

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 4/2014 –

16.01.2014

Gesundheitliche Anforderungen bei der Ernennung von Schwerbehinderten ins Beamtenverhältnis

von Dr. Maximilian Baßlsperger

Von schwerbehinderten Menschen darf bei einer Ernennung in ein Beamtenverhältnis nach § 5 Bundeslaufbahnverordnung (BLV) und den entsprechenden landesrechtlichen Laufbahnbestimmungen nur das Mindestmaß an körperlicher Eignung verlangt werden. Es fragt sich hier, wie weit der Dienstherr bei seinen sonst zu stellenden Anforderungen an die gesundheitliche und körperliche Eignung schwerbehinderter Bewerber Abstriche machen muss.¹

I. Thesen des Autors

- 1. Es ist geboten, die Anforderungen daran herabzusetzen, wie wahrscheinlich es ist, dass schwerbehinderte Menschen innerhalb eines Prognosezeitraums dienstfähig bleiben, um das Sozialstaatsprinzip effektiv umzusetzen.**

- 2. Schwerbehinderte Bewerber haben bei im Wesentlichen gleichen Voraussetzungen Vorrang vor nicht behinderten Bewerbern.**
- 3. Schwerbehinderte Bewerber sind auch dann noch ausreichend geeignet, wenn sie nur bestimmte Dienstposten körperlich und gesundheitlich wahrnehmen können.**
- 4. Schwerbehinderte Menschen können auch dann im Beamtenverhältnis eingestellt werden, wenn als Folge ihrer Behinderung eine vorzeitige Dienstunfähigkeit möglich ist.**

II. Unterschiedliche Maßstäbe

Die Ausgangslage: Einerseits dürfen Schwerbehinderte nicht benachteiligt werden; andererseits muss im Interesse sparsamer öffentlicher Haushaltsführung vermieden werden, Beamte einzustellen, bei denen schon im Einstellungszeitpunkt zu erwarten ist, dass alsbald ein Versorgungsfall eintreten werde. Bei der Einstellung von Bewerbern braucht dieser Personenkreis besondere, vorgelagerte Fürsorge nach § 45 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG, Landesbeamte)

¹ Zum generellen Prognosemaßstab von Beamtenbewerbern, die zwar gesundheitlich eingeschränkt, aber nicht schwerbehindert oder gleichgestellt sind kürzlich BVerwG, Urteil vom 25.07.2013 – 2 C 12/11, IÖD 2014, 2 – 7 = ZTR 2013, 662 sowie 2 C 18/12, Städte- und Gemeinderat 2013, Nr. 10, 34.

und § 78 Bundesbeamtengesetz (BBG, Bundesbeamte). Deshalb gelten bei der Einstellung (= Begründung des Beamtenverhältnisses) nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG nur eingeschränkte Anforderungen an die gesundheitliche und körperliche Eignung.

Das Obergerverwaltungsgericht (OVG) Hamburg² hat dazu für das Beamtenrecht der Hansestadt entschieden:

*„Die körperliche Eignung für die Übernahme in das Beamtenverhältnis verlangt bei schwerbehinderten Bewerbern oder ihnen gleichgestellten Personen, dass für etwa **zehn Jahre** eine höhere Wahrscheinlichkeit als 50% dafür spricht, dass der Beamte dienstfähig bleibt und in diesem Zeitraum keine krankheitsbedingten Fehlzeiten von mehr als etwa zwei Monaten pro Jahr auftreten werden, wobei die Wahrscheinlichkeit einer einmaligen etwas längeren Ausfallzeit einer positiven Prognose nicht entgegensteht.“*

Das Verwaltungsgericht (VG) Mainz³ hat dagegen bestimmt:

*„Ein Schwerbehinderter im Sinne von § 68 SGB IX weist die für eine Übernahme in das Beamtenverhältnis erforderliche gesundheitliche Eignung dann auf, wenn innerhalb eines Zeitraums von **fünf Jahren** – gerechnet ab Antrag auf Verbeamtung bzw. Entscheidung des Dienstherrn auf Übernahme eines Bewerbers in das Beamtenverhältnis – mit einer vorzeitigen Dienstunfähigkeit voraussichtlich nicht zu rechnen ist.“*

Die unterschiedliche Ausgestaltung der beiden genannten Entscheidungen wird damit begründet, dass die einzelnen Gesetzgeber eigene Richtlinien zu den Einstellungs Voraussetzungen bei behinderten Menschen erlassen können, die dann für den jeweiligen

Anwendungsbereich des Bundes- oder Landesbeamtenrechts binden.

III. Die ärztliche Prognose

Für die erforderliche medizinische Prognose muss dabei grundsätzlich auf die Stellungnahme des Amtsarztes abgestellt werden, da bei diesem besonderer Sachverstand über die Dienstfähigkeit zu unterstellen ist. Die ärztliche Prognose muss sich bei nicht schwerbehinderten Bewerbern dabei grundsätzlich auf die körperliche und gesundheitliche Eignung für alle Ämter der Laufbahn beziehen, für die ins Beamtenverhältnis ernannt werden soll. Hierbei kann bei schwerbehinderten oder gleichgestellten Bewerbern die Eignung im Allgemeinen auch dann noch als ausreichend angesehen werden, wenn schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber nur für die Wahrnehmung bestimmter Dienstposten körperlich und gesundheitlich geeignet sind; eine Beschränkung der späteren freien Verwendbarkeit muss dabei in Kauf genommen werden. Eine andere Ansicht – wie sie in der Literatur⁴ vertreten wird – würde gegen das Sozialstaatsprinzip verstoßen. Sinn und Zweck der Ernennung von schwerbehinderten Menschen ins Berufsbeamtentum ist, sie in das Erwerbsleben zu integrieren. Zumindest wird man davon ausgehen müssen, dass geeignete Dienstposten lediglich innerhalb des zeitlich vorgegebenen Mindestmaßes der Beschäftigung vorhanden sein müssen.

² OVG Hamburg vom 26.09.08, RiA 2009, 87.

³ Verwaltungsgericht Mainz, Urteil vom 22.09.04 – 7 K 623/04br, NVwZ-RR 2005, 347 (Leitsatz).

⁴ Hüllmantl, Leistungslaufbahngesetz, Art. 21, Rn. 11.

IV. Die neue Rechtslage in Bayern

Bayern hat zu der Einstellung behinderter Menschen in das Beamtenverhältnis wesentliche Aussagen in Art. 21 Leistungslaufbahngesetz Bayern (LlbG) und in Ziffer 4 der neuen bayerischen Teilhaberichtlinien⁵ getroffen. Bayern übernimmt damit eine gewisse Vorreiterrolle.

Die zentrale Vorschrift ist Art. 21 Abs. 1 LlbG⁶ und enthält als Grundaussagen des bayerischen Rechts:

- Schwerbehinderte Bewerber haben bei der Einstellung Vorrang vor gesetzlich nicht bevorrechtigten Bewerbern mit im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.
- Bei der Einstellung von schwerbehinderten Menschen ist großzügig zu verfahren und auf die Art der Behinderung Rücksicht zu nehmen. Für die vorgesehene Tätigkeit darf nur das Mindestmaß körperlicher Eignung verlangt werden. Hierbei kann die körperliche Eignung im Allgemeinen auch dann noch als ausreichend angesehen werden, wenn schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber nur für die Wahrnehmung bestimmter Dienstposten körperlich geeignet sind; eine Beschränkung der späteren freien Verwendbarkeit muss dabei in Kauf genommen werden.

⁵ Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 19. November 2012 Az.: PE – P 1132 – 002 – 33 316/12.

⁶ Art. 21 Schwerbehinderte Menschen: (1) Von schwerbehinderten Menschen darf bei der Einstellung nur das Mindestmaß körperlicher Eignung für die vorgesehene Tätigkeit verlangt werden. Entsprechendes gilt bei der Übertragung von Dienstposten und bei Beförderungen, soweit es die Anforderungen des Dienstpostens zulassen. Schwerbehinderte Menschen haben bei der Einstellung Vorrang vor gesetzlich nicht bevorrechtigten Personen bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Dies gilt auch bei internen Stellenbesetzungen.

- Schwerbehinderte Menschen können auch dann im Beamtenverhältnis eingestellt werden, wenn als Folge ihrer Behinderung eine vorzeitige Dienstunfähigkeit möglich ist. Schwerbehinderte Menschen sollen aber nach ärztlichem Zeugnis des Gesundheitsamtes bei der erstmaligen Untersuchung zur Einstellung in das Beamtenverhältnis voraussichtlich mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit noch wenigstens fünf Jahre dienstfähig sein.
- Kommt im Einzelfall eine Einstellung im Beamtenverhältnis wegen fehlender beamtenrechtlicher Einstellungs Voraussetzungen nicht in Betracht, so hat die Dienststelle zu prüfen, ob in Ausnahmefällen auch eine Einstellung als schwerbehinderter Arbeitnehmer in Frage kommt, wobei die beamtenrechtlichen Einstellungs Voraussetzungen nicht erfüllt werden müssen.

V. Vorrang bei der Ernennung von schwerbehinderten Menschen

Der Vorrang von schwerbehinderten Menschen bei der Ernennung ins Beamtenverhältnis kommt nicht in allen Laufbahnordnungen von Bund und Ländern vor. § 5 BLV kennt diese Bevorzugung für das Bundesbeamtenrecht z. B. nicht. Bayern ist hier Vorreiter, denn schwerbehinderte Menschen haben in diesem Bundesland kraft Gesetzes bei der Einstellung Vorrang vor gesetzlich nicht bevorrechtigten Personen bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung.

Es gilt hier allerdings, den unbestimmten Rechtsbegriff „im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“ praxisingerecht auszulegen. Hier wird vorgeschlagen, bei einstellungsrelevanten Prüfungen eine unwesentliche und damit eine die Bevorzugung rechtfertigende Abweichung anzunehmen, wenn sie lediglich bis zu fünf

Prozent beträgt. Dies ließe sich durch einen Vergleich der Platzziffern⁷ des schwerbehinderten oder gleichgestellten Bewerbers mit den nicht behinderten Bewerbern ermitteln.⁸ Nach anderer Ansicht ist dagegen eine solche „Minderleistung“ nicht mehr mit dem Leistungsprinzip vereinbar.⁹

Man wird diesen Grundgedanken aber sehr wohl auch auf den Bund und die Bundesländer ohne konkrete Regelung wie in Art. 21 Abs. 1 LbG als „ungeschriebenes Recht“ übertragen können. Dies hat folgenden Grund: Bei der Bevorzugung schwerbehinderter Menschen im Rahmen eines Einstellungsverfahrens stehen sich das verfassungsrechtlich verankerte Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz (GG) und das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG gegenüber. Sozialstaatsprinzip meint das grundlegende Staatsprinzip, das den Staat zur sozialen Gerechtigkeit in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung verpflichtet. Ziel ist der Abbau erheblicher sozialer Unterschiede und die Sicherung eines angemessenen Lebensstandards für alle Teile der Bevölkerung. Ausgefüllt wird das Sozialstaatsprinzip durch die Fürsorge bei Hilfsbedürftigkeit, die Herstellung von Chancengleichheit und einer gerechten, für Ausgleich der sozialen Gegensätze sorgenden Sozialordnung.¹⁰

Das Sozialstaatsprinzip enthält kein einklagbares Recht. Es kann jedoch andere Grundrechte begrenzen und die Auslegung von Gesetzen beeinflussen. Das Leistungsprinzip ist über das Sozialstaatsprinzip entsprechend anzupassen. In diesem Sinne bestimmt § 128 Abs. 1 SGB IX, dass die besonderen Vorschriften und Grundsätze für

die Besetzung der Beamtenstellen auch für schwerbehinderte Beamte und Beamtinnen 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.¹¹

Zu beachten sind auch die Vorgaben der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinie¹², die auch für Beamte gelten¹³ und im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt worden sind; danach (vgl. Art. 4 RL 2000/78/EG und § 8 AGG) setzen Benachteiligungen wegen möglicherweise fehlender Eignung voraus, dass wesentliche berufliche Anforderungen nicht erfüllt werden. Diese müssten vom Dienstherrn klar formuliert und den Amtsärzten vorgegeben werden. Auch sind positive Maßnahmen gestattet (vgl. Art. 7 RL 2000/78/EG und § 5 AGG), vor allem aber werden angemessene Vorkehrungen auch zugunsten von behinderten Beamten verlangt (Art. 5 RL 2000/78/EG).¹⁴ Vorrang hat die Anpassung des Arbeitsplatzes. Solange die Tätigkeit z. B. mit bestimmten Hilfsmitteln bewältigt werden kann, liegt ebenfalls eine hinreichende Eignung vor. Es wäre deshalb mindestens wünschenswert, wenn die anderen Gesetzgeber dem Vorbild des Freistaates Bayern folgen und entsprechende – ausdrückliche – Regelungen in ihre Laufbahnvorschriften aufnehmen würden.

⁷ Gemeint ist die sich aus der Erfüllung der verschiedenen Anforderungen der zu besetzenden Stelle ergebene Ziffer, aus der sich die Platzierung der Bewerber ergibt.

⁸ Kathke, RiA 2013, S. 97 ff (100) m. w. N.

⁹ Ängl in Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Bayern, Art. 21 LbG, Rn. 11.

¹⁰ BVerfG vom 18.07.1967, u.a. 2 BvF 3/62, BVerfGE 22, 180, 204.

¹¹ Grundlegend BVerfG, B. v. 10.12.2008, Az. 2 BvR 2571/07, dazu Welti, Beitrag B 17/2009 unter www.reha-recht.de.

¹² RL 2000/78/EG, verstärkt durch die UN-BRK, der die EU rechtsverbindlich beigetreten ist.

¹³ Jüngst EuGH 06.11.2012, C-286/12.

¹⁴ Zur Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen EuGH, 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11; gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber/Dienstherrn können sich Bewerber auch direkt auf Art. 5 RL 2000/78/EG berufen, BAG, 03.04.2007, 9 AZR 823/06, dazu Gagel, Beitrag B 9/2009 unter www.reha-recht.de.

VI. Grundsätze für die Einstellung behinderter Menschen in das Beamtenverhältnis

Wenn auch die laufbahnrechtlichen Vorgaben in Bund und Ländern Unterschiede aufweisen können, so gibt es dennoch einheitliche Grundsätze, die für alle Bewerber gelten.

- Die geringeren Anforderungen gelten für alle schwerbehinderten Bewerber, aber auch für solche, die nach § 2 Abs. 3 SGB IX erfolgreich einen Gleichstellungsantrag gestellt haben. Sie gelten dagegen nicht für Personen, bei denen erst ein entsprechendes Antragsverfahren auf Feststellung der Schwerbehinderung oder der Gleichstellung läuft.¹⁵ Zur Einstellung behinderter – aber nicht schwerbehinderter – Menschen in das Beamtenverhältnis hat das OVG Lüneburg¹⁶ entschieden, dass der Begriff der gesundheitlichen Eignung dahin zu modifizieren ist, dass der Bewerber für die Übernahme in das Probebeamtenverhältnis als gesundheitlich geeignet anzusehen ist, wenn sich nach der prognostischen Einschätzung des Dienstherrn künftige Erkrankungen des Bewerbers und dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem überwiegenden Grad an Wahrscheinlichkeit, also mit mehr als 50 von Hundert, ausschließen lassen.
- Von schwerbehinderten Bewerbern darf stets nur das **Mindestmaß körperlicher Eignung**¹⁷ für die vorgesehene Verwendung verlangt werden. Grundsätzlich wird die körperliche Eignung auch als ausreichend angesehen werden können, wenn der schwerbehinderte Mensch **nur auf bestimmten Dienst-**

posten seiner Laufbahn verwendet und nach personal- oder amtsärztlichem Gutachten von einer Dienstfähigkeit während eines Mindestzeitraums ausgegangen werden kann, ohne dass diese Spanne starr gehandhabt wird.¹⁸

- Man wird allerdings für **bestimmte Ämter** und Tätigkeitsbereiche berücksichtigen müssen, dass hier auch **erhöhte Anforderungen** an die körperliche und gesundheitliche Eignung zu stellen sind. Hiervon ist etwa bei der Polizei- oder Feuerwehrdiensttauglichkeit auszugehen. Auch für Ämter, die eine Außendiensttätigkeit mit sich bringen, wird man eine „Außendiensttauglichkeit“ verlangen müssen.
- Der oben angeführte Mindestzeitraum der Verwendbarkeit (fünf oder zehn Jahre) kann zwar bei Bund und Ländern schon aufgrund ihrer Gesetzgebungshoheit unterschiedlich gestaltet sein, man wird aber zumindest davon ausgehen müssen, dass hinsichtlich des **Beginns** dieses Mindestzeitraums gleiche Maßstäbe anzulegen sind. Der Mindestzeitraum beginnt deshalb mit der ersten Ernennung in ein Beamtenverhältnis – unabhängig davon, ob ein Beamtenverhältnis auf Widerruf im Vorbereitungsdienst oder aber ein Beamtenverhältnis auf Probe begründet wird.¹⁹
- Die **Vorrangstellung** von schwerbehinderten Menschen bei der Ernennung ins Beamtenverhältnis kommt nicht in allen Laufbahnordnungen von Bund und Ländern vor. § 5 BLV kennt diese Bevorzugung z. B. nicht. In Bayern allerdings haben schwerbehinderte Menschen bei der Einstellung Vorrang vor gesetzlich nicht bevorrechtigten Personen bei im Wesentlichen gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Dies muss nach dem Sozialstaatsprinzip als „unge-

¹⁵ Kathke, RiA 2013, S. 97 ff (98).

¹⁶ OVG Lüneburg, Urteil vom 25.01.2011, Az.: 5 LC 190/09; ZBR 2011, 263.

¹⁷ Vgl. z. B.: § 13 Abs. 1 Satz HmbLVO.

¹⁸ Zur anderen Ansicht siehe Kathke a. a. O.

¹⁹ Kathke, a. a. O.

schriebenes Recht“ sowie nach den verbindlichen Vorgaben der Gleichbehandlungsrichtlinie²⁰ auch für Beamte in anderen Bundesländern und für Bundesbeamte gelten.

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

²⁰ Dazu oben am Ende von V.