

An den Vorsitzenden des
Innen- und Rechtsausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Herrn Werner Kalinka, MdL
Landeshaus

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/3648

24105 Kiel

12. November 2008

**Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN (Drucksache 16/1420);
Prognosezeitraum für die gesundheitliche Eignung von Beamtinnen und Beamten**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

der Innen- und Rechtsausschuss hat in seiner Sitzung am 30.04.2008 beschlossen, über den Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN (Drs. 16/1420) und die Grundsatzfrage zum Vorliegen der gesundheitlichen Eignung von Beamtinnen und Beamten in Zusammenhang mit der Beratung des Gesetzentwurfs der Landesregierung zur Neuregelung des Beamtenrechts in Schleswig-Holstein (Drs. 16/2306) zu diskutieren. Anlass für die Auseinandersetzung mit den Anforderungen an die gesundheitliche Eignung von Beamtinnen und Beamten war die Petition eines Gymnasiallehrers, der aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung wegen eines Herzklappenfehlers nicht verbeamtet wurde. Der Wissenschaftliche Dienst des Landtages hat im Auftrag des Innen- und Rechtsausschusses in seinem Gutachten vom 08.03.2007 (Umdruck 16/1851) Stellung zu den Anforderungen an die gesundheitliche Eignung von Beamtinnen und Beamten unter besonderer Berücksichtigung möglicher Diskriminierung wegen einer Behinderung genommen. Die Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN hat daraufhin einen Gesetzentwurf mit folgender Formulierung für § 9 Abs. 1 Nr. 4 LBG eingebracht:

„Die gesundheitliche Eignung bezieht sich grundsätzlich auf einen Prognosezeitraum von fünf Jahren.“

Der Innen- und Rechtsausschuss hat das Innenministerium gebeten, zu diesem Thema Stellung zu nehmen. Dieser Bitte komme ich im Folgenden gern nach:

I. Verfassungsrechtliches Erfordernis der gesundheitlichen Eignung und dessen Konkretisierung durch das Bundesverwaltungsgericht

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Zur Eignung i. e. S. zählt auch die gesundheitliche Eignung für ein Amt. Sie fehlt nach Auslegung des BVerwG,

wenn die Möglichkeit künftiger Erkrankungen oder des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann (grundlegend: BVerwG, Urteil vom 16.09.1986 – 2 B 92/86 - Buchholz 232 § 31 BBG Nr. 39). Bezugspunkt für die Eignung ist die gesamte Laufbahn mit den ihr angehörenden statusrechtlichen Ämtern und den diesen zugeordneten Dienstposten, mithin sowohl die aktuelle als auch die künftig während der gesamten Dienstzeit in Betracht kommende Verwendung. Bewerber müssen allen laufbahntypischen Aufgaben gewachsen sein (Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, BBG, Stand September 2008, § 8 Rn.17).

Ausnahmen von diesen Anforderungen werden bei Schwerbehinderten, bei denen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt (§ 2 Abs. 2 SGB IX), und diesen gleichgestellten Personen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 30 (§ 2 Abs. 3 SGB IX) gemacht. In Schleswig-Holstein wird im Rahmen der gesundheitlichen Eignung dann gemäß § 12 Abs. 1 der Laufbahnverordnung und Ziffer 2.1.9 der Richtlinien über die Einstellung, Beschäftigung und begleitende Hilfe Schwerbehinderter in der Landesverwaltung (Schwerbehindertenrichtlinien) lediglich verlangt, dass eine Dienstfähigkeit von mindestens fünf Jahren nach Abschluss der Ausbildung zu erwarten sein muss.

Damit ist die „gesundheitlich Eignung“ für die Ausübung öffentlicher Ämter eine bereits aus der Verfassung folgende Voraussetzung. Dieses verfassungsrechtliche Erfordernis der gesundheitlichen Eignung von Beamtinnen und Beamten aus Art. 33 Abs. 2 GG steht in einem Spannungsverhältnis zum Diskriminierungsverbot aufgrund von Behinderungen, welches in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und in der Richtlinie 78/2000/EG niedergelegt ist. Denn Menschen mit Behinderungen können unter Umständen gerade wegen ihrer Behinderung die strengen Anforderungen des BVerwG an die gesundheitliche Eignung von Beamten nicht erfüllen.

Der Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN bezieht sich aber nicht nur auf die gesundheitlichen Eignung von Beamtinnen und Beamten mit Behinderungen, sondern reduziert den Prognosezeitraum grundsätzlich auf fünf Jahre. Eine generelle Beschränkung des Prognosezeitraums für die gesundheitliche Eignung auf fünf Jahre für alle Bewerberinnen und Bewerber, nicht nur für Menschen mit Behinderungen, geht weit über das hinaus, was im Zusammenhang mit dem Schutz vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung steht. Jedenfalls soweit der Schutz vor Diskriminierungen nicht berührt ist, besteht keine Veranlassung, die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung von Beamtinnen und Beamten herabzusetzen. Die Konkretisierung des Art. 33 Abs. 2 GG wird auch in Rechtsprechung und Literatur keinesfalls grundsätzlich in Frage gestellt. Sie dient vornehmlich der Vermeidung von Frühpensionierungen wegen vorzeitiger Dienstunfähigkeit. Dass der Landtag dieser Problematik eine große Bedeutung beimisst, zeigt sich darin, dass der Finanzausschuss sich wiederholt mit diesem Thema beschäftigt und die Erwartung geäußert hat, der Landesgesetzgeber möge alle rechtlichen Möglichkeiten zur Reduzierung von Frühpensionierungen ausschöpfen (TOP 4 der 107. Sitzung am 21.08.2003).

II. National und europarechtlich gewährleisteter Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung

Das Innenministerium hat die Frage, ob das Grundgesetz, das AGG oder europarechtliche Vorgaben zur Verhinderung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung eine Neudefinition der gesundheitlichen Eignung erfordern, unter Einbeziehung der Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes nochmals eingehend geprüft und zu diesem Thema ein – einvernehmliches – Gespräch mit dem Landesbehindertenbeauftragten Herrn Dr. Hase geführt.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verlangt, dass niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Das AGG, welches die Richtlinie 78/2000/EG in nationales Recht umsetzt, dient der Verhinderung von Diskriminierungen aus Gründen der Rasse, ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität unter anderem in Bezug auf Einstellungsbedingungen, § 1, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG.

Um entscheiden zu können, ob der Schutz vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung betroffen ist bzw. ob die besonderen Bestimmungen für Schwerbehinderte vor diesem Hintergrund schon ausreichend sind, bedarf es zunächst einer Klärung der Frage, welche Reichweite der Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung besitzt.

1. Begriff der „Behinderung“

Der Begriff der Behinderung ist weder im GG, dem AGG noch in der Richtlinie 78/2000/EG definiert. Gemäß § 2 Abs. 1 SGB IX (und § 2 Abs. 1 Landesbehindertengleichstellungsgesetz) sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist. Diese Definition ist an die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der WHO angelehnt. Der Behindertenbegriff ist damit nicht nur medizinisch an einer Funktionsbeeinträchtigung, sondern auch an einer Teilhabebeeinträchtigung ausgerichtet.

Das Grundgesetz beschränkt seinen Schutz nach überwiegender Auffassung nicht allein auf Schwerbehinderte (Osterloh, in: Sachs, GG, 4. Auflage München 2007, Art. 3 Rn. 310 m. w. N.)

Im Anwendungsbereich der Richtlinie 78/2000/EG und entsprechend des AGG ist zur Gewährleistung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts eine autonome europarechtliche Begriffsbestimmung zugrunde zu legen. Diese hat der EuGH vorgenommen, indem er festgestellt hat, dass der Begriff der „Behinderung“ so zu verstehen sei, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Bloße „Krankheit“ sei dagegen nicht Anknüpfungspunkt für ein Diskriminierungsverbot. Zur Abgrenzung von Krankheit und Behinderung führt der EuGH aus, der Gemeinschaftsgesetzgeber habe an Fälle gedacht, in denen die Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt ist, so dass eine Einschränkung nur dann unter den Begriff der „Behinderung“

zu subsumieren sei, wenn wahrscheinlich ist, dass sie von langer Dauer ist (EuGH, Rs. C-13/05 - Sonia Chacón Navas ./ Euresť Colectividades SA, Rn. 43-45 – zit. n. curia).

Probleme in der Praxis wird vor allem die unklare Abgrenzung zwischen „Behinderung“ und „Krankheit“ mit sich bringen, denn auch Krankheiten von einer gewissen Erheblichkeit können als Behinderung eingestuft werden, z. B. eine Drogensucht, ausgeprägte Nikotinabhängigkeit oder eine starke Fettleibigkeit mit den durch sie hervorgerufenen Funktionsbeeinträchtigungen (Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 100, 101). Zudem ist die Auslegung, was unter einem langen Zeitraum zu verstehen ist, umstritten. Möglicherweise würde die Definition des § 2 Abs. 1 SGB IX mit dem sechsmonatigen Zeitraum den Anforderungen des gemeinschaftsrechtlichen Behindertenbegriffs entsprechen, aber auch dies wird bezweifelt (vgl. Otte, ZBR 2007, 401, 402 m. w. N.). Andererseits wird vertreten, dass der EuGH seiner Definition der Behinderung einen deutlich längeren Zeitraum als sechs Monate zugrunde legt (Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 104), zumal im konkreten Fall die Arbeitsunfähigkeit bereits acht Monate dauerte.

Für die hier interessierende Frage der Reichweite des verfassungs- und europarechtlichen Schutzes vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung bleibt festzuhalten, dass keine Differenzierung nach verschiedenen Graden der Behinderung erfolgt. Der Schutz vor Diskriminierung bezieht sich demnach nicht allein auf Schwerbehinderte, sondern erfasst alle Menschen mit Behinderungen.

2. Benachteiligung wegen einer Behinderung

Eine Diskriminierung wegen einer Behinderung kann unmittelbarer Natur sein, wenn ein Bewerber gerade wegen seiner Behinderung nicht eingestellt wird. Da beim Einstellungsverfahren von Beamtinnen und Beamten hinsichtlich der gesundheitlichen Anforderungen nicht direkt an das Merkmal der Behinderung angeknüpft wird, liegt eine solche unmittelbare Diskriminierung nicht vor. Gleichwohl kann eine Benachteiligung in Form einer mittelbaren Benachteiligung vorliegen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen benachteiligen können. Da Menschen mit Behinderungen die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung in der strengen Auslegung durch das BVerwG regelmäßig schwerer oder gar nicht erfüllen können, benachteiligt sie dieses Erfordernis mittelbar.

Eine solche Benachteiligung läge auch vor, wenn man Menschen mit Behinderungen anstelle der Verbeamtung ein privatrechtliches Anstellungsverhältnis anböte. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Sonderregelungen für Beamte – wie vom Wissenschaftlichen Dienst vertreten – als „Beamtenprivilegien“ anzusehen sind oder ob sich die Rechtsstellung von Beamten und Tarifbeschäftigten hinsichtlich Vor- und Nachteilen bei gesamtheitlicher Betrachtung die Waage halten, weil der Beamtenstatus auch Einschränkungen wie die leichtere Versetzbarkeit, die höhere Wochenarbeitszeit usw. mit sich bringt. Unabhängig davon ist eine Benachteiligung auch in Bezug auf einzelne Beschäftigungsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen unzulässig, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG.

III. Ausnahmen vom Verbot der Benachteiligung und Rechtfertigungen für die Benachteiligung

Zwar können die strengen Anforderungen an die gesundheitliche Eignung von Beamten Menschen mit Behinderungen benachteiligen, gleichwohl gilt das Diskriminierungs-

verbot nicht uneingeschränkt, Ausnahmen können zulässig sein. Eine zulässige Ausnahme vom Benachteiligungsverbot ist nach Auffassung des Innenministeriums für die Berufung in das Beamtenverhältnis gegeben. Inzwischen hat eine erste verwaltungsgerichtliche Entscheidung bestätigt, dass das Festhalten an den strengen Anforderungen an die gesundheitliche Eignung auch vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbotes wegen Behinderungen sowohl verfassungsrechtlich als auch europarechtlich gerechtfertigt ist (VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/03 – zit. n. juris).

1. Keine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Der Schutz von Menschen mit Behinderungen, wie er in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gewährleistet wird, ist in Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen zu sehen. Soweit verschiedene Verfassungsnormen in ihrer Zielsetzung kollidieren, ist eine Harmonisierung dieser gegenläufigen Verfassungsgehalte im Rahmen praktischer Konkordanz notwendig, es muss ein Kompromiss gefunden werden (Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Auflage München 2005, S. 56). Das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gilt damit nicht ohne jede Einschränkung. Eine Schlechterstellung von Menschen mit Behinderungen ist zulässig, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen (BVerfGE 99, 341, 357).

Solche Verfassungsnormen, die Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zumindest partiell einschränken, sind Art. 33 Abs. 2 und Abs. 5 GG. Art. 33 Abs. 2 GG fordert ausdrücklich die Eignung von Bewerbern, dazu zählt nach allgemeiner Auffassung auch die gesundheitliche Eignung. Ziel ist die Sicherung der Effizienz der staatlichen Verwaltung, welche die Dienstfähigkeit der Beamten voraussetzt. Daneben enthalten die in Art. 33 Abs. 5 GG geschützten hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums das Lebenszeitprinzip, nämlich die auf Lebenszeit angelegte Dienstverrichtung durch den Beamten einerseits und die lebenslange Alimentierung durch den Dienstherrn andererseits. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Dienstherr nicht nur während der aktiven Dienstzeit seine Beamtinnen und Beamten besoldet, sondern nach Eintritt in den Ruhestand seiner Pflicht zur Alimentierung durch die Zahlung von Versorgungsbezügen nachkommt. Um die Funktionsfähigkeit des Versorgungssystems zu gewährleisten und diese nicht durch viele frühzeitige Versorgungsansprüche aufgrund von Dienstunfähigkeit zu gefährden, muss die Dauer des aktiven Dienstes in einem angemessenen Verhältnis zu den später zu leistenden Versorgungsbezügen stehen. Dem dient auch das Erfordernis der gesundheitlichen Eignung von Beamten mit einem Prognosezeitraum bis zum Erreichen der Altersgrenze. Insbesondere diesem finanziellen Aspekt der Sicherung der Versorgungssysteme ist von der obergerichtlichen Rechtsprechung eine besondere Bedeutung zuerkannt worden und hat dazu geführt, dass eine andere Art von Diskriminierung, nämlich die Benachteiligung wegen des Alters bei Überschreiten der Höchstaltersgrenzen für die Berufung in das Beamtenverhältnis - auch und gerade im Hinblick auf das europarechtliche Diskriminierungsverbot - als gerechtfertigt angesehen wurde (vgl. OVG NRW, Urteil vom 18.07.2007 – 6 A 4680/04; Urteil vom 23.05.2007 – 6 A 4840/04; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.08.2007 – 2 A 10294/07; jeweils zit. n. juris).

Das BVerwG hat auch nach Einführung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG grundsätzlich an den strengen Voraussetzungen für die gesundheitliche Eignung, insbesondere der Prognose der Dienstfähigkeit bis zum Erreichen der Altersgrenze festgehalten und damit zum Ausdruck gebracht, dass diese weiterhin gerechtfertigt sind (BVerwG, Urteil vom 18.07.2001 – 2 A 5/00 – zit. n. juris). In einer weiteren Entscheidung hat das BVerwG in Bezug auf schwerbehinderte Bewerber, die die Anforderungen des Amtes

gerade aufgrund ihrer Behinderung nicht erfüllen können, ausgeführt, dass das unmittelbar geltende Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG fordere, die gesundheitliche Eignung nur zu verneinen, wenn im Einzelfall zwingende Gründe für das Festhalten an dem allgemeinen Maßstab sprechen. Der Dienstherr habe bei seinem Urteil über die gesundheitliche Eignung dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG Rechnung zu tragen und im Rahmen seines Beurteilungsspielraums zu entscheiden, ob dienstliche Bedürfnisse eine eingeschränkte dauerhafte Verwendung des Bewerbers zwingend ausschließen würden. Dabei komme es darauf an, welche Dienstposten der Bewerber nicht wahrnehmen kann und welche Beeinträchtigungen sich daraus für die Erfüllung der Aufgaben und den Dienstbetrieb des Dienstherrn ergeben (BVerwG, Urteil vom 21.06.2007 - 2 A 6/06 – Rn. 20 und 28, zit. n. juris).

Es ist erforderlich, einen angemessenen Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen des Schutzes vor Diskriminierung wegen einer Behinderung und den Anforderungen an die gesundheitliche Eignung von Beamten herzustellen. Einerseits geht das BVerwG von einer grundsätzlich dauerhaften Verwendbarkeit des Beamten aus. Andererseits muss diese dauerhafte Verwendbarkeit nicht uneingeschränkt gewährleistet sein, denn Bewerber mit einer Behinderung müssen nicht für die Aufgaben aller Ämter und Dienstposten geeignet sein, wie dies an sich nach Art. 33 Abs. 2 GG der Fall ist. Es genügt unter Umständen vielmehr, dass ein sinnvoll breiter Teil des Aufgabenspektrums einer Laufbahn erfüllt werden kann, wenn dienstliche Belange dieser Einschränkung nicht zwingend entgegenstehen. Zum Teil wird in der Literatur auch vertreten, dass für Dienstfähigkeit bis zum Erreichen der Altersgrenze nicht eine hohe Wahrscheinlichkeit verlangt werden darf, sondern dass ein weniger strenger Maßstab für die Prognose genügen müsse (Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, BBG, Stand September 2008, § 79 (Anh.) Rn. 9a).

Vor dem Hintergrund, dass das BVerfG jüngst in seinem Beschluss vom 28.05.2008 (2 BvL 11/07) zu der Frage der Zulässigkeit der Übertragung von Ämtern mit leitender Funktion im Beamtenverhältnis auf Zeit nachdrücklich betont hat, dass das Lebenszeitprinzip zu den Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums gehört, die während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind, ist an dem Erfordernis der gesundheitlichen Eignung mit Prognosezeitraum bis zum Erreichen der Altersgrenze festzuhalten. Das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG findet Berücksichtigung, indem der Dienstherr bei jeder Einstellung zu prüfen hat, ob trotz einer eingeschränkten Verwendbarkeit die gesundheitliche Eignung bejaht werden kann und auch Erschwerungen seines Dienstbetriebs hinnimmt, die beispielsweise in der Bereitstellung spezieller Arbeitshilfen oder dem Gewähren besonderer Arbeitspausen liegen können. Auf die Belange Schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Personen, die in besonderer Weise von Diskriminierung bedroht sind, wird zusätzlich Rücksicht genommen, indem für diese Personengruppe der Prognosezeitraum auf fünf Jahre begrenzt ist.

2. Kein Verstoß gegen das AGG und die europarechtlichen Anforderungen aus der Richtlinie 78/2000/EG

Ebenso wie das Verfassungsrecht erkennt auch das Europarecht an, dass Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot aufgrund sachlicher Erwägungen zulässig sein können, Art. 4 Richtlinie 78/2000/EG bzw. § 8 AGG, Erwägungen Nr. 17 und Nr. 23 zur Richtlinie 78/2000/EG. Zudem ist die Einschränkung des § 24 AGG für Beamte zu beachten.

Nach § 24 AGG gilt das AGG für Beamte des Bundes und der Länder nur unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend. Es ergeben sich daraus erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten. Der Bundesgesetzgeber hat diese Regelung getroffen, weil er der Auffassung ist, dass die Einbeziehung der Beschäftigungsgruppe der Beamten in die Gleichbehandlungsrichtlinie eine Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung erfordere, da insbesondere das Leistungsverweigerungsrecht (§ 14 AGG) für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes nicht gelte, soweit im Einzelfall dienstliche Belange entgegenstehen. Eine solche Einschränkung sei wegen der sachgerechten und kontinuierlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit Blick auf die Gemeinwohlverpflichtung des öffentlichen Dienstes notwendig (BT-Drs. 16/1780 S. 49). Die Formulierung „insbesondere“ zeigt, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass auch andere Konstellationen existieren, in denen die besondere Rechtsstellung der Beamten einer Anwendung des AGG entgegensteht.

Eine solche besondere Rechtsstellung haben Beamte aufgrund des Lebenszeitprinzips. Der darin begründete Anspruch auf lebenslange Alimentierung erfordert ein angemessenes Verhältnis von aktiver Dienstzeit und Versorgung zum Schutz der Versorgungssysteme. Dieser schon bei Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG tragende Grund für die strengen Anforderungen an die gesundheitliche Eignung ist auch europarechtlich relevant.

Die Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes in diesem Punkt, dass die Vermeidung finanzieller Belastungen keine Benachteiligung rechtfertigen könne, weil das Risiko der finanziellen Belastung der öffentlichen Hand nicht ausgeschlossen, sondern lediglich in die gesetzliche Rentenversicherung verlagert werde, ist nicht zutreffend. Auch wenn es sich jeweils um „öffentliche Kassen“ handelt, werden die Kosten doch von verschiedenen Rechtssubjekten getragen. Während die Versorgung im Beamtenbereich ausschließlich dem jeweiligen Dienstherrn obliegt, tragen bei der Rentenversicherung Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Bund die Kosten. Ein Vermengen dieser unterschiedlichen „Töpfe“ ist nicht zulässig. Ansonsten könnte eine Zuweisung bestimmter Kostentragungspflichten niemals gerechtfertigt werden bzw. beliebig ausgetauscht werden, weil am Ende immer der Steuerzahler bzw. Abgabepflichtige die Leistung erbringen muss und hinter der „öffentlichen Hand“ steht.

Des Weiteren sind nach Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 78/2000/EG und § 8 AGG unterschiedliche Behandlungen wegen einer Behinderung zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Letztlich stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Benachteiligung (Adomeit/Mohr, AGG, § 8 Rn. 23).

Die gesundheitliche Eignung, den Beruf auszuüben, ist eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung. Dahinter steht das – grundsätzlich auch gemeinschaftsrechtkonforme – Ziel, in Beamtenverhältnissen grundsätzlich frühzeitige Versorgungsfälle zu vermeiden. Die Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses als grundsätzlich auf Lebenszeit angelegtes Dienst- und Treueverhältnis mit den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 und 5 gehört zu den „Bedingungen der Ausübung“ (VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/03 – Rn. 52, zit. n. juris).

Die Verhältnismäßigkeit der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen bei der Berufung in das Beamtenverhältnis ist gewahrt. Das Argument des Wissenschaftlichen Dienstes, schon die Geeignetheit der Maßnahme sei nicht gewährleistet, weil kein Risi-

koausschluss, sondern lediglich eine Risikoverlagerung bei der öffentlichen Hand eintrete, ist – wie bereits ausgeführt - abzulehnen. Dies gilt ebenso für das Argument des Wissenschaftlichen Dienstes, die Geeignetheit der Langzeitprognose zur Vermeidung von Frühpensionierungen sei deshalb fraglich, weil Beamte nach ihrer Ernennung auf Lebenszeit nicht zu einem gesundheitsbewussten Leben verpflichtet sind. Die Langzeitprognose zur Dienstfähigkeit ist gleichwohl geeignet, weil sie die Vermeidung von Frühpensionierungen fördert. Eine Förderung des Zwecks ist ausreichend für die Geeignetheit einer Maßnahme im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Auflage München 2005, S. 110). Dass eine kontrollierbare Verpflichtung zu einem gesundheitsbewussten Leben für Beamte nicht existiert, liegt daran, dass eine übermäßige Kontrolle der privaten Lebensführung der Beamten durch den Dienstherrn sie in ihrem durch die Verfassung garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzen würde.

Die Erforderlichkeit ist ebenfalls gewährleistet, wenn es keine gleich geeigneten, milderen Mittel gibt. Ein milderer Mittel steht zur Verfügung, wenn gemäß Art. 5 Richtlinie 78/2000/EG angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden können, um ihnen die Ausübung der Beschäftigung zu ermöglichen. Soweit durch solche Vorkehrungen die Dienstfähigkeit erhalten bleiben kann, muss dies bei der Prognose der gesundheitlichen Eignung berücksichtigt und diese entsprechend bejaht werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Maßnahmen den Dienstherrn nicht unverhältnismäßig belasten bzw. im Rahmen der Behindertenpolitik nicht ausreichend kompensiert werden. Solche Vorkehrungen können beispielsweise die Bereitstellung bestimmter Hilfsmittel am Arbeitsplatz sein. Besteht aber für den Dienstherrn wegen der Art der Einschränkungen durch die Behinderung nicht die Möglichkeit, die Dienstfähigkeit eines Bewerbers durch besondere Vorkehrungen zu erhalten, gibt es zur Vermeidung der Einstellung keine Alternative.

Die Zugangsmöglichkeiten zum öffentlichen Dienst werden durch die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung angemessen begrenzt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit steht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zu (OVG NRW, Urteil vom 18.07.2007 – 6 A 4680/04 Rn. 75; Urteil vom 23.05.2007- 6 A 4840/04 Rn. 67 – zit. n. juris). Es wird ein ausgewogener Interessenausgleich zwischen den Versorgungslasten der Dienstherrn und der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen gefunden. Der Berücksichtigung der Interessen von Menschen mit Behinderungen dienen das Ausschöpfen der Möglichkeiten, angemessene Vorkehrungen für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen zu treffen, die Berücksichtigung einer möglicherweise eingeschränkten Verwendbarkeit im Hinblick auf die verschiedenen Aufgaben einer Laufbahn und darüber hinausgehend die besonderen, weniger strengen Voraussetzungen für die Einstellung von Schwerbehinderten. Diese Personen-Gruppe ist in besonderem Maße auf den Schutz vor Ausgrenzung angewiesen. Darauf hat der Staat bei der Schaffung einer verhältnismäßigen Ausgestaltung der Einstellungsvoraussetzungen Rücksicht genommen, indem er den Prognosezeitraum für die Dienstfähigkeit auf fünf Jahre begrenzt.

Dass das Europarecht grundsätzlich eine Einschränkung des Diskriminierungsschutzes aufgrund berechtigter, auch finanzieller Interessen der Arbeitgeber anerkennt, zeigt sich neben Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 78/2000/EG und § 8 AGG auch in Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Richtlinie 78/2000/EG, § 10 Ziff. 3 AGG. Dort werden Ungleichbehandlungen zugelassen, die durch die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in

den Ruhestand zustande kommen. Das Interesse hinter dieser Regelung ist ein finanzielles, nämlich das Äquivalenzinteresse des Arbeitgebers, dessen Aufwendungen für seinen Beschäftigten sich vor Eintritt in den Ruhestand amortisieren sollen (Adomeit/Mohr, AGG, § 10 Rn. 22, § 7 Anhang 2 Rn. 9). Die Regelhöchstaltersgrenzen für Beamte sind vor diesem Hintergrund mit dem Argument des erforderlichen Gleichgewichts zwischen aktiver Dienstzeit und späterer Versorgungslast wiederholt bestätigt worden (OVG NRW, Urteil vom 18.07.2007 – 6 A 4680/04; Urteil vom 23.05.2007- 6 A 4840/04; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.08.2007 – 2 A 10294/07; jeweils zit. n. juris ; VG Koblenz, Urteil vom 05.06.2008 – 2 K1721/07.KO, Pressemitteilung.).

Dieser Rechtfertigungsgrund bezieht sich zwar auf das Diskriminierungsmerkmal des Alters, nicht der Behinderung. Der daraus teilweise gezogene Umkehrschluss, dass das Erfordernis einer bestimmten Beschäftigungsdauer eine Benachteiligung wegen Behinderung gerade nicht rechtfertigen könne (Otte, ZBR 2007, 401, 403), überzeugt nicht (ebenso: VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12.03.2008 – 1 K 6980/03 – Rn. 55-57, zit. n. juris). Denn im privatrechtlichen Bereich kann sich ein Arbeitgeber von seinem Arbeitnehmer bei dauernder Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Behinderung trennen, wenn die betreffende Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist (EuGH, Rs. C-13/05 - Sonia Chacón Navas ./ Euresst Colectividades SA, Rn. 51 – zit. n. curia). Für den Dienstherrn eines Lebenszeitbeamten besteht diese Möglichkeit nicht. Er bleibt dauerhaft zur Leistung von Versorgungsbezügen verpflichtet. Insofern muss es ihm bei der Einstellung möglich sein, darauf zu achten, dass voraussichtlich ein angemessenes Verhältnis von aktiver und passiver Dienstzeit erreicht wird, nämlich durch die Prognose einer dauerhaften Dienstfähigkeit des Beamten.

Abschließend möchte ich noch einmal darauf hinweisen, dass der Vermeidung von Frühpensionierungen wegen vorzeitiger Dienstunfähigkeit eine große Bedeutung zukommt, wie der Finanzausschuss wiederholt bekräftigt hat und was auch Hintergrund der ablehnenden Stellungnahme des Landesrechnungshofs zu dem Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN sein dürfte. Keinesfalls kann es daher aus Sicht des Innenministeriums befürwortet werden, den Prognosezeitraum für die gesundheitliche Eignung generell auf fünf Jahre abzusenken unabhängig vom Vorliegen einer Behinderung. Aber auch soweit dieser Prognosezeitraum ausschließlich für Menschen mit Behinderungen angewandt würde, entspricht dies nicht dem vom BVerfG besonders hervorgehobenen Strukturprinzip des Lebenszeitprinzips im Beamtenrecht.

Im Ergebnis sollte es dabei bleiben, dass weiterhin nur für Schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Personen ein verkürzter Prognosezeitraum für die gesundheitliche Eignung gilt. Gern greife ich den Vorschlag des Innen- und Rechtssausschusses auf, dieses Thema in Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf der Landesregierung zur Neuregelung des Beamtenrechts in Schleswig-Holstein zu erörtern.

Mit freundlichen Grüßen



Ulrich Lorenz