

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/1851

Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden des
Innen- und Rechtsausschusses
Herrn Werner Kalinka, MdL
im Hause

Mein Zeichen: L 203/126-16

**Bearbeiterin:
Dr. Silke R. Laskowski**

**Telefon (0431) 988-1104
Telefax (0431) 988-1250
Silke-
Ruth.Laskowski@landtag.ltsh.de**

08.03.2007

Änderung des LBG / Verbeamtung / Petition L142-16/141 und Umdruck 16/1090

Sehr geehrter Herr Kalinka,

in der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses vom 22.11.2006 wurde der Wissenschaftliche Dienst beauftragt, zu den o. g. Fragenkomplexen rechtlich Stellung zu nehmen. Im Vordergrund steht die Frage, ob im Hinblick auf den vom Petitionsausschuss entschiedenen Einzelfall (Umdruck 16/931, Petition L142-16/141) und die Stellungnahme des *Nationalen Ethikrates* zur Verwendung prädiktiver Gesundheitsinformationen bei der Einstellung in Arbeitsverhältnisse bzw. bei der Verbeamtung (Stand: August 2005) aus EU-rechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht Regelungsbedarf besteht, der eine Ergänzung des Gesetzentwurfs der Landesregierung zur Änderung des Landesbeamtengesetzes (Drs. 16/821) erfordert. Diesem Auftrag kommen wir hiermit gerne nach.

I. Ausgangslage

Der vom Petitionsausschuss geprüfte Sachverhalt bezog sich auf einen seit 2002 als Gymnasiallehrer tätigen Petenten, dessen Verbeamtung unter Hinweis auf die nach § 9 Abs. 1 Ziffer 4 LBG erforderliche und bei ihm als fehlend erachtete gesundheitliche Eignung vom Ministerium für Bildung und Frauen verweigert wurde. Die Weigerung stützte sich auf entsprechende amtsärztliche Gutachten, die dem Petenten eine fehlende gesundheitliche Eignung bescheinigten. Diese Wertung beruhte auf der Feststellung eines *Herzklappenfehlers* des Petenten. Ob der Herzklappenfehler angeboren oder erst später erworben wurde, lässt sich den vorliegenden Unterlagen nicht ent-

nehmen. Zu den unterschiedlichen Formen, Ursachen und Auswirkungen sog. Herzklappenfehler – besser: Herzklappenerkrankungen.¹

Der Ausschluss der Möglichkeit einer dauernden Dienstunfähigkeit, die vom Ministerium für die Annahme der „gesundheitlichen Eignung“ nach **§ 9 Abs. 1 Ziffer 4 LBG** gefordert wird, wurde in den amtsärztlichen Bescheinigungen nicht bestätigt. Nach den Gutachten besteht aufgrund des Herzklappenfehlers ein nicht auszuschließendes Erkrankungsrisiko. Nach den Gutachten ist jedoch völlig unklar, ob sich dieses Gesundheitsrisiko jemals realisieren wird und falls, in welcher Weise, insbesondere ob in Zukunft eine Operation erforderlich werden wird. Die Gutachten lassen dies ausdrücklich offen. So heißt es in dem Schreiben der Amtsärztin vom 26.04.2002 an das Bildungsministerium:

„Verglichen mit herzgesunden Personen liegt bei Herrn (...) ein Risiko vor zu erkranken. Ob dieses Risiko eintreten wird oder nicht und ob, wenn es eintritt, er zu der Personengruppe gehören wird, bei der keine Komplikationen eintreten und die Dienstfähigkeit wieder hergestellt werden kann oder nicht, ist nicht vorhersehbar.“

Nach den hier vorliegenden Unterlagen ergab die jüngste amtsärztliche Untersuchung vom 26.05.2005, dass der Petent jedenfalls für einen Fünf-Jahres-Zeitraum mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gesundheitlich in der Lage sei, den Beruf des Gymnasiallehrers auszuüben.

Der Petent, der auf seine berufliche Leistungsfähigkeit und seine gesundheitsbewusste Lebensweise verweist (offenbar unstreitig), zudem auf einen im Oktober 2005 durchgeführten Belastungstest, auf dessen Grundlage der behandelnde Kardiologe ihm einen guten Gesundheitszustand und eine große Belastbarkeit bescheinigt hatte, sieht in der Ablehnung der Verbeamtung eine **Diskriminierung**

¹ **Erworbene** Herzklappenfehler treten bei Männern und Frauen verstärkt ab dem sechsten Lebensjahr auf, die Ursache: Verschleiß (bis zum 60. Lebensjahr schlägt das menschliche Herz ca. 2,5 Milliarden mal) und / oder Schädigung der Herzklappen durch Herzinfarkt. **80 Prozent der Betroffenen sind Männer.**

Angeborene Herzklappenfehler treten bei etwa 2 Prozent aller Menschen auf. Bei zwei von tausend Kindern, die in Deutschland geboren werden, wird kurz nach der Geburt ein solcher Fehler festgestellt – die Ursache für angeborene Herzklappenfehler ist unbekannt, vgl. z. B. die Informationen des Klinikums Bremen <http://klinikum-bremen-mitte.medical-guide.net/deutsch/H/HerzKreislaufErkrankungen/Herzklappenfehler/page.html> oder die vom WDR aufgearbeiteten unter http://www.wdr.de/tv/rundumgesund/sendungen_2004/20041025/index.jhtml.

- im Vergleich zu weniger gesundheitsbewussten und leistungsfähigen, gleichwohl verbeamteten Kollegen sowie
- im Vergleich zu schwerbehinderten Kollegen, die trotz ihrer Behinderung verbeamtet worden waren.

In diesem Zusammenhang wird auf die Stellungnahme des *Nationalen Ethikrates zur Verwendung prädiktiver Gesundheitsinformationen bei der Einstellung in Arbeitsverhältnisse* vom August 2005 verwiesen. Der Ethikrat empfiehlt, die Prüfung der gesundheitlichen Eignung von Arbeitnehmern/-innen einschließlich Beamten/-innen nicht mehr an eine auf einen unbegrenzten Zeitraum bezogene Prognose zu binden, sondern an eine, die einen Zeitraum von fünf Jahren zugrunde legt (NER, S. 59).

Vor diesem Hintergrund hat der Innen- und Rechtsausschuss den Wissenschaftlichen Dienst gebeten zu prüfen, ob Änderungen des Landesbeamtengesetzes aus verfassungsrechtlicher und / oder europarechtlicher Sicht erforderlich sind und unter welchen Voraussetzungen eine Verbeamtung des Petenten möglich wäre.

II. Verfassungsrecht und Europarecht

Die Frage, ob in Bezug auf Sachverhalte wie den oben dargelegten, aus verfassungsrechtlicher und / oder europarechtlicher Sicht im Hinblick auf das Landesbeamtenrecht Regelungsbedarf besteht, hängt davon ab,

ob die Entscheidung über die Verbeamtung aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht vom Kriterium der „gesundheitlichen Eignung“ in der Auslegung durch das Ministerium abhängig gemacht werden darf.

Dies setzt voraus, dass diese Auslegung zu keinem Verstoß gegen das nationale und europäische Antidiskriminierungsrecht führt. Maßgeblich sind insoweit die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 4 LBG („gesundheitliche Eignung“), der EU-Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG („Behinderung“) und die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache „Sonia Chacon Navas“ (C-13/05) vom 11.07.2006 (Definition des europarechtlichen Begriffs der Behinderung). Art. 33 Abs. 2 GG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 4 LBG ist insoweit europarechtskonform unter Beachtung des europarechtlichen Begriffs der Behinderung, der nicht dem engen deutschen Schwerbehindertenbegriff entspricht, auszulegen. Im Ergebnis wird sich

zeigen, dass ein erneuter Antrag des Petenten auf Verbeamtung aller Voraussicht nach Erfolg hätte.

1. Das Einstellungskriterium „gesundheitliche Eignung“ gem. Art. 33 Abs. 2 GG in der Auslegung durch das BVerwG

Der verfassungsrechtliche Maßstab für die Beurteilung des Einstellungskriteriums „gesundheitliche Eignung“ folgt aus **Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 33 Abs. 5 GG**.

Das **Berufsbeamtentum** i. S. v. **Art. 33 Abs. 5 GG** bezeichnet anknüpfend an das statusrechtliche Amt – das im Vergleich zum übrigen öffentlichen Dienst immer noch mit besonderen, aus dem Alimentationsgrundsatz folgenden Privilegien ausgestattet ist (dazu unten S. 6) – ein **eigenständiges Berufsfeld**.

Art. 33 Abs. 5 GG, der die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums normiert, wird in der Literatur als *lex specialis* zu Art. 12 Abs. 1 GG („Berufsfreiheit“) betrachtet (so Sachs-Battis, GG, 2003, Art. 33 Rn. 66; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Scholz, GG, 2006, Art. 12 Rn. 212, 217 mit dem Hinweis, dass in Bezug auf „Berufe im öffentlichen Dienst“ Art. 33 Abs. 4 GG „den prinzipiellen Verfassungsauftrag zur Verbeamtung“ enthalte; sehr kritisch gegenüber der „vielfach willkürlichen Handhabung“ des zweispurigen Systems im öffentlichen Dienst - Angestelltentarifrecht und Beamtenrecht – Lübbe-Wolff, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. II, 1998, Art. 33 Rn. 55.).

Das BVerfG begreift Art. 33 Abs. 5 GG ebenfalls als Spezialvorschrift, durch die das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG hinsichtlich der Berufswahl und -ausübung aber nur modifiziert wird:

„Auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche (...) in erster Linie dem Staat vorbehalten bleiben müssen, sind in Art. 12 Abs. 1 GG in dem Sinne gemeint, dass auch sie von Einzelnen als Beruf frei gewählt werden können und dass keinem ihre Wahl aufgezwungen oder verboten werden darf. Es liegt kein Grund vor anzunehmen, dass das Grundrecht „seinem Wesen nach“ für solche Berufe nicht gelte (...). Doch gibt und ermöglicht für alle Berufe, die „öffentlicher Dienst“ sind, Art. 33 GG weiterhin Sonderregelungen.“ (BVerfG vom 22.05.2015 – 2 BvL 13/73 -, BVerfGE 39, 334, 369 Rn. 103).

Anknüpfend an die grundlegende Entscheidung zur Berufsfreiheit in BVerfGE 7, 377, 397 f. („Apothekerurteil“) heißt es im Anschluss daran:

„Das hiernach mögliche Maß an Freiheit der Berufswahl für den Einzelnen wird durch den gleichen Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern bei gleicher Eignung (Art. 33 Abs. 2 GG) gewährleistet.“ (BVerfGE 39, 334, 369 Rn. 103)

Soweit es also um den **Zugang zu Beschäftigungsverhältnissen des öffentlichen Dienstes** geht, wird das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG durch das Gleichheitsgrundrecht aus **Art. 33 Abs. 2 GG** ergänzt (BVerfGE 92, 140, 151; 96, 152, 163 f.; 110, 304, 321). Daraus ergeben sich die maßgeblichen Zugangsvoraussetzungen. Nach Art. 33 Abs. 2 GG wird allen Deutschen – und nach Maßgabe der § 9 Abs. 1 Nr. 1 LBG, §§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BRRG, 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG auch EU-Angehörigen – ein grundrechtgleiches Recht auf diskriminierungsfreien, gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach **Eignung, Befähigung** und **fachlicher Leistung** gewährt – (vgl. BVerfGE 1, 167, 184; BVerfGE 47, 330, 336). Art. 33 Abs. 2 GG schützt damit einerseits die subjektiven Interessen der Bewerber/-innen. Andererseits enthält Art. 33 Abs. 2 GG auch eine objektive Wertentscheidung, die das Interesse der Allgemeinheit zum Ausdruck bringt, möglichst qualifizierte Bewerber/-innen in öffentliche Ämter zu berufen. Darin zeigt sich das **Leistungsprinzip**, das die Einstellung von Bewerbern/-innen um öffentliche Ämter an besondere Eignungsanforderungen knüpft und deren gleichmäßige Handhabung verlangt. Die Rede ist vom „Prinzip der Bestenauslese“, das einfachgesetzlich in § 8 BBG und den entsprechenden Regelungen der Landesbeamtengesetze – hier: § 9 Abs. 1 LBG – verankert ist.

Geeignet im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG bzw. § 9 Abs. 1 LBG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (VerfG) nur, „wer dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen ist“ (BVerfGE 92, 140, 151; Sachs-Battis, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 33 Rn. 28).

Die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Eignung“ erfolgte durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG). Danach ist „Eignung“ als umfassendes Qualifikationsmerkmal zu verstehen, welches die gesamte Persönlichkeit des/der Bewerbers/-in erfasst und auch die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Merkmale der Befähigung und fachlichen Leistung umschließt. Mitumfaßt wird das in Art. 33 Abs. 2 GG nicht ausdrücklich genannte Merkmal der **gesundheitlichen Eig-**

nung (BVerwG, Beschluss vom 28.07.1970 – II B 7.70 –, Buchholz 235.17 § 25 LBesG NW Nr. 2).

Dementsprechend normiert **§ 9 Abs. 1 Nr. 4 1. Halbsatz Landesbeamtengesetz (LBG)** seit der LBG-Novelle von 1985 – erst durch die Novelle fand der Begriff der „gesundheitlichen Eignung“ als Einstellungskriterium in § 9 Abs. 1 Nr. 4 LBG Eingang² –, dass in Schleswig-Holstein in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, wer „**gesundheitlich geeignet**“ ist. Im 2. Halbsatz findet sich die Regelung, dass die gesundheitliche Eignung – vorbehaltlich besonderer Regelungen durch die oberste Dienstbehörde – **im Regelfall** durch die Vorlage eines **amtsärztlichen Zeugnisses** nachzuweisen ist. Das Merkmal der gesundheitlichen Eignung soll letztlich ebenso wie die anderen Eignungsmerkmale darüber Aufschluss geben, „in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes genügt“ (vgl. BVerwG, Urteil vom 28.10.2004 – 2 C 23/03 -, BVerwGE 122, 147, 150).

Eine inhaltliche Begriffsbestimmung der „gesundheitlichen Eignung“ findet sich weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung.

Seine inhaltliche Konkretisierung erfährt der unbestimmte Rechtsbegriff der „gesundheitlichen Eignung“ wiederum durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, die sich auf die grundlegende Entscheidung des **BVerwG** aus dem Jahre **1962** stützt (BVerwG, Urteil vom 17.05.1962 – II C 87.59 –, ZBR 1963, 215). Nach dieser Rechtsprechung kann die gesundheitliche Eignung schon dann verneint werden,

„wenn die Möglichkeit künftiger Erkrankungen oder des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann“. (BVerwG, Urteil vom 15.06.1989 – 2 A 3/86 -, Buchholz 232.1 § 7 BLV Nr. 4).

Die erkennbar hohen Anforderungen, die das BVerwG an die gesundheitliche Eignung von Beamtenanwärtern/-innen stellt, werden mit dem **Versorgungsrisiko des Dienstherrn** begründet. Das Risiko ergibt sich aus den geltenden Regelungen des Beamtenrechts, die an den **Alimentationsgrundsatz** (Art. 33 Abs. 5 GG) anknüpfen. Nach herrschender Auffassung ergibt sich daraus die Alimentationspflicht des Dienstherrn, die auf eine amtsangemessene Besoldung der Beamten/-innen gerichtet ist (Alimentation ist nach diesem Verständnis kein Entgelt i. S. einer Entlohnung für kon-

² Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drs. 10/793 vom 10.12.1984, S. 4 f.

krete Dienste), und auch die spätere Versorgung der Beamten/-innen im Ruhestand umfasst, einschließlich ihrer Hinterbliebenen (§§ 66, 95 Abs. 1 LBG, „angemessener Lebensstandard“). Tritt bereits vor Erreichen der Regelaltersgrenze – gem. § 53 Abs. 1 LBG mit Vollendung des 65. Lebensjahrs³ – aus gesundheitlichen Gründen Dienstunfähigkeit ein, so besteht für den Dienstherrn nicht die Möglichkeit einer krankheitsbedingten Kündigung wie im Arbeitsrecht. Der oder die Dienstunfähige ist vielmehr in den vorzeitigen Ruhestand zu versetzen (§ 54 LBG).

Darin liegt i. Ü. der entscheidende **Unterschied** zwischen dem **Beamtenstatus und dem Angestelltenverhältnis**. **Beamte/-innen** auf Lebenszeit – Regelfall des Beamtentypus – sind auch im Krankheitsfall **unkündbar**. Der Alimentationsgrundsatz sorgt zudem für eine „**amtsangemessene**“ **Besoldung**, die an den Status und nicht an die Leistung anknüpft (kein „Entgelt“). Hinzu kommen Stellenzulagen für bestimmte Aufgabengebiete oder Funktionen. Des Weiteren übernimmt der Dienstherr in der Regel die Hälfte der den Beamten/-innen und deren Familienangehörigen entstandenen beihilfefähigen Krankheitskosten. Zwar ergeben sich aufgrund der eingeleiteten Reform des öffentlichen Dienstrechts für Beamte/-innen mittlerweile Kürzungen und Streichungen von Sonderzulagen, Arbeitszeitverlängerungen und – infolge der Gesundheitsreform – auch Reduzierungen der beihilfefähigen Kosten. Gleichwohl zeigen aktuelle Berechnungen, dass Beamte/-innen im Vergleich zu Angestellten/-innen bei vergleichbaren Bruttogehältern z. B. immer noch deutlich höhere Nettobeträge erhalten: Bei einem Jahres-Bruttogehalt von 60.000 Euro bleiben einem/-r ledigen Beamten/-in monatlich etwa 2900 Euro netto, das sind etwa 620 Euro mehr als bei einem/-r Angestellten.⁴ Insgesamt betrachtet sind der Rechtsstatus, die Bezahlung und Karriereaussichten von Beamten/-innen und Angestellten/-innen derzeit immer noch völlig unterschiedlich.⁵

Im Übrigen setzt die Rspr. des **BVerfG** in Anknüpfung an das **Alimentationsprinzip** (Art. 33 Abs. 5 GG) den **Reformbemühungen** des Gesetzgebers **klare Grenzen**. Auch wenn das BVerfG in dem jüngsten **Urteil vom 6. März 2007** („Ballungsraumzulage München“) klargestellt hat, dass aus dem Alimentationsprinzip keine Verpflich-

³ Hinweis: Die strikte Regelaltersgrenze für Beamte/-innen, die pauschal von der generellen Dienstunfähigkeit mit Eintritt des 6. Lebensjahres ausgeht, verstößt gegen Art. 2, Art. 6 RL 2000/78/EG – „Diskriminierung wegen des Alters“ – (§ 24 i. V. m. §§ 1, 2, 3, 10 AGG in richtlinienkonformer Auslegung).

⁴ Vgl. „Beamte im Vorteil“, Focus vom 27.09.2006, www.focus.de/finanzen/steuern/steuerprogression/beamte-im-vorteil_aid_24955.html - 27-09-2006.

⁵ So sehr kritisch *Hans Peter Bull*, Interview in der SZ vom 12.01.2004.

tung des Dienstherrn folgt, erhöhte Lebenshaltungskosten durch einen spezifischen Ausgleich abzufedern, so hat es doch gleichzeitig hervorgehoben, dass

der Dienstherr nach wie vor verpflichtet ist,

„den Beamten und seine Familie lebenslang angemessen zu alimentieren und ihm nach seinem Dienstrang, nach der mit dem Amt verbundenen Verantwortung und nach der Bedeutung des Beamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren.“

Daher müsse

„der Beamte über ein Nettoeinkommen verfügen, das seine rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit und Unabhängigkeit gewährleistet und über die Befriedigung der Grundbedürfnisse hinaus einen seinem Amt angemessenen Lebenskomfort ermöglicht.“ (BVerfG, Urt. v. 06.03.2007, 2 BvR 556/04, Rn. 60 unter Bezugnahme auf BVerfGE 8, 1, 14; 114, 258, 287 f. <std. Rspr.>).

Im Hinblick auf den **familiär bedingten Unterhaltsbedarf** hält das BVerfG ebenfalls an seiner Rspr. fest, aus Art. 33 Abs. 5 GG folge die Verpflichtung, dass die Bezüge so bemessen werden müssten,

„dass Beamte der gleichen Besoldungsstufe sich in der Lebenswirklichkeit ohne Rücksicht auf die Größe ihrer Familie annähernd das Gleiche leisten können“ – also auch bei einer größeren Anzahl von Kindern.

Dementsprechend hänge die Höhe der Alimentierung auch

„von der Größe der Familie und dem damit verbundenen höheren Aufwand für den Unterhalt der Familie ab“ (BVerfG, a. a. O., Rn. 61).

Damit sich Beamte/-innen daher auch bei wachsender Kinderzahl den ihnen zukommenden Lebenszuschnitt leisten können, verlange das Alimentationsprinzip in einem solchen Fall

„zusätzliche Leistungen, um die Auszehrung der allgemeinen Gehaltsbestandteile durch Unterhaltsleistungen zu verhindern“ (BVerfGE 99, 300, 316; BVerfGE, a. a. O. Rn. 61).

Diese allein an den **Beamtenstatus** anknüpfende **Privilegierung der Beamten/innen** gegenüber Angestellten setzt sich im **Ruhestand** fort, auch wenn das BVerfG dem Gesetzgeber in Bezug auf den Versorgungshöchstsatz einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt. Allerdings wird dieser Spielraum wiederum durch das Alimentationsprinzip begrenzt, denn der **Kernbestand des Anspruchs auf angemessenen Unterhalt** wird nach der Rspr. durch Art. 33 Abs. 5 GG ebenso gesichert wie das Eigentum aus Art. 14 GG (BVerfG, Urt. v. 20.06.2006, 2 BvR 361/03, NJW 2006, 2469 ff.).

Vor diesem Hintergrund räumt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung dem Dienstherrn eine **Beurteilungsermächtigung** ein. Danach beruht das Urteil über die Eignung in erster Linie auf der prognostischen Einschätzung des Dienstherrn, „ob der Beamte den Anforderungen, die mit der Wahrnehmung der Ämter seiner Laufbahn verbunden sind, voraussichtlich gerecht werden wird.“ Für die Einschätzung der gesundheitlichen Eignung wird in Anknüpfung an die Rechtsprechung des BVerwG maßgeblich, „dass sich nach der prognostischen Einschätzung des Dienstherrn künftige Erkrankungen des Beamten und dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit ausschließen lassen“ (BVerwG, Urt. v. 18.07.2001 – 2 A 5/00 -, NVwZ 2002, 49 f.; VG Gießen, Urt. v. 26.01.2006 – 5 E 2113/05 –; VG Augsburg, Beschluss v. 05.01.2006 – Au 2 S 05.1966 –).

Anknüpfungspunkt der Prognose ist nach der Rechtsprechung das **funktionell-konkrete Amt** i. V. m. der darauf bezogenen, an das Statusamt anknüpfenden **Laufbahnbefähigung**, (vgl. § 5 LVO; vgl. auch § 2 Abs. 2 BLV).

Die zukunftsgerichtete Eignungseinschätzung des Dienstherrn wird – als Akt wertender Erkenntnis – von den Verwaltungsgerichten nur eingeschränkt darauf überprüft, ob

- der **Begriff** der (**gesundheitlichen**) **Eignung** und / oder
- die **gesetzlichen Grenzen** der **Beurteilungsermächtigung** verkannt wurden, d. h. ob
 - der Beurteilung ein **unrichtiger Sachverhalt** zugrunde gelegt wurde,

- ob **allgemeine Wertmaßstäbe mißachtet** oder
- **sachfremde Erwägungen** angestellt wurden (BVerwG, Urt. v. 07.05.1981 – 2 C 42/79 – , BVerwG, Urt. v. 15.06.1989 – 2 A 3/86 – Buchholz 232.1 § 7 BLV Nr. 4; BVerwG, Beschl. v. 17.05.1993 - 2 B 25/93 - Buchholz 237.7 § 104 NWLBG Nr. 6; OVG NW, Beschl. v. 07.09.2005 – 6 B 1254/05 –, NVwZ-RR 2006, 630 f.).

Jede Auswahlentscheidung bedarf zunächst einer tragfähigen Sachverhaltsermittlung, sodann einer sorgfältigen Abwägung (BVerwG, Beschluss vom 06.04.2006 – 2 VR 2/05 – jurisPR extra 2006, 213). Bewerber/-innen steht insofern ein Anspruch auf eine **ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung** über ihre Verbeamtung zu (vgl. BVerwGE 101, 112, 114). Ausnahmsweise kann auch ein entsprechender Anspruch bestehen, wenn jede andere Entscheidung als die Verbeamtung rechtswidrig wäre (BVerwGE 28, 62, 67; 43, 137, 152).⁶

2. Rechtliche Würdigung des Ausgangsfalls und Schlussfolgerungen

Im Hinblick auf den Ausgangsfall stellt sich zunächst die Frage, ob die vom Bildungsministerium im Jahre 2002 getroffene Einschätzung der gesundheitlichen Eignung des Petenten an gerichtlich nachprüfbareren Mängeln leidet.

In Betracht kommt eine **Verkennung der gesetzlichen Grenzen der Beurteilungsermächtigung** durch **Missachtung allgemeiner Werte** – hier: europa- und verfassungsrechtlich fundierte **Diskriminierungsverbote** –, die sich wiederum auf die europarechts- und verfassungsrechtskonforme Auslegung des Begriffs der „gesundheitlichen Eignung“ auswirken.

2.1 Sachverhaltsermittlung

Zweifel an einer ordnungsgemäßen Sachverhaltsermittlung bestehen nicht. Die Ablehnung der Verbeamtung des Petenten durch das Bildungsministerium wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung beruht auf einer fachlichen Grundlage, denn sie

⁶ Darüber hinaus gewähren weder Art. 33 Abs. 2 GG noch die zur Konkretisierung ergangenen einfachgesetzlichen Vorschriften des Bundes oder der Länder – hier: § 9 Abs. 1 LBG – einen Anspruch auf Übernahme in den öffentlichen Dienst (vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 - 2 BvL 13/73 -, BVerfGE 39, 334, 354; BVerwG, Urt. v. 07.05.1981 - 2 C 42/79 - Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 19 S. 3).

stützte sich auf zwei **amtsärztliche Gutachten vom 26.04.2002 und 26.06.2002**. Beide dienten der Ermittlung des aktuellen Gesundheitszustandes des Petenten und enthielten eine daran anknüpfende Langzeitprognose:

Das Gutachten vom 26.06.2002 bestätigte einen Herzklappenfehler „geringen bis mittleren Schweregrades“ und stellte „im Vergleich zu herzgesunden Patienten“ ein erhöhtes Erkrankungsrisiko fest. „Dauernde Dienstfähigkeit“ wurde amtsärztlich nicht prognostiziert. Die gleichwohl abgegebene gesundheitliche Prognose bezog sich auf einen Fünf-Jahres Zeitraum. Bezogen auf diesen Zeitraum wurde bestätigt, dass der Petent gesundheitlich in der Lage sei, „den Beruf als Lehrkraft im Schuldienst auszuüben“. Auch das zweite amtsärztliche Gutachten vom 14.03.2002⁷ hält offenbar ein erhöhtes Erkrankungsrisiko „verglichen mit herzgesunden Patienten“ fest. Ausdrücklich heißt es jedoch in dem amtsärztlichen Schreiben vom 26.4.2002, es sei **nicht vorhersehbar, ob** das Erkrankungsrisiko jemals eintreten werde und **falls, in welcher Form** (vgl. oben S. 2).

Das Ministerium hat aufgrund dieser Gutachten eine **eigene Einschätzung** der gesundheitlichen Eignung vorgenommen und diese verneint. Zwar ließen die amtsärztlichen Gutachten offen, ob sich das Gesundheitsrisiko bei dem Petenten jemals konkretisieren würde, diese Ungewissheit wirkt sich nach der Rechtsprechung des BVerwG jedoch zu Lasten des Bewerbers aus.

Die vom Bildungsministerium getroffene Einschätzung der gesundheitlichen Eignung des Petenten steht daher im Einklang mit der oben (siehe I. 1.) dargelegten Rechtsprechung. Auch eine weitere Sachverhaltsaufklärung, etwa gerichtet auf die gesundheitsbewusste Lebensweise des Petenten, hätte hier zu keiner anderen Einschätzung geführt bzw. führen müssen.

2.2 Nichtbeachtung allgemeiner Wertmaßstäbe – Diskriminierungsverbote

In Betracht kommt ein Verstoß gegen allgemeine Wertmaßstäbe, hier das **Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung** nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 1, Art. 2 der europäischen **Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG** sowie gegen das **Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts**, Art. 3 Abs. 2 GG, Art. 1, Art. 2 **Richtlinie 76/207/EWG i. V. m. 2002/73/EG**. Ebenfalls in Betracht zu ziehen ist

⁷ Hinweis: Das Gutachten selbst lag der Verfasserin nicht vor.

ein Verstoß gegen das **Verbot der Diskriminierung wegen eines „genetischen Merkmals“** i. S. von **Art. II-81 EuVerf (Art. 21 Charta der Europäischen Grundrechte – GRC -)**.

Daraus können sich andere Anforderungen an die Beurteilung der **gesundheitlichen Eignung** ergeben, die zu einem veränderten – **europarechtskonformen – Begriffsverständnis** der gesundheitlichen Eignung gem. Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 Abs. 1 LBG führen.

2.2.1 Behinderung

Nach **Art. 1, Art. 2 RL 2000/78/EG** werden unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen im Bereich „Beschäftigung und Beruf“ - einschließlich des Zugangs zu Beschäftigungsverhältnissen im öffentlichen Sektor - wegen einer Behinderung verboten.⁸ Die Richtlinie, die in Bezug auf den Diskriminierungsbegriff und die Rechtfertigungsanforderungen klare und zwingend umzusetzende Vorgaben enthält, war bis zum 2.12.2003 in nationales Recht umzusetzen (Fristablauf). Die Umsetzung erfolgte in Deutschland erst 2006 mit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Nach der Rechtsprechung des EuGH entfalten Richtlinien jedoch bereits während der Umsetzungsfrist rechtliche (Vor-)Wirkung und sind insoweit von den Mitgliedstaaten zu beachten. Sie dürfen daher Gegenstand und Zweck der Richtlinie nicht unterlaufen und müssen daher gem. Art. 10 i. V. m. Art. 249 EG alle Maßnahmen unterlassen, die geeignet sind, das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen (std. Rspr., vgl. EuGH, Rs. C-129/96 -, Slg. 1997 I-7411, Rn. 45, 49 <„Inter-Environnement Wallonie“>; vgl. dazu Calliess/Ruffert-Kahl, EUV/EGV, 3. Aufl 2006, Art. 10 Rn. 63).

Das Bildungsministerium durfte daher zum Zeitpunkt der Entscheidung 2002 keine Maßnahme ergreifen, die der Zielsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, u. a. vor Diskriminierung wegen einer Behinderung beim Zugang zu Beschäftigungsverhältnissen zu schützen, erkennbar zuwider liefen.

⁸ Vgl. Art. 1 RL 2000/78/EG. Geht es im öffentlichen oder privaten Sektor um den Zugang zu einer unselbständigen oder selbständigen Beschäftigung, Berufsberatung oder Weiterbildung, um Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen oder die Mitgliedschaft und Mitwirkung in Berufs- und Arbeitsorganisationen, so ist eine **europarechtskonforme Auslegung** des Anwendungsbereichs des Art. 3 Abs. 1 GG und der speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG, Art. 33 Abs. 2, Abs. 4 GG geboten.

Es hätte daher geprüft werden müssen, ob die gesundheitlichen Anforderungen, die nach § 9 Abs. 1 LBG an den Petenten gestellt wurden bzw. werden (vgl. dazu das Schreiben des Staatssekretärs des Bildungsministeriums vom 13.09.2005 zu dem Anliegen des Petenten), zu einer **unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung wegen einer Behinderung** führt. Maßgeblich war bzw. ist *nicht*, wie das Ministerium offenbar meint(e), der deutsche Schwerbehindertenbegriff i. S. v. § 128 SGB IX, sondern der **europarechtliche Begriff der Behinderung** nach Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG (vgl. auch Art. 13 EG; Art. II-81 EuVerf = Art. 21 GRC und Art. II-86 EuVerf = Art. 26 GRC).

Zwar erfolgte eine abschließende Begriffsklärung erst durch die Entscheidung des **EuGH** in der Rechtssache „**Sonia Chacon Navas**“ vom 11.07.2006 – C-13/05 –, in der der Begriff **autonom gemeinschaftsrechtlich** und **einheitlich** ausgelegt wurde (EuGH, Rn. 42). Allerdings existiert der europarechtliche Begriff der Behinderung bereits seit der Vertragsänderung von Amsterdam (1999) in Art. 13 EG, welcher die Kompetenzgrundlage für die RL 2000/78/EG bildet. Seit Inkrafttreten der Richtlinie 2000/78/EG im Jahre 2000 waren deren Vorgaben ebenso wie Art. 13 EG geltendes europäisches Recht, das in der Literatur entsprechend kommentiert wurde. Insofern lag kein Grund zu der Annahme vor, der europäische Behindertenbegriff sei im Sinne des engen deutschen Schwerbehindertenbegriffs zu verstehen. Insofern hätte es zumindest einer Auseinandersetzung bedurft, die ersichtlich nicht erfolgt ist.

Jedenfalls seit dem 11.07.2006 ist der Begriff der Behinderung für die Mitgliedstaaten einheitlich durch die oben genannte Entscheidung definiert worden. Im Anwendungsbereich der Richtlinie ist er von den Organen der Mitgliedstaaten auf allen Ebenen (Exekutive, Legislative und Jurisdiktion auf Bundes- und Landesebene) zu beachten. Dementsprechend ist das Bildungsministerium verpflichtet, den europarechtlichen Begriff der Behinderung in der Auslegung durch den EuGH bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts zu beachten, wenn es um die Entscheidung über die Einstellung bzw. Verbeamtung geht. Dies folgt aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, Art. 10 EG (vgl. Calliess/Ruffert-*Kahl*, EUV/EGV, 3. Aufl 2006, Art. 10 Rn. 58 m. w. N. zur Rspr. des EuGH).

Den Begriff der **Behinderung** definiert der **EuGH** als

„Einschränkung (...), die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet“ (EuGH, Rn. 43).

Gemeint sind solche Fälle,

„in denen **die Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt** ist. Damit die Einschränkung unter den Begriff ‚Behinderung‘ fällt, muss wahrscheinlich sein, dass sie von langer Dauer ist“ (EuGH, Rn. 45).

Damit knüpft der EuGH an den modernen Behindertenbegriff der *International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)* der *World Health Organization (WHO)* an, der den Zusammenhang zwischen Krankheit und Behinderung aufgearbeitet hat (vgl. Rn. 22, 23). Nach der ICF besteht Behinderung aus einer Gesundheitsstörung, die durch Beeinträchtigung der Aktivitäten und im Zusammenwirken mit Kontextfaktoren die Teilhabe der Menschen beeinträchtigt (näher dazu *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, S. 8 ff.; *ders.*, Anmerkung zu EuGH „Sonia Chacon Navas“, ZESAR 2006, 42 f).

Ob also eine Gesundheitsstörung („physische, geistige oder psychische Beeinträchtigung“) als „Behinderung“ i. S. der Richtlinie 2000/78/EG zu betrachten ist, hängt demnach davon ab, ob sie sich als Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben von langer Dauer erweist. Nicht ausreichend ist, so der EuGH, dass „irgendeine Krankheit“ vorliegt (EuGH, Rn. 44, 46). Unter Bezugnahme auf das Urteil geht die Literatur davon aus, dass bereits eine **mindestens sechsmonatige Dauer** der Teilhabebeeinträchtigung dem gemeinschaftsrechtlichen Behindertenbegriff entspricht.⁹

In Bezug auf den Petenten wird deutlich, dass dessen **Herzklappenfehler** als Gesundheitsstörung unter den **europarechtlichen Behindertenbegriff** der Richtlinie 2000/78/EG fällt. Anknüpfend an den neutralen Begriff der „gesundheitlichen Eignung“ führt der Herzklappenfehler zu einem unüberwindbaren beruflichen Teilhabebehindernis, nämlich zu einem lebenslangen Ausschluss vom Berufsbeamtentum. Eine Teilhabe am Berufsbeamtentum („Lehramt“) wird dauerhaft ausgeschlossen.

⁹ Schiek-*Welti*, AGG. Kommentar, 2007, § 1 Rn. 41.

Allein daraus folgt jedoch noch nicht, dass der Ausschluss auch rechtswidrig ist. Maßgeblich wird, ob er nach den Vorgaben der Richtlinie (RL) 2000/78/EG zulässig ist. Wie der EuGH dazu in der o. g. Entscheidung ausführt, greift eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nur dann in den Schutzbereich der Richtlinie 2000/78/EG ein, wenn eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung i. S. des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie vorliegt.¹⁰ In Bezug auf den Patenten kommt eine „**mittelbare Diskriminierung**“ gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 b) RL in Betracht (vgl. Wortlaut des Art. 2 RL in Fn. 8). Denn die **Benachteiligung** (zu den mit dem Beamtenstatus verbundenen Privilegien vgl. oben Seite 8 f.) resultiert aus der Anwendung des dem Anschein nach neutralen Kriteriums der „gesundheitlichen Eignung“ gemäß § 9 Abs. 1 LBG bzw. „Eignung“ gemäß Art. 33 Abs. 2 GG. Die „mittelbare Diskriminierung“ wird auch

¹⁰ **Artikel 2**

Der Begriff "Diskriminierung"

(1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet "Gleichbehandlungsgrundsatz", dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.

(2) Im Sinne des Absatzes 1

a) liegt eine **unmittelbare** Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;

b) liegt eine **mittelbare** Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten **Behinderung**, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn:

i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, oder

ii) der Arbeitgeber oder jede Person oder Organisation, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, ist im Falle von Personen mit einer bestimmten **Behinderung** aufgrund des einzelstaatlichen Rechts verpflichtet, geeignete Maßnahmen entsprechend den in **Artikel 5** enthaltenen Grundsätzen vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen.

(3) Unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem der Gründe nach Artikel 1 in Zusammenhang stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird, sind Belästigungen, die als Diskriminierung im Sinne von Absatz 1 gelten. In diesem Zusammenhang können die Mitgliedstaaten den Begriff "Belästigung" im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definieren.

(4) Die Anweisung zur Diskriminierung einer Person wegen eines der Gründe nach Artikel 1 gilt als Diskriminierung im Sinne des Absatzes 1.

(5) ...

Artikel 5

Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung

Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird.

nicht *qua definitionem* durch Art. 2 b) i) RL ausgeschlossen. Zwar ließe sich für die Benachteiligung von „gesundheitsriskanten“ Behinderten durch Ausschluss vom Beruf des beamteten Gymnasiallehrers noch ein rechtmäßiges Ziel finden, jedoch sind die Mittel zur Erreichung dieses Ziels weder angemessen noch erforderlich:

Legitime Ziele ergeben sich aus dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht, sofern letzteres mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht. Als *legitimes Ziel* ließe sich hier das gesetzgeberische Anliegen sehen, frühzeitigen Versorgungsfälle vor Eintritt in den Ruhestand vorzubeugen, um finanziellen Belastungen der öffentlichen Hand entgegenzuwirken (vgl. dazu oben Seite 6 zu 1.1.: Versorgungsrisiko des Dienstherrn, § 54 Abs. 1 LBG). Allerdings bestehen bereits Zweifel an der *Geeignetheit des Mittels*, denn die Aussonderung gesundheitsriskanter Bewerber/-innen vom Berufsbeamtentum bewirkt letztlich keinen Risikoausschluss, sondern nur eine Risikoverlagerung in die gesetzliche Rentenversicherung.¹¹ Der Ausschluss von „gesundheitsriskanten“ Behinderten vom Berufsbeamtentum erscheint zudem nicht *erforderlich*, da als milderes Mittel das Ergreifen angemessener Vorkehrungen durch den Dienstherrn im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG in Betracht kommt, durch die sich das individuelle Erkrankungsrisiko verringern lässt, z. B. technische Arbeitserleichterungen o. ä. (vgl. EuGH, a.a.O, Rn. 51). Jedenfalls aber ist eine umfassende Zugangsbegrenzung *unangemessen*, denn dadurch wird die berufliche Teilhabe „gesundheitsriskanter“ Behinderter am Berufsfeld der Beamten/-innen vollständig ausgeschlossen. Sofern den staatlichen Arbeitgeber dabei besondere finanzielle Lasten treffen sollten, können diese – ebenso wie in Bezug auf den privaten Arbeitgeber, vgl. Art. 5 S. 3 Richtlinie 2000/78/EG (vgl. Wortlaut in Fn. 8) – durch die mitgliedstaatliche Behindertenpolitik ausreichend kompensiert werden. Insoweit ist der staatliche Arbeitgeber nicht besser zu stellen als der private.

Auch eine Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung nach Artikel 4 der Richtlinie 2000/78/EG (vgl. Wortlaut in Fn. 10) kommt in Bezug auf den Petenten und in vergleichbaren Fällen nicht in Betracht.¹² Der Ausschluss von den Beschäftigungsver-

¹¹ Vgl. NER, Gutachten 2005, S. 38 f.

¹² **Artikel 4**

Berufliche Anforderungen

(1) Ungeachtet des Artikels 2 Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

(2) ...

hältnissen des Berufsbeamtentums ist daher als **unzulässige „mittelbare Diskriminierung“** i. S. v. **Art. 2 RL 2000/78/EG** einzuordnen.

2.2.2 Geschlecht

In Betracht kommt im vorliegenden Fall zudem eine **mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts** nach Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG i. V. m. RL 2002/73/EG, denn in Anknüpfung an anscheinend neutrale Regelungen – hier: § 9 Abs. 1 LBG, Art. 33 Abs. 2 GG – trifft der Ausschluss vom Beamtentum **überwiegend Männer**, da vor allem sie von Herzklappenfehlern betroffen sind (80 %, vgl. *Anlage 1*).¹³ Eine Rechtfertigung nach Art. 2 Abs. 2 oder Abs. 6 RL kommt hier aus den bereits oben zu 2.2.1 genannten Gründen ebenfalls nicht in Betracht.

2.2.3 Genetisches Merkmal

Schließlich erscheint in dem Ausgangsfall und vergleichbaren Fallkonstellationen auch eine **Diskriminierung wegen eines „genetischen Merkmals“** i. S. v. Art. II-81 EuVerf bzw. Art 21 GRC nicht ausgeschlossen, sofern ein **angeborener Herzklappenfehler** zum Ausschluss vom Berufsfeld des/der Beamten/-in führt.

Zwar ist die EuVerf noch nicht auf supranationaler Ebene in Kraft getreten. Gleichwohl ist die in Teil II EuVerfV enthaltene **Charta der Europäischen Grundrechte** inzwischen von **supranationaler formell-rechtlicher Bedeutung**. Denn der EuGH hat in der Entscheidung zur „Familienzusammenführung“ vom 27.6.2006 (EuGH, Rs. C-540/03 <EP/Rat>, NVwZ 2006, 1033; dazu *Szczekalla*, NVwZ 2006, 1019) erstmals direkt auf ein Grundrecht der Europäischen Grundrechtecharta zurückgegriffen und damit deutlich gemacht, dass die Grundrechte der Charta zum formellen Europäischen Recht zählen (*Szczekalla*, NVwZ 2006, 1019; vgl. auch *Bouchouaf/Britz/Richter*, JZ 2007, 42). Die Charta bindet nicht nur die Organe der EU, sondern auch die Organe der Mitgliedstaaten, soweit sie Europäisches Recht umsetzen oder anwenden („durchführen“), vgl. Art. II-111 EuVerf bzw. Art. 51 Abs. 1 GRC.

¹³ Vgl. auch Angaben in Fn. 1.

2.2.4 Schlussfolgerungen

Der **europarechtliche Behindertenbegriff** modifiziert im Anwendungsbereich der Richtlinie die Auslegung des Behindertenbegriffs gemäß Art. 3 Abs. 3 GG, dem in der Literatur vielfach noch ein im Hinblick auf die o. g. EuGH-Entscheidung veraltetes Begriffsverständnis – krankheitsbedingte Funktionsbeeinträchtigung – zugrunde gelegt wird (vgl. dazu *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 143). Insoweit ist Art. 3 Abs. 3 GG europarechtskonform auszulegen. Ungleichbehandlungen von Behinderten, die nach der Richtlinie 2000/78/EG nicht zu rechtfertigen sind, können auch nach Art. 3 Abs. 3 GG nicht gerechtfertigt werden. Dies wirkt sich auf das Verständnis von Art. 33 Abs. 2 GG aus. Soweit die „Eignung“ nach Art. 33 Abs. 2 GG mit Gesichtspunkten bejaht oder verneint wird, die nach Art. 3 Abs. 3 GG – oder Art. 3 Abs. 2 GG, hier unter dem Aspekt der „mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts“ – unzulässig sind, kommt Art. 3 Abs. 3 GG – bzw. Art. 3 Abs. 2 GG – zum Tragen und modifiziert den Eignungsbegriff entsprechend (vgl. *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art. 33 Rn. 8). Im Übrigen folgt aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, dass Art. 33 Abs. 2 GG im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG, durch die der allgemeine gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. EuGH, Rn. 56) konkretisiert wird, richtlinienkonform auszulegen ist.

Der geschützte Personenkreis beschränkt sich nicht auf Schwerbehinderte nach deutschem Rechtsverständnis, sondern erfasst **alle Menschen mit Behinderung** (vgl. auch *von Roetteken*, jurisPR-ArbR 22/2006 Anm. 3). Soweit in Anknüpfung an § 128 SGB IX die „besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen“ – also auch hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung – für schwerbehinderte Bewerber/-innen so zu gestalten sind, dass die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert und ein angemessener Anteil schwerbehinderter Menschen unter den Beamten und Beamtinnen erreicht wird“, ist diese Regelungen europarechtskonform unter Beachtung des europarechtlichen Behindertenbegriff auszulegen. Demnach sind die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen so zu gestalten, dass die Einstellung und Beschäftigung Behinderter gefördert und ein angemessener Teil Behinderter unter den Beamten und Beamtinnen erreicht wird – vgl. Art. 5 RL 2000/78/EG. Von Behinderten i. S. der EuGH-Rspr. darf nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG (vgl. Wortlaut in Fn. 10) in Anknüpfung an ein Merkmal, das im Zusammenhang mit dem in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgrunds „Behinderung“ steht – hier: „gesundheitliche Eignung“ – nur

insoweit benachteiligen, als dies aufgrund der Art einer **bestimmten beruflichen Tätigkeit** oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt, sofern es sich um einen **rechtmäßigen Zweck** und eine **angemessene Anforderung** handelt. Bezogen auf die Tätigkeit als beamteter Gymnasiallehrer wird also entscheidend, welche gesundheitliche bzw. körperliche Tauglichkeit die Tätigkeit voraussetzt, um den beruflichen Anforderungen entsprechend ausgeübt zu werden. Im Hinblick auf den im Übrigen zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz („rechtmäßiger Zweck“, „angemessene Anforderungen“), dürfte mit Blick auf die konkrete Tätigkeit wohl nur das gebotene Mindestmaß an körperlicher Rüstigkeit zu verlangen sein, um die Tätigkeit ordnungsgemäß ausüben zu können (vgl. auch § 12 Abs. 1 LVO).

Eine Einstellung wird daher auch dann möglich, wenn auf Grund der Behinderung eine vorzeitige Dienstunfähigkeit nicht auszuschließen ist. Nach der geltenden Praxis wird in Bezug auf schwerbehinderte Personen eine Verbeamtung auch dann vorgenommen, wenn auf der Grundlage eines amtsärztlichen Gutachten voraussichtlich eine **Dienstfähigkeit von mindestens fünf Jahren** nach Abschluss der Ausbildung zu erwarten ist (vgl. Seek/Stotz/Zander, Praxis der Kommunalverwaltung, SHLBG 2.4.2 zu § 9 LBG) Einen Fünf-Jahres-Zeitraum für die Gesundheitsprognose in Bezug auf künftige Beamte/-innen hält auch der *Nationale Ethikrat* für verhältnismäßig (vgl. auch NER, Gutachten 2005, S. 59). Ob der EuGH sich dieser Betrachtung – im Rahmen einer Vorabentscheidung gem. Art. 234 EG zur Auslegung der RL 2000/78/EG – anschließend würde, bleibt abzuwarten; dass er einen solchen Prognosezeitraum für angemessen hält, erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Ein erneuter Antrag des Petenten auf Verbeamtung würde unter Beachtung der Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG, 76/207/EWG i. V. m. RL 2002/73/EG und der Rechtsprechung des EuGH nach hiesiger Auffassung aller Voraussicht nach dazu führen, dass § 9 Abs. 1 LBG europarechtskonform ausgelegt und der Antrag dementsprechend positiv beschieden würde.

Auf einfachgesetzlicher Ebene müsste nunmehr § 9 Abs. 1 Nr. 4 LBG i. V. m. § 24 AGG angewendet werden und würde in richtlinienkonformer Auslegung zu dem obigen Ergebnis führen.

III. Empfehlung an den Landesgesetzgeber

§ 9 Absatz 1 LBG

Zur Vermeidung von mittelbaren Diskriminierungen von Menschen mit einer Behinderung im Sinne des europäischen Behindertenbegriffs sollte für diese Personengruppe aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ein kürzerer Prognosezeitraum gesetzlich vorgeschrieben werden. In Anknüpfung an den Vorschlag des Nationalen Ethikrates (2005) wird ein **Prognosezeitraum** von **maximal fünf Jahren** vorgeschlagen.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die beamtenrechtliche Langzeitprognose den entscheidenden Unterschied zu Einstellungsuntersuchungen in der Privatwirtschaft und dem übrigen öffentlichen Dienst darstellt. Angesichts dessen, dass bei einer angenommenen Wahrscheinlichkeit von 50 Prozent das prognostizierte Ereignis in der Hälfte aller Fälle *nicht* eintritt, wird folglich jedem bzw. jeder zweiten Bewerber/-in die Verbeamtung verweigert, obwohl sich die vorhergesagte Krankheit tatsächlich nicht realisiert (NER, 2005, S. 57 f.).

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass heute nahezu jede/-r mit gesundheitlichen Risiken behaftet ist, zudem Beamte/-innen *nach* ihrer Verbeamtung *nicht* zu einem gesundheitsbewussten Leben *verpflichtet* sind – z. B. Verbot des Konsums von Zigaretten, Alkohol, fetten Speisen etc. Es erscheint daher äußerst fraglich, ob die Langzeitprognose überhaupt ein geeignetes Mittel darstellt, um Frühpensionierungen aus gesundheitlichen Gründen effektiv auszuschließen.

Insgesamt betrachtet führt die Langzeitprognose zu einer nicht angemessenen Risikoverlagerung zu Lasten der Einzelnen.

Regelungsvorschlag:

§ 9 Absatz 1 Nr. 4 LBG wird wie folgt geändert:

1. Nach Satz 2 wird folgender Satz 3 eingefügt:

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

2. Der bisherige Satz 3 wird Satz 4.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Silke-Ruth Laskowski