

Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & **Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte
Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis
Institut für Deutsches und Europäisches
Sozialrecht, Universität zu
Köln

Prof. Dr. Felix Welti
Hochschule Neubrandenburg

Oktober 2009

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 17/2009 –

Generelle Aufstiegssperre für polizeidienstunfähige Beamte verfassungswidrig – Prüfung im Einzelfall geboten

von Prof. Dr. Felix Welti

Die zweite Kammer des zweiten Senats des BVerfG hat der Verfassungsbeschwerde einer Polizeibeamtin gegen einen Beschluss des Sächsischen OVG stattgegeben. Die Polizistin aus dem mittleren Dienst ist wegen einer Herzkrankheit schwerbehindert und polizeidienstunfähig. Sie strebte die Beförderung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst auf einem Dienstposten an, der ihre gesundheitlichen Einschränkungen berücksichtigt. Die Entscheidung des BVerfG (B. v. 10.12.2008, Az. 2 BvR 2571/07) verdeutlicht die Tragweite des Benachteiligungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG für das Beamtenrecht.

Thesen des Autors

- 1. Mit dem Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist es nicht vereinbar, wenn in der Praxis eines Landes die Beförderung von behinderten polizeidienstunfähigen Beamtinnen und Beamten aus dem mittleren in den gehobenen Dienst generell ausgeschlossen ist.**
- 2. Die Möglichkeit der Beförderung nach Eignung, Leistung und Befähigung muss auch für behinderte polizeidienstunfähige Beamtinnen und Beamte möglich sein, wenn eine ihrem Gesundheitszustand entsprechende Verwendung auf einem einzelnen Dienstposten möglich ist.**
- 3. Auch für Beamtinnen und Beamte im Polizeidienst sind die Grundsätze aus §§ 81, 84 SGB IX anzuwenden.**

Kammer-Beschluss des BVerfG v. 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07 -

I. Der Fall

Die Beschwerdeführerin ist seit 1992 **Polizeibeamtin im mittleren Dienst** des Freistaats Sachsen, zur Zeit als Kriminalobermeisterin. 1999 wurde sie zum Erwerb der **Befähigung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst** zugelassen, ihre Aufstiegsausbildung schloss sie 2002 erfolgreich ab. 2000 wurde eine **seltene Herzerkrankung** diagnostiziert, auf Grund derer sie auf Dauer **polizeidienstunfähig** (§ 150 Abs. 1 Sächsisches Beamtengesetz) ist. Sie ist schwerbehindert mit einem GdB 70. Sie wird weiterhin im Polizeivollzugsdienst **auf einem Posten verwendet, der ihre gesundheitlichen Einschränkungen berücksichtigt**, was nach § 150 SächsBG möglich ist (vgl. dazu nach dem Beamtenrecht von NRW: BVerwG vom 3.3.2005, Az. 2 C 4.04). Sie strebt den Wechsel in die Laufbahn des gehobenen Dienstes (Kriminalkommissarin) an. Der Dienstherr teilte ihr 2005 mit, ihre **Beförderung sei wegen fehlender gesundheitlicher Eignung grundsätzlich nicht möglich** und es stehe im gehobenen Dienst kein Dienstposten zur Verfügung, auf dem eine ihren Einschränkungen gerecht werdende Verwendung möglich wäre.

Die Regelung in § 10 Sächsische Laufbahnverordnung, wonach von schwerbehinderten Menschen bei der Einstellung und Beförderung nur das Mindestmaß gesundheitlicher Eignung für die betreffende Stelle verlangt werden darf, sollte keine Anwendung finden. In der Sächsischen Laufbahnverordnung der Polizeibeamten findet sich keine entsprechende Regelung, allerdings auch kein expliziter Ausschluss allgemein polizeidienstunfähiger Beamter vom Aufstieg. Die Klage der Polizistin wurde vom VG Dresden am 9.5.2006 durch Urteil abgewiesen (Az. 11 K 972/05) und die Berufung vom Sächsischen OVG am 2.11.2007 durch Beschluss abgelehnt (Az. 2 B 403/06). **Die Verfassungsbeschwerde führte zum Erfolg** durch stattgebende Kammerentscheidung (§ 93c BVerfGG). Die Rechtsauffassung des Freistaats Sachsen und seiner Gerichte ist danach mit der **Auswahl der Beamtinnen und Beamten nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung** (Art. 33 Abs. 2 GG) in Verbindung mit dem **Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung** (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) unvereinbar (vgl. *Gagel*, Juris-PR-ArbR 9/2009 Nr. 1).

II. Die Entscheidung

Das BVerfG wendet den **grundrechtlich verbürgten Anspruch auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Leistung und Befähigung** auch auf die Beförderung und den Laufbahnaufstieg an. Bei der Beurteilung der Eignung muss der Dienstherr auch die gesundheitliche Eignung beurteilen. Bei dieser Beurteilung ist dem **Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen** Rechnung zu tragen. Die Bewerberin darf nur dann

vom Beförderungsgeschehen ausgeschlossen werden, wenn **dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung in dem angestrebten Amt zwingend ausschließen**. Dieser vom BVerwG bereits deutlich entwickelte strikte Maßstab (BVerwG, Urt. v. 21.6.2007, Az. 2 A 6/06) entspricht der allgemeinen Auslegung des Benachteiligungsverbots, wonach behinderte Menschen nur dann nachteilig ungleich behandelt werden dürfen, wenn dies zwingend erforderlich ist. Da § 150 SächsBG den Polizeivollzugsdienst grundsätzlich für dienstunfähige Beamtinnen und Beamte öffnet, ist für die Entscheidung über Beförderung und Laufbahnaufstieg ebenfalls ein **individueller Maßstab geboten**. Es ist von Verfassungs wegen **nicht zulässig, die Beförderung wegen einer Behinderung generell auszuschließen**.

Nach dem Erfolg der Verfassungsbeschwerde ist daher im erneut durchzuführenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu prüfen, ob die Behauptung, es stehe für die Beschwerdeführerin im gehobenen Dienst kein Posten zur Verfügung, auf dem sie auf Dauer verwendet werden könne, zutrifft und die Ablehnung ihres Beförderungsgesuchs trägt.

III. Würdigung/Kritik

Die Entscheidung verdient Zustimmung. Sie macht deutlich, dass unter dem Benachteiligungsverbot **generelle Hürden für Einstellung und Aufstieg behinderter Menschen verboten** sind und jeder behinderte Mensch Anspruch darauf hat, seine Fähigkeiten im Einzelfall zu betrachten. Was das BVerfG im Beamtenrecht allein und unmittelbar mit dem verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbot begründet, ergibt sich im Arbeitsrecht aus der **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte** und insbesondere aus dem **Gebot angemessener Vorkehrungen für behinderte Menschen** in Art. 5 RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie).

Die gegen behinderte Menschen zu restriktive sächsische Verwaltungspraxis hatte keine gesetzliche Grundlage, so dass das BVerfG keinen Anlass hatte, auf die Regelung in **§ 128 Abs. 1 SGB IX** hinzuweisen, wonach die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen auch für schwerbehinderte Beamtinnen und Beamte so zu gestalten sind, dass die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert wird. Für öffentliche Dienstherren, Beamtinnen und Beamte gelten darum auch die weitreichenden Regelungen in **§ 81 SGB IX** zum Benachteiligungsverbot und zur behinderungsgerechten Gestaltung des Dienstverhältnisses und das Präventionsgebot nach **§ 84 SGB IX** (vgl. OVG Niedersachsen, B. v. 29.1.2007, Az. 5 ME 61/07). Nach **§ 24 AGG** gelten die dort geregelten Benachteiligungsverbote auch in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen entsprechend. Diese Regelungen werden im weiteren Umgang mit dem Fall zu berücksichtigen sein.

Für die Verwendung behinderter Beamtinnen und Beamten sind teilhabe- und rehabilitationsorientierte Grundsätze über Dienstunfähigkeit, begrenzte Dienstfähigkeit und Wiederher-

stellung der Dienstfähigkeit jetzt deutlicher in §§ 44-49 BBG für die Beamtinnen und Beamten des Bundes und in §§ 26-29 Beamtenstatusgesetz für die Beamtinnen und Beamten der Länder und Gemeinden geregelt worden. Dem Dienstherrn obliegt es, nach einer anderweitigen Verwendung für dienstunfähige Beamte zu suchen (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 26.03.2009, Az 2 C 46/08, 2 C 73/08 – Kugele, juris-PR-BVerwG 14/2009 Nr. 6).

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