

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 3/2014 –

13.01.2014

Änderung der Rechtsprechung des BVerwG zu den Anforderungen der gesundheitlichen Eignung für eine Einstellung in das Beamtenverhältnis – Teil 3: Genügt die neue Rechtsprechung den Anforderungen der RL 2000/78/EG?

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

Mit seiner Entscheidung vom 25.07.2013¹ hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) seine bisherige Rechtsprechung zur gesundheitlichen Eignung eines Beamtenanwärters für die **Einstellung** in ein Beamtenverhältnis grundlegend zugunsten von gesundheitlich eingeschränkten Menschen geändert (vgl. Diskussionsbeitrag B1-2014). Den Anforderungen des Europäischen Gleichbehandlungsrechts (RL 2000/78/EG) genügt sie jedoch nicht (vgl. zu der Frage, ob die geänderte Rechtsprechung den Anforderungen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und der UN-BRK genügt Diskussionsbeitrag B2-2014).

4. Mangelnde Beachtung der Richtlinie 2000/78/EG

Hinsichtlich des in der RL 2000/78/EG enthaltenen Verbotes jeder Diskriminierung wegen einer Behinderung geht das BVerwG davon aus, dass der von ihm angewandte Prognosemaßstab für eine Einstellung in ein Probebeamtenverhältnis als Vorstufe für ei-

ne Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit stelle – lediglich – eine **mittelbare Diskriminierung** i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b RL 2000/78/EG dar. Als Grund dafür gibt es an, dass der Maßstab gelte gleichermaßen für behinderte und nicht behinderte Menschen. Es handelt sich damit für das BVerwG um ein dem Anschein nach neutrales Kriterium, nicht aber um eine Anforderung, die unmittelbar an eine Behinderung anknüpft. Es ist fraglich, ob diese bisher auch von mir vertretene Sichtweise richtig ist.

In seinem Urteil vom 11.04.2013² definiert der EuGH den Begriff **Behinderung** wie folgt: Behinderung ist eine Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können. Diese Definition lehnt sich ganz wesentlich an Art. 1

¹ 2 C 12.11.

² Rs. C-335/11, C-337/11 – NZA 2013,553, 555 Rn. 38 = ZBR 2013, 341 – „Ring“.

Abs. 2 UN-BRK an. Zu den Menschen mit Behinderungen zählen nach dieser Regelung Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in **Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren** an der vollen, wirksamen und **gleichberechtigten Teilhabe** an der Gesellschaft hindern können. Der Begriff bezieht sich nicht nur auf den aktuellen Zustand einer Person, d. h. deren gegenwärtige Beeinträchtigung einer vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft bzw. am Beruf, sondern stellt ebenso darauf ab, ob es **künftig** zu entsprechenden Auswirkungen kommen kann. Damit können auch Einschränkungen einer Person bereits dann eine aktuelle Behinderung darstellen, wenn sie erst im Zusammenhang mit später eintretenden weiteren Ereignissen die gleichberechtigte Teilhabe im Verhältnis zu anderen Menschen beeinträchtigen können, die keine derartige Einschränkung aufweisen. Damit wären auch die nach deutschem Recht lediglich von einer Behinderung bedrohten Personen (§ 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX) jedenfalls dann in den Diskriminierungsschutz der RL 2000/78/EG einbezogen, wenn die Behandlung einer Person unmittelbar an eine bei ihr bestehende Einschränkung anknüpft und dies zu einer Schlechterstellung im Verhältnis zu anderen Personen führt. Dabei ist hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung für den Beamtendienst davon auszugehen, dass aktuell noch nicht i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX behinderte Menschen jedenfalls dann i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX von einer Behinderung bedroht sind, wenn künftig aufgrund einer absehbaren Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes davon auszugehen ist, dass sie jedenfalls zu diesem späteren Zeitpunkt als Menschen mit einer sie konkret einschränkenden Behinderung einzustufen sein werden. Hinsichtlich des Behinderungsbegriffs in der UN-BRK, der daran ausgerichteten Auslegung von

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 1 RL 2000/78/EG wäre darüber hinaus davon auszugehen, dass aktuell schon eine Behinderung vorliegt. Der Behinderungsbegriff der UN-BRK, von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 1 RL 2000/78/EG würde dann auch diejenigen erfassen, die nach § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX „nur“ als von einer Behinderung bedroht anzusehen wären. So wäre der Kläger in dem vom BVerwG entschiedenen Verfahren auch ohne die Anerkennung eines GdB von 30 allein aufgrund seiner Multiple-Sklerose-Erkrankung im Hinblick auf die daran anknüpfenden voraussichtlich später eintretenden konkreten Beeinträchtigungen bereits zu einem Zeitpunkt ein Mensch mit einer Behinderung, in dem seine beruflichen Teilhabemöglichkeiten aktuell noch nicht beeinträchtigt waren. Entsprechendes müsste für andere Erkrankungen oder sonstige körperliche, geistige, psychische Zustände gelten, mit denen sich eine Person von anderen sog. normalen Menschen unterscheidet. Für diesen von einer Behinderung lediglich **bedrohten** Personenkreis will das BVerwG erkennbar noch nicht von einer Behinderung ausgehen. Dies ergibt sich daraus, dass der auf diesen Personenkreis aus seiner Sicht anzuwendende Prognosemaßstab noch keine unmittelbare Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a RL 2000/78/EG erfährt.

Im Hinblick auf die Neudefinition des Behinderungsbegriffs durch den EuGH in seinem Urteil vom 11.04.2013 hätte das BVerwG dem EuGH die Frage vorlegen müssen, ob die Anwendung des von ihm entwickelten Prognosemaßstabs dem Bereich der unmittelbaren oder nur dem der mittelbaren Diskriminierung zuzuordnen ist. Eine Auseinandersetzung mit der vom EuGH neu entwickelten Begriffsdefinition fehlt im Urteil des BVerwG vollständig.

Die Unterscheidung zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung ist maßgebend dafür, welchen Voraussetzun-

gen die mögliche **Rechtfertigung** der Diskriminierung genügen muss. Würde es sich, wie hier vorgeschlagen, um eine unmittelbare Diskriminierung handeln, käme eine Rechtfertigung nur nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG in Betracht. Es würde dann darauf ankommen, ob der vom BVerwG entwickelte Prognosemaßstab eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, vorausgesetzt es handelt sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene berufliche Anforderung. Im Verfahren zur Höchstaltersgrenze für eine Einstellung in die Berufsfeuerwehr hat der EuGH darauf abgestellt, wie lange eine eingestellte Person den für diesen Einsatzdienst maßgebenden besonderen Anforderungen nach der Einstellung voraussichtlich noch genügen wird. Dabei hat er in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG einen **Zeitraum von 15 Jahren** einschließlich der Ausbildungszeiten für angemessen erachtet³. Dabei hat der EuGH allerdings wesentlich auf den Erwägungsgrund Nr. 18 der RL 2000/78/EG abgestellt, der den Mitgliedstaaten das Funktionieren von Einsatzdiensten wie dem der Berufsfeuerwehr, Polizei, des Katastrophenschutzes oder Justizvollzugs ermöglichen soll. Die Ausübung anderer beruflicher Tätigkeiten wie der im Schulunterricht gehört nicht zu dieser besonderen Gruppe von Tätigkeiten, für die eine gesteigerte Einsatzfähigkeit aus unionsrechtlicher Sicht verlangt werden kann. Insoweit hätte das BVerwG daher dem EuGH die Frage vorlegen müssen, welche Maßstäbe an die angemessene **Mindestdauer** einer künftigen Tätigkeit als Lehrkraft unionsrechtlich bestehen, und wo die diesbezügliche Grenze für die Organe der Mitgliedstaaten liegt.

Dabei wäre – ebenso wie für die vom BVerwG angenommene mittelbare Diskriminierung – auch auf den Umfang der Verpflichtungen einzugehen gewesen, denen

der Dienstherr nach Art. 5 RL 2000/78/EG unterliegt. Nach S. 1 dieser Regelung sind **angemessene Vorkehrungen** zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit einer Behinderung zu gewährleisten. Dies bedeutet nach Art. 5 S. 2 RL 2000/78/EG, dass der Arbeitgeber bzw. Dienstherr die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um Menschen mit einer Behinderung unter anderem den Zugang zur Beschäftigung zu ermöglichen. Diese Verpflichtung findet ihre Grenze in einer **unverhältnismäßigen Belastung** des Arbeitgebers/Dienstherrn. Nach den vom EuGH für die Auslegung von Art. 5 RL 2000/78/EG ausdrücklich für maßgeblich erachteten Erwägungsgründen Nr. 20, 21 der genannten RL kommt es für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Belastung des Arbeitgebers/Dienstherrn insbesondere auf den mit den Vorkehrungen verbundenen **finanziellen Aufwand** einerseits, die Größe und den finanziellen Ressourcen des Arbeitgebers/Dienstherrn andererseits an.

Eine nähere Auslegung dieser Parameter hat der EuGH in seinem Urteil vom 11.04.2013 nicht vorgenommen. Insoweit besteht daher noch Klärungsbedarf, welchen Inhalt die Verpflichtungen zur Schaffung angemessener Vorkehrungen haben, und ob insoweit womöglich auch **Änderungen des bestehenden Versorgungsrechts** für angemessen erachtet werden, bzw. wo sonst die Grenze für das finanzielle Risiko eines großen öffentlichen Arbeitgebers/Dienstherrn zu ziehen ist. Auch hier kommt zunächst eine Orientierung an das Erdienen der versorgungsrechtlich vorgesehenen Mindestversorgung in Betracht.

In seiner Beurteilung der Voraussetzungen für die Rechtfertigung der von ihm angenommenen mittelbaren Diskriminierung blendet das BVerwG dagegen Art. 5 RL 2000/78/EG vollständig aus. Es wird überhaupt nicht thematisiert, in welchem Ausmaß

³ EuGH 12.1.2010 – Rs. C-229/08 – NVwZ 2010, 244, 247 Rn. 43 f. = ZBR 2010, 163 – „Wolf“.

die Anforderungen an Bewerber/innen für ein Beamtenverhältnis durch Pflichten des Dienstherrn begrenzt sein können, entsprechend Art. 5 S. 1 RL 2000/78/EG eine vollständige Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung auf Menschen mit einer Behinderung zu gewährleisten. Stattdessen referiert das BVerwG die Voraussetzungen der Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung ohne Rücksicht auf diese Regelung. Dabei übernimmt es gleichzeitig die Auslegung des EuGH für die Annahme einer Rechtfertigung nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG. Diese Regelung gilt allerdings nur für unmittelbare Diskriminierungen wegen des Alters. Sie erfasst jedoch nicht die Rechtfertigung von Diskriminierungen wegen anderer Merkmale. Verfehlt ist es daher auch, wenn das BVerwG im Hinblick auf die Rspr. des EuGH zu Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG annimmt, auch **fiskalische Ziele** könnten zusammen mit anderen Zielen eine mittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung rechtfertigen. Bisher hat der EuGH eine Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen im Hinblick auf finanzielle Interessen eines Arbeitgebers oder Dienstherrn schlechthin ausgeschlossen⁴. Im Hinblick auf den Erwägungsgrund Nr. 21 der RL 2000/78/EG stellt sich dies nur bei der Frage anders dar, ob der Umfang angemessener Vorkehrungen zur Gewährleistung des Zugangs von Menschen mit einer Behinderung zur beruflichen Tätigkeit für den Arbeitgeber/Dienstherrn unangemessen ist.

Daran ändert der Umstand nichts, dass der EuGH in seinem Urteil vom 11.04.2013 davon ausgegangen ist, das nationale Gericht habe darüber zu entscheiden, ob in Betracht kommende Vorkehrungen für den Arbeitgeber unverhältnismäßig sind. Damit ist lediglich angesprochen, dass die nationalen Gerichte über den Eintritt eines Rechtfertigungsgrundes zu entscheiden haben. Die

⁴ V. Roetteken AGG § 3 Rn. 310 m. w. N.

dafür zu beachtenden Maßstäbe gehören jedoch dem Unionsrecht an und unterliegen daher dem Auslegungsmonopol des EuGH.

V. Schlussbemerkung

Das Urteil des BVerwG enthält für die Praxis bedeutsame Änderungen der Kriterien zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung. Insoweit stellt es für Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen unabhängig von deren aktuellen Auswirkungen auf die Berufsausübung eine deutliche Verbesserung dar, da es den Zugang zum Beamten- und Richterdienst erheblich erleichtert.

In seiner Auseinandersetzung mit den unverändert verbliebenen besonderen Risiken für Menschen mit einer Behinderung ist das Urteil unzureichend und bedarf dringend der Verbesserung. Bedauerlicherweise hat es das BVerwG wie schon öfter in der Vergangenheit vermieden, die relevanten Fragen zur Auslegung der RL 2000/78/EG dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen. Dazu wäre es als letztinstanzliches Gericht verpflichtet gewesen (Art. 267 Abs. 3 AEUV⁵). Dies gilt auch für die hier nicht näher behandelte Frage, ob der Anspruch auf Vermögensschadensersatz nach § 15 Abs. 1 S. 1 AGG durch S. 2 dieser Regelung entfällt, wenn dem Arbeitgeber/Dienstherr hinsichtlich der Diskriminierung kein Verschulden zu Last fällt. Diese haftungsbefreiende Regelung wird überwiegend für richtlinienwidrig gehalten, sodass das BVerwG schon deshalb die entsprechende Frage dem EuGH hätte vorlegen müssen, bevor es insoweit zu einer eigenen Antwort kommt.

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

⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.