

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 2/2014 –

13.01.2014

Änderung der Rechtsprechung des BVerwG zu den Anforderungen der gesundheitlichen Eignung für eine Einstellung in das Beamtenverhältnis – Teil 2: Genügt die neue Rechtsprechung den Anforderungen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und der UN-BRK?

Von Dr. Torsten von Roettenken, Vorsitzender Richter am VG, Frankfurt am Main

Mit seinem Urteil vom 25.07.2013¹ hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) seine bisherige Rechtsprechung (Rspr.) zu den gesundheitlichen Anforderungen für die **Einstellung** in ein Beamtenverhältnis wesentlich geändert und so den Zugang zum Beamtenverhältnis für gesundheitlich eingeschränkte Menschen deutlich erleichtert. Zugleich hat es die gerichtliche Kontrolldichte ausgeweitet (vgl. Diskussionsbeitrag B1-2014). Die neue Rechtsprechung des BVerwG genügt jedoch noch immer nicht den Anforderungen, die sich aus dem Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 2 Grundgesetz (GG) und dem Behindertenrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (UN-BRK) ergeben.

IV. Unzureichende Auseinandersetzung mit der Benachteiligung von Menschen mit einer Behinderung

1. Einleitung

Das BVerwG erkennt, dass auch der neue Maßstab zur Bestimmung der gesundheitlichen Eignungsanforderungen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung verletzen kann. Die nähere Auseinandersetzung mit dieser Problematik wird jedoch weder Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG noch den Maßgaben der RL 2000/78/EG gerecht, wobei hinsichtlich des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots zu Unrecht von einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) abgesehen worden ist.

2. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Der Kläger gehört zu dem von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfassten Personenkreis. Dieser beschränkt sich entgegen der womöglich vom BVerwG zugrunde gelegten Annahme nicht auf Schwerbehinderte oder ihnen nach

¹ 2 C 12.11.

§ 2 Abs. 3 SGB IX Gleichgestellte². Menschen mit einer Behinderung werden nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) unter anderem **benachteiligt**, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen **verschlechtert** wird, die ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten, welche anderen offenstehen³. Dementsprechend wird auch der Zugang zum Beamtenverhältnis vom Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfasst, wie es das NdsOVG im Berufungsurteil zutreffend angenommen hatte. Es gilt hier nichts anderes wie für die Erreichbarkeit eines Beförderungsamtes in einem bereits bestehenden Beamtenverhältnis. Für eine **Beförderung** ist das BVerfG in einem stattgebenden und damit nach § 93c Abs. 1 S. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) i. V. m. § 31 Abs. 1 BVerfGG bindenden Beschluss von der Geltung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ausgegangen⁴. Dabei hat es festgehalten, dass der Dienstherr bei der gesundheitlichen Eignungsbeurteilung auch dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG Rechnung zu tragen hat. Danach darf ein Ausschluss von der Beförderung nur dann erfolgen, wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung in dem angestrebten Amt **zwingend** ausschließen. Dabei kommt es für das BVerfG nur auf die **konkreten Aufgaben** des dem Beförderungsamte zugeordneten Dienstpostens an.

Das Urteil des BVerwG verhält sich zu diesen vom BVerfG entwickelten Anforderungen für den Ausschluss des Verbots einer Benachteiligung wegen einer Behinderung überhaupt nicht. Die Urteilsgründe legen den

Schluss nahe, im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG genüge es, einerseits den Prognosemaßstab sachlich in der dargestellten Weise zu verändern, andererseits für **Schwerbehinderte** und ihnen Gleichgestellte entsprechend den laubbahnrechtlichen Bestimmungen nur das **Mindestmaß körperlicher Eignung** zu verlangen. Insoweit soll es genügen, wenn einer schwerbehinderten Person irgendeine amtsangemessene Tätigkeit zugewiesen werden kann. Es wird vom BVerwG – insoweit zutreffend – nicht verlangt, dass die gesundheitliche Eignung für alle laubbahngemäßen Tätigkeiten bestehen muss.

Für den nicht von § 2 Abs. 2, 3 Neuntes Sozialgesetzbuch (SGB IX) erfassten Personenkreis geht das BVerwG dagegen ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG davon aus, dass an weniger stark behinderte Menschen die sonst üblichen gesundheitlichen Anforderungen gestellt werden dürfen. Der Gesetzgeber könne entsprechend der Vorgabe in § 128 Abs. 1, 3 SGB IX zwischen der Gruppe der Schwerbehinderten und der ihnen Gleichgestellten einerseits und den Menschen mit einer weniger ausgeprägten Behinderung andererseits unterscheiden, weil beide Gruppen wesentliche Unterschiede im Verhältnis zueinander aufwiesen. Ob diese Unterschiede tatsächlich so wesentlich sind, mag dahinstehen. Jedenfalls kann die sozialpolitische Vorsorge für die Gruppe der Schwerbehinderten und der ihnen Gleichgestellten, wodurch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vermieden werden soll, keinen Grund dafür darstellen, die andere Gruppe „einfach“ behinderter Menschen dem Schutzbereich dieses Benachteiligungsverbotes vollständig zu entziehen und das Grundrecht insoweit sachlich für nicht mehr einschlägig zu erachten. Darauf läuft die Entscheidung des BVerwG jedoch hinaus.

Das BVerwG hätte also erwägen müssen, ob auch hinsichtlich des Klägers **zwingende**

² Vgl. BVerfG 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 98, 288, 301; 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94 – BVerfGE 99, 341, 356 f.; v. Roetteken AGG § 1 Rn. 159b, 160 f. m. w. N.

³ BVerfG 19.01.1999, a. a. O. S. 357.

⁴ 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07 – ZBR 2009, 125, 126 = Behindertenrecht 2009, 113.

dienstliche Bedürfnisse eine **uneingeschränkte** Anwendung des neu definierten Prognosemaßstabs erfordern. Aus der Sicht des BVerfG würde es dabei vor allem darauf ankommen, dass es für die Prognose der gesundheitlichen Eignung ausgereicht hätte, wenn eine amtsgemäße Verwendung des Klägers künftig überhaupt möglich wäre, selbst wenn womöglich bestimmte Einsatzmöglichkeiten behinderungsbedingt ausscheiden würden. Der Sache nach ist das der Maßstab, der für schwerbehinderte Menschen gilt; danach genügt die gesundheitliche Mindesteignung i. S. d. § 5 Abs. 1 BLV (Verordnung über die Laufbahnen von BundesbeamtInnen) bzw. entsprechenden Landesrechts.

Was die **zeitliche Perspektive** der Prognose angeht, kann der bisherigen Rspr. des BVerfG allerdings nicht entnommen werden, dass hinsichtlich der von ihm vorausgesetzten **Dauerhaftigkeit** des dienstlichen Einsatzes im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG Abstriche zu machen wären. Das BVerfG stellt in seiner oben vorgestellten Entscheidung ausdrücklich auf die Dauerhaftigkeit des Einsatzes im Beförderungsamte und dem ihm konkret zugeordneten Aufgabenbereich ab. Insoweit geht das Urteil des BVerwG im Ergebnis daher mit der Rspr. des BVerfG konform.

3. Berücksichtigung der Vorgaben der UN-BRK

Diese enge Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch das BVerfG und das BVerwG steht im Widerspruch zu den Verpflichtungen aus Art. 27 Abs. 1 S. 1, 2 Buchst. a, b, g UN-BRK i. V. m. Art. 2 UN-BRK. Deren Regelungen, die in Deutschland Gesetzeskraft haben⁵, sind zur Bestimmung von Inhalt und Reichweite der im GG gewährleisteten

Grundrechte heranzuziehen⁶. Die danach gebotenen **Anpassungen** der beruflichen Zugangsvoraussetzungen, Beschäftigungsbedingungen und Aufstiegskriterien zur Gewährleistung einer **gleichberechtigten Teilhabe** von Menschen mit einer Behinderung im Verhältnis zu anderen Menschen findet nach Art. 2 UN-BRK ihre Grenze in einer **unverhältnismäßigen** oder **unbilligen Belastung**. Damit ist für Arbeitgeber/ Dienstherren insbesondere auch die finanzielle Unverhältnismäßigkeit angesprochen. Im Beamtenverhältnis kommt es insoweit vor allem darauf an, ob zwischen der prognostizierten Dauer der künftigen Dienstzeit und den sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Ansprüchen im Falle eines ggf. vorzeitigen Ruhestands ein unangemessenes Verhältnis besteht.

Dieser konkret am jeweiligen Versorgungssystem ausgerichteten Beurteilung will sich das BVerwG durch Verweis auf das **Lebenszeitprinzip** entziehen. Dessen Bedeutung als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums wird damit jedoch fehlinterpretiert. Der Grundsatz der lebenszeitigen Anstellung, erstmals in Art. 129 Abs. 1 Weimarer Reichsverfassung als Beamtengrundrecht normiert, sollte Anstellungen auf Probe oder Kündigung zurückdrängen und war folglich darauf ausgerichtet, grundsätzlich allen Beamtinnen und Beamten den qualifizierten Entlassungsschutz eines Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit zu vermitteln. Diese günstige Ausgestaltung der Rechtsstellung wird vom BVerwG in seiner Rspr. seit 2009 gegen den begünstigten Personenkreis gewendet⁷. Schon deshalb kann sich aus Art. 33 Abs. 5 GG insoweit nichts ergeben, was den Dienstherrn zur Abwehr einer unverhältnismäßigen oder unbilligen Belastung berechtigen würde, die Begründung eines

⁵ In Kraft getreten am 26.03.2009, BGBl. 2009 II S. 812.

⁶ BVerfG 23.03.2011 – 2 BvR 882/09 – NJW 2011, 2113, 2115 Rn. 52.

⁷ BVerwG Urt. v. 10.02.2009 – 2 C 18-07 – ZBR 2009, 391.

Beamtenverhältnisses abzulehnen.

Legt man das heutige System der Beamtenversorgung zugrunde, lässt sich eine unverhältnismäßige Belastung des Dienstherrn mit Versorgungsaufwendungen, also ein **Ungleichgewicht** zwischen erbrachten Dienstleistungen des Beamten bzw. der Beamtin und den künftigen Versorgungsleistungen des Dienstherrn, nur annehmen, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der/die Betroffene durch die aktive Dienstzeit nicht die vom Dienstherrn geschuldete spätere **Mindestversorgung** verdienen wird. Nach den heutigen Regelungen des Versorgungsrechts ist dafür eine Dienstzeit von ca. 19,5 Jahren erforderlich. In diesen Zeitraum müssen allerdings – wie bei den anderen nicht behinderten Beamtinnen und Beamten – alle Vordienst- und Ausbildungszeiten so eingerechnet werden, wie dies im Falle einer unterstellten vorzeitigen Ruhegehaltfestsetzung wegen Versetzung in den Ruhestand geboten wäre, da andernfalls Menschen mit einer Behinderung schlechter gestellt und somit diskriminiert würden. Damit reduziert sich für eine Einstellung in ein Probe- oder Lebenszeitbeamtenverhältnis das Ausmaß der noch verlangbaren aktiven Dienstzeiten im Regelfall auf deutlich weniger als 19,5 Jahre. Wer bei einer auf dieser Grundlage erstellten Eignungsprognose in der Lage sein wird, die Mindestversorgung schon im Hinblick auf erbrachte Dienstzeiten und sonstige ruhegehaltfähige Zeiten zu erhalten, wird nicht in den Genuss einer sozialpolitischen Vergünstigung in Gestalt der Mindestversorgung kommen, wenn vorzeitig Dienstunfähigkeit eintreten sollte. Vielmehr wird für diesen Personenkreis eine nach den Kriterien des Versorgungssystems erdiente Versorgungsleistung gezahlt. An diesen selbst gesetzten Maßstäben muss sich der Dienstherr im Rahmen der Beurteilung festhalten lassen, ob ihn der ggf. eintretende vorzeitige Ruhestand unter Berücksichtigung der Pflicht zur Gewährleistung einer gleich-

berechtigten Teilhabe von Menschen mit einer Behinderung unverhältnismäßig belastet. Diese Fragen erspart sich das BVerwG durch den Verweis auf das **Lebenszeitprinzip**. Dieses soll die uneingeschränkte Anwendung des neu definierten Prognosemaßstabs auf den Kläger rechtfertigen, da er weder zum Kreis der Schwerbehinderten noch der ihnen Gleichgestellten gehöre. Gleichzeitig setzt sich das BVerwG mit den Regelungen der UN-BRK überhaupt nicht auseinander. Die Entscheidungsgründe lassen nicht erkennen, dass dem BVerwG die Geltung dieser Konvention bewusst gewesen ist. Die UN-BRK hätte auch deshalb berücksichtigt werden müssen, weil sie das in § 9 BeamtStG enthaltene Gebot konkretisiert, über eine Ernennung unter anderem ohne Rücksicht auf eine Behinderung zu entscheiden. Insoweit enthält die UN-BRK statusrechtliche Regelungen i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG, die neben die Regelungen des SGB IX getreten sind. Schon deshalb kann § 128 Abs. 1, 3 SGB IX nicht entnommen werden, aus Sicht des Bundesrechts würden sich keine weiteren Fragen nach einer womöglich unzulässigen Benachteiligung wegen einer Behinderung stellen⁸. Die UN-BRK schützt vor Diskriminierungen hinsichtlich jeder Behinderung ohne Rücksicht auf einen bestimmten Ausprägungsgrad.

Der Frage, ob die neue Rechtsprechung des BVerwG den Anforderungen der RL 2000/78/EG genügt, wird in Diskussionsbeitrag B3-2014 nachgegangen.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

⁸ So jedoch wohl die Ansicht des BVerwG, vgl. Rn. 39 des Urteils.