

Prof. Dr. Ralf Brinktrine, Domerschulstr. 16, D-97070 Würzburg

An die  
Vorsitzende des Innen- und Rechtsausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Frau Abgeordnete Barbara Ostmeier  
über das Ausschussesekretariat  
z. Hd. Frau Dörte Schönfelder  
Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Postfach 7121  
24171 Kiel

Universität Würzburg  
Domerschulstraße 16  
97070 Würzburg  
Telefon +49 (0) 931 31-82331  
Telefax +49 (0) 931 31-82617  
Mail: ralf.brinktrine@jura.uni-wuerzburg.de  
Internet: www.jura.uni-  
wuerzburg.de/brinktrine/startseite

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 18/2619

Würzburg, 21. März 2014

## **Schriftliche Anhörung zu dem**

### **Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zur Änderung des Landesbeamtengesetzes (LBG) – Drucks. 18/1247 –**

*Ihr Schreiben vom 27. Januar 2014  
Aktenzeichen L 21*

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,  
sehr geehrte Mitglieder des Innenausschusses,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die Vorsitzende des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages hat mich als Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Deutsches und Europäisches Umweltrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg gebeten, eine schriftliche Stellungnahme zu dem oben angeführten Gesetzentwurf zu verfassen. Dieser Bitte komme ich sehr gern nach.

Zu dem oben angeführten Gesetzentwurf nehme ich wie folgt schriftlich Stellung:

#### **A. Gesetzesentwurf**

Die beabsichtigte Änderung des Landesbeamtengesetzes durch einen neuen § 10 Abs. 2 Satz 2 LBG lautet wie folgt:

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

Eine Begründung oder Erläuterung dieser Ergänzung des § 10 Abs. 2 LBG ist dem Gesetzesentwurf nicht beigelegt. Mangels fehlender weiterer Unterlagen kann der Stellungnahme daher nur der Wortlaut des Entwurfs zugrunde gelegt werden.

Die nachfolgende Betrachtung des Gesetzesentwurfs orientiert sich dabei an dem, was verfassungs- und einfach-rechtlich zulässig und geboten ist. Dagegen enthält sich die Analyse weitgehend rechtspolitischer Beurteilungen.

## **B. Rechtliche Würdigung**

### I. Einführung/Regelungsgegenstand

Der Gesetzesentwurf betrifft das Problem der Prognose mit Blick auf die gesundheitliche Eignung bei der Einstellung von Beamten auf Lebenszeit. Hierzu regelt § 10 Abs. 2 LBG bislang:

„Die gesundheitliche Eignung für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder in ein anderes Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis mit dem Ziel der späteren Verwendung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist aufgrund eines ärztlichen Gutachtens (§ 44) festzustellen.“

§ 10 Abs. 2 LBG in der gegenwärtigen Fassung äußert sich zum Prognosezeitraum des ärztlichen Gutachtens für die Lebenszeitbeamtung derzeit nicht. § 10 Abs. 2 Satz 2 LBG-Entwurf würde hierzu eine explizite Regelung treffen. Fraglich ist in dieser Hinsicht,

1. ob eine solche Festlegung des Prognosezeitraums als solche überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist

und

2. ob die konkrete Regelung des Prognosezeitraums mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben im Einklang steht.

Zur Beantwortung dieser Fragen sind zunächst die Aussagen der bundesverfassungs- und bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und der einschlägigen Literatur zu ermitteln und vorzustellen (II.). Hieran schließt sich die abschließende Einschätzung des Gesetzesvorhabens an (III.).

## II. Prognose und Prognosezeitraum in der Rechtsprechung und der Literatur

### *1. Erfordernis, Funktion und Gegenstand der Prognose*

Zu dem Erfordernis der Prognose für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung und ihrer Funktion für die Lebenszeitverbeamtung sowie dem Gegenstand der Prognose hat das Bundesverwaltungsgericht erst vor kurzem folgendes in seinem Urteil vom 25.7.2013 – 2 C 12/11 – zusammenfassend ausgeführt (siehe BVerwG, Urt. v. 25.7.2013 – 2 C 12/11 – NVwZ 2014, 300 [301]):

„[10] Nach Art. 33 II GG und nach § 9 BeamtStG, der nach § 1 dieses Gesetzes für das Statusrecht der Landesbeamten unmittelbar gilt, sind Ernennungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen. Geeignet in diesem Sinne ist nur, wer dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen ist (*BVerfGE* 92, 140 [151] = *NZA* 1995, 619). Bei der von Art. 33 II GG geforderten Eignungsbeurteilung hat der Dienstherr daher immer auch eine Entscheidung darüber zu treffen, ob der Bewerber den Anforderungen des jeweiligen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht entspricht (*BVerfGK* 14, 492 [496] = *NVwZ* 2009, 389). Ist nach der körperlichen oder psychischen Konstitution eines Bewerbers die gesundheitliche Eignung nicht gegeben, kann er unabhängig von seiner fachlichen Eignung nicht verbeamtet werden. Er kann nicht in den Leistungsvergleich der Bewerber um die zur Vergabe stehenden Ämter einbezogen werden.

[11] Zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung müssen die körperlichen und psychischen Veranlagungen des Bewerbers festgestellt und deren Auswirkungen auf sein Leistungsvermögen bestimmt werden. Diese Beurteilungsvorgänge erfordern in aller Regel besondere medizinische Sachkunde, über die nur ein Arzt verfügt. Dementsprechend sieht § 9 II i. V. mit § 45 I 1 des Niedersächsischen Beamtengesetzes vom 25. 3. 2009 – *NdsBG* – (*NdsGVBl* S. 72) i. d. F. des Gesetzes vom 12. 12. 2012 (*NdsGVBl* S. 591) vor, dass die gesundheitliche Eignung auf Grund einer Untersuchung durch einen Amtsarzt oder einen beamteten Arzt festzustellen ist. Dieser muss gegebenenfalls einen Facharzt hinzuziehen. Die Notwendigkeit, einen Arzt hinzuzuziehen, bedeutet aber nicht, dass diesem die Entscheidungsverantwortung für das gesundheitliche Eignungsurteil übertragen werden darf. Vielmehr wird der Arzt als Sachverständiger tätig, auf dessen Hilfe der Dienstherr angewiesen ist, um die notwendigen Feststellungen treffen zu können. Der Dienstherr muss die ärztlichen Befunde und Schlussfolgerungen nachvollziehen und sich auf ihrer Grundlage ein eigenes Urteil bilden (*BVerwG*, Buchholz 11 Art. 33 II GG Nr. 35 = *NVwZ-RR* 2007, 784 L = *BeckRS* 2007, 25462 Rdnrn. 22 f.).

[12] Es obliegt dem Dienstherrn, die körperlichen Anforderungen der jeweiligen Laufbahn zu bestimmen. Hierbei steht ihm ein weiter Einschätzungsspielraum zu, bei dessen Wahrnehmung er sich am typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn zu orientieren hat. Diese Vorgaben bilden den Maßstab, an dem die individuelle körperliche Leistungsfähigkeit der Bewerber zu messen ist (*BVerwG*, Buchholz 11 Art. 33 II GG Nr. 35 = *NVwZ-RR* 2007, 784 L = *BeckRS* 2007, 25462 Rdnrn. 22 f.). Auf dieser Grundlage muss festgestellt werden, ob ein Bewerber, dessen Leistungsfähigkeit – etwa auf Grund eines chronischen Leidens – gemindert ist, den Anforderungen gewachsen ist, die die Ämter einer Laufbahn für die Dienstausbung stellen.

[13] Die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für das von ihm angestrebte öffentliche Amt bezieht sich nicht nur auf den gegenwärtigen Stand, sondern auch auf die künftige Amtstätigkeit und enthält eine Prognose, die eine konkrete und einzelfallbezogene Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers verlangt (*BVerfGE* 108, 282 [296] = *NJW* 2003, 3111 = *NVwZ* 2003, 1248 L). Die gesundheitliche Eignung eines im Zeitpunkt der Einstellungsuntersuchung dienstfähigen Beamtenbewerbers kann daher im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe oder eine chronische Erkrankung mit progredientem Verlauf verneint werden.“

Daraus ergibt sich, dass eine gesundheitliche Eignungsprüfung als *konkrete* und *einzelfallbezogene* Würdigung durchzuführen ist (vgl. auch *BVerfG*, *Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE* 108, 282 [296]). Ihre Funktion ist vor allem festzustellen, ob der Beamte bis zum Ende seiner Dienstzeit in der Lage sein wird, seine dienstlichen Aufgaben zu erfüllen. Die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung dürfen nach der neueren Rechtsprechung mit Blick auf das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG aber auch nicht überdehnt werden. Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu in seinem Urteil vom 25.7.2013 – 2 C 12/11 – fest (*BVerwG*, *Urt. v. 25.7.2013 – 2 C 12/11 – NVwZ* 2014, 300 [301]):

„[16] Der Ausschluss des Zugangs zum Beamtenverhältnis aus gesundheitlichen Gründen ungeachtet der fachlichen Eignung stellt eine Einschränkung der durch Art. 33 II GG geschützten Zugangsmöglichkeit dar, die einer subjektiven Berufswahlschranke im Anwendungsbereich des Art. 12 I GG entspricht (vgl. *BVerwG*, *NJW* 2013, 1320 Rdnr. 15). Auf Grund dieser grundrechtlichen Bedeutung des Ausschlusses und des überaus langen, sich über Jahrzehnte erstreckenden Prognosezeitraums hält der *Senat* an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr fest, wonach der Eintritt der Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein muss (vgl. *BVerwG*, *Buchholz* 232 § 3 BBG Nr. 6; *BVerwGE* 92, 147 [149] = *NJW* 1993, 2546 = *NVwZ* 1993, 1110 L, und *BVerwG*, *Buchholz* 232 § 31 BBG Nr. 60, S. 2 = *NVwZ-RR* 2002, 49). Solange der Gesetzgeber keinen kürzeren Prognosezeitraum bestimmt, kann der Dienstherr die gesundheitliche Eignung aktuell dienstfähiger Bewerber nur verneinen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird.“

## 2. Prognosezeitraum

Auch zum Prognosezeitraum für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung bei Lebenszeitverbeamtung hat sich das Bundesverwaltungsgericht geäußert (hierzu *BVerwG*, *Urt. v. 25.7.2013 – 2 C 12/11 – NVwZ* 2014, 300 [301]):

„[14] Die Prognose erfasst den Zeitraum bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze. Es kommt darauf an, ob der Beamtenbewerber voraussichtlich bis zu diesem Zeitpunkt Dienst leisten wird oder wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden muss.“

[15] Dieser Prognosezeitraum folgt aus den in Art. 33 V GG verankerten hergebrachten Grundsätzen des Lebenszeit- und des Alimentationsprinzips. Diese Grundsätze verpflichten den Dienstherrn zur lebenslangen Versorgung der Ruhestandsbeamten. Daher verleihen sie dem Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten einen verfassungsrechtlichen Stellenwert. Durch die Festlegung der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung und der Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand bringen Gesetz- und Verordnungsgeber zum Ausdruck, welche Lebensdienstzeit angemessen ist, um die Altersversorgung zu erdienen. Tritt der Beamte vor Erreichen der Altersgrenze in den Ruhestand, ist das Gleichgewicht zwischen Dienstzeit und Ruhestand verschoben, weil dem Dienstherrn die Arbeitskraft des Beamten zu früh verloren geht (*BVerwGE* 142, 59 = Buchholz 11 Art. 33 II GG Nr. 54 = *NVwZ* 2012, 880 Rdnrn. 16 f.).“

Der Prognosezeitraum ist damit nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie der ihm folgenden Verwaltungsgerichte grundsätzlich auf den Zeitraum bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze bezogen (vgl. neben der zitierten Entscheidung *BVerwG*, *NVwZ* 2014, 300 (301) etwa auch *BVerwG*, Urteil vom 25.2.1993 – 2 C 27/90 – *BVerwGE* 92, 147 (149); aus der Literatur ebenso Wichmann, in: Wichmann/Langer, *Öffentliches Dienstrecht*, 7. Aufl. Stuttgart 2014, Rn. 113 mit Fn. 185 und dort mit umfangreichen Nachweisen).

### 3. Einfach-gesetzliche Festlegung des Prognosezeitraums

Obschon der Prognosezeitraum grundsätzlich auf den Zeitraum bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze bezogen ist, hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 25.7.2013 – 2 C 12/11 – zugleich anerkannt, dass auch ein anderer Prognosezeitraum durch den Gesetzgeber festgelegt werden kann (siehe *BVerwG*, Ur. v. 25.7.2013 – 2 C 12/11 – *NVwZ* 2014, 300 [301]):

„[16] ... Auf Grund dieser grundrechtlichen Bedeutung des Ausschlusses und des überaus langen, sich über Jahrzehnte erstreckenden Prognosezeitraums hält der *Senat* an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr fest, wonach der Eintritt der Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein muss (vgl. *BVerwG*, Buchholz 232 § 3 BBG Nr. 6; *BVerwGE* 92, 147 [149] = *NJW* 1993, 2546 = *NVwZ* 1993, 1110 L, und *BVerwG*, Buchholz 232 § 31 BBG Nr. 60, S. 2 = *NVwZ-RR* 2002, 49). **Solange der Gesetzgeber keinen kürzeren Prognosezeitraum bestimmt**, kann der Dienstherr die gesundheitliche Eignung aktuell dienstfähiger Bewerber nur verneinen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird.“ (Hervorhebung von mir).

Der Prognosezeitraum muss aber vor dem Hintergrund des Art. 33 Abs. 5 GG weiterhin so gestaltet sein, dass die Funktion der Eignungsprüfung erfüllt wird. Insbesondere dür-

fen die in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts erwähnten Interessen des Dienstherrn und der Allgemeinheit an der Funktionsfähigkeit des Beamtentums nicht völlig hinter den Interessen des Beamten zurücktreten (vgl. Wichmann, in: Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, 7. Aufl. Stuttgart 2014, Rn. 113 ).

### III. Abschließende Einschätzung

#### *1. Gesetzliche Regelung des Prognosezeitraums als solche*

Die gesetzliche Regelung des Prognosezeitraums durch den Landesgesetzgeber ist grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig. Art. 33 Abs. 5 GG steht einer konkretisierenden Regelung des Prognosezeitraums nicht entgegen. Auch das den Landesgesetzgeber bindende BeamtStG verbietet landesgesetzliche Regelungen des Prognosezeitraums nicht. § 9 BeamtStG („Kriterien der Ernennung“) enthält in dieser Hinsicht keine entgegenstehende Aussage für den Zeitraum zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung. § 10 BeamtStG („Voraussetzung der Ernennung auf Lebenszeit“) regelt nur die Frage der Probezeit, nicht aber die Frage des Prognosezeitraums für die gesundheitliche Eignung. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner oben zitierten Entscheidung vom 25.07.2013 – 2 C 12/11 – von der Befugnis des (Landes)Gesetzgebers aus, einen kürzeren Prognosezeitraum zu bestimmen (siehe BVerwG, Urt. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – NVwZ 2014, 300 (301 Rn. 16)).

#### *2. Der konkrete Prognosezeitraum von fünf Jahren*

Unbeschadet der grundsätzlichen Zulässigkeit der einfach-gesetzlichen Regelung wirft aber die beabsichtigte konkrete Regelung verschiedene Fragen und Bedenken auf.

So ist mangels näherer Erläuterung nicht klar, warum gerade ein Prognosezeitraum von *fünf* Jahren für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung mit Blick auf die Lebenszeitverbeamtung gewählt worden ist. Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich dieser Zeitraum nicht herleiten. Auch fachwissenschaftliche Erkenntnisse werden für diese Bestimmung des Prognosezeitraums nicht angeführt.

Ebenso gut hätte daher ein Zeitraum von 7, 10 oder 15 Jahren gewählt werden können. Der Benennung von 5 Jahren haftet daher der Charakter des Zufälligen an.

Der Zeitraum von 5 Jahren ist überdies mit Blick auf die *Lebenszeit*verbeamtung recht kurz bemessen. Selbst bei Beamten des höheren Dienstes, die in der Regel erst ab ei-

nem Lebensalter von 30 Jahren auf Lebenszeit verbeamtet werden, ergeben sich nach der Ernennung immer noch mehr als 30 Dienstjahre. Hiervon würden durch die Verkürzung des Prognosezeitraums auf 5 Jahre nur für 1/6 der Dienstzeit verlässliche Aussagen gemacht. Damit erscheinen die Interessen des Beamten gegenüber den Interessen des Dienstherrn übergewichtet.

Den grundrechtlich geschützten Interessen des Beamten an einer Lebenszeitverbeamtung hat überdies das Bundesverwaltungsgericht durch das Erfordernis einer Einzelfallprüfung mit Blick auf die gesundheitliche Eignung Rechnung getragen. Diese Einzelfallprüfung hat zudem jetzt so zu erfolgen, dass „der Dienstherr die gesundheitliche Eignung aktuell dienstfähiger Bewerber nur verneinen [kann], wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird“ (BVerwG, Urt. v. 25.7.2013 – 2 C 12/11 – NVwZ 2014, 300 (301 Rn. 16)). Die bisherige Rechtsprechung, die auf Typisierungen und statistische Wahrscheinlichkeiten für die Beurteilung der Dienstunfähigkeit bzw. Dienstfähigkeit rekurriert hat, ist vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 25.7.2013 – 2 C 12/11 – explizit aufgegeben worden (siehe BVerwG, Urt. v. 25.7.2013 – 2 C 12/11 – NVwZ 2014, 300 (301 f.)).

Die Beurteilung der Eignung durch den Dienstherrn ist zudem jetzt in vollem Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen, der früher anerkannte Prognosespielraum des Dienstherrn besteht mit Blick auf die Frage der gesundheitlichen Eignung nunmehr nicht mehr (siehe BVerwG, Urt. v. 25.7.2013 – 2 C 12/11 – NVwZ 2014, 300 (301 f. Rn 24 ff.)).

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass ein Prognosezeitraum von fünf Jahren sich auch nachteilig für den Bewerber auswirken kann, da etwaig später eintretende Verbesserungen im Gesundheitszustand unberücksichtigt bleiben (so mit Recht der Hinweis von Wittkowski, NVwZ 2014, 376 (378) zum verkürzten Prognosezeitraum bei Probebeamten).



Professor Dr. Ralf Brinktrine