden Werte zwischen .04 und .50 ermittelt²⁸⁵.

3. Validität

Die äußere kriterienbezogene Validität hinsichtlich des Kriteriums Berufserfolg wird in Metaanalysen mit Werten von .20 bis .63 angegeben²⁸⁶.

Dabei werden bei strukturierten Interviews deutlich höhere Werte erzielt²⁸⁷. In der bedeutenden²⁸⁸ Studie von Schmidt und Hunter wird die prognostische Validität für den Berufserfolg für strukturierte Interviews mit .51 und für unstrukturierte mit .38 angegeben²⁸⁹.

Allgemein wird die Validität von Interviews zur Prognose des Berufserfolgs als gering angesehen²⁹⁰, insbesondere bei freien Interviews²⁹¹.

Diese Aussagen treffen für ein Interview zu, wenn es das einzige Instrument in einem Auswahlverfahren ist. In Kombination mit einem Intelligenztest wird ein Validitätskoeffizient von .63 (strukturiertes Interview)

²⁸³ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 355.

²⁸⁴ Mussel, Interviews, S. 43.

²⁸⁵ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 355.

²⁸⁶ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 357.

²⁸⁷ Kanning/Hofer/Schulze Willbrenning, S. 357.

²⁸⁸ Fast alle Werte für die Validität personaldiagnostischer Instrumente, welche in der Literatur zu finden sind, wurden aus ihr übernommen. vgl. auch *Spinath/Unz*, Güte, in: John/Maier, Eignungsdiagnostik, S. 47.

²⁸⁹ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (265); dass strukturierte Interviews trotz ihres vergleichsweise hohen Validitätskoeffizienten Intelligenztests deutlich unterlegen sind, siehe Kapitel 1 E. IV 1.

²⁹⁰ Brockhaus, *Psychologie, StW.: Bewerbungsgespräch, Vorstellungsgespräch*; Häcker/Stapf, *Psychologisches Wörterbuch, StW.: Personalauswahl*; Hunter/Hunter, *Psychological Bulletin* 96 (1984), S. 72 (82).

²⁹¹ Kanning; in: Kanning/Holling, *Handbuch*, S. 517.

bzw. .55 (unstrukturiertes Interview) angegeben²⁹². Ein Intelligenztest alleine erreicht einen Validitätskoeffizienten von .51²⁹³.

4. Effizienz

Die Durchführung strukturierter Interviews ist aufwändig²⁹⁴ und teuer²⁹⁵.

III. Assessment-Center

1. Objektivität

Die Objektivität von Assessment-Centern ist schwierig zu beurteilen. Ursache hierfür ist, dass ein Aspekt der Objektivität, nämlich die Durchführungsobjektivität²⁹⁶, dem Assessment-Center wesensfremd ist. Dies liegt daran, dass die Durchführungsobjektivität durch Standardisierung überhaupt erst hergestellt und gesteigert werden kann. Ein Assessment-Center ist jedoch nicht standardisiert und soll es auch gar nicht sein²⁹⁷. Bei einer Gruppendiskussion und bei Rollenspielen ist gerade die Interaktion der Teilnehmer untereinander interessant. Die Teilnehmer sind immer andere und einer Standardisierung nicht zugänglich

Die Auswertungs- und Interpretationsobjektivität werden bei Assessment-Centern gemeinsam gemessen. Es werden die Übereinstimmungen der Beobachter hinsichtlich des gleichen Merkmals und des gleichen Teilnehmers untersucht²⁹⁸. Dabei ergeben Studien regelmäßig eine Übereinstimmung r von über $r = 0.60$ ²⁹⁹. Dabei wäre $r = 1$ eine völlige Übereinstimmung der Urteile der Beobachter. Diese Übereinstimmung lässt sich durch eine sorgfältige Schulung der Beobachter signifikant steigern³⁰⁰.

²⁹² Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (265).

²⁹³ Siehe Kapitel 1 E. IV 1.

²⁹⁴ Siehe zur Vorbereitung eines strukturierten Interviews *Kanning*, Standards, S. 422 f.

²⁹⁵ Bles, strukturierte Interviews, in: John/Maier, *Eignungsdiagnostik*, S. 227; Plate, *Unternehmensberatungen*, S. 126.

²⁹⁶ Vergleiche Kapitel 1 D. II.

²⁹⁷ Fisseni/Preusser, *Assessment-Center*, S. 237 f.

²⁹⁸ Fisseni/Preusser, *Assessment-Center*, S. 238.

²⁹⁹ Fisseni/Preusser, *Assessment-Center*, S. 238; es wird ein Zahlenwert angegeben, obwohl dies bei der Objektivität unüblich ist (siehe Kapitel 1 D. II.).

³⁰⁰ Fisseni/Preusser, *Assessment-Center*, S. 239.

2. Reliabilität

Auch bei der Feststellung der Reliabilität ergeben sich Schwierigkeiten, die mit der Struktur von Assessment-Centern zusammenhängen. Denn die Verfahren zur Messung der Reliabilität setzen voraus, dass sich der Proband zwischen den Messpunkten nicht verändert. Denn wenn eine Veränderung vorliegt, sagen unterschiedliche Messergebnisse nichts über das Messverfahren aus. Bei Assessment-Centern ist ein Lerneffekt für die Teilnehmer aber geradezu beabsichtigt³⁰¹. Deshalb sind Retestreliabilität und Paralleltestreliabilität nur eingeschränkt geeignet, eine Aussage zur Qualität eines Assessment-Centers zu machen³⁰².

Bei der Messung der inneren Konsistenz stellt sich das Problem, das Assessment-Center in inhaltlich homogene Unterabschnitte aufzuteilen, welche die gleiche Persönlichkeitseigenschaft messen. Es ist mithin notwendig, die Ergebnisse verschiedener Übungen, die jeweils die gleiche Persönlichkeitseigenschaft messen sollen, hinsichtlich dieser Persönlichkeitseigenschaft zu vergleichen³⁰³. Wenn in einem Assessment-Center das Persönlichkeitsmerkmal „Kritikfähigkeit“ durch zwei Übungen, nämlich eine Gruppendiskussion und ein Rollenspiel getestet werden soll, wären bei beiden Übungen für einen bestimmten Teilnehmer hinsichtlich der „Kritikfähigkeit“ jeweils ähnliche Ergebnisse zu erwarten. Allerdings sind die Übungen nun einmal unterschiedlich (deswegen sollen auch zwei verschiedene Übungen zur Feststellung des gleichen Persönlichkeitsmerkmals durchgeführt werden). Und zudem ist es schwierig festzustellen, ob die Übungen wirklich homogen sind. Sind sie heterogen, lassen unterschiedliche Ergebnisse keinen Rückschluss auf die Reliabilität des Assessment-Centers zu³⁰⁴.

Aus diesen Schwierigkeiten folgt, dass sich zur Reliabilität von Assessment-Centern keine eindeutige Antwort geben lässt³⁰⁵.

³⁰¹ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 240.

³⁰² Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 240.

³⁰³ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 241.

³⁰⁴ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 241.

³⁰⁵ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 242.

3. Validität

Die Inhaltsvalidität eines Assessment-Centers sagt aus, inwieweit in den Übungen die Anforderungen des Anforderungsprofils getestet werden³⁰⁶. Die Inhaltsvalidität wird durch ein Augenscheinsverfahren gemessen³⁰⁷. Experten beurteilen die Übungen eines Assessment-Center daraufhin, ob sie die Anforderungen aus dem Anforderungsprofil abbilden³⁰⁸.

Nach den bisherigen Studienergebnissen kann die Inhaltsvalidität von Assessment-Centern als zufriedenstellend bezeichnet werden³⁰⁹.

Bei Assessment-Centern kann sowohl die innere wie die äußere Kriterienvalidität gemessen werden. Bei der inneren Kriterienvalidität werden die Teilnehmer parallel zum Assessment-Center anderweitig auf das gleiche Kriterium getestet³¹⁰. Bei der äußeren Kriterienvalidität werden die Ergebnisse der Teilnehmer bei einem Assessment-Center mit ihrem späteren Berufserfolg verglichen³¹¹. Dabei erscheint es schwierig, diesen Berufserfolg zu ermitteln³¹². Beliebte ist hierfür die Heranziehung von Beurteilungen durch Vorgesetzte³¹³. Es ist allerdings fraglich, ob Vorgesetzte die Leistung ihrer Untergebenen auch nur annähernd richtig zu beurteilen vermögen. Für diesen Zweifel spricht auch folgendes interessantes Forschungsergebnis: Assessment-Center sind besser darin, künftige Beförderungen vorherzusagen als die Berufsleistung³¹⁴. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass sowohl Auswahlentscheidungen durch Assessment-Center wie auch Beförderungentscheidungen auf den gleichen Gründen beruhen, die nicht mit der Leistung im Beruf zusammenhängen³¹⁵.

In Metaanalysen wurde eine prognostische Validität von 0.37 ermittelt³¹⁶. Dieser Wert ist aber zurückhaltend zu betrachten. Denn er wurde

³⁰⁶ Vergleiche Kapitel 1 D. I. 3.

³⁰⁷ Zu dem Begriff: Kanning, Standards, S. 185.

³⁰⁸ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 243; vergleiche Kapitel 1 D. I. 3.

³⁰⁹ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 244.

³¹⁰ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 245 (hier unter Übereinstimmungsvalidität behandelt).

³¹¹ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 247 f (hier unter Vorhersagevalidität behandelt); Martinke, Evaluation, S. 70.

³¹² Siehe Kapitel 1 D. I. 5.

³¹³ Kanning, Standards, S. 186.

³¹⁴ Hunter/Hunter, Psychological Bulletin. 96 (1984), S. 72 (88 f).

³¹⁵ Hunter/Hunter, Psychological Bulletin. 96 (1984), S. 72 (89).

³¹⁶ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (265).

für Assessment-Center festgestellt, die Fähigkeitstests beinhaltenen³¹⁷. Die Validität von Fähigkeitstests alleine ist aber deutlich höher als die von Assessment-Centern, die unter anderem Fähigkeitstests beinhalten³¹⁸. Dies legt den Schluss nahe, dass Assessment-Center ihre prognostische Validität in erster Linie aus den integrierten Fähigkeitstests beziehen. Die sonstigen Übungen, die Assessment-Center auszeichnen, scheinen danach sogar eher zu schaden als zu nützen. Dies ist auch der Grund, warum ein zusätzlich durchgeführtes Assessment-Center, im Gegensatz zu anderen Instrumenten, die Validität eines Intelligenztests nicht steigern kann³¹⁹. *Asendorpf* macht darauf aufmerksam, dass dies weniger gilt, wenn die Intelligenz aller Bewerber ähnlich ist³²⁰. Aber wann ist dies tatsächlich der Fall? Ob es, wie von *Asendorpf* vermutet³²¹, bei allen Personen mit Studienabschluss der Fall ist, erscheint zweifelhaft, zumal angesichts der heutigen Studierendenquoten. Sonst ließe sich auch nicht die hohe Validität von Intelligenztests für komplexe Tätigkeiten erklären, bei denen Bewerber sich durch einen Hochschulabschluss für die Bewerbung qualifiziert haben müssen.

Allgemein lässt sich sagen, dass auf Grund der Unterschiedlichkeit, auch der unterschiedlichen Qualität der einzelnen Assessment-Center, eine Aussage zur Kriteriumsvalidität schwierig ist³²². Assessment-Center können aber als einheitliches personaldiagnostisches Instrument aufgefasst und die Validität für dieses Instrument angegeben werden, denn die für verschiedene Assessment-Center ermittelte prognostische Validität unterscheidet sich nach einer großen Studie nur um 0.019³²³.

Konstruktvalidität beim Assessment-Center kann dadurch gemessen werden, dass untersucht wird, mit welchen Testergebnissen das im Assessment-Center durch die Teilnehmer erzielte Ergebnis korreliert. Dazu werden bei den Teilnehmern bestimmte Leistungs- und Persönlichkeitstests

³¹⁷ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (265, Anmerkung n, 269).

³¹⁸ IQ-Tests $r=.51$, Wissenstests $=.48$ (s.u.).

³¹⁹ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (269).

³²⁰ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 219.

³²¹ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 219.

³²² Fisseni/Preusser, *Assessment-Center*, S. 249 f; Häcker/Stapf, *Psychologisches Wörterbuch, StW.: Assessment Center (AC)*.

³²³ Martinke, *Evaluation*, S. 72.

durchgeführt. Sodann wird festgestellt, bei welchen Tests die Teilnehmer des Assessment-Centers mit welchem Ergebnis abschnitten und welches Ergebnis sie im Assessment-Center selbst erreichten³²⁴. Daraus kann gefolgert werden, dass Teilnehmer mit einer hohen Intelligenz im Assessment-Center am besten abschnitten, während andere Persönlichkeitsmerkmale wie soziale Kompetenz oder Leistungsmotivation niedriger korrelieren³²⁵.

Daneben gibt es noch weitere Möglichkeiten, die Konstruktvalidität von Assessment-Centern zu untersuchen³²⁶.

Als Ergebnis der bisherigen Studien lässt sich sagen, dass der Erfolg in einem Assessment-Center nur ungenügend mit dem Vorhandensein der in dem Anforderungsprofil festgelegten Anforderungen zusammenhängt³²⁷. Ob also der Teilnehmer das Assessment-Center „besteht“, hängt auf nur unbefriedigende Art und Weise damit zusammen, ob sein Profil auf das Anforderungsprofil passt. Die Konstruktvalidität von Assessment-Center ist daher unbefriedigend³²⁸.

4. Effizienz

Assessment-Center sind deutlich weniger geeignet, den Berufserfolg vorherzusagen als Intelligenztests. Dafür sind sie aber sehr viel teurer³²⁹. Damit sind sie im Ergebnis nicht effizient.

IV. Intelligenztests

1. Validität

Intelligenztests sind die validesten Instrumente zur Vorhersage des Berufserfolgs³³⁰. Sie setzen den Standard hinsichtlich der prognostischen Validität.

³²⁴ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 251.

³²⁵ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 251.

³²⁶ s. Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 251 f.

³²⁷ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 252.

³²⁸ Fisseni/Preusser, Assessment-Center, S. 252; Martinke, Evaluation, S. 74 f; Plate, Unternehmensberatungen, S. 128.

³²⁹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264); zu den hohen Kosten von Assessment-Centern vergleiche *Lorse*, ZTR 2006, S. 14 (22).

tät³³¹ von personaldiagnostischen Instrumenten³³². Ansätze, die prognostische Validität von Intelligenztests für den Berufserfolg zu relativieren, sind gescheitert³³³. Dieses Ergebnis wird durch zahlreiche Arbeiten auf dem Gebiet der Psychologie gestützt³³⁴.

Die hohe Validität ist dadurch begründet, dass Intelligenz die rasche Bewältigung neuer Aufgaben ermöglicht, für die noch keine Erfahrungen gesammelt werden konnten³³⁵. Ursache hierfür ist, dass Intelligenz dabei hilft, tätigkeitsbezogenes Wissen zu erwerben³³⁶. Die ebenfalls wichtige Erfahrung hilft dagegen nur bei der Bewältigung bereits bekannter Aufgaben³³⁷. Deshalb sorgt die Intelligenz auch noch nach fünfjähriger Berufserfahrung für Leistungsunterschiede im Beruf³³⁸. Denn in fast jedem Beruf müssen gelegentlich neue Aufgaben bewältigt werden, gerade in der heutigen Zeit mit kürzeren Innovationsintervallen. Ein Fähigkeitentest kann einen Intelligenztest nicht ersetzen³³⁹. Deshalb sagt beispielsweise ein allgemeiner Studierfähigkeitstest den Studienerfolg besser voraus als ein fachspezifischer Studierfähigkeitstest³⁴⁰.

Allerdings sind Intelligenztests weniger valide bei der Vorhersage von „Führungskompetenz“³⁴¹. Zwar besteht auch hier ein beachtlicher Zusammenhang³⁴², alleine sind Intelligenztests aber nicht zur Diagnostik von Führungskompetenz im Stande.

Die Validität von Intelligenztests nimmt auch ab, wenn die Komplexität der zu besetzenden Stelle abnimmt³⁴³. Sie sind daher nicht geeig-

³³⁰ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 201; Barrett/Depinet, *Reconsideration*, zitiert nach: Rost, *Intelligenz*, S. 208; Holling/Preckel/Vock, *Intelligenzdiagnostik*, S. 150; Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (262) vergleiche auch *Kersting*, in: Hornke/Winterfeld, *DIN 33430*, S. 65.

³³¹ Siehe Kapitel 1 D. I. 2.

³³² Hunter/Hunter, *Psychological Bulletin* 96 (1984), S. 72 (81); Rost, *Intelligenz*, S. 208; Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (266).

³³³ Rost, *Intelligenz*, S. 207.

³³⁴ Rost, *Intelligenz*, S. 207 f; S. 210 f.

³³⁵ Rost, *Intelligenz*, S. 213; Schuler, in: Schuler/Sonntag, *Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie*, S. 433.

³³⁶ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (271 f).

³³⁷ Rost, *Intelligenz*, S. 213 f.

³³⁸ Rost, *Intelligenz*, S. 207.

³³⁹ Holling/Preckel/Vock, *Intelligenzdiagnostik*, S. 50; Rost, *Intelligenz*, S. 215.

³⁴⁰ Rost, *Intelligenz*, S. 216.

³⁴¹ Rost, *Intelligenz*, S. 214 f.

³⁴² Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 244.

³⁴³ Hunter/Hunter, *Psychological Bulletin*. 96 (1984), S. 72 (81).

net, die Berufsleistung bei einfachen, automatisierten Tätigkeiten zu prognostizieren³⁴⁴.

Die Validität des IQ für die Prognose des Berufserfolges für komplexe Tätigkeiten wird mit $r = .58$ und für einfache Tätigkeiten mit $r = .23$ angegeben³⁴⁵. Der Durchschnittswert mit $r = .51$ ³⁴⁶ oder $r = .53$ ³⁴⁷.

Dieser Durchschnittswert ist der gleiche wie derjenige für strukturierte Interviews. Dennoch sind Intelligenztests strukturierten Interviews überlegen.

Strukturierte Interviews erreichen ihren hohen Validitätskoeffizienten, weil sie auch berufliches Wissen behandeln. Dies schränkt allerdings ihre Tauglichkeit für Berufsanfänger ein³⁴⁸.

Die Forschung zu Intelligenztests ist viel weiter fortgeschritten als diejenige zu strukturierten Interviews. Die Angaben zu Validität stehen deshalb auf einem viel stärkeren Fundament³⁴⁹. Auch ist Intelligenz als Konstrukt gut erforscht³⁵⁰. Die Aussagen zur Validität von Intelligenztests stehen also auch, anders als bei Interviews, auf einer theoretisch gesicherten Basis³⁵¹.

Intelligenztests sagen den Erfolg im berufsbezogenen Lernen deutlich besser voraus als Interviews³⁵². Dem kommt nicht nur deshalb besondere Bedeutung zu, weil berufsbezogenes Wissen entscheidend ist für beruflichen Erfolg. Auch wird das Kriterium des Erwerbs berufsbezogenen Wissens objektiv gemessen³⁵³, während der Berufserfolg im Wesentlichen durch subjektive Urteile ermittelt wird³⁵⁴.

Intelligenztests sind die Grundlage für kombinierte Auswahlverfahren, bei denen noch ein anderes Instrument angewendet wird. Die kombinierte Validität wird bei dem jeweiligen Instrument behandelt.

³⁴⁴ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 152; Rost, Intelligenz, S. 207

³⁴⁵ Rost, Intelligenz, S. 213.

³⁴⁶ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (265).

³⁴⁷ Hunter/Hunter, Psychological Bulletin, 96 (1984), S. 72 (90).

³⁴⁸ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

³⁴⁹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

³⁵⁰ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 195.

³⁵¹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

³⁵² Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

³⁵³ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

³⁵⁴ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

2. Objektivität

Probleme mit der Objektivität von Intelligenztests treten vornehmlich bei leistungsschwachen Personen auf und bei solchen mit einer fremden Muttersprache³⁵⁵. Beides dürfte bei der Personaldiagnostik des öffentlichen Dienstes kaum eine Rolle spielen.

Zur Sicherung der Objektivität sollte der Test standardisiert durchgeführt werden, eine eindeutige Auswertungsvorschrift sowie Normtabellen enthalten³⁵⁶. Viele Tests können auch computergestützt durchgeführt werden, was die Objektivität ebenfalls fördert³⁵⁷.

3. Reliabilität

Die Reliabilität der Tests ist weitgehend gegeben³⁵⁸. Intelligenztests sollten nach Maßstab der inneren Konsistenz eine Reliabilität von $r \geq 0.85$ aufweisen und die mittels Re- oder Paralleltests gefundene Reliabilität solche von $r \geq 0.80$ ³⁵⁹.

4. Normierung

Bei Intelligenztests ist auch ihre Normierung ein wichtiges Qualitätsmerkmal. Die Normwerte sind „Vergleichswerte; Werte (z. B. Mittelwerte, Standardabweichungen, Prozentränge), die anhand einer Referenzgruppe ..., z. B. Bewerber bestimmter Alters-, Bildungs- oder Berufsgruppen, empirisch ermittelt wurden und mit denen die vorliegenden Ergebnisse der Kandidaten verglichen werden“³⁶⁰. Die Referenzgruppe ist „diejenige Gruppe, der der Kandidat ... hinsichtlich wesentlicher Merkmale in Bezug auf die Fragestellung gegenwärtig angehört oder zukünftig angehören soll

³⁵⁵ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 69.

³⁵⁶ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 86.

³⁵⁷ Kanning, Standards, S. 361.

³⁵⁸ Kanning, Standards, S. 361.

³⁵⁹ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 73.

³⁶⁰ DIN 33430:2002-06, B. 34.

oder möchte und mit der er daher verglichen wird³⁶¹. Entscheidend für die Qualität der Normierung ist die Auswahl der Referenzgruppe³⁶².

Es ist empirisch belegt, dass der IQ der Bevölkerung westlicher Industriestaaten kontinuierlich ansteigt, so genannter „Flynn-Effekt“³⁶³. Die Ursache hierfür ist noch nicht bekannt. Für die Personalauswahl ist es von Bedeutung, wenn die Einstellungsentscheidung nicht nur auf der Platzierung innerhalb des Bewerberfeldes, sondern zusätzlich auch auf der Überschreitung eines bestimmten kritischen Testwerts beruht. Denn dann kann es zu einer Überschätzung von positiven Testergebnissen kommen, wenn der festgelegte Wert bereits veraltet ist. Die Normierung sollte deshalb nicht älter als acht Jahre sein³⁶⁴.

5. Effizienz

Intelligenztests sind nicht nur das valideste, sondern auch das günstigste Instrument³⁶⁵. Dies liegt daran, dass Intelligenztests fertig gekauft werden können³⁶⁶.

V. Wissenstests

Der Test des fachspezifischen Wissens ist nahezu ebenso valide zur Vorhersage des Berufserfolges wie allgemeine Intelligenztests³⁶⁷. Dies verwundert nicht, ist doch Intelligenz die Grundlage zum Erwerb von Fachwissen³⁶⁸.

Ihre prognostische Validität wird mit $r=.48$ angegeben³⁶⁹, in Kombination mit einem Intelligenztest mit $r=.58$ ³⁷⁰.

³⁶¹ DIN 33430:2002-06, B. 39.

³⁶² Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 82.

³⁶³ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S.198; Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 82; Rost, Intelligenz, S. 256.

³⁶⁴ DIN 33430:2002-06, 4.2.5; Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 84.

³⁶⁵ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (264).

³⁶⁶ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (262).

³⁶⁷ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 152.

³⁶⁸ Holling/Preckel/Vock, Intelligenzdiagnostik, S. 152.

³⁶⁹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (265).

³⁷⁰ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (265).

Da es sich um eine Fragebogenmethode handelt, dürften Validität und Reliabilität hoch sein.

VI. Integritätstests (Integrity Tests)

1. Validität

Integritätstests alleine haben bereits eine hohe Validität hinsichtlich des Kriteriums „Berufserfolg“, nämlich $.41$ ³⁷¹. Noch höher ist sie hinsichtlich anderer, ebenfalls wichtiger Kriterien, wie zum Beispiel der „Unfallwahrscheinlichkeit“ ($.52$)³⁷².

Integritätstests erfassen die allgemeine Arbeitsleistung auch jenseits der Integrität. Sie können daher auch eingesetzt werden, wenn es nicht um die Verhinderung kontraproduktiven Verhaltens geht³⁷³.

Ihre besondere Bedeutung erhalten sie aber dadurch, dass sie sich hervorragend mit Intelligenztests verbinden lassen. Eine solche Kombination erzielt einen beachtlichen Validitätskoeffizienten von $.65$ ³⁷⁴. Ursächlich hierfür ist, dass sich beide Tests hervorragend ergänzen, denn das Ergebnis in einem Intelligenztest ist völlig unabhängig von dem Ergebnis im Integritätstest³⁷⁵.

2. Reliabilität

Die Reliabilität ist hoch. Dabei ist sie für einstellungsorientierte Tests besser. Hier konnten die innere Konsistenz und die Retestreliabilität auf $.88$ bestimmt werden³⁷⁶.

Bei eigenschaftsorientierten Verfahren wurde die innere Konsistenz auf $.80$ und die Retestreliabilität auf $.70$ bestimmt³⁷⁷.

³⁷¹ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (265).

³⁷² Kanning, *Standards*, S. 388.

³⁷³ Kanning, *Standards*, S. 388.

³⁷⁴ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (265).

³⁷⁵ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (267); Marcus/Funke/Schuler, *Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie* 41 (1997), S. 2 (5).

³⁷⁶ Marcus/Funke/Schuler, *Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie* 41 (1997), S. 2 (4).

3. Objektivität und Effizienz

Da es sich um eine Fragebogenmethode handelt, sollte die Objektivität kein Problem darstellen. Zudem sind die Test auf dem Markt erhältlich³⁷⁸, so dass die Kosten im Hinblick auf die Qualität der Tests zu vernachlässigen sein sollten.

VII. Graphologische Gutachten

Für die Prognose des Berufserfolges ist die Graphologie völlig untauglich³⁷⁹.

IIIX. Arbeitsprobe

Die Validität der Arbeitsprobe ist ausgesprochen hoch³⁸⁰. Sie wird mit .54 angegeben³⁸¹.

In Kombination mit Intelligenztests führen Arbeitsproben sogar zu einem Validitätskoeffizienten von .63³⁸².

IX. Biographische Fragebogen

Für biographische Fragebogen findet sich die Validitätsangabe von $r=.30$ ³⁸³ über .35³⁸⁴ bis .37³⁸⁵. Dieser Wert kann durch die Kombination mit einem Intelligenztest nur unwesentlich gesteigert werden, weil Intelligenz und biographische Daten ohnehin eng zusammenhängen³⁸⁶.

³⁷⁷ Marcus/Funke/Schuler, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 41 (1997), S. 2 (4).

³⁷⁸ Marcus/Funke/Schuler, Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie 41 (1997), S. 2 (3).

³⁷⁹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (262).

³⁸⁰ Kanning, Standards, S. 429.

³⁸¹ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (265).

³⁸² Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (265).

³⁸³ Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 523.

³⁸⁴ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (265).

³⁸⁵ Hunter/Hunter, Psychological Bulletin 96 (1984), S. 72 (90).

³⁸⁶ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (269).

Sie werden für die Personalauswahl als „überaus nützlich“ angesehen³⁸⁷.

Bei der Effizienz ist jedoch zu beachten, dass die Konstruktion eines biographischen Fragebogens teuer und schwierig ist³⁸⁸.

F. Zwischenergebnis

Bei der Bewertung der personaldiagnostischen Instrumente muss beachtet werden, dass sie im Wesentlichen auf den Metaanalysen von Hunter und Hunter aus dem Jahr 1984 und von Schmidt und Hunter aus dem Jahr 1998 beruhen. Diese geringe Quantität von Studien ist sicherlich unbefriedigend. Allerdings werden sie bis in die jüngste Zeit in sämtlichen Veröffentlichungen zum Thema zitiert. Die Veröffentlichungen stammen teilweise von Professoren der Psychologie³⁸⁹. Es ist davon auszugehen, dass diese Fachleute die Studien kritisch geprüft haben, und sie weiterhin als maßgebliche Erkenntnisquelle betrachten³⁹⁰. Daraus kann geschlossen werden, dass die geringe Quantität der Studien durch ihre hohe Qualität ausgeglichen wird. Kritik an diesen wichtigen Studien wird, soweit ersichtlich, in der Literatur nicht geäußert.

Im Ergebnis kann gesagt werden, dass es noch kein personaldiagnostisches Instrument gibt, das den Berufserfolg sicher vorhersagen kann. Sehr wohl gibt es aber große Qualitätsunterschiede zwischen den einzelnen bisher eingesetzten Instrumenten. In ihrer Tendenz sind sie eindeutig: Intelligenztests sind das beste verfügbare personaldiagnostische Instrument. Für die Personalauswahl bei den weitaus meisten Stellen sind sie uneingeschränkt geeignet. Nur bei Stellen, die in erster Linie Führungskompetenz verlangen und bei Stellen mit einfachen mechanischen Tätigkeiten zeigen sie prognostische Schwächen.

Intelligenztests sind auch sehr effizient. Weil die Intelligenzforschung heutzutage sehr ausgereift ist und zudem Intelligenztests fertig im

³⁸⁷ Kanning, Standards, S. 393.

³⁸⁸ Schmidt/Hunter, Psychological Bulletin, 124 (1998), S. 262 (269).

³⁸⁹ Zum Beispiel: Rost, Intelligenz, S. 305.

³⁹⁰ Kanning, Standards, S. 65 lobt die Studie von Schmidt und Hunter ausdrücklich.

Handel erworben werden können, sind sie in der Durchführung sehr preiswert.

Die Vorhersage des Berufserfolges der Bewerber kann durch die Kombination von Intelligenztests mit weiteren Instrumenten gesteigert werden. Die beste Prognose wird aus der Kombination eines Intelligenztests mit einem Integritätstest erzielt.

In der Literatur bestehen teilweise Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit von Persönlichkeitstests im Hinblick auf die Persönlichkeitsrechte der Bewerber. Auf diese Bedenken wird weiter unten, bei den Überlegungen zu der Frage, ob der Staat verpflichtet ist, bei der Personalauswahl *State of the Art* vorzugehen, eingegangen³⁹¹.

³⁹¹ Siehe Kapitel 4 A. IV. 3. b.

Kapitel 2: Der Regelungsgehalt des Art. 33 II GG

Nun soll Art. 33 II GG dahingehend untersucht werden, ob er für den Staat die Verpflichtung enthält, den Stand der Personaldiagnostik zu beachten.

Dazu werden zunächst die Geschichte der Norm und ihre systematische Stellung dargelegt. Anschließend wird auf den Grundrechtscharakter der Norm eingegangen, der wegen der systematischen Stellung des Art. 33 II GG ein Problem darstellt. Es werden sodann die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 33 II GG untersucht. Dabei sind alle Tatbestandsmerkmale heranzuziehen, die den Anwendungsbereich des Art. 33 II GG berühren. Denn nur in seinem Anwendungsbereich können sich aus ihm überhaupt Vorgaben hinsichtlich des Personalauswahlverfahrens ergeben. Der Schwerpunkt wird allerdings auf das Tatbestandsmerkmal „Gleicher Zugang“ zu legen sein, denn dieses ist von der Gestaltung des Personalauswahlverfahrens abhängig.

Schließlich wird erörtert, warum der Staat verpflichtet sein soll, die Erkenntnisse der wissenschaftlichen Personaldiagnostik zu berücksichtigen. Für diese Pflicht werden zwei mögliche Grundlagen behandelt: der Grundrechtsschutz durch Verfahren und die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG.

A. Die Geschichte des Art. 33 II GG

Normen, die den gleichen Zugang aller Bürger zum öffentlichen Dienst festschreiben, haben in Deutschland eine lange Verfassungstradition.

I. Paulskirchenverfassung

Schon in der Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849 (Paulskirchenverfassung) regelte § 137 S. 5 im VI. Abschnitt, über „Die Grundrechte des Deutschen Volkes“, dass die öffentlichen Ämter für alle Befähigten gleich zugänglich sind.

II. Preußische Verfassung von 1850

Auch die preußische Verfassung vom 31. Januar 1850 garantierte allen Staatsbürgern den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern, gemäß ihrer

Befähigung, vergleiche Art. 4 S. 3. Dieser Artikel findet sich im Titel II „Von den Rechten der Preußen“.

III. Weimarer Reichsverfassung

In der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 widmet sich Art. 128 im zweiten Hauptteil: „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ dem öffentlichen Dienst. In Absatz eins wird geregelt, dass „alle Staatsbürger ... entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zugelassen“ werden. Absatz 2 beseitigt ausdrücklich „alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte“. Absatz 3 statuiert einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt.

IV. Aufnahme in das Grundgesetz

Angesichts dessen lag die Aufnahme eines Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst auch in die deutsche Nachkriegsverfassung nahe. Allerdings wurde die entsprechende Regelung im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 nicht in den ersten Abschnitt über „Die Grundrechte“, sondern in den zweiten Abschnitt „Der Bund und die Länder“ aufgenommen, obwohl der Herrenchiemseer Entwurf noch ein Grundrecht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern vorsah³⁹². Umstritten war im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates u.a., ob der Zugang zum öffentlichen Amt von der „charakterlichen Eignung“ abhängig gemacht werden sollte. Es gab Bedenken, weil in der Zeit des Nationalsozialismus die charakterliche Eignung derart in den Vordergrund gerückt worden war³⁹³. Nachdem der Abgeordnete Renner (KPD) das Merkmal der charakterlichen Eignung noch einmal grundsätzlich in Frage stellte, weil diese weder bestimmt noch festgestellt werden könne³⁹⁴, beschloss man eine sprachliche Distanzierung von der nationalsozialistischen Praxis. Aus diesem Grund wurde das Adjektiv „charakterlich“ gestrichen. Eine inhaltliche Änderung war damit nicht beabsichtigt. Der Be-

³⁹² Stern, Berufsbeamtentum, S. 198.

³⁹³ PR, Grundsatzausschuss, StenProt. der 32. Sitzung vom 11. Januar 1949, 16.20 Uhr und PR, Grundsatzausschuss StenProt. der 44. Sitzung vom 19. Januar 1949, 9.23 Uhr, zitiert nach Schneider, Dokumentation, S. 327 bzw. S. 330 ff.

³⁹⁴ PR, Hauptausschuss, StenProt. der 44. Sitzung vom 19. Januar 1949 9.23 Uhr. S. 587 f, zitiert nach Schneider, Dokumentation, Band 10, S. 330 f.

griff Eignung umfasse auch den Charakter³⁹⁵. Der Hauptausschuss einigte sich dann auf die Fassung: „Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, seiner Befähigung und nach seinen fachlichen Leistungen zu jedem öffentlichen Amt gleichen Zugang.“ Diese Formulierung entsprach schon fast der Fassung, die in das Grundgesetz aufgenommen wurde.

B. Die systematische Stellung des Art. 33 II GG

I. Art. 33 GG

Art. 33 GG steht im zweiten Abschnitt des GG: „Der Bund und die Länder“. Der Artikel selbst enthält mehrere Regelungen³⁹⁶. In den ersten drei Absätzen sind spezielle Gleichheitssätze normiert³⁹⁷, unter anderem ist der Zugang zum öffentlichen Dienst geregelt³⁹⁸. Die letzten beiden Absätze enthalten Regelungen zur Ausgestaltung des öffentlichen Dienstes³⁹⁹.

Art. 33 I GG regelt in unserem Zusammenhang, dass die landsmannschaftliche Herkunft kein zulässiges Auswahlkriterium ist⁴⁰⁰. Art. 33 II GG schreibt die Kriterien für die Auswahl zum öffentlichen Dienst fest. Dieser Kriterienkatalog ist abschließend⁴⁰¹. Falls aber nach diesen Kriterien keine Auswahl möglich ist, weil zwischen mehreren Bewerbern Gleichstand herrscht, soll die Heranziehung von Hilfskriterien zulässig sein⁴⁰².

Absatz 3 ergänzt die positiven Auswahlkriterien des Absatzes 2 „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ um ein negatives, das bei der Auswahl nicht berücksichtigt werden darf⁴⁰³. Die Nennung des Negativkriteriums „Bekenntnis“ ist ohne große praktische Bedeutung⁴⁰⁴. Die

³⁹⁵ PR, Hauptausschuss, StenProt. der 44. Sitzung vom 19. Januar 1949 9.23 Uhr. S. 587 f.

³⁹⁶ Jachmann; in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 3; Willke, Psychologische Eignungstests, S. 59.

³⁹⁷ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 3.

³⁹⁸ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 13.

³⁹⁹ Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 27.

⁴⁰⁰ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 60.

⁴⁰¹ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 60.

⁴⁰² Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 20; Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 37.

⁴⁰³ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 26.

⁴⁰⁴ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 24.

Berücksichtigung des Bekenntnisses wird durch Art. 33 III GG nicht ausgeschlossen, wenn dieses durch Verfassungsrecht geboten ist⁴⁰⁵.

II. Verhältnis zu Art. 3 I GG

Art 33 II GG stellt einen speziellen Gleichheitssatz dar⁴⁰⁶. Für sein Verständnis ist deshalb das Verhältnis zu dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG wichtig.

Art. 33 II GG ist auf Grund seines engeren Anwendungsbereichs *Lex specialis*⁴⁰⁷ und geht Art. 3 I GG deshalb vor.

III. Verhältnis zu Art. 3 II, III GG

Hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 33 II GG zu Art. 3 II, III wird eine interessante Diskussion geführt⁴⁰⁸. Dabei geht es um die Frage, ob die Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung es rechtfertigt, das Geschlecht bei Auswahlentscheidungen zu berücksichtigen, obwohl die Auswahlkriterien in Art. 33 II GG doch abschließend aufgezählt sind und dabei das Geschlecht als Auswahlkriterium in Art. 3 III S. 1 GG ausdrücklich ausgeschlossen wird.

Da durch den Ausgang dieser Diskussion aber der Anwendungsbereich des Art. 33 II GG nicht berührt wird, soll hierauf nicht näher eingegangen werden.

IV. Verhältnis zu Art. 12 GG

Auch der Regelungsgegenstand des Art. 12 GG ist berührt, wenn es um die Berufstätigkeit im öffentlichen Dienst geht. Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Ausübung eines öffentlichen Amtes jedoch kein Beruf iSd Art. 12 GG. Aufgaben, die der Staat (rechtmäßig) an sich gezogen hat, stehen als Beruf nicht mehr zur Verfügung⁴⁰⁹. Allerdings ist laut Bundesverfassungsgericht Art. 12 auch auf öffentliche Ämter anwendbar. Er werde aber in diesem Zusammenhang von Art. 33 II GG ergänzt. Insbesondere seien Gemeinwohlbelange, die Eingriffe in Art 12

⁴⁰⁵ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 26.

⁴⁰⁶ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 60.

⁴⁰⁷ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 3 Rn 425.

⁴⁰⁸ Vergleiche die Literaturhinweise bei Masing; in: Dreier, GG, Art 33 Fn 286.

⁴⁰⁹ BVerfGE 37, 314 (322).

rechtfertigen können, die von Art. 33 II GG geschützten Belange⁴¹⁰, also der Zugang zu öffentlichen Ämtern nur gemäß dem Leistungsprinzip. Auf diese Weise wird ein genereller Vorrang der Kriterien des Art. 33 II GG erreicht⁴¹¹. Das Verhältnis von Art. 12 GG und Art. 33 II GG kann so verstanden werden, dass das Gebot einer nur leistungsbezogenen Auswahlentscheidung die Berufsfreiheit hinsichtlich der nur begrenzt zur Verfügung stehenden öffentlichen Ämter schützt⁴¹².

In der Literatur wird Art 33 II GG überwiegend als *Lex specialis* zu Art 12 gesehen⁴¹³. Auch nach dieser Ansicht setzt sich Art. 33 II GG gegen Art. 12 GG durch.

C. Flankierende und ergänzende Regelungen

Das Personalauswahlverfahren im Öffentlichen Dienst ist außerhalb des Grundgesetzes nicht einheitlich geregelt. Einschlägige Normen finden sich in verschiedenen Regelungsgebieten. Es handelt sich um die EMRK, die Beamtenetze des Bundes und der Länder, die Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften. Nachfolgend soll versucht werden, aus diesen Einzelvorschriften den aktuellen rechtlichen Rahmen für Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst nachzuvollziehen. Auf die einschlägigen untergesetzlichen Normen wird weiter unten eingegangen, im Zusammenhang mit der Untersuchung, wie dieses Verfahren konkret auszugestalten ist.

I. EMRK

Die Europäische Menschenrechtskonvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes hat. Sie ist damit Bestandteil der deutschen Rechtsordnung und stets zu beachten, auch bei der Personalauswahl im öffentlichen Dienst. Zu erörtern ist, ob sie Regelungen zu diesem Thema enthält.

⁴¹⁰ BVerfGE 96, 152 (163).

⁴¹¹ Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 58.

⁴¹² BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 (Az.: 2 BvR 1436/02) Rn 33.

⁴¹³ Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 184.

1. Art 6 Nr. 1

Nach dieser Norm hat jeder das Recht auf ein faires gerichtliches Verfahren hinsichtlich seiner zivilrechtlichen Ansprüche. Was ein zivilrechtlicher Anspruch ist, wird autonom nach der EMRK bestimmt, also ohne Rückgriff auf die nationale Rechtsordnung⁴¹⁴. Es ist also unerheblich, dass nach deutschem Recht der Zugang zum öffentlichen Dienst dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, insbesondere, wenn es um die Einstellung von Beamten im formellen Sinne geht.

Ein zivilrechtlicher Anspruch wird nach der Rechtsprechung des EGMR dadurch gekennzeichnet, dass er, erstens, aus innerstaatlichem Recht abzuleiten ist⁴¹⁵. Dies ist angesichts des Anspruchscharakters des Art. 33 II GG und den Vorschriften in den Beamtengesetzen für den Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst gegeben.

Zweitens muss der Streit echt und ernsthaft, also für den Anspruch direkt entscheidend sein⁴¹⁶. Bei dem Streit eines unterlegenen Bewerbers um Einstellung geht es um die unmittelbare Begründung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses oder auch um unmittelbare Veränderungen des Auswahlverfahrens. Letzteres dann, wenn das Verfahren zwar rechtswidrig war, aber noch keine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.

Schließlich muss der Anspruch zivilrechtlicher Natur sein⁴¹⁷. Das Tatbestandsmerkmal wurde vom EGMR bisher nicht abschließend definiert⁴¹⁸. Er stellt einmal darauf ab, ob der Ausgang des Streits unmittelbare Auswirkungen auf zivilrechtliche Ansprüche hat⁴¹⁹. Lohn- bzw. Besoldungsansprüche lassen sich zwanglos unter solche zivilrechtlichen Ansprüche subsumieren⁴²⁰.

Der EGMR verneint andererseits den zivilrechtlichen Charakter von Rechtsbeziehungen, die zum Innenbereich des Staates gehören, sonst würde die in Art. 6 aufgenommene Beschränkung auf zivilrechtliche An-

⁴¹⁴ Peukert; in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art 6 Rn 15.

⁴¹⁵ Peukert; in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art 6 Rn 6.

⁴¹⁶ Peukert; in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art 6 Rn 6.

⁴¹⁷ Peukert; in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art 6 Rn 6.

⁴¹⁸ Peukert; in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art 6 Rn 15.

⁴¹⁹ Peukert; in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art 6 Rn 16, Meyer-Ladewig, EMRK-Handkommentar, Art 6 Rn 7.

⁴²⁰ So auch Peukert; in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art 6 Rn 31.

sprüche leer laufen. Grundsätzlich gehört zu diesem Innenbereich auch das Rechtsverhältnis eines Beamten zu seinem Dienstherrn. Aber auch der Begriff des Beamten ist autonom auszulegen, so dass es auf den Status im nationalen Recht nicht ankommt⁴²¹. Es können also auch Arbeitnehmer in diesen Innenbereich fallen, genauso wie Beamte herausfallen können⁴²². Der EGMR orientiert sich an materiellen Kriterien zur Bestimmung eines Beamten, dessen Streitigkeiten mit seinem Arbeitgeber aus dem Anwendungsbereich des Art. 6 I EMRK ausgenommen sind. Diese Kriterien sind die Ausübung von Staatsgewalt und die Wahrung von allgemeinen Interessen des Staates oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Bei der Ausfüllung dieser Kriterien orientiert sich der EGMR an der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 18.03.1988⁴²³ und an der Rechtsprechung des EuGH⁴²⁴. In der Mitteilung werden angeführt: „die Streitkräfte; die Polizei und sonstige Ordnungskräfte; die Rechtspflege; die Steuerverwaltung und die Diplomatie.“⁴²⁵ Weiterhin wird der Begriff hoheitliche Tätigkeit definiert.⁴²⁶ Der EGMR nennt als Beispiele für Beamte im Sinne des Art. 6 I EMRK Polizisten und Angehörige der Streitkräfte.⁴²⁷ Allerdings müssten die Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK eng gezogen werden⁴²⁸. Deswegen tendiert der EGMR dazu, den Grundsatz der Unanwendbarkeit des Art. 6 EMRK für Ansprüche von Beamten allmählich aufzugeben und zu einer teilweisen Anwendbarkeit zu gelangen⁴²⁹. Deshalb sei im Regelfall die Menschenrechtskonvention auch auf Rechte von Beamten anwendbar⁴³⁰, es sei denn, ein Recht könne nach der Rechtsordnung des Mitgliedsstaates nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Dieser Ausschluss der Geltung der Menschenrechtskonvention sei auch gerechtfertigt, weil das strittige Recht die Ausübung staatlicher Gewalt

⁴²¹ EGMR, NVwZ 2000, 661 (663), Pellegrin/Frankreich.

⁴²² Meyer-Ladewig, EMRK-Handkommentar, Art 6 Rn 10.

⁴²³ Aktion der Kommission, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1988, C 72, S. 2-4.

⁴²⁴ EGMR, NVwZ 2000, 661 (663), Pellegrin/Frankreich.

⁴²⁵ Aktion der Kommission, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1988, C 72, S. 2ff (3).

⁴²⁶ Aktion der Kommission, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1988, C 72, S. 2ff (3).

⁴²⁷ EGMR, NVwZ 2000, 661 (663), Pellegrin/Frankreich.

⁴²⁸ EGMR, NJOZ 2008, 1188 Rn 59.

⁴²⁹ EGMR, NJOZ 2008, 1188 Rn 57.

⁴³⁰ EGMR, NJOZ 2008, 1188 Rn 57.

betreffe und das besondere Vertrauensverhältnis des Mitgliedsstaates zu seinen Beamten berührt sei⁴³¹.

Wie unten (Kapitel 2 G II.) dargelegt wird, ist das Recht auf Einstellung in den öffentlichen Dienst aus Art. 33 II GG gerichtlich einklagbar. Somit fehlt es an einem Ausschluss des Rechtsweges nach dem nationalen Recht.

Somit ist ein gerichtliches Verfahren um die Einstellung in den öffentlichen Dienst in Deutschland an Art. 6 I EMRK zu messen, denn die vom EGMR benannte Voraussetzung für eine Unanwendbarkeit ist nicht erfüllt.

2. Art 14

Artikel 14 EMRK statuiert zwar einen Gleichheitssatz, und bei dem Recht auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst handelt es sich um Fragen der Gleichbehandlung durch den Staat. Artikel 14 enthält jedoch kein allgemeines Diskriminierungsverbot, weil er sich nur auf die Ausübung der in der EMRK garantierten Rechte bezieht. Die EMRK wiederum enthält kein Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst⁴³². Deswegen garantiert Artikel 14 auch nicht den diskriminierungsfreien Zugang zum öffentlichen Dienst.

II. Beamtengesetze

1. Bundesbeamtengesetz (BBG)

§§ 7 ff

In § 8 wird die Pflicht zur Stellenausschreibung normiert. In § 9 S. 1 werden sowohl die positiven Auswahlkriterien des Art. 33 II GG wiederholt, als auch das verpönte Auswahlkriterium des Art. 33 III GG wiederholt und ergänzt. In § 9 S. 2 werden „Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung“, also Frauen- und Behindertenförderungsmaßnahmen, gestattet.

⁴³¹ EGMR, NJOZ 2008, 1188 Rn 62.

⁴³² EGMR Urt. vom 19.04.2007 Rn 57.

Insoweit wiederholt das BBG nur die bereits im GG enthaltenen Regelungen, ohne ihnen etwas Wesentliches hinzuzufügen.

2. Beamtenstatusgesetz (BStG)

§ 9 zählt ebenfalls die Auswahlkriterien des Art. 33 II GG auf. Darüber hinaus nennt es Kriterien, die bei der Auswahl nicht berücksichtigt werden dürfen, wie Rasse oder Geschlecht.

3. Landesbeamtengesetze

Einige Beamtengesetze der Länder enthalten ebenfalls Festschreibungen des Leistungsprinzips⁴³³. Die übrigen Länder dagegen verzichten auf eine Wiederholung der Regelungen des Grundgesetzes und des Beamtenstatusgesetzes.

In Schleswig-Holstein⁴³⁴, Hamburg⁴³⁵, Niedersachsen⁴³⁶ und Mecklenburg-Vorpommern⁴³⁷ existiert eine Soll-Vorschrift für die Stellenausschreibungen. In Bremen⁴³⁸, Sachsen-Anhalt⁴³⁹, Thüringen⁴⁴⁰ und Baden-Württemberg⁴⁴¹ ist die Stellenausschreibung zwingend, allerdings sind Ausnahmen normiert. In Bremen ist die Ausschreibungspflicht auch für öffentliche Ämter, die nicht mit Beamten besetzt werden, normiert⁴⁴². In Brandenburg ist sie unbedingt⁴⁴³. Sachsen⁴⁴⁴ und Bayern⁴⁴⁵ sehen eine Stellenausschreibung nur bei einem dienstlichen Bedürfnis vor. Das nordrhein-westfälische und das rheinland-pfälzische Beamtengesetz enthalten keine Regelung zu Stellenausschreibungen.

⁴³³ § 15 III S. 1 NRWLBG, § 11 I BadWürttLBG.

⁴³⁴ § 10 I S. 1, 2 LBG.

⁴³⁵ § 10 LBG.

⁴³⁶ § 9 LBG.

⁴³⁷ § 9 LBG.

⁴³⁸ § 10 I-VI LBG.

⁴³⁹ § 9 LBG.

⁴⁴⁰ § 6 I LBG.

⁴⁴¹ § 11 LBG.

⁴⁴² § 10 VII LBG.

⁴⁴³ § 6 LBG.

⁴⁴⁴ § 12 LBG.

⁴⁴⁵ Art 20 LBG.

Thüringen⁴⁴⁶ und Sachsen⁴⁴⁷ regeln die Eignung für ehemalige Funktionsträger der DDR gesondert.

III. Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder

Auch die Gleichstellungsgesetze, die die tatsächliche Gleichberechtigung der Geschlechter im öffentlichen Dienst bezwecken⁴⁴⁸, enthalten Regelungen, die bei Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst berücksichtigt werden müssen.

1. Bund

§ 6 Bundesgleichstellungsgesetz (BGleiG) enthält Vorschriften zur Stellenausschreibung⁴⁴⁹. Interessant ist besonders Absatz 3, der regelt, dass die Stellenausschreibung mit dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle übereinstimmen muss. Dadurch soll verhindert werden, dass Stellenausschreibungen auf einen vorausgewählten Kandidaten zugeschnitten werden⁴⁵⁰.

§ 7 BGleiG enthält Regelungen zur Durchführung von Bewerbungsgesprächen. Gemäß Absatz 1 sind nach Möglichkeit ebenso viele Frauen wie Männer zu Auswahlverfahren einzuladen. Voraussetzung hierfür ist, dass die zu besetzende Stelle in einem Bereich liegt, in dem Frauen unterrepräsentiert sind, in dem also weniger als die Hälfte der Beschäftigten Frauen sind, vergleiche § 4 VI BGleiG.

§ 8 BGleiG schreibt die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vor, sofern die Stelle in einem Bereich zu vergeben ist, in dem Frauen unterrepräsentiert sind. Es besteht eine Härteklausel für Männer.

§ 9 I S. 1 BGleiG verlangt, dass die Eignung in Bezug auf das zu besetzende Amt festgestellt werden muss.

⁴⁴⁶ § 6 II LBG.

⁴⁴⁷ § 6 III LBG.

⁴⁴⁸ S. § 1 II S. 1, 2 BGleiG.

⁴⁴⁹ Vergleiche dazu Lorse, ZTR 2006, S. 14 (16).

⁴⁵⁰ Vieten, in: Schiek/Dieball/Horstkötter u.a., Frauengleichstellungsgesetze, S. 378 Rn 917.

2. Einige Länder

Alle Gleichstellungsgesetze der Länder enthalten Regelungen zur Stellenausschreibung. Eine grundsätzliche Pflicht zur öffentlichen Stellenausschreibung bei Unterrepräsentation in dem Bereich, in dem die Stelle zu besetzen ist, normieren Baden-Württemberg⁴⁵¹, Brandenburg⁴⁵², Hessen⁴⁵³, Mecklenburg-Vorpommern⁴⁵⁴ und Niedersachsen⁴⁵⁵. Schleswig-Holstein⁴⁵⁶ beschränkt sich auf eine dienststellenübergreifende Stellenausschreibung; nur bei Führungspositionen soll öffentlich ausgeschrieben werden. Frauen müssen in der Stellenausschreibung ausdrücklich angesprochen werden in Hamburg⁴⁵⁷, Niedersachsen⁴⁵⁸ und Rheinland-Pfalz⁴⁵⁹. In Baden-Württemberg⁴⁶⁰ und Brandenburg⁴⁶¹ gilt dies nur, wenn in dem betreffenden Bereich Frauen weniger als die Hälfte der Stellen besetzen (Unterrepräsentation). In Bayern⁴⁶² sogar nur, wenn Frauen erheblich unterrepräsentiert sind.

Ein Hinweis darauf, dass Frauen bei Unterrepräsentanz bevorzugt eingestellt werden, ist in Hamburg⁴⁶³ und Schleswig-Holstein⁴⁶⁴ Pflicht. In Mecklenburg-Vorpommern⁴⁶⁵ ist ein solcher Hinweis Pflicht, wenn eine Erhöhung des Frauenanteils im Frauenförderungsplan vorgesehen ist.

Oft muss auch auf die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung hingewiesen werden, so etwa in Brandenburg⁴⁶⁶, Hamburg⁴⁶⁷ und Niedersach-

⁴⁵¹ § 8 I ChancenG.

⁴⁵² § 7 I Landesgleichstellungsgesetz.

⁴⁵³ § 8 Gleichberechtigungsgesetz.

⁴⁵⁴ § 4 I S. 2 Gleichstellungsgesetz.

⁴⁵⁵ § 7 I Gleichberechtigungsgesetz.

⁴⁵⁶ § 7 I S. 1, III Gleichstellungsgesetz.

⁴⁵⁷ § 9 I Gleichstellungsgesetz.

⁴⁵⁸ § 7 II Gleichberechtigungsgesetz.

⁴⁵⁹ § 10 I S. 1 Landesgleichstellungsgesetz.

⁴⁶⁰ § 8 I Gesetz zur Verwirklichung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst – ChancenG.

⁴⁶¹ § 7 IV Landesgleichstellungsgesetz.

⁴⁶² Art 7 III Gleichstellungsgesetz .

⁴⁶³ § 10 I S. 2 Gleichstellungsgesetz.

⁴⁶⁴ § 7 I S. 3 Gleichstellungsgesetz.

⁴⁶⁵ § 4 III Gleichstellungsgesetz.

⁴⁶⁶ § 7 III Landesgleichstellungsgesetz.

⁴⁶⁷ § 10 II Gleichstellungsgesetz.

sen⁴⁶⁸. In Mecklenburg-Vorpommern⁴⁶⁹ müssen Stellen, soweit möglich, auch als Teilzeitstellen ausgeschrieben werden.

Die meisten Gleichstellungsgesetze enthalten auch Vorschriften zur Ausgestaltung des Auswahlverfahrens. Baden-Württemberg⁴⁷⁰, Brandenburg⁴⁷¹, Hessen⁴⁷² und Niedersachsen⁴⁷³ schreiben vor, dass Frauen die Hälfte der Einladungen zu einem Vorstellungsgespräch bzw. Auswahlverfahren erhalten, vorausgesetzt, es liegen genügend Bewerbungen von Frauen vor, welche die Qualifikationsanforderungen erfüllen. Bedingung ist jeweils eine Unterrepräsentanz von Frauen. In Mecklenburg-Vorpommern⁴⁷⁴ ist eine Neuausschreibung durchzuführen, wenn im Falle einer Unterrepräsentanz von Frauen eine Bewerbung einer qualifizierten Frau nicht vorliegt. In Niedersachsen⁴⁷⁵ gilt dies, falls sich keine Frau bewirbt und die Frauenbeauftragte eine Neuausschreibung verlangt.

Viele Gleichstellungsgesetze enthalten darüber hinaus die Regelung, dass Frauen im Falle einer Unterrepräsentanz bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt einzustellen sind. Ausnahmen werden für Härtefälle gemacht sowie für den Fall, dass der öffentliche Dienst ausschließlicher Anbieter der Ausbildungsstellen für Berufe ist, die auch außerhalb des öffentlichen Dienstes ausgeübt werden (Monopolausbildung). Zu denken ist zum Beispiel an den Vorbereitungsdienst für Lehrer oder Juristen⁴⁷⁶.

Ebenso wie das Bundesgleichstellungsgesetz enthalten auch viele Landesgleichstellungsgesetze Regelungen zur Bestimmung des Eignungsbegriffs.

⁴⁶⁸ § 7 III Gleichberechtigungsgesetz.

⁴⁶⁹ § 4 II S. 1 Gleichstellungsgesetz.

⁴⁷⁰ § 9 I ChancenG.

⁴⁷¹ § 8 Landesgleichstellungsgesetz.

⁴⁷² § 9 I Gleichberechtigungsgesetz.

⁴⁷³ § 8 I Gleichberechtigungsgesetz.

⁴⁷⁴ § 4 IV Gleichstellungsgesetz.

⁴⁷⁵ § 7 IV Gleichberechtigungsgesetz.

⁴⁷⁶ Schiek, in: Schiek/Dieball/Horstkötter u.a., Frauengleichstellungsgesetze, S. 198 Rn 290.

Danach dürfen nur solche Eignungsmerkmale verlangt werden, die den Anforderungen der konkret zu besetzenden Stelle entsprechen⁴⁷⁷.

D. Der Tatbestand des Art. 33 II GG

Im Lichte der bisher gewonnen Erkenntnisse soll nun eine Definition der Tatbestandsmerkmale des Art. 33 II GG versucht werden.

I. Öffentliches Amt

Art 33 II GG regelt nur den Zugang zu „jedem öffentlichen Amte“. Die Norm ist somit nur dann einschlägig, wenn ein öffentliches Amt zu besetzen ist. Deswegen soll hier zunächst eine Begriffsklärung versucht werden.

1. Definition des öffentlichen Amtes

In der Literatur wird allgemein betont, dass der Begriff des öffentlichen Amtes weit auszulegen sei⁴⁷⁸. Begründet wird das mit dem Schutzzweck der Norm, die Funktionstüchtigkeit des öffentlichen Dienstes zu fördern. Der Begriff umfasst danach alle von haupt- und nebenberuflichen Beamten, Richtern, Soldaten, Arbeitnehmern und ehrenamtlich Tätigen besetzten Ämter der Verwaltung, Bundeswehr und Rechtsprechung⁴⁷⁹.

2. Einzelfragen

Nun soll auf einige Grenzfälle näher eingegangen werden.

a. Wahlämter; Richterwahlausschüsse

Bei Wahlämtern ist die Vereinbarkeit des Art. 33 II GG mit den Prinzipien einer freien Wahl problematisch. Nach ganz herrschender Meinung wird

⁴⁷⁷ § 9 I Gleichstellungsgesetz Hamburg; § 10 I S. 1 Gleichberechtigungsgesetz Hessen; § 5 IV Gleichstellungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern; § 3 9 I Gleichberechtigungsgesetz Niedersachsen § 7 I S. 1 Landesgleichstellungsgesetz Rheinland-Pfalz; § 8 I Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein.

⁴⁷⁸ Battis, in: Sachs GG, Art 33 Rn 24; Höfling, in: Friauf/Höfling, BK-GG, Art 33 Abs. 1-3 Rn 75; Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rn 15; Kunig, in: v.Münch/Kunig GG, Art. 33 Rn 20; Masing, in: Dreier GG, Art. 33 Rn 41; Willke, Psychologische Eignungstests, S. 68.

⁴⁷⁹ Battis, in Sachs, GG, Art 33 Rn 24; Masing, in Dreier GG, Art. 33 Rn 41; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 20; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art. 33 Abs. 1-3 Rn 23; Höfling, in: BK-GG, Rn 80 ff.

dieses Problem dadurch gelöst, dass Wahlämter aus dem Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 33 II GG herausgenommen werden⁴⁸⁰. Dies ergebe die systematische Auslegung der Norm. Denn nur so sei das Demokratieprinzip bei der Besetzung dieser Ämter zu wahren. Die Kriterien des Art. 33 II GG würden bei Wahlämtern gleichsam durch das Kriterium „politisches Vertrauen“ ersetzt.

Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs gilt jedoch nicht für Richter, auch wenn diese durch Wahlausschüsse gewählt werden⁴⁸¹. Dieses formelle Verfahren macht Richterämter nicht zu Wahlämtern. Die Richterwahlausschüsse sind vielmehr an die Kriterien des Art. 33 II GG gebunden⁴⁸².

b. Kirchenämter; kirchlich gebundene Ämter

Auch Ämter in öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften fallen nicht unter den Begriff⁴⁸³. Begründet wird dies damit, dass den Religionsgemeinschaften, anders als dem Staat, Privatautonomie zusteht und mit dem Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG iVm. Art 137 III WRV auch das Recht verbundenen ist, eigene Stellen nach eigenen Kriterien zu besetzen.

Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang die Übertragung von kirchlich gebundenen Ämtern in den „res mixtae“, also in gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche⁴⁸⁴. Ein kirchlich gebundenes Amt⁴⁸⁵ ist nach der Definition des Bundesverwaltungsgerichts ein Amt, bei dem ein bestimmtes Bekenntnis des Ausführenden Bestandteil der Eignung ist⁴⁸⁶. Andere versuchen anstatt der Anforderungen des Amtes das kirchlich gebundene Amt selbst zu beschreiben. Danach ist das kirch-

⁴⁸⁰ Battis, in: Sachs, GG, Art 33 Rn 25; Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 43; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 21; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 31; Höfling, in: BK-GG, Art 33 Abs 1-3 Rn 109.

⁴⁸¹ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 15.

⁴⁸² Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 43; Wagner, Bestenauslese, S. 117.

⁴⁸³ Battis, in: Sachs, GG, Art 33 Rn 25.; Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 43; Kunig, v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 22; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 32; Höfling, in: BK-GG, Art 33 Abs 1-3 Rn 113.

⁴⁸⁴ Skeptisch zu diesem Begriff *BVerfG* NJW 2009, 2190 (2192) – Lüdemann, welches den staatlichen Charakter dieser Ämter betont.

⁴⁸⁵ Dieses wird auch „konfessionelles Staatsamt“ genannt; s. Solte, *Theologie an der Universität*, S. 128 f.

⁴⁸⁶ *BVerwGE* 19, 252 (260).

lich gebundene Amt ein „staatliches Amt...“, dessen Inhaber kraft staatlichen Rechts verpflichtet ist, bei der Ausübung seines staatlichen Amtes zugleich kirchliche Aufgaben wahrzunehmen⁴⁸⁷. Zu denken ist hier vor allem an die Besetzung von Stellen an theologischen Fakultäten staatlicher Hochschulen und diejenige von Religionslehrern an staatlichen Schulen⁴⁸⁸.

Problematisch ist, wie Art. 33 II GG bei der Besetzung kirchlich gebundener Ämtern, bei deren Inhabern es sich oft sogar um Beamte im statusrechtlichen Sinn handelt, mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht zu vereinbaren ist.

Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, dass wegen des kirchlichen Rechts, kirchliche Ämter selbst zu besetzen (vergleiche Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 III Weimarer Reichsverfassung) folge, dass Art. 33 II GG auf den Zugang zu kirchlich gebundenen Ämtern nicht anzuwenden sei⁴⁸⁹.

Fraglich ist, ob eine so einseitige Durchsetzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts mit Art. 33 II GG vereinbar ist oder ob diese Norm nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz auch in diesen Fällen wirksam sein muss. Das Prinzip der praktischen Konkordanz beruht auf dem Gedanken der Einheit der Verfassung. Danach dürfen Verfassungsnormen nicht für sich betrachtet werden, sondern müssen stets im Hinblick auf die Gesamtverfassung interpretiert werden⁴⁹⁰.

Deshalb müssen die bei einem konkreten Rechtsproblem entgegenstehenden Verfassungsrechtssätze beachtet werden. Der Konflikt darf nicht so entschieden werden, dass der eine Rechtssatz den anderen vollständig verdrängt. Vielmehr müssen die beiden Rechtsgüter so gegeneinander abgegrenzt werden, dass beide eine möglichst optimale Wirksamkeit entfalten⁴⁹¹. Dem ist so, weil die Normen des Grundgesetzes gleichwertig sind⁴⁹².

⁴⁸⁷ Solte, *Theologie an der Universität*, S. 129.

⁴⁸⁸ V. Campenhausen/Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 136 WRV Rn 18.

⁴⁸⁹ Hollerbach, *Theologische Fakultäten*, in: HdbStKirchR § 56 S. 557.

⁴⁹⁰ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, S. 27.

⁴⁹¹ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, S. 28; Schneider, *Die Güterabwägung*, S. 209 f; welcher allerdings annimmt, Verfassungsnormkollisionen könnten auch durch das vollständige zurücktreten einer Norm gelöst werden (S. 212).

⁴⁹² Schlink, *Abwägung*, S. 19.

und der Rechtsanwender nicht aus eigenem Ratschluss heraus eine Verfassungsnorm über die andere setzen darf⁴⁹³.

Das heißt für unseren Fall, dass ein Weg gefunden werden muss, die widerstreitenden Prinzipien der Bestenauslese einerseits und des kirchliche Selbstbestimmungsrechts andererseits optimal zur Wirkung zu bringen und nicht das Prinzip der Bestenauslese dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht zu opfern. Dies kann dadurch erreicht werden, dass der Staat bei der Besetzung der kirchlich gebundenen Staatsämter an Art. 33 II GG gebunden ist. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen wird insoweit wirksam, als sie der Ernennung des gemäß Art. 33 II GG ausgewählten Bewerbers widersprechen können, wenn sie ihre Integrität durch diesen gefährdet sehen. Ein Kandidat wird also nur dann, aber auch immer dann mit einem kirchlich gebundenen Amt betraut, wenn er nach den Kriterien des Art. 33 II GG der Bestgeeignete ist und die Kirchen keinen Einwand erheben. Werden dagegen solche Einwände erhoben, wird er nicht ernannt. Dies liegt dann aber nicht an seiner fehlenden Eignung, sondern dem Art. 33 II GG beschränkenden kirchlichen Selbstbestimmungsrecht.

Dies bedeutet auch, dass die Konfessionszugehörigkeit nicht Bestandteil der Eignung ist, denn die Auswahl nach dem Leistungsprinzip und der Berücksichtigung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts sind unabhängig voneinander und müssen in einem Kandidaten zum Einklang gebracht werden. Dass die Definition des *Bundesverwaltungsgerichts*⁴⁹⁴ nicht abschließend ist, ergibt sich bereits daraus, dass ein Bewerber auch dann abgelehnt werden kann, wenn er formal der „richtigen“ Konfession angehört, sein Lebenswandel oder seine Glaubensansichten für die entsprechende Kirche aber nicht akzeptabel sind⁴⁹⁵.

Für diese Lösung spricht auch, dass die Kirchen ihre Einwilligung nicht willkürlich verweigern dürfen, sondern nur dann, wenn Lehre oder Le-

⁴⁹³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 28.

⁴⁹⁴ Siehe oben.

⁴⁹⁵ So der Fall *Lüdemann*, BVerfG NJW 2009, 2190 ff, in welchem ein Theologieprofessor, sich von der Lehre der evangelischen Kirche lossagte, jedoch Mitglied blieb (was das Gericht in seiner Sachverhaltsschilderung unter evangelischer Kirche versteht ist nicht ganz eindeutig, es wird eine evangelische Landeskirche sein); dass ein solcher Bewerber ungeeignet sein könnte, klingt auch schon bei BVerwGE 19, 252 (260) an.

benswandel des Betreffenden es erfordern⁴⁹⁶. Damit soll nicht gesagt werden, dass die Erforderlichkeit vom Staat überprüft werden kann⁴⁹⁷, sondern nur, dass gerade diese Punkte für die Ablehnung eines Bewerbers durch die Kirchen betroffen sein müssen und nicht die sonstige Eignung der Lehrperson, etwa ihre wissenschaftliche Kompetenz⁴⁹⁸.

c. Staatlich gebundene Berufe, insbesondere Notare

Staatlich gebundene Berufe sind solche, die eine besondere Nähe zum öffentlichen Dienst aufweisen, weil ihre Berufspflichten durch den Staat festgelegt werden und durch den Staat besonders eng überwacht werden, ohne dass es Staatsämter wären⁴⁹⁹. Paradebeispiel hierfür sind die Notare.⁵⁰⁰

Hinsichtlich der Subsumtion des Notaramtes unter das öffentliche Amt iSd Art 33 II GG besteht weitgehende Einigkeit in der Ablehnung derselben⁵⁰¹, obwohl die Bundesnotarordnung in § 1 den Notardienst als öffentliches Amt bezeichnet. Eine alte Gegenauffassung argumentiert mit den hoheitlichen Tätigkeiten von Notaren⁵⁰².

Begründet wird die allgemeine Ansicht damit, Notare seien nicht in den öffentlichen Dienst eingebunden, sondern könnten sich auf ihre Berufsfreiheit berufen⁵⁰³. Diese Ansicht wird auch in der Rechtsprechung vertreten. Insbesondere hat das *Bundesverfassungsgericht*⁵⁰⁴ nicht anders entschieden. Dort heißt es, dass für Notare Art. 12 GG einschlägig ist⁵⁰⁵. Dessen Regelungen würden aber auf Grund der Nähe der Notartätigkeit zum öffentlichen Dienst von Regelungen in „Anlehnung“ an Art. 33 II GG „überlagert“. Daraus folgt, dass Art. 33 II GG gerade nicht direkt angewend-

⁴⁹⁶ Hollerbach, Theologische Fakultäten, in: HdbStKirchR § 56 S. 572.

⁴⁹⁷ Der Betroffene kann sich aber an die Kirchenggerichtsbarkeit wenden, vergleiche beispielsweise § 3 I und II Kirchengesetz über das Kirchliche Verfassungs- und Verwaltungsgericht der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau.

⁴⁹⁸ So auch Hollerbach, Theologische Fakultäten, in: HdbStKirchR § 56 S. 572.

⁴⁹⁹ Triepel, Staatlich gebundener Beruf, S. 15 ff.

⁵⁰⁰ Ein weiteres Beispiel sind die öffentlich bestellten Vermessungsingenieure. siehe.: Wagner, Bestenauslese, S. 15 ff.

⁵⁰¹ Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 29; Masing; in: Dreier, GG, Art 33 Rn 42; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 20.

⁵⁰² Matthey, in: v. Münch, GG, Art. 33 Rn 20.

⁵⁰³ So Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 29.

⁵⁰⁴ BVerfGE 73, 301.

⁵⁰⁵ BVerfGE 73, 301 (315).

bar sein soll. So wurde das Bundesverfassungsgericht auch vom *BGH* verstanden⁵⁰⁶, der sich dieser Meinung anschloss.

Für Notare ist Art. 33 II GG also nicht einschlägig.

d. Ausbildungsplätze

Ob für den Zugang zu Ausbildungsplätzen im öffentlichen Dienst Art. 33 II GG einschlägig ist, wird diskutiert. Dies wird teilweise prinzipiell abgelehnt⁵⁰⁷ und teilweise prinzipiell angenommen⁵⁰⁸.

Argumentiert wird einerseits, dass nur, indem man bereits für den Zugang zum Ausbildungsplatz die Anforderungen des Art. 33 II GG gewährleistet, auch der Zugang zum eigentlichen Amt durch Art. 33 II GG gesteuert werden kann, weil der Zugang zum Ausbildungsplatz oft Voraussetzung zum eigentlichen öffentlichen Amt sei⁵⁰⁹. Die Gegenmeinung betont, dass Art. 33 II GG nur den Zugang zu öffentlichen Ämtern regle, der Ausbildungsplatz als solcher aber noch kein öffentliches Amt sei⁵¹⁰. Stattdessen sei Art. 12 GG einschlägig⁵¹¹.

Herrschende Meinung ist folgende Differenzierung: Grundsätzlich ist Art. 33 II GG nicht auf den Zugang zu Ausbildungsplätzen der öffentlichen Hand anwendbar. Anders sei es aber, wenn der Ausbildungsgang ausschließlich dem Zugang zum öffentlichen Dienst diene, er also nicht auch auf Berufe innerhalb der Privatwirtschaft vorbereite⁵¹². Der Zugang zum Amt sei in diesen Fällen mit dem Zugang zu der für dieses Amt notwendigen Ausbildung zu einer Einheit verbunden, weil das Amt nur über die Ausbildung erreicht werden könne und die Verwirklichung der Bestenauslese für das öffentliche Amt bereits die Bestenauslese für die Ausbildungsplätze notwendig mache⁵¹³.

⁵⁰⁶ *BGH NJW* 1993, 2536 f (2536 f).

⁵⁰⁷ Höfling, in: *BK-GG*, Art 33 Abs 1-3 Rn 117 ff; Matthey, in: v. Münch, *GG*, Art. 33 Rn 22.

⁵⁰⁸ Ridder, in: *AK-GG* 2. Aufl., Art. 33 Rn 53.

⁵⁰⁹ Ridder, in: *AK-GG* 2. Aufl., Art. 33 Rn 53.

⁵¹⁰ Höfling, in: *BK-GG*, Art 33 Abs 1-3 Rn 117.

⁵¹¹ Matthey, in: v. Münch, *GG*, Art. 33 Rn 22.

⁵¹² Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Art 33 Rn 15; Battis, in: Sachs, *GG*, Art 33 Rn 25; Masing, in: Dreier, *GG*, Art 33 Rn 44; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art 33 Rn 24; Trute, in: *AK-GG GW* 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 30.

⁵¹³ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Art 33 Rn 15.

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass Ausbildungsplätze nicht als öffentliche Ämter im Sinne des Art. 33 II GG anzusehen sind, weil es noch nicht um ein öffentliches Amt geht. Der freie Zugang zu einer Berufsausbildung nach eigener Wahl fällt unter Art. 12 GG. Dies gilt auch für eine Berufsausbildung im öffentlichen Dienst, weil auch bei dieser die Ausbildung im Vordergrund steht. Nach seiner Ausbildung kann der Auszubildende frei entscheiden, ob er sich für ein öffentliches Amt bewirbt oder nicht. Das gilt zweifelsfrei bei Ausbildungsgängen, die sowohl auf ein öffentliches Amt als auch auf einen Beruf außerhalb des öffentlichen Dienstes vorbereiten. Ein gutes Beispiel hierfür ist der juristische Vorbereitungsdienst. Es gilt aber auch für Ausbildungsgänge, die vordergründig nur auf die Übernahme eines öffentlichen Amtes vorbereiten, wie z.B. die Rechtspflegerausbildung. Denn auch nach einem solchen Ausbildungsgang steht es dem Absolventen frei, sich auf eine Stelle in der Privatwirtschaft zu bewerben, im Beispiel etwa auf die eines Bürovorstehers in einem Notariat. Eine Differenzierung nur nach dem Anteil der ein öffentliches Amt anstrebenden Absolventen im Verhältnis zu den übrigen Absolventen ist also nicht gerechtfertigt. Das gilt auch für eine Differenzierung danach, ob die Auszubildenden Beamte im statusrechtlichen Sinne sind oder nicht. Denn Art. 33 II GG stellt auf ein öffentliches Amt ab und differenziert nicht zwischen Beamten im statusrechtlichen Sinne und sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Allerdings können die Kriterien des Art. 33 II GG auf die Einstellung von Auszubildenden als Beamte auf Widerruf über die Beamtengesetze, die diese Kriterien wiederholen, verbindlich sein.

II. Kriterientrias

Art. 33 II GG schreibt „Eignung“, „Befähigung“ und die „fachliche Leistung“ (sogenannte „Kriterientrias“) als Auswahlkriterien für öffentliche Ämter fest. Die Zuordnung einiger Qualifikationsmerkmale innerhalb der drei Kriterien ist teilweise umstritten. Weil alle drei Kriterien aber gleichrangig nebeneinander stehen, kommt es darauf im Ergebnis nicht an⁵¹⁴. Im

⁵¹⁴ Dreier, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 45.

Folgenden sollen die drei Kriterien erläutert werden. Da die Persönlichkeit eines Bewerbers wichtiger Bestandteil seiner Eignung ist, werde ich anschließend den Begriff der Persönlichkeit näher darstellen.

1. Eignung als Oberbegriff für die drei Kriterien?

Teilweise wird die Eignung als Oberbegriff für die Kriterien des Art. 33 II GG verstanden⁵¹⁵. Befähigung und fachliche Leistung seien in diesem Begriff schon enthalten.

Als Mittel zur sprachlichen Vereinfachung kann die Eignung als Oberbegriff verwendet werden, weil ein besserer Oberbegriff bisher nicht gefunden wurde⁵¹⁶. Bei der Personalauswahl sind die drei Kriterien aber unabhängig voneinander zu berücksichtigen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Personalauswahl sich nicht nach den drei Kriterien richtet, weil dann die Eigenschaften der jeweiligen Bewerber nicht unter die drei Kriterien subsumiert werden, sondern in zu freier Rechtsfindung unter den Begriff der Eignung⁵¹⁷.

2. Befähigung

Die Befähigung umfasst das fachliche Können des Bewerbers, also das erworbene Fachwissen, das durch Prüfungsurkunden nachgewiesen werden kann, die Berufserfahrung und die der Ausübung des Amtes dienliche Allgemeinbildung⁵¹⁸. Weil die Befähigung durch Urkunden, z. B. Prüfungszeugnisse regelmäßig leicht beurteilt werden kann, bereitet sie im Personalauswahlverfahren vergleichsweise geringe Probleme⁵¹⁹ und soll in dieser Arbeit nicht weiter behandelt werden.

⁵¹⁵ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17.

⁵¹⁶ Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 26.

⁵¹⁷ So auch *Trute*, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 38.

⁵¹⁸ Dreier, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 45; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 26; *Trute*, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 44.

⁵¹⁹ Kanning, Standards, S. 229.

3. Fachliche Leistung

Die fachliche Leistung bezieht sich auf die in der Vergangenheit in der beruflichen Praxis erbrachten Leistungen⁵²⁰. Mit beruflicher Praxis sind nicht nur die bisherigen Leistungen im öffentlichen Dienst gemeint⁵²¹. Bei Beamten wird sie durch dienstliche Beurteilungen festgestellt. Sie spielt demnach hauptsächlich bei der Besetzung von Beförderungssämtern eine Rolle⁵²². Allerdings wird teilweise auch die in der Ausbildung erbrachte Leistung mit einbezogen⁵²³, so dass dieses Kriterium auch bei Einstellungen eine Rolle spielen kann. Dann müssen, wie bei Beförderungsentscheidungen, für die Beurteilung der fachlichen Leistung dienstliche Beurteilungen oder vergleichbare Zeugnisse herangezogen werden. Interessant ist, ob daneben noch eignungsdiagnostische Instrumente zum Einsatz kommen dürfen, oder ob dies, wie bei Beförderungsentscheidungen, weitgehend ausgeschlossen ist⁵²⁴. Zeugnisse während der Ausbildung haben nicht die gleiche Bedeutung wie dienstliche Beurteilungen. Letztere beurteilen die Bewährung im Amt⁵²⁵. Da Personen in der Ausbildung aber noch kein Amt ausüben, kann nur die Bewährung in der Ausbildung beurteilt werden. Diese ist zwar der Bewährung im Amt ähnlich, jedoch nicht gleich, weil Ziel der Ausbildung letztlich noch nicht die Ausübung des Amtes ist, sondern das Bestehen einer Prüfung. Diese hat aber regelmäßig lediglich die Befähigung zum Gegenstand, während die Eignung unberücksichtigt bleibt. Deswegen geben die Zeugnisse während der Ausbildung noch keine endgültige Auskunft über die Eignung des Bewerbers, so dass der Einsatz weiterer eignungsdiagnostischer Instrumente zulässig ist. Dies ändert freilich nichts daran, dass die Ausbildungsleistungen bei der Auswahl als wichtige Erkenntnisquelle berücksichtigt werden müssen, zumal, wenn sie sich auch zur Persönlichkeit des Bewerbers äußern. Dies gilt vor allem, wenn die Ausbildung bei der einstellenden Organisation erfolgte. Die fachliche Leistung wird deswegen auch nicht weiter erörtert.

⁵²⁰Dreier, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 45; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 45; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17.

⁵²¹Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17; Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 45.

⁵²²Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 45.

⁵²³Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 26.

⁵²⁴Siehe Kapitel 2 G. III. 2. c.

⁵²⁵Bieler, Beurteilung, S. 80.

4. Eignung im engeren Sinn

Die Eignung wird als Auffangbegriff verstanden, der all diejenigen Merkmale einer Person umfasst, die nicht unter die Befähigung und fachliche Leistung fallen⁵²⁶, also neben der Gesundheit⁵²⁷ die Persönlichkeit des Bewerbers, seine intellektuellen und psychischen Fähigkeiten⁵²⁸. Wie sich schon aus den Beratungen des parlamentarischen Rates ergibt⁵²⁹, ist der Charakter Teil der Eignung⁵³⁰.

Die Eignung wird nicht abstrakt bestimmt, sondern stets konkret hinsichtlich des zu besetzenden Amtes⁵³¹. Eine Orientierung bietet der psychologische Eignungsbegriff: „das Insgesamt der im Individuum liegenden Bedingungen für das Eintreten positiv bewerteter Ereignisse im Berufsleben oder in der Schullaufbahn“⁵³².

Einzige Bedingung, um ein Persönlichkeitsmerkmal bei der Personalauswahl zu berücksichtigen, ist, dass es sachgerecht zu sein hat⁵³³.

Was sachgerecht ist, muss anhand der Wertungen des Grundgesetzes bestimmt werden. Insbesondere darf an die Merkmale des Artikels 3 II, III GG im Grundsatz nicht angeknüpft werden⁵³⁴.

Neben der Befähigung ist sie das zentrale Kriterium bei Neueinstellungen, aber ungleich schwerer zu definieren und festzustellen⁵³⁵. Nach allgemeiner Auffassung ist sie gleichwohl der Befähigung nicht untergeordnet, sondern gleichwertiges Kriterium⁵³⁶. Somit kann ein Bewerber

⁵²⁶ Dreier, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 45; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17.

⁵²⁷ VG Gelsenkirchen, NVwZ-RR 2009, 252 (252); Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 45.

⁵²⁸ Cremer/Kelm, NJW 1997, 832 (833); Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 26; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 40; mit anderen Worten BVerwGE 11, 139 (141).

⁵²⁹ Siehe Kapitel 2 A. IV.

⁵³⁰ Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 26; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 38.

⁵³¹ Jung, Zugang zum öffentlichen Dienst, S. 46; Lecheler, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, Art 33 Rn 19.

⁵³² Häcker/Stapf, Psychologisches Wörterbuch, StW.: Eignung.

⁵³³ Dreier, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 45.

⁵³⁴ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17 f; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 28; Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 38.

⁵³⁵ Jung, Zugang zum öffentlichen Dienst, S. 45.

⁵³⁶ Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 26.

zurückgewiesen werden, dessen Befähigung zwar objektiv feststeht, die Personalentscheider aber an der Eignung des Bewerbers zweifeln⁵³⁷.

5. Was ist Persönlichkeit?

Die Eignung für ein Amt ergibt sich im Wesentlichen aus der Persönlichkeit, so dass hier dieser Begriff näher erläutert werden soll. Der Begriff leitet sich von der antiken „persona“ her, welche die Maske des Schauspielers bezeichnete⁵³⁸.

Die Persönlichkeit eines Menschen ist die aus seiner Gestalt⁵³⁹, seinem Temperament⁵⁴⁰, seinen Fähigkeiten⁵⁴¹, Handlungseigenschaften⁵⁴², Bewertungsdispositionen⁵⁴³ und selbstbezogenen Dispositionen⁵⁴⁴ zusammengesetzte Gesamtheit.

a. Gestalt

Die Gestalt eines Menschen ist seine äußere Erscheinungsform, und zwar in ihren Einzelheiten wie Gesichtsform oder Körpergröße ebenso wie in ihrem Gesamteindruck, also ihrer physischen Attraktivität. Diese ist definiert als Maß, „wie stark jemand dem Schönheitsideal seiner Kultur entspricht“⁵⁴⁵.

In der Vergangenheit gab es Versuche, von dem Erscheinungsbild auf die Persönlichkeit zu schließen⁵⁴⁶. Bekannt wurde die Theorie von den drei Konstitutionstypen „athletisch“, „leptosom“ und „pyknisch“, welchen bestimmte Persönlichkeitseigenschaften zugeordnet wurden. Derartige Versuche erwiesen sich indes als nicht tragfähig und die Forschung hierzu wurde weitgehend eingestellt⁵⁴⁷.

⁵³⁷ So in aller Klarheit *BVerwG*, DVBl. 1982, 198 (198 f); auf diese Entscheidung wird unten (Kapitel 3 B. II. 2.) näher eingegangen.

⁵³⁸ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 272.

⁵³⁹ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 174.

⁵⁴⁰ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 178.

⁵⁴¹ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 195.

⁵⁴² Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 221.

⁵⁴³ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 249.

⁵⁴⁴ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 263.

⁵⁴⁵ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 175.

⁵⁴⁶ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 174 f.

⁵⁴⁷ Asendorpf, *Psychologie der Persönlichkeit*, S. 174 f.

Die einzige Gestalteigenschaft mit Einfluss auf die geistigen Persönlichkeitseigenschaften ist die körperliche Attraktivität. Diese erleichtert soziale Kontakte, weil die Kontaktpersonen positiver reagieren. Dies fördert das Sozialverhalten⁵⁴⁸.

b. Temperament

Das Temperament eines Menschen ist die Art und Weise seines Verhaltens⁵⁴⁹. Temperamentsmerkmale können definiert werden als „relativ stabile, früh in der Entwicklung auftretende und biologisch fundierte Eigenschaften“⁵⁵⁰. Dieser Definitionsversuch ist allerdings nicht unumstritten⁵⁵¹. Das Temperament umfasst Affekte des Menschen, seine Aktivierung und seine Aufmerksamkeit⁵⁵².

Es bleibt festzustellen, dass Temperamente derzeit nicht auf wissenschaftlichem Niveau beschrieben oder festgestellt werden können⁵⁵³.

c. Fähigkeiten

Bei den Fähigkeiten ist vor allem die Intelligenz zu erwähnen. Mit Intelligenz wird die Fähigkeit beschrieben, Probleme zu lösen⁵⁵⁴. Maß für die Intelligenz ist der Intelligenzquotient (IQ). Dieser wird durch Intelligenztests bestimmt.

d. Ist die Persönlichkeit stabil?

Im Rahmen der Personalauswahl ist die Stabilität der Persönlichkeit sehr wichtig⁵⁵⁵. Denn warum sollte mit mehr oder weniger großem Aufwand die Persönlichkeit eines Bewerbers untersucht und beurteilt werden, wenn sich diese jederzeit wieder ändern kann?

⁵⁴⁸ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 176.

⁵⁴⁹ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 178.

⁵⁵⁰ Angleitner/Spinath, in: Weber/Rammsayer, Handbuch der Persönlichkeitspsychologie, S. 244.

⁵⁵¹ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 178.

⁵⁵² Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 178.

⁵⁵³ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 193.

⁵⁵⁴ Ausführlicher zum Intelligenzbegriff: Kapitel 1 C. IV.

⁵⁵⁵ Sie gehört zu den Voraussetzungen des Begriffs der Berufseignung, Schuler, in: Schuler/Sonntag, Handbuch der Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 431.

Gemessen wird die Stabilität mittels Längsschnittstudien, bei denen die Probanden nach einem bestimmten Zeitraum erneut untersucht werden⁵⁵⁶.

Bei der Beurteilung der Stabilität stimmt es bedenklich, dass die Persönlichkeit eines Menschen nach den Forschungsergebnissen der Personalpsychologie deutlich instabiler ist, als die meisten Laien annehmen. Insbesondere ist die wohl verbreitete Auffassung falsch, dass die Persönlichkeit in der Kindheit dauerhaft geformt werde⁵⁵⁷. Sie kann sich vielmehr auch noch im jungen Erwachsenenalter deutlich verändern⁵⁵⁸.

e. Soziale Kompetenz

Letztlich wird unter der persönlichen Eignung, die ein Bewerber neben seinen fachlichen Fähigkeiten haben muss, das Vorhandensein von „sozialer Kompetenz“ verstanden. Diese wird im Richtergesetz, § 9 Nr. 4, ausdrücklich genannt, aber nicht definiert. Auch in den einschlägigen Kommentaren findet sich kein Definitionsversuch. Ein solcher soll hier eigenständig unternommen werden.

Mit der erforderlichen sozialen Kompetenz im Zusammenhang mit der Berufseignung kann nur gemeint sein, dass der Bewerber eine Persönlichkeit hat, die ihn befähigt, die anvisierte Tätigkeit gut auszuüben. Er muss also in der Lage sein, in der Berufsausübung das Verhalten zu zeigen, das Erfolg verspricht.

Um diesen Begriff näher zu definieren, muss zunächst der Begriff „Kompetenz“ bestimmt werden. Kompetenz ist die Fähigkeit eines Menschen, ein bestimmtes kompetentes Verhalten zu zeigen⁵⁵⁹. Kompetentes Verhalten wiederum soll in einer bestimmten Situation, zu einem gewünschten Ergebnis führen⁵⁶⁰.

Die Fähigkeit besteht zum einen aus natürlichen Vorgaben wie angeboren Charaktereigenschaften und körperlichen Dispositionen, zum anderen aus dem Wissen darüber, welches Verhalten in einer bestimmten

⁵⁵⁶ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 318.

⁵⁵⁷ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 322 f; Kanning, in: Kanning/Holling, Handbuch, S. 75.

⁵⁵⁸ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 323.

⁵⁵⁹ Kanning, Kompetenzen, S. 13.

⁵⁶⁰ Kanning, Kompetenzen, S. 12.

Situation kompetent ist und der Übung eines bestimmten kompetenten Verhaltens, um dieses zeigen zu können⁵⁶¹. Aus dieser Definition ergibt sich, dass ein Mensch nicht stets die gleiche Kompetenz besitzt. Vielmehr kann er je nach Situation die drei Voraussetzungen für kompetentes Verhalten mehr oder weniger erfüllen⁵⁶².

Des Weiteren kann aus dieser Definition nicht direkt auf eine Kompetenz geschlossen werden, weil nicht definiert ist, was ein gewünschtes Ergebnis ist⁵⁶³. Insofern ist die Definition offen für Wertungen, die der die Kompetenz Beurteilende vornimmt.

Im Rahmen der Personalauswahl muss als gewünschtes Ergebnis natürlich dasjenige definiert werden, das der Arbeitgeber als erfolgreich ansieht. Im öffentlichen Dienst ist der Arbeitgeber nicht frei darin, erfolgreiches Verhalten zu definieren, weil er an seinen verfassungsmäßigen Auftrag gebunden ist. Ein gewünschter Erfolg wäre also zum Beispiel eine zügige, sparsame und bürgernahe Verwaltung.

Soziale Kompetenz ist nun die Kompetenz in der sozialen Interaktion. Sie beschreibt die Kompetenz, Kontakte zu anderen Menschen herzustellen, aufrechtzuerhalten und Menschen für sich einzunehmen⁵⁶⁴. Hier interessiert insbesondere die soziale Interaktion im beruflichen Kontext.

Die soziale Kompetenz besteht aus zwei Aspekten: Zum einen aus der Fähigkeit zur Durchsetzung eigener Interessen und zum anderen aus der Fähigkeit zur Eingehung positiver Beziehungen⁵⁶⁵. Letztlich lässt sich soziale Kompetenz zusammenfassen als die Fähigkeit, eigene Rechte durchzusetzen⁵⁶⁶ und um Sympathien zu werben⁵⁶⁷. Oft sind mit dem Begriff soziale Kompetenz auch viele verschiedene erwünschte Eigenschaften gemeint, wie Teamfähigkeit, Konfliktlösungsfähigkeit usw.⁵⁶⁸

Die soziale Kompetenz bei der Personalauswahl zu berücksichtigen bereitet Schwierigkeiten, denn sie lässt sich kaum messen⁵⁶⁹.

⁵⁶¹ Kanning, Kompetenzen, S. 16 f.

⁵⁶² Kanning, Kompetenzen, S. 19 f.

⁵⁶³ Kanning, Kompetenzen, S. 16.

⁵⁶⁴ Brockhaus, Enzyklopädie, StW.: soziale Kompetenz.

⁵⁶⁵ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 211; oder Anpassung an die soziale Umwelt, Kanning, Kompetenzen, S. 14 f.

⁵⁶⁶ Hinsch/Wittmann, Soziale Kompetenz, S. 46 f.

⁵⁶⁷ Hinsch/Wittmann, Soziale Kompetenz, S. 49 f.

⁵⁶⁸ Karkoschka, Validität, S. 27.

⁵⁶⁹ Asendorpf, Psychologie der Persönlichkeit, S. 214.

E. Art. 33 II GG als objektives und subjektives Recht

Erörterungsbedürftig ist auch, ob Art. 33 II GG dem einzelnen Bewerber Rechte verleiht oder ob er nur dem Staat vorschreibt, nach welchen Kriterien er sein Personal zu rekrutieren hat, ohne dem potentiellen Bewerber Rechte einzuräumen. Letztlich muss entschieden werden, ob es sich bei Art. 33 II GG um ein Grundrecht handelt. Grundrechte zeichnen sich vor anderen Verfassungsnormen dadurch aus, dass sie auch subjektive Rechte sind⁵⁷⁰. Es ist also zu klären, ob Art. 33 II GG nur ein objektives Recht beinhaltet, oder ob er auch subjektive Rechte verleiht.

Die Frage lässt sich erst beantworten, wenn das geschützte Rechtsgut des Art. 33 II GG festgestellt ist. In Betracht kommen zum einen das Interesse an der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes, der vor ungeeigneten Mitarbeitern geschützt werden soll, und zum anderen das Interesse des Bewerbers an der Gleichbehandlung beim Zugang zum öffentlichen Dienst, oder beides. Ersteres, nämlich das „fachliche Niveau und die rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes“, ist mindestens geschützt⁵⁷¹.

Zweifel daran, dass auch letzteres geschützt ist, könnten aus der Gesetzessystematik herrühren, weil Art. 33 II GG außerhalb des Abschnitts I (Grundrechte) steht. Dies war wohl kaum ein Redaktionsversehen, denn in der deutschen Verfassungstradition fanden sich Regelungen zum Zugang zum öffentlichen Dienst durchaus in den die Grundrechte normierenden Abschnitten⁵⁷². Auch der Herrenchiemseer Entwurf betrachtete den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern als Grundrecht⁵⁷³.

Es entsprach aber seit jeher einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, dass Art. 33 II GG ein subjektives Recht enthält⁵⁷⁴. Seit der Einfügung des Art. 93 I Nr. 4a GG am 29. Januar 1969 ergibt sich dies auch aus dem Verfassungstext⁵⁷⁵, denn dort wird Art. 33 ausdrücklich als vor dem Bundesverfassungsgericht durchsetzungsfähiges Recht statuiert.

⁵⁷⁰ Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 66.

⁵⁷¹ BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09), Rn 21.

⁵⁷² Vergleiche Kapitel 2 A.

⁵⁷³ Siehe Kapitel 2 A. IV.

⁵⁷⁴ Statt vieler: Masing; in: Dreier, GG, Art 33 Rn 35, siehe auch v. Mangoldt, GG, 1. Aufl. 1953, Art 33 Nr 2.

⁵⁷⁵ BremStGH, NVwZ-RR 1993, S. 417 (418).

Es handelt sich um ein sogenanntes grundrechtsgleiches Recht. Da kein Unterschied eines solchen Rechts zu einem Grundrecht besteht⁵⁷⁶, kann es auch als Grundrecht bezeichnet werden, obwohl Art. 93 I Nr. 4a GG offensichtlich zwischen Grundrechten und sonstigen verfassungsbeschwerdefähigen Rechten unterscheidet. Es handelt sich um ein materielles Grundrecht⁵⁷⁷.

F. Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete

Im Folgenden soll untersucht werden, ob sich gemäß dem Wortlaut des Art. 33 II GG nur Deutsche auf diese Norm berufen können oder ob sie auch EU-Bürger berechtigt.

Anschließend wird der Frage nachgegangen, wer durch Art. 33 II GG verpflichtet wird, insbesondere, ob auch öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform ihre Personalauswahl an Art. 33 II GG ausrichten müssen.

I. Grundrechtsberechtigte

Art. 33 II GG spricht nur von Deutschen. Trotzdem ist er möglicherweise auch auf EU-Ausländer anwendbar. EU-Bürger sind alle Staatsangehörigen aller Mitgliedstaaten der EU, vergleiche Art. 9 S. 2 EUV.

Ausgangspunkt für diese Überlegung ist Art. 45 I, III AEUV. Danach genießen Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft Freizügigkeit (Arbeitnehmerfreizügigkeit). Es handelt sich um eine der fünf europäischen Grundfreiheiten. Grundfreiheiten dienen der Herstellung des Binnenmarktes⁵⁷⁸. Gemäß Absatz 2 dürfen Arbeitnehmer aus Mitgliedsstaaten untereinander nicht unterschiedlich behandelt werden, das heißt, auch nicht im Vergleich zu den Staatsangehörigen des handelnden Mitgliedsstaates. Dieses Recht wird durch Art. 33 II GG beschränkt, weil dieser nur Deutschen Rechte gewährt.

Diese Beschränkung könnte aber durch Art. 45 IV AEUV gerechtfertigt sein. Danach findet die Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Fraglich ist,

⁵⁷⁶ Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 65; Epping, Grundrechte, Rn 10.

⁵⁷⁷ Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 63.

⁵⁷⁸ Hobe, Europarecht, § 13 Rn 9.

was unter öffentlicher Verwaltung zu verstehen ist, genauer, ob diese den gesamten öffentlichen Dienst umfasst. Wie alle europarechtlichen Begriffe ist auch dieser autonom auszulegen. Bei seiner Bestimmung darf also nicht auf nationales Recht zurückgegriffen werden⁵⁷⁹. Andernfalls wäre es den Mitgliedsstaaten möglich, über die Reichweite des EU-Rechts zu bestimmen. Im konkreten Fall könnten sie, indem sie den Begriff „Verwaltung“ durch nationale Normen möglichst weit fassen, den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme⁵⁸⁰ des Art. 45 IV AEUV ausdehnen und dadurch die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit einschränken.

Nach den Auslegungsprinzipien des EuGH muss die praktische Wirksamkeit des EU-Rechts gewahrt werden⁵⁸¹. Deshalb sind Bereichsausnahmen möglichst eng auszulegen. Unter öffentlicher Verwaltung sind deswegen nur diejenigen Tätigkeiten zu verstehen, die ausschließlich durch die öffentliche Verwaltung ausgeübt werden können und nicht auch durch freie Anbieter, die diese Tätigkeit auf einem Markt anbieten⁵⁸². Es darf sich mithin nicht nur formell um öffentliche Verwaltung handeln, sondern es muss funktionell öffentliche Verwaltung ausgeübt werden⁵⁸³. Formelle öffentliche Verwaltung liegt vor, wenn eine Tätigkeit durch den öffentlichen Dienst eines Landes vorgenommen wird⁵⁸⁴. Funktionelle öffentliche Verwaltung liegt vor, wenn hoheitliche Befugnisse ausgeübt und die allgemeinen Belange gewahrt werden⁵⁸⁵.

Bei allen anderen vom öffentlichen Dienst in Deutschland ausgeübten Tätigkeiten sind damit EU-Bürger gleich zu behandeln (Art. 18 I AEUV). Das betrifft selbstverständlich auch den gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst. Zur Befolgung des Europarechts standen der Bundesrepublik zwei Möglichkeiten offen: Entweder hätte der öffentliche Dienst in Deutschland auf die von der Bereichsausnahme des Art. 18 IV AEUV erfassten Tätigkeiten beschränkt werden müssen. Oder beim Zugang zu den nicht von der Bereichsausnahme des Art. 18 IV AEUV erfassten Tä-

⁵⁷⁹ Streinz, Europarecht, Rn 572.

⁵⁸⁰ Art 45 IV AEUV ist eine Bereichsausnahme, siehe Streinz, Europarecht, Rn 825.

⁵⁸¹ Streinz, Europarecht, Rn 570.

⁵⁸² Geiger, EUV/EGV, Art 39 Rn 40 (Die Kommentierung zu Art 39 EGV kann weiter verwendet werden, weil durch den Lissabon-Vertrag insoweit keine Änderung eintrat.).

⁵⁸³ Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 21.

⁵⁸⁴ Maurer, Verwaltungsrecht, § 1 Rn 2.

⁵⁸⁵ EuGHE 1980, 3881 (3900); Geiger, EUV/EGV, Art 45 Rn 2; Streinz, Europarecht, Rn 883.

tigkeiten hätten EU-Bürger deutschen Staatsangehörigen gleich gestellt werden müssen⁵⁸⁶. Der Bundesgesetzgeber ist den zweiten Weg gegangen, vergleiche § 7 I Nr. 1 lit. a in Verbindung mit II BBG.

Dies befreit allerdings nicht von Beantwortung der Eingangsfrage. Denn die Gleichstellung der EU-Ausländer erfolgte nur durch einfaches Gesetzesrecht. Wenn sich EU-Bürger nur auf einfaches Gesetzesrecht berufen könnten, Deutsche aber auf das grundrechtsgleiche Recht⁵⁸⁷ des Art. 33 II GG, dann wäre keine Gleichbehandlung gegeben. Dies hätte auch zumindest die praktische Konsequenz, dass Deutschen bei einer Verletzung des Art. 33 II GG die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht offen stünde, dieser Rechtsweg aber EU-Bürgern verschlossen bliebe.

Deshalb ist Art. 33 II GG europarechtskonform so auszulegen, dass auch EU-Bürger begünstigt sind, wenn nicht die Bereichsausnahme des Art. 45 IV AEUV greift. Art. 33 II GG ist dann so zu lesen, als ob „jeder EU-Bürger“ anstelle „jeder Deutsche“ dort stünde.

II. Grundrechtsverpflichtete

Die Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) zur Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform gibt Anlass zu der Überlegung, ob öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform bei ihrer Personalauswahl an Art. 33 II GG gebunden sind. Dazu wird zunächst die Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* dargestellt, soweit sie für die Überlegung relevant ist. Anschließend wird untersucht, welche Konsequenzen sich aus dieser Entscheidung für die Personalauswahl öffentlicher Unternehmen ergeben. Dabei wird maßgeblich sein, ob es sich bei Stellen in öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform um öffentliche Ämter im Sinne des Art. 33 II GG handelt. Denn die Feststellung der Grundrechtsbindung sagt noch nichts darüber aus, ob auch der Anwendungsbereich eines Grundrechts eröffnet ist.

⁵⁸⁶ Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 21.

⁵⁸⁷ Art. 33 II GG als grundrechtsgleiches Recht vergleiche Kapitel 2 E.

1. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06)

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Beschwerdeführerin hatte in einer Abflughalle des Flughafens Frankfurt am Main gegen Abschiebungen demonstriert. Die Betreiberin des Flughafens, die Fraport AG, verbot der Beschwerdeführerin daraufhin auf dem Gelände zu demonstrieren. Die Fraport AG berief sich dabei auf ihr Hausrecht. An der Fraport AG hielten zu diesem Zeitpunkt (12. März 2003) die Bundesrepublik Deutschland, das Land Hessen und die Stadt Frankfurt am Main zusammen ca. 70 % der Anteile. Die restlichen Anteile wurden von Privaten gehalten. Die Beschwerdeführerin berief sich gegenüber der Fraport AG auf ihre Grundrechte aus Art. 5 I S 1 und Art. 8 I GG.

Die Zivilgerichte lehnten die Klage der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des Hausverbots ab. Der BGH ließ offen, ob die Fraport AG an die Grundrechte gebunden ist, jedenfalls seien Grundrechte der Beschwerdeführerin nicht verletzt.

Das Gericht gab der Verfassungsbeschwerde statt. Auch öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform sind gemäß Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden⁵⁸⁸. Dies gilt für Eigengesellschaften, gemischtöffentliche Unternehmen und auch für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, wenn sie von der öffentlichen Hand beherrscht werden⁵⁸⁹. Eigengesellschaften gehören einem Träger der öffentlichen Gewalt vollständig, gemischtöffentliche Unternehmen gehören verschiedenen Trägern der öffentlichen Hand gemeinschaftlich vollständig und an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind auch Private beteiligt⁵⁹⁰. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen werden von der öffentlichen Hand regelmäßig dann beherrscht, wenn sie über mehr als die Hälfte der Anteile verfügt⁵⁹¹. Eine mittelbare Grundrechtsbindung sei nicht ausreichend⁵⁹². Unter mittelbarer Grundrechtsbindung versteht man eine Konstruktion der Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, die eine Grundrechtsbindung der privaten Anteilseig-

⁵⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 46.

⁵⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 49.

⁵⁹⁰ Dreier, in Dreier GG, Art 1 III Rn 69 f.

⁵⁹¹ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 53.

⁵⁹² BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 52.

ner verhindern soll. Danach ist das Unternehmen selbst nicht an die Grundrechte gebunden, wohl aber die öffentlichen Anteilseigner. Diese müssen ihren Einfluss auf das Unternehmen ausüben, damit dieses die Grundrechte beachtet⁵⁹³. Diese Konstruktion ist nicht ausreichend, um die die Grundrechte wirksam zu schützen⁵⁹⁴.

Durch die Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, werden die privaten Minderheitseigentümer mittelbar an die Grundrechte gebunden. Dadurch geschieht diesen aber kein Unrecht. Es ist ihre freie Entscheidung sich an einem Unternehmen zu beteiligen, dass von der öffentlichen Hand beherrscht wird oder die Beteiligung an einem Unternehmen zu halten, wenn die öffentliche Hand die Mehrheit übernimmt⁵⁹⁵.

Eine Grundrechtsbindung ist für die öffentlichen Unternehmen auch nicht unzumutbar⁵⁹⁶. Private Unternehmen sind nach dem Zivilrecht selten zu einseitigen Eingriffen befugt und im Vertragsrecht schließe der freiwillige Vertragsschluss seitens des Bürgers entweder den Eingriff schon aus oder die Freiwilligkeit mildere den Eingriff ab⁵⁹⁷. Dadurch wird seine Rechtfertigung erleichtert.

Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform sind nicht nur dann an die Grundrechte gebunden, wenn sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Grundrechtsbindung aus Art. 1 III GG ist weit auszulegen und jedes staatliche Handeln ist gemeinwohlorientiert⁵⁹⁸.

Diesem Urteil kann vollumfänglich zugestimmt werden. Etwas ausführlicher soll noch darauf eingegangen werden, dass öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform immer an die Grundrechte gebunden sind und nicht nur dann, wenn sie materielle Verwaltung ausüben⁵⁹⁹. Materielle Verwaltung ist demnach die staatliche Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben. Im

⁵⁹³ Dreier, in: Dreier GG, Art 1 III Rn 70.

⁵⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 52.

⁵⁹⁵ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 55.

⁵⁹⁶ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 56.

⁵⁹⁷ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 57.

⁵⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 47.

⁵⁹⁹ Stellungnahme der Beklagten in BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 (Az.: 1 BvR 699/06), Rn 32.

Gegensatz dazu ist formelle Verwaltung jede Tätigkeit, die von einem staatlichen Organ ausgeübt wird⁶⁰⁰.

Dem Staat steht keine Privatautonomie zu⁶⁰¹. Daraus folgt, dass er immer nur zur Wahrnehmung seiner Aufgaben handeln kann⁶⁰². Die Aufgaben des Staates sind aber stets öffentliche Aufgaben. Auch bei rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung verfolgt er das öffentliche Interesse, das öffentliche Vermögen sorgfältig zu verwalten. Somit ist es abzulehnen zwischen materieller und formeller Verwaltung zu unterscheiden.

Gegen eine solche Unterscheidung spricht auch, dass es keine allgemein anerkannte Bestimmung von Verwaltungsaufgaben gibt⁶⁰³. Eine rein formelle Definition der öffentlichen Gewalt gemäß Art. 1 III GG nach der Höhe der Beteiligung der öffentlichen Hand dient somit auch der Rechtssicherheit.

2. Auswirkungen des Art. 33 II GG auf die Stellenbesetzung bei öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform

Es wurde festgestellt, dass öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform vollumfänglich an die Grundrechte gebunden sind. Da Art. 33 II GG ein Grundrecht ist, sind diese Unternehmen auch an Art. 33 II GG gebunden. Ob sie ihn bei der Personalauswahl beachten müssen hängt jetzt nur noch davon ab, ob Art. 33 II GG auch anwendbar ist. Es muss also diskutiert werden, ob die Stellen in öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform auch öffentliche Ämter sind.

Die Meinung in der Literatur ist uneinheitlich.

Einige Stimmen klammern die privatwirtschaftlich organisierte Verwaltung vollständig aus dem Anwendungsbereich des Art. 33 II GG

⁶⁰⁰ Zum formellen und materiellen Verwaltungsbegriff vergleiche *Maurer*, Verwaltungsrecht, S. 1 f.

⁶⁰¹ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 48.

⁶⁰² Möstl, Grundrechtsbindung, S. 78; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art 1 Rn 229; Vergleiche dazu auch die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Art. 5 II. Danach muss „staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen“.

⁶⁰³ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 1 Rn 229.

aus⁶⁰⁴. Argumentiert wird, dass ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 II GG zwingend die Vergabe durch eine öffentlich-rechtliche Organisation erfordere⁶⁰⁵, bzw. dass privatrechtlich organisierte Unternehmen nicht hoheitlich handeln⁶⁰⁶.

Andere dagegen fassen jede Tätigkeit in jedem öffentlichen Unternehmen unter den Anwendungsbereich des Art. 33 II GG⁶⁰⁷. Begründet wird das damit, dass auch in privatrechtlicher Organisationsform materielle Verwaltungstätigkeit ausgeübt werde.

Herrschend ist die Ansicht, die danach differenziert, ob das öffentliche Unternehmen erwerbswirtschaftlich tätig ist (dann haben seine Arbeitnehmer keine öffentlichen Ämter) oder ob es öffentliche Aufgaben wahrnimmt (dann haben sie öffentliche Ämter)⁶⁰⁸.

Entscheidendes Merkmal eines öffentlichen Amtes ist seine Zuordnung zur Verwaltung. Damit sind die Stellen öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform öffentliche Ämter, wenn diese Unternehmen Teil der Verwaltung sind.

Dass dem so ist, ergibt sich aus der obigen Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts*. Wenn die öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform Teil des Staates sind und der Staat stets nur im öffentlichen Interesse handeln kann, dann sind auch diese öffentlichen Unternehmen Teil der Verwaltung. Denn öffentliche Verwaltung ist jede staatliche Tätigkeit, die weder Legislative noch Judikative ist⁶⁰⁹. Damit macht es keinen Sinn, nach der Rechtsform der anstellenden Behörde zu differenzieren. Auch der Umstand, dass öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform nicht hoheitlich handeln können, spricht nicht gegen die Annahme, dass sie öffentliche Ämter vergeben. Art. 33 II GG enthält kein Tatbestandsmerkmal „hoheitliche Tätigkeit“. Es ist auch allgemein anerkannt, dass direkt beim Staat angestellte Mitarbeiter von Behörden, die selbst keine hoheitli-

⁶⁰⁴ Battis, in: Sachs, GG, Art 33 Rn 25; Höfling, in: BK-GG, Art 33 Abs 1-3 Rn 107; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 20.

⁶⁰⁵ Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 20.

⁶⁰⁶ Höfling, in: BK-GG, Art 33 Abs 1-3 Rn 90.

⁶⁰⁷ Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 42.

⁶⁰⁸ Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Rn 26; Hense, in: Epping/Hillgruber, GG, Art 33 Rn 9; Vogg, Arbeit und Recht 1993, S. 287 (290 f).

⁶⁰⁹ Creifelds, StW: Verwaltung, öffentliche.

che Tätigkeit ausüben, etwa Handwerker und Hausmeister, öffentliche Ämter bekleiden.

Es wäre auch widersinnig zu behaupten, die Unternehmen und damit ihre Mitarbeiter seien direkt an die Grundrechte gebunden, aber diese öffentlich-rechtlich gebundenen Mitarbeiter übten keine öffentlichen Ämter aus.

Weiterhin lässt sich auch argumentieren, dass die Gegenauffassung zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Denn wenn die Anwendbarkeit des Art. 33 II GG verneint wird, führt dies dazu, dass die Verantwortlichen in öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform bei Personalentscheidungen nur die allgemeinen Grenzen einhalten müssen. Sie müssen etwa das AGG und den Untreuetatbestand beachten. Aber diese Normen lassen den Verantwortlichen in Privatunternehmen viele Möglichkeiten, Freunde und Verwandte bevorzugt einzustellen. Eine solche Bevorzugung ist bei öffentlichen Unternehmen aber nicht zu akzeptieren. Deren Mitarbeiter nehmen ihre Aufgaben treuhänderisch für die Allgemeinheit wahr⁶¹⁰. Daraus folgt, dass sie bei der Ausgestaltung von Vertragsverhältnissen neutral sein müssen⁶¹¹. Die einzige Möglichkeit der neutralen Gestaltung der Personalauswahl ist eine Auswahl nach Eignung, Befähigung und Fachlicher Leistung. Den Unternehmen wird auch wettbewerbsgerechtes Verhalten nicht unmöglich gemacht. Ein solches Verhalten ist auch für öffentliche Unternehmen notwendig und rechtmäßig⁶¹². Unternehmen werden aber gerade im Wettbewerb gestärkt, wenn sie ihre Mitarbeiter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auswählen.

3. Zwischenergebnis

Auch die Stellen bei öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform müssen nach den Kriterien des Art. 33 II GG besetzt werden. Dies folgt daraus, dass Art. 33 II GG ein Grundrecht ist und diese Unternehmen gemäß Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden sind. Dies sind sie, weil öffentliche

⁶¹⁰ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 48.

⁶¹¹ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 58.

⁶¹² Vergleiche BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 (Az.: 1 BvR 699/06) Rn 57.

Unternehmen in Privatrechtsform Teil des Staates sind, sofern sie vom Staat beherrscht werden. Art. 1 III GG bindet jede staatliche Tätigkeit an die Grundrechte, unabhängig von der Art der Tätigkeit. Entscheidend ist nur, dass der Staat diese Unternehmen beherrscht.

Weiterhin handelt es sich bei Stellen in öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform um öffentliche Ämter. Das Tatbestandsmerkmal „öffentliches Amt“ ist weit auszulegen und umfasst damit jegliches vom Staat vergebene Amt. Da diese Unternehmen Teil des Staates sind, sind die bei ihnen angesiedelten Stellen öffentliche Ämter.

G. Grundrechtsgehalte

In Kapitel 2 E. wurde festgehalten, dass Art. 33 II GG ein subjektives Recht enthält. Nun soll der Inhalt dieses Rechtes untersucht werden.

I. Recht auf Bewerbung

1. Grundsätzliches Recht auf Bewerbung

Zunächst soll erörtert werden, ob Art. 33 II GG ein Recht enthält, sich im öffentlichen Dienst zu bewerben. Die Bedeutung dieser Frage beruht auf dem Problem, ob Art. 33 II GG bereits gilt, bevor die Bewerbungen eingegangen sind oder ob er erst innerhalb des zuvor festgelegten Bewerberkreises Anwendung findet.

Letzteres bejaht der VGH München in einem Urteil aus dem Jahre 1981⁶¹³. Kläger war ein Bewerber für den höheren Dienst der bayerischen Steuerverwaltung. Die Bewerbung war abgelehnt worden, weil der Kläger sein zweites juristisches Staatsexamen nicht im vorhergehenden bayerischen Termin, sondern in Niedersachsen abgelegt hatte. Dies hielt der VGH für rechtmäßig. Er war der Ansicht, dass der Dienstherr nach pflicht-

⁶¹³ VGH München NJW, 1982, 786 f.

gemäßen Ermessen schon die Kriterien festlegen könne (im entschiedenen Fall die Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung in Bayern), die ein Bewerber erfüllen müsse, um überhaupt in den Bewerberkreis aufgenommen zu werden, unter dem dann nach dem Prinzip der Bestenauslese auszuwählen sei. Der Dienstherr sei nicht nach Art. 33 II GG gebunden, das Leistungsprinzip in einer bestimmten Art und Weise anzuwenden, er müsse nur das Prinzip selbst beachten. Das Verfahren dürfe er frei nach sachgerechtem Ermessen gestalten, z.B. der Praktikabilität ein großes Gewicht beimessen.

Die herrschende Meinung sieht hingegen durch Art. 33 II GG auch das Recht gewährleistet, sich zu bewerben. Dadurch werde der Zweck der Norm, eine leistungsfähige Verwaltung zu sichern, besser erfüllt⁶¹⁴. Außerdem könne nur so Bewerbern, die nicht bereits im Kontakt mit dem Dienstherrn stehen, etwa indem sie schon seine Beamte sind, sondern beispielsweise Angestellte eines privaten Unternehmens (so genannte andere Bewerber) der gleiche Zugang zum Amt geboten werden⁶¹⁵. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass ausgeschriebene Stellenprofile nur solche Anforderungen enthalten dürfen, die zulässige Grundlage der Auswahlentscheidung sein können⁶¹⁶.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Art. 33 II GG beinhaltet das Recht auf Bewerbung. Gesetzt den Fall, Art. 33 II GG gäbe kein Recht auf Bewerbung, sondern würde nur die Auswahlentscheidung zwischen zugelassenen Bewerbern regeln, stünde es den öffentlichen Arbeitgebern frei, von Art. 33 II GG untersagte Anforderungen an die Bewerber zu stellen. Bewerber, die solche Anforderungen nicht erfüllen, dürften dann schon vor Beginn des eigentlichen Auswahlverfahrens aussortiert werden. Genau dies wäre rechtswidrig, denn Bewerber dürfen nur „aus Gründen“ zurückgewiesen werden, „die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt“ sind⁶¹⁷. Die zitierte Entscheidung des VGH München führt die Konsequenz dieser Ansicht deutlich vor Augen. Nach dem Urteil des VGH werden Personen, deren

⁶¹⁴ Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 39; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art 33 Rn 18.

⁶¹⁵ V. Hippel, Gleicher Zugang, S. 52; Lindner, ZBR 2012, 181 (182 f).

⁶¹⁶ BVerwGE 89, 260 (269); BVerwGE 81, 22 (24).

⁶¹⁷ BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09) Rn 21; vergleiche dazu auch Lindner, ZBR 2012, 181 (183 f).

Herkunft außerhalb Bayerns liegt, faktisch von der bayerischen Steuerverwaltung ausgeschlossen⁶¹⁸. Der VGH leugnet zwar diese Konsequenz, indem er behauptet, Anknüpfungspunkt des Ausschlusses von der Bewerbung sei nicht die außerbayerische Herkunft, sondern allein die -frei gewählte- Entscheidung der Bewerber, den juristischen Vorbereitungsdienst nicht in Bayern absolviert zu haben.

Darin liegt aber eine mittelbare Diskriminierung. Eine solche ist gegeben, wenn ein Differenzierungsmerkmal nicht formal an ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal anknüpft, sondern an andere Umstände, die aber zu einer faktischen Ungleichbehandlung zwischen Gruppen führt, die gleichbehandelt werden müssen⁶¹⁹. Ein Beispiel hierfür ist die Beurteilung von Nachteilen, die an Teilzeittätigkeiten anknüpfen. Die Normen, die diese Nachteile regeln, sind geschlechtsneutral formuliert. Sie gelten also gleichermaßen für Männer und Frauen, sofern sie nur einer Teilzeittätigkeit nachgehen. Dennoch können diese Normen eine faktische Benachteiligung von Frauen darstellen, weil mehr Frauen Teilzeittätigkeiten nachgehen als Männer⁶²⁰. Denn durch die Anknüpfung des Nachteils an das Merkmal Teilzeitbeschäftigung sind mehr Frauen von dem Nachteil betroffen als Männer⁶²¹.

So liegt auch der vom VGH entschiedene Fall. Natürlich ist es für Personen außerbayerischer Herkunft wahrscheinlicher, ihren juristischen Vorbereitungsdienst außerhalb Bayerns zu absolvieren, als für Personen bayerischer Herkunft. Art. 33 II GG würde weitestgehend leer laufen. So kann ein Grundrecht nicht angewendet werden.

Vielmehr ist es so, dass während des gesamten Auswahlverfahrens Art. 33 II GG zu berücksichtigen ist. Art. 33 II GG gibt nämlich jedem Deutschen gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt und nicht nur den vom Dienstherrn zugelassenen Bewerbern. Das angeführte Argument, dass nur so die am meisten geeigneten Bewerber zum Zuge kommen und es deshalb für die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes notwendig ist, auch bereits ein Recht auf Bewerbung zuzubilligen, kommt hinzu.

⁶¹⁸ Siehe auch BVerwGE 68, 109 (111); Revisionsurteil, mit dem das Urteil des VGH München aufgehoben wurde.

⁶¹⁹ Heun, in: Dreier, GG, Art 3 Rn 108.

⁶²⁰ EuGH, ZBR 2004, 246 (248).

⁶²¹ EuGH, ZBR 2004, 246 (248).

Dies führt dazu, dass bereits bei der Festlegung der notwendigen Voraussetzungen im Anforderungsprofil für Bewerber Art. 33 II GG berücksichtigt werden muss. Das Anforderungsprofil ist so zu formulieren, dass die von Art. 33 II GG vorgegebene Kriterientrias bestmöglich zur Geltung kommt. Es dürfen daher keine Anforderungen gestellt werden, die für das zu besetzende Amt nicht notwendig sind. Beispielsweise darf kein Führerschein verlangt werden (etwa weil der öffentliche Arbeitgeber routinemäßig immer einen Führerschein verlangt), wenn mit dem zu besetzenden Amt das Führen eines Kraftfahrzeugs nicht verbunden ist. Denn dadurch würde prinzipiell geeigneten Bewerbern der Zugang zu dem Amt verwehrt.

2. Recht auf wiederholte Bewerbung

Es schließt sich die Frage an, ob ein einmal abgelehnter Bewerber sich ein weiteres Mal für das gleiche Amt bewerben kann. Entscheidend ist, ob eine erfolglose Teilnahme an einem Auswahlverfahren für alle Zeiten gilt.

Das ist nicht der Fall, weil die Auswahl nur nach den Kriterien des Art. 33 II GG erfolgen darf. Dies erfordert aber stets eine aktuellen Beurteilung, weil sich die Eignung eines Bewerbers seit seiner letzten Beurteilung verändert haben kann. Der Rückgriff auf ein länger zurückliegende Bewertung ist also zur Ermittlung der Eignung des Bewerbers nicht ausreichend und damit auch unzureichend zur Vorbereitung einer Entscheidung gemäß den Kriterien des Art. 33 II GG. Jeder hat also das Recht, mehrmals an Auswahlverfahren des gleichen Arbeitgebers teilzunehmen⁶²². Freilich kann der Arbeitgeber das Ergebnis des ersten Auswahlverfahrens bei der Vorauswahl für ein zweites Verfahren verwenden, zumindest für eine gewisse Zeit nach dem ersten Auswahlverfahren⁶²³.

⁶²² BAG, NZA-RR 2008, 327 (328).

⁶²³ BAG, NZA-RR 2008, 327 (328 f).

II. Recht auf Einstellung

Oft ist das Schlagwort zu hören, Art. 33 II GG gewähre kein Recht auf Einstellung⁶²⁴. Dies ist nicht richtig und entspricht auch nicht der herrschenden Meinung.

Die Verneinung eines Rechtes auf Einstellung würde die Bedeutung des Art. 33 II GG als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 III GG) verkennen. Er ist kein Programmsatz, dessen Befolgung dem Staat freistünde.

Art. 33 II GG ist ein besonderer Gleichheitssatz, der ebenso wie der Allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 I GG verbietet, „wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich“⁶²⁵ zu behandeln, und zwar im Hinblick auf den Zugang zu öffentlichen Ämtern. Sind die Bewerber ungleich hinsichtlich ihrer Eignung, so müssen sie ungleich behandelt werden. Dabei muss der Bestgeeignete eingestellt werden. Dies ist ein Recht, also gibt es auch ein Recht auf Einstellung. Richtig ist, dass dies nur in einer gegebenen Konkurrenzsituation mit anderen Bewerbern gilt, also ein Auswahlverfahren von der Verwaltung eingeleitet worden sein muss⁶²⁶. Das wiederum heißt, dass der Wille bestehen muss, eine Stelle zu besetzen⁶²⁷. Denn erst dann ist der Schutzbereich des Art. 33 II GG eröffnet. Daraus folgt, dass es keine Gleichbehandlung außerhalb eines Auswahlverfahrens geben kann.

Wenn aber ein Auswahlverfahren eingeleitet und ein Bewerber als der Bestgeeignete ermittelt worden ist, so hat dieser ein Recht auf Einstellung⁶²⁸. Voraussetzung ist allerdings, dass alle weiteren Bedingungen der Einstellung vorliegen, insbesondere die beamtenrechtlichen Voraussetzungen wie die notwendige Gesundheit⁶²⁹. Die Voraussetzungen für ein solches Recht lassen sich der Rechtsfigur der „Ermessensreduktion auf Null“

⁶²⁴ Battis, BBG, § 9 Rn 28; BVerfGE 108, 282 (295) und (321) Sondervotum Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff.

⁶²⁵ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfGE 120, 125 (144); Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 3 Rn 11.

⁶²⁶ So die von Battis, BBG, § 9 Rn 28 gegen einen Anspruch auf Einstellung angeführte Entscheidung des *OVG Bremen*, NVwZ 1986, 496, in welcher ein Bürger seine Einstellung in den öffentlichen Dienst forderte, ohne dass eine Stelle auch nur besetzt werden sollte.

⁶²⁷ BAG, Urteil vom 24.03.2009 (Az.: 9 AZR 277/08), Rn 22; Voßkuhle, Personal, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR III, § 43 Rn 75.

⁶²⁸ Battis, BBG, § 9 Rn 29; Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 36; Willke, Psychologische Eignungstests, S. 97.

⁶²⁹ VHG München, Beschluss vom 17.06.2010 (7 ZB 10.375), Rn 21.

entnehmen, die freilich nicht direkt anwendbar ist, weil es sich bei der Auswahlentscheidung nicht um eine Ermessensentscheidung handelt. Danach setzt ein Einstellungsanspruch voraus, dass „sich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als die Einstellung dieses Bewerbers als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft und mithin die Einstellung als die einzige rechtmäßige Entscheidung der Behörde über die Bewerbung darstellt.“⁶³⁰ Wenn dem aber so ist, so ist der Einstellungsanspruch unbedingt. Dann muss weder eine freie Stelle vorhanden sein, noch müssen weitere Bedingungen erfüllt sein, wie eine fehlende Möglichkeit zur Einstellung des Besetzungsverfahrens oder Zustimmung des Personalrats⁶³¹. Dies hat auch der *VGH München* in dem bereits zitierten⁶³² Beschluss vom 17.06.2010 (Az.: 7 ZB 10.375) entschieden. Diesem lag (so weit hier relevant) folgender Fall zu Grunde: Der Kläger hatte die Auswahlprüfung für die Laufbahn des gehobenen nichttechnischen Dienstes in der Bayerischen Finanzverwaltung bestanden. Seine Einstellung scheiterte aber an der Beurteilung seiner Persönlichkeit in einem strukturierten Interview. Das VG und auch der VGH entschieden, dass die Ergebnisse des strukturierten Interviews nicht berücksichtigt werden dürften, weil es für diese keine gesetzliche Grundlage gebe⁶³³. Deswegen müsse der Kläger eingestellt werden, sofern alle beamtenrechtlichen Voraussetzungen vorliegen. Dies, obwohl das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen und die bestandene Auswahlprüfung nur für einen Einstellungstermin gültig war. Denn es war hier die Möglichkeit eröffnet, davon mit Zustimmung des Landespersonalausschusses abzuweichen. Dazu sei der Beklagte verpflichtet⁶³⁴.

Als Norm des Grundgesetzes geht Art. 33 II GG Haushaltsgesetzen und Personalvertretungsgesetzen vor. Wenn ein Einstellungsanspruch des Bewerbers besteht, ist es Sache des Schuldners, ihn zu erfüllen, zumal ein

⁶³⁰ BAG, NJW 1976, 1708 (1708); VGH Kassel DVBl. 1977, 828 (828); Battis, BBG, § 9 Rn 29; Die Entscheidung des *BVerfGE* 108, 282 (321) Sondervotum Jentsch, Di Fabio und Mellinshoff geht auf diesen Sonderfall nicht weiter ein. Er lag in dem zu entscheidenden Fall auch nicht vor. *BVerfGE* 39, 334 (354) lässt Ausnahmen ausdrücklich zu, weil es ausführt, dass „in der Regel“ kein Anspruch auf Zugang zum öffentlichen Dienst bestehe.

⁶³¹ A. A. Battis, BBG, § 9 Rn 29.

⁶³² Siehe Fußnote 629.

⁶³³ VHG München, Beschluss vom 17.06.2010 (7 ZB 10.375), Rn 16.

⁶³⁴ VHG München, Beschluss vom 17.06.2010 (7 ZB 10.375), Rn 21.

verfassungsgemäßes Auswahlverfahren in seiner Verantwortung liegt. Deshalb kann er sich erst recht nicht darauf berufen, durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren seien vollendete Tatsachen geschaffen und er könne den Bewerber deshalb nicht mehr einstellen. Zumal der Staat eine juristische Person darstellt und Institutionen, die einer Einstellung entgegenstehen könnten, wie Personalrat oder Haushaltsgesetzgeber, gleichfalls an Art. 33 II GG gebunden sind und eine rechtmäßige Einstellung möglich machen müssen⁶³⁵.

Es ist auch anerkannt, dass die anderweitige, endgültige Vergabe des Amtes einem Einstellungsanspruch nicht zwingend entgegensteht. Voraussetzung ist, dass die einstellende Organisation einen effektiven Rechtsschutz verhindert oder mit dem ausgewählten Bewerber kollusiv zusammengewirkt hat⁶³⁶. Diese Einschränkung ist gerechtfertigt, denn in anderen Fällen ist es dem übergangenen Bewerber zumutbar, sein Recht vor Gericht durchzusetzen. Dies bedeutet, dass Art. 33 II GG anderen Normen, insbesondere haushaltsrechtlichen, im Grundsatz vorgeht⁶³⁷. Sonst könnte es nämlich bei einer bereits erfolgten endgültigen Besetzung nie zu einem Einstellungsanspruch kommen, auch nicht bei den genannten Ausnahmen.

Seit *BVerwG*, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09) ist dieses Problem ohnehin gelöst. Der Kläger hatte sich für ein Amt beworben, ein anderer Bewerber war ausgewählt worden. Seinen Antrag auf eine einstweilige Anordnung wies das OVG zurück. Noch am selben Tag wurde der Konkurrent ernannt, obwohl der Kläger bereits eine Verfassungsbeschwerde für den Fall einer Zurückweisung seines Antrages angekündigt hatte. Nun klagte er seine Ernennung ein. Das Bundesverwaltungsgericht gab ihm Recht. Denn im Falle der Rechtsschutzvereitelung hat der übergangene Bewerber nunmehr einen Anspruch auf ein neues Auswahlverfahren für

⁶³⁵ Die Vertragsfreiheit steht einem Einstellungsanspruch jedenfalls nicht entgegen, *BAG*, NJW 1976, 1708 (1708); für das Haushaltsrecht ausdrücklich offen lassend *BAG*, NJW 1976, 1708 (1709).

⁶³⁶ *BAG*, Urteil vom 24.03.2009, 9 AZR 277/08, Rn 36.

⁶³⁷ *BVerwG*, Urteil vom 21.08.2003 (Az.: 2 C 14.02), Rn 18; das Gericht argumentiert treffend, dass das Haushaltsrecht auch Schadensersatzansprüchen gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht entgegenstehe; diese Rechtsprechung wurde zwar durch *BVerwG*, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09), Rn 40 aufgegeben, allerdings nicht um die Rechte des übergangenen Bewerbers einzuschränken, sondern um sie zu stärken. Nunmehr kann der Kläger sogar die Freimachung der ursprünglichen Stelle verlangen (s. u.).

die ursprüngliche Stelle; der Grundsatz der Ämterstabilität tritt zurück⁶³⁸. Die Ernennung muss ex nunc⁶³⁹ zurückgenommen werden. Regelmäßig ist dabei der Anspruch auf ein neues, fehlerfreies Auswahlverfahren gerichtet. Unter der oben genannten Bedingung, dass die Auswahl des Klägers die einzig richtige Entscheidung ist, kommt aber auch eine Pflicht zur Einstellung des unterlegenen Bewerbers in Betracht.

III. Recht auf sachgerechte Entscheidung

Nun ist festgestellt, dass ein Recht auf Bewerbung und unter bestimmten Bedingungen auch auf Einstellung besteht. Im Folgenden soll erörtert werden, welche Rechte den Bewerbern hinsichtlich der Entscheidung über die Bewerbung zustehen. Die Entscheidung muss so getroffen werden, dass Art. 33 II GG tatsächliche Wirksamkeit entfaltet und die Auswahlkriterien des Art. 33 II GG (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) effektiv angewendet werden⁶⁴⁰. Früher wurde dieses Recht auf den Anspruch verkürzt, die sachliche Begründung der Einstellungsentscheidung verlangen zu können⁶⁴¹. Nun soll dargelegt werden, inwiefern in Rechtsprechung und Literatur bereits eine rechtliche Bindung der Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst angenommen wird.

1. Stand von Rechtsprechung und Literatur

Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde zunächst bei der Auslegung des Art. 33 II GG auf die Auslegung zu Art. 128 I der Weimarer Reichsverfassung zurückgegriffen⁶⁴². Diese Kontinuität führte dazu, dass Art. 128 I nur geringe praktische Bedeutung zukam, denn den anstellenden Staatsorganen wurde zugebilligt, unter allen befähigten Bewerbern frei

⁶³⁸ BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09), Rn 37.

⁶³⁹ BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09), Rn 39.

⁶⁴⁰ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 70 f.

⁶⁴¹ BVerwGE 61, 325 (330).

⁶⁴² V. Mangoldt, GG, 1. Aufl. 1953, Art 33 Nr. 4.

auszuwählen⁶⁴³. So sah es auch noch *Klein* in der 2. Auflage des Grundgesetzkommentars von v. Mangoldt/Klein/Starck von 1964⁶⁴⁴.

Dass sich niemand mit der weitgehend praktischen Bedeutungslosigkeit eines Grundrechts zufrieden geben kann, ist in einem Rechtsstaat selbstverständlich. Dies beruht auf der allgemeinen Annahme, dass der Staat in seinen Entscheidungen niemals frei ist, sondern seine Befugnisse stets nur im Einklang mit Recht und Gesetz ausüben kann. Deshalb hat der Staat auch dort, wo ihm der Wortlaut des Gesetzes freies Ermessen zubilligt, dieses Ermessen fehlerfrei auszuüben. Freies Ermessen ist der deutschen Rechtsordnung fremd⁶⁴⁵. Wer einen Anspruch geltend macht, der im Ermessen des Staates steht, hat immer einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Dieser kann sich auf den Anspruch selbst verdichten, wenn die Erfüllung des Anspruchs die einzige nicht ermessensfehlerhafte Entscheidung ist.

Bei den Einstellungsentscheidungen gemäß Art. 33 II GG handelt es sich zwar nicht um Ermessensentscheidungen, denn die öffentlichen Arbeitgeber haben kein Ermessen, ob sie den nach den Kriterien des Art. 33 II GG ermittelten Besten einstellen oder einen anderen. Sie müssen den Besten einstellen⁶⁴⁶. Aber die Beurteilung, wer der Beste ist, erfolgt nicht frei, denn sie muss beurteilungsfehlerfrei erfolgen. Deshalb hat der Bewerber einen Anspruch darauf, dass über seine Bewerbung ohne Rechtsfehler entschieden wird⁶⁴⁷. Durch Rechtsprechung und Literatur wurden daher gewisse verfahrensrechtliche Sicherungen des Grundrechts entwickelt, der so genannte „Bewerbungsverfahrensanspruch“.

⁶⁴³ Anschütz, Verfassung des Deutschen Reiches, Art 128 Nr. 2.

⁶⁴⁴ Klein, in: v. Mangoldt/Klein, GG, 2. Aufl., Art 33 Nr. 1.

⁶⁴⁵ Eine Ausnahme könnten allerdings „justizfreie Hoheitsakte“ sein. Ob diese existieren ist umstritten. Als mögliches Beispiel werden Begnadigungen angeführt, Creifelds, StW.: Gnadenrecht; mit weiteren Nachweisen; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 428; Pache, Beurteilungsspielraum, S. 18 f; Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 37 m. w. N.

⁶⁴⁶ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 94 f.

⁶⁴⁷ BVerwG, ZBR 2002, 207 (208).

2. Bewerbungsverfahrensanspruch

Dieser umfasst verschiedene Anforderungen an die Ausgestaltung von Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst, die eine materiell richtige Entscheidung gewährleisten sollen. Insbesondere beinhaltet er „eine faire, chancengleiche Behandlung mit fehlerfreier Ermessensausübung unter Einhaltung eines eventuell gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens“⁶⁴⁸. Im Einzelnen verpflichtet er die öffentlichen Arbeitgeber, ein auf die konkret zu besetzende Stelle zugeschnittenes Anforderungsprofil festzulegen⁶⁴⁹, die für die Beurteilung der Bewerber relevanten Tatsachen umfassend zu ermitteln und zu berücksichtigen⁶⁵⁰. Die Bewerber müssen in dem Auswahlverfahren gleich behandelt werden⁶⁵¹. Der so ermittelte Sachverhalt und die wesentlichen Auswählerwägungen sind schriftlich zu vermerken⁶⁵². Schließlich sind unterlegene Bewerber zu informieren⁶⁵³. Gelegentlich wird auch gefordert, zu besetzende Stellen auszuschreiben.

a. Anforderungsprofil

Bei Anforderungsprofilen handelt es sich um „die Gesamtheit der Anforderungen, die eine Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz an den Ausführenden stellt“⁶⁵⁴. Anforderungen sind die Fachkenntnisse, die Geschicklichkeit, die körperliche und geistige Beanspruchung, die Verantwortung und Umgebungseinflüsse⁶⁵⁵.

Zweck des Anforderungsprofils ist es, die Grundlage für die Bewertung der Bewerber zu schaffen⁶⁵⁶. In ihm werden die Eigenschaften festgehalten, die der Inhaber der zu besetzenden Stelle haben muss oder die er haben sollte. Fehlt eine Eigenschaft, die vorliegen muss, liegt absolute Unge-

⁶⁴⁸ VGH Kassel, ZBR 1988, 291 (292).

⁶⁴⁹ VGH Kassel, NVwZ-RR 1994, 525 (526); Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 68.

⁶⁵⁰ VGH Kassel, NVwZ-RR 1994, 525 (526); Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 68.

⁶⁵¹ OVG Münster, NVwZ-RR 2006, 343 (343).

⁶⁵² VGH Kassel, NVwZ-RR 1994, 525 (526); Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 68.

⁶⁵³ Trute, in: AK-GG GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 73.

⁶⁵⁴ Brockhaus, Enzyklopädie, StW. Anforderungsprofil.

⁶⁵⁵ Brockhaus, Enzyklopädie, StW. Anforderungsprofil.

⁶⁵⁶ BVerfG, NVwZ 2008, 69 (70).

eignetheit vor (die sogenannten konstitutiven Voraussetzungen)⁶⁵⁷. Fehlt eine Eigenschaft, die vorliegen soll, wird dies im Vergleich zu den Mitbewerbern negativ gewertet⁶⁵⁸. Denn wenn nicht bekannt ist, nach was gesucht wird, kann es auch nicht gefunden werden⁶⁵⁹. Die Erstellung eines Anforderungsprofils ist daher für ein rechtmäßiges Auswahlverfahren notwendig⁶⁶⁰. Nur an Hand eines Anforderungsprofils kann die Eignung eines Bewerbers beurteilt werden⁶⁶¹. Wenn unbekannt ist, für was jemand geeignet sein soll, so ist auch unbekannt, wer dafür geeignet ist⁶⁶². Deswegen legt das Anforderungsprofil den Maßstab fest, nach welchem die Eignung der Bewerber zu beurteilen ist. Daher darf ein Bewerber nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil er ein nicht im Anforderungsprofil genanntes Merkmal nicht besitzt⁶⁶³.

Die Anforderungen müssen auf Grund sachlicher Erwägungen aufgestellt werden⁶⁶⁴ und sich auf die konkret zu besetzende Stelle beziehen⁶⁶⁵.

Möglich ist es aber, nicht im Anforderungsprofil genannte Eigenschaften dennoch zu berücksichtigen, gleichsam als Hilfskriterien. Voraussetzung ist, dass die Bewerber nach dem Maßstab des Anforderungsprofils im Wesentlichen gleich zu bewerten sind⁶⁶⁶. Weiterhin muss das Hilfskriterium, obwohl es nicht in das Anforderungsprofil aufgenommen wurde, sachgerecht sein. Dies ist kein Widerspruch. Wenn zum Beispiel eine Stelle üblicherweise keinen Kontakt zu Ausländern erfordert, entspricht es gewöhnlich nicht sachgerechten Erwägungen, gute Englischkenntnisse in das Anforderungsprofil aufzunehmen. Gleichwohl kann es auf jeder Stelle

⁶⁵⁷ BVerwGE 115, 58 (61); Schmiemann, Anforderungsprofil, S. 390; dies können nur objektiv überprüfbare Tatsachen sein, und nicht das Ergebnis von Werturteilen, OVG Lüneburg, RiA 2008, 184 (185); diese Einschränkung durfte aber für Einstellungen im Gegensatz zu Beförderungen keine Rolle spielen, weil der Arbeitgeber die Bewerber noch gar nicht persönlich kennt und somit vor dem Auswahlverfahren noch keine Werturteile über diese abgeben kann.

⁶⁵⁸ Näher zur Differenzierung der Wichtigkeit unter den Anforderungen, *Drescher*, professionelle Personalauswahl, S. 32.

⁶⁵⁹ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 98.

⁶⁶⁰ BAG, ZBR 2004, 273 (274); OVG Weimar, NJOZ 2005, 4685 (4689).

⁶⁶¹ BVerfG, NVwZ 08, 69 (70); BVerfG, NVwZ 2008, 194 (195); VG Frankfurt am Main, NVwZ-RR 1999, 134 (135).

⁶⁶² Trute; in: AK-GG, GW 2001, Art 33 Abs 1-3 Rn 69.

⁶⁶³ OVG Bremen, NVwZ-RR 2008, 413.

⁶⁶⁴ BVerfG, NVwZ 2008, 69 (70).

⁶⁶⁵ OVG Weimar NVwZ-RR 2004, 52 (53).

⁶⁶⁶ Battis, BBG, § 9 Rn 6.

einmal zu Kontakt zu Ausländern kommen. Deshalb könnten gute Englischkenntnisse den Ausschlag zu Gunsten eines Bewerbers unter mehreren ansonsten gleich geeigneten Bewerbern geben. Ausgeschlossen, weil nicht mehr sachgerecht, wäre dagegen die Berücksichtigung von guten Kenntnissen der japanischen Sprache, denn es ist nahezu ausgeschlossen, dass einem Amtsträger zufällig einmal Kenntnisse dieser Sprache nützlich sein könnten.

Nicht gefolgt werden kann daher dem *OVG Koblenz* in der Ansicht, ein Anforderungsprofil sei regelmäßig entbehrlich⁶⁶⁷. Die Eignung zum öffentlichen Dienst ergebe sich schon aus der Laufbahnprüfung. Des Weiteren sei die Erstellung des Anforderungsprofils eine antizipierte Auswahlentscheidung und deshalb genauso wie die eigentliche Auswahlentscheidung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Diese Überlegungen überzeugen aus mehreren Gründen nicht. Das *OVG* gibt selbst zu, dass bei fehlender „Kongruenz von früher ermitteltem Befähigungsprofil“, etwa durch die Laufbahnprüfung und dem nun zu besetzenden Amt, ein Anforderungsprofil ausnahmsweise doch notwendig sei. Aber für die Feststellung der Kongruenz ist ein Anforderungsprofil unabdingbar. Denn mit was soll das früher ermittelte Befähigungsprofil ansonsten verglichen werden⁶⁶⁸? Es ist zwar richtig, dass die Erstellung des Anforderungsprofils die Auswahlentscheidung vorbereitet. Das hebt sie aber nicht auf eine Stufe mit der Auswahlentscheidung. Zwar hat die anstellende Behörde einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Inhalts des Anforderungsprofils, genauso wie sie einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Übereinstimmung des Profils eines Bewerbers mit einem Anforderungsprofil hat. Das heißt aber nur, dass der Inhalt des Anforderungsprofils nur eingeschränkt überprüfbar ist. Und selbst diese eingeschränkte Überprüfbarkeit ist ohne Anforderungsprofil unmöglich⁶⁶⁹. Auch ist die Einstellungsentscheidung ohne ein Anforderungsprofil nicht überprüfbar. Denn ohne Anforderungsprofil ist

⁶⁶⁷ *OVG Koblenz*, DÖD 1994, 294 (295); ähnlich auch *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2004, 52 (53).

⁶⁶⁸ Dazu, dass in der Vergangenheit erbrachte Leistungen den Vergleich des Profils des Bewerbers mit dem Anforderungsprofil nicht ersetzen können, *OVG Weimar*, NVwZ-RR 2004, 52 (54 f).

⁶⁶⁹ So auch *LAG Frankfurt*, Urteil vom 23.04.2010 (Az.: 19/3 Sa 47/09), Rn 38.

die Feststellung der Eignung unmöglich. Es gibt keine absolute Eignung, sondern nur eine relativ zum Anforderungsprofil⁶⁷⁰. Deswegen ist jede Auswahlentscheidung auf Grund eines fehlerhaften⁶⁷¹ oder eines fehlenden Anforderungsprofils zwangsläufig willkürlich. Was das OVG mutmaßlich meinte, ist, dass das Anforderungsprofil nicht schriftlich ausgearbeitet werden müsse, sondern bei der Auswahlentscheidung stillschweigend vorausgesetzt werden könne⁶⁷². Ein solch formloses Verfahren ist aber viel zu fehleranfällig und daher rechtswidrig⁶⁷³.

Nicht gefolgt werden kann auch dem Argument des *OVG Lüneburg*, Art. 33 II GG gebe kein Recht auf ein sachgerechtes Anforderungsprofil, sondern nur ein Recht, mit diesem Anforderungsprofil chancengleich verglichen zu werden⁶⁷⁴. Denn die Eignung kann nie absolut, sondern stets nur relativ zum Anforderungsprofil festgestellt werden⁶⁷⁵. Die Erstellung des Anforderungsprofils und der Vergleich der Profile der Bewerber bilden eine Einheit. Ein Anforderungsprofil ohne Bewerber ist sinnlos, wie ein Bewerberprofil ohne Anforderungsprofil sinnlos ist. Deshalb beinhaltet Art. 33 II GG auch ein Recht auf ein sachgerechtes Anforderungsprofil als Teil des Rechts auf eine Auswahlentscheidung nach dem Prinzip der Bestenauslese. Diese ist ohne sachgerechtes Anforderungsprofil unmöglich.

Auch das *OVG Bremen* hat in seinem Beschluss vom 20.07.2010 (Az.: 2 B 19/10) die an die Bewerber gestellten Anforderungen geprüft. Der Antragsteller, ein Polizeibeamter, hatte sich für einen Beförderungsdienstposten beworben. Er war durch eine Fortbildung als „polizeilicher Ermittler“ qualifiziert. Diese Qualifikation war für die ausgeschriebene Stelle von Bedeutung. Dennoch wurde sie nicht in das Anforderungsprofil aufgenommen, um auch Beamten ohne diese Qualifikation eine Bewerbung zu ermöglichen. Ausgewählt wurde dann auch ein Bewerber, der diese Fortbildung noch nicht absolviert hatte. Das *OVG* betrachtete diese Auswahlentscheidung als rechtsfehlerhaft. Es meint, dass objektiv nützlich-

⁶⁷⁰ BVerwG, ZBR 2002, 207 (208); VGH Kassel, DVBl. 1994, 593 (593); Schmiemann, Anforderungsprofil, S. 389.

⁶⁷¹ BVerfG, NVwZ 2008, 69 (70).

⁶⁷² Dies hält auch das *OVG Weimar*, NJOZ 2005, 4685 (4689) für möglich.

⁶⁷³ Vergleiche Kapitel 2 G. III. 2.a.

⁶⁷⁴ OVG Lüneburg, Beschluss vom 17.02.2010 (Az.: 5 ME 266/09), Rn 18.

⁶⁷⁵ S. o.

che Qualifikationen bei der Personalauswahl berücksichtigt werden müssen, auch wenn sie nicht in das Anforderungsprofil aufgenommen wurden⁶⁷⁶. Dies ist richtig, denn nur, wenn bereits das Anforderungsprofil dem Prinzip der Bestenauslese entspricht, kann die Auswahlentscheidung diesem Prinzip entsprechen.

Das Anforderungsprofil muss schriftlich dokumentiert sein, um dem (unterlegenen) Bewerber die Möglichkeit zu geben, die Auswahlentscheidung nachzuvollziehen und gegebenenfalls gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen⁶⁷⁷.

Das Anforderungsprofil wird regelmäßig durch die Stellenausschreibung festgelegt; und zwar verbindlich⁶⁷⁸. Dies ist aber nicht zwingend, ausreichend ist vielmehr jeder Zeitpunkt vor der Auswahlentscheidung⁶⁷⁹. Es darf aber von einem bereits in der Stellenausschreibung festgelegten Anforderungsprofil nicht mehr abgewichen werden⁶⁸⁰. So ist es nicht zulässig, eine einmal formulierte Anforderung später wieder aufzugeben, so dass ein Bewerber zum Zuge kommen kann, der dieses Anforderungskriterium nicht erfüllt⁶⁸¹. Ebenso wenig ist es zulässig, im Rahmen der Vorauswahl Anforderungen zu stellen, die im Rahmen der Endauswahl keine Rolle spielen⁶⁸².

b. Ausschreibungspflicht

Stellen für Neueinstellungen müssen öffentlich ausgeschrieben werden. Dies entspricht einfach-gesetzlichen Normierungen⁶⁸³, ergibt sich aber auch aus dem Grundgesetz⁶⁸⁴. Denn Ausschreibungen gehören zu den ver-

⁶⁷⁶ OVG Bremen, Beschluss vom 20.07.2010 (Az.: 2 B 19/10), Rn 35.

⁶⁷⁷ BAG, ZBR 2004, 273 (274).

⁶⁷⁸ VGH München, NVwZ-RR 2008, 413.

⁶⁷⁹ BAG, ZBR 2004, 273 (274).

⁶⁸⁰ BVerwG, ZBR 2002, 207 (207 f).

⁶⁸¹ BVerwG, ZBR 2002, 207 (208).

⁶⁸² VG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, 354 (355).

⁶⁸³ § 8 I S. 1 BBG, Landesgesetze; vergleiche auch Kapitel 2. C. II. Die dortigen Regelungen, sind, wie *Lindner*, ZBR 2012, 181 (185 f), überzeugend darlegt, verfassungskonform so auszulegen, dass eine Ausschreibung zumindest bei Eingangsamtern regelmäßig zwingend ist.

⁶⁸⁴ BremStGH, NVwZ-RR 1993, S. 417 (418); Höfling, ZBR 1999, S. 73 (74).

fahrensrechtlichen Sicherungen des Art. 33 II GG⁶⁸⁵. Wenn keine Ausschreibung erfolgt, nehmen viele potentielle Bewerber keine Kenntnis von der zu besetzenden Stelle, können sich demnach nicht bewerben und somit die Stelle auch nicht erhalten. In diesem Fall ist aber nicht gewährleistet, dass der Beste potentielle Bewerber die Stelle besetzt, sondern, wenn überhaupt, der Beste derjenigen potentiellen Bewerber, die mehr oder weniger zufällig von dem Auswahlverfahren erfahren haben und sich daher bewerben konnten. Dies ist mit dem Zweck des Art. 33 II GG, einerseits der öffentlichen Verwaltung die besten Mitarbeiter zuzuführen und andererseits dem am besten geeigneten auch tatsächlich ein zu besetzendes öffentliches Amt zu verschaffen, nicht vereinbar.

c. Sachverhaltsermittlung

Wie in jedem Verwaltungsverfahren ist die entscheidende Stelle verpflichtet, den Sachverhalt aufzuklären, um auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen. In einem Personalauswahlverfahren heißt dies, den Grad der Übereinstimmung der Bewerber mit dem Anforderungsprofil zu ermitteln.

Die umfassende Ermittlung der Tatsachen, auf denen die Beurteilung der Bewerber beruht, ist für ein rechtmäßiges Auswahlverfahren notwendig⁶⁸⁶.

Über die Frage, wie die Tatsachen, auf denen die Beurteilung beruht, bei Einstellungsverfahren gewonnen werden, muss von der Rechtsprechung nur selten entschieden werden. Zum Großteil werden gerichtlichen Verfahren wegen eines Streits um Beförderungsämtler geführt⁶⁸⁷. Dabei ist für uns aber interessant, dass die Gerichte hierbei den bei Anstellungsverfahren üblichen personaldiagnostischen Instrumenten mit Skepsis begegnen. Deshalb müssen bei Beförderungsentscheidungen in erster Linie die dienstlichen Beurteilungen herangezogen werden. Dies sollten aktuelle, bei Beurteilungsgleichstand können es aber auch ältere sein⁶⁸⁸. Auswahlge-

⁶⁸⁵ Ladeur, Jura 1992, S. 77 (81); Lindner, ZBR 2012, 181 (185 f); Lorse, ZTR 2006, S. 14 (14).

⁶⁸⁶ BverwG, NVwZ-RR 2004, 197 (198); OVG Weimar NVwZ-RR 2004, 52 (53).

⁶⁸⁷ Lorse, ZTR 2006, S. 14 (18).

⁶⁸⁸ BverwG, NVwz 2003, 1398 (1399).

sprächen⁶⁸⁹ und Assessment-Centern⁶⁹⁰ kommt dagegen nur eine ergänzende Rolle zu, weil sie nur eine Momentaufnahme darstellten und nur eine eingeschränkte Eignungsbeurteilung zuließen. Außerdem seien sie im Vergleich zu dienstlichen Beurteilungen intransparent⁶⁹¹.

Bei der Einstellung liegen regelmäßig noch keine dienstlichen Beurteilungen des Bewerbers vor. Folglich muss die Eignung der Bewerber auf andere Art und Weise ermittelt werden. Hierfür kommen die in Kapitel 1 behandelten personaldiagnostischen Instrumente in Betracht.

Bei dem Vorgehen zur Eignungsermittlung handelt es sich um die Ausgestaltung eines Verwaltungsverfahrens, für das gemäß 24 I S. 2 HS 2 VwVfG⁶⁹² Ermessen besteht. Die eingesetzten Instrumente müssen zweckdienlich sein⁶⁹³. Daran wird ein durchaus strenger Maßstab angelegt, wie die Rechtsprechung zu Assessment-Centern und Interviews zeigt. Allerdings betrifft diese Rechtsprechung und weitestgehend auch die Literatur⁶⁹⁴ nur Beförderungsentscheidungen. Die insoweit geübte Kritik an der Qualität dieser eignungsdiagnostischen Instrumente lässt sich aber meines Erachtens in gleicher Weise auf die Einstellungsentscheidungen übertragen. Freilich sind sie bei diesen scheinbar alternativlos, weil, wie oben ausgeführt, keine dienstlichen Beurteilungen vorliegen. Dennoch muss die Auswahl der Instrumente sachgerecht sein.

d. Dokumentationspflicht

Die wesentlichen Erwägungen der Auswahlentscheidung sind schriftlich zu dokumentieren⁶⁹⁵. Diese Pflicht dient drei Zwecken: Zum einen soll der abgelehnte Bewerber die nötigen Informationen erhalten, um entscheiden zu können, ob er die Auswahlentscheidung akzeptieren oder gegen sie vor-

⁶⁸⁹ OVG Münster, DVBl. 1995, 205 (205 f).

⁶⁹⁰ OVG Weimar, NVwZ-RR 2004, 52 (54); VG Potsdam ZBR 2005, 62 (63).

⁶⁹¹ OVG Bremen, DÖD 1999, 238 (239).

⁶⁹² Oder die entsprechende landesrechtliche Vorschrift.

⁶⁹³ Siehe dazu Kapitel 3 A. III. 3. b.

⁶⁹⁴ Ausnahme *Adam*, RiA 2005, 225 (229).

⁶⁹⁵ BVerfG, NVwZ 2007, 1178 (1179); BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010 (Az.: 1 WB 52/08), Rn 27; BAG, Urteil vom 17.08.2010 (Az.: 9 AZR 347/09), Rn 26.

gehen möchte⁶⁹⁶. Zum anderen soll einem später angerufenem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, die Entscheidung nachzuvollziehen⁶⁹⁷. Und schließlich soll die Behörde gezwungen werden, sich ihre eigenen Auswählerwägungen bewusst zu machen. Dabei kann sie diese hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 33 II GG überprüfen⁶⁹⁸.

Diese Dokumentation muss in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang zu dem Auswahlverfahren erfolgen⁶⁹⁹. Die Heilung einer unterlassenen Dokumentation während eines gerichtlichen Eilverfahrens ist nicht möglich, weil es dem Antragsteller nicht zugemutet werden kann, die Entscheidung seines Dienstherrn „ins Blaue hinein“ anzugreifen und die Selbstkontrolle der Verwaltung durch dieses Nachholen der Dokumentation leer laufen würde⁷⁰⁰.

Die Auswählerwägungen dürfen auch nicht im Nachhinein rekonstruiert und dann dokumentiert werden. Vielmehr müssen diejenigen Erwägungen dokumentiert werden, die der Personalentscheider tatsächlich zu Grunde gelegt hat⁷⁰¹.

e. Begründungspflicht

Die Auswahlentscheidung muss begründet werden, zumindest auf Anfrage eines Bewerbers⁷⁰².

f. Gleichbehandlungspflicht

In dem Auswahlverfahren müssen alle Bewerber gleich behandelt werden⁷⁰³. So müssen bei Interviews den Bewerbern vergleichbare Fragen

⁶⁹⁶ BVerfG, NVwZ 2007, 1178 (1179); BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010 (Az.: 1 WB 52/08), Rn 27; BAG, Urteil vom 17.08.2010 (Az.: 9 AZR 347/09), Rn 26; BAG, ZBR 2004, 273 (274); VGH Kassel, ZBR 1994, 347 (348); die gleichen Argumente führt das BVerfG für die Notwendigkeit von schriftlichen Begründungen für die Bewertung von Prüfungsarbeiten an, BVerfG, JZ 1997, 798 (800).

⁶⁹⁷ BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010 (Az.: 1 WB 52/08), Rn 27; BAG, Urteil vom 17.08.2010 (Az.: 9 AZR 347/09), Rn 26.

⁶⁹⁸ BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010 (Az.: 1 WB 52/08), Rn 27.

⁶⁹⁹ VGH Kassel, ZBR 1994, 347 (350), wo ein Gedächtnisprotokoll 4 ½ Monate nach einem Vorstellungsgespräch als nicht ausreichend betrachtet wurde.

⁷⁰⁰ BVerfG, NVwZ 2007, 1178 (1179).

⁷⁰¹ BVerwG, NVwZ-RR 2009, 606.

⁷⁰² OVG Münster, NVwZ-RR 2010, 159 (159).

⁷⁰³ OVG Münster, NVwZ-RR 2006, 343 (343).

gestellt werden und die Interviews müssen ungefähr gleich lang andauern⁷⁰⁴.

g. Schulung

Vereinzelte findet sich die Forderung, dass die Verfasser dienstlicher Beurteilungen dafür geschult sein müssen⁷⁰⁵. Gleiches gilt für die Verantwortlichen bei Assessment-Centern⁷⁰⁶. Diese Forderung lässt sie zwanglos auf alle Entscheider bei Neueinstellungen übertragen.

h. Informationspflicht

Die unterlegenen Bewerber müssen so rechtzeitig von dem Ergebnis der Auswahlentscheidung informiert werden, dass sie noch vor der endgültigen Ernennung des Konkurrenten einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können. Regelmäßig bedeutet rechtzeitig zwei Wochen vor der Ernennung⁷⁰⁷.

3. Zwischenergebnis

Aus der obigen Darstellung wird deutlich, dass bereits versucht wird, dem Recht aus Art. 33 II GG durch Vorgaben für die Gestaltung des Auswahlverfahrens praktische Wirksamkeit zu verschaffen. Allerdings wurde noch keine Pflicht für den öffentlichen Dienst formuliert, die wissenschaftlichen Erkenntnisse der Eignungsdiagnostik zu berücksichtigen.

H. Zwischenergebnis

Ein Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern besitzt in Deutschland eine Tradition, die in das 19. Jahrhundert zurückreicht. Art. 33 II GG ist sowohl ein objektives Recht, wie er auch ein materielles Grundrecht ist.

⁷⁰⁴ OVG Münster, NVwZ-RR 2006, 343 (343).

⁷⁰⁵ Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772 (277).

⁷⁰⁶ Günther, DÖD 2006, 146 (151).

⁷⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09) Rn 34.

Das Tatbestandsmerkmal „öffentliches Amt“ ist weit auszulegen; bei der Bestimmung seiner Grenzen sind Einzelfragen umstritten. Das Grundrecht berechtigt nicht nur Deutsche, sondern alle EU-Bürger. Nicht nur die unmittelbare Staatsverwaltung, sondern auch öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform sind bei der Personalauswahl an Art. 33 II GG gebunden, weil sie an alle Grundrechte gebunden sind. Die bei ihnen angesiedelten Stellen sind auch öffentliche Ämter im Sinne des Art. 33 II GG.

Der Begriff „Eignung“ kann als zusammenfassender Begriff für alle drei Auswahlkriterien des Art. 33 II GG verwendet werden. Dennoch sind bei der Personalauswahl die drei Kriterien getrennt voneinander zu betrachten, um ihnen die erforderliche Beachtung zu schenken. Sonst bestünde die Gefahr, sie in einem zu weiten Eignungsbegriff zu vernachlässigen.

Art. 33 II GG greift nicht erst bei der Auswahl unter den Bewerbern, sondern gewährt auch das Recht, sich zu bewerben. Sofern feststeht, dass ein Bewerber der Besteignete ist, hat er einen Anspruch auf Einstellung.

Alle Bewerber haben nach dem Stand von Rechtsprechung und Literatur einen Anspruch auf eine sachgerechte Entscheidung über ihre Bewerbung. Dazu wurden bereits einige Anforderungen an das Auswahlverfahren entwickelt.

Kapitel 3: Die Begründung von Anforderungen an Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst

In Rechtsprechung und Literatur finden sich bisher keine umfassenden Begründungen für die im Bewerbungsverfahrensanspruch zusammengefassten Anforderungen an ein Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst. Meist wird lediglich festgestellt, dass der Bewerber einen Anspruch auf eine sachgerechte Entscheidung hat⁷⁰⁸. Teilweise finden sich aber auch Begründungen, die auf den Grundrechtsschutz durch Verfahren hinweisen⁷⁰⁹.

Im Folgenden unternehme ich den Versuch aufzuzeigen, dass das Grundgesetz die Verwaltung verpflichtet, bei Personalauswahlverfahren die Erkenntnisse der Eignungsdiagnostik zu berücksichtigen, also State of the Art vorzugehen. Zu diesem Zweck werde ich versuchen, Art. 33 II GG in Verbindung mit der Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren fruchtbar zu machen. Anschließend untersuche ich, welche Anforderungen an das Personalauswahlverfahren sich aus dem Recht des Bewerbers ergeben, die Auswahlentscheidung durch ein Gericht effektiv auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 33 II GG überprüfen zu lassen.

A. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Die Pflicht der öffentlichen Arbeitgeber, bei der Personalauswahl State of the Art vorzugehen, könnte sich aus dem Gedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren ergeben. Dieser Gedanke beruht darauf, dass Rechte nicht nur festgeschrieben werden dürfen, sondern auch der praktischen Wirksamkeit bedürfen⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ Vergleiche Battis, BBG, § 9 Rn 28.

⁷⁰⁹ LAG Frankfurt, Urteil vom 23.04.2010 (Az.: 19/3 Sa 47/09) Rn 37.

⁷¹⁰ Hain, Beurteilungsspielraum, S. 47.

I. Einwirkung der Grundrechte auf das Verfahren auf Grund ihres abwehrrrechtlichen Gehaltes?

Grundrechte sind jedenfalls auch subjektive Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat⁷¹¹, also Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe. Da es sich hierbei um die „klassische“⁷¹² Funktion der Grundrechte handelt⁷¹³, soll zunächst versucht werden, aus ihren Anforderungen für das Verwaltungsverfahren zu entwickeln. Erst wenn dies nicht gelingt, soll versucht werden, aus den sogenannten objektiven Grundrechtsgehalten Anforderungen für das Verwaltungsverfahren herzuleiten.

Im Verwaltungsverfahren selbst kann keine Grundrechtsverletzung liegen, weil es ihm in der hier interessierenden Fallgestaltung an einer Außenwirkung fehlt. Wenn einzelne Verfahrenshandlungen dennoch Außenwirkung haben, dann betrifft dies den Grundrechtsschutz im Verfahren, nicht den Grundrechtsschutz durch Verfahren⁷¹⁴. Folglich kann ein Verwaltungsverfahren bei einer solchen Problemstellung auch kein Abwehrrecht des Bürgers auslösen.

Damit ist der Begründungsansatz jedoch noch nicht gescheitert. Es ist nämlich möglich, dass eine Verwaltungsentscheidung, die aus einem die Grundrechte nicht beachtenden Verfahren folgt, die Grundrechte des betroffenen Bürgers schon allein wegen des fehlerhaften Verfahrens verletzt. Damit bliebe die Verwaltungsentscheidung die Verletzungshandlung. Das fehlerhafte Verfahren wäre nur der Grund, warum die Entscheidung die Grundrechte verletzt. Diese Schlussfolgerung verlangt aber Kenntnis davon, wie ein rechtmäßiges, die Grundrechte beachtendes Verfahren auszuweisen hätte. Nur dann kann beurteilt werden, ob das tatsächlich durchgeführte einem rechtmäßigen Verfahren entspricht oder nicht. Auf die Beurteilung der Verwaltungsentscheidung kann nicht zurückgegriffen werden, um die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu beurteilen. Der Grundrechtsschutz durch Verfahren soll den Grundrechten gerade dann Wirksamkeit verschaffen, wenn die Entscheidung nicht schon für sich genommen rechtswidrig ist. Aus den Grundrechten müssen also Anforderungen unmit-

⁷¹¹ Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 84.

⁷¹² Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 88.

⁷¹³ Sie sind in „erster Linie“ Abwehrrechte, *BVerfGE* 7, 198 (204).

⁷¹⁴ Siehe Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 245 f; Laubinger, *VerwArch* 73 (1982), 60 ff (80).

telbar für das Verwaltungsverfahren entwickelt werden. Dabei sind die Grundrechte nicht als subjektive Rechte zu verstehen, sondern müssen als objektive Rechte betrachtet werden.

Folglich ist es nicht möglich, die Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren mit dem abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte zu begründen.

Dieses Ergebnis überrascht nicht, wenn man sich folgendes vor Augen hält: Es ist der Grundgedanke aller Autoren, die objektive Grundrechtsgehalte ablehnen und deren Wirkungen aus der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte herleiten möchten, die Duldung von Eingriffen Dritter durch den Staat diesem als eigene Eingriffe zuzurechnen, um die Grundrechte als Abwehrrechte aktivieren zu können⁷¹⁵. Diese Konstruktion funktioniert jedoch nicht, wenn es weiterhin nur um das Verhältnis Staat-Bürger geht, wie beim Grundrechtsschutz durch Verfahren. Denn dann fehlt es schon an einem Dritten, dessen Grundrechtseingriffe dem Staat zugerechnet werden könnten.

II. Objektivrechtlicher Gehalt

Es soll daher versucht werden, Verfahrensorderungen der Grundrechte aus ihrem objektivrechtlichen Gehalt zu entwickeln. Dass die Grundrechte auch einen objektivrechtlichen Gehalt haben, ist zwar nicht unumstritten, aber ganz herrschende Meinung⁷¹⁶. Insbesondere geht das Bundesverfassungsgericht als maßgebliche Instanz davon aus⁷¹⁷. Ein solcher Grundrechtgehalt soll deshalb an dieser Stelle vorausgesetzt werden.

1. Begründung von Verfahrensorderungen der Grundrechte

Verfahrensorderungen könnten sich aus den grundrechtlichen Schutzpflichten ergeben.

Zu der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte gehört, dass der Staat die Grundrechte schützen muss, die sogenannte Schutzpflicht⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 185; Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 101.

⁷¹⁶ Fischinger, JuS 2007, 808 (812); Volkman, Grundrechte, § 5 Rn 37.

⁷¹⁷ BVerfGE 7, 198 (205); Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 180 f.

⁷¹⁸ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 196 ff.

Der Staat muss also es nicht nur unterlassen, Grundrechte aktiv zu verletzen, er muss ebenfalls aktiv verhindern, dass die Grundrechte durch Dritte verletzt werden⁷¹⁹. Es geht also um den Schutz der Grundrechte des Bürgers vor anderen Bürgern.

Insoweit lassen sich aus den Schutzpflichten keine Verfahrenswirkungen herleiten. Der Staat handelt im Verfahren selbst, es geht also nicht um die Verhinderung von Grundrechtsverletzungen durch Dritte. Gerade dies aber ist der eigentliche Anwendungsbereich der Schutzpflichten⁷²⁰.

Aus den gedanklichen Grundlagen, die zur Annahme einer Schutzpflicht führen, könnten sich aber auch Verfahrensforderungen der Grundrechte herleiten lassen. Die Voraussetzung der Begründung staatlicher Schutzpflichten für die Grundrechte ist nämlich, dass der Staat verpflichtet ist, die Grundrechte zu verwirklichen⁷²¹. Er muss danach streben, die in den Grundrechten enthaltene Wertordnung auch praktisch umzusetzen. Dies beinhaltet, dass er nicht nur verpflichtet ist, Grundrechtsverletzungen zu unterlassen, sondern auch, die Grundrechte aktiv zu verwirklichen⁷²². Aus einer solchen „Grundrechtsverwirklichungspflicht“⁷²³ folgt nicht nur, dass der Staat Grundrechtsverletzungen Dritter verhindern muss, sondern auch, dass er ein Verwaltungsverfahren zu garantieren hat, das den Grundrechten praktische Wirksamkeit verschafft, sie also verwirklicht⁷²⁴.

Dies ergibt sich aus der Erkenntnis, „dass Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und dass die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist“⁷²⁵. Grundrechte können ihre volle Wirksamkeit nur entfalten, wenn sie auch durch das Verwaltungsverfahren geschützt werden⁷²⁶.

⁷¹⁹ Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 101.

⁷²⁰ Dreier, in: Dreier, GG, Vorb. Rn 101.

⁷²¹ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 196.

⁷²² Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 160, 168.

⁷²³ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 163 f.

⁷²⁴ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 250 f.

⁷²⁵ BVerfGE 53, 30 (65).

⁷²⁶ Goerlich, Verfahrensgarantien, S. 165 ff.

2. Herleitung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren

Zwar ist es zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, ein die Grundrechte verwirklichendes Verwaltungsverfahren bereitzustellen⁷²⁷. Wie bereits erörtert, garantieren die gesetzlichen Regelungen zum Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst kein praktikables und effizientes Verfahren zur Verwirklichung des Art. 33 II GG. Das vorhandene Verfahrensrecht muss die Verwaltung grundrechtskonform auslegen⁷²⁸. Insbesondere muss die Verwaltung bei der Ausübung ihres Ermessens zur Verfahrensgestaltung den Grundrechtsschutz berücksichtigen⁷²⁹. Dies folgt schon aus der Grundrechtsbindung der Verwaltung gemäß Art. 1 III GG⁷³⁰. Dadurch besteht allerdings die Gefahr, dass das Verwaltungsverfahrensrecht seine für seine sichere Anwendung notwendige Übersichtlichkeit verliert. Denn wenn die Grundrechte das Verwaltungsverfahrensrecht formen, könnte die Formung durch jedes einzelne Grundrecht auf unterschiedliche Weise erfolgen; jedes Grundrecht bräuchte dann ein eigenes Verfahrensrecht⁷³¹. Deswegen muss das Verfahrensrecht an der Wertordnung der Grundrechte gemessen werden⁷³² und nicht an dem einzelnen Grundrecht. Die Wertordnung ist stets die gleiche, so dass sich aus ihr auch ein einheitliches Verfahrensrecht ergibt.

3. Kritik an der Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren

Ossenbühl meint, dass es keine Voraussetzungen dafür gäbe, wann einfachgesetzliches Verfahrensrecht „auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben“ werde. Das Bundesverfassungsgericht werde dies frei entscheiden⁷³³. Durch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte drohe eine „Verformung“ des Verfahrensrechts⁷³⁴. § 46 VwVfG spreche gegen die Einbe-

⁷²⁷ Held, Grundrechtsbezug, S. 178.

⁷²⁸ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 224 f; Volkmann, Grundrechte § 5 Rn 44.

⁷²⁹ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 224 f.

⁷³⁰ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 224; Goerlich, Verfahrensgarantien, S. 141 f.

⁷³¹ Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen, S. 227.

⁷³² Dazu, dass dadurch die Übersichtlichkeit des Verfahrensrechts gewahrt bleibt,

Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen, S. 233.

⁷³³ Ossenbühl, Grundrechtsschutz, S. 190 f.

⁷³⁴ Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (468); ders., Grundrechtsschutz, S. 191.

ziehung des Verfahrensrechts in den Schutzbereich der Grundrechte⁷³⁵. Auch er ist aber der Meinung, dass mit Hilfe des Verfassungsrechts Lücken im Verfahrensrecht geschlossen werden können⁷³⁶.

Darum geht es vorliegend, denn das Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst ist nur sehr lückenhaft geregelt⁷³⁷.

Dolde meint, ein Verstoß gegen Verfahrensrecht allein könne kein Grundrechtseingriff sein, wenn die Sachentscheidung selbst keinen Grundrechtseingriff darstelle⁷³⁸. Dadurch werde das Bundesverfassungsgericht systemwidrig zur „Superrevisionsinstanz“⁷³⁹. Andererseits werde durch die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts in der „Mülheim-Kärlich“-Entscheidung⁷⁴⁰, nach welcher der Gesetzgeber entscheide, welche Verfahrensvorschriften er zum Schutz der Grundrechte erlasse, und nur diese „grundrechtsrelevant“ seien, die Verfassung entwertet⁷⁴¹. Die Grundrechte sicherten zwar nur „elementare Verfahrensanforderungen“, die Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren lehnt *Dolde* aber nicht prinzipiell ab⁷⁴².

Laubinger meint, der Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren sei bereits durch das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet⁷⁴³. Die Grundrechte schützten nur vor Eingriffen im Verfahren selbst⁷⁴⁴, nicht aber vor Verfahren, bei denen erst das Ergebnis (die Verwaltungsentscheidung) einen Grundrechtseingriff darstelle⁷⁴⁵.

Allerdings spricht *Laubinger* dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 GG) unmittelbare verfahrensrechtliche Relevanz zu. Er verpflichte dazu, alle Verfahrensbeteiligten gleich zu behandeln⁷⁴⁶. Dies gilt dann sicherlich

⁷³⁵ Ossenbühl, Grundrechtsschutz, S. 192.

⁷³⁶ Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (467).

⁷³⁷ Vergleiche Kapitel 2 C.

⁷³⁸ Dolde, NVwZ 1982, 65 (69).

⁷³⁹ Dolde, NVwZ 1982, 65 (69).

⁷⁴⁰ BVerfGE 53, 30 ff.

⁷⁴¹ Dolde, NVwZ 1982, 65 (69).

⁷⁴² Dolde, NVwZ 1982, 65 (70).

⁷⁴³ Laubinger, VerwArch 73, 60 (83 f).

⁷⁴⁴ Vergleiche zur Abgrenzung Kapitel 3 A. III.

⁷⁴⁵ Laubinger, VerwArch 73, 60 (85).

⁷⁴⁶ Laubinger, VerwArch 73, 60 (81).

auch für Art. 33 II GG, handelt es sich bei ihm doch um einen besonderen Gleichheitssatz.

Bethge fürchtet vor allem, dass ein zunehmender Einfluss der Grundrechte auf das Verfahrensrecht das Bundesverfassungsgericht zur „Superrevisionsinstanz“ werden lässt⁷⁴⁷.

V. Mutius, meint, dass nur die abschließende Verwaltungsentscheidung, gemäß der hergebrachten Grundrechtsdogmatik, einen Grundrechtseingriff darstellen könne⁷⁴⁸. Den Grundrechten müsse daher keine zusätzliche Funktion der Verfahrensgestaltung zugesprochen werden⁷⁴⁹.

Etwas anderes ergebe sich nur bei jenen Grundrechten, die „erst und nur im und durch Verfahren ihre Verwirklichung finden können“ wie das Asylrecht und das (bis auf weiteres obsolete) Recht auf Kriegsdienstverweigerung⁷⁵⁰. Dazu dürfte auch das Grundrecht aus Art. 33 II GG zählen, weil ein Zugang zum öffentlichen Amt ohne Auswahlverfahren nicht vorstellbar ist⁷⁵¹.

Außerdem gewährten die Grundrechte diejenigen Verfahrensrechte, deren es zur Ausübung dieser Rechte unbedingt bedürfe⁷⁵². Der Gesetzgeber sei verpflichtet, beim Erlass von Verfahrensrecht Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu beachten⁷⁵³.

4. Widerlegung der Kritik

Die Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren ist für die Verwirklichung der Grundrechte notwendig. Die dargelegte wesentliche Bedeutung des Verwaltungsverfahrens für die Verwaltungsentscheidung zeigt, dass die Entscheidung nur dann im Einklang mit den Grundrechten

⁷⁴⁷ *Bethge*, NJW 1982, 1 (7).

⁷⁴⁸ *V. Mutius*, NJW 1982, 2150 (2156).

⁷⁴⁹ *V. Mutius*, NJW 1982, 2150 (2156).

⁷⁵⁰ *V. Mutius*, NJW 1982, 2150 (2157).

⁷⁵¹ Für Art. 33 II GG als verfahrensabhängiges Recht auch *BVerfG*, NVwZ 2007, 1178 (1179) und *BremStGH*, NVwZ-RR 1993, S. 417 (418); nach der Systematik *Ossenbühls*, Grundrechtsschutz, S. 184 ff durfte es sich um ein verfahrensabhängiges Grundrecht handeln (S. 185 f).

⁷⁵² *V. Mutius*, NJW 1982, 2150 (2156).

⁷⁵³ *V. Mutius*, NJW 1982, 2150 (2158).

stehen kann, wenn die Verwirklichung des Grundrechts bereits das Ziel des Verfahrens war. Denn eine Entscheidung kann nur auf Grund eines Sachverhaltes getroffen werden. Je nachdem welcher Sachverhalt festgestellt worden ist, kann dies zu ganz unterschiedlichen Entscheidungen führen, selbst dann, wenn bei der Entscheidung selbst die Grundrechte beachtet werden. Daher müssen die betroffenen Grundrechte bereits die Sachverhaltsermittlung dahin leiten, dass dieser möglichst vollständig festgestellt wird. Nur wenn das Recht richtig auf einen wahren Sachverhalt angewendet wird, ist die Entscheidung gerecht⁷⁵⁴. Damit ist die Sachverhaltsermittlung eine der Hauptaufgaben des Verwaltungsverfahrens.

Die Notwendigkeit, die Grundrechte bereits im Verwaltungsverfahren zu schützen, wird am Beispiel des Art. 33 II GG deutlich: Es hat dann eben nicht der bestgeeignete Bewerber Zugang zu dem öffentlichen Amt, wenn sich die Verwaltung zunächst ein unzutreffendes Urteil von der Eignung der Bewerber bildet und dann auf Grund dieser Fehlbeurteilung die Auswahlentscheidung trifft, selbst wenn bei der Auswahlentscheidung selbst die Kriterientrias des Art. 33 II GG beachtet wird.

III. Inhalt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren

Nun soll der Frage nachgegangen werden, wie die Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren zu verwirklichen ist, welche Auswirkungen sie also auf die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und damit auch auf Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst hat. An dieser Stelle ist zur Klarstellung noch einmal darauf hinzuweisen, dass es bei den folgenden Ausführungen nicht um den Grundrechtsschutz im Verfahren geht, sondern um denjenigen durch Verfahren. Ihr Thema ist also nicht die Abwehr von Grundrechtseingriffen durch Verfahrenshandlungen, wie etwa Wohnraumdurchsuchungen⁷⁵⁵, sondern die Frage, wie das Verwaltungsverfahren zu gestalten ist, damit das Verfahrensergebnis die Grundrechte möglichst nicht verletzt.

⁷⁵⁴ BVerfGE 35, 41 (60) (Sondervotum); Robbers, *Gerechtigkeit*, S. 58.

⁷⁵⁵ Weitere Beispiele bei *Laubinger*, *VerwArch* 73, 60 (80 ff).

1. Der Verfahrensbeginn

Bevor die genaue Ausgestaltung eines gerechten Verfahrens, das die Grundrechte schützt, untersucht wird, soll zunächst der Begriff „Verwaltungsverfahren“ definiert werden. Dabei ist die Begriffsbestimmung des § 9 VwVfG für unsere Untersuchung nicht ausreichend. Dieser befasst sich nur mit Verfahren, die auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind. Es ist schon umstritten, ob die Ablehnung der Bewerbung um eine Beamtenstelle ein Verwaltungsakt ist⁷⁵⁶. Kein Verwaltungsakt sind die Entscheidungen im Zusammenhang mit der Begründung eines Angestelltenverhältnisses. Sie sind auch kein öffentlich-rechtlicher Vertrag, so dass nach § 9 VwVfG kein Verwaltungsverfahren vorliegen würde.

Deshalb soll auf die erweiternde Definition des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen werden. Danach ist ein Verwaltungsverfahren „die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Blick auf die Art und Weise der Ausführung des Gesetzes einschließlich ihrer Handlungsformen, die Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge in ihrem Ablauf“⁷⁵⁷.

2. Das Verwaltungsverfahren als notwendige Voraussetzung der Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 33 II GG

Nun soll die Bedeutung des Verfahrens für die Verwaltungsentscheidung untersucht werden. Erst danach kann überlegt werden, wie das Verfahren zu gestalten ist, damit die Entscheidung das Grundrecht optimal verwirklicht. Für die Bedeutung des Grundrechtsschutzes für die Verfahrensgestaltung ist es wichtig, zunächst zu klären, ob es sich bei Art. 33 II GG um ein sogenanntes „verfahrensabhängiges Grundrecht“ handelt. Damit sind Grundrechte gemeint, die der Berechtigte im Vorhinein nur in einem staatlichen Verfahren wahrnehmen kann.

⁷⁵⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 136.

⁷⁵⁷ BVerfGE 55, 274 Ls. Nr. 7.

a. Art. 33 II GG als verfahrensabhängiges Grundrecht

Ob und wie Art. 33 II GG Auswirkungen auf die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens zur Besetzung öffentlicher Ämter hat, hängt auch davon ab, ob es „verfahrensgeprägt“ ist oder nicht. Verfahrensgeprägte Grundrechte sind solche, die außerhalb eines Verwaltungsverfahrens gar nicht wahrgenommen werden können⁷⁵⁸. Als Beispiele hierfür werden immer wieder das Recht auf Kriegsdienstverweigerung und das Asylgrundrecht angeführt⁷⁵⁹. Den verfahrensgeprägten Grundrechten ist es immanent, dass ein Verfahren zur Wahrnehmung dieser Rechte zur Verfügung gestellt werden muss, anders als bei Grundrechten, die auch ohne Verfahren ausgeübt werden können.

Auch Art. 33 II GG ist ein solches verfahrensabhängiges Grundrecht⁷⁶⁰. Das Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte setzt ein Auswahlverfahren voraus, in dem dieser gleiche Zugang verwirklicht wird⁷⁶¹. Stellenzugang ohne Auswahlverfahren ist nicht denkbar.

b. Die Bedeutung des Verfahrens für die Verwaltungsentscheidung

Da verfahrensabhängige Grundrechte außerhalb eines Verwaltungsverfahrens keinerlei Wirkung entfalten können, muss das Verfahren der Verwirklichung dieser verfahrensabhängigen Rechte dienen⁷⁶².

Nun könnte eingewandt werden, dass es genüge, die abschließende Verwaltungsentscheidung auf ihre inhaltliche Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu überprüfen. Eine die Grundrechte nicht verletzende Entscheidung sei immer grundrechtskonform, ganz gleichgültig, welches Verfahren zu der Entscheidung führte. Nach dieser Ansicht erscheint das Verfahren als „Förmelei“⁷⁶³. Denn wenn die Entscheidung richtig ist, sollte der Weg

⁷⁵⁸ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 246 f.

⁷⁵⁹ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 246 f; v. Mutius, NJW 1982, 2150 (2157).

⁷⁶⁰ BVerfG, NVwZ 2007, 1178 (1179); BremStGH, NVwZ-RR 1993, S. 417 (418); auch nach der Systematik *Ossenbühls*, Grundrechtsschutz, S. 184 ff dürfte es sich um ein verfahrensabhängiges Grundrecht handeln (S. 185 f).

⁷⁶¹ Masing, in: Dreier, GG, Art 33 Rn 35.

⁷⁶² Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 248.

⁷⁶³ BVerwGE 85, 163 (167).

zu ihr im Grundsatz nebensächlich sein⁷⁶⁴. Diese Annahme ist aber meines Erachtens unzutreffend. Die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit setzt nämlich voraus, dass der Sachverhalt bekannt ist, auf den das Recht dann richtig angewendet wird. Ein Sachverhalt kann aber niemals ohne Verfahren bestimmt werden. Denn die Sachverhaltsaufklärung ist niemals vollständig, so dass sich nur aus dem Verfahren ergeben kann, inwieweit der Sachverhalt aufgeklärt wird. Deshalb muss die Rechtmäßigkeit des Verfahrens unabhängig vom Verfahrensergebnis beurteilt werden.

Im Verwaltungsverfahren wird unter anderem der Sachverhalt festgestellt, welcher der Verwaltungsentscheidung zu Grunde gelegt wird. Dieser Zweck des Verwaltungsverfahrens ist in unserem Zusammenhang ausschlaggebend. Denn bei der Feststellung der Eignung eines Bewerbers für ein Amt handelt es sich um eine Sachverhaltsfrage. Die Eignung wird festgestellt, indem das Bewerberprofil mit dem Anforderungsprofil verglichen wird⁷⁶⁵. Die Erstellung des Anforderungsprofils setzt wiederum die Kenntnis der Anforderungen der Stelle voraus. Sowohl das Bewerberprofil wie auch die Anforderungen der Stelle sind Tatsachen und gehören damit zum Sachverhalt. Deshalb soll nun die Bedeutung der Sachverhaltsdarstellung für die Verwaltungsentscheidung untersucht werden.

Damit eine Entscheidung rechtmäßig ist, muss der zugrundeliegende Sachverhalt wahr sein. Nun gibt es aber nach der heute in der Philosophie herrschenden Meinung keine objektive Wahrheit⁷⁶⁶. Denn Wahrheit ist nach klassischer Definition die Übereinstimmung von Sache und Auffassung⁷⁶⁷. Die Auffassung kann aber nie vollständig sein, weil menschliche Erkenntnis stets beschränkt ist⁷⁶⁸. Dies leuchtet ein, ohne den philosophischen Fragen weiter nachgehen zu müssen. So wird niemand behaupten wollen, dass man die Persönlichkeit eines Menschen jemals ganz erfassen kann, schon gar nicht in der sehr begrenzten Zeit eines Personalauswahlverfahrens.

⁷⁶⁴ Bergner, Grundrechtsschutz, S. 119; Gerhardt (Diskussionsbeitrag), zitiert nach: Zie-kow, Handlungsspielräume, S. 113.

⁷⁶⁵ Schuler, Berufseignungstheorie, S. 429.

⁷⁶⁶ Koch, Wahrheit, S. 12; Steinthal, Wahrheit, S. 71.

⁷⁶⁷ Es gibt auch andere, modernere Wahrheitsdefinitionen, für unser juristisches Thema ist aber die genannte ausreichend.

⁷⁶⁸ Steinthal, Wahrheit, S. 188.

Weil es wegen der fehlenden vollständigen Aufklärbarkeit der Sachverhalte nicht nur eine richtige Verwaltungsentscheidung gibt⁷⁶⁹, können viele Entscheidungen im Ergebnis richtig sein, je nachdem, welcher Sachverhalt festgestellt und der Entscheidung zu Grunde gelegt wurde. Die Sachverhaltsermittlung bestimmt mithin das Ergebnis, also die Verwaltungsentscheidung⁷⁷⁰. Wie sich der zu Grunde zu legende Sachverhalt im konkreten Fall darstellt ist nicht vorgegeben, sondern ergibt sich jeweils aus dem Verfahren zu seiner Feststellung⁷⁷¹. Die Unterscheidung zwischen materieller und formeller Rechtmäßigkeit ist insofern irreführend. Materielle Rechtmäßigkeit bedeutet eine objektiv rechtmäßige Entscheidung, das heißt die richtige Anwendung des Rechts auf einen wahren Sachverhalt. Dabei wird jeder Entscheidung jeweils nur ein Teil der relevanten Tatsachen zu Grunde gelegt, weil es Menschen unmöglich ist, alle Tatsachen zu kennen. Welche Auswahl von relevanten Tatsachen der Entscheidung zu Grunde gelegt wird, die dann rechtmäßig ist, kann sich nur in einem rechtmäßigen Verfahren ergeben⁷⁷². Das Verfahren zur Sachverhaltsermittlung hat somit keine „dienende“ Rolle, sondern ermöglicht erst die Richtigkeit des Verfahrensergebnisses⁷⁷³. Denn durch dieses Verfahren wird das Ergebnis bestimmt⁷⁷⁴. Was nämlich der wahre, der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt ist, kann regelmäßig nicht unabhängig vom Verfahren festgelegt werden, weil es keine allwissenden Menschen gibt. Also kann niemals der ganze Sachverhalt berücksichtigt werden, sondern nur derjenige, der im Verfahren als maßgeblich festgelegt wird⁷⁷⁵. Deshalb muss eine Einigung dahingehend erzielt werden, welcher Sachverhalt einer bestimmten Entscheidung als wahr zu Grunde gelegt werden soll. Diese Einigung kann nur in einem Verfahren erzielt werden, das zumindest die Akzeptanz aller rechtstreuen Bürger findet. Diese Akzeptanz verlangt aber heutzutage, dass die wissenschaftlichen Erkenntnisse auf dem Sachgebiet der Entscheidung berücksichtigt werden. Dies führt dazu, dass die Verwal-

⁷⁶⁹ Bryde, DÖV 1981, 193 (199); Hain, Beurteilungsspielraum, S. 42.

⁷⁷⁰ Hufen, Fehler, Rn. 118; Schoch, Verwaltung 25 (1992), 21 (46).

⁷⁷¹ Hufen, Fehler, Rn. 122; Wahl, VVDStRL, 41, 151 (161); Thieme (Diskussionsbeitrag), zitiert nach: Volkmar, VVDStRL 41 (1982), S. 237 ff (238 f).

⁷⁷² Schoch, Verwaltung 25 (1992), 21 (47).

⁷⁷³ Vgl. *Hatje*, DÖV 1997, 477 (480).

⁷⁷⁴ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 250 f.

⁷⁷⁵ Wahl, VVDStRL, 41, 151 (176).

tung verpflichtet ist, den State of the Art bei der Sachverhaltsermittlung anzuwenden.

Wenn die Entscheidungsgrundlage nicht ausreichend ist, kann die Entscheidung niemals richtig sein⁷⁷⁶. Sie ist dann „auf Sand gebaut“⁷⁷⁷. Somit ist die Sachverhaltsermittlung im Vergleich zu der eigentlichen Verwaltungsentscheidung keineswegs zu vernachlässigen. Falls ein Sachverhalt in einem rechtswidrigen Verfahren festgelegt wird, kann das Ergebnis nicht rechtmäßig sein. Das gilt auch, wenn der gleiche Sachverhalt zu Grunde gelegt wurde, der auch durch ein rechtmäßiges Verfahren ermittelt worden wäre. Denn beide Sachverhalte sind nicht objektiv wahr, weil eine objektive Wahrheit Menschen nicht zugänglich ist. Dies wird an Hand unseres Themas besonders deutlich: Niemand wird behaupten, dass, mit welchen ausgereiften personaldiagnostischen Instrumenten auch immer, die Persönlichkeit eines Menschen, sei es auch nur im Hinblick auf ein Anforderungsprofil, vollständig ermittelt werden könnte. Also muss jede Eignungsfeststellung auf einer unsicheren Tatsachengrundlage getroffen werden. Der in einem rechtmäßigen Verfahren ermittelte Sachverhalt kann aber als wahr betrachtet werden, weil er durch das rechtmäßige Verfahren legitimiert ist⁷⁷⁸. Diese Legitimation fehlt bei einem auf andere Art und Weise festgelegtem Sachverhalt. § 46 VwVfG steht dazu auch nicht im Widerspruch. Diese Norm regelt nur, wie mit einem fehlerhaften Verfahren umzugehen ist. Danach soll, wenn es offensichtlich ist, dass ein rechtmäßiges Verfahren zu dem gleichen Ergebnis geführt hätte wie das tatsächlich durchgeführte rechtswidrige Verfahren, das Verfahrensergebnis Bestand haben. Bei wirklich offensichtlichen Fällen erscheint eine solche Prognose rechtlich zulässig und im Interesse einer effektiven Verwaltung auch geboten. Es ist nämlich möglich, den tatsächlich der Entscheidung zu Grunde gelegten Sachverhalt mit dem Sachverhalt zu vergleichen, der in einem hypothetischen, rechtmäßigen Verfahren zu Grunde gelegt worden wäre.

⁷⁷⁶ Für die Sachverhaltsermittlung als Voraussetzung einer richtigen Entscheidung *Briehl*, Entscheiden, S. 37.

⁷⁷⁷ Foerster, VR, 1989, 226 (227).

⁷⁷⁸ Wenn das Verfahren, welches zu einer Entscheidung führt gerecht ist, ist auch die Entscheidung gerecht, selbst wenn sie materiell rechtswidrig ist, (Henckel, Gerechtigkeitswert, S. 24, für den Zivilprozess).

Dass die auf einem fehlerhaften Verfahren beruhende Entscheidung allein deswegen rechtswidrig ist, wird durch die Vorschrift nicht in Frage gestellt⁷⁷⁹.

3. Auswirkungen des Grundrechtsschutzes auf das Verfahren

Nun wird untersucht, welche Auswirkungen es auf die Ausgestaltung des Personalauswahlverfahrens im öffentlichen Dienst hat, wenn es auch dessen Aufgabe ist, das Grundrecht aus Art. 33 II GG zu schützen. Dazu werden in einem ersten Schritt die Anforderungen des Grundrechtsschutzes durch Verfahren auf die Sachverhaltsermittlung in sämtlichen Verwaltungsverfahren erörtert. In einem zweiten Schritt werden die gefundenen Ergebnisse soweit möglich auf Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst angewandt.

a. Allgemeine Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung

Wenn der Grundrechtsschutz durch das Verwaltungsverfahren erfolgen soll, so muss dieses praktikabel und effizient sein⁷⁸⁰, damit „eine materiell-rechtlich korrekte Entscheidung“⁷⁸¹, eine „grundrechtsgemäß[e]“ Entscheidung⁷⁸² getroffen werden kann.

Dies ist der Fall, wenn das Verwaltungsverfahren den State of the Art berücksichtigt. An der Pflicht, State of the Art vorzugehen, ändert auch nichts, dass die Ausgestaltung der Sachverhaltsermittlung gemäß § 24 I S. 2 VwVfG im Ermessen der Behörde liegt. Denn dieses Ermessen ist nicht frei, sondern dient dem Zweck der Ermessensvorschrift, vergleiche § 40 VwVfG. Nach seiner systematischen Stellung ist § 40 VwVfG zwar nur auf die Ermessensentscheidung in einem Verwaltungsakt anwendbar, er bezieht sich aber nach allgemeiner Auffassung auch auf das Verwaltungsverfahren⁷⁸³. Zweck der Ermittlungspflicht kann es nur sein, durch die

⁷⁷⁹ Hufen, DVBl. 1988, 69 (70 f); Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn 1.

⁷⁸⁰ Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 249.

⁷⁸¹ LAG Frankfurt, Urteil vom 23.04.2010 (Az.: 19/3 Sa 47/09) Rn 37.

⁷⁸² Alexy, Theorie, S. 431.

⁷⁸³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 3

Sachverhaltsermittlung richtige Entscheidungen zu ermöglichen⁷⁸⁴ – und das mit angemessenem Aufwand⁷⁸⁵. Also muss das Ermessen so ausgeübt werden, dass der festgestellte Sachverhalt taugliche Grundlage für eine richtige Entscheidung ist. Darum müssen im Grundsatz alle Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts genutzt werden⁷⁸⁶. Die Verwaltung muss ihrer Entscheidung alle erheblichen Tatsachen zu Grunde legen⁷⁸⁷. Entscheidungserheblich sind zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen der materiell rechtlichen Norm, auf Grund deren eine Entscheidung getroffen wird⁷⁸⁸. Darüber hinaus sind bei Entscheidungen mit Beurteilungsspielraum alle Tatsachen aufzuklären, die bei der Ausfüllung dieses Beurteilungsspielraums berücksichtigt werden müssen⁷⁸⁹. Welche das sind, richtet sich nach dem Zweck der Entscheidungsnorm⁷⁹⁰. Das ist diejenige Norm, die der Entscheidung zu Grunde liegt⁷⁹¹. Bei Entscheidungen mit Beurteilungsspielraum wie den Personalauswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst⁷⁹² ist daher regelmäßig eine erschöpfende Sachaufklärung erforderlich, zumindest im Rahmen eines vertretbaren Aufwandes⁷⁹³. Eine nur oberflächliche Aufklärung ist stets unzulässig⁷⁹⁴. Es entspricht herrschender Meinung, dass die Pflicht zur Sachverhaltsermittlung durch einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung gesteigert wird⁷⁹⁵.

⁷⁸⁴ Für das richtige Ergebnis als Verfahrenszweck auch *Bergner*, Grundrechtsschutz, S. 118; *V. Mutius*, NJW 1982, 2150 (2151), *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466) und *Schoch*, Verwaltung 25 (1992), 21 (25); *Herzog*, NJW 1992, 2601 (2603), für nützliche Entscheidungen als Zweck staatlichen Handelns.

⁷⁸⁵ Vergleiche Kapitel 4 A. III.

⁷⁸⁶ Brühl, Entscheiden, S. 38; *Goerlich*, Verfahrensgarantien, S. 166, verlangt ein optimales Entscheidungsverfahren.

⁷⁸⁷ Hufen, Fehler, Rn. 120; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 12; Kallerhoff; in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 24 Rn 26.

⁷⁸⁸ Brühl, Entscheiden, S. 38; Sobota, DöV, 1997, 144 (144).

⁷⁸⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 13.

⁷⁹⁰ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 13.

⁷⁹¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 13.

⁷⁹² Siehe Kapitel 3 B. I. 3.

⁷⁹³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 18.

⁷⁹⁴ Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 24 Rn 37.

⁷⁹⁵ BVerfGE 53, 30 (75) (Sondervotum) m. w. N.; Bamberger, VerwArch 93 (2002), S. 217 (229); *Bergner*, Grundrechtsschutz, S. 97 f; Held, Grundrechtsbezug, S. 43 f; Hufen, Fehler, Rn. 40; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 18; *v. Mutius*, NJW 1982, 2150 (2158); *Pietzcker*, VVDStRL 41, 193 (212); *Schoch*, Verwaltung 25 (1992), 21 (28); *Wahl*, VVDStRL 41, 151 (170); nur auf Ermessensentscheidungen eingehend *Brühl*, Entscheiden, S. 38; nicht auf die Sachverhaltsaufklärung eingehend, sondern auf die Stellung der Verfahrensbeteiligten *Laubinger*, VerwArch 73, 60 (76); für die Ausgestaltung des Verfahrensverfahrens allgemein *Geis*, Kontrollrechte; in: *Ziekow*, Handlungsspielräume, S. 97 ff (106); *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772 (277).

Die Informationen müssen dabei reliabel und valide gewonnen werden⁷⁹⁶. Die Sachverhaltsermittlung muss demnach State of the Art erfolgen⁷⁹⁷. Welches Verfahren State of the Art ist, unterliegt nicht dem Dafürhalten der Verwaltung, sondern ergibt sich aus der empirischen Wissenschaft. Deswegen hat die Behörde kein Ermessen dahingehend, ob sie State of the Art vorgehen oder den Sachverhalt auf andere Art und Weise ohne wissenschaftliche Grundlage ermitteln möchte. Das Ermessen bezieht sich nur darauf, zwischen anerkannten Methoden zu wählen. Dabei kann es durchaus erforderlich sein, dass sich die Behörde bei der Sachverhaltsermittlung sachverständiger Hilfe bedient⁷⁹⁸. Insbesondere kann eine sachgerechte Verfahrensgestaltung die Hinzuziehung von Psychologen für die Aufklärung der Persönlichkeit eines Menschen verlangen⁷⁹⁹.

Zu der gleichen Schlussfolgerung kann gelangen, wer mit einer Mindermeinung die Akzeptanz der Verwaltungsentscheidung durch die Bürger als Ziel des Verwaltungsverfahrens begreift⁸⁰⁰. Akzeptanz ist demnach von einem Konsens über Verwaltungsentscheidungen zu unterscheiden. Es genügt, dass die Bürger die Verwaltungsentscheidung für vertretbar halten, sie brauchen sie nicht als die richtige anzusehen⁸⁰¹. Akzeptanz lässt sich durch ein Vorgehen State of the Art steigern. Denn zur Erzielung von Akzeptanz benötigt die Verwaltung gute Argumente für ihre Entscheidung⁸⁰². Diese stehen ihr umso mehr zur Verfügung, wenn das Verwaltungsverfahren so durchgeführt wurde, dass es zur Erreichung eines optimalen Ergebnisses die Erkenntnisse der empirischen Wissenschaft berücksichtigt.

⁷⁹⁶ Thieme, Entscheidungen, S. 133.

⁷⁹⁷ So auch *Thieme*, Entscheidungen, S. 134, wenn er schreibt, dass der Entscheider die zuverlässigste und gültigste Methode anwenden soll.

⁷⁹⁸ Hufen, Fehler, Rn. 129; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 27.

⁷⁹⁹ Hufen, Fehler, Rn. 130; für psychologische Sachverständige auch *Foerster*, VR, 1989, 226 (231); vergleiche auch Kapitel 4 A. II. und Kapitel 4 A. IV. 1.

⁸⁰⁰ Akzeptanz als ein Ziel des Verwaltungsverfahrens, *Württemberg*, NJW 1991, 257 (261); zu Kritik hieran Schoch, Verwaltung 25 (1992), 21 (31); ergänzend lässt sich hinzufügen, dass „eine Kompromissfindung durch Prozesse des Aushandelns und der Konsensbildung“ [*Württemberg*, NJW 1991, 257 (261)] dazu führen kann, dass eine Person die Entscheidung schlicht durch besonders entschlossenes Beharren auf den eigenen Interessen zu beeinflussen sucht, denn dadurch mag der Konsens in seine Richtung verschoben werden. Dies würde der Richtigkeit der Entscheidung nicht dienen und damit letztlich auch ihrer Akzeptanz schaden.

⁸⁰¹ *Württemberg*, NJW 1991, 257 (258 f).

⁸⁰² *Württemberg*, NJW 1991, 257 (260).

b. Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung in Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst

Die Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren kann auch auf das Grundrecht aus Art. 33 II GG angewendet werden⁸⁰³. Wie jede Verfassungsnorm ist Art. 33 II GG auf Verwirklichung gerichtet. Das heißt, er enthält auch die Pflicht, ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, das dem Prinzip der Bestenauslese praktische Wirksamkeit verschafft⁸⁰⁴. Hierfür bietet nur ein Verfahren Gewähr, das die Beurteilung der Eignung der Bewerber tatsächlich ermöglicht, denn dies setzt eine „Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers“ voraus⁸⁰⁵. Eine solche Würdigung kann nur auf einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage erfolgen.

Der Gedanke, dass es das Hauptziel des Verwaltungsverfahrens ist, Akzeptanz für die Verwaltungsentscheidung zu bewirken, lässt sich auch fruchtbar machen, wenn man den Hauptzweck des Art. 33 II GG in der Pflicht sieht, die Personalentscheidung sachlich zu begründen⁸⁰⁶. Denn eine solche Begründung ist nur möglich, wenn die Entscheidung nicht auf der Anwendung ungeeigneter personaldiagnostischer Instrumente beruht, welche die Auswahlentscheidung letztlich vom Zufall abhängig machen. Die Einstellungsentscheidung muss wissenschaftlich begründbar sein, also State of the Art.

Daraus folgt, dass die Sachverhaltsermittlung bei Personalauswahlverfahren optimal ausgestaltet werden muss. Diese Forderung wird durch einen Aspekt der allgemeinen Grundrechtslehre gestützt. Danach sind Grundrechte auch Prinzipien⁸⁰⁷. Prinzipien wiederum müssen so gut wie möglich verwirklicht werden. Der Grundrechtsberechtigte hat ein Recht auf einen optimalen Schutz seiner Grundrechte⁸⁰⁸. Wenn ein Grundrecht für seinen Schutz eines Verwaltungsverfahrens bedarf, so hat der Berechtigte Anspruch auf ein Verfahren, das diesen Schutz gewährleistet. Dieser Schutz

⁸⁰³ Höfling, ZBR 1999, S. 73 (73); Lecheler, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, Art 33 Rn 24; Sachs, Besondere Gleichheitsgarantien, in: HStR VIII, § 182 Rn 145

⁸⁰⁴ BremStGH, NVwZ-RR 1993, S. 417 (418); BAG, Urteil vom 21.01.2003 – 9 AZR 72/02- Rn 30; BVerfGE 73, 280 (296), für die insoweit ähnliche Fallgestaltung des Zugangs zu Notarstellen.

⁸⁰⁵ BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 (Az.: 2 BvR 1436/02) Rn 35.

⁸⁰⁶ So BVerwGE 61, 325 (330).

⁸⁰⁷ Alexy, Theorie, S. 122.

⁸⁰⁸ Alexy, Theorie, S. 422.

wird durch ein Verfahren umso besser gewährleistet, je mehr es in der Lage ist, eine sachlich richtige Entscheidung herbeizuführen. Durch die Forderung nach der bestmöglichen Verwirklichung ist bereits ausgesagt, dass es nur um eine Grundrechtsverwirklichung im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Möglichen gehen kann⁸⁰⁹. Der Grundrechtsschutz durch Verfahren verlangt nicht immer, das beste Verfahren hinsichtlich des Schutzes der Grundrechte zu wählen. Die Wahl kann auch durch andere Ziele des Verwaltungsverfahrens beeinflusst werden⁸¹⁰. Dabei sind das Anforderungsprofil, die Bedeutung der Stelle und die Ressourcen der Behörde zu berücksichtigen. Diese Klarstellung verhindert Missverständnisse dahingehend, der öffentliche Dienst müsse einen unverhältnismäßig großen Aufwand für die Personalauswahl betreiben, um den Anforderungen des Art. 33 II GG gerecht zu werden. Die optimale Verwirklichung des Art. 33 II GG soll ihm möglichst geeignete Mitarbeiter zuführen und ihm dadurch helfen, seine Aufgaben zu erfüllen und ihn nicht von seinen Pflichten abhalten⁸¹¹.

Dies wiederum ist nur durch die Anwendung personaldiagnostischer Instrumente State of the Art zu erreichen. Das gilt jedenfalls dann, wenn es der öffentliche Dienst für notwendig erachtet, die charakterliche Eignung seiner Bewerber entscheidend zu berücksichtigen und er sich in einem konkreten Auswahlverfahren nicht auf die leicht festzustellende Befähigung verlassen will.

Damit folgt aus Art. 33 II GG, dass die Verwaltungsverfahren zur Besetzung öffentlicher Ämter, also die Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst, praktikabel und effizient sein müssen.

Auf die konkrete Umsetzung dieser Pflicht in Personalauswahlverfahren wird in Kapitel 4 eingegangen.

⁸⁰⁹ Alexy, Theorie, S. 75 f und S. 100.

⁸¹⁰ Pietzcker, VVDStRL 41, 193 (209).

⁸¹¹ Vergleiche zu Kosten und Nutzen der Personalauswahl auch Kapitel 1 D. IV. und Kapitel 4 A. III.

IV. Zwischenergebnis

Der Staat ist verpflichtet, die Grundrechte zu verwirklichen. Dies kann er nur, wenn er bereits im Verwaltungsverfahren den Schutz der Grundrechte berücksichtigt. Die Beachtung der Grundrechte allein bei Verwaltungsentscheidungen ist nicht ausreichend, weil eine Entscheidung stets nur unter Berücksichtigung des zu Grunde liegenden Sachverhaltes auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten beurteilt werden kann. Der Sachverhalt wird durch das Verfahren festgelegt. Wenn ein falscher Sachverhalt festgelegt wird, kann das Ergebnis nicht richtig sein. Dabei ist der Sachverhalt niemals objektiv wahr. Um aber als Sachverhalt akzeptiert zu werden, muss er möglichst umfassend ermittelt werden. Dies verlangt, dass bei seiner Ermittlung optimal vorgegangen wird. Dazu muss der Stand von Wissenschaft und Technik beachtet werden. Für die Eignungsfeststellung bei dem Zugang zu öffentlichen Ämtern bedeutet dies ein Verfahren gemäß dem State of the Art der Eignungsdiagnostik.

B. Art. 19 IV GG

Auch aus Art. 19 IV GG können sich Anforderungen an das Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst ergeben. Art. 19 IV GG gewährt das Recht, jeden Akt der öffentlichen Gewalt gerichtlich überprüfen zu lassen. Akte der öffentlichen Gewalt sind auch Personalentscheidungen für den öffentlichen Dienst. Es ist zu prüfen, ob Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst so ausgestaltet werden müssen, dass diese gerichtliche Kontrolle wirksam ist. Dazu wird zunächst die gerichtliche Kontrolle von Personalauswahlentscheidungen dargestellt. Dabei wird es vor allem darauf ankommen, näher auf den der Verwaltung nach ganz herrschender Meinung zustehenden Beurteilungsspielraum einzugehen, denn dieser beeinflusst maßgeblich den Umfang der gerichtlichen Kontrolle.

Anschließend wird geprüft, wie die gerichtliche Kontrolle von Personalauswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst verbessert werden kann.

Art. 19 IV GG ist ein Grundrecht⁸¹². Es gewährleistet gerichtlichen Schutz gegen Eingriffe in eigene Rechte⁸¹³. Grundrechtsträger ist jedermann, nicht nur Deutsche⁸¹⁴, was sich aus dem Wortlaut zwingend ergibt.

Das Grundrecht schützt vor der öffentlichen Gewalt. Dazu gehören Handlungen der vollziehenden Gewalt⁸¹⁵, nicht aber Handlungen des Gesetzgebers⁸¹⁶ oder der Rechtsprechung⁸¹⁷. Auch bei Handlungen gegenüber seinen Beamten übt der Staat öffentliche Gewalt aus⁸¹⁸. Öffentliche Gewalt legt aber nur bei hoheitlichem Handeln vor, also dann nicht, wenn sich der Staat Privatrechtsformen bedient⁸¹⁹. Daraus folgt, dass sich für die öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform, deren Bindung an Art. 33 II GG oben bejaht wurde⁸²⁰, aus Art. 19 IV GG keine Pflichten hinsichtlich ihrer Personalauswahlverfahren ergeben.

Wichtig ist, dass Art. 19 IV GG nicht nur die schlichte Anrufung eines Gerichts garantiert, sondern auch gewährleistet, dass dessen Kontrolle wirksam ist⁸²¹. Dies wird sichergestellt durch einen Rechtsverletzungen tatsächlich verhindernden Rechtsschutz⁸²².

I. Beurteilungsspielräume und Art. 19 IV GG

Ein besonderes Problem bei Art. 19 IV GG ist die Zulässigkeit von Beurteilungsspielräumen.

⁸¹² Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 1 mit weiteren Nachweisen.

⁸¹³ Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 2.

⁸¹⁴ Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 23.

⁸¹⁵ Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 154 Rn 32.

⁸¹⁶ BVerfGE 45, 297 (334); a. A. Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 40.

⁸¹⁷ Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 43 m. w. N.

⁸¹⁸ Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 38.

⁸¹⁹ Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 27.

⁸²⁰ Siehe Kapitel 2 F. II. 3.

⁸²¹ Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 460.

⁸²² Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 467.

1. Begriff des Beurteilungsspielraums

Ein Beurteilungsspielraum liegt vor, wenn der Tatbestand eines Gesetzes einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält und der Behörde ein Spielraum bei der Beurteilung des Vorliegens dieses Tatbestandsmerkmals zusteht.

Ein Beurteilungsspielraum unterscheidet sich somit von einem Ermessen dadurch, dass die Behörde beim Ermessen auf Grund eines erfüllten Tatbestandes mehrere Entscheidungsoptionen hat. Im Gegensatz dazu muss die Behörde beim Beurteilungsspielraum erst beurteilen, ob der Tatbestand überhaupt erfüllt ist⁸²³. Selbstverständlich können beide gesetzestechnischen Instrumente auch kombiniert werden.

Der Begriff des Beurteilungsspielraums ist für das vorliegende Problem der geläufigste und soll deshalb im Folgenden benutzt werden. Die ebenfalls verwendeten Begriffe „Beurteilungsermächtigung“, „Bewertungsspielraum“, und „Beurteilungs- bzw. Einschätzungsprärogative“ seien hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt⁸²⁴.

Wenn ein Beurteilungsspielraum vorliegt, können die Gerichte nur überprüfen, ob seine Grenzen tatsächlich eingehalten wurden, ob also die Beurteilung der Behörde auf einer pflichtgemäßen Abwägung beruht⁸²⁵. Das Gericht kann dabei feststellen, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen des Beurteilungsspielraums verkennt, der Beurteilung einen unrichtigen Tatbestand zu Grunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat⁸²⁶.

Die Gerichte müssen zudem die Tatsachen überprüfen, aus denen sich die Beurteilung der Behörde speist⁸²⁷.

⁸²³ Pache, Beurteilungsspielraum, S. 34.

⁸²⁴ Näher siehe Lampe, Prüfungsentscheidungen, S. 58.

⁸²⁵ Bachof, JZ 1955 S. 97 (100).

⁸²⁶ BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010 (Az: 1 WB 52/08), Rn 24 (ständige Rechtsprechung).

⁸²⁷ Bachof, JZ 1955 S. 97 (100 f); Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rn 221; Ule, Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, S. 326.

2. Voraussetzungen eines Beurteilungsspielraums

Nun gewährt Art. 19 IV GG aber im Grundsatz eine vollständige und lückenlose richterliche Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht⁸²⁸ und damit auch, dass alle Rechtsbegriffe, auch die unbestimmten, gerichtlich voll überprüfbar sind⁸²⁹. Des Weiteren sind Beurteilungsspielräume eine Einschränkung des Grundsatzes, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss⁸³⁰. Als Ausnahmen von diesen Grundsätzen müssen Beurteilungsspielräume der Verwaltung gemäß dem Ziel eines möglichst umfassenden Grundrechtsschutzes eng gefasst werden. Sie dürfen deshalb nur insoweit anerkannt werden, als sie notwendig sind⁸³¹.

Die Existenz von Beurteilungsspielräumen für die Verwaltung ist anerkannt⁸³², wenn die Letztentscheidung über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals bei der Verwaltung liegt⁸³³.

Ob die Letztentscheidungsbefugnis über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals bei der Verwaltung liegt, wird an Hand mehrerer Bedingungen bestimmt.

Erste Bedingung für das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums ist ein unbestimmter Rechtsbegriff⁸³⁴.

Weitere Voraussetzung für einen Beurteilungsspielraum ist, dass eine Norm der Verwaltung die letzte Entscheidung über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals überantwortet, sogenannte „normative Ermächtigung“. Ein Beurteilungsspielraum beruht somit auf der Ermächtigung

⁸²⁸ Herzog, NJW 1992, 2601 (2602); Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 68.

⁸²⁹ Bamberger, VerwArch 93 (2002), S. 217 (227); Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 506; Kopp/Schenke, VwGO, § 114 Rn 24 f; Pache, Beurteilungsspielraum, S. 37; Reimann, Beurteilungsspielraum, S. 206.

⁸³⁰ Pache, Beurteilungsspielraum, S. 36 f; zur grundsätzlichen Kritik daran *Hain*, Beurteilungsspielraum, S. 38; dagegen wiederum *Papier*, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 70.

⁸³¹ Herzog, NJW 1992, 2601 (2602).

⁸³² Statt vieler: Kopp/Schenke, VwGO, § 114 Rn 24.

⁸³³ Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 10 Rn 90.

⁸³⁴ Pache, Beurteilungsspielraum, S. 35.

durch den Gesetzgeber⁸³⁵. Diese wird selten ausdrücklich erteilt⁸³⁶. Ob sie vorliegt, kann daher regelmäßig nur durch Auslegung ermittelt werden. Aus dem Rechtsstaatsgebot ergibt sich allerdings eine Vermutung gegen einen Beurteilungsspielraum⁸³⁷. Der Gesetzgeber ist an Art. 19 IV GG gebunden und gewährt daher nur einen Beurteilungsspielraum, wenn er notwendig ist. Nur wenn Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass die Verwaltung ihre Entscheidung besonders sachgerecht trifft und wenn diese Entscheidung wegen der besonderen Art ihres Zustandekommens von einem Gericht nicht nachvollzogen werden kann, dann ist ein Beurteilungsspielraum anzunehmen⁸³⁸.

Kriterien⁸³⁹ für die Erfüllung dieser Bedingungen sind nach herrschender Meinung eine besondere Qualifikation der Beurteiler, ihre Tätigkeit in einem speziell zusammengesetzten, weisungsfreien Gremium⁸⁴⁰, die Höchstpersönlichkeit und Unvertretbarkeit einer Beurteilung sowie die fehlende Wiederholbarkeit der Beurteilungssituation⁸⁴¹.

Einen weiteren Grund für einen Beurteilungsspielraum in Prüfungssituationen hat das Bundesverfassungsgericht angeführt⁸⁴². Die Beschwerdeführer hatten jeweils an juristischen Staatsprüfungen teilgenommen. Sie hielten ihre Noten in diesen Prüfungen für unrechtmäßig und klagten eine bessere Bewertung ein.

Das Bundesverfassungsgericht wies die letztendlich erhobenen Verfassungsbeschwerden als unbegründet ab. Unter anderem verstoße es gegen den Grundsatz der Chancengleichheit, wenn einzelne Kandidaten, indem sie ein Gericht anrufen, eine autonome Bewertung außerhalb des Vergleichsrahmens der anderen Kandidaten erhielten⁸⁴³.

⁸³⁵ BVerfGE 61,82 (111); Bamberger, VerwArch 93 (2002), S. 217 (223); Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 514; Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772 (774).

⁸³⁶ Bamberger, VerwArch 93 (2002), S. 217 (223, 226); Pache, Beurteilungsspielraum, S. 39.

⁸³⁷ Bachof, JZ 1955 S. 97 (100); Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 10 Rn 90.

⁸³⁸ Kopp/Schenke, VwGO, § 114 Rn 25.

⁸³⁹ Im Überblick dazu Pache, Beurteilungsspielraum, S. 41.

⁸⁴⁰ Papier, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 78; aA Geis, Kontrolldichte; in: Ziekow, Handlungsspielräume, S. 99.

⁸⁴¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 72 f.

⁸⁴² BVerfGE 84, 34.

⁸⁴³ BVerfGE 84, 34 (52).

Zusammenfassend ist ein Beurteilungsspielraum zu gewähren, wenn die Gerichtsentscheidung keine größere Richtigkeitsgewähr bietet als die Verwaltungsentscheidung⁸⁴⁴. Anderenfalls wäre es so, als „wenn das problematische Urteil der Verwaltung durch ein nicht weniger problematisches Urteil des Verwaltungsgerichts ersetzt“ werde⁸⁴⁵.

3. Beurteilungsspielraum bei Personalauswahlentscheidungen

Nun ist zu klären, ob der Verwaltung bei Personalauswahlentscheidungen ein Beurteilungsspielraum zusteht und, sollte dies der Fall sein, welchen Inhalt er hat.

a. Begründung des Beurteilungsspielraumes bei Personalauswahlentscheidungen

Beim Begriff der „Eignung“ (im weiteren Sinne) handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Wer geeignet ist, lässt sich nicht objektiv feststellen, sondern setzt eine Wertung und Prognose durch den Entscheider voraus.

Nun ist zu fragen, ob der Verwaltung die Letztentscheidung über Bewerbungen für den öffentlichen Dienst überantwortet ist.

Gegen die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraumes spricht indiziell eine starke Grundrechtsbetroffenheit⁸⁴⁶. Das Grundrecht aus Art. 33 II GG entfaltet kaum Wirkung, wenn die Auswahlentscheidung nicht gemäß Art. 33 II GG getroffen wird⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ Herzog, NJW 1992, 2601 (2604); vergleiche dazu auch *Bauer*, Gerichtsschutz, S. 136.

⁸⁴⁵ Jarosch, DVBl. 1954, 521 (525).

⁸⁴⁶ Burke, DVBl. 1994, 994 (997); Geis, Kontrolldichte; in: Ziekow, Handlungsspielräume, S. 97 ff (100).

⁸⁴⁷ *Becker*, Beurteilungsspielraum, S. 657 spricht vom „Hinwegretuschieren elementarer grundrechtlicher Gewährleistungen“; bezogen auf die Beurteilung der Verfassungstreue. Vergleiche zur Abhängigkeit der Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 33 II GG auch Kapitel 3 A. III. 2. a.

Für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraumes der Verwaltung sprechen hingegen mehrere Gründe.

Das Argument, nur ein Beurteilungsspielraum gewähre der Verwaltung die notwendige Flexibilität⁸⁴⁸, kann allerdings nicht überzeugen. Durch einen Beurteilungsspielraum wird die Verwaltung nicht flexibel. Vielmehr muss sie ihre Entscheidung alleine am Recht ausrichten, also dem Leistungsprinzip in der Personalauswahl. Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung führt lediglich dazu, dass die Rechtskontrolle durch die Gerichte eingeschränkt ist. Keinesfalls heißt dies aber, dass die Rechtsbindung der Verwaltung eingeschränkt ist⁸⁴⁹. Der Verwaltung steht hier keine freie Entscheidung zu, sondern sie bleibt vielmehr bei der Personalauswahl an Recht und Gesetz gebunden, vor allem an Art. 33 II GG. Solche Personalentscheidungen finden nicht im „rechtsfreien Raum“⁸⁵⁰ statt.

Die Beurteilung eines Menschen ist, wie bereits mehrfach erwähnt, ein derart komplexer Vorgang, dass eine umfassende Bewertung der Persönlichkeit im Sinne einer vollständigen, abschließenden Beurteilung unmöglich ist, zumal in einem maximal drei Tage dauernden Auswahlverfahren. Die Bewertung eines Menschen als charakterlich geeignet kann daher niemals das Ergebnis einer Subsumtion von Tatsachen unter einen Tatbestand sein. Vielmehr handelt es sich stets um eine Prognose auf Grund unvollständiger Tatsachenkenntnis. Daher ist ein Gericht grundsätzlich nicht in der Lage, die Eignung eines Menschen besser zu beurteilen als die Verwaltung⁸⁵¹. Beide sind letztlich auf ihren subjektiven persönlichen Eindruck angewiesen⁸⁵². In diesem Fall sprechen zwei Gründe dafür, die Letztentscheidungskompetenz entgegen Art. 19 IV GG⁸⁵³ den öffentlichen Arbeitgebern zu überantworten. Erstens ist die ureigene Aufgabe eines Arbeitgebers, sich seine Mitarbeiter auszuwählen. Zweitens ist er es auch, der mit ihnen zusammenarbeiten muss. Deswegen ist die Eignungsbeurteilung dem

⁸⁴⁸ Jung, Zugang zum öffentlichen Dienst, S. 162.

⁸⁴⁹ Krebs, Kontrolle, S. 94; Pache, Beurteilungsspielraum, S. 42.

⁸⁵⁰ Rechtshof der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen, NVwZ 1991, 207 (208).

⁸⁵¹ Vergleiche aber Kapitel 3 B. I. 3. b.

⁸⁵² Zur Eignungsbeurteilung als persönlicher Eindruck vergleiche *BVerfGE*, 39, 334 (353) und *BAGE* 33, 43 (50 f).

⁸⁵³ Zu Art. 19 IV GG als Kompetenznorm vergleiche *Papier*, Rechtsschutzgarantie, in: HStR VIII, § 177 Rn 6.

Arbeitgeber vorbehalten⁸⁵⁴. Zum anderen ist die Verwaltung auch sachnäher. Sie hat das Anforderungsprofil entwickelt, an Hand dessen die Eignung beurteilt wird. Die Verwaltung kennt die zu besetzende Stelle. Sie muss zudem eine Vielzahl von Mitarbeitern auswählen, so dass sie regelmäßig über eine gewisse Erfahrung verfügt, die ihr die Eignungsbeurteilung erleichtert⁸⁵⁵.

Schließlich ist auch das Argument der Chancengleichheit, welches das Bundesverfassungsgericht für Prüfungsentscheidungen entwickelt hat⁸⁵⁶, auf Auswahlverfahren im öffentlichen Dienst übertragbar. Es handelt sich um eine prüfungsähnliche Situation. Statt um die Beurteilung fachspezifischer Kenntnisse bei einer Prüfung geht es hier um die Beurteilung der Persönlichkeit. Natürlich sind auch fachliche Qualifikationen (Befähigung) Teil des Auswahlverfahrens. Sie stehen aber regelmäßig nicht im Mittelpunkt der Eignungsfeststellung, weil sie meist bereits vor dem Auswahlverfahren geprüft wurden und mittels Zeugnissen in das Auswahlverfahren einfließen. Wie bei Prüfungssituationen soll die Beurteilung in kurzer Zeit in einer eigens für diesen Zweck konstruierten Situation erfolgen. Schließlich kann die Besteignung nur relativ zu den anderen Bewerbern festgestellt werden⁸⁵⁷.

Im Ergebnis erscheint es daher sachgerechter, dem Gericht nicht die Letztentscheidung zu überantworten, sondern der anstellenden Organisation einen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen⁸⁵⁸.

Dieses Ergebnis entspricht auch der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung⁸⁵⁹ und Literatur⁸⁶⁰.

⁸⁵⁴ BVerwGE 86, 244 (245).

⁸⁵⁵ Auch *König*, *Moderne öffentl. Verwaltung*, S. 364 begründet den Beurteilungsspielraum mit der besonderen Sachkunde der Verwaltung.

⁸⁵⁶ Siehe Kapitel 3 B. I. 2.

⁸⁵⁷ BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09), Rn 23.

⁸⁵⁸ Die Chancengleichheit als Argument für einen Beurteilungsspielraum auch *BAG*, NJW 1976, 1708 (1708).

⁸⁵⁹ BVerfGE 39, 334 (353 f); BVerwGE 11, 139 (139 f); BVerwGE 61, 325 (330); BVerwGE 68, 109 (110); BVerwGE 86, 244 (246); BAGE 33, 43 (50 f).

⁸⁶⁰ Statt vieler: Masing, in: *Dreier*, GG, Art 33 Rn 45; dagegen aber *Lecheler*, in: *Fri-auf/Höfling*, *Berliner Kommentar*, Art 33 Rn 20.

b. Inhalt des Beurteilungsspielraumes bei Personalauswahlentscheidungen

Der Beurteilungsspielraum bei Personalauswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst bezieht sich auf die Gewichtung innerhalb der Beurteilungstrias Befähigung, Eignung und fachliche Leistung⁸⁶¹, auf die Bestimmung des konkreten Gehaltes der Kriterientrias für ein Auswahlverfahren⁸⁶², also letztlich auf die Festlegung des Anforderungsprofils⁸⁶³, und schließlich auf den Grad der Übereinstimmung des Profils der Bewerber mit dem Anforderungsprofil⁸⁶⁴. Dieser Beurteilungsspielraum ist „weit“⁸⁶⁵, wenn auch „pflichtgemäß“⁸⁶⁶.

Kein Beurteilungsspielraum liegt vor hinsichtlich der Tatsachen, die unter das Tatbestandsmerkmal subsumiert werden⁸⁶⁷, also nicht hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts. Tatsachen sind keine Wertung, sie liegen entweder vor oder sie liegen nicht vor. Bereits daraus ergibt sich, dass die Ausgestaltung des Personalauswahlverfahrens gerichtlich überprüfbar ist⁸⁶⁸, denn in ihm werden die Tatsachen ermittelt, die der Eignungsfeststellung zu Grunde liegen.

Kein Beurteilungsspielraum liegt auch hinsichtlich der Auslegung eines Tatbestandsmerkmals vor⁸⁶⁹. Dies wäre auch unsinnig, denn es ist die Aufgabe von Gerichten, Tatbestandsmerkmale auszulegen. Der Verwaltung in diesen Fällen einen Beurteilungsspielraum zuzubilligen, würde nur dazu führen, die Auslegung einer sachferneren Stelle zu überlassen.

Ein Gericht kann also den Begriff der Eignung definieren und entscheiden, welche Tatsachen der Eignungsbeurteilung zu Grunde zu legen sind.

⁸⁶¹ OVG Greifswald, ZBR 2002, 405; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 22.

⁸⁶² Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 22.

⁸⁶³ BVerfG, NVwZ 2008, 69 (70).

⁸⁶⁴ Willke, Psychologische Eignungstests, S. 107.

⁸⁶⁵ BVerwGE 61, 325 (330).

⁸⁶⁶ BVerwGE 68, 109 (110).

⁸⁶⁷ Bamberger, VerwArch 93 (2002), S. 217 (228); Pache, Beurteilungsspielraum, S. 45; a.A. Riemann, Beurteilungsspielraum, S. 208; Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn 356.

⁸⁶⁸ AA wohl *Höfling*, ZBR 1999, S.73 (75 f); das Gericht ist aber sehr wohl befugt, ein nach empirischen Erkenntnissen besseres Auswahlverfahren für sachgerechter zu halten. Wie hier auch *Lorse*, ZTR 2006, S. 14 (22), der der Rechtsprechung freilich vorwirft, sich gerade nicht genügend mit der Eignungsdiagnostik auseinanderzusetzen.

⁸⁶⁹ Bamberger, VerwArch 93 (2002), S. 217 (230); Pache, Beurteilungsspielraum, S. 44 f; Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn 365.

Dass die Gerichte überprüfen können, ob die Verwaltung bei der Personalauswahl State of the Art vorgegangen ist, ergibt sich aber auch aus den Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen.

Der entscheidende Grund für einen Beurteilungsspielraum entfällt, wenn Gerichts- und Verwaltungsentscheidung nicht mehr austauschbar sind. Dann also, wenn die Gerichtsentscheidung eben doch eine größere Richtigkeitsgewähr bietet als die Verwaltungsentscheidung⁸⁷⁰. Hiervon ist auszugehen, wenn die Verwaltung bei der Sachverhaltsermittlung den State of the Art nicht beachtet. Dann kann das Gericht nicht nur einfach seine Wertung an Stelle derjenigen der Verwaltung setzen, sondern kann bei seiner eigenen Sachverhaltsermittlung –gegebenenfalls mittels Sachverständiger- selbst State of the Art vorgehen. Das dann gefundene Ergebnis sollte richtiger sein als das der Verwaltung. In diesen Fällen besteht folglich kein Grund, die Entscheidung bei der Exekutive als dem Organ mit der angeblich höheren Sachkompetenz zu belassen⁸⁷¹, wenn diese selbst inkompetent, also nicht State of the Art, vorgeht. Wenn der Bürger aber die Chance besitzt, sein Recht vor Gericht durchzusetzen, ist es mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG unvereinbar, ihm dieses Recht mit Hinweis auf einen Beurteilungsspielraum zu verweigern. Die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums setzt besonderen Sachverstand bei der Exekutive voraus⁸⁷². Der Verwaltung steht deshalb kein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Qualität der von ihr eingesetzten personaldiagnostischen Instrumente zu. Sie muss die Beurteilungsmethode wählen, welche „die denkbar beste praktisch zu verwirklichende Gewährleistung für ein richtiges Urteil“ bietet⁸⁷³. Dadurch wird der Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei der Eignungsbeurteilung keineswegs negiert; dieser kann aber nur dort bestehen, wo seine Voraussetzungen vorliegen⁸⁷⁴. Dies ist hinsichtlich der Gestaltung des Personalauswahlverfahrens State of the Art nicht der Fall, denn bei dieser handelt es sich weder um höchstpersönliche noch um

⁸⁷⁰ Oder sogar, wenn die Gerichtsentscheidung nur die gleiche Richtigkeitsgewähr bietet wie die Verwaltungsentscheidung, *Herzog*, NJW 1992, 2601 (2604).

⁸⁷¹ Zu dieser Begründung für einen Beurteilungsspielraum, siehe *Herzog*, NJW 1992, 2601 (2603).

⁸⁷² *Burke*, DVBl. 1994, 994 (997).

⁸⁷³ *Kellner*, NJW 1966, 857 (859).

⁸⁷⁴ *Herzog*, NJW 1992, 2601 (2602 f), hinsichtlich des Prüfungsrechts.

unvertretbare Entscheidungen. Es gibt nämlich keinen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob die Verwaltung gut oder schlecht handeln soll.

Weiterhin stellen Beurteilungsspielräumen Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 19 IV GG dar⁸⁷⁵, denn dieser gewährt im Grundsatz das Recht auf eine vollständige Überprüfung des Rechts und der Tatsachen. Dieses Recht wird durch Beurteilungsspielräume beschränkt. Deshalb müssen Beurteilungsspielräume verhältnismäßig sein⁸⁷⁶. Dies verlangt zunächst, dass ein Beurteilungsspielraum geeignet sein muss, und zwar geeignet für den jede Verwaltungsentscheidung leitenden Zweck, eine richtige Entscheidung zu treffen⁸⁷⁷. Der Beurteilungsspielraum muss also von der Verwaltung für eine richtige Entscheidung genutzt werden. Diesem Ziel folgt sie, indem sie alle ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nutzt. Je besser die Erkenntnisgrundlage, umso geringer die Fehleranfälligkeit der auf ihr beruhenden Wertung.

4. Zusammenfassung der gerichtlichen Kontrolle

Der Verwaltung ist bei der Beurteilung der Eignung von Bewerbern für öffentliche Ämter ein Spielraum zugewiesen. Dieser umfasst weder die Definition des Eignungsmerkmals, noch die Feststellung des Sachverhalts, welcher der Eignungsbeurteilung zu Grunde liegt. Er umfasst lediglich die Subsumtion des Sachverhalts unter den Eignungsbegriff. Diese Subsumtion beinhaltet einerseits die Festlegung des Anforderungsprofils und andererseits die Übereinstimmung von Bewerberprofil mit dem Anforderungsprofil.

Die prozessualen Probleme bei der Durchsetzung des Anspruchs aus Art. 33 II sind nicht Gegenstand dieser Arbeit. Allerdings wird auf die umstrittene Frage, ob die Anforderungsprofile einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen noch unter Kapitel 4 A. I. 1. eingegangen.

⁸⁷⁵ Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 514.

⁸⁷⁶ Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772 (276).

⁸⁷⁷ Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772 (276).

II. Vorwirkungen des Art. 19 IV GG auf das Verwaltungsverfahren

Dieser verleiht ein größeres Recht als das, gegen Akte der öffentlichen Gewalt ein Gericht anzurufen. Er verlangt auch, dass dieser Rechtsschutz wirksam sein muss⁸⁷⁸. Der Bürger muss daher die Chance haben, sein Recht auch tatsächlich durchzusetzen. Daraus ergeben sich aber Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren. Dieses darf nicht so ausgestaltet werden, dass es dem Bürger praktisch unmöglich gemacht wird, vor Gericht zu obsiegen⁸⁷⁹. Insbesondere ist überprüfbar, inwieweit die Verwaltung den Sachverhalt richtig aufgeklärt hat⁸⁸⁰.

Dass wegen Art. 19 IV GG gewisse Vorkehrungen getroffen werden müssen, um dem unterlegenen Bewerber rechtzeitigen Rechtsschutz zu ermöglichen, weshalb er insbesondere vor der endgültigen Auswahlentscheidung informiert werden muss, um wirksamen einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können, ist allgemein anerkannt⁸⁸¹. Hier interessiert jetzt, ob das Verwaltungsverfahren so durchgeführt werden muss, dass den Gerichten eine wirksame Kontrolle der Verwaltungsentscheidung möglich ist. Oder anders gefragt: Muss das Auswahlverfahren so gestaltet werden, dass eine Kontrolle der Ausübung ihres Beurteilungsspielraumes durch die Verwaltung möglich ist?

1. Mit Art. 19 IV GG unvereinbare Personalauswahlverfahren

Bei einem formlosen Personalauswahlverfahren, bei dem den persönlichen Eindrücken der Entscheider die überragende Bedeutung zukommt, ist der gerichtliche Rechtsschutz hinsichtlich des Rechts aus Art. 33 II GG wenig wirksam⁸⁸². Das Urteil des *Bundesverwaltungsgerichts* vom 07.05.1981⁸⁸³ legt eindrucksvoll Zeugnis davon ab, wie der Bürger bei einem solchen Auswahlverfahren praktisch rechtsschutzlos gestellt wird. Der Kläger hatte

⁸⁷⁸ BVerfGE 84, 34 (49).

⁸⁷⁹ BVerfGE 61, 82 (110); Held, Grundrechtsbezug, S. 41 f; Huber; in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 489.

⁸⁸⁰ Kopp, Verfassungsrecht, S. 152 f.

⁸⁸¹ Statt vieler Hube, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 19 Rn 495; siehe auch Kapitel 2 G. III. 2. h.

⁸⁸² Vergleiche *Bryde*, DÖV 1981, S. 193 (197), zu Prüfungsentscheidungen bei denen „der eigentliche Kern der Benotungsentscheidung als pädagogisch-wissenschaftliches Werturteil unüberprüfbar bleibt“.

⁸⁸³ BVerwG, DVBl. 1982, 198 f.

sich bei dem Auswärtigen Amt beworben. Es waren 42 Stellen zu besetzen. Dabei erreichte der Kläger in dem aus schriftlichen und mündlichen Teilen zusammengesetzten Auswahlverfahren die Platzziffer 24. Das Gericht erachtete die Ablehnung des Bewerbers mit der Begründung, sein persönlicher Eindruck habe in der mündlichen Prüfung „relativ wenig überzeugt“, als ausreichend⁸⁸⁴. Daneben hatte das Auswärtige Amt noch weitere Gründe für die Ablehnung angeführt, unter anderem die fehlenden Prädikatsexamina des Klägers.

Solche Begründungen werden den Grundrechten aus Art. 33 II GG und Art. 19 IV GG nicht gerecht. Wie soll sich ein Bewerber gegen die Behauptung zur Wehr setzen, sein persönlicher Eindruck sei wenig überzeugend? Soll er etwa vortragen, sein persönlicher Eindruck sei überzeugend gewesen?

Genau dies versuchte der Kläger in folgendem Fall des *Bundesverwaltungsgerichts*⁸⁸⁵: Er hatte sich beim Bundesnachrichtendienst als Beamter auf Probe beworben. In dem im Rahmen des Auswahlverfahrens durchgeführten Interview gelangte die Interviewerin zu dem Eindruck: „...er werde in Fragen seiner künftigen Verwendung und im Zusammenhang mit möglichen Beförderungen in keiner Weise kompromissbereit sein. Er habe eine teilweise sehr unkritische Selbsteinschätzung. Während des Gesprächs sei er latent aggressiv gewesen.“⁸⁸⁶ Der Kläger trug nun vor, dass „er in dem Vorstellungsgespräch nicht kompromisslos, latent aggressiv und überheblich aufgetreten sei.“⁸⁸⁷ Die Klage wurde abgewiesen, weil der persönliche Eindruck keine Tatsache und deshalb dem Beweis nicht zugänglich sei⁸⁸⁸. Denn „Nuancen des Gesprächsverlaufs und des Auftretens des Bewerbers, aus denen der Gesprächsführer für ihn ungünstige Schlüsse gezogen hat, lassen sich nur unvollkommen erfassen.“⁸⁸⁹

Wenn die Persönlichkeit als zentrales Eignungsmerkmal formlos festgestellt wird und der Arbeitgeber unkontrolliert die Persönlichkeit hö-

⁸⁸⁴ Derart nicht nachvollziehbare Begründungen scheinen auch heute noch üblich zu sein, wie das Beispiel der Begründung der Ablehnung von Bewerbern bei der Bundesagentur für Arbeit zeigt: „Sie konnten im strukturierten Interview nicht überzeugen“ [Schweiger, ZBR 2006, 25 (26)].

⁸⁸⁵ BVerwG, Urteil v. 30.01.2003 (Az.: 2 A 1.02).

⁸⁸⁶ BVerwG, Urteil v. 30.01.2003 (Az.: 2 A 1.02) Rn 1.

⁸⁸⁷ BVerwG, Urteil v. 30.01.2003 (Az.: 2 A 1.02) Rn 14.

⁸⁸⁸ BVerwG, Urteil v. 30.01.2003 (Az.: 2 A 1.02) Rn 15.

⁸⁸⁹ BVerwG, Urteil v. 30.01.2003 (Az.: 2 A 1.02) Rn 13.

her als die Befähigung und die fachliche Leistung gewichten darf⁸⁹⁰, dann wird die Persönlichkeit des Bewerbers zum „fliegenden Teppich“, mit dem sich jede Auswahlentscheidung rechtfertigen lässt.

2. Mit Art. 19 IV GG vereinbare Personalauswahlverfahren

Die Verwaltung muss das Auswahlverfahren so ausgestalten, dass der Betroffene eine eventuelle Klage begründen kann⁸⁹¹. Nun hat der unterlegene Bewerber aber, wie dargestellt, oftmals keine Möglichkeit auf wirksamen Rechtsschutz.

Aus dieser rechtsschutzlosen Situation kann ein Bewerber nur befreit werden, wenn der persönliche Eindruck der Auswählenden soweit verbalisiert wird, dass dieser einer Überprüfung zumindest ansatzweise zugänglich ist. Das Auswahlverfahren muss mithin so gestaltet werden, dass die Tatsachen, auf denen der persönliche Eindruck beruht, überprüfbar sind. Die auf ihnen beruhenden Schlussfolgerungen müssen zumindest nachvollziehbar sein. Assessment-Center und Interviews, welche sich allein auf den persönlichen Eindruck der Auswählenden verlassen, genügen diesen Anforderungen nicht⁸⁹². Insoweit ist es zutreffend, wenn das *OVG Lüneburg* feststellt, dass sich die Ergebnisse von strukturierten Auswahlgesprächen „einer gerichtlichen Feststellung entziehen“⁸⁹³. Allerdings liegt dann auch die Schlussfolgerung nahe, dass solche Auswahlgespräche mit Art. 19 IV GG unvereinbar sind⁸⁹⁴, weil durch das gewählte Verwaltungsverfahren, das heißt die gewählte Art und Weise der Sachverhaltsermittlung, kein Rechtsschutz mehr möglich ist.

Wenn aber die besseren Gründe für einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung sprechen⁸⁹⁵ und das Grundrecht aus Art. 33 II GG völlig von der Auswahlentscheidung abhängt, kann auch nicht die volle Überprüfbarkeit

⁸⁹⁰ So *OVG Greifswald*, ZBR 2002, 405.

⁸⁹¹ BVerfG, NVwZ 2007, 1178 (1179) für die Pflicht zur schriftlichen Niederlegung der Entscheidungsgründe.

⁸⁹² Dazu, dass sich mit diesen Instrumenten „jedwedes Ergebnis erzielen“ lässt, *Schweiger*, ZBR 2006, 25 (29).

⁸⁹³ *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2007, 540 (542).

⁸⁹⁴ So ausdrücklich Adam, RiA 2005, 225 (228).

⁸⁹⁵ Kapitel 3 B. I. 3. a.

der Auswahlentscheidung postuliert werden. Dem Recht auf wirksamen Rechtsschutz ist anders Genüge zu tun. Es bleibt als einzige Möglichkeit, anstelle der eigentlichen Entscheidung das Verfahren bis zu der Entscheidung zu kontrollieren⁸⁹⁶. Das ist aber nicht möglich, wenn die Entscheidung auf dem subjektiven Eindruck beruht, den der Bewerber bei den Auswählenden hinterlässt. Das Verfahren muss folglich soweit formalisiert werden, dass es vom Gericht nachvollzogen und kontrolliert werden kann⁸⁹⁷.

Bei der Kontrolle von Personalauswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst verlangt die Rechtsprechung eine solche Formalisierung bereits. Mit ihren Forderungen nach verbindlichen Anforderungsprofilen, nach Begründungen von Entscheidungen⁸⁹⁸, nach einer bestimmten Dauer von Interviews⁸⁹⁹ und vor allem nach gleicher Dauer und gleichen Fragen bei den Interviews⁹⁰⁰ für alle Bewerber, kontrolliert die Rechtsprechung das Verfahren. Auch die bei Beurteilungsspielräumen allgemein anerkannte volle Überprüfbarkeit der Sachverhaltsfeststellung besagt nichts anderes, denn die Feststellung des Sachverhalts dient der Vorbereitung der Entscheidung.

Es ist nicht ersichtlich, warum das Personalauswahlverfahren nicht noch weiter formalisiert werden sollte⁹⁰¹, um es dadurch transparenter und nachvollziehbarer zu machen und damit noch besser kontrollierbar. Dies gilt umso mehr, als ein formalisiertes Verfahren keineswegs ein ineffizientes Verfahren sein muss⁹⁰². Im Gegenteil: Die Möglichkeit einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle kann die Qualität des Verwaltungshandelns steigern, weil die Verwaltung dadurch zu fairerem Verhalten angehalten wird⁹⁰³.

Die Zurückhaltung bei einer weiteren Formalisierung ist umso weniger verständlich, als es bei der Vergabe von Beförderungssämtern im öf-

⁸⁹⁶ Krebs, Kontrolle, S. 97 ff; dieser Gedanke dürfte auch der Grund für die oben (Kapitel 3 A. III. 3. a.) dargelegte herrschende Meinung sein, dass die Verfahrenskontrolle desto umfassender sein muss, je größer der Entscheidungsspielraum der Verwaltung ist; Becker, Beurteilungsspielraum, S. 642, zum Prüfungsrecht.

⁸⁹⁷ Sachs, ZBR 1994, 133 (134).

⁸⁹⁸ VGH Kassel ZBR 1994, 347 (349).

⁸⁹⁹ VGH Kassel ZBR 1994, 347 (349).

⁹⁰⁰ VGH Kassel ZBR 1994, 347 (349).

⁹⁰¹ Becker, Beurteilungsspielraum, S. 660 spricht von einem „gebundenen Verfahren“.

⁹⁰² V. Mutius, NJW 1982, 2150 (2151).

⁹⁰³ König, Moderne öffentl. Verwaltung, S. 35.

fentlichen Dienst bereits detaillierte Vorgaben zum Auswahlverfahren gibt⁹⁰⁴. So können Assessment-Center⁹⁰⁵ und Interviews die Bewertung durch dienstliche Beurteilungen nicht aufheben⁹⁰⁶. Diese personaldiagnostischen Instrumente stellen lediglich „Momentaufnahmen“ dar und hätten nicht die Qualität, um langandauernde Beobachtungen⁹⁰⁷ der Vorgesetzten, festgehalten in dienstlichen Beurteilungen, zu überwiegen.

Nun liegen aber bei Neueinstellungen im öffentlichen Dienst im Gegensatz zu Beförderungsverfahren noch keine dienstlichen Beurteilungen vor, so dass auf den Einsatz klassischer personaldiagnostischer Instrumente nicht verzichtet werden kann. Das ändert aber nichts daran, dass sich die bei der Vergabe von Beförderungssämtern von der Rechtsprechung regelmäßig kritisierten personaldiagnostischen Instrumente „Interview“ und „Assessment-Center“ bei ihrem Einsatz für Auswahlentscheidungen zu Neueinstellungen keineswegs als qualitativ hochwertiger erweisen, sich also ebenso der Kritik stellen müssen. Auch das Argument, bei Assessment-Centern und Interviews werde durch eine „Zeitraffer“-⁹⁰⁸Beurteilung „die gesamte berufliche Leistung des Lebenszeitbeamten (einschließlich der durch das Studium und den staatlichen Vorbereitungsdienst erworbenen und durch Staatsexamina nachgewiesenen fachlichen Befähigung) entwertet“⁹⁰⁹, gilt auch bei Einstellungsentscheidungen – allerdings mit der Einschränkung, dass der Schwerpunkt regelmäßig auf der Befähigung liegt, weil es die berufliche Leistung bisher noch nicht gibt. Insoweit überrascht es, dass das Bundesarbeitsgericht⁹¹⁰ bei einer Entscheidung zu Neueinstellungen auf die Zulässigkeit und diagnostische Qualität des durchgeführten Assessment-Centers nicht eingegangen ist. Der Kläger hatte sich für den höheren Dienst bei „einer Bundesbehörde“ beworben und war nach einem Assessment-Center abgelehnt worden. Zwei Jahre später bewarb er

⁹⁰⁴ Die Rechtsprechung zu Art. 33 II GG konzentriert sich auf Beförderungsentscheidungen, zu Einstellungen gibt es nur wenig Rechtsprechung, siehe Kapitel 2 G. III. 2. c.

⁹⁰⁵ Skeptisch zu diesem Instrument ist *Günther*, DÖD 2006, 146 (149); ihm gegenüber positiv eingestellt ist dagegen *Lorse*, ZTR 2006, 14 (22).

⁹⁰⁶ OVG Nordrhein-Westfalen, DVBl. 1995, 205 (206) zu Interview; OVG Weimar, NVwZ-RR 2004, 52 (54) zu Assessment-Center; VG Potsdam, ZBR 2005, 62 (63); einschränkend OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2007, 540 (542).

⁹⁰⁷ Dass auch dienstliche Beurteilungen alles andere als ideal sind, ist ein anderes Thema.

⁹⁰⁸ Schweiger, ZBR 2006, 25 (29).

⁹⁰⁹ Schweiger, ZBR 2006, 25 (29); Diese Problematik sprechen auch *Drescher*, professionelle Personalauswahl, S. 104, und *Hufen*, Fehler, Rn 130, an.

⁹¹⁰ BAG, NZA-RR 2008, 327 ff.

sich erneut, wurde aber mit Hinweis auf das erste, erfolglose Assessment-Center nicht zum neuen Assessment-Center eingeladen. Die Zulassung zu diesem Assessment-Center begehrte er mit seiner Klage.

3. Keine Einschränkung des Beurteilungsspielraums

Daraus ergibt sich allerdings nicht, dass der öffentliche Dienst subjektive Wertungen bei der Personalauswahl nicht mehr berücksichtigen dürfte⁹¹¹. Es ist daraus lediglich die Konsequenz zu ziehen, dass das Personalauswahlverfahren noch weiter formalisiert werden muss, um es gerichtlich überprüfen zu können. Die vertiefte Verfahrenskontrolle ist die notwendige Ergänzung des Beurteilungsspielraums der Verwaltung⁹¹². Damit ist keine Qualitätseinbuße der Personalauswahl verbunden. Einige besonders qualitätsvolle personaldiagnostische Instrumente, wie Intelligenztests und Arbeitsproben, aber auch biographische Fragebögen, sind objektive und teilweise schriftliche Verfahren, deren gerichtliche Überprüfung problemlos möglich ist.

Der öffentliche Dienst kann seine Personalauswahl demnach 1. auf die durch Zeugnisse meistens problemlos feststellbare Befähigung und 2. auf objektive Instrumente zur Persönlichkeitsbeurteilung stützen.

Auf dieser Grundlage sollte im Regelfall eine richtige Personalauswahl möglich sein. Denn die erreichte Befähigung setzt die hierfür erforderliche Leistung voraus, weswegen es wahrscheinlich ist, dass jemand, der die notwendige Befähigung erworben hat, auch die notwendige Eignung besitzt⁹¹³. Diese auf überprüfbaren Tatsachen beruhende Vermutung kann nicht durch einen wie auch immer gewonnen subjektiven Eindruck widerlegt werden⁹¹⁴. Wenn der öffentliche Dienst in einem Auswahlverfahren auf einen persönlichen Eindruck nicht verzichten will, so kann er ihn darauf beschränken, das Ergebnis der objektiven Verfahren zu bestätigen⁹¹⁵.

⁹¹¹ So aber *Adam*, RiA 2005, 225 (230), der fordert, auf Vorstellungsgespräche wegen ihrer mangelnden Qualität und ihrer fehlenden gerichtlichen Überprüfbarkeit zu verzichten.

⁹¹² Lindner, ZBR 2012, 181 (181).

⁹¹³ OVG Münster, DVBl. 1995, 205 (205).

⁹¹⁴ OVG Münster, DVBl. 1995, 205 (206), hier durch ein Interview.

⁹¹⁵ Vergleiche Kapitel 4 A. IV. 1.

Es sollte indessen nicht versucht werden, die Persönlichkeit eines Menschen in 45 Minuten umfassend zu beurteilen und diese Beurteilung dann in eine Rangfolge mit anderen, ebenfalls in 45 Minuten gewonnenen Beurteilungen anderer Bewerber zu stellen. Es sollte in diesem Rahmen lediglich versucht werden, schwere Persönlichkeitsdefizite aufzudecken⁹¹⁶. Hier dürfte es dann auch kein Problem sein, die Tatsachen, auf denen die Feststellung eines schweren Persönlichkeitsdefizits beruht, für ein Gericht nachvollziehbar darzulegen.

Ein solches Vorgehen entspricht auch der Erfahrung, dass Leistung in der Vergangenheit der beste Indikator für Leistung in der Zukunft ist⁹¹⁷.

Wenn es ausnahmsweise für das konkrete Amt nach dem Anforderungsprofil entscheidend auf die Persönlichkeit des Amtsinhabers ankommt – von diesen Ämtern dürfte es nicht allzu viele geben, denn für die meisten Ämter ist die Befähigung immer noch das entscheidende Kriterium – und objektive Verfahren wie Intelligenztests als nicht ausreichend erscheinen, muss der öffentliche Dienst eben versuchen, in dem „Akt wertender Erkenntnis“⁹¹⁸ die Persönlichkeit der Bewerber möglichst richtig zu beurteilen. Dafür ist regelmäßig der Einsatz von professionellen Personenbeurteilern erforderlich, nämlich studierten Psychologen⁹¹⁹. Dies erscheint auch unter dem Gesichtspunkt der Effizienz vertretbar, denn regelmäßig werden es gerade Leitungsämter sein, bei denen es zentral auf die Persönlichkeit ankommt und objektive Instrumente zur Persönlichkeitsfeststellung nicht zur Verfügung stehen⁹²⁰. Dies gilt umso mehr, als die sonst so validen Intelligenztests mit der Feststellung von Führungskompetenz Schwierigkeiten haben.

⁹¹⁶ Siehe *BVerfG* 39, 334 (353), wo einem Lehrer neben der fachlichen Qualifikation nur „ein Minimum an Geschick im Umgang mit den Schülern“ verlangt wurde. Freilich handelte es sich um obiter dicta. Der *VGH Kassel*, ZBR 1994, 347 (349) vertritt ebenfalls die Meinung, dass ein Vorstellungsgespräch nur dann ausschlaggebend sein könne, wenn die Bewerber ansonsten ungefähr gleich zu bewerten seien. Freilich ging es um eine Beförderungssentscheidung; Der *VGH München*, Beschluss vom 17.06.2010 (7 ZB 10.375), Rn 20, vertritt ebenfalls die Meinung, dass durch ein strukturiertes Interview die durch andere, schriftliche eignungsdiagnostische Instrumente ermittelte Tatsachengrundlage zur Eignungsbeurteilung nur „abgerundet“ werden könne. Freilich argumentiert er mit einer fehlenden gesetzlichen Grundlage für Auswahlgespräche.

⁹¹⁷ Schmidt/Hunter, *Psychological Bulletin*, 124 (1998), S. 262 (268).

⁹¹⁸ BVerwGE 11, 139 (140).

⁹¹⁹ Vergleiche Kapitel 3 A. III. 3. b.

⁹²⁰ Dazu, dass Interviews in erster Linie bei der Feststellung von Führungskompetenzen zulässig sind, *OVG Nordrhein-Westfalen*, DVBl. 1995, 205 (206).

III. Zwischenergebnis

Der Verwaltung steht ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Aufnahme von Anforderungen in das Anforderungsprofil und hinsichtlich der Feststellung der Übereinstimmung des Bewerberprofils mit dem Anforderungsprofil zu. Damit dennoch Art. 19 IV GG genüge getan und eine wirksame gerichtliche Kontrolle ermöglicht wird, muss statt der eigentlichen Entscheidung mit Beurteilungsspielraum das die Entscheidung vorbereitende Verwaltungsverfahren überprüft werden. Dazu muss das Verfahren förmlich ausgestaltet sein. Diese Förmlichkeit verlangt die Berücksichtigung der wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Eignungsdiagnostik. Durch ein solches Verfahren State of the Art wird eine gerichtliche Überprüfung erleichtert. Es haben sich schriftliche Verfahren als ausgesprochen qualitativvoll erwiesen und ihre Ergebnisse können nachvollzogen werden; im Gegensatz zu dem „Akt wertender Erkenntnis“, auf dem der persönliche Eindruck der Beurteiler beruht.

Kapitel 4: Weitere Anforderungen an die Ausgestaltung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst

Bisher wurde dargelegt, welche Verfahrensanforderungen für Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst bereits von der Rechtsprechung und in der Literatur entwickelt wurden. Weiter wurde dargelegt, dass sich diese Verfahrensanforderungen aus Art. 33 II GG und Art. 19 IV GG ergeben. Nun soll untersucht werden, ob sich aus diesen Begründungen weitere Verfahrensanforderungen für Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst ergeben.

Dem öffentlichen Dienst steht bei der Auswahl seiner Mitarbeiter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein Beurteilungsspielraum zu. Damit liegt die letzte Entscheidung darüber, welcher Bewerber der Bestgeeignete ist, in der Hand des öffentlichen Arbeitgebers. Er ist in dieser Beurteilung jedoch keineswegs frei, denn freie Entscheidungen von Hoheitsträgern sind dem Rechtsstaat fremd. Selbst bei der Ausübung des Gnadenrechts, nach alter Ansicht der Inbegriff freier Hoheitsausübung, mehren sich Stimmen, die den Hoheitsträger als rechtlich gebunden betrachten⁹²¹.

Worin aber besteht diese Bindung bei der Personalauswahl? Sie kann nur darin bestehen, die Zwecke von Art. 33 II GG möglichst gut zu verwirklichen. Dies bedeutet, dem öffentlichen Dienst möglichst geeignete Bewerber zuzuführen und zugleich den Bewerbern einen möglichst gerechten Zugang zum öffentlichen Dienst zu eröffnen. Dies kann nur erreicht werden, wenn in jedem Einzelfall die optimale Auswahlentscheidung getroffen wird. Gelingen kann dies nur, wenn die wissenschaftlichen Erkenntnisse auf dem Gebiet der Gestaltung von Personalauswahlverfahren berücksichtigt werden.

Es ist hochkomplex, und unmöglich, die Persönlichkeit eines Menschen in einem Zeitraum von 30 Minuten (bei einem einfachen Vorstellungsgespräch)

⁹²¹ Siehe Kapitel 2 G. III. 1.

spräch) bis einigen Tagen (bei einem umfangreichen Assessment-Center) zu erfassen und zu beurteilen. Gerade deshalb ist es geboten, dass das Vorgehen der Verwaltung wissenschaftlich fundiert ist, um brauchbare Ergebnisse zu erzielen. Die Eignungspsychologie hält hierfür Methoden bereit, um Entscheidungen in Personalauswahlverfahren im Vergleich zu einem rein intuitiven Vorgehen des Auswählenden signifikant zu verbessern. Auch wenn diese Methoden Schwächen haben: Solange es keine besseren gibt, muss auf sie zurückgegriffen werden.

Im Folgenden werden zunächst die Pflichten der Verwaltung bei der konkreten Ausgestaltung des Personalauswahlverfahrens dargelegt. Anschließend soll erörtert werden, ob das Personalauswahlverfahren einer spezifischen gesetzlichen Grundlage bedarf.

A. Die einzelnen Verfahrensanforderungen

Nun sollen die konkreten Anforderungen an die Gestaltung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst betrachtet werden.

I. Anforderungen an ein Anforderungsprofil im öffentlichen Dienst

Weil sich die Eignung immer nur auf das zu besetzende Amt beziehen kann, muss das Anforderungsprofil auf dieses zugeschnitten sein. Die mit dem zu besetzenden Amt verbundenen Tätigkeiten sind zu analysieren und die für sie erforderlichen Fähigkeiten in das Anforderungsprofil aufzunehmen⁹²². Nicht gestattet ist es deshalb, in ein Anforderungsprofil allgemein erwünschte Eigenschaften aufzunehmen, obwohl sie für das konkrete Amt nicht erforderlich sind.

1. Anforderungsprofile sind gerichtlich überprüfbar

Auch aus Art. 19 IV GG ergeben sich Anforderungen an die Erstellung des Anforderungsprofils, weil sich die gerichtliche Kontrolle der Personalent-

⁹²² Dazu, dass die Anforderungen des Anforderungsprofils auch tatsächlich für das Amt erforderlich sein müssen, *BVerfG*, NVwZ 2008, 69 (70) und *Willke*, Psychologische Eignungstests, S. 101.

scheidung auch auf den Inhalt des Anforderungsprofils erstreckt⁹²³. Der Gegenauffassung kann nicht gefolgt werden. Denn die Auswahl nach dem Leistungsprinzip ist ein subjektives Recht des Bewerbers. Nach der Eignung kann aber nur ausgewählt werden, wenn die Eignung feststellbar ist. Da es keine absolute Eignung⁹²⁴ gibt, sondern nur eine solche im Verhältnis zum Anforderungsprofil, ist ein solches unabdingbar. Das Anforderungsprofil ist damit notwendiger Teil der Auswahlentscheidung⁹²⁵. Dann aber muss es auch gerichtlicher Kontrolle unterliegen, wenn das Gericht die Auswahlentscheidung einer Überprüfung unterzieht. Diese Überprüfung ist gemäß Art. 19 IV GG unerlässlich. Eine solche Kontrolle darf sich aber nicht darauf beschränken, zu überprüfen, ob das Anforderungsprofil dazu missbraucht wurde, einen potentiellen Bewerber zu bevorzugen, indem das Anforderungsprofil auf ihn zugeschnitten wird⁹²⁶. Dies wäre auch gar nicht möglich, denn wie soll festgestellt werden, ob das Anforderungsprofil auf einen Bewerber „zugeschnitten wurde“? Doch nur durch einen Vergleich mit einem sachgerechten Anforderungsprofil. Ein solches muss also selbst bei diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab stets entworfen werden. Eine solche Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit schützt auch das Recht auf eine Auswahl nach dem Prinzip der Bestenauslese nicht hinreichend. Ein Anforderungsprofil kann auch dann nicht sachgerecht sein, wenn sich die Behörde zwar keines Missbrauchs schuldig gemacht hat, aber bei der Erarbeitung des Anforderungsprofils Fehler gemacht hat. Ein fehlerhaftes Anforderungsprofil verletzt das Recht aus Art. 33 II GG, weil mit ihm keine sachgerechte Auswahlentscheidung möglich ist. Auch ein ihr zustehender Beurteilungsspielraum gibt der Verwaltung kein Recht, fehlerhaft zu arbeiten. Ein Beurteilungsspielraum ist auch nicht deshalb notwendig, weil das Gericht nicht in der Lage wäre, ein schlechtes von einem guten Anforderungsprofil zu unterscheiden. Was ein schlechtes und eine gutes Anforderungsprofil ist, ergibt sich aus dem State of the Art

⁹²³ A. A. BVerwG, Beschluss vom 27.01.2010 (Az.: 1 WB 52/08), Rn 25, welches den Inhalt des Anforderungsprofils für gerichtlich nicht überprüfbar hält. Diese Auffassung wird recht beiläufig in einer summarischen Darstellung der Grundsätze militärischer Auswahl- und Verwendungsentscheidungen geäußert. Im konkreten Fall war die mangelhafte Dokumentation der Auswahlerwägungen entscheidend.

⁹²⁴ Siehe Kapitel 2 D. II. 4.

⁹²⁵ BAG, Urteil vom 21. 01. 2003 -9 AZR 72/02- Rn 32; A. A. Eck, RiA 2012, 16 (20).

⁹²⁶ So aber OVG Lüneburg, Beschluss vom 17.02.2010 (Az.: 5 ME 266/09), Rn 18 und Eck, RiA 2012, 16 (21).

der Erstellung von Anforderungsprofilen⁹²⁷. Ein Beurteilungsspielraum ist nur deshalb erforderlich, weil es zu Organisationsgewalt der Verwaltung gehört, den Zuschnitt der von ihr zu besetzenden Ämter zu bestimmen. Ob das Anforderungsprofil zu der so zugeschnittenen Stelle passt, ist indes der gerichtlichen Überprüfung zugänglich, indem das Verfahren zur Erstellung des Anforderungsprofils überprüft wird. Eine solche Kontrolle ist aber nur möglich, wenn die Behörde die oben dargestellten rationalen Methoden zur Erstellung des Anforderungsprofils anwendet. Damit ergibt sich eine Pflicht zu deren Anwendung auch aus Art. 19 IV GG. Dadurch wird die nötige Flexibilität der Verwaltung beim Zuschnitt der Ämter nicht eingeschränkt.

Der Gestaltungsspielraum des öffentlichen Dienstes erfährt durch eine professionelle Anforderungsanalyse keine Einschränkung. Er wird im Gegenteil durch sie erweitert, denn so können die Anforderungen für die Stelle auf breiterer Kenntnisgrundlage formuliert werden. Ein Mehr an Informationen verbessert dabei stets die Qualität der Entscheidung. Ohne eine solche Analyse ist eine sachgerechte Personalauswahl nicht möglich. Ebenso selbstverständlich müssen die Ergebnisse der Analyse auch beachtet werden, sonst wäre sie sinnlos. Die Analyse hat ihren Schwerpunkt immer auf der Beschreibung der Anforderungen einer bereits vorhandenen Stelle. Falls die besetzende Organisation den Zuschnitt der Stelle verändern möchte, kann sie auf Anforderungen verzichten, die sich aus der Anforderungsanalyse ergeben, und andere hinzufügen, die sie für notwendig hält. Dies zu tun ist sogar ihre Pflicht, denn die Auswahl nach nicht mehr benötigten Anforderungsmerkmalen oder die Nichtbeachtung von künftig benötigten Anforderungen macht die Bestenauslese unmöglich und verstößt damit gegen Art. 33 II GG. Erst recht gilt dies, wenn eine neue Stelle geschaffen werden soll, für deren Zuschnitt es in der Organisation noch kein Vorbild gibt.

⁹²⁷ Siehe Kapitel 1 B. II. 1.

2. Erstellung des Anforderungsprofils

Bei der Gestaltung des Anforderungsprofils darf die Organisation nicht willkürlich vorgehen. Ihre Beurteilung muss intendieren, den am besten Geeigneten für die zu besetzende Stelle zu finden⁹²⁸. Abweichungen von den Ergebnissen der objektiv und wissenschaftlich durchgeführten Anforderungsanalyse müssen daher nachvollziehbar begründet werden. Dies soll zum einen verhindern, dass das Anforderungsprofil auf einen bestimmten Bewerber zugeschnitten wird. Daran wäre zu denken, wenn beispielsweise eine Stelle einem Bewerber, der Japanisch spricht, zugesprochen werden soll und deshalb Japanischkenntnisse in das Anforderungsprofil aufgenommen werden, obwohl der Stelleninhaber solche Kenntnisse überhaupt nicht benötigt.

Zum anderen hat eine Begründungspflicht auch Vorteile jenseits der Verhinderung derart rechtsfeindlicher Handlungen. Sie trägt nämlich dazu bei, dass sich die Organisation nicht von Vorurteilen leiten lässt, sondern ihre vorgesehenen Anforderungen noch einmal überdenkt und nur das tatsächlich Erforderliche in das Anforderungsprofil aufnimmt. Um Gründe für die Aufnahme solcher zusätzlicher Anforderungen neben denen, die sich aus der Anforderungsanalyse ergeben, objektiver, transparenter und effektiver darzulegen, kann es sinnvoll sein, Stellen in anderen Behörden, die der neuen oder neu zugeschnittenen Stelle entsprechen, zu analysieren. So kann auch für diese neuen Anforderungen auf eine Anforderungsanalyse zurückgegriffen werden. Gerade im öffentlichen Dienst, wo in einer Vielzahl von Behörden eine Vielzahl von Stellen vorhanden ist, sollte dies regelmäßig möglich sein.

Weiterhin muss das Anforderungsprofil konkret genug sein, um eine Subsumtion der Merkmale der Bewerber zu ermöglichen⁹²⁹. Völlig unbestimmte Anforderungen wie „positive Persönlichkeit“ sind insoweit unbrauchbar.

⁹²⁸ BVerfG, NVwZ 2008, 69 (70).

⁹²⁹ Sie müssen eindeutig und trennscharf sein, *Drescher*, professionelle Personalauswahl, S. 28.

3. Anforderungen von Beförderungssämtern in Anforderungsprofile für Eingangssämter

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob sich das Anforderungsprofil nur auf die konkret zu besetzende Stelle beziehen darf oder ob es Anforderungen von Ämtern umfassen darf, in die ein erfolgreicher Bewerber möglicherweise erst später einmal gelangen könnte, also insbesondere diejenigen von Beförderungssämtern. Letzteres scheint durchaus üblich zu sein⁹³⁰. Dies führt dazu, dass die Eignung im engeren Sinn ein Übergewicht gegenüber der Befähigung erhält. Denn wenn man nicht sicher weiß, für welche Tätigkeit man eigentlich einstellt, muss man auf allgemeine, heute gerne Schlüsselqualifikationen genannte Aspekte der charakterlichen Eignung zurückgreifen⁹³¹.

Bedenken ergeben sich daraus, dass dann nicht mehr der aktuell Bestgeeignete für das zu besetzende Amt gesucht wird. Für die genannte Praxis spricht, dass die Beförderungssämter regelmäßig mit schon vorhandenen Mitarbeitern besetzt werden. Die Heranziehung anderer Bewerber ist selten. So erscheint es folgerichtig, bereits bei der Einstellung die Eignung für diese Beförderungssämter zu überprüfen.

Dennoch ist ein solches Vorgehen mit Art. 33 II GG unvereinbar. Der Wortlaut bezieht sich auf ein konkret zu besetzendes Amt. Möglicherweise später einmal zu besetzende Beförderungssämter sind damit nicht gemeint. Die Fixierung auf Laufbahnen widerspricht dem Leistungsprinzip, denn dieses verlangt, anderen Bewerbern mehr als nur theoretische Chancen einzuräumen. Sie müssen immer dann ausgewählt werden, wenn sie die Besten sind. Dem widerspricht eine Praxis, die darauf abstellt, Beförderungsstellen nur dem Kreis der eigenen Mitarbeiter zu öffnen. Schließlich ist eine solche Vorgehensweise auch ineffizient, schließlich kann stets nur ein Teil der Mitarbeiter befördert werden. Wenn aber alle Mitarbeiter, weil nur solche eingestellt werden, für „Höheres“ geeignet sind, werden sie bei natürlichem Ehrgeiz auch willens sein, diese Ämter einmal zu erreichen. Unter diesen Umständen kann es nicht ausbleiben, dass viele im Laufe ihres Berufslebens Enttäuschungen hinnehmen müs-

⁹³⁰ Lorse, Personalmanagement, S. 52.

⁹³¹ Hubler, Rekrutierung, S. 151.

sen. Daraus wiederum kann sich Motivationsverlust bis hin zur „inneren Kündigung“ entwickeln. Dann stellt sich der Verwaltung nicht nur das Problem, einen erfahrenen Mitarbeiter zu verlieren. Im öffentlichen Dienst mit seinem guten Kündigungsschutz auch für Angestellte muss sie einen solchen Mitarbeiter trotz seiner Unlust auch noch weiter beschäftigen.

Vor allem aber ist die Persönlichkeit, wie bereits dargelegt⁹³², entgegen der im Alltag verbreiteten Auffassung instabil. Auch Erwachsene können noch Persönlichkeitsveränderungen durchleben. Deswegen macht es keinen Sinn, die Persönlichkeit eines Menschen auf Jahre im Voraus zu prognostizieren. Das Personalauswahlverfahren ist mit dem Versuch, die aktuelle Persönlichkeit zu ermitteln, bereits ausgelastet.

II. Qualifikation der Beurteiler

Ein wichtiges Kriterium dafür, ob dem entscheidenden Amtsträger ein Beurteilungsspielraum zuerkannt werden soll, ist eine besondere Qualifikation dieses Amtsträgers. Dabei handelt es sich nicht nur um ein Indiz für das Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes⁹³³, sondern um eine notwendige Voraussetzung. Warum sollte, fragt man sich, der Amtsträger die Sache besser beurteilen können als das Gericht, wenn er nicht besonders qualifiziert ist. Wenn der Amtsträger dem Gericht nicht unerreichbar in seiner Sachkenntnis überlegen ist, besteht kein Grund, die Überprüfung der Entscheidung einzuschränken.

Daraus ergibt sich, dass diejenigen Amtsträger, die die Personalentscheidungen treffen, für die Beurteilung der Kriterientrias besonders qualifiziert sein müssen. Für den verwandten Bereich des Prüfungsrechts⁹³⁴ ist dies allgemein anerkannt. Prüfer müssen so qualifiziert sein, dass sie die erbrachten Prüfungsleistungen beurteilen können⁹³⁵. Übertragen auf die Eignungsbeurteilung kann dies nur heißen, dass die Entscheider im Personalauswahlverfahren in der Lage sein müssen, die Eignung der Bewerber festzustellen. Hinsichtlich der Beurteilung der Eignung, insbesondere der Persönlichkeit des Bewerbers, müssen sie also besonders befähigt sein.

⁹³² Siehe Kapitel 2 D. II. 5. d.

⁹³³ So aber Kopp, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 72a.

⁹³⁴ Pache, Beurteilungsspielraum, S. 136, weist auf die Parallelen von beamtenrechtlichen Beurteilungen und Prüfungsentscheidungen hin.

⁹³⁵ Klenke, NWVBl. 1988, 1999 (204); Niehues/Fischer, Prüfungsrecht, Rn 304.

Dabei handelt es sich um eine Frage aus dem Fachgebiet der Psychologie. Psychologen sind mithin hierfür sachkundig. Es wird also zu erörtern sein, ob Psychologen bei Personalauswahlverfahren hinzugezogen werden müssen. Die Frage stellt sich insbesondere dann, wenn die Persönlichkeit im Anforderungsprofil eine wichtige Rolle spielt, was vor allem bei Führungskräften der Fall sein dürfte.

III. Die Auswahl der personaldiagnostischen Instrumente

Es wurde festgestellt, dass zwingende Voraussetzung eines grundrechtskonformen Verfahrens die ausreichende Sachverhaltsaufklärung ist. Was ausreichend ist, ergibt sich aus den zur Verfügung stehenden Mitteln zur Sachverhaltsaufklärung. Mittel zur Sachverhaltsaufklärung stehen dann zur Verfügung, wenn sie in der konkreten Situation von der Verwaltung eingesetzt werden können. Dies bestimmt sich danach, welche Mittel generell zur Verfügung stehen und danach, welchen Mitteleinsatz die Verwaltung unter Berücksichtigung ihrer weiteren, ihr neben dem Grundrechtsschutz obliegenden, Aufgaben verantworten kann.

Generell kann sie auf alle personaldiagnostischen Instrumente zurückgreifen. Andere von der Verwaltung ebenfalls zu berücksichtigende Ziele betreffen vor allem die Verwaltungseffizienz⁹³⁶. Dabei ist der Gegensatz zwischen Grundrechtsschutz und Verwaltungseffizienz im vorliegenden Fall geringer als bei anderen Grundrechten. Denn Art. 33 II GG ist nicht nur ein Grundrecht, sondern dient selbst auch der Verwaltungseffizienz. Wenn nämlich der am besten Geeignete für ein öffentliches Amt ausgewählt wird, so wird er dieses Amt auch am besten ausüben und dadurch die Qualität der öffentlichen Dienste durch seine Amtsausübung optimieren. Deswegen ist im Grundsatz ein Verfahren, welches das Grundrecht aus Art. 33 II GG am besten schützt, auch das verwaltungseffizienteste Verfahren. Es soll damit allerdings nicht behauptet werden, dass es bei Personalauswahlverfahren keinen Gegensatz zwischen Grundrechtsschutz und Verwaltungseffizienz gibt. Falls beispielsweise aus mehreren geeigneten Bewerbern, die sich hinsichtlich ihrer Eignung nur geringfügig unterscheiden und bei denen diese Unterschiede sich nur in einem sehr aufwän-

⁹³⁶ Schoch, Verwaltung 25 (1992), 21 (25).

digen Verfahren herausfinden ließen, ausgewählt werden muss, so wäre im Sinne des Grundrechtsschutzes dieses aufwändige Verfahren durchzuführen. Nur dadurch könnte der bestgeeignete Bewerber ermittelt und eingestellt werden. Aus Sicht der Verwaltungseffizienz könnte gefordert werden, dieses aufwändige Verfahren nicht einzusetzen, weil auch mit einem einfacheren Verfahren zwar vielleicht nicht der Beste (außer durch Glück), aber doch ein nur geringfügig weniger geeignete Bewerber ausgewählt werden kann. Ob sich das aufwändige Verfahren dann aus Sicht der Verwaltung lohnt, hängt sicherlich auch von dem zu besetzenden Amt ab. Wenn dieses besonders verantwortungsvolle Tätigkeiten umfasst, können schon geringe Leistungsunterschiede der Ausübenden die Leistung der Verwaltung insgesamt beeinflussen.

Effizienz ist zunächst eine einfache Zweck-Mittel-Relation. Ein festgelegter Zweck soll mit möglichst geringen Kosten möglichst gut erreicht werden. Zweck ist, wie bereits gezeigt⁹³⁷, zumindest unter anderem die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung. Kosten sind neben Geld im engeren Sinne auch Zeit-, Personal-, und Organisationsaufwand⁹³⁸. Verwaltungseffizienz im vorliegenden Fall heißt somit, den bestgeeigneten Bewerber mit dem Auswahlverfahren herauszufinden, das den geringsten Aufwand erfordert.

Dies kann nur gelingen, wenn bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens die empirischen Erkenntnisse der Personaldiagnostik berücksichtigt werden. Bei der Entscheidung, welcher Aufwand bei einem Auswahlverfahren angemessen ist, müssen auch die betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit von Personalauswahlverfahren beachtet werden, damit die Verwaltung nicht verschwenderisch wirtschaftet. Bei diesen betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen wird selbstverständlich berücksichtigt, welche Stelle zu besetzen ist, um so feststellen zu können, ob sich der Aufwand eines Auswahlverfahrens angesichts des Nutzens einer optimierten Stellenbesetzung lohnt.

⁹³⁷ Siehe Kapitel 3 A. III. 3. a.

⁹³⁸ V. Mutius, NJW 1982, 2150 (2151).

IV. Die einzelnen eignungsdiagnostischen Instrumente

Es müssen eignungsdiagnostische Instrumente im Personalauswahlverfahren zum Einsatz kommen, die geeignet sind, die Eignung der Bewerber festzustellen. Denn Art. 33 II GG ist verletzt, wenn im Auswahlverfahren keine „tragfähigen Erkenntnisse über das Leistungsvermögen“ gewonnen werden und deshalb „ein Leistungsvergleich gar nicht möglich“ ist⁹³⁹. Es müssen mithin diejenigen Instrumente eingesetzt werden, mit denen es am wahrscheinlichsten ist, denjenigen Bewerber herauszufinden, der mit seinem Profil am besten dem Anforderungsprofil entspricht.

1. Interviews

Daraus ergibt sich, dass unstrukturierte Interviews nicht eingesetzt werden dürfen, denn diese haben sich in der empirischen Forschung als wenig geeignet erwiesen⁹⁴⁰.

Strukturierte Interviews hingegen sind nicht ungeeignet, die soziale Kompetenz des Bewerbers zu ermitteln. Ihr Nachteil ist aber, dass sie von der Tagesform der Beteiligten abhängen, die Eignung der Interviewer und Beobachter entscheidend auf das Ergebnis einwirkt und die Sympathie zwischen Beobachter und Bewerber erheblich auf das Ergebnis Einfluss nehmen kann. Dass dies einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt, wird insbesondere dann deutlich, wenn die Auswahlgespräche bei vielen Bewerbern von mehreren Auswahlkommissionen geführt werden und ein Bewerber den Mitgliedern der einen Kommission sympathisch ist, den Mitgliedern einer andere Kommission aber nicht. Dann hängt es vom Zufall ab, ob ein Bewerber von einer Kommission interviewt wird, deren Mitgliedern er sympathisch ist, oder einer anderen Kommission zugeteilt wird. Im Übrigen ist Sympathie nicht rational nachvollziehbar, obwohl es bestimmte Eigenschaften gibt, die allgemein als sympathisch beurteilt werden, wie insbesondere Extraversion. Deshalb hängt es auch bei nur einer Auswahlkommission vom Zufall ab, ob der Bewerber den Mitgliedern der Kommission sympathisch ist oder nicht.

⁹³⁹ BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 (Az.: 2 C 16.09), Rn 24.

⁹⁴⁰ Siehe Kapitel 1 E. II. 3.

Hinzu kommt die den Bewerbern eröffnete Möglichkeit, sich zu verstellen, also Persönlichkeitseigenschaften im Interview vorzuspiegeln, die sie nicht haben oder Persönlichkeitseigenschaften zu verbergen, die sie haben. Nun mag man einwenden, dass Selbstpräsentation bei einem Interview dazugehört und derjenige zu Recht bessere Chancen hat, eingestellt zu werden, wer diese beherrscht. Dieses Argument ist aber aus zwei Gründen zurückzuweisen. Zum einen ist ein gewisses Maß an Selbstpräsentation Voraussetzung zum Erfolg in einem Interview, gehört aber nicht zu jedem Anforderungsprofil. In diesem Fall ist das Interview ein ungeeignetes Instrument, die Passung des Bewerbers zum Anforderungsprofil zu ermitteln. Zum anderen gibt es, wenn Selbstpräsentation zum Anforderungsprofil gehört, Instrumente, die darauf zugeschnitten sind, diese Fähigkeit festzustellen, während dies in einem Interview unbewusst und damit nur ungenau geschieht.

Daraus folgt, dass ein Interview nur dann entscheidende Bedeutung haben darf, wenn soziale Kompetenz Teil des Anforderungsprofils ist⁹⁴¹. Dabei muss beachtet werden, dass soziale Kompetenz ein weiter Begriff ist⁹⁴² und daher in einem Anforderungsprofil konkretisiert werden müsste⁹⁴³. Beispielsweise, ob der Stelleninhaber konfliktfähig sein muss oder ob er über die Fähigkeit verfügen muss, Kontakte leicht herzustellen. Zur Feststellung anderer Persönlichkeitseigenschaften, zum Beispiel Selbstdisziplin, ist das Interview ungeeignet und sollte deshalb nicht eingesetzt werden.

Die Objektivität des Instruments muss so weit wie möglich gesteigert werden, um brauchbare Ergebnisse zu erzielen. Hierfür gibt es verschiedene Möglichkeiten⁹⁴⁴. Die Bewertung des Bewerbers im Interview

⁹⁴¹ Das *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2007, 540 (542) meint, dass „dem strukturierten Auswahlgespräch nicht grundsätzlich die Eignung abzusprechen, Hinweise auf die soziale Kompetenz und die Führungskompetenz zu bekommen“, sei. Im Umkehrschluss müsste das bedeuten, dass es zur Feststellung aller anderen Anforderungen ungeeignet ist; Zum Prüfungsrecht meint *Becker*, Beurteilungsspielraum, S. 643, dass mündliche Prüfungen wegen ihrer schweren Qualitätsmängel nur zur Prüfung sozialer Kompetenz zulässig seien. Die Beispiele hierfür nimmt er aus dem Bereich der medizinischen Prüfungen, etwa die Prüfung des Zugangs zum Patienten.

⁹⁴² Siehe Kapitel 2 D. II. 5. e.

⁹⁴³ VG Frankfurt, Beschluss v. 26.06.2009 (Az.: 9 L 338/09); Karkoschka, Validität, S. 27.

⁹⁴⁴ Siehe Kapitel 1 E. II. 1.

muss von mehreren Beurteilern vorgenommen werden, die unabhängig voneinander agieren. Erst wenn jeder sich eine Meinung gebildet hat, ist ein gemeinsames Ergebnis zu formulieren. Am besten geschieht dies durch simple Abstimmung, um eine gegenseitige Beeinflussung in einer abschließenden Diskussion zu vermeiden. Die Qualität des Interviews kann auch gesteigert werden, wenn der Interviewer von den Beurteilern personenverschieden ist.

Es müssen nicht nur die allen Bewerbern zu stellenden Fragen vorher festgelegt werden. Darüber hinaus müssen auch die möglichen Antworten prognostiziert und gewertet werden, damit auf Grund der Antworten eine Beurteilung des Bewerbers möglich ist.

Die Beurteiler müssen ausreichend qualifiziert sein, in einem maximal einstündigen Interview einen Menschen sachgerecht zu beurteilen. Eine umfangreiche Schulung ist dafür unverzichtbar. Es ist aber fraglich, ob dies reicht. Letztlich ist die Beurteilung von Menschen nämlich derart komplex, dass sie nur von dafür ausgebildeten Personen bewältigt werden kann, also diplomierten Psychologen. Dies mag auf den ersten Blick ineffizient erscheinen, zumal, wenn keine Leitungsstelle zu besetzen ist. Es ist dagegen einzuwenden, dass bei anderen Stellen auch andere Instrumente zu Verfügung stehen, um die soziale Kompetenz zu beurteilen, wie zum Beispiel Fragebogen und Zeugnisse. Zu bedenken ist auch, dass bei Nicht-Leitungsstellen die soziale Kompetenz regelmäßig keine überragende Bedeutung haben dürfte. Wenn ausnahmsweise einmal nicht das den meisten eigene Mindestmaß an sozialer Kompetenz ausreichend erscheint und ein Interview nicht durch andere Instrumente substituiert werden kann, muss das Interview eben zielführend durchgeführt werden. Mit einem Zufallsergebnis in einem von nicht qualifizierten Mitarbeitern durchgeführten Interview ist jedenfalls weder der Allgemeinheit noch den Bewerbern gedient.

Allerdings kann ein strukturiertes Interview ergänzend zu Intelligenztests eingesetzt werden. Wenn nämlich das Interview auf der Basis eines Intelligenztests aufbaut, kann es die Validität des Auswahlverfahrens beträchtlich steigern⁹⁴⁵. Da der Intelligenztest äußerst objektiv ist, fällt auch die

⁹⁴⁵ Siehe Kapitel 1 E. II. 3.

geringe Objektivität des Interviews weniger ins Gewicht. Dies gilt allerdings nur, wenn das Interview tatsächlich nur eine Ergänzung zum Intelligenztest ist, Abweichungen von seinem Ergebnis also begründet werden müssen.

2. Assessment-Center

Assessment-Center müssen ebenfalls State of the Art durchgeführt werden.

Aber auch wenn sämtliche Qualitätskriterien berücksichtigt werden, zeigt das Assessment-Center Mängel, ähnlich denen des Interviews.

Ein besonderer Mangel ist die fehlende Reliabilität, welche sie auch von strukturierten Interviews negativ abhebt. Wie bereits dargelegt⁹⁴⁶, ist dieser Mangel Assessment-Centern inhärent, weil die Übungen regelmäßig in Gruppen durchgeführt werden und der Verlauf der Übungen somit von der Zusammensetzung der Gruppen abhängt. Damit ist das Ergebnis eines Bewerbers, zumindest teilweise, von seinen von ihm nicht zu beeinflussenden Mitbewerbern bestimmt. Zudem ist eine spontane Entwicklung der Übungen gerade beabsichtigt, um das Verhalten der Bewerber beobachten und bewerten zu können. Die fehlende Reliabilität eines personaldiagnostischen Instrumentes besagt aber nichts anderes, als dass sein Ergebnis zufällig ist. Außerdem schließt eine geringe Reliabilität auch eine hohe Validität aus. Ein psychologischer Test, welcher nicht reliabel ist, kann niemals valide sein⁹⁴⁷. Einem Instrument, das zufällige Ergebnisse erzielt, fehlt die Vereinbarkeit mit Art. 33 II GG. Zum einen wird durch ein solches Instrument nicht gewährleistet, dass die Verwaltung tatsächlich den besten Bewerber einstellt. So beeinträchtigt dieses Instrument auf Dauer die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes. Diese Leistungsfähigkeit ist ein Schutzgut des Art. 33 II GG. Zum anderen ist ein solches Verfahren mit den Grundsätzen einer optimalen Sachverhaltsaufklärung nicht vereinbar. Von dieser dürfen zwar, wie dargelegt, zur Steigerung der Effizienz Abstriche gemacht werden. Dies kann aber den Einsatz von Assessment-

⁹⁴⁶ Siehe Kapitel 1 E. III. 2.

⁹⁴⁷ Michel/Conrad, Theoretische Grundlagen psychometrischer Tests, in: Grundlagen psychologischer Diagnostik, S. 53.

Centern gerade nicht rechtfertigen, weil diese auch noch teuer und aufwändig sind. Schließlich verletzt ein Verfahren, das seinem Wesen nach zufällige Ergebnisse produziert, das Recht auf eine Personalauswahl gemäß Art. 33 II GG. Wie soll der Bestgeeignete gefunden werden, wenn das Ergebnis des Auswahlverfahrens zufällig ist. Ein solches Verfahren verletzt das Grundrecht aus Art. 33 II GG, weil Art. 33 II GG eines Auswahlverfahrens bedarf, das geeignet ist, tatsächlich den Bestgeeigneten herauszufinden. Die Auswahl eines anderen, nicht bestgeeigneten, läuft Art. 33 II GG zuwider. Damit verletzt ein Verfahren, das solche Fehlentscheidungen billigend in Kauf nimmt, dieses Grundrecht. Daran ändert nichts, dass es natürlich auch bei einem optimalen Auswahlverfahren immer zu Fehlentscheidungen kommen wird. Denn wenn nach einem optimalen Auswahlverfahren ausgewählt wird, ist dies eben die richtige Entscheidung im Sinne des Art. 33 II GG.

Der Zufallscharakter wird besonders deutlich bei einem Auswahlverfahren, bei dem nicht nur ein Assessment-Center zur Auswahl eines Bewerbers durchgeführt wird, sondern mehrere Assessment-Center parallel zur Auswahl mehrerer Bewerber. Dies gilt selbst dann, wenn die anstellende Institution nicht einfach den „Sieger“ jedes Assessment-Centers einstellt, sondern Punkte vergibt und diejenigen Teilnehmer mit den meisten Punkten einstellt. Bei der simplen ersten Variante ist die Zufälligkeit des Ergebnisses evident. So würde, wer in einem Assessment-Center „Zweiter“ wird, nicht ausgewählt, obwohl er vielleicht auch unter den Teilnehmern der anderen Assessment-Center Zweitbester ist. Aber auch die Auswahlentscheidung mit der etwas durchdachteren zweiten Methode ist zufällig. Wenn drei Bewerber ausgewählt werden sollen und dazu drei Assessment-Center abgehalten werden, wird nicht aus jedem Assessment-Center einer ausgewählt. Vielmehr ist es auch möglich, dass aus einem Assessment-Center drei und aus den anderen beiden niemand ausgewählt wird. Auch dann ist das Ergebnis zufällig, weil der Punktwert des einzelnen von seinem Auftreten in den Übungen abhängt. Wie er auftritt, hängt aber von dem Verlauf der Übungen ab, der wiederum von den anderen Bewerbern beeinflusst wird. Somit hängt die Auswahl des einzelnen letztlich von der zufälligen Zusammensetzung „seines“ Assessment-Center ab.

Seine geringe Validität lässt es angezeigt erscheinen, Personalauswahlentscheidungen nicht auf Assessment-Center zu gründen, sondern allenfalls mit einem Assessment-Center eine bereits anderweitig gefundene Entscheidung zu bestätigen. Allerdings ist dann genau zu prüfen, ob das Assessment-Center in einer konkreten Situation einem strukturierten Interview überlegen ist. Denn dieses hat grundsätzlich eine höhere Validität bei geringeren Kosten. Es ist zudem, wie das Assessment-Center, in der Lage, dort eingesetzt zu werden, wo die Intelligenztests schlechtere Ergebnisse liefern. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es entscheidend auf soziale Kompetenz ankommt.

Abschließend sei der Universitätsprofessor für Psychologie *Rost* zitiert: „Warum werden dann in Betrieben zur Personalauswahl so häufig teure und weniger valide Assessment-Center wesentlich preiswerteren und wesentlich gültigeren IQ-Tests vorgezogen? ... Vermutlich ist der Grund ein ganz anderer: Mit einem sehr teuren Assessment-Center lässt sich viel Geld verdienen, mit schlichten IQ-Tests dagegen sehr viel weniger.“⁹⁴⁸

3. Intelligenztests

a. Verwendung in Personalauswahlverfahren

Intelligenztests sind, wie dargelegt, das qualitativste personaldiagnostische Instrument. Sie sind objektiv, weil sie schriftlich (oder elektronisch) durchgeführt werden. Die Tests sind für alle Teilnehmer gleich. Sie werden schematisch ausgewertet, oft sogar mittels EDV.

Sie sind reliabel, weil die Tests immer die gleichen sind und die Intelligenz ein kaum veränderliches Persönlichkeitsmerkmal ist.

Alle Studien bestätigen auch ihre Validität.

Die Stabilität des Persönlichkeitsmerkmals „Intelligenz“ ist für den öffentlichen Dienst ganz besonders wertvoll. Es nützt nichts, jemanden wegen eines Persönlichkeitsmerkmals, zum Beispiel seiner Offenheit, einzustellen, wenn er diese Offenheit in zwei Jahren verliert. Dies gilt umso mehr im öffentlichen Dienst mit seiner überdurchschnittlichen Personalstabilität.

⁹⁴⁸ Rost, Intelligenz, S. 214.

Zusätzlich zu den genannten Vorteilen sind Intelligenztests auch kostengünstig, weil eine Vielzahl von Tests auf dem Markt angeboten wird und nicht selbst entwickelt zu werden braucht. Darüber hinaus ist die Durchführung und Auswertung von Intelligenztests wenig aufwändig.

Ihr Nachteil ist, dass sie zur Vorhersage des Berufserfolges sowohl bei einfachen mechanischen Tätigkeiten wie auch bei Stellen mit Führungsaufgaben wenig valide sind.

Angesichts der beschriebenen Vorteile ist es regelmäßig ermessensfehlerhaft, auf Intelligenztests zu verzichten, wobei, wie oben erwähnt, Stellen mit einfacher mechanischer Tätigkeit auszunehmen sind. Denn das Ermessen zur Gestaltung des Verfahrens muss so ausgeübt werden, dass ein möglichst richtiges Ergebnis erzielt wird. Dazu sind Intelligenztests geeignet. Sie bieten eine gute Grundlage für Personalentscheidungen. Diese Grundlage kann gegebenenfalls durch ein strukturiertes Interview ergänzt werden. Dessen Aufgabe wäre es, wegen fehlender sozialer Kompetenz offensichtlich ungeeignete Bewerber herauszufiltern. Wenn das Interview darauf beschränkt wird, offensichtliche soziale Inkompetenz aufzuspüren, fallen seine Schwächen weniger ins Gewicht.

Auf Intelligenztests kann aber auch bei der Besetzung von Stellen mit Führungsaufgaben nicht verzichtet werden. Die meisten dieser Stellen erfordern mehr als soziale Kompetenz. Intelligenztests sind geeignet, den Erfolg bei der Bewältigung dieser anderen Anforderungen zu prognostizieren. Außerdem sind Intelligenztests für diese Stellen zwar weniger valide, aber keineswegs unbrauchbar.

b. Zulässigkeit

Intelligenztests zur Bewerberauswahl könnten jedoch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unzulässig sein.

Allerdings könnte bereits ein Eingriff zu verneinen sein, wenn ein Grundrechtsverzicht vorliegt⁹⁴⁹. Ansatzpunkt für eine solche Annahme ist die Teilnahme des Bewerbers an dem Intelligenztest. Darin könnte eine konkludente Verzichtserklärung zu erblicken sein. Weitere Voraussetzung eines Grundrechtsverzichts ist seine Freiwilligkeit⁹⁵⁰. Freiwilligkeit setzt voraus, dass der Betroffene zu einer autonomen Entscheidung fähig ist⁹⁵¹. Dies ist in einer Bewerbungssituation nicht der Fall. Der Bewerber hat nur die Wahl, an dem Test teilzunehmen oder seine Bewerbung zurückzuziehen. Damit ist mit der Verweigerung des Grundrechtsverzichts ein erheblicher Nachteil verbunden, so dass eine freiwillige Entscheidung nicht mehr möglich ist. Ein wirksamer Grundrechtsverzicht liegt somit nicht vor.

Da kein ausdrückliches gesetzliches Verbot von Intelligenztests in der Personalauswahl besteht, kann nur eine Unverhältnismäßigkeit ihre Unzulässigkeit begründen.

Damit Intelligenztests verhältnismäßig sind, muss für ihre Durchführung ein legitimer Zweck vorliegen. Eine möglichst gute Personalauswahl ist ein solcher Zweck.

Ferner müssen sie zu diesem Zweck geeignet sein. Dies wird gelegentlich bestritten, weil Intelligenztests vermeintlich „der Bezug zum konkreten Arbeitsplatz fehlt“⁹⁵². Dem kann nach dem Studium der eignungspsychologischen Literatur nicht gefolgt werden. Vielmehr fördert Intelligenz den Erfolg in jedem Tätigkeitsfeld mit Ausnahme einfacher mechanischer Tätigkeiten und der Ausübung von Führungskompetenz. Für alle anderen Tätigkeiten sind Intelligenztests geeignet⁹⁵³.

Intelligenztests sind auch erforderlich. Sie sind das beste und bewährteste personaldiagnostische Instrument. Darüber hinaus sind sie günstig. Sie sind nicht gleichwertig durch andere personaldiagnostische Instrumente zu ersetzen.

⁹⁴⁹ Fischinger, JuS 2007, 808 (812)

⁹⁵⁰ Fischinger, JuS 2007, 808 (809 f)

⁹⁵¹ Fischinger, JuS 2007, 808 (810)

⁹⁵² Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, ErfK, § 611 BGB Rn 309.

⁹⁵³ Für eine grundsätzliche Geeignetheit auch *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 26 Rn 13.

Schließlich müssen sie auch angemessen sein. Dies sind sie dann, wenn die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zu dem betroffenen Rechtsgut steht.

Eingegriffen wird in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dieses umfasst auch das Recht, nicht zu wissen, wie hoch der eigene Intelligenzquotient ist. Dieses Wissen kann nämlich die Einschätzung von der eigenen Persönlichkeit beeinflussen. Der Eingriff wird aber dadurch gemindert, dass es sich bei dem Intelligenzquotienten um eine kaum zu beeinflussende Eigenschaft handelt. Dies unterscheidet Intelligenztests beispielsweise von Blutproben, die geeignet sind, Aufschluss über das Verhalten des Probanden zu geben, etwa durch die Feststellung von Drogenkonsum. Die Intelligenz ist auch nur ein Persönlichkeitsmerkmal unter vielen, so dass von einer Erforschung der Gesamtpersönlichkeit, die unzulässig wäre⁹⁵⁴, nicht die Rede sein kann. Weiterhin ist der Proband bei Intelligenztests in einer aktiven Rolle und nicht nur Objekt einer Untersuchung, wie es etwa bei Blutproben der Fall ist. Schließlich braucht für die Zwecke der Personalauswahl dem Bewerber das Ergebnis des Intelligenztests nicht mitgeteilt zu werden, so dass er sein Nichtwissen behalten kann.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit muss auch das Recht der Bewerber aus Art. 33 II GG berücksichtigt werden. Sie haben das Recht auf eine Personalauswahl gemäß ihrer Eignung. Da die Intelligenz entscheidend zur beruflichen Eignung beiträgt⁹⁵⁵, haben sie auch ein Recht darauf, nicht wegen mangelnder Eignung, die durch weniger valide Instrumente ermittelt wurde, abgelehnt zu werden, wenn ein valider Intelligenztest ans Licht gebracht hätte, dass sie geeignet sind.

Intelligenztests sind angemessen und damit auch insgesamt zulässig, soweit es sich nicht um das Besetzungsverfahren für eine Stelle mit einfachen mechanischen Tätigkeiten oder ausschließlich Führungsaufgaben handelt.

4. Integritätstests

Auch der Einsatz von Integritätstests ist regelmäßig zur Feststellung der Eignung im engeren Sinne angezeigt. Sie stellen eine hervorragende Er-

⁹⁵⁴ Kreuder, in: Däubler/Hjort/Schubert pp., HK-ArbR, § 611 BGB Rn 178.

⁹⁵⁵ Siehe Kapitel 1 E. IV. 1.

gänzung zu Intelligenztests dar und ermitteln Persönlichkeitseigenschaften, die nicht im Zusammenhang mit der Intelligenz stehen.

Darüber hinaus sind integre Mitarbeiter im öffentlichen Dienst besonders wichtig. Die Bevölkerung hat erhöhte Erwartungen an das Pflichtbewusstsein und die Rechtstreue des öffentlichen Dienstes, so dass nicht integrires Verhalten von Mitarbeitern des öffentlichen Dienstes größere Aufmerksamkeit erfährt, als dies bei sonstigen Berufstätigen der Fall ist. Außerdem ist die Auswahl integrier Mitarbeiter für den öffentlichen Dienst wirtschaftlich wichtiger als für Privatunternehmen. Auf Grund des hohen Standards des Kündigungsschutzes im öffentlichen Dienst fällt es den Arbeitgebern hier nämlich schwerer, auf kontraproduktives Verhalten mit Kündigungen zu reagieren.

Auch bei Integritätstests stellt sich die Frage nach ihrer Zulässigkeit. Im Wesentlichen kann auf die Ausführungen zu der Zulässigkeit von Intelligenztests verwiesen werden. Allerdings ist der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht bei Integritätstests schwerwiegender als bei Intelligenztests. Denn die Aussage, ob jemand integer ist oder nicht integer, ist mit einem Werturteil verbunden, anders als eine Aussage über den Intelligenzquotienten. Aber auch Integritätstests können durch die bereits bei Intelligenztests angeführten Punkte gerechtfertigt werden. Denn Integritätstests sagen gerade nichts darüber aus, ob der Proband integer ist oder nicht. Sie prognostizieren nur sozialschädliches Verhalten am Arbeitsplatz. Wie jede Prognose ist dies eine unsichere Aussage und dies ist auch allen Beteiligten bewusst. Allerdings stellt auch schon die Prognose sozialschädlichen Verhaltens einen Eingriff dar. Dieser lässt sich allerdings in einem Personalauswahlverfahren nicht vermeiden. Selbst in einem klassischen Interview wird die Integrität des Bewerbers prognostiziert. Nur verlässt sich dabei der Interviewer auf sein Gefühl, während ein Integritätstest eine wissenschaftlich belastbare Aussage trifft. Die Steigerung der Qualität einer Prognose kann die Prognose aber nicht rechtswidrig machen. Dies wird besonders deutlich, wenn die Interessen der Bewerber an einer eignungsgerechten Personalauswahl berücksichtigt werden: Der Bewerber hat ein Recht darauf, nicht auf Grund des Gefühls des Interviewers, er könne sich später

sozialschädlich verhalten, abgelehnt zu werden, wenn ein valider Integritätstest ihm eventuell eine hohe Integrität prognostizieren würde.

5. Arbeitsproben

Arbeitsproben sind reliabel, weil sie immer unter den gleichen Bedingungen durchgeführt werden können.

Hinsichtlich der Objektivität ist sicherlich zu unterscheiden zwischen mechanischen und geistigen Tätigkeiten. Bei erstgenannten ist die Objektivität sicherlich hoch. Um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, kann die Qualität der Arbeit eines Fliesenlegers problemlos objektiv bewertet werden, weil sie leicht mit den vorhandenen Beurteilungsmaßstäben verglichen werden kann.

Bei geistigen Tätigkeiten, die im öffentlichen Dienst überwiegen, kann die Qualität einer Arbeit dagegen umstritten sein, so für die Güte eines Aktenvermerks, weil es keine objektiven Kriterien der Bewertung gibt.

Dennoch sollten Arbeitsproben wegen ihrer hohen Validität nicht nur im handwerklichen Bereich häufig eingesetzt werden. Für den öffentlichen Dienst bietet sich bei der großen Gruppe der einzustellenden Volljuristen an, das Ergebnis der zweiten juristischen Staatsprüfung auch als Arbeitsprobe zu werten. Dieses ist mit seinen praktischen Falllösungen wie eine Arbeitsprobe aufgebaut. Dagegen spricht auch nichts, wenn ein Jurist nicht als Bearbeiter von juristischen Fällen eingestellt werden soll, sondern für Verwaltungstätigkeiten. Denn wer die Tätigkeit der Falllösung beherrscht, wird mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch andere Betätigungsfelder meistern.

Zwar ist auch die objektive Benotung von Klausuren schwierig bis unmöglich, aber der immense Aufwand einer Staatsprüfung lässt sich kaum bei Personalauswahlverfahren erreichen.

6. Biographischer Fragebögen

Bei Biographischen Fragebögen ist vor der Erörterung, ob dieses Instrument auf Grund seiner personaldiagnostischen Qualität angewandt werden kann, die Frage zu klären, ob es überhaupt angewandt werden darf. Zwei-

fel können sich hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Bewerber ergeben.

Aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt zunächst eindeutig, dass Erhebungen zur Intimsphäre der Bewerber unzulässig sind. Anders dagegen sind Fragen zu der Privat- und Sozialsphäre zu beurteilen. Die Zulässigkeit solcher Fragen ergibt sich aus ihrer Verhältnismäßigkeit. Biographische Fragebogen sind grundsätzlich geeignet, Erkenntnisse zur Persönlichkeitsstruktur des Probanden zu gewinnen und damit auch zu seiner Eignung. Da die Personalauswahl im öffentlichen Dienst nach dem Grundgesetz ausdrücklich nach der Eignung erfolgen soll, ist dieser Zweck auch legitim. Da es kein einzelnes perfektes personaldiagnostisches Instrument gibt, ist die Erforderlichkeit gegeben. Allein die Kombination verschiedener Instrumente bietet also einen Erkenntnisgewinn. Es kann daher nicht eingewendet werden, biographische Fragebogen ließen sich durch andere, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht stärker schonende personaldiagnostische Instrumente ersetzen. Auch kann auf Fragen zur Privatsphäre nicht verzichtet werden. Das Prinzip von biographischen Fragebogen besteht gerade darin, möglichst viele Fragen zum Leben des Probanden zu stellen. Solche Fragen lassen sich in ausreichender Quantität nicht ausschließlich auf solche zu der Sozialsphäre reduzieren. Schließlich sind biographische Fragebogen mit Fragen zu der Privat- und Sozialsphäre auch angemessen. Wenn die Privatsphäre seiner Mitarbeiter einen Arbeitgeber auch nicht zu interessieren hat, lässt sie sich nicht vollständig aus dem Berufsleben ausklammern. Bei Auswahlverfahren geht es darum, den Bewerber kennen zu lernen. Dies gelingt nicht unter kompletter Ausblendung der Privatsphäre. Schließlich stellt sich ein Bewerber dem Auswahlverfahren freiwillig und kann es jederzeit abbrechen, wenn er Fragen nicht beantworten möchte.

Der Zweck, eine sachgerechte und grundrechtskonforme Personalauswahl durchzuführen, ist demgegenüber höherwertig.

Die Anwendung des Instruments biographischer Fragebogen steht auch im Einklang mit dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Der Anwendungsbereich des BDSG ist gemäß § 1 II Nr. 1 eröffnet, sofern sich die

Bewerbung an eine öffentliche Stelle des Bundes richtet⁹⁵⁶. Eine Erhebung von Daten liegt in dem Ausfüllen der Fragebogen, weil dadurch Daten über den Bewerber beschafft werden, § 3 III BDSG. Dies ist nach § 32 I S. 1 in Verbindung mit § 12 IV BDSG zulässig. Die Vorschriften sind bei Bewerbern im öffentlichen Dienst anwendbar⁹⁵⁷. Schließlich erfolgt die Datenerhebung auch bei dem Betroffenen, wie es § 4 II S. 1 BDSG als Regelfall vorsieht. Indem dieser den Fragebogen wissentlich und willentlich in einer Bewerbungssituation ausfüllt, ist sein Selbstbestimmungsrecht gewahrt. Das ist der Hauptzweck des § 4 II S. 1 BDSG⁹⁵⁸.

7. Internetrecherche

In jüngster Zeit ist immer wieder zu hören, dass Arbeitgeber im Internet, insbesondere in sozialen Netzwerken, über Bewerber recherchieren. Die Zulässigkeit dieser Sachverhaltsermittlungsmethode im öffentlichen Dienst ist erörterungsbedürftig.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst das „Recht, nicht ausspioniert zu werden“⁹⁵⁹. Keine Ausspionierung findet statt, wenn eine Person in der Öffentlichkeit beobachtet wird⁹⁶⁰. Denn dann bestimmt die Person selbst über ihre Wahrnehmung durch andere. Dies dürfte regelmäßig auch bei eigenen Veröffentlichungen über die eigene Person im Internet der Fall sein⁹⁶¹. Solche dienen gerade der Selbstdarstellung.

Allerdings ist zu beachten, dass in den sozialen Netzwerken oftmals Daten aus der Privatsphäre veröffentlicht werden. Diese Daten dienen erkennbar der Selbstdarstellung im privaten Kontext und nicht der Information potentieller Arbeitgeber. Ein solcher Eingriff in die Privatsphäre ist, anders als bei biographischen Fragebögen, auch nicht angemessen. Die Unangemessenheit ergibt sich daraus, dass von einer Freiwilligkeit der

⁹⁵⁶ Bei öffentlichen Stellen der Länder sind die Datenschutzgesetze der Länder anzuwenden.

⁹⁵⁷ Heckmann, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 12 Rn 38.

⁹⁵⁸ Sokol, in: Simitis, BDSG, § 4 Rn 20; Taeger, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 4 Rn 56.

⁹⁵⁹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 2 Rn 179.

⁹⁶⁰ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 2 Rn 179.

⁹⁶¹ Anders natürlich wenn sich der Arbeitgeber Informationen besorgt, die im Internet nicht frei zugänglich sind. Ein solches Verfahren wäre sehr rechtswidrig, weil die Verletzung der Privatsphäre außer Verhältnis zu dem personaldiagnostischen Nutzen stünde. Im öffentlichen Dienst ist ein solches Verhalten hoffentlich ausgeschlossen.

Selbstoffenbarung nicht die Rede sein kann, denn die Recherche erfolgt ohne Wissen und Einverständnis des Bewerbers. Man kann auch nicht einwenden, dass er mit der Veröffentlichung im Internet in jede Nutzung und damit auch in die Nutzung seiner Daten zum Zwecke der Personalauswahl eingewilligt habe⁹⁶². Oftmals wird er gar nicht daran gedacht haben, dass seine Veröffentlichungen einmal von seinem potentiellen Arbeitgeber genutzt werden könnten. Dass dies möglicherweise fahrlässig war, schmälert den Schutz des Bewerbers nicht, denn es ist gerade Aufgabe des Rechts, diejenigen zu schützen, die sich nicht selbst schützen können.

Ein weiterer Unterschied zu den biographischen Fragebogen besteht darin, dass der Bewerber die Selbstoffenbarung nicht jederzeit verweigern kann.

Eine solche Internetrecherche würde auch gegen das BDSG verstoßen. Die Datenerhebung würde nämlich nicht beim Betroffenen erfolgen, sondern gerade heimlich. Dies schließt eine Direkterhebung aus, denn diese setzt die Kenntnis des Betroffenen von der Datenerhebung voraus⁹⁶³. Ein Erlaubnistatbestand für ein solches Vorgehen liegt nicht vor, denn § 4 II S. 2 Nr. 2 b BDSG ist nicht gegeben. Diese Norm erlaubt eine Datenerhebung ohne die Mitwirkung des Betroffenen, wenn eine Datenerhebung bei diesem einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Die öffentliche Stelle kann aber sehr leicht in einem Bewerbungsverfahren an die Daten gelangen, die sie interessieren. So kann sie bereits in der Stellenausschreibung verlangen, dass bestimmte Angaben gemacht werden, sie kann an alle Bewerber Personalbogen verschicken und sie kann bei einem persönlichen Treffen oder auch telefonisch bei den Bewerbern nachfragen.

Auch § 4 II S. 2 Nr. 1 iVm § 28 I S. 1 Nr. 3 BDSG erlaubt keine Internetrecherche über Bewerber⁹⁶⁴.

Die Nutzung von privaten Daten im Internet verbietet sich letztendlich deshalb, weil sie gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens verstößt. Dazu gehört, dass dem Bürger auf Augenhöhe begegnet wird. Er muss jederzeit die Möglichkeit haben, auf das Verfahren Einfluss zu neh-

⁹⁶² Forst, NZA 2010, 427 (431).

⁹⁶³ Sokol, in: Simitis, BDSG, § 4 Rn 23.

⁹⁶⁴ Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG § 32 Rn 56 f; AA Forst, NZA 2010, 427 (431).

men. Dies ist nicht der Fall, wenn ohne entsprechende Einwilligung seine Veröffentlichungen genutzt werden, die nicht dazu dienen, sich als Bewerber zu präsentieren. Somit hat er sich in diesem Zusammenhang unabsichtlich offenbart.

Anders zu bewerten sind natürlich Internetveröffentlichungen, die dazu dienen, sich im beruflichen Kontext, insbesondere bei potentiellen Arbeitgebern, zu präsentieren. Diese dürfen selbstverständlich genutzt werden.

8. „Probeessen“

Ein, zumindest in der Privatwirtschaft, gelegentlich vorkommendes Auswahlinstrument ist ein gemeinsames Essen mit den potentiellen neuen Kollegen, dem „Team“. Dabei soll getestet werden, ob der Bewerber mit diesen zurechtkommt, ob also ein gewisses Maß an gegenseitiger Sympathie vorhanden ist. Fraglich ist die Zulässigkeit eines solchen Auswahlverfahrens im öffentlichen Dienst. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Sympathie zwischen den neuen Kollegen Bestandteil der Eignung sein kann. Falls dies nicht der Fall sein sollte, ist ein Auswahlinstrument, das genau diese misst, rechtswidrig.

Unter die Eignung fallen alle persönlichen Eigenschaften, die sich auf die Leistung im Amt auswirken⁹⁶⁵. Sympathie zwischen Kollegen dürfte die Leistungsfähigkeit aller steigern. Es handelt sich aber nicht um eine persönliche Eigenschaft. Es gibt Eigenschaften, insbesondere Offenheit, die Menschen sympathischer machen. Die Sympathie ist aber nur eine Folge davon und von Mensch zu Mensch unterschiedlich. Deswegen können, falls ein Amt Teamfähigkeit voraussetzt, die sympathischen Eigenschaften in das Anforderungsprofil aufgenommen werden. Ob ein Bewerber aber seinen konkreten Kollegen sympathisch ist, ist keine Frage seiner Persönlichkeit oder seines Charakters. Deshalb ist dies nicht Teil der Eignung.

Diese Ansicht widerspricht nicht dem Urteil des *OVG Berlin*⁹⁶⁶. Die Antragstellerin hatte sich um eine Stelle beworben und war nicht berücksichtigt worden, weil ihr Lebensgefährte sonst ihr unmittelbarer

⁹⁶⁵ Siehe Kapitel 2 D. II. 4.; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 33 Rn 17.

⁹⁶⁶ OVG Berlin, VVwZ 1996, 500 f.

Dienstvorgesetzter geworden wäre. Das *OVG* billigte, dieses enge persönliche Verhältnis der Bewerberin zu ihrem potentiellen Dienstvorgesetzten im Rahmen der Eignungsbeurteilung zu berücksichtigen. Teil der Eignung war jedoch nur die institutionalisierte Beziehung, nicht aber die Frage des emotionalen Verhältnisses zu ihrem Vorgesetzten. Die Tatsache des Zusammenlebens darf bei der Eignungsbeurteilung berücksichtigt werden, nicht aber die emotionale Beziehung als solche. Sie darf deswegen bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt werden. Daraus folgt, dass „Probeessen“ im öffentlichen Dienst rechtswidrig sind.

B. Gesetzliche Regelung des Personalauswahlverfahrens

Bisher bestehen keine umfassenden gesetzlichen Regelungen über die Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst⁹⁶⁷. Die gesetzliche Grundlage für ihre Ausgestaltung bildet daher das allgemeine Verfahrensrecht. Fraglich ist, ob der Gesetzgeber das Personalauswahlverfahren so regeln muss, dass ein optimales Verfahren gewährleistet ist, oder ob er dies der Verwaltung überlassen darf. Um dies richtig beurteilen zu können, müssen zunächst die untergesetzlichen Normen zur Regelung des Personalauswahlverfahrens im öffentlichen Dienst dargestellt werden.

I. Verwaltungsvorschriften und Verordnungen zur Regelung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst

Verwaltungsvorschriften zur Ausgestaltung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst finden sich nur vereinzelt. Einige sind dafür sehr detailliert.

In Bremen wird die Beurteilung von Beamten näher geregelt⁹⁶⁸. So wird unter anderem ein Assessment-Center zu Beurteilung für zulässig erklärt, vergleiche § 12. Diese Regelung enthält aber keine Anweisung für die Beurteilung von Einstellungsbewerbern und bezieht sich daher nur auf die Beurteilung bereits ernannter Beamter.

⁹⁶⁷ Kapitel 2 C. II. und III.

⁹⁶⁸ Beurteilungsverordnung.

In Nordrhein-Westfalen findet sich in einigen Verordnungen die interessante Regelung, dass bei den Personalauswahlverfahren die Wissenschaft und Praxis der Personalausleseverfahren berücksichtigt werden muss⁹⁶⁹. Außerdem muss das Auswahlverfahren für einen Anstellungstermin für alle Bewerber gleich bleiben.

In Baden-Württemberg ist für das Auswahlverfahren für den gehobenen Archivdienst geregelt, dass dieses jeweils nur für das aktuelle Stellenbesetzungsverfahren gilt und es bei einer Ablehnung beliebig oft wiederholt werden kann⁹⁷⁰. Bei Bewerbern für den gehobenen Verwaltungsdienst in der gesetzlichen Rentenversicherung ist ein Auswahlgespräch normiert⁹⁷¹.

In Bayern findet sich als ausdrückliche Normierung die Forderung, dass Bewerberauswahlverfahren objektiv zu gestalten sind⁹⁷².

Für den Polizeidienst sind die Ausleseverfahren regelmäßig umfassend normiert. Als Beispiel soll hier nur die Regelung in Mecklenburg-Vorpommern⁹⁷³ anführt werden. Sie ist sehr detailliert und regelt unter anderem im Abschnitt 2.2. die durchzuführenden Auswahltests. Dabei handelt es sich um einen psychologischen und einen sportlichen Leistungstest, ein Diktat, ein Vorstellungsgespräch und, für den gehobenen Dienst, um eine Gruppendiskussion.

Auch der Bund hat für einige Laufbahnen das Auswahlverfahren detailliert geregelt. In der „Verordnung über Laufbahn, Ausbildung und Prüfung für den gehobenen Auswärtigen Dienst“ wird in § 6 II festgelegt, dass das Auswahlverfahren aus einem schriftlichen und mündlichen Teil besteht sowie fakultativ aus einem psychologischen Eignungs- und Sprachtest. Das Auswahlverfahren wird gemäß § 6 IV durch regelmäßig mit fünf Beamten besetzte, weisungsfreie Auswahlausschüsse geführt. Interessant hierbei ist, dass der Bund ein solch aufwändiges Auswahlverfahren keineswegs nur

⁹⁶⁹ Verordnung über die Ausbildung und Prüfung der Laufbahnen des gehobenen nicht-technischen Dienstes (Bachelor) im Lande Nordrhein-Westfalen, § 4 II.

⁹⁷⁰ § 7 III Ausbildungs- und Prüfungsordnung für den gehobenen Archivdienst.

⁹⁷¹ § 8 II Ausbildungs- und Prüfungsordnung für den gehobenen Verwaltungsdienst in der gesetzlichen Rentenversicherung.

⁹⁷² § 20 I S. 2 Verordnung zur Regelung der besonderen Auswahlverfahren für die Einstellung in Laufbahnen des mittleren und gehobenen nichttechnischen Dienstes.

⁹⁷³ Polizei-Einstellungsrichtlinie.

für die Leitungsebene durchführt, sondern bereits für den gehobenen Dienst.

Auch für den höheren Bibliotheksdienst wurde das Auswahlverfahren ausführlich geregelt⁹⁷⁴. Darin ist festgelegt, dass bei der Vorauswahl die Zeugnisnoten ausschlaggebend sind, vergleiche § 6 II. Gemäß § 6 IV obliegt das Auswahlverfahren unabhängigen Auswahlkommissionen und besteht aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil. Nach § 6 V bestehen diese Auswahlkommissionen aus drei Beamten, die weisungsunabhängig sind.

Soweit ersichtlich, existieren in Rheinland-Pfalz keine Verwaltungsvorschriften hinsichtlich der Ausgestaltung von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst.

Aus dieser Darstellung der das Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst betreffenden Verwaltungsvorschriften und Verordnungen wird folgendes deutlich: Obwohl einige Ansätze erkennbar sind, dieses sowohl für die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes wie auch für die Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 33 II GG entscheidende Feld verbindlich zu regeln, ist die normative Bindung des Personalauswahlverfahrens im öffentlichen Dienst, mit Ausnahme des Polizeidienstes nur lückenhaft. Besonders hinzuweisen ist dabei aus meiner Sicht auf die Pflicht zur Berücksichtigung des Standes von Wissenschaft und Praxis der Personalausleseverfahren in Nordrhein-Westfalen.

II. Pflicht zur Regelung des Personalauswahlverfahrens im öffentlichen Dienst durch Parlamentsgesetz

Eine solche Pflicht könnte sich aus dem Parlamentsvorbehalt ergeben. Dieser verpflichtet den Gesetzgeber Entscheidungen selbst zu treffen, die für die Grundrechtsausübung wesentlich sind⁹⁷⁵. Was „wesentlich“ in diesem Sinne ist, konnte noch nicht abschließend geklärt werden, die Entschei-

⁹⁷⁴ Verordnung über Laufbahn, Ausbildung und Prüfung für den höheren Dienst an wissenschaftlichen Bibliotheken des Bundes.

⁹⁷⁵ Lampe, Prüfungsentscheidungen, S. 26 mit weiteren Nachweisen.

dung muss für jeden Einzelfall getroffen werden⁹⁷⁶. Maßgeblich sind aber jedenfalls die betroffenen Grundrechte⁹⁷⁷.

Danach ergibt sich für die Frage, ob die Ausgestaltung des Personalauswahlverfahrens gesetzlich geregelt werden muss, keine offensichtliche Antwort. Gegen die Annahme, dass eine solche Regelung „wesentlich“ ist, spricht, dass „wesentlich“ in erster Linie Abwägungsentscheidungen zwischen verschiedenen Grundrechten sind⁹⁷⁸. Dies hat seinen Grund darin, dass parlamentarische Entscheidungen in besonderem Maße die offene Diskussion um die beste Lösung sicherstellen⁹⁷⁹. Eine solche Abwägung verschiedener Grundrechte findet bei der Personalauswahl nicht statt, vielmehr geht es um die optimale Verwirklichung eines einzigen Grundrechts, nämlich Art. 33 II GG.

Weiterhin steht einer gesetzlichen Regelung scheinbar entgegen, dass die Eignungsdiagnostik jederzeit durch Forschungsergebnisse verbessert werden kann. Diese Verbesserungen muss die Verwaltung flexibel aufgreifen. Deshalb kann der Gesetzgeber kein konkretes Verfahren festschreiben, sondern nur die Berücksichtigung des Standes von Wissenschaft und Technik vorschreiben⁹⁸⁰.

Freilich sprechen auch gewichtige Gründe für eine gesetzliche Regelung. Zum vorhergehenden Argument ist zu sagen, dass auch eine weite Vorgabe zur Verfahrensgestaltung sinnvoll ist, insbesondere dann, wenn diese Vorgabe nicht in der bisherigen Praxis berücksichtigt wird. Dies ist bei der Personalauswahl im öffentlichen Dienst der Fall. Die Darstellung der geltenden Verwaltungsvorschriften und Verordnungen in Kapitel 4 B. I. hat deutlich gemacht, dass es derzeit in der Hand des jeweils für die Personalauswahl Verantwortlichen liegt, ob in seiner Organisation der State of the Art der Eignungsdiagnostik beachtet wird. Eine flächendeckende Anordnung zu seiner Beachtung gibt es nicht.

⁹⁷⁶ BVerfGE 98, 218 (251).

⁹⁷⁷ BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 (Az.: 2 BvR 1436/02) Rn 68.

⁹⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 (Az.: 2 BvR 1436/02) Rn 67.

⁹⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 (Az.: 2 BvR 1436/02) Rn 68.

⁹⁸⁰ Zur Kritik an solch offenen Regelungen siehe Ossenbühl, Vorrang, in: HStR III (2. Aufl.), § 62 Rn 65.

Zum anderen sind Entscheidungen auch dann „wesentlich“, wenn sie für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblich sind⁹⁸¹. Und die konkrete Durchführung des Auswahlverfahrens ist für die Verwirklichung des Art. 33 II GG von entscheidender Bedeutung. Ohne ein Auswahlverfahren gibt es keinen Zugang zu einem öffentlichen Amt. Wenn das Auswahlverfahren ungeeignet ist, den bestgeeigneten Bewerber herauszufinden, so kann dieser sein Grundrecht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nicht verwirklichen⁹⁸².

Des Weiteren sind Personalauswahlentscheidungen strukturell eng mit Prüfungsentscheidungen verwandt⁹⁸³. Letztlich werden nicht Kenntnisse, Fertigkeiten oder Wissen geprüft, sondern Persönlichkeitseigenschaften. Und bei Prüfungsentscheidungen wiederum ist anerkannt, dass das Prüfungsverfahren gesetzlich geregelt werden muss⁹⁸⁴. Begründet wird dies damit, dass das Nichtbestehen einer berufsbezogenen Prüfung einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit des Betroffenen darstellt⁹⁸⁵. Auch durch die Verweigerung des Zugangs zu öffentlichen Ämtern wird die Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers beschränkt⁹⁸⁶. Eine solche Beschränkung wiegt umso schwerer, wenn damit der Zugang zu bestimmten Berufen endgültig unmöglich gemacht wird⁹⁸⁷. Dies ist bei Ablehnungen von Bewerbungen für den öffentlichen Dienst häufig der Fall, denn viele Berufe können nur im öffentlichen Dienst ausgeübt werden, teilweise sogar nur bei einem einzigen Dienstherrn. Für den Beruf des Diplomaten nur die Bundesrepublik Deutschland als Dienstherr Verwendung⁹⁸⁸.

Daraus folgt, dass der Gesetzgeber die optimale Ausgestaltung der Auswahlverfahren zum öffentlichen Dienst regeln sollte. Eine gesetzliche Regelung des Auswahlverfahrens hält auch der *VGH München* für notwen-

⁹⁸¹ BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 (Az.: 2 BvR 1436/02) Rn 67.

⁹⁸² Vergleiche dazu auch Kapitel 3 A. III. 2. a.

⁹⁸³ Vergleiche Pache, Beurteilungsspielraum, S. 136

⁹⁸⁴ Lampe, Prüfungsentscheidungen, S. 26 f.

⁹⁸⁵ Lampe, Prüfungsentscheidungen, S. 23 und S. 26.

⁹⁸⁶ Dazu, dass sich Art. 12 GG und Art. 33 II GG nicht ausschließen, vgl. Kapitel 2 B. IV.

⁹⁸⁷ BverfGE 58, 257 (274 f).

⁹⁸⁸ Dies ist sicherlich eine Erklärung dafür, dass die einzigen ersichtlichen Verfahren um die Einstellung in den öffentlichen Dienst, die bis zum Bundesverwaltungsgericht getragen wurden, die Einstellung in den auswärtigen Dienst (BVerwG, DVBl. 1982, 198 f) bzw. den Bundesnachrichtendienst [BVerwG, Urteil v. 30.01.2003 (Az.: 2 A 1.02)] betrafen.

dig⁹⁸⁹. Eine solche Regelung muss natürlich so offen sein, dass der öffentliche Dienst auf die Erfordernisse des Einzelfalles eingehen kann und außerdem die Berücksichtigung der Entwicklung der Eignungsdiagnostik gewährleistet wird. Orientieren können sich die Gesetzgeber des Bundes und der Länder an der Verordnung über die Ausbildung und Prüfung der Laufbahnen des gehobenen nicht-technischen Dienstes (Bachelor) im Lande Nordrhein-Westfalen vom 05.08.2008, § 4 II. Dieser lautet:

(2) Die Auswahlmethode bestimmt die Einstellungsbehörde unter Berücksichtigung der in Wissenschaft und Praxis sich fortentwickelnden Erkenntnisse über Personalausleseverfahren. Die Auswahlmethode muss für Bewerberinnen und Bewerber desselben Zulassungstermins gleich bleiben. Beim Auswahlverfahren und bei der Auswahlmethode werden die besonderen Belange von Menschen mit Behinderungen berücksichtigt.

Des Weiteren könnten im Rahmen einer solchen gesetzlichen Regelung des Personalauswahlverfahrens auch mögliche Eingriffe im Verfahren, wie sie in Kapitel 4 A. IV. 3. b., 4. und 6. angesprochen wurden (hinsichtlich Intelligenztests, Integritätstests und Biographischen Fragebögen), geregelt werden. Dadurch wäre gewährleistet, dass solche Eingriffe zukünftig auf einer sicheren gesetzlichen Grundlage erfolgen.

C. Zwischenergebnis

Der öffentliche Dienst ist verpflichtet, bei Personalauswahlverfahren personaldiagnostische Instrumente einzusetzen, mit denen er die Eignung der Bewerber tatsächlich beurteilen kann. Daraus folgt, dass Anforderungsprofile auf einer professionellen Anforderungsanalyse beruhen müssen. Außerdem müssen die Verantwortlichen bei der Personalauswahl für die Beurteilung der Eignung qualifiziert sein. Sofern die Eignung vor allem auf Grund der Einschätzung der Bewerber durch die Verantwortlichen für die

⁹⁸⁹ VGH München, Beschluss vom 17.06.2010 (Az.: 7 ZB 10.375) Rn 16.

Personalauswahl beurteilt werden soll, empfiehlt es sich die Unterstützung von Psychologen zu suchen. Weiterhin sind Instrumente gemäß ihrem State oft he Art einzusetzen. Dies heißt für die meisten Personalauswahlverfahren, dass ein Intelligenztest durchzuführen ist, der eine gute Entscheidungsgrundlage bietet, die mit Hilfe anderer Instrumente ergänzt werden kann. Die Durchführung von Intelligenztests stellt keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Bewerber dar.

Die Pflicht State oft the Art vorzugehen sollte gesetzlich normiert werden.

Kapitel 5: Zusammenfassende Thesen

Wenn bei Personalauswahlverfahren die Erkenntnisse der Eignungsdiagnostik beachtet werden, lassen sich geeignetere Mitarbeiter finden, als wenn sie nicht beachtet werden (**Kapitel 1 D. und E.**). Dabei sind Intelligenztests das insgesamt beste personaldiagnostische Instrument (**Kapitel 1 C. IV.**) und sollten regelmäßig Bestandteil von Personalauswahlverfahren im öffentlichen Dienst sein (**Kapitel 4 A. IV. 3. a.**). Die Personalauswahl mittels Intelligenztests ist zulässig (**Kapitel 4 A. IV. 3. b.**).

Eine Personalauswahl gemäß dem State of the Art dient nicht nur dem Schutz des Art. 33 II GG, sondern fördert auch die Effizienz des Verwaltungshandelns, weil der Gewinn durch geeignetere Mitarbeiter größer ist als die Kosten für ein professionelles Personalauswahlverfahren (**Kapitel 1 D. IV. und Kapitel 4 A. III.**).

Zur Durchsetzung des State of the Art bei der Personalauswahl im öffentlichen Dienst ist eine gesetzliche Regelung empfehlenswert (**Kapitel 4 B. II.**).

Art. 33 II GG ist auch ein Grundrecht (**Kapitel 2 E.**).

Auch auf Stellen bei öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform ist Art. 33 II GG anwendbar (**Kapitel 2 F. II.**).

Art. 33 II GG gewährt ein Recht auf Bewerbung (**Kapitel 2 G. I.**) und unter gewissen Umständen auch ein Recht auf Einstellung (**Kapitel 2 G. II.**). Vor allem aber gewährt er ein Recht auf sachgerechte Entscheidung (**Kapitel 2 G. III.**). Daraus folgt die Pflicht der Verwaltung, konkrete Verfahrensvorgaben einzuhalten (**Kapitel 2 G. III. 2.**).

Die Pflicht der Verwaltung, bei Personalauswahlverfahren die Erkenntnisse der Eignungsdiagnostik zu beachten, folgt zum einen aus der Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren (**Kapitel 3 A.**). Diese beruht auf dem objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte (**Kapitel 3 A. II.**). Die

Wahrnehmung des Rechts aus Art. 33 II GG ist von der Bereitstellung eines Verwaltungsverfahrens abhängig (**Kapitel 3 A. III. 2.**). Deshalb muss es in diesem Verfahren möglich sein, die Eignung der Bewerber zutreffend zu beurteilen (**Kapitel 3 A. III. 3. b.**).

Zum anderen folgt die Pflicht, bei Personalauswahlverfahren die Erkenntnisse der Eignungsdiagnostik zu beachten, aus Art. 19 IV GG (**Kapitel 3 B.**). Die Verwaltung hat bei Personalentscheidungen einen Beurteilungsspielraum (**Kapitel 3 B. I. 3. a.**). Dieser darf aber nicht dazu führen, dass das Recht auf gerichtliche Kontrolle der Entscheidung weitgehend leer läuft, wie es bei einem Auswahlverfahren der Fall ist, das sich bei der Beurteilung der Eignung der Bewerber hauptsächlich auf den subjektiven Eindruck der Entscheider verlässt (**Kapitel 3 B. II. 1.**). Vielmehr muss das Personalauswahlverfahren so ausgestaltet werden, dass die Entscheidung nachvollziehbar begründet werden kann und so auch eine gerichtliche Kontrolle ermöglicht (**Kapitel 3 B. II.**).