Anna Donner

Die gesundheitliche Eignung als Zugangsvoraussetzung zum Beamtenverhältnis

Ein Auswahlkriterium fernab des Leistungsgrundsatzes gemäß Art. 33 Abs. 2 GG im Spannungsgefüge zwischen fehlenden Rechtsgrundlagen und Diskriminierung aufgrund der Behinderung

Tectum

https://doi.org/10.5771/9783828870626 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Anna Donner

Die gesundheitliche Eignung als Zugangsvoraussetzung zum Beamtenverhältnis

https://doi.org/10.5771/9783828870626 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870626 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Anna Donner

Die gesundheitliche Eignung als Zugangsvoraussetzung zum Beamtenverhältnis

Ein Auswahlkriterium fernab des Leistungsgrundsatzes gemäß Art. 33 Abs. 2 GG im Spannungsgefüge zwischen fehlenden Rechtsgrundlagen und Diskriminierung aufgrund der Behinderung

Tectum Verlag

https://doi.org/10.5771/9783828870626 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Anna Donner

Die gesundheitliche Eignung als Zugangsvoraussetzung zum Beamtenverhältnis. Ein Auswahlkriterium fernab des Leistungsgrundsatzes gemäß Art. 33 Abs. 2 GG im Spannungsgefüge zwischen fehlenden Rechtsgrundlagen und Diskriminierung aufgrund der Behinderung

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018

Dissertation des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Trier
Tag der Disputation: 14.12.2017
Erstberichterstatter: Prof. Dr. Timo Hebeler
Zweitberichterstatterin: Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter

E-Book: 978-3-8288-7082-6

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4183-3 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

https://doi.org/10.5771/9783828870626 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Literatur, Gesetzgebung und Rechtsprechung sind bis September 2017 berücksichtigt.

Die Dissertation ist während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) in Trier entstanden. Die Betreuung der Arbeit unterlag Herrn Prof. Dr. Timo Hebeler, dem ich sehr dafür danke, dass er mir die Gelegenheit gab zu promovieren, für die stete Unterstützung bei der Anfertigung und Korrektur der Dissertationsschrift und die bereichernden, offenen Gespräche, die immerzu auch spontan möglich waren. Weiteren Dank schulde ich Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter nicht nur für die hilfreichen Vorschläge zur Verbesserung meines Manuskripts und die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens, sondern insbesondere für die unvergessliche Zeit am IAAEU, in der stets die nötige Zeit verblieb, um mich der Anfertigung meiner Dissertationsschrift zu widmen.

Danken möchte ich darüber hinaus dem Bundesministerium des Innern für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses und hier ganz besonders Frau Kerstin Polte für die geduldige und freundliche Beantwortung aller meiner Fragen.

Ebenfalls möchte ich gerne meinen Kolleginnen und Kollegen am IAAEU danken für die wunderbare Zeit, das einzigartige Betriebsklima, die entstandenen Freundschaften und vertrauten Gespräche sowie für ihre Hilfe in jeglicher Hinsicht. Besonders herzlich möchte ich Marco de Pinto danken, der mir nicht nur ein toller Kollege und Ansprechpartner war, sondern dem ich mich in tiefer Freundschaft verbunden fühle. Meinem Kollegen Thomas Klein danke ich für seine beständige Gesprächs- und Diskussionsbereitschaft, die mir beim Fortkommen der Dissertation stets eine große Hilfe bedeuteten. Meinen

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Kolleginnen aus der Bibliothek danke ich für ihre Hilfsbereitschaft in jeglichen Fragen zur Literaturbeschaffung.

Großer Dank gebührt zudem meinen Freundinnen und Freunden außerhalb des Instituts, die mir die Zeit der Promotion so lebenswert gemacht haben. Allen voran seien zu nennen Sarah de Pinto, Peter Esch, Yves Gerolstein, Vera Hennecke, Benjamin Judith, Nils Kritzler, Caroline Mentel, Elena Rudolf sowie Alexis Seibert und Johanna Seibert-López.

Darüber hinaus danke ich meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, die mich stets in allen meinen Plänen unterstützten, mir in meinem Leben alles ermöglichten und die immer an mich geglaubt haben. Mein tiefster Dank gilt Félix Ramón Ceiba Bolívar für seine Liebe und Partnerschaft, seine Zuversicht, Beständigkeit und Geduld. Er hat mir nicht nur für die Anfertigung dieser Arbeit den notwendigen Rückhalt gegeben, sondern bedeutet für mich in vielerlei Hinsicht eine große Inspiration, weshalb ihm diese Arbeit gewidmet ist.

Trier, im Dezember 2017 Anna Donner

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Abkürzungsverzeichnis

a.A. / A.A.	Andere(r) Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union bzw. der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
Akt.	Aktualisierung
Alt.	Alternative
AltGG	Altersgeldgesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
APOmFwD	Rheinland-Pfälzische Landesverordnung über die Ausbildung und Prüfung für den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst
ArbG	Arbeitsgericht
ArbMedVV	Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
Art.	Artikel
ASR	Anwalt / Anwältin im Sozialrecht
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayBG	Bayrisches Beamtengesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
BeamtVG	Beamtenversorgungsgesetz
BeamtVGÄndG	Gesetz zur Änderung des Beamtenversorgungsgesetzes und sonstiger dienst- und versorgungsrechtlicher Vorschriften
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BE LBG	Landesbeamtengesetz für Berlin
ber.	berichtigt
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BLV	Bundeslaufbahnverordnung
BMI	Body Mass Index
BMI	Bundesministerium des Innern
BPolBG	Bundespolizeibeamtengesetz
BPolLV	Bundespolizei-Laufbahnverordnung
BR-Drcks.	Bundesrats-Drucksache
BremBG	Bremisches Beamtengesetz
BremBeamtVG	Bremisches Beamtenversorgungsgesetz
BRRG	Bundesrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

BSGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BT-Drcks.	Bundestags-Drucksache
BTHG	Bundesteilhabegesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW LBG	Baden-württembergisches Landesbeamtengesetz
bzw.	beziehungsweise
cm	Zentimeter
CRPD	Committee on the Rights of Persons with Disabilities
DB	Der Betrieb
DNeuG	Dienstrechtsneuordnungsgesetz
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRdA	Das Recht der Arbeit
DRG	Dienstrechtsreformgesetz
dt.	deutsch
durch G. v.	durch Gesetz vom
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
eingef.	eingeführt
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl.	englisch

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

EntgFG	Entgeltfortzahlungsgesetz
Entsch.	Entscheidung
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ESC	Europäische Socialcharta
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
ex-art.	vormaliger Artikel
f. / ff.	folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FMBl.	Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat
FS	Festschrift
FwVO	Feuerwehrverordnung Rheinland-Pfalz
GBl.	Gesetzblatt
GdB	Grad der Behinderung
GdS	Grad der Schädigungsfolgen
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GG	Grundgesetz
GMBl	Gemeinsames Ministerialblatt
GntZollDVDV	Verordnung über den Vorbereitungsdienst für den gehobenen nichttechnischen Zolldienst des Bundes
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

GV. NRW.	Nordrhein-westfälisches Gesetz- und Verordnungsblatt
HBG	Hessisches Beamtengesetz
HmbBG	Hamburgisches Beamtengesetz
HBeamtVG	Hamburgisches Beamtenversorgungsgesetz
HessStGH	Staatsgerichtshof des Landes Hessen
HIV	Human Immunodeficiency Virus
HK-BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar
HmbBeamtVG	Hamburgisches Beamtenversorgungsgesetz
Hrsg. / hrsg.	Herausgeber / herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	Im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ICD	International Classification of Diseases
ICF	International Classification of Functioning, Disability and Health
ILO	International Labour Organization
in st. Rspr.	in ständiger Rechtsprechung
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
i.R.d.	im Rahmen des / der
JA	Juristische Arbeitsblätter
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
jurisPR-BVerwG	juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
Kammerbeschl.	Kammerbeschluss

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAP-mftDBwV	Verordnung über die Laufbahn, Ausbildung und Prüfung für den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst in der Bundeswehr
LBeamtVGBW	Landesbeamtenversorgungsgesetz Baden-Württemberg
LBG	Landesbeamtengesetz (für Rheinland-Pfalz)
LBG BB	Landesbeamtengesetz Brandenburg
LBG LSA	Landesbeamtengesetz Sachsen-Anhalt
LBG M-V	Landesbeamtengesetz Mecklenburg-Vorpommern
LBG NRW	Nordrhein-westfälisches Landesbeamtengesetz
LBG Schl.-H.	Landesbeamtengesetz Schleswig-Holstein
LbVO	Laufbahnverordnung Rheinland-Pfalz
LbVOPol	Laufbahnverordnung für den Polizeidienst
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LSG	Landessozialgericht
LT-Druck. NS	Drucksache des Landtages Niedersachsen
LT-Drucks. NRW	Drucksache des Landtages Nordrhein-Westfalen
LV	Landesverfassung
LVR	Landschaftsverband Rheinland
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung von
Mithrsg.	Mitherausgeber
MüKo	Münchener Kommentar
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NBeamtVG	Niedersächsisches Beamtenversorgungsgesetz
NBG	Niedersächsisches Beamtengesetz
Nds.	Niedersächsisch
Nds. GVBl.	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Nds. MBl.	Niedersächsisches Ministerialblatt
n.F.	neue Fassung

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NK-GA	NomosKommentar Gesamtes Arbeitsrecht
No.	Nummer
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PDV	Polizeidienstvorschrift
PersR	Der Personalrat
PersV	Die Personalvertretung
RBG	Reichsbeamtengesetz
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RehaAnglG	Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation
RESC	Europäische Sozialcharta, revidierte Fassung
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RVaktuell	Rentenversicherung aktuell
S.	Satz
SächsBeamtVG	Sächsisches Beamtenversorgungsgesetz
Sächs BG	Sächsisches Beamtengesetz
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SBG	Saarländisches Beamtengesetz

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

SchwbG	Schwerbehindertengesetz
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB IX	Neuntes Sozialgesetzbuch
SGB V	Fünftes Sozialgesetzbuch
SGB VI	Sechstes Sozialgesetzbuch
SGB XII	Zwölftes Sozialgesetzbuch
Slg	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stattg. Kammerbeschl.	Stattgebender Kammerbeschluss
ThürBG	Thüringer Beamtengesetz
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
u.a.	und andere; unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
überarb.	überarbeitet(e)
UN	United Nations
UN-BRK	Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen
Urt. v.	Urteil vom
v.	versus
Var.	Variante
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
VBlBW.	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHO	World Health Organization
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Inhaltsübersicht

Teil 1: Einleitung 1

A. Einführung 1
B. Ziel der Untersuchung 9
C. Gang der Untersuchung 9
D. Eingrenzungen des Themas 13

Teil 2: Hintergrund der gesundheitlichen Eignung 19

A. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG 19
B. Öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis 21
C. Der Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG 25
I. Leistungsprinzip 25
II. Lebenszeit- und Alimentationsprinzip 27
D. Finanzierung des Beamtentums 29
I. Grundzüge der Beamtenbesoldung und –versorgung 30
II. Demographisches Gefälle 40
E. Fazit 40

Teil 3: Die gesundheitliche Eignung im Normenkontext 43

A. Die gesundheitliche Eignung als eigener hergebrachter Grundsatz 43
I. Inhalt des Art. 33 Abs. 5 GG 43
II. Bedeutsamkeit der Frage 45
III. Gesundheit als Strukturprinzip 46
IV. Gesundheitliche Eignung als Folge der Entwicklungsoffenheit 48

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

B. Die gesundheitliche Eignung als Konkretisierung des Leistungsprinzips 51
I. Der Leistungsgrundsatz 52
II. Die Entsprechung des Art. 33 Abs. 2 GG im einfachen Bundesrecht und im Landesrecht 68
III. Die gesundheitliche Eignung als Unterfall der Eignung i.e.S. 76
IV. Fazit 101

Teil 4: Die gesundheitliche Eignung in der Verwaltungspraxis 105

A. Die gesundheitliche Eignung aus Sicht der Rechtsprechung und Literatur ... 105
I. Vormalige Rechtslage 106
II. Aktuelle Rechtslage 117
III. Fazit 126

B. Der Bezugspunkt der Gesundheitsprognose 127
I. Zeitlich 128
II. Tätigkeitsbezogen 129
III. Abweichung bei Schwerbehinderung 136
IV. Präzisierung 138

C. Die gesundheitliche Eignung im Prozess des Auswahlverfahrens 142
I. Dem Auswahlverfahren vorgelagerte organisatorische Maßnahmen 144
II. Prozessuale Anforderungen an die Auswahlentscheidung des Dienstherrn 152
III. Konsequenz: „Mindesteignung" 156
IV. Feststellung der gesundheitlichen Eignung durch den Amtsarzt 158

D. Die gesundheitliche Eignung im Rahmen der Ernennung des Beamten 184
I. Generelle Ernennungsvoraussetzungen 184
II. Fehlerhafte Ernennung bei gesundheitlicher Nichteignung 185

E. Würdigung der Ergebnisse von Teil 4 191
I. Änderung der Rechtsprechung 191
II. Auswahlverfahren 196
III. Ärztliche Untersuchung 197

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 5: Der Behinderungsbegriff und seine Konsequenzen für die gesundheitliche Eignung 201

A. Begriffliche Grundlegung 201
I. Behinderung im nationalen Sozialversicherungsrecht 201
II. Behinderung in § 9 BBG 216

B. Der Behinderungsbegriff im internationalen Antidiskriminierungsrecht und seine Anwendung auf die gesundheitliche Eignung 217
I. Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Beamtenrecht 218
II. Der Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Beamtenrecht 222
III. Verstoß gegen unions- und völkerrechtliche Vorschriften 228

C. Würdigung der behinderungsspezifischen Betrachtung 341

Teil 6: Verfassungsrechtliche Würdigung der Rechtsprechung und der defizitären gesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung 347

A. Grundrechtsfähigkeit des Beamten 347

B. Eingriff in verschiedene Grundrechte durch die Judikative 351
I. Art. 33 Abs. 5 GG 352
II. Art. 33 Abs. 2 GG 354
III. Art. 3 GG 359
IV. Art. 12 Abs. 1 GG 369
V. Art. 2 Abs. 1 GG 373
VI. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG 375
VII. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG 377

C. Zwischenergebnis 386

D. Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe 386
I. Einschränkung durch Gesetzesvorbehalt 388
II. Einschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht 392
III. Einschränkung des Gleichheitsgebots 407
IV. Verhältnismäßigkeit 408
V. Ergebnis 410

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

E. Unzulängliche gesetzliche Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung … 410
I. Regelungsbedürfnis aufgrund Art. 33 Abs. 5 GG … 411
II. Regelungsbedürfnis aufgrund des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes … 421
III. Denkbare Regelungsansätze … 435
F. Zusammenfassung … 443

Teil 7: Rechtsschutz- und Haftungsfragen … 447
A. Konkurrentenstreitverfahren … 447
I. Der Bewerbungsverfahrensanspruch … 448
II. Klage vor Ernennung des Konkurrenten … 450
B. Schadenersatz … 462
I. § 15 AGG … 463
II. Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB … 473
III. Beamtenrechtliches Bewerbungsverhältnis, Art. 33 Abs. 2 GG … 478
IV. Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch … 480
C. Sonstige Rechtsschutzmöglichkeiten … 488
I. Verfassungsbeschwerde … 489
II. Beschwerde bei der Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens … 489
III. Anrufung des Beschwerdeausschusses nach dem Fakultativprotokoll der UN-BRK … 491
D. Ergebnis … 493

Teil 8: Kernthesen und Schlussbetrachtung … 495

Literaturverzeichnis … 505

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einleitung 1

A. Einführung 1
B. Ziel der Untersuchung 9
C. Gang der Untersuchung 9
D. Eingrenzungen des Themas 13

Teil 2: Hintergrund der gesundheitlichen Eignung 19

A. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG 19
B. Öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis 21
C. Der Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG 25
I. Leistungsprinzip 25
II. Lebenszeit- und Alimentationsprinzip 27
D. Finanzierung des Beamtentums 29
I. Grundzüge der Beamtenbesoldung und –versorgung 30
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen 30
2. Ruhegehalt 33
3. Nachversicherung und Altersgeld 35
4. Dienstunfähigkeit 37
II. Demographisches Gefälle 40
E. Fazit 40

Teil 3: Die gesundheitliche Eignung im Normenkontext 43

A. Die gesundheitliche Eignung als eigener hergebrachter Grundsatz 43
I. Inhalt des Art. 33 Abs. 5 GG 43

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

II. Bedeutsamkeit der Frage 45
III. Gesundheit als Strukturprinzip 46
IV. Gesundheitliche Eignung als Folge der Entwicklungsoffenheit 48

B. Die gesundheitliche Eignung als Konkretisierung des Leistungsprinzips 51

I. Der Leistungsgrundsatz 52
1. Inhalt des Art. 33 Abs. 2 GG 52
a. Rechtsnatur 52
b. Die Kriterientrias 53
(1) Befähigung und fachliche Leistung 54
(2) Eignung im engeren Sinne 55
(3) Hilfskriterien 56
c. Zugang zum öffentlichen Amt 59
d. Verpflichtungsadressat 64
2. Begriffsabgrenzung 65
II. Die Entsprechung des Art. 33 Abs. 2 GG im einfachen Bundesrecht und im Landesrecht 68
1. Bundesrecht 68
a. § 9 S. 1 BBG 68
b. § 9 BeamtStG 70
c. Völkerrechtliche Verträge 71
d. BLV 73
2. Landesrecht 73
a. Landesverfassungsrecht 73
b. Landesbeamtengesetz 74
3. Fazit 75
III. Die gesundheitliche Eignung als Unterfall der Eignung i.e.S. 76
1. Die einfach- und untergesetzliche Kodifikation der gesundheitlichen Eignung 76
a. Bundesrecht 78
b. Landesrecht 79
c. Verordnungen und Verwaltungsvorschriften 80
(1) Laufbahnverordnungen von Bund und Ländern 80
(2) Verwaltungsvorschriften 83
d. Zusammenfassung 85
2. Auslegung des Eignungsbegriffs in Art. 33 Abs. 2 GG 85
a. Grammatische Auslegung 87
b. Systematische Auslegung 89

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

c. Historische Auslegung 91
d. Teleologische Auslegung 96
e. Auswertung 99
IV. Fazit 101

Teil 4: Die gesundheitliche Eignung in der Verwaltungspraxis 105

A. Die gesundheitliche Eignung aus Sicht der Rechtsprechung und Literatur ... 105
I. Vormalige Rechtslage 106
1. Allgemeiner Prognosemaßstab 106
a. HIV und Aids 112
b. BMI und Adipositas 113
2. Abgesenkter Prognosemaßstab 115
3. Gerichtliche Kontrolle 116
II. Aktuelle Rechtslage 117
1. Allgemeiner Prognosemaßstab 118
a. HIV und Aids 119
b. BMI und Adipositas 120
2. Abgesenkter Prognosemaßstab 122
3. Beurteilungsspielraum 123
4. Fortführung der Rechtsprechung 124
III. Fazit 126

B. Der Bezugspunkt der Gesundheitsprognose 127
I. Zeitlich 128
II. Tätigkeitsbezogen 129
1. Amt 130
a. Begriff 130
(1) Amt im statusrechtlichen Sinn 130
(2) Amt im funktionellen Sinn 131
(a) Amt im abstrakt-funktionellen Sinn 132
(b) Amt im konkret-funktionellen Sinn 132
b. Amt als Bezugspunkt 133
2. Laufbahn 134
III. Abweichung bei Schwerbehinderung 136
IV. Präzisierung 138

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

C. Die gesundheitliche Eignung im Prozess des Auswahlverfahrens 142
I. Dem Auswahlverfahren vorgelagerte organisatorische Maßnahmen 144
1. Planstellenzuweisung 145
2. Anforderungsprofil 145
3. Stellenbekanntmachung 149
4. Abbruch des Auswahlverfahrens 151
II. Prozessuale Anforderungen an die Auswahlentscheidung des Dienstherrn 152
III. Konsequenz: „Mindesteignung“ 156
IV. Feststellung der gesundheitlichen Eignung durch den Amtsarzt 158
1. Rechtsgrundlage 160
2. Abgrenzung 161
a. Arbeitsrechtliche Eignungs-, Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen 161
b. Untersuchung über die Dienstunfähigkeit 164
(1) Voraussetzung: Zweifel über die Dienst(un)fähigkeit 165
(2) Rechtmäßigkeitsanforderungen an die Untersuchungsanordnung 167
(a) Formell 168
(b) Materiell 169
3. Die Rolle des Gutachters bei der Feststellung der gesundheitlichen Eignung 171
a. Der Gutachter als Berater und Sachverständiger 171
b. Kodex und Schweigepflicht 173
c. Externe Fachgutachter 174
4. Anforderungen an die Untersuchung 174
a. Untersuchungsauftrag an den Gutachter 174
b. Aufklärung 176
c. Einwilligung 177
d. Durchführung der Untersuchung 177
5. Anforderungen an das Gutachten 180
a. Formell 180
b. Materiell 181

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

D. Die gesundheitliche Eignung im Rahmen der Ernennung des Beamten 184
I. Generelle Ernennungsvoraussetzungen 184
II. Fehlerhafte Ernennung bei gesundheitlicher Nichteignung 185
1. Nichtigkeit und Nichternennung 186
2. Rücknahme 187
3. Entlassung wegen Nichtbewährung 189
E. Würdigung der Ergebnisse von Teil 4 191
I. Änderung der Rechtsprechung 191
II. Auswahlverfahren 196
III. Ärztliche Untersuchung 197

Teil 5: Der Behinderungsbegriff und seine Konsequenzen für die gesundheitliche Eignung 201

A. Begriffliche Grundlegung 201
I. Behinderung im nationalen Sozialversicherungsrecht 201
1. Der Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX 206
2. Drohende Behinderung, § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX 210
3. Schwerbehinderung, § 2 Abs. 2 SGB IX 211
4. Die der Schwerbehinderung gleichgestellte Behinderung, § 2 Abs. 3 SGB IX 212
5. Änderungen des SGB IX durch das BTHG 214
II. Behinderung in § 9 BBG 216
B. Der Behinderungsbegriff im internationalen Antidiskriminierungsrecht und seine Anwendung auf die gesundheitliche Eignung 217
I. Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Beamtenrecht 218
II. Der Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Beamtenrecht 222
III. Verstoß gegen unions- und völkerrechtliche Vorschriften 228
1. Verstoß gegen die UN-BRK 229
a. Behinderungsbegriff der UN-BRK 229
b. Missachtung des völkerrechtlichen Verständnisses der Behinderung 233
c. Diskriminierung durch Missachtung angemessener Vorkehrungen 235
d. Zwischenergebnis 241

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

e. Gegenüberstellung der Behinderungsbegriffe in Art. 1 Abs. 2 UN-BRK und § 2 SGB IX und ihrer Auswirkungen 242
2. Unvereinbarkeit mit RL 2000/78/EG 245
a. Die Entwicklung des Behinderungsbegriffs in der Rechtsprechung des EuGH 247
(1) Rs. Chacón Navas, C-13/05 249
(2) Rs. Coleman, C-303/06 251
(3) Verb. Rs. Ring und Skouboe Werge, C-335/11 und C-337/11 253
(4) Rs. Kaltoft, C-354/13 255
(5) Rs. Daoudi, C-395/15 257
(6) Zwischenfazit 259
b. Diskriminierung durch Nichtverbeamtung wegen gesundheitlicher Nichteignung 260
(1) Unmittelbare Diskriminierung 262
(a) Möglichkeiten einer Rechtfertigung 269
(b) Etwaige Rechtfertigung nach Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG 270
(c) Etwaige Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG 271
(2) Verdeckte unmittelbare Diskriminierung 282
(3) Mittelbare Diskriminierung 286
(a) Möglichkeit der Widerlegung 290
(b) Widerlegungsansatz des BVerwG 292
(c) Benachteiligung durch Nichtgewährung angemessener Vorkehrungen? 297
(1) Diskriminierung durch Unterlassen 301
(2) Geeignete und erforderliche Maßnahme 305
(3) Unverhältnismäßige Belastung 308
(4) Mangelhafte und unionsrechtswidrige Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG 310
d. Resümee 313
3. Nichtvereinbarkeit mit § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG 315
a. Behinderungsbegriff 316
b. Anwendungsbereich 318
c. Diskriminierung aufgrund der Behinderung und Rechtfertigung 321

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

d. Ergebnis 322
4. Nichtvereinbarkeit mit weiteren völkerrechtlichen Schutzrechten und europäischen Grundrechten 322
a. Europäische Menschenrechtskonvention 324
b. Sonstige kollidierende völkerrechtliche Vereinbarungen ... 329
c. Charta der Grundrechte der Europäischen Union 333
C. Würdigung der behinderungsspezifischen Betrachtung 341

Teil 6: Verfassungsrechtliche Würdigung der Rechtsprechung und der defizitären gesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung 347

A. Grundrechtsfähigkeit des Beamten 347
B. Eingriff in verschiedene Grundrechte durch die Judikative 351
I. Art. 33 Abs. 5 GG 352
II. Art. 33 Abs. 2 GG 354
III. Art. 3 GG 359
1. Art. 3 Abs. 1 GG 360
2. Art. 3 Abs. 2 GG 362
3. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG 363
IV. Art. 12 Abs. 1 GG 369
V. Art. 2 Abs. 1 GG 373
VI. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG 375
VII. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG 377
1. Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV 377
a. CILFIT-Urteil des EuGH 378
b. Willkürmaßstab des BVerfG 379
c. Zwischenergebnis 380
2. Konkrete Missachtung des Art. 267 Abs. 3 GG und Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das BVerwG 381
a. Konkrete Vorlageverpflichtung 381
b. Einschlägige Vorlagefrage im konkreten Fall 382
c. Ergebnis: Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG 385
C. Zwischenergebnis 386

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

D. Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe 386
I. Einschränkung durch Gesetzesvorbehalt 388
II. Einschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht 392
1. Hergebrachte Grundsätze gem. Art. 33 Abs. 5 GG 392
2. Funktionsfähigkeit der Verwaltung 397
3. Ziel der sparsamen Haushaltsführung und Verbot der Neuverschuldung 398
4. Sozialstaatsprinzip 405
III. Einschränkung des Gleichheitsgebots 407
IV. Verhältnismäßigkeit 408
V. Ergebnis 410
E. Unzulängliche gesetzliche Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung ... 410
I. Regelungsbedürfnis aufgrund Art. 33 Abs. 5 GG 411
1. Regelungsbedürfnis aufgrund des Leistungsprinzips 412
2. Beamtenrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip als hergebrachter Grundsatz? 413
3. Der Regelungsauftrag als beamtenrechtlicher Vorbehalt des Gesetzes 416
a. Bezugspunkt des Regelungsauftrags 416
b. Inhalt und Reichweite des Regelungsauftrags 418
4. Ergebnis 420
II. Regelungsbedürfnis aufgrund des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes 421
1. Die Vielfältigkeit des Begriffs des Vorbehalts des Gesetzes 422
2. Herleitung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes 423
a. Herleitung aus Art. 20 Abs. 3 GG 423
b. Wesentlichkeitslehre 424
c. Grundrechtlicher Ansatz 425
d. Rechtsstaats- und Demokratieprinzip 425
e. Zwischenergebnis 427
3. Abgrenzung zum Regelungsauftrag des Art. 33 Abs. 5 GG 430
4. Grundrechtswesentlichkeit als Maßstab des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes 432
5. Ergebnis: Konkrete Grundrechtswesentlichkeit und Regelungsbedürfnis der gesundheitlichen Eignung 433

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

III. Denkbare Regelungsansätze 435
1. Zuständigkeit für den Erlass der Regelung 435
2. Erforderlicher Dichtegrad der Regelung 438
3. Fazit 443

F. Zusammenfassung 443

Teil 7: Rechtsschutz- und Haftungsfragen 447

A. Konkurrentenstreitverfahren 447
I. Der Bewerbungsverfahrensanspruch 448
II. Klage vor Ernennung des Konkurrenten 450
1. Zulässigkeitserwägungen 451
a. Statthafte Klageart 451
b. Klagebefugnis 453
c. Rechtsschutzbedürfnis 455
2. Rechtsverletzung 455
3. Klage nach Ernennung des Konkurrenten 459
a. Zulässigkeitserwägungen 460
(1) Statthafte Klageart 460
(2) Klagebefugnis 461
(3) Rechtsschutzbedürfnis 461
b. Rechtsverletzung 462

B. Schadenersatz 462
I. § 15 AGG 463
1. Ersatz des Vermögensschadens, § 15 Abs. 1 AGG 464
2. Entschädigung nach Maßgabe des § 15 Abs. 2 AGG 467
3. Frist 469
4. Beweislast 470
5. Rechtsweg 471
6. Weitergehende Ansprüche 471
7. Ergebnis 472
II. Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB 473
1. Anspruchsvoraussetzungen 474
2. Haftungsausschluss 476
3. Anspruchsinhalt 477
4. Subsumtion 477

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

III. Beamtenrechtliches Bewerbungsverhältnis, Art. 33 Abs. 2 GG 478
IV. Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch 480
1. Herleitung 481
a. Grundsätzliche Haftung für mitgliedstaatliche Unionsrechtsverstöße 481
b. Haftung für judikatives Unrecht 482
2. Anspruchsvoraussetzungen 483
3. Anspruchsdurchsetzung 485
4. Ergebnis 487
C. Sonstige Rechtsschutzmöglichkeiten 488
I. Verfassungsbeschwerde 489
II. Beschwerde bei der Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens 489
III. Anrufung des Beschwerdeausschusses nach dem Fakultativprotokoll der UN-BRK 491
D. Ergebnis 493

Teil 8: Kernthesen und Schlussbetrachtung 495

Literaturverzeichnis 505

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 1: Einleitung

A. Einführung

Eine Beschäftigung im Beamtenverhältnis ist in Anbetracht der grundsätzlichen Anstellung auf Lebenszeit[1] und der damit einhergehenden Beschäftigungssicherheit attraktiv.[2] Es herrscht aber Unsicherheit und Unwissen darüber, ob eine Verbeamtung mit einer bestimmten körperlichen oder seelischen Verfassung überhaupt möglich ist.[3] Ein passendes Beispiel dafür ist die Adipositas: eine Verbeamtung von Menschen mit einem BMI von 30 und höher hat sich in der Vergangenheit bereits als problematisch herausgestellt.[4] Aber auch normalgewichtige Menschen ziehen es ab und an vor, den Arztbesuch zu vermeiden oder, falls er unausweichlich ist, auf die Zahlung aus privaten Mitteln zurückzugreifen, um Nachweise über die eigene Krankengeschichte zu verhindern.[5] Gleiches Phänomen tritt im Rahmen einer psychologischen Behandlung auf – manch einer wäre geneigt, sich einer Psychotherapie zu unterziehen, verzichtet aber darauf in der Furcht, dies könnte den Zugang zum Berufsbeamtentum versperren.[6]

Der Grund für diese Furcht liegt darin, dass der Zugang zum öffentlichen Amt unter anderem von einer so genannten gesundheitlichen Eignung abhängig gemacht wird. Die maßgebliche Rechtsnorm, die für die (vermeintliche) Notwendigkeit dieses speziellen Zugangs-

1 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 42.
2 Siehe nur den Artikel von *Posener*, WeLT vom 26.11.2012.
3 *Burfeind*, Süddeutsche.de vom 20.09.2015; *Hans*, Spiegel online vom 20.11.2009.
4 *Gesellschaft gegen Gewichtsdiskriminierung e.V.*, Verbeamtung trotz Adipositas, S. 5 f. OVG Lüneburg, Urt. v. 31.07.2012 – 5 LC 216/10 – juris Rn. 103 ff.; VG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2011 – 13 K 1683/11 – juris Rn. 52 ff.; ausführlich *Hillebrecht*, ZBR 2011, 84 ff.
5 *Burfeind*, Süddeutsche.de vom 20.09.2015; *Hucklenbroich*, FAZ vom 06.12.2014; *Dowideit*, WeLT vom 17.03.2013; *Schramm/Zeug*, Zeit online vom 05.07.2012; *Hans*, Spiegel online vom 20.11.2009.
6 *Burfeind*, Süddeutsche.de vom 20.09.2015.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kriteriums herangezogen wird, ist Art. 33 Abs. 2 GG. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Auch wenn eine Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2013,[7] zu deren Einzelheiten im Laufe dieser Arbeit noch ausführlich Stellung genommen werden wird, wesentliche Verbesserungen für die Zugangschancen von gesundheitlich beeinträchtigten Beamtenbewerbern mit sich brachte, besteht nach wie vor Anlass zu Kritik am Zugangskriterium der gesundheitlichen Eignung, und zwar im Wesentlichen aus zwei Gründen: Zum einen bestehen fundierte Zweifel an der Auffassung, dass die gesundheitliche Eignung unter den Eignungsbegriff aus Art. 33 Abs. 2 GG zu fassen ist, und zum Anderen stellt sich dieses Anforderungskriterium als problematisch hinsichtlich einer möglichen Diskriminierung aufgrund der Behinderung dar. Denn um die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers festzustellen, wird prognostiziert, ob bei dem Bewerber bestehende gesundheitliche Einschränkungen die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist.[8] Dieser Prognose werden die in Zukunft von dem Beamten zu erfüllenden Aufgaben zugrunde gelegt, mit anderen Worten die gesamte eingeschlagene Laufbahn mit allen zu ihr gehörenden Ämtern und den diesen zugeordneten Dienstposten.[9]

Von diesem Maßstab kann nur abgewichen werden, wenn ein Bewerber anerkannt schwerbehindert oder einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist, denn dann wird lediglich das Mindestmaß körperlicher Eignung vorausgesetzt, so dass der Beamte nur irgendeine, mit dienstlichen Bedürfnissen in Einklang stehende amtsangemessene Beschäftigung ausüben können muss.[10] Dies wird vom BVerwG damit begründet, dass Erleichterungen für die Feststellung der gesundheitlichen Eignung von Beamtenbewerbern, die von dem allgemeinen

7 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261.

8 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 16. Siehe zum Begriff der Dienstunfähigkeit Teil 1, Abschn. D „Eingrenzung des Themas“ sowie Teil 1, Abschn. D Kap. I.4. „Dienstunfähigkeit“.

9 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.

10 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Prognosemaßstab abweichen, im nationalen Recht nur für schwerbehinderte Menschen vorgesehen seien.[11]

Bei der Schwerbehinderung handelt es sich um einen Rechtsgriff aus dem Neunten Sozialgesetzbuch[12] und somit aus dem deutschen Sozialversicherungsrecht. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX ist ein Mensch behindert, wenn seine körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher seine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Der Begriff der Schwerbehinderung, der in § 2 Abs. 2 SGB IX normiert ist, stellt sozusagen eine Qualifikation jenes Behinderungsbegriffes dar, indem er neben weiteren Voraussetzungen einen besonderen Schweregrad der Behinderung verlangt. Erforderlich ist dafür ein sogenannter Grad der Behinderung (GdB) von 50. Weist die Behinderung zwar keinen GdB von 50, jedoch mindestens von 30 auf, kann eine Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen beantragt werden, § 2 Abs. 3 S. 1 SGB IX.[13] In der Konsequenz werden Menschen, die zwar behindert sind, aber nicht schwerbehindert im Sinne des Neunten Sozialgesetzbuches, hinsichtlich des zu erfüllenden Prognosemaßstabs genau so behandelt wie Menschen, die überhaupt nicht behindert sind.

Neben diesem sozialversicherungsrechtlichen Behinderungsbegriff gibt es zahlreiche andere Rechtsvorschriften, auch und insbesondere auf internationaler Ebene, die sich dem Schutz von Menschen mit Behinderungen widmen. Was die jeweiligen Vorschriften im Einzelnen unter Behinderung verstehen und wie sie sich auf die Problematik auswirken, dass beim Zugang zum öffentlichen Amt nach dem Grad der Behinderung unterschieden wird, ist einer der zentralen zu untersuchenden Aspekte dieser Arbeit. Die darin ebenfalls enthaltene Darstellung der kritisierten höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch abstrakt zu verstehen, da durch sie Maßstäbe gesetzt und verstetigt wer-

11 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253, juris Rn. 35.

12 Das Neunte Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – (Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1046, 1047), das zuletzt durch Artikel 165 des Gesetzes vom 29. März 2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist. Im Folgenden bezeichnet als „SGB IX".

13 Ausführlich zur Gleichstellung *Neumann*, Behindertenrecht 2005, 89 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

den, an denen sich andere Gerichte orientieren und die auf spätere Klagen anwendbar sind. So entscheidet auch die Verwaltung unter Anwendung bestehender Gesetze, die durch die Rechtsprechung konkretisiert werden. Eine gegebenenfalls diskriminierende Entscheidung bestätigt und verstetigt mithin eine diskriminierende Praxis.

Das Zugangskriterium der gesundheitlichen Eignung begegnet neben rechtlichen Einwänden auch tatsächlichen, logischen und moralischen Bedenken. Menschen mit Behinderungen gelten auf dem offenen Arbeitsmarkt als nicht konkurrenzfähig; ihnen haftet das Stigma an, unproduktiv und wirtschaftlich unerwünscht zu sein.[14] Andererseits sind 97 % der Europäer der Meinung, dass mehr dafür getan werden sollte, Menschen mit Behinderungen in die Gesellschaft zu integrieren.[15] Dem Deutschen Staat obliegt somit als Dienstherr auch eine große gesellschaftliche Verantwortung. Denn 17 % der Bevölkerung der EU und 15 % ihrer erwerbstätigen Bevölkerung sind von Behinderung betroffen, chronische Krankheiten eingeschlossen.[16] Etwa 40 % der deutschen Bevölkerung leiden an chronischen Krankheiten, sei es Diabetes, Arthrose, Rheuma oder Depression.[17] Wollte man all diese Personen vom Beamtenverhältnis ausschließen, würde sich die Suche nach dem am besten geeigneten Bewerber erheblich erschweren.

Unter der Berücksichtigung, dass die öffentliche Verwaltung den gesunden Bewerber dem gesundheitlich beeinträchtigten Bewerber vorzieht, ist es ironisch, dass physische oder psychische Erkrankungen oder gar ihre Verschlimmerung in Kauf genommen werden, um dem Staat gegenüber gesünder zu erscheinen. Dabei ist das Verständnis von Gesundheit alles andere als absolut: Abhängig von der jeweiligen Dis-

14 *Degener*, Definition of Disability, S. 5.

15 Meenan (Hrsg.)/*Quinn*, Disability discrimination in the European Union, S. 276 f., unter Bezugnahme auf eine Studie der *European Opinion Research Group* im Auftrag der Europäischen Kommission, Attitudes of Europeans to Disability. Eurobarometer 54.2, Brüssel 2001. Deutscher Text abrufbar unter http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_149_de.pdf (Stand: September 2017).

16 Meenan (Hrsg.)/*Quinn*, Disability discrimination in the European Union, S. 231 unter Bezugnahme auf eine Studie der *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, Illness, disability and social inclusion, Dublin 2003, abrufbar unter http://edz.bib.uni-mannheim.de/www-edz/pdf/ef/03/ef0335en.pdf (Stand: September 2017).

17 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, 380, juris Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ziplin oder Fachrichtung, aus der heraus ein Definitionsversuch für die Gesundheit vorgenommen wird, wie beispielsweise in der Soziologie, Sozial- oder Pflegewissenschaft, ergibt sich eine unterschiedliche Definition für denselben Begriff.[18] Nach der Definition des *Duden* handelt es sich bei der Gesundheit um einen „Zustand oder [ein] bestimmtes Maß körperlichen, psychischen oder geistigen Wohlbefindens" bzw. um die „Nichtbeeinträchtigung durch Krankheit."[19] Die Weltgesundheitsorganisation versteht darunter einen „Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen."[20]

Gemeinsam ist diesen Definitionsansätzen, dass eine rein objektive Komponente in Form einer Nicht-Erkrankung für die Bejahung der Gesundheit nicht ausreicht; vielmehr bedarf es auch einer subjektiven Komponente in Form eines Wohlgefühls. So ist es durchaus möglich, dass ein Mensch krank ist, sich aber nicht krank fühlt. Dementsprechend muss eine unerkannte Krebserkrankung nicht zwangsläufig das gesundheitliche Empfinden beeinträchtigen, eine Erbkrankheit nicht notwendigerweise auch ausbrechen, eine Veranlagung sich nicht unbedingt auch auswirken und eine chronische Erkrankung sich nicht ständig akut bemerkbar machen. Es kommt für den Gesundheitszustand deshalb auch und vor allem darauf an, wie er von den jeweils Betroffenen wahrgenommen wird.

Ein zu hoch eingestufter Cholesterinwert kann einen Risikofaktor für Menschen mit kardiovaskulären Erkrankungen darstellen,[21] muss aber nicht zwangsläufig zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder körperlichen Beschwerden führen.[22] Ein niedriger Blutdruck hingegen kann oftmals von den Betroffenen wegen damit einhergehender Müdigkeit oder Kältegefühl als Belastung wahrgenommen werden, er führt aber grundsätzlich nicht zu einer Gefährdung des Gesundheitszustands.[23] Darüber hinaus müssen Funktionseinbußen nicht stets Ab-

18 *Möller*, SGb 2015, 423 (424 m.w.N.).
19 http://www.duden.de/suchen/dudenonline/gesundheit (Stand: September 2017).
20 Bekanntmachung der Satzung der Weltgesundheitsorganisation, beschlossen am 22.07.1946 in New York, in Kraft getreten für die Bundesrepublik Deutschland am 29.05.1951, BGBl. 1974 II S. 43 ff.
21 *Gitt/Zahn*, Herz 2016, 413 (413).
22 *Klose*, Medizinische Klinik 2005, 99 (99 ff.).
23 *Duschek/Schandry*, forschung 3-4/2005, 18 (18).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

normität bedeuten, sondern können sich gerade als Zeichen der Normalität darstellen, wie es bei degenerativen Erscheinungen wie der Alterskurzsichtigkeit der Fall ist.

Daneben können Faktoren wie die persönliche Einstellung und Motivation eines Menschen eine Rolle spielen: Wo mancher bei einem Schnupfen lieber das Bett hütet, bleiben andere nicht automatisch direkt dem Arbeitsplatz fern. So schließen sich eine gute Arbeitsfähigkeit und ein schlechter Gesundheitszustand nicht aus und auch eine Weiterarbeit bei gesundheitlichen Problemen ist nicht unmöglich.[24] Das heißt, dass nicht einmal eine objektiv feststellbare Erkrankung immer etwas darüber aussagen kann, wie sich die individuelle Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit durch Krankheit verändern, da Gesundheit und Erwerbstätigkeit nicht unweigerlich korrelieren.[25]

Das Gerücht, dass Menschen, die eine psychotherapeutische Behandlung in Anspruch genommen haben, nicht verbeamtet werden, führt zu großer Unsicherheit bei denjenigen, die eine berufliche Tätigkeit im Staatsdienst für sich in Betracht ziehen.[26] Ein pauschaler Ausschluss von Menschen mit psychischen Leiden vom Beamtenverhältnis wäre jedoch absurd: Psychische Störungen sind in Deutschland weit verbreitet. So konnte bei 27,7 % der deutschen Allgemeinbevölkerung eine psychische Störung festgestellt werden; generell besteht ein 43%-iges Risiko, irgendwann im Laufe des Lebens an einer psychischen Störung zu erkranken, das heißt, statistisch gesehen könnte es nahezu jeden zweiten Bundesbürger betreffen.[27] Dies spiegelt sich auch in den Zahlen der vorzeitigen Pensionierung aufgrund psychischer Erkrankungen wider: Während im Jahr 2000 39 % aller Frühpensionierungen von Beamten aufgrund von Dienstunfähigkeit auf eine psychische Erkrankung zurückzuführen waren, waren es im Jahr 2003 bereits 50 %; im Bereich des schulischen Lehrpersonals gingen 2003 mit 65 % fast zwei Drittel aller vorzeitigen Versetzungen in den Ruhestand auf psychische Erkrankungen zurück.[28] Ob durch die Gesund-

24 *Peter/Hasselhorn*, Bundesgesundheitsblatt 2013, 415 (419 m.w.N.).
25 *Peter/Hasselhorn*, Bundesgesundheitsblatt 2013, 415 (418 m.w.N.).
26 *Burfeind*, Süddeutsche.de vom 20.09.2015; *Hans*, Spiegel online vom 20.11.2009.
27 *Roßbach/Weinbrenner/Brüggemann u. a.*, RVaktuell 2015, 114 (114 f. m.w.N.). Ähnlich *Weber/Hörmann/Köllner*, Deutsches Ärzteblatt 2006, 834 (834).
28 *Weber/Hörmann/Köllner*, Deutsches Ärzteblatt 2006, 834 (836 m.w.N.).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

heitsprüfung vor der Lebenszeitverbeamtung gerade diejenige Hälfte herausgefiltert wird, der nicht das Risiko einer psychischen Störung droht, darf bezweifelt werden.

Es besteht allerdings die Vermutung, dass der Anstieg dieser Zahlen nicht allein durch eine Steigerung psychischer Erkrankungen an sich begründet ist, sondern durch die Art und Weise, wie in der Gesellschaft mit psychischen Problemen umgegangen wird.[29] Denn Menschen mit psychischen Problemen werden nicht mehr gleich stigmatisiert, nicht zuletzt wegen entsprechender Offenbarungen prominenter Personen und öffentlicher Aufklärungen, was dazu führt, dass die Diagnose einer psychischen Störung nunmehr ohne Umwege benannt werden darf und Betroffene eher dazu bereit sind, sich um therapeutische Hilfe zu bemühen.[30]

Letztlich ist zu berücksichtigen, dass nicht jeder, der sich einer Psychotherapie unterzieht, automatisch auch psychisch krank ist. Noch vor einigen Jahrzehnten wurde eine Psychotherapie nicht mit einer Krankenbehandlung in Verbindung gebracht, sondern man verstand sie vielmehr als eine Maßnahme bei der Aufarbeitung persönlicher Probleme und Leidenszustände sowie zur Unterstützung der eigenen Reifeentwicklung.[31] Dies änderte sich jedoch in den 80er Jahren, als die Psychotherapie in den Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenkassen Einzug fand und demzufolge ein Leistungsanspruch nunmehr grundsätzlich lediglich im Krankheitsfall zum Zwecke einer Krankenbehandlung besteht und nicht etwa für eine allgemeine Lebensberatung.[32] Demnach besagt § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V,[33] dass Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung haben, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Nach § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB V umfasst die Krankenbehandlung eine ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psy-

29 *Weber/Hörmann/Köllner*, Deutsches Ärzteblatt 2006, 834 (838).
30 *Roßbach/Weinbrenner/Brüggemann u. a.*, RVaktuell 2015, 114 (115).
31 *Linden*, Psychotherapeut 2013, 249 (249).
32 *Linden*, Psychotherapeut 2013, 249 (249).
33 Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2757) geändert worden ist.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

chotherapeutische Behandlung. Wenn also sowohl von Seiten des Patienten als auch des Therapeuten ein Interesse daran besteht, dass die Kosten der Therapie von der Solidargemeinschaft getragen werden, ist eine einschlägige Diagnose fürwahr schnell gefunden.[34] Schlussendlich bedeutet es also nicht zwingend, dass tatsächlich eine psychische Erkrankung vorliegt, wenn die Behandlung von der gesetzlichen Krankenkasse getragen wird.

Allgemein kann das Bedürfnis, allein körperlich und seelisch leistungsstarke Menschen einzustellen, dysfunktionale Motivationsanreize setzen. Wer gerne eine Psychotherapie machen würde, verzichtet womöglich darauf in der Befürchtung, dies könne ihn die Verbeamtung auf Lebenszeit kosten.[35] Dass die Teilnahme an einer Psychotherapie in der Biographie des Bewerbers negativ bewertet wird, führt womöglich zu einer kontraproduktiven Verwaltungspraxis: Denn bloß weil der Bewerber sich einer solchen Therapie nicht unterzogen hat, bedeutet dies nicht, dass es nicht erforderlich gewesen wäre.[36] Umgekehrt besteht hingegen eine Vermutung dafür, dass Personen, die sich zu einer Psychotherapie entschließen, gemeinhin reflektierter sind und sich eingehend mit eigenen Problemen auseinander gesetzt haben..[37]

Das gleiche gilt für körperliche Leiden: Wer trotz körperlicher Beschwerden keinen Arzt aufsucht, um keinen Nachweis über gesundheitliche Probleme zu hinterlassen, ist nicht gesünder als ein Mensch, der medizinische Hilfe tatsächlich in Anspruch nimmt. Im Ergebnis lassen sich aus der Nicht-Inanspruchnahme einer Psychotherapie oder medizinischen Behandlung keine Rückschlüsse auf die seelische Integrität und den Gesundheitszustand des Bewerbers ziehen.

Es zeigt sich mithin, dass die gesundheitliche Eignung als Zugangsvoraussetzung zum Beamtenverhältnis sowohl rechtlich als auch gesellschaftspolitisch kontrovers betrachtet werden kann. Der Fokus der nachfolgenden Ausführungen liegt indes auf den rechtlichen Fragestellungen, die dieses Eignungsmerkmal aufwirft und um deren Herausarbeitung, kritische Hinterfragung und Beantwortung sich diese

34 *Linden*, Psychotherapeut 2013, 249 (250 f.).
35 Siehe nur die Artikel von *Schramm/Zeug*, Zeit online vom 05.07.2012 und *Hans*, Spiegel online vom 20.11.2009.
36 *Burfeind*, Süddeutsche.de vom 20.09.2015.
37 *Hucklenbroich*, FAZ vom 06.12.2014; *Schramm/Zeug*, Zeit online vom 05.07.2012.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Arbeit bemüht. Dabei steht die Auseinandersetzung mit der Rechtsgrundlage der gesundheitlichen Eignung und insbesondere die Darstellung der sich durch dieses Anforderungskriterium ergebenden Rechtsverletzungen von Menschen mit Behinderungen im Vordergrund.

B. Ziel der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist eine eingehende Analyse der Frage der rechtlichen Zulässigkeit der gesundheitlichen Eignung als ein Kriterium im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG. Es soll hinterfragt werden, ob es sich dabei um ein Zugangsmerkmal handelt, das verfassungsrechtlich nicht verankert und einfachgesetzlich nicht hinreichend ausgestaltet ist, und durch dessen Anwendung als Zugangskriterium die Rechte eines jeden Bewerbers auf ein Amt verletzt werden, soweit die Ausübung dieses Amtes nach einer gesundheitlichen Eignung nicht verlangt.

Davon abgesehen soll untersucht werden, ob durch das Anforderungskriterium der gesundheitlichen Eignung Menschen mit Behinderungen beim Zugang zum öffentlichen Amt auf unzulässige Weise benachteiligt werden.

In Anbetracht der soeben genannten Untersuchungsschwerpunkte ist das zentrale Anliegen dieser Arbeit mithin, das Kriterium der gesundheitlichen Eignung für den Zugang zum öffentlichen Amt an sich in Frage zu stellen. Es wird beleuchtet, inwiefern eine Rechtslage aufrecht erhalten wird, die möglicherweise nicht nur jeglichen rechtlichen Fundaments als auch jedweder Sinnhaftigkeit entbehrt, sondern gegebenenfalls sogar geltendes Unions- und Völkerrecht sowie nationales einfaches wie auch Verfassungsrecht fehlerhaft auslegt, übersieht, missachtet oder auch verletzt.

C. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich insgesamt in acht Teile. Nach der Einleitung (Teil 1) soll im zweiten Teil dargelegt werden, warum im Rahmen der Eignungsprüfung überhaupt auf das Kriterium der gesundheitlichen

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Eignung abgestellt wird. Dazu wird zunächst der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG erläutert sowie das darin normierte öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis (Teil 2 Abschnitt A und B). Anschließend (Abschnitt C) wird auf den Zusammenhang zwischen dem Anforderungskriterium der gesundheitlichen Eignung mit Art. 33 Abs. 5 GG eingegangen, in welchem Grundsätze enthalten sind, die unter anderem als Argument für das Bedürfnis nach einer gesundheitlichen Eignungsuntersuchung herangezogen werden. Ein weiteres Argument dafür stellt die Nachhaltigkeit der Finanzierung des Beamtentums dar, deren Grundzüge in Abschnitt D vorgestellt werden.

Im dritten Teil dieser Arbeit wird die gesundheitliche Eignung in den rechtlichen Kontext eingeordnet, und zwar zuerst hinsichtlich der Frage, ob es sich bei ihr um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG handelt (Teil 3 Abschnitt A) bzw. ob durch sie der in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte so genannte Leistungsgrundsatz konkretisiert wird (Abschnitt B). In diesem Zusammenhang wird Art. 33 Abs. 2 GG als zentrale Norm dieser Untersuchung näher beleuchtet (Abschnitt B Kapitel I) und seine Entsprechung in Vorschriften des einfachen Rechts untersucht (Abschnitt B Kapitel II). Danach erfolgt eine Untersuchung, inwiefern Rechtsnormen bestehen, die ein Erfordernis einer gesundheitlichen Eignung für den Zugang zum Beamtenverhältnis belegen bzw. inwieweit Art. 33 Abs. 2 GG dahingehend ausleget werden kann (Abschnitt B Kapitel III).

Im vierten Teil dieser Arbeit wird die Relevanz der gesundheitlichen Eignung im Rahmen des Auswahlprozesses für die Stellenbesetzung aufgezeigt. Zunächst wird dafür die vormalige Rechtsprechung des BVerwG, die vor der Entscheidung vom 25.07.2013 bestand,[38] der aktuellen Rechtsprechung gegenüber gestellt, um den Maßstab zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung herauszuarbeiten (Teil 4 Abschnitt A). In Teil 4 Abschnitt B wird geklärt, auf welchen Bezugspunkt bei der Gesundheitsprognose abzustellen ist, bevor in Abschnitt C auf die Rolle der gesundheitlichen Eignung im Auswahlprozess eingegangen wird. Hier werden die organisatorischen Maßnahmen geschildert, die dem Auswahlverfahren vorgelagert sind (Teil 4 Abschnitt

38 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

C Kapitel I) sowie die prozessualen Anforderungen an die Auswahlentscheidung des Dienstherrn (Kapitel II). Am Ende wird beschrieben, wie die gesundheitliche Eignung durch den Amtsarzt festgestellt wird und welche prozessualen Anforderungen hier erfüllt werden müssen. Nach der Darstellung dieser prozessualen Aspekte widmet sich die Arbeit in Teil 4 Abschnitt D der Relevanz der gesundheitlichen Eignung im Rahmen der Ernennung eines Beamten. Daran schließt sich eine Würdigung der im vierten Teil gefundenen Ergebnisse an (Teil 4 Abschnitt E). Gesichtspunkte, die die Problematik der bereits erwähnten Diskriminierung aufgrund der Behinderung betreffen, bleiben hier ausgeklammert.

Teil 5 dieser Arbeit widmet sich schließlich, nachdem der Begriff der Behinderung bzw. der Schwerbehinderung bereits mehrfach gefallen sein wird, ausführlich der Frage, inwiefern die gesundheitliche Eignung mit Vorschriften zum Schutze von Menschen mit Behinderungen konfligiert. Dazu wird zunächst auf den Behinderungsbegriff im deutschen Sozialversicherungsrecht Bezug genommen (Teil 5 Abschnitt A) und sodann der Behinderungsbegriff im internationalen Antidiskriminierungsrecht vorgestellt (Teil 5 Abschnitt B). Dort wird erläutert, wie unions- und völkerrechtliche Rechtsvorschriften das nationale Beamtenrecht beeinflussen (Kapitel I und II) und inwiefern es gegen diese Vorschriften verstößt, dass der Zugang zum öffentlichen Amt von einem Anforderungskriterium in Form der gesundheitlichen Eignung abhängig gemacht wird (Kapitel III). Dort wird zunächst auf die UN-Behindertenrechtskonvention eingegangen (Kapitel III.1), auf den in ihr enthaltenen Behinderungsbegriff sowie auf das in ihr normierte Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Daran schließt sich die Untersuchung an, ob es mit der Richtlinie 2000/78/EG[39] unvereinbar ist, den Zugang zum öffentlichen Amt von der gesundheitlichen Eignung eines Bewerbers abhängig zu machen (Kapitel III.2). In diesem Zusammenhang wird ausführlich dargestellt, wie sich der Rechtsbegriff der Behinderung im Sinne dieser Richtlinie in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt hat (Kapitel III.2.a.). In Kapitel III.3 wird sodann auf das die RL 2000/78/EG ins nationale

39 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Recht umsetzende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eingegangen, und zwar genauer auf die Nichtvereinbarkeit der Erforderlichkeit des Zugangskriteriums der gesundheitlichen Eignung mit § 7 dieses Gesetzes. Im darauffolgenden Teil wird die Nichtvereinbarkeit des Kriteriums der gesundheitlichen Eignung mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bzw. mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und sonstigen kollidierenden völkerrechtlichen Schutzrechten thematisiert (Teil 5 Abschnitt B Kapitel III.4).

Der sechste Teil dieser Arbeit widmet sich verfassungsrechtlichen Problematiken, die sich im Hinblick auf das Kriterium der gesundheitlichen Eignung ergeben. Nachdem zuerst die Grundrechtsfähigkeit des Beamten erklärt wird (Teil 6 Abschnitt A), folgt eine Darstellung, inwiefern es zu Eingriffen in verschiedenste Grundrechte eines Beamten kommt, wenn ihm der Zugang zum Beamtenverhältnis wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung durch eine Entscheidung des Dienstherrn verwehrt bleibt und die Rechtsprechung diese Verwehrung für Recht erklärt. Nach einer kurzen Zusammenfassung (Abschnitt C) schließt sich die Frage an, ob und inwiefern etwaige Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden können (Abschnitt D) und weiter, ob die gesetzliche Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung unzulänglich ist (Abschnitt E). Dazu wird untersucht, ob sich ein Regelungsbedürfnis aus Art. 33 Abs. 5 GG ergibt (Kapitel I), bzw. aus dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes (Kapitel II). Im Rahmen dessen wird unter anderem besprochen, wie sich der Regelungsauftrag von Art. 33 Abs. 5 GG zum allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes verhält (Kapitel II.3). Dem schließen sich Überlegungen hinsichtlich einer gesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung an (Kapitel III).

Teil 7 dieser Arbeit beschäftigt sich mit Rechtsschutz- und Haftungsfragen. Es wird aufgezeigt, welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen, wenn einem Bewerber der Zugang zum öffentlichen Amt wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung versagt wird.

In der Schlussbetrachtung, dem achten Teil dieser Arbeit, erfolgt eine zusammenfassende Übersicht der gefundenen Ergebnisse, die in Kernthesen formuliert werden. Darüber hinaus findet sich dort der Hinweis darauf, dass es sich bei der gesundheitlichen Eignung um eine Zugangsanforderung handelt, die verwaltungswissenschaftlicher Sinnhaftigkeit entbehrt.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

D. Eingrenzungen des Themas

Bezüglich der Vorgehensweise sei angemerkt, dass sich diese Arbeit darum bemüht, einen Überblick über die Rechts- und Gesetzeslage in Bezug auf die Zugangsanforderungen der gesundheitlichen Eignung zu verschaffen. Es werden deshalb grundsätzlich stets das BBG[40] und das BeamtStG[41] erwähnt. Das Landesrecht bezieht sich maßgeblich auf dasjenige des Landes Rheinland-Pfalz. Die restlichen entsprechenden Landesvorschriften finden Erwähnung in der Fußnote, sofern sie substantiellen Unterschiede zum rheinland-pfälzischen Landesrecht aufweisen.

Selbstverständlich sind trotz der vorherrschenden Anwendung des generischen Maskulinums auch die Beamtinnen einbegriffen. „Jeder Deutsche" im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG meint jeden zur Berufung in das Beamtenverhältnis Berechtigten gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG.

Dem Titel der Arbeit entsprechend werden etwaige Rechtsprobleme ausgeklammert, die sich im Rahmen der Beförderung im Zusammenhang mit dem Anforderungskriterium der gesundheitlichen Eignung stellen können.

Anders als für die gesundheitlichen Eignung, die als Anforderungskriterium im Rahmen des Zugangs zu einem Amt herangezogen wird, finden sich zahlreiche und ausführliche Rechtsvorschriften darüber, wie es sich verhält, wenn ein Beamter während eines bereits bestehenden Beamtenverhältnisses dienstunfähig wird, nachdem seine gesundheitliche Eignung zuvor noch bejaht worden war. Die Vorschriften über die Dienstunfähigkeit finden sich in den §§ 44 ff. BBG, § 26 ff. BeamtStG, §§ 44 ff. LBG[42] und beschäftigen sich mit der rechtlichen Konsequenz für den Fall, dass der Beamte wegen des körperlichen Zustandes oder aus gesundheitlichen Gründen zur Erfüllung der Dienstpflichten dauernd

40 Bundesbeamtengesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Juni 2017 (BGBl. I S. 1570) geändert worden ist.

41 Beamtenstatusgesetz vom 17. Juni 2008 (BGBl. I S. 1010), das durch Artikel 6 Absatz 3 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist.

42 Rheinland-Pfälzisches Landesbeamtengesetz vom 20. Oktober 2010, GVBl. 2010, 319, zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 30.06.2017 (GVBl. S. 137). Im Folgenden abgekürzt durch „LBG".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

unfähig, mithin dienstunfähig wird, § 44 Abs. 1 S. 1 BBG, § 26 Abs. 1 S. 1 BeamtStG.

Die Regelungen über die Dienstunfähigkeit sind im jeweiligen fünften Abschnitt des BBG bzw. BeamtStG normiert, der die Beendigung des Beamtenverhältnisses betrifft. Aus dieser Gesetzessystematik ließe sich also schlussfolgern, dass die Dienstunfähigkeit für eine Ernennungsentscheidung grundsätzlich nicht relevant ist, sondern vielmehr erst dann, wenn ein bereits entstandenes Beamtenverhältnis beendet werden soll. Allerdings ist es nicht möglich, die gesundheitliche Eignung und die Dienstunfähigkeit derart getrennt voneinander zu betrachten, was daran liegt, dass die Definition der gesundheitlichen Eignung den Begriff der Dienstunfähigkeit nicht nur enthält, sondern ihn gleichermaßen zum Maßstab macht. Denn der Dienstherr kann 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.[43] Die Rechtsfigur der Dienstunfähigkeit ist somit durchaus bedeutungsvoll für das Zugangskriterium der gesundheitlichen Eignung. Weitergehende Probleme jedoch, die allein die Dienstunfähigkeit an sich betreffen, ohne dass sie etwas mit der gesundheitlichen Eignung als Zugangsvoraussetzung zum Beamtenverhältnis zu tun hätten, sollen in dieser Arbeit ausgeklammert bleiben.

Darüber hinaus werden etwaige Problematiken, die sich für den Zugang zum öffentlichen Amt eines Beamtenbewerbers aus dem GenDG ergeben können, außer Betracht gelassen.[44] Diesbezüglich enthält § 11 Abs. 3 LBG die Vorgabe, dass die §§ 19 bis 22 GenDG und die aufgrund des § 20 Abs. 3 GenDG erlassene Rechtsordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind. Nach diesen Vorschriften

43 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244. 248, juris Rn. 16.

44 Gendiagnostikgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2529, 3672), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 4. November 2016 (BGBl. I S. 2460) geändert worden ist. Vgl. dazu die Dissertation von *König*, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", 2010, die allerdings erging, noch bevor das BVerwG seine Rechtsprechung bezüglich des zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung verwendeten Prognosemaßstabs änderte, vgl. BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248 ff., juris Rn. 16 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sind genetische Untersuchungen oder Analysen ohnehin grundsätzlich verboten.

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Aufgrund des dort formulierten Funktionsvorbehalts[45] ergibt sich das Erfordernis der gesundheitlichen Eignung wenn überhaupt nur für solche Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, die hoheitliche Befugnisse ausüben. Was genau unter hoheitsrechtliche Befugnisse fällt, ist im Einzelnen unklar,[46] unbestritten zählen dazu aber die Tätigkeiten der klassischen Eingriffsverwaltung,[47] also solche, wodurch kraft hoheitlicher Anordnung in Rechtspositionen eines Individuums eingegriffen wird.[48] Typischerweise ist dies der Fall bei Polizei, Justiz und Finanzverwaltung.[49] „Hoheitsrecht" ist indes nicht gleichzusetzen mit „Eingriffsrecht", weshalb hoheitsrechtliche Befugnisse auch in Form der Leistungsverwaltung wahrgenommen werden können.[50] Das kommt vor allem im Rahmen der Erfordernisse für den sozialen und demokratischen Rechtsstaat in Betracht, beispielsweise wenn die Freiheitsgewähr des Bürgers betroffen ist, seine sozialstaatliche Sicherung oder der rechtsstaatlich verlässliche Gesetzesvollzug.[51] Konkrete Beispiele für die Aufgaben der Leistungsverwaltung sind die Ausführung sozialrechtlicher Vorschriften, die Subventionierung von Wirtschaft, Wissenschaft und Kultur, die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Leistungen wie Energie, natürlichen Ressourcen und Infrastruktureinrichtungen.[52] Generell ist das Bedürfnis nach der Erledigung einer Aufgabe im Rahmen eines beamtenrechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses also dann gege-

45 Siehe dazu näher sogleich in Teil 2 Abschn. A „Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG".
46 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 50; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 108.
47 Hömig/Wolff (Hrsg.)/*Domgörgen*, Art. 33 GG, Rn. 11.
48 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Werres*, § 5 BBG, Rn. 6.
49 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 109.
50 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 57.
51 Hömig/Wolff (Hrsg.)/*Domgörgen*, Art. 33 GG, Rn. 11.
52 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Werres*, § 5 BBG, Rn. 10.1.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ben, wo in grundrechtlich geschützte Freiheitsrechte eines Bürgers eingegriffen wird.[53]

Konkretere Anhaltspunkte dafür, durch welche Tätigkeiten dies geschehen kann, ergeben sich aus den Anlagen der BLV.[54] Auch wenn es sich bei dieser Verordnung um eine Rechtsquelle handelt, die als rein materielles Recht[55] hierarchisch nach den formellen Parlamentsgesetzen zwei Stufen unter der Verfassung steht, können ihre Vorschriften als Orientierung dienen. Zweifelsohne gibt es danach zahlreiche Tätigkeiten, deren Ausübung ein beamtenrechtliches Dienst- und Treueverhältnis erfordert. Dementsprechend groß sind die Unterschiede der körperlichen Anforderungen, die sich für die jeweilige Beschäftigung ergeben: Einem im Polizeivollzugsdienst tätigen Beamten werden regelmäßig mehr körperliche Strapazen abverlangt werden als einem Finanzbeamten. Sofern also die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse gewisse Anforderungen an die körperliche und geistige Stärke eines Beamten stellt, etwa bei Zoll, Feuerwehr, Justizvollzug oder eben im Polizeidienst,[56] verdient ein Zugangskriterium wie die gesundheitliche Eignung unweigerlich seine Berechtigung.[57] So sieht es auch § 10a Abs. 4 S. 2 BLV, wonach in weiten Teilen die körperliche Tauglichkeit oder praktische Fertigkeiten geprüft werden können, wenn diejenige Laufbahn es erfordert. Entsprechende Erfordernisse ergeben sich beispielsweise aus § 2 BPolLV[58] bzw. für Landespolizisten aus § 12 LbVOPol,[59] die von besonderen gesundheitlichen Anforderungen sprechen, die der Polizeivollzugsdienst an Beamtinnen und Beamte stellt; weiter-

53 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Werres*, § 5 BBG, Rn. 8.

54 Bundeslaufbahnverordnung vom 12. Februar 2009 (BGBl. I S. 284), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 18. Januar 2017 (BGBl. I S. 89) geändert worden ist.

55 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), § 5 Rn. 174; vgl. auch Ehlers/Pünder (Hrsg.)/*Möstl*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, § 20 Rn. 8.

56 Vgl. *Lange*, Gesundheitswesen 2014, 234 (236).

57 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 236.

58 Bundespolizei-Laufbahnverordnung vom 2. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2408), die durch Artikel 10 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2581) geändert worden ist.

59 Laufbahnverordnung für den Polizeidienst vom 10. Mai 2016, GVBl. 2016, 251. Im Folgenden abgekürzt durch „LbVOPol".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hin aus § 17 Abs. 1 GntZollDVDV,[60] der die erfolgreiche die Erfüllung der gesundheitlichen Anforderungen an den Zolldienst zur Voraussetzung für die Einstellung in den Vorbereitungsdienst für den gehobenen nichttechnischen Zolldienst macht. Nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 APOmFwD[61] kann im Rahmen der Bewerbung „ein amtsärztliches Gesundheitszeugnis, das nicht älter als drei Monate sein darf und auch Auskunft über die körperliche Eignung für die Berufsausübung gibt", eingefordert werden.

Bei den zitierten Vorschriften handelt es sich um Verordnungen über so genannte Sonderlaufbahnen. Diese Verordnungen beinhalten laufbahnrechtliche Sonderregelungen für bestimmte Beamtengruppen, die von der BLV bzw. von den §§ 16 ff. BGB, §§ 14 ff. LBG abweichen und ihnen gegenüber vorrangig anzuwenden sind.[62]

Dementsprechend wird also insbesondere für Sonderlaufbahnen ein körperliches oder gesundheitliches Eignungskriterium zur Einstellungsvoraussetzung gemacht. Dies darf aber nicht so verstanden werden, dass allein die Auszeichnung einer Laufbahn als Sonderlaufbahn das Verlangen nach einer konkreten gesundheitlichen Eignung legitimiert. Denn wie eine Laufbahn letztlich ausgestaltet wird, sprich als Sonder- oder Regellaufbahn, ist Sache des Verordnungsgebers, wie § 26 Abs. 1 BBG, § 25 Abs. 2 LBG zeigen. Danach wird die Bundes- bzw. die Landesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung nach Maßgabe allgemeine Vorschriften über die Laufbahnen und Vorbereitungsdienste der Beamten und besondere Vorschriften für die einzelnen Laufbahnen und Vorbereitungsdienste zu erlassen. Dass der Verordnungsgeber letztlich bestimmen kann, ob er eine Laufbahn als Sonderlaufbahn ausgestaltet, darf aber keinen Einfluss darauf haben, ob ein gesundheitliches Eignungskriterium zur Zugangsvoraussetzung gemacht werden darf, sondern es kommt vielmehr substantiell und nicht

60 Verordnung über den Vorbereitungsdienst für den gehobenen nichttechnischen Zolldienst des Bundes vom 2. Juni 2016 (BGBl. I S. 1322), die durch Artikel 2 der Verordnung vom 15. Mai 2017 (BGBl. I S. 1179) geändert worden ist.

61 Rheinland-pfälzische Landesverordnung über die Ausbildung und Prüfung für den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst vom 1. März 1996, GVBl. 1996, 161, zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 15.09.2009 (GVBl. S. 333).

62 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Kurz*, § 16 BBG, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

formell darauf an, ob eine gesundheitliche Eignung für die Ausübung des Amts erforderlich ist.

Die gesundheitliche Eignung als Kriterium des Art. 33 Abs. 2 GG wird im Rahmen dieser Arbeit infolgedessen allein insoweit infrage gestellt, als sich ihre Notwendigkeit nicht durch die konkret auszuübende Tätigkeit an sich bereits ergibt. Da bei ihr nicht zwischen der physischen oder psychischen Gesundheitseigenschaften eines Bewerbers unterschieden wird, soll vorliegend die Zulässigkeit dieses Anforderungskriteriums auch nicht anhand bestimmter Krankheitsbilder untersucht werden – von den konkreten, gesellschaftlich brisanten Krankheitsbildern der HIV-Infektion sowie der Adipositas abgesehen –, sondern vielmehr auf abstrakte Weise.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 2: Hintergrund der gesundheitlichen Eignung

Ziel des folgenden Abschnittes ist die Darstellung des Hintergrundes der gesundheitlichen Eignung. Art. 33 Abs. 2 GG besagt, dass jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte hat, und statuiert damit einen Positivkatalog an Kriterien, die jeder Bewerber für eine Ernennung ins Beamtenverhältnis erfüllen muss. Damit ist aber weder die Frage beantwortet, warum es der Eignung für eine Benennung ins Beamtenverhältnis überhaupt bedarf, noch inwiefern unter ihr ein physischer bzw. psychischer Aspekt im Sinne einer gesundheitlichen Eignung verstanden werden kann. Es wäre deshalb zu kurz gegriffen, das Zugangserfordernis der gesundheitlichen Eignung allein mit einer entsprechenden Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG zu begründen. Denn der Hintergrund dieses vermeintlichen Erfordernisses wird vielmehr in der Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses an sich gefunden sowie in den in Art. 33 Abs. 5 GG genannten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums.

A. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

Noch vor der eigentlichen Frage, warum es eine gesundheitliche Eignung geben muss, kann mit einem kurzen Blick auf das Arbeitsrecht festgestellt werden, dass dort für den Erhalt eines Arbeitsplatzes die Notwendigkeit nach einer gesundheitlichen Untersuchung im Sinne einer Eignungsuntersuchung zumindest in der im Beamtenverhältnis gegebenen Relevanz nicht vorhanden, ja gar verpönt ist. Das liegt weniger daran, dass der Arbeitgeber kein Interesse daran hätte, möglichst viele Informationen über den Bewerber zu erhalten, sondern daran, dass ihm nicht für jegliche Antwort auf seine Fragen ein berechtigtes

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

und schützenswertes Interesse zugesprochen wird.[63] Ein Arbeitgeber hat nur ein Recht darauf, dasjenige in Erfahrung zu bringen, was für die konkrete Beschäftigung relevant ist; die Eigenschaft der Schwerbehinderung oder einer Gleichstellung fällt regelmäßig nicht darunter, es sei denn dass der Bewerber gerade aufgrund seiner Behinderung gar nicht dazu geeignet wäre, die konkrete Tätigkeit zu verrichten.[64]

Zwar gilt Art. 33 Abs. 2 GG nicht nur für Beamte, sondern auch für die im öffentlichen Dienst Beschäftigten,[65] die ihrerseits den Vorschriften des Arbeitsrechts unterfallen.[66] Zu bemerken ist aber, dass es sich bei der Problematik der gesundheitlichen Eignung um ein rein beamtenrechtliches Phänomen handelt, die Frage nach der gesundheitlichen Eignung also durch den Beamtenstatus an sich bedingt wird.

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Gemeint sind damit einzig die Beamten, nicht etwa auch die dem Arbeitsrecht unterliegenden Angestellten im öffentlichen Dienst.[67] Art. 33 Abs. 4 GG statuiert also die Notwendigkeit eines Berufsbeamtentums und daraus folgend einen Funktionsvorbehalt.[68] Daraus ergibt sich, dass bestimmte staatliche Aufgaben in der Regel ausschließlich von Beamten wahrgenommen werden dürfen. Welche Aufgaben damit konkret gemeint bzw. nicht gemeint sind, unterliegt der Interpretation des Begriffes „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse", worüber hier nur so viel gesagt sei, als sich die Kontroverse im Wesentlichen darum dreht, inwiefern neben der Eingriffsverwaltung auch die Leistungsverwaltung darunter zu zählen ist.[69]

Hintergrund des Funktionsvorbehalts ist die Annahme des Gesetzgebers, dass die Erledigung dieser Aufgaben, namentlich die Ausübung

63 *Künzl*, ArbRAktuell 2012, 235 (235).
64 *Künzl*, ArbRAktuell 2012, 235 (236).
65 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 26.
66 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 836.
67 BVerfG, Urt. v. 17.12.1953 – 1 BvR 323/51, 195/51, 138/52, 283/52, 319/52 – BVerfGE 3, 162, 185 f., juris Rn. 62 f.
68 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 79. Siehe dazu bereits oben, Teil 1 Abschn. D „Eingrenzung des Themas".
69 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 79 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hoheitsrechtlicher Befugnisse, am besten durch Beamte erfüllt werden kann.[70] Diese Annahme basiert einerseits auf der sich nach dem Laufbahnprinzip orientierenden Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses, wodurch vermittels Orientierung an den jeweiligen Aufgaben und Ämtern des Beamten sowie der Bündelung dieser Ämter in Laufbahnen eine fachspezifische Qualifikation des Beamten ermöglicht wird.[71] Allgemeiner gesprochen heißt dies, dass es dem Gesetzgeber darauf ankam, bestimmte Aufgaben einem besonders gut ausgebildeten Personal zu übertragen, um die Rechtsstaatlichkeit und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in personeller Hinsicht zu sichern.[72] Dies wird zudem durch die besondere Bindung des Beamten an Recht und Gesetz aufgrund des in der Verfassung vorgesehenen Dienst- und Treueverhältnisses zwischen Dienstherrn und Beamten sowie durch die Möglichkeit disziplinarischer Sanktionen des Beamten erreicht.[73]

Die Beantwortung der Frage über das Bedürfnis eines Beamtenkörpers liegt also in der Erfüllung des Rechtsstaatsprinzips, mithin an der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht.[74] Denn das Berufsbeamtentum verkörpert eine Institution, die durch ihre Qualifikation und Loyalität gegenüber dem Staat zur Stabilität der Verwaltung und beiträgt und ein Gegengewicht zu politischen Kräften darstellt.[75]

B. Öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis

Aus Art. 33 Abs. 4 GG ergibt sich die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses als ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis zwischen dem Beamten und dem Dienstherrn; noch expliziter geht dies aus dem Wortlaut der § 4 BBG, § 3 Abs. 1 BeamtStG hervor.

70 *Remmert*, JZ 2005, 53 (55).
71 *Remmert*, JZ 2005, 53 (55 f.)
72 *Remmert*, JZ 2005, 53 (58); *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 82.
73 *Baßlsperger*, Der Funktionsvorbehalt im Beamtenrecht, Blogeintrag vom 22.10.2012.
74 *Günther*, DÖV 2012, 678 (682).
75 BVerfG, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57 – BVerfGE 7, 155, 162, juris Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Eine Definition des Beamten an sich gibt unsere Rechtsordnung nicht her, vielmehr hängt es vom jeweiligen Blickwinkel ab, was unter einem Beamten zu verstehen ist. Ausgehend davon wird der Beamte im staats- bzw. statusrechtlichen, haftungsrechtlichen sowie strafrechtlichen Sinn unterschieden.[76] Für das Beamtenrecht maßgeblich ist der staatsrechtliche Beamtenbegriff, nach dem zusammengefasst ein Beamter jede Person ist, der zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts mit Dienstherrenfähigkeit in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis steht.[77] Es handelt sich dabei um ein Subordinationsverhältnis, in dem der Beamte und der Dienstherr sich in einem hierarchischen Verhältnis gegenüberstehen, und das ausschließlich öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten begründet – im Gegensatz zum Arbeitsverhältnis der im öffentlichen Dienst Beschäftigten, das sich nach den Vorschriften des BGB richtet.[78] Dort tritt der Träger öffentlicher Gewalt als Arbeitgeber und nicht als Dienstherr auf, was zur Folge hat, dass diese Rechtsbeziehung durch Arbeits- und Tarifverträge gestaltet wird, wohingegen die Gestaltung des Beamtenverhältnisses gesetzlich festgelegt ist (Formenstrenge) und durch Verwaltungsakt, nicht durch Vertrag begründet wird.[79]

Das Dienstverhältnis beschreibt eine dienende Beziehung des Beamten zu einem Organ eines Gemeinwesens, wobei er der Weisungsbefugnis und Disziplinargewalt des Dienstherrn untersteht; das Treueverhältnis drückt eine verstärkte Loyalität des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn aus, der sich wiederum zum Beamten in einer besonderen Fürsorgepflicht befindet.[80]

Vor der Einordnung des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis erachtete man es als ein besonderes Gewaltverhältnis ohne jedwede rechtliche Ausgestaltung.[81] Die Konsequenz dessen war, dass der Beamte in seiner Wahrnehmung von Rechtsschutz und Grundrechten beschnitten wurde und der Vorbehalt

76 Hier und im Folgenden *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 75 ff.
77 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 39.
78 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 40.
79 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 99.
80 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 141, 143.
81 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 99 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

des Gesetzes bei ihn belastenden Rechtsakten keine Anwendung fand, da man die Abhängigkeit des Beamten von der Gewalt des Dienstherrn als Grundlage für nachteilige Maßnahmen ausreichen ließ. Indem die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis aufgegeben wurde, wurde dem Charakter beamtenrechtlicher Entscheidungen zu rechtlicher Relevanz verholfen. Durch die Bezeichnung als „besonderes" Gewaltverhältnis suchte man vor allen Dingen, dieses vom „allgemeinen" Gewaltverhältnis abzugrenzen, womit nichts anderes gemeint ist als das Verhältnis zwischen Bürgern und Staat.[82] Der Abkehr von dieser Ansicht ist schon allein deshalb zuzustimmen, da es sich wegen Art. 1 Abs. 3 GG verbietet, den Vorbehalt des Gesetzes im Beamtenverhältnis unangewendet zu lassen.[83]

Zusammengefasst dient das Beamtenverhältnis der Verwaltung eines Amtes und konstituiert ein Amtswalterverhältnis zwischen dem Beamten und dem Träger der öffentlichen Verwaltung, innerhalb dessen der Beamte damit betraut wird, die ihm in diesem Rahmen anvertrauten Aufgaben zu erfüllen.[84]

Der Inhalt des Beamtenverhältnisses wird maßgeblich durch die Rechte und Pflichten des Beamten gegenüber dem Dienstherrn festgelegt.[85] Durch die Pflichten des Beamten wird vor allem dessen dienstliches Verhalten angesprochen, wodurch eine effiziente Amtsführung und Aufgabenerledigung erreicht sowie das Vertrauen des Bürgers in das Beamtentum und folglich auch den Staat gestärkt werden soll.[86] Am bedeutsamsten darunter ist die aus Art. 33 Abs. 4 GG erwachsene gegenseitige Treuepflicht zwischen Dienstherrn und Beamten.[87] Innerhalb dieser Treuepflicht ist der Dienstherr dem Beamten zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, was auch von den einfachen Gesetzen in den §§ 3, 34 BeamtStG, § 78 BBG explizit aufgenommen wurde.[88] Unter diese Fürsorgepflicht zählt beispielsweise das von den hergebrachten Grund-sätzen des Berufsbeamtentums umfasste Alimentations-

82 Schoch (Hrsg.)/*Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 683 Rn. 49.
83 Schoch (Hrsg.)/*Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 684 Rn. 50.
84 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 179.
85 Schoch (Hrsg.)/*Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 714 Rn. 130.
86 Schoch (Hrsg.)/*Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 715 Rn. 131.
87 BVerwG, Urt. v. 27.06.1961 – II C 75.59 – BVerwGE 12, 273; DÖV 1961, 901.
88 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 117.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

prinzip, das dem Dienstherrn die Pflicht zur Zahlung eines angemessenen Unterhalts an den Beamten auferlegt.[89] Demgegenüber verpflichtet sich der Beamte zur vollständigen Indienststellung seiner Arbeitskraft in das Dienstverhältnis zum Wohle der Allgemeinheit, und zwar grundsätzlich auf Lebenszeit.[90] Darüber hinaus sehen die Beamtengesetze eine ganze Reihe anderer Pflichten vor, die von den Beamten einzuhalten sind. Aus der Vorschrift über die Grundpflichten im Beamtenverhältnis (§ 60 BBG, § 33 BeamtStG) ergibt sich die Pflicht zum Dienst am Volke, zur unparteiischen und gerechten Amtsführung, sowie zum Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung sowie zur Mäßigung und Zurückhaltung bei politischer Betätigung. Beamte sind zur Verschwiegenheit verpflichtet über dienstliche Angelegenheiten, die ihnen bei oder bei Gelegenheit ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt wurden, § 67 BBG, § 37 BeamtStG, und sie haben sich mit vollem persönlichem Einsatz ihrem Beruf zu widmen, § 61 Abs. 1 S. 1 BBG, § 34 S. 1 BeamtStG, wozu grundsätzlich auch die Verpflichtung zählt, sich gesund und damit dienstfähig zu halten.[91] Im Falle einer Erkrankung des Beamten, die zur Dienstunfähigkeit führt, wird die nicht erfüllbare Pflicht zur Dienstleistung durch die Pflicht ersetzt, sich soweit möglich und zumutbar für seine Gesunderhaltung bzw. die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit einzusetzen.[92] Insofern handelt es sich bei der Gesundheit des Beamten um einen Aspekt, der nicht nur im Rahmen des Zugangs zum Amt relevant wird, sondern auch während und gar nach Beendigung des Beamtenverhältnisses Bedeutsamkeit entfaltet, wie die ausführlichen Regelungen über die Dienstunfähigkeit bzw. die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit untermalen, §§ 44 ff. BBG, §§ 26 ff. BeamtStG.

89 BVerfG, Urt. v. 06.03.2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 348, juris Rn. 57. Siehe dazu sogleich in Teil 2 Abschn. C Kap. II „Lebenszeit- und Alimentationsprinzip."

90 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 144 f.

91 BVerwG, Urt. v. 09.01.1980 – 1 D 40/79 – BVerwGE 63, 322, 324, juris Rn. 11.

92 BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 2 A 2/12 – BVerwGE 147, 127, 131 f., juris Rn. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

C. Der Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG

Art. 33 Abs. 4 GG statuiert, wie gesehen, die Notwendigkeit eines Beamtenkörpers, ohne jedoch weiter auf die nähere innere Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses einzugehen; um diese nicht dem Gutbefinden des einfachen Gesetzgeber anheim zu stellen, konstituiert Art. 33 Abs. 5 GG die inhaltliche Ausformung des Beamtenverhältnisses.[93] Daraus folgt, dass die Abs. 4 und 5 des Art. 33 GG erst dann vollständig Sinn ergeben, wenn man sie miteinander in Zusammenhang bringt. Aus diesem Zusammenhang zwischen Funktionsvorbehalt und der Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Rahmen der Regelung des öffentlichen Dienstes resultiert die Entscheidung für ein institutionell garantiertes Berufsbeamtentum,[94] was den Zweck verfolgt, den Staat funktionsfähig zu halten und seine Entscheidungen durchsetzen zu können.[95] Somit sind für den Charakter des Beamtenverhältnisses und seine inhaltliche Gestaltung die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums maßgeblich, da sie dessen Funktion und Wesen zur Geltung bringen.[96] Die für die gesundheitliche Eignung bedeutsamen hergebrachten Grundsätze sind das Leistungsprinzip, das Lebenszeit- und das Alimentationsprinzip.

I. Leistungsprinzip

Das Leistungsprinzip besagt, dass die Auswahl des Beamtenbewerbers ausschließlich anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zu erfolgen hat,[97] und

93 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 240.

94 *Günther*, DÖV 2012, 678 (682), der davon ausgeht, dass Abs. 4 und 5 nicht trennscharf unterschiedliche Fragen über das „Ob" und „Wie" des Berufsbeamtentums beantwortet (so aber bspw. *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 41; *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 240), sondern dass beide Bereiche sich überschneiden.

95 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 66.

96 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 50.

97 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zwar sowohl bei der Einstellung als auch bei der Beförderung.[98] Es handelt sich bei diesem Prinzip um den einzigen hergebrachten Grundsatz, der explizit im Grundgesetz Erwähnung gefunden hat; darüber hinaus beweist Art. 128 Abs. 1 WRV[99] seine Existenz schon seit der Weimarer Reichsverfassung, wenn auch nicht in der heutigen Form.[100]

Der Inhalt und der Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG haben sowohl eine staatsorganisationsrechtliche als auch eine grundrechtsgleiche Stoßrichtung.[101] In staatsorganisationsrechtlicher Hinsicht schützt das Leistungsprinzip das öffentliche Interesse an einer bestmöglichen Stellenbesetzung;[102] darüber hinaus dient es dem Interesse des Stellenbewerbers an seinem beruflichen Fortkommen, indem es ein subjektives Recht auf eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung begründet.[103] Wann ein Bewerber am besten geeignet ist, unterliegt freilich der Gewichtung der jeweiligen Merkmale der Kriterientrias.[104] Aber auch unter der Berücksichtigung des Interesses an einer besonders sachkundigen und loyalen Verwaltung sowie an einer gerechten Auswahlentscheidung, drängt es sich nicht unbedingt auf, dass „am besten geeignet" auch „gesund" heißen soll. Dennoch ist allgemein anerkannt, dass unter Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG eine körperliche, psychische und auch charakterliche Eignung gefasst werden soll.[105] Art. 33 Abs. 2 GG ist somit der Anknüpfungspunkt für die gesundheitliche Eignung schlechthin.

98 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 191. A.A. *v. Roetteken*, ZBR 2017, 145 (151), demzufolge Art. 33 Abs. 2 GG nur für den (erstmaligen) „Zutritt zur Beamtenschaft" gelte.

99 Die Verfassung des Deutschen Reichs, „Weimarer Reichsverfassung" vom 11. August 1919.

100 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 43.

101 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 2. Siehe zur historischen Auslegung des Leistungsgrundsatzes unter Teil 3 Abschn. B Kap. III.2.c „Historische Auslegung".

102 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 26.

103 BVerfG, Beschl. v. 08.10.2007 – 2 BvR 1846/07, 1853/07, 2 BvQ 32, 33/07 – NVwZ 2008, 69, juris Rn. 13.

104 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 251 f., juris Rn. 29.

105 St. Rspr, vgl. statt vieler BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 54. Siehe zur charakterlichen Eignung eines Bewerbers BVerwG, Beschl. v. 20.07.2016 – 2 B 17/16 – NVwZ-RR 2016, 831, 833. Danach stellt die charakterliche Eignung eines Einstellungsbewerbers ist einen Unterfall der per-

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

II. Lebenszeit- und Alimentationsprinzip

Hintergrund dafür, dass die gesundheitliche Eignung im Beamtenverhältnis eine so übergeordnete Rolle spielt, sind zwei wesentliche Prinzipien des Beamtenverhältnisses: das Lebenszeit- und das Alimentationsprinzip. Es handelt sich bei ihnen um zwei hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG.[106]

Das Lebenszeitprinzip beschreibt den Grundsatz, dass das Beamtenverhältnis grundsätzlich stets auf Lebenszeit und außerdem als hauptberufliche Tätigkeit angelegt ist, um das Interesse der Allgemeinheit an der Unabhängigkeit, Leistungsfähigkeit und Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung zu wahren.[107] Nur dies ist von der institutionellen Garantie des Art. 33 Abs. 5 GG umfasst, im Gegensatz zum Typus des Teilzeitbeamten.[108] Dadurch soll verhindert werden, dass ein Beamter zu lukrativen Nebentätigkeiten hingerissen wird und durch ein mögliches Konterkarieren der Gesetzesbindung der öffentlichen Verwaltung die Unabhängigkeit der Beamtenschaft zu gefährden droht.[109] Aus diesem Grund der wirtschaftlichen Unabhängigkeit[110] und aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn erwachsend ist jener zum lebenslangen amtsangemessenen, also dem Dienstrang entsprechenden Unterhalt des Beamten und dessen Familie verpflichtet.[111]

Der Beamte, so das BVerfG, müsse über ein Nettoeinkommen verfügen, das seine rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit und Unab-

---

sönlichen Eignung des Beamten dar. Hierfür ist die prognostische Einschätzung entscheidend, inwieweit der Bewerber der von ihm zu fordernden Loyalität, Aufrichtigkeit, Zuverlässigkeit, Fähigkeit zur Zusammenarbeit und Dienstauffassung gerecht werden wird.

106 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 71.

107 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 67.

108 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Pieroth*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 47.

109 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 43.1: Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse sind zwar möglich, aber an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Eine unfreiwillige Teilzeitbeschäftigung führt laut BVerfG zu einem Verstoß gegen die verfassungsrechtlich geschützten Strukturprinzipien der Hauptberuflichkeit und der Alimentation, BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 265 f. juris Rn. 62.

110 BVerfG, Beschl. v. 30.03.1977 – 2 BvR 1039/75 – BVerfGE, 44, 249, 265, juris Rn. 42.

111 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 165.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hängigkeit gewährleiste und ihm über die Befriedigung der Grundbedürfnisse hinaus einen seinem Amt angemessenen Lebenskomfort ermögliche.[112] Diese Überlegungen werden mit dem Begriff des Alimentationsprinzips zusammen gefasst. Das Alimentationsprinzip und das Lebenszeitprinzip korrelieren im Ergebnis miteinander: Der Beamte verpflichtet sich zum vollen Einsatz für den Dienstherrn, und zwar grundsätzlich sein Leben lang, wofür er und seine Familie vom Dienstherrn finanziell abgesichert werden.[113]

Aus diesen Grundsätzen erwächst die Verpflichtung des Dienstherrn zur lebenslangen Versorgung eines Beamten auch im Ruhestand, weshalb ersterer ein Interesse daran hat, dass Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit in einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis zueinander stehen.[114] Was ausgewogen in diesem Sinne bedeutet bzw. wann die Dienstzeit angemessen ist und den späteren Bezug einer Altersversorgung erlaubt, bekundet nach Aussage des BVerwG der Gesetzgeber einerseits durch die Festlegung der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung und andererseits mit der Altersgrenze für den Ruhestandseintritt. Ein Ruhestandseintritt vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze würde dieses als angemessen erachtete Verhältnis aus dem Gleichgewicht bringen, da der Beamte für seine Altersversorgung – salopp formuliert – zu wenig geleistet hätte und dem Dienstherr in Konsequenz zu hohe Kosten verursachen würde.

Ausfluss beider Prinzipien ist deshalb das Aufstellen einer Prognose im Hinblick auf die Dienstfähigkeit des Beamten bis zum Eintritt der gesetzlichen Altersgrenze, mit dem Zweck der Vorhersage, ob er vor Erreichen dieser Altersgrenze vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden muss.[115] Für den Beamten, der in ein Beamtenverhältnis berufen werden soll, ist das Erfüllen dieser Prognose ein wesentlicher Faktor für den Zugang zum öffentlichen Amt im Beamtenverhältnis. Denn aufgrund des Lebenszeitprinzips und der Alimentationspflicht

112 Auch nachfolgend BVerfG, Urt. v. 06.03.2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 350, juris Rn. 61.

113 *Kenntner*, ZBR 2015, 181 (181).

114 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15 f.

115 Auch im Folgenden BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

des Dienstherrn darf dieser überprüfen, ob der Bewerber in gesundheitlicher Hinsicht die Anforderungen an das Amt und an die Amtszeit erfüllen kann.[116]

D. Finanzierung des Beamtentums

Eine große Rolle spielt im Rahmen der Problematik um die gesundheitliche Eignung das Argument der Finanzierung des Berufsbeamtentums. So können Verbeamtungen bzw. Entbeamtungen wegen einzusparender Sozialleistungen bzw. aufzubringenden Pensionskosten durchaus einer haushaltspolitischen Motivation unterliegen.[117] Der Grund dafür ist das bereits angesprochene Alimentationsprinzip, das den Dienstherrn dazu verpflichtet, für den Beamten zu sorgen, und zwar ein Leben lang. Dieser Faktor ist so substantiell, dass dem Interesse des Dienstherrn an einem ausgeglichenen Verhältnis von aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit durch das BVerwG gar Verfassungsrang zugesprochen wird.[118] Dies erhält umso mehr Bedeutung, als die Notwendigkeit einer „Symmetrie von Dienst- und Versorgungszeiten", die demographische Entwicklung und eine fiskalische Schieflage den Anspruch des Beamten auf amtsangemessene Alimentation nicht unterlaufen können; der Schutzzweck des Art. 33 Abs. 5 GG kann folglich nicht durch die Finanzpolitik des einfachen Gesetzgebers sabotiert werden.[119] Das heißt, der Dienstherr ist unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der öffentlichen Hand zu einer entsprechenden Besoldung und Versorgung des Beamten mit Mitteln der Staatskasse verpflichtet.

Wenn das BVerwG also darauf hinweist, dass die Versorgungslast der pensionierten Beamten im Gegensatz zum umlagefinanzierten Rentenversicherungssystem in vollem Umfang aus dem Haushalt der Anstellungskörperschaft finanziert werde und ein angemessenes Ver-

116 BVerfG, Beschl. v. 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07 – NVwZ 2009, 389, juris Rn. 11.
117 Hömig (Hrsg.)/*Bergmann*, Art. 33 GG, Rn. 9; *Pragal*, Berliner Zeitung vom 20.08.01; *Raabe*, Hamburger Abendblatt vom 04.08.2006.
118 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.
119 BVerfG, Beschl. v. 20.03.2007 – 2 BvL 11/04 – BVerfGE 117, 372, 388, juris Rn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast deshalb bei Beamten besonderes Gewicht habe, weshalb es zu vermeiden gelte, dass dem Dienstherrn die Arbeitskraft des Beamten zu früh verloren gehe,[120] dann geht es bei der gesundheitlichen Eignung in der Konsequenz maßgeblich um die Kontrolle einer wirtschaftlich nachhaltigen Verbeamtung. Aus diesem Grund sollen nachfolgend die Grundzüge der Beamtenbesoldung und –versorgung skizziert werden.

I. Grundzüge der Beamtenbesoldung und –versorgung

Der Anspruch der Besoldung und der Versorgung nicht nur des Beamten, sondern auch seiner Angehörigen wird durch das Alimentationsprinzip begründet.[121] Anders als im synallagmatischen Arbeitsverhältnis stellt die Besoldung keine Entlohnung des Dienstherrn an den Beamten für dessen Einsatz dar, sondern ist Ausfluss seiner Fürsorgepflicht im Gegenzug für die lebenslange Hingabe des Beamten im Dienste des Staates.[122]

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Verfassungsrechtliche Grundlagen für die Besoldung und Versorgung der Beamten finden sich in den Art. 33 Abs. 4 und 5, Art. 72 Abs. 1, Art. 73 Nr. 8 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG.[123] Mit der am 01.09.2006 in Kraft getretenen Föderalismusreform[124] erfuhr das Grundgesetz eine neue Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern. Hintergrund war das Ziel, die bundesstaatliche Ordnung zu modernisieren und Zuständigkeiten zu „entflechten", um somit Bund und Ländern zu mehr Eigenständigkeit zu verhelfen sowie öffentlichen Ausgaben mehr Effizienz zu verleihen.[125] Im Bereich des Beamten-

120 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., 258, juris Rn. 15, 50.
121 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Pieroth*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 53.
122 BVerwG, Urt. v. 23.09.2004 – 2 C 61/03 – BVerwGE 122, 65, 70 f., juris Rn. 22.
123 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 662.
124 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034.
125 BT-Drucks. 16/813, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rechts fiel die Stärkung der Gesetzgebungskompetenz zu Gunsten der Länder aus.[126]

Art. 74 a GG a.F. schrieb dem Bund vormals die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Besoldung und Versorgung auch der Landesbeamten zu. Im Rahmen der Föderalismusreform wurde Art. 74a GG a.F. gestrichen, sodass nun gemäß Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 27 GG die Kompetenz für das Besoldungs- und Versorgungsrecht der Landes- und Kommunalbeamten bei den jeweiligen Ländern liegt.[127] Denn durch Art. 74a GG a.F. war dem Bund aufgrund Gesetzes vom 18.03.1971 die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zur Regelung der Besoldung und Versorgung der Landesbeamten und Landesrichter übertragen worden, die aber nun durch die explizite Ausnahme in Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG wieder in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder zurück fällt.[128] Laufbahnen, Besoldung und Versorgung werden nun weder von Art. 73 Abs. 1 GG noch von Art. 74 Abs. 1 GG erfasst, sodass es konsequenterweise bei Art. 70 Abs. 1 GG bleibt: „Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht." Nahezu alle Bundesländer machten bislang von ihrer Rechtsetzungskompetenz Gebrauch, zumindest indem sie das bisher bestehende Bundesrecht in eigenes Landesrecht überführten und mit kleinen Änderungen versahen, die sich vor allem in der Höhe der Auszahlung bemerkbar machten.[129] Größere Unterschiede ergaben sich aber durch den Erlass vieler Landesgesetze im Laufbahnrecht.[130] Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beschränkt sich in diesem Bereich folglich nunmehr auf die Bundesbeamten, Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG.[131]

126 *Degenhart*, NVwZ 2006, 1209 (1209).

127 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 663.

128 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 1 Rn. 2

129 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 663, 734. Siehe dazu BVerfG, Urt. v. 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 – BVerfGE 139, 64, 120, juris Rn. 115 ff., BVerfG, Beschl. v. 17.11.2015 – 2 BvL 19/09 – BVerfGE 140, 240-316, wonach zu große Besoldungsunterschiede eine verfassungswidrige Unteralimentation darstellen können. Konkret ging es in diesen Entscheidungen um das LBesG Sachsen-Anhalt 2005 bzw. um das LBesG des Landes Sachsen, dessen entsprechende Vorschriften das BVerfG als mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar ansah.

130 Übersicht über landesrechtliche Vorschriften der Laufbahnen bei *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 2 Rn. 20 ff.

131 *Leppek*, ZBR 2010, 397 (239), *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 239.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Darüber hinaus wurde die Rahmengesetzgebung abgeschafft.[132] Die früher in dieser Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes angesiedelten Materien der Art. 75 Abs. 1 S. 1 GG a.F. und Art. 98 Abs. 3 S. 2 GG a.F. wurden – auf die Statusrechte und -pflichten beschränkt – in die konkurrierende Gesetzgebung eingegliedert, für deren Wahrnehmung durch den Bund die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG n.F. allerdings keine Rolle spielt.[133] Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG erstreckt sich folglich nunmehr auf „die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung." Zu den Statusrechten und –pflichten zählen unter anderem Vorschriften über die Begründung, die Arten, die Dauer und Beendigung des Dienstverhältnisses, wesentliche Rechte und statusprägende Pflichten sowie Bestimmungen über die Dienstherrenfähigkeit.[134] Darauf basierend erging das BeamtStG.

Die Übergangsbestimmungen sind unter anderem Art. 125a GG zu entnehmen.[135] In dessen Abs. 1 finden sich die Bestimmungen wieder, durch die die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen neu zugewiesen wurden.[136] Art. 125a Abs. 1 GG besagt, dass Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen der Änderung der gerade angesprochenen Bestimmungen – Änderung des Art. 74 Abs. 1, Einfügung von Art. 84 Abs. 1 S. 7, 85 Abs. 1 S. 2, 105 Abs. 2a S. 2 oder wegen der Aufhebung der Art. 74a, 75 und 98 Abs. 3 S. 2 GG – nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, als Bundesrecht fort gilt, solange es nicht durch Landesrecht ersetzt wird. Als Beispiel für ein solches Bundesgesetz lässt sich das Bundesrechtsrahmengesetz[137] anführen: Das Inkrafttreten des BeamtStG hatte die fast vollständige Außerkraftset-

132 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 1 Rn. 1
133 BT-Drucks. 16/813, S. 14.
134 BT-Drucks. 16/813, S. 14.
135 BGBl. I 2006 S. 2037.
136 BT-Drucks. 16/813, S. 20.
137 Beamtenrechtsrahmengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. März 1999 (BGBl. I S. 654), das zuletzt durch Artikel 15 Absatz 14 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 1 des Gesetzes vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228) geändert worden ist. Im Folgenden abgekürzt mit „BRRG".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zung des BRRG zur Folge,[138] dem wegen des Wegfalls der Rahmengesetzgebungskompetenz des Art. 75 Abs. 1 S. 1 GG a.F. die gesetzliche Grundlage entzogen wurde; diese Rahmenkompetenz hatte den Ländern vorgegeben, sich beim Erlass der Landesbeamtengesetze am BRRG zu orientieren.[139] Soweit ein Rechtsbereich vom BeamtStG nicht abgedeckt wird, gilt das jeweilige Landesbeamtengesetz.[140] Neu eingefügt wurde auch Art. 125b GG[141] für als Bundesrecht erlassenes und als solches fortgeltendes Recht.[142] Diese Vorschrift normiert Übergangsregelungen für Bundesrecht, das aufgrund des im Rahmen der Föderalismusreform abgeschafften Art. 75 a.F. GG erlassen worden war, und das auch nach der Änderung des Grundgesetzes durch die Föderalismusreform noch als Bundesrecht erlassen werden kann.[143] Darüber hinaus finden sich in Art. 125b GG Übergangsregelungen über die Befugnis der Länder, von bundesgesetzlichen Regelungen abzuweichen, die aufgrund von Art. 84 Abs. 1 a.F. erlassen worden waren.[144]

2. Ruhegehalt

Versorgung meint diejenigen Leistungen, die der Beamte und seine Familie lebenslänglich erhalten, wenn er aus dem aktiven Dienst ausscheidet und in den Ruhestand tritt.[145]

Ein bedeutsamer Bestandteil der Beamtenversorgung ist das Ruhegehalt, § 2 Nr. 1 Alt. 1 BeamtVG.[146] Das Interesse des Dienstherrn an einer möglichst langen Dienstzeit des Beamten manifestiert sich schon in den Regelungen der Beamtenversorgung,[147] denn bereits nach Ableisten

138 BeckOK GG/*Seiler*, Art. 74 GG, Rn. 98.3
139 BR-Drucks. 780/06, S. 1
140 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 1 Rn. 15.
141 Vorschrift eingefügt durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034).
142 BeckOK GG/*Seiler*, Art. 74 GG, Rn. 97.
143 Hömig/Wolff (Hrsg.)/*Schnapauff*, Art. 125b GG, Rn. 1.
144 Hömig/Wolff (Hrsg.)/*Schnapauff*, Art. 125b GG, Rn. 1
145 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 735.
146 Beamtenversorgungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 150 das durch Artikel 11 des Gesetzes vom 8. Juni 2017 (BGBl. I S. 1570) geändert worden ist.
147 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Lümmen*, Berufung in ein Beamtenverhältnis und Dienstfähigkeit, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einer fünfjährigen Dienstzeit steht dem Beamten ein Anspruch auf Ruhegehalt zu, § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeamtVG. Dessen Höhe ist allerdings abhängig von der ruhegehaltsfähigen Dienstzeit, § 4 Abs. 3, § 6 BeamtVG, sowie von den ruhegehaltsfähigen Dienstbezügen, § 4 Abs. 3, § 5 BeamtVG. Darüber hinaus verlangt § 5 Abs. 3 S. 1 BeamtVG das Innehaben eines Amtes über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren, um die entsprechenden Bezüge dem Ruhegehalt zugrunde legen zu können. Hatte der Beamte das Amt nicht mindestens zwei Jahre inne, so sind nur die dem vorher bekleideten Amt entsprechenden Bezüge ruhegehaltsfähig. Dadurch soll eine Belastung des Haushalts durch kurz vor Ruhestandseintritt ausgesprochene Beförderungen vermieden und dem Beförderten Gelegenheit gegeben werden, dem neuen Amt durch eine entsprechende Leistung Rechnung zu tragen.[148]

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeamtVG bedarf es der fünfjährigen Mindestdienstzeit nicht, wenn der Beamte infolge Krankheit, Verwundung oder sonstiger Beschädigung, die er sich ohne grobes Verschulden bei Ausübung oder aus Veranlassung des Dienstes zugezogen hat, dienstunfähig geworden ist. In anderen Fällen der Nichterfüllung dieser Wartezeit erfolgt anstelle der Versetzung in den Ruhestand die Entlassung des Beamten, § 32 Abs. 1 Nr. 2 BBG, § 22 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG. In einem solchen Fall ist der Beamte gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI[149] in der gesetzlichen Rentenversicherung nachzuversichern.

Im Falle einer begrenzten Dienstfähigkeit gelten als ruhegehaltfähige Dienstbezüge diejenigen vollen ruhegehaltfähigen Dienstbezüge, die dem letzten Amt entsprechen, § 5 Abs. 1 S. 3 BeamtVG. Eine begrenzte Dienstfähigkeit liegt nach § 45 Abs. 1 S. 1 BBG, § 27 Abs. 1 BeamtStG vor, wenn der Beamte unter Beibehaltung des übertragenen Amtes die Dienstpflichten noch während mindestens der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit erfüllen kann.

Erreicht der Beamte die Regelaltersgrenze wegen Dienstunfähigkeit nicht, ohne dass diese auf einem Dienstunfall beruht, wird für seine

148 BVerfG, Beschl. v. 20.03.2007 – 2 BvL 11/04 – BVerfGE 117, 372, 383, juris Rn 48 f.

149 Das Sechste Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 (BGBl. I S. 754, 1404, 3384), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2575) geändert worden ist.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Versorgung die erreichte Besoldungsstufe zugrunde gelegt.[150] Wurde die Dienstunfähigkeit hingegen durch einen Dienstunfall hervorgerufen, so ist für das Grundgehalt diejenige Besoldungsstufe maßgeblich, die er bis zum Eintritt in den Ruhestand wegen Erreichens der Altersgrenze hätte erreichen können, § 5 Abs. 2 BeamtVG.

Bereits ab dem Zeitpunkt, ab dem der Beamte erstmalig Anspruch auf Ruhegehalt hat, beträgt gemäß § 14 Abs. 4 S. BeamtVG die Höhe dieses Ruhegehalts 35 % der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge, obwohl gemäß § 14 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BeamtVG das Ruhegehalt für jedes Jahr der ruhegehaltsfähigen Dienstzeit 1,79375 % der ruhegehaltfähigen Dienstbezüge beträgt. Daraus ergibt sich, dass der Beamte rechnerisch erst nach 19,51 Jahren das Mindestruhegehalt von 35 % erdient; das volle Ruhegehalt von 71,75 % der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge gar erst nach 40 Jahren, § 14 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BeamtVG.[151] Wird der Beamte vor Erreichen der 19,51 Dienstjahre dienstunfähig, erhält er somit trotzdem das Mindestruhegehalt von 35 %, auch ohne die dafür vorgesehenen Dienstjahre absolviert zu haben.[152] Nach dieser Rechnung wäre dann die Versorgungslast des Dienstherrn überproportional zum geleisteten Dienst des Beamten.[153]

Jedenfalls insofern ist es nachvollziehbar, dass das BVerwG zur Argumentation der Berechtigung einer gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium die „Versorgungsleistungen im Ruhestand" bzw. die „Versorgungslast der pensionierten Beamten" heranzieht und dem „angemessenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast ein besonderes Gewicht verleiht.[154]

3. Nachversicherung und Altersgeld

Hat der Beamte keine Ansprüche auf Versorgung, muss er nachversichert werden, und zwar auch dann, wenn er seine Beamtenrechte ver-

150 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 742 f.
151 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (90).
152 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 252.
153 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (90).
154 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 257 f., juris Rn. 47, 50. Siehe eingehend dazu unter Teil 6 Abschn. D Kap. II.3 „Ziel der sparsamen Haushaltsführung und Verbot der Neuverschuldung".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

liert oder er aus dem Beamtenverhältnis enthoben wird bzw. wenn die Ernennung nichtig ist oder zurückgenommen wurde.[155]

Die Nachversicherung erstreckt sich auf den Zeitraum, in dem die Versicherungsfreiheit oder die Befreiung von der Versicherungspflicht vorgelegen hat, § 8 Abs. 2 S. 2 SGB VI. Maßgeblich ist mithin die Zeit, während derer für den Beamten ansonsten in der gesetzlichen Rentenversicherung eine Versicherungspflicht bestanden hätte; eine Nachversicherung entfällt, wenn statt einer Versorgung eine Abfindung gezahlt wurde.[156]

In Anwendung des § 181 Abs. 5 S. 1 SGB VI muss für die an die gesetzliche Rentenversicherung zu entrichtenden Beiträge der Dienstherr aufkommen, und zwar sowohl für den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil.[157] Das bedeutet, dass der Dienstherr desto mehr Kosten für die Nachversicherung aufbringen muss, je später der Beamte aus dem Beamtenverhältnis ausscheidet.[158]

Anstelle einer Nachversicherung tritt in manchen Bundesländern das Altersgeld, wenn ein Beamter auf Antrag aus dem Beamtenverhältnis ausscheidet und er eine altersgeldfähige Dienstzeit von mindestens fünf Jahren zurückgelegt hat.[159] In diesen Bundesländern wurde die Nachversicherung abgeschafft.[160] Darüber hinaus hat auch der Bund im Altersgeld eine Alternative für die Nachversicherung gesehen und im Jahr 2013 das Altersgeldgesetz (AltGG)[161] verabschiedet. Durch die Zahlung von Altersgeld soll die Mobilität und Flexibilität von Beamten erhöht werden, indem die wirtschaftlichen Nachteile abgebaut werden, mit der Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung ver-

155 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 736. Siehe zu den Folgen einer fehlerhaften Ernennung Teil 4 Abschn. D Kap. II „Fehlerhafte Ernennung bei gesundheitlicher Nichteignung".

156 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 737.

157 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 737.

158 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Lümmen*, Berufung in ein Beamtenverhältnis und Dienstfähigkeit, S. 74

159 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 738. Vgl. §§ 81 ff. NBeamtVG; §§ 84 ff. LBeamtVG BW; §§ 76, 77 HBeamtVG, §§ 92 ff. SächsBeamtVG, §§ 89a ff. HmbBeamtVG, §§ 83 ff. BremBeamtVG.

160 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 737.

161 Altersgeldgesetz vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3386), das durch Artikel 32 des Gesetzes vom 29. März 2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

bunden sind.[162] Denn der Rentenanspruch eines aus dem Beamtenverhältnis vorzeitig ausscheidenden Beamten fällt deutlich geringer aus als der Versorgungsanspruch, den der Beamte für denselben Zeitraum erhielte, wenn er im Beamtenverhältnis bliebe.[163]

Bedeutsam wird die gesundheitlichen Eignung des Beamten bzw. ihre prognostische Beurteilung für den Dienstherrn also auch hinsichtlich einer möglichen Nachversicherung des Beamten in der gesetzlichen Rentenversicherung, falls dieser aus gesundheitlichen Gründen aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden muss.[164]

4. Dienstunfähigkeit

Nach der vom BVerwG vorgenommenen Definition der gesundheitlichen Eignung ist diese zu verneinen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird.[165] Die Überprüfung der gesundheitlichen Eignung vor einer Verbeamtung dient somit dem Versuch der Verhinderung des verfrühten Eintritts in den Ruhestand aus gesundheitlichen Gründen bzw. der Vorbeugung, einen „risikobehafteten" Bewerber überhaupt erst zu verbeamten. Sie ist damit eine Konsequenz der Befürchtung einer vorzeitigen Dienstunfähigkeit als Versorgungsfall. Ganz offen geht das BVerwG damit um, indem es dem Interesse des Dienstherrn an einer Harmonie zwischen Dienstzeit und Ruhestandszeit verfassungsrechtlichen Rang verleiht.[166] Die Stärkung des Grundsatzes „Rehabilitation vor Versorgung" wurde darüber hinaus eigens als Begründung für die Neufassung des BBG angeführt.[167]

Versorgungsrechtlich wird genauestens unterschieden, wann der Beamte dienstunfähig wurde – ob während des Beamtenverhältnisses auf Probe (z.B. § 15, § 15a Abs. 5 BeamtVG) oder erst nach der Berufung ins Beamtenverhältnis auf Lebenszeit – bzw. unter welchen Um-

162 BT-Drucks. 17/12479, S. 11.
163 BT-Drucks. 17/12479, S. 11.
164 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Lümmen*, Berufung in ein Beamtenverhältnis und Dienstfähigkeit, S. 74.
165 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 16.
166 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.
167 Auch nachfolgend BT-Drucks. 16/7076, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ständen, nämlich durch einen Dienstunfall bzw. in Ausübung des Dienstes (z.B. § 4 Abs. 1 Nr. 2, § 5 Abs. 2, §§ 30 ff. BeamtVG) oder anderweitig (z.B. § 14 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BeamtVG), sowie in welchem Lebensalter (z.B. § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BeamtVG).

Je nach Zeitpunkt und Umstand des Eintritts der Dienstunfähigkeit bzw. dem sich danach anschließenden Eintritt in den Ruhestand muss der Beamte Abzüge seines Ruhegehaltes hinnehmen. So mindert sich dieses beispielsweise nach Maßgabe des § 14 Abs. 3 S. 1, 1. Hs., Nr. 3 BeamtVG grundsätzlich um 3,6 % pro Jahr, um das der Beamte vor Ablauf des Monats, in dem er das 65. Lebensjahr vollendet, wegen Dienstunfähigkeit, die nicht auf einem Dienstunfall beruht, in den Ruhestand versetzt wird. Diese Abschläge dürfen jedoch in Summe 10,8 % nicht übersteigen, Hs. 2. Eine Abweichung hinsichtlich der Altersgrenze findet sich in S. 3; eine Ausnahme der Verminderung des Ruhegehaltes für Fälle der Nr. 3 in S. 6.

Ziel dieser differenzierten Regelungen ist das Bestreben nach Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit in der Beamtenversorgung sowie ihre langfristige Sicherung.[168] Der Bund orientierte sich bei der Neufassung des BeamtVG an den Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung, um auch bei der Beamtenversorgung die demographische Entwicklung durch Anhebung der Regelaltersgrenzen zu berücksichtigen und die Finanzierungsgrundlage des Berufsbeamtentums zu stärken.[169]

Um Frühpensionierungen zu vermeiden, soll vor einer Versetzung in den Ruhestand eine anderweitige Verwendung des Beamten geprüft werden. In einem solchen Fall ist der Beamte verpflichtet, sich durch entsprechende Qualifizierungsmaßnahmen die für diese Verwendung notwendigen Befähigungen anzueignen; darüber hinaus hat er sich, soweit zumutbar, gesundheitlichen und beruflichen Rehabilitationsmaßnahmen zu unterziehen, um nach festgestellter Dienstunfähigkeit seine Dienstfähigkeit wieder zu erlangen. Die ausführliche und genaue Gesetzgebung in diesem Bereich veranschaulicht den Stellenwert des Gesundheitszustand des Beamten, beschäftigen sich doch ganze Abschnitte der Gesetze mit Dienstunfähigkeit, begrenzter Dienstfähigkeit,

168 BT-Drucks. 16/7076, S. 93, 96.
169 BT-Drucks. 16/7076, S. 98.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Wiederherstellung der Dienstfähigkeit, Verfahren bei Dienstunfähigkeit und der ärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Dienstfähigkeit bzw. Dienstunfähigkeit, §§ 44 ff. BBG, §§ 26 ff. BeamtStG, §§ 44 ff. LBG.

Somit ist festzuhalten, dass mit der Versorgungspflicht des Dienstherrn auch bei Dienstunfähigkeit des Beamten einerseits die Notwendigkeit der gesundheitlichen Eignungsprüfung des Beamten hergeleitet wird, andererseits aber alles daran gesetzt wird, die Dienstunfähigkeit des Beamten abzuwenden.[170] Denn noch vor der Versetzung in den Ruhestand aufgrund von Dienstunfähigkeit wird eine anderweitige Verwendung des Beamten geprüft, § 4 Abs. 1 S. 3 BBG, § 26 Abs. 1 S. 3 BeamtStG. Gemäß § 44 Abs. 2 S. 1 BBG, § 26 Abs. 2 S. 1 BeamtStG

ist eine anderweitige Verwendung möglich, wenn dem Beamten ein anderes Amt derselben oder einer anderen Laufbahn übertragen werden kann. Nach § 44 Abs. 3 BBG, § 26 Abs. 3 BeamtStG kann dem Beamten ohne dessen Zustimmung auch eine geringerwertige Tätigkeit übertragen werden, wenn eine anderweitige Verwendung nicht möglich ist und die Wahrnehmung der neuen Aufgabe unter Berücksichtigung der bisherigen Tätigkeit zumutbar ist. § 44 Abs. 5 BBG, § 26 Abs. 2 S. 3 BeamtStG sehen vor, dass ein Beamter an Qualifizierungsmaßnahmen für den Erwerb der neuen Befähigung teilzunehmen hat, um sich die Befähigung für eine andere Laufbahn anzueignen.

Das dem Dienstherrn obliegende Risiko einer sich nicht amortisierenden Versorgungslast wird somit durch eine Art „doppelten Boden" abgesichert: Einerseits durch das Kriterium der gesundheitlichen Eignung, andererseits durch die gesetzlich vorgesehene Vermeidung der Dienstunfähigkeit. Die dezidierten Regelungen über die Möglichkeiten, eine Dienstunfähigkeit abzuwenden, lassen die Wichtigkeit erkennen, die der Gesetzgeber der Finanzierung des Beamtentums zuschreibt. Vielmehr noch geben sie aber Anlass, an der Sinnhaftigkeit der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium zu zweifeln, da sie die Dienstunfähigkeit zum Maßstab macht, diese aber aufgrund ihrer vorrangig in Erwägung zu ziehenden Alternativen kaum möglich noch eintreten kann.

170 Siehe weiterführend zu diesem Gedanken Teil 4 Abschn. E Kap. II „Änderung der Rechtsprechung".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

II. Demographisches Gefälle

Die gesundheitliche Eignung eines Beamten wird auch hinsichtlich der demographischen Entwicklung in der Bundesrepublik relevant, denn eine höhere Lebenserwartung hat automatisch eine längere Bezugsdauer der Versorgung zur Folge. Durch das Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts (DNeuG)[171] wurden unter anderem zur Sicherung der Beamtenversorgung und ihrer Anpassung an die gesetzliche Rentenversicherung zahlreiche beamtenrechtliche Vorschriften geändert.[172] Zur Berücksichtigung der demographischen Entwicklung wurden die Altersgrenzen für den Ruhestandseintritt sowie der maximale Versorgungsabschlag bei vorzeitigem Ruhestand auf Antragschrittweise angehoben.[173] So wird schlussendlich die Regelaltersgrenze grundsätzlich erst mit Vollendung des 67. Lebensjahres erreicht, § 51 Abs. 1 S. 2 BBG, § 25 BeamtStG, § 37 Abs. 1 S. 1 LBG.

Diese Anhebung führt dazu, dass ein Beamter entsprechend lange im aktiven Dienst verbleiben muss, wenn er keine Abschläge in seiner Versorgung in Kauf nehmen möchte. Auch dadurch erfährt die Thematik der gesundheitlichen Eignung ihre Relevanz, da nunmehr in zeitlicher Hinsicht höhere Anforderungen an das gesundheitliche Durchhaltevermögen des Beamten gestellt werden.

E. Fazit

Die Erforderlichkeit der gesundheitlichen Eignung des Beamten wird zunächst mit der Geschichte sowie der Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses begründet. Um die Rechtmäßigkeit der Verwaltung zu sichern, bedient sich der Staat für sein Handeln eines Beamtenkörpers. Zwischen Dienstherr und Beamten entsteht ein Dienst- und Treueverhältnis, das in der Regel auf Lebenszeit angelegt ist, § 6 Abs. 1 BBG, § 4 Abs. 1 BeamtStG, damit der Beamte sein Handeln vollumfänglich in

171 Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts (Dienstrechtsneuordnungsgesetz – DNeuG) vom 5. Februar 2009, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2842).

172 BT-Drucks. 16/7076, S. 1, 93.

173 BT-Drucks. 16/7076, S. 3, 98.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

den Dienst des Staates stellen kann. Im Gegenzug muss er sich um seine Versorgung und die seiner Familie nicht fürchten. Wegen dieser langfristigen Bindung und der Verpflichtung zur Alimentation hat der Dienstherr ein großes Interesse daran, dass sich die Kosten für den Beamten in einer möglichst langen Dienstzeit amortisieren. Da die Wahrscheinlichkeit einer langen Dienstzeit durch mögliche Krankheiten geschmälert wird, bemüht sich der Dienstherr um die Auswahl eines nicht nur kompetenten, sondern auch körperlich langanhaltend leistungsstarken Bewerbers. Aufgrund der Schwierigkeit einer verlässlichen Vorhersage dieses Leistungsvermögens bemüht man sich um die prognostizierte Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines verfrühten endgültigen Leistungsausfalls.

Anders als im Arbeitsverhältnis, das durch Kündigung beendigt werden kann oder durch Befristung von vorneherein nur einen bestimmten Zeitraum währt, ist das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit angelegt. Im Falle einer vorzeitigen Auflösung des Beamtenverhältnisses vor Erreichen einer Dienstzeit von 19,51 Jahren trifft den Dienstherrn nach den einschlägigen Vorschriften des BeamtVG eine Versorgungslast, die überproportional hoch ist im Vergleich zu dem, was der Beamte tatsächlich erdient hat; mit den Worten des BVerwG geht dem Dienstherrn die Arbeitskraft des Beamten zu früh verloren, wenn dieser vor Erreichen der Altersgrenze in den Ruhestand tritt und damit das Gleichgewicht zwischen Dienstzeit und Ruhestand verschoben wird.[174] Dementsprechend spielt für den Hintergrund der gesundheitlichen Eignung als Zugangsvoraussetzung die Bemühung, eine Dienstunfähigkeit des Beamten zu vermeiden, eine entscheidende Rolle. Und das, obwohl sich zahlreiche Vorschriften des BBG und des BeamtStG dezidiert damit beschäftigen, wie der Eintritt einer Dienstunfähigkeit vermieden oder zumindest gemildert werden kann.

174 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 3: Die gesundheitliche Eignung im Normenkontext

Im Folgenden soll der Hintergrund der gesundheitlichen Eignung im Normengefüge untersucht werden, und zwar sowohl in verfassungsrechtlicher und als auch in einfachgesetzlicher Hinsicht. Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, inwiefern es sich bei der gesundheitlichen Eignung um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums handelt bzw. inwiefern diese sich inhaltlich in den anerkannten hergebrachten Grundsatz des Leistungsprinzips einkleiden lässt. Schlussendlich wird der Frage nachgegangen, ob der Gesetzgeber seinem von Art. 33 Abs. 5 GG vorgeschriebenen Regelungsauftrag hinreichend nachgekommen ist.

A. Die gesundheitliche Eignung als eigener hergebrachter Grundsatz

I. Inhalt des Art. 33 Abs. 5 GG

Art. 33 Abs. 5 GG bestimmt, dass das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln ist. Der Begriff des Öffentlichen Dienstes in Abs. 5 bezeichnet eine Tätigkeit im Dienste des Bundes, Landes oder bei einer Gemeinde. Auch andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts fallen darunter, nicht aber Tätigkeiten im Dienste eines kirchlichen Trägers.[175] Diesem Begriff liegt mithin ein formelles Begriffsverständnis zugrunde, das die Tätigkeit im Dienst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts erfasst und sich generell gesprochen auf alle Beamten und Angestellte bzw. Arbeiter im Staatsdienst bezieht. Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 5

175 BVerwG, Urt. v. 27.06.1968 – VIII C 10.67 – BVerwGE 30, 81, 82, juris Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

GG schränkt diese generelle Formulierung jedoch auf das Berufsbeamtentum ein.[176]

Die Vorschrift enthält nicht nur unmittelbar geltendes objektives Gesetzesrecht,[177] sondern auch einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber, eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums und verbürgt nach Ansicht des BVerfG zudem ein grundrechtsgleiches Recht der Beamten, soweit ihre persönliche Rechtsstellung durch einen hergebrachten Grundsatz betroffen ist.[178] Damit unterliegt Art. 33 Abs. 5 GG eine objektive wie auch eine subjektive Stoßrichtung.

Die Einrichtung des Berufsbeamtentums wird durch Art. 33 Abs. 5 GG institutionell garantiert.[179] Diese institutionelle Garantie soll dazu beitragen, die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums sowie die Unabhängigkeit der Beamten zu sichern, um die Verwaltung politisch unabhängig, stabil und loyal zu halten.[180] Inhaltlich fallen nicht alle Vorschriften des Beamtenrechts unter den Schutz der institutionellen Garantie, sondern nur diejenigen, die das Wesen des Berufsbeamtentums ausmachen.[181] Somit unterliegt das Berufsbeamtentum als öffentlich-rechtliche Einrichtung nicht der Disposition des einfachen Gesetzgebers.[182] Die institutionelle Garantie ermöglicht die Rechtfertigung von Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des Beamten wie insbesondere den Gleichheitssatz oder die Berufsfreiheit.[183]

Das Bundesverfassungsgericht definiert die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums als einen „Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt

176 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 115 f.
177 BVerfG, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268, 286, juris Rn. 72; Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Pieroth*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 44.
178 BVerfG, Beschl. v. 12.02.2003 – 2 BvL 3/00 – BVerfGE, 107, 218, 236 f., juris Rn. 65.
179 BVerfG, Beschl. v. 12.02.2003 – 2 BvL 3/00 – BVerfGE, 107, 218, 236, juris Rn. 65.
180 BVerfG, Urt. v. 05.07.1983 – 2 BvR 460/80 – BVerfGE 64, 367, 378 f., juris Rn. 33.
181 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 262 f., juris Rn. 52.
182 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 94.
183 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Pieroth*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

worden sind."[184] Vorausgesetzt werden also Fundamentalität und Traditionalität.[185] Art. 33 Abs. 5 GG legt selbst nicht fest, welche Grundsätze des Berufsbeamtentum es gibt und noch viel weniger, welche davon hergebracht sind. Die Rechtsprechung hat mit ihrer „Weimarer Formel" näher beschrieben, was ein hergebrachter Grundsatz ist, doch welche rechtlichen Aspekte nun konkret darunter zu fassen sind, verrät auch diese Definition nicht.

II. Bedeutsamkeit der Frage

Welche Regeln des Beamtenrechts gleichzeitig auch hergebrachte Grundsätze darstellen, wird unterschiedlich betrachtet und ist einer genauen und abschließenden Aufzählung wenig zugänglich, da Art. 33 Abs. 5 GG dem Gesetzgeber einen umfangreichen Gestaltungsspielraum zur Regelung und Fortentwicklung des Beamtenrechts einräumt.[186]

Mittlerweile sind jedoch Dank der umfassenden Kasuistik des BVerfG zahlreiche Prinzipien des Beamtenrechts zu hergebrachten Grundsätzen erklärt und gemeinhin akzeptiert worden.[187] Darunter fallen unter anderem die Hauptberuflichkeit,[188] das Leistungsprinzip,[189] das Lebenszeitprinzip,[190] das Alimentationsprinzip,[191] die Treuepflicht des Beamten,[192] die Fürsorgepflicht des Dienstherrn[193] sowie das Laufbahnprinzip.[194]

Da ein letztgültiger Katalog an anerkannten Grundsätzen nicht vorliegt, bestünde zumindest theoretisch die Möglichkeit, dass die ge-

184 BVerfG, Beschl. v. 02.12.1958 – 1 BvL 27/55 – BVerfGE 8, 332, 343, juris Rn. 37.
185 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Pieroth*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 49; Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 178.
186 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 70.
187 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 42 ff..
188 BVerfG, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268, 286, juris Rn. 73.
189 BVerfG, Beschl. v. 14.06.1960 – 2 BvL 7/60 – BVerfGE 11, 203, 215, juris Rn. 53.
190 BVerfG, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268, 286, juris Rn. 73.
191 BVerfG, Beschl. v. 11.06.1958 – 1 BvR 1/52, 46/52 – BVerfGE 8, 1, 16, juris Rn. 47.
192 BVerfG, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268, 286, juris Rn. 73.
193 BVerfG, Beschl. v. 02.12.1958 – 1 BvL 27/55 – BVerfGE 8, 332, 356 f., juris Rn. 87 f.
194 BVerfG, Beschl. v. 10.12.1985 – 2 BvL 18/83 – BVerfGE 71, 255, 268, juris Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sundheitliche Eignung auch darunter zu zählen ist und einen eigenen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums darstellt. Dafür spricht, dass sie mit Selbstverständlichkeit als Qualifikationskriterium für den Zugang zum Amt vorausgesetzt wird.

Im Rahmen der Auslegung des Beamtenrechts ist Art. 33 Abs. 5 GG zu beachten und für die Ergänzung einfacher beamtenrechtlicher Gesetze heranzuziehen;[195] fehlt es gänzlich an einer entsprechenden einfachgesetzlichen Regelung, dient Art. 33 Abs. 5 GG im Einzelfall auch als Rechtsgrundlage.[196] Da die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung nicht explizit geregelt sind, sondern vielmehr im einfachen Recht als gegeben betrachtet werden,[197] könnte ihre Legitimation direkt aus der Verfassung abgeleitet werden, würde sie einen hergebrachten Grundsatz darstellen. Sie wäre dann nicht nur Maßstab für Auslegungen, sondern als Teil eines Kernbestandes von Strukturprinzipien institutionell garantiert[198] sowie bei der Regelung des öffentlichen Dienstrechts zu berücksichtigen.

III. Gesundheit als Strukturprinzip

Mit Eindeutigkeit lässt sich die Frage, ob die gesundheitliche Eignung einen hergebrachten Grundsatz darstellt, nur durch die Untersuchung entsprechender historischer Quellen beantworten. Dazu führt das BVerfG aus, dass nicht jede Regelung des früheren Beamtenrechts, die sich als hergebracht erweist, einen Grundsatz im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG darstellt, sondern dass dies vielmehr diejenigen Regelungen sind, „die das Bild des Beamtentums in seiner überkommenen Gestalt maßgeblich prägen".[199] Die Feststellung darüber, ob eine Regelung des frühe-

195 BVerfG, Beschl. v. 15.12.1976 – 2 BvR 841/73 – abweichende Meinung der Richter Wand und Dr. Niebler, BVerfGE 43, 154, 178 f., juris Rn. 57.

196 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 89.

197 Vgl. bspw. § 34 Abs. 1 S. 2 BBG, § 23 Abs. 3 S. 2 BeamtStG, § 11 Abs. 2 LBG, die alle die gesundheitliche Eignung voraussetzen, ohne ihre Anforderungen genau zu bestimmen.

198 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 142; BVerfG, Urt. v. 06.03.2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 344 f., juris Rn. 59.

199 BVerfG, Beschl. v. 15.12.1976 – 2 BvR 841/73 – BVerfGE 43, 154, 185, juris Rn. 82.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ren einfachen Rechts zu dem Kernbestand gehört, der von Art. 33 Abs. 5 GG geschützt wird, kann nur das BVerfG treffen.[200] Dieses wurde wegen seiner extensiven Einbeziehung von besoldungs- und versorgungsrechtlichen Vorschriften in den „Kernbereich der Strukturprinzipien" in der Literatur bereits kritisiert.[201]

Die Rechtsprechung des BVerfG selbst gibt bereits Anlass zu Bedenken, ob die gesundheitliche Eignung in den Kreis der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums einbezogen werden kann. Denn danach umfasst die institutionelle Garantie wie gesehen nicht jede beamtenrechtliche Regelung, die bereits in der Weimarer Zeit bestanden hat, sondern allein diejenigen Regelungen, die ausschlaggebend sind für die Kontur des historisch gewachsenen Berufsbeamtentums, sodass durch ihre Beseitigung auch das Wesen des Beamtentums verändert würde.[202] Art. 33 Abs. 5 GG bezieht sich somit auf das Berufsbeamtentum als Institution und keineswegs auf das gewachsene Berufsbeamtenrecht;[203] er schützt somit nicht jedwede Ausgestaltungen einfachen Beamtenrechts, sondern eben nur diejenigen Regelungen, die die Struktur des Beamtenrechts in ihrem Kern ausmachen.[204]

Es müsste folglich nicht nur bereits eine gesetzliche Regelung über die gesundheitliche Eignung in der Weimarer Zeit bestanden haben. Vielmehr müsste sie einen Grundsatz dargestellt haben, heutzutage als „hergebracht" anerkannt und darüber hinaus bei der Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes zu berücksichtigen sein.[205] Dass es zur Weimarer Zeit eine explizite Regelung über die gesundheitliche Eignung gegeben hätte, mutet schon ob der dünnen Regelungssituation im Hinblick auf die Anforderungen an die Gesundheit im geltenden Gesetzesrecht als zweifelhaft an. Eher stand die Voraussetzung einer gesundheitlich geeigneten Verfassung wohl derart außer Frage,

200 BVerfG, Beschl. v. 15.12.1976 – 2 BvR 841/73 – BVerfGE 43, 154, 185 f., juris Rn. 83.
201 Studienkommission für die Reform des Öffentlichen Dienstrechts/*v. Münch*, Rechtsgutachten, S. 109 f.; Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 70.
202 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 64; BVerfG, Urt. v. 06.03.2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 349, juris Rn. 59; BVerfG, Urt. v. 27.09.2005 – 2 BvR 1387/02 – BVerfGE 114, 258, 286, juris Rn. 6.
203 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 64.
204 BVerfG, Urt. v. 06.03.2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 348, juris Rn. 57.
205 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 87 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dass es ihrer Kodifizierung lange Zeit nicht bedurfte.[206] Dafür spricht auch, dass Art. 128 Abs. 1 WRV, der Vorgänger des Art. 33 Abs. 2 GG, noch nicht einmal auf die Eignung eines Bewerbers im weiteren Sinne abstellte, sondern allein auf ihre Befähigung und ihre Leistungen.[207]

Darüber hinaus hätte eine Beseitigung der gesundheitlichen Eignung als Zugangsvoraussetzung auch nicht die gravierende Konsequenz, dass dadurch das Berufsbeamtentum in seinem Wesen berührt oder verändert würde, wie es vom BVerfG für einen hergebrachten Grundsatz verlangt wird.[208] Dies würde allenfalls eine andere Interpretation des Eignungsbegriffes bewirken und ggf. eine Erhöhung der Versorgungsausgaben – und das sei dahingestellt.

IV. Gesundheitliche Eignung als Folge der Entwicklungsoffenheit

Dennoch könnte sich eine Rechtsgrundlage für die gesundheitliche Eignung gleichsam aus Art. 33 Abs. 5 GG dahingehend ergeben, dass das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht nur zu regeln, sondern auch fortzuentwickeln ist.

Nicht nur aus der Formulierung des Art. 33 Abs. 5 GG lässt sich schließen, dass eine Anpassung des Beamtenrechts an die aktuellen Gegebenheiten und ihre Rechtswirklichkeit möglich sein muss. Der gesellschaftliche Wandel ist unaufhaltsam und spiegelt sich deshalb stets in der Veränderlichkeit von Normen und Rechtsprechung wider, wie es auch bei der gesundheitlichen Eignung der Fall ist, die im Reichsbeamtengesetz vom 31.03.1873[209] noch keine Erwähnung gefunden hatte, anders als beispielsweise in § 11 Abs. 2 LBG. Danach ist die gesundheitliche Eignung für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit, in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder in ein ande-

206 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 50.

207 *v. Roetteken*, ZBR 2017, 145 (147).

208 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 262 f., juris Rn. 52.

209 Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten v. 31.03.1873, RGBl. 1873, S. 61. Im Folgenden abgekürzt mit „RBG".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

res Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis mit dem Ziel der späteren Verwendung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit aufgrund eines amtsärztlichen Gutachtens festzustellen. Lediglich die Pensionierung des Beamten aufgrund von Dienstunfähigkeit war bereits zur Weimarer Zeit gesetzlich normiert, § 34 RBG; allgemeine Zugangsvoraussetzungen zum Berufsbeamtentum, wie sie in § 9 BBG, § 9 BeamtStG Eingang gefunden haben, dagegen nicht. Allein auf Verordnungsebene und in Bekanntmachungen für Sonderlaufbahnen wurden bereits damals konkrete Anforderungen an die gesundheitliche Verfassung von Laufbahnbewerbern gestellt.[210]

Die Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG um den Fortentwicklungsauftrag „… und fortzuentwickeln" fand im Rahmen der Föderalismusreform 2006 Einzug in den Wortlaut der Vorschrift.[211] Inwiefern sich diese Änderung letztendlich auswirkt, ist bisher ungeklärt.[212] Aus der Neufassung des Art. 33 Abs. 5 GG ergibt sich jedoch keine Änderung seines Regelungsgehalts:[213] Schon aus dem bisherigen Wortlaut resultiere die Berücksichtigungspflicht der hergebrachten Grundsätze bei der Regelung des öffentlichen Dienstrechts.[214] Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Ergänzung um den Fortentwicklungsauftrag lediglich die Erforderlichkeit eines flexiblen und modernen öffentlichen Dienstrechts unterstreichen und die Möglichkeit seiner Anpassung an sich ändernde Rahmenbedingungen durch Rechtsprechung und Gesetzgebung erleichtert werden.[215]

---

210 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 54 f.

211 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 62.

212 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 49.

213 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 272 f., juris Rn. 84 f. Abweichende Meinung des Richters Gerhardt: „Die Neufassung des Art. 33 Abs. 5 GG wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls inwieweit sie als Erweiterung des legislativen Gestaltungsspielraums zu interpretieren ist." (ebd. BVerfGE 119, 247, 287 f.; juris Rn. 130); BVerfG, Beschl. v. 28.05.2008 – 2 BvL 11/07 – BVerfGE 121, 205, 232, juris Rn. 61; BVerwG, Urt. v. 27.02.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117, 123 f., juris Rn. 28; BVerwG, Vorlagebeschl. v. 27.09.2007 – 2 C 21/06 – BVerwGE 129, 272, 281, juris Rn. 50; OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 29.09.2014 – 14 LB 5/13 – juris Rn. 27; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 04.12.2009 – 10 A 10507/09 – juris Rn. 47.

214 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 272 f., juris Rn. 85.

215 BT-Drucks. 16/813, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Eine Erweiterung des Regelungsgehalts des Art. 33 Abs. 5 GG über die in diesem bereits angelegte Entwicklungsoffenheit hinaus kann auch die Literatur nicht finden.[216] Anerkannt war schließlich schon vor Einfügung des Fortentwicklungsauftrages, dass dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zustand, der ihn zur Fortentwicklung des Beamtenrechts ermächtigte.[217] Als Hintergrund für die Änderung der Vorschrift wird deshalb eine Kritik des Gesetzgebers an der rigiden Judikatur des BVerfG im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Art. 33 Abs. 5 GG vermutet.[218]

Gewissheit herrscht jedoch dahingehend, dass sich der Fortentwicklungsauftrag allein auf das Recht des öffentlichen Dienstes bezieht, nicht hingegen auf die hergebrachten Grundsätze selbst.[219] Nichts anderes ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG. Dass sich nun im Nachhinein ein Grundsatz als hergebracht entwickeln könnte, der eine bestimmte gesundheitliche Verfassung der Bewerber verlangt, ist danach ausgeschlossen.

Jedoch ist es wegen der in Art. 33 Abs. 5 GG angelegten Entwicklungsoffenheit möglich, die einzelnen hergebrachten Grundsätze ihrerseits an veränderte Umstände anzupassen, da es sich bei dieser Vorschrift nicht um einen „verfassungsrechtlichen Konservierungsauftrag" zur „Perpetuierung traditionaler Strukturprinzipien" handelt.[220] Somit muss die Auslegung eines hergebrachten Grundsatzes sich ihrerseits nicht als hergebracht dartun,[221] sondern darf und soll gesellschaftliche Entwicklungen berücksichtigen. Dementsprechend liegt es nahe, das in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Kriterium der Eignung derart auszulegen, dass auch die gesundheitliche Eignung darunter zu fas-

216 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 127; Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 68; Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 62; BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 38.

217 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 145; BVerfG, Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57 – BVerfGE 7, 155, 164; BVerfG, Beschl. v. 31.03.1998 – 2 BvR 1877/97 und 50/98 – BVerfG, 97, 350, 376.

218 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 49.

219 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 272 f., juris Rn. 85; BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 38; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 42.

220 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 38.

221 BVerfG, Beschl. v. 15.12.1976 – 2 BvR 841/73 – BVerfGE 43, 154, 168, juris Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sen ist. Mit anderen Worten ist zu untersuchen, ob in der Voraussetzung der gesundheitlichen Eignung eine Konkretisierung des anerkannten hergebrachten und in Art. 33 Abs. 2 GG kodifizierten Grundsatzes des Leistungsprinzips zu erkennen ist.

B. Die gesundheitliche Eignung als Konkretisierung des Leistungsprinzips

Die gesundheitliche Eignung zeigt sich bisweilen als ein unter die Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG zu subsumierendes – bzw. vielmehr: subsummiertes – Phänomen, das eine gesetzliche nähere inhaltliche Ausgestaltung gänzlich vermissen lässt. Für die verwaltungsrechtliche Praxis ist eine solche Subsumtion überaus zweckmäßig, da so dem Verfassungsrang der Voraussetzung einer gesundheitlichen Eignung ohne weiteres beizupflichten wäre.

Zur Beantwortung der Frage, inwiefern das Leistungsprinzip die Voraussetzung der gesundheitlichen Eignung umschließt, bedarf es der Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG. Denn wenn die Eignung in diesem Sinne auch die gesundheitliche Eignung umfasst, dann ist die gesundheitliche Eignung Teil des verfassungsrechtlich verankerten Leistungsprinzips. Im nächsten Abschnitt gilt es darum, die Voraussetzungen der Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG genauer zu untersuchen und zu analysieren, inwieweit davon ausgegangen werden kann, dass die gesundheitliche Eignung darunter fällt und damit einen Teil dieses hergebrachten Grundsatzes darstellt. Dafür wird zunächst der Inhalt des Art. 33 Abs. 2 GG näher vorgestellt (I.) – die so genannte Eignung im weiteren Sinne[222] – sowie ihre Entsprechung im einfachen Recht (II.), bevor anschließend der Frage nachgegangen wird, ob und inwiefern die gesundheitliche Eignung ein Merkmal der „Eignung im engeren Sinne"[223] darstellt (III.).

222 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 14.
223 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

I. Der Leistungsgrundsatz

1. Inhalt des Art. 33 Abs. 2 GG

Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Ziel des Abs. 2 ist es, dem öffentlichen Interesse an einer idealen personellen Besetzung des öffentlichen Dienstes gerecht zu werden, weshalb die Stellenbesetzung nach Maßgabe des Leistungsprinzips bzw. des Grundsatzes der Bestenauslese erfolgen muss.[224]

a. Rechtsnatur

Aus dem Wortlaut der Norm lässt sich ein subjektives Recht des Bewerbers ableiten, anhand der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in einem Bewerbungsverfahren um ein öffentliches Amt berücksichtigt zu werden und somit der Anspruch darauf, dass sich die Auswahlentscheidung allein auf diese Kriterien zurückführen lässt.[225] Dadurch wird hingegen grundsätzlich kein Anspruch auf Übernahme in ein öffentliches Amt begründet.[226] Es geht vielmehr darum, bestehende vakante Stellen gerecht zu besetzen, das heißt, es muss zum einen ein öffentliches Amt geben, dass überhaupt besetzbar ist, und zum anderen bedarf es des Willens des Dienstherrn, dieses Amt besetzen zu lassen; ein Recht auf Neueinrichtung einer Stelle geht aus Art. 33 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht hervor.[227] Allerdings kann sich aus Abs. 2 ein Einstellungsanspruch ergeben, wenn sich für die Stelle noch kein geeigneter Bewerber gefunden hat und andere Mitbewerber deutlich weniger geeignet sind bzw. wenn sich jede andere Besetzung als ermessensfehlerhaft darstellen würde.[228]

Die Norm umfasst das Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und trägt dadurch dem Interesse des Bewerbers an einem angemessenen beruflichen Fortkommen Rechnung, was als Be-

224 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 26.
225 *Hebeler*, PersR 2015, 8 (9).
226 BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282, 295, juris Rn. 33.
227 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 33 f.
228 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 19; BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

werbungsverfahrensanspruch bezeichnet wird.[229] Abs. 2 garantiert somit das Recht eines jeden Bewerbers auf Chancengleichheit beim Zugang zum öffentlichen Amt sowie auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Auswahlentscheidung.[230] Es handelt sich deshalb um ein grundrechtsgleiches Individualrecht, das gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG durch Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.[231] Abs. 2 statuiert schlussendlich Verfahrensgrundsätze und materielle Kriterien der auswählenden und einstellenden Behörde für die Besetzung eines Amtes, sei es durch Ersteinstellung oder Beförderung.[232]

Neben dieser subjektiv-rechtlichen Komponente wohnt Art. 33 Abs. 2 GG darüber hinaus eine objektiv-rechtliche Ausprägung inne; er enthält eine objektive Wertentscheidung und unterstreicht das Interesse der Allgemeinheit an der Besetzung der Ämter mit den am besten qualifizierten Bewerbern.[233]

b. Die Kriterientrias

Die in Art. 33 Abs. 2 GG aufgelisteten Voraussetzungen für den Zugang zum öffentlichen Amt sind abschließend und werden als „Kriterientrias" bezeichnet.[234] Die Begriffe „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung" werden unter dem Begriff „Eignung im weiteren Sinne" zusammen gefasst und sind in ihrer Reichweite und Abgrenzung voneinander nicht endgültig geklärt, da sie sich teilweise überschneiden; man geht stattdessen davon aus, dass sie sich gegenseitig ergänzen.[235] Die Kriterien stehen gleichrangig nebeneinander,[236] der Gesetzgeber kann jedoch die Anforderungen an die Eignung des Bewerbers für die

229 BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03 – BVerwGE 122, 237, 239, juris Rn. 13.
230 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 8, 11; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 24.09.2002 – 2 BvR 857/02 – NVwZ 2003, 200, juris Rn. 9.
231 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 1, 19; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 27.
232 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 34.
233 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 7.
234 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 14 f.
235 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 14.
236 BVerfG, Urt. v. 08.07.1997 – 1 BvR 1621/94 – BVerfGE 96, 205, 211, juris Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

entsprechenden Ämter und ihre Pflichten nach Maßgabe seiner Gestaltungsfreiheit festlegen.[237]

Zwar statuiert Art. 33 Abs. 2 GG zunächst einen Positivkatalog dahingehend, dass sich die Auswahlentscheidung allein an den dort genannten Kriterien zu orientieren hat,[238] andererseits ließe sich die Vorschrift auch auf negative Weise interpretieren und zwar insofern, als dass eben kein Kriterium entscheidungserheblich sein darf, das nicht in Abs. 2 genannt wird.[239] So nennt schon Abs. 3 das religiöse Bekenntnis als ein nicht zu berücksichtigendes, verpöntes Auswahlkriterium.[240] Doch bereits aus einem Umkehrschluss des Abs. 2 geht hervor, dass Kriterien wie die Herkunft, die Abstammung oder die politische Gesinnung nicht für die Auswahl maßgeblich sein dürfen; noch deutlicher ergibt sich dies in den entsprechenden einfachgesetzlichen Vorschriften, § 9 BBG, § 9 BeamtStG.[241]

(1) Befähigung und fachliche Leistung

Unter Befähigung versteht man Fähigkeiten, die der Tätigkeit generell dienen, wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und Ausbildung.[242] Nach § 2 Abs. 3 BLV fallen darunter auch sonstige Eigenschaften, die für die dienstliche Verwendung wesentlich sind, wie beispielsweise Motivation, Neigungen und Interessen des Beamten.[243] In Abgrenzung zur fachlichen Leistung kommt es also nicht in erster Linie auf die während der Berufsausbildung bzw. –ausübung erworbene Sachkunde an.

Von der Befähigung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 zu unterscheiden ist die abstrakte Laufbahnbefähigung im Sinne des § 17 BBG, § 15

237 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 46; BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282, 296, juris Rn. 34.
238 BVerwG, Urt. v. 24.11.1988 – 2 C 10/86 – BVerwGE 81, 22, 24, juris Rn. 14.
239 *Hebeler*, PersR 2015, 8 (11).
240 BVerwG, Urt. v. 24.11.1988 – 2 C 10/86 – BVerwGE 81, 22, 24, juris Rn. 14.
241 *Hebeler*, PersR 2015, 8 (11).
242 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 31; BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 – 1 BvR 838 u.a. – BVerfGE 110, 304, 322, juris Rn. 67.
243 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

LBG, wonach für die Zulassung zu den jeweiligen Laufbahnen gewisse Bildungsabschlüsse vorausgesetzt werden.[244]

Die fachliche Leistung hingegen meint die Arbeitsleistung des Beamten im Rahmen seiner Dienstausübung, also sein Fachwissen, Fachkönnen sowie seine Bewährung im Fach.[245] Anhaltspunkte für die fachliche Leistung sind in der Regel dienstliche Beurteilungen, über die Berufsanfänger denknotwendig nicht verfügen.[246] Gemäß § 2 Abs. 4 BLV sind insbesondere auch die Arbeitsergebnisse, die praktische Arbeitsweise und das Arbeitsverhalten sowie für Vorgesetzte das Führungsverhalten ausschlaggebend. Das heißt, es handelt sich dabei um tatsächlich erworbene Fähigkeiten, die während der bisherigen Berufsausübung gesammelt wurden und dementsprechend nachweisbar sowie auch fortan zu erwarten sind; diese Fähigkeiten sind folglich weniger bei der Ersteinstellung, sondern vielmehr im Rahmen von Beförderung und Aufstieg relevant.[247] Andererseits kann das Kriterium der fachlichen Leistung auch für die Ernennungsentscheidung zum Beamten auf Lebenszeit maßgeblich werden, da gemäß §§ 11 Abs. 1 Nr. 2, 6 Abs. 3 Nr. 1 BBG bzw. § 10, 4 Abs. 3 lit. a) BeamtStG vor der Berufung auf Lebenszeit eine Probezeit abzuleisten ist, innerhalb derer sich der Bewerber in vollem Umfang zu bewähren hat und entsprechende Fähigkeiten unter Beweis stellen kann.

(2) Eignung im engeren Sinne

Die Voraussetzung der Eignung im engeren Sinne hat von allen Merkmalen die ausgiebigste Reichweite, da sie sich nicht wie die Befähigung oder die fachliche Leistung nur auf die Fachkenntnis bezieht, sondern auf die Persönlichkeit des Bewerbers insgesamt; gemeint ist damit also auch eine charakterliche Eignung, die über intellektuelle Eignung hinausgeht.[248] Unter die Eignung im engeren Sinne fällt auch das Einstehen für die Grundprinzipien des Grundgesetzes, mithin die „Verfas-

244 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 173.
245 BVerfG, Beschl. v. 20.09.2004 – 1 BvR 838 u.a. – BVerfGE 110, 304, 322, juris Rn. 67.
246 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 60.
247 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 174.
248 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 30 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sungstreue“ des Beamten.[249] In der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 BLV wird bestimmt, dass die Eignung insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften erfasst, die für ein bestimmtes Amt von Bedeutung sind. Obwohl hier nicht davon die Rede ist, dass die physische Verfassung des Bewerbers eine Rolle spielt, wird dies von Literatur und Rechtsprechung wie selbstverständlich vorausgesetzt: Danach ist ein Bewerber für ein öffentliches Amt im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG nur geeignet, wer diesem Amt körperlich, psychisch und charakterlich gewachsen ist.[250] Dabei fungiert die Eignung im engeren Sinne wie ein Auffangtatbestand für Kriterien, die nicht unter die Befähigung oder fachliche Leistung zu fassen sind, nämlich die Physis und die Psyche.[251] Insgesamt wird also die gesundheitliche Eignung als ein Bestandteil der Eignung im engeren Sinne angesehen.[252] Zusammengefasst ist aber für die Eignung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG die Persönlichkeit des Bewerbers in ihrer Gesamtheit entscheidungserheblich, also eben nicht nur seine Gesundheit oder körperliche, psychische oder fachliche Leistungsfähigkeit.[253] Vielmehr erfasst dieses Merkmal jegliche Persönlichkeitseigenschaften, die für die Auswahl relevant werden können, und damit auch Ehrlichkeit, Zuverlässigkeit und sonstige soziale Umgangsformen.[254]

(3) Hilfskriterien

Nach dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG darf der Zugang zum öffentlichen Amt nur von den dort genannten Eigenschaften abhängig gemacht werden. Es liegt dementsprechend eine Beeinträchtigung der Zugangsgleichheit vor, wenn andere als die Leistungskriterien für die Besetzung des Amtes ausschlaggebend sind, zum Beispiel wenn die Stelle mit einem weniger geeigneten Bewerber besetzt wird bzw. wenn

249 BVerwG, Urt. v. 06.02.1975 – II C 68.73 – BVerwGE 47, 330, 335 f., juris Rn. 56.
250 St. Rspr, vgl. statt vieler BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 54.
251 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 14.
252 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 55.
253 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 30; BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334, 353, juris Rn. 49.
254 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

die Bewerber zwar gleich geeignet sind, die Entscheidung aber auf sachlich ungerechtfertigten und Art. 33 Abs. 2 GG fremden Umständen basiert.[255] Ein Bestimmen so genannter Hilfskriterien und ein Abstellen darauf ist erst dann gestattet, wenn sich nach der Berücksichtigung der Merkmale des Art. 33 Abs. 2 GG kein Bewerber für die Besetzung des Amtes als am ehesten geeignet herausstellt.[256] Verfolgt der Dienstherr eine Verwaltungspraxis dahingehend, dass er die Art und die Reihenfolge der Hilfskriterien für die Auswahlentscheidungen festgelegt hat, muss er sich grundsätzlich daran festhalten lassen.[257]

Ein Abstellen auf die Merkmale des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, auf persönliche Beziehungen oder auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei als Hilfskriterien ist grundsätzlich unzulässig.[258] Auch verdeutlicht Art. 33 Abs. 3 GG, dass der Zugang zum öffentlichen Amt nicht von einem religiösen Bekenntnis abhängig gemacht werden darf. Darüber hinaus können abgesehen von den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien nur solche Eigenschaften für die Auswahlentscheidung herangezogen werden, denen Verfassungsrang eingeräumt ist.[259] Weiterhin muss, wenn für die Bewerberauswahl andere Kriterien erwogen werden, dafür eine gesetzliche Grundlage bestehen, die der Bedeutung und dem Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG genügt, es sei denn, die Heranziehung eines zusätzlichen Kriteriums ist erforderlich, um eine unmittelbare Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung abzuwenden.[260] Das heißt, solange es nur um einen Interessenausgleich mit anderen Verfassungsgütern geht, ist die Beeinträchtigung des Individualrechts aus Art. 33 Abs. 2 GG nur durch ein formelles Gesetz zu rechtfertigen.[261] Als zulässiges Hilfskriterium in diesem Sinne ist bei-

255 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 66.
256 BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 – 2 C 14/02 – BVerwGE 118, 370, 377 f., juris Rn. 24.
257 OVG NRW, Beschl. v. 19.10. 2001 – 1 B 581/01 – NWVBl. 2002, 236, 237, juris Rn. 18; *Kämmerling*, RiA 2013, 49 (50).
258 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 68 f.; Hömig/Wolff (Hrsg.)/*Domgörgen*, Art. 33 GG, Rn. 4.
259 BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03 – BVerwGE 122, 147, 149 f., juris Rn. 12.
260 BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03 – BVerwGE 122, 147, 149 f., juris Rn. 12.
261 BVerwG, Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03 – BVerwGE 122, 147, 149 f., juris Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

spielsweise eine Schwerbehinderung anerkannt,[262] jedoch dürfen soziale Kriterien allein nicht über die Eignung des Bewerbers entscheiden, sondern das Leistungsprinzip muss stets eingehalten werden.[263]

Auch finden sich Diskussionen darüber, inwiefern die Förderung und Gleichstellung von Frauen ein Hilfskriterium darstellen kann bzw. darf.[264] Die Kriterientrias findet in Hinblick auf die Gleichstellung von Männern und Frauen durch das BGleiG[265] eine Ergänzung für den Bereich der Dienststellen des Bundes.[266] In § 9 Abs. 2 dieses Gesetzes findet sich eine „Negativliste" mit Kriterien, die nicht in die Bewertung einbezogen werden dürfen und die vormals bereits zu mittelbaren Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts geführt hatten.[267]

Starre Geschlechterquoten hingegen sind schon allein deshalb unzulässig, weil sie zur Einstellung oder Beförderung einer Person veranlassen, ohne den von der Verfassung vorgesehenen Leistungsgrundsatz zu berücksichtigen.[268] Dabei ist schon fraglich, ob eine Bevorzugung von Frauen bei gleicher Eignung überhaupt noch unter Art. 33 Abs. 2 GG zu begreifen ist oder vielmehr einen Fall des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG darstellt.[269] Immerhin erlegt das Grundgesetz dem Staat in dieser Vorschrift die Aufgabe auf, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern sowie auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken.

Ein Abstellen auf Hilfskriterien, also zulässige Unterscheidungskriterien, die der Förderung der Gleichstellung dienen, bei gleicher Eignung der Bewerber stellt keinen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG

262 BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19/10 – BVerwGE 140, 83, 87 f., juris Rn. 20; BVerwG, Beschl. v. 15.02.1990 – 1 WB 36/88 – BVerwGE 86, 244, 249 f., juris Rn. 21; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 15.01.1999 – 2 A 12143/98 – RiA 1999, 153, 155, juris Rn. 29; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.07.1998 – B 3 S 182/98 – juris Rn. 28.

263 Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 73.

264 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 76 f. m.w.N.

265 Bundesgleichstellungsgesetz vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642, 643), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3191) geändert worden ist.

266 *Lenders/Peters/Weber*, Das neue Dienstrecht des Bundes, 1. Aufl. (2009), Rn. 77.

267 *Lenders/Peters/Weber*, Das neue Dienstrecht des Bundes, 1. Aufl. (2009), Rn. 80.

268 Vgl. Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 23.

269 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dar.[270] Eine Durchbrechung des Leistungsprinzips hingegen ist gegeben, soweit eine Auswahl- bzw. Ernennungsentscheidung eignungsfremd motiviert ist.[271] Im Ergebnis bedarf jedes Abweichen von Art. 33 Abs. 2 GG wegen einer Beeinträchtigung der Zugangsgleichheit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.[272]

c. Zugang zum öffentlichen Amt

Der Begriff des „öffentlichen Amtes" in Abs. 2 wird losgelöst von der Verwendung des Begriffes „öffentlicher Dienst" in Abs. 4 und 5 gesehen[273] und ist weit auszulegen, sodass er Positionen in Bund, Ländern, Gemeinden und grundsätzlich auch in juristischen Personen des öffentlichen Rechts gleichermaßen erfasst sowie ebenfalls die im öffentlichen Dienst Angestellten; auch Richter fallen darunter.[274] Amt in diesem Sinne meint folglich alle Tätigkeitsbereiche des öffentlichen Dienstes unabhängig von der Art ihrer beruflichen oder ehrenamtlichen Ausübung.[275]

Der in Abs. 2 verwendete Begriff des Zugangs bezieht sich nicht nur auf den erstmaligen Zugang zum Amt, die Einstellung, sondern auch auf die Beförderung oder den Aufstieg.[276] Darüber hinaus gilt Abs. 2 bereits im Rahmen des Zugangs zu einem Ausbildungsverhältnis, dessen Abschluss ausschließlich oder zumindest mehrheitlich auf Tätigkeiten abzielt, die im öffentlichen Dienst stattfinden.[277] Der juristische Vorbereitungsdienst fällt hingegen nicht unter Art. 33 Abs. 2 GG, sondern unter Art. 12 GG, da er nicht allein auf die Vorbereitung zu einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst abzielt.[278]

Voraussetzung für die Ausübung des Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Amt ist das Bestehen einer zu besetzenden Stelle;

---

270 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 284 f.
271 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 279 ff.
272 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 16 f.
273 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 23.
274 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 9.
275 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 24 f.
276 BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07 – NVwZ 2009, 389, 389, juris Rn. 10. A.A. *v. Roetteken*, ZBR 2017, 145 (145 ff.).
277 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 40 f.
278 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Art. 33 Abs. 2 GG verleiht grundsätzlich keinen Anspruch auf die Einrichtung eines Dienstpostens.[279] Die Stelleneinrichtung und -besetzung im öffentlichen Dienst ist allein dem öffentlichen Interesse an einer optimalen Verwaltung geschuldet.[280] Dem Dienstherrn ist es deshalb nach seinem Organisationsermessen erlaubt, über die Einrichtung und Ausgestaltung der Stelle zu entscheiden[281] bzw. darüber, ob die Stelle durch Beförderung oder Versetzung vergeben werden soll.[282]

Wegen seiner Personal- und Organisationshoheit steht es dem Dienstherren überdies frei, die Bewerberauswahl wegen sachlicher Gründe einzugrenzen, wenn diese Bewerber in Bezug auf den Leistungsgrundsatz vergleichbar sind,[283] wobei die Sachlichkeit dieser Eingrenzung gerichtlich überprüfbar ist.[284]

Welche Anforderungen ein Bewerber erfüllen muss, um geeignet zu sein, unterliegt dem „Grundsatz der Dienstherrn'schen Selbstdefinition der Laufbahnanforderungen".[285] Das heißt, dass es Sache des Dienstherrn ist, die körperlichen Anforderungen der jeweiligen Laufbahn zu bestimmen; dabei steht ihm ein weiter Einschätzungsspielraum zu, doch muss sich der Dienstherr im Rahmen der Wahrnehmung dieses Spielraums am typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn orientieren.[286] Anhand der vom Dienstherrn bestimmten Vorgaben ist die individuelle körperliche Leistungsfähigkeit eines Bewerbers zu messen.[287] Es steht dem Dienstherrn also nicht zu, körperliche Anforderungen aufzustellen, derer es nach dem am typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn nicht bedarf.[288]

Der Dienstherr kann durch die Erstellung eines Anforderungsprofils auf die Auswahl des Bewerbers Einfluss nehmen: Das Anforderungsprofil bestimmt gewisse Eigenschaften, die als Maßstab für die Bewerberauswahl herangezogen werden, muss aber seinerseits dem

279 BVerwG, Urt. v. 26.10.2000 – 2 C 31/99 – NVwZ-RR 2001, 253, juris Rn. 10.
280 BVerwG, Urt. v. 25.04.1996 – 2 C 21/95 – BVerwGE 101, 112, 114, juris Rn. 18.
281 BVerwG, Urt. v. 26.10.2000 – 2 C 31/99 – NVwZ-RR 2001, 253.
282 BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03 – BVerwGE 122, 237, 239 f., juris Rn. 15.
283 BVerfG, Beschl. v. 28.02.2007 – 2 BvR 2494/06 – NVwZ 2007, 693, 694.
284 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 28.
285 *Rittig*, DÖV 2014, 1054 (1055).
286 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-246, juris Rn. 12.
287 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-246, juris Rn. 12.
288 Siehe zu diesem Punkt bereits oben, Teil 1 Abschn. D „Eingrenzung des Themas".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Leistungsgrundsatz gerecht werden.[289] Zweck dieses Anforderungsprofil ist es, die Erwartungen an die Stellenbesetzung zu konkretisieren, denn nur so sind eine Vergleichbarkeit der Bewerber und die Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung bzw. ihre gerichtliche Überprüfung nach Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet.[290]

In Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich ist nach dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG ebenfalls Voraussetzung für den Zugang zum öffentlichen Amt die Eigenschaft, ein Deutscher zu sein. Wer Deutscher ist, bestimmt Art. 116 GG; nicht umfasst vom persönlichen Schutzbereich sind juristische Personen und Personenvereinigungen.[291] Ein entsprechender Schutz kann für Nichtdeutsche aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG abgeleitet werden, ansonsten wird aus Gründen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit das Unionsrecht Anwendungsvorrang genießen und Abs. 2 dem Unionsrecht insofern weichen.[292]

Auf der Ebene des einfachen Rechts bestimmt § 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG bzw. für die Landesbeamten § 7 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG die Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG auf Nichtdeutsche auch über den Bereich der Unionsbürger hinaus.[293] Es handelt sich dabei um eine abschließende Bestimmung, sodass die Länder keine Kompetenz für abweichende Regelungen haben.[294] Die weiteren Aufzählungen der lit. a) bis c) des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ermöglichen es Angehörigen anderer Staaten, in ein Beamtenverhältnis berufen zu werden, nämlich Angehörigen von EU-Mitgliedstaaten, anderer Vertragsstaaten des Abkommens über den EWR (namentlich Island, Liechtenstein und Norwegen) oder eines Drittstaates, dem die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Anspruch auf Anerkennung der Berufsqualifikationen eingeräumt haben, beispielsweise der Schweiz.[295] Hintergrund der Einführung dieser Aufzählung durch das

289 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 27.
290 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 62.
291 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 11.
292 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 21.
293 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 21.
294 Auch im Folgenden Metzler-Müller u.a./*Zentgraf*, § 7 BeamtStG, S. 95.
295 BT-Drucks. 16/4027 zu § 7, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

10. Dienstrechtsänderungsgesetz[296] war die Harmonisierung nationalen Rechts mit den europarechtlichen Vorgaben des Art. 39 EGV[297] über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer.[298]

Gemäß § 7 Abs. 2 BBG bzw. BeamtStG ist die Berufung ausschließlich eines Deutschen im Sinne von Art. 116 GG in ein Beamtenverhältnis lediglich dann erlaubt, wenn die Aufgaben es erfordern. Diese Vorschrift beruht auf der Möglichkeit, die Art. 39 Abs. 4 EGV den Mitgliedstaaten einräumt, sich für die Berufung in ein Beamtenverhältnis zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben ausschließlich deutscher Staatsangehörigen zu bedienen.[299] Für diese Ausnahme bedarf es eines dringenden Erfordernisses, beispielsweise im Zusammenhang mit dem Verfassungsschutz.[300] Die Möglichkeit, Ausnahmen von Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 zuzulassen, sieht § 7 Abs. 3 vor.

Art. 33 Abs. 2 GG enthält keine Angaben darüber, in welchem Verhältnis die Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zueinander stehen.[301] Die Gewichtung dieser Merkmale obliegt der Beurteilung des Dienstherrn, die gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbar ist.[302] Letztlich ist es schwierig, eine objektive Aussage über die Eignung eines Menschen zu treffen, die sich doch vorwiegend auf seine Individualität, Persönlichkeit und Sozialkompetenz bezieht.[303] Dementsprechend ist es durchaus rechtmäßig, wenn er einen Bewerber auswählt, der zwar in der Gesamtbewertung nicht der Beste ist, der aber die spezifischen Anforderungen am besten erfüllt.[304] Art. 33 Abs. 2 GG richtet sich zwar nur auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Auswahlentscheidung, kann sich aber im Einzelfall auch zu einem Einstellungsanspruch verdichten, nämlich dann, wenn das Auswahler-

296 Zehntes Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 20. Dezember 1993, BGBl. I, S. 2136.
297 Nunmehr Art. 45 AEUV.
298 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 7 BBG, Rn. 4.
299 BT-Drucks. 16/4027 zu § 7, S. 22 f.
300 Metzler-Müller u.a./*Zentgraf*, § 7 BeamtStG, S. 96 f.
301 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 225.
302 BVerwG, Urt. v. 21.06.2007 – 2 A 6/06 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35, juris Rn. 20.
303 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 167.
304 BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7/09 – BVerwGE 141, 361, 365, juris Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

messen des Dienstherrn auf Null reduziert ist, etwa wenn der Bewerber alle Einstellungsvoraussetzungen erfüllt und kein besser geeigneter Kandidat besteht.[305]

Wer letztlich von mehreren Bewerbern ausgewählt wird, entscheidet der Dienstherr also unter Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens.[306] Für diese Ermessensentscheidung hinsichtlich der Kriterien aus Abs. 2 GG steht dem Dienstherren eine Beurteilungsermächtigung zu, wofür ein gerichtlich nur eingeschränkter Kontrollrahmen besteht, weshalb die Ermessensentscheidung lediglich auf eine fehlerhafte Ermessensausübung geprüft werden kann.[307] Eine Ausnahme dazu stellt die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung dar: Dem Dienstherrn steht kein Beurteilungsspielraum zu für die Frage, ob ein Beamtenbewerber gesundheitlich geeignet ist.[308] Begründet wird dies mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, der die Letztentscheidungsbefugnis für die Auslegung und Anwendung normativer Regelungen den Verwaltungsgerichten zuschreibe.[309] Die Voraussetzungen dafür, dass der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen sei mit der Folge einer gerichtlich nur eingeschränkten Kontrolldichte, seien unter anderem deshalb nicht erfüllt, weil kein Grund dafür ersichtlich sei, dass sich die Gerichte nicht ebenso gut wie der Dienstherr ein eigenverantwortliches Urteil über die Entwicklung des Gesundheitszustands des Bewerbers verschaffen könnten.[310] Dasselbe gilt für die Dienstunfähigkeit eines Beamten im Rahmen einer vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand, die ebenfalls gerichtlich vollumfänglich überprüfbar ist.[311]

Die Beurteilungsermächtigung kann sich somit nur noch auf andere von Art. 33 Abs. 2 GG vorgeschriebene Kriterien beziehen. Dennoch ist es dem Dienstherrn im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens frei gestellt, welche sachlichen Umstände er höher gewichtet und auf welche Weise er den Leistungsgrundsatz beim Zugang zum öf-

305 *Kalenbach*, öAT 2013, 7.
306 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 34.
307 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 34.
308 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 250, juris Rn. 24. Siehe dazu weiterführend in Teil 4 Abschnitt A Kap. II.3 „Beurteilungsspielraum" sowie ebenfalls in „Teil 4 Abschn. E Kap. Kap. II „Änderung der Rechtsprechung".
309 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 250 f., juris Rn. 25.
310 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 251, juris Rn. 28.
311 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 251, juris Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

fentlichen Amt realisiert, solange er den Leistungsgrundsatz selbst nicht in Frage stellt.[312]

d. Verpflichtungsadressat

Nach Maßgabe des Art. 1 Abs. 3 GG binden die dieser Vorschrift nachfolgenden Grundrechte die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Als Grundrechte in diesem Sinne zählen auch die grundrechtsgleichen Rechte, deren Verletzung gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG durch Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können, worunter nach Var. 2 dieser Norm auch Art. 33 GG zu zählen ist. Verpflichtungsadressat von Art. 33 Abs. 2 GG ist somit gemäß Art. 1 Abs. 3 GG jede der drei Gewalten.[313]

Nach der Betrachtung von Sinn und Zweck der Norm ergibt sich allerdings, dass primär die vollziehende Gewalt von Art. 33 Abs. 2 GG angesprochen wird. Denn die Norm stellt auf den gleichen Zugang zum öffentlichen Amt ab und bezieht sich folglich insbesondere auf diejenige staatliche Gewalt, die über die jeweilige Stellenbesetzung konkret entscheidet, nämlich die Exekutive. Sie ist zur Ernennung von Beamten bzw. zur Verleihung von Ämtern befugt; ihr gegenüber drückt Art. 33 Abs. 2 GG durch das Benennen positiver Auswahlkriterien ein gewisses Misstrauen aus, weshalb er sie zur Einhaltung dieser Auswahlkriterien veranlasst.[314]

312 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 34.

313 Im Hinblick auf die Bindung der gesetzgebenden Gewalt stellt sich die Frage, inwiefern die Adressierung der Judikative in Art. 33 Abs. 2 GG durch den Art. 1 Abs. 3 GG nicht schon durch den Wirkungsbereich des Art. 33 Abs. 5 GG erreicht wird. Denn als unmittelbar geltendes Recht binden die hergebrachten Grundsätze grundsätzlich alle staatlichen Organe, vgl. *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 89.

314 OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 15.10.2001 – 3 M 34/01 – NJW 2001, 3495, 3496, juris Rn. 18; Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 109. Für die Ernennungsbehörde als Adressatin auch v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken,* § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 173, 182.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

2. Begriffsabgrenzung

Nicht vollends klar ist, ob und inwiefern Bestenauslese- und Leistungsgrundsatz voneinander zu unterscheiden sind bzw. inwiefern sie kongruent sind.[315] Man könnte sie dahingehend unterscheiden, dass gemäß dem Leistungsgrundsatz die Auswahl des Beamtenbewerbers ausschließlich anhand der in Abs. 2 genannten Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zu erfolgen hat[316] und nach dem Grundsatz der Bestenauslese die zu besetzende Stelle mit demjenigen Bewerber bekleidet werden soll, der im Vergleich zu anderen Bewerbern am besten qualifiziert ist.[317]

In der Rechtsprechung wird auf unterschiedliche Weise von beiden Begriffen Gebrauch gemacht: Teilweise wird nur der Begriff des Bestenauslesegrundsatzes herangezogen,[318] teilweise nur der Begriff des Leistungsgrundsatzes,[319] in anderen Entscheidungen wiederum werden beide Begriffe explizit synonym verwendet.[320] Nach einer Betrachtung aller dieser Entscheidungen wird jedoch klar, dass sie sich stets auf die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 2 GG beziehen und folglich unabhängig von der differierenden Ausdrucksweise das gleiche gemeint ist.

Rein sprachlich erlaubt der Begriff des Leistungsgrundsatzes einen engeren Anwendungsbereich als der Terminus der Bestenauslese. Denn die Bezeichnung „Bestenauslese" sagt lediglich aus, dass – in

315 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 8.

316 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 25.

317 BVerwG, Beschl. v. 15.02.1990 – 1 WB 36/88 – BVerwGE 86, 244, 249 f., juris Rn. 21.

318 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 23.06.2015 – 2 BvR 161/15 – NVwZ 2016, 59, 60, juris Rn. 28; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 11.05.2011 – 2 BvR 764/11 – NVwZ 2011, 1191, 1191 f., juris Rn. 10, 14; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 26.11.2010 – 2 BvR 2435/10 – NVwZ 2011, 746, 747, juris Rn. 9 f.

319 BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4.11 – NVwZ-RR 2012, 241, 242, 244 f., juris Rn. 14, 35 f.; BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19/10 – BVerwGE 140, 83, 85 f., juris Rn. 13 f.; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 106 f., juris Rn. 20 ff.; BVerwG, Urt. v. 11.02.2009 – 2 A 7/06 – NVwZ 2009, 787, 788 f., juris Rn. 17 ff.

320 BVerwG, Beschl. v. 27.02.2014 – 1 WB 7/13 – BVerwGE 149, 153, 155, juris Rn. 27; BVerwG, Beschl. v. 29.01.2013 – 1 WB 60/11 – NVwZ 2013, 1227, 1229, juris Rn. 32; BVerwG, Beschl. v. 06.01.2012 – 1 WDS-VR 7/11 – juris Rn. 30; BVerwG, Beschl. v. 24.05.2011 – 1 WB 59.10 – NVwZ-RR 2012, 32, 35, juris Rn. 31 f., 35; BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 141, juris Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einem Auswahlverfahren – der beste Bewerber ausgewählt werden soll, also derjenige, der nach seiner Qualifikation für das zu besetzende Amt am besten geeignet ist.

Der Begriff des Leistungsgrundsatzes hingegen stellt begrifflich auf die Leistung des Bewerbers ab. „Leistung" kann einerseits so verstanden werden, dass der Bewerber in Zukunft in besonderer Weise Leistung erbringen soll und somit die Fähigkeit angesprochen ist, eine bestimmte Leistung zukünftig zu verrichten.[321] Andererseits wird man Leistung jedoch auch dahingehend verstehen können, dass auf das Ergebnis einer bereits abgeschlossenen Anstrengung abgezielt wird, also auf das Geleistete bzw. die dafür erforderliche Tatkraft.[322] Es kommt folglich in diesem Zusammenhang darauf an, ob als Maßstab die bisherige Leistung oder aber ein zu erfüllender Leistungsumfang herangezogen werden soll.[323]

Das Merkmal der fachlichen Leistung ist insbesondere nach den Arbeitsergebnissen, der praktischen Arbeitsweise, dem Arbeitsverhalten und Beamte, die bereits Vorgesetzte sind, nach dem Führungsverhalten zu beurteilen, § 2 Abs. 4 BLV. Dieser Begriff erlaubt folglich eine Bewertung darüber, inwiefern der Bewerber bisher die Anforderungen an sein Amt durch die eigene Leistung erfüllen konnte.[324] Es wird also auf etwas Vergangenes abgestellt, das sich jedoch weiterhin in der Gegenwart auswirkt.[325]

Die Ausdrucksweise des BVerwG erweckt zuweilen den Eindruck, es komme lediglich auf diese retrospektive Perspektive[326] des Leistungsgrundsatzes an, wenn von leistungsbezogenen Gesichtspunkten, Leistungsbezug, Leistungsentwicklung, Leistungsmerkmalen, Leistungsvermögen[327] bzw. von leistungsgerechter Einbeziehung, Leis-

321 http://www.duden.de/rechtschreibung/Leistung#Bedeutung2c (Stand: September 2017).
322 http://www.duden.de/rechtschreibung/Leistung#Bedeutung2c (Stand: September 2017).
323 Vgl. auch nachfolgend *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (230).
324 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 10.
325 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 11 Rn. 16.
326 *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (230).
327 BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4/11 – NVwZ-RR 2012, 241, 244, juris Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tungsvergleich, Leistungskriterien[328] oder aber von Leistungsstand, Leistungsunterschieden oder Leistungswettbewerb[329] die Rede ist. Es darf indes nicht außer Acht gelassen werden, dass die Kriterientrias nicht nur das Merkmal der fachlichen Leistung beinhaltet, sondern ebenfalls die Merkmale Eignung und Befähigung für die Auswahl zugrunde legt. Darum dürfen für die Auswahl eines Bewerbers nicht lediglich die bisher erbrachten Leistungen herangezogen werden, da das zu besetzende Amt womöglich andere Anforderungen verlangt als das bisher ausgeübte Amt.[330] Der Leistungsgrundsatz darf deshalb nicht mit der Zugangsvoraussetzung der fachlichen Leistung gleichgesetzt werden, da sonst Art. 33 Abs. 2 GG nicht in Gänze entsprochen würde. Weniger missverständlich ist dagegen der im Urteil des BVerwG vom 04.11.2010[331] verwendete Ausdruck des in Bezug auf das angestrebte Amt zu erwartenden Leistungsvermögens, da hierdurch verdeutlicht wird, dass es sich bei der Auswahlentscheidung um eine zukunftsorientierte Beurteilung[332] handelt.

Durch den Ausdruck „Bestenauslese*prinzip*" wird hingegen besser deutlich, dass die Qualifikation des Bewerbers auch einer prognostischen Beurteilung unterzogen werden muss, um seine Eignung i.w.S. für die künftige Amtstätigkeit abschätzen zu können.[333]

Im Ergebnis sind folglich die Begriffe Leistungsgrundsatz und Bestenauslese*prinzip* kongruent, wenn mit Leistungsgrundsatz nicht nur die Leistung des Bewerbers im Sinne der fachlichen Leistung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG gemeint ist, sondern eine Auswahlentscheidung anhand einer prognostischen Beurteilung des Bewerbers.[334]

328 BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 2 C 19/10 – BVerwGE 140, 83, 86 f., juris Rn. 15 ff.
329 BVerwG, Urt. v. 27.02.2003 – 2 C 16/02 – NVwZ 2003, 1397, 1397, juris Rn. 12 f.
330 *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (230).
331 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 116, juris Rn. 46.
332 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 345.
333 BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282-340, juris Rn. 35.
334 Vgl. *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (230).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

II. Die Entsprechung des Art. 33 Abs. 2 GG im einfachen Bundesrecht und im Landesrecht

Art. 33 Abs. 2 GG unterscheidet weder nach der Art des öffentlichen Amtes noch nach den jeweiligen Amtsträgern. Erst nach einem Blick in die Gesetzgebungskompetenzen, wie sie im Grundgesetz niedergelegt, ergibt sich, dass es Bundes- und Landesbeamte gibt. So hat beispielsweise der Bund die Kompetenz der ausschließlichen Gesetzgebung über die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen inne, Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG. Aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG ergibt sich demgegenüber das Bestehen von Landesbeamten. Das Recht der Bundesbeamten regelt das BBG, § 1 BBG. Vorschriften über die Landesbeamten finden sich in den jeweiligen Beamtengesetzen sowie im BeamtStG, soweit ihr Statusrecht betroffen ist, § 1 BeamtStG. Dazu gehören mitunter Regelungen über die Arten des Beamtenverhältnisses, seine Entstehung oder Beendigung.

Das Recht der Angestellten im öffentlichen Dienst, für die Art. 33 Abs. 2 GG ebenfalls anwendbar ist,[335] unterfällt demgegenüber nicht dem Beamten-, sondern dem Arbeitsrecht.[336] Da nachfolgend zu untersuchen steht, ob und inwiefern die einfachgesetzlichen Vorschriften insbesondere beamtenrechtlicher Vorschriften dem Art. 33 Abs. 2 GG – bzw. konkreter: der Eignung im weiteren Sinne – entsprechen, bleiben Angestellte im öffentlichen Dienst hier ausgeklammert.

1. Bundesrecht

a. § 9 S. 1 BBG

Nach § 9 S. 1 BBG richtet sich die Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität. Hier wird

335 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 9.
336 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 836.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

das in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Leistungsprinzip wiederholt.[337] Die Norm bezieht einerseits den Positivkatalog des Art. 33 Abs. 2 GG in seinen Wortlaut ein, geht jedoch auch darüber hinaus und formuliert zusätzlich eine Art „Negativkatalog" mit denjenigen Kriterien, die explizit nicht für eine Auswahlentscheidung maßgeblich sein dürfen, wodurch sachfremde Erwägungen ausdrücklich verboten werden.[338] Durch die einzelne Aufzählung verpönter Kriterien werden verfassungs- und europarechtliche Wertungen und Diskriminierungsverbote aufgegriffen, sodass Art. 3 Abs. 3 S. 1 und 2 GG, Art. 33 Abs. 3 GG sowie das die Richtlinie 2000/78/EG in nationales Recht umsetzende AGG[339] in den Wortlaut des § 9 S. 1 BBG einfließen.[340] Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 3 GG verbietet es, den Zugang zum öffentlichen Amt von einem religiösen Bekenntnis oder einer Weltanschauung abhängig zu machen und konvergiert folglich mit dem speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, wonach niemand wegen seines Glaubens bzw. seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden darf.[341]

Dem Kriterium der Beziehung in § 9 S. 1 BBG liegt hingegen kein verfassungsrechtlich formuliertes Pendant zugrunde. Dessen Hintergrund ist das Ziel, jegliche Art von Vetternwirtschaft bei der Vergabe öffentlicher Ämter zu vermeiden.[342] Diesen Zweck verfolgt auch das Merkmal der Abstammung, indem es verbietet, die Auswahlentscheidung von einem Verwandtschaftsverhältnis abhängig zu machen.[343]

Gemäß § 9 S. 2 BBG stehen gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben, insbesondere Quotenregelungen mit Einzelfallprüfung sowie zur Förderung schwerbehinderter Menschen, dem Aussagegehalt des S. 1 und damit dem Leistungsprinzip[344] nicht entgegen.

337 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BBG, Rn. 3.
338 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BBG, vor Rn. 1.
339 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 3. April 2013 (BGBl. I S. 610) geändert worden ist.
340 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 11.
341 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 39.
342 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 19.
343 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BBG, Rn. 12.
344 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Zusammenfassend ist der Sinn des § 9 BBG, den Gleichbehandlungsgrundsatz zu garantieren[345] und den gleichen Zugang zum öffentlichen Amt zu sichern.[346] Die nach dem Inkrafttreten des AGG erfolgte Neufassung des § 9 S. 1 BBG[347] ist aber angesichts der in der Verfassung selbst bereits erwähnten verpönten Merkmale eher klarstellender Natur.[348]

b. § 9 BeamtStG

Der Bund machte von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zur Regelung von Statusrechten und –pflichten der Bundesbeamten gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG Gebrauch und erließ das BeamtStG. Nach § 1 BeamtStG regelt es das Statusrecht der Beamtinnen und Beamten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, nicht jedoch der Bundesbeamten.

Ebenso wie § 9 S. 1 BBG enthält § 9 BeamtStG die positiven Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG sowie eine Aufzählung negativer Kriterien. Somit sind gemäß § 9 BeamtStG Ernennungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen. Der Wortlaut dieser Vorschrift wurde weiter gefasst als zuvor in § 7 BRRG, um den Regelungen des § 11 i.V.m. § 1 AGG für den Bereich des Arbeitsrechts zu entsprechen;[349] § 7 BRRG knüpfte seinerseits bereits an Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 2 GG an.[350]

Hinsichtlich der Entsprechung der Vorschrift für den Bereich des Arbeitsrechts wäre es allerdings korrekter gewesen, hätte die Bundesregierung in ihrer Entwurfsbegründung auf § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG

345 *Lenders/Peters/Weber*, Das neue Dienstrecht des Bundes, 1. Aufl. (2009), Rn. 72.
346 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BBG, Rn. 10.
347 BGBl. 2009 I S. 160.
348 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 11.
349 BT-Drucks. 16/4027, S. 23.
350 BT-Drucks. 1549, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Bezug genommen anstatt auf § 11 i.V.m. § 1 AGG.[351] Denn § 11 AGG bezieht sich allein auf die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes, nicht jedoch auf die Auswahl- bzw. Ernennungsentscheidung, die ihrerseits für öffentlich- rechtliche Dienstverhältnisse durch § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 24 Nr. 1, 2 AGG geregelt wird.[352]

Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass die weite Formulierung des § 9 BeamtStG aus Klarstellungsgründen erfolgte und es sich dabei um einen beispielhaften Katalog an verpönten Kriterien handelt.[353]

Eine dem § 9 S. 2 BBG entsprechende Vorschrift ist in § 9 BeamtStG nicht enthalten, sodass Regelungen über gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben Sache der jeweiligen Landesgesetzgebung sind.[354]

c. Völkerrechtliche Verträge

§ 9 BeamtStG findet eine Ergänzung im völkerrechtlichen Vertrag des IPbpR,[355] und zwar im Diskriminierungsverbot des Art. 26 S. 1 IPbpR i.V.m. Art. 25 lit. c), Art. 2 Abs. 1 IPbpR.[356] Danach hat jeder Staatsbürger das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Art. 2 IPbpR genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben. Im Gegensatz zu Art. 33 Abs. 2 GG beinhaltet Art. 2 Abs. 1 IPbpR keinen Positiv-, sondern allein einen Negativkatalog an Kriterien, nach denen nicht unter-

351 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 9.

352 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 9.

353 BT-Drucks. 16/4027, S. 23. A.A. *Reich*, Beamtenstatusgesetz, 2. Aufl. (2012), § 9 Rn. 3, wonach es sich bei § 9 BeamtStG lediglich um die Aufzählung der materiellen Ernennungsvoraussetzungen handele, die wegen der fehlenden Öffnungsformulierung eines Regelbeispiels abschließend sei.

354 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 5.

355 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II S. 1553.

356 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 394.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schieden werden darf; der hierauf verweisende Art. 25 lit. c) IPbpR verbietet darüber hinaus, den Zugang zu öffentlichen Ämtern unangemessenen Einschränkungen zu unterwerfen. Aufgrund der Ratifikation des IPbpR gelten dessen Vorschriften als einfaches Bundesrecht unmittelbar, Art. 125 b Abs. 1 GG; sie finden somit in Ergänzung zu § 9 BeamtStG auch im Geltungsbereich der Landesbeamtengesetze Anwendung.[357]

Eine entsprechendes Diskriminierungsverbot findet sich Art. 2 Abs. 2 IPwskR[358] in Bezug auf Art. 7 lit. c) IPwskR, wonach die Möglichkeiten des beruflichen Aufstieges allein von Beschäftigungsdauer und Befähigung abhängig gemacht werden dürfen.[359] Nach Art. 2 Abs. 2 IPwskR verpflichten sich die Vertragsstaaten zu der Gewährleistung, dass die in jenem Pakt enthaltenen Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich in Bezug auf die dort genannten Merkmale ausgeübt werden können; dessen Negativkatalog enthält dieselben verpönten Kriterien wie auch der Art. 2 Abs. 1 IPbpR.

Die in Art. 2 Abs. 1 IPbpR und Art. 2 Abs. 2 IPwskR diskriminierten Merkmale entsprechen denen, die in Art. 14 EMRK[360] genannt sind. Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK verbietet lediglich die Diskriminierung bei der Inanspruchnahme der Konventionsrechte selbst; allerdings sieht das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK ein generelles Diskriminierungsverbot aufgrund derjenigen Merkmale vor, die auch in Art. 14 EMRK enthalten sind.[361] Dieses Zusatzprotokoll wurde von der Bundesrepublik zwar unterschrieben, bisher jedoch noch nicht ratifiziert.[362]

---

357 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 394.

358 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl. 1973 II Nr. 62, S. 1570.

359 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 394.

360 Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7. August 1952, BGBl. 1952 II Nr. 14 S. 685, ber. Nr. 14 S. 953. Siehe zur Konformität der derzeitigen Rechtslage mit den Vorschriften der EMRK in Teil 5 Abschn. B Kap. III.4 „Europäische Menschenrechtskonvention".

361 *Herdegen*, Europarecht, 18. Aufl. (2016), § 3 Rn. 45.

362 Ratifikationstabelle zu Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures (Stand: September 2017).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

d. BLV

Die verfassungsrechtlich kodifizierte Kriterientrias wird in der BLV legaldefiniert und damit konkretisiert.[363] Nach § 3 BLV sind laufbahnrechtliche Entscheidungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung unter Berücksichtigung des § 9 des BBG und des § 9 des BGleiG zu treffen. Nach § 2 Abs. 2 BLV erfasst die Eignung insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften, die für ein bestimmtes Amt von Bedeutung sind. Befähigung meint gemäß § 2 Abs. 2 BLV die Fähigkeiten, Kenntnisse, Fertigkeiten und sonstigen Eigenschaften, die für die dienstliche Verwendung wesentlich sind, und die fachliche Leistung beurteilt sich insbesondere nach den Arbeitsergebnissen, der praktischen Arbeitsweise, dem Arbeitsverhalten und für Beamtinnen oder Beamte, die bereits Vorgesetzte sind, nach dem Führungsverhalten, § 2 Abs. 4 BLV. Hinweise auf etwaige gesundheitliche Anforderungen der Bewerber sind in der BLV nicht enthalten.

2. Landesrecht

a. Landesverfassungsrecht

Auf der Landesebene finden sich Regelungen über das Beamtenverhältnis in den Art. 125 ff. der rheinland-pfälzischen Landesverfassung. Nach Art. 126 LV werden Berufsbeamte in der Regel auf Lebenszeit ernannt, nachdem sie sich fachlich bewährt und Treue zur demokratischen Verfassung bewiesen haben. Ausschlaggebend sind hier also eine entsprechende Ausbildung sowie das Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Das Kriterium der Eignung wird in der Landesverfassung nicht bzw. nicht wörtlich erwähnt.

Das Pendant zu Art. 33 Abs. 2 bzw. Abs. 3 GG findet sich in der Landesverfassung in Art. 19 LV. Danach sind alle Deutschen unabhängig von Rasse, Religionsbekenntnis, Parteizugehörigkeit oder Geschlechts nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihrer Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zugelassen, sofern sie die Gewähr dafür bieten, ihr Amt nach den Vorschriften und

363 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BeamtStG, Rn. 2.1; BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BBG, Rn. 2.1.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

im Geiste der Verfassung zu führen. Garantiert werden soll demzufolge auch hier ein diskriminierungsfreier Zugang zum öffentlichen Amt, zugleich soll eine funktionstüchtige Verwaltung sichergestellt werden. Art. 64 LV schreibt zudem die Integration Behinderter vor: „Das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände schützen behinderte Menschen vor Benachteiligung und wirken auf ihre Integration und die Gleichwertigkeit ihrer Lebensbedingungen hin." Dem lässt sich entnehmen, dass das Merkmal der Behinderung auch im Bereich der Landesverfassung keine Rolle spielen darf, soweit es die Ausführung des jeweiligen Amtes nicht beeinträchtigt.

Nach Art. 142 GG bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen ungeachtet der Vorschrift des Art. 31 GG auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Art. 1 bis 18 des Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten. Die praktische Bedeutung von der Landesverfassungen beschränkt sich jedoch in der Regel darauf, bereits im Grundgesetz bestehende Regelungen zu ergänzen.[364]

b. Landesbeamtengesetz

§ 11 LBG enthält Ergänzungen zu § 9 BeamtStG, ohne dessen Inhalt wieder zu geben. Stattdessen beschränkt sich § 11 Abs. 1 LBG auf die Regelung von Stellenausschreibungen, wohingegen in Abs. 2 das Erfordernis der gesundheitlichen Eignung explizit genannt wird, ohne dies jedoch weiter zu konkretisieren. Allein wird dort festgelegt, dass die gesundheitliche Eignung für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit, auf Lebenszeit oder in ein anderes Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis mit dem Ziel der späteren Verwendung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit aufgrund eines amtsärztlichen Gutachtens festzustellen ist. In Abs. 3 wird dafür auf das GenDG verwiesen.

Im Gegensatz zu seiner Vorgängernorm, dem § 10 LBG a.F.,[365] enthält § 11 LBG nunmehr keine eigene Kodifikation des Leistungsprinzips, womit aber schon wegen Art. 33 Abs. 2 GG und der für die Länder

364 *Šarčević*, Das Bundesstaatsprinzip, 2000, S. 114.

365 Landesbeamtengesetz Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 14. Juli 1970 (GVBl. S. 241).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

verbindlichen Vorgabe des § 9 BeamtStG keine Änderungen der Rechtslage einhergehen.[366]

3. Fazit

Unterschiede zwischen den einzelnen Vorschriften ergeben sich in erster Linie im Hinblick auf den Wortlaut. Beinhaltet Art. 33 Abs. 2 GG lediglich einen Positivkatalog an Kriterien, die allein für die Auswahlentscheidung maßgeblich sind, enthalten § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG darüber hinaus eine Aufzählung von Eigenschaften, die für die Auswahl nicht entscheidungserheblich sein dürfen. Durch die Aufzählung der Positivkriterien wird auch eine Aussage darüber getroffen, was eben bei der Auswahlentscheidung keine Beachtung finden soll bzw. darf.[367]

Der Vorteil an einer rein positiven Statuierung von Auswahlkriterien liegt an der Vermeidung von Schwierigkeiten, die sich bei der Eingrenzung der Auswahlentscheidung durch negative Kriterien ergeben können, obgleich diese bereits durch die in Art. 3 Abs. 2, 3 GG enthaltenen Merkmale vorgezeichnet sind.[368] Denn die negativen Kriterien sind oft relativ, wohingegen die positiven stets absolut gelten, da ein Abstellen auf Hilfskriterien grundsätzlich nur dann erlaubt ist, wenn sich ein Unterschied in der Qualifikation nicht ausmachen lässt.[369] Es gestaltet sich folglich einfacher, diejenigen Kriterien zu formulieren, die einzig maßgeblich sein sollen, anstatt diejenigen Gesichtspunkte auszuschließen, die zumindest grundsätzlich zu einer Entscheidung nicht beizutragen haben.[370]

Bei der Nennung der positiven Kriterien in Art. 33 Abs. 2 GG handelt es sich um eine abschließende Aufzählung, die vom einfachen Gesetzgeber jedenfalls nicht ohne weiteres ergänzt oder reduziert werden kann.[371] Dagegen sind die Möglichkeiten an Merkmalen, die von der Kriterientrias abweichen, unbegrenzt, sodass auch ein entsprechender

366 Grabendorff/Arend (Hrsg.)/*Müller/Pitzer*, § 11 LBG, S. B 45 f.
367 Vgl. *Hebeler*, PersR 2015, 8 (11).
368 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 28.
369 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 285.
370 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 28.
371 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 137.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Negativkatalog an Kriterien, wie er in § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG enthalten ist, theoretisch um weitere Kriterien ergänzt werden könnte.[372]

Zweck der Formulierung der Auswahlkriterien auf positive sowie negative Weise ist die Konkretisierung des Gebots der Gleichbehandlung und der Chancengleichheit[373] und die sichere Gewährleistung und effektive Ausübung des allgemeinen Zugangsrechts.[374]

Demgegenüber ist jedoch fragwürdig, warum nicht alle Kriterien aufgenommen wurden, die dem AGG und dem GG bekannt sind. So fehlt in der Aufzählung der § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG das Kriterium der Sprache ebenso wie das der Heimat, sodass diese Normen wiederum einer grundrechtskonformen Auslegung bedürfen.[375] Die Maßnahme des einfachgesetzlichen doppelten Bodens wurde somit jedenfalls vor dem Hintergrund der Konkretisierung und der Klarstellung verfehlt.

Im Ergebnis haben die einfachgesetzlichen Vorschriften über die Ernennungskriterien gegenüber Art. 33 Abs. 2 GG keinen eigenen Regelungsgehalt.[376] Nachfolgend wird deshalb vereinfachend stets auf Art. 33 Abs. 2 GG abgestellt werden, es sei denn, es ergeben sich Besonderheiten aus dem einfachen Recht.

III. Die gesundheitliche Eignung als Unterfall der Eignung i.e.S.

1. Die einfach- und untergesetzliche Kodifikation der gesundheitlichen Eignung

Für die Berufung in das Beamtenverhältnis wird neben einer charakterlichen Eignung auch nach einer gesundheitlichen Eignung des Bewerbers verlangt, obwohl weder das Erfordernis der gesundheitlichen

372 Ähnlich Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 138.
373 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 22.
374 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 384.
375 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 24.
376 So auch *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, 171 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Eignung an sich noch die Voraussetzungen für das Erfüllen dieses Kriteriums gesetzlich ausdrücklich geregelt sind.[377]

Der Berechtigung der Eignungsprüfung vermag dadurch jedoch ihr Selbstverständnis vor allem in der Rechtsprechung nicht abgesprochen zu werden.[378] Andererseits wäre die Annahme verfehlt, dass es keine Gelegenheit gegeben hätte, die Voraussetzungen an die gesundheitliche Eignung und ihre Dimensionen konkret zu regeln: Wohl war eine Vollständigkeit beanspruchende Kodifizierung des Beamtenrechts nach Ende des Zweiten Weltkrieges keine prioritäre Aufgabe des Gesetzgebers, doch spätestens im Rahmen der Novellierung des Beamtenrechts durch das DNeuG im Jahr 2009 hätte man sich der Regelung dieser Rechtsfigur annehmen können.[379] Somit beschäftigte sich bisher nur die Rechtsprechung mit der näheren Bestimmung der Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG und proklamierte sie als die Voraussetzung, dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen zu sein.[380] Die Entscheidung darüber, ob der Bewerber den Anforderungen des jeweiligen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht entspricht, obliegt dem Dienstherrn.[381] Diese Eignungsbeurteilung wird trotz Ermangelung einer formalgesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung vorgenommen, deren Spärlichkeit nachfolgend veranschaulicht werden soll.

---

377 Ähnlich *König*, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", 2010, S. 163: „Sowohl hinsichtlich der Bestimmung des Begriffs der ‚gesundheitlichen Eignung' als auch bei der Frage nach der Reichweite der dem Bewerber auferlegten Mitwirkungspflichten sind der anstellenden Behörde Grenzen gesetzt. Diese Grenzen lassen sich jedoch de lege lata mangels einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage nicht aus einfachgesetzlichen Vorgaben ableiten."

378 Siehe nur BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10.

379 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Lümmen*, Berufung in ein Beamtenverhältnis und Dienstfähigkeit, S. 73: „Die sich in dieser Novellierungswelle aufdrängende Gelegenheit zur Kodifizierung der gesundheitlichen Eignung nahm der Gesetzgeber nicht wahr."

380 BVerfG, Beschl. v. 21.02.1995 – 1 BvR 1397/93 – BVerfGE 92, 140, 151, juris Rn. 44.

381 BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07 – BVerfGK 14, 492, 496 – juris Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

a. Bundesrecht

Lediglich im Rahmen der Regelung der Bewährung während der Probezeit ist ein Rückschluss auf die vermeintliche Notwendigkeit der gesundheitlichen Eignung möglich: § 11 Abs. 1 BBG, § 10 BeamtStG setzen für die Ernennung eines Beamten auf Lebenszeit voraus, dass er sich in der Probezeit bewährt hat. Unter diese Bewährung wird auch gezählt, dass der Bewerber sich in dieser Zeit auch in gesundheitlicher Hinsicht beweisen muss, um in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen zu werden.[382] Dafür sprechen die Vorschriften der § 34 Abs. 1 S. 2 BBG, § 23 Abs. 3 S. 2 BeamtStG, die die Entlassung eines Beamten auf Probe mit der Möglichkeit einer anderweitigen Verwendung vorsehen, wenn er sich während der Probezeit als gesundheitlich nicht geeignet herausgestellt hat.[383]

Hinsichtlich einer ärztlichen Untersuchung enthält das Bundesrecht einzig Vorgaben in Bezug auf die Untersuchung der Dienst(un)fähigkeit bei Beamten auf Lebenszeit bzw. im Rahmen der Reaktivierung dienstunfähiger Ruhestandsbeamten, §§ 44 Abs. 6, 46 Abs. 7, 48 BBG, §§ 29 Abs. 5 BeamtStG, nicht jedoch im Zusammenhang der „gesundheitlichen Bewährung" während der Probezeit.

Datenschutzrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit ärztlichen Untersuchungen finden sich in den §§ 111a Abs. 1 Nr. 1 c), 114 Abs. 3 BBG. Danach ist die Erhebung und Verwendung von Personalaktendaten im Auftrag der personalverwaltenden Behörde nur zulässig, soweit sie erforderlich ist zur Durchführung bestimmter ärztlicher Untersuchungen, die für die Erfüllung der Aufgaben des ärztlichen Dienstes erforderlich sind, bzw. dürfen von den Unterlagen über medizinische oder psychologische Untersuchungen und Tests im Rahmen der Personalverwaltung nur die Ergebnisse automatisiert verarbeitet werden, soweit sie die Eignung betreffen und ihre Verwendung dem Schutz der Beamtin oder des Beamten dient.

382 *Baßlsperger*, Fachbeitrag Beamtenrecht unter www.rehmnetz.de (S. 1). Siehe auch BVerwG, Urt. v. 25.02.1993 – 2 C 27/90 – BVerwGE 92, 147, 150, juris Rn. 12.

383 Vgl. BT-Drucks. 2846 S. 7: Dort ist nur die Rede von mangelnder Eignung, nicht hingegen von mangelnder gesundheitlicher Eignung. Ebenso Battis (Hrsg.)/*Hebeler*, § 34 BBG, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

b. Landesrecht

Das BeamtStG geht dem Landesrecht vor, da dem Bund auf dem Gebiet der Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zusteht. Das Landesbeamtengesetz ist aber einschlägig, soweit das BeamtStG einen Sachverhalt nicht regelt oder es Öffnungsklauseln für das Landesrecht enthält, vgl. § 1 Abs. 1 LBG.

Einen solchen Anwendungsbereich könnte § 11 Abs. 2 LBG eröffnen. Dort heißt es: „Die gesundheitliche Eignung für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit, 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 amtsärztlichen Gutachtens festzustellen." Daneben enthalten alle landesrechtlichen Regelungen bis auf die bayerische,[384] die baden-württembergische,[385] die nordrhein-westfälische[386] sowie die thüringische Fassung[387] Vorschriften über die gesundheitliche Eignung.[388]

Die meisten von ihnen enthalten darüber hinaus ebenfalls Regelungen über die amtsärztliche Untersuchung und verweisen auf die einschlägigen Vorschriften des Gendiagnostikgesetzes.[389] Eine Defini-

384 Bayerisches Beamtengesetz (BayBG) vom 29. Juli 2008 (GVBl. S. 500, BayRS 2030-1-1-F), das zuletzt durch § 1 des Gesetzes vom 12. Juli 2017 (GVBl. S. 362) geändert worden ist. Im Folgenden abgekürzt durch „BayBG"

385 (Baden-württembergisches) Landesbeamtengesetz vom 9. November 2010, verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts (Dienstrechtsreformgesetz – DRG) vom 9. November 2010 (GBl. S. 793).

386 Gesetz über die Beamtinnen und Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz – LBG NRW) vom 14. Juni 2016, geändert durch Art. 7 G zur Stärkung der Versorgung bei Pflege und zur Änd. weiterer Vorschriften vom 7. April 2017 (GV. NRW. S. 414).

387 Thüringer Beamtengesetz (ThürBG) vom 12. August 2014, GVBl. 2014, 472, geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. April 2017 (GVBl. S. 91, 93).

388 § 8 Abs. 2, 3 BE LBG; § 10 Abs. 8 BremBG; § 10 Abs. 2 HBG; § 10 Abs. 2 HmbBG; § 18 Abs. 3 LBG BB; § 10 Abs. 1 LBG LSA; § 9 Abs. 2 LBG M-V; § 10 Abs. 2 LBG Schl.-H.; § 9 Abs. 2 NBG; § 4 Abs. 4 SächsBG; § 5 Abs. 2 SBG.

389 Neben § 11 Abs. 3 des rheinlandpfälzischen Landesbeamtengesetzes sind dies: Art. 99 Abs. 3 BayBG; § 74 Abs. 6 BE LBG; § 10 Abs. 9 BremBG; § 53 Abs. 4-6 BW LBG; § 10 Abs. 3 HmbBG; § 43 Abs. 5 LBG BB; § 14 Abs. 2 LBG NRW; § 85 Abs. 5 LBG Schl.-H; § 10 Abs. 2 NBG; § 83 SächsBG; § 5 Abs. 3 SGB; § 33 Abs. 6 ThürBG.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tion dessen, was die gesundheitliche Eignung an sich ausmacht, lässt sich keiner dieser Vorschriften entnehmen. Die ärztliche Untersuchung ist, wie auch im Bundesrecht, einzig im Hinblick auf ein bestehendes oder bereits beendetes Beamtenverhältnis geregelt,[390] nicht jedoch für den Zeitpunkt vor der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit. Hierzu schreibt § 20 Abs. 3 BeamtStG nur vor, dass Eignung, Befähigung und fachliche Leistung unter Anlegung eines strengen Maßstabes zu bewerten sind. § 89 Abs. 3 LBG regelt die Verarbeitung personenbezogener Daten von medizinischen und psychologischen Untersuchungen.

Wenig konkreter geregelt ist die gesundheitliche Eignung im Rahmen der Sonderlaufbahnen: § 112 Abs. 1, 1. Hs. LBG, der die Polizeidienstunfähigkeit regelt, spricht lediglich von den „besonderen gesundheitlichen Anforderungen für den Polizeidienst". Daraus ist zu schließen, dass es generelle und besondere Anforderungen an die Gesundheit eines Bewerbers gibt, was vor dem Hintergrund der verschiedenen Aufgaben im allgemeinen Verwaltungsdienst bzw. im Vollzugsdienst nicht fernliegend ist.

c. Verordnungen und Verwaltungsvorschriften

(1) Laufbahnverordnungen von Bund und Ländern

Verordnungen sind materielle Gesetze, deren Normgeber die durch ein formelles Gesetz gemäß Art. 80 Abs. 1 GG ermächtigte Exekutive ist.[391] Nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden; das heißt, dass die wesentliche Entscheidung über die Zielrichtung der zu erlassenden Rechtsverordnung in der Ermächtigungsgrundlage und damit in einem formellen Gesetz enthalten sein muss, die Rechtsverordnung also nur die Details regelt.[392] Die Ermächtigungsgrundlagen für den

390 §§ 44 Abs. 1, 2; 47; 81 Abs. 2 LBG; zur Polizeidienstunfähigkeit §§ 113 f. LBG.

391 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 4 Rn. 20 f.

392 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 4 Rn. 21. Siehe dazu weiter unten, Teil 6 Abschn. E Kap. III.1 „Zuständigkeit für den Erlass der Regelung".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Erlass einer Laufbahnverordnung sind in § 26 BBG bzw. § 25 LBG zu finden.

Weder die Bundeslaufbahnverordnung noch die Laufbahnverordnung des Landes Rheinland-Pfalz[393] enthalten eine nähere Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung. Allerdings ist zu erkennen, dass beide Verordnungen eine – wie auch immer geartete – gesundheitliche Eignung zugrunde legen, wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 5 BLV, § 14 Abs. 1 S. 2 LbVO ergibt. Danach darf von schwerbehinderten Menschen darf nur das Mindestmaß an körperlicher Eignung verlangt werden. Daraus folgt, dass von Menschen, die nicht schwerbehindert sind, offenbar ein höheres Maß als das Mindestmaß an gesundheitlicher Eignung vorausgesetzt wird. Ob es sich dabei allerdings um das Höchstmaß handelt und wie dieses zu bestimmen wäre, lässt sich weder der Bundes- noch der Landesnorm entnehmen.

Hinsichtlich der Vorschriften über die jeweiligen Sonderlaufbahnen[394] verhält es sich ähnlich. In der BPolLV, die neben der entsprechenden landesrechtlichen Vorschrift vorliegend als Beispiel dienen möge, ist gemäß § 2 BPolLV § 5 der BLV mit der Maßgabe anzuwenden, dass die besonderen gesundheitlichen Anforderungen, die der Polizeivollzugsdienst an Beamtinnen und Beamte stellt, berücksichtigt werden. Daraus folgt, dass einerseits nur ein Mindestmaß körperlicher

393 Laufbahnverordnung vom 19. November 2010, GVBl. 2010, 444, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 16.02.2016 (GVBl. S. 37). Im Folgenden abgekürzt durch „LbVO".

394 Vgl. Soldatenlaufbahnverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 2011 (BGBl. I S. 1813), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2654) geändert worden ist; Verordnung über die Laufbahn, Ausbildung und Prüfung für den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst in der Bundeswehr vom 6. März 2002 (BGBl. I S. 1031), die zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 29. März 2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist; rheinland-pfälzische Feuerwehrverordnung (FwVO) vom 21. März 1991, GVBl. 1991, 89, zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 16.05.2012 (GVBl. S. 192); Landesverordnung über die Prüfung für den gehobenen feuerwehrtechnischen Dienst vom 23. Juli 1971, GVBl. 1971, 195, geändert durch Landesverordnung zur Änderung der Landesverordnung über die Prüfung für den gehobenen feuerwehrtechnischen Dienst vom 23. Dezember 1974 (GVBl. 1975 S. 17); rheinland-pfälzische Landesverordnung über die Ausbildung und Prüfung für den mittleren feuerwehrtechnischen Dienst (APOmFwD) vom 1. März 1996, GVBl. 1996, 161, geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 15.09.2009 (GVBl. S. 333).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Eignung verlangt werden darf, andererseits aber bedacht werden muss, dass das Mindestmaß im Rahmen des Vollzugsdienst ein höheres ist als für Bewerber, die keine Sonderlaufbahn anstreben.[395] Die gleiche Aussage trifft § 12 der rheinland-pfälzischen Laufbahnverordnung für den Polizeidienst, wonach § 14 Abs. 1 bis 3 der Laufbahnverordnung (LbVO) mit der Maßgabe der Berücksichtigung der besonderen Anforderungen des Polizeidienstes entsprechende Anwendung findet. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 5 LbVOPol können weiterhin in den Vorbereitungsdienst nur Bewerberinnen und Bewerber eingestellt werden, die den besonderen gesundheitlichen Anforderungen für den Polizeidienst genügen. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 LbVOPol sind die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zu beurteilen, nach Abs. 2 S. 1 ist bei der Beurteilung der Leistung von schwerbehinderten Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten ist eine etwaige behinderungsbedingte Minderung der Arbeits- und Verwendungsfähigkeit zu berücksichtigen. Das Nähere, so Abs. 3, regelt das für die Polizei zuständige Ministerium durch Verwaltungsvorschrift.

Das Bedürfnis nach einer bestimmten körperlichen Verfassung ist auch in der Verordnung über den Vorbereitungsdienst für den gehobenen nichttechnischen Zolldienst des Bundes[396] enthalten, dessen § 17 Abs. 1 die erfolgreiche die Erfüllung der gesundheitlichen Anforderungen an den Zolldienst für die Einstellung in den Vorbereitungsdienst voraussetzt. Auch die Ausübung eines Amts im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst erwähnt die Anforderung an eine körperliche Eignung für die Berufsausübung, wie § 3 Abs. 3 Nr. 3 APOmFwD verrät. Danach kann im Rahmen der Bewerbung „ein amtsärztliches Gesundheitszeugnis, das nicht älter als drei Monate sein darf und auch Auskunft über die körperliche Eignung für die Berufsausübung gibt", eingefordert werden.[397]

395 So auch VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 264 f., juris Rn. 22.

396 Vgl. bereits oben, „Eingrenzung des Themas", Teil 1 Abschn. D.

397 Vgl. bereits oben, „Eingrenzung des Themas", Teil A Abschn. D.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

(2) Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften sind abstrakt-generelle Regelungen, die zwecks Vereinheitlichung der Rechtsanwendung von einer vorgesetzten an eine nachgeordnete Behörde bzw. von einem Dienstvorgesetzten an dessen Bediensteten erlassen werden.[398] Die Berechtigung der Exekutive zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ist ihr im Rahmen ihrer Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt immanent.[399] Einer speziellen Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Verwaltungsvorschriften bedarf es grundsätzlich nicht; einzig wenn sie Außenwirkung entfalten soll, beispielsweise wenn eine andere, nicht der erlassenden Behörde unterstehenden Behörde verpflichtet werden soll, ist eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich.[400]

Um eine solche Verwaltungsvorschrift handelt es sich beispielsweise bei der Verwaltungsvorschrift zu § 8 des niedersächsischen Landesbeamtengesetzes:[401] Danach gehört zur Eignung gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 NdsBG auch die Eignung in gesundheitlicher Hinsicht[402] Ein anderes Beispiel darüber, dass die gesundheitliche Eignung gefordert wird, enthält die sog. „PDV 300“,[403] eine Dienstvorschrift über die ärztliche Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit und der Polizeidienstfähigkeit,[404] die in Bund und Ländern gleich lautet.[405] Durch diese bundes-

398 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314 (314). Siehe zu Verwaltungsvorschriften ausführlicher Teil 6 Abschn. E Kap. III.1 „Zuständigkeit für den Erlass der Regelung“.

399 *Guckelberger*, Die Verwaltung 2002, 61 (62).

400 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314 (314).

401 Niedersächsisches Beamtengesetz (NBG) vom 25. März 2009, Nds. GVBl. 2009, 72, zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 20.12.2016 (Nds. GVBl. S. 308).

402 Nds. MBl. 1993 Nr. 5, S. 93 ff. Die konkrete Vorschrift des § 8 Nr. 2.1 dürfte aber in ihrer Bezugnahme auf den veralteten für die Feststellung der gesundheitlichen Eignung anzulegenden Prognosemaßstab obsolet geworden sein. Zur Änderung der Rechtsprechung bzgl. des Prognosemaßstabs siehe in Teil 4 Abschn. A Kap. II „Aktuelle Rechtslage“.

403 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, juris Rn. 12.

404 *Rittig*, DÖV 2014, 1054 (1055). Der Text der PDV 300 ist nicht frei zugänglich. Vgl. aber die entsprechende für den Dienst in der Feuerwehr geltende hamburgische Feuerwehrdienstvorschrift 300 (FwDV 300 HH), abrufbar unter http://www.hamburg.de/contentblob/107812/data/feuerwehrdienstvorschrift300.pdf (Stand: September 2017), die die „Ärztliche Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit und Polizeidienstfähigkeit (PDV 300)“ als Grundlage berücksichtigt, S. 1.

405 LT-Drucks. NRW 14/4317, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einheitliche Vorschrift sollen ungeeignete Bewerber in einem Auswahlverfahren mittels standardisierter Prüfkriterien und mit vertretbarem Aufwand erfasst werden.[406] Durch die PDV 300 erfolgt eine Konkretisierung des Begriffes der Polizeidiensttauglichkeit, wodurch ein homogener Maßstab für die gesundheitlichen Eignungsvoraussetzungen erreicht werden soll.[407] Diese Polizeidienstvorschrift legt fest, dass die Polizeidiensttauglichkeit und –fähigkeit durch ein amtsärztliches Gutachten festgestellt werden sollen, ohne jedoch konkrete Vorgaben über den Ablauf und die Durchführung der amtsärztlichen Untersuchung zu enthalten.[408]

Welche körperlichen Anforderungen für die jeweilige Laufbahn verlangt werden, ist zu bestimmen die Aufgabe des Dienstherrn, wofür ihm ein weiter Einschätzungsspielraum zusteht.[409] Im Rahmen der Wahrnehmung dieses Spielraums muss er sich aber am typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn orientieren.[410] Dieses dem Dienstherrn für die Festlegung der gesundheitlichen Eignungsvoraussetzungen zustehende Ermessen wurde durch den Erlass der PDV 300 und seine Anwendung gebunden und ausgefüllt.[411]

Während vormals dem Dienstherrn ein Beurteilungsspielraum für die Entscheidung darüber zustand, ob ein Bewerber die gesundheitlichen Eignungsvoraussetzungen erfüllt, ist seit der Entscheidung des BVerwG vom 25.07.2013 jedoch die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung eines Bewerbers der vollen Überprüfbarkeit der Gerichte zugänglich.[412] Dabei ist es unerheblich, ob es um die gesundheitlichen Anforderungen für den allgemeinen Verwaltungsdienst geht oder um diejenigen für eine Laufbahn als Vollzugsbediensteter, die einem strengeren Maßstab unterliegen.[413] Da aber nunmehr das BVerwG für die

406 LT-Drucks. NRW 14/4317, S. 3 f.
407 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 265, juris Rn. 24.
408 LT-Druck. NS 17/1781, S. 1.
409 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 12. Siehe bereits oben Teil 3 Abschn. A Kap. I.1.c „Zugang zum öffentlichen Amt".
410 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 12.
411 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 265, juris Rn. 24.
412 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 250, juris Rn. 24. Siehe dazu bereits oben unter Teil 3 Abschn. A Kap. I.1.c „Zugang zum öffentlichen Amt" bzw. weiter unten Teil 4 Abschn. A Kap. II.3 „Beurteilungsspielraum".
413 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 264, juris Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Beurteilung des Kriteriums der gesundheitlichen Eignung keine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte mehr zulässt, mithin das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der gesundheitlichen Eignung voll überprüfbar ist, sind die Gerichte bei dieser Überprüfung an die PDV 300 nicht mehr gebunden.[414] Vor diesem Hintergrund kann die PDV 300 nicht mehr als Begründung herangezogen werden, um die Polizeidiensttauglichkeit zu verneinen.[415]

d. Zusammenfassung

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung vom Erfordernis einer gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium ausgeht, obgleich sich dafür in den formellen Gesetzen lediglich Anhaltspunkte ergeben: So sprechen § 34 Abs. 1 S. 2 BBG, § 23 Abs. 3 S. 2 BeamtStG von einem Nichtbewähren des Beamten während der Probezeit aus gesundheitlichen Gründen und § 11 Abs. 2 LBG davon, dass eine gesundheitliche Eignung durch amtsärztliches Gutachten festzustellen ist. Auch diese Vorschriften sprechen dafür, dass der Gesetzgeber die Vorstellung hatte, dass es für den Zugang zum öffentlichen Amt einer gesundheitlichen Eignung bedarf. Dass aber „Eignung" im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG sowie der ihm entsprechenden Vorschriften im BBG oder BeamtStG tatsächlich auch stets „gesundheitliche Eignung" meint, ergibt sich allenfalls aus Verordnungen über Sonderlaufbahnen oder Verwaltungsvorschriften und wird in formellen Gesetzen nirgends erwähnt.

2. Auslegung des Eignungsbegriffs in Art. 33 Abs. 2 GG

Bei der Auslegung des Eignungsbegriffs in Art. 33 Abs. 2 GG verfügt der Dienstherr über einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der fachlichen Eignung eines Bewerbers und in Bezug darauf, wie er die in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen leistungsbezogenen Kriterien gewich-

414 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 265, juris Rn. 24.

415 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 265, juris Rn. 24; VG Würzburg, Beschl. v. 21.08.2014 – W 1 E 14.733 – juris Rn. 23. Skeptisch auch VG Gießen, Urt. v. 17.09.2014 – 5 K 1123/13.GI – juris Rn. 17. Hinsichtlich fehlender Bindungswirkung der PDV 300 VG Karlsruhe, Beschl. v. 29.02.2016 – 7 K 5541/15 – juris Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tet.[416] Ihm steht außerdem bei der Anwendung des Eignungsbegriffs insofern ein Beurteilungsspielraum zu, als er bestimmen kann, welche Anforderungen ein Bewerber erfüllen muss, um für einen typischen Aufgabenbereich der Ämter einer Laufbahn geeignet zu sein.[417] Dieser Beurteilungsspielraum verleiht dem Dienstherrn aber nicht das Recht, den gesetzlich vorgegebenen Eignungsbegriff individuell auszulegen, da die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes ausschließlich den Gerichten obliegt.[418] Die Behörden ihrerseits legen das Ergebnis dieser gerichtlichen Auslegung für die Eignungsbeurteilung der Bewerber zugrunde.[419] Ob ein Bewerber aber letztlich tatsächlich gesundheitlich geeignet ist oder nicht, ist vom Ermessen des Dienstherrn nicht mehr umfasst, sondern unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle.[420]

Das BVerfG definierte einst die Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG als die Voraussetzung an einen Bewerber, dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen zu sein.[421] Dass jedoch von der Rechtsprechung und in der Literatur einhellig[422] angenommen wird, dass der Eignung i.e.S. eine gesundheitliche Komponente innewohnt, ist, wie *Seewald* bemerkt,[423] nicht „ganz selbstverständlich". Doch ist die Frage, ob und inwieweit die gesundheitliche Eignung unter Art. 33 Abs. 2 GG gefasst werden kann und insbesondere wie sie auszulegen ist, keineswegs unbedeutend. Denn von dieser Auslegung hängt ab, inwieweit ein Bewerber auf seine Gesundheit untersucht werden darf und inwiefern dies seine Grundrechte beein-

416 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 251 f., juris Rn. 29.
417 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-247, juris Rn. 12.
418 *König*, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", 2010, S. 164.
419 *König*, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", 2010, S. 164.
420 BVerwG, Urt. v 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 250, juris Rn. 24.
421 BVerfG, Beschl. v. 21.02.1995 – 1 BvR 1397/93 – BVerfGE 92, 140, 151, juris Rn. 44.
422 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (168) m.w.N.; *König*, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", 2010, S. 145. Statt aller BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10.
423 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (168), mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Norm.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

trächtigen darf, da sich der Untersuchungsumfang grundsätzlich am Ermächtigungszweck orientieren muss.[424]

Im Folgenden soll deshalb näher untersucht werden, ob Art. 33 Abs. 2 GG dahin ausgelegt werden kann, dass das Merkmal der gesundheitlichen Eignung darin beinhaltet ist.

a. Grammatische Auslegung

Jede Auslegung eines Textes beginnt mit dem Wortsinn.[425] Darunter versteht *Larenz* „die Bedeutung eines Ausdrucks oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch, oder, falls ein solcher feststellbar ist, im besonderen Sprachgebrauch des jeweils Redenden, hier in dem des betreffenden Gesetzes."[426] Es ist also zunächst zu fragen, ob der Begriff der „Eignung" in einer Weise bereits juristisch geprägt ist und dieses juristische Wortverständnis bei der Auslegung zugrunde zu legen ist.

Innerhalb des Grundgesetzes ist nur an einer Stelle von der Eignung die Rede, nämlich in Art. 132 Abs. 1 S. 1 GG, wonach Beamte und Richter, die im Zeitpunkte des Inkrafttretens des Grundgesetzes auf Lebenszeit angestellt sind, binnen sechs Monaten nach dem ersten Zusammentritt des Bundestages in den Ruhestand oder Wartestand oder in ein Amt mit niedrigerem Diensteinkommen versetzt werden können, wenn ihnen die persönliche oder fachliche Eignung für ihr Amt fehlt. Genannt wird hier die persönliche oder fachliche Eignung; die Eignung wird also näher beschrieben, aber nicht aus sich heraus definiert. Weiterhin benutzt das Grundgesetz den Ausdruck der Eignung in Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG sowie in Art. 96 Abs. 5 Nr. 4 GG, wenn es von Handlungen spricht, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören. Auch in diesem Zusammenhang unterliegt das „geeignet sein" keiner speziellen Konnotation. Eine juristische Vorprägung des Sinngehaltes ist der Eignung durch die Verfassung somit nicht vorgegeben. Auch darüber hinaus handelt es sich bei diesem Begriff nicht um einen

424 *König*, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", 2010, S. 165.

425 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 320.

426 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 320.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

solchen, dem im Rahmen der Rechtswissenschaft eine spezifische Bedeutung anhaftet, wie es beispielsweise bei den Ausdrücken „Eigentümer" und „Besitzer" der Fall ist, die im Volksmund oftmals synonym verwendet werden.

Ganz allgemein definiert der *Duden* die Eignung als „das Geeignetsein (besonders eines Menschens); Tauglichkeit"; als Synonyme benennt er die Begriffe Befähigung, Begabung, Berufung, Brauchbarkeit, Fähigkeit, Geeignetheit, Qualifikation, Tauglichkeit, Verwendbarkeit.[427] Andere Nachschlagewerke verstehen unter der Eignung eine „Bezeichnung für den Grad der Möglichkeit eines Individuums, in einem bestimmten Bereich auf Grund schon ausgebildeter Fertigkeiten oder auf Grund noch auszubildender Fähigkeiten ein bestimmtes Leistungsniveau zu erreichen "[428] oder einfacher gesprochen die „Tauglichkeit, Befähigung" bzw. näher beschrieben auch die „fachliche, körperliche, persönliche Eignung".[429]

Insgesamt handelt es sich bei diesen Definitionen um sehr allgemeine Begriffsbeschreibungen, die sich jedoch mehrheitlich auf etwas Intrinsisches beziehen, also auf eine der Person innewohnende Eigenschaft, sei es im Sinne einer Art Talent oder einer Lern- und Steigerungsmöglichkeit, die bereits auf etwas bereits Gegebenem aufbaut. Dementsprechend ist es durchaus möglich, auch einen körperlichen Aspekt darunter zu verstehen, insbesondere da die Definitionsversuche nicht festlegen, wofür eine bestimmte Eignung gegeben sein muss. Ob jemand geeignet ist oder nicht, hängt deshalb auch immer davon ab, wofür eine Eignung gegeben sein muss. Ein groß gewachsener Mensch ist besser zum Basketballspielen geeignet, ein kleiner Mensch besser zum Turnen. Eignung kann somit durchaus auch körperliche Eignung meinen. „Körperlich" oder „gesundheitlich" sind allerdings nur Adjektive, die das Substantiv weiter beschreiben. Insofern könnten diese Adjektive beliebig ausgetauscht werden, ohne dass der Begriff der Eignung notwendigerweise seine Bedeutung verlieren müsste. So könnte sich die Eignung ebenso gut – jedenfalls theoretisch und vorbehaltlich diskriminierungsrechtlicher Hindernisse oder historischer

427 http://www.duden.de/rechtschreibung/Eignung (Stand: September 2017).

428 Meyers großes Universallexikon, 1981, S. 210; Brockhaus Enzyklopädie, 19. Aufl. (1988), S. 160.

429 *Wahrig/Krämer/Zimmermann*, Brockhaus Wahrig, 1981, S. 379.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Vorbelastungen – auf eine gewisse Überzeugung beziehen oder auf ein bestimmtes Alter und würde immer noch unter die aufgeführten Definitionen passen.

Die körperliche oder auch die gesundheitliche Eignung kann also nach dem allgemeinen Sprachgebrauch noch unter den möglichen Wortsinn[430] des Wortes Eignung gefasst werden. Zu beachten ist allerdings, dass es sich dabei um einen sehr weit interpretierbaren Ausdruck handelt, sodass die grammatische Auslegung zu keinem aussagekräftigen Ergebnis führt.

b. Systematische Auslegung

Eine Norm ist stets so auszulegen, dass ein Widerspruch zu anderen Regelungen oder Grund-sätzen nach Möglichkeit vermieden wird.[431] Ziel der systematischen Auslegung ist es somit, den Sinngehalt eines Gesetzes zu konkretisieren, indem er mit seinem normativen Umfeld in Beziehung gesetzt wird.[432] Im unmittelbaren Umfeld befinden sich zunächst die Begriffe „Befähigung" und „fachliche Leistung", wobei Befähigung im allgemeinen Sprachgebrauch ein Synonym zur Eignung darstellen kann,[433] aber auch an „Fähigkeiten" erinnern lässt, also an ein bestimmtes Können oder Wissen. Fachliche Leistung ruft die Idee eines „Erbrachthabens" auf einem speziellen Gebiet hervor. Aus diesem Kontext geht weder ein ausschließlich kognitives noch physisches Verständnis der Eignung hervor, sodass es auch hier möglich ist, den Begriff hinsichtlich einer bestimmten Zielvorstellung zu definieren und die gesundheitliche Eignung darunter zu fassen.

Die im nächsten Umfeld des Begriffs Eignung befindliche Aussage der Norm ist, dass jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte hat, woraus sich zunächst ergibt, dass jemand, der nicht Deutscher ist, nicht geeignet sein kann. Dass diese Auslegung wegen Unionsrechtswidrigkeit nicht zu einem systematisch widerspruchsfreien Ergebnis

430 Siehe dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 322.
431 *Schäfers*, JuS 2015, 875 (878).
432 *Schäfers*, JuS 2015, 875 (877).
433 http://www.duden.de/rechtschreibung/Befaehigung (Stand: September 2017).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

führen kann, liegt auf der Hand.[434] Ferner besagt Art. 33 Abs. 2 GG, dass es um die Eignung zu einem öffentlichen Amte geht, die ein Bewerber erfüllen muss. Da es unterschiedliche Ämter gibt, ist die Annahme zulässig, dass es auch in Abhängigkeit von dem jeweiligen Amt unterschiedliche Anforderungen an die Eignung geben muss – sowohl in körperlicher Hinsicht als auch in Bezug auf die Fachkenntnis.[435]

Aus dem Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 3 GG ergibt sich, dass sich die Eignung nicht auf ein religiöses Bekenntnis oder eine bestimmte Weltanschauung beziehen darf, was das Verständnis von einer gesundheitlichen Eignung nicht ausschließt.

Vor dem näheren Regelungsumfeld betrachtet ergibt sich somit die Vereinbarkeit des Begriffs der Eignung mit dem Verständnis einer gesundheitlichen Eignung. Der (komplette) Sinn einer Norm lässt sich allerdings erst dann vollständig erschließen, wenn man ihn als Teil eines ganzen Gesetzes betrachtet, zu dem er gehört.[436] Darum sind neben Art. 33 GG auch die weiteren Normen des Grundgesetzes hinzuzuziehen, namentlich die Regelungen des Art. 3 GG. Beiden Vorschriften ist ihre gleichheitsrechtliche Bedeutung gemein, wenn auch Art. 33 Abs. 2 GG neben der gleichheitsrechtlichen zusätzlich eine staatsorganisationsrechtliche Komponente innewohnt.[437] Die Auslegung der Eignung in Art. 33 Abs. 2 GG darf deshalb der Wertung des Art. 3 GG nicht widersprechen, was insbesondere in Anbetracht des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG unter Umständen nicht gegeben ist. Nach dieser Vorschrift darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Je nach Auslegung des Behinderungsbegriffes, seiner Abgrenzung vom in Art. 3 GG nicht genannten Begriff der Krankheit und der Anforderung an die gesundheitliche Eignung kann es an dieser Stelle zu einer Wertungskollision kommen. In systematischer Hinsicht kann also im Ergebnis die gesundheitliche Eignung nicht in jedem Fall unter das Merkmal der Eignung in Art. 33 Abs. 2 GG gefasst werden. Dies ist nur

434 Siehe zur Geltung des Art. 33 Abs. 2 GG für Nicht-Deutsche bereits oben unter Teil 3 Abschn. B Kap. III.2.c „Zugang zum öffentlichen Amt".

435 Zum Bezugspunkt der gesundheitlichen Eignung siehe unten, Teil 4 Abschn. B „Der Bezugspunkt der Gesundheitsprognose".

436 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 325.

437 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 2. Siehe bereits oben unter Teil 3 Abschn. B Kap. I.1.b.(3) „Hilfskriterien".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dann möglich, wenn die Wertung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hinreichend gewürdigt und beachtet wird.[438]

c. Historische Auslegung

Historisch gesehen hatte eine Definition der gesundheitlichen Eignung schon immer gefehlt; erst 1962 nahm sich das BVerwG ihrer an.[439] In diesem Beschluss entschied es, die gesundheitliche Eignung fehle in einem Maße, das die Entlassung eines Beamten auf Probe rechtfertigen könne, schon dann, wenn während der Probedienstzeit Umstände gesundheitlicher Art festgestellt würden, die geeignet seien, den Beamten für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit untauglich erscheinen zu lassen. Hierfür genüge schon eine körperliche oder psychische Veranlagung der Art, dass die Möglichkeit häufiger Erkrankungen oder des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit schon vor Erreichen der Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne; einer bereits eingetretenen Dienstunfähigkeit bedürfe es nicht.

Zwar wurde hier die gesundheitliche Eignung erstmalig definiert, doch wurde sie weder aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG noch aus dem der einfachgesetzlichen Vorschriften hergeleitet. Vielmehr ergibt sich aus der Entscheidung des BVerwG, dass die Daseinsberechtigung der gesundheitlichen Eignung schlichtweg unterstellt wurde,[440] und das, obwohl die zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Fassung des § 31 Abs. 1 Nr. 2 BBG[441] lediglich davon sprach, dass ein Beamter auf Probe wegen mangelnder Bewährung hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung entlassen werden konnte. Der zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorhandene § 31 Abs. 1 S. 2 BBG a.F., der

438 Siehe zur Vereinbarkeit der Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG zugunsten eines gesundheitlichen Eignungskriteriums mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG unten in Teil 6 Absch. B Kap. III.3 „Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG".

439 *Lange*, Gesundheitswesen 2014, 234 (235) zu BVerwG, Beschl. v. 17.05.1962 – II C 87/59 – ZBR 1963, 215 f.

440 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (9); so auch *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 50.

441 Fassung der Bekanntmachung der Neufassung des Bundesbeamtengesetzes vom 18. September 1957 (BGBl. I S. 1342).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

die entsprechende Anwendung von § 42 Abs. 3 BBG a.F. „bei allein mangelnder gesundheitlicher Eignung" vorsah, wurde erst viel später in das BBG aufgenommen, nämlich im Jahr 1989 und damit mehr als zwanzig Jahre nach der Entscheidung des BVerwG.[442] Der in diesem Zug ebenfalls neu eingefügte § 42 Abs. 3 BBG a.F. sah vor, von der Versetzung des Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit abzusehen, wenn ihm ein anderes äquivalentes Amt übertragen werden konnte, dem er voraussichtlich in gesundheitlicher Hinsicht genügte. Diese Vorschrift war fortan entsprechend auf Probezeitbeamte anzuwenden.

Somit fand die erstmalige Kodifizierung der gesundheitlichen Eignung für den allgemeinen Verwaltungsdienst in der jüngeren Vergangenheit statt und hinzukommend im Rahmen eines einfachen Gesetzes. Es ist darum die Entstehungsgeschichte des Art. 33 Abs. 2 GG weiter zu beleuchten, um eine Auskunft über die Normvorstellung der Verfassunggeber zu bekommen.[443]

Das Prinzip der Bestenauslese wird aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitet, da in diesem die materiellen Auswahlkriterien abschließend benannt seien; es sei deshalb maßgeblich für die vom Dienstherrn vorzunehmende Auswahlentscheidung sowie für die Ausübung des Zugangsrechts durch den Bewerber.[444] Allerdings war im Rahmen der Geltung des Art. 128 WRV und anschließend auch hinsichtlich Art. 33 Abs. 2 GG anerkannt, dass es dem Dienstherrn trotz dieser Kriterien dennoch zustand, unter befähigten Bewerbern frei auszuwählen.[445] Darüber hinaus war vor allem das Erfüllen einschlägiger Laufbahnvoraussetzungen und damit das erfolgreiche Ableisten einer entsprechenden Vor- bzw.

442 Änderung des Bundesbeamtengesetzes durch Art. 7 des Gesetzes zur Änderung des Beamtenversorgungsgesetzes und sonstiger dienst- und versorgungsrechtlicher Vorschriften (BeamtVGÄndG) vom 18. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2218, 2231).

443 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 330.

444 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 30.

445 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 30, 133.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Ausbildung maßgeblich, bzw. für Beförderungen vor allem das Dienst- oder Lebensalter.[446]

Nach Art. 28 Abs. 1 WRV waren alle Staatsbürger ohne Unterschied nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zuzulassen. Aus den weiteren Vorschriften der WRV, die Regelungen über Beamte betrafen (Art. 129 bis 131 WRV), ergab sich zwar mittelbar, dass das Berufsbeamtentum institutionell garantiert war, jedoch ging daraus kein Funktionsvorbehalt hervor noch eine etwaige Kontur des Beamtenverhältnisses als solches.[447] Auch stellte Art. 128 Abs. 1 WRV lediglich auf die Befähigung und die Leistung ab, nicht hingegen auf das Kriterium der Eignung. Bei diesem Merkmal handelt es sich vielmehr um eine Ergänzung der in der Weimarer Verfassung benannten Begriffe durch das Grundgesetz.[448] Bezweckt wurde damit allerdings lediglich, vor allem Fragen über die charakterliche Eignung und der Verfassungstreue in den Auswahlprozess einfließen lassen zu dürfen;[449] gesundheitliche Aspekte waren nicht von Relevanz.

Dass unabhängig vom begrifflichen oder dogmatischen Zusammenhang zwischen diesen drei Kriterien in allumfassender Übereinstimmung angenommen wird, „Eignung" meine auch „gesundheitliche Eignung", ist vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte dieser Norm nicht bedingungslos zu bejahen.[450] Denn der dem heutigen Art. 33 Abs. 2 GG entsprechende Art. 19 Abs. 1 GG a.F. lautete zunächst: „Jeder Deutsche hat im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Vorbildung und nach seiner charakterlichen Eignung, seiner Befähigung und seinen Leistungen zu jedem öffentlichen Amt gleichen Zugang."[451] Somit bezog sich die Eignung allein auf den Charakter eines Bewerbers, was eher mit der Psyche eines Menschen in Verbindung zu bringen ist denn mit seiner Physis. Auf das Adjektiv „cha-

446 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 133.
447 *Günther*, DÖV 2012, 678 (680).
448 *Baßlsperger*, ZBR 2012, 109 (109).
449 *v. Roetteken*, ZBR 2017, 145 (150).
450 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (S. 168).
451 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rakterlich“ wurde wohlgemerkt allein wegen seiner missbräuchlichen Verwendung im Dritten Reich verzichtet.[452]

Entgegen *Pöllmann*[453] lässt sich auch dem historisch gewachsenen einfachen Beamtenrecht nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber eine allgemeine gesundheitliche Eignung für jeden Beamten beabsichtigt hätte. *Pöllmann* bezieht sich vorwiegend auf die Eignungsanforderungen für Sonderlaufbahnen, namentlich Militär, Forst, (seinerzeit noch) Eisenbahn und Polizei,[454] und damit auf Ämter, deren Ausführung mit hohen körperlichen Anforderungen verbunden sind. Hier eine gesundheitliche Eignung zu verlangen, ergibt deshalb Sinn, weil das entsprechende Amt sie selbst voraussetzt. Eignung ist in diesem Fall bereits gleichzusetzen mit einer gesundheitlichen Eignung. Denn wenn die Ausübung eines Amtes bereits von sich aus mit einer hohen körperlichen Beanspruchung einhergeht, dann ist derjenige nicht geeignet, der dieser Beanspruchung nicht gewachsen ist. Davon hingegen auf den allgemeinen Verwaltungsdienst zu schließen und die jeweiligen Zugangsvoraussetzungen als gleich zu betrachten, ist weder sachlich noch dogmatisch nachvollziehbar. *Pöllmann* selbst gibt zu, dass das nach der Bismarck'schen Reichsgründung erlassene Reichsbeamtengesetz,[455] das sich bis zum Deutschen Beamtengesetz[456] kaum inhaltlich verändert hatte, keine ausdrücklichen Bestimmungen über Einstellungserfordernisse enthielt.[457] Darüber hinaus habe auch die Literatur zunächst nicht nach einer allgemeinen gesundheitlichen Eignung verlangt[458] – von einer einzelnen Stimme abgesehen, die dies bereits im Jahr 1907 forderte, wohlgemerkt mit dem Argument, das Reich sei keine „Versorgungsanstalt für gebrechliche Anwärter und deren Fami-

452 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Vorbemerkung S. 4.
453 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 50 ff.
454 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 54 ff.
455 Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873, RGBl. 1873, S. 61.
456 Deutsches Beamtengesetz vom 26. Januar 1937, RGBl. 1937, S. 39.
457 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 54.
458 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 62 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

lie."[459] Mithin wurde bereits damals die gesundheitliche Eignung für den allgemeinen Verwaltungsdienst mit Argumenten der Finanzierung begründet. Letztlich stellt sich denn auch die Frage, was genau vom Sozialstaat übrig bleiben mag, wollte man die Versorgung der Schwachen, Kranken und Gebrechlichen von ihm ausschließen, ist doch die Fürsorge Hilfsbedürftiger seine selbstverständliche Pflicht, und damit auch die Hilfe für solche, die aufgrund körperlicher oder geistiger Einschränkungen daran gehindert sind, sich zu entfalten oder sich zu unterhalten.[460]

Allein das Bayrische Beamtengesetz von 1946[461] benannte in seinem Art. 5 Abs. 1 Nr. 4 „die erforderliche körperliche und geistige Eignung" als Voraussetzung zum Zugang zum Beamtenverhältnis, die durch Ablegung der vorgeschriebenen Prüfungen, so Art. 5 Abs. 1 Nr. 4 BayBG, nachzuweisen war. Inwiefern diese körperliche und geistige Eignung konkret erforderlich wurde, verrät die Vorschrift indes nicht. Das später erlassene Bundesbeamtengesetz[462] enthielt eben diese Voraussetzung in seinem § 8 wiederum nicht; vielmehr entspricht sein Wortlaut im weitesten Sinne dem heute geltenden § 9 S. 1 BBG.

Die von *Pöllmann* aufgestellte These, die gesundheitliche Eignung müsse zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG gezählt werden, da sie einen Teil des Leistungsprinzips darstelle,[463] ist fernerhin abzulehnen. Denn anders als behauptet, wurde eine gesundheitliche Eignung weder damals noch wird sie derzeitig explizit einfachgesetzlich für den allgemeinen Verwaltungsdienst gefordert. Darüber hinaus beweist die Genese des Art. 33 Abs. 2 GG, dass eine körperliche Eignung gerade nicht gemeint war. Es handelt sich also bei der gesundheitlichen Eignung selbst *nicht* um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums, sondern allein beim Leistungsprinzip, dessen durch Auslegung gewonnene in-

459 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 62 n.w.N.
460 BVerfG, Beschl. v. 18.06.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40, 121, 33, juris Rn. 44.
461 Bayrisches Beamtengesetz vom 28. Oktober 1946, GVBl. 1946, S. 350.
462 Bundesbeamtengesetz vom 14. Juli 1953, BGBl. I S. 551.
463 *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001, S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

haltliche Konkretisierung selbst nicht hergebracht zu sein braucht[464] und deshalb möglicherweise gesundheitliche Anforderungen umfasst. Indes ist jedoch der Leistungsgrundsatz nicht gleichzusetzen mit der Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG: Diese *dient* lediglich dem Leistungsgrundsatz, ist jedoch noch viel mehr als dieser, nämlich grundrechtsgleiches Recht und objektive Wertentscheidung.[465] Eine synonyme Behandlung des Leistungsprinzips als hergebrachter Grundsatz einerseits und der Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 GG als Verfassungs- und grundrechtsgleiches Recht andererseits birgt die Gefahr einer Unterwanderung verfassungsrechtlich garantierter Rechte. Denn der Inhalt eines hergebrachten Grundsatzes bedarf stets der Anpassung an veränderte Verhältnisse, wohingegen ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht eine Konstante darstellt, anhand derer sich die Interpretation eines hergebrachten Grundsatzes messen lassen muss. Das Leistungsprinzip selbst ist kein solches grundrechtsgleiches Recht.

Nach der historischen Auslegung kann im Ergebnis das Bedürfnis nach einem gesundheitlichen Anforderungskriterium allein für solche Ämter bejaht werden, deren Ausübung mit einer entsprechenden hohen körperlichen Belastung einhergehen. Die körperliche Leistungsfähigkeit fällt aber dann bereits direkt unter die Eignung im engeren Sinne, da sich das Amt ansonsten gar nicht ausüben ließe. Das aber unter den Eignungsbegriff in Art. 33 Abs. 2 GG stets und unabhängig von der Funktion des Beamten das Erfordernis nach einer gesundheitlichen Eignung gefasst werden kann, lässt sich nach der historischen Auslegung nicht bestätigen.

d. Teleologische Auslegung

Eine Norm teleologisch auszulegen, bedeutet, ihren Grundgedanken und erkennbaren Zweck offen zu legen.[466] Historisch betrachtet war die Absicht des Art. 33 Abs. 2 GG und der ihm vorangegangenen Regelungen, Klassen- und Geburtsprivilegien abzubauen und den Zugang zum öffentlichen Dienst allen gesellschaftlichen Schichten zu öff-

464 BVerfG, Beschl. v. 15.12.1976 – 2 BvR 841/73 – BVerfGE 43, 154, 168, juris Rn. 36.

465 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 7.

466 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 332.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nen.[467] Auch heute noch verfolgt die Norm den Grundsatz demokratischer Egalität sowie die Vermeidung von Privilegien.[468] Somit schützt die gleichheitsrechtliche Ausformung des Art. 33 Abs. 2 GG die Chancengleichheit eines jeden Bewerbers auf diskriminierungsfreien Zugang zum öffentlichen Amt[469] sowie sein Interesse an einem angemessenen beruflichen Fortkommen durch rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl.[470] In staatsorganisationsrechtlicher Hinsicht trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden, effizienten Rechtsprechung und Verwaltung Rechnung,[471] indem es den öffentlichen Dienst in seinem fachlichen Niveau sowie in seiner rechtlichen Integrität zu sichern versucht.[472] Das im Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Prinzip der Bestenauslese will deshalb dafür sorgen, den für das zu besetzende Amt am besten geeigneten Bewerber auszuwählen und nicht nur Mindestanforderungen zu statuieren.[473]

Kurzum: Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG ist es, den Dienstherrn in den Möglichkeiten seiner Personalauswahl einzuschränken und die Stellenbesetzung allein objektiven Kriterien zu unterwerfen, um sowohl den Staat als auch den Bewerber vor Willkür und sachfremder Entscheidungsmotivation zu schützen. Die Wahrung der staatlichen Interessen steht darüber hinaus gegenüber dem Interesse des Bewerbers nicht im Vordergrund, vielmehr stehen beide Anliegen wertungsmäßig mindestens auf einer Ebene – wenn nicht sogar der Schutz des Einzelnen eine Priorität genießt, wie sich aus der Struktur des Wortlautes ableiten lässt, die sich eindeutig auf jeden einzelnen Bewerber bezieht und damit den subjektiv-rechtlichen Charakter der Norm unterstreicht.[474]

---

467 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 69.

468 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 8.

469 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 19; siehe zum Zweck der Norm bereits oben unter Teil 3 Abschn. B Kap. I.1.a „Rechtsnatur".

470 BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03 – BVerwGE 122, 237, 239, juris Rn. 13.

471 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 19 f.

472 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 67.

473 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 12.

474 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 71; Rensen/Brink (Hrsg.)/*Schumacher*, Der Leistungsgrundsatz aus Art. 33 Abs. 2 GG - Individualleistungs- und Organisationsprinzip, S. 235, der sich für eine restriktive Handhabung der organisationsrechtlichen Komponente des Leistungsgrundsatzes aus-

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Somit schreibt die Vorschrift vor, dass allein der beste Bewerber Zugang zum öffentlichen Amt bekommt. Der beste Bewerber ist derjenige, der am ehesten geeignet ist, die Aufgaben des zu besetzenden Amtes zu erfüllen. Art. 33 Abs. 2 GG besagt indes nicht, wann das der Fall ist, und noch viel weniger geht aus ihm hervor, dass am geeignetsten derjenige ist, der nicht mehr als die zu erwarteten Kosten verursachen wird. Die Versorgungslast des Dienstherrn, die gegenüber dem Beamten besteht, spielt aber eine nicht unerhebliche Rolle bei der Frage, ob ein Bewerber letztlich ins Beamtenverhältnis berufen wird. Vielmehr liegt der Grund dafür, dass Rechtsprechung und Verwaltung unter Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG auch die gesundheitliche Eignung verstehen, darin, dass der Dienstherr aufgrund des Lebenszeit- und Alimentationsprinzip dazu verpflichtet ist, den Beamten sein Leben lang zu alimentieren – das Interesse des Dienstherrn daran, dass sich diese Alimentation auch durch die Leistung des Beamten im Laufe seiner Dienstzeit amortisiert, ist nach Ansicht des BVerwG gar von „verfassungsrechtlichem Stellenwert."[475] Die Versorgungslast der pensionierten Beamten werde im Gegensatz zum umlagefinanzierten Rentenversicherungssystem gänzlich aus dem Haushalt der Anstellungskörperschaft finanziert, weshalb ein angemessenes Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast deshalb bei Beamten besonderes Gewicht habe.[476] Bei dem geforderten angemessenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit handelt es sich aber um eine rein haushaltspolitische Erwägung, die in Art. 33 Abs. 2 GG keine Verankerung findet. Indem die gesundheitliche Eignung in das Merkmal der Eignung hineingelesen wird, wird ihr Verfassungsrang verliehen, obgleich dies nicht dem Zweck der Vorschrift entspricht. Dadurch, dass vorwiegend auf die staats- und organisationsrechtliche Komponente des in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen Leistungsprinzips abgestellt wird, lassen sich alle Maßnahmen verfassungsrechtlich rechtfertigen, die vermeintlich dazu dienen, die Leistungen

spricht, da ihr eine „erhebliche, auch für eine Durchbrechung wesentlicher Grundstrukturen des Berufsbeamtentums einsetzbare Sprengkraft" innewohne.

475 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.

476 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

des öffentlichen Dienstes zu steigern.[477] Dabei wird missachtet, dass es sich bei der Funktionstüchtigkeit und Leistungsfähigkeit der Verwaltung und Rechtsprechung um ein Interesse handelt, das von allen hergebrachten Grundsätzen im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG geschützt wird und nicht allein vom Leistungsgrundsatz.[478]

Primärer Regelungszweck des Art. 33 Abs. 2 GG ist die Chancengleichheit des Zugangs in Abhängigkeit des Könnens und der Fähigkeiten. Kein Zweck hingegen ist es, den Staat davor zu schützen, dass „die Arbeitskraft des Beamten zu früh verloren geht" und dadurch Kosten entstehen, die sich für den Dienstherrn nicht rentieren.[479] Zwar ist das politische Interesse an einer wirtschaftlich rentablen Verwaltung durch möglichst langanhaltend leistungsfähiges Personal richtig, wichtig und nachvollziehbar. Das Interesse daran aber, dass sich Ausgaben als profitabel herausstellen und sich Kosten bezahlt machen, ist kein exklusives staatliches Interesse, sondern findet sich generell dann, wenn Ausgaben getätigt werden.

Die Notwendigkeit einer gesundheitlichen Eignung mag diskutabel sein, ergibt sich aber aus Art. 33 Abs. 2 GG in teleologischer Hinsicht in keiner Weise.

e. Auswertung

Zusammenfassend hat die Auslegung ergeben, dass in grammatischer Hinsicht die Eignung eine gesundheitliche Komponente nicht ausschließt, in systematischer Hinsicht eine gesundheitliche Eignung nur dann unter Art. 33 Abs. 2 GG gefasst werden kann, wenn dies Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht verletzt, historisch nur insoweit ein gesundheitliches Eignungserfordernis bejaht werden kann, wie es die Amtsführung tatsächlich und konkret verlangt, und teleologisch Art. 33

477 Rensen/Brink (Hrsg.)/*Schumacher*, Der Leistungsgrundsatz aus Art. 33 Abs. 2 GG - Individualleistungs- und Organisationsprinzip, S. 233.

478 Rensen/Brink (Hrsg.)/*Schumacher*, Der Leistungsgrundsatz aus Art. 33 Abs. 2 GG - Individualleistungs- und Organisationsprinzip, S. 233.

479 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15. Siehe zur Frage der Rechtfertigung des Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 2 GG durch eine eignungsfremde Auswahlentscheidung mit dem Grundsatz der Sparsamkeit der Verwaltung unten, Teil 6 Abschn. D Kap. II.3 „Ziel der sparsamen Haushaltsführung und Verbot der Neuverschuldung".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Abs. 2 GG mit einer gesundheitlichen Eignung zur Vermeidung eines vorzeitigen Ausscheidens aus dem aktiven Dienst wegen körperlicher Leistungsunfähigkeit nicht vereinbar ist.

Somit lässt sich die Frage, ob Art. 33 Abs. 2 GG dahin ausgelegt werden kann, dass auch eine gesundheitliche Eignung darunter zu fassen ist, nicht einheitlich mit „ja" oder „nein" beantworten. Es ist deshalb eine Abwägung zwischen allen gefundenen Ergebnissen anzustellen, wobei sich die jeweiligen Auslegungsmethoden nicht gegenseitig ausschließen, sondern sich untereinander beeinflussen und sich ergänzen.[480] Aufgabe der Auslegung ist es, die Bedeutung des Gesetzestexts herauszufinden.[481] Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob es bei der Auslegung darauf ankommt, den Willen des Gesetzgebers zu untersuchen, oder ob der normative Teil des Gesetzes maßgeblich ist, ob also der Wille des Gesetzgebers (subjektive Theorie) oder des Gesetzes selbst das Auslegungsergebnis darstellt (objektive Theorie).[482] Gegenstand der subjektiven Theorie ist der historische Wille des Gesetzesverfassers im Rahmen des jeweiligen geschichtlichen Hintergrundes; die Interpretation der Norm unterliegt somit nicht dem Verständnis der derzeitigen Rechtsanwendung, sondern verharrt innerhalb der damaligen Betrachtungsweise, da es ansonsten zu einer Kompetenzverschiebung von der Legislative auf die Judikative komme.[483] Die objektive Theorie hingegen bestimmt allein die Betrachtung des Inhalts des Gesetzes als Auslegungsziel.[484] Das Gesetz enthalte durch seine Anwendung eine eigene Wirksamkeit, die dasjenige übersteige, was der Gesetzgeber seinerzeit angestrebt habe.[485]

Die subjektive Theorie ist abzulehnen. Denn ihre Anwendung ließe den Wandel der Zeit vollkommen unberücksichtigt und würde die Einheit der Rechtsordnung missachten, die aus vielerlei Normen besteht und sich unaufhörlich weiter entwickelt.[486] Die Bedeutung und

480 *Pein*, VR 2010, 200 (201); BVerfG, Beschl. v. 17.05.1960 – 2 BvL 11/59 – BVerfGE 11, 126, 130, juris Rn. 18.
481 *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).
482 *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).
483 *Würdinger*, JuS 2016, 1 (2 f.) m.w.N.
484 *Würdinger*, JuS 2016, 1 (3) m.w.N.
485 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 317.
486 *Würdinger*, JuS 2016, 1 (5).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

das Verständnis einer Norm kann sich darüber hinaus mit der Zeit verändern.[487]

Umgekehrt würde bei einer rein objektiven Auslegung möglicherweise verkannt, warum das auszulegende Gesetz überhaupt erlassen wurde, wodurch wichtige Hintergrundinformationen unberücksichtigt bleiben könnten. Insofern können beide Theorien einen Teil der Wahrheit für sich beanspruchen, sodass keine von beiden allumfassend akzeptiert werden kann.[488] Somit ist eine gemischt objektiv-subjektive Theorie vorzuziehen, die zunächst auf den historischen Normzweck abstellt.[489] Dafür verlangt aber das BVerfG, dass der Wille des Gesetzgebers im Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden haben muss, um bei der Auslegung berücksichtigt zu werden.[490] Allerdings muss sich die Rechtsprechung hin und wieder den Vorwurf gefallen lassen, Gesetze ergebnisorientiert anzuwenden.[491] Recht hat jedenfalls *Larenz*, wenn er sagt, dass es die einzig richtige und allzeit gültige Auslegung wohl nicht gibt.[492]

Im Ergebnis ist gleichwohl festzuhalten, dass weder die subjektive Theorie zu dem Ergebnis führt, dass die gesundheitliche Eignung von Art. 33 Abs. 2 GG umfasst ist, noch dass sich dies objektiv eindeutig ergibt. Die Vorschrift lässt sich also nicht dahin auslegen, dass sie eine gesundheitliche Komponente enthält.

IV. Fazit

Wenn die Eignung im engeren Sinne auch die gesundheitliche Eignung beinhielte, dann wäre die gesundheitliche Eignung Teil des Leistungsprinzips und insofern auch Teil dieses hergebrachten Grundsatzes. Die gesundheitliche Eignung könnte dann unter Art. 33 Abs. 2 GG gefasst

487 *Pein*, VR 2010, 200 (203).
488 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 316
489 *Würdinger*, JuS 2016, 1 (6).
490 BVerfG, Beschl. v. 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60 – BVerfGE 11, 126, 130, juris Rn. 18, 20.
491 *Würdinger*, JuS 2016, 1 (2) m.w.N.
492 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 314.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

werden und wäre mithin als Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes verfassungsrechtlich legitimiert.

Unter einer Konkretisierung versteht man das nähere Bestimmen oder Verdeutlichen eines Begriffes.[493] Wie sich herausgestellt hat, ist der Begriff des Leistungsgrundsatzes selbst aber nicht notwendigerweise so konkret, als dass darunter unmissverständlich stets nur ein bestimmter Wortsinn verstanden werden könnte.[494] Gemeint ist im Rahmen des hier relevanten Zugangs zum öffentlichen Amt unter Ausklammerung der Beförderungsämter allein der Leistungsgrundsatz, der auf das von einem Bewerber am ehesten zu erwartende bestmögliche zukünftige Leistungsvermögen abstellt, nicht jedoch auf eine retrospektive Betrachtung des bisher Geleisteten eines Bewerbers, der sich nur aufgrund dessen als der am besten geeignete Bewerber herausstellt. Denn die gesundheitliche Eignung ist nach der sie definierenden Formel des BVerwG stets zukunftsgerichtet.[495] Es ist somit bereits schwierig, die gesundheitliche Eignung als die Konkretisierung eines Begriffes anzunehmen, der für sich schon nicht eindeutig ist.

Hinsichtlich der Frage, inwiefern Art. 33 Abs. 2 GG im Landesrecht und im einfachen Bundesrecht Entsprechungen findet, war festzustellen, dass dort keine Regelungen enthalten sind, die über den Gehalt des Art. 33 Abs. 2 GG hinausgehen oder diesen konkretisieren.[496] Auch die Untersuchung einfach- und untergesetzlicher Regelungen auf eine weitere Kodifizierung der gesundheitlichen Eignung brachte die Erkenntnis, dass über ihre Nennung hinaus allein für Sonderlaufbahnen Regelungen materiellrechtlicher Natur zu finden sind.

Letztlich konnte auch die Auslegung des Eignungsbegriffs in Art. 33 Abs. 2 GG keinen Aufschluss darüber geben, ob die gesundheitliche Eignung als Teil der Eignung im engeren Sinne angesehen werden muss; vielmehr waren Anhaltspunkte zu finden, die diese Annahme sogar widerlegen. Festzuhalten ist darum als Ergebnis, dass die Annahme eines Erfordernisses der gesundheitlichen Eignung im Normenkontext keine Verankerung findet. Es handelt sich bei ihr folglich

493 http://www.duden.de/rechtschreibung/konkretisieren (Stand: September 2017).
494 Siehe oben Teil 3 Abschnitt B Kap. I.2 „Begriffsabgrenzung".
495 Vgl. zur grundsätzlichen Fragwürdigkeit dieser Formel und ihres Nutzens Teil 4 Abschn. E Kap. I „Änderung der Rechtsprechung".
496 Siehe Teil 3 Abschn. B Kap. II.3 „Fazit".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nicht um eine Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes; dementsprechend ist sie auch nicht unter dem Deckmantel des Eignungsbegriffs in Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich legitimiert. Ein Abstellen auf eine gesundheitliche Eignung unabhängig davon, ob die konkrete Amtsausführung ihrer bedarf, ist somit unzulässig.[497]

497 Vgl. für die Frage, ob die gesundheitliche Eignung ein Hilfskriterium bei sonst gleicher Auswahl darstellen kann, Teil 6 Abschn. B Kap. II „Art. 33 Abs. 2 GG".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 4: Die gesundheitliche Eignung in der Verwaltungspraxis

Nach einer ausführlichen Analyse der rechtlichen Grundlagen der gesundheitlichen Eignung widmet sich der vierte Teil der Betrachtung der Rolle der gesundheitlichen Eignung im Rahmen der Rechtspraxis. Zunächst wird dafür auf ihre Behandlung in Rechtsprechung und Literatur eingegangen, bevor untersucht wird, auf welchen Bezugspunkt für die Feststellung der gesundheitlichen Eignung abzustellen ist. Der darauffolgende Abschnitt beschäftigt sich mit dem Verfahren des Auswahlprozesses des zu ernennenden Beamten, wobei zunächst die dem Auswahlverfahren vorgelagerten organisatorischen Maßnahmen beleuchtet werden und anschließend auf die konkrete ärztliche Feststellung der gesundheitlichen Eignung eingegangen wird. Am Ende wird auf die gesundheitliche Eignung im Rahmen der Ernennung des ausgewählten Beamten Bezug genommen.

A. Die gesundheitliche Eignung aus Sicht der Rechtsprechung und Literatur

In Ermangelung klarer gesetzlicher Strukturen ergab sich eine ausführliche Judikatur hinsichtlich inhaltlicher Reichweite und Bedeutung der gesundheitlichen Eignung als Voraussetzung für den Zugang zu einem bestimmten öffentlichen Amt. Angesichts der noch nicht lang zurückliegenden Änderung der Rechtsprechung des BVerwG im Jahre 2013[498] seien dessen Ausführungen sowie Ansichten in der Literatur zur vormaligen Rechtslage an dieser Stelle zunächst aufgezeichnet.

498 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261. Siehe dazu auch bereits oben Teil 1 Abschn. A „Einleitung".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

I. Vormalige Rechtslage

1. Allgemeiner Prognosemaßstab

§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG a.F.[499] sowie § 23 Abs. 3 Nr. 2, 1. Hs. BRRG sahen für das Beamtenverhältnis auf Probe die Möglichkeit der Entlassung eines Probezeitbeamten vor, wenn er sich in der Probezeit nicht bewährt hatte. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG a.F. konkretisierte dies auf ein Bewähren hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Aus § 31 Abs. 1 S. 2 BBG a.F., der von einer Anwendbarkeit des § 42 Abs. 3 BBG a.F. bei allein mangelnder gesundheitlicher Eignung sprach, ergab sich, dass die Eignung eine gesundheitliche Komponente beinhalten sollte.

Ein Nicht-Bewähren aus gesundheitlichen Gründen und eine darauffolgende Entlassung war indes nicht gleichzusetzen mit einer Entlassung wegen Dienstunfähigkeit, also der dauernden Unfähigkeit zur Erfüllung von Dienstpflichten aus körperlichen Gründen (heute geregelt in § 44 Abs. 1 S. 1 BBG, § 26 Abs. 1 S. 1 BeamtStG):[500] Ausschlaggebend war allein, dass der Beamte sich für die Verwendung im Rahmen der angestrebten Laufbahn dadurch als untauglich herausstellte, dass er die gesundheitlichen Anforderungen nicht zu erfüllen vermochte.[501] Einer bereits eingetretenen Dienstunfähigkeit bedurfte es nicht, vielmehr war bereits eine körperliche oder psychische Labilität ausreichend.[502] Erforderlich war somit, dass sich während der Probezeit ein gesundheitlicher Mangel herausstellte, der eine Gefahr für eine wesentliche Beeinträchtigung der fachlichen Befähigung und beruflichen Leistung des Beamten darstellte.[503] Dabei war es irrelevant, ob der gesundheitliche Defekt, der zu der Gefahr der Beeinträchtigung führte, bereits vor Begründung des Probezeitbeamtenverhältnisses be-

499 In der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Februar 1985 (BGBl. I S. 479) und der Änderung durch Art. 7 des Gesetzes vom 18. Dezember 1989 (BeamtVGÄndG, BGBl. I S. 2218, 2231).

500 Siehe dazu bereits oben Teil 1 Abschn. D „Eingrenzung des Themas" sowie Teil 2 Abschn. D Kap. I.4 „Dienstunfähigkeit".

501 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (11).

502 BVerwG, Beschl. v. 17.05.1962 – II C 87/59 – ZBR 1963, 215.

503 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (11).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kannt war oder währenddessen erstmalig bekannt wurde.[504] Bereits damals ergab sich allerdings aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn eine Suchpflicht zu einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit zur Abwendung einer Entlassung, notfalls auch in einem rangniederen Amt.[505] Dass dies auch für die Probezeit galt, ergab sich aus § 31 Abs. 1 S. 2 BBG a.F., der auf § 42 Abs. 3 BBG a.F. verwies, nach dessen S. 1 von der Versetzung des Beamten wegen Dienstunfähigkeit – bzw. dann sinngemäß von der Entlassung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung – abgesehen werden sollte, wenn ihm ein anderes Amt derselben oder einer anderen Laufbahn übertragen werden konnte. Dementsprechend war die Möglichkeit einer Entlassung aufgrund mangelnder Eignung an strenge Anforderungen gebunden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass bereits das Beamtenverhältnis auf Probe stets mit dem Ziel eingegangen wurde, daraus ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit erwachsen zu lassen; dem Dienstherrn oblag insofern bereits im Rahmen der Probezeitverbeamtung die Einschätzung der Eigenschaften des Beamten für eine spätere Lebenszeitverbeamtung.[506]

Insofern war es denn auch konsequent, dass Erkenntnisse, die erst nach Ablauf der Probezeit über den Gesundheitszustand des Beamten oder seine Leistungsfähigkeit bzw. –bereitschaft gewonnen wurden, gegen eine bereits bejahte gesundheitliche Eignung nicht mehr vorgebracht werden konnten, selbst wenn sie durch diese neuen Erkenntnisse in Frage gestellt worden wäre.[507] Stattdessen war ein solches Verhalten nach Ansicht des BVerwG gar als Zuwiderhandlung gegen die eigene frühere Haltung zu werten, wenn der Dienstherr sich nach Ablauf der Probezeit auf die Nichtbewährung des Beamten berief, die sich angeblich während der Probezeit schon herausgestellt hatte.[508] Verneinte hingegen der Dienstherr die gesundheitliche Eignung nach Ablauf der Probezeit wegen eines aktuellen, also erst im Nachhinein aufgetretenen gesundheitlichen Defizits, so konnten auch diese Erkenntnisse für die Einschätzung des Beamten keine Relevanz entfalten, da nach den ge-

504 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (11).
505 BDH, Urt. v. 25.02.1955 – I D 43/54 – BDHE 2, 8-12.
506 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (11).
507 BVerwG, Urt. v. 25.02.1993 – 2 C 27/90 – BVerwGE 92, 147, 152, juris Rn. 15.
508 BVerwG, Urt. v. 25.02.1993 – 2 C 27/90 – BVerwGE 92, 147, 152, juris Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

setzlichen Bestimmungen die Entscheidung über die Eignung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse zu treffen war.[509]

Nach § 9 Abs. 1 S. 2 BBG a.F. war zwar ein Beamtenverhältnis auf Probe spätestens nach fünf Jahren in ein solches auf Lebenszeit umzuwandeln, wenn der Beamte die beamtenrechtlichen Voraussetzungen hierfür erfüllte. War die Probezeit abgelaufen, ohne dass eine Einschätzung des Probezeitbeamten und seiner gesundheitlichen Eignung vorgenommen werden konnte – etwa wegen einer Erkrankung zum Ablauf der Probezeit ohne vorherige abschließende Beurteilung –, hatte der Beamte im Probezeitverhältnis bis zur endgültigen Klärung seiner gesundheitlichen Eignung zu verweilen.[510] Allein das Erreichen der gesetzlich vorgeschriebenen Probezeit bei bisheriger Nichtfeststellung der gesundheitlichen Eignung vermochte eine Entlassung hingegen nicht zu rechtfertigen: Eine Entlassung war nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn schlussendlich Sicherheit über die mangelnde Eignung bestand oder eine Genesung nicht absehbar war.[511]

Bis zur Änderung des Prognosemaßstabes war nach Ansicht des BVerwG in ständiger Rechtsprechung die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers bereits dann zu verneinen, wenn der Eintritt der Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden konnte.[512] Die Konsequenz dieses Maßstabs war, dass chronisch erkrankten Bewerbern die gesundheitliche Eignung für die Ernennung zum Lebenszeitbeamten fehlte, selbst wenn sie derzeit keine gesundheitsbedingten Leistungsminderungen verzeichneten, wenn aber nicht ausgeschlossen werden konnte, dass ein negativer Verlauf der Erkrankung zu einer frühzeitigen Dienstunfähigkeit führen konnte.[513] Allerdings war dabei von Bedeutung, wie hoch das Bedürfnis an Neueinstellungen war; davon abhängig war der Maßstab für die Anforderung

509 BVerwG, Urt. v. 25.02.1993 – 2 C 27/90 – BVerwGE 92, 147, 152, juris Rn. 15.
510 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (12).
511 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (12).
512 BVerwG, Urt. v. 17.05.1962 – 2 C 87/59 – ZBR 1963, 215; BVerwG, Urt. v. 25.02.1993 – 2 C 27/90 – BVerwGE 92, 147, 149, juris Rn. 10; BVerwG, Urt. v. 18.07.2001 – 2 A 5/00 – NVwZ-RR 2002, 49, juris Rn. 16. In seinem Urteil vom 25.07.2013 (2 C 12/11) spricht das BVerwG hingegen von „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit".
513 *von der Weiden*, jurisPR-BVerwG 1/2014.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

an die gesundheitliche Eignung, der je nach Bedarf strenger oder weniger streng ausfiel.[514]

Bereits vor der Änderung der Rechtsprechung des BVerwG im Jahr 2013 wurde diese Rechtslage als kritikwürdig und veränderungsbedürftig betrachtet. Einerseits wurde berücksichtigt,[515] dass der Dienstherr anders als im Arbeitsverhältnis nicht über die Möglichkeit verfügt, den Beamten krankheitsbedingt zu kündigen; andererseits wurde angeführt, das Interesse des Dienstherrn an einem langfristig einsetzbaren Beamten genieße keinen absoluten Vorrang gegenüber dem Interesse des Beamten, wegen seiner Veranlagung oder seines Gesundheitszustands von der Ernennung auf Lebenszeit nicht unberücksichtigt gelassen zu werden. Vielmehr sei ein Interessenausgleich zwischen beiden Positionen zu finden sowie eine Unterscheidung zu treffen hinsichtlich einerseits des Grades der Wahrscheinlichkeit, inwiefern überhaupt mit dem Eintritt einer Gesundheitsbeeinträchtigung zu rechnen war, und andererseits hinsichtlich des Zeitraumes, innerhalb dessen der gesundheitliche Defekt eintreten würde. Weiterhin sollte eine gewisse Erheblichkeitsschwelle dergestalt aufgestellt werden, dass eine Verbeamtung auf Lebenszeit erst bei einem Risiko der Dienstunfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – also mehr als 50 Prozent – verneint werden dürfe; bei einem niedrigeren Risiko solle das Risiko vorzeitiger Dienstunfähigkeit beim Dienstherrn liegen. Diese Ansicht sprach sich letztlich für einen Zeitraum von fünf Jahren aus, der für prädiktive Gesundheitsuntersuchungen und daraus folgende prognostische Einschätzungen maßgeblich sein sollte. Denn unter anderem werde durch diesen Zeitraum berücksichtigt, dass der Stand der Medizin nach fünf Jahren ein anderer sei. Angelehnt sei diese Grenze am abgesenkten Prognosemaßstab für Schwerbehinderte, da ein Ausschluss vom Beamtenverhältnis auf Lebenszeit wegen einer vorhergesagten möglichen Dienstunfähigkeit sich mit einer Schwerbehinde-

514 *Schmid*, Die Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt unter besonderer Berücksichtigung des Fragerechts des Dienstherrn, 2009, S. 127.

515 Siehe zu dieser Ansicht nachfolgend *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 57 ff.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rung vergleichbar belastend darstelle.[516] Ein geeignetes Mittel zur Entlastung der Haushalte seien prädiktive Untersuchungen und prognostische Aussagen außerdem ohnehin nicht, da allein diejenigen Bewerber von ihr erfasst würden, für die überhaupt nach dem Stand der medizinischen Kenntnisse das Aufstellen einer solchen Prognose erst möglich sei; erfasst werde lediglich eine geringe Zahl der Bewerber.[517]

Auch nach der Ansicht von *Schmid*[518] war eine flexiblere Entscheidungsmöglichkeit für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung zugrunde zu legen als diejenige des BVerwG, die lediglich darauf abstellte, dass die Dienstunfähigkeit mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit bis zum Eintritt der Regelaltersgrenze auszubleiben hatte. So sei schon die Gefahr des Eintritts der Dienstunfähigkeit nicht der alleinige entscheidungserhebliche Faktor für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung. *Schmid* unterschied deshalb nicht nur nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer verfrühten Dienstunfähigkeit, sondern stellte darüber hinaus ebenso wie die zuvor genannte Ansicht auf einen möglichen Eintrittszeitraum ab, für dessen Begrenzung spreche, dass andererseits das Risiko der Dienstunfähigkeit der Solidargemeinschaft der gesetzlichen Rentenversicherung aufgebürdet werde, da sich ein abgelehnter Bewerber in der Regel um eine Beschäftigung im Angestelltenverhältnis bemühe. Auch *Schmid* befürwortete einen allgemeinen Prognosezeitraum von fünf Jahren, relativierte dies jedoch dahingehend, dass die Grenze von fünf Jahren lediglich als Richtwert dienen dürfe. Denn abzustellen sei nicht nur darauf, ob eine Dienstunfähigkeit eintrete, sondern auch und vor allem, wann dies der

516 Von einem fünfjährigen Prognosezeitraum ging das VG Mainz aus, Urt. v. 22.09.2004 – 7 K 623/04.MZ – juris Rn. 17 f. Dagegen legte das OVG Hamburg entsprechend dem Fürsorgeerlass des Bundesministers des Innern vom 2. Dezember 1991 (GMBl 1992, S. 2) einen Zeitraum von zehn Jahren zugrunde, Urt. v. 26.09.2008 – 1 Bf 19/08 – RiA 2009, 87, 89, juris Rn. 36. Vgl. für einen Zeitraum von fünf Jahren ebenfalls die Teilhaberichtlinien – Inklusion behinderter Angehöriger des Öffentlichen Dienstes in Bayern – (TeilR), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 19.11.2012, FMBl Nr. 16/2012 S. 612.

517 *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 59 f.

518 *Schmid*, Die Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt unter besonderer Berücksichtigung des Fragerechts des Dienstherrn, 2009, S. 129 ff. So auch nachfolgend.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Fall sein werde. Bestehe also wegen einer gewissen Veranlagung eine Wahrscheinlichkeit nicht nur für den Ausbruch der Krankheit, sondern auch für eine darauf zurückzuführende Dienstunfähigkeit, so dürfe diese Wahrscheinlichkeit nicht ins Gewicht fallen, wenn mit der Dienstunfähigkeit erst nach etlichen Jahren gerechnet werden könne und der Bewerber folglich durchaus noch in der Lage wäre, die erforderliche Dienstzeit abzuleisten.

Hinsichtlich der Veranlagung war allerdings in Bezug auf den Prognosemaßstab des BVerwG zu differenzieren. Denn dieser bezog sich allein auf die Tendenz einer bereits festgestellten Veranlagung, ohne dass sie jedoch die vorherige Feststellung einer solchen Veranlagung hätte ersetzen können – jedenfalls dann nicht, wenn die Wahrscheinlichkeit für das Bestehen einer Veranlagung genauso hoch war wie für ihr Nichtbestehen.[519] Daraus folgte, dass zunächst die Veranlagung an sich festgestellt werden musste und dadurch mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit eine dauernde Dienstunfähigkeit schon vor dem Erreichen der Altersgrenze nicht ausgeschlossen werden konnte; dass die Veranlagung mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden konnte, reichte nicht aus, um die gesundheitliche Eignung zu verneinen.[520]

In dieser Hinsicht musste auch nach Ansicht von *Seewald*[521] differenziert werden: Einmal dahingehend, ob eine Krankheit definitiv bestehe und ob sie sich darüber hinaus während der Probezeit bereits negativ auf die Dienstfähigkeit ausgewirkt habe;[522] andererseits ob lediglich eine Veranlagung bestehe und der Bewerber zum derzeitigen Moment dienstfähig sei, aber die Gefahr für das frühzeitige Ausscheiden aus dem aktiven Dienst wegen Dienstunfähigkeit bestehe.[523]

Seewald kritisierte namentlich die überaus weite „Zweifels-Formel" des BVerwG, wonach sich lediglich begründete Zweifel daran ergeben mussten, dass der Beamte auf Dauer voll einsatzfähig war und das

519 VG Darmstadt, Urt. v. 24.06.2004 – 1 E 470/04 (3) – NVwZ-RR 2006, 566, 568, juris Rn. 40.
520 *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (19).
521 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (136 ff.).
522 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (173 ff.).
523 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (171, 175f.).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

BVerwG damit eine bereits eingetretene Gesundheitsbeeinträchtigung mit der Gefahr ihres Eintritts gleichsetzte.[524]

Relevant war diese Rechtslage insbesondere für das Krankheitsbild einer HIV-Infektion sowie für Bewerber mit starkem Übergewicht.

a. HIV und Aids

Die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers wurde insbesondere vor dem Hintergrund HIV-positiver Bewerber intensiv und kontrovers in der Literatur diskutiert.[525] Bereits 1989 rügte *Seewald* den HIV-Antikörper-Test als eine belastende Maßnahme, für die es keinerlei Ermächtigungsgrundlage gab.[526] Nach seiner Ansicht sollte sich eine HIV-Infektion nicht per se auf die gesundheitliche Eignung auswirken, wenn sie nicht mit einer Minderung der Dienstfähigkeit einherging.[527] Jedoch war es möglich, einen HIV-infizierten Bewerber unter Heranziehung der Rechtsprechung des BVerwG als gesundheitlich ungeeignet zu erklären.[528] Einigkeit in Bezug auf die rechtliche Handhabung dieser Problematik war indes auch bei der öffentlichen Gewalt nicht festzustellen. So erließ die Regierung von Mittelfranken des Freistaats Bayern seinerzeit eine Weisung gegen die Stadt Nürnberg,[529] im Rahmen von Einstellungsuntersuchungen von städtischen Beamten diese stets einem HIV-Test zu unterziehen, wogegen die Stadt sich weigerte und letztlich Klage erhob.[530] Obgleich der VGH München HIV-infizierten Bewerbern grundsätzlich die gesundheitliche Eignung ab-

524 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (171 f.) unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 17.05.1962 – II C 87/59 – ZBR 1693, 215.

525 *Thiel*, ZTR 1987, 264 (264). Siehe zudem nur die einschlägigen Dissertationen von *Pöllmann*, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, 2001; *Weber*, HIV-Infektion und AIDS im öffentlichen Dienstrecht, 2002; *König*, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", 2010. Siehe ferner *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (164 f.) mit zahlreichen Nachweisen, wonach ein genereller HIV-Test vor einer Verbeamtung mehrheitlich als rechtlich unzulässig, mindestens aber als überflüssig angesehen wurde.

526 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (167).

527 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (170).

528 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (171 f., 175 f.).

529 *Gostomzyk*, Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS), in: Historisches Lexikon Bayerns.

530 VGH München, Beschl. v. 09.11.1988 – 3 CS 880154 – NJW 1989, 790.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sprach, hielt es generelle HIV-Antikörper-Tests bei Einstellungsuntersuchungen für unverhältnismäßig.[531]

Mit dem Argument, bei der Durchführung von Antikörpertests handele es sich um eine „freiwillige Maßnahme", sprach sich ein Jahr später *Thiel*[532] für die Anwendung dieser Untersuchungen aus. Seines Erachtens war ein HIV-positiv getesteter Bewerber stets für den öffentlichen Dienst ungeeignet; einen HIV-Antikörpertest erachtete er als zulässig, angesichts des geringen Verbreitungsgrads jedoch als Teil einer allgemeinen Untersuchung als nicht geboten.[533]

b. BMI und Adipositas

Ein weiteres Kriterium, das zum Ausschluss des Zugangs zum öffentlichen Amt führen konnte, war massives Übergewicht. Insbesondere die erstinstanzliche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung war sich hinsichtlich der beamtenrechtlichen Auswirkungen von Übergewicht und Fettleibigkeit uneins. Einerseits wurde vertreten, dass die gesundheitliche Eignung wegen eines Body-Mass-Indexes (BMI) von etwa 30 kg/m² oder höher allein nicht verneint werden dürfe, da ein Übergewicht jedenfalls solchen Ausmaßes für sich allein gesehen noch keinen Krankheitswert darstelle, sondern allenfalls einen Risikofaktor für Folge- oder Begleiterkrankungen.[534] Die Gegenansicht schloss die gesundheitliche Eignung bei einem BMI von 30 kg/m² und höher wegen der mit dem Übergewicht verbundenen Risiken, beispielsweise und insbesondere für Herz-Kreislauf-Erkrankungen, aus; der BMI stand für diese Ansicht als wissenschaftlich fundierte Grundlage für die Bewertung von Übergewicht und daraus sich etwaige ergebende Gesundheitsrisiken außer Zweifel.[535] Das VG Gelsenkirchen sprach Beamtenbewerbern selbst dann die gesundheitliche Eignung ab, wenn das Übergewicht noch gar keine Erkrankung darstellte bzw. eine solche

531 VGH München, Beschl. v. 09.11.1988 – 3 CS 880154 – NJW 1989, 790 f.
532 *Thiel*, ZTR 1987, 264 (265).
533 *Thiel*, ZTR 1987, 264 (269).
534 VG Düsseldorf, Urt. v. 04.09.2007 – 2 K 5357/06 – juris Rn. 59; VG Saarland, Urt. v. 15.12.2003 – 12 K 155/05 – NVwZ-RR 2004, 368, 369.
535 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 25.06.2008 – 1 K 3143/06 – NVwZ-RR 2009, 252, 253 f., juris Rn. 46 f.; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 12.12.2005 – 1 K 6123/01 – juris Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

durch die Fettleibigkeit noch nicht oder jedenfalls nicht feststellbar hervorgerufen worden war.[536] Das VG Düsseldorf äußerte sich einige Jahre später differenzierter in der Angelegenheit und bekundete Zweifel am BMI als Instrument zur Feststellung von Übergewicht und daraus abgeleiteten Mängeln hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung.[537] Es unterschied jedoch nach dem Ausmaß der Fettleibigkeit und lehnte die gesundheitliche Eignung letztlich ab, da bei einer Adipositas dritten Grades, die einem BMI von mehr als 40 kg/m² entspricht, ein erhöhtes gesundheitliches Risiko wissenschaftlich anerkannt sei.[538] Auch das OVG Lüneburg, das sich dezidiert mit der Kritik am BMI als Entscheidungsgrundlage auseinandersetzte, sah jedenfalls ab einem BMI von 35 kg/m² die gesundheitliche Eignung als nicht vorhanden an.[539]

Dass dem BMI die Tauglichkeit als Bewertungsgrundlage nach und nach abgesprochen wurde, war maßgeblich auf *Hillebrecht*[540] zurückzuführen,[541] der nach eingehender Auseinandersetzung mit neueren Studien[542] den BMI als für die beamtenrechtliche Prognosebeurteilung als ungeeignet erklärte.[543]

536 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 25.06.2008 – 1 K 3143/06 – NVwZ-RR 2009, 252, 254, juris Rn. 48.

537 VG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2011 – 13 K 1683/11 – juris Rn. 46.

538 VG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2011 – 13 K 1683/11 – juris Rn. 54 m.w.N.

539 OVG Lüneburg, Urt. v. 31.07.2012 – 5 LC 216/10 – juris Rn. 106 ff. m.w.N. unter Bezugnahme auf VGH München, Beschl. v. 13.04.2012 – 3 BV 08.405 – ZBR 2013, 52, 53, juris Rn. 33 f., der sich gegen eine Ablehnung der gesundheitlichen Eignung wegen Adipositas ersten Grades aussprach und stattdessen für eine Differenzierung nach dem Ausmaß der Fettleibigkeit. Gegen den BMI als Indikator auch VGH Mannheim, Urt. v. 31.05.2011 – 4 S 187/10 – VBlBW. 2012, 65, 68, juris Rn. 32 sowie auch OVG Münster, Beschl. v. 16.05.2011 – 1 B 477/11 – ZBR 2011, 419, 420, juris Rn. 19.

540 *Hillebrecht*, ZBR 2011, 84 ff.

541 OVG Lüneburg, Urt. v. 31.07.2012 – 5 LC 216/10 – juris Rn. 104; VGH München, Beschl. v. 13.04.2012 – 3 BV 08.405 – ZBR 2013, 52, 53, juris Rn. 36; VGH Mannheim, Urt. v. 31.05.2011 – 4 S 187/10 – VBlBW. 2012, 65, 68, juris Rn. 32, OVG Münster, Beschl. v. 16.05.2011 – 1 B 477/11 – ZBR 2011, 419, 420, juris Rn. 20.

542 Beispielsweise die „Düsseldorf Obesity Mortality Study" zur Untersuchung des Zusammenhangs zwischen BMI und Mortalität bei übergewichtigen und adipösen Patienten, vgl. http://www.rbsd.de/DOMS.html (Stand: September 2017) sowie *Lenz/Richter/Mühlhause*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 641. Vgl. *Hillebrecht*, ZBR 2011, 84 (85 Fn. 8).

543 *Hillebrecht*, ZBR 2011, 84 (91).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

2. Abgesenkter Prognosemaßstab

Nach Maßgabe des § 35 Abs. 1 Schwerbeschädigtengesetz[544] a.F. waren die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen für Schwerbeschädigte so zu gestalten, dass die Einstellung und Beschäftigung Schwerbeschädigter erleichtert und ein angemessener Anteil Schwerbeschädigter unter den Beamten erreicht wurde. Die im Rahmen dessen erlassenen Bundes- und Landeslaufbahnverordnungen verlangten übereinstimmend für die Einstellung von Schwerbeschädigten lediglich das erforderliche Mindestmaß an „körperlicher Rüstigkeit", wobei der Bezugspunkt teils variierte und sich entweder auf die gesamte Laufbahn oder aber auf die „betreffende Stelle" bezog.[545] Signifikante Abweichungen ergaben sich bei der Anwendung indes nicht, da die verlangte körperliche Rüstigkeit auch dann noch bejaht wurde, wenn die Eignung des Schwerbeschädigten lediglich für einzelne Dienstposten der jeweiligen Laufbahn zu bejahen war.[546] Allerdings hatte man bei der Einstellung Schwergeschädigter wohlwollend vorzugehen und die Art der jeweiligen Beschädigung entsprechend zu berücksichtigen.[547] Daraus ergab sich, dass eine gesundheitliche Eignung dann nicht verneint werden konnte, wenn ein gesundheitlicher Defekt durch entsprechende Hilfsmittel ausgeglichen werden konnte.[548]

Auch nach der Jahrtausendwende änderte sich diese Rechtsprechung nicht, wobei das BVerwG einen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG besonderen Schutz gegen Benachteiligungen nur Schwerbehinderten zukommen ließ: Konnte ein schwerbehinderter Bewerber den Anforderungen des Amtes gerade wegen seiner Behinderung nicht gerecht werden, war die gesundheitliche Eignung allein dann zu verneinen, wenn im Einzelfall zwingende Gründe für das Festhalten an dem allgemeinen Maßstab sprachen.[549] Anderenfalls war ein herabgesetzter

544 Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 16. Juni 1953, BGBl. I S. 389. Entspricht nunmehr dem § 128 SGB IX, BT Drucks. 14/5074, S. 114.
545 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (10).
546 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (10).
547 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (10).
548 *Wenzel*, DÖD 1963, 9 (10).
549 BVerwG, Beschl. v. 23.04.2009 – 2 B 79/08 – juris Rn. 8; BVerwG, Urt. v. 21.06.2007 – 2 A 6/06 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35, juris Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Prognosemaßstab anzuwenden, der nicht mehr den Zeitraum bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze umfasste, sondern je nach Rechtsprechung fünf oder zehn Jahre.[550] Von Schwerbehinderten durfte bei der Einstellung nach wie vor nur das Mindestmaß körperlicher Eignung verlangt werden, § 5 Abs. 1 BLV, § 14 Abs. 1 S. 2 LbVO.

3. Gerichtliche Kontrolle

Die Prognoseentscheidung hinsichtlich des Vorliegens der gesundheitlichen Eignung war einer lediglich eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich.[551] Nach Ansicht der Rechtsprechung handelte es sich bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung um einen Akt wertender Erkenntnis, der vom Gericht nur beschränkt darauf zu überprüfen war, ob der Dienstherr den anzuwendenden Begriff verkannt, einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt hatte.[552] Dem Dienstherrn stand also insoweit ein Beurteilungsspielraum zu, sodass dessen Einschätzungen weder durch einen Sachverständigen noch durch das Gericht ersetzt werden konnten.[553] Bemerkenswert war daran, dass demgegenüber die Entscheidung über eine Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit vollumfänglich überprüfbar war.[554]

---

550 Siehe bereits oben unter Fn. 516: Von einem fünfjährigen Prognosezeitraum ging das VG Mainz aus, Urt. v. 22.09.2004 – 7 K 623/04.MZ – juris Rn. 17 f. Dagegen legte das OVG Hamburg entsprechend dem Fürsorgeerlass des Bundesministers des Innern vom 2. Dezember 1991 (GMBl 1992, S. 2) einen Zeitraum von zehn Jahren zugrunde, Urt. v. 26.09.2008 – 1 Bf 19/08 –RiA 2009, 87, 89, juris Rn. 36. Vgl. für einen Zeitraum von fünf Jahren ebenfalls die Teilhaberichtlinien – Inklusion behinderter Angehöriger des Öffentlichen Dienstes in Bayern – (TeilR), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 19. November 2012, FMBl Nr. 16/2012 S. 612.

551 *Fricke/Schütte*, DÖD 2012, 121 (127).

552 BVerwG, Urt. v. 18.07.2001 – 2 A 5/00 – NVwZ-RR 2002, 49, juris Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 31.05.1990 – 2 C 35/88 – BVerwGE 85, 177, 180, juris Rn. 18; VG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2011 – 13 K 1683/11 – juris Rn. 36.

553 BVerwG, Urt. v. 19.03.1998 – 2 C 5/97 – BVerwGE 106, 263, 267 f., juris Rn. 8, 24; VG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2011 – 13 K 1683/11 – juris Rn. 36.

554 BVerwG, Urt. v. 26.03 März 2009 – 2 C 73/08 – BVerwGE 133, 297, 300, juris Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

II. Aktuelle Rechtslage

Diese beamtenrechtliche Einstellungspraxis wurde sowohl vor dem Hintergrund gesundheitsspezifischer Typisierungen und damit einhergehender prognostischer Aussageungenauigkeiten kritisiert[555] als auch bezüglich einer nach nationalem Verfassungsrecht und Europarecht nicht zu rechtfertigenden Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen.[556] Bemängelt wurde darüber hinaus die Endgültigkeit beamtenrechtlicher Einstellungsentscheidungen, die einer nachträglichen Korrektur für gewöhnlich nicht zugänglich waren und darüber hinaus den medizinischen Fortschritt unberücksichtigt ließen.[557]

Teile dieser Kritik bewogen das BVerwG letztlich zur Änderung seiner Rechtsprechung, die auf zwei Rechtssachen beruhte.[558] Bei beiden Klägern handelte es sich um Lehrer, die eine Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Probe begehrten. Beiden wurde diese Übernahme wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung verwehrt; ihnen wurde nach der Ablehnung wegen Leidens an der sog. Scheuermann'schen Erkrankung bzw. an Multipler Sklerose und infolge eines Bandscheibenvorfalls rückwirkend ein GdB von 30[559] zuerkannt.

Das BVerwG stellte im Rahmen dieser Verfahren fest, dass eine Versagung des Zugangs zum Beamtenverhältnis wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung, ohne die fachliche Eignung zu berücksichtigen, Art. 33 Abs. 2 GG derart einschränke, dass es einer subjektiven Berufswahlschranke im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG gleichkomme. Dies bewog das BVerwG dazu, an seiner bisherigen Rechtsprechung im Hinblick auf den bisher bestehenden Prognosemaßstab nicht mehr festzuhalten, da der Maßstab geeignet sei, Bewerber auszuschließen, deren Gesundheitszustand vom Regelzustand abweiche, und zwar

555 *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (17 ff.).

556 *Otte*, ZBR 2007, 401 (401 ff.); v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 229 ff. Siehe einführend dazu bereits oben Teil 1 Abschn. A „Einführung" sowie weiterführend in Teil 5 „Der Behinderungsbegriff und seine Konsequenzen für die gesundheitliche Eignung".

557 *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (23).

558 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261 sowie die dazu parallel ergangene Entscheidung BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 18/12 – Behindertenrecht 2014, 68-74.

559 Siehe dazu bereits oben Teil 1 Abschn. A „Einführung".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

auch an, wenn derzeit für eine Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit keine Anhaltspunkte bestünden. Es sei zudem nicht möglich, die negative Eignungsprognose zu widerlegen oder nachträglich zu korrigieren.[560] Letztlich sah das BVerwG ein, dass angesichts eines derart langen Prognosezeitraums eine sichere Einschätzung des Bewerbers kaum getroffen werden konnte. Einerseits, weil es an sich schon schwierig sei, die Entwicklung der Gesundheit des Bewerbers zu prognostizieren, andererseits weil es die Prognose nicht erlaube, den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen. Es gebe darüber hinaus kaum belastbare Studien darüber, wie einzelne Risikofaktoren mit einer Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer frühzeitigen Dienstunfähigkeit korrelieren würden. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass eine vorzeitige Dienstunfähigkeit nicht zwangsläufig auf einer Krankheit beruhe, die zum Zeitpunkt der Untersuchung bereits prognostizierbar gewesen wäre.[561]

Die Änderung der Rechtsprechung bezog sich auf den anzuwendenden Prognosemaßstab sowie auf den Umfang der gerichtlichen Kontrolle; keine Änderungen ergaben sich hingegen hinsichtlich des Prognosezeitraums bzw. in Bezug auf den abgesenkten Prognosemaßstab für Menschen mit Behinderungen.

1. Allgemeiner Prognosemaßstab

Nach wie vor ist für den Prognosezeitraum die Dauer bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze maßgeblich.[562] Dies rechtfertigt sich nach Ansicht des BVerwG durch das in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Lebenszeit- und Alimentationsprinzip und dem daraus folgenden Interesse des Dienstherrn an einem zeitlich ausgewogenen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhezeit. Der Gesetzgeber selbst bringe durch die Festlegung der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung sowie durch die Regelaltersgrenze zum Ausdruck, welche Dauer

560 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 17 unter Verweis auf *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (17).

561 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 249, juris Rn. 20 unter Verweis auf *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 59

562 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

an aktiver Dienstzeit ihm angemessen erscheint, um später eine Altersversorgung zu erhalten.

Eine Neuerung ergab sich jedoch hinsichtlich des Prognosemaßstabes: Die gesundheitliche Eignung kann nunmehr nur noch dann verneint werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird, es sei denn, der Gesetzgeber bestimme einen kürzeren Prognosezeitraum.

a. HIV und Aids

Im Hinblick auf die zuvor diskutierte HIV-Infektion dürfte dies bedeuten, dass sie dem Zugang zum Berufsbeamtentum nicht mehr zwangsläufig hinderlich sein dürfte. Denn maßgeblich sind ausschließlich tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfrühte Dienstunfähigkeit, die sich aus einer HIV-Infektion allein nicht notgedrungen ergeben. Dies hängt mit dem Krankheitsbild und –verlauf einer HIV-Infektion zusammen: Krankheitserscheinungen treten nach einigen Tagen bis hin zu wenigen Wochen auf in Form eines allgemeinen Krankheitsgefühls, Fieber, Kopf- und Gliederschmerzen, aber auch Durchfall, Hautausschlag oder Entzündung des Rachenraums; die Symptome verlieren sich jedoch nach drei bis vier Wochen.[563] Danach ist der Großteil der HIV-Infizierten für einen Zeitraum bis hin zu mehreren Jahren frei von Beschwerden, die von HIV hervorgerufen werden können.[564] Wird eine Infektion mit HIV nicht behandelt, vergehen im Durchschnitt zehn Jahre, bis es zum Ausbruch der Immunschwächekrankheit AIDS kommt.[565] Allein aufgrund der Tatsache, dass die Inkubationszeit mehrere Jahre, gar Jahrzehnte betragen kann, lassen sich tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfrühte Dienstfähigkeit nicht generell ausmachen.

Hinzu kommt, dass es sich auch bei einer symptomlosen HIV-Infektion um eine Behinderung handeln kann, jedenfalls wenn sie mit

563 *Marcus/Starker*, Gesundheitsberichterstattung des Bundes 2006 (S. 8).
564 *Marcus/Starker*, Gesundheitsberichterstattung des Bundes 2006 (S. 8).
565 *Marcus/Starker*, Gesundheitsberichterstattung des Bundes 2006 (S. 8).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sozialer Isolation und Stigmatisierung einhergeht.[566] Insofern wäre möglicherweise ohnehin ein Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG geschuldeter abgesenkter Prognosemaßstab anzuwenden, der auch bei einem Zeitraum von zehn Jahren[567] trotz HIV-Infektion noch erfüllbar wäre.

b. BMI und Adipositas

Eine Änderung der Rechtsprechung im Hinblick auf die Versagung des Zugangs zum Beamtenverhältnis wegen einer massiven Fettleibigkeit geschuldeten mangelnden gesundheitlichen Eignung hatte sich bereits vor der Entscheidung des BVerwG am 25.07.2013 abgezeichnet: Eine pauschale Ablehnung von Bewerbern mit einem BMI von über 30 kg/m² wurde nicht mehr uneingeschränkt gehandhabt, vielmehr wurde danach unterschieden, ob die Adipositas an sich schon Krankheitswert aufwies.[568] Gegen die gesundheitliche Eignung bei einem BMI ab 35 kg/m² ohne bereits eingetretene oder zu beobachtende gesundheitliche Einschränkungen sprach sich indes das Sächsische Oberverwaltungsgericht aus.[569] Zwar wies es auf die Schwächen des BMI als Prognoseinstrument hin, beispielsweise die fehlende Unterscheidung zwischen Körperfett und Muskelmasse bzw. zwischen Mann und Frau, hielt aber die Verneinung der gesundheitlichen Eignung ab einer Adipositas Grad II, die einem BMI von mindestens 35 kg/m² entspricht, für legitim. Denn das Argument, dass im Rahmen der Studien über die Auswirkungen von Fettleibigkeit auf den Gesundheitszustand nicht nach der Ausprägung der Fettleibigkeit unterschieden worden war und

566 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, 380, juris Rn. 70.

567 OVG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008 – 1 Bf 19/08 – RiA 2009, 87, 88, juris Rn. 23.

568 VG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2011 – 13 K 1683/11 – juris Rn. 54 m.w.N.; OVG Lüneburg, Urt. v. 31.07.2012 – 5 LC 216/10 – juris Rn. 106 ff. m.w.N. unter Bezugnahme auf VGH München, Beschl. v. 13.04.2012 – 3 BV 08.405 – ZBR 2013, 52, 53, juris Rn. 33 f., der sich gegen eine Ablehnung der gesundheitlichen Eignung wegen Adipositas ersten Grades aussprach und stattdessen für eine Differenzierung nach dem Ausmaß der Fettleibigkeit. Gegen den BMI als Indikator auch VGH Mannheim, Urt. v. 31.05.2011 – 4 S 187/10 – VBlBW. 2012, 65, 68, juris Rn. 32 sowie auch OVG Münster, Beschl. v. 16.05.2011 – 1 B 477/11 – ZBR 2011, 419, 420, juris Rn. 19. Zur Unterscheidung eines hohen BMI aufgrund von Fett- bzw. Muskelmasse VG Düsseldorf, Urt. v. 16.09.2015 – 2 K 83/15 – juris Rn. 31 ff.

569 Auch nachfolgend OVG Sachsen, Beschl. v. 12.09.2013 – 2 B 431/13 – DÖD 2014, 75, 76, juris Rn. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

somit die Einbeziehung von Patienten mit einer Adipositas Grad II oder III zu einer Verzerrung der Testergebnisse zulasten von Patienten mit einer Adipositas Grad I geführt haben könnte, könne dann nicht angewendet werden, wenn die Antragstellerin selbst an einer Adipositas höheren Grades leide.[570]

Allerdings wird im Einzelfall zu überprüfen sein, ob bzw. inwiefern es sich bei einer Adipositas um eine Behinderung handelt: In der Rechtssachte *Kaltoft*[571] hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob das Unionsrecht dahin auszulegen ist, dass es ein allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen Adipositas als solcher in Beschäftigung und Beruf enthält und ob die Adipositas eines Arbeitnehmers eine Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG darstellt. Während der EuGH die erste Frage verneinte, führte es aus, dass eine Adipositas als solche keine Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG ausmache, unter bestimmten Umständen jedoch unter den Begriff der Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG fallen könne. Das sei der Fall, wenn die Adipositas mit Einschränkungen durch insbesondere physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen mit sich bringe, wodurch der Betroffene in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe im Berufsleben gehindert werde und wenn es sich dabei um eine Einschränkung von langer Dauer handele.[572]

Im Ergebnis müssen jedoch unabhängig vom Grad der Adipositas tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird; diese Anhaltspunkte sind nach der geltenden Rechtsprechung in aller Regel erst ab einem BMI von 35 kg/m^2 gegeben. Stellt die Adipositas hingegen eine Schwerbehinderung dar, ist ein abgesenkter Prognosemaßstab anzuwenden.

570 OVG Sachsen, Beschl. v. 12.09.2013 – 2 B 431/13 – DÖD 2014, 75, 76, juris Rn. 12 ff. unter Verweis auf *Hillebrecht*, ZBR 2011, 84 (87).

571 EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-354/13, Rs. Kaltoft – NZA 2015, 33 ff.

572 EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-354/13, Rs. Kaltoft – NZA 2015, 33, 35, juris Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

2. Abgesenkter Prognosemaßstab

Inhaltliche Änderungen hinsichtlich eines abgesenkten Prognosemaßstabs für behinderte Bewerber brachte die Entscheidung des BVerwG nicht mit sich; es hielt vielmehr am allgemeinen Prognosemaßstab für Menschen fest, die zwar behindert sind, aber weder schwerbehindert noch Schwerbehinderten gleichgestellt.[573] Erleichterungen, die vom allgemeinen Prognosemaßstab abweichen, seien nur für schwerbehinderte Menschen im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB IX vorgesehen, wonach Menschen schwerbehindert sind, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt. Dies ergebe sich aus § 128 Abs. 1 SGB IX. Danach sind die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen unbeschadet der Geltung des zweiten Teils des SGB IX auch für schwerbehinderte Beamte und Beamtinnen so zu gestalten, dass die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert und ein angemessener Anteil schwerbehinderter Menschen unter den Beamten und Beamtinnen erreicht wird. Es führt weiter aus, dass bei der Einstellung von Beamten grundsätzlich die körperliche Eignung für die gesamte Laufbahn zu verlangen sei, bei Schwerbehinderten hingegen lediglich das Mindestmaß körperlicher Eignung. Der Bewerber müsse also nicht für jeden einzelnen Dienstposten geeignet sein, sondern lediglich für irgendeine Beschäftigung der jeweiligen Laufbahn. Könnten jedoch auch diese Anforderungen nicht erfüllt werden, dürfe der Bewerber nicht ins Beamtenverhältnis übernommen werden, ohne dass dies gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verstieße.

Nach Ansicht der BVerwG ist diese Rechtsprechung mit dem verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vereinbar, da schwerbehinderte Bewerber im Vergleich zu einfach behinderten Bewerbern schutzbedürftiger seien, da die Erstgenannten größere Probleme bei der Arbeitsplatzsuche hätten. Woher es diese Erkenntnis nimmt, verrät das BVerwG indes nicht; vielmehr verzichtet es darauf, seine Mutmaßung durch entsprechende Statistiken zu untermalen. Weiterhin bewirke ein Einbeziehen weniger schwer behinderter Menschen in die für Schwerbehinderte vorgesehene Privilegierungen

573 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253 f., juris Rn. 34 ff.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

eine Entwertung dieser Erleichterungen, da die Erfolgschancen der schwerbehinderten Bewerber verschlechtert würden.

Diese Rechtsprechung ist insofern konsequent, als sie sich an den bereits in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen orientiert. Somit müssen sich Bewerber, die zwar behindert sind, aber nicht schwerbehindert, nach wie vor am allgemeinen Prognosemaßstab messen lassen. Ob aber weitere Modifikationen der Eignungsanforderungen für Behinderte, die weder schwerbehindert noch schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind, verfassungsrechtlich tatsächlich nicht geboten sind, wie es das BVerwG annimmt,[574] wird noch ausgiebig zu untersuchen sein.[575]

3. Beurteilungsspielraum

Eine entscheidende Änderung ergab sich indes in Bezug auf die gerichtliche Kontrolldichte im Rahmen der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung. Die Verwaltungsgerichte sind nunmehr an tatsächliche oder rechtliche Wertungen des Dienstherrn nicht gebunden, wenn sie über die gesundheitliche Eignung von Beamtenbewerbern zu entscheiden haben. Dem Dienstherrn steht insofern kein Beurteilungsspielraum mehr zu.[576] Das BVerwG begründet diesen Richtungswechsel damit, dass Art. 19 Abs. 4 GG die Letztentscheidungskompetenz für die Auslegung sowie die Anwendung normativer Regelungen den Verwaltungsgerichten übertrage und sich ein Beurteilungsspielraum bereits aus der anzuwendenden Norm selbst ergeben müsse. Darüber hinaus müsse sich der zu entscheidende Sachverhalt als so komplex darstellen, dass es den Gerichten nicht mehr möglich sei, die relevanten Umstände festzustellen und rechtlich zu bewerten, auch wenn sie auf die Hilfe von Sachverständigen zurückgriffen. Dass dem Dienstherrn ein Spielraum dahingehend zustehe, die gesundheitlichen Anforderungen an die Laufbahn zu bestimmen, könne es nicht rechtfertigen, die

574 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253, juris Rn. 34.

575 Siehe dazu die Ausführungen in Teil 5 „Der Behinderungsbegriff und seine Konsequenzen für die gesundheitliche Eignung" sowie Teil 6 „Verfassungsrechtliche Würdigung der Rechtsprechung [...]".

576 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 250 f., juris Rn. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

gerichtliche Kontrolldichte für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung einzuschränken. Es sei auch nicht ersichtlich, warum es den Verwaltungsgerichten nicht möglich sei, die Entwicklung des Gesundheitszustands des Bewerbers beurteilen zu können, dem Dienstherrn hingegen schon. Darüber hinaus bemerkte das BVerwG, dass dem Dienstherrn im Rahmen der Versetzung in den Ruhestand eines Beamten wegen Dienstunfähigkeit ebenfalls kein Beurteilungsspielraum zustehe. Ein solcher bleibt jedoch nach wie vor bestehen für den Vergleich der fachlichen Eignung der Bewerber sowie für die Gewichtung der leistungsbezogenen Auswahlkriterien.

4. Fortführung der Rechtsprechung

Eine Erweiterung dieser Rechtsprechung erfolgte durch eine Entscheidung im darauffolgenden Herbst. In diesem Fall[577] entschied das BVerwG, dass die gesundheitliche Eignung für die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nicht nur dann fehlt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, der Bewerber werde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze wegen dauernder Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt. Sondern sie fehlt nach dieser Rechtsprechung auch, wenn der Bewerber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze über Jahre hinweg regelmäßig krankheitsbedingt ausfällt und deshalb eine erheblich geringere Lebensdienstzeit aufweist. In diesem Zusammenhang betonte es, dass für die gesundheitliche Eignung nur Erkrankungen maßgeblich seien, nicht jedoch gesundheitliche Folgen, die aus dem allgemeinen Lebensrisiko oder sportlicher Betätigung resultieren.

Das BVerwG führte aus, der Dienstherr dürfe die Begründung eines Beamtenverhältnisses ablehnen, wenn er absehen könne, dass das Verhältnis zwischen Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit wegen dauernder Dienstunfähigkeit nicht angemessen sein werde. Dies könne auch der Fall sein, wenn zwar das Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze nicht bedroht sei, sondern es wegen der chronischen Erkran-

577 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 211, juris Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kung regelmäßig zu erheblichen Ausfallzeiten kommen werde, die dem Dienstherrn insgesamt nicht mehr zumutbar seien. Diese Ausfallzeiten müssten sich addiert allerdings so verhalten, als würde der Beamte deutlich vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt. Dem BVerwG kommt es mithin darauf an, dass die Lebensdienstzeit aufgrund von sich wiederholenden Erkrankungen im Ergebnis erheblich verkürzt wird.

Zur Frage der gesundheitlichen Bewährung im Beamtenverhältnis auf Probe erging wenig später eine Entscheidung des baden-württembergischen VGH,[578] die die Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2013 aufgriff und bezüglich der Problematik ergänzte, wie es sich verhält, wenn die gesundheitliche Eignung eines Probezeitbeamten nach Ablauf der Probezeit nicht feststellbar ist. Dazu führte das Gericht aus, dass es zu Lasten des Dienstherrn gehe, wenn der Dienstherr nach Ablauf der regulären Probezeit alle zugänglichen Beweisquellen ausgeschöpft habe und dennoch Zweifel an der gesundheitlichen Eignung des Beamten verblieben; danach werde der Beamte so behandelt, als habe er sich gesundheitlich bewährt.[579] Anders verhalte es sich demgegenüber, wenn die gesundheitliche Eignung noch nicht klar sei, jedoch noch nicht alle Beweisquellen ausgeschöpft worden seien. Dann sei der Dienstherr gehalten, die verbleibenden Ermittlungsmöglichkeiten zu nutzen und für diese Zwecke die Probezeit zu verlängern.

Zu einer Übernahme des Beamten in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist der Dienstherr danach also nicht verpflichtet. Läuft jedoch die maximal mögliche Zeit für ein Probezeitbeamtenverhältnis ab, ohne dass der Dienstherr über die gesundheitliche Eignung Erkenntnisse gewonnen hätte, muss er nach der Rechtsprechung des BVerwG den Beamten auf Probe in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernehmen.[580] Allerdings steht dem Dienstherrn nach Ablauf der Probezeit eine Bedenkzeit zur Verfügung, um innerhalb einer angemessenen Frist darüber zu entscheiden, ob sich der Beamte bewährt hat oder nicht bzw. noch nicht und ob eine Entlassung oder Verlänge-

578 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.01.2016 – 4 S 1082/14 – ZBR 2016, 264, 269, juris Rn. 68.

579 Auch nachfolgend VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.01.2016 – 4 S 1082/14 – ZBR 2016, 264, 269, juris Rn. 68.

580 *Baßlsperger*, ZBR 2016, 371 (373).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rung der Probezeit erfolgen soll.[581] Der Dienstherr muss diese Entscheidung ohne schuldhaftes Zögern treffen;[582] ein Zeitraum von zwei Wochen dürfte ihm aber zuzugestehen sein.[583]

III. Fazit

Mit der Änderung der Rechtsprechung und der damit einhergehenden Modifikation des Prognosemaßstabs sind einige der in der Literatur geäußerten Kritiken hinfällig geworden. Insbesondere der Einwand, der Prognosezeitraum solle verkürzt werden,[584] ist nicht mehr zielführend. Denn zum Einen betonte das BVerwG nochmals, dass es am Zeitraum festhalte, der sich aus der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung und die Regelaltersgrenze für den Ruhestand ergibt, solange der Gesetzgeber keinen kürzeren Zeitraum bestimme. Zum Anderen würde der diesem Einwand zugrunde liegende Schutzgedanke verkehrt: Wenn es nunmehr auf tatsächliche Anhaltspunkte ankommt, die den Eintritt einer frühzeitigen Dienstunfähigkeit wahrscheinlich machen, dann ist es für den Beamten vorteilhafter, wenn der maßgebliche Prognosezeitraum so lang wie möglich ist. Denn je länger ein Zeitraum dauert, der für eine Einschätzung maßgeblich ist, desto schwieriger ist es, die Gesundheit des Bewerbers und ihren wahrscheinlichen Verlauf zu beurteilen.

Die von *Seewald* geäußerte Kritik an der „Zweifels-Formel" des BVerwG,[585] wonach bereits begründete Zweifel des Dienstherrn genügten, um die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers zu vernei-

581 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.01.2016 – 4 S 1082/14 – ZBR 2016, 264, 268, juris Rn. 57.

582 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.01.2016 – 4 S 1082/14 – ZBR 2016, 264, 268, juris Rn. 57.

583 *Baßlsperger*, ZBR 2016, 371 (374).

584 *Schmid*, Die Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt unter besonderer Berücksichtigung des Fragerechts des Dienstherrn, 2009, S. 130; *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 59 ff.

585 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (171 f., 175 f.).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nen, wurde ausdrücklich vom BVerwG aufgegeben[586] und ist somit obsolet.

Die geänderte Rechtsprechung des BVerwG wird in der Literatur hinsichtlich des neuen Prognosemaßstabs sowie der gerichtlichen Kontrolldichte als bewerberfreundlicher gutgeheißen,[587] im Hinblick auf Bewerber mit Behinderungen jedoch als bedenklich kritisiert.[588]

Zu Lasten eines Beamten geht womöglich die Entscheidung des BVerwG, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung der Ablauf der Probezeit ist und nicht der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. Gelingt es dem Bewerber nämlich, seinen Gesundheitszustand derart zu verbessern, dass im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die gesundheitliche Eignung für eine Verbeamtung auf Lebenszeit bejaht werden könnte, hilft diese Verbesserung dem Beamten dennoch nichts, da grundsätzlich allein der Zeitraum der Probezeit in die Beurteilung der Eignung einfließt.[589] Umgekehrt begünstigt diese Rechtsprechung hingegen denjenigen Bewerber, dessen Gesundheitszustand seit Ablauf der Probezeit eine Verschlechterung verzeichnet hat.[590]

B. Der Bezugspunkt der Gesundheitsprognose

Zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung ist es zunächst erforderlich, den aktuellen Gesundheitszustand zu diagnostizieren,[591] um im Anschluss daran ein Anhalten oder eine negative Veränderung dieses Zustands langfristig zu prognostizieren.[592] Letztlich geht es darum, ein verfrühtes Eintreten einer Dienstunfähigkeit vorauszuahnen, um

586 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 211 f., juris Rn. 28 f.
587 *Baßlsperger*, Fachbeitrag Beamtenrecht unter www.rehmnetz.de; *von der Weiden*, jurisPR-BVerwG 1/2014; *Wittkowski*, NVwZ 2014, 376 (377 f.).
588 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6.
589 *Wittkowski*, NVwZ 2014, 376 (377).
590 *Rittig*, DÖV 2014, 1054 (1056).
591 Siehe dazu weiter unten in Teil 4 Abschn. C Kap. III „Feststellung der gesundheitlichen Eignung durch den Amtsarzt".
592 *Schmid*, Die Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt unter besonderer Berücksichtigung des Fragerechts des Dienstherrn, 2009, S. 123.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

finanzielle Belastungen des Staatshaushaltes zu vermeiden.[593] Daraus ergibt sich zunächst eine zeitliche Komponente der Prognose, da es darum geht, ein möglicherweise in der Zukunft eintretendes Ereignis bereits in der Gegenwart zu erkennen. Andererseits verlangen nicht alle Aufgaben, die im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses anfallen, dieselben Anforderungen an den Gesundheitszustand. So sind an einen Finanzbeamten andere Anforderungen gestellt als an einen Polizisten oder Lehrer. Die Frage ist deshalb, worauf sich die Prognose hinsichtlich der eigentlichen Tätigkeit eines Beamten bezieht.

I. Zeitlich

Zeitlich gesehen ist der Prognosemaßstab zunächst unproblematisch; die Rechtsprechung formuliert aus, dass an den Zeitpunkt des Eintretens in den Ruhestand anzuknüpfen ist.[594] Doch dabei handelt es sich lediglich um das Ende des Zeitstrangs und gibt noch keine Auskunft darüber, inwiefern Zeiten vor der Ernennung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit in die Prognose einzubeziehen sind.

Unter Berücksichtigung des Beamtenverhältnisses auf Probe, das dem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit stets vorhergeht, § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG, § 10 S. 1 BeamtStG, stellt sich die Frage, ob die gesundheitliche Eignung vor Ernennung ins Probezeitbeamtenverhältnis anders zu bewerten ist als vor der Ernennung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. Denn während der Probezeit besteht immer die Möglichkeit der Entlassung des Beamten wegen fehlender gesundheitlicher Bewährung, § 34 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 2 BBG, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 2 BeamtStG.[595] Jedoch kann es nicht darauf ankommen, welches dieser beiden Beamtenverhältnisse begründet wird, da schon für die in

593 In den Worten des BVerwG hat „ein angemessenes Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast bei Beamten besonderes Gewicht"; Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258, juris Rn. 50.

594 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn 16.

595 Siehe zur Verlängerung der Probezeit bei Zweifeln über die Bewährung in gesundheitlicher Sicht bereits oben in Teil 4 Abschn. A Kap. II.4 „Fortführung der Rechtsprechung".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

das Probebeamtenverhältnis zu berufenden Bewerber die gleichen Kriterien maßgeblich sind wie für solche einer Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit.[596] Denn nach § 6 Abs. 1 S. 2 BBG bzw. § 4 Abs. 1 S. 1 BeamtStG ist die Ernennung auf Lebenszeit die Regel. Das heißt, dass eine Ernennung auf Probe schon gar keinen Sinn ergäbe, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits klar wäre, dass der Bewerber für die Verbeamtung auf Lebenszeit gesundheitlich nicht geeignet ist.[597] Darüber hinaus ist die zeitliche Endbezugsgröße der Prognose bei der Feststellung der gesundheitlichen Eignung vor der Ernennung in ein Beamtenverhältnis auf Probe bzw. auf Lebenszeit jeweils derselbe, nämlich das vom Gesetzgeber vorgesehene Ende der aktiven Dienstzeit.[598]

Im Ergebnis bestehen folglich keine unterschiedlichen Maßstäbe dahingehend, dass während des Beamtenverhältnisses auf Probe lediglich der Zeitpunkt des Erreichens der Probezeit für die Eignungsprognose maßgeblich wäre und für die Verbeamtung auf Lebenszeit das Erreichen der regulären Altersgrenze. Vielmehr ist unabhängig von der Art des Beamtenverhältnisses der maßgebliche Bezugsrahmen für die Prognose der gesundheitlichen Eignung die gesamte Dienstzeit bis zum Erreichen der regulären gesetzlichen Altersgrenze.[599]

II. Tätigkeitsbezogen

Die unter Art. 33 Abs. 4 GG zu fassenden Aufgaben sind verschiedenster Natur und stellen darum unterschiedliche Anforderungen an die Eignung der jeweiligen Bewerber. Es drängt sich deshalb auf, dass die Eignung nie pauschal und absolut definiert werden kann, sondern stets von der jeweils auszuführenden Aufgabe abhängt. In diesem Zusammenhang verwendet die Rechtsprechung jedoch für die Prognosti-

596 VG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2011 – 13 K 1683/11 – juris Rn. 34. Siehe auch BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 211, juris Rn. 26. Ebenso v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 205

597 *Baßlsperger*, PersR 2014, 37 (37).

598 *Baßlsperger*, PersR 2014, 37 (38).

599 Sächsisches OVG, Beschl. v. 12.09.2013 – 2 B 431/13 – juris Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zierung der gesundheitlichen Eignung uneinheitlich die Begriffe „Amt" und „Laufbahn".[600]

1. Amt

a. Begriff

Der Begriff des Amtes kann nicht einheitlich betrachtet werden, weil er sowohl örtlich aufgefasst werden kann (wie beispielsweise für den Begriff „Arbeitsamt"), als auch als tätigkeitspezifisch als Verantwortungsbereich oder Aufgabe.[601] Man unterscheidet weiter im Hinblick auf die Rechtsstellung des Beamten den Begriff des statusrechtlichen und den des funktionellen Amts.[602] Hinsichtlich der von einem Beamten wahrzunehmenden Aufgaben sind das Amt im konkret-funktionellen und das im abstrakt-funktionellen Sinn zu unterscheiden; ohne Bezug zu den wahrzunehmenden Aufgaben ist demgegenüber das Amt im statusrechtlichen Sinn, das sich allein aus den rechtlichen Besonderheiten eines bestimmten Beamtenverhältnisses ableitet.[603]

(1) Amt im statusrechtlichen Sinn

Das statusrechtliche Amt bestimmt die besondere Rechtsstellung des Amtsinhabers gegenüber dem Dienstherrn[604] und wird von Art. 33 Abs. 5 GG besonders geschützt.[605] Diese Rechtsstellung wird dabei unabhängig von der durch den Beamten tatsächlich ausgeübten Funktion

600 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10; BVerwG, Urt. v. 21.06.2007 – 2 A 6/06 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35, juris Rn. 22.

601 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 81.

602 Vgl. z.B. BVerwG, 04.05.1972 – II C 13.71 – BVerwGE 40, 104, 107, juris Rn. 22; *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 180.

603 *Plückhahn*, Beendigung des Beamtenverhältnisses und Übertragbarkeit anderer Ämter bei Dienstunfähigkeit, 1999, S. 9

604 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 82.

605 *Plückhahn*, Beendigung des Beamtenverhältnisses und Übertragbarkeit anderer Ämter bei Dienstunfähigkeit, 1999, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

betrachtet, indem sie auf die Laufbahngruppe, die Besoldungsgruppe sowie die Amtsbezeichnung abstellt.[606]

Die Verleihung eines statusrechtlichen Amtes kann grundsätzlich allein durch die Ernennung des Beamten i.S.v. § 10 Abs. 1 Nr. 1 BBG, § 8 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG bzw. durch die Verleihung eines anderen Amtes nach § 10 Abs. 1 Nr. 3, 4 BBG, § 8 Abs. 1 Nr. 3, 4 BeamtStG erfolgen.[607] Durch das Amt im statusrechtlichen Sinn erhält der Beamte Anspruch auf statusgemäße Besoldung, eine amtsangemessene Amtsbezeichnung sowie auf ein funktionelles Amt, das seinem statusrechtlichen Amt gerecht wird.[608] Die Ämter im statusrechtlichen Sinn lassen sich aus den Besoldungsordnungen entnehmen, die im BBesG[609] als Anlage enthalten sind.[610] Nicht zu verwechseln ist das statusrechtliche Amt mit dem beamtenrechtlichen Grundstatus, aus dem sich Rechte und Pflichten des Beamtenverhältnisses ergeben unabhängig von der Amtsinhaberschaft; ein Amt im statusrechtlichen Sinne ist nämlich mit dem Beamtenverhältnis auf Probe oder auf Widerruf nicht verbunden.[611]

(2) Amt im funktionellen Sinn

Während also das statusrechtliche Amt die Rechtsstellung des Beamten beschreibt, bezieht sich das Amt im funktionellen Sinn auf einen konkreten und abgrenzbaren Tätigkeitsbereich, wobei man das Amt im abstrakt-funktionellen sowie im konkret-funktionellen Sinne unterscheidet.[612]

606 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 180 f.; *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 55.
607 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 83.
608 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 181.
609 Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juni 2009 (BGBl. I S. 1434), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1822) geändert worden ist.
610 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 55.
611 *Plückhahn*, Beendigung des Beamtenverhältnisses und Übertragbarkeit anderer Ämter bei Dienstunfähigkeit, 1999, S. 10.
612 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 181

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

(a) Amt im abstrakt-funktionellen Sinn

Die Bezeichnung des Amtes im abstrakt-funktionellen Sinn findet sich so im Gesetz nicht wieder; vielmehr verwendet das BBG den Begriff des „Amtes" in vielerlei Hinsicht, ohne ihn weiter zu differenzieren, obgleich die Bedeutung stets von der jeweiligen Regelungsmaterie abhängt.[613]

Das abstrakt-funktionelle Amt meint den Aufgabenkreis bei einer bestimmten Behörde, der dem statusrechtlichen Amt entspricht.[614] Es geht also nicht um bestimmte einem Dienstposten zugeordnete Einzelaufgaben, sondern um die Aufgaben in ihrer Gesamtheit, die in einer Behörde für einen Beamten unter Berücksichtigung seiner Amtsbezeichnung, Besoldungsgruppe, Laufbahn- und Laufbahnzugehörigkeit anfallen.[615] Gemeint ist somit die Amtsstelle des Beamten, die seinem Anspruch auf eine amtsangemessene Tätigkeit genügen muss; als Beispiel lässt sich der Sachbearbeiter bei einer Stadtverwaltung anführen oder beim Bundesministerium des Innern.[616] Durch eine Versetzung des Beamten ändert sich auch sein abstrakt-funktionelles Amt,[617] also seine Amtsstelle, im Beispiel die Stadtverwaltung bzw. das Bundesministerium. Im Ergebnis bezeichnet das Amt im abstrakt-funktionellen Sinn einen allgemeinen Aufgabenkreis einer bestimmten Behörde.[618]

(b) Amt im konkret-funktionellen Sinn

Das konkret-funktionelle Amt beschreibt demgegenüber den Dienstposten des Beamten, also den speziellen Aufgabenbereich innerhalb der Behörde.[619] Eine Veränderung des konkret-funktionellen Amtes

613 *Plückhahn*, Beendigung des Beamtenverhältnisses und Übertragbarkeit anderer Ämter bei Dienstunfähigkeit, 1999, S. 9.
614 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 56.
615 *Plückhahn*, Beendigung des Beamtenverhältnisses und Übertragbarkeit anderer Ämter bei Dienstunfähigkeit, 1999, S. 12.
616 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 84; *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 56.
617 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 56.
618 BVerwG, Urt. v. 04.05.1972 – II C 13.71 – BVerwGE 40, 104, 107, juris Rn. 22.
619 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

erfolgt beispielsweise durch eine Umsetzung des Beamten, also die Übertragung eines anderen Dienstpostens innerhalb derselben Behörde, die das abstrakt-funktionelle Amt jedoch unberührt lässt, da die Amtsstelle dieselbe bleibt: Der Sachbearbeiter bliebe beispielsweise im Bundesministerium des Innern tätig, sein Aufgabenbereich wäre jedoch ein anderer.[620]

b. Amt als Bezugspunkt

Obgleich die Bedeutung des Amtsbegriffes divers ist, unterscheidet die Rechtsprechung nicht differenziert, wenn es das Amt als Maßstab für die Prognose heranzieht, gar kommt es offenbar zu einer Gleichsetzung der Begriffe Amt und Laufbahn.[621] Nach Ansicht des BVerwG ist geeignet im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG nur, wer dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen ist; der Dienstherr habe im Rahmen der Eignungsbeurteilung immer auch darüber zu entscheiden, ob der Bewerber den Bedingungen des jeweiligen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht gewachsen sei.[622] Zu berücksichtigen sei allerdings nicht nur die derzeitige sondern ebenfalls die künftige Amtstätigkeit.[623] Das BVerwG vertritt letztlich die gleiche Meinung wie das BVerfG, wonach die Beurteilung der Eignung des Bewerbers für das von ihm angestrebte Amt sich auf die zukünftige Amtstätigkeit des Bewerbers beziehe; die Prognose treffe dementsprechend eine Aussage darüber, ob der Bewerber die dem entsprechenden Amt innewohnenden Pflichten erfüllen könne.[624] Noch deutlicher äußerte sich das BVerfG in einer Entscheidung im Jahr 2013, als es entschied, die Ermittlung des am besten geeigneten Bewerbers habe stets in Bezug auf das konkret angestrebte Amt zu erfolgen, wobei maßgeblich insofern der Aufgabenbereich desjenigen Amtes sei,

620 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 57, 143.
621 VG Göttingen, Urt. v. 01.10.2014 – 1 A 13/13 – juris Rn. 17.
622 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10, unter Bezugnahme von BVerfG, Kammerbeschl. v. 10.12.2008 – 2 BvR 2571/07 – BVerfGK 14, 492, 496, juris Rn. 11.
623 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 13.
624 BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 23.06.2015 – 2 BvR 161/15 – NVwZ 2016, 59, 61, juris Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

desbezüglich die Bewerber zu vergleichen und im Anschluss daran die Auswahlentscheidung zu treffen sei.[625]

2. Laufbahn

Die Vorschriften über die Laufbahnen finden sich im dritten Abschnitt des BBG bzw. im dritten Teil des LBG. Nach § 16 Abs. 1 BBG umfasst eine Laufbahn alle Ämter, die verwandte und gleichwertige Vor- und Ausbildungen voraussetzen, nach § 14 Abs. 1 S. 1 LBG alle Ämter, die derselben Fachrichtung angehören; Vorbereitungsdienst und Probezeit fallen ebenfalls darunter, S. 2. Alle Statusämter im öffentlichen Dienst werden in Laufbahnen gebündelt, die sich nach der jeweiligen Vor- bzw. Ausbildung eines Beamten bemessen, sodass ein Beamter während der Zeit seines Dienstverhältnisses zunächst durch Einstellung ein Amt bekleidet und ihm später im Wege der Beförderung höhere Ämter dieser Laufbahn verliehen werden (Laufbahnprinzip).[626]

Das Laufbahnprinzip gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums.[627] Ob das Laufbahngruppenprinzip, also die Einteilung der Laufbahnen in verschiedene Laufbahngruppen,[628] ebenfalls einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums darstellen, wird nicht einheitlich beurteilt.[629]

Die unterschiedlichen Laufbahnen sind in § 17 BBG aufgezählt. Danach werden der einfache (Abs. 2), der mittlere (Abs. 3), der höhere (Abs. 4) sowie der gehobene Dienst (Abs. 5) unterschieden. Die Mindestbedingungen für die Zulassung zu einer Laufbahn beziehen sich in erster Linie auf den Grad des Schul- bzw. Studienabschlusses. So genügt beispielsweise für den einfachen Dienst der Hauptschulabschluss,

625 BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 07.03.2013 – 2 BvR 2582/12 – NVwZ 2013, 1603, 1604, juris Rn. 16.

626 *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. (2009), § 16 Rn. 3.

627 BVerfG, Urt. v. 29.06.1983 – 2 BvR 720/79 u.a. – BVerfGE 64, 323, 351, juris Rn. 83.

628 *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. (2009), § 16 Rn. 4

629 Dafür *Murmann*, RiA 1991, 157 (158); *Bochmann*, ZBR 2007, 1 (16); *Günther*, RiA 2007, 97 (100); *Pechstein*, ZBR 2008, 73 (74); *Pechstein*, ZBR 2009, 20 (23 ff.); *Epping/Patzke*, ZBR 2012, 289 (292). Dagegen Battis (Hrsg.)/*Grigoleit*, § 16 BBG, Rn. 3 *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. (2009), § 16 Rn. 3; *Ziekow*, PersV 2007, 344 (349); *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 91.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wohingegen es für den gehobenen Dienst des erfolgreichen Abschlusses eines Hochschulstudiums bedarf. § 6 Abs. 2 BLV listet die Laufbahnen auf, die in den Laufbahngruppen eingerichtet werden können.

Losgelöst von den Laufbahnen, die auf § 17 BBG basieren, sind die Sonderlaufbahnen zu betrachten, die in Spezialgesetzen geregelt sind, wie man sie etwa für den Polizeivollzugsdienst in § 3 BPolBG[630] findet.[631]

Beachtlich ist, dass das BVerwG sowohl das Amt als Bezugspunkt heranzieht als auch die Laufbahn, und zwar in derselben Entscheidung. Bereits 2007 urteilte es, im Rahmen der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung müsse das individuelle Leistungsvermögen in Bezug zu den körperlichen Anforderungen der Laufbahn gesetzt werden.[632] Im Jahr 2013 nahm es auf diese Entscheidung Bezug und führte weiterhin aus, es obliege dem Dienstherrn, die körperlichen Anforderungen der jeweiligen Laufbahn zu bestimmen, wobei er sich am typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn zu orientieren habe, welcher wiederum den Maßstab für die Bewertung der individuellen körperlichen Leistungsfähigkeit der Bewerber darstelle.[633] Es steht folglich im Ermessen des Dienstherrn, welche Anforderungen den Ämtern einer bestimmten Laufbahn zugeschrieben werden.[634]

In derselben Entscheidung stellt das BVerwG jedoch ebenfalls auf das Amt als Bezugspunkt ab, indem es formulierte, die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für das von ihm angestrebte Amt beziehe sich nicht nur auf den gegenwärtigen Stand, sondern auch auf die künftige Amtstätigkeit.[635] Der Dienstherr habe immer auch eine Entscheidung darüber zu treffen, ob der Bewerber den Anforderungen des jeweiligen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht entspreche.[636] Bei der Einstellung von Beamten sei grundsätzlich die körperliche Eignung für

630 Bundespolizeibeamtengesetz vom 3. Juni 1976 (BGBl. I S. 1357), das durch Artikel 12 des Gesetzes vom 8. Juni 2017 (BGBl. I S. 1570) geändert worden ist.

631 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 61.

632 BVerwG, Urt. v. 21.07.2007 – 2 A 6/06 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35, juris Rn. 22.

633 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 12.

634 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B1-2014 (S. 3).

635 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261, juris Rn. 13. Siehe bereits oben unter Teil 4 Abschn. B. Kap. II.1 „Amt".

636 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

die gesamte Laufbahn mit allen zu ihr gehörenden Ämtern und den zugehörigen Dienstposten zu verlangen.[637] In einer später ergangenen Entscheidung ist wiederum erneut von der Laufbahn als Anknüpfungspunkt die Rede bzw. von den „Ämtern [der] Laufbahn"[638] und „den laufbahnbezogenen festgelegten Voraussetzungen".[639]

Im Ergebnis divergiert der Bezugspunkt nicht nur zwischen Amt und Laufbahn, sondern zieht mitunter, so gerade gesehen, den typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn als Maßgabe heran, wobei das BVerwG nicht näher darlegt, was genau darunter zu verstehen ist. Immerhin ist es dahingehend konsequent, dass es nicht zwischen Regellaufbahnen und Sonderlaufbahnen unterscheidet, sondern allgemein von Beamtenbewerbern und den jeweiligen Anforderungen der Laufbahn spricht, anstatt sich auf bestimmte Berufsgruppen oder den allgemeinen Verwaltungsdienst zu beziehen.[640] Somit erstrecken sich seine Aussagen ebenfalls auf Laufbahnen mit hohen körperlichen Anforderungen wie beispielsweise den Polizeivollzugsdienst.[641]

III. Abweichung bei Schwerbehinderung

Das BVerwG weicht für Schwerbehinderte, also für Menschen mit einem Grad der Behinderung von 50 (§ 2 Abs. 2 SGB IX) und schwerbehinderten Menschen Gleichgestellte, also behinderten Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50 aber wenigstens 30 (§ 2 Abs. 3 SGB IX), von dem Grundsatz ab, dass bei der Einstellung in das Beamtenverhältnis die körperliche Eignung für die gesamte Laufbahn einschließlich der entsprechenden Ämter und Dienstposten zu verlangen sei.[642] Für diese Menschen sei allein das Mindestmaß körperlicher Eignung vorauszusetzen, sodass ein Schwerbehinderter nicht für alle Dienstposten einer Laufbahn geeignet sein müsse; es ge-

637 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.
638 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 207 f., juris Rn. 18.
639 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 208, juris Rn. 19.
640 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 264, juris Rn. 22, unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 206, 2011, juris Rn. 12, 27.
641 VG Berlin, Urt. v. 22.01.2014 – 7 K 117.13 – ZBR 2014, 263, 264, juris Rn. 22.
642 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nüge stattdessen, wenn dem Bewerber irgendeine angemessene Beschäftigung zugewiesen werden könne, die mit dienstlichen Bedürfnissen in Einklang stehe.[643] Die gesundheitliche Eignung dürfe nur verneint werden, wenn im Einzelfall zwingende Gründe für das Festhalten am allgemeinen Maßstab sprächen.[644] Dies entspricht § 5 Abs. 1 BLV, wonach von schwerbehinderten Menschen nur das Mindestmaß an körperlicher Eignung verlangt werden darf. Indes führt aber das BVerwG weiter aus, dass eine Übernahme ins Beamtenverhältnis dann nicht in Betracht kommt, wenn ein schwerbehinderter Bewerber dieses Mindestmaß gerade deshalb nicht erfüllt, weil ihm aufgrund der Behinderung diejenigen geistigen oder körperlichen Fähigkeiten fehlen, die für den Zugang zum Amt und damit für die Wahrnehmung des Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG erforderlich sind; ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liege nicht vor, da die Ungleichbehandlung auf zwingenden Gründen beruhe.[645]

Der abgesenkte Prognosemaßstab gilt nach Aussage des BVerwG nur für Schwerbehinderte bzw. diesen Gleichgestellten im Sinne des § 2 Abs. 2 bzw. Abs. 3 SGB IX; die Anwendung dieses Maßstabs auf Behinderte, die weder schwerbehindert noch gleichgestellt sind, hält es für durch das Verfassungsrecht nicht veranlasst und mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vereinbar.[646] Anders hatte dies 2011 noch das OVG Lüneburg gesehen, das zutreffend erkannte, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eine Unterscheidung zwischen Behinderten und Schwerbehinderten nicht vornimmt, sondern prinzipiell eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung untersagt und es konsequent den abgesenkten Prognosemaßstab auch auf nicht schwerbehinderte bzw. gleichgestellte Bewerber anwandte.[647]

643 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.

644 BVerwG, Urt. v. 21.06.2007 – 2 A 6/06 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35, juris Rn. 20.

645 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 37.

646 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253 f, juris Rn. 34, 38.

647 OVG Lüneburg, Urt. v. 25.01.2011 – 5 LC 190/09 – ZBR 2011, 263, 264, juris Rn. 38; OVG Lüneburg, Urt. v. 31.07.2012 – 5 LC 226/11 – RiA 2012, 215, 217, juris Rn. 57. Dagegen VG Düsseldorf, Urt. v. 06.11.2012 – 2 K 6976/11 – juris Rn. 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

IV. Präzisierung

Die Rechtsprechung verwendet zur Bestimmung des tätigkeitsbezogenen Bezugspunktes die Begriffe des Amtes und der Laufbahn. Da es sich bei diesen Begriffen aber nicht um Synonyme handelt und die Reichweite des Anknüpfungspunktes für die Prognose je nach Sprachgebrauch variiert, soll nun der Versuch einer Präzisierung dieses Bezugspunkts unternommen werden.

Insoweit die Rechtsprechung auf das Amt abstellt, so kann zunächst ausgeschlossen werden, dass es sich dabei auf das Amt im statusrechtlichen Sinne bezieht.[648] Denn wie der Begriff schon selbst erklärt, bezieht er sich auf den Status des Beamten und nicht auf seine Tätigkeit; vielmehr ergibt sich aus ihm erst der Anspruch auf eine amtsangemessene Aufgabe und damit auf ein abstrakt-funktionelles Amt.[649]

Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern das konkret-funktionelle Amt als Bezugspunkt dienen sollte. Zunächst erfolgt die Bewerbung nicht hinsichtlich konkreter Aufgaben und damit nicht auf einen bestimmten Dienstposten. Darüber hinaus steht zum Zeitpunkt des Bewerbungsverfahrens möglicherweise noch gar nicht fest, auf welchem Dienstposten der Bewerber schließlich beschäftigt wird, vielmehr wird dies erst nach der Einstellung zugeteilt. Und zu guter Letzt ist es unrealistisch, dass eine Person bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze auf demselben Dienstposten beschäftigt wird.

Gegen das Zugrundelegen des Begriffes der Laufbahn spricht zunächst der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG, der explizit vom Zugang zum Amt spricht und nicht zu einer Laufbahn. Jedoch ist der Begriff des „öffentlichen Amtes" in Abs. 2 weit auszulegen, sodass er Positionen in Bund, Ländern, Gemeinden und grundsätzlich auch in juristischen Personen des öffentlichen Rechts gleichermaßen erfasst sowie ebenfalls die im öffentlichen Dienst Angestellten; auch Richter fallen darunter.[650] Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG ist es, gleiche Zugangsmöglichkeiten zum Amt zu schaffen; der Schutzbereich der

648 Vgl. dazu *Baden*, PersR 2016, 34 (34 ff.), der ebenfalls den Bezugspunkt des Statusamts verneint.

649 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 82.

650 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Norm ist umso größer, je weiter er verstanden wird. Es ist deshalb nicht fernliegend, auch die Laufbahn unter ihren Anwendungsbereich zu fassen, ist sie doch nichts anderes als eine festgelegte Abfolge besetzbarer Ämter.

Vom verfassungsrechtlichen Amtsbegriff lässt sich indes der Bezugspunkt der Prognose nicht ableiten. Denn der Begriff des Amtes in Art. 33 Abs. 2 GG gilt für das Beamtenrecht ebenso gut wie für das Arbeitsrecht, innerhalb des letzteren existiert eine gesundheitliche Eignungsprognose in der beschriebenen Form jedoch nicht. Darüber hinaus wäre es widersprüchlich, einerseits den Anwendungsbereich der Norm weit zu verstehen, um einen größtmöglichen Schutz zu gewährleisten, andererseits aber einen ebenso weiten Prognosemaßstab für die gesundheitliche Eignung anzulegen. Denn das würde bedeuten, dass ein Bewerber für jedes nur erdenkliches Amt einer Laufbahn gesundheitlich geeignet sein müsste, wodurch dem Bewerber wiederum Nachteile erwachsen würden. So ist es doch einfacher, für einen eingegrenzten Aufgabenkreis geeignet zu sein als für einen nahezu unüberschaubaren.

Darüber hinaus sprechen auch praktische Gesichtspunkte gegen das Zugrundelegen der Laufbahn als Anhaltspunkt für die Prognose. Zunächst wird nicht explizit zwischen den einzelnen Laufbahngruppen unterschieden, denen die Laufbahnen gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 BLV zugeordnet werden können; die Rede ist einzig immerzu von der „Laufbahn" oder jedenfalls der „jeweiligen Laufbahn".[651] Ohne eine Beschränkung auf die Laufbahngruppen müsste ein Bewerber somit beispielsweise in der Laufbahn des nichttechnischen Verwaltungsdienstes, § 6 Abs. 2 Nr. 1 BLV, für jedes erdenkliche Amt des einfachen, mittleren, gehobenen und höheren Dienstes gesundheitlich geeignet sein. Allein die Tätigkeiten im gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienst reichen schon vom Dienst in der gesetzlichen Krankenversicherung bis zum Dienst als Sozialarbeiter, wie sich aus der Anlage 4 zu § 51 Abs. 1 BLV ergibt. Mithin müsste ein Beamter, der im Rahmen einer Beschäftigung bei der gesetzlichen Unfallversicherung überwiegend seinen Dienstalltag im Büro bestreitet, die gesundheitliche Eignung eines Sozialarbeiters innehaben, dessen endgültige Beschäftigung

651 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wiederum von der jeweiligen Branche abhängt, in der er tätig ist. Typischerweise sind Sozialarbeiter in Altenheimen, Pflegeheimen für Menschen mit Behinderungen, Obdachloseneinrichtungen, Justizvollzugsanstalten oder Resozialisierungseinrichtungen tätig[652] und somit anderen Herausforderungen an die physische und psychische Gesundheit ausgesetzt als eine Bürokraft. Weiterhin wäre höchst fraglich, worauf ein Bewerber überhaupt gesundheitlich untersucht werden soll, wenn der auszuübende Aufgabenkreis nicht einmal annähernd erschlossen werden kann. Somit erscheint es unsinnig, auf die Laufbahn für den Bezugspunkt der Prognose abzustellen. Die Laufbahn als Bezugspunkt der Prognose heranzuziehen, muss davon abgesehen als bedenklich bewertet werden. Denn Laufbahnrecht ist Verordnungsrecht, wird also durch die Exekutive erlassen, wie schon die Eingangsformeln der BLV wie auch der LbVO erkennen lassen. Der Dienstherr hätte und hat dadurch die Möglichkeit, den Bezugspunkt für die Prognose zu bestimmen.

Dieses Ergebnis wird schlussendlich durch einen Blick ins Recht der Dienstunfähigkeit der §§ 44 ff. BBG, §§ 26 ff. BeamtStG bestätigt. Der Begriff der Dienstunfähigkeit gilt für das gesamte Beamtenrecht einheitlich.[653] Als dienstunfähig definiert das Gesetz einen Beamten (auf Lebenszeit), wenn er wegen des körperlichen Zustandes oder aus gesundheitlichen Gründen zur Erfüllung der Dienstpflichten dauernd unfähig ist, § 44 Abs. 1 S. 1 BBG, § 26 Abs. 1 S. 1. Als dienstunfähig kann – so der jeweilige Abs. 1 S. 2 – auch angesehen werden, wer infolge Erkrankung innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst getan hat und keine Aussicht besteht, dass innerhalb einer Frist, deren Bestimmung dem Landesrecht vorbehalten bleibt, die Dienstfähigkeit wieder voll hergestellt ist. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Dienstunfähigkeit, da die Norm Voraussetzungen aufstellt, die, sofern sie vorliegen, es dem Dienstherrn erlauben, von einer Dienstunfähigkeit auszugehen, ohne diese konkret ermitteln zu müssen.[654]

652 https://berufenet.arbeitsagentur.de/berufenet/faces/index?path=null/kurzbeschreibung&dkz=58775 (Stand: September 2017).

653 *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. (2009), § 44 Rn. 4.

654 BT-Drucks. 16/4027, S. 28; Metzler-Müller u.a./*Seeck*, § 26 BeamtStG, S. 284. A.A. *Reich*, Beamtenstatusgesetz, 2. Aufl. (2012), § 26 Rn. 12, der davon ausgeht, dass

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Nach § 44 Abs. 1 S. 3 BBG wird nicht in den Ruhestand versetzt bzw. soll nicht in den Ruhestand versetzt werden, § 26 Abs. 1 S. 3 BeamtStG, wer anderweitig verwendbar ist. Gemäß § 44 Abs. 2 S. 1, § 26 Abs. 2 S. 1 BeamtStG ist eine anderweitige Verwendung möglich, wenn ein anderes Amt, auch einer anderen Laufbahn, übertragen werden kann. Daraus folgt, dass der Dienstunfähigkeitsbegriff amtsbezogen ist und an den Aufgabenkreis anknüpft, der dem Beamten bei einer bestimmten Behörde dauerhaft zugewiesen ist; gemeint ist somit das Amt im abstrakt-funktionellen Sinn.[655]

Zwar sind die gesundheitliche Eignung und die Dienstunfähigkeit nicht gleichzusetzen: Rein zeitlich betrachtet erfasst die Prognose für die gesundheitliche Eignung den Zeitraum von der Ernennung 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.[656] Ausgangspunkt ist also ein Zeitpunkt vor Berufung in ein bestimmtes Beamtenverhältnis. Für die Dienstunfähigkeit bedarf es hingegen einer Prognose über die Wahrscheinlichkeit der Verbesserung des Gesundheitszustands eines bereits in ein Beamtenverhältnis berufenen Beamten bis – bestenfalls – hin zur Wiedererlangung der Dienstfähigkeit.[657] Die Prognose setzt hier zu einem späteren Zeitpunkt an und bezieht sich auf einen Zeitraum noch vor Erreichen der Regelaltersgrenze. Im Ergebnis ist folglich der zeitliche Prognosemaßstab der Dienstunfähigkeit im Prognosemaßstab der gesundheitlichen Eignung enthalten.

Unabhängig von diesem zeitlichen Aspekt bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass für die gesundheitliche Eignung ein anderer tätigkeitsbezogener Bezugspunkt gelten sollte als für die Dienstunfähigkeit. Vielmehr geht es doch in beiden Situationen darum, einen verfrühten Eintritt in die Dienstunfähigkeit zu verhindern, indem der Be-

---

es sich wegen des Wortes „auch" nicht um eine eigenständige Vermutung handele, die zu S. 1 hinzutrete, sondern vielmehr um ein Regelbeispiel für eine Dienstunfähigkeit.

655 BVerwG, Urt. v. 05.06.2014 – 2 C 22/13 – BVerwGE 150, 1, 4, juris Rn. 14; Nds. MBl. 2015 Nr. 6, S. 186, 186.

656 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 14.

657 *Reich*, Beamtenstatusgesetz, 2. Aufl. (2012), § 26 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

amte oder zu Verbeamtende Tätigkeiten ausführt, die sein Gesundheitszustand ihm trotz Einschränkungen erlauben. Es wäre aus diesem Grunde widersprüchlich, bei der gesundheitlichen Eignung und der Dienstunfähigkeit einen unterschiedlichen tätigkeitsspezifischen Bezugspunkt für die Prognose anzuwenden.

Im Ergebnis ist folglich der Bezugspunkt für die Prognose der gesundheitlichen Eignung das Amt im abstrakt-funktionellen Sinn.[658]

C. Die gesundheitliche Eignung im Prozess des Auswahlverfahrens

Art. 33 Abs. 2 GG beinhaltet den so genannten Bewerbungsverfahrensanspruch, ein subjektives Recht nicht nur auf fehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl, sondern ebenso auf die rechtsfehlerfreie Durchführung des Besetzungsverfahrens.[659] Dieser Anspruch zielt allein darauf ab, dass die jeweilige Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei behandelt wird und begründet grundsätzlich keinen Anspruch auf Einstellung oder Beförderung.[660] Er steht Beamten und Arbeitnehmern gleichermaßen zu, da ein „Amt" im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG nicht notwendigerweise von Beamten, sondern auch von Arbeitnehmern bekleidet werden kann.[661] Somit hat der öffentliche Arbeitgeber unabhängig von der Ausgestaltung der zu besetzenden Stelle sowohl bei Einstellungen als auch bei Beförderungen stets die Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten.[662]

Dem Interesse des Dienstherrn daran, sein begrenztes Stellenkontingent mit möglichst leistungsfähigem und flexiblem Personal zu besetzen, steht eine steigende Bereitschaft der Bewerber zur gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung des Dienstherrn auf Einhaltung ihrer Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit gegenüber.[663] Dementsprechend und gemäß Art. 19 Abs. 4 GG bedarf das Auswahlverfahren

658 A.A. *Baden*, PersR 2016, 34 (37), der das Amt im konkret-funktionalen Sinne als Bezugspunkt befürwortet.

659 *Kalenbach*, öAT 2013, 7 (8). Siehe dazu auch im Rahmen des Konkurrentenstreitverfahrens, Teil 7 Abschn. A Kap. I „Bewerbungsverfahrensanspruch".

660 *Kalenbach*, öAT 2013, 7 (8).

661 *Laber/Gerdom*, öAT 2010, 51 (51).

662 *Kalenbach*, öAT 2013, 7 (7).

663 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 184 (184).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einer Ausgestaltung, die es einem unterlegenen Bewerber ermöglicht, das Verfahren auf etwaige Fehler sowie auf die Einhaltung der in Art. 33 Abs. 2 GG vorgegebenen Kriterien überprüfen zu lassen.[664] Selbstverständlich erfordert eine solche Überprüfung, dass die betreffliche Planstelle nicht bereits durch den erfolgreichen Konkurrenten besetzt worden ist.[665] Denn der Bewerbungsverfahrensanspruch erlischt, sobald es zur endgültigen Besetzung der Stelle gekommen ist, es sei denn, der Dienstherr vereitelt dadurch die Möglichkeiten des unterlegenen Bewerbers auf effektiven Rechtsschutz.[666] Wann immer es zu einer Benachteiligung oder Bevorzugung eines Bewerbers kommt, sind gleichzeitig auch die Erfolgsaussichten der anderen Bewerber betroffen und ihre Bewerbungsverfahrensansprüche verletzt.[667] Ein fehlerhaftes Auswahlverfahren begründet deshalb in der Regel einen Anspruch des unterlegenen Bewerbers auf Wiederholung des Auswahlverfahrens.[668]

Allerdings geht mit der gerichtlichen Kontrolle des Besetzungsverfahrens keine Ersetzung der Auswahlentscheidung des Dienstherrn durch das Gericht einher; Entscheidungen über Personalauswahl gebühren der Exekutive, weshalb dem Dienstherrn im Rahmen der Stellenbesetzung ein Beurteilungsspielraum zukommt.[669]

Insgesamt besteht folglich ein großes Interesse der Bewerber an der Übersichtlichkeit des Besetzungsverfahrens, weshalb es für sie zweckdienlich ist, die jeweiligen Schritte dieses Verfahrens nachvollziehen zu können. Allerdings ist es schwierig, das Auswahlverfahren differenziert in einzelne Abschnitte zu zerteilen; zum einen, weil das Prozessrecht allein dazu dient, das materielle Recht zu untermauern, das Auswahlverfahren materiellrechtlich jedoch eher fragmentarisch kodifiziert ist, und zum anderen, weil nicht alle Personalauswahlentscheidungen nach demselben Schema ablaufen.[670]

664 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 155.
665 BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88 – NJW 1990, 501.
666 *Kalenbach*, öAT 2013, 7 (8). Dazu mehr im Rahmen des Konkurrentenstreitverfahrens, Teil 7 Abschn. A Kap. I „Bewerbungsverfahrensanspruch".
667 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012 – 2 C 6/11 – BVerwGE 145, 185, 191, juris Rn. 24.
668 *Laber/Gerdom*, öAT 2010, 51 (51).
669 *Laber/Gerdom*, öAT 2010, 51 (52); BAG, Urt. v. 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 – NJW 2005, 879, 881, juris Rn. 27 ff.
670 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 154.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Dennoch soll im Folgenden versucht werden, die Grundstruktur des Auswahlverfahrens zu skizzieren, nicht zuletzt um die Frage nach der gesundheitlichen Eignung eines Bewerbers dort einzuordnen, sowie die Voraussetzungen an die amtsärztliche Untersuchung zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung des zu ernennenden Bewerbers zu skizzieren.

I. Dem Auswahlverfahren vorgelagerte organisatorische Maßnahmen

Das Verfahren, das letztlich zur Stellenbesetzung führt, unterfällt nicht in seiner Gesamtheit dem Schutz von Art. 33 Abs. 2 GG bzw. seiner einfachgesetzlichen Ausprägungen gemäß § 9 BBG, § 9 BeamtStG.[671] Zwar beziehen sich diese Vorschriften auf die Vorbereitung von Personalentscheidungen mitsamt der ihnen notwendigerweise vorgeschalteten Eignungsprüfungen oder Stellenbeschreibungen; jedoch fallen – von der Stellenausschreibung abgesehen –grundsätzlich diejenigen Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 2 GG heraus, die der Organisationsgewalt des Dienstherrn unterfallen, wie beispielsweise die Entscheidung darüber, ob und wie eine Stelle besetzt wird.[672] Dieses Organisationsermessen ist gerichtlich nur auf sachfremde Erwägungen überprüfbar.[673] Im Ermessen des Dienstherrn steht es auch, ob er die Stelle durch Einstellung, Beförderung oder Versetzung besetzen will; hat er sich jedoch einmal für eine Ausgestaltung des Verfahrens entschieden, muss er sich bis zum Ende dieses Verfahrens an seiner „Organisationsgrundentscheidung“ festhalten lassen.[674]

671 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 403 f.; v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 190 f.

672 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 404; v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 190.

673 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1/13 – BVerwGE 147, 20, 26 f., juris Rn. 25.

674 BVerfG, Beschl. v. 28.02.2007 – 2 BvR 2494/06 – NVwZ 2007, 693, 694, juris Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

1. Planstellenzuweisung

Die Entscheidung über die Anzahl der Planstellen sowie über die Menge der Arbeitsplätze und ihrer Besetzung[675] richtet sich nach den Bedürfnissen der Staatsverwaltung und erfolgt nach Maßgabe der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn.[676] Dabei handelt es sich um Aspekte des Auswahlverfahrens, die dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorhergehen und deshalb das Recht auf gleiche Einbeziehung in den Auswahlprozess noch nicht berühren.[677] Die Planstellenzuweisung gehört somit grundsätzlich nicht zum personellen Auswahlverfahren.[678]

2. Anforderungsprofil

Durch das Aufstellen von Anforderungsprofilen wird der Bewerberkreis eingegrenzt und seine Zusammensetzung bestimmt.[679] Weiterhin dient es der näheren Konkretisierung der vom Bewerber zu erfüllenden Kriterien,[680] da die Auswahl leistungsbezogen und hinsichtlich einer konkreten Stelle erfolgt,[681] sowie zur Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung mitsamt ihrer gerichtlichen Überprüfbarkeit.[682] Das Anforderungsprofil nimmt letztlich einen Teil der Auswahlentscheidung vorweg,[683] indem es die Aufgaben der Stelle und die Anforderungen an den Bewerber definiert und dadurch den Zugang zum Amt einschränkt.[684]

---

675 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 191 m.w.N.
676 BVerwG, Beschl. v. 05.11.2012 – 2 VR 1/12 – juris Rn. 15.
677 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 191.
678 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 193.
679 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 205 m.w.N.
680 *Laber/Gerdom*, öAT 2010, 51 (52).
681 BAG, Urt. v. 21.01.2003 – 9 AZR 72/02 – RiA 2004, 32, 33 f., juris Rn. 33.
682 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 62.
683 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 142 f., juris Rn. 22.
684 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 184 (185).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Während das BAG im Jahre 2003 noch aus Art. 33 Abs. 2 GG die Verpflichtung des Dienstherrn zur Entwicklung und Aufstellung eines der konkreten Stelle entsprechenden Anforderungsprofils ableitete,[685] da es sich dabei um eine Voraussetzung für die Verfahrensmäßigkeit der Amtsvergabe handele,[686] entschied es zwei Jahre später, dass es dem öffentlichen Arbeitgeber grundsätzlich freistehe, für die zu besetzenden Stellen ein Anforderungsprofil als Teilnahmevoraussetzung am Bewerbungsverfahren aufzustellen.[687] Richtigerweise stellt ein Anforderungsprofil stets eine organisatorische Maßnahme des Dienstherrn dar, die dem eigentlichen Auswahlverfahren vorgelagert ist und somit hinsichtlich seiner Aufstellung, Veränderung oder Aufrechterhaltung Art. 33 Abs. 2 GG nicht berührt und grundsätzlich gerichtlicher Kontrolle nicht unterliegt.[688] Eine Ausnahme dazu stellt es freilich dar, wenn dem Anforderungsprofil sachfremde Erwägungen zugrunde liegen, sie sich also nicht bzw. nicht in ausreichendem Maße auf die Aufgaben der zu besetzenden Stelle beziehen und dementsprechend nicht nachzuvollziehen sind; in diesem Fall ist der Bewerber in der Ausübung seines Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG betroffen.[689] Ein solcher Fall liegt beispielsweise dann vor, wenn die Beschreibung der Anforderungen allein dazu dienen soll, einer bestimmten Person in der Auswahlentscheidung einen Vorteil zu verschaffen.[690]

Indes ergibt sich jedoch das Erfordernis zum Erstellen von Anforderungsprofilen aus dem einfachen Recht, wie beispielsweise aus § 18 BBesG.[691] Nach dessen S. 1 sind die Funktionen der Beamten und Soldaten nach den mit ihnen verbundenen Anforderungen sachgerecht zu bewerten und Ämtern zuzuordnen, wobei „Funktionen" Dienstposten

685 BAG, Urt. v. 21.01.2003 – 9 AZR 72/02 – RiA 2004, 32, 33 f., juris Rn. 33.
686 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 202 m.w.N.
687 BAG, Urt. v. 15.03.2005 – 9 AZR 142/04 – NZA 2005, 1185, 1187, juris Rn. 29; BAG, Urt. v. 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 – NZA 2015, 446, 447, juris Rn. 12.
688 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 202 m.w.N.
689 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 206.
690 BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7/09 – BVerwGE 141, 361, 364 f., juris Rn. 18.
691 *v. Roetteken*, ZBR 012, 230 (231).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

und Ämter meint.[692] Auch § 9 Abs. 1 S. 1 BGleiG – sowie § 22 Abs. 1 S. 1 BBG, § 33 Abs. 1 S. 3 BLV, die auf § 9 BGleiG verweisen – kann als Verpflichtung zur Aufstellung eines Anforderungsprofils verstanden werden,[693] wonach die Qualifikation eines Bewerbers anhand der Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes ermittelt wird, und zwar insbesondere hinsichtlich Ausbildung, Laufbahn oder Berufserfahrungen.

Die inhaltliche Ausgestaltung des Anforderungsprofils unterliegt dem Ermessen des Dienstherrn als Ausfluss seiner Organisationshoheit,[694] das gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.[695] Mithilfe eines Anforderungsprofils werden die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG konkretisiert, weshalb es nur solche Aspekte enthalten darf, die unter die Begriffe Eignung, Befähigung und fachliche Leistung gefasst werden können.[696] Darin hat der Dienstherr formelle Voraussetzungen, fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten sowie außerfachliche Kompetenzen darzulegen, die ein Bewerber für die entsprechende Stelle zu erfüllen hat und die demnach für die Auswahlentscheidung maßgeblich sind; die Auswahlentscheidung muss dem Bestenausleseprinzip entsprechen.[697] Art. 33 Abs. 2 GG kommt insoweit die Aufgabe zu, die Aufnahme solcher Kriterien im Anforderungsprofil zu verhindern, die schon von Beginn an keiner am Bestenausleseprinzip orientierten Besetzungsentscheidung gerecht werden würden.[698] Darüber hinaus muss das Anforderungsprofil diskriminierungsfrei sein und darf nicht gegen einschlägige Verbote wie beispielsweise Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen.[699] Ferner muss für den Bewerber klar sein, bei welchen Anforderungen es sich um unverzichtbare handelt und welche zwar nicht zwingend sind, sich bei gleicher Eignung aber zum Vorteil auswirken

692 *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (231).
693 *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (231).
694 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 208 m.w.N.
695 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 – ZBR 2012, 252, 254, juris Rn. 15.
696 *Laber/Gerdom*, öAT 2010, 51 (53).
697 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 142, juris Rn. 21.
698 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 202 m.w.N.
699 *Laber/Gerdom*, öAT 2010, 51 (53).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

können.[700] Zwingende Vorgaben müssen allerdings im Interesse der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung erforderlich sein.[701] Darüber hinaus müssen sie sich aus dem konkreten Aufgabenbereich ergeben, werden üblicherweise von einem Laufbahnbewerber nicht erfüllt und lassen sich fernerhin nicht in einem angemessenen Zeitraum aneignen.[702] Die im Anforderungsprofil beschriebenen Qualifikationen müssen für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich sein.[703] Kann die Stelle gleichermaßen von Arbeitnehmern und Beamten bekleidet werden, dürfen ohne sachliche Begründung keine Anforderungen gestellt werden, die allein von Beamten erfüllt werden können.[704] Das Anforderungsprofil ist für das gesamte Auswahlverfahren verbindlich;[705] es darf nicht nachträglich hinsichtlich der Auswahlkriterien gelockert werden, ohne dass dies mögliche Interessenten zur Kenntnis nähmen.[706] Denn das hätte zur Folge, dass jemand möglicherweise wegen des ursprünglichen Anforderungsprofils von einer Bewerbung Abstand nimmt, sich aber bei Kenntnis der veränderten Anforderungen beworben hätten, und dadurch in seinen Möglichkeiten des Zugangs zum Amt beeinträchtigt wird.[707] Zu einer Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs kommt es darüber hinaus auch dann, wenn ein Bewerber ausgewählt wird, der der Mindestqualifikation des Anforderungsprofils nicht entspricht.[708] Letztlich führt jeder Fehler im Anforderungsprofil dazu, dass das gesamte Auswahlverfahren fehlerhaft ist.[709]

700 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1/13 – BVerwGE 147, 20, 35, juris Rn. 49.
701 BVerwG, Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1/13 – BVerwGE 147, 20, 29, juris Rn. 33.
702 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 184 (186).
703 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 205 (205).
704 BAG, Urt. v. 18.11.2001 – 9 AZR 410/00 – NZA 2002, 271, 273, juris Rn. 31.
705 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 205 (206).
706 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.02.2007 – 2 BvR 2494/06 – ZBR 2008, 94, 95, juris Rn. 7.
707 *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (233).
708 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 – ZBR 2012, 252, 254, juris Rn. 16.
709 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 205 (205).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

3. Stellenbekanntmachung

Sinn und Zweck der Stellenbekanntmachung ist es, die sich an Art. 33 Abs. 2 GG orientierende Auswahlentscheidung zu unterstützen, indem jeder potentielle Kandidat über die freie Stelle informiert wird und ein Bewerberkreis entsteht, aus dem dann letztlich der Dienstherr den am besten geeigneten Bewerber auswählt.[710] Zunächst aber ist es keine Pflicht des Dienstherrn, eine offene Stelle überhaupt nachzubesetzen.[711] Falls er sich doch dazu entscheidet, ist er weiterhin nicht dazu verpflichtet, die Stelle durch Neueinstellung zu besetzen, vielmehr kann dies auch durch Umsetzung, Versetzung oder Beförderung geschehen, wozu der Dienstherr aufgrund seiner Organisationsfreiheit und personalwirtschaftlichem Ermessen berechtigt ist.[712] Soll der Bewerberkreis auf „Außenstehende" erweitert werden, ist die Ausschreibung das herkömmlichste Mittel der Stellenbekanntmachung, weil dadurch ein großer Kreis an möglichen Bewerbern angesprochen wird.[713] Eine Ausschreibung kann beispielsweise durch Stellenanzeigen in Tageszeitungen oder Fachzeitschriften erfolgen oder aber durch Bekanntmachungen auf der Internetpräsenz der jeweiligen Behörde bzw. an Schwarzen Brettern.[714] Es besteht zudem die Möglichkeit, Bewerber individuell anzusprechen, vor allem, wenn ein spezielles Anforderungsprofil oder eine besondere persönliche oder politische Loyalität gefragt ist; daneben ist es denkbar, dass aufgrund eines immerzu wiederkehrenden Besetzungsbedarfs von Dienstposten mit ähnlichen Anforderungen von Ausschreibungen abgesehen werden kann, da dieser Besetzungsbedarf möglichen Interessenten auch bekannt ist.[715] Wohl aber wird der Dienstherr dem Gedanken des Art. 33 Abs. 2 GG am ehesten durch Ausschreibungen gerecht, da so das größte Spektrum an Bewerbern erreicht und dem Bestenauslesegrundsatz wie auch dem

710 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 156 f.
711 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 184 (184).
712 LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.10.2010 – 7 SaGa 1546/10 – öAT 2011, 66, juris Rn. 16.
713 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 157 m.w.N.
714 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 158.
715 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Interesse des Einzelnen auf chancengleichen Zugang am besten entsprochen wird.[716]

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 BBG sind zu besetzende Stellen auszuschreiben, und zwar im Falle der (Neu-)einstellung[717] nach S. 2 vorbehaltlich S. 3 auch öffentlich. Eine allgemeine Pflicht zur Ausschreibung besteht indes nicht, die gesetzlichen Regelungen sind insoweit uneinheitlich; für im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmer bestehen sie gar nicht.[718] Eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht hätte jedoch den Vorteil, dass dadurch die Wahrnehmung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG vereinfacht würde, da zur Ausübung des Bewerbungsverfahrensanspruchs freilich erforderlich ist, dass der potentielle Bewerber von seiner Chance auf den Zugang zum Amt Kenntnis erhalten muss.[719]

§ 11 Abs. 1 S. 1 LBG enthält neben der Verpflichtung zur Ausschreibung frei werdender Planstellen weitere Vorgaben zur inhaltlichen Gestaltung der Ausschreibung, nämlich dass die Stelle grundsätzlich auch in Teilzeitform besetzt werden kann, Abs. 1 S. 1, 2. Hs. LBG. Nach § 6 Abs. 1 BGleiG müssen Arbeitsplätze – die nach § 3 Nr. 1 BGleiG auch Dienstposten darstellen – geschlechtsneutral erfolgen, sodass sich beide Geschlechter gleichermaßen zur Bewerbung aufgefordert fühlen. Sehr ausführliche Vorgaben sind in § 6 BGleiG zu finden, nach dessen Abs. 2 S. 1 Stellen dann ausgeschrieben werden sollen, wenn in dem Bereich, zu dem die Stelle zu zählen ist, Frauen oder Männer unterrepräsentiert sind, um die Zahl der Bewerberinnen oder der Bewerber zu erhöhen. Nach S. 3 soll dies vorbehaltlich § 8 Abs. 1 S. 3 BBG öffentlich geschehen, wenn dieses Ziel mit hausinternen dienststellenübergreifenden Ausschreibungen nicht erreicht werden kann. Auch kann sich der Dienstherr durch Verwaltungsvorschriften eine bestimmte Verfahrensweise selbst auferlegen und so sein personalwirtschaftliches Ermessen auf zulässige Weise ausüben.[720]

716 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 157, 159.

717 § 8 Abs. 1 S. 2 BBG spricht vom Erfordernis der öffentlichen Ausschreibung bei der Einstellung, woraus folgt, dass für eine Beförderung eine solche Verpflichtung nicht besteht, *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 157.

718 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 157.

719 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 149 f.

720 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 138 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Die Ausschreibung muss den Inhalt des Amtes und seine Voraussetzungen erfassen.[721] Nach § 6 Abs. 3 BGleiG müssen Arbeitsplatzausschreibungen die Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes festlegen und im Hinblick auf mögliche künftige Funktionen der Bewerberinnen und Bewerber auch das vorausgesetzte Anforderungs- und Qualifikationsprofil der Laufbahn oder des Funktionsbereichs enthalten. Ist die Ausschreibung nicht diskriminierungsfrei, führt dies gegebenenfalls zur Fehlerhaftigkeit des gesamten Auswahlverfahrens und zu einem Schadensersatzanspruch aus § 15 AGG.[722] Zwar ist der Dienstherr grundsätzlich in der Gestaltung der Ausschreibung frei, jedoch beeinträchtigen Fehler in der Ausschreibung das Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG, beispielsweise indem unangemessene Qualifikationen gefordert oder die Beschreibung auf bestimmte Personen zugeschnitten wird.[723]

4. Abbruch des Auswahlverfahrens

Zu den Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten organisatorischen Entscheidungen des Dienstherrn gehört als weitere Maßnahme der Entschluss, das Auswahlverfahren abzubrechen, auch wenn eine Ausschreibung bereits erfolgt ist und Bewerbungen eingetroffen sind.[724] Allerdings darf der Dienstherr ein Auswahlverfahren nur aufgrund verwaltungspolitischer Gründe abbrechen, wofür ihm ein weiter Ermessensspielraum zusteht.[725] Ein solcher Grund ist beispielsweise gegeben, wenn die eingetroffenen Bewerbungen die Anforderungen der Stelle nicht erfüllen, oder wenn das Auswahlverfahren aufgrund eines Fehlers eine ordnungsgemäße Auswahlentscheidung nicht mehr herbeiführen

721 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 151.

722 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 210 m.w.N.

723 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 210 m.w.N. *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 184.

724 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 212 m.w.N. Sehr kritisch dazu *Herrmann*, LKV 2015, 97 (101 ff.), nach dem der Abbruch eines Auswahlverfahrens „regelmäßig hingenommen" werde.

725 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 212.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kann.[726] In diesem Fall kann der Dienstherr die Stelle noch einmal neu ausschreiben.[727]

Um keinen sachlichen Grund handelt es sich indes, wenn mit dem Abbruch lediglich der Zweck verfolgt wird, einen bestimmten Bewerber von der Auswahl auszuschließen, um einen anderen zu begünstigen.[728] Weiterhin ist erforderlich, dass der Dienstherr den Grund des Abbruchs schriftlich dokumentiert sowie die Bewerber von dem Abbruch des Auswahlverfahrens rechtzeitig und in geeigneter Form in Kenntnis setzt.[729] Denn ein gerechtfertigter Abbruch des Auswahlverfahrens führt zum Erlöschen des Bewerbungsverfahrensanspruchs, weshalb es dem Bewerber gemäß Art. 19 Abs. 4 GG möglich sein muss, mithilfe vorläufigen Rechtsschutzes gegen den Abbruch vorzugehen.[730] Ist der Abbruch hingegen rechtswidrig, muss das Auswahlverfahren fortgesetzt werden.[731] Dies setzt allerdings voraus, dass die Stelle noch nicht besetzt worden ist.[732] Darüber hinaus steht dem Einstellungsbewerber neben einem Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung gemäß § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG ein Schadenersatzanspruch aus dem beamtenrechtlichen Bewerbungsverhältnis als Ausfluss des Art. 33 Abs. 2 GG zu.[733]

II. Prozessuale Anforderungen an die Auswahlentscheidung des Dienstherrn

Die auf eine konkrete Stelle eingetroffenen Bewerbungen lassen sich zunächst darauf prüfen, ob und inwiefern zwingende Mindestanforderungen erfüllt werden, und anschließend darauf, welcher Bewerber am

726 BVerwG, Urt. v. 03.12.2014 – 2 A 3/13 – BVerwGE 151, 14, 19, juris Rn. 19.
727 BAG, Urt. v. 24.03.2009 – 9 AZR 277/08 – NZA 2009, 901, 903.
728 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012 – 2 C 6/11 – BVerwGE 145, 185, 190, juris Rn. 20.
729 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012 – 2 C 6/11 – BVerwGE 145, 185, 190, juris Rn. 19.
730 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012 – 2 C 6/11 – BVerwGE 145, 185, 187 f., juris Rn. 12.
731 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 212c, 216 m.w.N.
732 BVerwG, Urt. v. 03.12.2014 – 2 A 3/13 – BVerwGE 151, 14, 24, juris Rn. 37.
733 BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22/09 – BVerwGE 136, 140, 142 f., juris Rn. 13. Siehe zu den Rechtschutz- und Haftungsfragen Teil 7.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

besten geeignet ist.[734] Erfüllt ein Bewerber unbedingt erforderliche Kriterien nicht, kann er auch dann nicht der im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG am besten geeignete Kandidat sein, wenn er persönlich und charakterlich besonders überzeugen kann.[735] Unter den übrigen, an sich in Frage kommenden Bewerbern ist letztlich die endgültige Auswahl zu treffen, wobei dies allein anhand einer Beurteilung der eingegangen Bewerbungen vonstatten gehen kann wie auch durch Vorstellungsgespräche.[736] Ein sehr gängiges Instrument zur Beurteilung der Qualifikationen der Bewerber sind dienstliche Beurteilungen, die freilich nur bei solchen Bewerbern vorliegen, die bereits zuvor im öffentlichen Dienst beschäftigt waren, und sich deshalb überwiegend bei der Stellenbesetzung durch Beförderung auswirken.[737] Werden allerdings dienstliche Beurteilungen herangezogen, müssen diese aussagekräftig, aktuell und differenziert sein sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen.[738] Darüber hinaus müssen sich aus ihnen verlässliche Informationen über die jeweils geforderte Eignung ergeben.[739]

Bei der Personalauswahlentscheidung kommt es darauf an, inwiefern der einzelne Bewerber die Anforderungen des jeweiligen Amtes mutmaßlich erfüllen wird; richtigerweise kann es nicht darauf ankommen, inwiefern dem vorherigen Amt entsprochen wurde, um dadurch Rückschlüsse auf die konkret zu besetzende Stelle zu ziehen.[740] Das folgt schon aus dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG, wonach jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat, die Eignungskriterien sich also auf eine spezifische Stelle beziehen.

Der Dienstherr ist nicht dazu verpflichtet, Vorstellungsgespräche abzuhalten; entscheidet er sich jedoch dafür, müssen die Bedingungen Art. 33 Abs. 2 GG entsprechen und der Dienstherr jedem Bewerber die gleiche Chance geben, seine Eignung unter Beweis zu stellen.[741] Ge-

734 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 161.
735 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 161 f.
736 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 162.
737 *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 162 f.
738 BVerwG, Beschl. v. 27.09.2011 – 2 VR 3/11 – NVwZ-RR 2012, 71, 72, juris Rn. 23.
739 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 05.07.2007 – 2 BvR 1855/07 – NVwZ-RR 2008, 433, 434, juris Rn. 7.
740 *v. Roetteken*, ZBR 2012, 230 (231) m.w.N.
741 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 152.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

mäß § 7 Abs. 1 S. 1 BGleiG müssen beispielsweise bei der Besetzung von Arbeitsplätzen in einem Bereich, in dem Frauen unterrepräsentiert sind, mindestens ebenso viele Frauen wie Männer zu Vorstellungsgesprächen oder besonderen Auswahlverfahren eingeladen werden, sofern in ausreichender Zahl Bewerbungen von Frauen vorliegen, die das in der Ausschreibung vorgegebene Anforderungs- und Qualifikationsprofil aufweisen. Nach § 82 S. 2 SGB IX müssen schwerbehinderte Menschen, die sich auf die Stelle beworben haben, eingeladen werden, es sei denn, es fehlt ihnen ganz offensichtlich die fachliche Eignung, S. 3, oder der Dienstherr hat die Stelle lediglich dienstintern ausgeschrieben.[742] Wird ein schwerbehinderter Bewerber trotz seiner Schwerbehinderung nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen, greift nicht automatisch die Indizwirkung des § 22 AGG; vielmehr ist Voraussetzung, dass der Dienstherr von der Schwerbehinderung Kenntnis hatte, beispielsweise dadurch, dass der Bewerber diese im Bewerbungsschreiben erwähnte.[743] Wird ein schwerbehinderter oder gleichgestellter Bewerber nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen, hat der Dienstherr zum Ausdruck zu bringen, dass der Bewerber aufgrund seiner Nichteignung nicht ausgewählt wurde und sich dabei auf die konkreten zwingenden Anforderungen der Stellenausschreibung beziehen.[744]

Lehnt der Dienstherr einen Bewerber mit den Worten ab, er habe sich für einen besser geeigneten Kandidaten entschieden, erklärt er gleichzeitig, dass der Bewerber zumindest grundsätzlich geeignet gewesen wäre.[745]

In formeller Hinsicht ist für die Personalauswahl ein einheitlicher Bewertungsmaßstab sowie ein gemeinsamer Stichtag für die Bewertungsdurchführung erforderlich; außerdem müssen Leistungsvergleich und Auswahlentscheidung zeitnah geschehen, um eine sachgerechte

742 BVerwG, Urt. v. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – NVwZ-RR 2012, 320, 320, juris Rn. 19.

743 BAG, Urt. v. 26.09.2013 – 8 AZR 650/12 – NZA 2014, 258, 261, juris Rn. 29. Zur Vereinbarkeit der Nicht-Verbeamtung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung mit den Vorschriften des AGG siehe Teil 5 Abschn. B Kap. III.3 „Nichtvereinbarkeit mit § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG".

744 *Salomon-Hengst*, öAT 2015, 205 (209)

745 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 03.11.2014 – 1 Sa 13/14 – NZA-RR 2015, 163, 166, juris Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Prognoseentscheidung hinsichtlich der für die künftigen Aufgaben erforderlichen Eignung treffen zu können.[746]

Stützt sich die Bewerberauswahl maßgeblich auf den aus dem Vorstellungsgespräch gewonnenen Eindruck, muss die Auswahlentscheidung auf die Einhaltung des Art. 33 Abs. 2 GG überprüft werden können, weshalb das Gespräch vom Dienstherrn zu dokumentieren ist, indem die angesprochenen Themen, die an den Bewerber gestellten Fragen, seine Antworten sowie die Bewertung dieser Antworten durch die Auswahlkommission und insgesamt der entstandene Eindruck vom Bewerber jedenfalls in Grundzügen erfasst werden.[747] Die Verpflichtung, wesentliche Auswahlerwägungen schriftlich festzuhalten, folgt direkt aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG.[748] Sie muss im Falle einer dem Vorstellungsgespräch folgenden Absage ebenfalls die tragenden Gründe wiedergeben, warum der Bewerber im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt wurde.[749] Schließlich ist der Dienstherr wegen des Gebotes effektiven Rechtsschutzes gehalten, den unterlegenen Bewerber über seine endgültige Besetzungsentscheidung zu informieren, um diesem die Möglichkeit zu geben, vorläufigen Rechtsschutz gegen die Entscheidung des Dienstherrn einzulegen, bevor er die Stelle tatsächlich besetzt, wobei ein Zeitraum von vierzehn Tagen als ausreichend angesehen wird.[750]

Die vom Dienstherrn aufgestellten Anforderungen sind hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG vollumfänglich gerichtlich überprüfbar, da der Dienstherr damit einen maßgeblichen Teil der Auswahlentscheidung vorwegnimmt.[751]

---

746 BAG, Urteil vom 21. Januar 2003 – 9 AZR 72/02 – RiA 2004, 32, 34, juris Rn. 39.

747 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.01. 2012 – OVG 6 S 50.11 – LKV 2012, 275, juris Rn. 5.

748 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – NVwZ 2007, 1178, 1179, juris Rn. 20.

749 OVG Thüringen, Beschl. v. 12.09.2013 – 2 EO 412/13 – ThürVBl. 2014, 218, 220, juris Rn. 26.

750 *Kalenbach*, öAT 2013, 7 (9)

751 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 20.09.2007 – 2 BvR 1972/07 – ZBR 2008, 167, 168, juris Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

III. Konsequenz: „Mindesteignung"

Anhand der vorherigen Ausführungen fällt auf, dass das Augenmerk in erster Linie auf der fachlichen Leistung und Befähigung liegt und der Einstellungsablauf zunächst unabhängig von der gesundheitlichen Eignung durchgeführt wird. Erst wenn sich der fachlich am besten geeignete Bewerber herauskristallisiert hat, wird die gesundheitliche Eignung relevant. Dies zeigt sich auch am in der Praxis gehandhabten Vorgehen der Einstellung eines Kandidaten unter dem Vorbehalt der gesundheitlichen Eignung.[752]

Bei der gesundheitlichen Eignung handelt es sich um eine Anforderung, mit welcher der Zugang zum Berufsbeamtentum steht und fällt und die den generellen und gleichen Zugang zum Amt vollständig versperren kann. Dennoch kommt sie während der Bewerbungsphase zunächst nicht zum Tragen. Daran ist zu erkennen, dass es sich bei ihr um ein untergeordnetes Kriterium handelt, das anfänglich keine Relevanz entfaltet. Erst wenn der beste Bewerber gefunden wurde, wird die gesundheitliche Eignung untersucht. Allein dieser Bewerber muss sich daran messen lassen. Die gesundheitliche Eignung ist deshalb kein Kriterium, das jeder Bewerber erfüllen müsste, da allein der fachlich Beste auch gesundheitlich geeignet sein muss. Dieses Kriterium ist insofern den übrigen Merkmalen nicht gleichgestellt.

Vor dem Hintergrund jedoch, dass alle Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG gleichranging sind,[753] also allesamt für die Auswahlentscheidung maßgeblich sind, freilich abhängig von der jeweiligen Gewichtung durch den Dienstherrn, spricht nach den gefundenen Erkenntnissen vieles dafür, dass die gesundheitliche Eignung kein Merkmal des Art. 33 Abs. 2 GG darstellt, da sie erst dann relevant wird, wenn der Auswahlprozess bereits abgeschlossen ist. Denn solange die gesundheitliche Eignung erst dann geprüft wird, wenn ein konkreter Bewer-

752 BVerwG, Beschl. v. 23.04.2009 – 2 B 79/08 – juris Rn. 1; BVerwG, Urt. v. 19.02.2009 – 2 C 56/07 – NVwZ 2009, 924, 924; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.11.2011 – 5 ME 328/11 – juris Rn. 2; OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.11.2010 – 5 ME 225/10 – juris Rn. 1; OVG NRW, Urt. v. 06.11.2008 – 6 A 750/06 – juris Rn. 41; OVG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008 – 1 Bf 19/08 – RiA 2009, 87, juris Rn. 2; OVG NRW, Beschl. v. 10.01.2008 – 6 A 2144/05 – juris Rn. 6; OVG NRW, Urt. v. 18.07.2007 – 6 A 4680/04 – juris Rn. 12.

753 BVerfG, Urt. v. 08.07.1997 – 1 BvR 1621/94 – BVerfGE 96, 205, 211, juris Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ber bereits ausgesucht wurde, handelt es sich bei ihr um kein Kriterium der Bestenauslese, da nicht klar ist, ob der entsprechende Bewerber gesundheitlich der Beste ist, wenn er der Einzige ist, der sich einer Gesundheitsprüfung unterzieht.

Daran ändert auch nichts, dass der Dienstherr gesundheitliche Anforderungen an die zu besetzende Stelle in Ausübung seiner Organisationsgewalt festlegen kann.[754] Zwar könnte man unterstellen, dass es dem Dienstherrn weniger auf eine gesundheitliche als auf eine fachliche oder charakterliche Eignung ankommt. Doch dann wäre nicht nachvollziehbar, warum ein Bewerber bei nicht ausreichender gesundheitlicher Eignung nicht ernannt werden kann.

Die gesundheitliche Eignung steht in Konsequenz auf einer der Kriterientrias nachgeordneten Ebene und kann denknotwendig schon aus diesem Grund kein Teil von ihr sein. Darüber hinaus geht es im Rahmen der Feststellung der gesundheitlichen Eignung nicht darum, den fittesten, gesündesten oder körperlich und seelisch am leistungsstärksten Bewerber herauszufiltern. Denn dann müsste sich jeder Bewerber zunächst einer ärztlichen Untersuchung unterziehen, und – unter Heranziehung der Rechtsprechung des BVerwG – es müsste derjenige Bewerber herausgefiltert werden, der seinem Gesundheitszustand zufolge am wenigsten Anhaltspunkte für die Annahme bietet, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist. Stattdessen wird jedoch allein derjenige Bewerber, der sich bis dahin als der am besten geeignete herausgestellt hat, einer gesundheitlichen Prüfung unterzogen, der im Vergleich zu seinen Kollegen gesundheitlich eben nicht am besten geeignet sein muss. Es reicht vielmehr, wenn er nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ungeeignet ist.

Die gesundheitliche Eignung ist somit folgerichtig eine *Mindesteignung*. Sie ist deshalb nicht vom Prinzip der Bestenauslese umfasst; sie stellt gar ein *eignungsfremdes Kriterium* dar.

754 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris. Rn. 12; BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 207 f., juris Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

IV. Feststellung der gesundheitlichen Eignung durch den Amtsarzt

In seiner Entscheidung vom 25.07.2013[755] gibt das BVerwG zu bedenken, dass zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung die körperlichen und psychischen Veranlagungen des Bewerbers festgestellt und deren Auswirkungen auf sein Leistungsvermögen bestimmt werden müssen, was regelmäßig besondere medizinische Sachkunde erfordere, über die nur ein Arzt verfüge, wie es beispielsweise auch § 11 Abs. 2 LBG verlangt. Dass die gesundheitliche Eignung aufgrund eines ärztlichen Gutachtens festzustellen ist, darf aber nach Ansicht des BVerwG nicht dazu führen, dass der Arzt die Verantwortung für die Entscheidung über die gesundheitliche Eignung trägt; der Arzt werde allein als Sachverständiger tätig, dessen Befunde und Schlussfolgerungen der Dienstherr nachvollziehen müsse, um sich sein eigenes Urteil zu bilden.[756]

Bei der ärztlichen Untersuchung des Beamtenbewerbers vor dessen Einstellung handelt es sich daher um eine besondere Ausübungsform des Fragerechts des Dienstherrn, wodurch dieser sich vom Gesundheitszustand des Bewerbers überzeugen kann und abhängig davon die Entscheidung darüber trifft, ob er den Bewerber einstellt.[757]

Zweck der ärztlichen Untersuchungen ist es, chronische Krankheiten eines Bewerbers auszuschließen, die wegen einer etwaigen frühzeitigen Versetzung in den Ruhestand einer Verbeamtung auf Lebenszeit im Weg stünden.[758] Als kritikwürdig ist jedoch zu bewerten, dass es weder allgemeinverbindliche Vorgaben hinsichtlich der vor der Verbeamtung durchzuführenden Untersuchungen gibt, noch eine Auflistung von Diagnosen, die eine Verbeamtung ausschließen.[759] Hinzu kommt, dass die ärztliche Begutachtung im Medizinstudium inhaltlich nicht

755 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 11.
756 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 11.
757 *Schmid*, Die Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt unter besonderer Berücksichtigung des Fragerechts des Dienstherrn, 2009, S. 123.
758 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 80.
759 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 80.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

behandelt wird.[760] Zwar sieht die Musterweiterbildungsordnung der Bundesärztekammer für den Facharzt für öffentliches Gesundheitswesen das Erstellen von amtlichen bzw. amtsärztlichen Gutachten vor,[761] jedoch ist nicht nachgewiesen, inwiefern die Begutachtung im Rahmen der Weiterbildung zum Facharzt tatsächlich unterrichtet wird bzw. sich der Amtsarzt Kenntnisse in der Gutachtertätigkeit autodidaktisch aneignet.[762] Hinzu kommt, dass förmliche Anforderungen an Qualität und Struktur eines Gutachtens fehlen und der Gutachter seine Kompetenz nicht in entsprechenden Prüfungen unter Beweis stellen muss; stattdessen genügt die Vorgabe an den Arzt, stets nach bestem Wissen und Gewissen dem aktuellen Stand der Wissenschaft und gesetzlichen Vorschriften entsprechend zu handeln.[763] Dabei handelt es sich indes bereits im weitesten Sinne um die allgemeinen ärztlichen Berufspflichten, wie sich aus § 2 Abs. 1, 2 und 5 sowie § 4 Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Rheinland-Pfalz[764] ergibt. Es handelt sich somit um allgemeine Vorgaben an die ärztliche Tätigkeit und nicht etwa an eine speziell amtsärztliche.

Die amtsärztliche Untersuchung kann infolgedessen kaum einheitlich ablaufen; die Qualität der ärztlichen Gutachten kann sich darüber hinaus aufgrund fehlender Standards stark unterscheiden.[765] Eine stets gleichermaßen gewährleistete Ausübung des Zugangsrechts ist jedoch nicht gewährleistet, wenn sie von der Art und Weise der jeweils durchgeführten ärztlichen Untersuchung und dem daraus folgenden Untersuchungsergebnis abhängt.

Aufgrund fehlender allgemeingültiger Vorgaben soll im Folgenden der Versuch erfolgen, den groben Ablauf und Inhalt einer amtsärztli-

760 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen; Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 4.

761 *Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern*, (Muster-)Weiterbildungsordnung der Bundesärztekammer 2003 in der Fassung vom 23.10.2015, S. 112.

762 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 4.

763 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 10.

764 Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Rheinland-Pfalz i.d.F. der 8. Änderung der 9. Sitzung der 13. Vertretersammlung vom 23.09.2015 – in Kraft getreten am 02.12.2015, zuletzt genehmigt durch Schreiben des Ministeriums für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie in Rheinland-Pfalz vom 19.11.2015, Az. 652-01 723-7.1.

765 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

chen Untersuchung überblicksartig darzustellen und ihn zum besseren Verständnis von anderen in der Rechtsordnung vorgesehenen Gesundheitsuntersuchungen abzugrenzen, nicht zuletzt aufgrund ihrer Bedeutung für die Feststellung der gesundheitlichen Eignung.

1. Rechtsgrundlage

Nach § 11 Abs. 2 LBG ist die gesundheitliche Eignung für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit, in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder in ein anderes Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis mit dem Ziel der späteren Verwendung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit aufgrund eines amtsärztlichen Gutachtens festzustellen.[766] Zuständig für die einer Verbeamtung vorausgehende ärztliche Untersuchung sind die Gesundheitsämter sowie besondere personalärztliche Dienste.[767] Zwar gibt es für bestimmte Berufsgruppen Untersuchungsprofile zur Feststellung besonderer Anforderungen in Sonderlaufbahnen sowie Regelungen in Verwaltungsvorschriften,[768] jedoch wird der Untersuchungsrahmen in ihnen nicht einheitlich reguliert.[769]

Nach § 11 Abs. 3 LBG sind die §§ 19 bis 22 des GenDG und die aufgrund des § 20 Abs. 3 GenDG erlassene Rechtsverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden. In §§ 19, 20 Abs. 1 GenDG ist ein Verbot genetischer Untersuchungen enthalten. Hintergrund dieser Vorschriften ist, dass dem Arbeitgeber grundsätzlich ein billiges Interesse an der genetischen Veranlagung des Arbeitnehmers abgesprochen

766 Nach v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 259 ist mit dieser Regelung den an den Gesetzesvorbehalt für die ärztliche Untersuchung zu stellenden Anforderungen genügt, wohingegen § 9 BeamtStG beispielsweise eine ausreichende gesetzliche Grundlage nicht enthalte, Rn. 258. Explizit geht es aber gemäß der Rn. 250 ff. um die Zulässigkeit ärztlicher Untersuchungen und damit nicht um die gesundheitliche Eignung als Zugangskriterium an sich.

767 *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 42.

768 Vgl. die für den Dienst in der Feuerwehr geltende hamburgische Feuerwehrdienstvorschrift 300 (FwDV 300 HH), abrufbar unter http://www.hamburg.de/contentblob/107812/data/feuerwehrdienstvorschrift300.pdf (Stand: September 2017). Siehe auch schon unter Teil 3 Abschn. B Kp. III.1.c.(2) „Verwaltungsvorschriften".

769 *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wird.[770] § 21 Abs. 1 S. 1 GenDG enthält ein eigenes Benachteiligungsverbot aufgrund genetischer Eigenschaften insbesondere bei der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses. Diese Vorschriften gelten gemäß § 3 Nr. 2 lit. g) Alt. 1, § 22 Nr. 1 GenDG auch für Richter und Beamte.[771]

Untersuchungen, die keine genetischen Untersuchungen darstellen, werden von dem GendDG nicht erfasst; insoweit diesbezüglich ein Schutzbedürfnis besteht, lässt sich dies aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ableiten.[772]

2. Abgrenzung

a. Arbeitsrechtliche Eignungs-, Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen

Auch im Arbeitsrecht gibt es Eignungsuntersuchungen. Diese sind von der ärztlichen Untersuchung eines Beamtenbewerbers gemäß § 11 Abs. 2 LBG zu unterscheiden, da es sich um unterschiedliche Rechtsmaterien handelt. So kommt beispielsweise das Beamtenverhältnis durch einen Verwaltungsakt in Form der Ernennung gemäß § 10 BBG, § 8 BeamtStG zustande, das Arbeitsverhältnis durch einen Vertrag nach den Vorschriften des BGB.[773] Beide „Beschäftigungsverhältnisse" unterscheiden sich nicht nur durch die Art ihrer Begründung, sondern durch die Möglichkeiten ihrer Beendigung. Während das Beamtenverhältnis grundsätzlich auf Lebenszeit angelegt ist, § 6 Abs. 1 BBG, § 4 Abs. 1 BeamtStG, und eine Lösung des Dienstverhältnisses vor dem Erreichen der regulären Altersgrenze nur in bestimmten Fällen vorgesehen ist,[774] besteht im Arbeitsrecht die Möglichkeit für beide Parteien, sich durch Kündigung vom Arbeitsverhältnis zu lösen oder es von vorneherein zu befristen, § 620 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Somit ist auch der Zweck der Eignungsuntersuchung im Beamtenrecht ein anderer als im Arbeitsrecht: Im Beamtenrecht geht es darum, eine Prognose über die

770 *Genenger*, NJW 2010, 113 (116).
771 *Genenger*, NJW 2010, 113 (117).
772 *Wiese*, BB 2009, 2198 (2198).
773 *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2015, S. 288.
774 Vgl. dazu die §§ 30 ff. BBG, §§ 21 ff. BeamtStG, §§ 30 ff. LBG.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Dauer der Dienstfähigkeit des Beamten anzustellen,[775] da der Dienstherr wegen des Lebenszeit- und Alimentationsprinzips ein Interesse an einem ausgewogenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit hat.[776] Dagegen geht es bei der Eignungsuntersuchung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses darum, herauszufinden, ob der Arbeitnehmer eine konkrete Tätigkeit – und nicht etwa auch eine zukünftig anstehende wie im Beamtenverhältnis[777] – derzeitig überhaupt ausführen kann, beispielsweise weil eine ausreichende Sehfähigkeit erforderlich ist.[778] Die Überprüfung der Eignung kann auch im laufenden Arbeitsverhältnis durchgeführt werden,[779] und zwar dann, wenn Zweifel an seiner Eignung für die ausgeführte Beschäftigung besteht oder ein Arbeitsplatz- oder Tätigkeitswechsel geplant ist bzw. die Tätigkeit aufgrund ihrer Gefährdungsbeurteilung aus Sicherheitsgründen eine regelmäßige Kontrolle erfordert.[780]

Wird die Eignungsuntersuchung des Arbeitnehmers vor Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses vorgenommen, spricht man von einer Einstellungsuntersuchung.[781] Zwar ist es dem Arbeitgeber grundsätzlich möglich, das Arbeitsverhältnis mittels Kündigung einseitig zu beenden, doch ist dies aufgrund zahlreicher Arbeitnehmerschutzgesetze wie dem KSchG[782] oder dem MuSchG[783] nicht immer ohne Weiteres möglich. Aus diesem Grund, aber auch aufgrund der arbeitgeberseitigen Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach dem EntgFG[784] hat der Arbeitgeber ein Interesse daran,

775 *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 42.
776 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.
777 Siehe dazu Teil 4 Abschn. B „Bezugspunkt der Gesundheitsprognose".
778 *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2015, S. 203.
779 *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1013).
780 *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1017).
781 *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1013).
782 Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.
783 Mutterschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 2002 (BGBl. I S. 2318), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2246) geändert worden ist.
784 Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 16. Juli 2015 (BGBl. I S. 1211) geändert worden ist.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nur gesunde und leistungsfähige Arbeitnehmer einzustellen.[785] Andererseits hegt der Arbeitnehmer seinerseits ein Interesse daran, dem Arbeitgeber sensible Daten über seine Gesundheit nicht bekanntgeben zu müssen. Das BAG entschied deshalb bereits im Jahr 1984, dass nicht jede an den Arbeitnehmer gerichtete Frage über seinen Gesundheitszustand zulässig ist, nur weil die Antwort für den Arbeitgeber von Interesse ist; vielmehr richte sich der Umfang des Fragerechts danach, ob ein Zusammenhang zwischen dem Gesundheitserfordernis und der Art der auszuführenden Tätigkeit erforderlich ist.[786] Der Arbeitgeber darf also nur solche Fragen stellen, die für das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses Relevanz entfalten und somit arbeitsplatzbezogen sind.[787] Die Einstellungsuntersuchung dient deshalb der Abklärung, ob der Arbeitnehmer womöglich aufgrund einer Krankheit in der Ausübung einer Tätigkeit eingeschränkt ist oder eine solche gar gänzlich nicht verrichten kann.[788] Um zulässige Aspekte handelt es sich beispielsweise bei der Prüfung auf eine bestimmte Seh- oder Hörfähigkeit oder bei der Fähigkeit, schwere Lasten zu heben.[789]

Die Eignungs- bzw. Einstellungsuntersuchung ist wiederum zu unterscheiden von der arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchung. Während Eignungs- und Einstellungsuntersuchungen gesetzlich nicht geregelt sind,[790] ist die arbeitsmedizinischen Vorsorge durch Verordnung geregelt.[791] Dass es sich beiden genannten Untersuchungen nicht um dasselbe handelt, ergibt sich schon aus den §§ 2 Abs. 1 Nr. 5, 3 Abs. 3 S. 2, 1. Hs. ArbMedVV. Darüber hinaus verfolgen beide Arten der Untersuchung unterschiedliche Zwecke: Ziel der arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchung ist es gemäß § 1 Abs. 1 ArbMedVV, arbeitsbedingte Erkrankungen einschließlich Berufskrankheiten frühzeitig zu erkennen und zu verhüten sowie einen Beitrag zum Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit und zur Fortentwicklung des betrieblichen

785 *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2015, S. 23
786 BAG, Urt. v. 07.06.1984 – 2 AZR 270/83 – NZA 1985, 57, juris Rn. 34.
787 *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2015, S. 24.
788 *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1016).
789 *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2015, S. 31.
790 *Beckschulze*, BB 2014, 1013 (1015).
791 Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) vom 18. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2768), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 23. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3882) geändert worden ist.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Gesundheitsschutzes zu leisten. Es geht also darum, Arbeitsplatz und die Arbeitsbedingungen präventiv zu verbessern,[792] indem Krankheiten beizeiten erkannt werden, die aus der Tätigkeit selbst herrühren.[793] Dagegen geht es bei der Eignungsuntersuchung umgekehrt darum, den Arbeitnehmer auf Beeinträchtigungen zu untersuchen, die eine Ausübung der Tätigkeit verhindern.[794]

b. Untersuchung über die Dienstunfähigkeit

Die ärztliche Untersuchung vor Begründung eines Beamtenverhältnisses nach Maßgabe des § 11 Abs. 2 LBG ist weiterhin von der Untersuchung zu unterscheiden, mittels derer die Dienstunfähigkeit bzw. der Grad der verbleibenden Dienstfähigkeit einer bereits verbeamteten Person evaluiert werden soll.[795] Dabei sind zwei Situationen zu unterscheiden: Zum einen diejenige, in der der Beamte wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt werden soll, § 47 Abs. 1 S. 1 BBG, bzw. will, § 44 Abs. 2 LBG,[796] zum anderen die Reaktivierung eines bereits wegen Dienstunfähigkeit ausgeschiedenen Beamten, § 46 Abs. 7 S. 1 BBG, § 29 Abs. 5 S. 1 BeamtStG. Eine ärztliche Untersuchung zum Zweck der Wiederherstellung der Dienstfähigkeit des Beamten kann auch auf dessen eigenen Wunsch erfolgen, § 46 Abs. 7 S. 2 BBG, § 29 Abs. 5 S. 2 BeamtStG.

Das Verfahren der Dienstunfähigkeit lässt sich unter Ableitung des Gesetzeswortlautes in unterschiedliche Stadien einteilen: Zunächst müssen Zweifel an der Dienstfähigkeit bestehen, § 44 Abs. 6 BBG, § 44 Abs. 1 LBG. Daraufhin kann die zuständige Behörde dem Beamten eine Weisung erteilen, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, § 46

792 *Schmid*, Die Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt unter besonderer Berücksichtigung des Fragerechts des Dienstherrn, 2009, S. 124.
793 *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2015, S. 204.
794 *Aligbe*, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, 2015, S. 204.
795 Siehe zur Dienstunfähigkeit bereits unter Teil 2 Abschn. D Kap. I.4 „Dienstunfähigkeit" sowie in der Einleitung unter Teil 1 Abschn. D „Eingrenzungen des Themas". Eingehend dazu *Baßlsperger*, PersV 2011, 404 (405 ff.).
796 Eine entsprechende Regelung, wonach sich der Beamte auf eigenen Antrag wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzen lassen kann, ist in § 44 BBG nicht mehr vorgesehen; eine solche Regelung war indes noch in § 43 a.F. BBG enthalten, Battis (Hrsg.)/*Hebeler*, § 44 BBG, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Abs. 7 S. 1 BBG, § 29 Abs. 5 S. 1 BeamtStG. Der Beamte ist nach § 29 Abs. 5 S. 1, 2. Hs. BeamtStG, § 44 Abs. 1 LBG dazu verpflichtet, dieser Weisung nachzukommen. Stellt letztlich der Dienstvorgesetzte aufgrund des ärztlichen Gutachtens die Dienstunfähigkeit des Beamten fest, ist ohne Bindung an diese Feststellung über die Versetzung in den Ruhestand zu entscheiden, § 47 Abs. 1 BBG, § 44 Abs. 4, 1. Hs. LBG.

Die Behörde ist befugt, die ärztliche Untersuchung einem Amtsarzt oder einem als Gutachter zugelassenen Arzt zu überlassen, § 48 Abs. 1 BBG, § 47 Abs. 1, 2. Hs. LBG bzw. für unmittelbare Landesbeamte durch die zentrale medizinische Untersuchungsstelle des Landesamtes für Soziales, Jugend und Versorgung, § 47 Abs. 1, 1. Hs. LBG.

(1) Voraussetzung: Zweifel über die Dienst(un)fähigkeit

Die Zweifel über die Dienstfähigkeit sind nach § 44 Abs. 6 BBG, § 44 Abs. 1 LBG das auslösende Ereignis dafür, dass dem Dienstherrn die Möglichkeit an die Hand gegeben ist, den Beamten zu einer ärztlichen Untersuchung zu verpflichten. Losgelöst vom Wortlaut der jeweiligen Vorschriften ist „Zweifel" auf die Dienstfähigkeit sowie die Dienstunfähigkeit des Beamten gleichermaßen bezogen.[797] Sie müssen sich auf konkrete Umstände beziehen und dürfen nicht „aus der Luft gegriffen" sein.[798] Nach Ansicht des BVerwG muss aufgrund hinreichend gewichtiger tatsächlicher Umstände zweifelhaft sein, ob der Beamte wegen seines körperlichen Zustandes oder aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, die Dienstpflichten seines abstrakt-funktionellen Amtes zu erfüllen. Dies sei anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, der betroffene Beamte sei dienstunfähig. Voraussetzung für die Aufforderung sind tatsächliche Feststellungen, die die Dienstunfähigkeit des Beamten als nahe liegend erscheinen lassen.[799]

Darüber hinaus bedarf es aber keiner Gewissheit darüber, ob die Zweifel an der Dienstfähigkeit eines Beamten berechtigt sind, da eine Untersuchung ansonsten hinfällig wäre; auch kann eine Überprüfung

797 *Lopacki*, ZBR 2014, 153 (153).
798 BVerwG, Beschl. v. 17.09.1997 – 2 B 106/97 – juris Rn. 6.
799 BVerwG, Urt. v. 30.05.2013 – 2 C 68/11 – NVwZ 2013, 1619, 1621, juris Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

darüber, ob die Zweifel des Dienstherrn berechtigt sind, keiner verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen, da dies womöglich das Ergebnis der ärztlichen Untersuchung vorwegnehmen könnte.[800] Somit darf die Anordnung der Untersuchung lediglich auf Ermessensfehler und insbesondere Willkür hin überprüft werden.[801]

Die vom BVerwG erforderten konkreten Umstände können beispielsweise mit Fehlzeiten des Beamten begründet werden, sofern sie schlüssig dargelegt werden, da diese auch von Erkrankungen herrühren können, die sich nicht zwangsläufig in einer dauerhaften Dienstunfähigkeit niederschlagen.[802] Beträgt ein krankheitsbedingtes Fernbleiben vom Dienst jedoch bereits mehrere Jahre, sind die Zweifel an der Dienstfähigkeit jedenfalls berechtigt.[803] Sinnvoll erscheint es, den bereits in § 44 Abs. 1 S. 2 BBG, § 26 Abs. 1 S. 2 BeamtStG angelegten Zeitraum als Maßstab für die Zweifel an der Dienstfähigkeit heranzuziehen, wonach als dienstunfähig angesehen werden kann, wer innerhalb von sechs Monaten mindestens drei Monate lang dienstunfähig war und voraussichtlich auch nach einer sich daran anschließenden Frist – die nach dem BeamtStG landesrechtlich zu bestimmen ist – nicht wieder voll dienstfähig sein wird. Diese Frist beträgt gemäß § 44 Abs. 3 LBG sechs Monate ebenso wie nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG.

Auch für den Fall, dass keine (längeren) krankheitsbedingten Fehlzeiten zu verzeichnen sind, können Zweifel an der Dienstfähigkeit auch durch einen augenscheinlich schlechten Gesundheitszustand des Beamten entstehen, wenn dieser den Anschein erweckt, der Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht mehr gewachsen zu sein.[804] Das kann sich

800 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 03.02.2005 – 4 S 2398/04 – NVwZ-RR 2006, 200, 201, juris Rn. 4.

801 BVerwG, Beschl. v. 17.09.1997 – 2 B 106.97 – juris Rn. 7.

802 BVerwG, Urt. v. 30.05.2013 – 2 C 68/11 – BVerwGE 146, 347, 353 f., juris Rn. 27.

803 VGH München, Beschl. v. 09.02.2006 – 3 CS 05.2955 – juris Rn. 25.

804 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 03.02.2005 – 4 S 2398/04 – NVwZ-RR 2006, 200, 201, juris Rn. 3. Eine Auflistung konkreter Beispiele von Indikatoren für begründete Zweifel bei *Lopacki*, ZBR 2014, 153 (153 f.): „Schlaganfall, Krebserkrankung, subtile Verhaltensweisen, Störungen in der Motorik, schwere Verletzungen durch Unfall, Alkohol-; Drogen-; Medikamentenabusus, psychisch-seelische Erkrankung, Verfolgungswahn, massive Störungen im Denken und Fühlen, Anpassungsstörung mit Angst und Depressionen, depressiv gefärbtes Erschöpfungssyndrom mit psychovegetativen Störungen, Burn-out-Syndrom, posttraumatische Belastungsstörung, erhebliche krankheitsbedingte Dienstausfallzeiten."

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

auch unabhängig von der physischen Gesundheit aufgrund eines geminderten Leistungsverhalten auf das sonstige Verhalten des Beamten beziehen, beispielsweise dann, wenn ein Zusammenarbeiten innerhalb des Kollegiums wegen einer psychischen Störung erschwert ist.[805] Darüber hinaus können die Zweifel des Dienstherrn auch dadurch herrühren, dass Umstände, die für sich genommen einen Zweifel noch nicht begründen, kumulativ vorliegen.[806] Auch ein nicht sozialadäquates Verhalten eines Beamten sowie gravierende Probleme in der Kommunikation können grundsätzlich Zweifel an seiner Dienstfähigkeit begründen.[807]

Die Verpflichtung, der Untersuchungsanordnung Folge zu leisten, besteht unabhängig davon, ob der Beamte sich selbst als dienstfähig erachtet.[808]

(2) Rechtmäßigkeitsanforderungen an die Untersuchungsanordnung

Gemäß § 44 Abs. 6 BBG, § 44 Abs. 1 LBG ist der Beamte bei Zweifeln über seine Dienstfähigkeit nach Weisung des Dienstvorgesetzten zur ärztlichen Untersuchung verpflichtet. Daraus folgt eine grundsätzliche Verpflichtung des Beamten, bei der Feststellung seines Gesundheitszustands mitzuwirken; zu dieser Mitwirkungspflicht gehört neben der Untersuchung selbst zusätzlich die Pflicht, die eigene Krankheitsgeschichte und entsprechende dazu bestehende Unterlagen offen zu legen, sofern sie für den begutachtenden Arzt von Bedeutung sind.[809] Diese Mitwirkungsobliegenheit ist bereits Ausfluss der Treuepflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn: Insbesondere im Rahmen der allgemeinen Gehorsamspflicht und insbesondere bei bestehenden Zweifeln an der vollen Dienstfähigkeit kann es gerechtfertigt und zumutbar sein, dass der dienstunfähige Beamte an der für die Durchführung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebes notwendigen Klärung seines eigenen Gesundheitszustandes mitarbeitet.[810] Diese Mitwir-

805 OVG NRW, Beschl. v. 08.02.2008 – 6 B 1930/07 – juris Rn. 7.
806 BVerwG, Beschl. v. 28.05.1984 – 2 B 205.82 – juris Rn. 3.
807 OVG NRW, Beschl. v. 13.12.2012 – 6 B 1323/12 – juris Rn. 5.
808 BVerwG, Urt. v. 23.10.1980 – 2 A 4/78 – ZBR 1981, 220, juris Rn. 23.
809 OVG Magdeburg, Beschl. v. 09.0.6.2009 – 10 L 1/09, juris Rn. 9; ähnlich OVG Bremen, Beschl. v. 03.12.2012 – 2 B 265/11 – juris Rn. 28.
810 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 07.07.2015 – 1 L 1128/15 – juris Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kungspflicht bezieht sich ebenfalls auf eine durch den Beamten vorzunehmende Entbindung bisher behandelnder Ärzte von deren Schweigepflicht.[811]

Da die Untersuchungsanordnung in die grundrechtsbewehrte persönliche Sphäre des Beamten eingreift und dieser darüber hinaus das alleinige Risiko der späteren gerichtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnung trägt, muss sie formellen und materiellen Anforderungen gerecht werden, die sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmen.[812] Es geht also darum, wie die Weisung des Dienstherrn an den Beamten ausgestaltet sein muss.

(a) Formell

Formelle Anforderungen an die ärztliche Untersuchung ergeben sich aus § 47 BBG, § 47 LBG. Zuständig für die Erteilung der ärztlichen Untersuchung an den Beamten ist der Dienstvorgesetzte.[813] Dem Beamten ist vor der Untersuchung ihr Zweck mitzuteilen sowie die Befugnis des Arztes, die Behörde über das Untersuchungsergebnis zu unterrichten, § 48 Abs. 3 BBG, § 47 Abs. 4 S. 1 LBG. Der Beamte erhält eine Kopie der Auskunft, die der Behörde mitgeteilt wurde, und, falls erwünscht, ebenfalls eine Kopie des ärztlichen Gutachtens, § 48 Abs. 3 S. 2 BBG, § 47 Abs. 4 S. 2 LBG. Dieses vollständige ärztliche Gutachten erhält die Behörde nur ausnahmsweise, wenn dies unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich ist, § 48 Abs. 2 S. 1 BBG, § 47 Abs. 2 LBG.

Nach § 109 BBG, § 90 LBG ist dem Beamten Gelegenheit zu geben, sich zu der Untersuchungsanordnung zu äußern und dort auf mögliche formelle oder inhaltliche Fehler aufmerksam zu machen.[814]

811 VGH Baden-Württemberg, 22.07.2014 – 4 S 1209/13 – juris Rn. 29.
812 BVerwG, Beschl. v. 10.04.2014 – 2 B 80/13 – NVwZ 2014, 892, 893, juris Rn. 8; BVerwG, Urt. v. 26.04.2012 – 2 C 17/10 – NVwZ 2012, 1483, 1484, juris Rn. 16.
813 BVerwG, Beschl. v. 10.04.2014 – 2 B 80/13 – NVwZ 2014, 892, 894, juris Rn. 16.
814 BVerwG, Urt. v. 30.05.2013 – 2 C 68/11 – BVerwGE 146, 347, 354, juris Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Schlussendlich muss die Anordnung so formuliert sein, dass sie aus sich heraus verständlich ist.[815] Das heißt, sie muss ihren konkreten Anlass erkennen lassen und dem Beamten eine Grundlage geben, um beurteilen zu können, ob die Zweifel an seiner Dienstfähigkeit oder Dienstunfähigkeit gerechtfertigt sind. Dabei reicht es nach Ansicht des BVerwG nicht aus, wenn die Behörde voraussetze, dass der Beamte wohl wisse, „worum es gehe". Vielmehr muss in der Anordnung verdeutlicht werden, auf welche Umstände sich bezogen wird und welche Vorfälle und Ereignisse zur Begründung der Anordnung herangezogen werden. Dabei müssen relevante Situationen mit Datum bestimmt und betroffene Personen im Arbeitsumfeld des Beamten namentlich genannt werden.

(b) Materiell

Materielle Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Untersuchungsanordnung ist zunächst, dass Zweifel an der Dienstfähigkeit des Beamten bestehen, § 44 Abs. 6 BBG, § 44 Abs. 1 LBG.[816] Weiterhin muss die Anordnung Anforderungen sowohl an den Grund der Untersuchung als auch an Art und Umfang gerecht werden: Sie muss zunächst auf tatsächlichen Feststellungen basieren, aufgrund derer eine Dienstunfähigkeit nahe liegend erscheint, und diese tatsächlichen Feststellungen ebenfalls in der Anordnung erwähnen, um dem Beamten zu ermöglichen, diese Begründung nachvollziehen und überprüfen zu können.[817] Darüber hinaus muss die Behörde selbst Angaben zu Art und Umfang der Untersuchung machen, sie darf dies mithin nicht dem untersuchenden Arzt überlassen.[818] Dies setzt voraus, dass der Dienstherr bereits vor Erlass der Anordnung unter Zuhilfenahme ärztlicher Sachkunde zumindest in Grundrissen einschätzen können muss, inwiefern der körperliche oder psychische Zustand des Beamten Anlass zu Zweifeln an der Dienstfähigkeit gibt und welche ärztlichen Untersuchungen

815 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 26.04.2012 – 2 C 17/10 – NVwZ 2012, 1483, 1485, juris Rn. 20.
816 Sie dazu oben, Teil 2 Abschn. D Kap. I.4 „Dienstunfähigkeit".
817 BVerwG, Beschl. v. 10.04.2014 – 2 B 80/13 – NVwZ 2014, 892, 893, juris Rn. 9.
818 BVerwG, Beschl. v. 10.04.2014 – 2 B 80/13 – NVwZ 2014, 892, 893, juris Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zur Aufklärung dieser Zweifel angebracht sind.[819] Dies erfordert beispielsweise Eingrenzungen auf den körperlich-physischen Gesundheitszustand oder auf psychische Beeinträchtigungen unter Angabe der genauen Defizite.[820] Bei Fehlzeiten wegen Krankheit müssen beispielsweise diese Krankheitszeiten genau dargelegt werden;[821] bei einer geplanten psychiatrischen Untersuchung muss die Anordnung Angaben zu den zu untersuchenden psychischen Beeinträchtigungen enthalten sowie zu den anzuwendenden diagnostischen Tätigkeiten und Verfahren.[822]

Genaue Angaben sind vor allem dann erforderlich, wenn sich die Untersuchung auf psychiatrische Gesichtspunkte bezieht, da Informationen über den Werdegang des Beamten und Fragen über Kindheit, Ausbildung und besondere Krankheiten in größerem Maße in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beamten eingreifen als bei einer ausschließlich medizinischen Untersuchung.[823]

Eine Untersuchungsanordnung kann jedoch in Einzelfällen auch dann hinsichtlich Art und Umfang hinreichend klar bestimmt sein, wenn sich dies aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens ergibt und nicht ausschließlich aus der Anordnung selbst.[824]

Ausnahmsweise können fehlende Angaben zu Zweifeln über die Dienstfähigkeit oder zu Art und Umfang der Untersuchung für die Rechtmäßigkeit der Anordnung unschädlich sein. Nämlich dann, wenn es dem Dienstherrn nicht möglich ist, die durch längere Dienstunfähigkeit des Beamten hervorgerufenen Zweifel an der Dienstfähigkeit zu präzisieren und davon ausgehend Art und Umfang der Untersuchung im Grundzug vorab zu bestimmen, weil der Beamte bei der Sachverhaltsklärung jedenfalls nicht ausreichend mitgewirkt hat.[825] Enthält der Beamte dem Dienstherrn Informationen über seinen Gesundheitszustand vor, ist eine nähere Bestimmung der vorzunehmenden Untersuchung unausführbar. Diese Ausnahme greift aber dann

819 BVerwG, Beschl. v. 10.04.2014 – 2 B 80/13 – NVwZ 2014, 892, 893, juris Rn. 10.
820 BVerwG, Beschl. v. 10.04.2014 – 2 B 80/13 – NVwZ 2014, 892, 894, juris Rn. 21.
821 VG Berlin, Urt. v. 30.04.2015 – 5 K 143.13 – juris Rn. 63.
822 VG Münster, Beschl. v. 20.01.2015 – 5 L 866/14 – juris Rn. 42.
823 BVerwG, Urt. v. 26.04.2012 – 2 C 17/10 – NVwZ 2012, 1483, 1484, juris Rn. 17.
824 VG Berlin, Urt. v. 11.06.2015 – 28 K 16.13 – juris Rn. 37.
825 Auch nachfolgend VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 07.07.2015 – 1 L 1128/15 – juris Rn. 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nicht, wenn der Dienstherr den Beamten im Vorfeld nicht dazu aufgefordert hat, sich zu seinem Gesundheitszustand zu äußern und entsprechende ärztliche Unterlagen vorzulegen.

Grundsätzlich gilt aber, dass ein Mangel in der Begründung der Anordnung nicht nachträglich etwa durch Nachschieben weiterer Gründe geheilt werden kann.[826] Die Behörde kann also ihre Anordnung nicht im späteren Verfahren mit der Begründung rechtfertigen, dass im Zeitpunkt der Anordnung objektiv tatsächliche Umstände vorgelegen hätten, aufgrund derer sie hinreichenden Anlass zum Zweifel an der Dienstfähigkeit des Beamten haben musste; sie kann stattdessen bereits nach Kenntnisnahme des Begründungsmangels eine erneute und hinreichende Anordnung erlassen.[827]

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die mit der Untersuchungsanordnung verbundene Aufforderung an den Beamten, seine ihn in der Vergangenheit behandelnden Ärzte gegenüber dem begutachtenden Arzt von ihrer Schweigepflicht zu befreien.[828] Die Untersuchungsanordnung kann mit der Androhung disziplinarrechtlicher Konsequenzen im Falle eines Nichtwahrnehmens des Untersuchungstermins versehen werden.[829]

3. Die Rolle des Gutachters bei der Feststellung der gesundheitlichen Eignung

a. Der Gutachter als Berater und Sachverständiger

Das BVerwG hat genaue Vorstellungen über die Reichweite der Kompetenzen, die im Rahmen der Feststellung der gesundheitlichen Eignung benötigt werden. So ist es sich im Klaren darüber, dass für die Beurteilung der körperlichen und geistigen Veranlagung des Bewerbers und das Inbezugsetzen dieser Kriterien der späteren beruflichen Anforderungen medizinische Fachkenntnisse notwendig sind, die der

826 BVerwG, Urt. v. 30.05.2013 – 2 C 68/11 – NVwZ 2013, 1619, 1621, juris Rn. 21.
827 BVerwG, Urt. v. 26.04.2012 – 2 C 17/10 – NVwZ 2012, 1483, 1485, juris Rn. 21.
828 VGH Baden-Württemberg, 22.07.2014 – 4 S 1209/13 – juris Rn. 33 unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 26.05.2014 – 2 B 69.12 – NJW 2014, 2971, 2972, juris Rn. 16.
829 *Lopacki*, ZBR 2014, 153 (156).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Dienstherr für gewöhnlich nicht aufweist.[830] So bestimmt auch § 11 Abs. 2 LBG, dass die gesundheitliche Eignung aufgrund eines amtsärztlichen Gutachtens festzustellen ist. Allerdings folge, so das BVerwG, aus dem Erfordernis, die Expertise eines Arztes zurate zu ziehen, nicht auch gleich, dass der Arzt gänzlich über die Eignung des Bewerbers entscheide.[831] Das heißt, dass der Arzt zwar als Sachverständiger die wissenschaftliche Grundlage für das Eignungsurteil legt, ein solches Urteil aber selbst nicht fällt.[832] Dies ist insbesondere wichtig für den Fall der Ablehnung eines Bewerbers aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung, da der Ablehnungsbescheid nicht den Anschein erwecken darf, allein auf einer Entscheidung des begutachtenden Arztes zu beruhen.[833] Die Aufgabe des Gutachters ist es lediglich, medizinische Sachverhalte unparteiisch in den rechtlichen Kontext einzuordnen und die Fragen, die der Dienstherr an ihn richtet, sachverständig zu beantworten.[834] Insofern hängt die Richtigkeit der Aussagen des Gutachters immer auch davon ab, wie gut oder präzise die Fragestellung des Dienstherrn formuliert ist.[835]

Allerdings hat der Dienstherr stets auch sicherzustellen, dass hinsichtlich der Verwertbarkeit des Gutachtens keine Zweifel an Sachkunde oder Unparteilichkeit des Arztes bestehen, seine Stellungnahme auf sachlichen und wahrheitsgemäßen Voraussetzungen fußt und die Fragen des Dienstherrn verständlich und logisch abgehandelt wurden.[836] Der Gutachter wiederum ist verpflichtet, seine medizinischen Kenntnisse immerfort zu aktualisieren, er muss darüber hinaus über vertiefte Kenntnisse und Erfahrungen über denjenigen medizinischen Bereich aufweisen, in den die Begutachtung thematisch fällt.[837] Somit trägt der Arzt – und nicht der Dienstherr als Auftraggeber – stets die Verantwortung für das von ihm erstatte Gutachten.[838] Der Inhalt des Gutach-

830 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 11.
831 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 11.
832 *Rittig*, DÖV 2014, 1054 (1057).
833 *Rittig*, DÖV 2014, 1054 (1057).
834 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 2.
835 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 2.
836 BVerwG, Urt. v. 21.06.2007 – 2 A 6/06 – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35, juris Rn. 23.
837 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 4.
838 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tens hat darum stets objektiv und wahrheitsgemäß zu sein; der Arzt darf weder Vermutungen anstellen noch „wohlwollend" formulieren.[839]

b. Kodex und Schweigepflicht

Die Pflichten eines Arztes und die Regeln seiner Berufsausübung finden sich in den Berufsordnungen der Ärzte, die jeweils landesrechtlich verankert sind.[840] Diese Berufsordnungen enthalten Grundsätze, die für jeden Arzt gelten, unabhängig von der Art und dem Ort der Berufsausübung, und sind folglich auch für die ärztliche Begutachtung verbindlich.[841] So ist in § 8 Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Rheinland-Pfalz die Aufklärungspflicht des Arztes kodifiziert, wonach der Patient stets nach einer im persönlichen Gespräch erfolgten Aufklärung in die Behandlung einzuwilligen hat und in § 9 die Schweigepflicht. Die Schweigepflicht entfällt, wenn sich der zu Untersuchende mit der Weitergabe der Informationen einverstanden erklärt.[842]

Im ersten Teil der Berufsordnung, noch vor der Präambel, findet sich ein Gelöbnis, das für jeden einzelnen Arzt gleichermaßen gilt und wonach jeder Arzt gelobt, sein Leben in den Dienst der Menschlichkeit zu stellen und seinen Beruf mit Gewissenhaftigkeit und Würde auszuüben; die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit ist danach stets das höchste Gebot eines jeden Arztes.

Im Rahmen der Begutachtung des medizinischen Sachverhaltes ist der Arzt allein seinem ärztlichen Gewissen verpflichtet und Weisungen nicht unterworfen; er ist in seiner Beurteilung frei, soweit diese dem aktuellen Stand der Wissenschaft entspricht.[843]

---

839 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 7 f.

840 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 39.

841 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 39.

842 *Baßlsperger*, Forum C unter www.reha-recht.de, Diskussionsbeitrag Nr. 14/2012 (S. 2).

843 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

c. Externe Fachgutachter

Bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung besteht die Möglichkeit, neben dem Amtsarzt einen Facharzt hinzuzuziehen.[844] Fachärztliche Zusatzgutachten sind dann anzuordnen, wenn das amtsärztliche Gutachten einer Ergänzung bedarf bzw. wenn die erforderliche Diagnostik über die Möglichkeiten des Amtsarztes hinausgeht.[845] In der Regel ist aber ein Befundbericht des Facharztes ausreichend, der dann vom Amtsarzt ausgewertet wird.

4. Anforderungen an die Untersuchung

a. Untersuchungsauftrag an den Gutachter

Da letztlich der Dienstherr die Entscheidung darüber fällt, ob ihm der Bewerber gesundheitlich geeignet erscheint, muss er dem Arzt genau vorgeben, worauf dieser sich in der Untersuchung zu konzentrieren hat und welche Aspekte beim Bewerber letztlich zu begutachten sind. Je nachdem, welche Rechtsfolge unter Verwendung des Gutachtens herbeigeführt werden soll, sind unterschiedliche Anforderungen an den Untersuchungsauftrag zu stellen, den der Dienstherr an den Amtsarzt erteilt.[846] Schon im Rahmen der Erteilung dieses Auftrags muss der Dienstherr die Vorgaben der aktuellen Rechtsprechung beachten und seine Formulierung entsprechend anpassen.[847] So hat der Prüfungsmaßstab für den Arzt zu lauten, ob mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aus ärztlicher Sicht damit zu rechnen ist, dass der Bewerber vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze dienstunfähig wird oder häufige Erkrankungen aufweisen wird.[848]

Im Untersuchungsauftrag wird dem Gutachter der Zweck der Untersuchung genannt sowie die entsprechenden Rechtsgrundlagen erfasst; darüber hinaus sind alle bekannten Umstände aufzuführen, die

844 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261, juris Rn. 11.
845 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 11 f.
846 *Baßlsperger*, PersV 2013, 164 (172).
847 *Baßlsperger*, PersR 2014, 37 (38).
848 *Baßlsperger*, PersR 2014, 37 (38).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

für das Erstellen des Gutachtens bedeutungsvoll sind.[849] Im Gutachten darf der jeweilige Arzt nur solche Fragen des Dienstherrn beantworten, die für dessen Entscheidungsfindung über die Eignung des Bewerbers tatsächlich erforderlich sind; somit ist es zum Beispiel grundsätzlich nicht zulässig, nach der konkreten Krankheitsdiagnose zu fragen, weshalb entsprechende Fragen durch generelle Formulierungen wie „chronische Erkrankung" oder „Suchterkrankung" beantwortet werden.[850] Über die gestellten Fragen geht die Stellungnahme durch den Arzt außerdem nicht hinaus; nach der Art und Präzision ihrer Formulierung bestimmt sich weiterhin die Qualität des Gutachtens.[851] Dabei bietet es sich an, Fragen über etwaige gesundheitlich bedingte Leistungseinschränkungen zu stellen, zu gegebenenfalls erforderlichen Therapiemaßnahmen oder zur Dauer einer Erkrankung, wobei es stets von Vorteil für den begutachtenden Arzt ist, im Untersuchungsauftrag Informationen zu Fehlzeiten oder auffälligem Verhalten oder Ähnlichem, soweit gegeben, mitzuteilen.[852]

Üblicherweise lautet der Gutachtenauftrag für die Untersuchung der gesundheitlichen Eignung im Rahmen der Einstellungsuntersuchung folgendermaßen:

> „Ich bitte, eine ärztliche Untersuchung durchzuführen und mitzuteilen, ob der Bewerber (Ange-stellte) nach dem erhobenen Befund den an einen Beamten in der Laufbahn (Bezeichnung der Laufbahn) zu stellenden Anforderungen in geistiger und körperlicher Hinsicht voll genügt."[853]

---

849 Verwaltungsvorschrift des niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung über ärztliche Untersuchungen von Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richtern des Landes im Zusammenhang mit der Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit und zur Feststellung der begrenzten Dienstfähigkeit gemäß § 43 NBG, §§ 26, f. BeamtStG, Nds. MBl. 2015 Nr. 6, S. 186.

850 *Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München*, Amts- und personalärztliche Gutachten, S. 16.

851 *Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München*, Amts- und personalärztliche Gutachten, S. 16.

852 *Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München*, Amts- und personalärztliche Gutachten, 16 f.

853 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 80.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Handelt es sich bei dem Bewerber um einen Schwerbehinderten oder einen einem Schwerbehinderten Gleichgestellten, lautet die Formulierung:

> „Ich bitte, eine ärztliche Untersuchung durchzuführen und mitzuteilen, ob der Bewerber (Ange-stellte) nach dem erhobenen Befund das Mindestmaß körperlicher Eignung für den für ihn in Betracht kommenden Verwendungsbereich (Bezeichnung des Bereichs) besitzt und voraussichtlich noch mindestens fünf Jahre dienstfähig – gerechnet vom Zeitpunkt der Einstellung an – bleibt."[854]

Der Amtsarzt hat allein auf die gestellten Fragen zu antworten, das Stellen einer Diagnose oder eines Leistungsbildes hat nicht zu erfolgen.[855]

b. Aufklärung

Vor der Untersuchung ist der Bewerber auf den Zweck der Untersuchung hinzuweisen sowie auf die Befugnis des Arztes, dem Dienstherrn die Untersuchungsergebnisse zu übermitteln.[856] Weiterhin ist der Gutachter verpflichtet, gegenüber dem zu Untersuchenden eine Krankheits- und Befindlichkeitsaufklärung vorzunehmen; gemeint ist, den Bewerber über seinen Gesundheitszustand, sich möglicherweise ergebende Diagnosen und daraus folgende etwaige Prognosen zu informieren.[857] In Abhängigkeit von der Dringlichkeit der jeweils vorzunehmenden Untersuchung bestimmt sich der Umfang der Aufklärung; geht eine Maßnahme über einen Routineeingriff hinaus, muss die Aufklärung nicht nur Informationen über den Ablauf des Eingriffs enthalten, sondern auch über mögliche Risiken und Komplikationen.[858]

854 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 80.
855 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 80.
856 Nds. MBl. 2015 Nr. 6, S. 186, 188.
857 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 40.
858 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 67 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

c. Einwilligung

Eine Untersuchung darf nur dann erfolgen, wenn der Bewerber in sie eingewilligt hat, und zwar auch dann, wenn der Gutachter der Auffassung ist, dass dem Bewerber seine Weigerung zum Nachteil gereicht; im Falle einer Ablehnung durch den Bewerber darf eine Untersuchung unter keinen Umständen stattfinden oder gar erzwungen werden.[859] Eine rechtsgültige Einwilligung erfordert eine hinreichende Aufklärung unabhängig von der Eingriffsintensität der Untersuchung.[860] Von der Eingriffsintensität ist indes auch abhängig, ob diesbezüglich eine Duldungspflicht besteht, was beispielsweise bei einer Blutentnahme zu bejahen wäre, nicht hingegen bei einem HIV-Test.[861]

Auch für die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses ist das Einverständnis des zu Untersuchenden erforderlich, wobei eine Bestätigung durch Unterschrift bei konkludentem Handeln nicht erforderlich ist, wenn der Bewerber also die Untersuchung über sich ergehen lässt, ohne sich gegenteilig zu äußern.[862]

Lehnt der Bewerber eine entsprechende Untersuchung grundlos ab bzw. entbindet er den Arzt nicht von seiner Schweigepflicht, kann im Rahmen der Beweiswürdigung auf das Fehlen der gesundheitlichen Eignung geschlossen werden.[863]

d. Durchführung der Untersuchung

Allgemein gesprochen muss sich die Untersuchung zunächst auf den aktuellen Gesundheitszustand des Bewerbers beziehen, mithin ob er

859 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 67.

860 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 39.

861 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 7

862 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 85.

863 BVerwG, Urt. v. 21.06.2007 – 2 A 6/06 Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35– juris Rn. 27. Vgl. dazu auch BVerwG, Urt. v. 25.01.2007 – 2 A 3/05 – NVwZ 2007, 960, 961, juris Rn. 34, wonach eine Dienstfähigkeit als nachgewiesen gelten kann, wenn der Beamte durch sein Verhalten die Feststellung seines Gesundheitszustandes bewusst verhindert, bzw. BVerwG, Beschl. v. 19.06.2000 – 1 DB 13/00 – BVerwGE 111, 246, 252, juris Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zum gegebenen Zeitpunkt den Anforderungen für die Einstellung in ein Beamtenverhältnis auf Probe oder auf Lebenszeit in gesundheitlicher Hinsicht genügt, und in einem zweiten Schritt, ob Anhaltspunkte für ein überwiegend wahrscheinliches frühzeitiges Eintreten einer Dienstunfähigkeit bestehen.[864]

Um den Gesundheitszustand des Bewerbers sowie den möglichen Verlauf einer gegebenenfalls bestehenden Krankheit zutreffend einschätzen zu können, ist die Anamnese des Bewerbers sowie die Vorgeschichte einer Erkrankung für den Gutachter eine unabdingbare Information, die bei Nichtmitteilung eine Prognose über die Entwicklung des Gesundheitszustands vehement erschweren bzw. gar unmöglich machen.[865] Deshalb besteht die Möglichkeit, dem zu Begutachtenden vor der Untersuchung den voraussichtlichen Ablauf der Untersuchung mitzuteilen sowie einen Fragebogen über seine Krankengeschichte auszuhändigen, der dann ausgefüllt und unterschrieben zur Untersuchung mitzubringen ist.[866] Am Tag der Untersuchung selbst kann dieser Fragebogen dann ergänzt werden.[867]

Die Begutachtung des Bewerbers gestaltet sich von der Vorgehensweise ähnlich wie eine Krankenbehandlung; Ausgangspunkt ist stets die diagnostische Erkennung bereits existierender Gesundheitsstörungen, wobei der Gutachter bei der Einstellungsuntersuchung die gleichen Methoden anwendet wie bei der Untersuchung eines Kranken, nämlich Anamneseerhebung und körperliche Untersuchung sowie, falls erforderlich, technische Untersuchungsmethoden.[868] Wichtig ist dabei insbesondere, dass die Krankengeschichte so vollständig wie möglich erhoben wird und somit aktuelle sowie frühere Beschwerden gleichermaßen umfasst.[869] Darüber hinaus sollten Angaben zu Sexualfunktionen, Genussmittelkonsum, Medikamenteneinnahme, sozialen

---

864 *Rittig*, DÖV 2014, 1054 (1057) unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 251, juris Rn. 27.

865 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 8.

866 *Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München*, Amts- und personalärztliche Gutachten, S. 21.

867 *Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München*, Amts- und personalärztliche Gutachten, S. 21.

868 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 6.

869 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Verhältnissen, aktueller Lebenslage sowie zur Familienanamnese erfolgen.[870] Die Familienanamnese ist jedoch lediglich insofern erforderlich, als sie für die Vorgeschichte des zu Untersuchenden von Bedeutung ist, beispielswese wenn bestimmte anlagebedingte Krankheiten oder Behinderungen bei dem Bewerber vermutet werden; dazu gehören mitunter Nervenkrankheiten, Allergien, Anfallsleiden, Diabetes mellitus, Tuberkulose, Krebs und Bronchialasthma.[871] Hinsichtlich Alkohol- und Nikotinkonsum werden häufig Angaben durch den zu Begutachtenden gemacht, die das tatsächliche Ausmaß des Konsums herunterspielen oder vermindert darstellen, wohingegen Angaben zu Drogenkonsum dann wahrheitsgemäß getätigt werden, wenn die Frage danach unverfänglich formuliert wird.[872] Von Wichtigkeit sind ebenfalls Informationen über das Freizeitverhalten des Bewerbers, da Angaben über sportliche Betätigung Hinweise darauf geben können, wie hoch die körperliche Belastbarkeit des Bewerbers ist.[873]

Letztlich wird der Bewerber nicht selten auf seine Bildschirmtauglichkeit untersucht, von der die Eignung insbesondere für den gehobenen nichttechnischen Dienst vermehrt abhängig gemacht wird.[874]

In zeitlicher Hinsicht erfolgt die Untersuchung bei Beamten auf Widerruf im Verwaltungsbereich vor Beginn der Ausbildung und bei Lehrern vor Abschluss der Ausbildung; bezüglich anderer Laufbahngruppen wird die Untersuchung vor der Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe durchgeführt.[875]

---

870 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 11.

871 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 8

872 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 9.

873 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 9.

874 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 81.

875 *Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München*, Amts- und personalärztliche Gutachten, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

5. Anforderungen an das Gutachten

a. Formell

Ein ärztliches Gutachten kann nur dann vom Dienstherrn verwertet und Grundlage seiner Entscheidung werden, wenn er seinen Inhalt versteht. Für gewöhnlich hat der Dienstherr keine tiefergehenden medizinischen Kenntnisse, weshalb es für den Gutachter gilt, Fachausdrücke zu vermeiden oder zu erklären sowie die Konsequenzen einer Erkrankung, ihre Auswirkungen auf den Beruf sowie auf die Prognose darzulegen.[876] Das Gutachten muss zudem verständlich formuliert und übersichtlich gestaltet sein.[877]

Grundsätzlich unterliegt zwar der Aufbau eines Gutachtens dem Ermessen des Gutachters, dennoch hat sich dafür im Laufe der Zeit eine gewisse Üblichkeit herausgebildet.[878] Zu Beginn des Gutachtens haben persönliche Angaben des zu Begutachtenden zu erfolgen, mithin der Name und das Geburtsdatum sowie die Art seiner Identifikation, also durch Personalausweis, Reisepass oder „von Person bekannt", darüber hinaus ist das Datum der Untersuchung anzugeben[879] sowie ebenfalls der Auftraggeber.[880] Darauf folgt regelmäßig die im Gutachten zu beantwortende Fragestellung des Dienstherrn, die üblicherweise wörtlich wieder gegeben wird.[881] Gefragt wird im Rahmen dessen beispielsweise, welches Krankheitsbild vorliegt, wie die bisherige Entwicklung und die Intensität der Gesundheitsbeeinträchtigung hinsichtlich der Dienstfähigkeit zu beurteilen ist oder ob bzw. welche Leistungseinschränkungen bestehen, zum Beispiel Arbeiten ohne Zeitdruck, kein Publikumsverkehr, Erforderlichkeit von Unterbrechungen etc.[882] Daran schließen sich medizinische Auszüge aus dem Akteninhalt des Bewerbers an sowie Angaben des Bewerbers über seine Krankheitsge-

876 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 12.
877 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 12.
878 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 9.
879 Nds. MBl. 2015 Nr. 6, S. 186, 187.
880 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 9.
881 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 9.
882 Nds. MBl. 2015 Nr. 6, S. 186, 187.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schichte und Beschwerden.[883] Danach folgen die Untersuchungsbefunde und die gutachterliche Beurteilung und im Anschluss daran die Beantwortung der Fragen des Auftraggebers.[884]

Das Gutachten wird in einem verschlossenen Umschlag unter Kennzeichnung einer vertraulichen Personalsache an den Dienstherrn übermittelt; es ist nicht zulässig, das Gutachten per Fax oder E-Mail zu übersenden.[885]

b. Materiell

Generell werden im Rahmen der Begutachtung der gesundheitlichen Eignung körperliche und physische Veranlagungen des Bewerbers erfasst und dem zugrunde liegende mögliche Folgen auf seine Leistungsfähigkeit festgestellt, indem Leistungsvermögen und körperliche Anforderungen der Tätigkeit miteinander in Bezug gesetzt werden.[886] Dafür muss zunächst eine fundierte medizinische Tatsachenbasis erstellt werden, die einerseits auf allgemeinen medizinischen Erkenntnissen, andererseits auf dem Gesundheitszustand des Bewerbers beruht.[887] Der Grad der Einschränkungen ist, sofern vorhanden, festzustellen und es ist eine Einschätzung darüber zu geben, inwieweit den beruflichen Anforderungen entsprochen werden wird; dies geschieht durch ein Inbezugsetzen vom Gesundheitszustand des Bewerbers mit Erkenntnissen über den voraussichtlichen Krankheitsverlauf.[888] In seiner Diagnose muss der Gutachter dafür darstellen, auf welche Befunde er sich stützt, außerdem muss er darlegen, welche Untersuchungsmethoden er anwendet und welche Hypothesen und Grundlagen er heranzieht.[889] Der Gutachter ist weiterhin nicht befugt, Feststellungen rechtlicher Art zu treffen; in sprachlicher Hinsicht haben seine Formulie-

883 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 9.
884 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 9.
885 Nds. MBl. 2015 Nr. 6, S. 186, 186.
886 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 212, juris Rn. 30.
887 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 249 f., juris Rn. 22.
888 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 249 f., juris Rn. 22.
889 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 250, juris Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rungen stets konkret und nicht spekulativ zu sein, sodass auf Worte wie „möglicherweise“ oder „meines Erachtens“ zu verzichten ist.[890]

Der Gutachter beurteilt den Gesundheitszustand des Bewerbers anhand seines medizinischen Fachwissens, darf seiner Urteilsbildung jedoch ausschließlich medizinisch gesicherte Erkenntnisse zugrunde legen bzw. solche Erkenntnisse, die als medizinisch gesichert gelten; medizinisch kontroverse Standpunkte oder Hypothesen dürfen nicht als Argumentationsgrundlage herangezogen werden bzw. müssen notfalls als solche kenntlich gemacht werden.[891] Medizinische Erkenntnisse gelten unter anderem dann als gesichert, wenn ihr Ergebnis durch anerkannte Methoden reproduzierbar sind, sie wissenschaftliche Allgemeingültigkeit besitzen, sie methodischer Erforschung standhalten und ihr gedanklicher Ausgangspunkt plausibel ist.[892]

Die Ausführlichkeit des Gutachtens bestimmt sich stets nach seiner Funktion: So ist beispielsweise die Formulierung „gravierende psychische Erkrankung“ ausreichend, da der Dienstherr mangels tiefergehender medizinischer oder psychologischer Fachkenntnisse die genaue Diagnose ohnehin nicht stets einzuordnen weiß.[893] Andererseits darf das Gutachten nicht bloß eine Diagnose oder den Vorschlag einer Entscheidung enthalten, sondern muss diejenigen Entscheidungen und ihre Grundlagen zur Kenntnis bringen, die für die Meinungsbildung des Arztes wesentlich sind.[894] Dabei darf der Gutachter allerdings auf solche Informationen verzichten, die für den Dienstherr nicht von Belang sind; er muss sich deshalb an den vom Dienstherrn an ihn gestellten Fragen orientieren.[895] Bei der Beantwortung dieser Fragen muss der Gutachter all diejenigen Informationen, die er durch Untersuchung und Anamnese eingeholt hat, zusammen fügen, die die Feststellung von Gesundheitsstörungen und die daraus folgenden Beeinträch-

890 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 12.
891 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 3.
892 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 3.
893 *Baßlsperger*, PersV 2013, 164 (172).
894 *Baßlsperger*, PersV 2013, 164 (172).
895 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 55. Siehe dazu bereits zuvor in Teil 4 Abschn. C Kap. IV.4.a „Untersuchungsauftrag an den Gutachter“.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tigungen begründen oder krankhafte Ursachenzusammenhänge belegen.[896]

So können beispielsweise Krankmeldungen des Bewerbers relevant werden, die Gesamtdauer seiner Fehlzeiten, die Natur seiner Erkrankung, also ob psychisch, orthopädisch, postoperativ etc., ob er Medikamente einnimmt und welche.[897] Dabei kann jedoch immer nur die Dienstunfähigkeit der Maßstab sein, nicht aber die Krankheit selbst, denn nicht jede Erkrankung hat automatisch auch die Dienstunfähigkeit zur Folge; vielmehr ist stets ein dienstlicher Bezug zu fordern.[898] Die Erkrankung muss die Wahrscheinlichkeit vermuten lassen, dass mit einer Dienstunfähigkeit zu rechnen ist, wobei insbesondere chronische und sich wiederholende Krankheiten relevant werden, da Fehlzeiten allein wenig Aussagekraft entfalten und auch nicht ohne weiteres als Indiz für psychische Krankheitsanfälligkeit herangezogen werden können.[899]

Normalbefunde müssen nur dann erläutert werden, wenn statt seiner aufgrund der Krankheitsgeschichte eher ein negativer Befund zu erwarten wäre, jedoch ein solcher nicht festgestellt werden kann.[900]

Schlussendlich kann der Gutachter die Empfehlung einer Nachuntersuchung aussprechen, bevor der Bewerber endgültig in das Beamtenverhältnis auf Probe bzw. auf Lebenszeit übernommen wird, wenn die gesundheitliche Eignung nicht vollends bejaht werden kann, die Prognose durch eine entsprechende Behandlung jedoch positiv beeinflusst werden kann.[901]

---

896 Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/*Fritze/Fritze*, Allgemeine Grundlagen, S. 11. Anders *Baßlsperger*, PersV 2011, 404 (411), wonach bei der Einstellungsuntersuchung die generelle ärztliche Auskunft darüber ausreiche, ob die gesundheitliche Eignung gegeben sei.

897 *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (19).

898 *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (19).

899 *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (19).

900 *Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit*, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, S. 12.

901 *Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München*, Amts- und personalärztliche Gutachten, S. 9

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

D. Die gesundheitliche Eignung im Rahmen der Ernennung des Beamten

Die vorangegangenen Ergebnisse haben gezeigt, dass ein Bewerber erst dann ernannt wird, wenn er sich als geeignetster Kandidat herausgestellt hat und darüber hinaus seine gesundheitliche Eignung festgestellt wurde, es sei denn, er wurde vorbehaltlich des Bestehens der gesundheitlichen Eignung ernannt.[902]

Nachfolgend wird genauer auf die Ernennung des bereits ausgewählten Bewerbers abgestellt. Dazu werden zunächst die allgemeinen Ernennungsvoraussetzungen umrissen und anschließend wird herausgearbeitet, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn ein Bewerber mit irrtümlich bejahter gesundheitlicher Eignung zum Beamten ernannt wird.

I. Generelle Ernennungsvoraussetzungen

Unter den Oberbegriff der Ernennung werden alle Rechtsakte gefasst, die ein neues Beamtenverhältnis begründen, ein bestehendes umwandeln oder ein statusrechtliches Amt ändern.[903] Die Ernennung eines Beamten ist in § 10 BBG, § 8 BeamtStG geregelt. Nach Abs. 1 S. 1 beider Vorschriften bedarf es einer Ernennung zur Begründung eines Beamtenverhältnisses, mithin für die Einstellung des Beamten, § 2 Abs. 1 BLV. Die Rechtsnatur der Ernennung ist ein Verwaltungsakt gemäß § 35 S. 1 VwVfG, der rechtsgestaltend, formgebunden, bedingungsfeindlich und mitwirkungsbedürftig ist.[904] Die Außenwirkung wird mit der Auswirkung der Maßnahme auf die Rechtssphäre des Beamten begründet und die Mitwirkungsbedürftigkeit in der Zustimmung des

902 BVerwG, Beschl. v. 23.04.2009 – 2 B 79/08 – juris Rn. 1; BVerwG, Urt. v. 19.02.2009 – 2 C 56/07 – NVwZ 2009, 924, 924, juris Rn. 2; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.11.2011 – 5 ME 328/11 – juris Rn. 2; OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.11.2010 – 5 ME 225/10 – juris Rn. 1; OVG NRW, Urt. v. 06.11.2008 – 6 A 750/06 – juris Rn. 41; OVG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008 – 1 Bf 19/08 – RiA 2009, 87, juris Rn. 2; OVG NRW, Beschl. v. 10.01.2008 – 6 A 2144/05 – juris Rn. 6; OVG NRW, Urt. v. 18.07.2007 – 6 A 4680/04 – juris Rn. 12.

903 *Meier*, Beamtenrecht Rheinland-Pfalz, 2005, Rn. 63.

904 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 10 BBG, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Beamten zur Ernennung, ohne die sie schwebend unwirksam wäre; ein konkludentes Einverständnis in Form der Entgegennahme der Ernennungsurkunde ist aber ausreichend.[905]

Bei der Begründung des Beamtenverhältnisses sind einige formelle sowie materielle Rechtmäßigkeitsanforderungen zu erfüllen. So ergibt sich beispielsweise aus § 10 Abs. 2 S. 1 BBG, § 8 Abs. 2 S. 1 BeamtStG dass es für die Wirksamkeit der Ernennung der Aushändigung einer Ernennungsurkunde bedarf, und aus § 12 Abs. 2 S. 1 BBG, § 10 Abs. 2 LBG, dass die Ernennung grundsätzlich mit dem Tag der Aushändigung der Ernennungsurkunde wirksam wird.

In materieller Hinsicht lassen sich sachliche bzw. objektive sowie persönliche bzw. subjektive Einstellungsvoraussetzungen unterscheiden, wobei sich die sachlichen Voraussetzungen auf den Dienstherrn und die persönlichen Voraussetzungen auf den Bewerber beziehen.[906] Je nachdem, welches Beamtenverhältnis begründet werden soll, müssen zudem unterschiedliche Anforderungen erfüllt werden; die jeweiligen Beamtenverhältnisse ergeben sich aus den § 6 BBG und § 4 BBG. Die §§ 7 BBG, 7 BeamtStG regeln die Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, um in ein Beamtenverhältnis berufen werden zu können. § 7 bezieht sich dabei jeweils auf alle Arten von Beamtenverhältnissen, also auf Lebenszeit, auf Probe, auf Widerruf und auch auf die Berufung zum Ehrenbeamten.[907] Die Auswahlkriterien, nach denen die Ernennung vorzunehmen ist, sind in § 9 BBG bzw. § 9 BeamtStG statuiert, die dem Art. 33 Abs. 2 GG entsprechen.[908]

II. Fehlerhafte Ernennung bei gesundheitlicher Nichteignung

Innerhalb jeder Ernennungsentscheidung im Sinne des § 10 Abs. 1 BBG, § 8 Abs. 1 BeamtStG können Fehler auftreten: die Nichtigkeit der Ernennung gemäß § 13 BBG, § 11 BeamtStG, die Erforderlichkeit einer Rücknahme der Ernennung gemäß § 14 BBG, § 12 BeamtStG

905 *Meier*, Beamtenrecht Rheinland-Pfalz, 2005, Rn. 64.
906 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 271, 275.
907 Metzler-Müller u.a./*Zentgraf*, § 7 BeamtStG, S. 95.
908 Siehe dazu oben Teil 3 Abschn. B Kap. II.1 „Bundesrecht".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

oder ein Fall der Nichternennung.[909] Diese Unwirksamkeitsgründe sind den Beamtengesetzen abschließend geregelt, ein Rückgriff auf die §§ 43 ff. VwVfG verbietet sich deshalb.[910]

Im Folgenden werden diese Möglichkeiten der fehlerhaften Ernennung skizziert, um zu beleuchten, wie es sich verhält, wenn ein Bewerber irrtümlich ernannt wird, obwohl er nicht die gewünschte gesundheitliche Eignung aufweist.

1. Nichtigkeit und Nichternennung

§ 13 BBG, § 11 BeamtStG regeln die Nichtigkeit der Ernennung. Aus ihrem Wortlaut lässt sich bezüglich der persönlichen Eignungsvoraussetzungen lediglich etwas über die erforderliche Staatsangehörigkeit des zu Ernennenden entnehmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) BBG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG; § 11 Abs. 3 Nr. 1 lit. a) BeamtStG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG), nichts jedoch hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung.

Ob die so genannte Nichternennung ihrerseits nur ein Fall der nichtigen Ernennung ist, die Nichtigkeitsregelung also den Nichtakt beinhaltet, oder ob es sich dabei um einen eigenständigen Ernennungsfehler handelt, wird nicht einheitlich beurteilt.[911] Um eine Nichternennung handelt es sich dann, wenn der Ernennungsakt entweder gar nicht vorgenommen worden ist oder er hinsichtlich notwendiger Tatbestandsvoraussetzungen mangelhaft ist, beispielsweise im Falle einer fehlerhaften Ernennungsurkunde oder bei Ausspruch der Ernennung durch eine Stelle, die nicht dienstherrenfähig ist.[912] Maßgeblich sind also nur Fehler in den Anforderungen an die formelle

909 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. vor 96, 97.

910 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 231.

911 Für den Nichtakt als Unterfall der Nichtigkeit Metzler-Müller u.a./*Zentgraf*, § 8 BeamtStG, S. 115, *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 232. Dagegen *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 96, die darauf hinweist, dass es sich bei den Fällen der Nichternennung nicht um Formvorschriften, sondern um Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ernennung handelt. Anders Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 13 BBG, Rn. 3, für den eine Unterscheidung zwischen Nichtakt und Nichtigkeit nicht mehr geboten ist, seitdem § 13 BBG Angaben zur Formvorschrift des § 10 Abs. 2 BBG enthält.

912 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 232.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Rechtmäßigkeit der Ernennung. Das heißt, auch eine Ernennung unter Missachtung des Art. 33 Abs. 2 GG ist eine Ernennung und kein Nichtakt. Das gilt erst recht im Fall einer Ernennung trotz fehlender gesundheitlicher Eignung, da schon die gesundheitliche Eignung keine Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes darstellt und somit auch nicht im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 GG zu berücksichtigen ist.[913]

2. Rücknahme

Die Rücknahme ist in § 14 BBG, § 12 BeamtStG geregelt. Relevant ist hier jeweils Abs. 1 Nr. 1, 2. Var.: Die Ernennung ist mit Wirkung auch für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn sie durch arglistige Täuschung herbeigeführt wurde. Bei Abs. 1 handelt es sich um eine obligatorische, bei Abs. 2 um eine fakultative Rücknahme.[914]

Nach der Rechtsprechung des BVerwG handelt es sich um eine arglistige Täuschung, wenn der Ernennende Angaben macht, die unrichtig sind bzw. die er für unrichtig hält, oder wahre Tatsachen verschweigt und dadurch einen Irrtum bei der Ernennungsbehörde bzw. bei einer an der Ernennung maßgeblich beteiligten Person hervorruft, um durch diese Täuschung zu einer für sich günstigen Entscheidung zu gelangen.[915] Der zu Ernennende muss erkennen und in Kauf nehmen, dass die Ernennungsbehörde durch sein Täuschungsverhalten wesentliche Umstände entgegen der Wahrheit als gegeben bzw. nicht gegeben ansieht, die ansonsten der Ernennung entgegen stünden.[916] Somit sind wahrheitswidrige Angaben auch dann als Täuschung anzusehen, wenn der Täuschende gar nicht danach gefragt wurde; das gleiche gilt für wahrheitswidriges Verschweigen von Tatsachen, deren Relevanz für den Befragten erkennbar ist oder die er zumindest in Kauf nimmt.[917]

Zwischen Täuschungshandlung und Ernennung muss ein Kausalzusammenhang bestehen.[918] Ein solcher Ursachenzusammenhang

913 Siehe oben unter Teil 3 Abschn. B Kap. IV „Fazit: Die gesundheitliche Eignung ist keine Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes".
914 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 314.
915 BVerwG, Urt. v. 18.09.1985 – 2 C 30/84 – ZBR 1986, 52, 53, juris Rn. 24.
916 BVerwG, Urt. v. 18.09.1985 – 2 C 30/84 – ZBR 1986, 52, 53, juris Rn. 24.
917 BVerwG, Urt. v. 18.09.1985 – 2 C 30/84 – ZBR 1986, 52, 53, juris Rn. 24.
918 BVerwG, Urt. v. 25.10.1968 – VI C 95.67 – BVerwGE 31, 1, 1 f., juris Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

liegt schon dann vor, wenn die Behörde bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage von der Ernennung abgesehen hätte.[919]

Eine Täuschung kann folglich durch aktives Tun oder auch durch ein Unterlassen hervorgerufen werden, beispielsweise, indem ein Bewerber eine schwere Krankheit verschweigt.[920] In diesem Zusammenhang ist es für den Befragten wichtig zu wissen, welche Informationen er von sich heraus über seinen Gesundheitszustand preisgeben muss. Die Reichweite der Offenbarungspflicht wird nicht einheitlich beurteilt: Nach einer Ansicht wird eine Offenbarungspflicht angenommen, wenn der Bewerber mindestens bewusst in Kauf nimmt, dass die vorenthaltene Information für die Ernennungsentscheidung bedeutsam sein könnte.[921] Nach anderer Ansicht soll eine Offenbarungspflicht nur dann bejaht werden, wenn der Bewerber ersichtlich bemerkt, dass die Ernennungsbehörde von einem anderen Sachverhalt ausgeht, denn den Bewerber treffe noch keine beamtenrechtliche Treuepflicht, da er noch nicht im Beamtenverhältnis stehe.[922] Dies ist allerdings nur insofern richtig, als die gesundheitliche Eignung nur bei der Ersteinstellung relevant würde; auch im Übergang vom Beamten auf Probe zum Beamten auf Lebenszeit ist die gesundheitliche Eignung festzustellen, wie § 11 Abs. 2 Var. 2 LBG belegt. Einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit geht ein solches auf Probe stets vorher, § 6 Abs. 3 Nr. 1 BBG, § 4 Abs. 3 lit. a) BeamtStG, sodass eine beamtenrechtliche Treuepflicht hier bereits besteht.

Dennoch ist die zweitgenannte Ansicht zu befürworten, wenn auch mit anderer Argumentation: Die Bewerber verfügen in der Regel nicht über spezielles medizinisches Wissen und können darum nicht einschätzen, welche Informationen für die Begutachtung und zukunftsgerichtete Einschätzung relevant sind. Eine Offenbarung jeglicher gesundheitlicher Beeinträchtigungen in der Vergangenheit unabhängig vom Zeitpunkt ihres Bestehens und ihrer Dauer dürfte wohl zu

919 BVerwG, Urt. v. 10.09.1999 – 2 C 20/98 – ZBR 2000, 37, 38, juris Rn. 13.

920 *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 110.

921 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 14 BBG, Rn. 6; *Leppek*, Beamtenrecht, 12. Aufl. (2015), Rn. 110; Schütz/Maiwald (Hrsg.)/*Maiwald*, § 12 BeamtStG, Rn. 33. Im Umkehrschluss auch BVerwG, Urt. v. 18.09.1985 – 2 C 30/84 – ZBR 1986, 52, 53, juris Rn. 24, das bei Verschweigen vermutlich oder erkennbar relevanter Tatsachen eine arglistige Täuschung annimmt.

922 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 235 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

weit gehen und wäre unverhältnismäßig. Andererseits wäre die Konsequenz, dass der Bewerber nahezu alles über sich preisgeben müsste, um nicht Gefahr zu laufen, sich eines Tages dem Vorwurf der arglistigen Täuschung ausgesetzt zu sehen. Letztlich ist auch fraglich, wie dem Bewerber nachgewiesen werden soll, dass er die Relevanz einer Information, nach der nicht gefragt wurde, erkannt oder in Kauf genommen haben soll. Vielmehr darf doch der Bewerber annehmen, dass Informationen, nach denen nicht gefragt wird, auch nicht wichtig sind, insbesondere wenn es sich bei dem Arzt um jemanden handelt, der auf dem Gebiet der ärztlichen Begutachtung üblicherweise erfahren ist und somit genau wissen muss, welche Informationen er für die Gesundheitsprognose benötigt. Es darf dem Bewerber nicht zum Nachteil gereichen, wenn der Dienstherr sich eines Gutachters bedient, der seine Fragen nicht sorgsam auszuwählen weiß.

3. Entlassung wegen Nichtbewährung

Gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BeamtStG[923] „kann" ein Beamter auf Probe entlassen werden, wenn er sich in der Probezeit nicht bewährt hat, wobei sich nach § 34 Abs. 1 S. 2 BBG, § 23 Abs. 3 S. 2 BeamtStG die fehlende Bewährung durch mangelnde gesundheitlicher Eignung ergeben kann. Der entscheidenden Behörde wird jedoch entgegen des Wortlauts kein Ermessen hinsichtlich der Entlassung eingeräumt; das Wort „kann" bezieht sich lediglich darauf, dass die Probezeit zu verlängern ist, wenn die Bewährung noch nicht endgültig feststellbar war.[924] Die Konsequenz dessen ist, dass aus der Überzeugung des Dienstherrn von der Nichteignung des Beamten die Verpflichtung folgt, den Beamten zu entlassen.[925] Das Ermessen des Dienstherrn ist insofern reduziert.[926]

Hinsichtlich des Zeitpunktes für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung eines Beamten auf Probe führte das BVerwG aus, dass es

923 Bei der zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmung handelte es sich allerdings noch um den § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG a.F. Die Entlassung von Beamten auf Probe wegen fehlender Bewährung im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG findet sich nunmehr in § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG.

924 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 206, juris Rn. 11.

925 *Wittkowski*, NVwZ 2014, 376 (376).

926 *Baßlsperger*, PersR 2014, 37 (37).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

maßgeblich auf den Ablauf der Probezeit ankomme und nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses der letzten Verwaltungsentscheidung.[927] Danach lässt das BVerwG hier den Grundsatz unangewendet, nach dem im Rahmen einer Anfechtungsklage der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung bzw. im Rahmen einer Verpflichtungsklage der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung entscheidend ist.[928] Diese Entscheidung begründet das BVerwG mit § 9 BBG a.F.,[929] wonach auf Lebenszeit nur verbeamtet werden darf, wer sich in der Probezeit bewährt hat. Entsprechend § 7 Abs. 3 Satz 1 BLV a.F.[930] sei vor Ablauf der Probezeit festzustellen, ob der Beamte sich bewährt habe.

Der Dienstherr darf somit im Rahmen seiner Entscheidung bezüglich der gesundheitlichen Bewährung des Probebeamten nur diejenigen Umstände einfließen lassen, die bereits während der Probezeit bekannt wurden, es sei denn, sie treten danach ein und erlauben Rückschlüsse auf die Bewährung des Beamten in der laufbahnrechtlichen Probezeit.[931] War dem Dienstherrn jedoch eine Erkrankungen des Bewerbers bekannt, bevor er mit ihm ein Beamtenverhältnis auf Probe einging, darf er diese Erkrankung im Rahmen der Verbeamtung auf Lebenszeit nicht mehr zur Verneinung der gesundheitlichen Eignung anführen, es sei denn, es ist zu einer Änderung der Bewertungsgrundlage gekommen.[932] Bleibt die Sachlage unverändert, muss sich der Dienstherr an seiner einstigen Bewertung der gesundheitlichen Eignung festhalten lassen.[933]

Eine Abweichung davon dürfte sich indes im Rahmen einer Verbeamtung auf Widerruf darstellen. Das Beamtenverhältnis auf Widerruf dient der Ableistung eines Vorbereitungsdienstes, § 6 Abs. 4 Nr. 1 BBG, § 4 Abs. 4 lit. a) BeamtStG, § 6 Abs. 1 LBG. Während der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung bei einem Beamten auf Probe nach dem Ablauf der Probezeit liegt, ist beim Be-

927 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 206, juris Rn. 12.
928 *Wittkowski*, NVwZ 2014, 376 (376).
929 Entspricht § 11 Abs. 1 Nr. 1, 2 BBG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 3 BBG n.F., *Wittkowski*, NVwZ 2014, 376 (377).
930 Entspricht § 28 Abs. 2 BLV n.F., *Wittkowski*, NVwZ 2014, 376 (377).
931 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 207, juris Rn. 14 f.
932 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 207, juris Rn. 14 f.
933 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 207, juris Rn. 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

amten auf Widerruf der Zeitpunkt vor der Einstellung.[934] Wurde ein Bewerber in ein Beamtenverhältnis auf Widerruf ernannt, obwohl dem Dienstherrn die gesundheitliche Nichteignung bekannt war, ist dieser dennoch zu einer späteren Ernennung in ein Beamtenverhältnis auf Probe nicht verpflichtet, da umgekehrt nichtmals ein gesundheitlich geeigneter Kandidat einen Anspruch darauf hätte, in das Beamtenverhältnis auf Probe übernommen zu werden.[935]

Nachdrücklich hob das BVerwG weiterhin hervor, dass es auch nachhaltige Zweifel des Dienstherrn an der gesundheitlichen Eignung des Bewerbers künftig nicht mehr ausreichen lasse, um die gesundheitliche Eignung zu verneinen; stattdessen gehe es von nun an zu Lasten des Dienstherrn, wenn krankheitsbedingte vorzeitige dauernde Dienstunfähigkeit bzw. erhebliche und regelmäßige Ausfallzeiten weder festgestellt noch ausgeschlossen werden können.[936]

E. Würdigung der Ergebnisse von Teil 4

I. Änderung der Rechtsprechung

Die im Jahr 2013 erfolgte Änderung der Rechtsprechung des BVerwG ist grundsätzlich zu begrüßen.[937] Dem BVerwG ist in seiner Entscheidung zuzustimmen, dass dem Dienstherrn bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung nun kein Beurteilungsspielraum mehr zusteht. Denn immerhin gebührt ihm bereits ein Ermessen hinsichtlich der ge-

934 *Baßlsperger*, PersR 2014, 37 (40).

935 *Baßlsperger*, PersR 2014, 37 (41); a.A. *Rittig*, DÖV 2014, 1054 (1058), der vermutet, bei der Ernennung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf müssten die gleichen Maßstäbe gelten, da es sich um künftige Beamte auf Probe und auf Lebenszeit handele. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass beispielsweise der juristische Vorbereitungsdienst erforderlich ist, um später auch Berufe außerhalb des öffentlichen Dienstes ergreifen zu können.

936 BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12 – BVerwGE 148, 204, 211 f., juris Rn. 28 f. Siehe zur Verlängerung der Probezeit bei Zweifeln über die gesundheitliche Eignung bereits oben unter Teil 4 Abschn. A Kap. II.4 „Fortführung der Rechtsprechung".

937 Vgl. zur Nichtvereinbarkeit dieser Rechtsprechung im Hinblick auf eine Diskriminierung aus Gründen der Behinderung Teil 5 sowie zu ihrer Würdigung aus verfassungsrechtlicher Sicht Teil 6.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sundheitlichen Anforderungen, die für eine Laufbahn zu bestimmen sind. Hätte er darüber hinaus ein Ermessen für die Beurteilung, ob ein Bewerber diejenigen gesundheitlichen Anforderungen erfüllt, die er zuvor selbst festgelegt hat, wäre die Ausformung und Anwendung der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium vornehmlich in die Hände der Exekutive gelegt, ohne dass die Rechtmäßigkeit dieser Anwendung vollumfänglich gerichtlich überprüft werden könnte. Beizupflichten ist dem BVerwG auch in der Erkenntnis, dass die Entwicklung des Gesundheitszustands eines Bewerbers von den Gerichten wie auch durch den Dienstherrn gleichermaßen beurteilt werden kann und dass es nicht nachzuvollziehen ist, warum die Feststellung der Dienstunfähigkeit voller gerichtlicher Kontrolle unterliegt, die der gesundheitlichen Eignung aber nicht.

Positiv zu bewerten ist darüber hinaus die Änderung des Prognosemaßstab dahingehend, dass nicht wie vormals die gesundheitliche Eignung zu verneinen war, wenn der Eintritt der Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden konnte, sondern dass nunmehr die gesundheitliche Eignung erst dann abzulehnen ist, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist. Denn vor der Änderung dieses Maßstabs konnte die gesundheitliche Eignung bereits dann versagt werden, wenn aufgrund der Gesundheitsverlaufsprognose lediglich nicht auszuschließen war, dass es zu einer frühzeitigen Dienstunfähigkeit kommen würde, auch wenn zum Zeitpunkt der Beurteilung keine Anhaltspunkte dafür bestanden. Der Möglichkeit, dass ein Bewerber zwar gesundheitliche Einschränkungen aufweist oder eine entsprechende Veranlagung hat, nicht aber notwendigerweise aufgrund dessen frühzeitig auch dienstunfähig werden wird, wird durch den neuen Maßstab Rechnung getragen.

Die weitergehende Rechtsprechung, dass die gesundheitliche Eignung auch dann verneint werden kann, wenn absehbar ist, dass der Bewerber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze über Jahre hinweg krankheitsbedingt ausfallen und deshalb eine erheblich geringere Lebensdienstzeit aufweisen wird, ist dazu eine logische Fortführung. Denn letztlich geht es

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dem BVerwG um die Ausgewogenheit zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob ein Beamter frühzeitig in den Ruhestand versetzt wird oder ob zwar die Regelaltersgrenze erreicht wird, der Beamte aber bis zu diesem Zeitpunkt hohe krankheitsbedingte Ausfallzeiten verzeichnet.

Zu befürworten ist außerdem, dass das Unvermögen, die gesundheitliche Eignung eines Beamten nach Ablauf der Probezeit einzuschätzen, zu Lasten des Dienstherrn geht, und dieser nach Ablauf der maximalen Probezeit den Beamten in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zu übernehmen hat, wenn für eine etwaige gesundheitliche Nichteignung keine tatsächlichen Anhaltspunkte bestehen.

Demgegenüber stellt sich aber die Frage, welcher Raum dafür bleibt, die gesundheitliche Eignung überhaupt noch zu verneinen.[938] Denn der Grund für diese Prognose ist nach den Ausführungen des BVerwG das Gleichgewicht von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten, das verloren gehe, wenn dem Dienstherrn die Arbeitskraft des Beamten zu früh abhanden komme.[939] Mittels Prognose müsse darum vorhergesagt werden, ob der Beamtenbewerber voraussichtlich bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze dienstfähig sein werde oder wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden müsse.[940] Dass aber ein Beamter aufgrund von Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt wird, ist nicht sehr wahrscheinlich. Denn die Beamtengesetze sehen zahlreiche Möglichkeiten vor, wie eine Versetzung in den Ruhestand aufgrund von Dienstunfähigkeit vermieden werden kann. In den Ruhestand wird nämlich nicht versetzt, wer anderweitig verwendbar ist, § 44 Abs. 1 S. 3 BBG, § 26 Abs. 1 S. 3 BeamtStG. Eine anderweitige Verwendung ist möglich, wenn ein anderes Amt, auch einer anderen Laufbahn, übertragen werden kann, § 44 Abs. 2 S. 1 BBG, § 26 Abs. 2 S. 1 BeamtStG; nach § 44 Abs. 2 S. 3 BBG, § 26 Abs. 2 S. 2 BeamtStG ist die Übertragung eines anderen Amtes sogar ohne Zustimmung des Beamten zulässig. Gemäß § 44 Abs. 3 BBG, § 26 Abs. 3 BeamtStG kann zur Vermeidung der Versetzung in den Ruhestand einem Beamten unter Beibehaltung des über-

938 Siehe ebenfalls unten in Teil 6 Abschn. D Kap. II.3 „Ziel der sparsamen Haushaltsführung und Verbot der Neuverschuldung".

939 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.

940 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 13 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tragenen Amtes ohne Zustimmung auch eine geringerwertige Tätigkeit übertragen werden, wenn eine anderweitige Verwendung nicht möglich und die Wahrnehmung der neuen Aufgabe unter Berücksichtigung der bisherigen Tätigkeit zumutbar ist. Nach Abs. 4 S. 1 kann der Beamte nach dem Erwerb der Befähigung für eine neue Laufbahn auch ohne Zustimmung in ein Amt dieser Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt versetzt werden, wenn eine dem bisherigen Amt entsprechende Verwendung nicht möglich und die Wahrnehmung der neuen Aufgabe unter Berücksichtigung der bisherigen Tätigkeit zumutbar ist. Außerdem ist der Beamte verpflichtet, an Qualifizierungsmaßnahmen für den Erwerb der Befähigung für eine andere Laufbahn teilzunehmen, sofern er diese nicht aufweist, § 44 Abs. 5 BBG, § 26 Abs. 2 S. 3 BeamtStG. Von der Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ist außerdem abzusehen, wenn der Beamte unter Beibehaltung des übertragenen Amtes die Dienstpflichten noch während mindestens der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit erfüllen kann, § 45 Abs. 1 S. 1 BBG, § 27 Abs. 1 BeamtStG, sog. begrenzte Dienstfähigkeit. Von der begrenzten Dienstfähigkeit soll nach S. 2 abgesehen werden, wenn der Beamtin oder dem Beamten nach § 44 Abs. 2 oder 3 ein anderes Amt oder eine geringerwertige Tätigkeit übertragen werden kann. Die Arbeitszeit ist im Fall der begrenzten Dienstfähigkeit entsprechend zu verkürzen, § 45 Abs. 1 S. 2 BBG, § 27 Abs. 2 S. 1 BeamtStG. Darüber hinaus ist gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 BBG, § 29 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 BeamtStG ein Beamter, der bereits wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt wurde, verpflichtet, einer erneuten Berufung in das Beamtenverhältnis Folge zu leisten, wenn ihm im Dienstbereich ihres früheren Dienstherrn ein Amt ihrer früheren oder einer anderen Laufbahn mit mindestens demselben Endgrundgehalt übertragen werden soll und zu erwarten ist, dass er den gesundheitlichen Anforderungen des neuen Amtes genügen wird.

Stellt man diesem gesetzlichen Schutzmechanismus die Definition der gesundheitlichen Eignung gegenüber, ist mehr als fraglich, welcher Gesundheitszustand überhaupt noch tatsächliche Anhaltspunkte dafür bieten kann, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

auszugehen ist.[941] Nach der soeben erfolgten Darstellung der Vorschriften über die Dienstunfähigkeit ist schon unabhängig vom Gesundheitszustands eines Bewerbers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze *nicht* auszugehen. Es erschließt sich nicht, wie das Eintreten eines Ereignisses als Maßstab dienen kann, wenn dieser Eintritt doch durch das Gesetz schlechterdings vermieden wird.

Darüber hinaus sind die Ausführungen des BVerwG für die Einschätzung der gesundheitlichen Eignung maßgeblichen Prognosezeitraum nicht konsistent. Für diesen Zeitraum stellt das BVerwG vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung durch den Gesetzgeber auf den Zeitraum ab, der sich aus der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung und die Regelaltersgrenze für den Ruhestand ergibt. Inkonsistent sind diese Ausführungen deshalb, weil die jeweiligen Höchstaltersgrenzen in den einzelnen Landesbeamtengesetzen sich erheblich unterscheiden, nämlich vom 40. Lebensjahr in Mecklenburg-Vorpommern (§ 18 a Abs. 1 S. 1), über 42 Jahre in Nordrhein-Westfalen (§ 14 Abs. 3), 45 Jahre in Rheinland-Pfalz (§ 14 Abs. 1 S. 1) und Bayern (§ 23 Abs. 1 S. 1) bis hin zu 47 Jahren in Sachsen (§ 7 Abs. 1 S. 1) und Brandenburg (§ 3 Abs. 2 S. 1, 1. Hs) und gar bis zum 50. Lebensjahr in Niedersachsen (§ 17 Abs. 3 S. 1). Dagegen unterscheiden sich die jeweiligen Vorschriften für die Regelaltersgrenze kaum; sie stellen ohne Berücksichtigung auf die schrittweise Anhebung entweder auf die Vollendung des 65.[942] oder des 67. Lebensjahres[943] ab. In Mecklenburg-Vorpommern muss ein Bewerber somit eine um zehn Jahre länger andauernde Gesundheitsprognose erfüllen als ein Bewerber in Nieder-

941 Ähnlich Battis (Hrsg.)/*Hebeler*, § 34 BBG, Rn. 7, demzufolge die volle gerichtliche Überprüfbarkeit der gesundheitlichen Eignung sowie der geänderte Wahrscheinlichkeitsmaßstab zu ihrer Feststellung dazu führt, dass die gesundheitliche Eignung von Beamten und Probebeamten nunmehr lediglich im Rahmen einer Einzelfallprüfung beurteilt werden kann und nicht generell anhand von bestimmten Krankheitsbildern.

942 § 38 Abs. 1 S. 1 BE LBG; § 50 Abs. 1 HBG; § 39 Abs. 1 S. 2 LBG LSA.

943 § 51 Abs. 1 S. 2 BBG; Art. 62 S. 1 BayBG; § 35 Abs. 1 S. 1 BremBG; § 36 Abs. 1 BW LBG; § 45 Abs. 1 S. 1 LBG BB; § 35 Abs. 1 S. 1 HmbBG; § 35 Abs. 1 S. 2 LBG M-V; § 35 Abs. 2 S. 1 NBG; § 31 Abs. 1 S. 2 LBG NRW; § 37 Abs. 1 S. 1 LBG Rheinland-Pfalz; § 43 Abs. 1 S. 2 SGB; § 46 Abs. 1 SächsBG; § 35 Abs. 1 S. 1 LBG SH; § 25 Abs. 2 S. 1ThürBG.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sachsen, ohne dass dies in der Rechtsprechung des BVerwG und im Maßstab zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung berücksichtigt würde.

Kritikwürdig ist letztlich auch, dass sich das BVerwG zur Bestimmung des tätigkeitsbezogenen Bezugspunkts der Prognose der Begriffe Amt und Laufbahn bedient, ohne ihrem jeweiligen Aussagegehalt Rechnung zu tragen. Denn bei diesen Begriffen handelt es sich nicht um Synonyme, sodass der Umfang der zu prognostizierenden gesundheitlichen Eignung erheblich variiert, je nachdem auf welchen Bezugspunkt abgestellt wird. Richtigerweise sollte dafür konsequent auf das Amt im abstrakt-funktionellen Sinne abgestellt werden.

II. Auswahlverfahren

Dass dem Dienstherrn ein Organisationsermessen hinsichtlich der Art der Stellenbesetzung, der inhaltlichen Ausgestaltung eines Anforderungsprofils sowie in Bezug darauf zugestanden wird, welchen der Kriterien Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung er im Rahmen seines Auswahlermessens das größere Gewicht beimisst, ist nicht zu beanstanden. Denn der Dienstherr kann selbst am besten einschätzen, welcher Eigenschaften es für die zu besetzende Stelle bei dem zukünftigen Beamten bedarf.

Hervorzuheben ist aber das zentrale Ergebnis der Untersuchung des Auswahlverfahrens bzw. der diesem Verfahren vorgelagerten organisatorischen Maßnahmen: Hier konnte festgestellt werden, dass die gesundheitliche Eignung schon allein aufgrund ihrer Stellung im Auswahlprozess kein unter Art. 33 Abs. 2 GG zu subsummierendes Merkmal darstellen kann. Denn bei ihr handelt es sich wie gesehen um eine Mindesteignung; es kommt bei ihr also nicht darauf, ob der gesundheitlich am besten geeignete Bewerber ausgewählt wird. Sie ist zu der eigentlichen Eignungsprüfung nachrangig und fällt schon aus einer prozessualen Betrachtung heraus nicht unter den in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Leistungsgrundsatz. Als ein Kriterium, das nicht von der Eignung im Sinne dieser Verfassungsvorschrift umfasst ist, darf auf die Gesundheit eines Beamtenbewerbers unabhängig von den Anforde-

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rungen an das auszuübende Amt nicht abgestellt werden.[944] Anderseits ist das Auswahlverfahren fehlerhaft, was einen Anspruch des übergangenen Bewerbers auf Wiederholung des Auswahlverfahrens begründen kann.

III. Ärztliche Untersuchung

Die Darstellung der ärztlichen Untersuchung hat gezeigt, dass der Dienstherr auf das Gutachten eines Amtsarztes zurückgreifen muss, um die gesundheitliche Eignung eines Stellenbewerbers zu beurteilen. Der Gutachter selbst darf keine Entscheidung über die Verbeamtung des Bewerbers treffen, sondern dies ist Aufgabe der einstellenden Behörde, in deren Ermessen es darüber hinaus steht, ob und inwiefern sie die ärztliche Stellungnahme in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigt.[945] Das Gutachten fungiert deshalb offiziell lediglich als Entscheidungshilfe.[946] Jedoch geht von Seiten des Amtsarztes die Möglichkeit einer erheblichen Einflussnahme auf den Entscheidungsprozess des Dienstherrn aus, da Letzterer sich das Ergebnis der Untersuchung für seine Entscheidung zu eigen macht.

Das wird dadurch verstärkt, dass für die beamtenrechtliche Eignungsuntersuchung keine allgemeinverbindlichen Vorgaben existieren. Darüber hinaus gibt es kein Kontrollorgan, das dafür Sorge trägt, dass der begutachtende Arzt tatsächlich die notwendige Kompetenz zum Erstellen prognostischer Gutachten beherrscht. Der Arzt unterliegt lediglich der Vorgabe, nach bestem Wissen und Gewissen dem aktuellen Stand der Wissenschaft in Medizin und Recht entsprechend zu handeln. Hinzu kommt, dass der Grund für die Untersuchung und die Konsequenzen ihres Ergebnisses auf die berufliche Entwicklung des Bewerbers einem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Bewerber entgegen steht; letztlich ist auch die Sinnhaftigkeit der Anamnese fraglich, da die Angaben meist nicht überprüft werden, nicht überprüft

944 Siehe zur Frage der gesundheitlichen Eignung als Hilfskriterium beim Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG unter Teil 6 Abschn. B Kap. II.

945 *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 43.

946 Nds. MBl. 2015 Nr. 6, S. 186, 186.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

werden können oder der Amtsarzt sich für Überprüfung als nicht zuständig sieht.[947]

Auch wenn das BVerwG betont, dass nicht der Arzt über die gesundheitliche Eignung entscheide, so stellt doch das ärztliche Gutachten einen fundamentalen Teil dieser Entscheidung dar. Die Art der Feststellung der gesundheitlichen Eignung ist deshalb kritikwürdig, nicht zuletzt weil es sich im Ergebnis bei der Eignungsuntersuchung um eine Maßnahme handelt, für die keinerlei rechtlich verbindliche Standards bestehen und deren Ergebnis allenfalls eine Kontrolle in Form eines Gegengutachtens möglich ist. Dem wird auch nicht dadurch abgeholfen, dass das Gutachten regelmäßig keine Details über den Gesundheitszustand des Bewerbers enthält,[948] sondern sich auf allgemeine Aussagen beschränkt. Der Hinweis darauf, dass ein Bewerber sich freiwillig einer Untersuchung unterziehe und dadurch konkludent sein Einverständnis zur Weitergabe des ärztlichen Gutachtens an den Dienstherrn zum Ausdruck bringe, sowie dass niemand dazu gezwungen werde, ein Beamtenverhältnis zu begründen,[949] gibt Grund zur Verwunderung. Denn aufgrund des Funktionsvorbehalts sind entsprechende Tätigkeiten der Ausübung im Rahmen eines Beamtenverhältnisses vorbehalten und somit auch die korrespondierenden Berufsfelder. Entscheidet sich ein Bewerber gegen die Eignungsuntersuchung, wird ihm die Möglichkeit genommen, seine Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG wahrzunehmen, da bei Verweigerung der Untersuchung bzw. der Weitergabe des Untersuchungsergebnisses der Bewerber so behandelt wird, als sei er gesundheitlich nicht geeignet.[950] Der Bewerber ist also faktisch gezwungen, sich der Untersuchung zu unterziehen, wenn er beruflich in einem Bereich tätig werden möchte, der vom Funktionsvorbehalt umfasst wird. Dies stellt einen deutlichen Konflikt zu der Aussage des Art. 33 Abs. 2 GG dar, dass jeder Bürger Zugang zum öffentlichen Dienst hat und jeder Bewerber darum auch grundsätzlich als gesundheitlich geeignet angesehen werden muss, ohne dass

947 *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 42 f.
948 *Baßlsperger*, PersV 2011, 404 (405).
949 So ernsthaft *Baßlsperger*, PersV 2011, 404 (405).
950 *Baßlsperger*, PersV 2011, 404 (405).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dafür ein gesonderter Beweis erforderlich wäre.[951] Der Nachweis einer negativen Eignungsvoraussetzung – also sozusagen dem Nichtvorliegen der Nichteignung – obliegt nicht dem Bewerber.[952]

951 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 256, demzufolge sich für die Annahme der Nichteignung erst „greifbare Zweifel aufdrängen" müssen, bspw. i.R.d. Probezeit.

952 So im Ergebnis v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 255 mit Bezug auf BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – BVerfGE 108, 282, 310 ff., juris Rn. 65 ff., wonach sich das BVerfG hinsichtlich möglicherweise negativer Eignungsvoraussetzungen für die Geltung des Gesetzesvorbehalts ausgesprochen habe.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 5: Der Behinderungsbegriff und seine Konsequenzen für die gesundheitliche Eignung

Nachdem bereits mehrfach die Relevanz des Behinderungskriteriums deutlich wurde, beschäftigen sich die folgenden Abschnitte damit, den Begriff der Behinderung dezidiert darzustellen und die Konsequenzen, die dieser Begriff auf die Anwendung der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium hat, herauszuarbeiten. Dazu wird zunächst der Behinderungsbegriff im nationalen Sozialversicherungsrecht und im BBG erläutert; anschließend wird der Begriff der Behinderung im internationalen Antidiskriminierungsrecht sowie seine Anwendung auf die gesundheitliche Eignung dargestellt.

A. Begriffliche Grundlegung

I. Behinderung im nationalen Sozialversicherungsrecht

Das BVerwG senkte in der zitierten Entscheidung den Prognosemaßstab zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung für nicht behinderte Menschen dahingehend, dass ein Beamtenbewerber nur dann gesundheitlich nicht geeignet ist, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist. Weiterhin erkannte es für schwerbehinderte Menschen, § 2 Abs. 2 SGB IX, bzw. ihnen Gleichgestellte, § 2 Abs. 3 SGB IX, an, dass von jenen lediglich ein Mindestmaß körperlicher Eignung zu verlangen sei und keine „Volleignung" für die gesamte Laufbahn mit allen dazu gehörigen Ämtern und Dienstposten. Demgegenüber hielt es Modifikationen für solche Bewerber, die weder

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schwerbehindert noch Schwerbehinderten gleichgestellt sind, nicht für erforderlich.[953]

Zur Begründung führte es aus, Abweichungen von diesem Maßstab zugunsten von Personen, die weder schwerbehindert noch schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind, seien verfassungsrechtlich nicht geboten; vielmehr habe der nationale Gesetzgeber Zugangserleichterungen nur für schwerbehinderte Bewerber vorgesehen. Es verweist in diesem Zusammenhang auf § 128 Abs. 1 SGB IX, der seinerseits allein für Schwerbehinderte und Gleichgestellte eine Gestaltung besonderer Vorschriften und Grundsätze zur Förderung von Einstellung und Beschäftigung vorsieht, um einen angemessenen Anteil schwerbehinderter Menschen unter den Beamten und Beamtinnen zu erreichen. Dieser Gesetzgebungsauftrag sei, so das BVerwG, auch entsprechend umgesetzt worden, beispielsweise in § 9 S. 2 BBG, § 5 Abs. 1 BLV.[954]

Die sich daraus ergebende Unterscheidung zwischen schwerbehinderten bzw. diesen gleichgestellten Menschen und solchen mit einer lediglich „einfachen" Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX verstoße nicht gegen das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG:[955]

> „Die Besserstellung knüpft an das sachlich gerechtfertigte Kriterium der höheren Schutzbedürftigkeit dieser Personen an und stellt darauf ab, dass sie infolge ihrer Behinderung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht oder nur schwieriger erlangen können. Es ist daher folgerichtig, gerade diesem Personenkreis besondere Fürsorge im Verfahren der Einstellung in ein Beamtenverhältnis zukommen zu lassen. Die Personengruppen der Schwerbehinderten einerseits und der weniger schwer behinderten Menschen andererseits weisen wesentliche Unterschiede in Bezug auf den Regelungsgegenstand auf, sodass eine Gleichbehandlung aus Rechtsgründen nicht geboten ist. Aus diesem Grunde sehen § 128 Abs. 1 SGB IX sowie die verfahrensbezogene Vorschrift in § 82 Satz 2 SGB IX eine Bevorzugung dieser Personengruppe im Einstellungsverfahren ausdrücklich vor. Entsprechende Privilegierungen für Menschen, die zwar Funktionseinbußen zu erleiden haben, deren Schweregrad aber nicht zur Annahme einer Schwerbehinderung ausreicht und die schwerbehinderten Men-

953 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253 f., juris Rn. 34 ff.

954 BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 – 2 C 12/11 –, BVerwGE 147, 244, 253, Rn. 35.

955 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254 f., juris Rn. 38 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> schen auch nicht gleichgestellt sind, sind auch nicht geboten. Diesem Personenkreis fehlt es an der die Schutzbedürftigkeit begründenden eingeschränkten Vermittlungsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt (vgl. § 2 Abs. 3 SGB IX). Eine Einbeziehung der weniger schwer behinderten Menschen in die Privilegierungen hätte überdies eine Entwertung der für schwerbehinderte Menschen vorgesehenen Erleichterungen zur Folge, weil sie die Erfolgschancen dieser Bewerber im Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Ämter verschlechtern würde."

Im Ergebnis hält das BVerwG also Bewerber mit einer „einfachen" Behinderung nicht für hinreichend schutzwürdig, um ihnen den Genuss eines gesenkten Prognosemaßstabs zuzugestehen. Darüber hinaus befürchtet es, dass die für Schwerbehinderte und Gleichgestellte bestehenden rechtlichen Privilegierungen leer laufen könnten, wenn sämtliche Personen mit Funktionseinbußen minderen Schweregrades sich darauf berufen könnten. Erfülle dagegen ein schwerbehinderter Mensch auch diese herabgesenkten Voraussetzungen nicht, scheide eine Übernahme in das Beamtenverhältnis aus, da es sich in diesem Fall um eine Ungleichbehandlung handele, die auf zwingenden Gründen beruhe.[956] Es liege dann auch kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vor, da dem Bewerber hier aufgrund der Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten fehlten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts – hier wohl auf gleichen Zugang zum öffentlichen Amte – seien.

Weiterhin führt das BVerwG aus, die Unterscheidung von Menschen mit Behinderungen verschiedenen Schweregrades unter entsprechender Anwendung des jeweiligen Prognosemaßstabs und –zeitraums sei mit der RL 2000/78/EG bzw. dem diese Richtlinie umsetzenden AGG vereinbar.[957] Zwar beließ es das BVerwG ausdrücklich offen, ob „einfach" behinderte Menschen vom Begriff der Behinderung nach Art. 1 der RL erfasst würden. Doch, so das BVerwG, falls man dies bejahen wolle, werde durch die Anwendung des allgemeinen Prognosemaßstabs und Prognosezeitraums lediglich eine mittelbare Ungleichbehandlung dieser Personengruppe nach Maßgabe von Art. 1, Art. 2 Abs. 1, 2 lit. b), Art. 3 RL 2000/78/EG bzw. § 7 i.V.m. § 1, § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 3 Abs. 2 AGG hervorgerufen. Die Prognose der gesundheitli-

956 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 37.
957 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 255, juris Rn. 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

chen Eignung knüpfe nicht unmittelbar an die Behinderteneigenschaft an, da für behinderte und nicht behinderte Menschen die gleichen Anforderungen gölten. Der Personenkreis der Menschen mit Behinderungen sei indes einem höheren Risiko ausgesetzt, wegen einer negativen gesundheitlichen Eignungsprognose nicht verbeamtet zu werden. So bestehe die mittelbare Ungleichbehandlung darin, dass sich die Behinderung auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a) RL 2000/78/EG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG auswirke. Zu einer unionsrechtswidrigen Diskriminierung aufgrund der Behinderung komme es dadurch jedoch nicht, da das BVerwG diese Ungleichbehandlung gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. b) Ziffer i) RL 2000/78/EG durch ein angemessenes Ziel sachlich gerechtfertigt sieht und dieses Mittel auch als zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich erachtet.

Dieses angemessene Ziel werde durch das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit des Beamten dargestellt, welches aus dem Zusammenhang zwischen der Dienstleistung der Beamten und den Versorgungsleistungen im Ruhestand folge, da Beamte die lebenslange Versorgung während der aktiven Zeit erdienten. Anhand Art. 6 Abs. 1 S. 2 lit. c) der Richtlinie lasse sich belegen, dass das Unionsrecht das aus dem Zusammenhang von Lebensdienstzeit und lebenslanger Versorgungszeit herrührende Interesse des Dienstherrn an einer adäquaten Dauer der Dienstzeit anerkenne. Die vom BVerwG als Rechtfertigung angeführte Norm erlaubt Ungleichbehandlungen wegen des Alters durch die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand. Die Anwendung der allgemeinen Eignungsprognose auf behinderte Bewerber, die weder schwerbehindert noch Schwerbehinderten gleichgestellt sind, stellt nach Ansicht des BVerwG eine geeignete und erforderliche Maßnahme dar, um eine angemessene Lebensdienstzeit sicherzustellen, die eine lebenslange Versorgung rechtfertigt.

Ein weiteres rechtmäßiges Ziel im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. b) Ziffer i) der RL stelle die Erhaltung einer unabhängigen Beamtenschaft

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dar.[958] Diese Unabhängigkeit werde einerseits dadurch erreicht, dass das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit angelegt sei, wodurch der Beamte vor einer Entlassung geschützt werden solle, und andererseits durch eine amtsangemessene Alimentierung sowie eine lebenslange Versorgung des Beamten und seine Hinterbliebenen.[959]

Anders als das durch Sozialversicherungsbeiträge umlagefinanzierte Rentenversicherungssystem werde die Versorgungslast der pensionierten Beamten aus den der Anstellungskörperschaft zur Verfügung stehenden Steuergeldern getragen; ein angemessenes Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast sei deshalb bei Beamten von besonderem Gewicht.[960] Darum sei die Sicherung einer angemessenen Lebensdienstzeit auch aus fiskalischen Erwägungen geboten, wobei das BVerwG in diesem Zusammenhang auf Art. 6 Abs. 2 der RL verweist, der den Mitgliedstaaten u.a. die Möglichkeit dafür einräumt, dass bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für den Bezug von Altersrente keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führe.

Das Aufstellen einer Eignungsprognose sei als Maßnahme zur Gewährleistung der bestmöglichen Besetzung öffentlicher Ämter zudem verhältnismäßig:[961] Die Anforderung der gesundheitlichen Eignung sei erforderlich, weil andere Maßnahmen das Lebenszeitprinzip beeinträchtigten und daher nicht gleich wirksam im Hinblick auf das angestrebte Ziel seien. Die Angemessenheit der Maßnahme ergebe sich aus den dem Beamten übertragenen Tätigkeiten, die typischerweise hoheitlicher Natur seien und dadurch in ihrer Wahrnehmung besondere Anforderungen an Verlässlichkeit, Stetigkeit und Rechtsstaatlichkeit stellten. Dies lasse es nicht zu, Bewerber einzustellen, deren vorzeitige

958 Auch nachfolgend BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258, juris Rn. 50.

959 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258, juris Rn. 50. Siehe dazu bereits oben, Teil 2 Abschn. C Kap. II „Lebenszeit- und Alimentationsprinzip".

960 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258, juris Rn. 50. Siehe dazu bereits oben Teil 2 Abschn. D Kap. I „Grundzüge der Beamtenbesoldung- und Versorgung".

961 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258 f., juris Rn. 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Dienstunfähigkeit schon gegenwärtig wahrscheinlich sei. Das BVerwG ergänzt zudem, dass jedenfalls bei der Berufsgruppe der Lehrer durch die Ungleichbehandlung schon gar nicht die Berufsausübung selbst betroffen sei, sondern allein deren rechtliche Ausgestaltung.

Das BVerwG unterscheidet mithin verschiedene Schweregrade der Behinderung und zieht dafür die einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Definitionen heran. Auch bezieht es sich auf Normen aus dem sozialversicherungsrechtlichen Schwerbehindertenrecht, konkret §§ 82 S. 2, 128 Abs. 1 SGB IX. Deshalb sollen zunächst die jeweiligen Abstufungen, die das Neunte Sozialgesetzbuch für die Behinderung vorsieht, überblicksartig dargestellt werden.

1. Der Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX

Eine Legaldefinition der Behinderung findet sich in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX. Danach 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 abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Dies gilt ausweislich des Wortlautes auch für Beamte, da explizit von „Menschen" die Rede ist und somit kein Unterschied in Abhängigkeit von der Art des Beschäftigungsverhältnisses gemacht wird. Ausdrücklich unterscheidet dagegen § 128 Abs. 1 SGB IX, wonach die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen unbeschadet der Geltung des Teil 2 des SGB IX 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. Nach § 128 SGB IX sind mithin die §§ 68 ff. SGB IX auf Beamte, Richter und Soldaten anwendbar; durch die Vorschrift sollen schwerbehinderte Beamte, Richter und Soldaten besser in das Berufsleben eingegliedert werden.[962] Die Vorschrift hat zum Ziel, dass ein

962 Kossens/von der Heide/Maaß (Hrsg.)/*Kossens*, § 128 SGB IX, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

angemessener Anteil schwerbehinderter Menschen unter den Beamten vertreten ist.[963]

Der Begriff der Behinderung des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX orientiert sich den Gesetzgebungsmaterialien zufolge am Behinderungsbegriff der Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (engl. International Classification of Functioning, Disability and Health – ICF),[964][965] die im Jahr 2001 von der WHO beschlossen wurde.[966] Die ICF ist die Nachfolgeversion der „Internationalen Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)", die bereits 1980 ins Leben gerufen wurde.[967] Sie ist als bio-psycho-soziales Modell eine Ergänzung zum reinen bio-medizinischen Modell der International Classification of Diseases (ICD).[968] Dabei handelt es sich um ein von der Weltgesundheitsorganisation herausgebrachtes Diagnoseklassifikationssystem, das sich um die Kategorisierung und Diagnostizierung verschiedenster Krankheiten bemüht.[969]

Während die ICD Krankheiten und Gesundheitsprobleme klassifiziert, bezieht sich die ICF auf die „funktionale Gesundheit" eines Menschen und meint damit den Zustand, der sich aus der Interaktion dieses Menschen, seines Gesundheitsproblems im Sinne der ICD und gewisser „Kontextfaktoren" ergibt.[970] Unter Kontextfaktor versteht die ICF den Lebenshintergrund eines Menschen, der sich wiederum in Umweltfaktoren und personenbezogene Faktoren aufteilt, die den Gesundheitszustand sowohl positiv als auch negativ beeinflussen können; gemeint sind damit beispielsweise die persönliche Umwelt, der Arbeitsplatz, Kontakte oder auch gesellschaftliche Strukturen bzw. das

963 Kossens/von der Heide/Maaß (Hrsg.)/*Kossens*, § 128 SGB IX, Rn. 2.
964 Deutsche Version hrsg. v. *Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information*, ICF; im Folgenden lediglich „ICF".
965 BT Drucks. 124/5074, S. 98. Dort noch unter dem Arbeitstitel „ICIDH-2" als Weiterentwicklung der Internationalen Klassifikation "ICIDH-1".
966 *Luthe*, SGb 2009, 569 (570).
967 ICF, 2005, S. 4.
968 Einsehbar unter http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en (Stand: September 2017).
969 *Franke*, Modelle von Gesundheit und Krankheit, 2. Aufl. (2010), S. 59 m.w.N.
970 *Schuntermann*, Suchttherapie 2011, 8 (8).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Geschlecht, der Lebensstil, Bildung oder auch das Alter.[971] Die funktionale Gesundheit eines Menschen definiert die ICF folgendermaßen:

> „Eine Person ist funktional gesund, wenn – vor dem Hintergrund ihrer Kontextfaktoren 1. ihre körperlichen Funktionen (einschließlich des mentalen Bereichs) und Körperstrukturen denen eines gesunden Menschen entsprechen (Konzepte der Körperfunktionen und -strukturen), 2. sie all das tut oder tun kann, was von einem Menschen ohne Gesundheitsproblem (ICD) erwartet wird (Konzept der Aktivitäten), 3. sie ihr Dasein in allen Lebensbereichen, die ihr wichtig sind, in der Weise und dem Umfang entfalten kann, wie es von einem Menschen ohne gesundheitsbedingte Beeinträchtigung der Körperfunktionen oder –strukturen oder der Aktivitäten erwartet wird (Konzept der Partizipation [Teilhabe] an Lebensbereichen).“[972]

Liegt eine negative Wechselbeziehung zwischen Gesundheitsproblem und Kontextfaktor vor, ist die funktionale Gesundheit einer Person beeinträchtigt; eine solche Beeinträchtigung der funktionalen Gesundheit definiert die ICF als Behinderung.[973]

Im Hinblick auf das Beamtenrecht ergäbe sich bei der Anwendung dieser Definition ein merkwürdiges Ergebnis: Wenn eine Behinderung erst dadurch entsteht, dass eine Person wegen der Beeinträchtigung ihrer funktionalen Gesundheit nicht verbeamtet wird, dann wäre die Nicht-Verbeamtung das Ergebnis einer negativen Wechselbeziehung zwischen dem Gesundheitsproblem dieser Person und dem Umweltfaktor „gesundheitliche Eignung“. Durch die Nicht-Verbeamtung würde die Person zu einem behinderten Menschen bzw. würde die Behinderung überhaupt erst entstehen. Es ist demzufolge insofern inkonsequent, wenn § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX einerseits für sich beansprucht, das Begriffsverständnis der ICF von Behinderung zugrunde zu legen, andererseits aber Menschen, die genau danach als behindert gelten, aus dem Schutzbereich des § 128 SGB IX ausgeschlossen werden, weil sie dafür der weiteren Voraussetzung einer Schwerbehinderteneigenschaft gemäß § 2 Abs. 2 SGB IX bedürfen, wonach der Behinderungsbegriff der ICD gerade nicht unterscheidet. Demgegenüber ist aber in Bezug auf die Nichtverbeamtung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung zu bekennen, dass dasselbe staatliche Handeln nicht behindernd

971 ICF, 2005, S. 21 f.
972 ICF, 2005, S. 4.
973 *Schuntermann*, Suchttherapie 2011, 8 (9).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

und gleichzeitig aufgrund dieser Behinderung diskriminierend sein kann; freilich muss zuerst eine Behinderung bestehen, bevor aufgrund ihrer diskriminiert werden kann. Wenn also der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, sich bei der Definition der Behinderung im SGB IX an der ICF orientiert zu haben, so kann damit allenfalls gemeint sein, dass es für das Vorliegen einer Behinderung nicht allein auf den pathologischen Zustand ankommt, sondern darüber hinaus auf eine Störung der gesellschaftlichen Teilhabe.

Die jeweiligen Definitionen leiten die Behinderung aus unterschiedlichen Ansätzen her: Während es bei der ICF auf eine Wechselbeziehung ankommt, ist dies im SGB IX gerade nicht ausschlaggebend; es kommt vielmehr auf eine „lineare Kausalbeziehung" an, die von der Gesundheitsstörung ausgeht und in einer Teilhabebeeinträchtigung mündet, was die Konjunktion „daher" zum Ausdruck bringt.[974] Fernerhin stellt § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX auf eine Abweichung der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder seelischen Gesundheit von dem für das Lebensalter typischen Zustand ab und verlangt in zeitlicher Hinsicht ein Andauern dieser Abweichung von sechs Monaten, wobei „typischer Zustand" sich auf diejenigen Funktionen oder Fähigkeiten bezieht, die „normalerweise vorhanden" sind.[975] Diese genannte Abweichung soll zunächst für sich betrachtet werden, ohne auf umwelt- oder personenbezogene Faktoren zu achten, da solche erst im Rahmen der Teilhabebeeinträchtigung Berücksichtigung finden.[976] Wohl aber soll sich § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX nach der gesetzgeberischen Intention nicht mehr bloß an den tatsächlichen oder angeblichen Defiziten orientieren, sondern vielmehr die Förderung der Teilhabe an verschiedensten Bereichen des Lebens zum Ziel haben.[977]

Die Definition des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX erlaubt eine Unterscheidung zwischen chronisch Kranken und Behinderten, da eine chronische Krankheit nach dem SGB IX erst dann zu einer Behinderung führt, wenn sich durch sie eine Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft konkret ergibt.[978] Allein bei der „Behinderung"

974 *Luthe*, SGb 2009, 569 (570).
975 BT Drucks. 14/5074, S. 98.
976 *Luthe*, SGb 2009, 569 (571 f.)
977 BT Drucks. 14/5074, S. 98.
978 BT Drucks. 14/5074, S. 98; *Luthe*, SGb 2009, 569 (574).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

an sich bleibt es im Rahmen des SGB IX indes nicht: Vielmehr differenziert § 2 SGB IX darüber hinaus zwischen einer drohenden Behinderung (Abs. 1 S. 2), einer Schwerbehinderung (Abs. 2) und einer der Schwerbehinderung gleichgestellten Behinderung (Abs. 3).

2. Drohende Behinderung, § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX

Nach § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX sind Menschen von einer Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist. Von Behinderung lediglich bedrohte Menschen haben ebenfalls Anspruch auf Leistungen nach dem SGB IX, wie § 1 S. 1 SGB IX klarstellt, und was sich ebenfalls aus § 3 SGB IX ergibt, wonach darauf hingewirkt werden soll, eine Behinderung oder chronische Krankheit gar nicht erst entstehen zu lassen. § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX ebnet deshalb den Weg zur frühestmöglichen Ergreifung von Rehabilitationsmaßnahmen.[979] Dennoch soll eine drohende nicht generell mit einer bereits eingetretenen Behinderung gleichgestellt werden, da das SGB IX auch solche Leistungen vorsieht, auf die erst bei einer bereits eingetretenen Behinderung Anspruch besteht.[980]

Im Gegensatz zu Abs. 1 S. 1 erwähnt Abs. 1 S. 2 nicht das Erfordernis einer hohen Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Funktionsbeeinträchtigung, jedoch ist nach einer Ansicht der Wahrscheinlichkeitsmaßstab des S. 1 auch für S. 2 heranzuziehen.[981] Denn sowohl der Gesetzesentwurf des § 1 Abs. 2 Reha-AnglG[982] als auch § 53 Abs. 2 S. 1 SGB XII verlange für eine (unmittelbar) drohende Behinderung eine hohe Wahrscheinlichkeit für ihren Eintritt.[983] Jedoch gibt der Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX für eine so enge Auslegung nichts her. Vielmehr lässt der Gesetzestext eine Auslegung auch dahingehend zu, dass es einer hohen Wahrscheinlichkeit gerade nicht bedarf, da § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX im Gegensatz zu § 53 Abs. 2 S. 1 SGB XII eben nicht auf eine solche abstellt. Hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit der von

979 *Heinz*, Forum D unter www.reha-recht.de, Beitrag 7/2011 (S. 7).
980 BT Drucks. 14/5074, S. 98.
981 *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. (2017), § 2 SGB IX Rn. 50; Kossens/von der Heide/Maaß (Hrsg.)/*Grauthoff*, § 2 SGB IX, Rn. 10.
982 BT Drucks. 7/1237, S. 54.
983 *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. (2017), § 2 SGB IX Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Behinderung bedrohten Menschen sowie des Zwecks des Gesetzes, nämlich die Förderung der Selbstbestimmung und der gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sowie der Vermeidung bzw. dem Entgegenwirken von Benachteiligungen, § 1 S. 1 SGB IX, ist die weniger restriktive Auslegungsmöglichkeit die vorzugswürdige. Es kommt deshalb für die drohende Behinderung nicht auf eine hohe Wahrscheinlichkeit an.

3. Schwerbehinderung, § 2 Abs. 2 SGB IX

Menschen sind gemäß § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 SGB IX haben. Gemäß § 68 Abs. 1 SGB IX gilt für sie bzw. für die den schwerbehinderten Menschen Gleichgestellten der Zweite Teil des Neunten Sozialgesetzbuches, mithin die besonderen Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen, worunter auch § 128 SGB IX zu zählen ist. Nach dem Willen des Gesetzes soll also ein bestimmter Personenkreis Anspruch auf besondere Teilhabeleistungen haben, wenn ihre Behinderung eine besondere Schwere erreicht hat und sie darum besonders schützenswert sind.[984] § 2 Abs. 2 stellt begrifflich auf Abs. 1 S. 1 ab, verlangt aber darüber hinausgehend ein erhebliches Ausmaß der Behinderung.[985]

Die Eigenschaft der Schwerbehinderung bzw. der entsprechende Status sowie der mit ihm einhergehende Anspruch auf Leistungen und Nachteilsausgleiche ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, sobald die Voraussetzungen vorliegen.[986] Das heißt, dass es keiner behördlichen Anerkennung bedarf, um die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 SGB IX zu erfüllen.[987] Will jedoch ein schwerbehinderter Mensch den Schutz für sich in Anspruch nehmen, den das SGB IX für schwerbehinderte Menschen vorsieht, muss er seine Schwerbehinderteneigenschaft

984 *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. (2017), § 2 SGB IX Rn. 51.
985 BT Drucks. 14/5074, S. 98 f.
986 BSG, Urt. v. 07.11.2001 – B 9 SB 3/01 R – BSGE 89, 79, 81 f., juris Rn. 15.
987 BVerwG, Urt. v. 12.07.2012 – 5 C 16/11 – BVerwGE 143, 325, 329 f., juris Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

durch eine behördliche Feststellung nachweisen; die §§ 68 ff. SGB IX gelten also nicht von Amts wegen.[988]

Dieser förmlichen Feststellung der Behinderung bzw. des Grades der Behinderung (GdB) bedarf es für die besonderen Hilfen zur Teilhabe am Arbeitsleben bzw. für die im zweiten Teil des SGB IX enthaltenen Nachteilsausgleiche nur dann nicht, wenn Schwerbehinderung offensichtlich ist.[989] Wann eine Behinderung offensichtlich ist, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien nicht entnehmen. Der Begriff wird demnach wohl wörtlich zu verstehen sein, sodass die Behinderung unübersehbar sein muss. Chronische Krankheiten hingegen manifestieren sich oftmals nicht auf solch offenkundige Weise, sodass für sie regelmäßig eine Feststellung der Schwerbehinderung erforderlich sein wird.

Auf Antrag des behinderten Menschen stellen die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden das Vorliegen einer Behinderung und den Grad der Behinderung fest, § 69 Abs. 1 S. 1 SGB IX. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der behinderte Mensch im Fall einer nicht offenkundigen Behinderung zur Anerkennung einer Schwerbehinderung und für den sich aus ihm ergebenden erweiterten Schutz auf die einschlägige Beurteilung durch den Staat angewiesen ist, da er sich ansonsten nicht wirksam auf die einschlägigen Vorschriften berufen kann.

4. Die der Schwerbehinderung gleichgestellte Behinderung, § 2 Abs. 3 SGB IX

Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können, § 2 Abs. 3 SGB IX.

Die Formulierung „sollen" weist auf ein gebundenes Ermessen der von der Norm adressierten Bundesagentur für Arbeit hin, wodurch die Behörde grundsätzlich den Antrag auf Gleichstellung positiv zu be-

988 BVerwG, Urt. v. 12.07.2012 – 5 C 16/11 – BVerwGE 143, 325, 330, juris Rn. 21.
989 BT Drucks. 14/5074, S. 98.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

scheiden hat, es sei denn, es liegt ein so außergewöhnlicher, atypischer Fall vor, dass eine abweichende Entscheidung zu rechtfertigen ist; Betroffene haben mithin grundsätzlich einen Anspruch auf Gleichstellung.[990]

Im Unterschied zu schwerbehinderten Menschen, die das Gesetz mit einem GdB von 50 schon generell schutzwürdig und förderbedürftig erachtet, stellt § 2 Abs. 3 SGB IX für diejenigen Menschen, die einen GdB zwischen 30 und 50 innehaben, das weitere Kriterium des Arbeitsplatzrisikos auf.[991] Die Norm stellt somit darauf ab, dass, obwohl lediglich eine Behinderung geringeren Grades vorliegt, ein geeigneter Arbeitsplatz nicht gefunden bzw. nicht behalten werden kann.[992] Dies ergibt sich aus der Formulierung „infolge ihrer Behinderung", wonach die Gefährdung oder Störung der Teilhabe am Arbeitsleben maßgeblich aufgrund der Behinderung erfolgen muss.[993] Somit ist für die Gleichstellung zwingende Voraussetzung, dass sich die Behinderung negativ auf das Berufsleben auswirkt; eine Teilhabestörung hinsichtlich des Lebens in der Gesellschaft ist nicht ausreichend.[994]

„Arbeitsplatz" meint solche im Sinne des § 73 SGB IX, also alle Stellen, auf denen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Beamte und Beamtinnen, Richter und Richterinnen sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden. Daraus folgt, dass auch Beamte und Richter grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 3 SGB IX fallen. Das darf vor dem Hintergrund der ersten Alternative des § 2 Abs. 3 SGB IX, nämlich der Gefahr, einen geeigneten Arbeitsplatz gar nicht erst zu finden, auch nicht anders verstanden werden. Immerhin unterscheidet die Vorschrift nicht zwischen Beamten auf Probe bzw. auf Lebenszeit, sodass gerade vor der Schwelle der Verbeamtung auf Lebenszeit eine Schutzwürdigkeit im Sinne der Vorschrift zu bejahen ist. Wohl aber gilt es zu berücksichtigen, dass Zweck der Gleichstellung die Konkurrenzfähigkeit

990 BSG, Urt. v. 01.03.2011 – B 7 AL 6/10 R – BSGE 108, 4, 8, juris Rn. 16.
991 *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. (2017), § 2 SGB IX Rn. 109.
992 VG München, Urt. v. 20.11.2007 – M 5 K 06.2977 – juris Rn. 23.
993 *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. (2017), § 2 SGB IX Rn. 111 unter Verweis auf *Neumann*, Behindertenrecht 2005, 89 (93), demzufolge „infolge" im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch einen Kausalzusammenhang entsprechend der im Sozialrecht herrschenden Theorie der „wesentlichen Bedingung" beschreibe.
994 *Knittel*, SGB IX, 10. Aufl. (2017), § 2 SGB IX Rn. 113.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

des Behinderten mit Nicht-Behinderten auf dem Arbeitsmarkt ist, wobei ein bereits auf Lebenszeit Verbeamteter sich in einer solchen Konkurrenzsituation insoweit wohl nicht wieder finden wird, da nach der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit der Verlust des „Arbeitsplatzes" schon nicht vorgesehen ist.[995] Eine Gleichstellung ist dennoch möglich, allerdings ist eine besondere Begründung erforderlich dafür, dass die Stelle gerade aufgrund der Behinderung besonders gefährdet ist.[996] Dies kann Beamten beispielsweise der Fall sein, wenn er behinderungsbedingt wegen Dienstunfähigkeit in den vorzeitigen Ruhestand versetzt werden soll.[997]

5. Änderungen des SGB IX durch das BTHG

Im Dezember 2016 verabschiedeten Bundestag und Bundesrat das Bundesteilhabegesetz,[998] durch dessen Art. 1 und 2 das SGB IX geändert werden wird, welches in reformierter Form ab dem 01.01.2018 gilt, Art. 26 Abs. 1 BTHG. Ab diesem Zeitpunkt wird das Schwerbehindertenrecht in den §§ 151 ff. SGB IX zu finden sein,[999] ohne dass es jedoch durch das BTHG eine inhaltliche Änderung erführe.[1000] Somit bleibt auch die Pflicht der Arbeitgeber, schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen, in § 154 SGB IX n.F., der dem aktuellen § 71 SGB IX entspricht, unverändert. Insgesamt wird das SGB IX n.F. neu nummeriert, da es nunmehr aus drei anstatt aus zwei Teilen bestehen wird, wobei Teil 1 Regelungen für Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohte Menschen enthält und der 2. Teil das aus dem SGB XII herausgelöste Eingliederungshilferecht regeln wird.[1001] Der 3. Teil verortet schlussendlich das Schwerbehindertenrecht.

995 LSG NRW, Urt. v. 23.05.2002 – L 9 AL 241/01 – juris Rn. 30.
996 BSG, Urt. v. 01.03.2011 – B 7 AL 6/10 R – BSGE 108, 4, 8, juris Rn. 13.
997 LSG NRW, Urt. v. 23.05.2002 – L 9 AL 241/01 – juris.
998 Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I, S. 3234). Im Folgenden abgekürzt durch BTHG.
999 BGBl. I, S. 3208.
1000 *Kleinebrink*, DB 2017, 126 (126).
1001 BT-Drucks. 18/9522, S. 355.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Hintergrund und gesetzgeberische Motivation für das BTHG ist die UN-BRK, die am 26.03.2009 in Deutschland in Kraft trat.[1002] Dementsprechend sollen durch das BTHG – um nur einige der Ziele zu nennen – „dem neuen gesellschaftlichen Verständnis nach einer inklusiven Gesellschaft im Lichte der UN-BRK durch einen neu gefassten Behinderungsbegriff Rechnung getragen" und „die Anreize zur Aufnahme einer Tätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt sollen auf persönlicher und institutioneller Ebene verbessert werden."[1003] Im Lichte der UN-BRK erfolgt zudem eine Neudefinition des sozialversicherungsrechtlichen Behinderungsbegriffs, der gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX n.F. lautet: „Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können." Diese Neufassung entspricht dem Begriffsverständnis der UN-BRK, das wiederum wesentlich auf dem Verständnis der Behinderung der ICF basiert, die, wie gesehen, von einem bio-psycho-sozialen Modell ausgeht und somit Behinderung als „Ergebnis der Wechselwirkung zwischen Gesundheitsproblem und den personen- und umweltbezogenen Kontextfaktoren" versteht.[1004] Erforderlich ist nach dieser Neufassung nicht mehr, dass die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft aufgrund der Funktionseinbußen beeinträchtigt ist, sondern maßgeblich ist nunmehr die besagte Wechselwirkung.

Auch wenn diese Änderung zu begrüßen ist, fragt sich dennoch, was sie an „Mehr" für behinderte Bewerber bringt, die eine Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit anstreben. Denn ganz richtig wird in den Gesetzesmaterialien darauf hingewiesen, dass der bisherige Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX bereits im Sinne der UN-BRK ausgelegt werden kann und die Anpassung darum aus rein deklarato-

1002 Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008 (BGBl. II S. 1419). Siehe ausführlich zur UN-BRK nachfolgend in Teil 5 Abschn. B Kap. III.1 „Verstoß gegen die UN-BRK".

1003 BT-Drucks.18/9522, S. 191.

1004 BT-Drucks.18/9522, S. 191.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rischen Gründen erfolgt.[1005] Auch die Regelungen im Schwerbehindertenrecht bleiben bestehen, eigens der § 2 Abs. 2 SGB IX n.F., der den Schwerbehindertenbegriff bestimmt, bleibt bis auf redaktionelle Anpassungen derselbe. Insofern dürfte anzuzweifeln sein, dass das BVerwG aufgrund der Neufassung des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX n.F. Gründe für die Änderung seiner Rechtsprechung hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung einfach behinderter Bewerber sieht. Durch das BTHG wird die Position einfach behinderter Bewerber um Einstellung ins Beamtenverhältnis auf Lebenszeit somit nicht verbessert. Vor diesem Hintergrund kann die gesetzgeberische Intention der Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen als gescheitert betrachtet werden.

II. Behinderung in § 9 BBG

Gemäß § 9 S. 1 BBG verbietet sich im Rahmen der Auswahl von Beamten ein Abstellen auf das Merkmal der Behinderung. Wie bereits zuvor festgestellt, unterscheidet sich diese Norm hinsichtlich ihres Inhalts nicht von Art. 33 Abs. 2 GG, sondern bildet lediglich die einfachgesetzliche Verankerung der kongruenten Verfassungsnorm.[1006] Das verpönte Merkmal der Behinderung hat gegenüber Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG keine eigenständige Bedeutung.[1007] Aus § 52 Abs. 1 Nr. 2 BBG, der explizit auf den Begriff der Schwerbehinderung des § 2 Abs. 2 SGB IX verweist, könnte im Gegenschluss gefolgert werden, dass § 9 S. 1 BBG nicht auf den sozialversicherungsrechtlichen Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX abstellt, da der Gesetzgeber des BBG angesichts § 52 Abs. 1 Nr. 2 BBG offensichtlich die Systematik des SGB IX zur Kenntnis genommen hat. Andererseits bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Behinderungsbegriff des § 9 S. 1 BBG ein anderer sein sollte als derjenige in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG oder § 1 AGG, deren Be-

1005 BT-Drucks.18/9522, S. 191.
1006 Siehe dazu bereits oben unter Teil 3 Abschn. B Kap. II.1.a „§ 9 S. 1 BBG".
1007 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

griffsverständnis an § 2 Abs. 1 SGB IX anknüpft,[1008] zumal das BBG die Behinderung selbst nicht definiert. Aus der Bezugnahme auf das Schwerbehindertenrecht in § 52 Abs. 1 Nr. 2 BBG kann deshalb nur geschlussfolgert werden, dass § 9 S. 1 BBG sich nicht nur auf schwerbehinderte Menschen bezieht, sondern von einem weiten Behinderungsbegriff ausgeht. Letztlich ist wie soeben gesehen ohnehin der im SGB IX zugrunde gelegte Behinderungsbegriff seinerseits wiederum der UN-BRK entsprechend auszulegen.[1009]

Aus § 9 S. 2 BBG ergibt sich allein die Möglichkeit zur Bevorzugung schwerbehinderter Menschen bis zur Erfüllung der in § 71 Abs. 1 SGB IX normierten Pflichtplatzquote; ein generelles Abweichendürfen vom Leistungsgrundsatz aus Gründen der Schwerbehinderung ergibt sich dadurch nicht.[1010] Umso weniger darf § 9 S. 2 BBG dafür genutzt werden, Menschen aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung den Zugang zum öffentlichen Amt zu versperren, denn das unterliefe die Wertung des S. 1, der es explizit verbietet, auf die Behinderung, und sei es mittelbar, im Rahmen des Auswahlprozesses abzustellen.[1011] S. 2 ist als Ausnahme zu S. 1 eng auszulegen und kann im Ergebnis keine Auswahlentscheidung rechtfertigen, die eine Berufung ins Beamtenverhältnis stets von der gesundheitlichen Eignung abhängig macht.

B. Der Behinderungsbegriff im internationalen Antidiskriminierungsrecht und seine Anwendung auf die gesundheitliche Eignung

Dem Unions- und dem Völkerrecht ist die Schwerbehinderung im Gegensatz zum deutschen Sozialrecht ein Fremdwort. Die Bedeutung der

1008 Für eine Geltung des Behinderungsbegriffs nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 SGB IX auch *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. (2009), § 9 Rn. 27; Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 25.

1009 So im Ergebnis auch *Schlachter*, SR 2017, 111 (114).

1010 Siehe dazu weiter in Teil 6 Abschn. D Kap. I „Einschränkung durch Gesetzesvorbehalt".

1011 Vgl. dazu v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 232, demzufolge der Prognosemaßstab zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung „ausschließlich" Menschen mit einer Behinderung nachteilig treffen kann.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Behinderung in jenen Rechtskreisen und ihre Relevanz für das nationale Recht sowie für die Anwendung der gesundheitlichen Eignung als Auswahlkriterium ist der Kern der nachfolgenden Ausführungen.

I. Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Beamtenrecht

Die Bundesrepublik Deutschland ist als Mitgliedstaat der Europäischen Union durch die Übertragung hoheitlicher Gewalt auf die Europäische Union an deren Rechtsetzung und Rechtsprechung gebunden: Die innerstaatliche Geltung dieses Rechts und die Grenzen dieser Geltung sind auf den Rechtsanwendungsbefehl zurückzuführen, der im Zustimmungsgesetz zu den EU-Verträgen enthalten ist und auf Art. 23 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG basiert.[1012]

Im Unionsrecht sind keine gesonderten Regelungen darüber enthalten, wie der nationale Gesetzgeber die Beschäftigungsverhältnisse in der Verwaltung auszugestalten hat; es schlägt sich also nicht direkt auf das deutsche Beamtenrecht nieder.[1013] Allerdings wirkt das Unionsrecht indirekt auf das deutsche Beamtenrecht ein, da nach europäischer Rechtsprechung der primärrechtliche Arbeitnehmerbegriff weit auszulegen ist.[1014] Dieser wird zunehmend auch zur Auslegung des in den Richtlinien enthaltenen Arbeitnehmerbegriffs herangezogen, und zwar insbesondere im Antidiskriminierungsrecht. In der Rechtssache *Lawrie-Blum* verwies der EuGH darauf, dass der Arbeitnehmerbegriff anhand objektiver Kriterien zu definieren sei, die das Arbeitsverhältnis hinsichtlich der Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichneten.[1015] Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses bestehe mithin darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringe, für die er als

1012 *Schöbener*, JA 2011, 885 (888); BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 – BVerfGE 123, 267, 398 f., juris Rn. 333 ff.

1013 *Wolff*, ZBR 2014, 1 (1).

1014 *Wolff*, ZBR 2014, 1 (1 f.); EuGH, Urt. v. 03.07.1986 – C-66/85, Rs. Lawrie-Blum – NVwZ 1987, 41, juris Rn. 16.

1015 EuGH, Urt. v. 03.07.1986 – C-66/85, Rs. Lawrie-Blum – NVwZ 1987, 41, juris Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Gegenleistung eine Vergütung erhalte.[1016] Somit zählen Beamte in unionsrechtlicher Hinsicht als Arbeitnehmer und fallen infolgedessen unter den Schutzbereich der die Arbeitnehmer betreffenden Richtlinien.[1017]

Ein weiteres Einfallstor des Unionsrechts in das nationale Beamtenrecht bilden die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote: Die gesetzliche Ausgestaltung der Beamtenverhältnisse und somit auch der Regelung des Zugangs zum öffentlichen Amt stellen hoheitliches mitgliedstaatliches Handeln dar und müssen den Anforderungen des Unionsrechts genügen.[1018] Letztlich sind Beamte wie alle Menschen Träger von Grundrechten und können sich folglich auch auf diese berufen; infrage kommen insoweit insbesondere die Vorschriften der GRC sowie gegebenenfalls der EMRK.[1019]

Darüber hinaus nimmt das Unionsrecht aufgrund seines Anwendungsvorranges gegenüber dem nationalen Recht auf das Beamtenrecht Einfluss, obgleich dieser Anwendungsvorrang weder im nationalen noch im Unionsrecht eindeutig kodifiziert ist.[1020] Jedoch ist es allgemein anerkannt, dass sich das Unionsrecht gegen entgegenstehendes nationales Recht durchsetzt, unabhängig davon, ob es sich um Primär- oder Sekundärrecht handelt.[1021] So führt der EuGH aus, das Gemeinschaftsrecht als autonome Rechtsquelle müsse nationalen Vorschriften unabhängig von ihrer Rechtsnatur vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden solle.[1022] Ein Anwendungsvorrang ergebe sich ferner aus Art. 288 UAbs. 2 AEUV,[1023] wonach Verordnungen in den Mitgliedstaaten verbindlich

1016 EuGH, Urt. v. 03.07.1986 – C-66/85, Rs. Lawrie-Blum – NVwZ 1987, 41, juris Rn. 17.
1017 *Demmke/Haritz*, ZEuS 2004, 625 (634 f.).
1018 *Wolff*, ZBR 2014, 1 (2).
1019 *Wolff*, ZBR 2014, 1 (2).
1020 *Schöbener*, JA 2011, 885 (887).
1021 *Schöbener*, JA 2011, 885 (886).
1022 EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64, Rs. Costa/E.N.E.L. – NJW 1964, 2371, 2372, juris (S. 1270). Siehe zum Begriff „autonom" unten, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.a „Die Entwicklung des Behinderungsbegriffs in der Rechtsprechung des EuGH".
1023 Seinerzeit Art. 189 EWG-Vertrag bzw. Art. 249 EGV.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

und unmittelbar gelten, was bedeutungslos sei, wenn sie durch nationale Gesetzgebung unwirksam gemacht werden könne.[1024]

Das BVerfG legt ebenfalls dar, das Unionsrecht entfalte nur dann seine Wirkung, wenn es entgegenstehendem nationalem Recht vorgehe:[1025]

> „Das Recht der Europäischen Union kann sich nur wirksam entfalten, wenn es entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht verdrängt. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt zwar nicht dazu, dass entgegenstehendes nationales Recht nichtig wäre. […] Im Anwendungsbereich des Unionsrechts dagegen ist entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht grundsätzlich unanwendbar. […] Der Anwendungsvorrang entspricht auch der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG, wonach Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen werden können […]. Art. 23 Abs. 1 GG erlaubt mit der Übertragung von Hoheitsrechten – soweit vertraglich vorgesehen und gefordert – zugleich deren unmittelbare Ausübung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Er enthält somit ein Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen, dem der unionsrechtliche Anwendungsvorrang entspricht."

Infolgedessen muss das deutsche Beamtenrecht dem Auslegungsmaßstab des Unionsrechts ebenfalls genügen, sodass auch hier nicht gegen Diskriminierungsverbote verstoßen werden darf.[1026]

Hinzu kommt, dass die Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat unmittelbar an die Richtlinien gebunden ist, Art. 288 UAbs. 3 AEUV. Somit ist der Dienstherr direkt der Wirkung der Richtlinien unterworfen, denn es ist unerheblich, ob der Staat in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger oder Arbeitgeber handelt.[1027] Zwar ergibt sich aus Art. 288 UAbs. 3 AEUV, dass Richtlinien grundsätzlich erst dann Wirkung entfalten, wenn sie vom Mitgliedstaat in nationales Recht umgesetzt worden sind. Dass sich ein Bürger in bestimmten Fällen unmittelbar auf eine Richtlinie berufen kann, ist jedoch mittlerweile anerkannt.[1028] Das ist beispielsweise dann gegeben, wenn die zur Umset-

1024 EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64, Rs. Costa/E.N.E.L. – NJW 1964, 2371, 2372, juris (S. 1270).

1025 BVerfG, Urt. v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286, 301, juris Rn. 53.

1026 *Wolff*, ZBR 2014, 1 (5).

1027 EuGH, Urt. v. 26.02.1986 – 152/84, Rs. Marshall I – NJW 1986, 2178, 2180, juris Rn. 49.

1028 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Ruffert*, Art. 288 AEUV, Rn. 49 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zung der Richtlinie gegebene Frist abgelaufen ist, ohne dass eine Umsetzung bereits stattgefunden hätte,[1029] bzw. wenn die Umsetzung auf unzutreffende Weise erfolgt ist.[1030] Darüber hinaus wirkt sich eine Richtlinie auch dann unmittelbar aus, wenn sie zwar hinreichend umgesetzt wurde, das nationale Umsetzungsgesetz aber unionswidrig ausgelegt wird.[1031] Eine unmittelbare Anwendung setzt zusätzlich in allen Fällen voraus, dass die fragliche Bestimmung inhaltlich und bedingt und hinreichend genau formuliert ist.[1032] Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn eine Vorschrift ohne Vorbehalte oder Bedingungen angewendet werden kann und keine weiteren Maßnahmen staatlicher oder unionaler Stellen erforderlich sind[1033] sowie wenn sie „klare, vollständige, genaue und unbedingte Verpflichtungen enthalten"[1034] bzw. wenn es möglich ist, sich direkt auf sie zu berufen und sie als solche von jedem Gericht angewendet werden können.[1035]

Die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung von Richtlinien ergibt sich allerdings nicht in privaten Rechtsverhältnissen,[1036] sodass es nach geltender Rechtsprechung eine horizontale unmittelbare Wirkung von Richtlinien nicht gibt.[1037] Eine mögliche unmittelbare, vertikale Wirkung von Richtlinien ist somit auf das Verhältnis zwischen Bürger und säumigem Staat beschränkt.[1038] Ist ein solcher Fall vertikaler Direktwirkung gegeben, sind alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften zur Anwendung der jeweiligen Bestimmung verpflichtet, da es ansonsten einen Widerspruch bedeuten würde, wenn ein Bürger sich zwar vor

1029 EuGH, Urt. v. 19.01.1982 – C-8/81, Rs. Becker – NJW 1982, 499, 500, juris Rn. 24.
1030 EuGH, Urt. v. 26.02.1986 – 152/84, Rs. Marshall I – NJW 1986, 2178, 2180, juris Rn. 46.
1031 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Ruffert*, Art. 288 AEUV, Rn. 52.
1032 EuGH, Urt. v. 19.01.1982 – C-8/81, Rs. Becker – NJW 1982, 499, 500, juris Rn. 25; EuGH, Urt. v. 14.07.1994 – C-91/92, Rs. Faccini Dori – NJW 1994, 1473, 2474 juris Rn. 19 ff.
1033 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Ruffert*, Art. 288 AEUV, Rn. 54 m.w.N.
1034 EuGH, Urt. v. 15.12.1983 – C-5/83, Rs. Rienks – juris Rn. 8.
1035 EuGH, Urt. v. 22.05.1980 – C-131/79, Rs. Santillo – juris Rn. 13.
1036 EuGH, Urt. v. 11.06.1987 – C-14/86, Rs. Pretore di Salò – juris Rn. 19.
1037 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Ruffert*, Art. 288 AEUV, Rn. 57.
1038 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18.03.2010 – L 30 AL 34/07 – juris Rn. 38; LAG Düsseldorf, Urt. v. 07.11.2005 – 14 Sa 370/05 – juris Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Gericht auf eine Vorschrift gegen ein Verhalten der Verwaltung berufen könnte, die Verwaltung aber andererseits nicht die Pflicht zur Einhaltung dieser Vorschrift obläge.[1039] In der Konsequenz muss die Verwaltung diejenigen Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet lassen, die mit einer unmittelbar wirkenden Richtlinie unvereinbar sind.[1040]

Durch das zwischen dem Dienstherrn und dem Beamten bestehende vertikale öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis wirken die Richtlinien im Ergebnis direkt auf das Beamtenverhältnis ein; der Herleitung einer horizontalen Wirkung von Richtlinien wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis[1041] bedarf es deshalb nicht. Der Beamte kann sich also direkt auf die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen berufen, sofern der Mitgliedstaat diese nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig umgesetzt hat; die Verwaltung darf entgegenstehendes nationales Recht nicht anwenden. Der Einfluss des Unionsrechts auf das Beamtenrecht ergibt sich letztlich auch dadurch, dass die RL 2000/78/EG umsetzenden AGG ebenfalls auf Beamte anzuwenden ist.[1042]

II. Der Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Beamtenrecht

Völkerrechtliche und insbesondere menschenrechtliche Verträge werden von Staaten miteinander mit dem Ergebnis beschlossen, dass Rechte für diejenigen Menschen begründet werden, die in den vertragsschließenden Staaten leben.[1043] Die Beeinflussung des nationalen Rechts durch völkerrechtliche Vorschriften beschrieb das BVerfG sehr anschaulich in seinem Görgülü-Beschluss aus dem Jahr 2004,[1044] in

1039 EuGH, Urt. v. 22.06.1989 – C-103/88, Rs. Fratelli Costanzo – NVwZ 1990, 946, 650, juris Rn. 31.

1040 EuGH, Urt. v. 22.06.1989 – C-103/88, Rs. Fratelli Costanzo – NVwZ 1990, 946, 650, juris Rn. 33.

1041 Vgl. *Absenger/Priebe*, PersR 2013, 36 (37).

1042 Vgl. Dazu unten in Teil 5 Abschn. B Kap. III.3 "Nichtvereinbarkeit mit § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG".

1043 Deutsches Rotes Kreuz e.V. (Hrsg.), Inklusion und Exklusion/*Rosenow*, Konsequenzen aus der UN-BRK: Aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis, S. 30.

1044 BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307-332.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

welchem es maßgeblich über das Verhältnis innerstaatlichen Rechts zur EMRK zu entscheiden hatte. Innerhalb dieser Entscheidung führte es aus:

> „Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle sind völkerrechtliche Verträge. Die Konvention überlässt es den Vertragsparteien, in welcher Weise sie ihrer Pflicht zur Beachtung der Vertragsvorschriften genügen […] Der Bundesgesetzgeber hat den genannten Übereinkommen jeweils mit förmlichem Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt […]. Damit hat er sie in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – im Range eines Bundesgesetzes […]. Diese Rangzuweisung führt dazu, dass deutsche Gerichte die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben."[1045]

Ohne Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG ist Völkervertragsrecht somit nicht unmittelbar als geltendes innerstaatliches Recht anzusehen.[1046]

Inwiefern das deutsche Beamtenrecht durch das Völkerrecht beeinflusst werden kann, stellte auch das BVerwG insbesondere in seiner Entscheidung zum Beamtenstreik dar, in der es speziell um den Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention[1047] auf das Beamtenverhältnis ging und um die Frage, ob sich ein Beamter auf das in Art. 11 EMRK verbürgte Recht auf Koalitionsfreiheit und damit auf ein Streikrecht berufen können:

> „Daher muss die Bundesrepublik Deutschland sicherstellen, dass ihre Rechtsordnung in der Gesamtheit nach Möglichkeit mit der Konvention übereinstimmt. Diese dient als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt. Die Verwaltung und insbesondere die Gerichte sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Befugnisse

1045 BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 317, juris Rn. 31 f.

1046 BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 318, juris Rn. 34.

1047 Im Folgenden abgekürzt durch „EMRK". Siehe zur Vereinbarkeit der Verwendung des Kriteriums der gesundheitlichen Eignung mit der EMRK in Teil 5 Abschn. B Kap. III 4.a.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> das gesamte innerstaatliche Recht in Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention auszulegen (Gebot der konventionskonformen Auslegung). hat […]."[1048]

Im Ergebnis also gilt ein ratifizierter völkerrechtlicher Vertrag einerseits als Bundesgesetz, andererseits sind bereits bestehende Bundesgesetze einschließlich der Verfassung soweit möglich den völkerrechtlichen Verträgen konform auszulegen. Die Rechtsprechung, die gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist, hat also ratifiziertes Völkerrecht als geltendes nationales Recht bei seiner Entscheidungsfindung zu beachten.

Wie völkerrechtliche Normen auszulegen sind, bestimmt sich nach internationalen Vorgaben und namentlich nach dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge;[1049] das Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht ist demgegenüber vom jeweiligen Rechtssystem des ratifizierenden Staates abhängig.[1050] Es leuchtet ein, wenn ratifiziertes Völkerrecht in Deutschland auf dem Rang eines einfachen Gesetzes gilt, wo doch das förmliche Zustimmungsgesetz ebenfalls einfachgesetzlich ausgestaltet ist;[1051] dementsprechend sind beispielsweise die EMRK und die UN-BRK einfaches Gesetzesrecht, weshalb sie keinen unmittelbaren Prüfungsmaßstab für ranghöheres Verfassungsrecht bilden.[1052] Allerdings entschied das BVerfG, dass die Gewährleistungen völkerrechtlicher Konventionen die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes beeinflussen; sowohl der Konventionstext als auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte[1053] dienten als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes – dies freilich nur, soweit grundgesetzlicher Grundrechtsschutz dadurch nicht eingeschränkt oder gemindert wird .[1054] Dies hat zur Folge, dass ein völker-

1048 BVerwG, Urt. v. 27.02.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117, 132 f., juris Rn. 53.
1049 Vom 23. Mai 1969, on der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 3. August 1985 (BGBl. II S. 926).
1050 *Rosenow*, ASR 2015, 93 (94) m.w.N.
1051 *Schlachter*, SR 2017, 111 (114).
1052 *Rosenow*, ASR 2015, 93 (94).
1053 Im Folgenden abgekürzt durch EGMR.
1054 BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 317, juris Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rechtliches Abkommen die Wertungen des Grundgesetzes konkretisiert und einfachgesetzliches Recht derart ausgelegt werden muss, dass es sowohl mit dem Grundgesetz selbst als auch mit dem Abkommen vereinbar ist.[1055]

Somit wirken völkerrechtliche Abkommen als Auslegungsmaßstab auch für die Art. 33 Abs. 2 und 5 GG in das Recht des öffentlichen Dienstes ein.[1056] Hinsichtlich formellem Bundesbeamtenrecht steht ratifiziertes Völkerrecht auf derselben Hierarchie und ist auch hier bei der Auslegung zu beachten, soweit dies methodisch zulässig ist; gegenüber dem Beamtenrecht der Länder hingegen sind die Vorschriften beispielsweise der EMRK oder der UN-BRK gemäß Art. 31 GG vorrangig.[1057]

Aber auch über die Verpflichtung zur Beachtung ratifizierter völkerrechtlicher Vorschriften aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung als formelles Gesetzesrecht und als Auslegungsmaßstab hinaus ist der deutsche Staat gehalten, sein Handeln im Einklang mit Völkerrechtskonventionen auszurichten. Denn aus der Verfassung selbst geht der Wille zu völkerrechtsfreundlichem Handeln hervor.[1058] Dazu führt das BVerfG aus, das Grundgesetz habe die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf internationale Zusammenarbeit und auf die europäische Integration festgelegt, wie Art. 24 bzw. 23 GG erkennen ließen.[1059] Nach Maßgabe des Art. 25 S. 2 GG habe das Völkerrecht Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht und sei das Völkervertragsrecht durch Art. 59 Abs. 2 GG in das System der Gewaltenteilung eingeordnet worden.[1060] In diesem Zusammenhang ist aber stets das Prinzip der Volkssouveränität zu beachten, wie es in Art. 20 Abs. 2 GG normiert ist.[1061] Die vorangegangenen Ausführungen gelten für alle völ-

1055 *Rosenow*, ASR 2015, 93 (94).
1056 *Werres*, DÖV 2011, 873 (874).
1057 *Werres*, DÖV 2011, 873 (874).
1058 *Bleckmann*, DÖV 1979, 309 (312).
1059 BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 317 f., juris Rn. 33.
1060 BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 317 f., juris Rn. 33.
1061 *Bleckmann*, DÖV 1979, 309 (313).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kerrechtlichen Verträge, also für die EMRK und die UN-BRK gleichermaßen.[1062]

Unter Umständen ist eine unmittelbare Anwendung völkerrechtlicher Abkommen möglich,[1063] mit dem Ergebnis, dass sich aus dem Völkerrecht für einen Bürger unmittelbare Ansprüche ergeben können.[1064] Voraussetzung ist dafür, dass die Bestimmung alle Eigenschaften aufweist, die ein deutsches Gesetz haben muss, um einen Einzelnen berechtigen oder verpflichten zu können, und dass sie so hinreichend bestimmt ist, dass es keiner weiteren normativen Ausfüllung bedarf.[1065] Mit anderen Worten muss eine Norm „self-executing" sein, um subjektive Rechte gegen den Staat und seine Institutionen zu begründen.[1066] Das heißt, in einem solchen Fall bedürfte es keines nationalen Ausführungsaktes zur Anerkennung oder Konkretisierung der jeweiligen völkerrechtlichen Vorschrift.[1067]

Gegen eine unmittelbare Anwendung von Bestimmungen völkerrechtlicher Abkommen spricht jedoch, dass diese schon aufgrund des jeweiligen Ratifikationsgesetzes geltendes nationales Recht darstellen, was sich auf alle in ihnen enthaltenen Bestimmungen bezieht, weshalb sich eine Unterscheidung in „self-executing" und „non-self-executing" erübrigt.[1068] Insofern kann für die EMRK oder die UN-BRK nichts anderes gelten als für jedes weitere einfache Gesetz auch; ihnen liegt derselbe Rechtsanwendungsbefehl zugrunde.[1069] Darüber hinaus ist die Voraussetzung, ob die direkt anzuwendende Norm hinsichtlich Wortlaut und Zweck hinreichend bestimmt ist, ihrerseits wiederum selbst auslegungsbedürftig.[1070] Da soziale Rechte regelmäßig sehr abstrakt formuliert sind, um in den verschiedenen Rechtssystemen ihren Ge-

1062 *Rosenow*, ASR 2015, 93 (94). Bzgl. der UN-BRK explizit BSG, Urt. v. 06.03.2012 – B 1 KR 10/11 R – BSGE 110, 194, 199, juris Rn. 20.
1063 *Tolmein*, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, S. 6
1064 *Schlachter*, SR 2017, 111 (113).
1065 BSG, Urt. v. 06.03.2012 – B 1 KR 10/11 R – BSGE 110, 194, 200, juris Rn. 24.
1066 *Tolmein*, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, S. 6.
1067 *Tolmein*, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, S. 6
1068 *Rosenow*, ASR 2015, 93 (95).
1069 *Rosenow*, ASR 2015, 93 (96).
1070 *Schlachter*, SR 2017, 111 (113).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

brauch zu erleichtern, wird ihre unmittelbare Anwendbarkeit mehrheitlich verneint.[1071]

Davon abgesehen entsteht eine Bindung der Mitgliedstaaten an völkerrechtliche Abkommen dadurch, dass die EU sie ratifiziert. Bei der UN-BRK beispielsweise handelt es sich um das erste Abkommen über Menschenrechte, das nicht nur von der Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten ratifiziert wurde, sondern auch eigens von der Europäischen Union.[1072] Das hat zur Folge, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung von Richtlinien die UN-BRK zu beachten hat.[1073] Gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV[1074] verpflichtet sich die EU, der EMRK beizutreten. Sobald es zu diesem Beitritt kommt, unterfallen alle Rechtshandlungen der Mitgliedstaaten sowie der Unionsorgane dem Maßstab der EMRK und gleichzeitig der Kontrolle des EGMR.[1075] Dann würden die Grundrechte der Menschenrechtskonvention als Mindestforderung der GRC nicht nur durch die Rechtsprechung des EuGH gewährt, sondern könnten direkt vor dem EGMR durchgesetzt werden.[1076] Aufgrund des ablehnenden Gutachtens des EuGH zum Beitrittsvertrags ist allerdings in absehbarer Zeit mit einem Beitritt nicht zu rechnen.[1077]

In Zusammenfassung wird das deutsche Beamtenrecht durch völkerrechtliche Abkommen dadurch beeinflusst, dass diese nach ihrer

1071 *Schlachter*, SR 2017, 111 (113)

1072 *Tolmein*, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, S. 9; Beschluss des Rates vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft (2010/48/EG), ABl. 2010, L 23, S. 35.

1073 *Tolmein*, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, S. 9.

1074 Vertrag über die Europäische Union. Geändert durch Beitrittsvertrag vom 24. Juni 1994 (BGBl. 1994 II S. 2022), Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 (BGBl. 1998 II S. 387), Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001 (BGBl. 2001 II S. 1667), Beitrittsvertrag vom 16. April 2003 (BGBl. 2003 II S. 1408), Beitrittsvertrag vom 25. April 2005 (BGBl. 2006 II S. 1146), Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (BGBl. 2008 II S. 1038) berichtigt durch das Berichtigungsprotokoll vom 27. November 2009 (BGBl. 2010 II S. 151).

1075 *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. (2016), Rn. 717.

1076 *Schlachter*, EuR 2016, 478 (482).

1077 *Schlachter*, EuR 2016, 478 (483) mit Bezug auf EuGH, Gutachten 2/13 vom 18.12.2014, Rn. 164.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Ratifikation als formelles Gesetzesrecht gelten, für die Auslegung der Verfassung heranzuziehen sind und die Bundesrepublik Deutschland zu völkerrechtsfreundlichem Handeln verpflichtet ist. Darüber hinaus entsteht eine Einwirkung völkerrechtlicher Abkommen über das Unionsrecht, indem die EU diese Abkommen teils selbst ratifiziert hat, die Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat und somit auch in ihrem Auftreten als Dienstherr darüber direkt an sie gebunden ist[1078] und Beamte sich aufgrund ihrer vertikalen Wirkung unmittelbar auf sie berufen können. Letztlich legt der EuGH die Richtlinien am Maßstab völkerrechtlicher Abkommen aus,[1079] sodass über die in Vorabentscheidungsverfahren erfolgende Interpretation, die für mitgliedstaatliche Gerichte bindend ist,[1080] eine Bindung an völkerrechtliche Abkommen entsteht.

III. Verstoß gegen unions- und völkerrechtliche Vorschriften

Nach der Vorstellung der möglichen Einflussnahme unions- und völkerrechtliche Vorschriften auf das Beamtenrecht und damit ihrer Geltung im Rahmen des Beamtenverhältnisses soll nachfolgend untersucht werden, ob und inwiefern die Rechtsprechung, wonach der Dienstherr im Rahmen einer Stellenbesetzung auf die gesundheitliche Eignung abstellen darf, gegen diese besagten Vorschriften verstößt, bzw. ob und inwiefern die Anwendung internationalen Diskriminierungsrechts auf das Merkmal der gesundheitlichen Eignung zur Konsequenz hat, dass die derzeitige Verbeamtungspraxis eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung aufgrund der Behinderung darstellt.

Da die EU ebenso wie die Bundesrepublik Deutschland die UN-BRK ratifiziert hat und der EuGH diese Normen im Rahmen der Auslegung von Sekundärrecht zugrunde legt, ist zunächst auf die Frage

1078 EuGH, Urt. v. 26.02.1986 – 152/84, Rs. Marshall I – NJW 1986, 2178, 2180, juris Rn. 49.

1079 Vgl. bspw. zur UN-BRK EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553-559; zur GRC EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-539/15 – NZA 2017, 109-111; zur GRC sowie zur EMRK EuGH, Urt. v. 06.10.2016 – C-218/15.

1080 ErfK/*Wißmann*, Art. 267 AEUV, Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einzugehen, ob durch die gesundheitlichen Anforderungen an einen Bewerber im Rahmen der Stellenbesetzung gegen Vorschriften der UN-BRK verstoßen wird. Im Anschluss stellt sich dieselbe Frage für die Richtlinie 2000/78/EG. Zwar handelt es sich bei dem die Richtlinie 2000/78/EG umsetzenden AGG nicht um Unions-, sondern um nationales Recht. Dennoch soll in diesem Kontext der Untersuchung der Vereinbarkeit der Rechtslage mit Unionsrecht die Prüfung entsprechenden nationalen Rechts gegenüber gestellt werden, um etwaige Abweichungen zu den Vorgaben der RL 2000/78/EG herauszuarbeiten.

1. Verstoß gegen die UN-BRK

Die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) wurde am 13.12.2006 zusammen mit ihrem Fakultativprotokoll von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet[1081] und von der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 21.12.2008 ratifiziert.[1082] Die UN-BRK gilt nach der Ratifikation gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG als einfaches Bundesrecht,[1083] wobei die Präambel keine Rechtsverbindlichkeit entfaltet.[1084]

a. Behinderungsbegriff der UN-BRK

Nach Art. 1 Abs. 1 UN-BRK ist es der Zweck der Konvention, „den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern." Damit bestrebt die Konvention, die ausgehend vom sogenannten medizinischen Modell mit Behinderungen in Verbindung gebrachte Vorstellung eines menschlichen Defizits zu überwinden, wonach eine Behinderung mit etwas Fehler-, Mangel- oder Krankhaftem konnotiert wird.[1085] Diesem im gesellschaftlichen Denken noch immer verankerten medizinischen Modell will die Kon-

1081 *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, S. 1.
1082 BGBl. 2008 II S. 1419, BT-Drucks. 16/10808.
1083 *Fuhlrott/Wesemann*, ArbRAktuell 2014, 307 (308).
1084 *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, S. 5.
1085 *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

vention das Verlangen nach gesellschaftlicher Wertschätzung von Menschen mit Behinderungen gegenüber stellen, auf ihre Normalität im gesellschaftlichen Gefüge hinweisen und die Wichtigkeit menschlicher Diversität unterstreichen.[1086]

Zu den Menschen mit Behinderungen zählen gemäß Art. 1 Abs. 2 UN-BRK Menschen,

> „die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können."

Mithin knüpft der Behinderungsbegriff der UN-BRK im Wesentlichen an die Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe an, nicht jedoch ohne eine gewisse Langfristigkeit der Beeinträchtigungen zu verlangen – wann eine solche vorliegt, beantwortet die Konvention indes nicht.[1087] Nach dem Wortlaut der Vorschrift bezieht sich die Langfristigkeit auf die gesundheitliche Beeinträchtigung. Jedoch ergibt sich durch eine gewisse Dauer dieser Beeinträchtigung nicht automatisch auch eine Hinderung der Teilhabe an der Gesellschaft, wie das Beispiel einer Allergie belegt, die zweifelsohne Beeinträchtigungen von langer Dauer hervorrufen kann.[1088] Daher ist für das Vorliegen einer Behinderung nach der UN-BRK nicht ausschlaggebend, wie lange die Einschränkung dauert, sondern maßgeblich ist die Dauer der Teilhabehinderung, die ihrerseits aus der gesundheitlichen Einschränkung resultiert.[1089]

Die Konvention selbst gibt in ihrer Präambel unter l. e) Anhaltspunkte für die Interpretation des Behinderungsbegriffs, indem sie auf die Erkenntnis der vertragsschließenden Staaten hinweist, „dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern."

1086 *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, S. 4.
1087 *Fuhlrott/Wesemann*, ArbRAktuell 2014, 307 (308).
1088 *Selzer*, EuZA 2014, 95 (100).
1089 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 1 RL 2000/78/EG, Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Dem Behinderungsbegriff UN-BRK liegt folglich ein dynamisches Konzept zugrunde, durch dessen Offenheit auch ein in der Zukunft möglicherweise verändertes Verständnis von Behinderung berücksichtigt werden kann.[1090] Diese Offenheit rührte aus der Befürchtung, ein starrer, legaldefinierter Behinderungsbegriff könne bestimmte Formen der Behinderung aus dem Schutzbereich ausklammern.[1091] Somit ist auch der Ausprägungsgrad und die Form einer Behinderung im Rahmen der Konvention irrelevant;[1092] eingeschlossen in das Begriffsverständnis sind infolgedessen auch diejenigen Menschen, deren Einschränkung der gesellschaftlichen Teilhabe auf einer chronischen Krankheit beruht.[1093]

Nach Art. 2 Abs. 3 S. 1 UN-BRK bedeutet Diskriminierung aufgrund von Behinderung „jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird." Wenn die UN-BRK gemäß ihrer Präambel unter lit. e) eine derartige Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung auch in einstellungsbedingten Barrieren erkennt, dann stellt das Anforderungskriterium der gesundheitlichen Eignung eine solche einstellungsbedingte Barriere dar, da durch sie die Möglichkeit des Zugangs zu einer Beschäftigung im Beamtenverhältnis für Menschen mit Behinderungen beschränkt wird.

Gemäß Art. 2 Abs. 3 S. 2 UN-BRK werden alle Formen der Diskriminierung umfasst, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen. Darunter versteht die Konvention gemäß Art. 2 Abs. 4 „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genie-

1090 *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, S. 5.
1091 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 39.
1092 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 4).
1093 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 39

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ßen oder ausüben können." Diese Definition verfolgt ein sehr weites Verständnis[1094] und unterliegt allein der Einschränkbarkeit durch Unverhältnismäßigkeit und Unbilligkeit. Im Ergebnis folgt hieraus, dass eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung – jedenfalls im Rahmen der Anwendung der UN-BRK – auch dadurch entstehen kann, dass angemessene Vorkehrungen nicht getroffen werden, welche die Aufnahme oder Durchführung einer Beschäftigung oder gar einen beruflichen Aufstieg ermöglicht hätten.[1095]

Die Europäische Union ist mit Beschluss vom 26.11.2009[1096] erstmalig einem Menschenrechtsvertrag beigetreten und hat die UN-BRK mit Wirkung zum 23.12.2010 ratifiziert.[1097] Seitdem stellt die Behindertenrechtskonvention einen Bestandteil der Unionsrechtsordnung dar.[1098] Dementsprechend sind europäische Richtlinien nach Maßgabe der UN-BRK auszulegen.[1099] Dafür spricht auch Art. 216 Abs. 2 AEUV, wonach die von der Union geschlossenen Übereinkünfte die Organe der Union und die Mitgliedstaaten binden; diese Übereinkünfte genießen Vorrang vor den Rechtsakten der Union, der eine Auslegung des abgeleiteten Rechts entsprechend dieser Übereinkünfte gebietet.[1100] Das von der UN-BRK vorgegebene weite Begriffsverständnis vom Vorliegen einer Behinderung wirkt sich entsprechend auf die Interpretation der RL 2000/78/EG und das darin enthaltene inkriminierte Merkmal der Behinderung aus.[1101]

1094 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 9.

1095 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 417; *Tolmein*, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, S. 9.

1096 Beschluss des Rates vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft (2010/48/EG ABl. 2010, L 23, S. 35.

1097 *Fuhlrott/Wesemann*, ArbRAktuell 2014, 307 (308).

1098 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263, 265, juris Rn. 40.

1099 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263, 265, juris Rn. 41.

1100 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 554, juris Rn. 28 f.

1101 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

b. Missachtung des völkerrechtlichen Verständnisses der Behinderung

Auch das nationale Recht wird durch die UN-BRK beeinflusst, indem sich nach dem Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung die Behinderungsbegriffe des AGG und des SGB IX am Behinderungsbegriff der UN-BRK zu orientieren haben.[1102] Demgemäß hätte das BVerwG in seiner Rechtsprechung[1103] das in der UN-BRK enthaltene Verständnis der Behinderung bei der Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 S. 1 BBG bzw. § 9 BeamtStG entsprechend berücksichtigen müssen: So richtet sich nach den letztgenannten Vorschriften der Beamtengesetze die Ernennung nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht u.a. auf die Behinderung.[1104] Behinderung in diesem Sinne wird in Anlehnung an den Behinderungsbegriff des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX verstanden[1105] als ein Zustand, in dem körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher Teilhabe des Betroffenen am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Weder aus den genannten beamtenrechtlichen Normen noch aus der UN-BRK ergibt sich, dass der Genuss dieser Schutzvorschriften nur schwerbehinderten Menschen zuteil werden soll. Vielmehr fallen unter § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG auch diejenigen Bewerber, die nicht schwerbehindert sind, sondern die nach Art. 1 Abs. 2 UN-BRK als behindert einzustufen sind.[1106]

Wie bereits dargestellt, kommt es in diesem Zusammenhang einerseits auf die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigung an und andererseits darauf, dass diese in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren stehen und somit den Bewerber an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesell-

1102 *Schlachter*, SR 2017, 111 (114); *Fuhlrott/Wesemann*, ArbRAktuell 2014, 307 (307). Siehe zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung schon Teil 5 Abschn. B Kap. II „Der Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Beamtenrecht".

1103 Siehe dazu bereits oben in Teil 4, Abschnitt A, Kap. II „Aktuelle Rechtslage".

1104 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 4).

1105 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 9 BBG, Rn. 25; *Reich*, Beamtenstatusgesetz, 2. Aufl. (2012), § 9 Rn. 15.

1106 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 613.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schaft hindern. Unter Anwendung dieser Definition auf die der Entscheidung der des BVerwG zugrunde liegenden Sachlage[1107] hätte das BVerwG nicht einerseits zwischen schwerbehinderten Menschen und denen, die ihnen gleichgestellt sind, und andererseits solchen, die weder schwerbehindert noch gleichgestellt sind, unterscheiden dürfen. Es war sowohl dem an Multipler Sklerose erkrankten Kläger im Ausgangsfall[1108] als auch der Klägerin der Parallelentscheidung,[1109] die an einer infolge der sog. Scheuermann'schen Erkrankung verformten Brustwirbelsäule litt, ein GdB von 30 zuerkannt worden – das Bestehen einer Behinderung wurde somit vom BVerwG noch nicht einmal infrage gestellt. Beide waren dementsprechend im Sinne der UN-BRK behindert.

Nichtsdestotrotz findet in besagter Rechtsprechung eine Auseinandersetzung mit den Vorschriften der UN-BRK überhaupt nicht statt. Das BVerwG lässt vollkommen unberücksichtigt, dass die § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG durch Art. 1 Abs. 2 UN-BRK konkretisiert werden.[1110] Keine Erwägung findet zudem die Vorschrift des Art. 27 Abs. 1 S. 1 sowie S. 2 lit. a) und insbesondere S. 2 lit. g), die folgende Aussage trifft:

> „Die Vertragsstaaten sichern und fördern die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit, einschließlich für Menschen, die während der Beschäftigung eine Behinderung erwerben, durch geeignete Schritte, einschließlich des Erlasses von Rechtsvorschriften, um unter anderem Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor zu beschäftigen."

Hier wird explizit auf das Ziel der Konvention hingewiesen, auch im öffentlichen Dienst keine Unterscheidung danach zu treffen, ob ein Mensch behindert ist bzw. zu welchem Grad. Bereits insofern stellt die Nichtverbeamtung von Bewerbern, die weder schwerbehindert noch Schwerbehinderten gleichgestellt sind und deren gesundheitliche Eignung aufgrund ihrer Behinderung verneint wird, gemäß Art. 2 Abs. 3 S. 1 und 2 UN-BRK eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung dar. Denn das Recht auf Zugang zum öffentlichen Amt wird aufgrund

1107 Siehe dazu bereits oben in Teil 1, Abschn. A „Einführung" sowie Teil 4 Abschn. A Kap. II „Aktuelle Rechtslage".
1108 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261.
1109 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 18/12 – Behindertenrecht 2014, 68-74.
1110 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 4).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einer Behinderung im konventionsrechtlichen Sinne vereitelt, wenn einem einfach behinderten Bewerber nicht der herabgesenkte Prognosemaßstab zugute kommt und er wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung nicht verbeamtet wird.

Hinzuweisen ist deshalb auf Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, wonach die Vertragsstaaten *jede* Diskriminierung aufgrund einer Behinderung verbieten und Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen Schutz vor Diskriminierung garantieren, egal aus welchen Gründen. Insgesamt ist festzuhalten, dass das BVerwG dem Kläger den ihm zustehen Schutz aus der Behindertenrechtskonvention zu Unrecht nicht zuteil werden ließ.

c. Diskriminierung durch Missachtung angemessener Vorkehrungen

Nach Art. 2 Abs. 3 S. 2 UN-BRK werden alle Formen der Diskriminierung umfasst, einschließlich solcher, die aus der Versagung angemessener Vorkehrungen resultieren. Mit anderen Worten liegt nach der UN-BRK auch dann eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung vor, wenn angemessene Vorkehrungen versagt werden;[1111] dies stellt sozusagen eine Diskriminierung durch Unterlassen dar.

Ob angemessene Vorkehrungen getroffen werden können, hängt nach Ansicht des UN-Ausschusses zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD; vgl. Art. 34 UN-BRK) zunächst vom jeweils zu entscheidenden Fall ab, wobei die Angemessenheit und die Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahme im Hinblick auf den jeweiligen Kontext beurteilt werden müssen, für den sie erforderlich werden.[1112] Handelt es sich um einen beruflichen Kontext, geht es also um angemessene Vorkehrungen im Arbeitsleben, muss die Prü-

1111 *Tolmein*, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, S. 9.

1112 Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), communication No. 5/2011, *Marie-Louise Jungelin and Swedish Association of the Visually Impaired v. Sweden*, CRPD/C/12/D/5/2011, joint opinion of Committee members Carlos Rios Espinosa, Theresia Degener, Munthian Buntan, Silvia Judith Quan-Chang and Maria Soledad Cisternas Reyes (dissenting), abrufbar unter http://juris.ohchr.org/Search/Details/2006 (Stand: September 2017), S. 14 Rn. 2. In dem dieser Mitteilung des UN-Komitees zugrunde liegenden Fall ging es um eine sehbehinderte Frau, deren Bewerbung um eine Stelle bei einem Sozialversiche-

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

fung der Angemessenheit und der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen, ob die Anpassungsmaßnahmen notwendig sind, um die Beschäftigung einer behinderten Person zu fördern, die für die zu besetzende Stelle die notwendige Kompetenz und Erfahrung aufweist.[1113] Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, ob von dem in Rede stehenden Unternehmen vernünftigerweise erwartet werden kann, die entsprechenden Anpassungsmaßnahmen umzusetzen.[1114] Obgleich es sich bei der Vorkehrung um eine individuelle Maßnahme zum Ausgleich einer bestimmten Behinderung handelt, soll nach dem CRPD in die Beurteilung der Angemessenheit auch ein möglicher Nutzen der Vorkehrung für andere Menschen mit Behinderungen einfließen.[1115] Der CRPD weist darauf hin, dass das Ziel der angemessenen Vorkehrungen darin besteht, tatsächliche Beschränkungen zu kompensieren, um die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen zu fördern, sodass die Behinderung einer Person nicht als Argument dafür herangezogen werden darf, dass von ihrer Beschäftigung abgesehen wird.[1116]

Die in Art. 5 S. 2 RL 2000/78/EG zu findende Definition der angemessenen Vorkehrungen ist mit derjenigen der UN-BRK – abgesehen von ihrer Einschränkung auf die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – nahezu identisch. Der EuGH nimmt in seiner Auslegung des Art. 5 S. 2 RL 2000/78/EG auf den in der UN-BRK enthaltenen weiteren Begriff der angemessenen Vorkehrungen Bezug und versteht ihn dergestalt, „dass er die Beseitigung der verschiedenen Barrieren

---

rungsträger trotz unzweifelhaft gegebener sonstiger Eignung wegen einer vermeintlich nicht möglichen Anpassung der auf der Stelle zu verwendenden Computersysteme an Sehbehinderungen abgelehnt wurde. Die Beschwerdeführerin sah sich zunächst dadurch diskriminiert, dass der Sozialversicherungsträger keine entsprechenden Unterstützungs- und Anpassungsmaßnahmen ergriff (S. 3 f. Rn. 2.5), sowie darüber hinaus auch dadurch, dass das in diesem Rechtsstreit zuvor angerufene schwedische Arbeitsgericht eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung durch den Sozialversicherungsträger verneinte (S. 7 Rn. 5.1 ff.). Die Ausschussmitglieder Carlos Rios Espinosa, Theresia Degener, Munthian Buntan, Silvia Judith Quan-Chang und Maria Soledad Cisternas Reyes sahen in diesem Vorenthalten angemessener Vorkehrungen eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Behinderung, CRPD/C/12/D/5/2011, S. 15 Rn. 6.

1113 CRPD/C/12/D/5/2011, S. 14 Rn. 4.
1114 CRPD/C/12/D/5/2011, S. 14 Rn. 4.
1115 CRPD/C/12/D/5/2011, S. 15 Rn. 5.
1116 CRPD/C/12/D/5/2011, S. 14 f. Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

umfasst, die die volle und wirksame Teilhabe der Menschen mit Behinderung am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, behindern."[1117] Somit kann seine Entscheidung über die Auslegung von Art. 5 S. 2 RL 2000/78/EG auch für die Auslegung des Art. 2 Abs. 4 UN-BRK herangezogen werden.

Hinsichtlich der Auslegung des Art. 5 S. 2 RL 2000/78/EG hatte der EuGH im Rahmen der verbundenen Rechtssachen *Ring* und *Skouboe Werge* über die Frage zu entscheiden, ob Art. 5 dahin auszulegen sei, dass die Verkürzung der Arbeitszeit eine der in jener Vorschrift genannten Vorkehrungsmaßnahmen darstellen kann.[1118] In diesem Zusammenhang zog der EuGH zunächst den 20. Erwägungsgrund der Richtlinie heran, wonach geeignete Maßnahmen vorgesehen werden sollten, also wirksame und praktikable Maßnahmen, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten, beispielsweise unter anderem durch eine entsprechende Gestaltung des Arbeitsrhythmus. Der Erwägungsgrund selbst spricht von einer beispielhaften Aufzählung, die demzufolge nicht abschließend ist. Nach Ansicht des EuGH kann eine Verkürzung der Arbeitszeit durchaus eine entsprechende Vorkehrungsmaßnahme darstellen:

> „Da zum einen der 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 und Art. 2 Abs. 4 des VN-Übereinkommens nicht nur materielle, sondern auch organisatorische Maßnahmen ansprechen und zum anderen der Begriff ‚Arbeitsrhythmus' als Takt oder Geschwindigkeit, mit der die Arbeit verrichtet wird, zu verstehen ist, lässt sich nicht ausschließen, dass eine Arbeitszeitverkürzung eine der in Art. 5 dieser Richtlinie genannten Vorkehrungen sein kann.
>
> Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die im 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 enthaltene Aufzählung angemessener Maßnahmen zur Einrichtung des Arbeitsplatzes entsprechend der Behinderung nicht abschließend ist, so dass eine Arbeitszeitverkürzung, selbst wenn sie nicht unter den Begriff „Arbeitsrhythmus" fiele, in Fällen, in denen sie es dem Arbeitnehmer ermöglicht, seine Arbeit entsprechend dem mit Art. 5 dieser Richtlinie verfolgten Ziel weiter auszuüben, als eine Vorkehrungsmaßnahme im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann. […] Demnach ist auf die dritte Frage zu antworten, dass Art. 5 der Richtlinie 2000/78

1117 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 556, juris Rn. 53 f.

1118 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 556, juris Rn. 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> dahin auszulegen ist, dass die Verkürzung der Arbeitszeit eine der in dieser Vorschrift genannten Vorkehrungsmaßnahmen darstellen kann. […]“[1119]

Hervorzuheben ist der Aufzählungscharakter des Erwägungsgrundes sowie die breite Auslegungsmöglichkeit des Begriffs der angemessenen Vorkehrung. Wenn unter „Arbeitsrhythmus“ eine Verkürzung der Arbeitszeit verstanden werden kann, dann spricht nichts dagegen, als eine angemessene Vorkehrung auch die Verkürzung der *Leben*sarbeitszeit bzw. Lebensdienstzeit zu sehen. Das heißt, die Verkürzung würde sich dann nicht auf eine Reduktion der Stundenzahl an einem Arbeitstag beziehen, sondern auf die Reduktion des Zeitraums, der nach Ansicht des BVerwG angemessen ist, um lebenslange Versorgungsansprüche gegen den Dienstherrn zu „erdienen“, namentlich der Zeitraum zwischen gesetzlich festgelegter Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung und der Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand.[1120] Denn genau auf diesen Zeitraum stellt die Prognose ab, mithilfe derer vorhergesagt werden soll, ob der Bewerber bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze seine Dienstfähigkeit bewahren wird oder ob er wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden muss.[1121] Mithin wäre eine angemessene Vorkehrung in diesem Sinne, nicht an den Zeitpunkt der Altersgrenze für den Ruhestand anzuknüpfen, sondern an einen früheren Zeitpunkt, sodass sich der für die Gesundheitsprognose angelegte Prognosezeitraum entsprechend verkürzen würde. Bereits in vorherigen Gerichtsentscheidungen wurde sich für eine Abmilderung des Prognosezeitraums für schwerbehinderte Menschen auf fünf[1122] bzw. zehn Jahre[1123] ausgesprochen.

Als eine weitere mögliche angemessene Vorkehrung im Sinne der Behindertenrechtskonvention käme neben der Senkung des Prognose-

---

1119 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 556 f., juris Rn. 55 f., 64.

1120 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.

1121 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 14.

1122 VG Ansbach, Beschl. v. 26.11.2012 – AN 1 E 12.01993 – juris Rn. 37; bereits zuvor VG Ansbach, Beschl. v. 10.08.2012 – AN 1 E 12.01106 – juris Rn. 38; VG Bayreuth, Urt. v. 29.05.2009 – B 5 K 08.173 – juris Rn. 47.

1123 OVG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008 – 1 Bf 19/08 – RiA 2009, 87, 89, juris Rn. 37. Siehe außerdem bereits Teil 4, Abschn. A Kap. II. 1 „Allgemeiner Prognosemaßstab“.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zeitraums eine Reduktion des Prognosemaßstabs für einfach behinderte Menschen infrage, wie es das BVerwG bereits für Menschen mit Schwerbehinderungen vorsieht.[1124] So bestimmen auch § 5 Abs. 1 BLV, § 14 Abs. 1 S. 2 LbVO, dass von schwerbehinderten Menschen nur das Mindestmaß an körperlicher Eignung für die Wahrnehmung von Laufbahnaufgaben verlangt werden darf. Schwerbehinderte Menschen müssen demzufolge im Gegensatz zu Menschen ohne Behinderung nicht für die gesamte Laufbahn mit allen zu ihre gehörenden Ämtern und den diesen zugeordneten Dienstposten geeignet sein, sondern ihnen muss lediglich irgendeine amtsangemessene Beschäftigung zugewiesen werden können, die mit dienstlichen Bedürfnissen in Einklang steht.[1125]

Mit einer angemessenen Vorkehrung in Form der Senkung des Prognosezeitraums bzw. der Senkung des Prognosemaßstabs ebenfalls für einfach behinderte Menschen würde auch den Vorgaben des CRPD[1126] entsprochen: Es würde sich bei diesen Vorkehrungen um notwendige Anpassungsmaßnahmen handeln, um die Beschäftigung eines Menschen mit Behinderung zu fördern, der von der mangelnden gesundheitlichen Eignung abgesehen am besten für die esetzung der Stelle geeignet ist. Eine solche Anpassungsmaßnahme könnte auch ohne Weiteres umgesetzt werden, da für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung lediglich veränderte Maßstäbe anzulegen wären, wobei sich die Senkung des Prognose*maßstabs* für Menschen mit Schwerbehinderungen bereits als probate Vorkehrung zur Förderung der Beschäftigung von Bewerbern mit Behinderung auszeichnen konnte. Ihre organisatorische und finanzielle Durchführbarkeit steht also insofern außer Zweifel. Eine Senkung des Prognosezeitraums sowie des Prognosemaßstabs zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung für Menschen mit Behinderungen unabhängig von ihrem Schweregrad würde außerdem nicht nur einem konkreten Bewerber Nützlichkeit erweisen, sondern jedem Menschen mit Behinderung, der eine Beschäftigung im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit begehrt. Mit dieser Form der angemessenen Vorkehrung würden tatsächliche Beschränkungen kompensiert, um die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen

1124 Siehe dazu bereits Teil 4 Abschn. A, Kap. II.2 „Abgesenkter Prognosemaßstab".
1125 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.
1126 CRPD/C/12/D/5/2011, S. 14 f. Rn. 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

im öffentlichen Sektor zu fördern, wie es Art. 27 Abs. 1 S. 2 lit. g) verlangt.

Art. 2 Abs. 4 UN-BRK sowie Art. 5 S. 2 RL 2000/78/EG erwähnen, dass die angemessene Vorkehrung nicht unbillig bzw. nicht unverhältnismäßig sein darf. Ob eine Arbeitszeitverkürzung als Vorkehrungsmaßnahme einen Arbeitgeber – bzw. hier den Dienstherrn – unverhältnismäßig belastet, unterliegt nach Aussage des EuGH der Entscheidung der nationalen Gerichte.[1127]

Eine Ausweitung des Schutzes von Menschen mit Schwerbehinderungen auf einfach behinderte Menschen lehnt das BVerwG ab. Zum einen ist es der Meinung, eine entsprechende Modifikation der Eignungsanforderungen für nicht schwerbehinderte und ihnen nicht gleichgestellte Bewerber sei verfassungsrechtlich nicht geboten,[1128] zum anderen hält es eine derartige Unterscheidung unionsrechtlich für gerechtfertigt.[1129] In diesem Zusammenhang kommt es jedoch allein auf die vermeintliche Angemessenheit des mit der Ungleichbehandlung erreichten bzw. zu erreichenden Ziels zu sprechen, nicht aber auf mögliche Vorkehrungsmaßnahmen, noch auf ihre Angemessenheit oder Billigkeit. Zwar findet sich im AGG keine Vorschrift, die dem Art. 5 RL 2000/78/EG entspricht.[1130] Das BVerwG knüpft aber nicht ausschließlich an das AGG an, sondern vielmehr vorrangig an die Richtlinie selbst, die die Verpflichtung zum Ergreifen angemessener Vorkehrungen explizit benennt. Da das BVerwG konkrete Vorschriften der Richtlinie für seine Argumentation heranzieht, hätte sie Art. 5 der Richtlinie nicht übersehen dürfen.

Nach Art. 5 Abs. 3 UN-BRK unternehmen die Vertragsstaaten zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskrimi-

1127 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 55, 556, juris Rn. 59.

1128 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253 f., juris Rn. 34 ff. Siehe dazu weiter unten, Teil 6 Abschn. B, Kap. III.3 „Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG".

1129 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 255 ff., juris Rn. 41 ff. Siehe dazu sogleich unter Teil 5 Abschn. B Kap. III.2 „Unvereinbarkeit mit RL 2000/78/EG".

1130 Rust/Falke (Hrsg.)/*Raasch*, § 5 AGG, Rn. 94. Siehe dazu auch unten, Teil 5 Abschn. B. Kap. III. 2.c.(4) „Mangelhafte und unionsrechtswidrige Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nierung alle geeigneten Schritte, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten. Zumindest ein geeigneter Schritt wäre es gewesen, von Seiten der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Mitgliedsstaates Bundesrepublik Deutschland die in der UN-BRK enthaltenen Rechte zu berücksichtigen und mangels gesetzlicher Ausgestaltung der an die Gesundheit gestellte Eignungsanforderung, insbesondere aber aufgrund der völkerrechtsfreundlichen und unionsrechtskonformen Auslegung, zu dem Ergebnis zu kommen, dass die die Herabsetzung des Prognosemaßstabs von der Lebensdienstzeit auf einen kürzeren Zeitraum für jeden Menschen mit Behinderung gleichermaßen eine angemessene Vorkehrung im unions- und konventionsrechtlichen Sinne darstellt.

Aufgrund dieser Erwägungen ist die Rechtsprechung des BVerwG sowie sich dieser anschließenden Gerichte nicht mit den Vorschriften der UN-BRK zu vereinbaren.

d. Zwischenergebnis

Nach Art. 1 Abs. 2 UN-BRK ist ein Mensch behindert, wenn er langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen hat, die ihn in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Dieser Begriff stellt auf eine lang- oder längerfristige Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabe ab, die sich erst durch die Reaktionen des Umfelds ergeben, und nimmt Abstand vom medizinischen Modell, wonach sich Behinderung als eine persönliche, gesundheitlich defizitäre Eigenschaft des Betroffenen darstellt. Für das Vorliegen einer Behinderung im konventionsrechtlichen Sinne sind weder der Grad der gesundheitlichen Einschränkung noch der Grund für ihre Entstehung ausschlaggebend; chronisch Kranke können deshalb durchaus unter diesen Behinderungsbegriff gefasst werden. Eine Diskriminierung stellt es gemäß Art. 2 Abs. 3 S. 2 UN-BRK auch dar, wenn angemessene Vorkehrungen zur Gewährleistung einer gleichberechtigten Ausübung von Menschenrechten und Grundfreiheiten versagt werden.

Das BVerwG missachtet unter Verstoß des Art. 20 Abs. 3 GG die in Deutschland im Rang eines einfachen Bundesgesetzes geltende UN-

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

BRK und legt einschlägige Normen entgegen der Pflicht zum völkerrechtfreundlichen Handeln nicht am Maßstab der UN-BRK aus. So hätte es erkennen müssen, dass das in § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG angesprochene, bei der Einstellung unberücksichtigt zu lassende Merkmal der Behinderung nach konventionsgemäßer Anwendung nicht nur schwerbehinderte Menschen umfasst, sondern alle Menschen, die gemäß Art. 1 Abs. 2 UN-BRK behindert sind. Es hätte nicht zwischen schwerbehinderten bzw. gleichgestellten Menschen und einfach behinderten Menschen unterscheiden dürfen.

Darüber hinaus verkannte es seine Verpflichtung, die Möglichkeit des Dienstherrn, angemessener Vorkehrungen für einen behinderten Beamtenbewerber zu treffen, zum Prüfungsmaßstab zu machen. Solche angemessenen Vorkehrungen können darin bestehen, für behinderte Menschen den Prognosezeitraum bzw. den Prognosemaßstab, mit dem die gesundheitliche Eignung eines Beamtenbewerbers ermittelt wird, für behinderte Menschen zu senken.

Im Ergebnis verstößt somit die beschriebene Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte gegen geltendes Konventions-, Bundes- und Verfassungsrecht.

e. Gegenüberstellung der Behinderungsbegriffe in Art. 1 Abs. 2 UN-BRK und § 2 SGB IX und ihrer Auswirkungen

Nachdem die Regelungen über die Voraussetzungen für das Bejahen einer Behinderung und ihrer Ausprägungen anhand des § 2 SGB IX und Art. 1 Abs. 2 UN-BRK dargestellt wurden, bleibt die Frage zu beantworten, ob und inwiefern ihre Anwendung auch tatsächlich zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Ihre Unterschiede sollen deshalb nachfolgend präzise gegenüber gestellt werden.

In Bezug auf den Anwendungsbereich beider Rechtsquellen fällt auf, dass § 2 SGB IX nach dem Titel des Neunten Sozialgesetzbuches die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen im Sinn hat und sich somit auf Teilhabeleistungen fokussiert, wohingegen es der UN-BRK um die Rechte von Menschen mit Behinderungen insgesamt geht. So ist es nach Art. 1 Abs. 1 UN-BRK Zweck des Übereinkommens, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu för-

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern. Demgegenüber ist Maßstab sowohl des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX als auch des Art. 1 Abs. 2 UN-BRK die Beeinträchtigung der Teilhabe an der Gesellschaft. Jedoch setzt § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX eine lineare Kausalbeziehung zwischen gesundheitlicher Einbuße und Teilhabebeeinträchtigung voraus, wohingegen Art. 1 Abs. 2 UN-BRK eine Wechselwirkung zwischen beidem verlangt. Insofern ist das Begriffsverständnis, welches die Konvention zugrunde liegt, offener und flexibler und bietet dadurch einen höheren Schutz.

Die gesundheitliche Einschränkung muss gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen, dagegen verlangt Art. 1 Abs. 2 UN-BRK eine Langfristigkeit der Einschränkung. Auch hier ist die Vorschrift der Konvention zunächst flexibler, allerdings nur insofern, als „langfristig" nicht über die Voraussetzung des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX hinausgeht; insofern würde dann letzterer einen weiteren Schutzbereich gewähren.

Im Ergebnis lassen sich bis auf die Voraussetzung der Linearität bzw. der Wechselwirkung zwischen den Vorschriften zunächst keine Unterschiede ausmachen, wobei auch diese mit der Neufassung des SGB IX durch das BTHG hinfällig werden, da § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX n.F. den Behinderungsbegriff der UN-BRK zugrunde legt.[1131] Unterschiede ergeben sich erst dadurch, dass der Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX durch verschiedene Grade der Behinderung abgestuft und eingeschränkt wird und sich dadurch ein mehr oder weniger hohes oder niedriges Schutzmaß für den Betroffenen ergibt, die UN-BRK eine solche Unterscheidung jedoch nicht anstellt. Gemäß § 69 Abs. 1 S. 5 SGB IX werden die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft als Grad der Behinderung nach Zehnergraden abgestuft festgestellt, wobei gemäß § 69 Abs. 1 S. 6 SGB IX eine Feststellung ist nur zu treffen ist, wenn ein Grad der Behinderung von wenigstens 20 vorliegt. Daraus folgt, dass das SGB IX eine gewisse Erheblichkeit der Behinderung fordert, bzw. dass eine solche erst dann angenommen wird, wenn eine Funktionsbeeinträchtigung mit einem

1131 BT-Drucks. 18/9522, S. 192. Siehe dazu bereits oben, Teil 5 Abschn. A Kap. I.5 „Änderungen des SGB IX durch das BTHG".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Grad von mindestens 20 gegeben ist. Ob die Funktionsbeeinträchtigung einen entsprechenden Grad aufweist bzw. welcher konkrete Grad letztlich einschlägig ist, bemisst sich nach der so genannten GdS-Tabelle,[1132] wobei GdS „Grad der Schädigungsfolgen" bedeutet, der aber nach den gleichen Grundsätzen wie der GdB bemessen wird.[1133] Diese Tabelle beschreibt mögliche Funktionsbeeinträchtigungen, geordnet nach den Organen, an denen sie auftreten können, und weist ihnen dezidiert einen Grad der Schädigungsfolgen bzw. der Behinderung zu. Dass hiernach eine Behinderung erst dann relevant wird, wenn sie wenigstens einem Grad von 20 entspricht, bedeutet noch nicht zwangsläufig, dass ein niedrigeres Schutzniveau gewährt wird als im Rahmen der UN-BRK. Denn auch diese setzt eine Erheblichkeit der gesundheitlichen Einschränkung insoweit voraus, dass eine Beeinträchtigung wie auch eine Teilhabeminderung gegeben sein muss, und zwar langfristig. Somit steht zu vermuten, dass alles, was noch keinen GdB von 20 im Sinne des SGB IX darstellt, auch noch keine Behinderung im Sinne der UN-BRK verkörpert. Das heißt, nicht alles, was unter den erst rechtlich relevanten GdB von 20 fällt, ist notwendigerweise nonkonform zur UN-BRK.

Da aber die UN-BRK keine starren Grenzen für konkrete Ausprägungen aufstellt, sondern allein eine langfristige Teilhabebeeinträchtigung verlangt, gewährt sie größere Flexibilität in der Anwendung und Handhabung des Behinderungsbegriffs. Dies kommt Menschen zugute, die nach deutschem Sozialversicherungsrecht die Schwelle der rechtlich relevanten Behinderung mit einem GdB von 20 bzw. der Schwerbehinderung mit einem GdB von 50 nicht erreichen, aber nach der UN-BRK bereits eine langfristige gesundheitliche Beeinträchtigung mit entsprechender gesellschaftlicher Teilhabehinderung aufweisen und dementsprechend eine rechtliche relevante Behinderung. Mit diesem Maßstab werden also Menschen besser geschützt, weil es hier nicht darauf ankommt, ob eine gewisse Schwelle überschritten und auch behördlich festgestellt werden kann. Hinzu kommt, dass es für die Gleichstellung eines GdB von 30 (§ 2 Abs. 3 SGB IX) mit einem

1132 Vgl. *LVR-Integrationsamt*, Behinderung und Ausweis, S. 104 ff.
1133 *LVR-Integrationsamt*, Behinderung und Ausweis, S. 96.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

GdB von 50 nicht nur der entsprechenden Funktionseinbuße bedarf, sondern zusätzlich eines Arbeitsplatzrisikos im Sinne des § 73 SGB IX.

Im Ergebnis werden deshalb durch die UN-BRK Menschen mit Behinderungen besser geschützt, die nach dem SGB IX nicht „ausreichend behindert" sind, um einen entsprechenden Grad der Behinderung zugestanden zu bekommen. Selbstverständlich bedürfen unterschiedliche Ausprägungen von Behinderungen unterschiedlicher Teilhabemaßnahmen. Jedoch führt die Anwendung der UN-BRK im Gegensatz zum SGB IX hinsichtlich der Problematik der Ablehnung der Verbeamtung aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung nicht dazu, dass Menschen benachteiligt werden, nur weil sie weniger behindert sind als andere.

2. Unvereinbarkeit mit RL 2000/78/EG

Die RL 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf wurde basierend auf Art. 19 AEUV neben der RL 2000/43/EG und der RL 2004/113/EG erlassen; sie wurde durch das AGG in nationales Recht umgesetzt. Anders als die UN-BRK und auch des SGB IX[1134] ist die Richtlinie also ausweislich allein beschäftigungsbezogen.

Art. 19 AEUV ist im Gegensatz zu Art. 18 AEUV nicht unmittelbar anwendbar, enthält keinen allgemeinen Gleichheitssatz und kein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot.[1135] Stattdessen ist er als Rechtsgrundlage zum Erlass von Sekundärrechtsakten zur Beseitigung von Diskriminierungen aufzufassen; er begründet folglich keinerlei subjektive Rechte.[1136] Infolge des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung kann Art. 19 AEUV nur für Sekundärrechtsakte zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus den dort angegebenen Gründen herangezogen werden; eine Ausdehnung dieser Norm auf weitere inkriminierte Merkmale verbietet sich darum.[1137] So stellte auch der EuGH seinerzeit fest, dass der EG-Vertrag keine Bestimmung enthalte, die eine Diskriminierung wegen einer Krankheit als solcher

1134 Siehe BT-Drucks. 14/5074, S. 92 ff.
1135 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Epiney*, Art. 19 AEUV, Rn. 1.
1136 Schwarze (Hrsg.)/*Holoubek*, Art. 19 AEUV, Rn. 3.
1137 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 1 RL 2000/78/EG, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

verbiete;[1138] das gleiche gilt nunmehr auch für den AEUV. Richtlinien beispielsweise zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund einer Krankheit können sich darum nicht auf diese Vorschrift stützen[1139] – allerdings wird zu sehen sein, wie auch das Merkmal der Krankheit in den Schutzbereich der RL 2000/78/EG einbezogen werden kann.

Zweck der RL 2000/78/EG ist nach ihrem Abs. 1 die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Die Richtlinie unterscheidet strukturell zwischen Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung und Fördermaßnahmen zum Abbau teilhabehindernder Barrieren.[1140] Ihr Anwendungsbereich bezieht sich ausschließlich auf Beeinträchtigungen, die sich im Rahmen von Beschäftigung und Beruf ereignen, nicht jedoch auf gesellschaftliche Beeinträchtigungen.[1141] Sie selbst enthält keine Definition des Begriffes der Behinderung und gibt auch in ihren Erwägungsgründen keine Anhaltspunkte zur Auslegung, obgleich das Europäische Parlament dem Richtlinienvorschlag des Rates mit dem Vorschlag zustimmte, einen Erwägungsgrund im Hinblick auf den Behinderungsbegriff einzufügen.[1142] Behinderung sollte danach folgendermaßen definiert werden:

> „Zu Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, geistige, intellektuelle oder sensorische Beeinträchtigungen aufweisen, welche in Wechselwirkung mit einstellungs- oder umweltbedingten Barrieren diese Menschen daran hindern können, voll, wirksam und gleichberechtigt an der Gesellschaft teilzuhaben."[1143]

1138 EuGH, Urt. v. 11.07.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 841, juris Rn. 54.
1139 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 1 RL 2000/78/EG, Rn. 2.
1140 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 1 RL 2000/78/EG, Rn. 30.
1141 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 1 RL 2000/78/EG, Rn. 43.
1142 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 45.
1143 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (KOM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), Abänderung 17, ABl. 2010, C 137, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Auffällig ist hierbei die Nähe zur Definition der Behinderung in der UN-BRK, die wie gesehen durch ihre Offenheit und dynamische Formulierung durchaus Menschen mit (chronischen) Krankheiten in ihren Schutzbereich einzubeziehen vermag. Eine einschränkende Definition des Behinderungsbegriffes der Richtlinie erfolgte demgegenüber durch die Rechtsprechung des EuGH.[1144]

Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a) RL 2000/78/EG gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, einschließlich des beruflichen Aufstiegs. Die in der Richtlinie enthaltenen Vorschriften sind somit für die Regelungen des Auswahlprozesses um die Besetzung eines öffentlichen Amtes im Rahmen eines Beamtenverhältnisses anwendbar.

a. Die Entwicklung des Behinderungsbegriffs in der Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH hat insbesondere in den letzten Jahren an Bedeutung für die Mitgliedstaaten zugenommen, da es oftmals nur im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren möglich ist, die Auslegung von Unionsrecht zu klären, sodass der EuGH darüber entscheidet, ob Richtlinien bestimmten nationalen Vorschriften entgegenstehen.[1145] So wurden viele wesentliche Begriffe in den einschlägigen Gesetzen entweder gar nicht oder nur sehr weit definiert.[1146] Verbindlichkeit für das deutsche Recht hat die Rechtsprechung des EuGH jedenfalls dann, wenn dieses Recht der Umsetzung europäischen Sekundärrechts dient, wie es beispielsweise im Rahmen des AGG der Fall ist.[1147] Davon abgesehen wirken wie zuvor festgestellt[1148] die Richtlinien ins

1144 Siehe dazu sogleich, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.a „Die Entwicklung des Behinderungsbegriffs in der Rechtsprechung des EuGH".
1145 *Absenger/Priebe*, PersR 2013, 36 (36).
1146 *Ellis/Watson*, EU anti-discrimination law, 2. Aufl. (2012), S. 21.
1147 *Busch*, AiB 2014, 40 (42).
1148 Siehe dazu oben, Teil 5 Abschn. B Kap. I „Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Beamtenrecht".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Beamtenverhältnis vertikal, sodass auch hierfür die Rechtsprechung des EuGH maßgebend ist.

Obgleich der EuGH für sich kein formales Präzedenzfallsystem beansprucht und sich stattdessen vorbehält, von seiner Rechtsprechung in zukünftigen Entscheidungen abzuweichen, werden doch in der Praxis durch Kernbereiche seiner Rechtsprechung Rechtsquellen erzeugt.[1149] So werden beispielsweise Begriffe erst durch ihre Auslegung im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH genauer definiert und geformt.[1150] Außerdem betreibt der EuGH zuweilen mit seiner Rechtsprechung eine Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts, die über die bloße Auslegung hinausgeht, beispielsweise hinsichtlich einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien[1151] oder auch durch die Einführung des Rechtsinstruments der unionsrechtlichen Staatshaftung.[11521153]

Da weder die RL 2000/78/EG noch das übrige Unionsrecht den Begriff der Behinderung definieren,[1154] legt der EuGH den Begriff autonom aus und verweist in diesem Zusammenhang auf das Erfordernis einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts und des Gleichheitsgrundsatzes sowie auf die Tatsache, dass die Richtlinie nicht ausdrücklich auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verweist.[1155] „Autonome Auslegung" in diesem Sinne bedeutet unionsrechtsautonom;[1156] einem Begriff aus dem Unionsrecht wird dadurch eine eigen-

1149 *Ellis/Watson*, EU anti-discrimination law, 2. Aufl. (2012), S. 21.

1150 *Ellis/Watson*, EU anti-discrimination law, 2. Aufl. (2012), S. 21.

1151 EuGH, Urt. v. 19.01.1982 – C-8/81, Rs. Becker – NJW 1982, 499-502; EuGH, Urt. v. 05.04.1979 – C-148/78, Rs. Ratti – NJW 1979, 1764-1766.

1152 Bzgl. der Nichtumsetzung von Richtlinien EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, Rs. Francovich – NJW 1992, 165-167; bzgl. der fehlerhaften Umsetzung von Richtlinien EuGH, Urt. v. 26.03.1996 – C-392/93, Rs. British Telecommunications – Slg 1996, I-1631 ff.; Haftung der Mitgliedstaaten für legislatives Unrecht gegenüber dem einzelnen Bürger EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267-1272; Haftung der Mitgliedstaaten für judikatives und exekutives Unrecht gegenüber dem Einzelnen EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539-3544. Siehe zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch Teil 7 Abschn. B Kap. IV.

1153 *Herdegen*, Europarecht, 18. Aufl. (2016), § 8 Rn. 80.

1154 *Domröse*, NZA 2006, 1320 (1320).

1155 EuGH, *Thüsing/Wege*, NZA 2006, 136 (138) Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 840, juris Rn. 40.

1156 *Thüsing/Wege*, NZA 2006, 136 (138).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ständige Bedeutung zugewiesen, die von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten losgelöst ist.[1157] Mit anderen Worten wird unionsrechtsautonom ausgelegten Begriffen ein spezifischer Gehalt zuerkannt, der nicht notwendigerweise mit identischen Begriffen im nationalen Recht kongruent ist.[1158] Für den Behinderungsbegriff im Sinne der RL 2000/78/EG heißt das konkret, dass ihm ein eigenes, unionsrechtliches Verständnis zugrunde gelegt wird; dass beispielsweise im deutschen Recht nach Behinderung und Schwerbehinderung unterschieden wird, ist für das unionsrechtliche Verständnis von Behinderung also irrelevant.[1159]

(1) Rs. Chacón Navas, C-13/05

In der Rechtssache *Chacón Navas*[1160] hatte der EuGH erstmals über die Abgrenzung von Krankheit und Behinderung zu entscheiden. Anlass war ein zwischen der Arbeitnehmerin Sonia Chacón Navas und ihrer Arbeitgeberin ergangener Rechtsstreit, nachdem Frau Chacón Navas während einer krankheitsbedingten Arbeitsunterbrechung von acht Monaten gekündigt worden war. Das vorlegende spanische Gerichte ersuchte eine Vorabentscheidung über zwei Fragen, nämlich einerseits, ob die RL 2000/78/EG eine Arbeitnehmerin in ihren Schutzbereich einbeziehe, der ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden sei, bzw. zum Zweiten, ob Krankheit als ein weiteres Identitätsmerkmal neben solchen angesehen werden könne, aufgrund derer eine ergehende Diskriminierung die RL 2000/78/EG verbiete.

Die erste Frage verneinte der EuGH mit der Begründung, die Richtlinie enthalte keinen Hinweis darauf, dass Arbeitnehmer aufgrund des Verbotes der Diskriminierung wegen einer Behinderung in den Schutzbereich der Richtlinie falle, sobald sich irgendeine Krankheit manifestiere.[1161] Vorab wies er darauf hin, dass der Behinderungsbegriff mangels Definition in der Richtlinie und aufgrund der Not-

1157 *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, S. 83.
1158 *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht und die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte, 2003, S. 792 f.
1159 *Thüsing/Wege*, NZA 2006, 136 (138).
1160 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839-841.
1161 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 840, juris Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wendigkeit einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts sowie des Gleichbehandlungsgebots autonom und einheitlich auszulegen sei.[1162] Er führt sodann aus, der in der RL 2000/78/EG genannte Begriff „Behinderung" sei so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasse, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sei und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben bilde.[1163] Hier habe sich der europäische Gesetzgeber bewusst für einen Begriff entschieden, der sich von demjenigen der Krankheit unterscheide, weshalb beide Begriffe nicht gleich gesetzt werden dürften.[1164] Dafür spreche auch der 16. Erwägungsgrund der Richtlinie, wonach Maßnahmen, die darauf abstellen, den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz Rechnung zu tragen, eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung spielen. Aus der Bedeutung, die der Gemeinschaftsgesetzgeber Maßnahmen zur Einrichtung des Arbeitsplatzes nach Maßgabe der Behinderung beigemessen habe, ergebe sich, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Behinderung an Fälle gedacht habe, in denen die Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt sei.[1165] Gemeint war damit, dass aus einer Behinderung die Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Anpassung des Arbeitsplatzes des behinderten Menschen folgt;[1166] eine solche Anpassung ist freilich erst dann rentabel, wenn sie lange genutzt wird.

Krankheit und Behinderung lassen sich nicht immer eindeutig voneinander abgrenzen; vielmehr kann es zu Überschneidungen kommen, weshalb jeweils trennscharfe Definitionen erforderlich sind.[1167] Entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung von Behinderung und Krankheit, aber auch für die Einbeziehung einer Krankheit in den

1162 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 840, juris Rn. 39 f.
1163 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 840, juris Rn. 43.
1164 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 840, juris Rn. 44.
1165 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839,840, juris Rn. 45.
1166 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 98.
1167 *Runggaldier*, RdW 2006, 578 (579).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Schutzbereich des Verbots der Diskriminierung einer Behinderung, erlangt das Zeitmoment der Beeinträchtigung.[1168] Demgemäß betont der EuGH, dass eine Einschränkung von langer Dauer sein müsse, um unter den Begriff der Behinderung gefasst werden zu können.[1169]

Insgesamt also bedarf es für das Erfüllen der Behinderung dreier Kriterien: Das Vorliegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, ihre Auswirkung auf die berufliche Teilhabe sowie das Bestehen dieser Auswirkung für eine gewisse Dauer.[1170] Diese Voraussetzungen müssen stets kumulativ vorliegen – eine lang andauernde Krankheit bewirkt deshalb noch keine Behinderung.[1171] Dies wird dadurch bestätigt, dass der EuGH bei Frau Chacón Navas keine Behinderung annahm, obgleich ihre krankheitsbedingte Arbeitsunterbrechung acht Monate gedauert hatte.

Eine Krankheit an sich sei auch nicht vom Diskriminierungsverbot der RL 2000/78/EG umfasst, wie der EuGH auf die zweite Vorlagefrage antwortete. Das Primärrecht enthalte keine Bestimmung, die eine Diskriminierung aufgrund einer Krankheit verbiete, und Art. 19 AEUV (seinerzeit Art. 13 EG) könne diesbezüglich nicht als Rechtsgrundlage zum Erlass von Sekundärrecht herangezogen werden.[1172] Zu bedenken ist indes, dass die Entscheidung in der Rechtssachte *Chacón Navas* erging, noch bevor die Europäische Union der UN-Behindertenrechtskonvention beitrat, sodass das dort niedergelegte Verständnis der Behinderung auf die Entscheidungsfindung noch keinen Einfluss nehmen konnte.[1173]

(2) Rs. Coleman, C-303/06

Im Vorabentscheidungsverfahren der Rechtssache *Coleman*[1174] urteilte der EuGH, dass das in der RL 2000/78/EG enthaltene Diskriminie-

1168 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 45
1169 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 840, juris Rn. 45.
1170 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 46.
1171 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 1 RL 2000/78/EG, Rn. 36.
1172 EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 841, juris Rn. 54 f.
1173 *Ellis/Watson*, EU anti-discrimination law, 2. Aufl. (2012), S. 40.
1174 EuGH, Urt. v. 17.07.2008 – C-303/06, Rs. Coleman – NJW 2008, 2763-2766.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rungsverbot aufgrund der Behinderung nicht auf Personen beschränkt ist, die selbst behindert sind, sondern es auch vor Diskriminierungen schützt, die ein Arbeitnehmer aufgrund der Behinderung seines Kindes erfährt. Bei der Klägerin des Ausgangsverfahrens vor einem britischen Arbeitsgericht handelte es sich um Frau Coleman, deren behindertes Kind seit seiner Geburt einer besonderen Pflege und Fürsorge bedurfte, die Frau Coleman im Wesentlichen selber erbrachte. Drei Jahre nach der Geburt ihres Kindes stimmte sie einem Aufhebungsvertrag zu, die zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses führte, wogegen sie jedoch fünf Monate später Klage einreichte. Diese begründete sie mit der Behauptung, ihre Arbeitgeberin habe sie aufgrund der Behinderung ihres Sohnes belästigt sowie dadurch diskriminiert, dass ihr die gleichen flexiblen Arbeitszeiten und die gleichen Arbeitsbedingungen wie ihren Kollegen, die keine behinderten Kinder haben, nicht gewährt worden seien.[1175]

Der EuGH wies darauf hin, dass sich aus der RL 2000/78/EG nicht ergebe, dass der dort enthaltene Gleichbehandlungsgrundsatz auf Personen beschränkt sei, die selbst eine Behinderung im Sinne dieser Richtlinie aufwiesen.[1176] Die Richtlinie bezwecke vielmehr, in Beschäftigung und Beruf jede Form der Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung zu bekämpfen, sodass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur für solche Personen gelte, die Träger eines in Art. 1 genannten Grundes seien, sondern allein bezüglich eines dort genannten Grundes. Dieses Ergebnis werde durch Art. 13 EG, nunmehr Art. 19 Abs. 1 AEUV, bekräftigt, aufgrund dessen der Rat geeignete Vorkehrungen treffen kann, um Diskriminierungen u.a. aus Gründen einer Behinderung zu bekämpfen.

Dass die Richtlinie Bestimmungen enthalte, um speziellen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen Rechnung zu tragen, bedeute umgekehrt nicht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz restriktiv dahingehend auszulegen sei, dass er ausschließlich unmittelbare Dis-

1175 EuGH, Urt. v. 17.07.2008 – C-303/06, Rs. Coleman – NJW 2008, 2763, juris Rn. 19 ff.

1176 EuGH, Urt. v. 17.07.2008 – C-303/06, Rs. Coleman – NJW 2008, 2763-2764, juris Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kriminierungen wegen der Behinderung verbiete und Menschen mit Behinderungen selbst betreffe.[1177]

(3) Verb. Rs. Ring und Skouboe Werge, C-335/11 und C-337/11

Im Rahmen der verbundenen Rechtssachen *Ring* und *Skouboe Werge*[1178] hatte der EuGH erneut über das Verhältnis von Krankheit und Behinderung zu entscheiden; hier setzte er seine Rechtsprechung zum Behinderungsbegriff konsequent fort. Im Unterschied zur im Jahre 2006 ergangenen Entscheidung in der Rechtssache *Chacón Navas* war die EU mittlerweile der UN-BRK beigetreten,[1179] weshalb er nunmehr den in Art. 1 Abs. 2 UN-BRK enthaltenen Behinderungsbegriff für seine Rechtsprechung zugrunde legte und damit eine stärkere Teilhabeorientierung des Behinderungsbegriffs.[1180]

Ausgangspunkt der Entscheidung waren zwei Klagen auf Schadensersatz wegen Diskriminierung aufgrund einer Krankheit am Arbeitsplatz vor einem dänischen Gericht, die jeweils von der dänischen Gewerkschaft HK/Danmark eingereicht worden waren. Die Gewerkschaft war der Meinung, die Möglichkeit einer verkürzten Kündigungsfrist im Fall einer krankheitsbedingten Abwesenheit von 120 Tagen unter Entgeltfortzahlung innerhalb von zwölf Monaten stelle eine Diskriminierung wegen einer Behinderung dar. Die Klägerin, Frau Ring, litt an chronischen, nicht behandelbaren Rückenschmerzen und war aufgrund dessen zwischen Juni und November 2005 mehr als 120 Tage arbeitsunfähig. Für eine uneingeschränkte Ausübung ihrer Tätigkeit hätte es einer Verkürzung der Arbeitszeit und eines höhenverstellbaren Schreibtisches bedurft. Frau Skouboe Werge war nach einem Verkehrsunfall, durch den sie ein Schleudertrauma erlitten hatte, krankgeschrieben. Beiden Klägerinnen wurde mit einer verkürzten Kündigungsfrist gekündigt.

1177 EuGH, Urt. v. 17.07.2008 – C-303/06, Rs. Coleman – NJW 2008, 2763-2765, juris Rn. 43.

1178 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553-559.

1179 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555, juris Rn. 38. Siehe bereits dazu das Kapitel „Verstoß gegen die UN-BRK", Teil 5, Abschn. B, Kap. III.1.

1180 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 1 RL 2000/78/EG, Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Der EuGH hatte anlässlich des Vorabentscheidungsersuchens zu klären, wann die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Behinderung nach Maßgabe der RL 2000/78/EG erfüllt sind, und zwar vor dem Hintergrund, dass eine Beschäftigung mindestens über einen langen Zeitraum aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht oder allenfalls begrenzt ausgeübt werden kann, bzw. ob es für das Bestehen einer Behinderung darauf ankommt, welche Maßnahmen im Sinne des Art. 5 RL 2000/78/EG der Arbeitgeber ergreifen kann oder muss. Weiterer Gegenstand der Entscheidung war unter anderem die Frage, ob eine Arbeitszeitverkürzung eine gebotene Maßnahme gemäß Art. 5 RL 2000/78/EG darstellen kann.[1181]

Angesichts des Beitritts der EU zur UN-BRK modifizierte der EuGH den Begriff der Behinderung dahingehend,

> „[…] dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können."[1182]

Darüber hinaus wies er darauf hin, dass gemäß Art. 1 Abs. 2 UN-BRK die körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen „langfristig" sein müssen,[1183] ohne jedoch auf das Kriterium der Langfristigkeit weiter einzugehen. Liege eine solche Beeinträchtigung aufgrund einer Krankheit vor, ganz gleich ob heilbar oder unheilbar, könne diese unter den Begriff der Behinderung in RL 2000/78/EG fallen.[1184] Die Ursache für das Entstehen einer Beeinträchtigung ist daher irrelevant; insofern bedarf es auch keiner Abgrenzung zwischen einer Krankheit und einer Behinderung, sondern allein einer Subsumtion der Sachlage unter die Definition der Behinderung.[1185] Im Ergebnis kommt es nicht darauf an, ob die gesundheitliche Beeinträchtigung

1181 Siehe bereits dazu das Kapitel „Verstoß gegen die UN-BRK", Teil 5, Abschn. B, Kap. III.1.

1182 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555, juris Rn. 38.

1183 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555, juris Rn. 39

1184 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555, juris Rn. 41.

1185 *Selzer*, EuZA 2014, 95 (101).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

durch eine Krankheit hervorgerufen wurde und diese Krankheit heilbar ist oder nicht, oder ob sie durch ein plötzliches Ereignis entstand oder durch eine längere Entwicklung, sondern ausschließlich auf die Beeinträchtigung der Teilhabe am Berufsleben.[1186]

Indes bleibt der EuGH wie schon in seiner Rechtsprechung *Chacón Navas* dabei, dass Krankheit und Behinderung nicht gleichzusetzen seien; nach wie vor sei Krankheit kein weiterer inkriminierter Grund im Rahmen der Richtlinie.[1187] Demgegenüber spiele es für das Vorliegen einer Behinderung weder eine Rolle, ob der Betreffende seine Arbeit nur in begrenztem Umfang ausüben könne, noch hänge dies von der Art der zu treffenden Vorkehrungsmaßnahmen, wie z.B. der Verwendung besonderer Hilfsmittel, ab; die Definition des Begriffs „Behinderung" gehe der Bestimmung und Beurteilung der in Art. 5 der Richtlinie angesprochenen geeigneten Vorkehrungsmaßnahmen vielmehr voraus.[1188] In der Konsequenz sind aber Krankheit und Behinderung gleichzustellen, wenn sie sich in ihren Folgen und ihrer Dauer gleichermaßen auswirken.[1189]

(4) Rs. Kaltoft, C-354/13

Die Entscheidung *Kaltoft*[1190] setzt sich mit der Frage auseinander, ob die RL 2000/78/EG vor einer Diskriminierung aus Gründen einer Adipositas schützt bzw. ob eine solche als Behinderung angesehen werden kann und aufgrund dessen der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist.

Der stark adipöse Kläger übte über fünfzehn Jahre lang eine Beschäftigung als Tagesvater aus und wurde mit der Begründung schwindender Kinderzahlen von seinem Arbeitgeber entlassen. Dieser hatte mehrfach versucht, Herrn Kaltoft bei dessen angestrebtem Gewichtsverlust zu unterstützen, indem er ihn bei der Teilnahme an Sportkursen und körperlichen Aktivitäten finanziell bezuschusste. Der Kläger

1186 *Selzer*, EuZA 2014, 95 (101).
1187 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555, juris Rn. 42.
1188 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555, juris Rn. 43, 45.
1189 *Groskreutz/Welti*, Forum B unter www.reha-recht.de, Beitrag B8-2013 (S. 1).
1190 EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-354/13, Rs. Kaltoft – NZA 2015, 33-35.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wies bei einem Körpergewicht von 160 kg einen Body-Mass-Index von über 54 auf; er sah sich durch die Kündigung aufgrund seines Übergewichts diskriminiert.

Das vorlegende dänische Gericht begehrte die Klärung der Frage, ob das Unionsrecht ein allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen Adipositas enthalte, was der EuGH verneinte, da weder der EUV noch der AEUV eine entsprechende Bestimmung enthielten und Adipositas nicht in der RL 2000/78/EG als Diskriminierungsgrund aufgeführt sei.[1191]

Weiterhin wurde die Frage vorgelegt, ob eine Adipositas eine Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG darstellen könne.[1192] Der EuGH verwies daraufhin auf den in der Rechtssache *Ring* und *Skouboe Werge* unter Berücksichtigung der Ratifikation der UN-BRK durch die EU entwickelten Behinderungsbegriff hin sowie darauf, dass die Ursache der Behinderung nicht relevant sei und es nicht darauf ankomme, ob der Betroffene sie eigens herbeigeführt habe. Der EuGH stellte fest, dass eine Adipositas als solche keine Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG darstelle, da mit ihr allein nicht automatisch eine Einschränkung der Teilhabe einhergehe. Anders verhalte es sich jedoch,

> „[insbesondere] wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Adipositas an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, gehindert wäre, und zwar aufgrund eingeschränkter Mobilität oder dem Auftreten von Krankheitsbildern, die ihn an der Verrichtung seiner Arbeit hindern oder zu einer Beeinträchtigung der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit führen."[1193]

Ob die Adipositas des Herrn Kaltoft trotz seiner über fünfzehn Jahre währenden Beschäftigungszeit zu solchen Einschränkungen geführt habe, sei zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts.

Die Fortführung der Rechtsprechung des EuGH ist mit seinen vorherigen Entscheidungen kohärent: Nach wie vor bedarf es einer körperlichen Einschränkung, die zu einer Einschränkung der beruflichen

1191 EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-354/13, Rs. Kaltoft – NZA 2015, 33, 33 f., juris Rn. 31 ff.

1192 EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-354/13, Rs. Kaltoft – NZA 2015, 33, 34 f., juris Rn. 42 ff.

1193 EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-354/13, Rs. Kaltoft – NZA 2015, 33, 35, juris Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teilhabe führt. Dementsprechend lässt sich jede Art von gesundheitlicher Beeinträchtigung unter den Behinderungsbegriff subsummieren. Entgegen des Schlussantrags des Generalanwalts Jääskinen entschied sich der EuGH gegen eine Festlegung auf einen BMI von 40 und damit auf die starre Grenze der Adipositas Grad III.[1194] Im Ergebnis wird wohl jedoch allein dieser Schweregrad die erforderlichen gesundheitlichen Einschränkungen mit entsprechender Teilhabehinderung sowie eine relevante gesellschaftliche Stigmatisierung bewirken.[1195]

(5) Rs. Daoudi, C-395/15

Mit dem Merkmal der Langfristigkeit einer gesundheitlichen Einschränkung als Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung befasste sich der EuGH in der Rechtssache *Daouidi*.[1196] Herr Daoudi, der Kläger des Ausgangsverfahrens, wurde nach einem Arbeitsunfall verhaltensbedingt mit sofortiger Wirkung gekündigt. Herr Daoudi sah sich durch die Kündigung aufgrund einer Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG diskriminiert, da er den Grund der Kündigung in den Folgen seines Arbeitsunfalls sah, wobei er sich den Ellenbogen ausgekugelt hatte, dieser eingegipst werden musste und die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit nicht abzusehen war.

Das spanische Gericht legte dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob eine vorübergehende, durch einen Arbeitsunfall hervorgerufene Arbeitsunfähigkeit auf unbestimmte Zeit für sich allein bedeute, dass die gesundheitliche Einschränkung als „langfristig" im Sinne des Behinderungsbegriffs der RL 2000/78/EG qualifiziert werden könne.

Der EuGH wies daraus hin, dass das Merkmal der Langfristigkeit weder in der RL 2000/78/EG noch in der UN-BRK definiert werde und auch zur Ermittlung seiner Bedeutung nicht auf mitgliedstaatliches Recht verwiesen werde; der Begriff sei deshalb autonom und ein-

1194 Schlussanträge des Generalanwalts Niilo Jääskinen v. 17.07.2014, C-354/13, Rn. 50, 56.

1195 *Mair*, ZESAR 2015, 342 (343).

1196 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263-267.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

heitlich auszulegen,[1197] also losgelöst vom Begriffsverständnis innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.[1198]

Nichtsdestotrotz verzichtete der EuGH auf eine Festlegung des Begriffes, da es sich dabei um einen solchen tatsächlicher Natur handele; die Prüfung der Langfristigkeit der Beeinträchtigung sei deshalb Sache des vorlegenden Gerichts.[1199] Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Langfristigkeit seien aber einerseits die Nichtabsehbarkeit eines baldigen Endes der Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt des angeblich diskriminierenden Geschehnisses sowie die Möglichkeit eines erheblichen Andauerns der Arbeitsunfähigkeit bis zur Genesung.[1200] Als maßgeblichen Zeitpunkt für die Langfristigkeit legte der EuGH den Zeitpunkt der mutmaßlich diskriminierenden Handlung fest.[1201]

Im Ergebnis bedarf es für die Bestimmung der Langfristigkeit einer konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigung einer Prognose zum Zeitpunkt der vermeintlich diskriminierenden Handlung hinsichtlich der Dauer des Fortbestehens der Arbeitsunfähigkeit,[1202] bzw. allgemeiner gesprochen der gesundheitlichen Einschränkung. Daraus ergibt sich, dass die subjektive Einschätzung des Betroffenen genauso wenig relevant sein kann wie die tatsächliche Dauer der Einschränkung, solange die Prognose ihr langfristiges Andauern verspricht.[1203] Demgegenüber hatte sich Generalanwalt Bot für einen konkreteren Maßstab ausgesprochen, nämlich dergestalt, dass die Langfristigkeit einer Einschränkung anzunehmen sei, wenn sie aufgrund möglicher Folgeerscheinungen über die durchschnittliche Heilungsdauer einer

1197 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263, 256, juris Rn. 49 ff.

1198 *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, S. 83. Siehe zur Bedeutung der autonomen Auslegung im Unionsrecht bereits oben, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.a „Die Entwicklung des Behinderungsbegriffs in der Rechtsprechung des EuGH".

1199 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263, 265, juris Rn. 55.

1200 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263, 266, juris Rn. 56.

1201 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263, 265, juris Rn. 53.

1202 *Klein*, jurisPR-ArbR 1/2017, Anm. 2 (S. 3).

1203 *Klein*, jurisPR-ArbR 1/2017, Anm. 2 (S. 3).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Verletzung für lange Zeit fortbestehen könne.[1204] Dies hätte jedoch zur Folge, dass auch schlecht verheilende Erkrankungen womöglich als Behinderung zu begreifen wären.[1205] Der Entscheidung ist eine dahingehende Überlegung des EuGH indes nicht zu entnehmen.

(6) Zwischenfazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der EuGH den Behinderungsbegriff in Art. RL 2000/78/EG weit versteht und ihn autonom auslegt, sodass ihm ein unionsrechtsspezifischer Gehalt zukommt, der nicht notwendigerweise mit dem Begriffsverständnis im nationalen Recht der Mitgliedstaaten identisch ist.[1206] Durch die Ratifikation der UN-BRK durch die EU bilden die Bestimmungen dieses Übereinkommens seit dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens einen integrierenden Bestandteil der Unionsrechtsordnung.[1207] Für das Verständnis des Behinderungsgriffs der RL 2000/78/EG legt der EuGH somit das Verständnis des Art. 1 Abs. 2 UN-BRK zugrunde.

Zu betonen und zu begrüßen ist, dass sich der EuGH dem Merkmal der „Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren" ausdrücklich angeschlossen hat. Überzeugenderweise ist der Grund für die Entstehung einer Behinderung irrelevant; hier kommt es nicht darauf an, ob ihr ein Unfall oder eine Krankheit zugrunde lag und ob die gesundheitliche Beeinträchtigung selbst herbeigeführt wurde. Die Behinderung muss nicht einmal bei der diskriminierten Person selbst vorliegen, wie die Rechtssache *Coleman* gezeigt hat. Für die Langfristigkeit der Beeinträchtigung ist die Prognose zum Zeitpunkt der Diskriminierungshandlung entscheidend. Dass der EuGH hierfür keinen präzisen Zeitraum verlangt, sondern lediglich Anhaltspunkte für ihre Bestimmung gibt, erlaubt eine flexible Handhabung im nationalen Recht.

1204 Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot v. 26.05.2016, C-395/15, juris Rn. 47.

1205 *Klein*, jurisPR-ArbR 1/2017, Anm. 2 (S. 3).

1206 *Kerwer*, Das europäische Gemeinschaftsrecht und die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte, 2003, S. 792.

1207 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 556, juris Rn. 30; zuvor bereits sinngemäß EuGH, Urt. v. 30.04.1974 – 181/73, Rs. Haegeman – juris Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Hervorzuheben ist, dass weder die Gleichbehandlungsrichtlinie noch der EuGH zwischen Behinderung und Schwerbehinderung unterscheiden. Dementsprechend kann sich eine chronische Krankheit ohne Weiteres als Behinderung in diesem Sinne darstellen, wenn sie zu einer Teilhabebeeinträchtigung führt und von entsprechender Dauer ist.

b. Diskriminierung durch Nichtverbeamtung wegen gesundheitlicher Nichteignung

In Anbetracht der vorigen Ausführungen gilt es nun zu untersuchen, ob und inwiefern es eine Diskriminierung durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung darstellt, dass Bewerbern der Zugang zum öffentlichen Amt verwehrt wird, indem ihre Klage auf Berufung in das Beamtenverhältnis nach der Versagung des Zugangs durch die Verwaltung als unbegründet abgelehnt wird.

Vorab ist nochmals an den Ernennungsablauf[1208] zu erinnern: Allein der Bewerber, der sich aufgrund seiner fachlichen und charakterlichen Eignung als am besten geeignet herauskristallisiert, wird unter dem Vorbehalt des Bestehens seiner gesundheitlichen Eignung eingestellt. Ist der Bewerber gesundheitlich nicht geeignet, wird von der Übernahme in das Beamtenverhältnis abgesehen. Es ist somit zu betonen, dass im Fall einer Nichtverbeamtung aufgrund gesundheitlicher Nichteignung eindeutig und unmittelbar an eine gesundheitliche Beeinträchtigung angeknüpft wird. Ob es sich dabei um eine Diskriminierung im unionsrechtlichen Sinne handelt, ob sie unmittelbar, mittelbar oder verdeckt unmittelbar ist und ob sie sich möglicherweise rechtfertigen lässt, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen. Relevant ist die Unterscheidung deshalb, weil für eine etwaige Rechtfertigung einer mittelbaren bzw. unmittelbaren Diskriminierung unterschiedliche Voraussetzungen gelten.[1209] So sieht die RL 2000/78/EG gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. b) Nr. i eine Widerlegung durch ein rechtmäßiges Ziel und die Angemessenheit der Mittel zur Erreichung dieses Ziels allein für die mittelbare Diskriminierung vor, doch kommt eine *allge-*

1208 Siehe bereits oben unter Teil 4, Abschn. C „Die gesundheitliche Eignung im Prozess des Auswahlverfahrens".

1209 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 2 f.).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

meine Rechtfertigungsmöglichkeit für die unmittelbare Diskriminierung nicht infrage.[1210]

Gemäß Art. 2 Abs. 1 RL 2000/78/EG ist die Nicht-Diskriminierung Teil des Gleichbehandlungsgrundsatzes, nämlich dergestalt, dass „Gleichbehandlungsgrundsatz" im Sinne dieser Richtlinie bedeutet, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe geben darf. Der EuGH weist darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung eine Diskriminierung dann anzunehmen ist, wenn unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.[1211] Eine Benachteiligung muss nicht notwendigerweise durch eine aktive Handlung hervorgerufen werden, sondern kann sich auch durch ein Unterlassen ergeben;[1212] insbesondere die Verweigerung einer Chance kann sich als Benachteiligung manifestieren.[1213] Demgegenüber bedarf es für das Bestehen einer Benachteiligung in diesem Sinne weder einer Absicht noch einer feindlichen Gesinnung.[1214]

Gemäß Abs. 1 lit. a) des Art. 3 RL 2000/78/EG, der den Geltungsbereich der Richtlinie festlegt, gelten ihre Vorschriften für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, einschließlich des beruflichen Aufstiegs, und zwar auch hinsichtlich der Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen. Dementsprechend gilt das Diskriminierungsverbot zwei-

1210 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 180.

1211 EuGH, Urt. v. 14.02.1995 – C-279/93, Rs. Schumacker – NJW 1995, 1207, 1208, juris Rn. 30.

1212 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 19 m.w.N.

1213 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 141.

1214 Schlachter (Hrsg.)/*O'Cinneide/Liu*, 2000/78/EC: Framework Equality Directive, S. 80. A.A. Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 29, für den das Motiv der Benachteiligung erheblich ist. Vgl. dazu im nachfolgenden Kapitel.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

felsohne auch für die Auswahlentscheidung im Rahmen der Bestenauslese von Beamtenbewerbern.

(1) Unmittelbare Diskriminierung

Nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 1 lit. a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne des Abs. 1 vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Mithin erfordert der Tatbestand der unmittelbaren Diskriminierung dreierlei Voraussetzungen, nämlich zunächst die Benachteiligung einer Person mit Behinderung, und zwar zweitens gegenüber einer Person in einer vergleichbaren Situation und drittens, dass die Benachteiligung gerade aufgrund der Behinderung geschieht.[1215]

Weder die mittelbare noch die unmittelbare Diskriminierung werden wegen jedweder Benachteiligung untersagt, sondern verboten sind allein solche ungünstigen Behandlungen, die aufgrund eines in Art. 1 genannten Merkmals erfolgen.[1216] Eine Regelung oder Maßnahme ist dann benachteiligend, wenn sie unmittelbar mit einem in Art. 1 enthaltenen Merkmal begründet wird oder daran anknüpft.[1217] Eine andere Formulierung sieht eine unmittelbare Diskriminierung dann als gegeben an, wenn die Regelung oder Maßnahme eine Ungleichbehandlung bewirkt, die auf dem geschützten Merkmal beruht[1218] bzw. wenn die benachteiligende Regelung oder Maßnahme unmittelbar mit einem geschützten Merkmal begründet wird.[1219] Viel offener ist demgegenüber die Formulierung, wonach es ausreicht, dass ein inkrimi-

1215 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 11.
1216 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 26.
1217 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 26 m.w.N.
1218 EuGH, Urt. v. 19.01.2010 – C-555/07, Rs. Kücükdevici – NJW 2010, 427, 428, juris Rn. 31; EuGH, Urt. v. 06.11.2012 – C-286/12, Kommission/Ungarn – ZESAR 2013, 276, 281, juris Rn. 51.
1219 BAG, Urt. v. 21. 6. 2012 – 8 AZR 364/11 – NZA 2012, 1345, 1347, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

niertes Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat.[1220]

Zu eng und damit abzulehnen ist die Ansicht von *Mohr*, wonach das Motiv des Benachteiligenden für das Vorliegen einer Diskriminierung relevant wird.[1221] Den Zurechnungszusammenhang zwischen der Benachteiligung und dem inkriminierten Merkmal will er in einer subjektiven Gesinnung des Benachteiligenden sehen, die mithilfe des Art. 10 Abs. 1 RL 2000/78/EG nachgewiesen werden könne.[1222] Doch weder die Rechtsprechung des EuGH, des BAG oder des BVerwG, noch die Richtlinie selbst setzen eine derartige diskriminierende Gesinnung voraus.[1223] Umgekehrt würde der Schutz des Benachteiligten davon abhängen, dass er das Motiv des Arbeitgebers für die Ungleichbehandlung beweisen kann. Vor dem Hintergrund des „effet utile", wonach dem Unionsrecht im Rahmen seiner Auslegung zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen ist,[1224] verbietet sich eine solch enge Auslegung des Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 2000/78/EG, da dessen Schutz umso größere Wirkung entfaltet, je weiter sein Anwendungsbereich interpretiert wird. Auf eine benachteiligende Gesinnung des ungleich Behandelnden darf es also im Ergebnis nicht ankommen.

Um festzustellen, ob es zu einer relevanten Benachteiligung gekommen ist, bedarf es eines Vergleiches mit einer Person in einer ähnlichen Situation, wobei als Vergleichsperson jeder Beschäftigte oder

---

1220 BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07 – NZA 2009, 945, 947, juris Rn. 37. Ebenso VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 23.02.2016 – 5 K 774/14 – juris Rn. 31; VG Trier, Urt. v. 21.07.2015 – 1 K 556/15.TR – juris Rn. 51; VG Stuttgart, Urt. v. 17.09.2013 – 3 K 1995/13 – juris Rn. 26.

1221 So aber Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 29 bezüglich der Diskriminierung beim Zugang zur Erwerbstätigkeit.

1222 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 29.

1223 EuGH, Urt. v. 19.01.2010 – C-555/07, Rs. Kücükdevici – NJW 2010, 427, 428, juris Rn. 31; EuGH, Urt. v. 06.11.2012 – C-286/12, Kommission/Ungarn – ZESAR 2013, 276, 281, juris Rn. 51; BAG, Urt. v. 21. 6. 2012 – 8 AZR 364/11 – NZA 2012, 1345, 1347, Rn. 25; BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07 – NZA 2009, 945, 947, juris Rn. 37. Explizit BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 139 f., juris Rn. 17, wonach „nicht erforderlich ist, dass in Benachteiligungsabsicht gehandelt oder die Benachteiligung sonst schuldhaft bewirkt worden ist."

1224 *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. (2016), Rn. 172, 474; *Potacs*, EuR 2009, 465 (467 f.) m.w.N. zur Rspr.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

auch Amtsvorgänger herangezogen werden kann[1225] und damit ebenso Mitbewerber um ein öffentliches Amt mit vergleichbarer fachlicher und charakterlicher Eignung. Anhand des Ausdrucks „erfahren würde" in Art. 2 Abs. 1 lit. a) wird deutlich, dass es der tatsächlichen Existenz einer solchen Vergleichsperson nicht bedarf.[1226] Eine Vergleichbarkeit ist nur bei solchen Personen gegeben, die objektiv für die Stelle geeignet sind.[1227] Für den Fall des Zugangs zum Beamtenverhältnis ist Art. 33 Abs. 2 GG maßgeblich, das heißt, der Bewerber und die jeweilige Vergleichsperson müsste eine ähnliche Befähigung und fachliche Leistung aufweisen. Die Vergleichbarkeit bezieht sich hier *nicht* auf das Kriterium der gesundheitlichen Eignung, da dies erstens nicht unter Art. 33 Abs. 2 GG zu subsummieren ist[1228] und zweitens nur derjenige auf seine gesundheitliche Eignung untersucht wird, der am Ende tatsächlich eingestellt werden soll.[1229] Entscheidend ist dementsprechend die Eignung, soweit sie nicht die gesundheitliche Eignung meint, sowie die Befähigung und die fachliche Leistung. Ob die fachliche Leistung eines Bewerbers gegeben ist, bestimmt sich laut BVerwG anhand eines Vergleichs zwischen dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle und dem Leistungsprofil des Bewerbers.[1230]

Eine Ungleichbehandlung durch unmittelbares Anknüpfen an ein von Art. 1 geschütztes Merkmal hat unweigerlich die Bildung zweier homogener Gruppen zur Folge, und zwar insofern, als eine Gruppe ausschließlich aus solchen Personen besteht, die ein von Art. 1 geschütztes Merkmal aufweisen, wohingegen sich in der anderen Gruppe niemand mit einem solchen Merkmal befindet.[1231] Wird ein Bewerber deshalb nicht eingestellt, weil er behindert ist, käme es folglich einerseits zu einer Gruppe von Menschen mit Behinderungen und anderer-

1225 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 143 m.w.N.

1226 So i.E. EuGH, Urt. v. 10.03.2005 – C-196/02, Rs. Nikoloudi – NZA 2005, 807, 808, juris Rn. 27.

1227 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 18.

1228 So bereits in Teil 3 Abschn. B Kap. IV „Fazit: Die gesundheitliche Eignung ist keine Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes".

1229 Siehe bereits oben unter Teil 4 Abschn. C Kap. III „Konsequenz: Mindesteignung".

1230 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 141, juris Rn. 20.

1231 *Rupp*, RdA 2009, 307 (308).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

seits zu einer Gruppe von Menschen ohne Behinderungen; rechtstechnisch gesehen würde die Homogenität der Gruppen also den maßgeblichen Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung bewirken.[1232]

Auch wenn für den Auswahlprozess keine allgemeine Regel bestünde und lediglich Einzelfallentscheidungen getroffen würden, ließe sich das Differenzierungskriterium als allgemeine Regelung formulieren.[1233] Im soeben genannten Beispiel bestünde dementsprechend die allgemeine Regel des Einstellenden darin, von der Einstellung eines Menschen mit Behinderungen abzusehen, was die Bildung einer homogenen Gruppe von Menschen mit Behinderungen zur Folge hätte. Umgekehrt aber ist zu bedenken, dass allein die Bildung homogener Gruppen auch auf einem Zufall beruhen kann. Deshalb ist zu fordern, dass die Anwendung dieser allgemeinen Regel dazu führt, dass es „denklogisch unmöglich" ist, dass Träger des inkriminierten Merkmals in beiden dieser Gruppen vorkommen; erst dann liegt unumgänglich eine unmittelbare Benachteiligung vor.[1234]

Sollte es nun eine unmittelbare Diskriminierung darstellen, dass Bewerbern der Zugang zum öffentlichen Amt verwehrt wird, indem ihre Klage auf Berufung in das Beamtenverhältnis nach ihrer Ablehnung durch die Verwaltung als unbegründet abgelehnt wird, so müsste in diesem Zusammenhang ein Mensch mit einer Behinderung gegenüber einer Person benachteiligt worden sein, die sich in einer vergleichbaren Situation befindet, aber nicht behindert ist, und diese Benachteiligung müsste sich aufgrund der Behinderung vollziehen. Das BVerwG führt dazu Folgendes aus:

> „Während grundsätzlich bei der Einstellung von Beamten die körperliche Eignung für die gesamte Laufbahn mit allen zu ihr gehörenden Ämtern und den diesen zugeordneten Dienstposten zu verlangen ist […], gilt dies bei Schwerbehinderten daher nicht. Hier wird nur das Mindestmaß körperlicher Eignung vorausgesetzt, so dass der Schwerbehinderte nicht für alle Dienstposten geeignet sein muss. Zu prüfen ist vielmehr, ob die körperliche Eignung ausreicht, um dem Bewerber irgendeine amtsangemes-

1232 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 13.
1233 *Rupp*, RdA 2009, 307 (308).
1234 *Rupp*, RdA 2009, 307 (308).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> sene Beschäftigung zuweisen zu können, die mit den dienstlichen Bedürfnissen in Einklang steht […].“[1235]

Im Ergebnis wird hier eine Ungleichbehandlung von Menschen beschrieben, die nicht behindert sind, und solchen, die schwerbehindert bzw. gleichgestellt sind, und zwar dergestalt, dass schwerbehinderte und gleichgestellte Bewerber sich nur an einem geringeren Prognosemaßstab messen lassen müssen. Diese Ungleichbehandlung ist insofern nicht zu beanstanden, als sie zu einer Besserstellung des behinderten Bewerbers führt und nicht zu einer Benachteiligung. Andererseits besteht aber eine Ungleichbehandlung von Menschen, die schwerbehindert und gleichgestellt sind, zu solchen, die zwar behindert, aber nicht schwerbehindert und auch nicht gleichgestellt sind. Sie können sich ihrerseits nicht auf die geringeren Anforderungen des gesenkten Prognosemaßstabs berufen. Das BVerwG ist allerdings der Meinung, entsprechende Modifikationen der Eignungsanforderungen für Behinderte, die weder schwerbehindert noch schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind, seien verfassungsrechtlich nicht geboten.[1236]

Das führt zu dem Ergebnis, dass einerseits nicht behinderte Menschen mit einfach behinderten Menschen gleich behandelt werden und somit dieselbe Regel auf unterschiedliche Situationen angewandt wird. Weiterhin werden schwerbehinderte Menschen und Gleichgestellte denjenigen Menschen gegenüber bevorzugt behandelt, die lediglich einfach behindert sind. Nach der Wertung der RL 2000/78/EG sowie der UN-BRK gelten aber beide Bewerber gleichermaßen als behindert, sodass hier unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt dementsprechend in beiden Fällen eine Diskriminierung vor.[1237]

Von Roetteken bejaht hier eine unmittelbare Diskriminierung, da der Prognosemaßstab des BVerwG unmittelbar an die gesundheitliche Verfassung des Betroffenen anknüpfe und dieser Maßstab ausschließlich darauf gerichtet sei, Menschen vom Zugang zum Beamtenverhältnis auszuschließen, die von „hinreichend erheblichen gesundheitlichen dauerhaften Einschränkungen gesundheitlicher Art“ betroffen

1235 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.
1236 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253, juris Rn. 34.
1237 EuGH, Urt. v. 14.02.1995 – C-279/93, Rs. Schumacker – NJW 1995, 1207, 1208, juris Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

seien.[1238] Er weist außerdem darauf hin, dass der Behinderungsbegriff der UN-BRK wie auch der des EuGH zukunftsgerichtet seien und dass sich der Begriff nicht nur auf den aktuellen Zustand einer Person beziehe, also auf eine gegenwärtige Teilhabebeeinträchtigung, sondern ebenfalls bedenke, dass die Möglichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen bestehe.[1239] Dies lässt sich insofern hören, als die Definition auf Beeinträchtigungen abstellt, die den Betroffenen an der Teilhabe hindern *können*. Nach *von Roetteken* wäre es somit möglich, dass bereits dann eine Behinderung vorliegt, wenn lediglich zunächst eine Einschränkung besteht, die dann aber später in Kombination mit einem bestimmten Ereignis die Teilhabebeeinträchtigung auslöst. In der Konsequenz wären auch diejenigen Personen in den Schutzbereich der Richtlinie einbezogen, die lediglich gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX von Behinderung bedroht sind. Menschen sind nach dieser Vorschrift von Behinderung bedroht, wenn eine Beeinträchtigung zu erwarten ist. Dies, so *von Roetteken*, sei zumindest dann der Fall, wenn die Behandlung unmittelbar an eine beim Betroffenen bestehende Einschränkung anknüpfe und dies zu einer Schlechterstellung gegenüber einer anderen Personen führe. Dieser Ansatz würde bedeuten, dass ein von Behinderung bedrohter Mensch dadurch zu einem behinderten Menschen würde, dass die Verwaltung diesen Menschen benachteiligt, indem sie an den Gesundheitszustand anknüpft und prognostiziert, dass dieser sich verschlechtern wird, und deshalb von einer Verbeamtung dieser Person absieht.[1240] Im Umkehrschluss würde der von Behinderung bedrohte Betroffene erst durch seine Ablehnung „vollständig" behindert. Die diskriminierende Handlung würde folglich eine Behinderung erst begründen. Jedoch muss eine Einschränkung, die zur Behinderung führt, unabhängig von der konkreten Maßnahme des Dienstherrn ergehen, sprich, der Betroffene muss schon behindert gewesen sein, um aufgrund seiner Behinderung diskriminiert werden zu können.

1238 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 229 ff.

1239 Siehe auch nachfolgend *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 1 ff.).

1240 So wohl *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 2).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

So wünschenswert eine Änderung der Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis hinsichtlich der Zugangspolitik zum öffentlichen Amte für Menschen mit Behinderungen ist – ein Einbeziehen von Menschen unter den Schutzbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund der Behinderung, die lediglich von einer Behinderung bedroht sind, würde den Begriff ins Uferlose ausweiten lassen und seine Konturen verwässern. Das Neunte Sozialgesetzbuch unterscheidet deshalb so feingliedrig zwischen den verschiedenen Ausprägungen einer Behinderung, weil es für jede von ihnen bestimmte Leistungen vorsieht. Insofern handelt es sich dabei ebenso wie beim Begriff der Schwerbehinderung um ein exklusives Phänomen des SGB IX. Deshalb sind Personen, die nach diesem Gesetz von Behinderung lediglich bedroht sind, nicht behindert im Sinne der Richtlinie und der Behindertenrechtskonvention. Demgegenüber sind Personen, die nach dem SGB IX schwerbehindert sind, erst recht behindert im Sinne der Richtlinie, da ja schon „einfach" behinderte Menschen im Sinne des SGB IX unter den unions- und völkerrechtlichen Begriff fallen.

Auch wenn das BVerwG in seiner Entscheidung zwischen einer einfachen und einer Schwerbehinderung bzw. einer Gleichstellung differenziert, so ist doch die Behinderung nicht der eigentliche Anknüpfungspunkt, jedenfalls nicht direkt. Vielmehr wird auf die körperliche Eignung abgestellt, die bei nicht behinderten Menschen sowie einfach behinderten Menschen vollumfänglich gegeben sein muss, bei schwerbehinderten Menschen hingegen lediglich zu einem geringeren Maß.

Dies bestätigt auch die Bildung von Gruppen zur Ermittlung ihrer Homogenität: In der ersten Vergleichskonstellation der nicht behinderten und der einfach behinderten Menschen befinden sich in der einen Gruppe Nichtmerkmalsträger, in der anderen Gruppe Menschen mit Behinderung. In der zweiten Vergleichskonstellation der Schwerbehinderten bzw. Gleichgestellten und den einfach behinderten Menschen befinden sich in beiden Gruppen Merkmalsträger, auch wenn sich ihre Behinderung in verschiedenen Schweregraden manifestiert. Fügt man diese Ergebnisse zusammen, stellt sich heraus, dass es stets vom Konkurrenten eines einfach behinderten Menschen abhängt, ob zwei Gruppen mit einer jeweils eigenen Homogenität entstehen: Ist sein Konkurrent nicht behindert, entstehen zwei homogene Gruppen. Ist der Konkurrent schwerbehindert, entstehen gar keine homogenen

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Gruppen. Ist er einfach behindert, befindet er sich in derselben Gruppe wie der Bewerber.

Eine hypothetische allgemeine Regel der Nichteinstellung aufgrund einer Behinderung würde demgemäß nicht dazu führen, dass es ausgeschlossen ist, dass Träger des inkriminierten Merkmals in beiden dieser Gruppen vorkommen. Im Ergebnis liegt deshalb keine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie vor.[1241] Es wird hinsichtlich des Kriteriums der gesundheitlichen Eignung nicht direkt an das Kriterium einer Behinderung angeknüpft, sondern lediglich an eine gesundheitliche Beeinträchtigung.

(a) Möglichkeiten einer Rechtfertigung

Wenn nichtsdestotrotz davon auszugehen wäre, dass es sich bei der derzeitigen beamtenrechtlichen Auswahlpraxis um eine unmittelbare Diskriminierung handelt, wie es beispielsweise von *v. Roetteken* vertreten wird,[1242] dann könnte diese wiederum nicht gerechtfertigt werden. Grundsätzlich sind unmittelbare Diskriminierungen nicht zu rechtfertigen.[1243] Durch die Unmittelbarkeit der Diskriminierung wird grundsätzlich die Rechtswidrigkeit der benachteiligenden Verhaltensweise indiziert, ausnahmsweise besteht aber die Möglichkeit ihrer Rechtfertigung nach Maßgabe der Art. 4 bis 7 RL 2000/78/EG.[1244] Obgleich es aus ihrem Wortlaut nicht auf Anhieb hervorgeht, stellen die Art. 2 Abs. 5 und Art. 4 bis Art. 7 RL 2000/78/EG Rechtfertigungstatbestände für eine Diskriminierung dar.[1245] Weitere Rechtfertigungsmöglichkeiten einer unmittelbaren Diskriminierung sind nicht vorgesehen.[1246]

Art. 6 bezieht sich ausschließlich auf die gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters und stellt damit in der Struktur der

1241 A.A. v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 229.

1242 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 229 ff.

1243 Schlachter (Hrsg.)/*O'Cinneide/Liu*, 2000/78/EC: Framework Equality Directive, S. 80.

1244 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 14.

1245 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 39.

1246 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Richtlinie insofern eine einzigartige Bestimmung dar, als sie es ermöglicht, dass eine unmittelbare Benachteiligung objektiv gerechtfertigt werden kann.[1247] Art. 6 RL 2000/78/EG stellt eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters dar[1248] und ist als eine solche eng auszulegen. Sie kann folglich nicht für eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aus anderen Gründen als des Alters herangezogen werden.

Art. 7 enthält die Möglichkeit der Mitgliedstaaten zum Ergreifen positiver und spezifischer Maßnahmen zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben, mit denen Benachteiligungen wegen eines in Art. 1 genannten Diskriminierungsgrunds verhindert oder ausgeglichen werden. Im Falle von Menschen mit Behinderung steht der Gleichbehandlungsgrundsatz weder dem Recht der Mitgliedstaaten entgegen, Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz beizubehalten oder zu erlassen, noch steht er Maßnahmen entgegen, mit denen Bestimmungen oder Vorkehrungen eingeführt oder beibehalten werden sollen, die einer Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern, Art. 7 Abs. 2 RL 2000/78/EG. Diese Fördermaßnahmen beinhalten folglich die Möglichkeit einer Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung *zugunsten* des Merkmalsträgers und vermögen eine Benachteiligung eines Merkmalsträgers nicht zu rechtfertigen.

(b) Etwaige Rechtfertigung nach Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG

Nach Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG berührt die Richtlinie nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

1247 Schlachter (Hrsg.)/*O'Cinneide/Liu*, 2000/78/EC: Framework Equality Directive, S. 99.

1248 EuGH, Urt. v. 13.09.2011 – C-447/09, Rs. Prigge – NJW 2011, 3209, 3213, juris Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Dieser in Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG normierte Ordre-Public-Vorbehalt ist lex specialis zu Art. 4 Abs. 1 sowie zu Art. 6 Abs. 1.[1249]

Der 18. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG normiert, dass mit dieser Richtlinie den Streitkräften sowie der Polizei, den Haftanstalten oder den Notfalldiensten unter Berücksichtigung des rechtmäßigen Ziels, die Einsatzbereitschaft dieser Dienste zu wahren, nicht zur Auflage gemacht werden darf, Personen einzustellen oder weiter zu beschäftigen, die nicht den jeweiligen Anforderungen entsprechen, um sämtliche Aufgaben zu erfüllen, die ihnen übertragen werden können. Nach dem 19. Erwägungsgrund können sich die Mitgliedstaaten zur Sicherung der Schlagkraft ihrer Streitkräfte dafür entscheiden, dass die eine Behinderung und das Alter betreffenden Bestimmungen dieser Richtlinie auf alle Streitkräfte oder einen Teil ihrer Streitkräfte keine Anwendung finden. Die Mitgliedstaaten, die eine derartige Entscheidung treffen, müssen den Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung festlegen.

Zu den Notfalldiensten in diesem Sinne gehört die Berufsfeuerwehr;[1250] Polizei und Vollzugsdienst sind ebenso aufgeführt. Dabei handelt es sich um Sonderlaufbahnen, deren grundsätzliche Anforderung an körperliche Leistungsfähigkeit offenkundig nachvollziehbar ist und für die das Verlangen nach einer gesundheitlichen Eignung unproblematisch ist, solange das jeweilige Amt eine solche erfordert.[1251] Der allgemeine Verwaltungsdienst ist damit aber ganz offensichtlich nicht gemeint.

(c) Etwaige Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG

Nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten ungeachtet des Art. 2 Abs. 1 und 2 vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Art. 1

1249 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 4 RL 2000/78/EG, Rn. 5 m.w.N.

1250 EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244, 246, juris Rn. 38.

1251 Siehe eingehend zu diesem Argument sowie weiterführend zum Inhalt des 18. Erwägungsgrundes der RL 2000/78/EG sogleich im nachfolgenden Kapitel.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

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. Wie der Wortlaut verdeutlicht, werden nur Ungleichbehandlungen wegen eines Merkmals erfasst, das in *Zusammenhang* mit einem Diskriminierungsgrund aus Art. 1 steht, nicht jedoch solche, die *aufgrund* eines solchen Merkmals ergehen.[1252]

Im konkreten Fall ist das Merkmal, das vermeintlich eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, die gesundheitliche Eignung. Diese steht auch im Zusammenhang mit einem Diskriminierungsgrund aus Art. 1 der Richtlinie, nämlich mit dem Kriterium der Behinderung.[1253] Die erforderliche Verknüpfung zwischen der Anforderung und dem geschützten Diskriminierungsgrund ist folglich gegeben.

Nach Art. 4 Abs. 1 ist Bedingung für die Rechtfertigung einer benachteiligenden Ungleichbehandlung, dass das Merkmal, das mit einem der in Art. 1 genannten Gründe in Zusammenhang steht, wegen der Art der beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt.[1254]

Die Unmittelbarkeit der Diskriminierung unterstellt, müsste der für die Verbeamtung als Voraussetzung zugrunde gelegte Prognosemaßstab eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung sein, die einen rechtmäßigen Zweck verfolgt und eine angemessene berufliche Anforderung darstellt.[1255] Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Zwecks gibt der 18. Erwägungsgrund der Richtlinie einige Anhaltpunkte:

1252 EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244, 246, juris Rn. 35.

1253 Vgl. für den Zusammenhang der körperlichen Eignung mit dem Merkmal des Alters EuGH, Urt. v. 13.11.2014 – C-416/13, Rs. Vital Pérez – NVwZ 2015, 427, 429, juris Rn. 48, bzw. nachfolgend EuGH, Urt. v. 15.11.2016 – C-258/15, Rs. Salaberria Sorondo – VR 2017, 68-69.

1254 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 4 RL 2000/78/EG, Rn. 2.

1255 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 3).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> „Insbesondere darf mit dieser Richtlinie den Streitkräften sowie der Polizei, den Haftanstalten oder den Notfalldiensten unter Berücksichtigung des rechtmäßigen Ziels, die Einsatzbereitschaft dieser Dienste zu wahren, nicht zur Auflage gemacht werden, Personen einzustellen oder weiter zu beschäftigen, die nicht den jeweiligen Anforderungen entsprechen, um sämtliche Aufgaben zu erfüllen, die ihnen übertragen werden können."

In Bezug darauf hat der EuGH die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Feuerwehr[1256] als rechtmäßiges Ziel bejaht; darüber hinaus sah er die Sicherheit des Flugverkehrs[1257] sowie die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Polizei[1258] als einen rechtmäßigen Zweck im Sinne von Art. 4 Abs. 1 an. Das BVerwG, das für den Fall der Nichtverbeamtung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen von einer mittelbaren Diskriminierung ausgeht, sieht ein angemessenes Ziel (im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG) im Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestand der Beamten; dies folge aus dem Zusammenhang zwischen der Dienstleistung der Beamten und den Versorgungsleistungen im Ruhestand.[1259] Es erklärt darüber hinaus:

> „Der zeitliche Bezugspunkt der Prognoseentscheidung ist – vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung – durch das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip vorgegeben. Die hauptberufliche Beschäftigung auf Lebenszeit und das hiermit korrespondierende Alimentationsprinzip sind prägende Strukturmerkmale des Berufsbeamtentums […]. Sie bilden die Voraussetzung dafür, dass sich der Beamte ganz dem öffentlichen Dienst als Lebensberuf widmen und in rechtlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit zur Erfüllung der dem Berufsbeamtentum vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern, beitragen kann.
> Das auf Lebenszeit angelegte Beamtenverhältnis, das Schutz vor Entlassung, amtsangemessene Besoldung und lebenslange Versorgung für den Beamten und seine Hinterbliebenen gewährleistet, rechtfertigt das Inter-

1256 EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244, 246, juris Rn. 38 f.

1257 EuGH, Urt. v. 13.09.2011 – C-447/09, Rs. Prigge – NJW 2011, 3209, 3213, juris Rn. 68 f.

1258 EuGH, Urt. v. 13.11.2014 – C-416/13, Rs. Vital Pérez – NVwZ 2015, 427, 429, juris Rn. 44.

1259 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 257, juris Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> esse des Dienstherrn an einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit des Beamten […]. Die Versorgungslast der pensionierten Beamten wird im Gegensatz zum umlagefinanzierten Rentenversicherungssystem in vollem Umfang aus dem Haushalt der Anstellungskörperschaft finanziert. Ein angemessenes Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast hat deshalb bei Beamten besonderes Gewicht."[1260]

Es sei im Folgenden die Rechtmäßigkeit des Ziels eines ordnungsgemäßen Funktionierens des allgemeinen staatlichen Verwaltungsapparates unterstellt, auch wenn der 18. Erwägungsgrund sich offenkundig auf solche Tätigkeiten bezieht, die typischerweise in Sonderlaufbahnen anzutreffen sind. Es stellt sich nun die Frage, ob es sich bei der gesundheitlichen Eignung um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 handelt.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes ist es Sache des Dienstherrn, die Dienstposten nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten einzurichten und näher auszugestalten.[1261] Dementsprechend unterliegen der Zuschnitt der Dienstposten sowie die der Bewerberauswahl zugrunde zu legenden Anforderungen seinem organisatorischen Ermessen.[1262] Das BVerwG führt dazu aus:

> „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 […]. Auf dieser Grundlage muss festgestellt werden, ob ein Bewerber, dessen Leistungsfähigkeit – etwa aufgrund eines chronischen Leidens – gemindert ist, den Anforderungen gewachsen ist, die die Ämter einer Laufbahn für die Dienstausübung stellen."[1263]

Die gesundheitliche Eignung stellt also nach Ansicht der Rechtsprechung eine berufliche Anforderung dar. Zweifelhaft ist aber, inwiefern sie wesentlich und entscheidend im Sinne des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG ist. Die Anforderungen müssen objektiv zur Ausfüh-

1260 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258, juris Rn. 50 f.
1261 BAG, Urt. v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – NJW 2009, 3672, 3675, juris Rn. 39.
1262 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 08.10.2007 – 2 BvR 1846/07 – NVwZ 2008, 69, 69 f., juris Rn. 16. Siehe zum Anforderungsprofil bereits oben, Teil 4 Abschn. C Kap. I.2.
1263 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rung der übertragenen Tätigkeiten erforderlich sein, was der Fall ist, wenn sie tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen dieser Tätigkeiten darstellen; ausreichend ist aber auch, dass das Nichtvorliegen der Anforderung dazu führt, dass die Tätigkeit nur schlechter erfüllt werden kann.[1264] Mit anderen Worten ist eine berufliche Anforderung dann wesentlich und entscheidend, wenn die Tätigkeit ohne dieses Merkmal bzw. ohne Fehlen dieses Merkmals entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann.[1265] Dabei soll das Adjektiv „wesentlich" eine Erheblichkeitsschwelle bewirken.[1266]

Ob eine Anforderung wesentlich ist, lässt sich durch einen Vergleich herausfinden, und zwar zwischen dem gesamten auszuführenden Aufgabenbereich zu demjenigen Teilbereich, der ohne das Merkmal nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden kann.[1267] Wenn letzterer einen erheblichen Teil des gesamten Aufgabenfeldes ausmacht, handelt es sich bei dem Merkmal um eine wesentliche berufliche Anforderung.[1268]

Dafür spricht auch die Rechtsprechung des EuGH, der in einem vergleichbaren Zusammenhang in zwei Rechtssachen zu entscheiden hatte, in denen es um die Zulässigkeit einer Höchstaltersgrenze als Voraussetzung für die Einstellung als Polizeibeamter bzw. als Berufsfeuerwehrmann ging. Interessant sind hier die vom EuGH vorgenommenen Differenzierungen hinsichtlich der Tätigkeit innerhalb des feuerwehrtechnischen Dienstes bzw. des Polizeivollzugsdienstes. In der Rechtssache *Wolf* unterschied der EuGH folgendermaßen:

> „Anders als die Aufgaben der Direktion und der Führungskräfte des feuerwehrtechnischen Dienstes sind die Tätigkeiten des mittleren feuerwehrtechnischen Dienstes körperlicher Art. Zu diesem Zweck sind die Angehörigen dieses Dienstes an der Brandbekämpfung, der Personenrettung, an Aufgaben im Bereich des Umweltschutzes, der Tierrettung und dem Schutz vor gefährlichen Tieren sowie an unterstützenden Aufgaben wie Instandhaltung und Kontrolle der Schutzausrüstungen und Einsatzfahrzeuge beteiligt. Demnach kann eine besonders ausgeprägte körperliche

1264 ErfK/*Schlachter*, § 8 AGG, Rn. 4 m.w.N.
1265 BAG, Urt. v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – NJW 2009, 3672, 3675, juris Rn. 38.
1266 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 321 m.w.N.
1267 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 321.
1268 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 321.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> Eignung als eine für die Berufsausübung im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie angesehen werden."[1269]

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass „eine besonders ausgeprägte körperliche Eignung" nur ausnahmsweise eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, nämlich allein dann, wenn die konkrete Tätigkeit dies erfordert.

In der Rechtssache *Vital Pérez* wies der EuGH darauf hin, dass die Eignung, über die die Beamten der örtlichen Polizei für die Erfüllung bestimmter Aufgaben verfügen müssen, nicht immer mit der „außergewöhnlich hohen" körperlichen Eignung vergleichbar sei, die der Feuerwehr insbesondere bei der Brandbekämpfung regelmäßig abverlangt werde.[1270] Wenn schon im Rahmen der Sonderlaufbahn des Polizeivollzugsdienstes eine körperliche Eignung nicht generell als entscheidende berufliche Anforderung bejaht wird, dann wohl erst recht nicht für den allgemeinen Verwaltungsdienst.

Dies wird durch die Entscheidung in der Rechtssache *Salaberria Sorondo*[1271] bestätigt: Hier hielt der EuGH den Ausschluss eines Bewerbers für den Polizeidienst, der die entscheidende Altersgrenze von 35 Jahren überschritten hatte, zwar für unionsrechtlich zulässig. Im Unterschied zur Rechtssache *Vital Pérez*, wo es um die Einstellung in den örtlichen Polizeidienst ging, behandelt die Rechtssache *Salaberria Sorondo* aber das Bewerbungsverfahren um eine Einstellung in den nationalen Vollzugsdienst.[1272] Davon abgesehen unterschieden sich beide Rechtssachen jedoch nicht grundsätzlich.[1273] Allerdings konnte im letztgenannten Fall verdeutlicht werden, warum eine Altersgrenze von 35 Jahren eine wesentliche berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie darstellte. Denn während die Aufgaben der örtlichen Polizei unter anderem darin bestünden, „den Schutz der Behörden der kommunalen Gebietskörperschaften und die Bewachung von

1269 EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244, 246, juris Rn. 40.
1270 EuGH, Urt. v. 13.11.2014 – C-416/13, Rs. Vital Pérez – NVwZ 2015, 427, 429 f., juris Rn. 54.
1271 EuGH, Urt. v. 15.11.2016 – C-258/15, Rs. Salaberria Sorondo – VR 2017, 68-69.
1272 *Müller-Wenner*, AuR 2017, 39 (39).
1273 *Müller-Wenner*, AuR 2017, 39 (39).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

deren Gebäuden zu gewährleisten, den Verkehr im Ortsbereich zu ordnen, durch Zeichen zu regeln und zu leiten sowie ordnungsbehördliche Tätigkeiten auszuüben", sei es „grundlegende Aufgabe" des betrefflichen Vollzugsdienstes, „Personen und Sachen zu schützen, die freie Ausübung ihrer Rechte und Freiheiten zu gewährleisten und für die Sicherheit der Bürger im gesamten Gebiet der Autonomen Gemeinschaft zu sorgen."[1274] Maßgeblicher Unterschied zwischen den beiden Vorlagesituationen war somit, dass für den der Rechtssache *Vital Pérez* zugrunde liegenden örtlichen Polizeidienst jedenfalls auch administrative Aufgaben zu erledigen waren, für den der Rechtssache *Salaberria Sorondo* zugrunde liegenden Vollzugsdienst dagegen ausschließlich „Einsatz- und Vollzugsaufgaben, [...] die Anwendung körperlicher Gewalt und die Erfüllung der Aufgaben unter schwierigen oder gar extremen Einsatzbedingungen zu Folge haben können".[1275] Es konnte darüber hinaus glaubhaft gemacht werden, dass mit zunehmendem Alter ein erheblicher körperlicher Leistungsrückgang verzeichnet werden kann.[1276] Die Entscheidung in der Rechtssache *Salaberria Sorondo* verdeutlicht deshalb ein weiteres Mal, dass es für die Frage, ob die gesundheitliche und körperliche Verfassung eines Bewerbers eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt, auf die jeweils wahrzunehmende Tätigkeit ankommt.

Bezugspunkt für die gesundheitliche Eignung ist, anders als es das BVerwG zuweilen anklingen lässt, das Amt im abstrakt-funktionellen Sinne,[1277] also der Aufgabenkreis eines Beamten. Im Gegensatz zu den Laufbahnen der Berufsfeuerwehr oder des Vollzugsdienstes erfordern die Tätigkeiten im allgemeinen Verwaltungsdienst weder ein bestimmtes Maß an Körperkraft noch eine generelle Fitness.[1278] Liegt hierfür eine gesundheitliche Eignung nicht vor, ist die Ausführung der Tätigkeit weder unmöglich noch schlechter erfüllbar. Wohl mag es eintreten,

1274 EuGH, Urt. v. 15.11.2016 – C-258/15, Rs. Salaberria Sorondo – VR 2017, 68, 69, juris Rn. 40.

1275 EuGH, Urt. v. 15.11.2016 – C-258/15, Rs. Salaberria Sorondo – VR 2017, 68, 69, juris Rn. 41.

1276 EuGH, Urt. v. 15.11.2016 – C-258/15, Rs. Salaberria Sorondo – VR 2017, 68, 69, juris Rn. 42.

1277 Siehe bereits oben, Teil 4 Abschn. B Kap. IV „Präzisierung".

1278 So im Umkehrschluss v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 236.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dass die Dauer der Leistungsfähigkeit eines Bewerbers mit körperlichen Einschränkungen nicht dem nach Rechtsprechung und Verwaltung für die gesundheitliche Eignung zu erfüllenden Prognosezeitraum genügt, für den die Zeitspanne zwischen Höchstaltersgrenze für den Eintritt ins Beamtenverhältnis und die Regelaltersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand zugrunde gelegt wird. Eine Abnahme der Leistungsfähigkeit wäre jedoch nicht untypisch für Menschen mit Behinderungen, deren Segregation das Antidiskriminierungsrecht ja gerade vermeiden will. Letztlich lässt sich feststellen, dass die gesundheitliche Eignung in ihrer Pauschalität als Zugangskriterium keinen Bezug zur Tätigkeit aufweist, der maßgeblich den Erfolg der Tätigkeit bestimmt. Denn eine fehlende gesundheitliche Eignung hindert grundsätzlich nicht die Ausführung der Tätigkeit an sich, sondern allenfalls die vorgesehene Dauer der Tätigkeit. Es gibt somit – von den Sonderlaufbahnen abgesehen und dort, wie dargestellt, auch nicht generell – schon gar keinen Aufgabenbereich, der ohne die gesundheitliche Eignung nicht ausgeführt werden könnte. Dafür spricht auch die Rechtsprechung des BVerwG, wonach schwerbehinderten Menschen ja gerade das Recht zuerkannt wird, dass sich ihre Prognose lediglich auf einen Teilbereich der auszuübenden Aufgaben bezieht. Dadurch wird deutlich, dass es in der allgemeinen Verwaltung keinen Teilbereich gibt, der ohne die gesundheitliche Eignung nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden könnte.

Das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung nimmt zwar gewissermaßen eine Sonderstellung ein, was sich aus dem Erwägungsgrund Nr. 17 der Richtlinie ergibt. Danach wird unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen zu treffen, nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.

Doch wie sich herausgestellt hat, hindert eine gesundheitliche Beeinträchtigung oder gar eine Behinderung unabhängig von ihrem Grad nicht zwingend die Erfüllung der wesentlichen Funktionen eines jeden Arbeitsplatzes. Vielmehr kommt es hier – wie anhand der Recht-

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sprechung des EuGH gesehen – darauf an, welche Tätigkeiten wahrgenommen werden sollen, die ihrerseits körperliche Anforderungen an den Bewerber rechtfertigen können. Ob bestehende Beeinträchtigungen, die einen Bewerber an der Ausübung der wahrzunehmenden Tätigkeit hindern, durch angemessene Vorkehrungen neutralisiert werden können, ist indes eine Frage des Art. 5 RL 2000/78/EG.[1279] Angesichts dieser Feststellungen stellt im Ergebnis die gesundheitliche Eignung keine entscheidende und wesentliche berufliche Anforderung für den Zugang zum Beamtenverhältnis dar, sondern sie kann allein für diejenigen Ämter Voraussetzung sein, deren Wahrnehmung und Ausübung bestimmte körperliche oder auch psychische Anforderungen an den Bewerber stellen und die ohne diese nicht ordnungsgemäß erfüllt werden können.

Darüber hinaus ist für das Verständnis der „beruflichen Anforderungen" im Sinne des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG dasjenige zu berücksichtigen, welches die Kommission im Sinne hatte – danach kann ein Arbeitgeber bzw. Dienstherr nämlich lediglich verlangen, dass ein bestimmtes Merkmal bei einem Bewerber vorliegt, er kann jedoch nicht verlangen, dass es *nicht* besteht.[1280] Dafür spricht auch der Wortlaut der Norm, wenn sie darauf abstellt, dass „das betreffende Merkmal […] eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt". Eindeutig wird hier das Vorhandensein eines Merkmals zugrunde gelegt, nicht seine Abwesenheit. Wohl mag es schwierig sein, sich eine Tätigkeit auszumalen, für die das Bestehen einer Behinderung Voraussetzung sein kann.[1281] Das ändert aber nichts an der Intention des europäischen Gesetzgebers, der eine positive Bezugnahme auf ein geschütztes Merkmal im Sinn hatte.[1282] Der die RL 2000/78/EG umsetzende deutsche Gesetzgeber begnügte sich demgegenüber mit

1279 Siehe dazu weiter unten, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.c „Benachteiligung durch Nichtgewährung angemessener Vorkehrungen?".

1280 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 318. Mit Bezugnahme auf KOM (1999) 566 endg. v. 25.11.1999, S. 9. Anders *Däubler*, ZfA 2006, 479 (483), wonach der Fall, dass die Arbeitsleistung ohne das fragliche Merkmal nicht vertragsgemäß erbracht werden kann, demjenigen Fall gleichzustellen ist, in dem eine geschützte Eigenschaft der Leistung entgegensteht, wie bspw. die Behinderung.

1281 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 319.

1282 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 318.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einem sozusagen gar umgekehrten und damit von der Kommission nicht intendierten sehr weiten Verständnis des Art. 4 Abs. 1; so ist in der Gesetzesbegründung zum AGG allein die Rede davon, Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie stelle klar, „unter welchen allgemeinen Voraussetzungen berufliche Anforderungen eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können".[1283]

Letztlich ist an den Positivkatalog des Art. 33 Abs. 2 GG zu erinnern, der sachfremde Erwägungen im Auswahlprozess ausschließen will; auch das in ihm enthaltene Leistungsprinzip wird wie gesehen nicht durch die gesundheitliche Eignung konkretisiert.[1284] Dementsprechend kann die gesundheitliche Eignung keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung konstituieren.

Hinzu kommt, dass das Kriterium der Wesentlichkeit angesichts des von der Richtlinie angestrebten Benachteiligungsschutzes eng auszulegen ist.[1285] So verneinte der EuGH die Angemessenheit einer Anforderung sogar in einem Fall, in dem es sich bei einer konkreten Maßnahme um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung handelte.[1286] Er verwies diesbezüglich auf den 23. Erwägungsgrund der Richtlinie, wonach eine unterschiedliche Behandlung unter solchen Umständen nur „unter sehr begrenzten Bedingungen" gerechtfertigt sein kann.

Darüber hinaus wäre die gesundheitliche Eignung als berufliche Anforderung nicht angemessen. Eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung ist nämlich nur dann gestattet, wenn das Anknüpfen an ein geschütztes Merkmal einen legitimen Zweck verfolgt und die Ungleichbehandlung zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.[1287]

1283 BT-Drucks. 16/1780, S. 35.

1284 Siehe bereits oben, Teil 3 Abschn. B Kap. IV „Fazit: Die gesundheitliche Eignung ist keine Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes".

1285 *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296 (298), die darauf hinweisen, dass die zusätzliche Einschränkung auf „wesentliche" Anforderungen eine „Erheblichkeitsschwelle statuieren" sollen. EuGH, Urt. v. 13.09.2011 – C-447/09, Rs. Prigge – NJW 2011, 3209, 3213, juris Rn. 72.

1286 EuGH, Urt. v. 13.09.2011 – C-447/09, Rs. Prigge – NJW 2011, 3209, 3213, juris Rn. 71.

1287 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 322.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Auch wenn die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des allgemeinen staatlichen Verwaltungsapparates als legitimes Ziel durchaus statthaft sein kann, so ist das Verlangen nach einer gesundheitlichen Eignung zur Verfolgung dieses Ziels mehr als fragwürdig. Das BVerwG begnügt sich mit Floskeln über „das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit des Beamten“[1288] und betont:

> „Die Anwendung der allgemeinen Prognose für die gesundheitliche Eignung von Beamtenbewerbern auf behinderte Bewerber, die weder schwerbehindert noch Schwerbehinderten gleichgestellt sind, stellt eine geeignete und erforderliche Maßnahme dar, um eine angemessene, die lebenslange Versorgung rechtfertigende Lebensdienstzeit sicherzustellen. […] Darüber hinaus ist die Sicherung einer angemessenen Lebensdienstzeit auch aus fiskalischen Erwägungen geboten […]. Die Versorgungslast der pensionierten Beamten wird im Gegensatz zum umlagefinanzierten Rentenversicherungssystem in vollem Umfang aus dem Haushalt der Anstellungskörperschaft finanziert. Ein angemessenes Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast hat deshalb bei Beamten besonderes Gewicht. Die Eignungsprognose mit dem dargestellten Inhalt ist auch eine verhältnismäßige Maßnahme zur Gewährleistung der bestmöglichen Besetzung öffentlicher Ämter. Die Anforderung der gesundheitlichen Eignung ist erforderlich, weil andere Maßnahmen das Lebenszeitprinzip beeinträchtigen und daher nicht gleich wirksam im Hinblick auf das angestrebte Ziel sind.“[1289]

Welche anderen Maßnahmen konkret infrage kommen könnten, führt das BVerwG nicht aus. Es nimmt allein im Umkehrschluss Bezug auf die Möglichkeit, den Prognosemaßstab auch auf einfach behinderte Menschen anzuwenden – dabei handelt es sich allerdings nur um eine einzige Maßnahme und diese wird kurzerhand für unbrauchbar erklärt. Dass sich die Absenkung des Prognosemaßstabs für behinderte Menschen tatsächlich in der Praxis als ungeeignete Maßnahme herausgestellt hätte, steht indes keineswegs fest – andererseits wäre es dem BVerwG möglich gewesen, seine Vermutung mit konkreten Zahlen und Statistiken zu untermauern. Hingegen wird schlichtweg die Behauptung aufgestellt, durch die beschriebene Eignungsprognose werde eine Lebensdienstzeit sichergestellt, die eine lebenslange Versorgung

1288 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 257, juris Rn. 47.
1289 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 48, 50 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rechtfertige, ohne dass bewiesen wäre, dass die Anwendung dieser Eignungsprognose effektiv zur Sicherstellung jener Lebensdienstzeit beiträgt.

Das Argument der fiskalischen Gebotenheit kann ebenfalls nicht überzeugen, da der EuGH bereits entschied, dass Haushaltserwägungen für sich allein nicht ausreichen können, um ein angemessenes Ziel zu erreichen.[1290] Hier geht es allein um die Befürchtung, ein bereits zu Beginn des Beamtenverhältnisses gesundheitlich beeinträchtigter Beamter könnte eine zu große Versorgungslast für den Fiskus bzw. für den Dienstherrn darstellen, da dieser ja aufgrund des Lebenszeitprinzips dazu verpflichtet ist, dem Beamten Alimente zu gewähren. Der fiskalische Aspekt ist mithin der alleinige Grund dafür, dass von der Verbeamtung einfach behinderter Menschen regelmäßig wegen gesundheitlicher Nichteignung abgesehen wird, der angesichts der Rechtsprechung des EuGH kein legitimes Ziel darstellt.

Im Ergebnis ist die gesundheitliche Eignung in ihrer universalen Anwendung für jedweden Zugang zum Berufsbeamtentum grundsätzlich keine wesentliche und berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG. Für den Fall der Annahme, dass eine Nichtverbeamtung wegen der aufgrund einer Behinderung fehlenden gesundheitlichen Eignung eine unmittelbare Diskriminierung darstellt, kann eine solche nicht nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt werden.[1291]

(2) Verdeckte unmittelbare Diskriminierung

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt dessen ungeachtet auch vor, wenn die Diskriminierung nicht durch eine Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal erfolgt, sondern an ein solches, das mit dem geschützten Merkmal in einem untrennbaren Zusammenhang steht.[1292] Das heißt, es wird an ein Merkmal angeknüpft, das unweigerlich aus-

1290 EuGH, Urt. v. 21.07.2011 – C-159/10 und 160/10, Rs. Fuchs und Köhler – NVwZ 2011, 1249, 1252, juris Rn. 74.

1291 Die Rechtfertigungsmöglichkeit jedenfalls anzweifelnd ErfK/*Schlachter*, § 8 AGG, Rn. 1.

1292 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 125.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schließlich nur bei solchen Personen auftritt, die Träger eines geschützten Merkmals sind.[1293] Typischerweise wird durch die Wahl einer vermeintlich neutralen Formulierung versucht, die Absicht einer unmittelbaren Benachteiligung zu verschleiern.[1294] Freilich darf derlei „Camouflage" nicht zur Umgehung des Verbotes der unmittelbaren Benachteiligung führen.[1295] Aus diesem Grund verbietet Art. 2 RL 2000/78/EG auch verdeckte Verhaltensweisen, die an ein von Art. 1 geschütztes Merkmal anknüpfen.[1296]

Verdeckte Diskriminierungen können sowohl mittelbare als auch unmittelbare Benachteiligungen sein, nämlich abhängig davon, ob die Anknüpfung direkt an ein verbotenes Merkmal erfolgt oder an ein vermeintlich neutrales Merkmal.[1297] Typischerweise ereignen sich jedoch eher die unmittelbaren Diskriminierungen verdeckt.[1298] Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/78/EG unterscheidet allerdings nicht zwischen offener oder verdeckter unmittelbaren Diskriminierung.[1299] Inwiefern eine verdeckte Diskriminierung dogmatisch als unmittelbar oder mittelbar einzuordnen ist, bestimmt sich vor allem nach dem Zweck, den das Verbot der *mittelbaren* Diskriminierung verfolgt.[1300] Geht es ihr allein darum, den Beweis einer unmittelbaren Diskriminierung zu erleichtern, bedarf es keiner eigenen Rechtsfigur der verdeckten unmittelbaren Diskriminierung.[1301] Die verdeckte unmittelbare Diskriminierung kann aber dann als eigenständige Erscheinungsform einer unmittelbaren Diskriminierung betrachtet werden, wenn die mittelbare Diskrimi-

1293 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 125.

1294 *Rupp*, RdA 2009, 307 (311); *Däubler*, ZfA 2006, 479 (485).

1295 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 236.

1296 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 7 unter Verweis auf BAG, Urt. v. 07.06.2011 – 1 AZR 34/10 – NZA 2011, 1370, 1372, juris Rn. 23; *Däubler*, ZfA 2006, 479 (485).

1297 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 10 m.w.N.

1298 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 7.

1299 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 7.

1300 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 10.

1301 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 10 unter Verweis auf *Herrmann*, SAE 1993, 269 (276 f. Rn. 45), derzufolge es sich bei einer mittelbaren Diskriminierung um eine Umgehung der direkten Diskriminierung handele, bei der typischerweise eine Absicht gegeben sei.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nierung als eigener Tatbestand fungiert, um Nachteile einer bestimmten Personengruppe in der Gesellschaft auszugleichen.[1302]

Letztlich ist die Frage, ob eine verdeckte oder offene unmittelbare Benachteiligung vorliegt, weniger wichtig als die Frage, ob überhaupt eine unmittelbare Benachteiligung gegeben ist, denn aus beiden Erscheinungsformen ergeben sich dieselben Konsequenzen.[1303] Dafür genügt es jedoch, im Rahmen von Einzelfallentscheidungen das Merkmal, an das die Unterscheidung geknüpft wird, als Regel zu formulieren und die sich dadurch ergebende Gruppenverteilung auf ihre Homogenität zu untersuchen.[1304] Somit ist nicht anders zu verfahren als bei der offenen unmittelbaren Diskriminierung auch.

Nun stellt sich die Frage, ob zwischen der gesundheitlichen Eignung und dem geschützten Merkmal der Behinderung ein derart untrennbarer Zusammenhang besteht, dass die Praxis der Versagung des Zugangs zum Beamtenverhältnis aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung als eine verdeckte unmittelbare Diskriminierung zu qualifizieren ist. Dieser untrennbare Zusammenhang ist ohne Weiteres im Rahmen der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts zu bejahen, wenn das Anknüpfungskriterium allein ein solches sein kann, was ausschließlich auf einen Mann oder eine Frau zutrifft[1305] – klassischerweise ist dies die Schwangerschaft. Als weiteres Beispiel wird eine Stellenausschreibung genannt, die eine langjährige Berufserfahrung bei der Bundeswehr verlangte, ohne dass dies für die zu besetzende Stelle von Relevanz gewesen wäre.[1306]

Zumindest in der Theorie besteht die Möglichkeit, dass auch nicht behinderte Menschen gesundheitlich nicht geeignet sein können. Allerdings fällt es Ergebnis schwer, sich Konstellationen vorzustellen, für die das zutreffen könnte, da dies bedeuten würde, dass es sich dabei entweder um eine Person handeln müsste, die gesund ist, oder aber um eine Person, die zwar körperlich beeinträchtigt ist, deren Beein-

1302 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 10.
1303 *Rupp*, RdA 2009, 307 (311).
1304 *Rupp*, RdA 2009, 307 (311).
1305 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 125
1306 *Däubler*, ZfA 2006, 479 (485 f.).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

trächtigung aber noch nicht so gravierend ist, dass sie an eine Behinderung heranreicht. Deshalb ist das Merkmal der Behinderung bei der Verneinung des Zugangs zum öffentlichen Amt aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung jedenfalls als ein typisches Begleitmerkmal des gesundheitlichen Eignungskriteriums zu qualifizieren, da es regelmäßig Menschen mit Behinderungen benachteiligt.

Fraglich ist aber, ob und inwiefern die Verneinung der gesundheitlichen Eignung mit dem Merkmal der Behinderung in einem untrennbaren Zusammenhang steht, ob es also nicht nur einen typisches, sondern ein spezifisches Begleitmerkmal darstellt.[1307] Nach einer Entscheidung des BAG kann eine verdeckte unmittelbare Benachteiligung schon dann angenommen werden, wenn zwar nicht immer und in jedem Einzelfall Träger des aufgestellten Unterscheidungskriteriums auch Träger des Diskriminierungsmerkmals sind, dies aber in aller Regel der Fall ist.[1308] Zugegebenermaßen würde die Anwendung dieser Definition zu Abgrenzungsproblemen zur mittelbaren Diskriminierung führen.[1309] Folgte man aber der Ansicht des BAG, läge für den Fall der Nichtverbeamtung aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung eine verdeckte unmittelbare Diskriminierung vor, da zwar möglicherweise nicht stets, wohl aber in aller Regel Bewerber, deren gesundheitliche Eignung verneint wird, auch Träger des Diskriminierungsmerkmals der Behinderung sind. Ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Verneinung der gesundheitlichen Eignung und dem Merkmal der Behinderung ist nach dieser Ansicht gegeben; die Annahme einer verdeckten unmittelbaren Diskriminierung ist also durchaus vertretbar.

1307 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 32, der ein spezifisches Merkmal in der Schwangerschaft sieht. Bejahend wohl v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 232, demzufolge der Prognosemaßstab allein darauf gerichtet sei, „Menschen mit hinreichend erheblichen gesundheitlichen dauerhaften Einschränkungen gesundheitlicher Art vom Zugang zum Beamtenverhältnis auszuschließen"; dieser Maßstab könne „deshalb ausschließlich Menschen mit einer Behinderung nachteilig treffen".

1308 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 3 AGG, Rn. 15 unter Bezugnahme auf BAG, Urt. v. 11.08.2009 – 3 AZR 23/08 – NZA 2010, 408, 411. Hier ging es um das Anknüpfen an den Erhalt einer Altersrente anstatt an das Alter selbst, wobei der Erhalt der Altersrente den Regelfall darstellte, nicht aber den einzigen Fall.

1309 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 3 AGG, Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Hinsichtlich der Rechtfertigung einer verdeckten unmittelbaren Diskriminierung sind die gleichen Regeln heranzuziehen wie für eine nicht verdeckte unmittelbare Diskriminierung.[1310] Wie bereits zuvor verdeutlicht, ist eine unmittelbare Diskriminierung durch die Nichtverbeamtung aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung, einer Rechtfertigung nicht zugänglich.

Letztlich kommt es im Ergebnis aber gar nicht darauf an, ob tatsächlich eine verdeckte unmittelbare Diskriminierung gegeben ist. Denn selbst wenn man statt ihrer das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung vertreten wollte, wie es das BVerwG tut, so wird wie nachfolgend aufgezeigt festzustellen sein, dass auch eine solche nicht zu rechtfertigen ist.

(3) Mittelbare Diskriminierung

Eine mittelbare Diskriminierung liegt gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2000/78/EG 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. Das Verbot mittelbarer Diskriminierungen will dem Versuch entgegentreten, dass neutrale Kriterien als Vorwand genutzt werden, um Merkmalsträger des Art. 1 zu benachteiligen.[1311] Sie dient insbesondere der Schließung von Schutzlücken, die sich dadurch ergeben können, dass das Verbot einer direkten Diskriminierung bekannt ist und deshalb nach subtileren Möglichkeiten der Einflussnahme gesucht wird.[1312]

Im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung wird also nicht direkt an ein Merkmal des Art. 1 angeknüpft, sondern an ein vermeintlich neutrales Merkmal, das aber im Ergebnis überwiegend diejenigen Personen benachteiligt, die ein von der Richtlinie geschütztes Diskriminierungsmerkmal aufweisen.[1313] Neutral kann ein Kriterium

1310 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 32 m.w.N.
1311 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 246. Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 34.
1312 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 268.
1313 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nur dann sein, wenn es in keinem untrennbaren Zusammenhang mit einem von Art. 1 geschützten Merkmal steht, da es sich andererseits um eine verdeckte unmittelbare Diskriminierung handeln würde.[1314] Die Anwendung eines neutralen Kriteriums in einem Auswahlprozess muss ergeben, dass eine von Art. 1 geschützte Person gegenüber einer solchen, die nicht unter Art. 1 fällt, ungünstiger behandelt wird.[1315] Das neutrale Kriterium muss mit anderen Worten Diskriminierungspotential aufweisen.[1316] Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Merkmalsträger des Art. 1 in besonderer Weise nachteilig betroffen ist, was zu bejahen ist, wenn sich eine Maßnahme „überproportional häufig oder materiell besonders gravierend" zum Nachteil dieses Merkmalsträgers verhält.[1317]

Wie bereits dargelegt, ist für die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung die Homogenität zweier verschiedener Gruppen entscheidend.[1318] Doch auch wenn im Rahmen der mittelbaren Diskriminierung lediglich an ein neutrales Merkmal angeknüpft wird, kann sich eine statistisch messbare ungleiche Verteilung von Personen auf zwei Gruppen ergeben, die sich im Hinblick auf ein von Art. 1 geschütztes Merkmal unterscheiden.[1319] Das würde, ähnlich wie bei der unmittelbaren Diskriminierung, zu dem Ergebnis führen, dass eine Gruppe keine oder fast keine Personen mit einem inkriminierten Merkmal aufweist, wohingegen in der anderen Gruppe mindestens überwiegend Merkmalsträger zu finden sind. Anders als in

1314 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 45; siehe dazu bereits im vorherigen Kapitel.

1315 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 46.

1316 *Kamanabrou*, AP BGB § 626 Nr. 237.

1317 BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 966/08 – NZA 2010, 947, 950, juris Rn. 23 f. Dagegen Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 49, demzufolge derlei gravierende Benachteiligungen typischerweise bereits unter das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung fallen. Sei dem nicht so, könne ein Verhalten nicht pönalisiert werden, nur weil es sich faktisch negativ auf eine Person auswirke. Dieser einschränkenden Auslegung des Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2000/78/EG kann jedoch nicht gefolgt werden, da die zuvor genannte Ansicht dem Unionsrecht zu größerer Wirksamkeit verhilft und daher vorzugswürdig ist. Vgl. zum effet utile bereits oben, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.(1) „Unmittelbare Diskriminierung".

1318 Siehe bereits oben unter „Unmittelbare Diskriminierung", Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.(1).

1319 *Rupp*, RdA 2009, 307 (308).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dem aufgestellten Vergleich zur Identifikation einer unmittelbaren Diskriminierung, der eine Homogenität der Gruppen ergeben muss, muss es nach dem Gruppenvergleich zur Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung jedenfalls theoretisch möglich sein, dass die Maßnahme sowohl Personen der einen Gruppe benachteiligt wie auch Personen der anderen Gruppe,[1320] hier also Menschen mit und ohne Behinderungen.

Nach dem EuGH sind für die Bestimmung, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, Vergleichsgruppen dergestalt zu bilden, dass die von einer Regelung oder Maßnahme begünstigten Personen und die von ihr Benachteiligten einander gegenüberzustellen sind.[1321] Für den gegebenen Fall wäre das einerseits die Gruppe der Personen, die Zugang zum öffentlichen Amt bekommen, und andererseits die Gruppe, der eine Verbeamtung verwehrt bleibt.[1322]

Ist nun der Anteil an Personen, die behindert sind, in der benachteiligten Gruppe erheblich höher als in der bevorzugten Gruppe, liegt dem Anschein nach eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung vor.[1323] Noch nicht ganz klar ist, welcher Maßstab für die geforderte Erheblichkeit des Anteils an Personen mit Behinderung zu veranschlagen ist;[1324] vorgeschlagen werden hierfür Grenzen von 75 % oder auch zwei Dritteln.[1325] Im Ergebnis geht es letztlich darum, sicherzustellen, dass die Ungleichbehandlung tatsächlich auf ein von Art. 1 geschütztes Merkmal zurückzuführen ist.[1326] Ein statistischer Nachweis über den konkreten Anteil von Merkmalsträgern innerhalb der benachteiligten Gruppe erübrigt sich aber dann, wenn das Kriterium, auf das abgestellt

1320 *Rupp*, RdA 2009, 307 (308).

1321 So unter Bezugnahme auf die Rspr. des EuGH BAG, Urt. v. 10.12.1997 – 4 AZR 264/96 – NZA 1998, 599, 601, juris Rn. 37.

1322 Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 255: „Bei Einstellungen ist die Vergleichsgruppe an der in Betracht kommenden Bewerbergruppen zu orientieren, die den relevanten Arbeitsmarkt unter Berücksichtigung von Beschäftigten und Arbeitslosen bildet."

1323 Siehe für den Fall der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts EuGH, Urt. v. 09.02.1999 – C-167/97, Rs. Seymour-Smith – Slg 1999, I-623, 683, juris Rn. 60; Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 48.

1324 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 41.

1325 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 45 m.w.N.

1326 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 252.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wird, typischerweise dazu geeignet ist, eine Personengruppe aufgrund eines von Art. 1 geschützten Merkmals zu benachteiligen.[1327] Das gilt insbesondere, wenn ein statistischer Nachweis nur sehr schwer oder gar nicht anzubringen ist und das Differenzierungskriterium große Ähnlichkeit zum inkriminierten Merkmal aufweist.[1328] Hinzu kommt, dass die für den Zugang zum Beamtenverhältnis aufgestellten Anforderungen an die Gesundheit des Bewerbers regelmäßig von Menschen mit Behinderung schwerer erfüllt werden können als von Bewerbern, die nicht behindert sind;[1329] aus diesem Grund ist für diesen Fall ein statistischer Nachweis nicht erforderlich, um die Vermutung der Diskriminierung zu begründen.[1330]

Letztlich bedarf es einer genauen Analyse bzw. statistischer Daten im konkreten Fall schon deshalb nicht, weil das BVerwG die diskriminierenden Auswirkungen seiner Entscheidungen bereits anerkannt hat. Es sieht nämlich in der Ungleichbehandlung im Rahmen der gesundheitlichen Eignung eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. b) als gegeben an und erklärt dies folgendermaßen:

> „Es kann offenbleiben, ob auch behinderte Menschen, die weder schwerbehindert noch schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt sind, vom Begriff der Behinderung nach Art. 1 der RL erfasst werden. Wird dies bejaht, bewirkt die Anwendung des allgemeinen Prognosemaßstabs und Prognosezeitraums eine mittelbare Ungleichbehandlung dieser Gruppe […]. Zwar knüpft die Prognose der gesundheitlichen Eignung nicht unmittelbar an die Behinderteneigenschaft an; vielmehr gelten die Anforderungen für behinderte und nicht behinderte Menschen gleichermaßen. Dieser Personenkreis ist aber einem erhöhten Risiko ausgesetzt, wegen einer negativen gesundheitlichen Eignungsprognose nicht verbeamtet zu werden. Behinderungen haben regelmäßig zur Folge, dass die Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist oder Einschränkungen mit zunehmendem Alter zu erwarten sind. Dieses Risiko verwirklicht sich auch dann, wenn behinderten Bewerbern zwar nicht der Zugang zum Beruf, aber zu dessen Ausübung im Beamtenverhältnis verwehrt wird. Die mittelbare Ungleichbehandlung besteht hier darin, dass sich die Behinderung auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit

1327 BAG, Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 – NZA 2010, 222, 224 f., juris Rn. 29.

1328 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 253 m.w.N.

1329 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 557, juris Rn. 76.

1330 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der RL (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG) auswirkt."[1331]

Dem ist insoweit zuzustimmen. Die gesundheitliche Eignung ist dem Anschein nach ein neutrales Kriterium, das aber insbesondere Menschen mit Behinderungen benachteiligen kann. Diese Benachteiligung wirkt sich gegenüber anerkannt schwerbehinderten Menschen und solchen Gleichgestellten weniger gravierend aus als gegenüber einfach behinderten Menschen, da ihnen der gesenkte Prognosemaßstab nicht zugute kommt. Diese Art von Ungleichbehandlung stellt eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2000/78/EG dar.

(a) Möglichkeit der Widerlegung

Wird nicht unmittelbar an die Zugehörigkeit zu einer geschützten Personengruppe angeknüpft, sondern an ein vermeintlich neutrales Kriterium, das aber im Ergebnis überwiegend auf Angehörige der nach Art. 1 geschützten Personen zutrifft, ist nach Maßgabe des Art. 10 Abs. 1 RL 2000/78/EG das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung zu vermuten.[1332] Es wird dann unterstellt, dass die Benachteiligung gerade aufgrund der geschützten Eigenschaft erfolgt, diese also die wesentliche Ursache für die Benachteiligung darstellt.[1333] Mit anderen Worten ist zunächst zu überprüfen, ob die vermeintlich neutralen Kriterien zu einer besonderen Benachteiligung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals geeignet sind; ist dies der Fall – was soeben bejaht wurde –, greift die widerlegbare Vermutung der verbotenen Benachteiligung, die wiederum nur dann widerlegt werden kann, wenn die Unterscheidung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt

1331 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 255 f., juris Rn. 42 ff.

1332 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 37 m.w.N.

1333 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 37 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen sind.[1334]

Dementsprechend lautet Art. 1 Abs. 2 lit. b) Nr. i: „Im Sinne des Absatzes 1 liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer […] bestimmten Behinderung […] gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, *es sei denn*[1335] diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich." Zur Widerlegung dieses Anscheins gilt die abgestufte Darlegungs- und Beweislast, wonach der Betroffene zunächst Indizien für die Diskriminierung vorbringen muss; dagegen müssen anschließend vom vermeintlich Diskriminierenden Tatsachen vorgetragen und bewiesen werden, aus denen sich ergibt, dass die Gründe, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, ausschließlich andere waren als das geschützte Merkmal.[1336] Beziehungsweise gilt es zusätzlich nachzuweisen, dass in dem Motivbündel, das zur Entscheidung führte, weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten war, da die Behinderung bei der Einstellungsentscheidung grundsätzlich nicht zulasten des (schwer-)behinderten Bewerbers berücksichtigt werden darf.[1337]

Die Rechtfertigungsgründe der Art. 4 ff. RL 2000/78/EG finden im Rahmen der mittelbaren Diskriminierung keine Anwendung, denn erfolgt eine mittelbare Diskriminierung anhand eines sachlich gerechtfertigten Grundes, entfällt schon der Tatbestand der Diskriminierung an sich, weshalb eine Rechtfertigung nicht mehr erforderlich ist.[1338] Das heißt, ist eine mittelbare Diskriminierung bereits widerlegt, muss sie auch nicht mehr gerechtfertigt werden. Daraus folgt, dass die Sach-

1334 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 47a.

1335 Hervorhebung durch die Verf.

1336 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 145 f., juris Rn. 26, 28.

1337 VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 23.02.2016 – 5 K 774/14 – juris Rn. 31, mit Verweis auf BAG, Urt. v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07 – NZA 2009, 728, 731 f., juris Rn. 49.

1338 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 14 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

gründe nicht als Rechtfertigungsgründe zu verstehen sind, sondern als eine Art „negatives Tatbestandsmerkmal".[1339] Ein solcher Sachgrund muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, es darf mithin kein milderes Mittel zur Verfolgung des angestrebten Zwecks stehen und die sich am Sachgrund orientierende unterschiedliche Behandlung muss zu diesem Zweck im Verhältnis stehen.[1340] Selbstredend gilt es dabei, die Ratio des Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2000/78/EG zu beachten, dem es darum geht, Umgehungsmöglichkeiten des Benachteiligungsverbots zu verhindern – eine extensive Interpretation der „rechtmäßigen Ziele" in Art. 2 Abs. 1 lit. b) Nr. i verbietet sich darum.[1341] Deshalb können allein Erwägungen bloßer Zweckmäßigkeit für die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung nicht ausreichen.[1342]

Im Ergebnis fällt unter einen Sachgrund eine Erwägung, die billigenswert ist und damit auf vernünftigen Überlegungen und plausiblen Erkenntnissen beruht, die weder gegen Verfassungsrecht noch gegen die grundrechtliche Werteordnung verstößt.[1343]

(b) Widerlegungsansatz des BVerwG

Fraglich bleibt aber, ob und inwiefern die Vermutung, dass ein behinderter Bewerber aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung verbotenerweise benachteiligt wurde, durch die Argumente des BVerwG tatsächlich widerlegt werden kann, denn es ist zweifelhaft, ob die beschriebene Unterscheidung einer Rechtfertigung standhalten kann. Das BVerwG macht dazu folgende Angaben:

> „Die mittelbare Ungleichbehandlung stellt aber keine unionsrechtswidrige Diskriminierung dar, weil sie durch ein angemessenes Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind […]. Das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestand der Beamten stellt ein angemessenes Ziel im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der RL dar. Dies folgt aus dem Zusammenhang zwischen der Dienstleistung der Be-

1339 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 52.
1340 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 60.
1341 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 54.
1342 BT-Drucks. 16/1780, S. 35.
1343 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 58 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> amten und den Versorgungsleistungen im Ruhestand. Wie oben dargelegt, erdienen Beamte die lebenslange Versorgung während der aktiven Zeit. Die unionsrechtliche Anerkennung des daraus folgenden Interesses an einer adäquaten Lebensdienstzeit wird durch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c der RL belegt, wonach Ungleichbehandlungen wegen des Alters insbesondere die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand einschließen"[1344]

Das BVerwG führt im Rahmen dessen ebenfalls an, angemessene Ziele im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie könnten sich insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung ergeben; daneben komme jedes weitere sozialpolitische Ziel in Betracht.[1345] Die hierfür vom BVerwG zitierte Fundstelle eines Urteils des EuGH spricht indes von einem legitimen Ziel im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG,[1346] nicht aber von einem angemessenen Ziel im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b). Der Entscheidung, mithilfe derer sich der BVerwG vorliegend um eine Begründung bemüht, lag somit ein ganz anderer Sachverhalt zugrunde. Bei Art. 6 RL 2000/78/EG handelt es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters,[1347] die deshalb eng auszulegen ist und in Konsequenz nicht auf andere Tatbestände ausgeweitet werden darf. Dies gilt auch und insbesondere für das Argument, die unionsrechtliche Anerkennung des Interesses an einer adäquaten Lebensdienstzeit werde durch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. c) der RL belegt. Zwar klingt der Wortlaut der Vorschrift durchaus passend: „Derartige Ungleichbehandlungen können insbesondere Folgendes einschließen: die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand." Dem aufmerksamen Leser entgeht freilich nicht, dass es hier um die

1344 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 256 f., juris Rn. 45, 47.

1345 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 256 f., juris Rn. 46.

1346 EuGH, Urt. v. 13.09.2011 – C-447/09, Rs. Prigge – NJW 2011, 3209, 3213, juris Rn. 81.

1347 EuGH, Urt. v. 13.09.2011 – C-447/09, Rs. Prigge – NJW 2011, 3209, 3213, juris Rn. 81. Siehe bereits oben unter Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.(1).(a)"Möglichkeiten einer Rechtfertigung".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Festsetzung eines Höchstalters geht und nicht um die Aufstellung gesundheitlicher Anforderungen. Das BVerwG geht stattdessen in dogmatischem Fehltritt darüber hinweg, dass Art. 6 der Richtlinie – wie es schon seine Überschrift verlautbart – alleinig für unmittelbare Diskriminierungen wegen des Alters anwendbar ist.[1348]

Hinsichtlich der Dauer der Dienstzeit hatte der EuGH bereits in der Rechtssache *Wolf* zu entscheiden:[1349] Vorlagefrage war hier unter anderem, wie der EuGH zu Beginn zusammenfasste, ob es sich bei Zielen wie dem Bemühen, eine lange Laufbahn der Beamten bzw. eine Mindestdienstzeit bis zum Eintritt in den Ruhestand zu gewährleisten, um den Umfang der Sozialleistungen gering zu halten, um ein legitimes Ziel im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG handelte. Der EuGH behandelte den Fall, in dem es um die Einstellung von Beamten der Feuerwehrlaufbahn ging, allein vor dem Hintergrund der Eintrittshöchstaltersgrenze für „außergewöhnlich hohe körperliche Anforderungen, die nur von den jüngsten Beamten erfüllt werden könnten“:[1350]

> „Die Zeitspanne, während derer ein Beamter in der Lage sein wird, die körperlich anspruchsvollen Aufgaben zu erfüllen, wird aber durch sein Einstellungsalter bestimmt. Ein vor Erreichen des 30. Lebensjahrs eingestellter Beamter, der im Übrigen noch eine zweijährige Ausbildung absolvieren muss, wird während einer Mindestdauer von 15 bis 20 Jahren für diese Aufgaben verwendet werden können. Wird er hingegen im Alter von 40 Jahren eingestellt, wird dieser Zeitraum nur 5 bis höchstens 10 Jahre betragen. Eine Einstellung im fortgeschrittenen Alter hätte zur Folge, dass eine zu große Zahl von Beamten nicht für die körperlich anspruchsvollsten Aufgaben verwendet werden könnte. Eine solche Einstellung würde auch nicht ermöglichen, die so eingestellten Beamten über einen hinreichend langen Zeitraum für diese Aufgaben zu verwenden.“[1351]

Die Tatsache, dass sich der EuGH im Rahmen der Beantwortung der Vorlagefrage nicht weiter mit der Angemessenheit der Dauer der akti-

1348 So auch *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 4).

1349 EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244-247.

1350 EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244, 246, juris Rn. 34.

1351 EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244, 247, juris Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ven Dienstzeit zur Erdienung der Versorgungsleistung befasste, sondern allein mit der Rechtfertigung von Höchstaltersgrenzen, untermalt, dass Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG nicht für die vom BVerwG vorgenommene Begründung herangezogen werden kann. Aus diesem Grund kann auch das Argument, die Sicherung einer angemessenen Lebensdienstzeit sei aus fiskalischen Erwägungen geboten, nicht überzeugen. Dementsprechend holt das BVerwG dafür auch weit aus:

> „Der zeitliche Bezugspunkt der Prognoseentscheidung ist – vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung – durch das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip vorgegeben. Die hauptberufliche Beschäftigung auf Lebenszeit und das hiermit korrespondierende Alimentationsprinzip sind prägende Strukturmerkmale des Berufsbeamtentums […]. Sie bilden die Voraussetzung dafür, dass sich der Beamte ganz dem öffentlichen Dienst als Lebensberuf widmen und in rechtlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit zur Erfüllung der dem Berufsbeamtentum vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern, beitragen kann.
> Das auf Lebenszeit angelegte Beamtenverhältnis, das Schutz vor Entlassung, amtsangemessene Besoldung und lebenslange Versorgung für den Beamten und seine Hinterbliebenen gewährleistet, rechtfertigt das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit des Beamten […] Darüber hinaus ist die Sicherung einer angemessenen Lebensdienstzeit auch aus fiskalischen Erwägungen geboten […] Die Versorgungslast der pensionierten Beamten wird im Gegensatz zum umlagefinanzierten Rentenversicherungssystem in vollem Umfang aus dem Haushalt der Anstellungskörperschaft finanziert. Ein angemessenes Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast hat deshalb bei Beamten besonderes Gewicht.“[1352]

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass der EuGH bisher die Möglichkeit der Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen aufgrund fiskalischer Erwägung grundsätzlich verneinte.[1353] Wirtschaftliche Gründe können deshalb weder für die Kosten eines privaten Arbeitgebers noch für die Haushaltserwägungen eines Mitgliedstaates vorgebracht wer-

1352 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 257 f., juris Rn. 49 f.

1353 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 4); *Windisch-Graetz*, DRdA 2014, 30 (35).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

den.[1354] Diesbezüglich nahm der EuGH sehr deutlich Stellung: „Würde man nämlich anerkennen, dass Haushaltserwägungen eine Ungleichbehandlung […] rechtfertigen können, die andernfalls eine verbotene mittelbare Diskriminierung […] wäre, so hätte dies zur Folge, dass die Anwendung und die Tragweite einer so grundlegenden Regel des Gemeinschaftsrechts […] zeitlich und räumlich je nach dem Zustand der Staatsfinanzen der Mitgliedstaaten variieren könnten."[1355] Eine Ungleichbehandlung kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass eine von Art. 1 geschützte Person teurer ist als eine solche, die von dieser Vorschrift nicht geschützt ist.[1356]

Darüber hinaus stellt der Versuch, die Notwendigkeit der gesundheitlichen Eignung für ein ausgewogenes zeitliches Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit mit dem Lebenszeit- und Alimentationsprinzip zu begründen, eine Perversion grundgesetzlicher Werteentscheidungen dar. Denn der Grundsatz einer Anstellung auf Lebenszeit verfolgt den Zweck, die rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit und die Entscheidungsfreude des Beamten zu sichern.[1357] Durch das Lebenszeitprinzip, das bereits in Art. 129 Abs. 1 WRV Erwähnung fand, sollte der Beamte vor Entlassungen geschützt und Beamtenverhältnisse auf Widerruf begrenzt werden.[1358] Somit verfolgt auch der in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltene hergebrachte Grundsatz der Anlegung des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit in erster Linie den Schutz des Beamten; doch dreht das BVerwG diesen Schutzgedanken derart um, dass es den Beamten sogar zum Nachteil gereicht.[1359] Denn es verwendet das Lebenszeitprinzip zur Rechtfertigung einer Kostenkontrolle dergestalt, dass nur diejenigen Bewerber auf Lebenszeit verbeamten werden, die aufgrund ihres derzeitigen Gesundheitszustands

1354 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 160.

1355 EuGH, Urt. v. 23.10.2003 – C-4/02 und C-5/02, Rs. Schönheit und Becker – ZBR 2004, 246, 249, juris Rn. 85.

1356 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 53 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 08.11.1990 – C-177/88, Rs. Decker – NJW 1991, 628, 628 f., juris Rn. 10 ff.

1357 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 67.

1358 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6.

1359 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nach einem festgesetzten Wahrscheinlichkeitsmaßstab nicht vorzeitig dienstunfähig werden.

Das BVerwG bedient sich zur Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung letztlich eines sehr steinigen Weges: Es stellt die Anforderung einer gesundheitlichen Eignung auf, um nicht diejenigen Beamten alimentieren zu müssen, die nach einem bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstab mutmaßlich die Regelaltersgrenze nicht erreichen. Dabei unterscheidet es zwischen behinderten und schwerbehinderten Menschen, indem es die Dauer der Dienstfähigkeit nur der zuletzt Genannten an einem abgesenkten Maßstab prognostiziert, ohne dass diese Unterscheidung einer europa- oder völkerrechtlichen Überprüfung standhalten könnte. Letztlich wird die Erforderlichkeit einer Ausgewogenheit von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit haushaltspolitisch gerechtfertigt, was vom EuGH bisher niemals anerkannt worden ist, und zwar unter Heranziehung einer Vorschrift, die nicht einschlägig ist. Denn was eine Diskriminierung aufgrund des Alters rechtfertigen kann, das rechtfertigt eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung noch längstens nicht.

Die gesundheitliche Eignung ist vor diesem Hintergrund keine billigenswerte Erwägung, die auf vernünftigen Überlegungen beruht. Sie ist allein haushaltspolitisch motiviert und dient ausschließlich dem fiskalischen Interesse des Staates sowie einer Kostenkontrolle des Dienstherrn. Die mittelbare Diskriminierung von Bewerbern, denen aufgrund ihrer physischen und psychischen Verfassung der Zugang zum Beamtenverhältnis auf Lebenszeit verwehrt wird, kann nicht durch einen etwaigen Sachgrund in Form der gesundheitlichen Eignung widerlegt werden.[1360]

(c) Benachteiligung durch Nichtgewährung angemessener Vorkehrungen?

Die RL 2000/78/EG sieht unterschiedliche Maßnahmen zur Erreichung der Gleichbehandlung vor: Neben den Diskriminierungsverboten des Art. 2 und der Möglichkeit positiver Maßnahmen zum Erreichen von Ergebnisgleichheit gemäß Art. 7 beinhaltet Art. 5 eine Vor-

1360 A.A. *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 299.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schrift über angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen, die nach dessen S. 1 zu treffen sind, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Das bedeutet laut Art. 5 S. 2 genauer, 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. Eine Belastung nach Art. 5 S. 3 ist jedenfalls dann nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird. Der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie verdeutlicht diesbezüglich, dass unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen, nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben wird, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.

Angemessene Vorkehrungen gemäß Art. 5 und positive Maßnahmen gemäß Art. 7 unterscheiden sich zunächst dadurch, dass erstere vorbehaltlich der unverhältnismäßigen Belastung verpflichtend sind, wohingegen es sich bei letztgenannten grundsätzlich um freiwillige Maßnahmen handelt.[1361] Darüber hinaus verfolgen beide Verfahrensweisen unterschiedliche Zwecke: Während angemessene Vorkehrungen erst ermöglichen, dass die Diskriminierungsverbote auf behinderte Menschen angewandt werden, indem sie vergleichbare Ausgangsvoraussetzungen ermöglichen, führt eine positive Maßnahme im Sinne des Art. 7 Abs. 2 dazu, dass der Grundsatz der formellen Gleichbehandlung zwecks einer materiellen Gleichstellung durchbrochen wird.[1362] Die Richtlinie verfolgt also nicht nur das Ziel, Merkmalsträger durch Diskriminierungsverbote zu schützen, sondern verpflichtet

1361 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 292.

1362 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 292.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

die Adressaten ebenso zu spezifischen Förderungsmaßnahmen.[1363] Durch diese Förderungsmaßnahmen sollen Behinderungen derart ausgeglichen werden, dass eine juristische Gleichbehandlung mit nicht behinderten Menschen ermöglicht wird.[1364]

Art. 5 spielt insbesondere im Rahmen der Rechtfertigung bzw. Widerlegung von Diskriminierungen eine Rolle, beispielsweise hinsichtlich des Art. 2 Abs. 2 lit. b) Nr. ii RL 2000/78/EG. Demzufolge kommt die Widerlegung einer mittelbaren Diskriminierung infrage, sofern der Arbeitgeber (bzw. Dienstherr) verpflichtet ist, für Menschen mit Behinderungen geeignete Maßnahmen nach Maßgabe des Art. 5 vorzusehen, um Nachteile zu beseitigen, die sich für den behinderten Menschen durch eine bestimmte Maßnahme oder Regelung des Arbeitgebers oder Dienstherrn ergeben.

Auch für den Bereich der unmittelbaren Diskriminierung kommt Art. 5 in Betracht. Zunächst bedarf es dafür gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/78/EG der Vergleichbarkeit der Situation, in der der behinderte Mensch eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde als eine andere Person, die nicht behindert ist. Ist eine derartige Vergleichbarkeit zwischen dem benachteiligten Anspruchsteller und der begünstigten Person nicht gegeben, ist unter Art. 5 zu prüfen, ob der Arbeitgeber bzw. der Dienstherr dazu verpflichtet gewesen wäre, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um eine Vergleichbarkeit zu erzeugen.[1365] Trifft dieser Fall zu, ist eine vergleichbare Situation im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. a) anzunehmen. Im Anschluss bedarf es darauffolgend der Feststellung, ob der Anspruchsteller durch eine Regelung oder Maßnahme unmittelbar benachteiligt wurde und ob diese Benachteiligung gerechtfertigt werden kann, wofür Art. 5 wiederum eine Rolle spielt.[1366] Denn bei der Frage, ob eine benachteiligende Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, dürfen diejenigen Einschränkungen aufgrund einer Behinderung nicht berücksichtigt werden, aufgrund derer zwar die objektive Eignung zu vernei-

1363 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 16.
1364 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 17.
1365 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 5.
1366 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nen ist, die aber durch angemessene Vorkehrungen hätten ausgeglichen werden können.[1367]

Liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, kann sie einer Rechtfertigung nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG zugänglich sein, nämlich dann, wenn die Behinderung eine „wesentliche und entscheidende" berufliche Anforderung darstellt.[1368] Das ist wiederum nur dann der Fall, wenn sie nicht durch eine Maßnahme im Sinne des Art. 5 kompensiert werden kann.[1369] Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Behinderung nur dann gemäß Art. 4 Abs. 1 gerechtfertigt werden kann, wenn die Behinderung auch dann noch als berufliche Anforderung wesentlich und entscheidend ist, selbst wenn entsprechende Förderungsmaßnahmen zumutbar und umsetzbar wären,[1370] oder genauer: wenn selbst zumutbare Fördermaßnahmen es nicht erreichen, dass der Bewerber die Anforderungen mit ihrer Hilfe erfüllen kann.

Obgleich sich aus Art. 5 der RL 2000/78/EG der Maßstab dafür ergibt, welche Verpflichtungen dem Dienstherrn bei der Einstellung von Menschen mit Behinderungen ergeben und inwiefern berufliche Anforderungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, sieht das BVerwG vollends davon ab, diese Vorschrift in seiner Entscheidungsfindung hinsichtlich der gesundheitlichen Voraussetzungen für eine Einstellung ins Beamtenverhältnis zu berücksichtigen, obschon es sich ansonsten mit anderen Vorschriften der Richtlinie auseinander setzt.[1371] Vielmehr ignoriert es stattdessen die Frage, inwiefern die gesundheitlichen Anforderungen an einen Bewerber für die Übernahme in ein Beamtenverhältnis durch Pflichten

1367 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 5.

1368 Siehe bereits dazu oben unter „Etwaige Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG", Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.(1).(c). Dort wurde herausgestellt, dass es sich bei der gesundheitlichen Eignung schon nicht um eine wesentliche und berufliche Anforderung handelt.

1369 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 19.

1370 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 12 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 841, juris Rn. 50 ff.

1371 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 288 mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 256 f., juris Rn. 45 ff.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

des Dienstherrn begrenzt werden können, die sich dadurch ergeben, dass der Dienstherr nach Maßgabe des Art. 5 S. 1 RL 2000/78/EG die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für Menschen mit Behinderungen vollständig zu gewährleisten hat.[1372]

Aus diesem Grund soll im Folgenden die Vorschrift des Art. 5 RL 2000/78/EG weiter ergründet und ihre Auswirkung auf die sich durch die Anforderung der gesundheitlichen Eignung ergebende Ungleichbehandlung untersucht werden.

(1) Diskriminierung durch Unterlassen

Grundsätzlich kann eine Benachteiligung auch in einem Unterlassen liegen.[1373] Eine solche ist insbesondere dann gegeben, wenn ein derzeitiger oder zukünftiger Arbeitgeber oder Dienstherr einer Handlungspflicht nicht entspricht, die ihm gesetzlich auferlegt wurde und die eine gezielte Förderung einer in Beschäftigung und Beruf benachteiligten Gruppe bezweckt.[1374] Die Benachteiligung liege dabei, so das BVerwG, in der Vorenthaltung eines gesetzlich eingeräumten Vorteils, dessen Ziel es sei, bestehende Nachteile zu beseitigen oder zu verhindern.[1375] Eine solche Handlungspflicht wird beispielsweise durch § 82 S. 2 und 3 SGB IX begründet, wonach öffentliche Arbeitgeber verpflichtet sind, schwerbehinderte Menschen oder die ihnen gleichgestellten behinderten Menschen, die sich um einen frei werdenden und neu zu besetzenden sowie neue Arbeitsplätze beworben haben, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Eine Einladung ist nach S. 3 nur entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Wird eine solche Handlungspflicht nicht erfüllt, ist eine unmittelbare Benachteiligung durch Unterlassen anzunehmen.[1376]

Nach einer Ansicht stellt auch das Vorenthalten der in Art. 5 RL 2000/78/EG niedergelegten angemessenen Vorkehrungen eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung dar.[1377] Für den hier relevan-

1372 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 4)
1373 BT-Drucks. 16/1780, S. 32.
1374 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 139 f., juris Rn. 17.
1375 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 139 f., juris Rn. 17.
1376 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 140, juris Rn. 18.
1377 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1. So auch BAG, Urt. v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14 – NJW 2017, 187, 188, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ten Fall der Nichtverbeamtung aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung würde dies bedeuten, dass bei einer Nichterfüllung der Anforderungen des Art. 5 RL 2000/78/EG durch den Dienstherrn eine dennoch aufgestellte Anforderung an die gesundheitliche Eignung eine verbotene Diskriminierung aufgrund der Behinderung darstellen würde.[1378] Aus dem sich durch Art. 5 und 7 der Richtlinie ergebenden „doppelten Schutz- und Fürsorgeansatz" ergebe sich, dass Benachteiligungsverbote nunmehr nicht allein formal als Diskriminierungsverbote aufzufassen seien, sondern materiell auf die Verpflichtung gerichtet seien, eine Ergebnisgleichheit herzustellen.[1379] Die Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, stellt danach eine „Spezialform" des Diskriminierungsverbots dar.[1380] Dies wird unter anderem mit einem Verweis auf den Entwurf der Richtlinie[1381] begründet,[1382] wonach die angemessenen Vorkehrungen noch im Rahmen des Art. 2 Erwähnung finden sollten.

Nach anderer Ansicht könne zwar die Möglichkeit, angemessene Vorkehrungen zu ergreifen, sowohl das Vorliegen einer Diskriminierung als auch ihre Rechtfertigung beeinflussen, indem diese eine hypothetische Vergleichbarkeit ermöglichen und im Rahmen der Zulässigkeit beruflicher Anforderungen relevant würden.[1383] Doch dies führe im Ergebnis nicht dazu, dass das Unterlassen angemessener Vorkehrungen eine eigenständige Diskriminierung darstellen könnte.[1384] Außerdem spreche gegen die Gleichsetzung einer Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen mit einer unzulässigen Diskriminierung, dass

1378 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 288 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 557, juris Rn. 68.

1379 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 18 mit Verweis auf *Schiek*, NZA 2004, 873 (875).

1380 *Schiek*, NZA 2004, 873 (875). So auch LAG Niedersachsen, Urt. v. 24.04.2008 – 4 Sa 1077/07 – juris Rn. 45.

1381 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM(1999)565 endg., ABl. 2000, C 177, S. 44.

1382 I.E. jedoch ablehnend *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 18 m.w.N.

1383 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 5.

1384 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schon Art. 5 der Richtlinie nicht bestimmt genug formuliert sei, um solch eine unterlassene Vorkehrung gleich einer unmittelbaren Benachteiligung zu sanktionieren.[1385] Denn einerseits bestehe die Verpflichtung nur unter dem Vorbehalt der unverhältnismäßigen Belastung, Art. 5 S. 2, und andererseits spielten für die Unverhältnismäßigkeit gemäß S. 3 Kompensationsmaßnahmen des Mitgliedstaates eine Rolle; die Frage, ob eine Förderungsmaßnahme letztlich verhältnismäßig sei, lasse sich daher nicht immer eindeutig beantworten.[1386] Darüber hinaus bestünden zwischen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsgeboten dogmatische Unterschiede: Während die Erstgenannten im Rahmen des Tatbestandes einer Diskriminierung eine Rolle spielten, wirkten die Letztgenannten auf der Rechtsfolgenseite einer Diskriminierung.[1387]

Für die letztgenannte Ansicht und damit gegen eine Diskriminierung durch Unterlassen durch Vorenthalten angemessener Vorkehrungen lässt sich die Differenzierung anführen, welche die Richtlinie hinsichtlich einer unmittelbaren Diskriminierung und dem Nichtgewähren angemessener Vorkehrungen vorsieht: Die Verpflichtung zu Förderungsmaßnahmen entfällt bereits bei finanzieller Unverhältnismäßigkeit, wogegen eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Behinderung grundsätzlich unzulässig ist. Außerdem unterscheidet sich Art. 5 RL 2000/78/EG im Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 UN-BRK, der seinerseits explizit auf die Versagung angemessener Vorkehrungen als eine Form der Diskriminierung verweist.

Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, dass die UN-BRK erst nach Erlass der RL 2000/78/EG von der Europäischen Union ratifiziert wurde.[1388] Da mit dieser Ratifikation die Bestimmungen der UN-BRK einen integrierenden Bestandteil der Unionsrechtsordnung darstel-

1385 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 19.

1386 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 19.

1387 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 19.

1388 Beschluss des Rates vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft (2010/48/EG), ABl. 2010, L 23, S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

len,[1389] legt der EuGH sie für die Auslegung von Unionsrechtsakten zugrunde,[1390] beispielsweise im Rahmen der Bestimmung des Behinderungsbegriffs in Art. 1 RL 2000/78/EG oder auch für den in Art. 5 der Richtlinie enthaltenen Begriff der angemessenen Vorkehrungen selbst.[1391] Aus diesem Grund spricht nichts dagegen, auch den Diskriminierungsbegriff der RL 2000/78/EG im Sinne der UN-BRK auszulegen, und zwar konkret an Art. 2 Abs. 3 S. 2 UN-BRK, der ausdrücklich als Diskriminierung auch die Versagung angemessener Vorkehrungen benennt.[1392] Art. 2 Abs. 2 RL 2000/78/EG ist einer solchen Auslegung auch ohne Weiteres zugänglich, denn er verlangt lediglich eine weniger günstige Behandlung bzw. Benachteiligung gegenüber einer Vergleichsperson, die nicht Träger eines Merkmals aus Art. 1 der Richtlinie ist. Eine solche Benachteiligung kann nämlich auch darin gesehen werden, dass angemessene Vorkehrungen unterlassen werden, durch die eine Behinderung ausgeglichen werden kann. Mit anderen Worten stellt es eine weniger günstige Behandlung dar, wenn einem behinderten Bewerber angemessene Vorkehrungen vorenthalten werden, die, wenn sie denn vorlägen, es ihm ermöglichen würden, seine körperlichen Beeinträchtigungen auszugleichen und damit quasi „auf Augenhöhe" mit anderen Konkurrenten kompetieren zu können.

Im Ergebnis stellt es somit gleichsam auch im unionsrechtlichen Sinne eine unmittelbare Behindertendiskriminierung durch Unterlassen dar, wenn ein Dienstherr einem Bewerber aufgrund seiner Behinderung wegen dessen fehlender gesundheitlichen Eignung den Zugang zum Beamtenverhältnis verweigert, ohne dass er angemessene Vorkehrungen getroffen hätte, um ihm diesen Zugang zu ermöglichen.

1389 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 554, juris Rn. 30; zuvor bereits sinngemäß EuGH, Urt. v. 30.04.1974 – 181/73, Rs. Haegeman – juris Rn. 5.

1390 Vgl. zur UN-BRK im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH bereits oben „Der Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Beamtenrecht", Teil 5 Abschn. B Kap. II.

1391 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555 f., juris Rn. 32 und 55.

1392 So ebenfalls BAG, Urt. v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14 – NJW 2017, 187, 188, juris Rn. 19. Zustimmend *Schlachter*, SR 2017, 111 (113) wonach auch das Fehlen der „angemessenen Vorkehrungen" im AGG durch diese Auslegung überwunden werden könne.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

(2) Geeignete und erforderliche Maßnahme

Gemäß Art. 5 S. 2 RL 2000/78/EG bedeutet angemessene Vorkehrung zunächst eine geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahme, 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. Zu untersuchen ist nun, welcher Art und Form sich eine angemessene Vorkehrung für einen Menschen mit Behinderung darstellen könnte, wenn ihm aufgrund seiner Behinderung die gesundheitliche Eignung und folglich der Zugang zur Beschäftigung im Beamtenverhältnis versagt wird. Würde dies eine unmittelbare Diskriminierung darstellen,[1393] so wurde bereits dargelegt, dass die Vergleichbarkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. a) von Bewerbern mit und ohne Behinderungen gegeben ist; Art. 5 spielt hier insofern keine Rolle. Allenfalls käme eine Prüfung des Art. 5 im Rahmen der Rechtfertigung einer etwaigen unmittelbaren Diskriminierung gemäß Art. 4 Abs. 1 infrage. Doch diesbezüglich wurde bereits festgestellt, dass die gesundheitliche Eignung schon gar keine wesentliche und berufliche Anforderung in diesem Sinne verkörpert[1394] und sich deshalb die Frage gar nicht stellt, ob sie durch eine Fördermaßnahme gemäß Art. 5 kompensiert werden kann.

Infrage kommt deshalb für die zugrundeliegende Rechtslage allein die Funktion des Art. 5 für die Widerlegung der mittelbaren Diskriminierung nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 2 lit. b) Nr. ii.[1395] Denn wie bereits dargelegt wurde, handelt es sich bei der Unterscheidung der Bewerber, die sich durch das Aufstellen der Anforderung einer gesundheitlichen Eignung ergibt, um eine mittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung.

Unter Verweis auf die bereits an anderer Stelle vorgenommenen Ausführungen[1396] sind für den gegebenen Fall zweierlei mögliche För-

1393 Siehe dazu entsprechend Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.(1) „Unmittelbare Diskriminierung".

1394 Siehe dazu bereits oben, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.(1).(c) „Etwaige Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG.

1395 Siehe dazu bereits oben unter „Benachteiligung durch Nichtgewährung angemessener Vorkehrungen?", Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.c.

1396 Siehe dazu bereits oben unter „Verstoß gegen die UN-BRK", Teil 5 Abschn. B Kap. III.1.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dermaßnahmen zu nennen: Einerseits die Herabsetzung des *Prognosezeitraums*, was mit einer Reduktion der Lebensdienstzeit einherginge, und andererseits die Verkürzung des *Prognosemaßstabs* dahingehend, dass nicht nur von schwerbehinderten Menschen und den ihnen Gleichgestellten lediglich ein Mindestmaß körperlicher Eignung verlangt wird, sondern auch von solchen, die nach nationalem Recht lediglich einfach behindert sind.

In beiden Fällen handelt es sich ohne Weiteres um eine erforderliche Maßnahme, da schon die einschlägigen europa- und völkerrechtlichen Vorschriften nicht nach dem Grad der Behinderung unterscheiden und dementsprechend für jeden behinderten Menschen unabhängig von der Art und Schwere seiner Behinderung das gleiche Recht vorsehen. Auch stünde das Lebenszeitprinzip der erstgenannten Möglichkeit (Herabsetzung des Prognose*zeitraums*) nicht entgegen, denn dieser hergebrachte Grundsatz dient vornehmlich dem Schutz des Beamten sowie der Gewährleistung einer rechtsstaatlichen Verwaltung, die dadurch erreicht wird, dass der Beamte unabhängige Entscheidungen treffen kann, ohne dass er durch eine Angst vor Entlassung gelenkt wird. Dementsprechend formuliert das BVerwG:

> „So folgt aus hergebrachten Grundsätzen des Lebenszeitprinzips, des Leistungsprinzips und der Hauptberuflichkeit, dass der Beamte grundsätzlich verpflichtet ist, dem Dienstherrn lebenslang seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, die übertragenen dienstlichen Aufgaben mit vollem beruflichen Einsatz sowie uneigennützig zu erfüllen, sich dabei ausschließlich an Gesetz und Recht zu orientieren und sich gegenüber dem Dienstherrn loyal zu verhalten. Im Gegenzug verpflichtet der Alimentationsgrundsatz den Dienstherrn, dem Beamten und seiner Familie lebenslang denjenigen Unterhalt zu gewähren, der nach den wirtschaftlichen Verhältnissen für eine dem Statusamt entsprechende Lebensführung erforderlich ist. Dadurch wird die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Beamten sichergestellt, die ihn in die Lage versetzt, sein Amt uneigennützig nach den Erfordernissen des Rechts zu führen.“[1397]

Auch ein Beamter, der vorzeitig dienstunfähig wird, ist und bleibt ein Beamter auf Lebenszeit. Durch eine Verkürzung der Dienstzeit aufgrund von behinderungsbedingter Dienstunfähigkeit werden die Entscheidungen eines Beamten nicht weniger unabhängig und wird die

1397 BVerwG, Urt. v. 27.02.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117, 123, juris Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Verwaltung nicht weniger rechtsstaatlich. Freilich kostet ein Beamter, der frühzeitig dienstunfähig wird, den Dienstherr und demnach den Mitgliedstaat im Verhältnis mehr als ein Beamter, der bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze dienstfähig bleibt und dafür alimentiert wird. Doch – abgesehen davon, dass es sich dabei um eine Frage der unverhältnismäßigen Belastung und nicht der Geeignetheit handelt – können die Kosten, die durch die Verkürzung des Prognosezeitraums bzw. der Verkürzung der Lebensdienstzeit hervorgerufen werden könnten, für sich allein weder ein sozialpolitisches Ziel darstellen noch als Rechtfertigungsgrund dafür herangezogen werden, dass an der Ungleichbehandlung festgehalten wird.[1398]

Die Möglichkeit der Verkürzung des Prognose*maßstabs* auch für nicht schwerbehinderte Menschen bzw. nicht Gleichgestellte wäre als Maßnahme zudem insbesondere aufgrund der Tatsache geeignet, dass der Gesetzgeber bezüglich einer konkreten Bestimmung des Prognosezeitraums noch nicht tätig geworden ist, wie das BVerwG eigens feststellte.[1399] Es hätte hier aufgrund mangelnder entgegenstehender nationaler Rechtsnormen die Möglichkeit gehabt, den Prognosezeitraum zu senken, um somit allen behinderten Menschen den Schutz zukommen zu lassen, den europarechtliche und völkerrechtliche Vorschriften gebieten.

Dies wäre auch insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 27 UN-BRK geboten gewesen. Dieser spricht in seinem Abs. 1 vom „gleichen Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit" und dem „Recht auf die Möglichkeit, den Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen, die in einem offenen, integrativen und für Menschen mit Be-

1398 Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 218, 245 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 21.07.2011 – C-159/10 und 160/10, Rs. Fuchs und Köhler – NVwZ 2011, 1249, 1252, juris Rn. 74. Ähnlich Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/*Kocher*, § 5 Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 160, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 23.10.2003 – C-4/02 und C-5/02, Rs. Schönheit und Becker – ZBR 2004, 246, 249, juris Rn. 85, wonach die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes nicht davon abhängen darf, wie es um die Staatsfinanzen eines Mitgliedstaates bestellt ist. So im Ergebnis auch Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 53, mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 08.11.1990 – C-177/88, Rs. Dekker – NJW 1991, 628, 629 f., juris Rn. 10 ff.

1399 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hinderungen zugänglichen Arbeitsmarkt und Arbeitsumfeld frei gewählt oder angenommen wird." Darüber hinaus ist in Art. 27 Abs. 1 lit. a) davon die Rede, „Diskriminierung aufgrund von Behinderung in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung gleich welcher Art, einschließlich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen, der Weiterbeschäftigung, des beruflichen Aufstiegs sowie sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen, zu verbieten." Der Ausdruck „in *allen* Angelegenheiten" ist unmissverständlich und bietet keinen Raum für eine abweichende Interpretation. Ausschlaggebend dürfte aber Art. 27 Abs. 1 lit. g) UN-BRK sein, wonach sich die Vertragsstaaten dazu verpflichten, die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit zu sichern und zu fördern, indem sie Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor beschäftigen.

Zu diesem in Art. 27 UN-BRK beschriebenen integrativen Arbeitsmarkt hat sich die Bundesrepublik Deutschland durch die Ratifikation der Behindertenrechtskonvention nicht nur ausdrücklich bekannt, sondern sie ist vielmehr auch verpflichtet, sie ihrem Handeln zugrunde zu legen. Die UN-BRK gilt in Deutschland als einfaches Gesetzesrecht, an das die Rechtsprechung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist. Dies jedoch hat das BVerwG in seiner Entscheidung vollends verkannt. Es ließ keinerlei Überlegungen über etwaige Förderungsmaßnahmen erkennen, ignorierte dabei die Vorschriften der UN-BRK in seiner Gesamtheit und zog sie folglich auch nicht zur Auslegung des Art. 5 RL 2000/78/EG heran.

(3) Unverhältnismäßige Belastung

Geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahmen müssen gemäß Art. 5 S. 2, 2. Hs. RL 2000/78/EG dann nicht ergriffen werden, wenn sie den Arbeitgeber bzw. den Dienstherrn unverhältnismäßig belasten. Für die Auslegung des Art. 5 RL 2000/78/EG zieht der EuGH den 20. und den 21. Erwägungsgrund der Richtlinie heran.[1400] Danach

1400 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 555 f., juris Rn. 46, 49 ff., 60. Siehe dazu und insbesondere zum Aspekt der Verkürzung der Arbeitszeit als angemessene Vorkehrung unter Teil 5 Abschn. B Kap. III.1.c „Diskriminierung durch Missachten angemessener Vorkehrungen".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sollten geeignete Maßnahmen vorgesehen werden, die wirksam und praktikabel sind, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten, unter anderem z.B. durch eine Anpassung des Arbeitsrhythmus, bzw. sollten bei der Frage, ob durch diese Maßnahmen unverhältnismäßige Belastungen entstehen, insbesondere auf den finanziellen und sonstigen Aufwand abgestellt werden, der mit dieser Maßnahme verbunden ist, sowie auf die finanziellen Ressourcen und die Verfügbarkeit öffentlicher Mittel.

Eine weitere Auslegung nahm der EuGH in der Rs. *Ring* und *Skouboe Werge* nicht vor. Es bedarf deshalb noch der Klärung, wie die Verpflichtungen zur Schaffung angemessener Vorkehrungen inhaltlich ausgestaltet sind, ob eine Änderung des jetzigen Versorgungsrechts erforderlich ist bzw. wie das finanzielle Risiko des Dienstherrn einzugrenzen ist.[1401] Für den letztgenannten Aspekt dürfte von Interesse sein, dass dem Beamten bereits nach Ableisten einer lediglich fünfjährigen Dienstzeit ein Anspruch auf Ruhegehalt zusteht, § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeamtVG.[1402]

Nicht unerheblich ist darüber hinaus, dass eine unverhältnismäßige Belastung des Dienstherrn niemals derart konkretisiert wurde, als die Mehrkosten, die sich aus einer Senkung des Prognosezeitraums und Prognosemaßstabs im beschriebenen Sinne ergeben würden, tatsächlich dargestellt worden wären. Es ist vielmehr reine Spekulation, erstens dass sich die Kosten der Alimentierung von Beamten erhöhen, wenn einfach behinderten Menschen die Einstellung ins Beamtenverhältnis nicht mehr (mittelbar) verwehrt würde, und zweitens, dass sich die Kosten derart erhöhen, dass eine Unverhältnismäßigkeit gegeben wäre. Wenn das Ausmaß des finanziellen Aufwands, den die beschriebenen Förderungsmaßnahmen mit sich brächten, nicht einmal beziffert werden kann, dann ist es freilich schwierig, ihre Verhältnismäßigkeit zu bewerten.

Jedenfalls insofern kann sich der deutsche Staat – und damit weder die einen Bewerber aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eig-

1401 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 3).

1402 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 3); ähnlich v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 240 f. Siehe dazu bereits oben unter Teil 2, Abschn. D Kp. I.2 „Ruhegehalt".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nung ablehnende Verwaltung noch das eine solche Ablehnung bestätigende BVerwG – folglich nicht darauf berufen, die Reduktion des Prognosezeitraums sowie des Prognosemaßstabs auf Menschen, die weder schwerbehindert noch Schwerbehinderten gleichgestellt sind, stelle eine unverhältnismäßige Belastung dar.[1403] Insoweit dem Dienstherrn ein Auswahlermessen durch die Beamtengesetze zugestanden wird, schrumpft dieses in dem Umfang, wie es erforderlich ist, die sich aus Art. 5 RL 2000/78/EG ergebenden Pflichten zu erfüllen.[1404]

(4) Mangelhafte und unionsrechtswidrige Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG

Das die RL 2000/78/EG umsetzende AGG enthält keine Bestimmungen im Sinne des Art. 5 der Richtlinie.[1405] Zwar normiert § 5 AGG positive Maßnahmen dahingehend, dass eine unterschiedliche Behandlung zulässig ist, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines inkriminierten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Dabei handelt es sich aber um die Umsetzung des Art. 7 RL 2000/78/EG. Die Einführung positiver Maßnahmen im nationalen Recht ist aber, anders als die Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, optional.[1406] Art. 5 der Richtlinie verlangt im Gegensatz zu Art. 7 keine Begünstigung von behinderten Menschen gegenüber nichtbehinderten Menschen, sondern einen besonderen Schutz behinderter Menschen sowie die Berücksichtigung ihrer besonderen Bedürfnisse.[1407] Der Grund für das Fehlen einer Normierung angemessener Vorkehrungen im AGG wird darin gesehen, dass der Gesetzgeber die einschlägigen Vorschriften im SGB IX irrtümlich als ausreichend wähnte.[1408]

1403 Im Ergebnis auch Rust/Falke (Hrsg.)/*Laskowski*, § 24 AGG, Rn. 24, die darauf hinweist, dass finanzielle Lasten durch mitgliedstaatliche Behindertenpolitik ausreichend kompensiert werden. Ebenso Rust/Falke (Hrsg.)/*Raasch*, § 5 AGG, Rn. 98.

1404 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1.

1405 Rust/Falke (Hrsg.)/*Raasch*, § 5 AGG, Rn. 94; implizit auch Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 14.

1406 Rust/Falke (Hrsg.)/*Raasch*, § 5 AGG, Rn. 94.

1407 Rust/Falke (Hrsg.)/*Raasch*, § 5 AGG, Rn. 94.

1408 Rust/Falke (Hrsg.)/*Raasch*, § 5 AGG, Rn. 99.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Regelungen zur Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG finden sich im nationalen Recht stattdessen in den §§ 81, 84 SGB IX,[1409] wobei Förderpflichten für schwerbehinderte Menschen explizit in §§ 81 Abs. 3, 4; 84 SGB IX enthalten sind.[1410]

Allerdings genügt § 81 Abs. 3 SGB IX den Anforderungen des Art. 5 RL 2000/78/EG nicht.[1411] Nach § 81 Abs. 3 S. 1 SGB IX stellen die Arbeitgeber (bzw. Dienstherren) durch geeignete Maßnahmen sicher, dass in ihren Betrieben und Dienststellen wenigstens die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen eine möglichst dauerhafte behinderungsgerechte Beschäftigung finden kann. Das heißt, die Vorschrift beabsichtigt lediglich, überhaupt eine möglichst dauerhafte Beschäftigung für Menschen mit Behinderungen zu gewähren, und außerdem nur in dem Ausmaß, wie ihn die Quotenregelung des § 71 Abs. 1 SGB IX dazu verpflichtet.[1412] Ebenso wenig erfüllt § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie, denn sowohl sein Wortlaut als auch seine Verortung im Zweiten Teil des SGB IX lassen erkennen, dass einfach behinderte Menschen von den hier normierten Vorkehrungen ausgeschlossen sind, obgleich die Richtlinie nicht nach dem Schweregrad der Behinderung unterscheidet. Hinzu kommt, dass § 81 Abs. 4 und 5 nicht für Bewerber gelten, sondern allein für behinderte Menschen, die sich bereits in einem Beschäftigungsverhältnis befinden.[1413] In Art. 5 der Richtlinie ist aber ausdrücklich die Rede davon, Menschen mit Behinderung den *Zugang* zur Beschäftigung zu ermöglichen. In Betracht gezogen wird deshalb,

1409 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 14 bzgl. der Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Menschen im bestehenden Arbeitsverhältnis, § 81 Abs. 3 bis 5 SGB IX; *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1, wonach es sich bei den §§ 81 Abs. 4, 84 Abs. 1, 2 SGB IX um die einzigen Normen handelt, die Art. 5 RL 2000/78/EG direkt ins nationale Recht umsetzen; *Bauschke*, öAT 2015, 67 (68), für den Art. 5 als Vorgabe für die Einrichtung von Vorkehrungen und Maßnahmen zur Ermöglichung des Zugangs zu Beschäftigung, der Ausübung eines Berufes, des beruflichen Aufstiegs und der Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX umgesetzt wurde.

1410 Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/*Mohr*, Art. 5 RL 2000/78/EG, Rn. 7.

1411 *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296 (298).

1412 *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296 (298).

1413 *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296 (298); *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 298.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

die vorvertraglichen Pflichten im Sinne des § 81 Abs. 1 SGB IX als angemessene Vorkehrungen im unionsrechtlichen Sinne anzusehen.[1414] Jedoch lässt sich aus Abs. 1 nicht entnehmen, wie die Maßnahmen im Sinne des Art. 5 und wie sie im 20. Erwägungsgrund beispielhaft umrissen werden, auszugestalten sind.[1415] Denn § 81 SGB IX beinhaltet in erster Linie die Pflicht des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn, die Möglichkeit einer Besetzung freier Stellen mit behinderten Menschen zu prüfen und diese Stellen der Agentur für Arbeit zu melden, sowie die Unterrichtungs- und Mitwirkungsrechte der Schwerbehindertenvertretung.[1416] Dementsprechend geht es hier allein um Verfahrensvorgaben, deren Einhaltung sich angesichts ihrer Ausführlichkeit als derart mühevoll gestalten kann, dass ein Verstoß nicht zwangsweise dazu führen darf, dass eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann, weil Förderpflichten nicht erfüllt wurden.[1417]

In § 84 Abs. 2 SGB IX ist die Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG lediglich teilweise zu erkennen.[1418] Denn die dort normierten Pflichten des Arbeitgebers sind ergebnisoffen und hängen zudem davon ab, ob die betroffene Person dem Eingliederungsmanagement zustimmt, wohingegen Art. 5 klar ergebnisbezogen formuliert ist und allein durch die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme sowie die persönlichen Fähigkeiten des Betroffenen begrenzt wird.[1419]

Im Ergebnis wurde Art. 5 RL 2000/78/EG also nicht ausreichend in nationales Recht umgesetzt.[1420] Eine analoge Anwendung des

1414 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 298.

1415 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 298.

1416 ErfK/*Rolfs*, § 81 SGB IX, Rn. 1 f.

1417 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 298. Ähnlich Rust/Falke (Hrsg.)/*Raasch*, § 5 AGG, Rn. 100, wonach die entsprechenden Vorschriften des SGB IX derart viele Einschränkungen und Durchsetzungsschwächen aufweisen, dass sie Art. 5 RL 2000/78/EG nicht gerecht werden.

1418 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1.

1419 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1.

1420 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 294. Ähnlich *Knickrehm*, SGb 2008, 220 (223), die bezweifelt, dass die Pflichten aus § 81 SGB IX vor dem Hintergrund eines weiten europäischen Behinderungsbegriffs lediglich gegenüber Schwerbehinderten gelten dürfen.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Schwerbehindertenrechts in den §§ 68 ff. SGB IX ist angesichts seines präzisen Zuschnitts auf Behinderungen eines bestimmten Schweregrads nicht möglich.[1421] Auch wenn § 82 Abs. 2 S. 2 SGB IX auf das AGG verweist, das den Begriff der Schwerbehinderung nicht kennt, bezieht sich doch S. 1 unmissverständlich auf eine Schwerbehinderung. Diese Eingrenzung der Verpflichtung auf Behinderungen eines bestimmten Schweregrades ist so explizit, dass sie sich einer Auslegung anhand des unionsrechtlichen Behinderungsbegriffs verschließt.[1422] § 81 Abs. 4 S. 3 Var. 3 SGB IX wiederum, wonach ein Anspruch nach § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX nicht besteht, soweit beamtenrechtliche Vorschriften entgegenstehen, darf nicht dazu führen, dass die Ansprüche von Menschen mit Behinderungen durch die Beamtengesetze vereitelt werden; vielmehr sind beamtenrechtliche Vorschriften unangewendet zu lassen, sofern sie mit der RL 2000/78/EG unvereinbar sind.[1423] Der Dienstherr ist aber seinerseits unmittelbar an die Richtlinie gebunden, sodass Art. 5 vertikal auf das Beamtenverhältnis einwirkt und folglich direkte Anwendung findet.[1424]

d. Resümee

Die vorangegangenen Untersuchungen haben zunächst gezeigt, welcher Behinderungsbegriff für die Auslegung der RL 2000/78/EG maßgeblich ist, nämlich kein anderer als der des Art. 1 Abs. 2 UN-BRK. Dieser Begriff ist weit zu verstehen und legt für das Verständnis von Behinderung ein biopsychosoziales Modell zugrunde, das vom medizinischen Modell des § 2 Abs. 1 SGB IX abweicht und auf Beeinträchtigungen abstellt, die einen Menschen in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Zu betonen ist darüber hinaus, dass weder die UN-BRK noch die RL 2000/78/EG nach dem Grad der Behinderung unterscheiden und dementsprechend auch jede Krankheit bzw. chronische Krankheit unter den Schutzbereich der

1421 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 300.
1422 *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296 (297).
1423 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1.
1424 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Richtlinie fällt, soweit sie zu einer Teilhabebeeinträchtigung von entsprechender Dauer führt.

Die im Rahmen der Feststellung der gesundheitlichen Eignung von Beamtenbewerbern vorgenommene Anwendung des allgemeinen Prognosemaßstabs und –zeitraums bewirkt eine mittelbare Ungleichbehandlung von behinderten Menschen, die weder schwerbehindert noch schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind. Anders als dies vom BVerwG vertreten wird, lässt sich diese Ungleichbehandlung unionsrechtlich nicht rechtfertigen. So stellt insbesondere die gesundheitliche Eignung keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 RL 2000/78/EG dar; ein Heranziehen des Art. 6 verbietet sich aufgrund seines Ausnahmecharakters als Rechtfertigung einer Diskriminierung aufgrund des Alters.

Eine Berücksichtigung des Art. 5 RL 2000/78/EG lässt die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung gänzlich vermissen. Dass das AGG diese Vorschrift nicht in nationales Recht umgesetzt hat, kann dem BVerwG nicht zugute gehalten werden, da es im Rahmen seiner Entscheidung eigens vorrangig auf die Richtlinie und nicht auf das AGG abstellt. Nach den gefundenen Ergebnissen stellt es im Sinne der UN-BRK wie auch im Sinne der RL 2000/78/EG eine unmittelbare Behindertendiskriminierung durch Unterlassen dar, wenn der Dienstherr einen Bewerber aufgrund seiner Behinderung wegen dessen fehlender gesundheitlicher Eignung den Zugang zum Beamtenverhältnis verweigert und der Dienstherr keine angemessenen Vorkehrungen trifft, um diesen Zugang zu ermöglichen. Eine solche unmittelbare Diskriminierung ist wie gesehen auch nicht zu rechtfertigen.

Das BVerwG hätte erwägen müssen, dass eine angemessene Vorkehrung im Sinne des Art. 5 RL 2000/78/EG in einer Verkürzung des Prognosezeitraums sowie in einer Herabsetzung des Prognosemaßstabs auch für einfach behinderte Menschen gefunden werden kann, insbesondere vor dem Hintergrund mangelnder entgegenstehender nationaler Rechtsnormen. Damit hätte das BVerwG obendrein vermeiden können, gegen einschlägige völkerrechtliche Vorschriften zu verstoßen. Eine unverhältnismäßige Belastung des Dienstherrn durch die Anwendung der vorgeschlagenen Maßnahmen wäre darüber hinaus nicht zu erkennen.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Letztlich ist die unzureichende Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG in nationales Recht zu beklagen. Eine analoge Anwendung des einschlägigen nationalen Rechts verbietet die Wortlautgrenze der §§ 81, 84 SGB IX, die sich unmissverständlich auf Menschen mit Schwerbehinderungen beziehen. Im Ergebnis sind deshalb die der Richtlinie entgegenstehenden nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen; die Regelungen der Richtlinie wirken aufgrund des Vertikalverhältnisses zwischen Beamten und Dienstherrn unmittelbar auf das Beamtenverhältnis ein.[1425]

Im Ergebnis zeigt die Anwendung des behinderungsspezifischen internationalen Antidiskriminierungsrechts auf das Zugangskriterium der gesundheitlichen Eignung, dass es eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung aufgrund der Behinderung darstellt, den Zugang zum öffentlichen Amt stets von einer gesundheitlichen Eignung abhängig zu machen.[1426]

3. Nichtvereinbarkeit mit § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG

Die Richtlinie 2000/78/EG wurde durch das AGG in nationales Recht umgesetzt. Im Rahmen der Umsetzung hat der deutsche Gesetzgeber die Begriffsbestimmungen der RL 2000/78/EG fast wortgleich übernommen, beispielsweise entspricht Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie, der die mittelbare Diskriminierung regelt, dem § 3 Abs. 2 AGG.[1427] Unterschiede ergeben sich aber im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs der Benachteiligung bzw. Diskriminierung: Während das Unionsrecht den Begriff der Benachteiligung gar nicht gebraucht, sondern allein denjenigen der Diskriminierung, differenziert das AGG zwischen beiden Begriffen.[1428] Dadurch wird verdeutlicht, dass nicht jede Ungleichbehandlung automatisch auch eine Diskriminierung darstellt,

1425 Siehe unter Teil 5 Abschn. B Kap. I „Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Beamtenrecht".

1426 Siehe dazu auch Rust/Falke (Hrsg.)/*Laskowski*, § 24 AGG, Rn. 22.

1427 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. (2013), Rn. 226, 248.

1428 *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 3 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

die vom Sprachgebrauch her bereits eine Rechtswidrigkeit indiziert.[1429]

Gemäß § 7 Abs. 1, 1. Hs. AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden. Nach § 1 AGG sollen Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindert oder beseitigt werden.

a. Behinderungsbegriff

Das AGG verbietet zwar eine Benachteiligung aufgrund der Behinderung, definiert aber selbst nicht, was unter einer Behinderung im Sinne dieses Gesetzes zu verstehen ist. In der Gesetzesbegründung wird stattdessen auf den Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX bzw. § 3 BGG verwiesen,[1430] wonach Menschen behindert sind, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Dieser Behinderungsbegriff erfasst deshalb nicht nur schwerbehinderte oder ihnen gleichgestellte Menschen,[1431] sondern schützt vor jeglicher Diskriminierung, die durch eine Behinderung motiviert wird, egal welchen Grades und unabhängig von der Ursache ihrer Entstehung.[1432]

Letztlich ist die Bestimmung des Behinderungsbegriffs unionsrechtlich vorgegeben und wird entsprechend durch den EuGH ausgeformt.[1433] Demgemäß sind auch chronisch kranke Menschen unter den Schutzbereich dieses Begriffes zu fassen, soweit die Krankheit „eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in

1429 BT-Drucks. 16/1780, S. 30.
1430 BT-Drucks. 16/1780, S. 31.
1431 BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – BVerwGE 139, 135, 139, juris Rn. 15. So auch BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, 379, juris Rn. 57.
1432 *Selzer*, EuZA 2014, 95 (102).
1433 *Otte*, ZBR 2007, 401 (402), unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 11.06.2006 – C-13/05, Rs. Chacón Navas – NZA 2006, 839, 840, juris Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist."[1434] Hinsichtlich der zeitlichen Komponente der Behinderung weicht das nationale Recht insofern von dieser Definition ab, als es in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX eine Funktionsbeeinträchtigung von „mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate" erfordert. Insoweit durch diesen konkreten Zeitraum von sechs Monaten gegenüber der offener formulierten Voraussetzung der Einschränkung von langer Dauer eine Verkürzung des Schutzbereiches bewirkt wird, ist dieser vor dem Hintergrund des weiteren Begriffsverständnisses der Behinderung in der UN-Behindertenrechtskonvention unschädlich, da der Begriff ohnehin konventionsgemäß und unionsrechtlich ausgelegt werden muss, nachdem die UN-BRK sowohl von der Bundesrepublik Deutschland als auch von der EU ratifiziert worden ist.[1435]

Andererseits hat der EuGH im Rahmen der Rechtssache *Daouidi*, bei der es um den Begriff der Langfristigkeit ging, keine bestimmte Dauer genannt, innerhalb derer die Einschränkung gegeben sein muss.[1436] Dass sich der EuGH hier nicht festlegen mochte, lässt vermuten, dass den Mitgliedstaaten ein Einschätzungsspielraum zugestanden werden soll.[1437] Sofern der EuGH im Rahmen einer konkreten Vorlagefrage über den im deutschen Recht verankerten erforderlichen Zeitraum hinausgeht, sprich sechs Monate oder mehr für die Langfristigkeit nicht ausreichen lässt,[1438] würde diesbezüglich § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX den Schutzbereich nicht verkürzen, sondern vielmehr erweitern und damit zulässigerweise über den unionsrechtlich vorgesehenen Schutz hinausgehen.[1439] So weist der 28. Erwägungsgrund der

1434 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 556, juris Rn. 47.

1435 ErfK/*Schlachter*, § 1 AGG, Rn. 9. A. A. *Domröse*, NZA 2006, 1320 (1324), der die Abweichungen des deutschen von dem europäischen Begriff der Behinderung noch vom Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten gedeckt sieht.

1436 EuGH, Urt. v. 01.12.2016 – C-395/15, Rs. Daouidi – EuZW 2017, 263-267.

1437 *Klein*, jurisPR-ArbR 1/2017, Anm. 2.

1438 Vgl. ErfK/*Schlachter*, § 1 AGG, Rn. 10.

1439 So auch v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 214.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

RL 2000/78/EG ausdrücklich darauf hin, dass durch die Richtlinie lediglich Mindestanforderungen festgelegt werden und es den Mitgliedstaaten freisteht, günstigere Vorschriften einzuführen oder beizubehalten.

b. Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes wird in § 6 AGG geregelt. Nach § 6 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. AGG gelten als Beschäftigte auch die Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Rein zeitlich ist also der Anwendungsbereich des AGG auf das gesamte Beamtenverhältnis übertragbar, sodass Auswahl- und Ernennungsentscheidungen sowie Entlassungen grundsätzlich darunter fallen.[1440] Arbeitgeber im Sinne des AGG sind nach § 6 Abs. 2 S. 1 natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Abs. 1 beschäftigen. Erfasst sind somit auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, also sowohl Bund, Länder und Gemeinden als auch Stiftungen, Körperschaften und öffentlich-rechtliche Anstalten.[1441] Ausschlaggebend für den Begriff der Beschäftigung im Sinne des § 6 AGG ist darum nicht, ob das Rechtverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist.[1442] Grundsätzlich sind somit die Vorschriften des AGG für die im öffentlichen Dienst Beschäftigten im Grundsatz vollumfänglich anzuwenden.[1443]

§ 24 AGG statuiert Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse. Gemäß § 24 Nr. 1, 2 AGG gelten die Vorschriften des AGG auch für Beamte und Richter, allerdings lediglich unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung. Ein Ausschluss dieser Beschäftigtengruppe aus dem Anwendungsbereich des AGG wäre nicht möglich gewesen, da Beamte vom persönlichen Schutzbereich der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien umfasst sind.[1444] § 24 AGG ist die Bilanz des Konflikts des deutschen Gesetzgebers, auf der einen Sei-

1440 *Pander*, LKV 2013, 454 (454).
1441 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 141.
1442 *Pander*, LKV 2013, 454 (455), mit Verweis auf ErfK/*Schlachter*, § 6 AGG, Rn. 1, die jedoch eine Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf öffentliche Dienstverhältnisse in § 24 AGG sieht.
1443 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 141.
1444 BT-Drucks. 16/1780, S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

te Unionsrecht zu genügen, das in der RL 2000/78/EG nicht nach der Natur des Beschäftigungsverhältnisses unterscheidet, auf der anderen Seite aber die Bedeutung des Art. 33 Abs. 5 GG und die durch ihn garantierte Institution des Berufsbeamtentums mitsamt seiner hergebrachten Grundsätze zu wahren.[1445] Nach Maßgabe des § 24 AGG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AGG gilt das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG zum Schutz für Richter und Beamte für das gesamte Dienstverhältnis einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen und somit bereits für die Stellenausschreibung.[1446] Eine Beschränkung des Schutzbereiches für im öffentlichen Dienst Beschäftigte erfährt das AGG somit durch § 24 AGG anerkanntermaßen nicht; stattdessen wird in der Norm ein Rechtfertigungsspielraum zugesprochen, der im Vergleich zu privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen weiter sein soll.[1447]

Auf welche Weise genau § 24 AGG zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen herangezogen werden kann, ist indes unklar.[1448] Die Gesetzesmaterialien benennen diesbezüglich „insbesondere" eine Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts aus § 14 AGG, 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.[1449]

Dass § 24 AGG Benachteiligungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Beschäftigungsverhältnisse rechtfertigt, die im Rahmen eines privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich gemäß § 7 AGG verboten sind, setzt aber zunächst voraus, dass das AGG neben den einschlägigen Vorschriften des Beamtengesetzes überhaupt an-

1445 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 142 m.w.N.

1446 FS Adomeit/*Battis/Nebel*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das öffentliche Dienstrecht, S. 13.

1447 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 182 m.w.N.; Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 142 f. m.w.N.; v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 18; Ernst u.a./*Ernst/Braunroth/Wascher*, § 24 AGG, Rn. 4.

1448 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 182 m.w.N. zur Auslegung des § 24 AGG, der sich explizit gegen § 24 AGG als „Perpetuierung der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse" ausspricht.

1449 BT-Drucks. 16/1780, S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wendbar ist.[1450] Nach § 2 Abs. 3 AGG wird die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung durch das AGG nicht berührt, und zwar mit Geltung auch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen. Somit sind § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG neben dem AGG anwendbar, wonach Ernennungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität vorzunehmen sind. Diese Normen dienen analog zu Art. 33 Abs. 2 GG dem Schutz der Personengruppe von Beamtenbewerbern vor eignungswidrigen und ermessensfehlerhaften Auswahlentscheidungen.

Ein Konkurrenzverhältnis dergestalt, dass das AGG nur für den Schutz derjenigen Merkmale zur Anwendung kommt, die beispielsweise im BBG und BeamtStG nicht genannt werden wie das Merkmal des Alters, das in § 1 AGG verpönt wird, nicht aber in § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG, lässt sich § 2 Abs. 3 AGG indes nicht entnehmen.[1451] Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien geht es § 2 Abs. 3 AGG allein darum, die Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/ 73/EG und 2004/113/EG umzusetzen.[1452] Der Wortlaut des § 2 Abs. 3 S. 1 AGG, wonach die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung durch das AGG nicht berührt wird, ist deshalb dahingehend zu verstehen, dass ein Nebeneinander verschiedenster Vorschriften zum Schutz vor Benachteiligungen nicht ausgeschlossen wird. „Sonstige" im Sinne dieser Vorschrift heißt nicht „weiterge-

1450 Ablehnend *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 183.

1451 Für eine Anwendbarkeit des AGG lediglich insoweit, wie der Benachteiligungsschutz anderer Vorschriften hinter demjenigen des AGG zurücksteht: FS Adomeit/*Battis/Nebel*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das öffentliche Dienstrecht, S. 13. Für eine eingeschränkte Anwendung des AGG wegen des Vorrangs der verfassungsrechtlich verankerten Bestenauslese *Pander*, LKV 2013, 454 (456). Für eine „Ergänzung" der Regelungen des BBG durch das AGG auch hinsichtlich des Merkmals der Behinderung dagegen Rust/Falke (Hrsg.)/*Laskowski*, § 24 AGG, Rn. 6, 22 ff. I.E. bejaht auch sie eine unangemessene mittelbare Diskriminierung wegen der Behinderung durch die Zugangsbeschränkung der gesundheitlichen Eignungsanforderung, Rn. 24.

1452 BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hende". Das AGG ist deshalb neben den einschlägigen Vorschriften des Beamtengesetzes anwendbar.

Die Bedeutung des § 24 AGG als Instrument der Einschränkung von Rechten im Beamtenverhältnis kann sich aber dessen ungeachtet nur auf die Klarstellung beschränken, dass die Berücksichtigung der besonderen Rechtsstellung der Beamten nur im Rahmen dessen möglich ist, was die Richtlinie selbst als zulässig erachtet.[1453] Sofern nämlich eine schutzbeschränkende Funktion des § 24 AGG befürwortet wird, ist sie als unionsrechtswidrig zu missbilligen; nach gebotener unionsrechtskonformen Auslegung darf die Norm nicht hinter dem Schutz der Richtlinie zurückbleiben.[1454] Ist eine unionsrechtskonforme Anwendung nicht möglich, muss die Norm unangewendet bleiben; der Beamte kann sich dann gegenüber seinem Dienstherrn direkt auf die Richtlinie berufen, die unmittelbar und vertikal in das Beamtenverhältnis einwirkt.[1455]

c. Diskriminierung aufgrund der Behinderung und Rechtfertigung

Die Nichtverbeamtung wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung stellt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG dar, wenn die gesundheitliche Eignung wegen einer Beeinträchtigung verneint wird, die gleichzeitig eine Behinderung darstellt: Gemäß § 7 Abs. 1, 1. Hs. dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden. Solche sind nach Maßgabe des AGG unzulässig in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, § 2 Abs. 1 Nr. 1, 1. Hs. AGG.

Hinsichtlich der Vereinbarkeit der Ablehnung eines Beamtenbewerbers wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung mit dem AGG ist auf die Prüfung der insoweit gleich lautenden Vorschriften der

1453 Rust/Falke (Hrsg.)/*Laskowski*, § 24 AGG, Rn. 2.

1454 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 185. So I.E. auch Otte, ZBR 2007, 401, 403.

1455 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 185. Die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung besteht nur bei mehrdeutigem Wortlaut; eine richtlinienkonforme Auslegung entgegen des Wortlauts des Gesetzes ist folglich unzulässig, S. 174 Fn. 244 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

RL 2000/78/EG zu verweisen.[1456] Dementsprechend bemisst auch das BVerwG seine Rechtsprechung am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie und nicht am AGG, da die durch den EuGH wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts für die Auslegung des inhaltsgleichen § 3 Abs. 2 AGG verbindlich sei.[1457] Anders als vom BVerwG dargestellt, lässt sich eine mittelbare Ungleichbehandlung im konkreten Fall jedoch nicht rechtfertigen, und zwar weder wie dargestellt durch § 24 AGG, noch durch § 8 AGG, der Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG entspricht.[1458]

Inwiefern der Dienstherr im Rahmen des AGG angemessene Vorkehrungen widrigerweise für den Zugang behinderter Menschen zum Beamtenverhältnis nicht getroffen hat, fragt sich hier nicht, da Art. 5 Abs. 1 RL 2000/78/EGG jedenfalls durch das AGG nicht in nationales Recht umgesetzt wurde.[1459]

d. Ergebnis

Die Versagung des Zugangs zum Beamtenverhältnis wegen aufgrund einer Behinderung des Bewerbers mangelnden gesundheitlichen Eignung stellt eine mittelbare Benachteiligung aufgrund der Behinderung nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 i.V.m. § 1 AGG dar, die gemäß § 7 Abs. 1 AGG unzulässig ist und die nicht gemäß § 24 bzw. § 8 AGG gerechtfertigt werden kann. Dieses Ergebnis entspricht insoweit der Prüfung des Verstoßes gegen die RL 2000/78/EG.

4. Nichtvereinbarkeit mit weiteren völkerrechtlichen Schutzrechten und europäischen Grundrechten

Die mit dem Vertrag von Lissabon einhergehende Neufassung des Art. 6 EUV bewirkte eine umfassende grundrechtliche Bindung der

1456 Siehe dazu schon oben, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2 „Unvereinbarkeit mit RL 2000/78/EG".

1457 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 256, juris Rn. 45.

1458 Vgl. dazu die Ausführungen im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit der Rechtslage mit der RL 2000/78/EG, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.

1459 Siehe dazu oben unter „Mangelhafte und unionsrechtswidrige Umsetzung des Art. 5 RL 2000/78/EG", Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.c.(4).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Europäischen Union.[1460] Aus Art. 6 EUV ergibt sich die Möglichkeit des europäischen Grundrechtsschutzes in dreierlei Hinsicht: Zunächst werden europäische Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts angesehen, deren völkerrechtliche Verbindlichkeit durch einen Beitritt der EU zur EMRK erreicht werden soll, Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV; darüber hinaus erkennt Art. 6 Abs. 1 S. 2 EUV die Grundrechtecharta als gleichrangig neben den Verträgen an, sodass sowohl Unionsorgane als auch die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts daran gebunden sind.[1461] Es handelt sich bei ihr folglich um eine Primärrechtsquelle und somit um einen Auslegungsmaßstab für das Sekundärrecht.[1462] Diese Rechtsquelle soll für das zugrunde liegende Thema nicht unberücksichtigt bleiben.

Zuvor soll aber auf die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention eingegangen werden sowie auf weitere völkerrechtliche Abkommen, die Menschen mit Behinderungen und chronischen Krankheiten Rechte verleihen. Anders als die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und die Charta der Grundrechte stellt die EMRK selbst keine unionsrechtliche Rechtsquelle dar; durch einen Beitritt der EU zur EMRK würde diese aber völkerrechtlich verbindlich.[1463] Nichtsdestotrotz stellt die EMRK eine wichtige Rechtserkenntnisquelle für die Unionsrechte dar,[1464] wie der EuGH zuweilen in seiner Rechtsprechung erkennen lässt: Danach ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannt, dass die leitenden Grundsätze der EMRK im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind.[1465] Der EuGH weist außerdem darauf hin, dass die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte Hinweise geben können, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind[1466] und

1460 Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)/*Schorkopf*, Art. 6 EUV, Rn. 1. Siehe zur Wirkung völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge bereits oben, Teil 5 Abschn. B Kap. II „Der Einfluss des Völkerrechts auf das deutsche Beamtenrecht".

1461 Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)/*Schorkopf*, Art. 6 EUV, Rn. 13.

1462 Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)/*Schorkopf*, Art. 6 EUV, Rn. 28.

1463 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Kingreen*, Art. 6 EUV, Rn. 27.

1464 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Kingreen*, Art. 6 EUV, Rn. 19.

1465 EuGH, Urt. v. 15.05.1986 – 222/84, Rs. Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary – DVBl. 1987, 227, 228 f., juris Rn. 18.

1466 EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, Rs. Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft – Slg 1989, 2609, 2639, juris Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zieht die Entscheidungen des EGMR für seine Urteilsfindung heran.[1467]

Aufgrund der Wichtigkeit und des Einflusses völkerrechtlicher Quellen auf das Unionsrecht wie auch des nationalen Rechts soll nachfolgend ihre Bedeutung für die Problematik der gesundheitlichen Eignung untersucht werden, bevor auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union eingegangen wird.

a. Europäische Menschenrechtskonvention

Die EMRK ist ein internationaler Vertrag,[1468] der am 04.11.1950 in Rom unterzeichnet wurde und am 03.09.1953 nach Ratifizierung durch 10 Staaten in Kraft trat.[1469] Er wurde von der Bundesrepublik Deutschland durch ein auf Grundlage von Art. 59 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. GG ergangenes Zustimmungsgesetz in nationales Recht umgesetzt.[1470] Hintergrund für die Entstehung der Menschenrechtskonvention waren die Erinnerungen an die Menschenrechtsverletzungen während des Zweiten Weltkriegs, deren Wiederholung unmöglich gemacht werden sollte.[1471] Durch das Protokoll Nr. 14 zur EMRK, das durch alle Mitgliedstaaten ratifiziert wurde, wurde die Möglichkeit des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK geschaffen, Art. 59 Abs. 2 EMRK, deren Durchführung von Art. 6 Abs. 2 S. 2 EUV für definitiv erklärt wird.[1472] Der Entwurf über eine Übereinkunft zum Beitritt der EU wurde jedoch vom EuGH für EU-vertragswidrig erklärt, der unter anderem die Autonomie des Unionsrechts sowie die gerichtliche Kontrolle innerhalb der Union als gefährdet sah.[1473]

1467 EuGH, Urt. v. 12.12.1996 – verb. Rs. C-74/95 und C-129/95, Strafverfahren gegen X – NZA 1997, 307, 308, juris Rn. 25; EuGH, Urt. v. 26.06.1997 – C-368/95, Rs. Familiapress– Slg 1997, I-3689, 3717, juris Rn. 26.

1468 *Chryssogonos*, EuR 2001, 49 (49).

1469 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rn. 6.

1470 Siehe auch bereits oben, Teil 5 Abschn. B Kap. I „Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Beamtenrecht", sowie einführend Teil 3 Abschn. B Kap. II.1.c „Völkerrechtliche Verträge".

1471 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rn. 6.

1472 *Herdegen*, Europarecht, 18. Aufl. (2016), § 3 Rn. 2, 58.

1473 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rn. 21; EuGH, Gutachten vom 18.12.2014 – C-2/13 – juris Rn. 258.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Mit dem Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur EMRK wurde die Zuständigkeit des EGMR als Instanz für die Überwachung der Einhaltung von Menschenrechten in Deutschland anerkannt.[1474] Nach Art. 46 Abs. 1 EMRK sind die Mitgliedstaaten zur Befolgung endgültiger Urteile des EGMR verpflichtet, wenn sie Partei der entschiedenen Rechtssache sind. Hält der EGMR eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung eines Mitgliedsstaats für konventionswidrig, ändert dies grundsätzlich nichts an der formellen Rechtskraft dieser nationalen Entscheidung.[1475] Es handelt sich bei den Entscheidungen des EGMR um Feststellungsurteile ohne kassatorische Wirkung.[1476]

Wie das BVerfG in seinem Görgülü-Beschluss erklärt,[1477] sind die nationalen Gerichte wegen des Zustimmungsgesetzes zur EMRK dazu verpflichtet, die Rechtsprechung des EGMR zur Kenntnis zu nehmen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Soweit möglich, sei nationales Recht stets völkerrechtskonform auszulegen. Entscheidet das BVerfG über einen Sachverhalt, über den der EGMR bereits entschieden hat, habe sich das BVerfG mit diesen Entscheidungsgründen auseinanderzusetzen. Im Falle eines vom EGMR festgestellten und noch nicht beseitigten Konventionsverstoßes durch die Bundesrepublik Deutschland müsse die Entscheidung des EGMR im nationalen Bereich berücksichtigt werden. Darunter versteht das BVerfG, dass sich Behörden und Gerichte sichtbar mit der Entscheidung befassen und womöglich auch begründen, warum sie von der Rechtsprechung des EGMR abweichen.[1478] Das heißt mit anderen Worten, dass die Entscheidung des EGMR nach Möglichkeit zu befolgen ist und nur wenn dies nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht möglich sein sollte, eine hinreichend begründete Abweichung ausnahmsweise zulässig ist. Erklärt der EGMR eine innerstaatliche Vorschrift für kon-

1474 *Gusy*, JA 2009, 406 (407).
1475 *Herdegen*, Europarecht, 18. Aufl. (2016), § 3 Rn. 20.
1476 *Gusy*, JA 2009, 406 (408).
1477 BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 324, juris Rn. 48 f.
1478 BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 324, juris Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ventionswidrig, ist diese Vorschrift entweder völkerrechtskonform auszulegen oder vom Gesetzgeber zu ändern.[1479]

Art. 14 EMRK enthält ein Diskriminierungsverbot, wonach der Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten ist. Die Aufzählung der inkriminierten Merkmale ist, wie das Adverb „insbesondere" belegt, nicht abschließend. Die Bedeutung des „sonstigen Status" in Art. 14 EMRK ist weit zu verstehen, wie der EGMR in der Entscheidung *Clift v. Vereinigtes Königreich* klarstellte.[1480] Hier wies er unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Glor v. Schweiz* explizit darauf hin, dass „sonstiger Status" auch Behinderungen umfasst, und in der er ebenfalls darauf betonte, dass nach europäischem und weltweitem Konsens die Notwendigkeit bestehe, Menschen mit Behinderungen vor diskriminierender Behandlung zu schützen.[1481] Diese Auslegung von Art. 14 EMRK wurde in *Kiyutin v. Russland* bestätigt.[1482]

Für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots ist es Voraussetzung, dass Personen unterschiedlich behandelt werden, obgleich sie sich in einer vergleichbaren bzw. rechtserheblich ähnlichen Lage befinden.[1483] Weiterhin muss die Unterscheidung ohne eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung erfolgen, wenn sie also kein berechtigtes Ziel verfolgt oder wenn kein angemessenes Verhältnis zwischen den angewendeten Mitteln und dem verfolgten Ziel besteht.[1484] Allerdings

1479 BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 325, juris Rn. 51.

1480 EGMR, Entsch. v. 13.07.2010 – 7205/07, Clift/Vereinigtes Königreich – Rn. 5.

1481 EGMR, Entsch. v. 13.07.2010 – 7205/07, Clift/Vereinigtes Königreich – Rn. 5; EGMR, Entsch. v. 30.09.2009 – 13444/04, Glor/Schweiz – Rn. 53.

1482 EGMR, Entsch. v. 10.03.2011 – 2700/10, Kiyutin/Russland – Rn. 57.

1483 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Lehner*, Art. 14 EMRK, Rn. 9 mit Verweis auf EGMR, Entsch. v. 13.07.2010 – 7205/07, Clift/Vereinigtes Königreich – Rn. 66. Siehe dazu bereits oben, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.(1) „Unmittelbare Diskriminierung".

1484 EGMR, Entsch. v. 29.04.2002 – 2346/02, Pretty/Vereinigtes Königreich – NJW 2002, 2851, 2855.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

haben die Staaten einen Beurteilungsspielraum für die Frage, ob und in welchem Umfang Unterschiede bei ansonsten gleichen Sachverhalten eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.[1485] Letztlich kann eine Diskriminierung auch dann gegeben sein, wenn Staaten ohne sachliche und vernünftige Begründung Personen in eindeutig unterschiedlicher Lage nicht unterschiedlich behandeln.[1486]

Anders als die Art. 8 bis 11 EMRK erwähnt Art. 14 EMRK keine konkreten legitimen Ziele, für deren Verwirklichung eine unterschiedliche Behandlung zulässig wäre.[1487] Beruht die unterschiedliche Behandlung auf einem Merkmal, das der Betroffene selbst beeinflussen kann, werden an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung weniger strenge Anforderungen gestellt als bei einer Unterscheidung aufgrund von Merkmalen, die sich der persönlichen Einflussnahme entziehen.[1488] Erfolgt die Ungleichbehandlung aufgrund einer Behinderung, räumt der EGMR den Mitgliedstaaten nur einen sehr begrenzten Beurteilungsspielraum ein.[1489]

Wie Art. 14 EMRK in seinem Wortlaut verdeutlicht, bezieht sich das Diskriminierungsverbot allein auf den Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten. Das Diskriminierungsverbot ist somit akzessorischer Natur.[1490] Das heißt, Art. 14 EMRK statuiert kein allgemeines Verbot der Ungleichbehandlung, sondern ist nur dann anwendbar, wenn der Anknüpfungspunkt der Schlechterstellung eine Form der Ausübung des verbürgten Rechts ist oder die diskriminierende Maßnahme eng mit dem Genuss eines garantierten Rechts verbunden ist.[1491] Die Anwendbarkeit des Art. 14 setzt aber nicht notwendigerweise eine Verletzung eines Konventionsrechts oder einen Eingriff darin voraus, sondern dass sich die Ungleichbehandlung im Geltungsbereich einer oder mehrerer Konventionsrechte bewegt.[1492]

1485 EGMR, Entsch. v. 29.04.2002 – 2346/02, Pretty/Vereinigtes Königreich – NJW 2002, 2851, 2855.

1486 EGMR, Entsch. v. 29.04.2002 – 2346/02, Pretty/Vereinigtes Königreich – NJW 2002, 2851, 2855.

1487 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, 2014, Rn. 13.

1488 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, 2014, Rn. 15.

1489 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, 2014, Rn. 28.

1490 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 41

1491 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Lehner*, Art. 14 EMRK, Rn. 5.

1492 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, 2014, Rn. 15 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 bezieht sich nicht nur auf die Rechte und Freiheiten, die in der Konvention selbst festgelegt sind, sondern auch auf die Rechte, die sich aus den jeweiligen Protokollen zur EMRK ergeben, dies allerdings nur, sofern sie von den Mitgliedstaaten ratifiziert worden sind.[1493] Die Verbindung zwischen Art. 14 EMRK und dem garantierten Recht entsteht auch bei diskriminierenden Maßnahmen, die entsprechend Art. 8 bis 11 EMRK oder anderen Vorschriften gerechtfertigt werden können; daraus folgt, dass die Handlung eines Konventionsstaats unabhängig von einer Rechtfertigung nicht diskriminieren dürfen.[1494]

Für den dargestellten erforderlichen Bezug von Art. 14 EMRK zu einem in der Konvention geschützten Recht wäre Art. 8 EMRK denkbar, dessen Schutz des Privatlebens sich auch auf eine körperliche, psychische und soziale Integrität bezieht.[1495] Beispielsweise ist darum eine medizinische Behandlung nur dann zulässig, wenn sie mit der Zustimmung des Patienten erfolgt.[1496] Art. 8 Abs. 2 EMRK statuiert, dass eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen darf, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Aus diesem Zusammenhang ergibt sich, dass der Schutzzweck der Norm eher darin zu sehen ist, Bürger vor staatlich veranlassten Zwangsmaßnahmen zu schützen wie beispielsweise medizinische Zwangsbehandlungen oder Abtreibungen.[1497] Aber auch polizeiliche Durchsuchungen, die mit Leibesvisitationen oder Aufforderungen einhergehen, die Kleidung abzulegen, fallen unter Art. 8 Abs. 1 EMRK, können aber nach Abs. 2 gerechtfertigt sein.[1498] Das gleiche gilt für die Entnahme

1493 *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, 2014, Art. 14 Rn. 4.
1494 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Lehner*, Art. 14 EMRK, Rn. 6
1495 EGMR, Entsch. v. 22.07.2003 – 24209/94, Y.F./Türkei – Rn. 33; EGMR, Entsch. v. 29.04.2002 – 2346/02, Pretty/Vereinigtes Königreich – Rn. 61.
1496 EGMR, Entsch. v. 16.06.2005 – 61603/00, Storck/Deutschland – Rn. 143.
1497 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Art. 8 EMRK, Rn. 11 ff. m.w.N.
1498 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Art. 8 EMRK, Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

von Blut- oder Speichelproben bzw. gerichtlich angeordnete psychologische oder psychiatrische Untersuchungen[1499] oder Drogentests.[1500]

In der Entscheidung des BVerwG vom 25.07.2013 ging es jedoch nicht darum, dass der Staat die körperliche oder seelische Integrität eines Bewerbers durch eine staatlich veranlasste Zwangsmaßnahme gegen den Willen des zu Untersuchenden vorgenommen hätte. Es ging vielmehr um die Ablehnung einer Übernahme ins Beamtenverhältnis auf Probe eines Bewerbers mit einem anerkannten Grad der Behinderung von 30. Die Kläger fühlten sich nicht durch die Gesundheitsuntersuchung in ihren Rechten verletzt, sondern weil ihnen der Zugang zum öffentlichen Amt verwehrt wurde.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK ist der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten. Nach Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls darf niemand von einer Behörde diskriminiert werden, insbesondere nicht aus einem der in Abs. 1 genannten Gründe. Dieses Zusatzprotokoll verbietet auch die Diskriminierung aufgrund der Behinderung durch eine Behörde. Der hier verwendete Begriff der Diskriminierung ist derselbe wie in Art. 14 EMRK.[1501] Das 12. Zusatzprotokoll wurde jedoch bisher nicht von der Bundesrepublik ratifiziert.[1502]

Ein Verstoß der Rechtsprechung gegen Vorschriften der EMRK bzw. des besagten Zusatzprotokolls durch Nichtverbeamtung behinderter Bewerber ist also im Ergebnis zu verneinen.

b. Sonstige kollidierende völkerrechtliche Vereinbarungen

Über die EMRK hinaus existieren weitere völkerrechtliche Abkommen, aus denen sich ein Schutz von Menschen mit Behinderungen

1499 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Art. 8 EMRK, Rn. 15 mit Bezug auf EGMR, Entsch. v. 22.07.2003 – 24209/94, Y.F./Türkei – Rn. 33.
1500 EGMR, Entsch. v. 09.03.2004 – 46210/99, Wretlund/Schweden.
1501 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Lehner*, Art. 14 EMRK, Rn. 4.
1502 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Lehner*, Art. 14 EMRK, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

und chronischen Krankheiten ableiten lässt. Allen voran ist die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen[1503] zu nennen, nach deren Art. 7 alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz haben sowie Anspruch auf gleichen Schutz gegen jede Diskriminierung, die gegen diese Erklärung verstößt, und gegen jede Aufhetzung zu einer derartigen Diskriminierung.

Art. 26 S. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR) verbietet „jede" Diskriminierung; nach Art. 25 lit. c) hat jeder Staatsbürger das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Art. 2 desselben Pakts genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben.

Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwirtR) schreibt die Verpflichtung der Vertragsstaaten vor, zu denen auch Deutschland gehört, zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden.

Zwar bezieht sich keiner dieser Verträge ausdrücklich auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Behinderung, allerdings sind die Aufzählungen, wegen derer eine Diskriminierung verboten wird, sowohl im IPbürgR als auch im IPwirtR nicht abschließend und sind weit auszulegen.[1504] Darüber hinaus erklärt der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte die Behinderung als eine Kategorie des Begriffs „sonstiger Status" im Sinne dieser Verträge.[1505]

1503 Resolution der Generalversammlung 217 A (III) v. 10.12.1948, abrufbar unter http://www.un.org/depts/german/menschenrechte/aemr.pdf (zuletzt aufgerufen im September 2017).

1504 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 38.

1505 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5, Persons with disabilities (Eleventh session, 1994), U.N. Doc E/1995/22 at 19 (1995), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 at 24 (2003), Nr. 5.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Weiterhin hat die Bundesrepublik das Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf der Internationalen Arbeitsorganisation ratifiziert.[1506] Auch hier wird die Behinderung nicht explizit erwähnt, jedoch hat die IAO eine Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung bereits als neue Diskriminierungsform anerkannt.[1507]

Aufgrund dieser zahlreichen völkerrechtlichen Abkommen, die allesamt eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung missbilligen, ja gar verbieten, ist die Verpflichtung der Bundesrepublik als ratifizierender Staat anzunehmen, jegliche Art der Diskriminierung aufgrund der Behinderung zu bekämpfen.[1508] Dass Rechtsprechung und Verwaltung hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung im Rahmen der Verbeamtung geradezu konträr zu dieser Verpflichtung handeln und eine Ungleichbehandlung gar institutionalisieren, ist mit diesen internationalen Verträgen nicht zu vereinbaren.

Soziale Grundrechte sind weiterhin in der Europäischen Sozialcharta (ESC) enthalten, die am 18.10.1961 in Turin unterzeichnet wurde.[1509] Sie stellt gewissermaßen ein Gegenstück zur EMRK dar, bei deren Ausarbeitung soziale wie wirtschaftliche Rechte weitestgehend unberücksichtigt blieben.[1510] Die ESC hat die sozialpolitische Entwicklung innerhalb der Europäischen Union insbesondere vor Inkrafttreten der Grundrechte-Charta maßgeblich beeinflusst.[1511] Darüber hinaus gehen zahlreiche Artikel der GRC auf die Sozialcharta zurück.[1512]

Die Sozialcharta enthält keine Vorschrift für den Schutz vor Diskriminierungen, die sämtliche Artikel der ESC umfasst; allein die Präambel weist darauf hin, „dass die Ausübung sozialer Rechte sicherge-

1506 Gesetz zum Übereinkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 8. März 1961 (BGBl. I S. 97).

1507 *Bericht des Generaldirektors*, Gleichheit bei der Arbeit: den Herausforderungen begegnen. Gesamtbericht im Rahmen der Folgemaßnahmen zur Klärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, S. 43, 48.

1508 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 38.

1509 *Biltgen*, NZA 2016, 1245 (1245).

1510 Bergmann (Hrsg.)/*Bergmann*, Socialcharta, Abs. I und II.

1511 *Biltgen*, NZA 2016, 1245 (1245).

1512 *Biltgen*, NZA 2016, 1245 (1245) mit Verweis auf ABl. 2007, C 303, S. 17, bzw. auf die aktuelle Fassung der GRC, ABl. 2012, C 326, S. 391.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

stellt sein muss, und zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Religion, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft." Die Europäische Sozialcharta wurde von Deutschland ratifiziert,[1513] nicht jedoch die revidierte Fassung von 1996, die einen Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Gesundheit vorsieht, wobei unter „Gesundheit" auch Krankheit und Behinderung zu erfassen sind.[1514] Art. 15 RESC verbietet explizit die Diskriminierung aufgrund der Behinderung.[1515]

Insgesamt ist aber der Einfluss der ESC auf eine effektive Gewährleistung sozialer Grundrechte im Rahmen des Unionsrechts gering;[1516] die mitgliedstaatliche Vorliebnahme mit einer wenig ausladenden Anwendung der Sozialcharta verhindert freilich ihre erfolgreiche Umsetzung.[1517] Die ESC wird allenfalls zur Auslegung von Grundrechten herangezogen, die ihr inhaltlich ohnehin schon entsprechen.[1518] Auch die Union selbst erwägt keinen Beitritt zur ESC, obwohl diese zumindest in ihrer ersten Fassung von allen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert wurde.[1519] Ihr Schattendasein mag aber auch darin begründet liegen, dass sie weder das Recht einer Individualbeschwerde[1520] noch die Möglichkeit formaler Staatsklagen im Falle eines Verstoßes vorsieht, noch aus ihrer Kontrolle eine verbindliche Rechtsprechung entspringt.[1521]

Die Europäische Sozialcharta ist mithin für den Schutz eines Beamtenbewerbers vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung wenig hilfreich. Insofern und vor dem Hintergrund der nicht erfolgten Ratifikation der revidierten Fassung der ESC durch die Bundesrepublik ist eine Unvereinbarkeit mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht festzustellen.

1513 Gesetz zur Europäischen Sozialcharta vom 18.10.1961 vom 19. September 1964 (BGBl. II S. 1261).
1514 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 43.
1515 Abrufbar unter https://rm.coe.int/168007cf93 (Stand: September 2017), S. 8 f.
1516 *Schlachter*, EuR 2016, 478 (486).
1517 *Biltgen*, NZA 2016, 1245 (1247).
1518 *Schlachter*, EuR 2016, 478 (486).
1519 *Schlachter*, EuR 2016, 478 (483).
1520 *Schlachter*, SR 2017, 111 (112).
1521 Bergmann (Hrsg.)/*Bergmann*, Socialcharta, Abs. IV und V.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

c. Charta der Grundrechte der Europäischen Union

In seiner Bemühung, die einheitliche Anwendung des europäischen Rechts zu sichern, entwickelte der EuGH einzelne Grundrechte.[1522] Hintergrund war, dass nach der Gründung der Europäischen Gemeinschaft im Jahre 1985 noch kein verschriftlichter grundrechtlicher Normenkodex bestand und somit auch keine Norm, an der die Rechtmäßigkeit von Sekundärrecht hätte gemessen werden können.[1523] Seinen Ursprung nahm diese Rechtsfortbildung in der Rechtssache *Stauder*,[1524] im Rahmen derer der EuGH die Beachtung der Grundrechte als den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts zugehörig deklarierte.[1525] Der EuGH orientierte sich bei der Entwicklung dieser Grundrechte an der EMRK sowie an den mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen,[1526] aber auch an den vertraglichen Diskriminierungsverboten selbst.[1527] In seiner Solange II-Rechtsprechung bekannte sich das Bundesverfassungsgericht zur grundrechtsgebenden Rechtsprechungspraxis des EuGH, indem es den Unionsgrundrechten einen dem Grundrechtsschutz im Wesentlichen entsprechenden Schutz zusprach und verkündete, künftig keine europäischen Rechtsakte am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes mehr überprüfen zu werden.[1528] Problematisch an der Gewährleistung eines europäischen Grundrechtsschutzes war aber die Abhängigkeit des EuGH von den ihm vorgelegten Fällen, über die er zu entscheiden und in deren Rahmen er die Grundrechte entwickeln konnte, sodass die Erstellung eines umfassenden Grundrechtskatalogs und seiner Ausmaße nicht möglich war.[1529]

1522 *Kingreen*, EuR 2010, 338 (351).
1523 *Schöbener*, JA 2011, 885 (889).
1524 EuGH, Urt. v. 12.11.1969 – C-29/69, Rs. Stauder – Slg 1969, 419 ff.
1525 *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. Aufl. (2015), Rn. 167.
1526 Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)/*Schorkopf*, Art. 6 EUV, Rn. 12; EuGH, Beschl. v. 11.01.1977 – C-4/73, Rs. Nold – NJW 1975, 518, 520.
1527 *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. Aufl. (2015), Rn. 168.
1528 BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339, 387, juris Rn. 117.
1529 *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. Aufl. (2015), Rn. 170.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Mittlerweile verbürgt Art. 6 EUV in seinem Abs. 1 die Bindung der Europäischen Union an die Charta der Grundrechte[1530] und gewährleistet in seinem Abs. 3 die Grundrechte aus der EMRK als Teil des Unionsrechts in ihrer Funktion als allgemeine Grundsätze. Die durch den EuGH hergeleiteten Grundrechte stellen dazu eine Ergänzung dar, indem sie den Grundrechtsschutz der Mitgliedstaaten komplettieren, ohne aber zu ihm in Konkurrenz zu treten.[1531]

Art. 6 Abs. 3 EUV schreibt die Rechtsprechung des EuGH, zur materiellen Begründung der Unionsgrundrechte auf die EMRK und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen zurückzugreifen, gesetzlich fest.[1532] Zu einer solchen Rechtserkenntnisquelle gehört neben den besagten Verfassungsüberlieferungen beispielsweise auch, dass die EU-Mitgliedstaaten die EMRK ratifiziert haben und diese als Teil der nationalen Rechtsordnung behandelt wird.[1533]

Im Gegensatz zu Rechts*quellen*, die den Ursprung für die Geltung des Rechts darstellen, wird die Rechts*erkenntnis*quelle dazu herangezogen, den Inhalt und die Auslegung der Rechtsquelle zu steuern; anders als die Rechtsquellen entfalten Rechtserkenntnisquellen aber keine normative Bindung.[1534] Das heißt, dass die EMRK erst zu einer verbindlichen Rechtsquelle wird, wenn die Europäische Union wie in Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehen der EMRK beitritt.[1535]

Seit Inkrafttreten der GRC wird die EMRK in der Rechtsprechung des EuGH weniger zitiert als zuvor.[1536] Hintergrund ist, dass der EuGH zunächst originäres EU-Recht heranzieht und sich anderer Rechtserkenntnisquellen nur zur Ergänzung von EU-Recht bedient.[1537] Andererseits orientiert sich die Auslegung der GRC am Inhalt der EMRK: So statuiert Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC, dass, soweit die Charta Rechte enthält, die den Rechten der EMRK entsprechen, die Rechte der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie

1530 Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)/*Schorkopf*, Art. 6 EUV, Rn. 23.
1531 *Kingreen*, EuR 2010, 338 (351).
1532 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Kingreen*, Art. 6 EUV, Rn. 6.
1533 *Schlachter*, SR 2017, 111 (112).
1534 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Kingreen*, Art. 6 EUV, Rn. 7.
1535 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Kingreen*, Art. 6 EUV, Rn. 7.
1536 *Biltgen*, NZA 2016, 1245 (1245).
1537 *Biltgen*, NZA 2016, 1245 (1245).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

diejenigen der EMRK.[1538] Die Begriffe „Bedeutung und Tragweite" beziehen sich auf den Schutzbereich und die Schranken, die in der EMRK enthalten sind.[1539] Konsequent ist deshalb auch die Beeinflussung des Inhalts der EU-Grundrechte durch die Rechtsprechung des EGMR.[1540] Letztlich dient als Maßstab für die Konturierung der Inhalte der Charta die zu den ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechten ergangene Rechtsprechung des EuGH, wie sich aus Abs. 5 S. 1 der Präambel der Charta ergibt.[1541]

Die Charta stellt in Art. 21 Abs. 1 und in Art. 26 explizit auf das Merkmal der Behinderung ab.

Nach Art. 21 Abs. 1 GRC ist eine Diskriminierung insbesondere u.a. wegen der Behinderung verboten. Es handelt sich dabei um eine speziellere Ausprägungen des allgemeinen Gleichheitssatzes,[1542] die aufgrund der Normierung eines bestimmten Differenzierungskriteriums dem allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 20 GRC vorgeht.[1543] Die in Art. 21 Abs. 1 GRC vorgenommene Aufzählung inkriminierter Merkmale ist nicht abschließend; vielmehr ist diese Aufzählung lediglich als Angabe von Beispielen zu verstehen, wie an dem Wort „insbesondere" zu erkennen ist.[1544] Die hier genannten Merkmale sind personengebunden, haften also dem Menschen unveränderlich an oder können nicht ohne Weiteres geändert werden, sodass ein Mensch auf dieses Merkmal entweder geringen oder sogar keinen Einfluss nehmen kann.[1545] Weitere Kriterien, die nicht ausdrücklich in Art. 21 Abs. 1 GRC Erwähnung finden, können deshalb auch nur solche sein, die ebenfalls personenbezogen sind, wobei alle anderen möglichen Diskriminierungsgründe unter den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 GRC subsummiert werden könnten.[1546] Somit ist es naheliegend, auch das Kriterium der chronischen Krankheit unter den Schutzbereich des

1538 *Dorf*, JZ 2005, 126 (128)
1539 *Dorf*, JZ 2005, 126 (128).
1540 Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rn. 22.
1541 *Dorf*, JZ 2005, 126 (127).
1542 *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. (2016), Rn. 695.
1543 *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2009, Rn. 3251.
1544 *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2009, Rn. 3255, 3257.
1545 *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2009, Rn. 3259.
1546 *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2009, Rn. 3260 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Art. 21 Abs. 1 GRC zu fassen, soweit eine solche nicht ohnehin schon als Behinderung qualifiziert werden kann.[1547]

Nach Art. 26 GRC achtet und erkennt die Union den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft an. Auch wenn es dieser Vorschrift ebenso wie Art. 21 Abs. 1 GRC um den Schutz vor Diskriminierung geht, wohnt Art. 26 GRC kein grundrechtlich gewährleisteter Anspruch auf Integrationsleistungen inne, sondern er umfasst vielmehr einen Gestaltungsauftrag zum Abbau bereits bestehender Diskriminierungen und verpflichtet somit die Union zur Förderung erforderlicher Rahmenbedingungen zur Integration von Menschen mit Behinderungen, sofern die Union über dafür notwendige Kompetenzen verfügt.[1548] Mit anderen Worten vermittelt Art. 26 GRC selbst keine Ansprüche, sondern setzt deren Existenz voraus, beispielsweise in den nationalen Rechtsordnungen.[1549] Aus dem Wortlaut des Art. 26 GRC ergibt sich folglich, dass er selbst die in ihm zum Ausdruck gebrachten Rechte nicht selbst enthält, sondern lediglich rezipiert.[1550] Während Art. 26 GRC sich auf die Integration von Menschen mit Behinderungen bezieht, indem er ihre Ansprüche auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft anerkennt und achtet, gewährleistet Art. 21 GRC die allgemeine Gleichbehandlung; beide Vorschriften ergänzen sich also.[1551]

Im Ergebnis ist aber allein Art. 21 GRC maßgeblich für die Frage, ob die Nichtverbeamtung aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung eine Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellt. Da es sich bei Art. 21 GRC um ein relatives Diskriminierungsverbot handelt, können Ungleichbehandlungen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt sein.[1552]

1547 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 44
1548 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 44
1549 *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2009, Rn. 3525.
1550 Stern/Sachs (Hrsg.)/*Mann/Ennuschat*, Art. 26 GRCh, Rn. 24.
1551 *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2009, Rn. 3280.
1552 *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2009, Rn. 3286 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Grundrechtsträger sind alle natürlichen Personen sowie juristische Personen des Privatrechts im Rahmen wesensmäßiger Anwendbarkeit der Differenzierungskriterien; Adressaten sind nach Maßgabe von Art. 51 Abs. 1 GRC die Organe und Einrichtungen der Union sowie die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen.[1553] Nach Art. 51 GRC ist also die Durchführung von Unionsrecht Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta im nationalen Recht. Was genau unter dem Terminus „Durchführung des Unionsrechts" zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beurteilt.[1554]

Nach Ansicht des EuGH haben „die Mitgliedstaaten die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zu beachten".[1555] Voraussetzung für die Bindung der Mitgliedstaaten ist somit einerseits, dass einschlägiges Unionsrecht gegeben ist und es andererseits von den Mitgliedstaaten durchgeführt wird.[1556] Unter „Unionsrecht" ist jegliches durch die in Art. 288 AEUV erwähnten Handlungsformen entstehendes Recht zu verstehen sowie das Primärrecht.[1557] „Durchführen" meint die Umsetzung von Richtlinien durch die mitgliedstaatliche Legislative bzw. den Vollzug von Verordnungen durch die mitgliedstaatliche Verwaltung.[1558] Letztlich geht es hierbei um eine Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich nationaler bzw. unionaler Grundrechte und die Frage, ob beide nebeneinander bestehen oder sich überschneiden (Alternativitäts- bzw. Kumulationsthese).[1559]

Hinsichtlich der Beantwortung dieser Frage vertreten der EuGH und das BVerfG unterschiedliche Ansichten. So vertritt der EuGH einen sehr weiten Anwendungsbereich für die GRC, wie er in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Åkerberg Fransson* erkennen ließ.[1560] Diese Entscheidung erregte deshalb Aufsehen, weil der EuGH die Ein-

1553 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Rossi*, Art. 21 GRC, Rn. 4 f.
1554 *Wolff*, ZBR 2014, 1 (2).
1555 EuGH, Urt. v. 24.03 März 1994 – C-2/92, Rs. Bostock – Slg 2002, I-5719, 5758, juris Rn. 16.
1556 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Kingreen*, Art. 51 GRC, Rn. 8.
1557 Schwarze (Hrsg.)/*Hatje*, Art. 51 GRC, Rn. 14.
1558 Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Kingreen*, Art. 51 GRC, Rn. 8.
1559 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (802).
1560 EuGH, Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10, Rs. Åkerberg Fransson – NVwZ 2013, 561-564.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schlägigkeit von Unionsgrundrechten im Rahmen eines einzelstaatlichen Vorgangs bejahte, der das Unionsrecht lediglich in seiner Peripherie berührte,[1561] und das obgleich sowohl die Kommission als auch der Generalanwalt sowie mehrere Mitgliedstaaten die Vorlagefrage als unzulässig bzw. sogar als „irritierend" erachteten.[1562] Trotz dieser Bedenken und der restriktiven Formulierung in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC[1563] gelangte der EuGH zu dem Ergebnis, „dass die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen […] Anwendung finden"; letztlich stellte er den Anwendungsbereich der GRC mit dem Geltungsbereich des Unionsrechts gleich.[1564] Freilich stellt sich angesichts dieser ausufernden Formulierung die Frage, in welchen Rechtsbereichen die Mitgliedstaaten nicht oder zumindest nicht auch an die Unionsgrundrechte gebunden sind.[1565] In der am selben Tag entschiedenen Rechtssache *Melloni* äußerte der EuGH sich dergestalt, dass es nationalen Behörden und Gerichten trotz Art. 53 GRC nur insofern freisteht, innerstaatliche Grundrechte anzuwenden, wie durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden[1566] – auch wenn das nationale Grundrecht einen weitergehenden Schutz gewährleistet als die Charta.[1567] Nach Maßgabe dieser Rechtsprechung stellen die Unionsgrundrechte im Grundsatz den alleinigen Maßstab eines grundrechtlichen Mindestschutzes dar; nationale Grundrechte können sich demnach nur außerhalb des Anwendungsbereichs der Charta entfalten bzw. insofern ihr weitergehender Schutz keinen Widerspruch zur Vorrang, Einheit

1561 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (801 f.)
1562 EuGH, Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10, Rs. Åkerberg Fransson – NVwZ 2013, 561, 561, juris Rn. 16; Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón v. 12.06.2012, C-617/10, Rn. 56.
1563 *Geiß*, DÖV 2014, 265 (266).
1564 EuGH, Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10, Rs. Åkerberg Fransson – NVwZ 2013, 561, 561, juris Rn. 19.
1565 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (802)
1566 EuGH, Urt. v. 26.02.2013 – C-399/11, Rs. Melloni – NJW 2013, 1215, 1219, juris Rn. 60.
1567 *Geiß*, DÖV 2014, 265 (266).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

und Wirksamkeit des Unionsrechts bedeutet.[1568] Im äußersten Auslegungsfall hätte der Maßstab des EuGH zur Anwendung der GRC eine Gleichsetzung mit Art. 18 AEUV zur Folge.[1569] Von dieser Möglichkeit der Auslegung des Art. 51 GRC distanzierte sich das BVerfG in aller Deutlichkeit und drohte implizit mit einer Nichtanwendung:[1570]

> „Im Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof […] darf dieser Entscheidung keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte […]. Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechtecharta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche […]."[1571]

Auch wenn das BVerfG der Alternativitätsthese anhängen mag und klar abtrennbare Anwendungsbereiche für den nationalen und unionalen Grundrechtsschutz bevorzugt, entspricht doch die Kumulationstheorie des EuGH eher der unionsrechtlichen Realität.[1572] Zunächst dürfte die Alternativitätsthese an dem Versuch scheitern, europarechtlich bzw. einzelstaatlich determinierte Anwendungsbereiche exakt abzugrenzen.[1573] Darüber hinaus ist es hinsichtlich der Supranationalität der Europäischen Union nur konsequent, auch die Anwendung der mitgliedstaatlichen Grundreche dem Anwendungsvorrang des Primär- und Sekundärrechts zu unterstellen.[1574]

Letztendlich ist Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC unproblematisch aus verschiedenen Gründen für die Problematik der Nichtverbeamtung aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung erfüllt. Zunächst wird die Begrenzung des Art. 51 Abs. 1 GRC bereits dadurch obsolet, dass das

1568 *Geiß*, DÖV 2014, 265 (271).
1569 *Thym*, NVwZ 2013, 889 (893).
1570 *Thym*, NVwZ 2013, 889 (891).
1571 BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – BVerfGE 133, 277, 316, juris Rn. 91.
1572 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (806).
1573 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (809).
1574 *Thym*, NVwZ 2013, 889 (892).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Sekundärrecht in Art. 2 RL 2000/78/EG ein dem Art. 21 GRC entsprechendes Verbot der Diskriminierung aufgrund der Behinderung enthält und Mitgliedstaaten, die Sonderregelungen für Menschen mit Behinderungen aufstellen, ohnehin im Anwendungsbereich des Vertrages handeln.[1575] Zweitens ist der Dienstherr im Vertikalverhältnis der Richtlinie direkt unterworfen. Diese wiederum ist am Maßstab der primärrechtlichen Charta zu messen, sodass der Dienstherr über die unmittelbare Bindung an die Richtlinie ebenfalls an die Charta gebunden ist.[1576] Auch die Anwendung des durch den Vollzug einer Richtlinie entstandenen nationalen Rechts durch die Judikative des Mitgliedstaates fällt unter den Begriff der „Durchführung des Rechts der Union". Nichts anderes kann die Überschrift des siebten Titels der Charta bedeuten, der mit „Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta" beschrieben ist. Ist ein Sachverhalt also nach Maßgabe der Vorschiften des AGG zu entscheiden, wird Unionsrecht durchgeführt im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC und sind die Vorschriften der Charta zu beachten.

Das Bundesverwaltungsgericht handelt dementsprechend im Anwendungsbereich der Charta, wenn es über die Einstellung von behinderten Bewerbern ins Beamtenverhältnis entscheidet. Die derzeitige Verbeamtungspraxis, die Anforderungen an eine bestimmte gesundheitliche Eignung der Bewerber stellt, führt zu einer mittelbaren Diskriminierung behinderter Menschen, die nicht schwerbehindert oder Schwerbehinderten gleichgestellt sind, wenn sie aufgrund ihrer Behinderung als gesundheitlich ungeeignet gelten. Diskriminierungen aufgrund der Behinderung sind jedoch gemäß Art. 21 Abs. 1 GRC verboten; ein Verstoß gegen das in der Charta verbürgte Recht auf Gleichbehandlung ist somit durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu bejahen.

Dessen ungeachtet birgt die Charta für einen Beamten, der aufgrund einer versagten gesundheitlichen Eignung nicht ins Beamtenverhältnis berufen wird, gegenüber der RL 2000/78/EG sowie der UN-BRK keinen weitergehenden Schutz, da dem Beamten durch eine unmittelbare Anwendung der Grundrechtecharta keine weitergehenden

1575 *Kingreen*, EuR 2010, 338 (354)
1576 Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/*Schrader/Schubert*, § 3 AGG, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Rechte als aus der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie erwachsen. Eine Nichtvereinbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung mit den Vorschriften der GRC im Hinblick auf eine Behindertendiskriminierung bei der Verweigerung des Zugangs zum öffentlichen Amt aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung kann folglich dahinstehen.

C. Würdigung der behinderungsspezifischen Betrachtung

Hinsichtlich des Behinderungsbegriffs im nationalen Sozialversicherungsrecht ist zunächst zu kritisieren, dass generell und unabhängig von der jeweils auszuübenden Tätigkeit zwischen schwerbehinderten Menschen, Gleichgestellten und nicht schwerbehinderten Menschen unterschieden wird, wenn es um Zugang zum öffentlichen Amt gemäß Art. 33 Abs. 2 GG geht, der ja eine solche Unterscheidung gerade verbietet.

Eine Unterscheidung nach den jeweiligen Schweregraden einer Behinderung, wie sie das Neunte Sozialgesetzbuch vorsieht, ist auch insofern problematisch, als einem schwerbehinderten Bewerber allein dann der gesenkte Prognosemaßstab zugute kommt, wenn er seine Schwerbehinderung entweder erfolgreich behördlich hat anerkennen lassen oder die Schwerbehinderung „offensichtlich" ist.[1577] Eine Offensichtlichkeit kann nur bei Amputationen oder Erblindung, möglicherweise auch bei Hautleiden oder Krebserkrankungen nach erfolgten Chemotherapien der Fall sein. Viele chronische, autoimmune Krankheiten spielen sich jedoch im Körperinneren ab und sind dementsprechend nicht offensichtlich, beispielsweise bei Erkrankungen des rheumatischen Formenkreises, Multipler Sklerose oder Diabetes. Das gleiche gilt für psychische Erkrankungen, die eine Behinderung hervorrufen. In diesen Fällen muss ein Beamtenbewerber erst das Verfahren des § 69 SGB IX auf sich nehmen und im schlimmsten Fall den Verwaltungsrechtsweg beschreiten, um einen GdB von 50 zugestanden zu bekommen. Stellt die zuständige Behörde lediglich einen Grad der Behinderung von 30 fest, besteht die Möglichkeit des Bewerbers, sich

1577 BT-Drucks. 14/5074, S. 98.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einem schwerbehinderten Menschen gleichstellen zu lassen und dementsprechend vom herabgesenkten Prognosemaßstab zu profitieren. Andererseits muss er sich am nicht modifizierten Prognosemaßstab messen lassen, wodurch es ihm erheblich erschwert wird, die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung zu erfüllen. Das bedeutet im Ergebnis, dass zwar für schwerbehinderte Menschen und ihnen Gleichgestellte theoretisch Zugangserleichterungen vorgesehen sind. Dieser Erleichterung ist aber – außer in Fällen der Offensichtlichkeit der Schwerbehinderung – ein behördliches Anerkennungsverfahren vorgeschaltet, innerhalb dessen letztlich überhaupt erst entschieden wird, ob der Bewerber sich auf den herabgesenkten Prognosemaßstab berufen kann. Demgegenüber ergibt sich aber aus Art. 33 Abs. 2 GG keineswegs, dass der Zugang zum Amt von einer wie auch immer gearteten behördlichen Vorprüfung abhängig gemacht werden darf.

Dementsprechend überrascht die Vorgehensweise des BVerwG im Rahmen der Argumentation, Abweichungen vom allgemeinen Prognosemaßstab für die Feststellung der gesundheitlichen Eignung von Beamtenbewerbern seien im nationalen Recht nur für schwerbehinderte Menschen vorgesehen.[1578] Dafür stützt sich das BVerwG auf Vorschriften aus dem Schwerbehindertenrecht des Neunten Sozialgesetzbuches, und zwar maßgeblich auf § 128 Abs. 1 SGB IX, wonach die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen so zu gestalten sind, dass die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert und ein angemessener Anteil schwerbehinderter Menschen unter den Beamten erreicht wird.[1579] Diese Besserstellung schwerbehinderter Bewerber gegenüber nicht schwerbehinderten und nicht gleichgestellten Bewerbern sei mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vereinbar; es folgt eine Erklärung der höheren Schutzbedürftigkeit der erstgenannten Personengruppe.[1580]

Auch wenn sich ohne Weiteres vertreten lässt, dass, wer gravierende Funktionseinbußen und Teilhabebeeinträchtigungen erleidet, ein höheres Bedürfnis nach staatlichem Schutz aufweist als eine Person, die weniger beeinträchtigt ist, so gilt dies für Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG je-

1578 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253, juris Rn. 35.
1579 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253, juris Rn. 35.
1580 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254 f., juris Rn. 38 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

denfalls nicht in der vom BVerwG vertretenen Weite und Pauschalität. Diese Verfassungsnorm unterscheidet nämlich ausdrücklich nicht nach dem Schweregrad der Behinderung.[1581] Die Argumentation des BVerwG ließe sich im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG allenfalls dann vertreten, wenn ein schwerbehinderter und ein einfach behinderter bzw. ein nicht behinderter Bewerber um dasselbe öffentliche Amt konkurrieren und beide ansonsten gleich geeignet wären.[1582] Die Bedeutung der Unterscheidung von Behinderungsgraden, wie sie sich im Sozialrecht wieder findet, lässt sich aber nicht in seiner Gesamtheit auf die Verfassungsnorm des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG übertragen. Zunächst ist zu beachten, dass sich das Grundgesetz und das SGB IX in ihrer Konzeption erheblich unterscheiden, denn wo das Grundgesetz und konkret Art. 3 einen gleichbehandlungsrechtlichen Aspekt verfolgt, entspringt das sozialrechtliche Behinderungsverständnis einem leistungsrechtlichen Gedanken.[1583]

Die Argumentationslinie des BVerwG widerspricht zudem der gängigen Vorrangregel, dass die höherrangige Norm der niederrangigen vorgeht; das Verfassungsrecht befindet sich danach hierarchisch gesehen noch vor dem formellen Bundesrecht.[1584] Im Ergebnis handelt es sich dabei um eine Auslegung höherrangingen Rechts am Maßstab eines einfachen Gesetzes. Die Vorschriften der Verfassung wie auch die in ihr enthaltenen Prinzipien und Wertentscheidungen sind aber bei der Auslegung des einfachen Rechts zu berücksichtigen – und nicht umgekehrt – , und zwar gemäß Art. 20 Abs. 3 GG auch durch die Rechtsprechung.[1585] Das heißt, dass für die Vereinbarkeit einer Rechtslage mit dem Verfassungsrecht grundsätzlich nicht auf hierarchisch niedriger stehendes Recht abgestellt werden darf. So aber handhabt es das BVerwG, wenn es die Vereinbarkeit der Ungleichbehandlung im Rahmen der Anwendung unterschiedlicher Prognosemaßstäbe für die gesundheitliche Eignung mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG an § 128 Abs. 1 SGB IX misst.

1581 Siehe dazu ausführlich Teil 6 Abschn. B. Kap. III.3 „Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG".
1582 Zur Schwerbehinderung als Hilfskriterium siehe Teil 6 Abschn. B Kap. II „Art. 33 Abs. 2 GG".
1583 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 47.
1584 *Schmidt*, JuS 2003, 649 (650).
1585 *Schäfers*, JuS 2015, 875 (879).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Die derzeitige Rechtslage, welche die Ablehnung eines Beamtenbewerbers wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung durch die Einstellungsbehörde für Recht erklärt, konfligiert darüber hinaus mit den Vorschriften der UN-Behindertenrechtskonvention, der RL 2000/78/EG sowie mit europäischen Grundrechten.

Maßgeblich für die Problematik gesundheitlicher Anforderungen ist der Behinderungsbegriff der UN-BRK, nach dessen Art. 1 Abs. 2 Menschen behindert sind, wenn sie langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Danach sind weder der Grad der Beeinträchtigung noch ihr Entstehungsgrund relevant. Desweiteren stellt es eine Diskriminierung im Sinne dieser Konvention dar, wenn angemessene Vorkehrungen zur Gewährleistung einer gleichberechtigten Ausübung von Menschenrechten und Grundfreiheiten versagt werden, Art. 2 Abs. 3 S. 2 UN-BRK. Als angemessene Vorkehrung kommt die Herabsetzung des Prognosezeitraums wie auch des Prognosemaßstabs für einfach behinderte Menschen in Betracht.

Der Diskriminierungsbegriff des Art. 2 RL 2000/78/EG ist aufgrund des Beitritts der Europäischen Union zur UN-Behindertenrechtskonvention entsprechend Art. 2 Abs. 3 S. 2 UN-BRK auszulegen, sodass nunmehr auch im Anwendungsbereich dieser Richtlinie eine Diskriminierung durch Unterlassen angemessener Vorkehrungen möglich ist.

Aufgrund der Ratifikation der UN-BRK schon allein durch die Bundesrepublik ist diese Konvention geltendes nationales Recht und muss somit zur Auslegung der einfachgesetzlichen nationalen Vorschriften des § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG herangezogen werden. Diese Vorschriften unterscheiden sich zwar nicht vom Bedeutungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG, anders als dieser enthalten sie aber das Negativkriterium der Behinderung. § 9 S. 1 BBG, § 9 BeamtStG unterscheiden selbst nicht nach dem Grad der Behinderung und erst Recht nicht nach konventionsgemäßer Auslegung. Deshalb müssen diese Vorschriften so ausgelegt werden, dass eine Anwendung des gesenkten Prognosemaßstabs für alle Menschen möglich ist, die nach der UN-BRK als behindert gelten.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Auch der Behinderungsbegriff der RL 2000/78/EG ist seit der Ratifikation der UN-BRK durch die EU am Maßstab von Art. 1 Abs. 2 UN-BRK auszulegen. Die Anwendung des gesenkten Prognosemaßstabs und –zeitraums allein auf schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Bewerber, nicht aber auf einfach behinderte Bewerber, bewirkt eine mittelbare Ungleichbehandlung nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG der zuletzt genannten Personengruppe, die sich nicht nach Art. 6 RL 2000/78/EG rechtfertigen lässt. Auch stellt die gesundheitliche Eignung grundsätzlich keine wesentliche und berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 der Richtlinie dar.

Art. 5 RL 2000/78/EG kommt im Rahmen der Rechtsprechung insbesondere vor dem Hintergrund seiner mangelhaften Umsetzung in nationales Recht keine hinreichende Bedeutung zu. Es müsste berücksichtigt werden, wie sich die dort normierten angemessenen Vorkehrungen auf die Anforderung der gesundheitlichen Eignung auswirken und inwiefern durch sie einem behinderten Bewerber der Zugang zum öffentlichen Amt ermöglicht werden kann. Dazu müsste Art. 5 der Richtlinie aber zunächst in nationales Recht umgesetzt werden.

Gegen die Vorschriften der EMRK und der ESC verstößt die Rechtslage zwar nicht, jedoch läuft sie der EU-Grundrechtcharta und Internationalen Pakten zuwider, die diskriminierende Handlungen der Staatsgewalt verbieten und jene zur Nichtdiskriminierung verpflichtet.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 6: Verfassungsrechtliche Würdigung der Rechtsprechung und der defizitären gesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung

Nachdem die Rechtsprechung um die gesundheitliche Eignung bereits aus den Aspekten des Beurteilungsspielraums, des Prognosemaßstabs- und Bezugspunkts sowie hinsichtlich der Problematik der Diskriminierung aufgrund der Behinderung beleuchtet wurde, widmet sich der folgende Teil der Arbeit der Vereinbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung mit Verfassungsrecht. Zunächst wird erklärt, ob und inwiefern Grundrechte im Beamtenverhältnis überhaupt Anwendung finden, bevor besprochen wird, welche Grundrechte womöglich durch die Rechtsprechung verletzt werden und warum, sowie ob eine Grundrechtverletzung einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugeführt werden kann. Im Anschluss daran wird untersucht, ob das Kriterium der gesundheitlichen Eignung möglicherweise gesetzlich defizitär ausgestaltet ist und aus welchen verfassungsrechtlichen Vorschriften sich ein Regelungsbedürfnis ergeben könnte.

A. Grundrechtsfähigkeit des Beamten

Hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Grundrechte befindet sich der Beamte in einem Spannungsfeld: Einerseits ist er Bürger und somit Träger von Grundrechten, andererseits ist er als Beamter Teil des Staats und mit beamtenrechtlichen Pflichten behaftet. In der Person des Beamten treffen deswegen zwei Grundentscheidungen des Grundgesetzes aufeinander: die Garantie eines zuverlässigen Beamtenkörpers

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einerseits und die Garantie der individuellen Freiheitsrechte andererseits.[1586]

Bei der Frage, wie sich diese Konfliktsituation auflösen lässt, gibt es zwei Ansatzpunkte: Es wird (bzw. wurde) einerseits diskutiert, ob der Beamte sich als solcher wegen seiner Eigenschaft als Amtsträger und infolgedessen als Staatsorgan von vorneherein nur begrenzt auf seine Grundrechte berufen darf;[1587] andere Ansichten lösen demgegenüber diesen Konflikt mittels der Einschränkbarkeit der Grundrechte des Beamten.[1588] Beide Ansätze bewegen sich somit innerhalb der Grenzen zwischen Grundrechtsgeltung und Grundrechtsbeschränkung und nennen sich beispielhaft Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis, Lehre von der umfassenden Grundrechtsbindung, Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis oder Lehre, die zwischen personen- und amtsadressierten Maßnahmen unterscheidet.[1589]

Seit der Strafvollzugsentscheidung des BVerfG[1590] jedoch steht fest, dass die Grundrechte – jedenfalls grundsätzlich – auch im Beamtenverhältnis Anwendung finden.[1591] Denn in diesem Urteil führte das BVerfG aus, dass Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte für alle staatliche Gewalt für unmittelbar verbindlich erklärt und es diesem widerspräche, wenn Grundrechte willkürlich eingeschränkt werden könnten; Einschränkungen müssten vielmehr durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Aus diesem Grund darf auch nichts anderes für das Sonderrechtsverhältnis[1592] zwischen Beamten und seinem Dienstherrn gelten, obwohl dem Beamten besondere Dienstpflichten i.S.d. §§ 33 ff.

1586 BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334, 366, juris Rn. 96.

1587 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 24.

1588 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 7 Rn. 2 f.; Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 4 BBG, Rn. 29; Schoch (Hrsg.)/*Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 681 Rn. 44, 51.

1589 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 24 f.; Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 4 BBG, Rn. 29.

1590 BVerfG, Beschl. v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71 – BVerfGE 33, 1 ff.

1591 Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 4 BBG, Rn. 29.

1592 Dagegen *Kielmansegg*, JA 2012, 881 (881 f.), für den das Sonderrechtsverhältnis „meist nur noch eine terminologische Schublade [des besonderen Gewaltverhältnisses] ohne größeren dogmatischen Gehalt" darstellt und die „atypische Konstellation" zwischen Bürger und Staat als Eingliederungslage bezeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

BeamtStG, §§ 60 ff. BBG auferlegt sind.[1593] Die Ansicht, dass mit der Entscheidung für den Beruf des Beamten ein konkludenter Verzicht auf den vollen Genuss der Grundrechte einhergehe, gilt seit Jahrzehnten als überholt,[1594] obgleich sie im Kopftuch-Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2003 noch in einem abweichenden Votum der Senatsminderheit vertreten wurde: Wer ein öffentliches Amt erstrebe, suche, so die Richter, die Nähe zur öffentlichen Gewalt und begehre die Begründung eines besonderen Dienst- und Treueverhältnisses zum Staat:[1595]

> „Wer Beamter wird, stellt sich in freier Willensentschließung auf die Seite des Staates. Der Beamte kann sich deshalb nicht in gleicher Weise auf die freiheitssichernde Wirkung der Grundrechte berufen wie jemand, der nicht in die Staatsorganisation eingegliedert ist. In Ausübung seines öffentlichen Amtes kommt ihm deshalb das durch die Grundrechte verbürgte Freiheitsversprechen gegen den Staat nur insoweit zu, als sich aus dem besonderen Funktionsvorbehalt des öffentlichen Dienstes keine Einschränkungen ergeben."[1596]

Im Ergebnis stellt sich also weniger die Frage, ob die Grundrechte im Beamtenverhältnis überhaupt gelten, als vielmehr *inwieweit* die Grundrechte wegen des Beamtenverhältnisses und sich den daraus ergebenden besonderen Pflichten gelten bzw. eingeschränkt werden können.[1597] Hinsichtlich der Einschränkbarkeit bietet es sich an, zwischen Grundrechten mit und ohne Gesetzesvorbehalt zu unterscheiden. Werden Grundrechte nur mit einem Gesetzesvorbehalt gewährleistet, lässt sich eine Einschränkbarkeit aus den §§ 33 ff. BeamtStG, §§ 60 ff. BBG ableiten.[1598] Insofern ergeben sich durch diese beamtenrechtliche Sonderrechtsbeziehung lediglich insofern Unterschiede zum klassischen Subordinationsverhältnis, als dass hier Grundrechte durch Gesetze eingeschränkt werden können, die nicht für jedermann gelten, son-

1593 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 7 Rn. 1.
1594 *Scheerbarth/Höffken/Bauschke u. a.*, Beamtenrecht, 6. Aufl. (1992), S. 92.
1595 Abweichende Meinung der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff: BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282, 320, juris Rn. 92.
1596 Abweichende Meinung der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff: BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282, 315, juris Rn. 77.
1597 Schoch (Hrsg.)/*Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 684 Rn. 51; *Kielmansegg*, JA 2012, 881 (883). Abweichend Battis (Hrsg.)/*Battis*, § 4 BBG, Rn. 29 und Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 75, wonach der Beamte als Amtsträger schon kein Träger von Grundrechten ist.
1598 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 26.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dern allein für Beamte. Darüber hinaus ist das einfachgesetzliche Beamtenrecht Teil der verfassungsmäßigen Ordnung, wodurch wiederum das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG eingeschränkt werden kann.[1599]

Ist das betroffene Grundrecht vorbehaltlos, kann seine Ausübung dennoch durch die in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltene Einrichtungsgarantie eingeschränkt werden.[1600] Denn es kann zwischen den Grundrechten des Beamten und seinen beamtenrechtlichen Pflichten eine Interessenkollision entstehen, wenn einerseits das Interesse des Beamten an seiner Grundrechtsausübung mit den Interessen des Staates an einem funktionierenden Beamtenkörper kollidiert.[1601] Art. 33 Abs. 5 GG erlaubt Grundrechtseinschränkungen jedoch nur insoweit, als der Sinn und Zweck des jeweiligen Dienst- und Treueverhältnises es verlangt.[1602] Das ist beispielsweise der Fall, wenn Funktionen betroffen sind, die dem öffentlichen Dienst durch das Grundgesetz zugewiesen sind.[1603] Das heißt, dass die Grundrechtsausübung des Beamten im Dienst beschränkt werden kann, wenn sich solche Beschränkungen aus den Anforderungen an den öffentlichen Dienst oder aus einem konkreten Amt ergeben.[1604] In diesem Sinne entschied das BVerwG in seinem Urteil über die Zulässigkeit einer Beamtin an einer Streikteilnahme während ihrer Dienstzeit: „Beamte sind nicht berechtigt, sich an kollektiven Kampfmaßnahmen zu beteiligen oder diese zu unterstützen. Insoweit enthält Art. 33 Abs. 5 GG ein umfassendes Verbot für alle Beamten, das deren Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt und auch ohne gesetzliche Verbotsregelungen beachtet werden muss."[1605] Das BVerwG begründete dies mit der Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses als eines hoheitlich ausgestaltetes Dienst- und Treueverhältnisses, mit dem es sich nicht vereinbaren lasse, die Konkretisierung des beamtenrechtlichen Regelungsgefüges zur Disposition der Tarifparteien zu stellen, da die tarifliche Gestaltung des Beamten-

1599 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 7 Rn. 2.
1600 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 65, 74.
1601 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 133.
1602 BVerfG, Beschl. v. 05.06.2002 – 2 BvR 2257/96 – NVwZ 2003, 73, 74, juris Rn. 8.
1603 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 133.
1604 BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282, 296, juris Rn. 34.
1605 BVerwG, Urt. v. 27.02.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117, 121 f., juris Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rechts Tarifautonomie und damit einen Verzicht der Dienstherrn auf ihre hoheitlichen Regelungsbefugnisse voraussetzen würde.[1606]

Insgesamt ergeben sich jedenfalls bezüglich der Einschränkbarkeit von Grundrechten im Beamtenverhältnis grundsätzlich keine Besonderheiten: einerseits finden Gesetzesvorbehalt und Verhältnismäßigkeitsprüfung Anwendung, andererseits können die Grundrechte durch kollidierendes Verfassungsrecht, das eine verfassungsimmanente Schranke darstellt, begrenzt werden.[1607] Von besonderer Bedeutung ist demgegenüber freilich die verfassungsimmanente Schranke des Art. 33 Abs. 5 GG, die allein innerhalb des Beamtenverhältnisses Geltung entfaltet und darum auch nur Beamte in ihrer Grundrechtsausübung einschränken kann.

B. Eingriff in verschiedene Grundrechte durch die Judikative

Zunächst aber, also vor der Frage der konkreten Einschränkbarkeit von Grundrechten und ihrer Rechtfertigung, gilt es herauszuarbeiten, inwiefern ein Bewerber in seinen Grundrechten eingeschränkt wird, wenn ihm der Zugang zum Beamtenverhältnis wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung durch eine Entscheidung des Dienstherrn verwehrt bleibt und die Rechtsprechung diese Verwehrung für Recht erklärt.

1606 BVerwG, Urt. v. 27.02.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117, 124 f., juris Rn. 30.

1607 *Kielmansegg*, JA 2012, 881 (883). Nach seiner Meinung handelt es sich bei Art. 33 Abs. 4 und 5 GG „um eine spezielle, wenngleich nur versteckt formulierte Vorbehaltsklausel." Es stelle einen konstruktiv unnötigen Umweg dar, Art. 33 Abs. 4, 5 GG lediglich als verfassungsimmanente Schranke zu sehen. Auch *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 26 zieht eine Einschränkbarkeit „unmittelbar" aus Art. 33 Abs. 5 GG unter Verweis auf Schoch (Hrsg.)/*Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, S. 681 Rn. 44. Nach Ansicht von *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 7 Rn. 2 f. unter Hinweis auf *Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. (2009), § 4 Rn. 12, ergibt sich eine Beschränkung aus den in Art. 33 Abs. 5 GG verbürgten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Eine Kollision soll dann im Wege der praktischen Konkordanz gelöst werden. Überzeugend *Hebeler*, PersR 2012, 492 (492) (bzgl. Beamtenstreikrecht), der sich auf Art. 33 Abs. 5 GG als kollidierendes Verfassungsrecht bezieht und die darin zu berücksichtigenden hergebrachten Grundsätze als Schranke heranzieht.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

I. Art. 33 Abs. 5 GG

Ein Eingriff in Art. 33 Abs. 5 GG durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung würde zunächst voraussetzen, dass diese Vorschrift ein subjektives Recht beinhaltet. Nach der Schutznormtheorie liegt ein subjektives öffentliches Recht dann vor, wenn ein Rechtssatz des öffentlichen Rechts nicht nur öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt ist, sondern zumindest auch Individualinteressen insofern, als die Träger dieser Individualinteressen die Einhaltung des Rechts verlangen können.[1608] Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu bestimmen, und zwar zunächst anhand des Wortlautes.[1609] Zwar lässt sich aus dem Normtext des Art. 33 Abs. 5 GG nicht unmittelbar entnehmen, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Anspruchsnorm handelt. Dennoch verbürgt sie nach Ansicht des BVerfG ein grundrechtsgleiches Individualrecht des Beamten, soweit er durch einen hergebrachten Grundsatz in seiner persönlichen Rechtstellung betroffen ist.[1610] Bejaht wurde dies beispielsweise für den Anspruch auf die Gewährleistung des angemessenen Lebensunterhalts[1611] oder eine amtsangemessene Beschäftigung.[1612] Nach anderer Ansicht enthält Art. 33 Abs. 5 GG lediglich einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber sowie eine institutionelle Garantie;[1613] gegen die Auslegung als Individualrecht sprächen grammatische, historische sowie systematische Gründe.[1614]

Folgt man der Ansicht der Rechtsprechung, beinhaltet Abs. 5 ein subjektives Recht, das der Beamte mit der Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG durchsetzen kann.[1615] Dieses Recht stellt einen subjektiven grundrechtsähnlichen Anspruch gegen den Staat

1608 BVerwG, Urt. v. 15.11.1985 – 8 C 43/83 – BVerwGE 72, 226, 229 f., juris Rn. 15.
1609 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 137.
1610 BVerfG, Beschl. 12.02.2003 – 2 BvL 3/00 – BVerfGE 107, 218, 236 f., juris Rn. 65.
1611 BVerfG, Beschl. v. 24.11.1998 – 2 BvL 26/91 u.a. – BVerfGE 99, 300, 314, juris Rn. 35; BVerfG, Beschl. v. 11.06.1958 – 1 BvR 1/52, 1 BvR 46/52 – BVerfGE 8, 1, 16 f., juris Rn. 47.
1612 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 24.02.2017 – 2 BvR 2524/16 – NVwZ 2017, 871, 873, juris Rn. 43.
1613 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 1152.
1614 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Pieroth*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 44 m.w.N.
1615 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 1152; Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 65.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dar, die persönliche Rechtsstellung des Beamten nicht zu verletzen, die er durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums innehat, soweit Art. 33 Abs. 5 GG die Beachtung dieser persönlichen Rechtstellung im Hinblick auf einen bestimmten hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums verlangt und gewährleistet.[1616] Das gilt allerdings nur insofern, als Art. 33 Abs. 5 „die Beachtung – und nicht nur die Berücksichtigung – eines bestimmten, die persönliche Rechtsstellung des Beamten betreffenden "hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums" fordert und garantiert".[1617]

Im Ergebnis steht nach dem Ansatz der Rechtsprechung dem objektiven Gehalt des Abs. 5 – der Einrichtungsgarantie des Berufsbeamtentums sowie dem Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber – eine subjektiv-rechtliche Komponente in Form eines grundrechtsgleichen Individualrechts gegenüber, weshalb sich aus den hergebrachten Grundsätzen Ansprüche der Beamten herleiten lassen.[1618]

In den Geltungsbereich des Art. 33 Abs. 5 fallen Beamte und Richter, nicht aber Soldaten, Ehrenbeamte, Angestellte im öffentlichen Dienst und kirchliche Bedienstete.[1619] Beamte meint solche, die bereits ernannt worden sind, mithin auch Beamte auf Probe.[1620] Daraus folgt, dass die Norm keine Anwendung findet auf Bewerber, die sich auf eine Einstellung in ein Probezeitbeamtenverhältnis bewerben, also bisher noch keine Rechtsstellung als Beamter innehatten.[1621] Relevanz kann Art. 33 Abs. 5 GG in einer grundrechtsgleichen Ausprägung also allein für diejenigen Bewerber entfalten, die sich aus einem Beamtenverhältnis auf Probe hinaus auf ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bewerben. Im konkreten Fall[1622] hat somit das BVerwG schon deshalb nicht gegen einen etwaigen Anspruch des Bewerbers aus Art. 33 Abs. 5 GG verstoßen, weil dieser zunächst den Zugang zum Beamtenverhältnis

1616 BVerfG, Entsch. v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60 – BVerfGE 12, 81, 87, juris Rn. 27.
1617 BVerfG, Entsch. v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60 – BVerfGE 12, 81, 87, juris Rn. 27.
1618 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 34 f. unter Bezugnahme auf Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 65 und BVerfG, Beschl. v. 11.06.1958 – 1 BvR 1/52, 1 BvR 46/52 – BVerfGE 8, 1, 17, juris Rn. 48.
1619 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Pieroth*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 46.
1620 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 137.
1621 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (93).
1622 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

auf Probe begehrte und sich somit noch gar nicht auf Art. 33 Abs. 5 GG berufen konnte.

Ein Beamter hingegen, dem wegen fehlender gesundheitlicher Eignung der Zugang zum Beamtenverhältnis auf Lebenszeit verwehrt wurde, müsste dann durch einen hergebrachten Grundsatz in seiner Rechtsstellung betroffen sein. Fraglich ist jedoch, wie eine solche Betroffenheit aussehen soll. Denn infrage kommt für diese Konstellation allein der hergebrachte Grundsatz des Leistungsprinzips, der aber, wie gesehen, gerade nicht durch das Kriterium der gesundheitlichen Eignung konkretisiert wird; die gesundheitliche Eignung stellt sich – außer bei Sonderlaufbahnen – als ein Kriterium *außerhalb* des Leistungsgrundsatzes dar. Dieser hat mit anderen Worten nichts damit zu tun, dass einem Bewerber wegen gesundheitlicher Anforderung der Zugang zum öffentlichen Amt verweigert wird. In der Konsequenz kann deshalb ein Beamter auf Probe insofern nicht *durch* den hergebrachten Grundsatz des Leistungsprinzips in seiner Rechtstellung betroffen sein, denn der findet ja gerade keine Anwendung, wenn auf die gesundheitliche Eignung abgestellt wird. Ob die Verwaltung generell auf eine gesundheitliche Eignung abstellen darf, wenn es um die Besetzung einer Stelle außerhalb von Sonderlaufbahnen geht, ist vielmehr eine Frage des Eingriffes in Art. 33 Abs. 2 GG.

Die Rechtsprechung, wonach die Verwaltung Bewerbern den Zugang zum Beamtenverhältnis wegen fehlender gesundheitlicher Eignung verweigern darf, greift somit nicht in ein etwaiges Individualrecht aus Art. 33 Abs. 5 GG ein.

II. Art. 33 Abs. 2 GG

An der individualrechtlichen Komponente des Art. 33 Abs. 2 GG ließ schon das BVerfG im ersten Band seiner amtlichen Entscheidungssammlung keinen Zweifel, als es darauf hinwies, Art. 33 Abs. 2 GG gebe dem Einzelnen ein Recht gegen den Staat.[1623] Der individualschützende Charakter der Vorschrift und auch ihre subjektiv-rechtliche Ver-

1623 BVerfG, Urt. v. 20.03.1952 – 1 BvR 267/51 – BVerfGE 1, 167, 184, juris Rn. 32. Siehe zum Inhalts des Art. 33 Abs. 2 GG bereits oben, Teil 3 Abschn. B, Kap. I.1.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

fassungsposition wird auch durch ihren Wortlaut deutlich.[1624] Somit enthält Art. 33 Abs. 2 GG ein grundrechtsgleiches Recht in der Ausprägung eines Gleichheitsgrundrechtes,[1625] das dem Bewerber auf ein öffentliches Amt einen Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung verleiht.[1626] Dieses Recht kann gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a) GG mit einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.[1627]

Der besagte Anspruch erstreckt sich über den gesamten Zeitraum des Einstellungsverfahrens, von der Bewerbung bis hin zum Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.[1628] Deshalb wirkt sich das Gleichheitsrecht des Art. 33 Abs. 2 GG bereits im Zeitraum vor der Ernennungsentscheidung aus, beispielsweise im Rahmen der Ausschreibung.[1629] Die in Art. 33 Abs. 2 GG verbürgte Chancengleichheit besteht auch darin, dass das dort normierte subjektive Zugangsrecht ein Recht auf Bewerbung und sachgerechte Beurteilung der Bewerbung gewährt; es kann sich gar zu einem Einstellungsanspruch entwickeln, wenn die Einstellung eines anderen, konkurrierenden Bewerbers sich als rechtswidrig darstellen würde.[1630] Das Recht auf eine sachgerechte, faire Verfahrensgestaltung, die den inhaltlichen Entscheidungskriterien des Leistungsgrundsatzes entsprechen, wird Bewerberverfahrensanspruch genannt.[1631]

Andere Kriterien als diejenigen, die Art. 33 Abs. 2 GG für die Besetzungsentscheidung vorsieht, sind grundsätzlich unzulässig; die Vergabe eines Amtes, die sich nach davon abweichenden Gesichtspunkten bestimmt, ist eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung des Art. 33 Abs. 2 GG.[1632] Eine Beeinträchtigung dieser Vorschrift liegt immer dann vor, wenn der Grundrechtsinhaber gegenüber anderen Bewerbern im Rahmen des Zugangs zum öffentlichen Amt benachtei-

1624 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 65.
1625 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 7.
1626 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 24.09.2002 – 2 BvR 857/02 – NVwZ 2003, 200, juris Rn. 9.
1627 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 73.
1628 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 120 f.
1629 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 18.
1630 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 32.
1631 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 35.
1632 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 138.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ligt wird.[1633] Die Beeinträchtigung muss auf einen Grundrechtsadressaten zurückzuführen sein,[1634] also auf die jeweilige Einstellungsbehörde bzw. auf die Gerichtsentscheidung, die das Handeln des Dienstherrn bestätigt.

Wird die Stelle an einen Bewerber vergeben, obwohl er die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG weniger erfüllt als sein Konkurrent, spricht man von einer Durchbrechung des Leistungsprinzips.[1635] So darf beispielsweise zur Konkretisierung des Merkmals der Eignung grundsätzlich nicht auf Kriterien abgestellt werden, deren Heranziehung zur Differenzierung das Grundgesetz ausdrücklich verneint, wie etwa diejenigen, die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG enthalten sind.[1636] Das heißt, dass das Gleichbehandlungsgebot nicht dadurch unterlaufen werden können soll, dass inkriminierte Merkmale als Eignungsmerkmale ausgezeichnet werden.[1637] Eine Ausnahme besteht dann, wenn die besonderen Anforderungen eines bestimmten Amtes eine in Art. 3 GG beschriebene Eigenschaft *erfordern*.[1638] Denkbar wäre diesbezüglich die Eigenschaft als Frau.[1639] Indes fällt die Vorstellung schwer, dass eine Aufgabe die Behinderung eines Menschen erforderlich machen könnte. Insgesamt stellt sich aber in einem solchen Fall die geforderte Eigenschaft als ein Teil der Eignung dar, sodass es sich dabei nicht um eine Durchbrechung des Leistungsprinzips handelt. Das gleiche gilt im Übrigen für die Anforderungen an Bewerber um ein Amt einer Sonderlaufbahn, die ein spezielles Maß an gesundheitlicher Eignung aufbringen müssen. Hier umfasst die Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG auch die gesundheitliche Eignung, da beispielsweise das Amt eines

1633 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 12.
1634 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 12.
1635 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 21.
1636 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 139.
1637 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 46 mit Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 11.02.1981 – 6 P 44/79 – BVerwGE 61, 325, 330, juris Rn. 28. Ausführlich dazu *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 350 f. Ähnlich Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 95.
1638 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 46.
1639 So bzgl. einer Bevorzugung einer Frau für die Leitung einer Mädchenschule: BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334, 368, juris Rn. 100.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Berufsfeuerwehrmannes ohne eine entsprechend ausgeprägte Physis und Kondition gar nicht zu erfüllen wäre.[1640]

Ein Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG ist demgegenüber nicht gegeben, wenn ein Kriterium außerhalb des Leistungsprinzips zur Entscheidungsfindung herangezogen wird, weil mehrere Bewerber die gleiche Eignung aufweisen; die Benachteiligung wäre dann nicht eignungswidrig.[1641] In diesem Fall der zulässigen Abweichung von den Kriterien des Leistungsprinzips handelt es sich dann nicht um eine Durchbrechung des Leistungsprinzips.[1642] Das heißt, dass die Einstellungsbehörde auf Hilfskriterien zurückgreifen darf, sofern sich Eignungsunterschiede bei Zugrundelegung des Leistungsgrundsatzes nicht ausmachen lassen.[1643] Eine gleiche Eignung der Bewerber darf die Einstellungsbehörde aber nur dann annehmen, wenn der Qualifikationsvergleich anhand eines ausreichend differenzierten Maßstabs erfolgt ist.[1644] Denn der Gebrauch von Hilfskriterien unterliegt dem Gebot der Gleichbehandlung und damit dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG.[1645] Dementsprechend bemisst sich die Zulässigkeit von Hilfskriterien bei gleicher Eignung generell nicht nach Art. 33 Abs. 2 GG, sondern nach anderen Gleichheitsgrundrechten.[1646]

Art. 33 Abs. 2 GG stellt selbst nicht auf die Behinderung ab, sondern schreibt vielmehr vor, dass allein Eignung, Befähigung und fachliche Leistung für die Auswahlentscheidung maßgeblich sind. Das Merkmal der Eignung wird indes, wie gesehen,[1647] nicht durch die gesundheitliche Eignung weiter ausgestaltet; ein Abstellen darauf ist eine eignungsfremde Erwägung fernab des Inhalts des Art. 33 Abs. 2 GG.

Hinzu kommt, dass derjenige Bewerber, bei dem überhaupt erst auf die gesundheitliche Eignung abgestellt wird, sich schon als der am

1640 Siehe dazu EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244, 246, juris Rn. 40.
1641 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 12.
1642 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 284.
1643 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 285.
1644 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 52.
1645 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 38.
1646 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 13. Siehe dazu sogleich, Teil 6 Abschn. B Kap. III.1 „Art. 3 Abs. 1 GG".
1647 Siehe schon Teil 3 Abschn. B Kap. IV „Fazit: Die gesundheitliche Eignung ist keine Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

besten geeignete im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG herausgestellt hat. Wird dieser Bewerber jedoch aufgrund einer mangelnden gesundheitlichen Eignung nicht für die Stelle ausgewählt, obwohl er nach Zugrundelegung des Leistungsprinzips der am besten geeignete Bewerber ist, dann verstößt es gegen Art. 33 Abs. 2 GG, wenn statt seiner der nächstbeste und damit zweitbeste Bewerber ausgewählt wird. Denn dieser ist dann nicht mehr der Beste im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG. Vor diesem Hintergrund könnte das Kriterium der gesundheitlichen Eignung höchstens als Hilfskriterium heranzuziehen sein. Hier ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich keine von Art. 3 Abs. 2, 3 GG pönalisierten Kriterien als Unterscheidungskriterium gebraucht werden dürfen. Für den Fall der Behinderung ist ihre Funktion als Hilfskriterium zwar anerkannt, jedoch grundsätzlich nur dann, wenn sie einem Bewerber *zugute* kommt. Dementsprechend könnte in einer Situation eines Qualifikationsgleichstands demjenigen Bewerber der Vorrang gegeben werden, der im Vergleich zu seinem Konkurrenten ebenso geeignet ist, aber im Gegensatz zu diesem schwerbehindert.

Bezogen auf das Kriterium der gesundheitlichen Eignung als Hilfskriterium würde das bedeuten, dass der Dienstherr von zwei Bewerbern, die gleich geeignet sind, denjenigen bevorzugen dürfte, dessen Gesundheit weniger tatsächliche Anhaltpunkte für eine verfrühte Dienstunfähigkeit bietet. Dazu müssten aber beide Konkurrenten einer gesundheitlichen Eignungsuntersuchung unterzogen werden. Allerdings handelt es sich bei gesundheitlichen Eignung wohl kaum um ein soziales Kriterium, da ja durch sie eine Bedingung für den Zugang zum Amt aufgestellt wird und dieser nicht etwa vereinfacht wird. Anerkannt sind hier beispielsweise die bereits erwähnte Schwerbehinderung; dagegen kommt das Geschlecht oder die Religionszugehörigkeit als Hilfskriterium nicht in Betracht.[1648] Demgegenüber verleiht die Schwerbehinderung eines Bewerbers diesem keinen Anspruch darauf, unabhängig von den Eignungskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG bevorzugt zu werden; allein die Benachteiligung aufgrund ihrer ist unzuläs-

1648 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 20 m.w.N. Für das Geschlecht als Hilfskriterium hingegen Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 289.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sig.[1649]Als weiteres anerkanntes Hilfskriterium ist das Dienstalter zu nennen; das Lebensalter hingegen nur ausnahmsweise,[1650] und zwar insofern, als im Rahmen eines Auswahlverfahrens für eine Beförderung eine Mindestverweildauer im zu besetzenden Amt gefordert werden kann.[1651] Als ein solches sachgerechtes Hilfskriterium ist die gesundheitliche Eignung hingegen nicht anerkannt, was schon allein damit begründet werden kann, dass sie stets als Eignungs- und nicht als Hilfskriterium angewendet wird. Denn wie verdeutlicht wurde, muss sich nur der am besten qualifizierte Bewerber einer Gesundheitsprüfung unterziehen, nicht aber zwei in einem „Eignungspatt" miteinander konkurrierende Bewerber.

Darüber hinaus birgt die gesundheitliche Eignung als Grundlage der Auswahlentscheidung das Risiko einer direkten Diskriminierung aufgrund der Behinderung, sofern der gesundheitlich unterlegene Bewerber deshalb unterliegt, weil er von einer Behinderung betroffen ist. Die Zulässigkeit der gesundheitlichen Eignung als Hilfskriterium ist aus diesen Gründen abzulehnen.

Dementsprechend stellt es eine Durchbrechung des Leistungsprinzips und einen Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG dar, wenn die Berufung eines Bewerbers ins Beamtenverhältnis von der gesundheitlichen Eignung abhängig gemacht wird, wenn dieses Kriterium für die Ausübung des Amtes nicht erforderlich ist.

III. Art. 3 GG

Einschlägig für die Frage, ob die Nichtverbeamtung eines Bewerbers wegen der Verneinung seiner gesundheitlichen Eignung gegen Art. 3 GG verstößt, ist insbesondere dessen Abs. 3 S. 2 GG. Denn im Verhältnis zum Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG geht Art. 33

1649 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 311 mit Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 15.02.1990 – 1 WB 36/88 – BVerwGE 86, 244, 249, juris Rn. 19.

1650 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 52 m.w.N. Gegen das Dienstalter ebenso Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 119.

1651 BVerwG, Beschl. v. 30.08.1989 – 1 WB 115/87 – BVerwGE 86, 169, 175 f., juris Rn. 97. Danach habe die Restdienstzeit für die "Bestenauslese" ansonsten grundsätzlich keinen eigenen Erkenntniswert.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Abs. 2 GG als die speziellere Norm vor, grundsätzlich bleiben aber die speziellen Gleichheitsgrundrechte neben Art. 33 Abs. 2 bestehen.[1652] Wird die Eignung unter Heranziehung eines Merkmals verneint, das in Art. 3 Abs. 2, 3 GG enthalten ist, ist sowohl der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 2, 3 GG als auch der des Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet.[1653] So verbietet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ebenfalls Benachteiligungen im Rahmen des Zugangs zur Beschäftigung.[1654]

1. Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG weicht aber dann nicht im Wege der Konkurrenz hinter Art. 33 Abs. 2 GG zurück, wenn es um Ungleichbehandlungen geht, die nicht am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG zu messen sind. Das ist dann der Fall, wenn es gar nicht um den Zugang geht, wenn es nicht um ein öffentliches Amt im Sinne dieser Vorschrift geht, oder wenn jemand Zugang zum öffentlichen Amt begehrt, der weder Deutscher noch Unionsbürger ist.[1655] Denn seinem Wortlaut nach handelt es sich bei Art. 33 Abs. 2 GG um ein Deutschengrundrecht, das aber vorbehaltlich Art. 45 Abs. 4 AEUV für Unionsbürger entsprechend Anwendung findet.[1656] Nicht um den Zugang geht es, wenn Ansprüche aus dem bestehenden Beamtenverhältnis wie Urlaub oder Besoldung geltend gemacht würden; das zweitgenannte Beispiel wäre beim Zugang zu Wahlämtern erfüllt.[1657]

1652 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 8; Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 384; v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 13; v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 14. Abweichend Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 94, der Art. 33 Abs. 2 GG nicht nur Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch Art. 3 Abs. 2 GG gegenüber als lex specialis erachtet.

1653 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 8.

1654 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 287.

1655 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 309.

1656 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 14. A.A. Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 269 ff., wonach auch EU-Bürger sich nicht auf Art. 33 Abs. 2 GG berufen können, sondern insoweit ebenso wie für Drittstaatsangehörige Art. 3 Abs. 1 GG anwendbar ist.

1657 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 309.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Neben der Einschlägigkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes für Beamtenbewerber aus Drittstaaten ist die Zulässigkeit der Anwendung von Hilfskriterien in Abweichung vom Leistungsgrundsatz bei Eignungsgleichstand der Bewerber am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen.[1658] Allerdings handelt es sich bei der gesundheitlichen Eignung wie gesehen[1659] nicht um ein zulässiges Hilfskriterium, sodass für die zu untersuchende Frage Art. 3 Abs. 1 GG lediglich im Hinblick auf Drittstaatsangehörige relevant wird, die Zugang zum öffentlichen Amt begehren und die sich nicht auf Art. 33 As. 2 GG berufen können.

Ein Ausländer darf gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) BBG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) BeamtStG in ein Beamtenverhältnis berufen werden, wenn er die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt, oder wenn er Angehöriger eines Drittstaats ist, dem die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Anspruch auf Anerkennung der Berufsqualifikationen eingeräumt haben, § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) BBG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) BeamtStG. Nach Maßgabe des § 7 Abs. 3 BBG können Ausländer darüber hinaus in ein Beamtenverhältnis berufen werden, wenn für die Berufung des Beamten ein dringendes dienstliches Bedürfnis besteht. Ähnliches gilt im Rahmen des § 7 Abs. 3 Nr. 1 BeamtStG, wenn für die Gewinnung des Beamten ein dringendes dienstliches Interesse besteht bzw. gemäß Abs. 3 Nr. 2 bei der Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern und anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals in das Beamtenverhältnis andere wichtige Gründe vorliegen.

Art. 3 Abs. 1 GG ist beeinträchtigt, wenn eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegeben ist, und damit eine unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte, vorausgesetzt beide Vergleichsgruppen unterliegen demselben Normgeber.[1660] Eine Ungleichbehandlung in diesem Sinne würde es im konkreten Fall darstellen, wenn mehrere Personen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. b), c) BBG, § 7

1658 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 38. Zur Anforderung an die Feststellung eines Eignungsgleichstands *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 350 f.

1659 Siehe oben Teil 6 Abschn. B Kap. II „Art. 33 Abs. 2 GG".

1660 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Abs. 1 Nr. 1 lit. b), c) BeamtStG bzw. Personen gemäß § 7 Abs. 3 BBG, § 7 Abs. 3 BeamtStG Zugang zu einem öffentlichen Amt begehren und dabei einer von ihnen unterschiedlich behandelt wird.[1661]

Für die Reichweite des Schutzbereiches sowie die Möglichkeiten der Rechtfertigung dürfte aber der Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechend heranzuziehen sein. Denn da es sich bei Art. 33 Abs. 2 GG um die gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG speziellere Norm handelt, kann der Schutzbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes insofern nicht weiter reichen als bei Art. 33 Abs. 2 GG.[1662] Bezüglich des Eingriffs gilt somit das zu Art. 33 Abs. 2 GG Gesagte: Es stellt einen Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG dar, wenn ein Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung am besten für ein Amt geeignet ist, aber allein wegen fehlender gesundheitlicher Voraussetzungen nicht ausgewählt wird.[1663]

2. Art. 3 Abs. 2 GG

Art. 3 Abs. 2 GG ist dann einschlägig, wenn sich bestimmte Gesundheitsrisiken vorwiegend bei nur einem Geschlecht manifestieren wie beispielsweise Brust- oder Prostatakrebs.[1664] Rechtfertigt eine Krebserkrankung oder eine entsprechende Veranlagung die Annahme, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist, und wird aufgrund dessen die gesundheitliche Eignung verneint mit

1661 Siehe *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 316. Vgl. dort in Fn. 326 auch die Konstellation eines Ausländers gem. § 7 Abs. 3 BBG, § 7 Abs. 3 BeamtStG, der beim Zugang zu einem Amt in Konkurrenz zu einem Deutschen oder einem Bürger gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. b), c) BBG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 b), c) BeamtStG tritt und es dabei zu entsprechenden Ungleichbehandlungen kommt. *Hartig* weist hier zurecht darauf hin, dass bereits die Vergleichbarkeit des Sachverhalts zu verneinen ist und dass ein Unionsbürger vor dem Hintergrund der Anforderungen der § 7 Abs. 3 BBG, § 7 Abs. 3 BeamtStG vorrangig einzustellen wäre.

1662 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 316.

1663 Vgl. dazu die Ausführungen zum Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG, Teil 6 Abschn. B Kap. II.

1664 Rust/Falke (Hrsg.)/*Laskowski*, § 24 AGG, Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

der Konsequenz der Nichtverbeamtung, kommt eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts in Betracht.[1665]

3. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Vorliegend soll aber wegen seiner konkreten Betroffenheit der Fokus auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegen. Nach Maßgabe dieser Norm darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. S. 2 wurde mit Gesetz vom 27. 10.1994[1666] in das Grundgesetz eingeführt. Hintergrund war die Annahme, dass auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu einer Verhinderung einer Benachteiligung behinderter Menschen hatte führen können, sodass sich der Gesetzgeber zu einer Verstärkung dieses allgemeinen Gleichheitssatzes bewogen sah.[1667] Die Gesetzgebungsmaterialien geben indes keinen Rückschluss darauf, was genau der Gesetzgeber unter dem inkriminierten Merkmal der Behinderung verstand bzw. versteht.[1668] Nach Ansicht des BVerfG[1669] handelt es sich bei der Behinderung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG um „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht." Regelwidrig ist ein Zustand, der von dem für das Lebensalter Typischen abweicht; als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten.[1670] Diese Definition entspricht nunmehr § 2 Abs. 1 SGB IX. Allerdings ließ das BVerfG offen, ob der Begriff der Behinderung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG abschließend bestimmt ist:

> „Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat […] erkennbar an das Begriffsverständnis angeknüpft, das im Zeitpunkt der Verfassungsänderung gebräuchlich war. Dieses hat vor allem in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Schwerbehindertengesetzes Ausdruck gefunden. Behinderung ist danach die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung,

1665 Rust/Falke (Hrsg.)/*Laskowski*, § 24 AGG, Rn. 24.
1666 BGBl. 1994 I, S. 3146.
1667 BT-Drucks. 12/6323, S. 11 f.
1668 BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 301, juris Rn. 65 unter Verweis auf BT-Drucks. 12/6323, S. 11 f.; BT-Drucks. 12/6000, S. 52 f.; BT-Drucks. 12/8165, S. 28 f.
1669 BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 301, juris Rn. 65.
1670 OVG Lüneburg, Urt. v. 31.07.2012 – 5 LC 216/10 – juris Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht. Dasselbe Verständnis von Behinderung liegt dem Behindertenbegriff des Dritten Berichts der Bundesregierung über die Lage der Behinderten und die Entwicklung der Rehabilitation zugrunde, der seinerseits mit den international üblichen Begriffsabgrenzungen übereinstimmt […]. Es spricht nichts dagegen, von dieser Definition grundsätzlich auch bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auszugehen […]. Ob mit ihm das Merkmal der Behinderung abschließend bestimmt ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Fall der Beschwerdeführerin gibt dazu keinen Anlass."[1671]

Für eine abschließende Bestimmung des Begriffs der Behinderung wird demgegenüber vorgebracht, dass sich das BVerfG mit seiner Definition auf den Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 SchwbG a.F.[1672] gestützt hatte.[1673] Hinzu kommt die Bezugnahme des BVerfG auf den Dritten Bericht der Bundesregierung über die Lage der Behinderten und die Entwicklung der Rehabilitation[1674] sowie auf die in diesem vorgenommene Definition der Behinderung.[1675]

In diesem Bericht wird allerdings auch erkannt, dass das SchwbG zwar eine Abstufung nach der Schwere der Behinderung vornimmt, dass die Feststellung einer Schwerbehinderung jedoch nur für die Inanspruchnahme besonderer Hilfen und Rechte erforderlich ist.[1676] Die Aufhebung des Schwerbehindertengesetzes und die Übertragung seiner Vorschriften in den 2. Teil des Neunten Sozialgesetzbuches[1677] dürfte an dieser Interpretation nichts ändern, da das SGB IX ebenfalls zwischen einfacher und Schwerbehinderung unterscheidet und die Leistungserbringung von einem Schweregrad abhängig macht. Schon aus dieser Bezugnahme und der darin enthaltenen Verdeutlichung, dass die Schwerbehinderung nur für das Leistungsrecht relevant ist,

---

1671 BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 301, juris Rn. 65.

1672 Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft
(Schwerbehindertengesetz - SchwbG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1986 (BGBl I S. 1421, 1550), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 19. Dezember 1997 (BGBl I S. 3158).

1673 BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 GG, Rn. 233; Sachs (Hrsg.)/*Osterloh/Nußberger*, Art. 3 GG, Rn. 309.

1674 BT-Drucks. 12/7148, S. 2.

1675 BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 301, juris Rn. 65.

1676 BT-Drucks. 12/7148, S. 2.

1677 BT Drucks. 14/5074, S. 90, 131.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wird klar, dass eine solche Schattierung des Behindertenbegriffs mit Abstufungen nach Schweregraden im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht gewollt war, ganz zu schweigen davon, dass der Wortlaut der Verfassungsnorm einen solchen Rückschluss nicht erlaubt.[1678] Denn die Funktionen der beiden Vorschriften sind vollkommen unterschiedlich: Während es im Sozialrecht darum geht, eine Rehabilitationsleistung zu gewähren, geht es Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG einzig um die Abwehr von und den Schutz vor Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung.[1679] Eine Zugrundelegung des Schwerbehindertenbegriffs nunmehr aus § 2 Abs. 2 SGB IX für die Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG würde hinzukommend eine dogmatisch äußerst fragwürdige Auslegung des Verfassungsrechts am einfachen Recht bedeuten.[1680]

Der Grad der Behinderung darf nicht ausschlaggebend sein, um in den Genuss des Grundrechtsschutzes zu gelangen.[1681] Eine behördliche Anerkennung des Behindertenstatus ist deshalb nicht notwendig, um sich auf den Schutz des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG berufen zu können.[1682] Für diese Wertung spricht letztlich auch das in Art. 20 Abs. 1 GG enthaltene Sozialstaatsprinzip: Der Schutz von Menschen mit Behinderungen egal welcher Ausprägung liegt im Verantwortungsbereich der staatlichen Gemeinschaft und ist Teil der modernen Sozialstaatlichkeit.[1683] Unterstrichen wird dieses Ergebnis von der Bedeutung des Behinderungsbegriffes im Unions- und Völkerrecht, innerhalb dessen nicht nach dem Grad der Behinderung unterschieden wird. Darüber hinaus stellte der EuGH in der Rechtssache *Ring* und *Skouboe Werge* klar, dass der Auslöser für eine Behinderung irrelevant sei, so-

1678 A.A.: *Sannwald*, NJW 1994, 3313 (3314): „Im Hinblick auf die appellative Funktion der Neuregelung ist davon auszugehen, daß nicht alle Behinderten, sondern in erster Linie die Schwerbehinderten Grundrechtsträger sein sollen, deren konkrete Behinderung im konkreten Fall zur Diskriminierung führen würde." Gegen eine Einschränkung hingegen *Beaucamp*, DVBl. 2002, 997 (998); *Neumann*, NVwZ 2003, 897 (899); Sachs (Hrsg.)/*Osterloh/Nußberger*, Art. 3 GG, Rn. 309.

1679 *Neumann*, NVwZ 2003, 897 (899); *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 47.

1680 *Beaucamp*, DVBl. 2002, 997 (998).

1681 *Otte*, ZBR 2007, 401 (402).

1682 v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 215 f.

1683 BT-Drucks. 12/6323, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dass auch Krankheiten darunter fallen können.[1684] Explizit wies das BSG darauf hin, dass die UN-BRK generell als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann und insbesondere für das Verständnis des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.[1685] Nach Art. 1 Abs. 2 UN-BRK ist ein Mensch behindert, wenn er langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen hat, die ihn in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Dieses Begriffsverständnis hat der EuGH für die Auslegung der RL 2000/78/EG zugrunde gelegt.[1686] Der völkerrechtsfreundlichen und unionsrechtskonformen Auslegung entsprechend verbietet sich hinsichtlich Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ein Verständnis, das lediglich schwerbehinderten Menschen den in dieser Verfassungsnorm enthaltenen Schutz zukommen lässt. Maßgeblich ist für Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG somit das bio-psychosoziale Modell, wie es in der Behindertenrechtskonvention zugrunde gelegt wird.[1687] Darüber hinaus ist nicht verständlich, aus welchem Grund die Verfassung an einem Begriffsverständnis der Behinderung im Sinne des SchwbG festhalten soll, wenn dieses doch offensichtlich der gesellschaftlichen und vor allem rechtlichen Realität nicht mehr entspricht.[1688]

Zur Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist eine unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte durch

1684 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 556, juris Rn. 47. Für die Krankheit als impliziten Bestandteil einer Behinderung *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, S. 47.

1685 BSG, Urt. v. 06.03.2012 – B 1 KR 10/11 R – BSGE 110, 194, 202 f., juris Rn. 31; ebenso LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 26.09.2012 – L 2 SO 1378/11 – juris Rn. 39.

1686 Siehe dazu oben, Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.(7) „Zwischenfazit".

1687 Ebenso v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 16. Akt. 2013, Rn. 286. A.A. BeckOK GG/*Kischel*, Art. 3 GG, Rn. 233: „In Umkehrung einer bekannten Parole wird man also nicht behindert – etwa durch die gesellschaftliche Einstellung – sondern ist es." *Kischel* „verdeutlicht" dies mit einem Verweis auf einen Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 1997 (Beschl. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 302, juris Rn. 68) – eine Entscheidung, die wohlgemerkt ein gutes Jahrzehnt vor der Ratifikation der UN-BRK erging.

1688 *Knickrehm*, SGb 2008, 220 (S. 222).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

die gleiche Stelle und aufgrund einer Behinderung erforderlich.[1689] Erfasst ist in erster Linie eine Ungleichbehandlung durch direktes Anknüpfen an die Behinderung; zu befürworten ist aber auch die mittelbare Diskriminierung dadurch, dass eine staatliche Regelung zwar nicht an die Behinderung an sich anknüpft, sondern an ein Kriterium, das im Ergebnis maßgeblich Personen benachteiligt, die eine Behinderung aufweisen.[1690] Das Grundrecht ist beeinträchtigt, wenn die behinderungsbezogene Ungleichbehandlung einen Grundrechtsträger gegenüber einer nicht behinderten Person benachteiligt.[1691] Darüber hinaus kann eine Benachteiligung nicht nur durch Regelungen und Maßnahmen bewirkt werden, die für den behinderten Menschen eine Verschlechterung seiner Umstände zur Folge haben, sondern auch durch den Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt, wenn dieser nicht durch eine entsprechende Förderungsmaßnahme ausreichend kompensiert wird.[1692]

In seiner aktuellen Rechtsprechung zur Anforderung an das Merkmal der gesundheitlichen Eignung hat das BVerwG die Berührungspunkte dieses Merkmals mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG aufgegriffen, unterscheidet aber im Rahmen dessen zwischen Menschen mit Schwerbehinderung und solchen mit „Funktionseinbußen“:

> „Die unterschiedliche Behandlung von schwerbehinderten Menschen […] gegenüber anderen Behinderten in Bezug auf die Einstellung in ein Beamtenverhältnis ist mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vereinbar. […].
> Entsprechende Privilegierungen für Menschen, die zwar Funktionseinbußen zu erleiden haben, deren Schweregrad aber nicht zur Annahme einer Schwerbehinderung ausreicht und die schwerbehinderten Menschen auch nicht gleichgestellt sind, sind auch nicht geboten. Diesem Personenkreis fehlt es an der die Schutzbedürftigkeit begründenden eingeschränkten Vermittlungsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt (vgl. § 2 Abs. 3 SGB IX). Eine Einbeziehung der weniger schwer behinderten Menschen in die Privilegierungen hätte überdies eine Entwertung der für schwerbehinderte Menschen vorgesehenen Erleichterungen zur Folge, weil sie die

1689 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 3 GG, Rn. 144.
1690 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 3 GG, Rn. 145.
1691 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 3 GG, Rn. 146.
1692 BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 303, juris Rn. 69.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> Erfolgschancen dieser Bewerber im Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Ämter verschlechtern würde." [1693]

Nach Ansicht des BVerfG sind schwerbehinderte Menschen schutzbedürftiger gegenüber solchen, die weniger schwer behindert sind; dementsprechend sähen §§ 82 S. 2, 128 Abs. 1 SGB IX explizit vor, schwerbehinderte Menschen im Einstellungsverfahren zu bevorzugen.[1694] Diese Argumentation führt zu einer faktischen Kongruenz von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG mit § 2 Abs. 2 SGB IX und zu einem Ausschluss aus dem grundrechtlichen Schutzbereich aller behinderten Menschen, die weder schwerbehindert noch Schwerbehinderten gleichgestellt sind. Freilich ist dem BVerwG in der Annahme beizupflichten, dass das Schutzbedürfnis eines Menschen mit schweren Funktionseinbußen höher ist als das eines Menschen, der weniger behindert ist. Dies darf aber nicht dazu führen, dass weniger schwer behinderte Menschen im Rahmen des Zugangs zum öffentlichen Amt vollkommen aus dem Schutzbereich des Verbots der Diskriminierung ausgeschlossen werden und sie sich nicht mehr erfolgreich auf dieses Grundrecht berufen können.[1695] Denn wie soeben festgestellt, unterscheidet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eben nicht nach dem Schweregrad der Behinderung und hängt nicht von der behördlichen Anerkennung der Behinderung ab. Umgekehrt hätte das nämlich zur Folge, dass erst der Verwaltungsrechtsweg beschritten werden müsste, um einen offiziellen Behindertenstatus zu erlangen, um sich dann wiederum auf ein Grundrecht berufen zu können.[1696] Die Nichtanerkennung des Behindertenstatus durch die zuständige Behörde wäre dann vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bedenklich, da es dem Betroffenen dann nicht mehr möglich wäre, sein Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG effektiv geltend zu machen.

Letztlich ist eine so enge Auslegung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG weder mit den Wertungen des Art. 2 Abs. 1, 27 Abs. 1 S. 1, 2, lit. a), b)

1693 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254 f., juris Rn. 38, 40.

1694 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254 f., juris Rn. 39.

1695 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 2).

1696 Siehe dazu bereits oben unter „Würdigung der behinderungsspezifischen Betrachtung", Teil 5 Abschn. C.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

und g) UN-BRK[1697] noch mit der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des in der RL 2000/78/EG enthaltenen Behinderungsbegriffs vereinbar.

Konkret bedeutet die Rechtsprechung des BVerwG, dass die Verneinung der gesundheitlichen Eignung mit der Folge einer Nichteinstellung Menschen benachteiligt, die behindert sind im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, ohne dabei schwerbehindert im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB IX zu sein, wenn die gesundheitliche Eignung aufgrund einer Beeinträchtigung verneint wird, die eine Behinderung darstellt. Diese Ungleichbehandlung knüpft mittelbar an eine Behinderung an, wie es das BVerwG selbst erkannte,[1698] und führt zu einer Benachteiligung des Grundrechtsträgers gegenüber einer Person, die nicht behindert ist. Somit stellt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung einen Eingriff in das Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dar.

IV. Art. 12 Abs. 1 GG

Nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden, Abs. 1 S. 2. Nach ständiger Rechtsprechung schützt Art. 12 Abs. 1 GG trotz des differenzierten Wortlauts die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht;[1699] dementsprechend ist der Regelungsvorbehalt des Abs. 1 S. 2 auf die Berufswahl sowie die Berufsausübung gleichermaßen anzuwenden.[1700] Der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst die freie Wahl des Berufs, seiner Ausübung und des Arbeitsplat-

1697 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 3).
1698 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 255 f., juris Rn. 42.
1699 BVerfG, Beschl. v. 26.02.1997 – 1 BvR 1864/94 – BVerfGE 95, 193, 214, juris Rn. 79; BVerfG, Beschl. v. 12.01.2016 – 1 BvL 6/13 – BVerfGE 141, 82, 98, juris Rn. 47.
1700 BVerfG, Entsch. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377, 402, juris Rn. 68.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zes.[1701] Darüber hinaus gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit, keinen Beruf zu ergreifen bzw. auszuüben.[1702]

Lebhafter Diskussion in der Literatur unterlag in den letzten Jahren die Frage, wie sich die Berufsfreiheit des Art. 12 GG zu Art. 33 Abs. 2 GG verhält.[1703] So wurde vertreten, Art. 12 Abs. 1 weiche dem Art. 33 Abs. 2 gegenüber im Verhältnis der Spezialität zurück,[1704] andere hielten ein grundsätzliches Nebeneinander beider Vorschriften für möglich[1705] und wiederum andere sahen in Art. 33 Abs. 2 eine Ergänzung zu Art. 12 Abs. 1[1706] oder auch eine Beschränkung.[1707] In einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 bezog das BVerfG Stellung zu dieser Frage, nachdem seine vorherige Rechtsprechung Eindeutigkeit hatte vermissen lassen:[1708]

1701 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 12 GG, Rn. 1.

1702 BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 52/81 – BVerfGE 58, 358, 364, juris Rn. 35.

1703 Siehe nur Sachs (Hrsg.)/*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 58

1704 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 8; Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Scholz*, Art. 12 GG, Rn. 206, der an anderer Stelle (Rn. 67) darauf hinweist, dass „für die Einstellung von Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst Art. 33 Abs. 2 – insoweit in Modifikation des Art. 12 – maßgebend ist."

1705 Sachs (Hrsg.)/*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 59; v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 15, wonach für die Berufswahlfreiheit Art. 22 Abs. 2 GG entscheidend sei, wenn auch Art. 12 Abs. 1 grds. die dortige Berufsausübung erfasse.

1706 Ablehnend Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 8; ausdrücklich Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 94. Für eine „Überlagerung" bzw. „Modifikation des Art. 12 GG durch die Sonderregelungen des Art. 33 Abs. 2 GG Sachs (Hrsg.)/*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 56; v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 13.

1707 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (190); Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Hofmann*, Art. 12 GG, Rn. 33 f., wonach sich durch Sonderregelungen des öffentlichen Dienstes „insbesondere die Berufswahlfreiheit der Bewerber auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern reduziert", obgleich er an anderer Stelle die Möglichkeit eines Nebeneinander beider Vorschriften vermuten lässt (Rn. 16) und „Art. 12 Abs. 1 GG umso stärker seine Wirksamkeit entfalte, je mehr die Eigenschaften eines freien Berufes hervortreten" (Rn. 34 m.w.N.). Sehr differenziert Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 383: Art. 33 Abs. 2 GG „reduziere" zwar hinsichtlich der staatlichen Organisationsgewalt den sachlichen Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG bzgl. der Berufswahl auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern, erfasse aber allein die Berufswahlfreiheit.

1708 Sachs (Hrsg.)/*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 58 und *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 353 f., jeweils m.w.N. zur Rechtsprechung.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> „Art. 12 Abs. 1 GG [...] gilt auch im Bereich des öffentlichen Dienstes; Art. 33 Abs. 2 GG ermöglicht insoweit allerdings ergänzende Sonderregelungen [...]. Die Berufsfreiheit steht – anders als Art. 33 Abs. 2 GG – unter dem spezifischen Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Ein wesentlicher Eingriff in dieses Grundrecht ist anzunehmen, wenn die Eingriffsregelung die Freiheit der Berufswahl betrifft oder statusbildenden Charakter hat [...]. Auch bei Regelungen, die nur die Freiheit der Berufsausübung betreffen, muss das zulässige Maß des Eingriffs umso deutlicher in der gesetzlichen Ermächtigung bestimmt werden, je empfindlicher die berufliche Betätigung beeinträchtigt wird: Einschneidende, das Gesamtbild der beruflichen Betätigung wesentlich prägende Vorschriften über die Ausübung des Berufs sind dem Gesetzgeber zumindest in den Grundzügen vorzubehalten [...].
> Soweit es um Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes geht, trifft Art. 33 Abs. 2 GG eine Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ergänzende Regelung [...]. Hiernach wird jedem Deutschen das Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährleistet. [...] Die Geltung dieser Grundsätze wird von Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet [...]. Vorbehaltlos gewährte Grundrechte werden grundsätzlich nur durch kollidierendes Verfassungsrecht – Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang – eingeschränkt [...].“[1709]

Somit stellt also Art. 33 Abs. 2 GG eine ergänzende Regelung zu Art. 12 Abs. 1 GG, welcher folglich auch im Rahmen einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst Anwendung findet.[1710] Inwiefern Art. 33 Abs. 2 GG konkret eine ergänzende Regelung zu Art. 12 Abs. 1 GG darstellt, führt das BVerfG hier nicht aus, verweist aber auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1975. Danach ergebe sich eine Sonderregel zunächst dadurch, dass die Zahl der Arbeitsplätze im öffentlichen Dienst begrenzt sei und allein von der jeweils zuständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft bestimmt werde, was im äußersten Fall mit der tatsächlichen Unmöglichkeit der Berufswahl des Einzelnen einhergehen könne.[1711] Das dieser Begrenzung entsprechende mögliche Maß an Freiheit der Berufswahl werde gemäß Art. 33 Abs. 2 GG durch den

1709 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 48 f., juris Rn. 58 f.

1710 Zustimmend *Bünnigmann*, DÖV 2015, 832 (832).

1711 BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334, 369, juris Rn. 103.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

gleichen Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern bei gleicher Eignung gewährleistet.[1712]

Im Ergebnis bedeutet dies eine Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen des Beamtenverhältnisses mit dem Inhalt des Art. 33 Abs. 2 GG: Art. 12 Abs. 1 verleiht somit ebenso wenig Anspruch auf den Zugang zum öffentlichen Amt wie Art. 33 Abs. 2, sondern setzt grundsätzlich zunächst das Bestehen einer zu besetzenden Stelle voraus. Für die Ausübung des Zugangsrechts ist nicht der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entscheidend, sondern die Bestenauslese gemäß der in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Kriterien. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG ist Art. 33 Abs. 2 gegenüber Art. 12 Abs. 1 in der Konsequenz die speziellere Norm.[1713] Angesichts dieser Spezialität ist die Vereinbarkeit von Differenzierungen, die bereits in den Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG fallen, mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit unerheblich, da es insoweit hinter Art. 33 Abs. 2 GG zurücktritt; die Rechtmäßigkeit des Zugangs zum öffentlichen Dienst richtet sich infolgedessen allein nach Art. 33 Abs. 2 GG.[1714] Insofern stellt sich auch nicht die Frage, ob die Anforderung an eine konkrete psychische und physische Verfassung des Bewerbers eine objektive oder subjektive Berufszulassungsvoraussetzung im Sinne der Drei-Stufen-Theorie darstellt.[1715] Freilich ändert ein Anknüpfen im Rahmen der Ablehnung eines Bewerbers wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung allein an Art. 33 Abs. 2 und nicht an Art. 12 Abs. 1 nichts daran, dass die Wahl des konkreten Berufs unmöglich ge-

1712 BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334, 369, juris Rn. 103.

1713 Im Ergebnis ebenso *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 354 f.

1714 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 355. A.A. Sachs (Hrsg.)/*Mann*, Art. 12 GG, Rn. 59, der eine Zuordnung zum Schutzbereich des Art. 12 für „geboten" hält, da nur so der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zur Anwendung gelange, womit die Regelung staatlicher Berufe durch Verwaltungsvorschriften ausgeschlossen würde.

1715 Grundlegend BVerfG, Entsch. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377-444. Dazu Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Scholz*, Art. 12 GG, Rn. 335. Für den Ausschluss des Zugangs zum Beamtenverhältnis aus gesundheitlichen Gründen ungeachtet der fachlichen Eignung als subjektive Berufswahlschranke siehe BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

macht wird,[1716] wenn nämlich der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG eine Ausübung der Tätigkeit im Beamtenverhältnis erfordert, beispielsweise in der klassischen Eingriffsverwaltung, und ein Bewerber wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung von der Verbeamtung ausgeschlossen wird.[1717]

Art. 12 Abs. 1 GG käme deshalb nur noch dann zum Tragen, wenn eine Situation nicht dem Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG unterfällt, namentlich wenn der Bewerber kein Unionsbürger ist, er keinen Zugang zum öffentlichen Amt begehrt, es gar nicht um ein öffentliches Amt geht oder auf ein Hilfskriterium abgestellt wird.[1718] Allerdings sind Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG lediglich alle Deutschen im Sinne des Art. 116 GG sowie alle Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten,[1719] sodass für den Zugang zu öffentlichen Ämtern von Drittstaatsangehörigen die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig ist.[1720] Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG kommt insofern nicht in Betracht.

V. Art. 2 Abs. 1 GG

Nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Dieses Grundrecht schützt mit der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht nur das Recht, sich frei und seinem Willen entsprechend zu verhalten, sondern auch die Persönlichkeit eines Menschen und somit sowohl das „Sein" als auch das „Tun".[1721] Dies allerdings nur insoweit, als ein staatliches Handeln nicht bereits in den Schutzbereich eines spezielleren Freiheitsrechts fällt, da Art. 2 Abs. 1 GG lediglich eine „Auffangfunktion" innewohnt, um einen lückenlosen Grundrechts-

1716 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (191).
1717 *Pernice-Warnke*, VR 2016, 9 (11); Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 109.
1718 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 355 f.
1719 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 12 GG, Rn. 12.
1720 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 356; Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 12 GG, Rn. 12 m.w.N. zur Rechtsprechung.
1721 Sachs (Hrsg.)/*Murswiek*, Art. 2 GG, Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schutz zu gewährleisten.[1722] Diese Auffangfunktion kommt insbesondere dann zum Tragen, wenn in Freiheitsrechte eingegriffen wird, deren persönlicher Schutzbereich aber nur für Deutsche eröffnet ist, und ein Ausländer einen staatlichen Eingriff erleidet.[1723] Allerdings geht der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG nicht so weit wie das Spezialgrundrecht, das für einen Deutschen in der jeweiligen Situation Anwendung finden würde, da das Grundgesetz die Entscheidung getroffen hat, bestimmte Rechte nur Deutschen zuteil werden zu lassen.[1724] Der von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Schutz wird also nur insoweit gewährt, wie dessen eigene Schranken reichen,[1725] also bis zur Kollision mit den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung oder dem Sittengesetz, wobei die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung im Ergebnis einem einfachen Gesetzesvorbehalt entspricht.[1726] Infrage kommen dafür die Regelungen über den Zugang zum öffentlichen Amt gemäß § 9 BBG S. 1, § 9 BeamtStG, die ihrerseits mit Art. 33 Abs. 2 GG kongruieren.[1727] Dementsprechend wäre der Zugang von Ausländern zum öffentlichen Amt doch am Leistungsgrundsatz messen, worin ein Kriterium der gesundheitlichen Eignung ja gerade nicht enthalten ist. Im Ergebnis ist deshalb der Schutzgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG für den Zugang zum öffentlichen Amt mit dem des Art. 33 Abs. 2 GG vergleichbar, sodass die Drittstaatsangehörigkeit eines Bewerbers nicht dazu führt, dass das Kriterium der gesundheitlichen Eignung bei ihm anders bewertet wird als bei einem Unionsbürger.[1728] Somit wäre im Falle der Versagung des Zugangs zum öffentlichen Amt aufgrund fehlender gesundheitlicher Eignung ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG gegeben.

1722 Sachs (Hrsg.)/*Murswiek*, Art. 2 GG, Rn. 10, 56.
1723 Siehe soeben im vorherigen Kapitel.
1724 Sachs (Hrsg.)/*Murswiek*, Art. 2 GG, Rn. 140.
1725 BVerfG, Beschl. v. 18.07.1973 – 1 BvR 23/73 – BVerfGE 35, 382, 399, juris Rn. 50; BVerfG, Beschl. v. 10.05.1988 – 1 BvR 482/84 – BVerfGE 78, 179, 197, juris Rn. 50.
1726 Sachs (Hrsg.)/*Murswiek*, Art. 2 GG, Rn. 90.
1727 Siehe dazu unter „Die Entsprechung des Art. 33 Abs. 2 GG im einfachen Bundesrecht und im Landesrecht", Teil 3 Abschn. B Kap. II.
1728 So im Ergebnis auch *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 375 f. hinsichtlich altersspezifischer Benachteiligungen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

VI. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das BVerwG erkennt an, dass mit der Anordnung, sich körperlich untersuchen zu lassen und sich einem Gespräch mit dem Gutachter zu stellen, in die grundrechtsbewehrte Sphäre des Beamten eingegriffen wird.[1729] Es führt aus, dass sogar durch eine fachpsychiatrische Untersuchung die Eingriffsintensität noch höher sei als gegenüber einer körperlichen Untersuchung, wodurch nicht nur in das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen werde, sondern auch in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Denn Informationen und Auskünfte über die Kindheit des Beamten, Krankheiten oder ein konkretes Verhalten am Dienstposten seien von intimerer Qualität als eine rein medizinische Untersuchung.[1730] Dies betrifft die konkrete Durchführung der Eignungsuntersuchung des Bewerbers, die selbst allerdings erst dann relevant wird, wenn ein Bewerber die Anordnung, sich untersuchen zu lassen, befolgt. Vorliegend geht es aber vielmehr um den ersten Schritt, nämlich ob überhaupt auf das Kriterium einer gesundheitlichen Eignung abgestellt werden darf. Es soll deshalb nicht näher darauf eingegangen werden, wie die Untersuchung an sich bzw. die Untersuchungs*anordnung* grundrechtlich einzuordnen ist, beispielsweise in eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 GG durch eine Blutabnahme oder des informationelle Selbstbestimmungsrechts durch die Erhebung personenbezogener Daten.[1731] Es geht deshalb vielmehr um die Frage, inwiefern einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt, dass *überhaupt* eine bestimmte körperliche Konstitution und psychische Integrität von einem Bewerber verlangt wird.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht geht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie des BVerfG zurück und wird als „Recht auf Respektierung der Privatsphäre und des sozialen Geltungsan-

1729 BVerwG, Urt. v. 26.04.2012 – 2 C 17/10 – NVwZ 2012, 1483, 1484, juris Rn. 15, 17.

1730 BVerwG, Urt. v. 26.04.2012 – 2 C 17/10 – NVwZ 2012, 1483, 1484, juris Rn. 15, 17.

1731 *Kenntner*, ZBR 2015, 181 (183). Zur Zulässigkeit ärztlicher Untersuchungen vgl. v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 251.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

spruchs des Einzelnen“ aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet.[1732] Dieses Recht garantiert den Schutz der „Integrität der menschlichen Persönlichkeit in geistig-seelischer Beziehung“.[1733] Der sachliche Schutzbereich dieses Rechts bezieht sich nicht nur auf die engere Persönlichkeitssphäre eines Menschen, sondern auf seine Privat-, Geheim-, und Intimsphäre, seine persönliche Ehre, das Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort sowie das Recht, über die Darstellung der eigenen Person zu verfügen.[1734]

Infrage kommt im Rahmen der Anforderung an eine bestimmte gesundheitliche Eignung eine Verletzung des unter Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gefassten Rechts auf Achtung der Individualität.[1735] Denn mit dem Aufstellen allgemeiner Anforderungen zur Beurteilung der Eignung eines Bewerbers geht auch regelmäßig eine personenbezogene Typisierung einher, indem konkrete Eigenschaften standardisiert und normiert werden.[1736] Jede Form von Typisierung führt unweigerlich zu einer Verkürzung von Individualität.[1737] Dies allein kann aber nicht dazu führen, dass der Subsumtion einer Person unter verallgemeinerte Eignungskriterien Eingriffsqualität zugesprochen wird.[1738] Denn dann würde nicht nur das Kriterium der gesundheitlichen Eignung das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzen, sondern ebenfalls dasjenige der Eignung im weiteren Sinne, also auch die Anforderung an die Befähigung und die fachliche Leistung, die ebenso wenig bei jedem Menschen gleichermaßen besteht wie ein unbedenklicher Gesundheitszustand. Art. 33 Abs. 2 GG, der eigens das Recht des Zugangs zum öffentlichen Amt unter die Voraussetzung konkreter Eigenschaften stellt, deren Priorität und Vorliegen – vom Kriterium der gesundheitlichen Eignung abgesehen[1739] – dem Dienstherrn zu beurteilen ob-

1732 Sachs (Hrsg.)/*Murswiek*, Art. 2 GG, Rn. 60 m.w.N. zur Rechtsprechung.
1733 Sachs (Hrsg.)/*Murswiek*, Art. 2 GG, Rn. 61.
1734 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Hofmann*, Art. 1 GG, Rn. 63.
1735 Siehe dazu *Stockter*, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität, 2008, S. 397 ff.
1736 http://www.duden.de/rechtschreibung/typisieren (Stand September 2017).
1737 *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (22).
1738 So aber wohl *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (22), wonach der Mensch durch Typisierungen „nicht als Individuum wahrgenommen“ werde, „sondern letztlich als in seiner Entwicklung berechenbares Gruppenmitglied.“
1739 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 250, juris Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

liegt, verlangt im Ergebnis eine solche Typisierung, damit anhand abstrakter Kriterien der am besten geeignete Bewerber ausgesucht werden kann. Dementsprechend stellt insofern das Abstellen auf eine gesundheitliche Eignung an sich keinen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar.

VII. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Gesetzlicher Richter in diesem Sinne ist auch der EuGH, wie das BVerfG in seiner Solange-II-Rechtsprechung entschied.[1740] Nachfolgend gilt es zu untersuchen, ob das BVerwG im Rahmen seiner Entscheidung über die Neugestaltung des Maßstabs der gesundheitlichen Eignung vom 25.07.2013[1741] zur Anrufung des EuGH nach Maßgabe des Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet war und ob das Absehen von einer solchen Vorlage eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellt.

1. Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV

Wann der EuGH als gesetzlicher Richter angerufen werden muss, wie also der Umfang und die Reichweite der Vorlagepflicht des Art. 267 Abs. 3 AEUV zu bewerten ist, unterliegt keiner einhelligen Betrachtung.[1742] Die Vorlagepflicht ist nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu bejahen, wenn eine Frage im Sinne des Abs. 1 in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt wird, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Daraus ergibt sich eine derartige Verpflichtung für letztinstanzliche Gerichte, bei deren Missachtung Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG betroffen ist.[1743] Wenig Klarheit besteht dahin-

1740 BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339, 366 f., juris Rn. 70.
1741 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261.
1742 *Thomale*, EuR 2016, 510 (512) m.w.N.
1743 *Schröder*, EuR 2011, 808 (808) mit Verweis auf Calliess/Ruffert (Hrsg.)/*Wegener*, Art. 267 AEUV, Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

gegen, wann eine „derartige Frage" im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV vorliegt, die das letztinstanzliche Gericht zur Vorlage verpflichtet.

a. CILFIT-Urteil des EuGH

Eine „derartige Frage" ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Rechtsfrage einen sog. „acte éclairé" betrifft, also einen gleichgelagerten Sachverhalt, der bereits vom EuGH entschieden wurde,[1744] oder aber einen „acte clair":

> „Schließlich kann die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig sein, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt. Das innerstaatliche Gericht darf jedoch nur dann davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt, wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf das innerstaatliche Gericht davon absehen, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen, und sie stattdessen in eigener Verantwortung lösen."[1745]

Bei der Beurteilung, ob eine solche Offenkundigkeit anzunehmen ist, müssen die Besonderheiten des Europarechts Beachtung finden, namentlich seine Systematik, seine Ziele sowie die Problematik unterschiedlicher Sprachfassungen.[1746] Insgesamt ist aber die CILFIT-Formel des EuGH als eher obskur und wenig praktikabel zu beklagen, die keine klare Abgrenzung in Bezug auf die Klärungsbedürftigkeit einer Rechtsfrage erlaubt.[1747] Die jeweiligen Fachgerichte wären gezwungen, die mitgliedstaatliche Gerichtspraxis umfassend zu vergleichen, um von einem „acte clair" ausgehen zu können, was schwerlich zu realisieren wäre.[1748] Eine Vorlagepflicht kann nach dieser Rechtsprechung im

1744 *Schröder*, EuR 2011, 808 (809) m.w.N.
1745 EuGH, Urt. v. 06.10.1982 – C-283/81, Rs. CILFIT – NJW 1983, 1257, 1258, juris Rn. 16, bestätigt in EuGH, Urt. v. 15.09.2005 – C-495/03, Rs. Intermodal Transports – Slg 2005, I-8151, 8206, juris Rn. 33.
1746 *Schröder*, EuR 2011, 808 (809).
1747 *Thomale*, EuR 2016, 510 (512).
1748 *Schröder*, EuR 2011, 808 (809).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Ergebnis nur dann verneint werden, wenn ein „acte éclairé" besteht.[1749]

b. Willkürmaßstab des BVerfG

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG stellt die Missachtung der Vorlagepflicht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV einen Entzug des gesetzlichen Richters dar.[1750] Als strukturell problematisch gestaltet es sich für das BVerfG, dass es nach Maßgabe der Lehre vom spezifischen Verfassungsrecht[1751] zuständig ist allein für die Anwendung des Grundgesetzes.[1752] Um einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG festzustellen, müsste des BVerfG aber inzident die Voraussetzungen des Art. 267 AEUV prüfen, und zwar inklusive seiner Auslegung durch den EuGH.[1753] Aufgrund dessen erfolgt die Prüfung der Grundrechtsverletzung an einem abgeschwächten Maßstab, indem das BVerfG auf die Feststellung verzichtet, ob dem EuGH letztlich die Frage nach Maßgabe des Art. 267 AEUV vorgelegt wurde, sondern allein auf den Verlauf und die Begründung der Entscheidungsfindung abstellt, warum am Ende von einer Vorlage abgesehen wurde.[1754]

Dementsprechend führte das BVerfG aus, dass nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darstelle und es die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen nur beanstanden werde, „wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind [...]."[1755] Mit anderen Worten beschränkt das BVerfG die Prüfungsdichte in diesem Rahmen auf eine Willkürkontrolle mit dem

1749 *Schröder*, EuR 2011, 808 (809).

1750 BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339, 366, juris Rn. 69; BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 – 2 BvR 687/85 – BVerfGE 75, 223, 245, juris Rn. 60; BVerfG, Beschl. v. 31.05.1990 – 2 BvL 12/88 – BVerfGE 82, 159, 192, juris Rn. 135 ff.; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286, 315, juris Rn. 88.

1751 BVerfG, Beschl. v. 10.06. 1964 – 1 BvR 37/63 – BVerfGE 18, 85, 92, juris Rn. 21.

1752 *Thomale*, EuR 2016, 510 (513).

1753 *Thomale*, EuR 2016, 510 (513 f.).

1754 *Thomale*, EuR 2016, 510 (514).

1755 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286, 315, juris Rn. 88; BVerfG, Beschl. v. 31.05.1990 – 2 BvL 12/88 – BVerfGE 82, 159, 195,

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Ergebnis, dass allein geprüft wird, ob die Verletzung einfachen Recht einer Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts" gleichkommt.[1756] Eine solche Willkür ist gegeben, wenn ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlagepflicht vollends verkennt, wenn es also eine Vorlage trotz der ihm bewussten Entscheidungserheblichkeit der Frage und trotz Zweifeln an der richtigen Beantwortung dieser Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, wenn es ohne Vorlagebereitschaft bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs abweicht, oder wenn es nicht vorlegt, obgleich die Rechtsprechung des EuGH unvollständig ist.[1757] Faktisch führt diese Rechtsprechung zu einer Abkehr von den vom EuGH für die Vorlageverpflichtung aufgestellten Grundsätzen.[1758]

c. Zwischenergebnis

Indem wider Art. 267 Abs. 3 AEUV verhindert wird, dass der EuGH sich mit einem Rechtsstreit befasst, wird das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter verletzt.[1759] Zu beachten ist, dass die Rechtsprechung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist und deshalb nicht zuletzt angesichts des Rechtsanwendungsbefehls des Art. 23 GG verpflichtet ist, Unionsrecht im Rahmen der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.[1760] Dazu gehört auch die Vorschrift des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, wonach die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist; das innerstaatliche Recht muss deshalb eine vollständige Kontrolle von Rechts-

juris Rn. 143; BVerfG, Beschl. v. 13.10.1970 – 2 BvR 618/68 – BVerfGE 29, 198, 207, juris Rn. 18.

1756 *Schröder*, EuR 2011, 808 (814); *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (636).

1757 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 20.02.2017 – 2 BvR 63/15 – NVwZ 2017, 615, 616, juris Rn. 8. Zur Entwicklung der Frage des Bestehens einer Vorlagepflicht in der Rechtsprechung des BVerfG vgl. *Schröder*, EuR 2011, 808 (815 ff.), der die „formulatorischen Abweichungen" (so *Thomale*, EuR 2016, 510 (514)) des Ersten und Zweiten Senats des BVerfG abzeichnet. Eine Entscheidung aus dem Jahr verschaffte Klarheit: „Beide Senate stimmen – unbeschadet zum Teil abweichender Formulierungen – in der Sache überein." BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 29.04.2014 – 2 BvR 1572/10 – NJW 2014, 2489, 2491, juris Rn. 24.

1758 *Beul*, EuZW 1996, 748 (749); *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (636).

1759 *Thomale*, EuR 2016, 510 (515); *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (635 f.).

1760 *Schröder*, EuR 2011, 808 (812)

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

grundlagen ermöglichen, die der Beantragung durch den einzelnen Bürger zugänglich ist.[1761]

Insbesondere in Anbetracht der Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG[1762] sowie der unions- und grundrechtlichen Relevanz erscheint es im Ergebnis geboten, die Vorlageverpflichtung des Art. 267 Abs. 3 AEUV weit zu verstehen, sodass das BVerfG etwaige Infraktionen mit dieser Vorschrift stets im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde hinsichtlich einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG voll überprüfen sollte.[1763]

2. Konkrete Missachtung des Art. 267 Abs. 3 GG und Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das BVerwG

Ob das BVerwG Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch eine Nichtvorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV im Rahmen seiner Entscheidung über die Neukalibrierung des Prognosemaßstabs für das Kriterium der gesundheitlichen Eignung[1764] verletzt hat, ist davon abhängig, ob es grundsätzlich zur Vorlage verpflichtet war und inwieweit eine entsprechende Vorlagefrage bestand.

a. Konkrete Vorlageverpflichtung

Das BVerwG ist ein letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV.[1765] Dass es sich bei dem vom BVerwG zu entscheidenden Fall um einen Sachverhalt gehandelt hätte, für den die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig war, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel im Rahmen der Entscheidung blieb,[1766] ist schon allein deswegen zu verneinen, weil das BVerwG sich mit den einschlägigen unionsrechtlichen Normen kaum auseinander-

1761 *Schröder*, EuR 2011, 808 (811).
1762 Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR Bd. 2/*v. Danwitz*, § 6 Gerichtlicher Schutz der Grundrechte, Rn. 14; *Schröder*, EuR 2011, 808 (826).
1763 *Thomale*, EuR 2016, 510 (528).
1764 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 16.
1765 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 3).
1766 EuGH, Urteil vom 06.10.1982 – C-283/81, Rs. CILFIT – NJW 1983, 1257, 1258, juris Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

setze. Bei dem zu entscheidenden Sachverhalt handelte es sich folglich nicht um einen „acte claire".

Auch ein „acte éclairé" ist zu verneinen. Zwar hatte der EuGH bereits über Fragen zu entscheiden, die Berührungspunkte mit den Rechtsfragen des vorliegenden Urteils des BVerwG aufweisen.[1767] In diesen Fällen ging es jedoch um spezifische Probleme der vermeintlichen Abnahme körperlicher Leistungsfähigkeit aufgrund des Alters sowie um den Zugang zu Sonderlaufbahnen. Die Frage, inwieweit es eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG darstellt, mangels gesundheitlicher Eignung von einer Verbeamtung abzusehen, unterlag bisher nicht der Entscheidung des EuGH. Insofern war das BVerwG zur Vorlage an den EuGH verpflichtet.

b. Einschlägige Vorlagefrage im konkreten Fall

Das BVerwG postuliert in seiner Entscheidung vom 25.07.2013, die Anwendung des allgemeinen Prognosemaßstabs und Prognosezeitraums auf behinderte Bewerber, die nicht schwerbehindert oder Schwerbehinderten gleichgestellt sind, sei mit der RL 2000/78/EG vereinbar,[1768] ohne dass es sich auch nur ansatzweise mit dem unionsrechtlichen Behinderungsbegriff auseinander gesetzt hätte. Da weder im Unions- noch im Völkerrecht nach dem Grad der Behinderung unterschieden wird, konnte es eben nicht dahin stehen, „ob auch behinderte Menschen, die weder schwerbehindert noch schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt sind, vom Begriff der Behinderung nach Art. 1 der RL erfasst werden".[1769] Das BVerwG ignoriert hier, dass es im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht nach einfach oder schwerbehindert unterscheiden durfte.

Unklar ist demgegenüber, ob die Anwendung des allgemeinen Prognosemaßstabs und Prognosezeitraums auf einfach behinderte

1767 EuGH, Urt. v. 13.09.2011 – C-447/09, Rs. Prigge – NJW 2011, 3209-3214; EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C-229/08, Rs. Wolf – NVwZ 2010, 244-247. Vgl. auch die später ergangene Entscheidung des EuGH, Urt. v. 13.11.2014 – C-416/13, Rs. Vital Pérez – NVwZ 2015, 427 ff.

1768 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 255, juris Rn. 41.

1769 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 255, juris Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Menschen eine mittelbare oder unmittelbare Ungleichbehandlung darstellt.[1770] Dessen ungeachtet sieht das BVerwG hypothetisch eine mittelbare Diskriminierung als einschlägig an:

> „Zwar knüpft die Prognose der gesundheitlichen Eignung nicht unmittelbar an die Behinderteneigenschaft an; vielmehr gelten die Anforderungen für behinderte und nicht behinderte Menschen gleichermaßen. Dieser Personenkreis ist aber einem erhöhten Risiko ausgesetzt, wegen einer negativen gesundheitlichen Eignungsprognose nicht verbeamtet zu werden. Behinderungen haben regelmäßig zur Folge, dass die Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist oder Einschränkungen mit zunehmendem Alter zu erwarten sind. Dieses Risiko verwirklicht sich auch dann, wenn behinderten Bewerbern zwar nicht der Zugang zum Beruf, aber zu dessen Ausübung im Beamtenverhältnis verwehrt wird. Die mittelbare Ungleichbehandlung besteht hier darin, dass sich die Behinderung auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der RL (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG) auswirkt."[1771]

Nicht zuletzt aufgrund der wenige Monate zuvor ergangenen Neudefinition des Begriffs der Behinderung durch den EuGH[1772] sowie der unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen bezüglich der Art der Diskriminierung wäre das BVerwG dazu verpflichtet gewesen, dem EuGH die Frage vorzulegen, ob die beschriebene Verbeamtungspraxis eine mittelbare oder unmittelbare Benachteiligung im Sinne der Richtlinie darstellt.[1773] Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass für schwerbehinderte Menschen eine Senkung des zeitlichen Maßstabs, mithin der für die Feststellung der gesundheitlichen Eignung angewandte Prognose*zeitraum*, ermöglicht wird, nicht aber für einfach behinderte Menschen.[1774]

Zusammengefasst bedeutet dies, dass eine „derartige Frage" im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV dahingehend bestand, dass der Kläger angesichts seiner ohne Zweifel bestehenden gesundheitlichen Ein-

---

1770 Siehe zur Diskussion bereits oben unter „Diskriminierung durch Nichtverbeamtung wegen gesundheitlicher Nichteignung", Teil 5 Abschn. B Kap. III.2.b.

1771 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 256, juris Rn. 43 f.

1772 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11, C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553-559.

1773 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (S. 2 f.). Auch im Folgenden wird wesentlich auf diese Veröffentlichung sowie auf *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6 abgestellt.

1774 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6 (S. 4).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schränkungen bereits als behindert im Sinne der Richtlinie galt und ob aufgrund dessen der für schwerbehinderte Menschen angewandte gesenkte zeitliche Maßstab nicht auch auf solche Menschen anzuwenden ist, die behindert im Sinne der RL 2000/78/EG sind.[1775] Daraufhin hätte sich dann die Frage ergeben, ob im Fall der Bejahung der ersten Frage die Anwendung des zeitlich uneingeschränkten Prognosemaßstabs auf „einfach" behinderte Menschen eine unmittelbare Diskriminierung darstellt mit dem Ergebnis, dass ihre Rechtfertigung nur gemäß Art. 2 Abs. 5, Art. 4 f., Art. 7 RL 2000/78/EG möglich wäre.[1776] Dies hätte obendrein die Frage eingeleitet, inwiefern es sich bei der gesundheitlichen Eignung um eine entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG handelt.

Während sich das BVerwG in Formulierungen darüber verliert, wie eine etwaige Ungleichbehandlung nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG zu widerlegen wäre und dabei irrtümlich auf Art. 6 der Richtlinie abstellt,[1777] kommt es auf die Verpflichtung des Dienstherrn, angemessene Vorkehrungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 RL 2000/78/EG zu treffen, mitnichten zu sprechen. Es hätte sich aber fragen müssen, ob und inwieweit die Anwendung des Prognosezeitraums mit jenen Pflichten in Einklang zu bringen ist, und ob es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht wird, den Prognosezeitraum an der Regelaltersgrenze zu orientieren.[1778] Es wäre stattdessen die Überlegung geboten gewesen, auf denjenigen Zeitraum abzustellen, dessen es bedarf, um die nach Maßgabe des jeweiligen Versorgungsrechts vorgesehene dienstzeitunabhängige Mindestversorgung zu erdienen.[1779] Anschließend hätte das BVerwG Gelegenheit gehabt, Klarheit über die Zumutbarkeit der mit einer Herabsenkung des Prognosezeitraums verbundenen finanziellen Lasten zu erhalten.[1780]

Nicht zuletzt in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH, der eine Verkürzung der Arbeitszeit bereits als angemessene Vorkehrung

1775 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6 (S. 4).
1776 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6 (S. 4).
1777 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 256 f., juris Rn. 45 ff.
1778 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6 (S. 5).
1779 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6 (S. 5).
1780 *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6 (S. 5).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nach Maßgabe des Art. 5 RL 2000/78/EG in Erwägung gezogen hatte,[1781] hätte sich das Bedürfnis nach der Klärung der Frage aufdrängen müssen, ob die Herabsetzung des Prognosezeitraums ebenfalls eine solche angemessene Vorkehrung darstellen könnte.

Die sich in Bezug auf den Prognosezeitraum stellenden Fragen gelten in gleicher Weise hinsichtlich des Prognose*maßstabs*: Auch hier ist klärungsbedürftig, inwiefern es eine Diskriminierung darstellt, nur von schwerbehinderten Menschen ein Mindestmaß körperlicher Eignung zu verlangen, und ob es eine angemessene Vorkehrung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 RL 2000/78/EG darstellt, den Prognosemaßstab dahingehend zu verkürzen, dass nicht nur von schwerbehinderten Menschen und den ihnen Gleichgestellten lediglich ein Mindestmaß körperlicher Eignung verlangt wird, sondern auch von solchen, die nach nationalem Recht lediglich einfach behindert sind.

c. Ergebnis: Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Festzustellen ist im Ergebnis, dass das BVerwG als letztinstanzliches Gericht und infolge tatsächlich bestehender Vorlagefragen nach Maßgabe des Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Anrufung des EuGH verpflichtet war. Die CILFIT-Doktrin des EuGH sowie der Willkürmaßstab des BVerfG gelangen hier zu keinem anderen Ergebnis. Denn zunächst sind, wie gesehen, ein „acte claire“ sowie ein „acte éclairé“ zu verneinen. Darüber hinaus ist aus der zugrunde liegenden Entscheidung des BVerwG nicht ersichtlich, dass es eine Vorlage der evident entscheidungserheblichen Fragen überhaupt in Erwägung zog; obendrein wich es hinsichtlich der Auslegung des Behinderungsbegriffs bewusst von der Rechtsprechung des EuGH ab, indem es sich mit den Vorschriften der RL 2000/78/EG befasste, ohne die dazu ergehende Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung des inkriminierten Merkmals der Behinderung zur Kenntnis zu nehmen und indem es stattdessen einen anderen Behinderungsbegriff zugrunde legte. Die Nichtvorlage stellt folglich einen Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar.[1782]

1781 EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, verb. Rs. Ring und Skouboe Werge – NZA 2013, 553, 556, juris Rn. 48 ff.

1782 In Betracht kommt durch die Nichtvorlage gleichermaßen eine Verletzung des Art. 6 EMRK, dessen Abs. 1 S. 1 ein Recht darüber verleiht, dass von einem auf

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

C. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist ein Eingriff in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie in den grundrechtlichen Gehalt des Art. 33 Abs. 5 GG durch die Versagung des Zugangs zum öffentlichen Amt mit der Begründung fehlender gesundheitlicher Eignung zu verneinen. Auch ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG kommt wegen des ihn verdrängenden spezielleren Art. 33 Abs. 2 GG nicht in Betracht; Drittstaatsangehörige müssen sich auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen bzw. auf Art. 3 Abs. 1 GG.

Ein Eingriff ist jedoch zu bejahen hinsichtlich Art. 33 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sowie bzgl. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, soweit die gesundheitliche Eignung aufgrund einer Beeinträchtigung verneint wird, die eine Behinderung darstellt. Darüber hinaus ist ein Eingriff in Art. 3 Abs. 2 GG denkbar, wenn bei der Verneinung der gesundheitlichen Eignung auf eine Krankheit abgestellt wird, die überwiegend Frauen oder Männer betrifft.

D. Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe

Hinsichtlich der Rechtfertigung der oben dargestellten Grundrechtseingriffe ist zu unterscheiden, ob sie vorbehaltlos gewährt werden oder mit einem Gesetzesvorbehalt versehen sind. Zu letzterer Gruppe zählt Art. 2 Abs. 1 GG. Vorbehaltlos gewährte Grundrechte können nur

---

Gesetz beruhenden Gericht verhandelt wird, *Thomale*, EuR 2016, 510 (517). Entgegen seines engen Wortlauts, der sich nur auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen bezieht, ist der Anwendungsbereich der Norm weiter und schließt auch Verfahren ein, die im nationalen Recht als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten behandelt werden (Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/*Meyer-Ladewig/Herrendorf/König*, Art. 6 EMRK, Rn. 4. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK gewährleistet somit das Recht auf den gesetzlichen Richter parallel zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und kann nach Maßgabe des Art. 34 EMRK mit einer Individualbeschwerde vor dem EGMR geltend gemacht werden (*Thomale*, EuR 2016, 510 (517). Da jedoch eine Verletzung von Art. 6 EMRK durch Nichtvorlage von der Rechtsprechung des EGMR immerzu verneint wurde und die Norm neben Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine eigenständige oder gar weitere Funktion zugemessen wird (*Thomale*, EuR 2016, 510 (517), wird Art. 6 EMRK nachfolgend im Rahmen der Prüfung des Verstoßes gegen einfaches Recht nicht weiter geprüft.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.[1783] Dies gilt insbesondere für das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 2 GG, führt doch das BVerfG aus, dass eignungsfremde Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden könnten, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt sei.[1784] Bei der gesundheitlichen Eignung handelt es sich um einen solch eignungsfremden Belang, also um eine Durchbrechung des Leistungsprinzips; es stellt, wie gesehen, kein zulässiges Hilfskriterium dar, dessen Anwendung sich noch innerhalb der Grenzen des Leistungsgrundsatzes abspielen würde.[1785] Erforderlich für die Anwendung des Auswahlkriteriums der gesundheitlichen Eignung ist also, dass der Grund, mit dem vom Leistungsgrundsatz abgewichen wird, eine Fundierung innerhalb der Verfassung findet, und dass eine parlamentsgesetzliche Grundlage existiert, aus der eindeutig und sachgerecht bestimmt die Fallgruppen hervorgehen, für die eine Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes infrage kommen.[1786]

So sieht es auch das BVerwG, nach dessen Ansicht Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, nur als immanente Grundrechtsschranke bei der Besetzung öffentlicher Ämter Berück-

1783 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 49 f., juris Rn. 59.

1784 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 56 f., juris Rn. 77.

1785 Siehe dazu bereits oben unter Teil 6 Abschn. B Kap. II „Art. 33 Abs. 2 GG". Vgl. dazu auch BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 56 f., juris Rn. 77: „Einstellungshöchstaltersgrenzen für den Zugang zum Beamtenverhältnis stellen – außerhalb der bereits genannten Einsatzberufe – weder ein Eignungsmerkmal noch ein eignungsergänzendes Hilfskriterium dar. Sie dienen vielmehr eignungsfremden Zwecken und sollen externe, außerhalb des Leistungsgrundsatzes liegende Ziele verwirklichen. Altersgrenzen greifen – anders als eignungsimmanente (Hilfs-)Kriterien – in den Leistungsgrundsatz ein." Die Rechtsprechung des BVerfG bezüglich der Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen lässt sich für die Streitfrage der Zulässigkeit der gesundheitlichen Eignung entsprechend anwenden, da beide Kriterien in identischer Weise durch die Rechtsprechung gerechtfertigt werden, nämlich insbesondere durch eine Bezugnahme auf das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip und damit zusammenhängend mit einem ausgewogenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit.

1786 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 296; Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sichtigung fänden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt sei.[1787] Soweit es nicht um die Abwendung einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung gehe, also nur um den optimierenden Ausgleich mit anderen verfassungsgeschützten Interessen, sei zudem eine gesetzliche Grundlage erforderlich.[1788] Schlussendlich muss der Eingriff einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.[1789] Im Folgenden sollen weitere denkbare Rechtfertigungsgründe untersucht und anschließend am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen werden.

I. Einschränkung durch Gesetzesvorbehalt

Nach Art. 2 Abs. 1 GG ist die allgemeine Handlungsfreiheit nur insoweit gewährleistet, wie ihre Ausübung nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs in dieses Grundrechts durch die im mit der gesundheitlichen Eignung im Zusammenhang stehenden Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis kommt vorliegend die verfassungsmäßige Ordnung in Betracht. Unter der verfassungsmäßigen Ordnung versteht das BVerfG die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind, also die allgemeine Rechtsordnung.[1790] Im Ergebnis stellt dies einen einfachen Gesetzesvorbehalt dar.[1791]

Fraglich ist aber, welche einfachgesetzliche Norm für die Einschränkung dieses Grundrechts herangezogen werden könnte. Insofern auf die Beamtengesetze des Bundes und der Länder verwiesen wird, ist zu bedenken zu geben, dass diese sich in ihrem Bedeutungsgehalt von Art. 33 Abs. 2 GG nicht unterscheiden[1792] und Art. 33 Abs. 2 GG ein Abstellen auf die gesundheitliche Eignung ja gerade

1787 BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03 – BVerwGE 122, 237, 239, juris Rn. 14.
1788 BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03 – BVerwGE 122, 237, 239, juris Rn. 14.
1789 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 17 a.
1790 BVerfG, Urt. v. 16.01.1957 – 1 BvR 253/56 – BVerfGE 6, 32, 37 f., juris Rn. 17.
1791 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 427.
1792 Siehe dazu oben, Teil 3 Abschn. B Kap. II „Die Entsprechung des Art. 33 Abs. 2 GG im einfachen Bundesrecht und im Landesrecht".

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nicht erlaubt. Die gesundheitliche Eignung selbst ist darüber hinaus nur insoweit kodifiziert, als bei schwerbehinderten Menschen ein Mindestmaß an körperlicher Eignung verlangt werden darf, § 5 BLV, § 14 Abs. 1 S. 2 LbVO bzw. im Falle ihres Nichtvorliegens das Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand aufgrund Dienstunfähigkeit eingeleitet werden kann.[1793] Für die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis wegen Dienstunfähigkeit muss aber begriffsnotwendig ein Beamtenverhältnis bereits bestehen, sodass diese Vorschriften auf den erstmaligen Zugang zum Beamtenverhältnis keine Anwendung finden. In Bezug auf die Laufbahnverordnung ist allein ein Schutzmaßstab für Schwerbehinderte festzustellen, aus dem allein sich aber nicht ergibt, dass die einstellende Behörde dazu ermächtigt würde, im Rahmen des Auswahlverfahrens für die zu besetzende Stelle auf ein eignungsfremdes Kriterium zurückzugreifen und vom verfassungsrechtlich vorgeschriebenen exklusiven Leistungsgrundsatz abzuweichen.

Eine besondere Bedeutung nimmt aber diesbezüglich § 9 S. 2 BBG ein: Danach stehen der Auswahl nach Maßgabe der Kriterien des S. 1 gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben, insbesondere Quotenregelungen mit Einzelfallprüfung sowie zur Förderung schwerbehinderter Menschen nicht entgegen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich eindeutig, dass ein Bewerber aufgrund seiner Schwerbehinderung ohne Rücksicht auf die Kriterien des S. 1 bevorzugt werden darf. § 9 S. 2 BBG kodifiziert somit eine Ermächtigungsgrundlage zur Durchbrechung des Leistungsprinzips.[1794] Dies gilt allerdings nur soweit, wie der Dienstherr eine Pflichtplatzquote nach Maßgabe des Schwerbehindertengesetzes noch nicht erfüllt hat; keineswegs darf das Leistungsprinzip in jedweder Hinsicht und generell der Schutzbedürftigkeit schwerbehinderter Menschen weichen.[1795] Die Regelung dieser Pflichtplatzquote findet sich in § 71 Abs. 1 SGB IX, der die Pflicht der Arbeitgeber zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen statuiert. Gemäß § 71 Abs. 3 SGB IX gilt als Arbeitgeber unter anderem jede oberste Bundesbehörde mit ihren

1793 Siehe dazu bereits soeben, Teil 6 Abschn. D „Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe".

1794 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BBG, Rn. 21.

1795 BeckOK Beamtenrecht Bund/*Schwarz*, § 9 BBG, Rn. 21 unter Bezugnahme auf v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nachgeordneten Dienststellen, Nr. 1, sowie jede oberste Landesbehörde und jede sonstige Landesbehörde, Nr. 2. Mithin kann auch der Dienstherr Arbeitgeber in diesem Sinne sein und der Beschäftigungspflicht des § 71 Abs. 1 SGB IX unterliegen, wonach er auf wenigstens 5 % der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen hat, soweit er jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätze im Sinne des § 73 SGB IX zu besetzen hat, § 71 Abs. 1 S. 1 SGB IX. Nach § 71 Abs. 1 S. 3 SGB IX haben Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich weniger als 40 Arbeitsplätzen abweichend von S. 1 jahresdurchschnittlich je Monat einen schwerbehinderten Menschen zu beschäftigen, Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich weniger als 60 Arbeitsplätzen jahresdurchschnittlich je Monat zwei schwerbehinderte Menschen.

§ 71 Abs. 1 S. 1 SGB IX allein kann aber eine Durchbrechung des Leistungsprinzips nicht rechtfertigen, da die Norm im Gegensatz zu § 9 S. 2 BBG nicht hinreichend bestimmt ist.[1796] Zu § 9 S. 2 BBG gilt jedoch generell zu beachten, dass sich die Norm lediglich und ausdrücklich darauf bezieht, schwerbehinderte Menschen zu schützen. Sie ermächtigt aber nicht dazu, einen Bewerber, der an sich am besten für eine Stelle geeignet ist, aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung abzulehnen. § 9 S. 2 BBG enthält insoweit keine Ermächtigungsgrundlage, um zum Schutz verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter die gesundheitliche Eignung als Entscheidungsgrundlage zu gebrauchen.

An dieser Wertung vermögen auch andere Vorschriften des SGB IX nichts zu ändern. Nach § 122 SGB IX entbinden Verpflichtungen, die nach anderen Gesetzen zur bevorzugten Einstellung und Beschäftigung bestimmter Personenkreise bestehen, den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn nicht von der Verpflichtung zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach den besonderen Regelungen für

1796 A.A. v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 21 hinsichtlich der Pflichtplatzquote, nicht jedoch als Rechtfertigung für eine generelle Durchbrechung des Leistungsprinzips zugunsten von Schwerbehinderten. *Jachmann* verweist hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Festlegung einer Pflichtplatzquote auf BVerfG, Urt. v. 26.05.1981 – 1 BvL 56/78 – BVerfGE 57, 139, 158, juris Rn. 68, mit dem kritischen Hinweis darauf, dass sich das BVerfG nicht mit der Vereinbarkeit dieser Vorschrift zu Art. 33 Abs. 2 GG auseinandersetzt.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

schwerbehinderte Menschen. Anders als in der Überschrift des § 122 SGB IX mit den Worten „Vorrang der schwerbehinderten Menschen" zum Ausdruck gebracht, ergibt sich aus dieser Vorschrift gerade kein allgemeiner Beschäftigungsvorrang schwerbehinderter Menschen, da § 71 SGB IX insoweit eine abschließende Regelung trifft und selbst schwerbehinderten Menschen kein subjektives Recht auf Einstellung gegen den Dienstherrn zusteht.[1797]

Auch aus § 128 Abs. 1 SGB IX ergibt sich keine weitergehende Bedeutung. Nach dieser Vorschrift sind die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen unbeschadet der Geltung des Zweiten Teils des SGB IX auch für schwerbehinderte Beamte so zu gestalten, dass die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert und ein angemessener Anteil schwerbehinderter Menschen unter den Beamten erreicht wird. Damit soll aber lediglich deutlich gemacht werden, dass § 71 Abs. 1 SGB IX auch im öffentlichen Dienst Geltung entfaltet, und zwar für Arbeiter, Angestellte und Beamte gleichermaßen.[1798] § 128 SGB IX ist jedoch nicht so zu verstehen, dass ein angemessener Anteil schwerbehinderter Menschen in jeder Laufbahn anzustreben wäre, ohne deren besonderen Bedürfnisse zu berücksichtigen.[1799] Erfordert die jeweils zu erfüllende Aufgabe ein erhöhtes Maß an körperlicher Belastbarkeit und fehlt dem Bewerber aufgrund seiner Behinderung diese geforderte Fähigkeit, stellt die in Anbetracht der fehlenden Voraussetzung erfolgende Nichtverbeamtung keine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung dar.[1800] Dies ist nur konsequent, da in solchen Fällen die Anforderungen an die Gesundheit und Fitness bereits die Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG konkretisieren. Anders als vom BVerwG im Ergebnis gehandhabt,[1801] stellt § 128 Abs. 1 SGB IX aber keine Ermächtigungsgrundlage zum Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 2 GG oder anderer grundrechtlich geschützter Rechtspositionen dar und erlaubt demzufolge auch kein pauschales Abweichen vom Leistungsgrundsatz zugunsten gesundheitlicher Eignungs-

1797 ErfK/*Rolfs*, § 122 SGB IX, Rn. 1.
1798 Kossens/von der Heide/Maaß (Hrsg.)/*Kossens*, § 128 SGB IX, Rn. 2.
1799 OVG NRW, Beschl. v. 30.10.2009 – 6 A 1151/07 – juris Rn. 8.
1800 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 37.
1801 BVerwG, Urt. v. 25.07. 2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 253, juris Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

anforderungen. § 128 Abs. 1 SGB IX statuiert allein die Verpflichtung des Dienstherrn, eine bestimmte Anzahl an Menschen mit Schwerbehinderung zu beschäftigen. Er gestattet indes *nicht*, behinderte Menschen, die nicht schwerbehindert sind, aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung *nicht* zu beschäftigen. Auch wurde bereits festgestellt, dass die Versagung des Zugangs zum Beamtenverhältnis wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung nicht gemäß § 24 AGG gerechtfertigt werden kann.[1802] § 24 AGG kann somit für die Einschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG nicht herangezogen werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass für eine Einschränkung von Grundrechten und konkret von Art. 2 Abs. 1 GG keine Ermächtigungsgrundlage besteht[1803] und insofern ein Eingriff nicht gerechtfertigt werden kann.

II. Einschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht

1. Hergebrachte Grundsätze gem. Art. 33 Abs. 5 GG

Das BVerfG weist eigens darauf hin, dass sich Grundrechtsbeschränkungen im Beamtenrecht aus Art. 33 Abs. 5 GG ergeben können bzw. aus der Gewährleistung der hergebrachten Grund-sätze des Berufsbeamtentums, die mit Verfassungsrang ausgestattet seien.[1804] Dies gelte insbesondere für das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip.[1805]

1802 S.o. unter „Anwendungsbereich" bzw. „Diskriminierung aufgrund der Behinderung und Rechtfertigung", Teil 5 Abschn. B Kap. III.3.b bzw. c. Laut *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. (2011), § 24 Rn. 16 ergäben sich „erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten" dadurch, dass § 24 AGG nur „entsprechend" gelte, insbesondere sofern die Ungleichbehandlung mit der besonderen Pflichtenstellung im Beamtenverhältnis zusammen hänge. Welche Rechtfertigungsmöglichkeiten dies konkret sein könnten, bleibt indes unerwähnt.

1803 So im Ergebnis auch *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (180 f.); *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 273.

1804 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – BVerfGE 139, 19, 56 f., juris Rn. 77.

1805 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – BVerfGE 139, 19, 56 f., juris Rn. 77. Siehe auch Rn. 80 hinsichtlich der Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 33 Abs. 2 GG durch Einstellungshöchstaltersgrenzen mit dem Lebenszeit- und Alimentationsprinzip. Vergleichbar dazu ist die Argumentation

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Beim Alimentationsprinzip handelt es sich nach Ansicht des BVerfG um einen Grundsatz, der sogar zu „beachten" sei[1806] und nicht, wie es angesichts des Wortlauts des Art. 33 Abs. 5 GG verständlicher wäre, zu „berücksichtigen". Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung müsste Art. 33 Abs. 5 GG zwischen verschiedenen Qualitäten von hergebrachten Grundsätzen unterscheiden:

> „Die für den Kerngehalt der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums geltende Beachtenspflicht versperrt den Weg zu tiefgreifenden strukturellen Veränderungen durch den einfachen Gesetzgeber [...]. In der Pflicht zur "Berücksichtigung" ist vielmehr eine Entwicklungsoffenheit angelegt, die den Gesetzgeber in die Lage versetzt, die Ausgestaltung des Dienstrechts den jeweiligen Entwicklungen der Staatlichkeit anzupassen und das Beamtenrecht damit "in die Zeit" zu stellen. [...] Veränderungen, mit denen die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums aufrechterhalten und seine Leistungsfähigkeit gesteigert werden sollen, verstoßen daher nur dann gegen Art. 33 Abs. 5 GG, wenn sie in den Kernbestand von Strukturprinzipien eingreifen [...]."[1807]

Danach sind die zu beachtenden Grundsätze veränderungsresistent und die zu berücksichtigenden Grundsätze veränderungsoffen, allerdings nur insoweit, als nicht in ihren Kernbestand von Strukturprinzipien eingegriffen wird. Nach der Weimarer Formel ist aber ein hergebrachter Grundsatz nichts anderes als der „Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind."[1808] Das heißt, dass mit der Definition der hergebrachten Grundsätze gleichzeitig unterschieden wird, wann ein hergebrachter Grundsatz zu beachten bzw. zu berücksichtigen ist, was letztlich zu

---

des BVerwG in seinem Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15, in dem es explizit auf die Festlegung der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung und der Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand eingeht, um den Prognosezeitraum für die gesundheitliche Eignung zu rechtfertigen.

1806 BVerfG, Beschl. v. 22.03.1990 – 2 BvL 1/86 – BVerfGE 81, 363, 375 f., juris Rn. 48.

1807 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 262, juris Rn. 51.

1808 BVerfG, Beschl. v. 02.12.1958 – 1 BvL 27/55 – 8, 332, 343, juris Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

einem Zirkelschluss führt. Abgesehen von dieser Tautologie[1809] ist darüber hinaus fraglich, wie ein Grundsatz als hergebracht angesehen werden kann, wenn er gleichzeitig entwicklungsoffen ist.[1810] Nahe liegend wäre es dann, nur die zu beachtenden Grundsätze als diejenigen Prinzipien zu verstehen, die das Fundament des Berufsbeamtentums bilden.[1811]

Die vom BVerfG vorgenommene Unterscheidung musste in der Literatur entsprechend Kritik einbüßen.[1812] Überzeugend ist hier der Ansatz von *Masing*, der „rückbesinnen" möchte darauf, dass im konkreten Zusammenhang mit den hergebrachten Grundsätzen kein Bedeutungsunterschied zwischen „beachten" und „berücksichtigen" bestehe, da die hergebrachten Grundsätze genau dann beachtet würden, wenn sie auch berücksichtigt würden.[1813] Letztlich besteht das Bedürfnis der Entwicklungsoffenheit angesichts europäischer Vorgaben für alle hergebrachten Grundsätze unterschiedslos.[1814]

Zwar ist dem BVerfG dahingehend zuzustimmen, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, einen Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG (und andere Grundrechte) durch Art. 33 Abs. 5 GG zu beschränken, da es sich dabei zweifelsohne um kollidierendes Verfassungsrecht und somit um eine zulässige Schranke handelt – dies freilich nur für Beamte und nicht für Arbeitnehmer, ist doch der Begriff des öffentlichen Dienstes in Art. 33 Abs. 5 GG enger als der des öffentlichen Amtes in Art. 33 Abs. 2 GG.[1815]

Einer Rechtfertigung von Eingriffen in Grundrechte mit dem Lebenszeit- und Alimentationsprinzip wie von der Rechtsprechung kultiviert kann allerdings aus einer Reihe von Gründen nicht zugestimmt werden. Zunächst findet die Behauptung, aus dem Lebenszeitprinzip folge die Notwendigkeit der Gewährleistung eines angemessenen Ver-

1809 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 81.
1810 *Klaß*, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, 2014, S. 75.
1811 *Klaß*, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, 2014, S. 75.
1812 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 53.
1813 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 81.
1814 *Klaß*, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, 2014, S. 76.
1815 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 214.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hältnisses zwischen Arbeitsleistung und späteren Versorgungsansprüchen, die als solche im Rahmen von Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich geschützt werde, sowohl in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als auch in der Betrachtung des historisch gewachsenen Berufsbeamtentums als auch im sonstigen Verfassungsrecht keine Verankerung.[1816] Darüber hinaus ist äußerst rätselhaft, ob und inwiefern die Maßnahme, auf den derzeitigen Gesundheitszustand abzustellen, um seine Erhaltung für mehrere Jahrzehnte im Voraus zu diagnostizieren, eine finanzielle Entlastung der Haushalte bzw. eine Vermeidung entsprechender Mehrbelastungen bewirken kann. Immerhin würde ein Verzicht auf das Kriterium der gesundheitlichen Eignung die Kosten der Eignungsuntersuchung sowie die Kosten der mit ihrer Ablehnung verbundenen Gerichtsprozesse entfallen lassen. Mit konkreten Zahlen kann die Rechtsprechung indes nicht aufwarten und bleibt darum der Frage des tatsächlichen Nutzens der gesundheitlichen Eignung eine Antwort schuldig.

Darüber hinaus liegt der Grund für die Existenz des Lebenszeitprinzips, dessen Bedeutung als Beamtengrundrecht bereits in Art. 129 Abs. 1 der WRV normiert wurde, darin, dass durch die lebenszeitige Anstellung Kündigungen zurück gedrängt und Schutz vor Entlassungen vermittelt werden sollte.[1817] Diese Unkündbarkeit des Beamten auf Lebenszeit stellt aber keine Gegenleistung für eine bestenfalls bis zur Altersgrenze andauernde Gesundheit und Dienstfähigkeit dar, sondern ihr Sinn ist es, dem Beamten die notwendige Sicherheit zu verleihen, um eine unparteiische und dem öffentlichen Wohl verpflichtete Amtsführung zu gewährleisten, und zwar so lange, wie es ihm seine persönliche Dienstfähigkeit ermöglicht.[1818] Aus einer historischen Betrachtung der Bedeutung des Art. 33 Abs. 5 GG ergibt sich auch kein von dieser Argumentation abweichendes Verständnis des Lebenszeitprinzips.[1819] Im Übrigen wird dies auch vom BVerfG nicht anders gesehen:

1816 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 258.

1817 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 3); *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6; *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (92 f.)

1818 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (178). A.A. wohl *Pernice-Warnke*, VR 2016, 9 (12).

1819 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 250 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> „Das Lebenszeitprinzip hat – im Zusammenspiel mit dem die amtsangemessene Besoldung sichernden Alimentationsprinzip – die Funktion, die Unabhängigkeit der Beamten im Interesse einer rechtsstaatlichen Verwaltung zu gewährleisten. Erst rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit bietet die Gewähr dafür, dass das Berufsbeamtentum zur Erfüllung der ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern, beitragen kann [...]. Dazu gehört auch und vor allem, dass der Beamte nicht willkürlich oder nach freiem Ermessen politischer Gremien aus seinem Amt entfernt werden kann, denn damit entfiele die Grundlage für seine Unabhängigkeit [...]. Die lebenslange Anstellung sichert dem Beamten persönliche Unabhängigkeit. Das Bewusstsein seiner gesicherten Rechtsstellung soll die Bereitschaft des Beamten zu einer an Gesetz und Recht orientierten Amtsführung fördern und ihn zu unparteiischem Dienst für die Gesamtheit befähigen [...]. Die mit dem Lebenszeitprinzip angestrebte Unabhängigkeit der Amtsführung ist dabei nicht etwa ein persönliches Privileg des Beamten, das seiner Disposition unterliegen könnte, sondern soll dem Gemeinwohl dienen. Nur wenn die innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet ist, kann realistischer Weise erwartet werden, dass ein Beamter auch dann auf rechtsstaatlicher Amtsführung beharrt, wenn sie (partei-)politisch unerwünscht sein sollte [...].“[1820]

Im Umkehrschluss müsste außerdem ein etwaiges synallagmatisches Verhältnis zwischen Verbeamtung auf Lebenszeit und dem vom BVerwG mit Verfassungsrang gekrönten Interesse des Dienstherrn an einem angemessenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit dann enden, wenn der Beamte dienstunfähig wird, was dem auf Lebenszeit angelegten Dienst- und Treueverhältnis freilich zuwider liefe und letztlich auch nicht geschieht.[1821] Dieses im Lebenszeitprinzip angelegte Schutzrecht wird vom BVerwG pervertiert, indem es von ihm als Instrument zur Beschränkung des Zugangs zum öffentlichen Amt missbraucht wird.[1822] Insofern können die Grundrechtsverletzungen, die sich durch ein Abstellen auf die gesundheitliche Eignung als Zugangserfordernis ergeben, nicht mit Art. 33 Abs. 5 GG bzw. den darin angelegten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gerechtfertigt werden.

1820 BVerfG, Beschl. v. 28.05.2008 – 2 BvL 11/07 – BVerfGE 121, 205, 221, juris Rn. 35.

1821 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (178).

1822 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 3); *v. Roetteken*, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

2. Funktionsfähigkeit der Verwaltung

In der Rechtsprechung des BVerfG ist die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums als verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut anerkannt, das in direkter Verbindung zu Art. 33 Abs. 5 GG stehe.[1823] Art. 33 Abs. 5 GG enthalte eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums[1824] und diene der Sicherung einer stabilen Verwaltung als ausgleichender Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften.[1825] Außerdem ergänze er „die für Auswahlentscheidungen geltende Regelung des Art. 33 Abs. 2 GG vor allem durch eine bewahrende [...] Komponente, die zur Garantie der Unabhängigkeit des Beamtentums beitragen und damit die Funktionsfähigkeit der Institution sichern" solle.[1826] Die auf diesem Wege gesicherte Funktionsfähigkeit der Verwaltung verfolge das Ziel der Gewährleistung einer rechtsstaatlichen und effektiven öffentlichen Verwaltung.[1827] Somit stellt die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen ein verfassungsrechtliches Schutzgut dar, das zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Einschränkung des Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Amt nach Art. 33 Abs. GG herangezogen werden kann.[1828]

Unbestritten ist die substantielle Bedeutung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung und des Berufsbeamtentums für den Rechtsstaat, jedoch ist ungeklärt, wo genau sie normativ verankert ist.[1829] Unsicher ist darüber hinaus das genaue Verhältnis der Funktionsfähigkeit der Verwaltung zur Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums bzw. welcher Gehalt ihnen jeweils zugewiesen wird; ihr Rang im verfassungsrechtlichen Gefüge sowie ihr konkreter Gehalt sind auch durch die

1823 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 241 mit Verweis auf BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 01.09.2008 – 2 BvR 1872/07 – ZBR 2009, 123, 124, juris Rn. 12. Die nachfolgenden Ausführungen basieren maßgeblich auf *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 241 f.

1824 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 24.02.2017 – 2 BvR 2524/16 – NVwZ 2017, 871, 872, juris Rn. 34.

1825 BVerfG, Beschl. v. 11.06.1958 – 1 BvR 1/52 – BVerfGE 8, 1, 16, juris Rn. 47.

1826 BVerfG, Beschl. v. 17.01.2017 – 2 BvL 1/10 – NVwZ 2017, 392, 395, juris Rn. 19.

1827 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 50.

1828 BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 2 C 17/03 – BVerwGE 122, 237, 242 f., juris Rn. 19.

1829 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 243.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung nicht klar fundiert.[1830] Es erscheint deshalb äußerst bedenklich, die derart verschlagwortete Funktionsfähigkeit der Verwaltung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs ausreichen zu lassen, ohne dass weder ihre Rechtsgrundlage in der Verfassung, noch ihr genauer Inhalt, noch ihre Grenzen konkret ausgemacht werden können. Darüber hinaus wäre an eine Rechtfertigung auch nur dann zu denken, sofern die Funktionsfähigkeit der Verwaltung tatsächlich und erwiesenermaßen durch einen Verzicht auf das Kriterium der gesundheitlichen Eignung gefährdet würde,[1831] was mit hinreichender Sicherheit nicht bejaht werden kann.

Die oben dargestellten Grundrechteingriffe können im Ergebnis nicht mit dem kollidierenden Verfassungsgut der Funktionsfähigkeit der Verwaltung gerechtfertigt werden.

3. Ziel der sparsamen Haushaltsführung und Verbot der Neuverschuldung

Das BVerwG rechtfertigt das Erfordernis der gesundheitlichen Eignung und den zu ihrer Feststellung verwendeten Prognosezeitraum mit dem Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten, welches einen verfassungsrechtlichen Stellenwert innehabe.[1832] Das Bedürfnis nach einer Prognostizierung anhand eines derartig weiten Zeitfensters erklärt das BVerwG folgendermaßen:

> „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 [...]. 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.
> Die Prognose erfasst den Zeitraum bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze. Es kommt darauf an, ob der Beamtenbewerber voraussicht-

1830 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 243.
1831 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 244.
1832 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> lich bis zu diesem Zeitpunkt Dienst leisten wird oder wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden muss.
> Dieser Prognosezeitraum folgt aus den in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten hergebrachten Grund-sätzen des Lebenszeit- und des Alimentationsprinzips. Diese Grundsätze verpflichten den Dienstherrn zur lebenslangen Versorgung der Ruhestandsbeamten. [...] 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 [...]."[1833]

Konkret ergeben sich aus dieser Rechtsprechung theoretisch zwei Möglichkeiten zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs durch eine mit der Verneinung der gesundheitlichen Eignung im Zusammenhang stehende Nichtverbeamtung, nämlich das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip sowie ein Bedürfnis nach nachhaltigem Umgang mit öffentlichen Mitteln.

Hinsichtlich der erstgenannten Alternative wurde jedoch bereits ausgeführt, dass das Lebenszeitprinzip gerade nicht dazu dienen kann, die Zugangsmöglichkeiten eines Beamtenbewerbers zu beschränken, da es die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Beamten durch Eindämmung von Kündigungsmöglichkeiten im Sinne hatte und nicht die Liquidität des Dienstherrn.[1834] Eine Rechtfertigung der dargestellten Grundrechtseingriffe durch die zweitgenannte Alternative kommt demgegenüber nur dann infrage, wenn das Ziel der sparsamen Haushaltsführung ein verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut darstellt und entsprechend im Grundgesetz Einzug gefunden hat.[1835]

In Betracht käme dafür das Verbot der Neuverschuldung gemäß Art. 109 Abs. 3 S. 1 GG, wonach die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen sind. Ausdruck verliehen wird dem nochmals durch den wortgleichen Art. 115 Abs. 2 S. 1 GG. Bei der Ausgestaltung des öffentlichen Dienstes muss

---

1833 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 13 ff.

1834 Siehe bereits oben, Teil 6 Abschn. D Kap. II.1 „Hergebrachte Grundsätze gem. Art. 33 Abs. 5 GG".

1835 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 273.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

mithin auf die Hauswirtschaft von Bund und Ländern Rücksicht genommen werden.[1836] Dementsprechend verpflichtet Art. 109 Abs. 2 GG den Bund und die Länder dazu, die Haushaltsdisziplin einzuhalten sowie den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Allerdings kodifizieren diese Vorschriften lediglich eine verfassungsrechtliche Schuldenbremse.[1837] Daraus folgt, dass der Alimentations- und Versorgungsaufwand der Beamten aus schwarzen Zahlen bestritten werden muss.

Eine direkte Verbindung zu einer etwaigen Erforderlichkeit der Anwendung der gesundheitlichen Eignung als Auswahlkriterium kann dadurch aber nicht gezogen werden. Denn die Kostenbelastung des öffentlichen Haushalts wird in erster Linie für die Frage relevant, inwiefern überhaupt Mittel bereit gestellt werden können, um eine Planstelle im Stellenplan eines Haushaltsplanes auszuweisen. Haushalts- oder beschäftigungspolitische Erwägungen dürfen nur insofern für die Stellenbesetzung eine Rolle spielen, als sie darüber entscheiden, ob überhaupt eine Stelle besetzt wird, aber nicht *mit wem*.[1838] Umgekehrt hat ein Bewerber ja grundsätzlich auch keinen Anspruch auf Einstellung.[1839] Dementsprechend können die Träger der öffentlichen Organisationsgewalt hinsichtlich der für die Verwaltungsaufgaben verfügbaren Finanzmittel nur über die generelle Besetzung oder Nichtbesetzung eines öffentlichen Amtes entscheiden; diese Entscheidung darf aber nicht als „Instrument der Konjunktur- und Beschäftigungspolitik" missbraucht werden.[1840] Somit ist es bedenklich, fiskalische Überlegungen im Rahmen des konkreten Auswahlprozesses ein zweites Mal Berücksichtigung finden zu lassen, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Aufzählung in Art. 33 Abs. 2 GG um eine abschließende handelt. Aus Art. 33 Abs. 2 GG geht nicht hervor, auf welche

1836 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 131, der indes darauf hinweist, dass die Frage nach der Zulässigkeit haushaltspolitischer Erwägungen im Rahmen der Besetzungsentscheidung eine gesonderte Rolle spielt. Für ein verfassungsrechtliches Gewicht von Haushaltskonsolidierungsmaßnahmen auch *Hebeler*, NVwZ 2006, 1254 (1257).

1837 *Lenz/Burgbacher*, NJW 2009, 2561 (2566).

1838 Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 21.

1839 BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334, 354, juris Rn. 50.

1840 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 130 f.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Weise haushaltspolitisch motivierte Beweggründe unter den Begriff der Eignung gefasst werden können.[1841] Viel einleuchtender erscheint es indes, haushaltspolitische Erwägungen nur insoweit gelten zu lassen, als es darum geht, ob überhaupt eine Stelle eingerichtet bzw. besetzt werden soll.

Das gleiche ergibt sich auch für einen etwaigen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, dessen konkrete Verankerung im Grundgesetz ungewiss ist.[1842] Allein in Art. 114 Abs. 2 GG benennt das Grundgesetz die Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Haushalts- und Wirtschaftsführung durch den Bundesrechnungshof.[1843] Daraus ergibt sich indes keine entsprechende Bindung des Gesetzgebers oder der Verwaltung; auch eine neben dem Wirtschaftlichkeitsgebot selbstständig bestehende Bedeutung des Sparsamkeitsgebots, das von den einstellenden Verwaltungsbehörden bei der Auswahlentscheidung zu beachten wäre, lässt sich dem Grundgesetz nicht entnehmen.[1844] Demgegenüber wird dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz Verfassungsrang zugesprochen, gar soll er sich aus allgemeinen Wertungen des Grundgesetzes ergeben und somit generelle Geltung beanspruchen.[1845] Doch weder der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit noch andere verfassungsrechtliche Normen über das Finanzwesen der Bundesrepublik verkörpern Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Gesetzen, mithilfe derer vorbehaltlos gewährte Grundrechte bzw. grundrechtsgleiche Rechte eingeschränkt werden können, um die Sparsamkeit der Haushaltsführung zu unterstützen.[1846] Das Rechtsstaatsprinzip, dem im Vergleich zu Erwägungen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit die vorrangige Bedeutung zuzumessen ist, würde unterlaufen, wenn ein verfassungsrechtlich garantiertes subjektives Recht mit haushaltspolitischen Argumenten ausgehebelt werden könnte.[1847] Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit kann deshalb als haushaltspolitische und wirtschaftliche Erwägung nur im Rahmen der Auswahl der Mittel be-

1841 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (180).
1842 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 272.
1843 Sachs (Hrsg.)/*Siekmann*, Art. 110 GG, Rn. 67.
1844 Sachs (Hrsg.)/*Siekmann*, Art. 110 GG, Rn. 67 m.w.N.
1845 Sachs (Hrsg.)/*Siekmann*, Art. 110 GG, Rn. 68 m.w.N.
1846 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 273 f.
1847 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 274.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

rücksichtigt werden, mit denen ein legitimes Ziel erreicht werden soll; sie selbst stellen aber ein solches Ziel an sich nicht dar.[1848]

Bereits insofern ist also die Brauchbarkeit des Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der beschriebenen Grundrechtseingriffe zu verneinen. Hinzu kommt, dass äußerst fragwürdig ist, wie diesem Gebot entsprochen werden soll, indem zur Einsparung von Pensionslasten auf eine gesundheitliche Eignungsprognose abgestellt wird. Unter Zugrundelegung des beamtenrechtlichen Versorgungssystems kann die Unverhältnismäßigkeit der Belastung des Dienstherrn durch Versorgungsaufwendungen, in den Worten des BVerwG eine Verschiebung des Gleichgewichts zwischen Dienstzeit und Ruhestand,[1849] lediglich dann bejaht werden, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass mit der Erdienung der Mindestversorgung durch den jeweiligen Bewerber während dessen – verkürzter – aktiver Dienstzeit nicht gerechnet werden kann.[1850] Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist das gerade nicht der Fall.

Das BVerwG spricht im Rahmen der Beweggründe für die gesundheitliche Eignung als Zugangskriterium von den „Versorgungsleistungen im Ruhestand" bzw. der „Versorgungslast der pensionierten Beamten".[1851] Der größte Teil dieser Versorgungslast setzt sich aus dem an den pensionierten Beamten zu zahlenden Ruhegehalt zusammen, dessen Höhe sich nach dem BeamtVG bemisst.[1852] Ein Anspruch auf Ruhegehalt entsteht für den Beamten erst nach fünfjähriger Dienstzeit, § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeamtVG. Obgleich das Ruhegehalt gemäß § 14 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. für jedes Jahr der ruhegehaltsfähigen Dienstzeit 1,79375 % der ruhegehaltfähigen Dienstbezüge beträgt, beläuft sich das Mindestruhegehalt gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 BeamtVG auf 35 % der ruhegehaltfähigen Dienstbezüge, und zwar bereits ab dem sechsten Jahr sei-

1848 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (93).
1849 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 –, BVerwGE 147, 244-261, Rn. 15.
1850 *v. Roetteken*, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (S. 4).
1851 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 257 f., juris Rn. 47, 50. Siehe zum Ruhegehalt bereits oben, Teil 2 Abschn. C Kap. I.2.
1852 Die folgenden Ausführungen ergeben sich maßgeblich aus *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (90 ff.) sowie aus *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 252 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ner Dienstzeit.[1853] Rechnerisch ergibt sich ein Erdienen dieses Mindestruhegehalts aber erst nach 19,51 Jahren; das volle Ruhegehalt von 71,75 % der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge, § 14 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BeamtVG, wird demgegenüber erst nach 40 Jahren erdient.[1854] Wird nun der Beamte vor Erreichen der 19,51 Dienstjahre dienstunfähig, erhält er trotzdem das Mindestruhegehalt von 35 %, auch ohne die dafür vorgesehenen Dienstjahre absolviert zu haben.[1855]

Dementsprechend ist der vom BVerwG zur Bestimmung der gesundheitlichen Eignung verwendete Prognosezeitraum bereits insoweit inkonsistent, als es auf den Zeitraum zwischen Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung und Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand abstellt[1856] und nicht auf 19,51 Jahre. Die Höchstaltersgrenzen sind aber nicht in allen Bundesländern gleich, wohingegen sich die jeweiligen Festlegungen für die Regelaltersgrenze kaum unterscheiden. Das führt dazu, dass beispielsweise ein Bewerber in Mecklenburg-Vorpommern eine um zehn Jahre länger andauernde Gesundheitsprognose erfüllen muss als in Niedersachsen, da in Mecklenburg-Vorpommern die Höchstaltersgrenze beim 40. Lebensjahr liegt (§ 18 a Abs. 1 S. 1 LBG M-V), in Niedersachsen dagegen beim 50. Lebensjahr (§ 17 Abs. 3 S. 1 NBG).[1857]

Würde das BVerwG für den Maßstab der gesundheitlichen Eignung einen Prognosezeitraum von 19,51 Jahren anlegen, erscheint die Vermutung, dass bei Eintritt der Dienstunfähigkeit beispielsweise nach zehnjähriger Dienstzeit ein Missverhältnis zwischen Ruhegehalt und abgeleisteten Dienstjahren entsteht, zunächst eingängig.[1858] Denn dann würde der Beamte das Mindestruhegehalt von 35 % der ruhegehaltfähigen Dienstbezüge erhalten und nicht die ihm rechnerisch zustehenden 17,9375 %.[1859] Ein solches Missverhältnis kann aber nur dann mit Sicherheit bejaht werden, wenn kein einziger Beamter es je fertig brächte, diejenigen Dienstjahre abzuleisten, die dem Mindestru-

1853 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (90).
1854 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (90).
1855 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 252.
1856 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247 f., juris Rn. 15.
1857 Siehe dazu bereits oben unter „Änderung der Rechtsprechung", Teil 4 Abschn. E Kap. I.
1858 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 254.
1859 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 254.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hegehalt entsprechen, was mit Sicherheit verneint werden kann. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass es sich bei der 35 %-Grenze um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelte, die einen Beitrag zur Gewährleistung der Integrität und Loyalität der Beamtenschaft gewährleisten soll.[1860] Diese Entscheidung darf einem Bewerber aber nicht dadurch zum Verhängnis werden, dass etwaigen Mehrkosten durch diskriminierende Handlungen zu entgehen versucht wird.[1861]

Gegen eine exorbitante Mehrbelastung des Haushalts durch eine zu kurze Dienstzeit spricht letztlich auch, dass die bundes- sowie die landesbeamtenrechtlichen Gesetze der Länder Sachsen-Anhalt, Thüringen, Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein ein Einstellungshöchstalter gar nicht mehr vorsehen.[1862]

Hinzu kommt, dass die Idee der Gesundheitsprognose an sich schon nicht plausibel ist.[1863] Denn der Anforderung an tatsächliche Anhaltspunkte für den frühzeitigen Eintritt der Dienstunfähigkeit, bei deren Vorliegen die gesundheitliche Eignung verneint werden kann, stehen ausführliche Regelungen gegenüber, wie eine Dienstunfähigkeit vermieden werden kann bzw. soll (§ 44 BBG, § 26 BeamtStG), wie sie begrenzt werden kann (§ 45 BBG, § 27 BeamtStG) und wie sie wieder hergestellt werden kann (§ 46 BBG, § 29 BeamtStG). Es müssen also tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mit einer frühzeitigen Dienstunfähigkeit zu rechnen ist, wobei eine solche ohne Weiteres gar nicht eintreten kann, weil vor der Versetzung in den Ruhestand aufgrund von Dienstunfähigkeit nach den soeben genannten Vorschriften zunächst eine anderweitige Verwendung des Dienstherrn geprüft oder aber die Arbeitszeit reduziert wird. Mit anderen Worten soll mit dem Kriterium der gesundheitlichen Eignung etwas vermieden werden, wofür bereits gesetzliche Vorkehrungen bestehen. Die Sinnhaftigkeit der gesundheitlichen Eignung als Auswahlkriterium zur Sicherung eines ausgewogenen zeitlichen Verhältnisses von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten ist angesichts dessen in Zweifel zu ziehen.

1860 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (91).
1861 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (94).
1862 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (91).
1863 Siehe dazu ausführlich bereits oben, „Änderung der Rechtsprechung", Teil 4 Abschn. E Kap. I.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Das Interesse des Dienstherrn an diesem ausgewogenen Verhältnis, ganz gleich wie auch immer es verfassungsrechtlich verortet sein mag, kann aus den genannten Gründen einen Eingriff in Grundrechte durch Versagung des Zugangs zum öffentlichen Amt wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung im Ergebnis nicht rechtfertigen.

4. Sozialstaatsprinzip

Wird eine Person eignungswidrig beim Zugang zum öffentlichen Amt benachteiligt, bewirkt dies gleichzeitig, dass eine andere Person – ebenfalls eignungswidrig – bevorzugt wird, wobei eine solche Bevorzugung mit sozialstaatlichen Erwägungen gerechtfertigt werden kann.[1864] Eine grundsätzliche Möglichkeit zur Rechtfertigung einer solchen Durchbrechung des Leistungsprinzips und der damit verbundenen dargestellten Grundrechtseingriffe wird in der Heranziehung des Sozialstaatsprinzips gesehen.[1865] Dies wird für Personengruppen vertreten, die als besonders schutz- und integrationsbedürftig betrachtet werden und deren Zugang zum öffentlichen Amt als entsprechend förderbedürftig beurteilt wird.[1866] Aufgrund einer Behinderung ist aber eine Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes nicht statthaft; sie kann allenfalls als Hilfskriterium bei Eignungsgleichstand herangezogen werden.[1867] Eine Bevorzugung eines Bewerbers aufgrund seiner Behinderung unabhängig vom Leistungsgrundsatz ist deshalb nicht zulässig,[1868] auch nicht, wenn auf das Sozialstaatsprinzip abgestellt wird. Das Sozialstaatsprinzip dient nämlich nicht als universelles Hilfsmittel zur sozialstaatlich motivierten Ämterbesetzung und damit nicht als

1864 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 239 f.

1865 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 240 m.w.N.

1866 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 122. Dagegen *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 536; dafür v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 21.

1867 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 20 mit Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 15.02.1990 – 1 WB 36/88 – BVerwGE 86, 244, 249 f., juris Rn. 21. Ebenso VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 10.09.2013 – 4 S 547/12 – NZA-RR 2014, 159, 163, juris Rn. 39. Siehe dazu bereits oben, Teil 6 Abschn. B Kap. II „Art. 33 Abs. 2 GG".

1868 BVerwG, Beschl. v. 15.02.1990 – 1 WB 36/88 – BVerwGE 86, 244, 249 f., juris Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Korrektur der Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG.[1869] Eine Durchbrechung des Leistungsprinzips und damit ein Eingriff in entsprechende grundrechtlich garantierte Positionen aus sozialen Beweggründen kann deshalb nur ausnahmsweise und für absolute Härtefälle in Erwägung gezogen werden.[1870]

Demgegenüber wird die Anwendung des gesenkten Prognosemaßstabs allein auf schwerbehinderte Menschen und die Vorenthaltung dieses Schutzes für Menschen mit weniger gravierenden Behinderungen damit begründet, dass schwerbehinderte Menschen gegenüber einfach behinderten Menschen schutzbedürftiger seien.[1871] Bei dem Kriterium der gesundheitlichen Eignung handelt es sich aber um ein eignungsfremdes Kriterium entgegen dem Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG, dessen Anwendung – gleich welchen Prognosemaßstabs – eine Durchbrechung des Leistungsprinzips bedeutet. Somit darf das BVerwG auch nicht auf die soziale Schutzbedürftigkeit schwerbehinderter Menschen abstellen, da die Schwerbehinderung an sich eine Durchbrechung des Leistungsprinzips eben nicht rechtfertigen kann. Darüber hinaus wird die Anwendung des gesenkten Prognosemaßstabs allein auf schwerbehinderte Menschen immerzu und pauschal gehandhabt und nicht ausnahmsweise und führt dementsprechend häufig zu einem Unterlaufen der in Art. 33 Abs. 2 GG normierten exklusiven Zugangskriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung. Einem einfach behinderten Bewerber darf deshalb nicht der Zugang zum öffentlichen Amt verwehrt werden, weil die Schutzbedürftigkeit anderer behinderter Menschen höher bewertet wird.

Letztlich kann ein Eingriff in die Grundrechte eines Bewerbers durch Verneinung seiner gesundheitlichen Eignung und der damit verbundenen Ablehnung seiner Berufung ins Beamtenverhältnis auch nicht mit dem Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt werden.

1869 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 296.
1870 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 21.
1871 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254 f., juris Rn. 39 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

III. Einschränkung des Gleichheitsgebots

Hinsichtlich der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG unterschied das BVerfG vormals nach der Intensität des Eingriffs.[1872] Daraus folgend konnte eine Ungleichbehandlung schon dann gerechtfertigt sein, wenn sie einem bloßen Willkürverbot standhielt, bei gravierenderen Eingriffen hingegen erst, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügte.[1873] An die Rechtfertigung eines Eingriffes wurden umso mehr Anforderungen gestellt, „je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annäher[te]n und je größer deshalb die Gefahr [war], dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt[e].“[1874] Diese besondere Prüfungsdichte bezog sich aber nicht allein auf personenbezogene Differenzierungen, sondern galt gleichermaßen, wenn durch eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten eine mittelbare Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt wurde.[1875]

Diesen nach willkürbezogener Evidenzkontrolle und Verhältnismäßigkeitskontrolle bei personenbezogener Ungleichbehandlung unterscheidenden Prüfungsmaßstab hat das BVerfG zugunsten einer einheitlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch aufgegeben.[1876] Dieser neue Prüfungsmaßstab gelte stufenlos, jedoch sei eine strengere Bindung des Gesetzgebers insbesondere dann anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpfe, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen unter anderem umso mehr verschärften, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar seien oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annäherten.[1877]

Die in Art. 3 Abs. 3 GG aufgezählten Kriterien haben gemeinsam, dass es sich bei ihnen um persönliche Eigenschaften handelt, „auf deren Vorhandensein oder Fehlen der Einzelne keinen oder nur einen

1872 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 23. Aufl. (2007), Rn. 438.
1873 BVerfG, Beschl. v. 04.12.2002 – 2 BvR 400/98 – BVerfGE 107, 27, 45 f. juris Rn. 50.
1874 BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 – BVerfGE 88, 87, 96, juris Rn. 35.
1875 BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 – BVerfGE 88, 87, 96, juris Rn. 35.
1876 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 493.
1877 BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07 – BVerfGE 129, 49, 69, juris Rn. 65.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

begrenzten Einfluss nehmen kann."[1878] Dazu gehört auch das Kriterium der Behinderung, das bei der Verneinung der gesundheitlichen Eignung zumindest mittelbar tangiert wird; mindestens wird aber bei der Auswahlentscheidung mit der gesundheitlichen Eignung auf ein Kriterium abgestellt, auf das der Bewerber wenig bis keinen Einfluss hat und das somit für den Einzelnen nicht verfügbar im Sinne dieser Rechtsprechung ist. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen einer etwaigen Rechtfertigung eines Eingriffes in Art. 3 Abs. 1 GG begegnet deshalb verschärften verfassungsrechtliche Anforderungen.

IV. Verhältnismäßigkeit

Wie gesehen, eignet sich jedoch keines der untersuchten Verfassungsgüter zur Rechtfertigung der dargestellten Grundrechtseingriffe, noch existiert eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage. Eine Rechtfertigung dieser Eingriffe würde abgesehen davon letztlich an der Verhältnismäßigkeitsprüfung scheitern. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auch Übermaßverbot genannt, besagt, dass staatliche Maßnahmen weder unbegrenzt noch unbegründet sein dürfen, sondern dass ihre Rechtfertigung einen benennbaren Zweck verfolgen muss, an dem sie in Umfang und Ausmaß zu messen ist.[1879] Nach diesem Grundsatz muss das staatliche Verhalten also einen legitimen Zweck verfolgen sowie zum Erreichen dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.[1880]

Legitim ist ein Zweck, wenn er als solcher vom Staat verfolgt werden darf.[1881] Aus der Rechtsprechung des BVerwG ist zu schlussfolgern, dass es einen legitimen Zweck in einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten sieht, da der Dienstherr aufgrund des Lebenszeit- und des Alimentationsprinzips zur lebenslangen Versorgung der Ruhestandsbeamten verpflichtet ist;[1882] ein Beamter, der zu früh in Ruhestand geht, ist mit an-

1878 BVerfG, Beschl. v. 08.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 302, juris Rn. 68.
1879 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Grzeszick*, Art. 20 GG, Rn. 107.
1880 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Grzeszick*, Art. 20 GG, Rn. 110.
1881 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 297.
1882 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 247, juris Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

deren Worten nach Ansicht des BVerwG zu unwirtschaftlich für den Haushalt. Wie aber bereits festgestellt wurde, ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als haushaltspolitische und wirtschaftliche Erwägung kein legitimer Zweck in diesem Sinne; er kann allein im Rahmen der Auswahl der Mittel berücksichtigt werden, mit denen ein legitimes Ziel erreicht werden soll; er selbst stellt aber ein solches Ziel an sich nicht dar.[1883]

Zweifelhaft wäre darüber hinaus, inwiefern das Aufstellen eines gesundheitlichen Eignungserfordernisses zur Erreichung dieses Zwecks dienlich sein könnte, also „geeignet" im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,[1884] da eine Korrelation zwischen Haushaltsentlastung und gesundheitlicher Eignungsprüfung bisher nicht nachgewiesen wurde. Immerhin ist zu bedenken, dass bei einem Verzicht auf das Kriterium der gesundheitlichen Eignung auch die Kosten der Untersuchung sowie die Kosten der in diesem Zusammenhang geführten Gerichtsprozesse entfielen. Stattdessen erscheint es sinnvoller, ein effektives Gesundheitsmanagement innerhalb der Beamtenschaft zu etablieren und Anreize für eine gesunde Lebensführung zu setzen.

Ein anderes denkbares legitimes Ziel für die Anwendung des Prognosemaßstabs im Rahmen der Gesundheitsprüfung könnte der Schutz von Menschen mit Schwerbehinderungen darstellen, der nach Ansicht des BVerwG dann unterlaufen würde, wenn der abgesenkte Prognosemaßstab auch auf Menschen angewendet würde, die weder schwerbehindert sind noch schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Was dies angeht, ist aber schon die Legitimität des Ziels zu bezweifeln, da nach geltendem europäischen und internationalen Recht alle behinderten Menschen gleichermaßen schutzbedürftig sind. Auch wäre diesbezüglich die Geeignetheit der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium fragwürdig, denn die Anwendung des gesenkten Prognosemaßstabs auf alle Menschen mit Behinderungen erzeugt insoweit grundsätzlich keine Verringerung des Schutzes von Schwerbehinderten. Die Zugangschancen eines schwerbehinderten Bewerbers würden nur dann verschlechtert, wenn er mit einem anderen Bewer-

1883 *Kühling/Bertelsmann*, NVwZ 2010, 87 (93). Siehe dazu bereits oben „Ziel der sparsamen Haushaltsführung und Verbot der Neuverschuldung", Teil 6 Abschn. D Kap. II.3.

1884 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 301.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ber konkurrieren müsste, dessen Eignung zwar identisch wäre, dessen Schweregrad an Behinderung aber geringer. Diese Situation dürfte äußerst selten und speziell sein, da ein absoluter Eignungsgleichstand kaum zu bejahen sein wird. Eine solche Ausnahmesituation darf nicht dazu führen, einfach behinderten Menschen einen adäquaten Schutz zu verwehren. Die gesundheitliche Eignung ist deshalb kein geeignetes Mittel, um das berufliche Fortkommen von schwerbehinderten Menschen zu erleichtern.

V. Ergebnis

Durch die Versagung des Zugangs zum öffentlichen Amt aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung durch die Exekutive und die ausbleibende Korrektur dieser Rechtslage im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung werden Bewerber in ihren Grundrechten aus Art. 33 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sowie aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wenn die gesundheitliche Eignung wegen einer Beeinträchtigung verneint wird, die eine Behinderung darstellt, sowie hilfsweise bezüglich Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Diese Grundrechtverletzungen vermögen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Die derzeitige Rechtslage ist somit nicht verfassungskonform.

E. Unzulängliche gesetzliche Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung

Nach Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze zu regeln und fortzuentwickeln.[1885] Der Begriff „das Recht des öffentlichen Dienstes" meint allein das Recht der Beamten und der Richter,[1886] nicht aber das Recht

1885 Siehe zum Bedeutungsgehalt der Ergänzung des Art. 33 Abs. 5 GG um den Satzteil „… und fortzuentwickeln" durch die Föderalismusreform 2006 bereits oben, „Gesundheitliche Eignung als Folge der Entwicklungsoffenheit", Teil 3 Abschn. A Kap. IV.

1886 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

der Angestellten im öffentlichen Dienst, das dem Arbeitsrecht unterliegt.[1887]

Die bisherigen Ergebnisse haben gezeigt, dass die gesundheitliche Eignung unter die Eignung des Art. 33 Abs. 2 GG gefasst wird, ohne dass sie eine Konkretisierung des Leistungsprinzips darstellt bzw. ohne dass sie wegen ihrer Eigenschaft als Mindesteignung anstatt einer Besteignung unter den Bestenauslesegrundsatz subsummiert werden könnte.[1888] Aus diesem Grund darf jedenfalls im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 2 GG auf die gesundheitliche Eignung schon gar nicht abgestellt werden, da diese durch Art. 33 Abs. 2 GG nicht legitimiert wird. Wie festzustellen war, ergibt sich eine Legitimation auch nicht zwangsläufig aus dem einfachen Recht; stattdessen setzt der Gesetzgeber ihre Existenz voraus, wie beispielsweise in § 11 Abs. 2 LBG. Im Folgenden gilt es deshalb zu untersuchen, ob und inwieweit die gesundheitliche Eignung einer Regelung überhaupt bedarf, in welcher Form und durch wen.

I. Regelungsbedürfnis aufgrund Art. 33 Abs. 5 GG

Art. 33 Abs. 5 GG gebietet die Regelung des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Daraus zu entnehmen ist ein Regelungsauftrag an den Gesetzgeber.[1889] Das heißt, dass das Beamtenverhältnis an sich sowie die Rechte und die Pflichten des Beamten und des Dienstherren durch Gesetz geregelt werden müssen; mithin sind die für das Beamtenverhältnis wesentlichen Vorschriften dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten.[1890] Dieser Auftrag in Abs. 5 gilt nicht nur für die Legislative, sondern ebenso für die Exekutive: Auch sie muss beim Erlass be-

1887 Siehe dazu bereits den Abschnitt „Inhalt des Art. 33 Abs. 5 GG".
1888 Anders verhält sich dies beispielsweise in Bezug auf die charakterliche Eignung, die unbestritten unter die Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG zu fassen ist, vgl. oben „ Eignung im engeren Sinne", Teil 3 Abschn. B Kap. I.b.(2), sowie „Historische Auslegung", Teil 3 Abschn. B Kap. III.2.c.
1889 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 126.
1890 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

amtenrechtlicher Rechtsvorschiften und bei der Ermessensausübung den Auftrag und den Inhalt aus Abs. 5 einhalten.[1891]

1. Regelungsbedürfnis aufgrund des Leistungsprinzips

Bei der Regelung und Fortentwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes sind die hergebrachten Grundsätze zu berücksichtigen, also in ihrer „Bedeutung für die Institution des Berufsbeamtentums in der freiheitlichen rechts- und sozialstaatlichen Demokratie zu würdigen“[1892] bzw. gar zu „beachten“.[1893] Eine reine Kenntnisnahme ist nicht ausreichend; vielmehr muss das aus der Kenntnisnahme Gewonnene im Rahmen des Gesetzgebungsaktes inhaltlich einfließen und ausgearbeitet werden.[1894] Ein Regelungsbedürfnis der gesundheitlichen Eignung könnte aufgrund der Annahme bestehen, dass sie als Teil der in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Eignung angesehen wird. Bei entsprechender Anwendung des Art. 33 Abs. 5 GG wäre dann das Beamtenrecht unter Berücksichtigung des Leistungsgrundsatzes und der ihr vermeintlich innewohnenden gesundheitlichen Eignung zu regeln. Der Gesetzgeber müsste sich also insofern bei der gesetzlichen Ausgestaltung mit der gesundheitlichen Eignung befassen.

Doch ist nach den bisherigen Feststellungen die gesundheitliche Eignung eben nicht unter den Leistungsgrundsatz zu subsummieren, da ihm zufolge die Bewerberauswahl die Suche nach der Besteignung darstellt und nicht nach der Mindesteignung; die gesundheitliche Eignung stellt aber eine ebensolche dar. Durch eine Regelung der gesundheitlichen Eignung aufgrund des Leistungsgrundsatzes würde dieser hergebrachte Grundsatz folglich nicht berücksichtigt oder beachtet, sondern gar *missachtet*. Somit besteht kein Regelungsbedürfnis der gesundheitlichen Eignung aufgrund des Leistungsprinzips.

1891 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 67.

1892 BVerfG, Urt. v. 05.07.1983 – 2 BvR 460/80 – BVerfGE 64, 367, 378 f., juris Rn. 33.

1893 BVerfG, Beschl. v. 11.06.1958 – 1 BvR 1/52, 1 BvR 46/52 – BVerfGE 8, 1, 16, juris Rn. 47. Siehe dazu bereits oben, Teil 6 Abschn. D Kap. II.1 „Hergebrachte Grundsätze gem. Art. 33 Abs. 5 GG.

1894 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

2. Beamtenrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip als hergebrachter Grundsatz?

Nach Ansicht des BVerfG ist die Regelungsform des Gesetzes für das Beamtenverhältnis typisch und sachangemessen; die wesentlichen Inhalte des Beamtenrechts seien daher durch Gesetz zu regeln.[1895]

Der Grund für die Annahme, das Gesetz sei für das Beamtenverhältnis die angemessene Regelungsform, wird auf verschiedene Weise begründet. Nach einer Ansicht existiert ein hergebrachter Grundsatz in Bezug auf die Notwendigkeit der gesetzlichen Ausgestaltung in Form eines speziellen Gesetzesvorbehaltes insbesondere im Besoldungs- und Versorgungsrecht.[1896] Nach § 2 Abs. 1 BBesG bzw. § 3 Abs. 1 BeamtVG sind die Besoldung bzw. Versorgung des Beamten durch Gesetz zu regeln – jedoch existiert dieser Vorbehalt des Gesetzes in derzeitiger Form und jetzigem Verständnis erst seit den 1930er Jahren und ist somit folglich nicht hergebracht.[1897]

Ferner wird vorgebracht, die Regelung des Beamtenverhältnisses durch Gesetz entspreche dem öffentlich-rechtlichen Wesen und der nichtvertraglichen Ausgestaltung des Beamtentums; etwaigen Individualabreden zwischen Dienstherrn und Beamten widersprächen der Natur des öffentlich-rechtlichen Treueverhältnisses sowie dem Gedanken der Treue und Fürsorge.[1898] Die zwingende und einseitige Regelung des Beamtenverhältnisses wird darüber hinaus selbst mitunter als eigenständiger hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums angesehen,[1899] nach *Masing* auch veranschaulichend „Grundsatz der Ge-

1895 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – BVerfGE 139, 19, 48, juris Rn. 57.

1896 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 44; Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 73; *Summer*, DÖV 2006, 249 (249); Hömig (Hrsg.)/*Bergmann*, Art. 33 GG, Rn. 13.

1897 *Wolff*, ZBR 2006, 331 (332) m.w.N.; hinsichtlich der Besoldung offen gelassen von BVerfG, Beschl. v. 24.11.1998 – 2 BvL 26/91 u.a. – BVerfGE 99, 300, 307, juris Rn. 31.

1898 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 44 m.w.N.

1899 *Wolff*, ZBR 2006, 331 (332), der von einem „allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes im Beamtenrecht" spricht, der sich ausgehend vom Vorbehalt des Gesetzes im Besoldungs- und Versorgungsrecht entwickelt habe; Sachs (Hrsg.)/*Battis*, Art. 33 GG, Rn. 71.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

setzlichkeit des Beamtenverhältnisses“ genannt.[1900] Ihm zufolge handele es sich dabei gar um den „grundlegendsten“ hergebrachten Grundsatz, der auch nicht durch die autonome und freie Entscheidung des Beamten, in ein Beamtenverhältnis einzutreten bzw. aus ihm wieder auszuscheiden, ausgehebelt werde.[1901]

Letztlich bestünde ein etwaiger hergebrachter Grundsatz in Form eines Gesetzlichkeitsprinzips jedoch nicht ausnahmslos; vielmehr sind ergänzende Vereinbarungen innerhalb des Beamtenverhältnisses der privatautonomen Disposition zugänglich.[1902] So wird der von BVerfG und BVerwG grundsätzlich bejahte hergebrachte Grundsatz der Gesetzlichkeit des Beamtenrechts nicht konsequent gehandhabt. Das BVerfG geht nämlich zunächst davon aus, dass die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses (allein) der einseitigen Regelungskompetenz des Gesetzgebers unterliegt.[1903] Im Gegensatz dazu entschied das BVerfG wiederum zugunsten der Möglichkeit vertraglicher Individualvereinbarungen von in Beamtenverhältnissen stehenden leitenden Krankenhausärzten und Chefärzten – Vereinbarungen über Umfang und Zuordnung des dienstlichen Aufgabenbereichs und über die entsprechenden Dienstbezüge seien im Beamtenrecht nicht schlechterdings unzulässig, es stelle gar einen eigenen hergebrachten Grundsatz des Beamtenrechts dar, dass die Einkünfte der Chefärzte aus ihrer Betätigung, die den Krankenhausbereich und die Dienststellung berührten, in besonderen Einstellungsvereinbarungen geregelt werden könnten, soweit es an speziellen Rechtsvorschriften fehle, die Art. 33 Abs. 5 GG entgegenstünden.[1904]

1900 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 83.

1901 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 82. Gemäß Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf,* Art. 33 GG, Rn. 179 ist die Regelung des Beamtenverhältnisses durch Gesetz als hergebrachter Grundsatz „allgemeine Ansicht“; maßgeblich sei aber der Wesentlichkeitsgrundsatz. Durch Gesetz zu regeln seien deshalb der Beginn, die Durchführung und die Beendigung des Beamtenverhältnisses sowie die wesentlichen Grundsätze der Besoldung und Versorgung des Beamten.

1902 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 44.

1903 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 267, juris Rn. 66 bzw. BVerfG, Urt. v. 14.02.2012 – 2 BvL 4/10 – BVerfGE 130, 263, 297 f., juris Rn. 156.

1904 BVerfG, Beschl. v. 07.11.1979 – 2 BvR 513/73, 2 BvR 558/74 – BVerfGE 52, 303, 330 f., juris Rn. 88.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Auch das BVerwG entschied in dieser Frage nicht stringent. Einerseits führte es aus, dem Wesen und der Eigenart des Beamtenrechts entspreche die alleinige Zuständigkeit und Verantwortlichkeit des Gesetzgebers für die Regelung des Beamtenverhältnisses sowie der Verteilung der Rechte und Pflichten; dem einzelnen Beamte werde keine eigene rechtliche Möglichkeit zuteil, auf die nähere Ausgestaltung seines Rechtsverhältnisses einzuwirken.[1905] Noch im selben Abschnitt fand das BVerwG jedoch eine Ausnahme für diesen Grundsatz dergestalt, dass das Beamtenverhältnis einer Gestaltung durch Vereinbarung insoweit zugänglich sei, als dafür eine gesetzliche Grundlage bestehe.[1906]

Es lässt sich also feststellen, dass in der Jurisprudenz ein hergebrachter Grundsatz in Form eines beamtenrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips insoweit anerkannt ist, als er nicht passenderweise durch Ausnahmen widerlegt werden kann. Insofern ist die Annahme der Existenz dieses hergebrachten Grundsatzes nicht überzeugend.

Hinzu kommt, dass in Anwendung der Definition des BVerfG über die hergebrachten Grund-sätze nicht einleuchtet, warum die These vom Grundsatz des beamtenrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips als hergebracht anerkannt werden sollte, ist doch der Ursprung des Beamtenverhältnisses im 17. und 18. Jahrhundert der eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses mit der Konsequenz, dass die Rechtsbeziehung beider Parteien inhaltlicher Disposition unterlag.[1907] Auch das Reichsgericht war noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts der Auffassung, dass das Beamtenverhältnis durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet werden könne, der durch den wechselseitig erklärten übereinstimmenden Willen des Staates und des Anzustellenden zustande komme.[1908] Zwar war man während der Weimarer Zeit allgemein der Ansicht, die Ernennung ins Beamtenverhältnis geschehe durch einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung, doch änderte dies nichts daran, dass vertragliche Vereinbarungen und Zusicherungen zulässig waren, beispielsweise hinsichtlich höherer Pensionen oder eines günstigeren

1905 BVerwG, Urt. v. 26.11.1992 – 2 C 11/92 – BVerwGE 91, 200, 203, juris Rn. 21.
1906 BVerwG, Urt. v. 26.11.1992 – 2 C 11/92 – BVerwGE 91, 200, 203, juris Rn. 21.
1907 *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. (1971), S. 153 m.w.N.
1908 RG, Urt. v. 10.02.1903 – III 414/02 – RGZ 53, 423, 427.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Besoldungsdienstalters.[1909] Aus diesem Grund kann die Annahme einer „Prärogative des Gesetzes" im Beamtenrecht in Anwendung der Definition der hergebrachten Grundsätze, wonach ein solcher Grundsatz als Strukturprinzip mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sein muss,[1910] nicht als hergebracht gelten.[1911]

Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums in Form eines allgemeinen Gesetzlichkeitsprinzips ist infolgedessen zu verneinen.[1912] Es bedarf daher keiner weiteren Besprechung der Frage, welcher Maßstab für diesen Grundsatz anzulegen wäre oder wie die Reichweite seiner Regelungsdichte zu bestimmen wäre, noch bedarf es einer Untersuchung, ob die gesundheitliche Eignung unter diesen Grundsatz fiele.

3. Der Regelungsauftrag als beamtenrechtlicher Vorbehalt des Gesetzes

a. Bezugspunkt des Regelungsauftrags

Art. 33 Abs. 5 GG besagt, dass das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln ist. Hinsichtlich ihres Wortlautes erscheint die Aussage der Norm dahingehend verstanden werden zu müssen, dass einerseits das Rechts des öffentlichen Dienstes, also das Beamtenrecht, zu regeln ist, und andererseits dabei die hergebrachten Grundsätze zu berücksichtigen sind.

Nach einer Auffassung meint die Vorschrift hingegen, dass genau dasjenige zu regeln sei, das einen hergebrachten Grundsatz darstelle, diese Grundsätze also bei der Regelung des Beamtenrechts nicht nur zu berücksichtigen, sondern ihrerseits selbst Gegenstand einer Regelung sein müssten. So bezieht sich nach *Jachmann* die Gesetzgebungskompetenz auf alle Regelungen, die die hergebrachten Grundsätze im

1909 *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. (1971), S. 153 m.w.N.; bzgl. der Üblichkeit von Einzelverträgen im Besoldungs- und Versorgungsbereich *Wolff*, ZBR 2006, 331 (332).

1910 BVerfG, Beschl. v. 02.12.1958 – 1 BvL 27/55 – BVerfGE 8, 332, 343, juris Rn. 37.

1911 *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. (1971), S. 155; im Ergebnis ebenfalls *Summer*, DÖV 2006, 249 (251).

1912 Ähnlich *Wolff*, ZBR 2006, 331 (331 f.).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Statusrecht konkretisieren und ausformen.[1913] Nach Ansicht von *Kunig* gibt Art. 33 Abs. 5 GG die „Konturen eines Regelungsmodells" vor, indem die Norm auf die hergebrachten Grundsätze hinweise;[1914] demnach wären die hergebrachten Grundsätze der Rahmen, innerhalb dessen es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedürfte. Dieser Rahmen wäre also nicht der weitere Begriff des Rechts des öffentlichen Dienstes. Auch spricht *Kunig* weiterhin davon, dass der Gesetzgeber seinen Auftrag aus Art. 33 Abs. 5 GG erfülle, indem er die hergebrachten Grundsätze ausforme[1915] – und nicht das Recht des öffentlichen Dienstes.

Gegen diese Ansicht ist allerdings anzuführen, dass sie dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG klar widerspricht und seine Dehnbarkeit überstrapaziert. Abs. 5 spricht eindeutig von der Regelung des öffentlichen Dienstrechtes und nicht von der Regelung der hergebrachten Grundsätze. In der einschlägigen Kommentarliteratur ist entsprechend davon die Rede, dass Art. 33 Abs. 5 GG dem Gesetzgeber den Auftrag gebe, das *Beamtenrecht* zu gestalten[1916] und nicht die hergebrachten Grundsätze.

Darüber hinaus besteht Einigkeit dahingehend, dass sich das Wort „fortzuentwickeln" in Abs. 5 nicht auf die hergebrachten Grundsätze bezieht, sondern allein auf das Recht des öffentlichen Dienstes.[1917] Dann wäre es aber widersprüchlich, wenn sich das Wort „regeln" in Art. 33 Abs. 5 GG allein auf die hergebrachten Grundsätze bezöge, das „fortentwickeln" hingegen nicht. Zudem wäre es nach der zuerst genannten Ansicht für den Gesetzgeber unmöglich, seinem Regelungsauftrag nachzukommen, da es einen abschließenden Katalog von hergebrachten Grundsätzen nicht gibt[1918] und es somit gar nicht klar wä-

1913 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 40.
1914 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 52.
1915 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 56.
1916 Statt aller Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 63; Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 205; ähnlich Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/*Pieper*, Art. 33 GG, Rn. 131, der sich auf die einseitige und verbindliche Regelung der „Rechtsverhältnisse" der Beamten bezieht.
1917 BT-Drucks. 16/813 S. 10; BVerfG, Beschl. v. 28.05.2008 – 2 BvL 11/07 – BVerfGE 121, 205, 232, juris Rn. 61; BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 272 f., juris Rn. 85; Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Badura*, Art. 33 GG, Rn. 62; BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 38.
1918 BeckOK GG/*Hense*, Art. 33 GG, Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

re, was der Gesetzgeber überhaupt zu regeln hätte. Vor dem Hintergrund, dass das Gesetzlichkeitsprinzip im Beamtenrecht zuweilen als eigener hergebrachter Grundsatz angesehen wird, wäre diese Auslegung außerdem redundant – zu regeln wäre dann der Grundsatz, dass etwas zu regeln wäre.

Mithin bezieht sich der Regelungsauftrag des Art. 33 Abs. 5 GG nicht lediglich auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, sondern auf das Beamtenrecht im Allgemeinen.[1919]

b. Inhalt und Reichweite des Regelungsauftrags

Art. 33 Abs. 5 GG spricht zunächst davon, dass das Recht des öffentlichen Dienstes, das Beamtenrecht, zu regeln ist. Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob die Norm eine Ausgestaltung des Beamtenrechts bis ins letzte Detail verlangt, oder ob es ausreicht, wenn der Gesetzgeber nur bestimmte, einzelne Rechtsfragen regelt. Hinsichtlich des Inhalts des Art. 33 Abs. 5 GG führte das BVerfG aus:

> „Art. 33 Abs. 5 GG [a.F.] ist im Sinne einer unmittelbaren Verfassungspflicht des Gesetzgebers formuliert, das Recht des öffentlichen Dienstes zu regeln. Die Norm verpflichtet den Gesetzgeber, bei beamtenrechtlichen Regelungen den Kernbestand der Strukturprinzipien, welche die Institution des Berufsbeamtentums tragen und von jeher anerkannt sind, zu beachten und gemäß ihrer Bedeutung zu wahren. Ihm verbleibt jedoch ein weiter Spielraum politischen Ermessens, innerhalb dessen er das Beamtenrecht den besonderen Gegebenheiten, den tatsächlichen Notwendigkeiten sowie der fortschreitenden Entwicklung anpassen und verschiedene Gesichtspunkte berücksichtigen kann […]. Der Regelungsauftrag in Art. 33 Abs. 5 GG [a.F.] ist daraufhin konzipiert worden, die Beamtengesetzgebung unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze den

1919 So im Ergebnis auch *Summer*, DÖV 2006, 249 (249 ff.); Hömig/Wolff (Hrsg.)/*Domgörgen*, Art. 33 GG, Rn. 17; ebenfalls BVerfG, Beschl. v. 31.03.1998 – 2 BvR 1877/97, 2 BvR 50/98 – BVerfGE 97, 350, 377, juris Rn. 101, BVerfG, Urt. v. 06.03.2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 349, juris Rn. 58, wonach Art. 33 Abs. 5 GG auf die *Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums* verpflichte und damit eine stete Fortentwicklung erlaube, die das *Beamtenrecht* in seinen einzelnen Ausprägungen den veränderten Umständen anpasse.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

> Erfordernissen des Neuaufbaus der Bundesrepublik Deutschland in der Nachkriegszeit anzupassen […].“[1920]

Daraus folgt, dass der Gesetzgeber, soweit er etwas regelt, in jedem Fall die hergebrachten Grundsätze zu wahren und zu achten hat. Indes führt das BVerfG nichts darüber aus, *was* der Gesetzgeber regeln muss bzw. in welcher Tiefe. Aus der zitierten Entscheidung ergibt sich jedoch andererseits, dass dem Gesetzgeber ein Ermessensspielraum zugestanden wird, innerhalb dessen er etwas regeln *kann*, aber offenbar nicht regeln *muss*. Beispielhaft zählt das BVerfG die Anpassung des Beamtenrechts an besondere Gegebenheiten oder tatsächliche Notwendigkeiten auf.

Generell ist eine Regelungsverpflichtung nur dann sinnvoll, wenn ein Regelungsbedürfnis besteht. Ob dies der Fall ist, lässt sich am besten beantworten, wenn man sich dem Regelungszweck des Art. 33 Abs. 5 GG annimmt. Der Zweck des Berufsbeamtentums seinerseits ist die Sicherstellung einer integren und funktionsfähigen Verwaltung.[1921] Diesen Zweck, so das BVerwG, könne das Berufsbeamtentum nur erfüllen, wenn es rechtlich und wirtschaftlich gesichert sei, wenn innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet sei und Widerspruch nicht das Risiko einer Bedrohung der Lebensgrundlagen des Amtsträgers und seiner Familie in sich berge.[1922] Naheliegend ist aufgrund dieser Ausführungen, dass diejenigen Inhalte zu regeln sind, die für das Funktionieren des Berufsbeamtentums erforderlich sind. Im Gegenschluss ist dasjenige nicht zu regeln, was auf die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums keine Auswirkungen hat.

Für die gesundheitliche Eignung bedeutet dieses Ergebnis Folgendes: Die gesundheitliche Eignung wird gesetzlich erwähnt, aber nicht geregelt. Dennoch wird der Zugang zum öffentlichen Amt von ihr ab-

---

1920 BVerfG, Beschl. v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 288, juris Rn. 127. Die Entscheidung erging noch hinsichtlich Art. 33 Abs. 5 GG a.F., der die Fortentwicklungsklausel noch nicht enthielt. Das BVerfG stellte aber in derselben Entscheidung fest, dass der Regelungsgehalt der Vorschrift durch die Neufassung nicht verändert werde, BVerfGE 119, 247, 272 f., juris Rn. 85.

1921 BVerwG, Urt. v. 06.12.1989 – 6 C 52/87 – BVerwGE 84, 194, 199 f., juris Rn. 25. Siehe dazu bereits oben, „Der Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG“, Teil 2 Anschn. C.

1922 BVerwG, Vorlagebeschl. v. 27.09.2007 – 2 C 21/06 u.a. – BVerwGE 129, 272, 281, juris Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hängig gemacht. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass die Nichtregelung der gesundheitlichen Eignung keine Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Beamtenapparates hat. Im Gegenteil: Die gesundheitliche Eignung wird ja gerade als Zugangskriterium herangezogen, weil man sich von ihr ein besseres Funktionieren des Beamtenapparates verspricht. So wird argumentiert, dass das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit angelegt sei und dementsprechend Schutz vor Entlassung gewährleiste sowie amtsangemessene Besoldung und lebenslange Versorgung für den Beamten und seine Hinterbliebenen, wodurch das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit des Beamten gerechtfertigt werde.[1923] Das Verfolgen einer unabhängigen Beamtenschaft sei legitim und die Sicherung einer angemessenen Lebensdienstzeit aus fiskalischen Erwägungen geboten; ein angemessenes Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast sei deshalb bei Beamten von besonderer Bedeutung.[1924]

Der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium wird dadurch eine immense Bedeutung zugemessen. Dieser Beurteilung zufolge müsste sie für das Funktionieren des Berufsbeamtentums erforderlich sein. Demgegenüber ist aber, wie soeben gesehen, dasjenige nicht zu regeln, was auf die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums keine Auswirkungen hat. Dass die gesundheitliche Eignung gesetzlich nicht kodifiziert ist, muss deshalb im Umkehrschluss denknotwendig bedeuten, dass ihre Regelung für das Funktionieren des Beamten- und Verwaltungsapparates gerade nicht relevant ist.

4. Ergebnis

Aus Art. 33 Abs. 5 GG ist im Ergebnis weder ein Bedürfnis noch eine Verpflichtung zur gesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung herzuleiten. Die hergebrachten Grund-sätze des Berufsbeamtentums vermögen solch eine Notwendigkeit nicht zu begründen, da die gesundheitliche Eignung nicht unter den Leistungsgrundsatz fällt und insofern bei der Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes

1923 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258, juris Rn. 50.
1924 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 258, juris Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nicht zu berücksichtigen ist. Auch besteht kein Regelungserfordernis aufgrund eines etwaigen hergebrachten Grundsatzes in Form eines beamtenrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips. Letztlich geht auch keine Verpflichtung zur Normierung der gesundheitlichen Eignung aus dem Regelungsauftrag des Art. 33 Abs. 5 GG hervor. Der Gesetzgeber hat insofern seinen Regelungsauftrag in diesem Sinne erfüllt.

II. Regelungsbedürfnis aufgrund des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes

Neben dem zuvor vorgestellten rein beamtenrechtlichen Ansatz, wonach das Beamtenverhältnis generell gesetzlicher Ausgestaltung bedarf, existiert ein allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes. Nach diesem Vorbehalt sind staatliche Maßnahmen der Verwaltung nur dann als rechtmäßig zu erachten, wenn die Verwaltung durch ein Gesetz zu dieser Maßnahme ermächtigt wird.[1925]

Abzugrenzen ist dieser Vorbehalt des Gesetzes vom so genannten „Vorrang des Gesetzes", wonach die Bindung der Verwaltung an die bereits bestehenden Gesetze zum Ausdruck gebracht wird: Einerseits dürfen die Verwaltungsbehörden keine Maßnahmen treffen, die einen Gesetzesverstoß darstellen würden, andererseits muss ihr Handeln den Gesetzen entsprechen.[1926] Das Vorrangprinzip bezieht sich somit auf gesetzeskonformes Verwaltungshandeln hinsichtlich bestehender Gesetze, wohingegen sich das Vorbehaltsprinzip auf eine Bedingung bezieht, die überhaupt erst für rechtmäßiges Verwaltungshandeln erfüllt sein muss. Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt somit mehr als der Vorrang des Gesetzes.[1927]

Während es bei dem Vorbehalt des Gesetzes darum geht, dass das Parlament für das Gesetzgebungsverfahren das zuständige Organ ist und eine Regelung in Form eines Gesetzes erlassen werden muss, fordert der davon begrifflich zu unterscheidende Parlamentsvorbehalt lediglich einen verbindlichen Parlamentsbeschluss, der aber nicht not-

1925 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 159.

1926 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 2.

1927 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wendigerweise im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens ergangen sein muss und auch nicht in Form eines Gesetzes, sondern der allein eine öffentliche parlamentarische Diskussion verlangt.[1928]

Eine andere Bedeutung hat wiederum der so genannte Rechtssatzvorbehalt, wonach dem Verwaltungshandeln eine allgemeinverbindliche Regelung zugrunde liegen muss, die jedoch nicht notwendigerweise der Form des Gesetzes bedarf, sondern auch in Form von Rechtsverordnung oder Satzung ergehen kann.[1929]

Der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes wird aus unterschiedlichen Rechtsgrundlagen abgeleitet; Einigkeit besteht diesbezüglich keine. Die folgende Darstellung soll einen entsprechenden Überblick geben.

1. Die Vielfältigkeit des Begriffs des Vorbehalts des Gesetzes

Der Begriff des Vorbehalts des Gesetzes wird zuweilen unterschiedlich verwendet. So kursieren in Schrifttum und Rechtsprechung diverseste Bezeichnungen, die mit diesem Terminus in Zusammenhang stehen, angefangen mit „Vorbehalt des Gesetzes" über „verfassungsrechtlicher Vorbehalt", „Parlamentsvorbehalt", „Allgemeiner Gesetzesvorbehalt",[1930] „allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes" und „staatlicher Vorbehalt des Gesetzes".[1931] Diese Begriffe müssen nicht notgedrungen von andersartiger Bedeutung sein; vielmehr benutzt das BVerwG die Ausdrücke des verfassungsrechtlichen, allgemeinen oder auch des Parlamentsvorbehalts sowie des „für Besoldung und Versorgung bestehende[n] Gesetzesvorbehalt[s] aus Art. 33 Abs. 5 GG" als Synonym, und zwar in einer einzigen Entscheidung.[1932] Als Vorbehalt des Gesetzes kann also auch die Regelungszuständigkeit des Gesetzgebers im Beamtenrecht bezeichnet werden.[1933]

Darüber hinaus wird der Vorbehalt des Gesetzes durch Umschreibungen näher qualifiziert. So gelte zwar der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes auch für das Beamtenrecht, der aber wiederum durch einen

1928 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 9.
1929 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 9.
1930 *Saurer*, DÖV 2005, 587 (590).
1931 *Wolff*, ZBR 2006, 331 (331).
1932 BVerwG, Urt. v. 17.06.2004 – 2 C 50/02 – BVerwGE 121, 103, 109 ff., juris Rn. 9, 11, 15, 16.
1933 *Summer*, DÖV 2006, 249 (250, 253).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

spezifischen Vorbehalt des Gesetzes im Besoldungs- und Versorgungsrecht ergänzt werde.[1934] Weiterhin wird unter Gesetzesvorbehalt das Bedürfnis einer Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe verstanden sowie auch die Grundrechtsschranken, die das Grundgesetz selber vorsieht,[1935] beispielsweise in Art. 8 Abs. 2 GG.

Im Fokus steht nachfolgend die Frage, ob sich ein Regelungsbedürfnis für die gesundheitliche Eignung aus dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes ableiten lässt, welcher Maßstab anzuwenden ist und wie sich der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes sowie der Regelungsauftrag zueinander verhalten.

2. Herleitung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes

a. Herleitung aus Art. 20 Abs. 3 GG

Nach Ansicht des BVerfG leitet sich der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG ab.[1936] Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG sind die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung bzw. die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Daraus schlussfolgert das BVerfG, diese Gesetzesbindung verlöre ihren Sinn, wenn nicht schon in der Verfassung selbst angelegt wäre, dass staatliches Handeln in bestimmten Bereichen nur dann rechtmäßig ist, wenn es durch ein förmliches Gesetz legitimiert werde.[1937] Art. 20 Abs. 3 GG setze sozusagen voraus, dass in manchen Fällen ein förmliches Gesetz erforderlich sei.[1938]

Indes ergebe sich aus der Norm nicht, welche diese „bestimmten Bereiche" im Einzelnen seien; die Grundrechte mit ihren speziellen Gesetzesvorbehalten sowie objektiven Wertentscheidungen gäben aber

1934 *Wolff*, ZBR 2006, 331 (331) m.w.N.
1935 *Summer*, DÖV 2006, 249 (252).
1936 BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 u.a. – BVerfGE 40, 237, 248, juris Rn. 34; BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 – BVerfGE 49, 89, 126, juris Rn. 77; BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 u.a. – BVerfGE 77, 170, 230, juris Rn. 135.
1937 BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 u.a. – BVerfGE 40, 237, 248 f., juris Rn. 34.
1938 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), § 5 Rn. 161.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dahingehend konkretisierende Anhaltspunkte.[1939] Darüber hinaus gebe die parlamentarisch-demokratische Natur des Grundgesetzes Grund zur Annahme, dass die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen durch Gesetz erfolgen müsse, unabhängig davon, ob der Bürger von einem Eingriff in seine Rechtsgüter betroffen sei.[1940]

b. Wesentlichkeitslehre

Die Wesentlichkeitslehre besagt, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, insbesondere im Rahmen der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich sei.[1941] Jedoch bleibt fraglich, wann davon auszugehen ist, dass es sich bei einer Entscheidung um eine wesentliche in diesem Sinne handelt, weshalb sich die Formel der Kritik der Literatur ausgesetzt sah.[1942] Das BVerfG sieht als wesentlich dasjenige an, das „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte" sei,[1943] also Regelungen, die von erheblicher Bedeutung für die Verwirklichung von Grundrechten sei und diese besonders intensiv betreffe.[1944] Allein die Tatsache, dass ein Sachverhalt politisch umstritten sei, führe für sich jedoch noch nicht dazu, dass er als wesentlich verstanden werden müsse.[1945]

1939 BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 u.a. – BVerfGE 40, 237, 248 f., juris Rn. 34.

1940 BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 u.a. – BVerfGE 40, 237, 248 f., juris Rn. 34.

1941 BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 – BVerfGE 49, 89, 126, juris Rn. 77. Vgl. zur Entwicklung der Wesentlichkeitslehre des BVerfG und BVerwG *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 170.

1942 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 171 m.w.N.

1943 BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – BVerfGE 47, 46, 78 f., juris Rn. 92.

1944 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – BVerfGE 139, 19, 45, juris Rn. 52.

1945 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – BVerfGE 139, 19, 45, juris Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

c. Grundrechtlicher Ansatz

Eine andere Möglichkeit zur Herleitung eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes wird in den Einschränkungen der Grundrechte gesehen, die das Grundgesetz in zahlreichen Bestimmungen selbst vorsieht.[1946] Diese Gesetzesvorbehalte bestimmen, dass die Reichweite des geschützten Rechts sowie seine Einschränkungen per Gesetz geregelt werden.[1947] Dies drückt das Grundgesetz damit aus, dass Eingriffe nur „durch Gesetz" oder „aufgrund eines Gesetzes" zulässig sind.[1948] Aus der indikativischen Formulierung der Gesetzesvorbehalte im Grundrechtsbereich wird dann die (generelle) Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, Regelungen in Form des Gesetzes zu erlassen.[1949]

d. Rechtsstaats- und Demokratieprinzip

Ein weiterer Ansatz zur Herleitung des Vorbehalts des Gesetzes ist das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.[1950] So führt beispielsweise das BVerfG aus, der Gesetzgeber werde durch das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratiegebot verpflichtet, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen.[1951]

Das Demokratieprinzip ergibt sich eindeutig aus Art. 20 Abs. 1 GG;[1952] danach ist die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Aber auch Art. 28 Abs. 1 S. 1 spricht vom „Grundsatz des demokratischen Rechtsstaats". Das Demokratie-

1946 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 162; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 4.

1947 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 162.

1948 Siehe etwa Art. 2 Abs. 2 S. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 S. 1, Art. 12 Abs. 1 GG; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 4.

1949 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 162.

1950 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 4.

1951 BVerfG, Beschl.v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – BVerfGE 139, 19, 45, juris Rn. 52. So auch *Tegethoff*, BayVBl. 2005, 458 (458).

1952 *Pieroth*, JuS 2010, 473 (473).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

prinzip wird in vielerlei Hinsicht durch das Grundgesetz aufgegriffen und konkretisiert, beispielsweise hinsichtlich politischer Parteien, deren innere Ordnung nach Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG demokratischen Grundsätzen entsprechen muss, oder bezüglich Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, in dem die Bundesrepublik Deutschland erklärt, bei der Entwicklung der Europäischen Union mitzuwirken, jedoch nur insoweit als sich diese den demokratischen Grundsätzen des Grundgesetzes verpflichtet.[1953]

Obgleich das Rechtsstaatsprinzip seinerseits nur in einer Vorschrift des Grundgesetzes ausdrücklich genannt wird, nämlich in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG,[1954] wonach die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen muss, ist die Rechtsstaatlichkeit als eines von fünf Strukturprinzipien des Grundgesetzes anerkannt.[1955] Andere erkennen eine Regelung des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 GG oder leiten es aus Art. 20 Abs. 2 GG oder Art. 1 Abs. 3 GG her; dessen ungeachtet ergibt es sich aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes und somit aus jeder der zuvor genannten Rechtsvorschriften.[1956] So enthält das Grundgesetz auch nicht nur *den* „Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit", sondern zahlreiche Gebote und Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, die im „Rechtsstaatsprinzip" vereint sind.[1957] Dementsprechend zählen zu den Bestandteilen des Rechtsstaatsprinzip beispielsweise der Grundsatz der Gewaltenteilung, der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, aber auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der sich wiederum in den Vorrang des Gesetzes sowie den Vorbehalt des Gesetzes aufgliedert.[1958]

Das Rechtsstaats- sowie das Demokratieprinzip weisen gemeinsame Schnittmengen auf, weshalb eine Ausformung des einen Grundsatzes gleichzeitig eine Ausgestaltung des jeweils anderen Grundsatzes

1953 *Pieroth*, JuS 2010, 473 (473)
1954 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117); *Pieroth*, JuS 2010, 473 (474).
1955 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (116).
1956 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117).
1957 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117).
1958 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

darstellt; so ist der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes eine Konkretisierung, die Ausfluss beider genannter Prinzipien ist.[1959]

e. Zwischenergebnis

Festzustellen ist zunächst, dass die einzelnen Begründungsansätze nicht unbedingt als einzelne, separate Grundlagen für die Herleitung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes herangezogen werden; vielmehr kommt es durchaus zu Überschneidungen oder zu Verwischungen ihrer Konturen. So führt das BVerfG einerseits aus, der allgemeine Gesetzesvorbehalt habe seine Grundlage in Art. 20 GG, und andererseits, der Gesetzgeber werde durch das Rechtsstaats- und das Demokratiegebot verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.[1960] Hier werden nahezu alle zuvor ausgeführten Ansätze in einem Konzept zusammengefasst. Bei näherer Untersuchung aller einzelnen Ansätze leuchtet ein, warum es sinnvoll ist, den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes durch eine Gesamtbetrachtung aller Ansätze herzuleiten, da jeder einzelne für sich genommen Schwächen in der Herleitung aufweist.

So kann beispielsweise der verfassungsrechtliche Ansatz, wonach der Vorbehalt des Gesetzes auf Art. 20 Abs. 3 GG fußt, nicht vollends überzeugen. Zum einen bemerkt das BVerfG selbst, dass der Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG den Vorbehalt des Gesetzes nicht erwähnt, und zum anderen bezeichnet es den Inhalt dieser Vorschrift als „Vorrang des Gesetzes".[1961] Insofern ist dann auch dem BVerfG Recht zu geben – bloß dass Art. 20 Abs. 3 GG mehr als das Vorrangprinzip nicht enthält. Denn wie bereits oben festgestellt wurde, handelt es sich beim Vorrangprinzip und Vorbehaltsgrundsatz um unterschiedliche Begrifflichkeiten. Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG bezieht sich nur auf bestehende Gesetze und nicht auf solche, die aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes zu erlassen sind. Art. 20 Abs. 3 GG ist vom Wortlaut zu eng,

1959 *Pieroth*, JuS 2010, 473 (474).

1960 St. Rspr., siehe nur BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 10.11.2009 – 1 BvR 1178/07 – juris Rn. 36; nahezu identisch BVerwG, Beschl. v. 30.03.2016 – 5 B 11/16 – juris Rn. 13.

1961 BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 u.a. – BVerfGE 40, 237, 248 f., juris Rn. 34.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

als dass er die Rechtsgrundlage für den Vorbehalt des Gesetzes darstellen könnte.[1962] Hinzu kommt, dass – und auch dies bemerkte das BVerfG[1963] – diese vermeintliche Rechtsgrundlage in ihrer Reichweite und Wirkung vollkommen unbestimmt ist und somit zunächst weiterer Konkretisierung bedürfte.[1964]

An der Begründung des Vorbehalts des Gesetzes durch den Wesentlichkeitsgrundsatz[1965] wiederum ist auszusetzen, dass sich diese Grundlage nicht aus dem Gesetz ableiten lässt, sondern allein auf Richterrecht beruht. Außerdem stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Erheblichkeit der Wesentlichkeit zu stellen ist und ob das, was zwar nicht grundrechtswesentlich, aber in anderer Hinsicht als wesentlich anzusehen wäre, auch der Regelung durch den Gesetzgeber vorzubehalten wäre.[1966] Darüber hinaus wäre die Annahme, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz den Vorbehalt des Gesetzes begründen könnte, zirkelschlüssig. Denn aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes ist all das formalgesetzlich zu regeln, was wesentlich ist, und nicht umgekehrt. Es ist das *Wesentliche* zu regeln, nicht *aufgrund* des Wesentlichen. Der Wesentlichkeitsgrundsatz stellt also eher einen Maßstab für den Dichtegrad der erforderlichen Regelung dar.[1967]

Überzeugender scheint demgegenüber die Herleitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist ein Teil dieses Rechtsstaats- und Demokratiegebots. Im Grundgesetz selbst ist festgelegt, dass der Deutsche Staat ein demokratischer und sozialer Bundesstaat ist; das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ergibt sich unmittelbar aus der Verfassung, ist dort wörtlich genannt und findet darüber

1962 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 4. Ähnlich *Pieroth*, JuS 2010, 473 (477).

1963 BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 u.a. – BVerfGE 40, 237, 248 f., juris Rn. 34.

1964 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 161.

1965 So explizit *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 170.

1966 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 171.

1967 So im Ergebnis auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hinaus Erwähnung in zahlreichen anderen Verfassungsvorschriften. Nach dem Demokratieprinzip muss das Parlament durch unmittelbare Volkswahl und ein öffentliches Verfahren demokratisch legitimiert werden, um später für jeden Bürger allgemeingültige Regelungen in Form eines Gesetzes zu erlassen.[1968] Wenn doch schon das Volk – von dem alle Staatsgewalt ausgeht, Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG – den Staat legitimiert, Regelungen zu treffen, damit das Staatshandeln stets rechtsstaatlich ist, dann ist die erforderliche Konsequenz, dass dieses Staatshandeln nur dann rechtsstaatlich sein kann, wenn es auf einem Gesetz beruht. So geht auch aus dem Rechtsstaatsprinzip die Forderung hervor, dass durch allgemeine, dauerhafte und berechenbare Gesetze die Rechtsbeziehung zwischen Bürger und Staat determiniert, das Verwaltungshandeln reglementiert und dem Bürger zu subjektiven und durchsetzbaren Rechten verholfen wird.[1969] Bestehen solche Gesetze nicht, hätte dies ein Handeln der Exekutive im gesetzesfreien Raum zur Konsequenz, wodurch das Parlament als vom Volk legitimiertes Organ seine demokratische Bedeutung verlieren würde.

Aber auch dieser Ansatz muss sich gefallen lassen, dass sich aus ihm der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes nicht unweigerlich ergibt, obgleich er sich logisch aus ihm schlussfolgern lässt. Doch ist im Gegensatz zum Rechtsstaats- und Demokratieprinzip der Vorbehalt des Gesetzes im Grundgesetz nicht wörtlich genannt.

Hinsichtlich des grundrechtlichen Ansatzes fällt auf, dass der (grundrechtliche) Gesetzesvorbehalt allein die Möglichkeit der Einschränkung von Grundrechten aufzeigt, also die Ausübung eines Grundrechts vorbehaltlich gesetzlicher Einschränkungen.

Die Grundrechte gewährleisten dem Bürger gewissermaßen einen staatsfreien Raum. Aus den in manchen von ihnen enthaltenen Gesetzesvorbehalten ergibt sich, dass die Einschränkung dieses staatsfreien Raumes nur durch oder aufgrund eines Gesetzes geschehen darf. Allerdings verlangen selbst diejenigen Grundrechte, die aufgrund des Gesetzesvorbehalts den geringsten Schutz für den Bürger vorsehen, für ihre Einschränkbarkeit ein Gesetz. Dadurch folgt denknotwendig, dass für die Einschränkung der anderen Grundrechte erst recht ein Gesetz

1968 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 6.
1969 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

erforderlich ist. Die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte besagen also, dass im Falle eines Eingriffs in die Grundrechte diese nur aufgrund oder durch Gesetz erfolgen dürfen. Daraus ergibt sich noch keine generelle Verpflichtung zur gesetzlichen Ausgestaltung wesentlicher Dinge im Rechtsverkehr.

Der Ausgangspunkt ist somit ein anderer als beim Vorbehalt des Gesetzes: Im Vordergrund steht beim Gesetzes*vorbehalt* die Reichweite der Rechtsausübung des Bürgers, wohingegen es beim Vorbehalt *des Gesetzes* darum geht, den Handlungsspielraum der Verwaltung einzugrenzen. Allerdings lassen sich beide Vorbehalte nicht strikt trennen, da die Grundrechte auch dadurch geschützt werden, dass rechtsstaatliche Verwaltungsorganisation und Verfahren eingehalten werden.[1970] Daraus folgt, dass beide Arten von Vorbehalten dasselbe Ziel verfolgen, obschon sie nicht identisch sind.

Doch wie auch das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ergibt sich durch den grundrechtlichen Ansatz die Begründung für den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes allein durch logische Schlussfolgerungen. Hinzu kommt, dass nicht jedes Grundrecht mit einem Gesetzesvorbehalt versehen ist, sondern vielmehr auch vorbehaltlos gewährte Grundrechte existieren. Diejenigen staatlichen Handlungen, die in vorbehaltlos gewährte Grundrechte eingreifen, bedürften dann wiederum der Eingrenzung durch den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes.[1971]

Vorzugswürdig ist es deshalb, den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes als ein anerkanntes rechtsstaatliches Prinzip zu werten, das mit unterschiedlichen Ansätzen zu begründen versucht wird. Gemeinsam ist ihnen allen, dass sie vom Bestehen des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes ausgehen. Der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes ergibt sich mithin aus einer Gesamtschau aller aufgezählten Ansätze.

3. Abgrenzung zum Regelungsauftrag des Art. 33 Abs. 5 GG

Obgleich der allgemeine Vorbehalt nicht, wie bereits gezeigt, mit Eindeutigkeit aus den Grundrechten abgeleitet werden kann, ist er zumin-

1970 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 5.

1971 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 164.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

dest immer vor dem Hintergrund staatlichen Handelns zu sehen, das die Rechtssphäre des einzelnen Bürgers berührt oder gar in diese eingreift.[1972] Wenn ein allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes gilt, wonach staatliche Maßnahmen nur dann rechtmäßig sind, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, dann ist der Grund dafür das Schutzbedürfnis des Bürgers vor unrechtmäßigem Staatshandeln und die Entscheidung des Grundgesetzes zur Gewährleistung eines stets rechtsstaatlichen Handelns gegenüber dem Einzelnen. Im Ergebnis zielt deshalb der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes auf den Schutz der natürlichen Person ab, wie es auch die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrgrundrechte[1973] tun.

Demgegenüber ist der Regelungsauftrag des Art. 33 Abs. 5 GG zunächst grundrechtsirrelevant. Er enthält keine Aussagen über Eingriffe der Exekutive in die Grundrechtssphäre des Bürgers bzw. darüber, ob staatliches Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf, wenn dadurch Grundrechte des Bürgers eingeschränkt werden. Bei dem Regelungsauftrag handelt es sich vielmehr um eine allgemeine Vorgabe in erster Linie an die Legislative, die losgelöst von der Frage zu betrachten ist, ob der Staat in Rechte eingreift und dafür einer gesetzlichen Legitimation bedarf; die Exekutive wird nur insofern in ihrer Funktion als Verordnungs- und Satzungsgeber adressiert, als sie von der Legislative durch Delegation zur Rechtsetzung ermächtigt wird.[1974] Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 5 GG ist es mithin, die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums und damit des Staatsapparates zu sichern, indem das Recht des öffentlichen Dienstes gesetzlich ausgestaltet wird.

Da es sich bei der gesundheitlichen Eignung um ein Kriterium handelt, das bei der Nichterfüllung durch den Bewerber dessen Zugang zum öffentlichen Amt verhindern und den Bewerber in seiner Grundrechtsausübung verletzen kann, liegt nachfolgend der Fokus auf der Frage, inwiefern ein Abstellen auf ein gesundheitliches Kriterium ohne seine entsprechende gesetzliche Ausgestaltung im Rahmen des Auswahlprozesses zulässig ist. Mit anderen Worten ist zu untersuchen, ob der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes eine gesetzliche Ausgestal-

1972 Zum Gesetzesvorbehalt im Rahmen der Leistungsverwaltung siehe bspw. Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Grzeszick*, Art. 20 GG, Rn. 117 ff.

1973 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. (2016), Rn. 81.

1974 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 204.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tung der gesundheitlichen Eignung als Ermächtigungsgrundlage für die zuvor dargestellten Grundrechtsverletzungen[1975] verlangt.

4. Grundrechtswesentlichkeit als Maßstab des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes

Nach Ansicht des BVerfG wird der Gesetzgeber durch das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratiegebot verpflichtet, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen.[1976] Maßstab ist hier also der Wesentlichkeitsgrundsatz, wonach der Gesetzgeber dann eigens zu entscheiden hat, wann der zugrundeliegende Sachverhalt wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte ist.[1977] Eine solche Wesentlichkeit hat das BVerwG beispielsweise für die Regelung der Laufbahnprüfung von Beamtenanwärtern bejaht:

> „Die Regelung des Zugangs zu der streitigen Laufbahn berührt das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), das hier durch das Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Maßgabe der Eignung und Befähigung (Art. 33 Abs. 2 GG) gewährleistet ist […]. In diesem Bereich hat der Gesetzgeber aufgrund des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips (Art. 20 GG) die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und darf sie nicht der Verwaltung überlassen […]. Diese Grundsätze gelten auch im Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG […]."[1978]

Wenn das BVerwG den Wesentlichkeitsgrundsatz auch dann anwendet, wenn es um den Zugang zu einer Laufbahn innerhalb des öffentlichen Dienstes geht, dann ist daraus zu schlussfolgern, dass dieser Grundsatz als Maßstab auch für die hier zugrunde liegende Frage des Regelungs-

1975 Siehe zu den Grundrechtsverletzungen Teil 6 Abschn. B „Eingriff in verschiedene Grundrechte durch die Judikative".

1976 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 – BVerfGE 139, 19, 45, juris Rn. 52.

1977 BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – BVerfGE 47, 46, 78 f., juris Rn. 92.

1978 BVerwG, Urt. v. 01.06.1995 – 2 C 16/94 – BVerwGE 98, 324, 327, juris Rn. 15. Ebenso in einer jüngeren Entscheidung VG Bayreuth, Urt. v. 12.11.2010 – B 5 K 09.73 – juris Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

bedürfnisses der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium anzulegen ist.

5. Ergebnis: Konkrete Grundrechtswesentlichkeit und Regelungsbedürfnis der gesundheitlichen Eignung

Ob die gesundheitliche Eignung angesichts des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes einer (näheren) Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf, richtet sich in Anwendung der Rechtsprechung des BVerfG[1979] danach, ob das Kriterium der gesundheitlichen Eignung wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte ist.

Zuvor wurde bereits untersucht, inwiefern es durch die Anwendung dieses Kriteriums zu Grundrechtseingriffen kommt und inwieweit diese einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugänglich sind.[1980] Dabei wurde festgestellt, dass durch gesundheitliche Anforderungen an den Bewerber Hindernisse für den Zugang zum öffentlichen Amt aufgestellt werden, die in die garantierte Grundrechtssphäre des jeweiligen Bewerbers eingreifen können, ohne dass dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte. Insbesondere wurde das Fehlen einer adäquaten Ermächtigungsgrundlage für derartige Eingriffe verzeichnet sowie eine unzulässige Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes.

Mit der gesundheitlichen Eignung als Anforderungskriterium im Rahmen des Auswahlprozesses und der Ernennungsentscheidung geht im Ergebnis eine Loslösung vom Grundsatz der Bestenauslese einher, welche die Grundrechtsausübung des Bewerbers mindert.[1981] Diese Grundrechtsminderung kann sich je nach Berufsfeld unterschiedlich stark auswirken. Im Falle des Lehrberufs wird beispielsweise die Berufsausübung an sich durch eine mangelnde gesundheitliche Eignung nicht unmöglich gemacht, sondern lediglich der Ausgestaltung im Rahmen eines anderen Rechtsverhältnisses vorbehalten. Im Rahmen

1979 BVerfG, Beschl. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – BVerfGE 47, 46, 78 f., juris Rn. 92.

1980 Siehe Teil 6 Abschn. B „Eingriff in verschiedene Grundrechte durch die Judikative".

1981 So im Ergebnis Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 297 m.w.N. zur Rechtsprechung.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

von Berufen aber, die wegen des Funktionsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG allein von Beamten ausgeübt werden dürfen, kann die gesundheitliche Eignung über das „ganz oder gar nicht" der Berufsausübung entscheiden; mit ihr steht oder fällt im Ergebnis der Zugang zum öffentlichen Amt. Bei der gesundheitlichen Eignung handelt es sich folglich zweifelsohne um ein grundrechtswesentliches Element.

Dieses Ergebnis spiegelt eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2015 wider, der die Frage der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einführung von Einstellungshöchstaltersgrenzen im Öffentlichen Dienst zugrunde lag. Hier wies das BVerfG in aller Deutlichkeit darauf hin, dass es vorrangig Aufgabe des Parlamentsgesetzgebers sei, die Abwägung und den Ausgleich zwischen dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG und anderen in der Verfassung geschützten Belangen vorzunehmen; Ausnahmen vom Leistungsgrundsatz beim Zugang zum Beamtenverhältnis bedürfen demnach grundsätzlich „einer (parlaments-)gesetzlichen Grundlage".[1982] Da es sich bei der gesundheitlichen Eignung als Anforderungskriterium um eine solche Ausnahme vom Leistungsgrundsatz handelt, ist für sie ein Regelungsbedürfnis zu bejahen.[1983] Aufgrund der bisherigen unzureichenden bzw. fehlenden gesetzlichen Ausgestaltung dieses Kriteriums ist die derzeitige Rechtslage angesichts von nicht zu rechtfertigenden Grundrechtseingriffen durch die Nichtverbeamtung wegen fehlender gesundheitlicher Eignung als verfassungswidrig zu beklagen.

1982 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 50, juris Rn. 60. Diese Rechtsprechung greift auch v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/*v. Roetteken*, § 9 BeamtStG, 20. Akt. 2017, Rn. 248 auf, demzufolge aufgrund dieser Entscheidung davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber selbst festzulegen habe, inwiefern eine aktive Dienstleistung von Menschen mit Behinderungen erwartet werden könne: „Wenn schon die bloße Ermächtigung zum Erlass laufbahnrechtlicher Vorschriften für eine dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip genügende Altersgrenzenregelung in Gestalt einer VO nicht genügt, wird man die vergleichbare Frage im Verhältnis zu Menschen mit einer Behinderung ebenso wenig einer VO oder gar dem bloßen Ermessen des Dienstherrn überlassen können."

1983 So auch im Hinblick auf die Durchbrechung des Leistungsprinzips Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 296; Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 17. Hinsichtlich der wesentlichen Zugangsregelungen bejaht auch *Masing* die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung, Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 94 Fn. 528 m.w.N. zur Rechtsprechung.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

III. Denkbare Regelungsansätze

Kritisiert wurde bisher insbesondere einerseits, dass generell entgegen Art. 33 Abs. 2 GG auf die gesundheitliche Eignung als Zugangsanforderung im Auswahlprozess für Ernennungsentscheidungen abgestellt wird, sowie andererseits, dass der nationale Normenkomplex dafür einer entsprechenden Rechtsgrundlage entbehrt. Bevorstehend wird dies zum Anlass genommen, Überlegungen zu einer möglichen gesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung anzustrengen. Dabei sind vorrangig Fragen über die Zuständigkeit der gesetzlichen Regelung sowie zur erforderlichen Regelungstiefe zu beantworten.

1. Zuständigkeit für den Erlass der Regelung

Seiner Formulierung entsprechend verpflichtet Art. 33 Abs. 5 GG zunächst die Legislative; eine Bindung des Verordnungs- und Satzungsgebers kann durch Delegation erfolgen, sofern dieser zu einer entsprechenden Rechtssetzung ermächtigt wurde.[1984] Art. 33 Abs. 5 GG gilt für das Bundes- wie auch das Landesbeamtenrecht gleichermaßen.[1985] Im hier zugrunde liegenden Kontext vermag aber diese Vorschrift nicht weiter zu helfen, da zuvor herausgestellt wurde, dass das Erfordernis nach einer gesetzlichen Regelung der gesundheitlichen Eignung nicht aus Art. 33 Abs. 5 GG herrührt, sondern aus dem rechtsstaatlichen Prinzip des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes. Für die Frage der Wesentlichkeit und damit der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ist aber nicht entscheidend, ob der zu regelnde Sachverhalt einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums darstellt.[1986]

Zunächst ist fraglich, welcher Regelungsform es bedarf, um eine Grundlage zur Ermächtigung von Grundrechtseinschränkungen zu statuieren bzw. konkret, um die durch die Anwendung des Kriteriums

1984 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 77 mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 14.06.1960 – 2 BvL 7/60 – BVerfGE 11, 203, 2010, juris Rn. 23. Ebenso Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 204. Ähnlich v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 5 GG, Rn. 40.

1985 BVerfG, Urt. v. 01.12.1954 – 2 BvG 1/54 – BVerfGE 4, 115, 135, juris Rn. 62; BVerfG, Urt. v. 05.07.1983 – 2 BvR 460/80 – BVerfGE 64, 367, 378, juris Rn. 32.

1986 BVerwG, Urt. v. 17.04.2004 – 2 C 50/02 – BVerwGE 121, 103, 105 f., juris Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

der gesundheitlichen Eignung hervorgerufenen Rechtsverletzungen möglicherweise zu rechtfertigen. Dazu wies das BVerfG darauf hin, die Regelungsform des Gesetzes sei für das Beamtenverhältnis typisch und sachangemessen, weshalb die wesentlichen Inhalte des Beamtenrechts daher durch Gesetz zu regeln seien.[1987] Zweifelsohne war damit mehr gemeint als lediglich ein Gesetz im materiellen Sinne, wie sich im Umkehrschluss aus diesem Judikat ergibt, in dem das BVerfG ausführt, dass es nicht darauf ankomme, ob bestimmte Regelungen in der Vergangenheit durch Rechtsverordnung erfolgt seien. Darüber hinaus verlangte es, wie zuvor bereits erwähnt, für Durchbrechungen des Leistungsprinzips eine parlamentsgesetzliche Grundlage.

Daraus folgt, dass Verwaltungsvorschriften für die Regelung von gesundheitlichen Eignungsanforderungen für den Zugang zum öffentlichen Amt bereits untauglich sind, da sie als Regelungsform nicht den Anforderungen an den verfassungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes genügen.[1988] Bei Verwaltungsvorschriften handelt es sich um reines Innenrecht der Exekutive, welche ohne gesetzliche Ermächtigung von dieser erlassen werden kann.[1989] Durch Verwaltungsvorschriften werden allein die Amtsträger der Verwaltung gebunden, aber keine unmittelbaren Rechte und Pflichten begründet; folglich vermögen ihre Bestimmungen Grundrechtseingriffe nicht zu rechtfertigen.[1990]

Unklar ist aber, ob angesichts der Ausführungen des BVerfG eine „parlamentsgesetzliche Vollregelung" erforderlich ist oder ob ein hinreichend dirigierendes Ermächtigungsgesetz zum Erlass sich anschließender Rechtsverordnungen genügt.[1991] Die Möglichkeit der Delegation der parlamentarischen Rechtssetzungsmacht an die Exekutive

1987 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 –BVerfGE 139, 19, 48, juris Rn. 57.

1988 *Tegethoff*, JA 2005, 794 (795).

1989 Ehlers/Pünder (Hrsg.)/*Möstl*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, § 20 Rn. 17.

1990 Ehlers/Pünder (Hrsg.)/*Möstl*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, § 20 Rn. 19. So entschied das BVerwG bereits seinerzeit, dass beispielsweise Beihilfevorschriften Verwaltungsvorschriften in Form von Verwaltungsvorschruften nicht den Anforderungen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts genügen, BVerwG, Urt. v. 17.06.2004 – 2 C 50/02 – BVerwGE 121, 103, 109, juris Rn. 16.

1991 Vgl. *Saurer*, DÖV 2005, 587 (593).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

durch eine Erteilung der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen besteht auch für solche Sachverhalte, die dem Vorbehalt des Gesetzes unterworfen sind, da es sich auch bei Rechtverordnungen um materielles Recht handelt.[1992] Rechtsverordnungen sind Rechtsnormen, die nicht von der Legislative, sondern von der Exekutive erlassen werden, das heißt von der Regierung, dem Ministerium oder einer Verwaltungsbehörde, und die grundsätzlich über gesetzesgleiche Wirksamkeit verfügen und damit Rechte und Pflichten begründen können.[1993]

Diese Möglichkeit der abgeleiteten Rechtssetzungsmacht ist eigens in Art. 80 Abs. 1 GG vorgesehen. Durch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Ermächtigungsgesetz bestimmt werden müssen, soll aber wiederum verhindert werden, dass das Parlament seine Verantwortung als gesetzgebende Kraft vollends auf die Verwaltung abwälzt, weshalb es festlegen muss, wie eine Rechtsfrage durch Verordnung geregelt werden soll und in welchem Rahmen.[1994] Es soll gewährleistet werden, dass wesentliche Regelungen in einem Verfahren entstehen, das transparent ist und die parlamentarische Opposition beteiligt.[1995] Die staatlichen Entscheidungen sollen „von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen."[1996] Das heißt also im Ergebnis, dass dem Gesetzesvorbehalt generell auch durch Ermächtigungsgesetze entsprochen werden kann, jedoch müssen die wesentlichen Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden.[1997] Delegiert werden darf also nur das, was nicht wesentlich

1992 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), § 5 Rn. 174. Ähnlich *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 9.

1993 Ehlers/Pünder (Hrsg.)/*Möstl*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, § 20 Rn. 1.

1994 BeckOK GG/*Uhle*, Art. 80 GG, Rn. 17.

1995 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 46, juris Rn. 53.

1996 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 46, juris Rn. 53.

1997 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 47, juris Rn. 54.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

ist; für den Inhalt der Delegation selbst ist dann wiederum Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG maßgeblich.[1998]

2. Erforderlicher Dichtegrad der Regelung

Fraglich ist aber, welche die wesentlichen Regelungen sind, also welchen Dichtegrad das Parlamentsgesetz aufweisen muss. Die Notwendigkeit zur parlamentsgesetzlichen Regelung besteht dort, wo die Öffentlichkeit und Transparenz der Diskussion erzielt und die Durchsetzungsfähigkeit von Sonderinteressen vermindert werden sollen.[1999] Generell gilt, dass die Anforderungen an den Inhalt der gesetzlichen Regelung umso höher sind und diese umso präziser formuliert sein muss, je gravierender sich die Grundrechtsbetroffenheit des einzelnen Bürgers darstellt, je bedeutender sich diese Betroffenheit auf die Allgemeinheit auswirkt und je umstrittener die Rechtsfrage in der Öffentlichkeit betrachtet wird.[2000]

Der parlamentarische Gesetzgeber hat zunächst dasjenige selbst zu regeln, was grundrechtswesentlich ist. Grundrechtswesentlich in diesem Sinne sind Ausnahmen vom Leistungsgrundsatz beim Zugang zum Beamtenverhältnis[2001] und somit die gesundheitliche Eignung. Das Parlamentsgesetz müsste deshalb zunächst vorschreiben, dass die gesundheitliche Eignung eine zulässige Abweichung vom verfassungsrechtlich statuierten und garantierten Leistungsgrundsatz darstellt und dass seine Durchbrechung aufgrund dieses Kriteriums nicht unzulässig ist. Weiterhin müsste die gesundheitliche Eignung selbst definiert werden. Hierfür böte es sich an, die bereits in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung entwickelte Konkretisierung dieser Bestimmung

1998 So auch *Saurer*, DÖV 2005, 587 (593); Ehlers/Pünder (Hrsg.)/*Möstl*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, § 20 Rn. 4; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 14 Grundsätzlich zur Umstrittenheit des Verhältnisses zwischen Wesentlichkeitstheorie und Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 15. Für eine „weitegehende Bedeutungslosigkeit" von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Remmert*, Art. 80 GG, Rn. 69 ff.

1999 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), § 5 Rn. 176 f.

2000 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 6 Rn. 14.

2001 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 50, juris Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

heranzuziehen. Die gesundheitliche Eignung wäre dann zu verneinen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist.[2002] Bei dieser Formel handelt es sich allerdings allein um die Umschreibung des zeitlichen Prognosemaßstabs. Erforderlich ist aber weiterhin die Festschreibung des tatsächlichen Bezugspunkts, auf den sich der zeitliche Maßstab bezieht, und damit auch eine Kodifikation des aufgabenbezogenen Maßstabs. Dabei handelt es sich um das Amt im abstrakt-funktionellen Sinn.[2003]

Darüber hinaus müssten die spezifischen Bedürfnisse behinderter Menschen stärker berücksichtigt werden und entsprechende Verdeutlichung im Gesetzestext finden. Es wäre explizit zu formulieren, dass der Behinderungsbegriff der UN-BRK im Rahmen der gesundheitlichen Eignungsbeurteilung zugrunde zu legen ist und dass weder nach dem Grund noch nach dem Schweregrad der Behinderung zu unterscheiden ist. Dementsprechend müsste der Normanwender dazu verpflichtet werden, behinderten Menschen ungeachtet der Ausprägung ihres jeweils individuellen Behinderungsgrades denselben Schutz zukommen zu lassen, sodass schließlich jeder Mensch mit Behinderungen den Anspruch darauf hätte, am herabgesenkten zeitlichen und tätigkeitsbezogenen Prognosezeitraum gemessen zu werden. Von einem behinderten Menschen im Sinne des Art. 1 Abs. 2 UN-BRK dürfte somit nur das Mindestmaß der gesundheitlichen Eignung verlangt werden, derer es bedürfte, um irgendeine angemessene Beschäftigung auszuführen, die mit dienstlichen Bedürfnissen im Einklang steht.[2004] Damit würde auch den Vorgaben der RL 2000/78/EG und ihrer Auslegung durch den EuGH entsprochen.

Letztlich würde es sich bei einem Gesetz der beschriebenen Art um eine Kodifizierung bereits bestehender Rechtsvorschriften handeln; wohl wäre ein solches Gesetz deshalb allein deklaratorischer Natur. Denn die vorangegangenen Untersuchungen haben gezeigt, dass die in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung und Rechtspraxis

2002 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 16.
2003 Siehe Teil 4 Abschn. C Kap. IV „Präzisierung".
2004 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 254, juris Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

kultivierte Heranziehung der gesundheitlichen Eignung als Auswahlkriterium gegen diverse nationale, unionsrechtliche und völkerrechtliche Regelungen verstoßen, obschon diese Regelungen zweifelsohne bestehen und ihr Erklärungsgehalt bekannt ist. Dennoch konnten weder die nationale Verfassung noch supranationale Gesetze oder Konventionen die Rechtsprechung und Verwaltung davon abhalten, behinderten Menschen mit der Begründung einer mangelnden gesundheitlichen Eignung den Zugang zum öffentlichen Amt zu verwehren. Indem der bundesdeutsche Gesetzgeber durch ein formelles Recht zu dieser Lage materiellen Unrechts Stellung bezöge, wären sowohl die Judikative als auch die Exekutive gehalten, bei der Verbeamtung und Beurteilung der gesundheitlichen Eignung nicht mehr nach einfach behindert, schwerbehindert oder gleichgestellt zu unterscheiden. Dazu wäre er auch nach Maßgabe des Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG für die Bundesbeamten befugt sowie gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG ebenfalls für die Landesbeamten, da es bei der gesundheitlichen Eignung um ein Erfordernis der Begründung eines Beamtenverhältnisses ginge, weshalb die Statusrechte und -pflichten der Beamten betroffen wären.

Durch den Erlass einer derartigen Ermächtigungsgrundlage, die außerdem die Grundrechte benennen müsste, welche durch die Anwendung des Eignungskriteriums der gesundheitlichen Eignung eingeschränkt werden, würde das Parlament zur Diskussion genötigt und die Interessen des Bürgers, der eine Beschäftigung im Beamtenverhältnis anstrebt, auf adäquate Weise berücksichtigen.[2005] Die Funktion des formellen Gesetzgebungsverfahrens, wie es in den Art. 70, 76 ff. GG vorgesehen ist, würde dem daraus hervorgehenden Gesetz zu Transparenz und der bestehenden Rechtslage zu größerer Klarheit und Sicherheit verhelfen.[2006]

Das die wesentlichen Aspekte der gesundheitlichen Eignung regelnde Parlamentsgesetz könnte weiter die Exekutive dazu ermächtigen, ergänzende Regelungen zu treffen. Dabei, so Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden.

2005 Vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), § 5 Rn. 176 f.

2006 Vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), § 5 Rn. 177.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Durch die Notwendigkeit einer ausreichenden Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage wird der Vorbehalt des Gesetzes und damit der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergänzt und konkretisiert.[2007] Eine Ausprägung dieses Vorbehalts stellt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG dar, wodurch der staatliche Eingriff durch die Verwaltung auf nachvollziehbare Weise dem parlamentarischen Willen zugeordnet werden kann.[2008]

Aus dieser Verfassungsnorm folgt, dass das Ermächtigungsgesetz selbst festlegen muss, wozu, warum und inwieweit die Rechtssetzungsmacht auf die Exekutive delegiert werden soll. Diese Ermächtigung, aufgrund derer anschließend Rechtsverordnungen erlassen werden können, muss also in einem formellen Gesetzgebungsverfahren nach Maßgabe der Art. 76 ff. GG zustande gekommen sein.[2009] Dementsprechend dient der Wesentlichkeitsgrundsatz nicht nur für die Beantwortung der Frage, welcher Gegenstand geregelt werden muss, sondern auch, wie tiefgehend und präzise die Regelung sein muss.[2010] Dafür ist die Erheblichkeit des Eingriffes in die Rechtstellung des Betroffenen maßgeblich: je nachhaltiger der Eingriff, desto bestimmter muss die Ermächtigungsgrundlage formuliert sein.[2011] Ihr Bestimmtheitsgrad darf nicht so vage sein, als dass nicht mehr abzusehen ist, welchen Inhalt die Verordnungen haben werden, die aufgrund ihrer erlassen werden; es muss somit bereits aus der Ermächtigung selbst deutlich werden, welche Maßnahmen gegenüber dem Bürger zulässig sind und welche nicht.[2012] Ausreichend ist demgegenüber jedoch, wenn sich Inhalt, Zweck und Ausmaß aus dem Kontext durch Auslegung ergeben.[2013] Das heißt, dass das Gesetz nicht jede Einzelheit des staatlichen

2007 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 47, juris Rn. 54.
2008 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 47 juris Rn. 55.
2009 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Remmert*, Art. 80 GG, Rn. 49.
2010 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 47, juris Rn. 54.
2011 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 47, juris Rn. 55.
2012 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 47, juris Rn. 55.
2013 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Remmert*, Art. 80 GG, Rn. 65 mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung, gemeint war wohl BVerfG, Urt. v. 03.03.2009 – 2 BvC

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Handelns, zu dem ermächtigt wird, benennen muss.[2014] Daraus folgt, dass auch die Verwendung von Generalklauseln zulässig ist, solange dadurch die Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns nicht eingeschränkt wird.[2015]

Denkbar wäre unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe, die Verwaltung dazu zu ermächtigen, Regelungen hinsichtlich der Feststellung der gesundheitlichen Eignung zu treffen; entsprechende Ansatzpunkte hat das BVerwG dafür bereits vorgelegt:[2016] Zunächst müsste der Dienstherr dazu angewiesen werden, die körperlichen Anforderungen zu bestimmen, auf die sich die zeitliche Prognose beziehen soll. Maßgeblich wäre hierfür hier der typische Aufgabenbereich des jeweiligen abstrakt-funktionellen Amts. Dadurch allein schon würde verhindert, dass ein Bewerber für den allgemeinen Verwaltungsdienst an Anforderungen gemessen würde, die für den später auszuführenden Aufgabenbereich nicht erforderlich sind. Der Dienstherr wäre auf diese Weise zur Reflexion darüber gezwungen, welcher körperlichen Anforderungen es beispielsweise für eine Schreibtischtätigkeit bedarf.

Darüber hinaus könnte die Exekutive dazu ermächtigt werden, die Rahmenbedingungen der gesundheitlichen Untersuchung zu normieren, und zwar hinsichtlich der Frage, inwieweit die körperliche und psychische Verfassung sowie eine entsprechende Veranlagung untersucht werden darf, wie vergangenheitsbezogen und vor allem durch welche Methode. So würde einerseits dem Einschätzungsspielraum des Dienstherrn hinsichtlich der jeweiligen tätigkeitsbezogenen Anforderungen entsprochen und andererseits jedem am Auswahlverfahren Beteiligten über die Grenzen der Eignungsuntersuchung Klarheit verschafft.

Die durch diese Ermächtigungsgrundlage möglicherweise erlassenen Rechtsverordnungen müssen ihrerseits gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG das zum Erlass ermächtigende Parlamentsgesetz angeben. Es han-

---

3/07 – BVerfGE 123, 39, 78, juris Rn. 133. Ehlers/Pünder (Hrsg.)/*Möstl*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, § 20 Rn. 3.

2014 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 181.

2015 *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. (2015), Rn. 181.

2016 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 246, juris Rn. 10-12.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

delt sich dabei um eine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung; ihr Fehlen führt zur Nichtigkeit der Verordnung.[2017]

3. Fazit

Die Regelung der gesundheitlichen Eignung als Anforderungskriterium für den Zugang zum öffentlichen Amt durch ein formalgesetzliches Parlamentsgesetz ist nach den gefundenen Ergebnissen unabdingbar. Dadurch würde die erste Voraussetzung zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundrechte von Beamtenbewerbern, namentlich eine gesetzliche Grundlage,[2018] erreicht. Damit die Maßnahme aber vollends Verfassungsmäßigkeit für sich beanspruchen kann, ist weiterhin eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich.[2019] Die Unverhältnismäßigkeit der Heranziehung der gesundheitlichen Eignung als Auswahlkriterium wurde weiter oben bereits untersucht. Letztlich wird es vom jeweiligen Einzelfall abhängen, ob ein entsprechender Eingriff in die Grundrechtssphäre eines Bewerbers verfassungsrechtlich ist. Durch eine parlamentsgesetzliche Ermächtigungsgrundlage wie dargestellt würde es dann aber nur noch auf die Frage der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ankommen, nicht aber auf die Rechtmäßigkeit des Handelns an sich.

F. Zusammenfassung

Mit der Ablehnung eines Bewerbers durch die Ernennungsbehörde wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung und der ausbleibenden Korrektur dieser Rechtslage im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung werden Bewerber in ihren Grundrechten aus Art. 33 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 sowie ggf. aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt bzw. in ihren Rechten aus Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, wenn es sich bei dem Bewerber um einen Drittstaatsangehörigen handelt.

2017 Ehlers/Pünder (Hrsg.)/*Möstl*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis, § 20 Rn. 7.
2018 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 17.
2019 Jarass/Pieroth (Hrsg.)/*Jarass*, Art. 33 Abs. 2 GG, Rn. 17 a.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Keines der in der Rechtsprechung des BVerwG angeführten Argumente vermag diese Grundrechtsverletzungen zu rechtfertigen, insbesondere das von der Rechtsprechung vielfach rezitierte Interesse des Dienstherrn an einem angemessenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit taugen hierfür nicht:

Auch wenn das Lebenszeit- und Alimentationsprinzip von der Rechtsprechung dazu herangezogen wird, Eingriffe in Grundrechte und insbesondere in Art. 33 Abs. 2 zu rechtfertigen,[2020] war zu erkennen, dass anhand dieser hergebrachten Grundsätze die Notwendigkeit nach einer Ausgeglichenheit von aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit nicht hergeleitet werden kann. Denn das Lebenszeitprinzip ist kein Ausdruck eines etwaigen versorgungsbezogenen synallagmatischen Verhältnisses zwischen Dienstherrn und Beamten, sondern ist ein hergebrachter Grundsatz für die Unkündbarkeit eines Beamten mit dem Zweck, dass er seine Arbeit stets loyal und rechtsstaatskonform ausüben kann, ohne sich um eine Kündigung zu sorgen; nach dem Alimentationsprinzip wird dieser Zweck dadurch unterstützt, dass der Beamte amtsangemessen alimentiert wird, um ihn vor Bestechlichkeit zu bewahren.

Das Argument, der gesundheitlichen Eignung als Auswahl- und Zugangskriterium bedürfe es aufgrund der Sicherung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung, konnte ebenfalls entkräftet werden. Zum Einen ist unklar, wie das Verhältnis der Funktionsfähigkeit der Verwaltung zur Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums genau ausgestaltet ist und welcher Gehalt ihnen jeweils zukommt. Darüber hinaus ist nicht sicher, ob und inwiefern das Kriterium der gesundheitlichen Eignung tatsächlich und erwiesenermaßen die Funktionsfähigkeit der Verwaltung fördert, bzw. inwiefern es ihr schadet, wenn beim Zugang zum öffentlichen Amt auf die Gesundheitsprüfung verzichtet wird.

Mit dem Ziel der sparsamen Haushaltsführung können die dargestellten Grundrechtseingriffe ebenfalls nicht gerechtfertigt werden, da haushalts- und beschäftigungspolitische Erwägungen im Rahmen der Stellenbesetzung nur insofern eine Rolle spielen dürfen, als sie darüber

2020 BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 – BVerfGE 139, 19, 56 f., juris Rn. 77.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

entscheiden, ob überhaupt eine Stelle besetzt wird, aber nicht mit welchem Bewerber.

Auch das Sozialstaatsprinzip kann zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen, die durch ein Abstellen auf die gesundheitliche Eignung als Zugangskriterium entstehen, nicht herangezogen werden. Denn die Anwendung des Kriteriums der gesundheitlichen Eignung stellt an sich schon eine Durchbrechung des Leistungsprinzips dar, die nicht dadurch legitimiert wird, dass sie bei schwerbehinderten Menschen in modifizierter Form angewendet wird.

Darüber hinaus wurde festgestellt, dass die Verwaltung aufgrund des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes einer Ermächtigungsgrundlage bedarf, wenn sie den Zugang zum öffentlichen Amt von einer gesundheitlichen Eignung abhängig macht und dadurch in Grundrechte eingreift. Dieses Bedürfnis besteht wegen der „Grundrechtswesentlichkeit" der gesundheitlichen Eignung. Die gesetzliche Regelung kann deshalb nur insofern vom Verordnungsgeber erlassen werden, wie sie nicht solche Inhalte regelt, die wesentlich sind; diese sind der Regelung durch den Parlamentsgesetzgeber vorbehalten. Wesentliche Inhalte sind in diesem Zusammenhang die Eigenschaft der gesundheitlichen Eignung als ein das Leistungsprinzip durchbrechendes Kriterium, ihre Definition, der für ihre Feststellung anzulegende Maßstab, eine explizite Berücksichtigung von Menschen mit Behinderungen unabhängig vom jeweiligen Schweregrad sowie die Ermächtigung der Exekutive, die Rahmenbedingungen der gesundheitlichen Untersuchung zu konkretisieren.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 7: Rechtsschutz- und Haftungsfragen

Angesichts der vielen Faktoren, die einerseits über den Zugang zum öffentlichen Amt bestimmen können, und solcher Faktoren, die zwar nicht über den Zugang bestimmen dürfen, sich aber trotzdem auf den Auswahlprozess auswirken, verwundert es wenig, wenn der benachteiligte Bewerber gerichtlichen Schutz ersucht. Im Folgenden sollen darum einige Rechtsschutzmöglichkeiten dargestellt werden. Freileich lassen sich diese auch auf Fälle anwenden, die nicht spezifisch mit der Problematik der gesundheitlichen Eignung oder einer Diskriminierung aufgrund der Behinderung zusammen hängen, sondern auch auf diejenigen Fälle, in denen eine Bewerberauswahl aus anderen Gründen gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG verstößt bzw. Schadensersatz aufgrund von Diskriminierung aus anderen Gründen als der Behinderung verlangt wird. Dennoch lassen sich die folgenden Rechtsschutz- und Haftungsfragen auch auf die mit der gesundheitlichen Eignung in Zusammenhang stehenden Problematiken anwenden, weshalb sie nachfolgend dargestellt werden.

Zunächst ist dazu auf das beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren einzugehen und im Anschluss auf die Möglichkeit, wegen Benachteiligung aufgrund der Behinderung durch die Nichtverbeamtung infolge gesundheitlicher Nichteignung Schadenersatz zu verlangen. Am Ende soll ein Überblick über weitere Rechtsschutzmöglichkeiten erfolgen.

A. Konkurrentenstreitverfahren

Eine echte Konkurrentenklage, wie sie das Wirtschafts- und Vergaberecht kennt, ist im Beamtenrecht nicht anerkannt.[2021] Stattdessen werden unter diesem Begriff verschiedene Sachverhalte zusammen gefasst,

2021 *Battis*, DVBl. 2013, 673 (673).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

in denen im Rahmen einer Stellenbesetzung gescheiterte Bewerber gegen ihren erfolgreichen Konkurrenten im Klagewege vorgehen, um dessen Einstellung oder Beförderung zu verhindern bzw. für sich selbst zu beanspruchen.[2022]

I. Der Bewerbungsverfahrensanspruch

Nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG hat der Dienstherr die jeweilige Stelle allein mit demjenigen Bewerber zu besetzen, der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung am besten für die Ausführung des Amts geeignet ist. Das gilt jedenfalls insoweit, als der Dienstherr die Stelle nicht durch Umsetzung oder Versetzung eines Beamten bekleiden will.[2023] Neben seiner staatsorganisationsrechtlichen Komponente, wonach die bestmögliche Stellenbesetzung das fachliche Niveau und die rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes gewährleisten soll, enthält Art. 33 Abs. 2 GG ein grundrechtsgleiches Recht auf eine leistungsgerechte Bewerberauswahl und vermittelt daher einen Anspruch darauf, dass die jeweilige Bewerbung allein am Leistungsgrundsatz gemessen wird; dieser Anspruch wird Bewerbungsverfahrensanspruch genannt.[2024]

Die Ernennung stellt einen Verwaltungsakt dar, der zu unmittelbaren Rechtswirkungen auf die Bewerbungsverfahrensansprüche der jeweiligen Bewerber führt, die im Auswahlverfahren gegenüber ihrem Konkurrenten verlieren.[2025] Mit der Ernennung des für die Stelle ausgewählten Bewerbers wird das Auswahlverfahren abgeschlossen, was sowohl Auswirkungen für den ausgewählten Bewerber entfaltet wie auch für alle anderen Bewerber, die abgelehnt wurden.[2026] Denn der Bewerbungsverfahrensanspruch ist an ein laufendes Auswahlverfahren in Bezug auf nur ein bestimmtes Amt gebunden, um das die Bewerber konkurrieren; ihre jeweiligen Ansprüche sind derart aufeinander bezogen, dass sich die Erfolgsaussichten des einen Bewerbers automatisch

2022 v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 34.
2023 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 106, juris Rn. 20.
2024 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 106 f., juris Rn. 21.
2025 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 105, juris Rn. 17.
2026 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 105 f., juris Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

auf diejenigen des oder der anderen Bewerber auswirkt.[2027] Wird ein Bewerber abgelehnt, weil sein Konkurrent gemäß Art. 33 Abs. 2 GG besser geeignet ist, bedeutet dies jedoch nicht, dass seinem Bewerbungsverfahrensanspruch nicht entsprochen wurde. Sein Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl wird nämlich auch dann erfüllt, wenn ihm der Zugang in Übereinstimmung mit dem Leistungsgrundsatz versagt wird und der Dienstherr einen anderen Bewerber für am besten geeignet erachtet.[2028] Lediglich in dem seltenen Fall, in dem der Beurteilungsspielraum des Dienstherrn im Hinblick auf das Vorliegen der Eignungskriterien auf Null reduziert ist, verleiht der Bewerbungsverfahrensanspruch dem Bewerber einen Anspruch auf Zugang.[2029]

Dieser Bewerbungsverfahrensanspruch wird auch dann ausgelöst, wenn ein Bewerber wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung für das zu besetzende Amt abgelehnt wird; der Bewerber hat also einen Anspruch darauf, dass über seine Bewerbung rechtsfehlerfrei und allein am Maßstab des Leistungsgrundsatzes und dementsprechend ohne Rücksicht auf eine etwaige Behinderung entschieden wird.[2030]

Durch die Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2010[2031] wurde der Rechtsschutz eines abgelehnten Bewerbers um ein öffentliches Amt neu kalibriert. Während zuvor ein zu Unrecht übergangener Bewerber allein auf Schadensersatzansprüche verwiesen wurde,[2032] da wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität eine bereits erfolgte Ernennung grundsätzlich nicht zurückgenommen werden konnte,[2033] bzw. der Dienstherr dazu verpflichtet werden konnte, eine weitere Planstelle einzurichten,[2034] steht dieser Grundsatz nunmehr der Klage auf Aufhebung eines unterlegenen Bewerbers dann nicht mehr entgegen, wenn dieser vor der Ernennung an der Ausschöpfung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrens-

2027 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107, juris Rn. 23.
2028 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107, juris Rn. 23.
2029 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107, juris Rn. 22.
2030 So bereits *Otte*, ZBR 2007, 401 (404).
2031 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102-122.
2032 BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22/09 – BVerwGE 136, 140, 142 f., juris Rn. 13.
2033 BVerfG, Einstw. Anordnung v. 03.09.2007 – 1 BvR 2177/07 – juris Rn. 24.
2034 BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 – 2 C 14/02 – BVerwGE 118, 370, 374 f., juris Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

anspruchs gehindert wurde.[2035] Diese Änderung ist zu begrüßen, stieß doch die vorherige Rechtsprechungspraxis auf verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich einer unzulässigen Verkürzung von Art. 19 Abs. 4 GG.[2036] Denklogisch kann der Grundsatz der Ämterstabilität sich überhaupt nur dann auswirken, wenn eine Stelle endgültig besetzt wurde. Zu unterscheiden sind darum Rechtsschutzmöglichkeiten vor dem Zeitpunkt der Ernennung sowie danach.

II. Klage vor Ernennung des Konkurrenten

Wurde der ausgewählte Konkurrent zwar ausgewählt, aber noch nicht ernannt, kann der unterlegene Bewerber auf verschiedene Arten verwaltungsprozessualen Rechtsschutzes zurückgreifen, namentlich auf den Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid, den Antrag einer einstweiligen Anordnung oder auf die Erhebung einer verwaltungsrechtlichen Klage.[2037] Dabei wird dem unterlegenen Bewerber keine Auswahlmöglichkeit zuteil; vielmehr muss er alle der genannten Rechtsmittel ergreifen.[2038] Vorzugehen ist allein gegen den möglicherweise in der Zukunft ergehenden Verwaltungsakt der Ernennung. Dieser schließt sich der Auswahlentscheidung an, setzt sie um und führt zur Beendigung des Auswahlverfahrens.[2039] Dabei handelt es sich um eine rechtsverbindliche Bestätigung der Auswahlentscheidung,[2040] welche ihrerseits keinen selbstständigen Rechtscharakter aufweist.

Für die Klagen im Zeitpunkt vor der Ernennung des ausgewählten Konkurrenten hat die Entscheidung des BVerwG keine Änderung gebracht; hier bleibt es bei dem typischen Fall des Rechtsschutzersuchens

2035 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 108 f., juris Rn. 27, 29.

2036 Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 367 f.; *Dreier (Hrsg.), Bd. 2/Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 135. Kritisch bzgl. der „Destabilisierung des Grundsatzes der Ämterstabilität" *Battis*, DVBl. 2013, 673 (674). Für die Möglichkeit repressiven Rechtsschutzes über die Ausnahme der präventiven Rechtsschutzvereitelung hinaus *Schenke*, DVBl. 2015, 137 (137 ff.).

2037 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1198).

2038 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1198).

2039 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 108, juris Rn. 26.

2040 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 108, juris Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

im Zeitraum zwischen Auswahlentscheidung und Ernennung des Konkurrenten.[2041]

1. Zulässigkeitserwägungen

a. Statthafte Klageart

Die Statthaftigkeit der Klageart bestimmt sich nach dem Klagebegehren des Klägers (§ 88 VwGO). Im Konkurrentenstreit im Zeitraum vor der Ernennung wird der Kläger regelmäßig die Ernennung eines anderen Bewerbers verhindern und seine eigene Ernennung erzielen wollen, weshalb dieses Rechtsmittel auch als positive Konkurrentenklage, Mitbewerberklage oder Konkurrentenverdrängungsklage bezeichnet wird.[2042] Die Besonderheit an dieser Konstellation liegt darin, dass mehrere Bewerber einen sie begünstigenden Verwaltungsakt begehren, dieser jedoch nur einem von ihnen erteilt wird.[2043] Dementsprechend kommt eine Anfechtungsklage nicht infrage, da zwar die Auswahlentscheidung des Dienstherrn bereits ergangen ist, nicht aber die Ernennung und somit auch kein Verwaltungsakt, dessen Aufhebung begehrt werden könnte.[2044] Auch eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gegen die Auswahlentscheidung und für den Erlass des Verwaltungsakts in Form der Einstellung des Klägers[2045] ist unstatthaft, da Auswahl und Ernennung nur eine einzige Entscheidung darstellen.[2046] Vielmehr ist stattdessen die Verpflichtungsklage des unterliegenden Bewerbers einschlägig, da sie seine Einstellung oder zumindest die Neubescheidung seiner Bewerbung verfolgt und damit auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist, § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO.[2047] In Betracht kommt regelmäßig nur die Verpflichtungsklage in Form der Bescheidungsklage nach Maßgabe des § 113 Abs. 5 S. 2

2041 *Battis*, DVBl. 2013, 673 (675).
2042 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1192) m.w.N.
2043 *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. (2017), Rn. 275.
2044 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1199).
2045 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1192 f.) mit Verweis auf Kopp/Schenke (Hrsg.)/*Schenke/Schenke*, § 42 VwGO, Rn. 48 m.w.N. So aber vertreten von v. Münch/Kunig (Hrsg.)/*Kunig*, Art. 33 GG, Rn. 34.
2046 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. (2016), § 15 Rn. 7.
2047 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. (2016), § 15 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

VwGO,[2048] da eine Klage nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO voraussetzen würde, dass es keine Zweifel an der Besteignung des Klägers gibt.[2049] Dafür trägt der Kläger die volle Beweislast.[2050] Für den Fall der Ablehnung von Bewerbern wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung wird sich dies indes als weniger schwer darstellen, da sie sich zuvor im Bewerbungsverfahren regelmäßig als am besten geeignet herausgestellt haben und lediglich an der Gesundheitsprognose scheitern.

Weiterhin ist aber beim Konkurrentenstreitverfahren zu bedenken, dass wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität die Rechtmäßigkeitsprüfung der Auswahlentscheidung bereits erfolgen muss, bevor ein entsprechender Verwaltungsakt erlassen wird, um es erst gar nicht zu einer rechtswidrigen Ernennung kommen zu lassen.[2051] Da sich der Bewerbungsverfahrensanspruch grundsätzlich nur dann verwirklichen lässt, wenn die entsprechende Stelle noch nicht besetzt ist, ist der unterlegene Bewerber auf die Sicherung seines Anspruchs mittels einstweiligen Rechtsschutzes angewiesen.[2052] Dem entgegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnten Bewerber darf nicht die Möglichkeit vorenthalten werden, sein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zum öffentlichen Amt gerichtlich durchzusetzen.[2053] Statthaft ist dafür die einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO,[2054] und zwar in Form der Sicherungsanordnung, wodurch die zu besetzende Stelle bis zur endgültigen Entscheidung über den Bewerbungsverfahrensan-

2048 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1198).

2049 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1198).

2050 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 3 Rn. 53, 88.

2051 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1198).

2052 Und zwar nach BVerfG, Stattg. Kammerbeschl. v. 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – NVwZ 2001, 1178, 1179, juris Rn. 15 in Form der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO.

2053 BVerfG, Stattg. Kammerbeschl. v. 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – NVwZ 2001, 1178, 1178 f., juris Rn. 13 ff.

2054 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 110, juris Rn. 31; Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 132; *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (244, 249). Vgl. *Battis*, DVBl. 2013, 673 (676) m.w.N. zur Rechtsprechung und mit Bezug auf *v. Roetteken*, ZBR 2011, 73 (76 f.), der auf die Sonderregelung der §§ 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1, 80 Abs. 5 VwGO abstellt. Einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung bejaht zwar auch das BVerwG (Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 105, juris Rn. 17), hält demunachtet trotzdem § 123 Abs. 1 VwGO und nicht § 80 Abs. 5 vwGO für statthaft.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

spruch des bisher unterlegenen Bewerbers unbesetzt zu lassen ist.[2055] Indem die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung noch vor der Ernennung des jeweiligen Bewerbers geprüft zu werden hat, um Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu entsprechen, übernimmt das Verfahren des § 123 Abs. 1 VwGO die Funktion des Hauptsacheverfahrens.[2056] Dementsprechend erklärt das BVerwG:

> „Das Verfahren darf nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben. Dies bedeutet, dass sich die Verwaltungsgerichte nicht auf eine wie auch immer geartete summarische Prüfung beschränken dürfen. Vielmehr ist eine umfassende tatsächliche und rechtliche Überprüfung der Bewerberauswahl verfassungsrechtlich geboten. Auch dürfen die Verwaltungsgerichte die Anforderungen an einen Erfolg des unterlegenen Bewerbers nicht überspannen. Stellen sie eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs fest, muss die Ernennung des ausgewählten Bewerbers bereits dann durch einstweilige Anordnung untersagt werden, wenn die Auswahl des Antragstellers bei rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich erscheint [...]."[2057]

Daraus folgt, dass das Gericht die Auswahlentscheidung des Dienstherrn umfassend zu prüfen hat, weshalb das grundsätzlich im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes geltende Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache hier keine Gültigkeit beanspruchen kann.[2058]

b. Klagebefugnis

Für die Klagebefugnis des unterlegenen Bewerbers ist erforderlich, dass sich eine Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs als „zumindest ernsthaft möglich" darstellt.[2059] Indem die jeweiligen Ansprüche aus Art. 33 Abs. 2 GG der einzelnen Bewerber insofern aufeinander bezogen sind, als die Auswahl des einen die Ablehnung des anderen bedeutet, folgt die Notwendigkeit, dass jedem Bewerber die Möglichkeit zugestanden werden muss zu verhindern, dass er unrechtmäßig benachteiligt bzw. sein Konkurrent unrechtmäßig bevorzugt

2055 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1204) m.w.N.; *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (249).
2056 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 110 f., juris Rn. 32.
2057 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 110 f., juris Rn. 32.
2058 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1205); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. (2016), § 33 Rn. 18; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. (2017), Rn. 1036.
2059 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107 f., juris Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

wird.[2060] Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung kann sich bereits aus einer Beurteilung des Mitbewerbers oder aus dem Leistungsvergleich aller Bewerber ergeben; vorausgesetzt wird allein, dass sich aus dem Verstoß gegen den Leistungsgrundsatz Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten der eigenen Bewerbung ergeben können.[2061]

Eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruches ist dann ausgeschlossen, wenn die Auswahlentscheidung der Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG entspricht.[2062] Eine den Leistungsgrundsatz befolgende Bewerberauswahl verleiht dem Ausgewählten einen Anspruch auf Ernennung ins Beamtenverhältnis; die Bewerbungsverfahrensansprüche der nicht ausgewählten Bewerber gehen dann unter, weil das Amt gemäß dem Grundsatz der Ämterstabilität durch die Ernennung grundsätzlich unwiderruflich vergeben ist und die Ernennung somit in der Regel nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.[2063] Die Ansprüche der unterlegenen Bewerber können somit nicht mehr verletzt werden, wenn die Stelle rechtmäßig neu ausgeschrieben wird, da dadurch ein neues Auswahlverfahren eröffnet wird, welches das vorherige Stellenbesetzungsverfahren abbricht.[2064] Rechtmäßig ist ein solcher Abbruch aber nur dann, wenn er auf sachlichen Gründen beruht.[2065] Das ist beispielsweise der Fall, wenn keiner der Bewerber die aufgestellten Anforderungen erfüllt oder aber auch, wenn der Dienstherr die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens erkennt und sich dieses folglich nicht zu einer rechtmäßigen Ernennung führen könnte.[2066]

Da die gesundheitliche Eignung kein Eignungskriterium im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG darstellt und auch kein zulässiges Hilfskriterium ist, erfolgt eine Auswahlentscheidung nicht im Einklang mit dieser Verfassungsnorm, wenn der Dienstherr die Auswahl eines an sich am besten geeigneten Bewerbers aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung ablehnt. In einem solchen Fall ist die Möglichkeit der Rechts-

2060 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107 f., juris Rn. 24, 25.
2061 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107 f. juris Rn. 24.
2062 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 108, juris Rn. 25.
2063 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 108 f., juris Rn. 27.
2064 BVerwG, Beschl. v. 27.10.2015 – 1 WB 56/14 – juris Rn. 33.
2065 BAG, Urt. v. 12.04.2016 – 9 AZR 673/14 – NZA 2016, 1279, 1283, juris Rn. 31.
2066 BVerwG, Beschl. v. 27.10.2015 – 1 WB 56/14 – juris Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

verletzung nach Maßgabe des § 42 Abs. 2 VwGO (für § 123 Abs. 1 VwGO analog) zu bejahen.

c. Rechtsschutzbedürfnis

Die Sinn- oder Aussichtslosigkeit einer Klage lässt ihr Rechtsschutzbedürfnis entfallen.[2067] Ein solches liegt ebenfalls dann nicht vor, wenn der Kläger sein Ziel auf anderen, einfacheren Wegen verfolgen kann.[2068] Einen solchen Weg stellt gegenüber der Verpflichtungsklage der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO dar.[2069] Unterlässt der Bewerber einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, fehlt seiner Konkurrentenklage mithin das erforderliche allgemeine Rechtsschutzbedürfnis.[2070]

2. Rechtsverletzung

Die Konkurrentenklage des unterlegenen Bewerbers ist dann begründet, wenn er im Falle einer Verpflichtungsklage einen Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsakt auf die eigene Ernennung ins Beamtenverhältnis glaubhaft machen kann, bzw. im Fall des vorläufigen Rechtsschutzes ein Anordnungsanspruch sowie ein Anordnungsgrund besteht. Eine Rechtsverletzung stellt es umgekehrt mit anderen Worten dar, wenn diesem Anspruch unrechtmäßig nicht entsprochen wird. Auf welche Weise dies geschehen kann, zeigte das BVerwG eindrücklich in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 auf, in der es die Rechtmäßigkeitsanforderungen an das Auswahlverfahren ausführlich illustrierte.[2071]

Zunächst wies es darauf hin, dass der Dienstherr den ausgewählten Bewerber erst dann ernennen dürfe, wenn feststehe, dass ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung erfolglos sein werde.[2072] Wird eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs festgestellt,

2067 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1200).
2068 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (249).
2069 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (249).
2070 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (249).
2071 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 110 f., juris Rn. 31 ff.
2072 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 110, juris Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

muss die Ernennung des ausgewählten Bewerbers bereits dann im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt werden, wenn die Auswahl des unterliegenden Bewerbers bei rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich erscheint.[2073] Ob der vom unterliegenden Bewerber ersuchte Rechtsschutz ihm in seinem Begehren zu Erfolg verhilft, hängt maßgeblich davon ab, inwiefern der Dienstherr ihm die Möglichkeit bietet, seine Auswahlentscheidung gerichtlich nachprüfen zu lassen; dementsprechend ist der Dienstherr verpflichtet, mit der Ernennung des Konkurrenten zu warten, bis der unterliegende Bewerber seine Rechtsschutzmöglichkeiten vollends ausgeschöpft hat.[2074] Als angemessene Wartezeit hat sich in der verwaltungsgerichtlichen Praxis eine Wartezeit von zwei Wochen ab Zugang der Mitteilung über die Ablehnung des unterliegenden Bewerbers als angemessen erwiesen.[2075] Sollte der unterliegende Bewerber fristgemäß einstweiligen Rechtsschutz beantragen, darf der ausgewählte Bewerber erst dann ernannt werden, wenn das gerichtliche Verfahren abgeschlossen ist.[2076] Das heißt, dass selbst im Fall der Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das zuständige Verwaltungsgericht der Dienstherr wiederum abwarten muss, ob der Antragsteller im Rahmen der zweiwöchigen Beschwerdefrist gemäß §§ 146 Abs. 4, 147 Abs. 1 VwGO Beschwerde zum VGH bzw. OVG einlegt.[2077] Dasselbe gilt für den Fall, dass der Dienstherr in der Beschwerdeinstanz das Verfahren über die einstweilige Anordnung gewinnt, denn dann muss er dem unterlegenen Bewerber die Gelegenheit einräumen, seinen Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG vor dem Bundesverfassungsgericht geltend zu machen, und zwar entweder im Wege der Verfassungsbeschwerde oder mittels einstweiliger Anordnung nach § 32 BVerfGG.[2078] Legt der Antragsteller Verfassungsbeschwerde ein, muss der Dienstherr auch dieses Verfahren abwarten; seine Wartepflicht aktualisiert sich mithin mit jedem eingelegten Rechtsmittel aufs Neue.[2079] Obsiegt jedoch der An-

2073 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 110 f., juris Rn. 32.
2074 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 111 f., juris Rn. 33.
2075 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 112, juris Rn. 34.
2076 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 112, juris Rn. 34.
2077 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1197).
2078 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 112, juris Rn. 35.
2079 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1197).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tragsteller und erwächst die einstweilige Anordnung in Rechtskraft, hat der Dienstherr das Auswahlverfahren – sofern zulässig – abzubrechen bzw. zu wiederholen und nach Maßgabe des wiederholten Verfahrens eine neue Auswahlentscheidung zu treffen.[2080]

Neben dieser Wartepflicht ergeben sich für den Dienstherrn aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, Art. 33 Abs. 2 GG gegenüber dem Bewerber Mitteilungspflichten, und zwar zunächst dahingehend, dass überhaupt eine Auswahl getroffen wurde.[2081] Darüber hinaus muss der Dienstherr den Bewerbern mitteilen, dass er gedenkt, einen anderen Bewerber als sie zu ernennen; er darf seinen Favoriten also nicht „heimlich" ernennen.[2082] Weiterhin muss der Dienstherr den unterliegenden Bewerbern die maßgeblichen Gründe für das Auswahlergebnis mitteilen, die er während des Auswahlprozesses schriftlich festzuhalten hat.[2083] Die fehlende schriftliche Dokumentation der Auswahlerwägungen führen zu einem nicht heilbaren Verfahrensmangel.[2084]

Eine Verpflichtungsklage ist nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO dann begründet, wenn die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, mithin wenn der Kläger einen Anspruch auf Ernennung innehat. Diesbezüglich ist zu wiederholen, dass dies nur dann zutrifft, wenn sich der Bewerber als der am besten geeignete Kandidat herausgestellt hat. In diesem Fall ist der Beurteilungsspielraum des Dienstherrn hinsichtlich der Abwägung der Leistungskriterien auf Null reduziert und sein Bewerbungsverfahrensanspruch erstarkt zum Einstellungsanspruch.[2085] Wie bereits zuvor festgestellt wurde, werden typischerweise nur derjenige Bewerber einer gesundheitlichen Eignungsuntersuchung unterzogen, der sich im Rahmen des Auswahlverfahrens als der am besten geeignete Bewerber behaupten konnte.[2086] Wird ein Bewerber nur aufgrund seiner mangelnden gesundheitlichen Eignung nicht er-

2080 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 110, juris Rn. 31.
2081 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 111 f., juris Rn. 33 f.
2082 *Lindner*, NVwZ 2013, 547 (548).
2083 LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.06.2016 – 3 Sa 9/16 – PersV 2017, 150, 153, juris Rn. 57, 59.
2084 LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.06.2016 – 3 Sa 9/16 – PersV 2017, 150, 153, juris Rn. 60.
2085 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107, juris Rn. 22.
2086 Siehe Teil 4 Abschn. C Kap. III „Konsequenz: Mindesteignung".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

nannt, ist die Verpflichtungsklage begründet, da im Rahmen des Auswahlverfahrens auf sachfremde Erwägungen abgestellt wurde, von welchen abgesehen der Kläger den am besten geeigneten Bewerber verkörpert.

Erst recht wäre in der Konsequenz eine Klage auf Neubescheidung gemäß § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO begründet, da hier den Verwaltungsgerichten lediglich zu prüfen obliegt, ob die Auswahlentscheidung von Ermessensfehlern getragen wurde.[2087] Einen solchen Fehler stellt es beispielsweise dar, wenn der Dienstherr unzulässige Hilfskriterien zur Entscheidungsfindung heranzieht[2088] und folglich auch, wenn er im Rahmen der Stellenbesetzung außerhalb von Sonderlaufbahnen auf die gesundheitliche Eignung abstellt. Bei der gesundheitlichen Eignung handelt es sich grundsätzlich um ein eignungsfremdes Kriterium; es darf noch weniger dann zur Berücksichtigung gelangen, wenn seine Entscheidungserheblichkeit zu einer unzulässigen Benachteiligung aufgrund der Behinderung führen würde.

Hinsichtlich des einstweiligen Rechtsschutzes ist ein Anordnungsanspruch zu bejahen, wenn die Auswahlentscheidung an sich fehlerhaft ist oder aber ein Fehler im Auswahlverfahren den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt.[2089] Die Auswahlentscheidung ist fehlerhaft, wenn der ausgewählte Bewerber nicht der am besten geeignete ist. Verfahrensfehler sind beispielsweise die Missachtung der Wartepflicht des Dienstherrn oder seiner Informations- und Dokumentationspflichten.[2090] Der unterlegene Bewerber muss glaubhaft machen, dass die Chancen darauf, in einem zweiten Verfahren ausgewählt zu werden, offen sind und damit möglich erscheinen.[2091] Ausreichend ist dafür zum Beispiel die Darlegung, dass der ausgewählte Konkurrent ein Kriterium des Anforderungsprofils nicht erfüllt oder dass der Dienstherr den Eilrechtsschutz des Antragstellers vereitelt,[2092] bei-

2087 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1202); *Schenke*, DVBl. 2015, 137 (142).
2088 *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. (2017), § 3 Rn. 84.
2089 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1204).
2090 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1205).
2091 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 23 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.
2092 v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

spielsweise indem er wahrheitswidrig behauptet, das Auswahlverfahren sei noch nicht abgeschlossen.[2093]

Ein Anordnungsgrund ist zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers vereitelt wird, § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO. Das wäre der Fall, wenn die Stelle mit einem Bewerber besetzt zu werden droht, der dafür nicht am besten im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG geeignet scheint.

3. Klage nach Ernennung des Konkurrenten

Vor der Änderung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung war die Ernennung eines Beamten selbst dann irreversibel, wenn sie gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstieß.[2094] Wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität verbat es sich, eine einmal erfolgte Ernennung rückgängig zu machen, es sei denn, ein Rücknahmetatbestand des § 14 BBG, § 12 BeamtStG lag vor.[2095] Daraus folgte, dass der erfolglose und womöglich besser qualifizierte Bewerber auf Schadensersatzansprüche verwiesen wurde[2096] oder aber der Dienstherr dazu verurteilt werden konnte, eine weitere Planstelle einzurichten.[2097]

Nach geänderter Rechtsprechung jedoch ist es nun dem unterlegenen Bewerber möglich, gegen die Ernennung vorzugehen, wenn er entgegen Art. 19 Abs. 4 GG daran gehindert wurde, entsprechende Wege des Rechtsschutzes vor der Ernennung seines Konkurrenten einzuschlagen.[2098]Ausdrücklich gab das BVerwG seine Rechtsprechung

2093 OVG Münster, Beschl. v. vom 13.06.2007 – 6 A 5030/04 – NVwZ-RR 2007, 701, juris Rn. 8.

2094 Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 132 ff.

2095 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (248). Siehe zur Rücknahme der Ernennung bereits oben unter Teil 4 Abschn. D Kap. II.2.

2096 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (248). Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Brosius-Gersdorf*, Art. 33 GG, Rn. 133. Kritisch bereits Dreier (Hrsg.), Bd. 2/*Masing*, Art. 33 GG, Rn. 55.

2097 BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 – 2 C 14/02 – BVerwGE 118, 370, 374 f., juris Rn. 19; Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 374; v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/*Jachmann*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 23.

2098 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 25.01.2017 – 2 BvR 2076/16 – NVwZ 2017, 472, 473, juris Rn. 21; BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 108 f., juris Rn. 27. Befürwortend bereits Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 376.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

auf, dass in den Fällen der Rechtsschutzverhinderung die Ernennung zwar rechtsbeständig sei, der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers dessen ungeachtet mit dem Inhalt fortbestehe, einen Anspruch auf Einrichtung einer neuen Planstelle zu schaffen.[2099] Das ist zu befürworten, denn immerhin müsste das neue Amt seinerseits auch nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG vergeben werden.[2100]

a. Zulässigkeitserwägungen

(1) Statthafte Klageart

Wird ein Bewerber zum Beamten ernannt, ist die Ernennung für ihn selbst ein begünstigender und für die erfolglosen Konkurrenten gleichzeitig ein belastender Verwaltungsakt.[2101] Dass es sich dabei um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung handelt, ist derweil anerkannt.[2102] Hinsichtlich der statthaften Klageart sprach sich das BVerwG in aller Deutlichkeit für die Anfechtungsklage aus; eine andere Möglichkeit zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs bestehe insofern nicht.[2103] Dies ist auch logisch, da sich durch die Ernennung des Konkurrenten die Möglichkeit des Erlasses eines begünstigenden Verwaltungsakts erledigt hat und eine Verpflichtungsklage somit aussichtslos und damit unstatthaft wäre bzw. ihr jedenfalls das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde.[2104] Jedoch besteht die Möglichkeit, die Anfechtungsklage mit einer Verpflichtungsklage auf Ernennung oder wenigstens auf Neubescheidung zu verbinden.[2105] Eine Ernennung, die den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers verletzt, ist mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.[2106]

2099 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 114, juris Rn. 40.
2100 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 114, juris Rn. 40.
2101 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (248).
2102 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (248) mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 105, juris Rn. 17. Ebenso *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1199).
2103 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 113 f, juris Rn. 39.
2104 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1199) m.w.N. zur Rechtsprechung.
2105 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1199 f.).
2106 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 113 f., juris Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

(2) Klagebefugnis

Die Anfechtungsklage ist nur dann zulässig, wenn der Kläger gemäß § 42 Abs. 2, 1. Alt. VwGO geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Infrage kommt dafür der sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebende Bewerbungsverfahrensanspruch bzw. das grundrechtsgleiche Recht auf Chancengleichheit in Bezug auf den Zugang zum öffentlichen Amt. Im Rahmen der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage ergibt sich aber die Besonderheit, dass aufgrund der vollzogenen Ernennung des Konkurrenten das Auswahlverfahren als beendet gilt und deshalb die Ernennung des unterlegenen Bewerbers nicht mehr möglich im Sinne der „Möglichkeitstheorie" ist.[2107] Eine Stelle ist dann endgültig besetzt und damit das Auswahlverfahren beendet, wenn dem erfolgreichen Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt wird, die der Ausgestaltung des Amts entspricht.[2108]

Die Klagebefugnis wäre dann zu verneinen. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Bewerber wider Art. 19 Abs. 4 GG daran gehindert wurde, seine Rechtsschutzmöglichkeiten vor der Ernennung auszuschöpfen; in diesem Fall kann er seinen Bewerbungsverfahrensanspruch mittels Anfechtungsklage weiter verfolgen.[2109]

(3) Rechtsschutzbedürfnis

Grundsätzlich entfällt das Rechtschutzbedürfnis des unterliegenden Bewerbers mit der wirksamen Ernennung des Konkurrenten bzw. wenn beamtenrechtliche Rücknahmetatbestände nicht einschlägig sind.[2110] Greift demgegenüber ein Tatbestand des § 14 BBG, § 12 BeamtStG, kann die Ernennung rückgängig gemacht werden und die Ernennung entbehrt der Rechtsbeständigkeit, sodass sich der Grundsatz der Ämterstabilität nicht auswirkt.[2111] Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Ämterstabilität, die zum Bestehen des allgemeinen

2107 *Baßlsperger*, PersV 2016, 244 (248).
2108 BAG, Urt. v. 12.04.2016 – 9 AZR 673/14 – NZA 2016, 1279, 1283 f., juris Rn. 29.
2109 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 113 f., juris Rn. 39.
2110 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1201).
2111 *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1201); BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 109 f., juris Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Rechtsschutzbedürfnisses führt, stellt die bereits beschriebene Vereitelung von Rechtsschutzmöglichkeiten durch den Dienstherrn dar.

b. Rechtsverletzung

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Kläger glaubhaft machen kann, in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung verletzt worden zu sein. Eine solche Rechtsverletzung ist zu bejahen, wenn der Auswahlentscheidung ein verfahrens- oder materiellrechtlicher Fehler unterliegt, beispielsweise durch die Missachtung von Warte-, Informations- oder Dokumentationspflichten oder aber wenn die Auswahlentscheidung selbst falsch ist und der ausgewählte Kandidat nicht der nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 GG am besten geeignete Bewerber ist.[2112]

Wird nun ein Bewerber, der an sich am besten für die zu besetzende Stelle qualifiziert ist, aus gesundheitlichen Gründen nicht ernannt, sondern statt seiner ein anderer, „nächstbester" Bewerber, der die geforderte gesundheitliche Eignung aufweist, dann ist diese Auswahlentscheidung fehlerhaft und der übergangene Bewerber kann seinen Bewerbungsverfahrensanspruch im Wege der Anfechtungsklage durchsetzen.

B. Schadenersatz

Eine weitere Möglichkeit des Bewerbers, der bei der Stellenbesetzung trotz seiner Besteignung allein wegen einer etwaigen gesundheitlichen Nichteignung übergangen wird, um rechtlich und womöglich auch tatsächlich rehabilitiert zu werden, stellt der Schadenersatz dar. Dafür bestehen zahlreiche Anspruchsgrundlagen, die nachfolgend im Einzelnen skizziert werden.

2112 Vgl. *Brinktrine*, JURA 2015, 1192 (1203).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

I. § 15 AGG

§ 15 AGG dient der Umsetzung von Art. 17 RL 2000/78/EG.[2113] Gemäß § 15 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass eine Benachteiligung im Sinne des § 3 AGG vorliegt, die nicht nach § 5 bzw. §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt werden kann.[2114] Anspruchsberechtigt ist jede Person, die entsprechend § 3 AGG benachteiligt wurde;[2115] auch Stellenbewerber kommen dafür infrage.[2116] Betroffen sein muss nicht notwendigerweise nur eine Person; vielmehr können auch mehrere Bewerber, die gleichzeitig durch ein und dasselbe Verfahren in ihrer Persönlichkeit verletzt wurden, anspruchsberechtigt sein.[2117] Die verbotene Maßnahme muss keinen bestimmten Schweregrad einer Persönlichkeitsverletzung erreichen; ihre Schwere spielt aber möglicherweise im Rahmen der Bemessung des Entschädigungsumfangs eine Rolle.[2118] Auf die objektive Eignung des Bewerbers für die zu besetzende Stelle kommt es ebenso wenig an wie auf die Ernsthaftigkeit der Bewerbung, soweit diese nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt.[2119] Maßgeblich ist vielmehr die Vergleichbarkeit der Auswahlsituation der jeweiligen Bewerber, wobei diese schon dann zu bejahen ist, wenn sich mehrere Bewerber auf dieselbe Stelle beworben haben.[2120] Zwar stellt allein § 3 Abs. 1 S. 1 AGG auf die „vergleichbare Situation" ab und ist dem Wortlaut zufolge allein für den Schadenersatz aufgrund unmittelbarer Benachteiligung ein Erfordernis. Jedoch ist § 7 AGG Ausfluss des allgemeinen Gleichheitssatzes, dessen Voraussetzung es ist, dass vorbehaltlich einer Rechtfertigung gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, weshalb auch im Rahmen einer mittel-

2113 Ernst u.a./*Ernst/Braunroth/Wascher*, § 15 AGG, Rn. 1.
2114 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 4; BeckOK ArbR/*Roloff*, § 15 AGG, Rn. 1.
2115 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 6.
2116 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 1.
2117 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 9 m.w.N. zur Rechtsprechung.
2118 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 9.
2119 BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14 – NZA 2016, 1394, 1397 und 1402, juris Rn. 23 ff., 62.
2120 BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14 – NZA 2016, 1394, 1397, juris Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

baren Ungleichbehandlung eine Vergleichbarkeit der Situation im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 AGG zu verlangen ist.[2121]

Zu verdeutlichen ist, dass ein Anspruch auf Schadensersatz hier nur für Bewerber infrage kommt, die nicht nur aufgrund der gesundheitlichen Nichteignung abgelehnt worden sind, sondern für die diese Ablehnung zugleich eine Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung darstellt. Es muss deshalb eine Behinderung vorliegen, § 1 AGG, aufgrund derer die betroffene Person eine Benachteiligung erfahren hat.

1. Ersatz des Vermögensschadens, § 15 Abs. 1 AGG

Ist dem Bewerber aufgrund einer solchen Benachteiligung ein Schaden entstanden, ist dieser gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 AGG vom Arbeitgeber bzw. für den vorliegenden Fall vom Dienstherrn zu ersetzen. Aus der Zusammenschau eben dieser Norm mit § 15 Abs. 2 S. 1, der sich auf einen Schaden bezieht, der nicht Vermögensschaden ist, ergibt sich, dass Abs. 1 allein materielle Schäden ersetzt.

Im Falle einer auf diskriminierenden Gründen beruhenden Nichteinstellung eines Bewerbers, der ohne die Diskriminierung eingestellt worden wäre, muss der Bewerber beweisen, dass er eingestellt worden wäre, wenn er keine Diskriminierung erfahren hätte.[2122] Ausreichend dafür sind grundsätzlich Indizien, die belegen, dass der Betroffene der am besten geeignete Bewerber war oder zumindest besser geeignet als derjenige Kandidat, der letztlich ausgewählt wurde.[2123] Wird ein Bewerber nicht eingestellt, ohne dass bei seiner Ablehnung eine Benachteiligung im Sinne des § 3 AGG eine Rolle gespielt hätte, entsteht ihm logischerweise auch kein ersatzfähiger Schaden, der nach § 15 AGG zu ersetzen wäre.[2124] Demgegenüber kann ein materieller Schaden nur demjenigen entstehen, der den am besten qualifizierten Bewerber darstellt, jedoch auf ungerechtfertigte Weise benachteiligt wurde; grundsätzlich steht ihm ein Ausgleich der gesamten in der Vergangenheit

2121 BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14 – NZA 2016, 1394, 1397, juris Rn. 21.
2122 BAG, Urt. v. 19.10.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1470, juris Rn. 79.
2123 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 4 unter Verweis auf BAG, Urt. v. 19.10.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412 ff.
2124 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

durch das schädigende Ereignis entstandenen Differenz zu.[2125] Erfasst sind dabei alle finanziell messbaren Schäden, die sich auf die Benachteiligung zurückführen lassen, namentlich der entgangene Gewinn für den Fall der Nachweisbarkeit der Einstellung bei Nichtdiskriminierung, Bewerbungskosten und sonstige frustrierte Aufwendungen.[2126]

Erfolgt der Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses, ist gemäß § 15 Abs. 6 AGG grundsätzlich ein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses des Geschädigten zu verneinen. Schadensersatz in Form der Naturalrestitution ist insofern ausgeschlossen.[2127] Allerdings weist § 15 Abs. 6, 2. Hs. AGG darauf hin, dass sich ein solcher Anspruch aus einem anderen Rechtsgrund ergeben kann. Dieser Rechtsgrund wird durch Art. 33 Abs. 2 GG verkörpert, wenn der Beurteilungsspielraum des Dienstherrn in Bezug auf die Abwägung der Leistungskriterien auf Null reduziert ist und der Bewerbungsverfahrensanspruch des Betroffenen zum Einstellungsanspruch erstarkt.[2128]

Ein Bewerber, der allein wegen seiner gesundheitlichen Eignung nicht ins Beamtenverhältnis ernannt wird und dadurch wegen seiner Behinderung diskriminiert wird, hat deshalb nicht nur Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, sondern auch auf Ernennung. Er ist besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht diskriminiert und folglich ins Beamtenverhältnis ernannt worden wäre.[2129] Dementsprechend gelten für die Bemessung des Schadensersatzanspruches hier die §§ 249 ff. BGB ohne Ausnahme; die Naturalrestitution ist wegen § 15 Abs. 6, 2. Hs. AGG nicht ausgeschlossen.[2130]

2125 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 30.

2126 BeckOK ArbR/*Roloff*, § 15 AGG, Rn. 4.

2127 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 51, wonach § 15 Abs. 6 AGG gegenüber den §§ 249 ff. BGB lex specialis ist.

2128 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 107, juris Rn. 22. So auch im Ergebnis ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 21 m.N. zur Rechtsprechung.

2129 *Otte*, ZBR 2007, 401 (404).

2130 Vgl. BeckOK BGB/*Fuchs*, § 15 AGG, Rn. 4; MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 AGG hat der Arbeitgeber den durch den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entstandenen Schaden nicht zu ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Aus der Formulierung folgt, dass das Verschulden widerleglich vermutet wird; sein Fehlen muss der Arbeitgeber beweisen.[2131] Ausweislich der Gesetzesbegründung ist für das Verschulden der Maßstab der §§ 276 ff. BGB anzulegen.[2132]

Das Erfordernis des arbeitgeberseitigen Verschuldens für den Ersatz des Vermögensschadens im Sinne von § 15 Abs. 1 AGG ist in der Literatur auf Kritik und Bedenken hinsichtlich der Unionskonformität dieser Regelung gestoßen.[2133] Der § 15 AGG zugrunde liegende Art. 17 RL 2000/78/EG legt die Form der Sanktionen für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht fest, verlangt allerdings, dass sie wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sei müssen.

Wird für die Sanktion indes eine zivilrechtliche Haftungsregelung gewählt, genügt bereits jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, um die volle Haftung des Arbeitgebers zu begründen.[2134] In der Rechtssache *Draehmpaehl* äußerte sich der EuGH explizit dazu, dass ein Schadensersatzanspruch wegen Diskriminierung im Rahmen der Einstellung, in jener Entscheidung aufgrund des Geschlechts, nicht von einem Verschulden abhängig gemacht werden darf.[2135]

Insofern dürfte § 15 Abs. 1 S. 2 AGG hinter dem von der Richtlinie intendierten Schutz zurückbleiben. Da die Richtlinie im Verhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten unmittelbare Anwendung findet,[2136] ist S. 2 innerhalb dieses Verhältnisses unangewendet zu lassen.[2137] Auf ein Verschulden kommt es also insofern nicht an.

2131 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 6.

2132 BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

2133 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 1; MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 33; BeckOK BGB/*Fuchs*, § 15 AGG, Rn. 2 m.w.N. BeckOK ArbR/*Roloff*, § 15 AGG, Rn. 2. Bejahend dagegen BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 259, juris Rn. 54.

2134 Vgl. EuGH, Urt. v. 08.11.1990 – C-177/88, Rs. Dekker – NJW 1991, 628, 629, juris Rn. 26.

2135 EuGH, Urt. v. 22.04.1997 – C-180/95, Rs. Draehmpaehl – NJW 1997, 1839, 1840, juris Rn. 19.

2136 Siehe dazu bereits oben, Teil 5 Abschn. B Kap. I „Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Beamtenrecht".

2137 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

2. Entschädigung nach Maßgabe des § 15 Abs. 2 AGG

Nach § 15 Abs. 2 S. 1 AGG kann wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, der Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Nichtvermögensschäden sind solche, die nicht in Geld messbar sind, nichtsdestotrotz aber geschützte Rechtsgüter beeinträchtigen.[2138] Im Gegensatz zu Abs. 1 wird die Entschädigung gemäß Abs. 2 verschuldensunabhängig gewährt; auch kommt es nicht darauf an, ob die Benachteiligung wegen eines von § 1 AGG verpönten Kriteriums eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellt.[2139] Ein immaterieller Schaden ist anzunehmen, wenn der abgelehnte Bewerber wider § 7 Abs. 1 AGG wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde.[2140] Letztlich geht das BAG davon aus, dass nach Wertung des Gesetzgebers die aufgrund eines in § 1 AGG erwähnten Grundes erfolgte Benachteiligung regelmäßig eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt.[2141]

Der Anspruch auf Entschädigung ist nicht davon abhängig, ob die betreffliche Stelle letztlich besetzt wurde. Denn die ungünstige Behandlung ist bereits in der Versagung der Chance auf Einstellung zu sehen, weshalb es nicht darauf ankommen kann, ob es im Rahmen des Auswahlverfahrens tatsächlich zu einer Einstellung eines anderen Bewerbers kommt.[2142]

Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ist ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien auf § 253 BGB abzustellen.[2143] Damit bleibe dem Gericht der notwendige Beurteilungsspielraum erhalten, um die

---

2138 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 9.

2139 BAG, Urt. v. 18.03.2010 – 8 AZR 1044/08 – NJW 2010, 2970, juris Rn. 36 f. Zustimmend Ernst u.a./*Ernst/Braunroth/Wascher*, § 15 AGG, Rn. 5; ablehnend MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 9, der die Voraussetzung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung bejaht.

2140 BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14 – NZA 2016, 1394, 1400, juris Rn. 53; BAG, Urt. v. 18.03.2010 – 8 AZR 1044/08 – NZA 2010, 1129, 1131, juris Rn. 37.

2141 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, 376, juris Rn. 38.

2142 BAG, Urteil vom 23.08.2012 – 8 AZR 285/11 – NZA 2013, 37, 38, juris Rn. 23.

2143 BT-Durcks. 16/1780, S. 38, wo von einem „Entsprechen" die Rede ist. Für einen eigenen Tatbestand des § 15 Abs. 2 AGG, der gegenüber § 253 BGB spezieller sei und sich lediglich an diesen „anlehne" ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 8, 10. Für ein „Ähneln" der beiden Vorschriften, letztlich aber auch für eine Spezialität MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 4, 12.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Besonderheiten jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen.[2144] Die Höhe der Entschädigung muss zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes geeignet sein, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben und auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen; eine rein symbolische Entschädigung genügt nicht.[2145] Auswirken können sich dabei beispielsweise die Bedeutung der Beeinträchtigung, ihre Art und Weise, ihre Nachhaltigkeit und ihr Andauern sowie ihre Hintergründe.[2146] Zu berücksichtigen ist somit auch, dass der Beamte weitestgehend rehabilitiert wird, indem er als Bestgeeigneter Anspruch auf Ernennung hat. Denn ist die Nichteinstellung eines Bewerbers allein durch seine Behinderung motiviert, kann eine Art Wiedergutmachung der Persönlichkeitsverletzung darin gesehen werden, dass der Bewerber letztlich doch eingestellt wird.[2147]

Was jedoch bleibt, ist der Versuch der Ablehnung des behinderten Bewerbers eben wegen dieser Behinderung durch den Arbeitgeber, der auch nicht dadurch ungeschehen gemacht wird, dass der Bewerber sich gegen diese Benachteiligung zur Wehr setzt. Allein dadurch gelangt er zu seinem Recht, nicht aber dadurch, dass der Arbeitgeber sein rechtsverletzendes Handeln erkennen und abstellen würde. Deshalb ist eine Entschädigung auch bei nachträglicher Einstellung des zuvor unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG abgelehnten Bewerbers erforderlich, um die Verwaltungspraxis nachhaltig diskriminierungsfrei zu gestalten. Es darf nicht darauf ankommen, ob der Betroffene den Rechtsweg beschreitet und dadurch sein Recht auf Zugang durchsetzt. Darüber hinaus wird er durch die letztlich erstrittene Einstellung nicht vollends rehabilitiert.

Nach Maßgabe des § 15 Abs. 2 S. 2 AGG darf die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Daraus folgt denknotwendig, dass derjenige An-

2144 BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

2145 EuGH, Urt. v. 22.04.1997 – C-180/95, Rs. Draehmpaehl – NJW 1997, 1839, 1840, juris Rn. 25.

2146 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 12 m.w.N. zur Rechtsprechung.

2147 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 51, der gar von einer „Beseitigung" der Persönlichkeitsverletzung durch die nachträgliche Einstellung ausgeht.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

spruch auf unbegrenzte Entschädigung hat, der am besten qualifiziert ist.[2148] Dieser Bewerber muss dann geltend machen, dass er die Stelle erhalten hätte, wäre die Auswahl diskriminierungsfrei erfolgt.[2149] Will der Arbeitgeber sich auf § 15 Abs. 2 S. 2 AGG berufen, muss er beweisen, dass der Bewerber auch dann nicht eingestellt worden wäre, wenn keine Benachteiligung erfolgt wäre.[2150]

Diese Konstellation wird sich jedenfalls hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung nicht stellen, da in der Regel nur derjenige gesundheitlich untersucht wird, der ohnehin am besten geeignet ist.[2151] Alle anderen werden schon nicht aufgrund der Gesundheit abgelehnt, sondern aufgrund ihrer sonstigen Nichteignung. Voraussetzung für den Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist weiterhin, dass zwischen der benachteiligenden Behandlung und dem in § 1 AGG genannten Grund ein Kausalzusammenhang besteht.[2152] Dafür ist es nicht erforderlich, dass das in § 1 AGG genannte Merkmal das ausschließliche oder wenigstens ein wesentliches Motiv für Benachteiligung ist, sondern es genügt, wenn die Benachteiligung an dieses Merkmal anknüpft oder durch dieses motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt.[2153]

3. Frist

Nach § 15 Abs. 4 AGG muss ein Anspruch nach Abs. 1 oder 2 grundsätzlich innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Die Fristberechnung richtet sich nach den §§ 187 ff. BGB; ausreichend ist entgegen des Wortlauts die Textform gemäß § 126b BGB.[2154] Die Ausschlussfrist kann nur insofern als europarechtskonform gesehen werden, als sie dahingehend ausgelegt

2148 Ernst u.a./*Ernst/Braunroth/Wascher*, § 15 AGG, Rn. 8.
2149 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1417, juris Rn. 76.
2150 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1416, juris Rn. 61.
2151 Siehe dazu Teil 4 Abschn. D Kap. III „Konsequenz: Mindesteignung".
2152 BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14 – NZA 2016, 1394, 1400, juris Rn. 53.
2153 BAG, Urt. v. 19.05.2016 – 8 AZR 470/14 – NZA 2016, 1394, 1400, juris Rn. 53.
2154 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

werden muss, dass sie auch im Falle einer Bewerbung erst dann zu laufen beginnt, wenn der Bewerber Kenntnis von der Benachteiligung eines in § 1 AGG genannten Grundes erlangt, was dann der Fall ist, wenn er von der Besserstellung des Konkurrenten erfährt.[2155] Hintergrund des § 15 Abs. 4 AGG ist, dass dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden soll, Dokumentationen über Einstellungsverfahren bis zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist von drei Jahren aufbewahren zu müssen.[2156]

4. Beweislast

Grundsätzlich liegt die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen beim Anspruchsteller, während eben diese für rechtsvernichtende, rechtshindernde und rechtshemmende Tatbestandsmerkmale beim Anspruchsgegner liegt; dementsprechend hat ein Bewerber darzulegen und womöglich zu beweisen, dass ein Schaden bei ihm eingetreten ist und die Benachteiligungshandlung dafür kausal war.[2157]

Diese allgemeine Regel findet eine Ausnahme in § 15 Abs. 2 AGG, wonach der Arbeitgeber, der gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, darlegen und ggf. beweisen muss, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, wenn er sich auf die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG geregelte Höchstgrenze berufen will.[2158] Da § 15 Abs. 1 AGG eine solche Ausnahme nicht vorsieht, trifft hier den Bewerber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er als der am besten geeignete Bewerber die Stelle erhalten hätte, wenn die Auswahl diskriminierungsfrei erfolgt wäre.[2159]

§ 22 AGG geht ebenfalls wie § 15 Abs. 1 S. 1 AGG von dem allgemeinen Grundsatz aus, dass grundsätzlich diejenige Partei die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss, die eine bestimmte Rechtsfolge erzielen will.[2160] Oftmals sind aber für den

2155 MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 45 f.
2156 BT-Drucks. 16/1780, S. 38.
2157 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1417, juris Rn. 77.
2158 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1417, juris Rn. 78.
2159 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1417, juris Rn. 78.
2160 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1417, juris Rn. 80.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

benachteiligten Bewerber die Beweggründe des handelnden Gegenübers nicht ersichtlich und außerdem fast unmöglich nachzuweisen, weshalb § 22 AGG diesbezüglich eine Erleichterung vorsieht.[2161] Nach § 22 AGG trägt, wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Hinsichtlich § 15 Abs. 4 AGG und für den Zugang bzw. für die Rechtzeitigkeit des Zugangs des Ablehnungsschreibens gilt die allgemeine prozessuale Regel, wonach derjenige darlegungs- und beweispflichtig für diejenigen Tatsachen ist, auf die er sich beruft.[2162]

5. Rechtsweg

Für die Klage eines Beamtenbewerbers auf Schadensersatz gemäß § 15 AGG ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet, wenn der geltend gemachte Anspruch auf einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot bei der Bewerbung auf Einstellung als Richter oder Beamter gestützt wird.[2163] Denn dieser Anspruch stellt einen solchen „vorbeamtlicher Art" dar, der mit einer „Klage aus dem Beamtenverhältnis" geltend gemacht wird.[2164]

6. Weitergehende Ansprüche

Gemäß § 15 Abs. 5 AGG bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich im Übrigen aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt. Daraus lässt sich schließen, dass sich der Gesetzgeber grundsätzlich für eine Anwendbarkeit mehrerer Ansprüche nebeneinander ausspricht.[2165] Konkret hatte dieser insbesondere Ansprüche auf Unterlassung nach § 1004 BGB oder auf Ersatz des materiellen Schadens nach den §§ 252, 823 BGB im Sinn.[2166] Allerdings wird § 252 BGB be-

2161 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1417, juris Rn. 80.
2162 BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – NZA 2010, 1412, 1414, juris Rn. 38.
2163 OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 22.06.2007 – 2 F 10596/07 – NZA-RR 2007, 491, 492, juris Rn. 2.
2164 Ernst u.a./*Ernst/Braunroth/Wascher*, § 24 AGG, Rn. 4.
2165 BeckOK ArbR/*Roloff*, § 15 AGG, Rn. 20.
2166 BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

reits im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG berücksichtigt, weshalb zweifelhaft ist, warum in der Gesetzesbegründung explizit auf ihn verwiesen wird.[2167] Trotz des allgemeinen Verweises auf § 823 BGB und der Formulierung des § 15 Abs. 5 AGG ist § 15 AGG als die speziellere Norm anzusehen, sofern deliktische Ansprüche wegen Persönlichkeitsverletzungen geltend gemacht werden, da Diskriminierungen sich regelmäßig als eine solche Verletzung darstellen.[2168]

Infrage käme deshalb allenfalls ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG, der aber wohl hinter den spezielleren Ansprüchen aus der Verletzung der zum Dienstherrn bestehenden öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehung bzw. aus Amtshaftung zurückweicht.[2169]

Sofern mit den §§ 280 Abs. 1, 253, 311 Abs. 2 BGB ein Vermögensschaden wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot geltend gemacht wird, ist § 15 Abs. 1 AGG die speziellere Norm.[2170]

7. Ergebnis

Ein Bewerber, der aufgrund einer Behinderung benachteiligt wird, weil er trotz Besteignung allein mangels gesundheitlicher Eignung nicht eingestellt wird, hat Anspruch auf Schadensersatz nach Maßgabe des § 15 Abs. 1 AGG, dergestalt, dass er besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen ist, wie er stünde, wenn er nicht diskriminiert und folglich ins Beamtenverhältnis ernannt worden wäre. Darüber hi-

2167 BeckOK BGB/*Fuchs*, § 15 AGG, Rn. 11.

2168 BeckOK BGB/*Fuchs*, § 15 AGG, Rn. 11. A.A. BeckOK ArbR/*Roloff*, § 15 AGG, Rn. 18, der in § 7 Abs. 1 AGG ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB sieht. Für einen Anspruch aus Delikt wegen Verletzung der Persönlichkeit ebenfalls MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 50, der allerdings Schadensersatz für immaterielle Schäden abgesehen von der Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts vom Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle abhängig machen will, die er jedenfalls für eine Diskriminierung aufgrund der Schwerbehinderung verneint.

2169 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1224); vgl. auch MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 23.

2170 ErfK/*Schlachter*, § 15 AGG, Rn. 20; BeckOK ArbR/*Roloff*, § 15 AGG, Rn. 18; ebenso BAG, Urt. v. 21.06.2012 – 8 AZR 188/11 – NZA 2012, 1211, 1214, juris Rn. 42 f. A.A. MüKo BGB Bd. 1/*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 23, wonach § 15 Abs. 1 AGG neben den Ansprüchen aus *culpa in contrahendo* parallel anzuwenden seien, allerdings mit identischem Inhalt.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

naus hat er Anspruch auf Naturalrestitution in Form der Ernennung. Weiterhin kann er gemäß § 15 Abs. 2 AGG Entschädigung verlangen für die Persönlichkeitsverletzung, die ihm durch die Ablehnung aufgrund seiner Behinderung widerfahren ist.

II. Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB

Vor der Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2010[2171] wurde ein zu Unrecht übergangener Bewerber allein auf Schadensersatzansprüche verwiesen;[2172] nunmehr besteht die Möglichkeit dieses Bewerbers, Anfechtungsklage zu erheben.[2173] Der Amtshaftungsanspruch hat dennoch nicht an Bedeutung verloren. Denn obgleich dem trotz seiner Besteignung übergangenen Bewerber nun ein durchsetzbarer Anspruch auf Ernennung zusteht, wird die Ernennung des Konkurrenten durch die Anfechtungsklage lediglich für die Zukunft aufgehoben, da die mit der Ernennung verbundene Statusänderung nicht nachträglich ungeschehen gemacht werden kann, jedenfalls nicht solange keine gesetzliche Grundlage dafür besteht.[2174] Eine rückwirkende Ernennung auf den Zeitpunkt, zu dem der Bewerber ohne Fehler in der Auswahlentscheidung hätte ernannt werden müssen, verbietet sich, § 12 Abs. 2 S. 2 BBG, § 8 Abs. 4 BeamtStG. Ob ein Bewerber, der für ein zu besetzendes Amt am besten geeignet ist und nur aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung abgelehnt wird, den ihm trotz Anspruchs auf Ernennung entstehenden Schaden durch einen Anspruch auf Amtshaftung ausgleichen kann, ist Mittelpunkt der nachstehenden Erwägungen.[2175]

2171 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102-122.
2172 BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22/09 – BVerwGE 136, 140, 142 f., juris Rn. 13
2173 Siehe bereits oben, Teil 7 Abschn. A Kap. II.3.a.(1) „Statthafte Klageart".
2174 BVerwG, Urt. v. 04.11.2010 – 2 C 16/09 – BVerwGE 138, 102, 113 f., juris Rn. 39.
2175 Auf die wohl auch bestehende Möglichkeit des finanziellen Schadensausgleichs durch den Folgenbeseitigungsanspruch soll nicht weiter eingegangen werden. Vgl. stattdessen dazu *v. Roetteken*, ZBR 2017, 145 (146); *Schenke*, DVBl. 2015, 137 (140).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

1. Anspruchsvoraussetzungen

Der Amtshaftungsanspruch des Art. 34 S. 1 i.V.m. § 839 BGB verknüpft die deliktische Anspruchsnorm des § 839 BGB mit der Zurechnungsnorm des Art. 34 S. 1; Art. 34 S. 1 GG stellt eine Überleitung des nach § 839 BGB entstehenden Anspruchs dar.[2176] Dieser Anspruch hat gemäß dieser beiden Normen zur Voraussetzung, dass ein Beamter in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt und dem Dritten dadurch ein Schaden entsteht, ohne dass die Haftung aus einem der Gründe gemäß § 839 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen wäre.[2177]

Art. 34 S. 1 GG erweitert den Begriff des Beamten in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB auf „jemand". Es kommt deshalb nicht darauf an, ob ein Beamter im statusrechtlichen Sinne gehandelt hat, sondern maßgeblich ist der Beamte im haftungsrechtlichen Sinne.[2178] Beamter in diesem Sinne ist deshalb ein jeder, dem ein öffentliches Amt im funktionellen Sinne übertragen worden ist.[2179] Somit kann auch die zuständige Körperschaft, für die der Amtsträger seinen Dienst verrichtet, verantwortlich gemacht werden.[2180]

Der Beamte (im haftungsrechtlichen Sinne) muss in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben. Das ist der Fall, wenn er hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, sein Handeln sich mithin nach Rechtsnormen des öffentlichen Rechts bestimmt.[2181] Unterlässt der Amtswalter die Amtsausübung, wirkt sich dies haftungsrechtlich nur dann aus, wenn er gegenüber dem Geschädigten zu einem Handeln verpflichtet war.[2182] Die Handlung muss sich in Ausübung des Amtes vollziehen, also hoheitlich gewesen sein, was der Fall ist, wenn die Normen, die dieser Handlung zugrunde liegen, ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten.[2183]

2176 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Papier*, Art. 34 GG, Rn. 17.
2177 Vgl. *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1214).
2178 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1076).
2179 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Papier*, Art. 34 GG, Rn. 25.
2180 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1223).
2181 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1215).
2182 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1215).
2183 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1076).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Sowohl § 839 Abs. 1 S. 1 BGB als auch Art. 34 S. 1 GG sprechen von einer „einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht". Unter Amtspflicht werden die persönlichen Verhaltenspflichten verstanden, die einem Amtsträger hinsichtlich seiner Amtsführung obliegen; diese können sich unter anderem auch aus Verwaltungsvorschriften oder Weisungen ergeben.[2184] Drittbezogen ist die Amtspflicht, wenn sie zumindest auch den Zweck verfolgt, Individualinteressen wahrzunehmen.[2185] In der Regel lassen solche Rechte, die unter das subjektive Recht im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO gefasst werden können, drittgerichtete Amtspflichten entstehen.[2186] Letztlich muss die Rechtsvorschrift, die die Amtspflicht entstehen lassen, nicht nur irgendwelche Interessen schützen, sondern gerade auf den Schutz des Geschädigten gerichtet sein.[2187]

Diese Amtspflicht müsste der Beamte schuldhaft verletzt haben. Maßstab ist § 276 Abs. 2 BGB; abzustellen ist auf den pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten.[2188] Dieser ist dazu verpflichtet, sich diejenigen Rechts- und Verwaltungskenntnisse zu verschaffen, die zur Amtsführung erforderlich sind.[2189] Er verpflichtet, die Gesetzes- und Rechtslage sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich nach vernünftigen Überlegungen eine Rechtsmeinung zu bilden.[2190] Ein Verschulden ist zu verneinen, wenn diese Rechtsmeinung vertretbar ist und sie auf sorgfältiger Prüfung beruht, selbst wenn sich die Auffassung des Beamten später tatsächlich als Irrtum herausstellen sollte.[2191] Ein Verschulden ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn die Rechtsauffassung bereits von einem Kollegialgericht bestätigt wurde, denn ein pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter muss nicht mehr Rechtskenntnisse aufweisen als ein mit mehreren Richtern besetzter Spruchkörper.[2192]

2184 Maunz/Dürig (Hrsg.)/*Papier*, Art. 34 GG, Rn. 18.
2185 *Dörr*, EuZW 2012, 86 (86).
2186 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1217).
2187 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1077).
2188 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1077).
2189 *Dörr*, EuZW 2012, 86 (90) unter Verweis auf BGH, Urt. v. 11.12.1997 – III ZR 52–97 – NJW 1998, 1307, 1308, juris Rn. 13.
2190 *Dörr*, EuZW 2012, 86 (90).
2191 *Dörr*, EuZW 2012, 86 (90).
2192 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1218).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Aus der Amtspflichtverletzung muss dem Dritten ein Schaden entstanden sein; dieser muss mithin kausal auf der Pflichtverletzung beruhen, was der Fall ist, wenn bei pflichtgemäßem Handeln erst gar kein Schaden entstanden wäre.[2193]

2. Haftungsausschluss

Der Amtshaftungsanspruch dürfte nicht ausgeschlossen sein. Ein Ausschlussgrund findet sich beispielsweise in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach ein Beamter, dem nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden gemäß § 839 Abs. 2 BGB nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Nach S. 2 findet auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amts die Vorschrift des S. 1 keine Anwendung. Dieses Spruchrichterprivileg[2194] ist mit anderen Worten nur dann nicht anzuwenden, wenn der Richter sich einer vorsätzlichen Rechtbeugung schuldig macht.[2195] Zwar sind Richter, wie Art. 98 Abs. 1 GG verdeutlich, keine Beamten, doch nehmen sie zweifelsohne hoheitliche Aufgaben wahr, bei denen ihnen Fehler unterlaufen können.[2196] Soweit ein derartiger Fehler hingegen darin besteht, dass gegen Unionsrecht verstoßen wurde, findet das Spruchrichterprivileg keine Anwendung.[2197]

Durch § 839 Abs. 3 BGB, wonach die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, wird dem Vorrang des Primärrechtsschutzes Rechnung getragen.[2198] Einschlägige Rechtsmittel in diesem Sinne sind das Widerspruchsverfahren, so-

2193 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1219).
2194 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1077).
2195 *Dörr*, EuZW 2012, 86 (86).
2196 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1222).
2197 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1077) unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539-3544. Siehe zum unionsrechtlichen Haftungsanspruch weiter unten, Teil 7 Abschn. B Kap. IV.
2198 HK-BGB/*Staudinger*, § 839 BGB, Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

weit dies landesrechtlich vorgesehen ist sowie alle verwaltungsprozessualen Klagearten einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes.[2199] Unterlässt es der Geschädigte vorsätzlich oder fahrlässig, Primärrechtsschutz einzuholen, kann er sich anschließend nicht mehr auf den Amtshaftungsanspruch berufen.[2200]

3. Anspruchsinhalt

Grundsätzlich ersetzt der Amtshaftungsanspruch jeden schuldhaft und kausal auf der Amtspflichtverletzung beruhenden Schaden entsprechend §§ 249 ff. BGB mit Ausnahme der Naturalrestitution und gewährt demzufolge allein finanziellen Ausgleich.[2201] Die Schadenshöhe ergibt sich aus der Differenz zwischen der aktuellen Besoldung bzw. Entlohnung und der angestrebten; besoldungs- und versorgungsrechtlich ist der Betroffene zudem so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er (direkt) ernannt worden wäre.[2202] Gemäß Art. 34 S. 2 GG ist für den Amtshaftungsanspruch der Weg zu den ordentlichen Gerichten vorgeschrieben.

4. Subsumtion

Bei der Ernennungsbehörde, die über die Auswahl eines Beamtenbewerbers entscheidet, handelt es sich um einen Beamten im haftungsrechtlichen Sinne. Im Rahmen der Auswahlentscheidung liegt auch ein Handeln in Ausübung eines Amtes vor, da durch die Ernennung ein Beamtenverhältnis im Sinne von § 4 BBG, § BeamtStG begründet wird und es sich bei diesen Normen um solche handelt, die ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten. Wird der am besten geeignete Bewerber nicht ernannt, stellt dies ein rechtlich relevantes Unterlassen einer Amtsausübung dar, zu welcher der Amtswalter angesichts Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet gewesen wäre. Diese Verfassungsnorm verkörpert ein subjektives Recht,[2203] das die

2199 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1221).
2200 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1077).
2201 *Wittreck/Wagner*, JURA 2013, 1213 (1218 f.).
2202 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 556.
2203 Siehe bereits oben, Teil 3 Abschn. B Kap. I.1.a „Rechtsnatur".

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Amtspflicht des handelnden Beamten entstehen lässt. Denn Art. 33 Abs. 2 GG verfolgt nicht nur das staatsorganisationsrechtliche Interesse an einem loyalen und funktionstüchtigen Verwaltungsapparat, sondern gewährt vielmehr jedem Einzelnen das Recht auf eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung. Dieses grundrechtsgleiche Recht schützt nicht nur Allgemeininteressen, sondern ist konkret auf den Schutz desjenigen Bewerbers gerichtet, der durch die Amtspflichtverletzung in Form der ermessensfehlerhaften Auswahlentscheidung in seinen Rechten verletzt wird. Wird ein Bewerber, der für ein zu besetzendes Amt am besten geeignet ist, nur aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung abgelehnt, entsteht ihm zunächst der Schaden der Nichteinstellung, gegen die er gemäß § 839 Abs. 3 BGB Primärrechtsschutz ersuchen muss. Da er seine Ernennung in das Beamtenverhältnis nur für die Zukunft erwirken kann, sind ihm alle finanziellen Einbußen zu ersetzen, die darauf beruhen, dass fehlerhaft von seiner Ernennung abgesehen wurde.

Ein solcher Anspruch wird aber wegen mangelnden Verschuldens ausgeschlossen sein. Denn dass es sich bei der gesundheitlichen Eignung um ein Zugangskriterium zum öffentlichen Amt handelt, ist nicht nur durch eine entsprechende Verwaltungspraxis anerkannt, sondern wurde auch durch eine bereits jahrzehntelang bestehende Rechtsprechung bestätigt. Dem pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten kann infolgedessen nicht vorgeworfen werden, er habe die Gesetzes- und Rechtslage nicht sorgfältig und gewissenhaft geprüft. Das gilt jedenfalls solange, wie sich die Rechtsprechung in Bezug auf die gesundheitliche Eignung nicht entsprechend ändert.

III. Beamtenrechtliches Bewerbungsverhältnis, Art. 33 Abs. 2 GG

Gegen eine wie soeben im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs dargestellte Rechtsverletzung kann sich ein Beamtenbewerber ebenfalls mit einem Schadensersatzanspruch aus dem beamtenrechtlichen Bewerbungsverhältnis zur Wehr setzen. Grundlage dafür ist der in Art. 33

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Abs. 2 GG enthaltene Bewerbungsverfahrensanspruch[2204] bzw. das (sich anbahnende) Beamtenverhältnis selbst.[2205]

War der „beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch zunächst auf Fürsorgepflichtverletzungen durch den Dienstherrn bezogen, wurde er durch die Rechtsprechung im Laufe der Zeit auch auf andere Pflichtverletzungen ausgedehnt und insbesondere auf eine Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung.[2206] Auf diesen Anspruch können sich nicht nur Beamte berufen, die bei einer Beförderung übergangen worden sind, sondern auch solche, die im Rahmen der Bewerbung um die Besetzung eines Eingangsamts abgelehnt wurden.[2207]

Obgleich es sich bei diesem Schadensersatzanspruch um einen von Art. 34 S. 1 GG, § 839 Abs. 1 S. 1 BGB unabhängigen Anspruch handelt,[2208] sind doch seine Voraussetzungen mit dem des Amtshaftungsanspruchs vergleichbar, wenn nicht identisch. Dementsprechend ist es Voraussetzung, dass der Dienstherr den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt und diesem dadurch ein Schaden entsteht. Es muss somit ein Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehen, was zutrifft, wenn dem Bewerber das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre. Letztlich darf dieser es nicht schuldhaft unterlassen haben, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.[2209] Der Verschuldensmaßstab unterscheidet sich nicht von demjenigen, der im Rahmen der Amtshaftung anzulegen ist.[2210]

2204 BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22/09 – BVerwGE 136, 140, 142 f., juris Rn. 13.

2205 BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12/14 – BVerwGE 151, 333, 335 f., juris Rn. 9; BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7/09 – BVerwGE 141, 361, 363 f., juris Rn. 15.

2206 BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12/14 – BVerwGE 151, 333, 336, juris Rn. 10.

2207 VG Düsseldorf, Urt. v. 22.03.2011 – 2 K 6190/10 – juris Rn. 37; *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 547.

2208 BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7/09 – BVerwGE 141, 361, 363 f., juris Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 25.02.2010 – 2 C 22/09 – BVerwGE 136, 140, 142 f., juris Rn. 13.

2209 BVerwG, Urt. v. 19.03.2015 – 2 C 12/14 – BVerwGE 151, 333, 336 f., juris Rn. 12 f.

2210 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7/09 – BVerwGE 141, 361, 371 f., juris Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Ebenso wie der Amtshaftungsanspruch beschränkt sich der Schadensersatzanspruch aus dem beamtenrechtlichen Bewerbungsverhältnis auf den Ausgleich des finanziellen Schadens[2211] und ist unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, wenn der Geschädigte sich nicht darum bemüht, dem Schaden auf dem Weg des Primärrechtsschutzes zu begegnen.[2212] Anders als der Amtshaftungsanspruch ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch vor den Verwaltungsgerichten einzuklagen.[2213]

Im Ergebnis wird auch dieser Anspruch ebenso wie ein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung wegen fehlenden Verschuldens des Einstellungsbeamten zu verneinen sein.

IV. Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch

Bei dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch handelt es sich um einen richterrechtlich entwickelten Anspruch, der einer Individualperson einen Schadensersatzanspruch zugesteht für Schäden, die ihm dadurch entstanden sind, dass ein Mitgliedstaat gegen Unionsrecht verstoßen hat.[2214] Dieser Anspruch, der selbstständig neben dem nationalen Amtshaftungsanspruch steht,[2215] geht auf die Entscheidung in der Rechtssache *Francovich*[2216] zurück, im Rahmen derer der EuGH den Grundsatz der mitgliedstaatlichen Haftung für Unionsrechtsverstöße begründet hat.[2217] Diese und die sich daran anschließende Rechtsprechung in der Rechtssache *Brasserie du Pêcheur*[2218] bezog sich allein auf die Haftung für legislatives Unrecht, die im Rahmen der Rechtssache *Köbler*[2219] auf judikatives und exekutives Unrecht ausgedehnt wurde.

2211 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 549 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.
2212 BVerwG, Urt. v. 26.01.2012 – 2 A 7/09 – BVerwGE 141, 361, 374 f., juris Rn. 48.
2213 *Wichmann/Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl. (2017), S. 550.
2214 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (759).
2215 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 1076 (1077).
2216 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, Rs. Francovic – NJW 1992, 165-167.
2217 *Dörr*, EuZW 2012, 86 (86)
2218 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267-1272.
2219 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539-3544.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Es soll im Folgenden weder auf einen Verstoß durch die Legislative wegen einer etwaigen teilweisen Nichtumsetzung der RL 2000/78/EG noch auf einen Verstoß der Exekutive gegen diese Richtlinie im Rahmen der Nichtverbeamtung aufgrund der gesundheitlichen Eignung, konkret hinsichtlich einer nicht zu rechtfertigenden mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Behinderung, eingegangen werden. Der Fokus liegt vielmehr auf dem Staatshaftungsanspruch gegen judikatives Unrecht.[2220]

1. Herleitung

a. Grundsätzliche Haftung für mitgliedstaatliche Unionsrechtsverstöße

Die Verträge sehen zwar in Art. 340 Abs. 2 AEUV eine Haftung der Union für den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden vor, jedoch ist eine solche Haftung für die Mitgliedstaaten nicht kodifiziert.[2221] Dessen ungeachtet haben aber nationale Gerichte bei der Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften diesen zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen.[2222] Jedoch zweifelte der EuGH daran, dass der – seinerzeit noch – gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen womöglich nicht die volle Wirksamkeit zukomme und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert werde, wenn dem Einzelnen nicht die Möglichkeit zugestanden würde, entschädigt zu werden, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt würden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist.[2223] Der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folge aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung.[2224]

2220 Die nachfolgenden Ausführungen basieren maßgeblich auf den Ausführungen in *Dörr*, EuZW 2012, 86, *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 und *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759.

2221 *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (197).

2222 Vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 19.06.1990 – C-213/89, Rs. Factortame I – NJW 1991, 2271, 2272, juris Rn. 20 ff.; *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (197).

2223 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, Rs. Francovic – NJW 1992, 165, 167, juris Rn. 33.

2224 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, Rs. Francovic – NJW 1992, 165, 167, juris Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Auf das Vorbringen der deutschen Regierung in der Rechtssache *Brasserie du Pêcheur*, wonach ein allgemeiner Entschädigungsanspruch des Einzelnen eines Gesetzgebungsverfahrens bedürfe und nicht auf Richterrecht beruhen könne,[2225] entgegnet der EuGH, ihm obliege es (nunmehr) gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern, soweit der Vertrag keine Vorschriften enthalte, die ausdrückliche und genaue Regelungen hinsichtlich Verstößen der Mitgliedstaaten gegen Unionsrecht enthielten.[2226]

Aus diesen Gründen wird die Rechtsgrundlage des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruches auch in Art. 19 Abs. 1 EUV bzw. in einer analogen Anwendung des Art. 340 Abs. 2 AEUV gesehen.[2227] Die genaue Herleitung kann aber dahinstehen, da die Existenz dieses Haftungsanspruch grundsätzlich nicht bestritten wird.[2228]

b. Haftung für judikatives Unrecht

Während der EuGH in *Brasserie du Pêcheur* entschied, dass Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, unabhängig davon gilt, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat,[2229] stand im Rahmen der Rechtssache *Köbler* die Haftung eines Gerichts wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht im Fokus. Aufgrund der Wichtigkeit, die die nationale Rechtsprechung beim Schutz der auf Unionsrecht basierenden subjektiven Rechte einnehme, ergebe sich eine Beeinträchtigung der vollen Wirksamkeit der den Schutz begründenden unionsrechtlichen Vorschriften, wenn der Einzelne keine Entschädigung erlangen könne, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Uni-

2225 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267, 1268, juris Rn. 24.

2226 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267, 1268, juris Rn. 27.

2227 *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (197) m.w.N.

2228 *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (197). Ausführlich zur Herleitung der Anspruchsgrundlage S. 198.

2229 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267, 1268, juris Rn. 31 f.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

onsrecht verletzt würden, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen sei.[2230]

2. Anspruchsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatz aus dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch formulierte der EuGH in der Rechtssache *Köbler*.[2231] Danach sind die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht (seinerzeit Gemeinschaftsrecht) entstehen, wenn die verletzte Rechtsnorm des Unionsrechts bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen dem Schaden der Einzelperson und dem Rechtsverstoß ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Bezüglich der Frage, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist, wenn er sich aus einer letztinstanzlichen Gerichtsentscheidung ergibt. Denn ein letztinstanzliches Gericht gebe dem Einzelnen die letzte Möglichkeit, seine sich aus dem Unionsrecht ergebenden Rechte geltend zu machen; erfolge die Rechtsverletzung durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gerichts, könne diese in der Regel nicht rückgängig gemacht werden, weshalb es dem Einzelnen nicht genommen werden dürfe, den Staat für diese Rechtsverletzung haftbar zu machen.[2232]

Die erste Voraussetzung des unionsrechtlichen Haftungsanspruches ist also ein Verstoß gegen eine drittschützende Unionsrechtsnorm, wobei dieser Verstoß sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden kann.[2233] Die drittschützende Norm muss nicht notwendigerweise subjektive Rechte verleihen, sondern es genügt jedes individuelle Interesse, das unionsrechtlich geschützt ist.[2234] Bei Rechtsverstößen durch die Judikative kommen dafür zwei Möglichkeiten infrage, und zwar die falsche Auslegung einer primären

2230 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539, 3539 f., juris Rn. 33.
2231 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539-3544.
2232 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539, 3540, juris Rn. 34.
2233 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (760).
2234 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (760); *Deckert*, EuR 1997, 203 (217 f.).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

oder sekundären Unionsrechtsnorm oder gar ihre völlige Missachtung sowie das Übergehen der Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV.[2235] Verletzt ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlagepflicht, ist die verletzte Rechtsnorm indes nicht Art. 267 Abs. 3 AEUV, da diese Vorschrift dem Einzelnen keine Rechte verleiht, sondern lediglich die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes verfolgt.[2236] Stattdessen ist die verletzte Rechtsnorm diejenige, deren Auslegung im nationalen Ausgangsrechtsstreit fraglich war.[2237]

Weiterhin muss der Verstoß hinreichend qualifiziert sein, was sich bei Verfehlungen durch letztinstanzliche Gerichte danach bemisst, ob es sich um einen offenkundigen Verstoß handelt. In der Rechtssache *Köbler* präzisierte der EuGH dies für Rechtsverstöße durch die Judikative, wonach zunächst alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen seien.[2238] Zu diesen Gesichtspunkten zählen das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht durch das in Rede stehende Gericht.[2239] Bereits in der Rechtssache *Brasserie du Pêcheur* führte der EuGH aus, dass sich die Frage der Offenkundigkeit auch danach bemesse, ob einschlägige Rechtsprechung des EuGH existiere.[2240]

Insgesamt soll aber die Haftung eines Mitgliedstaates für judikatives Unrecht der Ausnahmefall bleiben.[2241] Im Ergebnis wird man eine Offenkundigkeit bejahen können, wenn im nationalen Recht die Voraussetzungen der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erfüllt sind, da diese Anforderungen im

2235 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (760, 763) mit Verweis auf *Beul*, EuZW 1996, 748 (748 f.).

2236 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (763); *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633 (637).

2237 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (763). So bereits *Beul*, EuZW 1996, 748 (749).

2238 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539, 3541, juris Rn. 55.

2239 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539, 3541, juris Rn. 54 ff.; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 13.06.2006 – C-173/03, Rs. Traghetti del Mediterraneo – NJW 2006, 3337, 3338 f., juris Rn. 32.

2240 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267, 1270, juris Rn. 57.

2241 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539, 3541, juris Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Wesentlichen mit denen der Offenkundigkeit des Rechtsverstoßes kongruent sind.[2242] Dementsprechend bemisst sich die Beurteilung darüber, ob ein Rechtsverstoß offenkundig ist, nach einer objektiven Willkürformel.[2243]

Weitere Voraussetzung ist, dass zwischen dem Schaden der Einzelperson und dem Rechtsverstoß ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht, wobei sich diese Voraussetzungen nicht von derjenigen im Rahmen des nationalen Amtshaftungsanspruchs unterscheidet.[2244]

3. Anspruchsdurchsetzung

Hinsichtlich der Frage, ob und inwiefern nationale Haftungsbeschränkungen im Rahmen des unionsrechtlichen Haftungsanspruches Anwendung finden, führte der EuGH aus, dass es Sache der nationalen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaates sei, diejenigen Kriterien festzulegen, anhand derer der Umfang der Entschädigung bestimmt werden könne, soweit auf diesem Gebiet keine Unionsvorschriften bestünden.[2245] Demgemäß kommt eine Anwendung nationaler Haftungsbeschränkungen hier grundsätzlich infrage.[2246] Allerdings dürfen diese nicht so ausgestaltet sein, dass die Entschädigung praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert ist.[2247] Infrage kommt für judikatives Unrecht die Anwendung des Spruchrichterprivilegs des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB.[2248] Allerdings würde ein unionsrechtlicher Haftungsanspruch weitestgehend zu einer leeren Hülle verkommen, wenn er nur dann ausgelöst würde, wenn ein Richter, der Unionsrecht auslegt, mit seiner Entscheidung eine Straftat begehen würde.[2249] Denn die Wirksamkeit des Unionsrechts und seine Durchsetzung hängt wesentlich von seiner Anwendung durch die Gerichte ab, sodass eine Anwendung des § 839

2242 *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (200).
2243 *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (200).
2244 Vgl. *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (763).
2245 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267, 1271, juris Rn. 83.
2246 *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (200).
2247 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267, 1271, juris Rn. 83.
2248 Siehe dazu oben, Teil 7 Abschn. B Kap. II.2 „Haftungsausschluss".
2249 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (766).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Abs. 2 BGB den *effet utile* unterlaufen würde.[2250] Außerdem gehe es nicht um die persönliche Haftung des Richters, sondern um die des Staates, weshalb außerdem nicht angenommen werden könne, dass die Unabhängigkeit eines letztinstanzlichen Gerichts durch die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung des Staates für gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen feststellen zu lassen, gefährdet würde.[2251]

Auch eine Anwendung von § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ist zu verneinen, da es im Rahmen des unionsrechtlichen Haftungsanspruches auf ein Verschulden des Richters nicht ankommt.[2252] Demgegenüber ist eine Anwendung von § 839 Abs. 3 BGB zu bejahen, allerdings nur insoweit, wie der Gebrauch des fraglichen Rechtsmittels dem Geschädigten zumutbar ist.[2253] Zumutbar ist der innerstaatliche Rechtsweg bis zu derjenigen Instanz, die zur Vorlage gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet ist; der Geschädigte muss seinen Schadenersatzanspruch nicht vorab per Verfassungsbeschwerde geltend gemacht haben.[2254]

Der EuGH spricht im Rahmen des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs von einer Haftung eines Mitgliedstaates.[2255] Zu verantworten hat sich diejenige staatliche Einheit, die die Verletzung von Unionsrechtsnormen begangen hat.[2256] Handelt es sich dabei um ein Gericht, haftet, je nachdem wo es angesiedelt ist, der Bund oder das jeweilige Land.[2257]

Zuständig für eine Klage auf unionsrechtliche Staatshaftung sind die jeweils nationalen Gerichte, da eine entsprechende unionsrechtliche Regelung nicht existiert.[2258] Dementsprechend ist des Sache der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, die zuständigen Gerich-

2250 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (766).
2251 EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539, 3540, juris Rn. 42.
2252 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (766) m.w.N.
2253 EuGH, Urt. v. 24.03.2009 – C-445/06, Rs. Danske Slagterier – NVwZ 2009, 771, 775, juris Rn. 64.
2254 *Hellwig/Moos*, JA 2011, 196 (201).
2255 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 30.09.2003 – C-224/01, Rs. Köbler – NJW 2003, 3539, juris Rn. 30.
2256 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (768).
2257 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (768).
2258 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, Rs. Francovic – NJW 1992, 165, 167, juris Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

te zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten.[2259] Zuständig sind in Deutschland nach Maßgabe des Art. 34 S. 3 GG die Zivilgerichte.

4. Ergebnis

In seiner Entscheidung vom 25.07.2013[2260] wich das BVerwG bewusst von der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Behinderungsbegriffs des Art. 1 RL 2000/78/EG ab und bejahte irrtümlich die Rechtfertigung einer mittelbaren Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung, ohne ein Vorabentscheidungsersuchen anzustrengen, zu dem es als letztinstanzliches Gericht verpflichtet gewesen wäre.[2261] Diese Rechtsprechung verstößt mithin, wie an anderer Stelle bereits aufgezeigt wurde, gegen europäisches Sekundärrecht, welches im Verhältnis zwischen Beamtenbewerber und Dienstherrn unmittelbar anwendbar ist. Bei dieser Richtlinie handelt es sich außerdem um eine drittschützende Norm im Sinne der *Köbler*-Doktrin, da sie den Schutz individueller Interessen verfolgt, namentlich derjenigen Personen, die unter die in Art. 1 RL 2000/78/EG genannten Begriffe gefasst werden können. Die Verletzung der Richtlinie war auch offenkundig. Denn eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wurde bejaht, was als Maßstab für die Offenkundigkeit eines Unionsrechtsverstoßes genügt.[2262]

Der Kläger dieses Falles beanspruchte die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe und hatte einen Grad der Behinderung von 30 inne. Indem das BVerwG entschied, der abgesenkte Prognosemaßstab, der allein für Menschen mit Schwerbehinderung vorgesehen ist,

2259 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – C-6/90, Rs. Francovic – NJW 1992, 165, 167, juris Rn. 42.

2260 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244-261.

2261 Siehe dazu oben, Teil 6 Abschn. B Kap. VII.1 „Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV".

2262 Siehe Teil 6 Abschn. B Kap. VII.2.c „Ergrebnis: Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG". Darüber hinaus kommt ein Verstoß gegen Art. 21 Abs. 1 GRC in Betracht (vgl. oben unter Teil 5 Abschn. B Kap. III.4.c „Charta der Grundrechte der Europäischen Union), der ebenfalls einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch begründen kann, Boecken u.a. (Hrsg.), NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, vor GRCh, Rn. 47 ff.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

sei nicht auf Menschen mit einer einfachen Behinderung zu erstrecken, stellte es eine Maxime für den Zugang zum öffentlichen Amt auf, die für einfach behinderte Menschen und damit auch für den Kläger nur sehr schwer oder womöglich gar nicht zu erreichen ist. Mit dieser Rechtsprechung hat das BVerwG Maßstäbe gesetzt, die für jegliche zukünftige gleich gelagerten Fälle herangezogen werden. Die der besagten Entscheidung des BVerwG zugrunde liegende Rechtssache wurde zwar an das zuständige Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen, allerdings nur insofern zugunsten des Klägers, als nunmehr die gesundheitliche Eignung vollständig gerichtlich überprüfbar ist. Jedoch erkannte das BVerwG weder, dass es sich bei der gesundheitlichen Eignung generell um ein eignungsfremdes Kriterium handelt, noch sah es die Anwendung des abgesenkten Prognosemaßstabs auf einfach behinderte Menschen als geboten an. Soweit dem Kläger dadurch die Möglichkeit genommen wurde, verbeamtet zu werden, ist ihm durch diese Rechtsprechung ein Schaden entstanden, der adäquat kausal darauf zurückgeht, dass das BVerwG die RL 2000/78/EG unionsrechtswidrig ausgelegt hat.

Wie der nationale Amtshaftungsanspruch ist auch der unionsrechtliche Haftungsanspruch auf Ersatz in Geld gerichtet.[2263] Der Schadensersatz umfasst auch den entgangenen Gewinn.[2264] Im Ergebnis ist mangels entgegenstehender unionsrechtlicher Vorschriften der Anspruchsinhalt derselbe wie derjenige, der vom nationalen Amtshaftungsanspruch gewährt wird. Der Geschädigte wäre danach zu stellen, wie er besoldungs- und versorgungsrechtlich stehen würde, wenn er die Rechtsverletzung nicht erlitten hätte.

C. Sonstige Rechtsschutzmöglichkeiten

Bei den zuvor erwähnten Rechtsschutzmöglichkeiten handelt es sich um diejenigen, die für den übergangenen bzw. übergangenen behinderten Beamtenbewerber am naheliegendsten sind, um seine Verbe-

2263 *Frenz/Götzkes*, JA 2009, 759 (767).

2264 EuGH, Urt. v. 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, Rs. Brasserie du Pêcheur – NJW 1996, 1267, 1271, juris Rn. 87.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

amtung bzw. Schadensersatzansprüche durchzusetzen. Dennoch sollen die nachfolgenden Rechtsmittel nicht unerwähnt bleiben, wenn auch nur in der aufgrund ihrer geringeren Relevanz gebotenen Kürze.

I. Verfassungsbeschwerde

Als „letzte Zuflucht des Bürgers, der sich in seinen Grundrechten verletzt fühlt",[2265] sieht Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde vor. Danach entscheidet das BVerfG über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein. Dementsprechend kann jeder Bewerber, der trotz seiner Besteignung allein aufgrund des Kriteriums der gesundheitlichen Eignung im Auswahlverfahren für die Besetzung einer Stelle abgelehnt wird, wegen Verstoßes gegen das ihm durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährte Recht auf Zugangsgleichheit Verfassungsbeschwerde erheben. Ist der Bewerber darüber hinaus behindert, kann er ebenfalls eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG geltend machen sowie von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, sofern eine Vorlagepflicht bestand und nicht befolgt wurde. Freilich müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG eingehalten werden.

II. Beschwerde bei der Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens

Weiterhin besteht die Möglichkeit eines behinderten Menschen, der aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung nicht verbeamtet und dadurch entgegen den Vorschriften der RL 2000/78/EG sowie der Auslegung dieser Richtlinie durch den EuGH wegen seiner Behinderung diskriminiert wird, bei der Europäischen Kommission eine Beschwer-

2265 *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. (2015), Rn. 73 unter Verweis auf die Begründung des § 86 im Regierungsentwurf zum BVerfGG.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

de einzureichen, um diese auf den durch ein Organ der Bundesrepublik begangenen Unionsrechtsverstoß aufmerksam zu machen.[2266]

Die Verträge sehen zwar nicht die Möglichkeit natürlicher oder juristischer Personen vor, vor den Unionsgerichten zur Feststellung mitgliedstaatlicher Vertragsverletzungen Klage zu erheben.[2267] Dennoch ist das Interesse des Bürgers anerkannt, auf Vertragsverstöße durch die Mitgliedstaaten aufmerksam zu machen, wofür die Kommission ein Formblatt veröffentlich hat, womit ein Bürger bei der Kommission wegen Nichteinhaltung der Rechtsvorschriften der Union Beschwerde einlegen kann.[2268] Die Beschwerde kann mittels jenen Formulars eingereicht oder direkt an die Kommission in Brüssel gerichtet bzw. in einem Presse- und Informationsbüro der Kommission abgegeben werden.[2269] Die Beschwerde muss schriftlich eingereicht werden und die Verletzung einer Unionsvorschrift durch einen Mitgliedstaat glaubhaft machen sowie die Aufforderung an die Kommission, den vertragsgemäßen Zustand wieder herzustellen.[2270]

Die Möglichkeit der Beschwerde sieht für den Beschwerdeführer einige Verfahrensgarantien vor, und zwar die Zusendung einer Empfangsbestätigung unmittelbar nach Eingang der Beschwerde, die Unterrichtung über den weiteren Verlauf des Verfahrens und insbesondere über die Schritte, die bei den betreffenden nationalen Behörden und Unternehmen unternommenen werden, sowie dass der Beschwerdeführer von jedem Verstoßverfahren, das die Kommission aufgrund der Beschwerde gegen einen Mitgliedstaat einleitet, sowie von den Verfahren, die sie gegen ein Unternehmen einleitet, in Kenntnis gesetzt wird.[2271] Allerdings wird die Kommission durch die Beschwerde eines Bürgers nicht dazu verpflichtet, ein Vertragsverletzungsverfahren ein-

2266 Sofern mit der Verf. eine Verletzung von Art. 21 Abs. 1 GRC angenommen wird, kann auch auf diese durch Anstoß zum Vertragsverletzungsverfahren aufmerksam gemacht werden, Boecken u.a. (Hrsg.), NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, vor GRCh, Rn. 50.

2267 *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. (2011), Rn. 253.

2268 „Beschwerde bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften wegen Nichteinhaltung der Rechtsvorschriften er Gemeinschaft", (89/C 26/07), ABl. 1989, C 26, S. 6.

2269 ABl. 1989, C 26, S. 7.

2270 *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. (2011), Rn. 256.

2271 ABl. 1989, C 26, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zuleiten, da ihr diesbezüglich ein Ermessen zusteht.[2272] Die Kommission gibt allein dann eine Stellungnahme im Sinne des Art. 258 Abs. 1, 1. Hs. AEUV ab, wenn nach ihrer Auffassung ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat.[2273] Komme der Staat dieser Stellungnahme nicht innerhalb der gesetzten Frist nach, könne die Kommission den EuGH anzurufen, um die vermutete Vertragsverletzung feststellen zu lassen, ohne aber dazu verpflichtet zu sein.[2274]

Somit enthält das Beschwerderecht kein subjektives Recht auf Durchführung einer Aufsichtsklage.[2275] Sofern aber eine Aufsichtsklage eingeleitet wird, kommen als Verfahrensgegenstand jegliche von den Organen der Mitgliedstaaten durchgeführten Handlungen infrage und damit auch diejenige der jeweiligen Judikative.[2276] Der EuGH bejaht eine Vertragsverletzung, wenn das Verhalten eines Mitgliedstaats gegen eine Norm des Unionsrechts verstoßen hat, wobei als Prüfungsmaßstab das gesamte primäre und sekundäre Unionsrecht heranzuziehen ist.[2277] Da das BVerwG in der beschriebenen Art und Weise gegen die Auslegung und Anwendung der RL 2000/78/EG verstoßen hat, wird eine Vertragsverletzung zu bejahen sein.

III. Anrufung des Beschwerdeausschusses nach dem Fakultativprotokoll der UN-BRK

Neben der UN-Behindertenrechtskonvention hat die Bundesrepublik Deutschland ebenfalls das dazugehörige Fakultativprotokoll ratifiziert.[2278] Art. 1 Abs. 1 des Fakultativprotokolls sieht die Möglichkeit

2272 EuGH, Urt. v. 14.02.1989 – 247/87, Rs. Star Fruit – Slg 1989, 291, 301, juris Rn. 11; EuG, Beschl. v. 29.11.1994 – T-479/93, Rs. Bernardi – Slg 1994, II-1115, 1127 f., juris Rn. 31.

2273 EuGH, Urt. v. 14.02.1989 – 247/87, Rs. Star Fruit – Slg 1989, 291, 301, juris Rn. 12.

2274 EuGH, Urt. v. 14.02.1989 – 247/87, Rs. Star Fruit – Slg 1989, 291, 301, juris Rn. 12.

2275 *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. (2011), Rn. 257.

2276 *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. (2011), Rn. 285.

2277 *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. (2011), Rn. 303.

2278 BGBl. II 2008, S. 1419, 1453 ff.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

für Einzelpersonen oder Personengruppen vor, beim Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen Beschwerden über konventionswidriges Verhalten eines Mitgliedstaats einzureichen. Die Mitteilung, Opfer einer Verletzung des Übereinkommens durch den jeweiligen Vertragsstaat geworden zu sein, wird gleichermaßen von diesem Ausschuss geprüft. Infrage käme für solche eine Rechtsverletzung eine Auslegung des nationalen Behinderungsbegriffs wider Art. 1 Abs. 2 UN-BRK, wodurch einfach behinderte Menschen schwerbehinderten Menschen und jenen Gleichgestellten gegenüber im Rahmen des Zugangs zum öffentlichen Amt schlechter behandelt werden.[2279]

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in Art. 2 des Fakultativprotokolls aufgelistet. Danach darf die Mitteilung unter anderem nicht anonym erfolgen, nicht rechtsmissbräuchlich und nicht offensichtlich unbegründet bzw. nicht hinreichend begründet sein. Außerdem darf dieselbe Sache nicht bereits vom Ausschuss untersucht worden sein oder in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitregelungsverfahren geprüft werden bzw. worden sein. Ferner müssen alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft worden sein, es sei denn dies würde unangemessen viel Zeit beanspruchen oder aber keine wirksame Abhilfe erwarten lassen.

Die Handlungsmöglichkeiten des Ausschusses im Fall einer mitgeteilten Konventionsverletzung sind allerdings gering. Nach Art. 3 S. 2 des Fakultativprogramms ist der betreffende Mitgliedstaat lediglich gehalten, dem Ausschuss innerhalb von sechs Monaten schriftlich zur Klärung der Konventionsverletzung, über die der Ausschuss ihm zuvor Mitteilung macht, sowie über gegebenenfalls getroffene Abhilfemaßnahmen Stellung zu nehmen. Davon abgesehen kann der Ausschuss jederzeit nach Eingang einer Individualbeschwerde und noch vor einer Entscheidung über die Sache den Vertragsstaat auffordern, vorläufige erforderliche Maßnahmen zu treffen, um einen möglicherweise nicht wieder gut zu machenden Schaden abzuwenden, der für das Opfer der Konventionsverletzung entstehen kann, Art. 4 Abs. 1. Außerdem kann der Ausschuss den Vertragsstaat auffordern, bei der Prüfung der Vorwürfe mitzuwirken und zu ihnen Stellung zu nehmen, Art. 6 Abs. 1.

2279 Vgl. Zur Nichtvereinbarkeit der derzeitigen Rechtlage mit der UN-BRK oben, Teil 5 Abschn. B Kap. III.1.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Doch selbst für den Fall der Zulässigkeit und Begründetheit der Mitteilung ergeht keine rechtsverbindliche Entscheidung.[2280] Art. 6 Abs. 3 sieht lediglich vor, dass der Ausschuss, nachdem er die Vorwürfe untersucht hat, die Ergebnisse der Untersuchung zusammen mit Bemerkungen und Empfehlungen dem betreffenden Vertragsstaat zusendet. Dieser ist bloß dazu verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der vom Ausschuss übermittelten Ergebnisse, Bemerkungen und Empfehlungen dem Ausschuss seine Stellungahme mitzuteilen, Art. 6 Abs. 4. Eine Sanktion für einen Verstoß gegen diese Vorschriften ist nicht vorgesehen.

Somit stellt sich die Individualbeschwerde zur Anrufung des Beschwerdeausschusses nach dem Fakultativprotokoll der UN-BRK allenfalls als ein Mittel dar, auf Missstände aufmerksam zu machen und öffentliches Interesse zu wecken, um politischen Druck aufzubauen.[2281]

D. Ergebnis

Ein im Bewerbungsverfahren übergangener Bewerber kann sich zunächst im Rahmen eines Konkurrentenstreitverfahrens gegen die Auswahlentscheidung des Dienstherrn zur Wehr setzen. Wurde der Konkurrent noch nicht ernannt, kann der unterlegene Bewerber Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid einlegen und eine einstweilige Anordnung nach Maßgabe des § 123 Abs. 1 VwGO beantragen, wobei dieses Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt und jenem in Prüfungsumfang und –tiefe entspricht. Ist es allerdings mittlerweile zu einer Ernennung des Konkurrenten gekommen, ohne dass der unterlegene Bewerber vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch nehmen konnte, kann dieser nach geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung Klage gegen die Ernennung des Kontrahenten erheben. Voraussetzung ist dafür, dass der unterlegene Bewerber in seinen Rechten verletzt wurde, was nach hier vertre-

2280 *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, S. 8; *Groskreutz*, Forum D unter www.reha-recht.de, Beitrag D7-2013 (S. 3).

2281 *Groskreutz*, Forum D unter www.reha-recht.de, Beitrag D7-2013 (S. 3).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

tener Ansicht dann der Fall ist, wenn es sich bei dem unterlegenen Bewerber um den am besten geeigneten handelt und er allein wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung nicht für die Stelle ausgesucht wurde. Die Ernennung des Kontrahenten ist dann mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

Wird ein Bewerber im Rahmen des Auswahlprozesses wegen einer Behinderung im Sinne der § 7 Abs. 1, § 1 AGG benachteiligt, indem auf eine mangelnde gesundheitliche Eignung abgestellt wird, und entsteht dem Bewerber dadurch ein Schaden, ist dieser gemäß § 15 Abs. 1 AGG zu ersetzen. Ein materieller Schaden entsteht nur demjenigen Bewerber, der am besten geeignet war und somit Anspruch auf Ernennung hat. Er ist besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht diskriminiert und folglich ins Beamtenverhältnis ernannt worden wäre. Gemäß § 15 Abs. 6, 2. Hs. AGG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG hat dieser Bewerber zudem Anspruch auf Schadensersatz in Form der Naturalrestitution und somit auf Ernennung. Auf ein Verschulden des Dienstherrn kommt es entgegen § 15 Abs. 1 S. 2 AGG infolge der unmittelbaren Anwendung der RL 2000/78/EG nicht an.

Darüber hinaus hat er gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 AGG Anspruch auf Entschädigung, wenn er entgegen § 7 Abs. 1 AGG aufgrund einer Behinderung benachteiligt wurde.

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus Amtshaftung gemäß Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB sowie aus dem beamtenrechtlichen Bewerbungsverhältnis sind mangels Verschulden zu verneinen. Demgegenüber wäre ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch wegen judikativen Unrechts und Verstoßes gegen die RL 2000/78/EG durch das BVerwG zu bejahen.

Letztlich besteht die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde wegen Eingriffs in zahlreiche Grundrechte zu erheben sowie Beschwerde bei der Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens einzulegen. Die Möglichkeit, den Beschwerdeausschuss nach dem Fakultativprotokoll der UN-BRK wegen konventionswidrigen Verhaltens der Bundesrepublik anzurufen, entfaltet hingegen eher geringere Relevanz, da durch ihn keine rechtverbindliche Entscheidung ergeht.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Teil 8: Kernthesen und Schlussbetrachtung

A. Die gesundheitliche Eignung fällt nicht unter die Eignung i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass es sich bei der gesundheitlichen Eignung um ein Anforderungskriterium handelt, das nicht nur rechtlich bedenklich, sondern gar unzulässig ist. Der Hintergrund der gesundheitlichen Eignung als Anforderungskriterium für den Zugang zum öffentlichen Amt und seine Subsumtion unter Art. 33 Abs. 2 GG liegt weniger in der historischen Entwicklung bzw. in der Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses, sondern ist allein haushaltspolitisch motiviert und dient ausschließlich dem Schutz des Fiskus. Vermöge des hergebrachten Grundsatzes des Lebenszeit- und Alimentationsprinzip wird dem Dienstherrn ein Interesse an einem angemessenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit zugebilligt. In der Annahme, dass ein Bewerber mit einer positiven Gesundheitsprognose weniger Risiken für eine verfrühte Dienstunfähigkeit birgt, bemüht sich der Dienstherr um die Auswahl eines nicht nur kompetenten, sondern auch körperlich vermeintlich langanhaltend leistungsstarken Bewerbers.

Demgegenüber wurde jedoch ausführlich dargelegt, warum es bei der Bestenauslese von Beamten und der Erfüllung des Leistungsgrundsatzes des Art. 33 Abs. 2 GG nicht um eine gesundheitliche Eignung des Bewerbers gehen kann und vor allem auch nicht darf. Denn die Auslegung des Art. 33 Abs. 2 GG hat ergeben, dass der darin enthaltene Begriff der Eignung im engeren Sinne keine Anhaltspunkte dafür enthält, dass in ihm auch eine gesundheitliche Komponente inbegriffen wäre. Die gesundheitliche Eignung konkretisiert in den Fällen, in denen eine körperliche Komponente nicht ohnehin schon unter das Kriterium der Eignung gefasst wird, den verfassungsrechtlich verankerten Leistungsgrundsatz nicht, sondern stellt vielmehr eine Durchbrechung dieses Grundsatzes dar. Dies kann auch durch die Stellung der gesundheitlichen Eignungsprüfung im Rahmen des Auswahlpro-

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zesses belegt werden: Allein derjenige Bewerber, der sich im Laufe dieses Prozesses als der Kandidat herausgestellt hat, der nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung am besten für das zu besetzende Amt geeignet ist, wird auf seine gesundheitliche Eignung hin untersucht. Im Gegensatz zu denjenigen Kriterien, durch die er sich von seinen Konkurrenten unterscheiden muss, reicht hierbei eine Mindesteignung dem Prognosemaßstab des BVerwG entsprechend aus. Bei der gesundheitlichen Eignung geht es folglich nicht um eine Besteignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG. Von ihr darf deshalb eine Ernennungsentscheidung nicht abhängig gemacht werden, es sei denn, das für die Prognose maßgebliche Amt im abstrakt-funktionellen Sinn beansprucht konkrete physische oder psychische Eigenschaften.

B. Die Definition der gesundheitlichen Eignung ist in sich nicht schlüssig.

Nach der Definition des BVerwG ist ein Beamtenbewerber gesundheitlich nicht geeignet, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist. Zahlreiche Vorschriften darüber, wie eine Dienstunfähigkeit vermieden oder gemildert werden kann, machen aber den Eintritt einer Dienstunfähigkeit bereits sehr unwahrscheinlich. Es fragt sich deshalb, welche tatsächlichen Anhaltspunkte es sein können, die die Annahme für den überwiegend wahrscheinlichen Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze rechtfertigen. Letztlich dient als Maßstab für die gesundheitliche Eignung ein Ereignis, dessen Eintritt durch entsprechende gesetzliche Regelungen weitestgehend vermieden wird.

C. Der zeitliche Maßstab zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung ist inkonsistent.

Darüber hinaus stößt der vom BVerwG entwickelte zeitliche Prognosemaßstab auf Ungereimtheiten. Wie aufgezeigt wurde, muss die aktive Dienstzeit eines Beamten 19,51 Jahre dauern, damit er sein Mindestru-

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

hegehalt erdient. Das BVerwG stellt aber auf den Zeitraum zwischen Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung sowie die Regelaltersgrenze für den Ruhestandseintritt ab, der jedoch nach den einzelnen Landesbeamtengesetzen erheblich variiert. Damit ist der zeitliche Prognosemaßstab davon abhängig, welches Beamtengesetz gerade anwendbar ist. Der Widersinn der Überlegung, durch eine zu kurze Dienstzeit entstehe eine folgenschwere Mehrbelastung des Haushalts, zeigt sich auch daran, dass einige Länder eine Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung gar nicht mehr vorsehen.

D. Das Abstellen auf die gesundheitliche Eignung beim Zugang zum öffentlichen Amt kann eine Diskriminierung aus Gründen der Behinderung darstellen.

Problematisch gestaltet sich die Verwendung der gesundheitlichen Eignung als Auswahlkriterium auch in Bezug auf das geltende Behindertenrecht. Während schwerbehinderte Menschen und ihnen Gleichgestellte einen größeren Schutz dadurch genießen, dass ihnen zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung ein abgesenkter Prognosemaßstab zugute kommt, gilt dies für einfach behinderte Menschen nicht. Einschlägige Vorschriften der UN-Behindertenrechtskonvention bzw. der RL 2000/78/EG sowie die dazu ergehende Rechtsprechung des EuGH, wonach der Grad einer Behinderung für den Schutz eines behinderten Menschen keine Rolle spielen darf, sowie einschlägige Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte werden nicht nur ignoriert, sondern verletzt. Diese Art der Personalauswahl stellt eine mittelbare Diskriminierung von behinderten Bewerbern aufgrund ihrer Behinderung dar, für die sich keinerlei Rechtfertigungen finden lassen konnte.

E. Durch die Anwendung der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium werden Grundrechte verletzt.

Wird ein Beamtenbewerber, der sich als im Vergleich zu seinen Konkurrenten als am besten für das zu besetzende Amt geeignet und qualifiziert herausstellt, mit der Begründung fehlender gesundheitlicher

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Eignung nicht in das Beamtenverhältnis ernannt, stellt dies eine Verletzung von Art. 33 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar sowie von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wenn der Bewerber behindert ist und die gesundheitliche Eignung aufgrund dieser Behinderung verneint wird. Darüber hinaus ist ein Eingriff in Art. 3 Abs. 2 GG denkbar, wenn bei der Verneinung der gesundheitlichen Eignung auf eine Krankheit abgestellt wird, die überwiegend Frauen oder Männer betrifft. Diese Grundrechteingriffe können keiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugeführt werden.

F. Das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Ruhestandszeit begründet kein Bedürfnis nach einem Zugangskriterium in Form der gesundheitlichen Eignung.

Durch das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen zeitlichen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten kann keine Notwenigkeit für die gesundheitliche Eignung als Zugangskriterium hergeleitet werden. Bei ihr handelt es sich um ein Kriterium, das nicht im Leistungsprinzip verankert ist, weshalb ihre Anwendung als Auswahlkriterium neben einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage einer Fundierung innerhalb der Verfassung bedarf, welche aber weder in den hergebrachten Grundsätzen, der Funktionsfähigkeit der Verwaltung, dem Ziel der sparsamen Haushaltsführung und Verbot der Neuverschuldung sowie im Sozialstaatsprinzip gefunden werden konnte.

Darüber hinaus kann der Nutzen des gesundheitlichen Eignungskriteriums für den Haushalt – abgesehen davon, dass dies als Rechtfertigungskriterium wie gezeigt nicht zulässig ist –, gar nicht festgestellt werden. Denn dann müssten diejenigen Bewerber, die wegen fehlender gesundheitlicher Eignung abgelehnt wurden, daraufhin überprüft werden, ob sie die Regelaltersgrenze erreicht haben. Dabei blieben jedoch mögliche Auswirkungen durch Unterschiede in der Art der Beschäftigung unberücksichtigt. Eine andere Möglichkeit wäre ein Vergleich der Beschäftigungsdauer zwischen Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst. Würde sich bei diesem Vergleich herausstellen, dass Beamte länger dienstfähig sind, dann wäre das Ergebnis allenfalls

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

eine Korrelation zwischen dem Kriterium der gesundheitlichen Eignung und der Beschäftigung im Beamtenverhältnis. Eine Kausalität dergestalt, dass eine etwaige längere Dienstfähigkeit ausschließlich auf das Einstellungskriterium der gesundheitlichen Eignung zurückzuführen wäre, ergibt sich dadurch aber keineswegs. Zu guter Letzt gilt es zu bedenken, dass der öffentliche Dienst nicht nur aus Beamten besteht, sondern auch aus Beschäftigten, bei denen eine Gesundheitsuntersuchung nicht durchgeführt wird, was aber umgekehrt auch nicht dazu führt, dass dem Staat Funktionseinbußen entstehen.[2282]

G. Die gesundheitliche Eignung ist als Zugangskriterium gesetzlich defizitär ausgestaltet.

Soll im Rahmen der Auswahlentscheidung auf das Kriterium der gesundheitlichen Eignung abgestellt werden, bedarf es hierfür einer formalgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Dies erfordern der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitsgrundsatz, wonach der Gesetzgeber dasjenige regeln muss, was für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlich ist. Wesentliche Inhalte sind hier die Klarstellung, dass mit der gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium das Leistungsprinzip durchbrochen wird, was unter der gesundheitlichen Eignung zu verstehen ist, welcher Maßstab für ihre Feststellung anzulegen ist, die explizite Erwähnung der Berücksichtigung von Menschen mit Behinderungen unabhängig vom jeweiligen Schweregrad sowie die Ermächtigung der Exekutive, die Rahmenbedingungen der gesundheitlichen Untersuchung zu konkretisieren.

H. Das Zugangskriterium der gesundheitlichen Eignung entbehrt praktischer Sinnhaftigkeit.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die gesundheitliche Eignung als Auswahlkriterium praktisch nicht sinnvoll und in verwaltungswissenschaftlicher Hinsicht gar nicht erforderlich ist. Auch wenn das

2282 *Seewald*, VerwArch 1989, 163 (S. 185).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

BVerwG den Prognosemaßstab zur Feststellung der gesundheitlichen Eignung geändert hat und nun tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist, so wird doch nach wie vor auf denselben Zeitraum abgestellt, innerhalb dessen der Beamte möglichst seine Dienstfähigkeit bewahren soll. Ironischerweise hält das BVerwG an diesem zeitlichen Maßstab fest, obwohl es eigens feststellt, dass für die Eignungsprognose auf Typisierungen und Wahrscheinlichkeiten abgestellt wird, die weder einem Gegenbeweis noch einer nachträglichen Korrektur zugänglich sind.[2283] Darüber hinaus hat es erkannt, dass Entscheidungen über die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sind, und zwar sowohl hinsichtlich seiner gesundheitlichen Entwicklung als auch hinsichtlich der Entwicklungen in der Medizin; zukünftige Fortschritte in der Forschung zu Präventions- und Kurativmedizin können notwendigerweise im Zeitpunkt der Entscheidung über die gesundheitliche Eignung noch nicht berücksichtigt werden.[2284] Generell haftet langfristigen Prognosen das Problem an, dass ihre Treffsicherheit abnimmt, je länger der Prognosezeitraum angelegt ist, und individuelle Entwicklungen nicht einfließen können.[2285] Letztlich kann zum Zeitpunkt der Untersuchung auch nicht verhindert werden, dass eine Dienstunfähigkeit nachträglich eintritt, unabhängig davon, ob dafür bereits Risikofaktoren bestehen oder nicht.[2286]

Insofern darf das Instrument der gesundheitlichen Eignungsprognose zur Feststellung einer langwährenden Einsatzbereitschaft des Beamten an sich schon als wenig sinnvoll getadelt werden.[2287] Bereits im Jahr 2006 kam eine Untersuchung des Gesundheitsamts Bremens

2283 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 248, juris Rn. 17. So bereits *Höfling/Stockter*, ZBR 2008, 17 (23 f.); Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 180.

2284 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 249, juris Rn. 19. Ebenso Bonner Kommentar/*Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, Rn. 179 f.

2285 *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 269.

2286 BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 – 2 C 12/11 – BVerwGE 147, 244, 249, juris Rn. 20. Ähnlich *Nationaler Ethikrat*, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, S. 59

2287 Vgl. ähnlich *Hartig*, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, 2014, S. 270.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

zu dem Ergebnis, dass „die Aussage, dass ein Zusammenhang zwischen Einstellungsuntersuchung und

Frühpensionierung nicht oder nicht sicher erkennbar ist, unverändert gilt."[2288] Dieses Ergebnis wurde bestätigt in einem entsprechenden Bericht aus dem Jahr 2009.[2289] Amtsärztliche Untersuchungen sind somit hinsichtlich einer womöglich eintretenden Dienstunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen prognostisch wertlos.[2290]

I. Für die amtsärztliche Gesundheitsuntersuchung bestehen keine einheitlichen Beurteilungsstandards.

Hinzuzufügen ist das Ergebnis der Würdigung der ärztlichen Untersuchung, die ergab, dass für beamtenrechtliche Eignungsuntersuchungen keine allgemeinverbindlichen Vorgaben oder rechtlich verbindliche Standards existieren und die Angaben des Bewerbers im Rahmen der Anamnese oft nicht überprüft werden oder überprüft werden können.

Zwar ist es aus diesem Grund zu begrüßen, dass nunmehr allein tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen müssen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze ausgegangen werden muss. Allerdings stellt sich nun noch mehr als zuvor die Frage, wie diese tatsächlichen Anhaltspunkte festgestellt werden sollen. Denn anders als vor dem „Paradigmenwechsel" des BVerwG, als allein diejenigen Bewerber verbeamtet wurden, die im weitesten Sinne gesund waren und kaum Krankheitsrisiken aufwiesen, stehen nunmehr gesundheitliche Einschränkungen an sich einer Verbeamtung nicht mehr im Weg.[2291] Dies ändert jedoch nichts daran, dass die gesundheitliche Beurteilung der Beamtenbewerber eine Herausforderung für die amtsärztliche Eignungsuntersuchung darstellt, denn die für eine zukunfts-

2288 *Gesundheitsamt der Freien Hansestadt Bremen, Sozialmedizinischer Dienst für Erwachsene*, Amtsärztliche Gutachten zur Frage der Dienstfähigkeit/Dienstunfähigkeit, 2004 und 2005, S. 14.

2289 *Gesundheitsamt der Freien Hansestadt Bremen, Sozialmedizinischer Dienst für Erwachsene*, Amtsärztliche Begutachtung der Dienstfähigkeit und der Dienstunfähigkeit, 2006 bis 2009, S. 24.

2290 *Hillebrecht*, ZBR 2011, 84 (86).

2291 *Lange*, Gesundheitswesen 2014, 234 (235).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

gerichtete Verlaufsprognose notwendigen epidemiologischen Daten bestehen nur sehr begrenzt.[2292] Die Eignungsuntersuchung kann folglich kein wissenschaftlich-statistisches Fundament für sich beanspruchen. Nun führt die eigentlich positive Absenkung des Prognosemaßstabs dazu, dass sich die Gesundheitsprüfung im Grunde nur noch auf eine Einschätzung darauf beschränkt, ob die gesundheitliche Verfassung des Bewerbers eher für oder gegen ein frühzeitiges Eintreten der Dienstunfähigkeit spricht, wofür es regelmäßig an belastbaren Beurteilungsgrundlagen fehlen wird; die Einschätzung müsste sich deshalb auf eine reine Spekulation des Gesundheitsverlaufs beschränken.[2293] Davon abgesehen werden Bewerber mit erheblicheren gesundheitlichen Einschränkungen ohnehin einen Behindertenstatus innehaben, der sie womöglich zur Gleichstellung mit Schwerbehinderten berechtigt, wenn sie nicht sogar schon schwerbehindert sind.[2294] Das Kriterium der gesundheitlichen Eignung wird dadurch gewissermaßen obsolet.

J. Wegen gesundheitlicher Nichteignung abgelehnten Bewerbern steht der Rechtsweg offen.

Wird die Auswahlentscheidung von der gesundheitlichen Eignung abhängig gemacht dergestalt, dass ein Bewerber an sich für die Stelle am besten geeignet wäre und nur aufgrund mangelnder gesundheitlicher Eignung nicht verbeamtet wird, steht ihm die Möglichkeit offen, im Rahmen des Konkurrentenstreitverfahrens sowohl seine Ernennung anzustrengen als auch die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, soweit ihm durch die Nicht-Ernennung kausale Schäden entstanden sind. Für immaterielle Schäden, die durch das Abstellen auf die gesundheitliche Eignung als Auswahlkriterium entstehen, können betroffene Bewerber Schadenersatz beanspruchen. Darüber hinaus besteht bei Grundrechtsverletzungen oder Verletzungen grundrechtsgleicher Rechte die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde zu erheben.

2292 *Lange*, Gesundheitswesen 2014, 234 (235).
2293 *Lange*, Gesundheitswesen 2014, 234 (235).
2294 *Lange*, Gesundheitswesen 2014, 234 (236).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

K. Endergebnis

Das Ergebnis dieser Untersuchung zeigt, dass das Erfordernis nach einer gesundheitlichen Eignung als Zugangskriterium zum öffentlichen Amt weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht begründet werden kann. Solange aber an ihr festgehalten werden soll, ist eine parlamentsgesetzliche Grundlage erforderlich.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Literaturverzeichnis

Absenger, Nadine/Priebe, Andreas, EuGH-Urteile und Beamtenverhältnisse, PersR 2013, 36–41.

Adomeit, Klaus/Hanau, Peter/Thau, Jens Thomas/Westermann, Harm Peter, Gegen den Strich, Festschrift für Klaus Adomeit, Köln 2008 (zitiert: *FS Adomeit/Bearbeiter*).

Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar zum AGG und zu anderen Diskriminierungsverboten, 2. Aufl., Stuttgart 2011.

Aichele, Valentin, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, Ein Beitrag zur Ratifikationsdebatte, Internetdokument, Berlin 2008, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/policy_paper_9_die_un_ behindertenrechtskonvention_und_ihr_fakultativprotokoll.pdf (Stand: September 2017).

Aligbe, Patrick, Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen, München 2015.

Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern, (Muster-)Weiterbildungsordnung der Bundesärztekammer 2003 in der Fassung vom 23.10.2015, Internetdokument, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Weiterbildung/MWBO.pdf (Stand: September 2017).

Ärztlicher Dienst der Bundesanstalt für Arbeit, Leitfaden für die amtsärztliche Begutachtung, Internetdokument, Nürnberg 2000, http://www.harald-thome.de/media/files/Leitfaden_Arbeitsamtsarztliche_Begutachtung.pdf (Stand: September 2017).

Baden, Eberhard, Pervertierung der Bestenauslese?, PersR 2016, 34–41.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar BGB Stand: 15.06.2017 (zitiert: *BeckOK BGB/Bearbeiter*).

Baßlsperger, Maximilian, Der Funktionsvorbehalt im Beamtenrecht, Internetdokument, Blogeintrag vom 22.10.2012, http://www.rehmnetz.de/beamtenrecht-blog/der-funktionsvorbehalt-im-beamtenrecht/ (Stand: September 2017).

Baßlsperger, Maximilian, Gesundheitliche Eignung - Die neuen Grundsätze des BVerwG, Internetdokument, Juli 2014, Fachbeitrag Beamtenrecht unter www.rehmnetz.de, http://www.rehmnetz.de/__STATIC__/Archiv/medien/01-personal/luz/self/fachbeitraggesundheitlicheeignung_1413293659000.pdf (Stand: September 2017).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Baßlsperger, Maximilian, Zur Schweigepflicht des Amtsarztes im Ruhestandsverfahren, Internetdokument, Forum C unter www.reha-recht.de, Diskussionsbeitrag Nr. 14/2012 (Stand: September 2017).

Baßlsperger, Maximilian, Auskunftspflicht und Schweigepflicht des Amtsarztes im Beamtenrecht, PersV 2011, 404–412.

Baßlsperger, Maximilian, Topfwirtschaft: Leistungsprinzip versus Praktikabilität, ZBR 2012, 109–117.

Baßlsperger, Maximilian, Polizeidienstunfähigkeit, PersV 2013, 164–174.

Baßlsperger, Maximilian, Neues zur Eignung von Beamten, PersR 2014, 37–41.

Baßlsperger, Maximilian, Die Klagebefugnis im Beamtenrecht - insbesondere bei der Konkurrentenklage, PersV 2016, 244–249.

Baßlsperger, Maximilian, Probezeitverlängerung und gesundheitliche Eignung, Zugleich Anmerkung zum Urteil v. des VGH Mannheim vom 21. Januar 2016–4 S 1082/14, ZBR 2016, 371–375.

Battis, Ulrich, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2009.

Battis, Ulrich, Neukonzeption des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits, DVBl. 2013, 673–677.

Battis, Ulrich (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2017 (zitiert: *Battis (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Bauschke, Hans-Joachim, Adipositas als Behinderung – Hinweise zur Bedeutung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH und zu Auswirkungen auf deutsches Recht, öAT 2015, 67–70.

Beaucamp, Guy, Das Behindertengrundrecht (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) im System der Grundrechtsdogmatik, DVBl. 2002, 997–1004.

Beckschulze, Martin, Die arbeitsmedizinische Untersuchung - Vorsorge oder Eignung? - Teil 1, Eine Musterbetriebsvereinbarung zur ärztlichen Eignungsuntersuchung, BB 2014, 1013–1019.

Bergmann, Jan (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bergmann (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Bericht des Generaldirektors, Gleichheit bei der Arbeit: den Herausforderungen begegnen. Gesamtbericht im Rahmen der Folgemaßnahmen zur Klärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, Internetdokument, Internationale Arbeitskonferenz, 96. Tagung 2007, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/publication/wcms_218769.pdf (Stand: September 2017).

Beul, Carsten René, Kein Richterprivileg bei unterlassener Vorlage gem. Art. 177 EGV, Folgerungen aus der Entscheidung EuGH, EuZW 1996, 205 - Brasserie du Pêcheur, EuZW 1996, 748–750.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Biltgen, François, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten des Arbeitslebens, Unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Sozialcharta, NZA 2016, 1245–1252.

Bleckmann, Albert, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, 309–318.

Bochmann, Günter, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Reföderalisierung des öffentlichen Dienstrechts und der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz - BeamtStG), ZBR 2007, 1–18.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Band 2, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Boecken u.a. (Hrsg.), NK-GA/Bearbeiter*).

Borchardt, Klaus-Dieter, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, 6. Aufl., Wien 2015.

Brinktrine, Ralf, Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht, JURA 2015, 1192–1205.

Brinktrine, Ralf/Schollendorf, Kai (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Beamtenrecht Bund, 8. Edition Stand: 01.06.2017 (zitiert: *BeckOK Beamtenrecht Bund/Bearbeiter*).

Brockhaus Enzyklopädie, in vierundzwanzig Bänden, 19. Aufl., Mannheim 1988.

Bull, Hans Peter/Mehde, Veith, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl., Heidelberg 2015.

Bünnigmann, Kathrin, Zur Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen bei Berufung ins Beamtenverhältnis, "Wer zu spät kommt, den bestraft der Dienstherr", DÖV 2015, 832–837.

Burfeind, Sophie, Aktenzeichen Angst, Verbeamtung im Lehramt, Internetdokument, Süddeutsche.de vom 20.09.2015, http://www.sueddeutsche.de/bildung/verbeamtung-im-lehramt-aktenzeichen-angst-1.2654116 (Stand: September 2017).

Busch, Sebastian, Behinderte haben mehr Rechte, AiB 2014, 40–42.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 5. Aufl., München 2016 (zitiert: *Calliess/Ruffert (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Chryssogonos, Kostas, Zur Inkorporation der Europäischen Menschenrechtskonvention in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, EuR 2001, 49–61.

Däubler, Wolfgang, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971.

Däubler, Wolfgang, Was bedeutet "Diskriminierung" nach neuem Recht?, ZfA 2006, 479–491.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Däubler/Bertzbach (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Deckert, Martina R., Zur Haftung eines Mitgliedstaates bei Verstößen seiner Organe gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, EuR 1997, 203–236.

Degener, Theresia, Definition of Disability, Internetdokument, August 2014, http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-ath/gdem/04/disabdef.pdf (Stand: September 2017).

Degenhart, Christoph, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, NVwZ 2006, 1209–1216.

Demmke, Christoph/Haritz, Miriam, Unterschiedliche Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs im Gemeinschaftsrecht und die Auswirkungen auf den Öffentlichen Dienst, ZEuS 2004, 625–659.

Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information, ICF, Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, Internetdokument, Genf 2005, www.dimdi.de/dynamic/de/klassi/downloadcenter/icf/stand2005/icfbp2005.zip (Stand: September 2017).

Deutsches Rotes Kreuz e.V., Inklusion und Exklusion, Bedingungen für Teilhabe von Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen, Internetdokument, Berlin 2014, http://drk-pink.de/uploads/tx_ffpublication/Inklusion_und_Exklusion_Bedingungen_fuer_Teilhabe_von_Menschen_mit_psychischen_Beeintraechtigungen.pdf (Stand: September 2017) (zitiert: *Deutsches Rotes Kreuz e.V. (Hrsg.), Inklusion und Exklusion/Bearbeiter*).

Domröse, Ronny, Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf?, Besprechung von EuGH, Urt. v. 11. 7. 2006 - Rs. C-13/05 Chacón Navas, NZA 2006, 1320–1325.

Dorf, Yvonne, Zur Interpretation der Grundrechtecharta, JZ 2005, 126–132.

Dörr, Claus, Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch in Deutschland zwanzig Jahre nach Francovich, EuZW 2012, 86–92.

Dowideit, Annette, Zehntausende verstecken Depression vor dem Chef, Internetdokument, WeLT vom 17.03.2013, https://www.welt.de/wirtschaft/article114509375/Zehntausende-verstecken-Depression-vor-dem-Chef.html (Stand: September 2017).

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 2, 2. Aufl., Tübingen 2006 (zitiert: *Dreier (Hrsg.), Bd. 2/Bearbeiter*).

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 2, 3. Aufl., Tübingen 2015 (zitiert: *Dreier (Hrsg.), Bd. 2/Bearbeiter*).

Duschek, Stefan/Schandry, Rainer, Der Blutdruck und das Alltagsleben, forschung 3-4/2005, 18–20.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin 2015 (zitiert: *Ehlers/Pünder (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Ellis, Evelyn/Watson, Philippa, EU anti-discrimination law, 2. Aufl., Oxford 2012.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG Stand: 01.06.2017 (zitiert: *BeckOK GG/Bearbeiter*).

Epping, Volker/Patzke, Frauke, Das Laufbahnrecht im Spiegel des Art. 33 Abs. 5 GG, ZBR 2012, 289–296.

Ernst, Hildegund/Braunroth, Anna/Franke, Bernhard/Wascher, Angelika, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013 (zitiert: *Ernst u.a./Bearbeiter*).

Franke, Alexa, Modelle von Gesundheit und Krankheit, 2. Aufl., Bern 2010.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 1. Aufl., München 2016 (zitiert: *Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), EUArbR/Bearbeiter*).

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, Berlin, Heidelberg 2009.

Frenz, Walter/Götzkes, Vera, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, JA 2009, 759–768.

Fricke, Hanns-Christian/Schütte, Matthias, Die gesundheitliche Eignung für eine Verbeamtung - Eine Rechtsprechungsübersicht für die Verwaltungspraxis, DÖD 2012, 121–144.

Fritze, Jürgen/Mehrhoff, Friedrich (Hrsg.), Die ärztliche Begutachtung, Rechtsfragen, Funktionsprüfungen, Beurteilungen, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg 2012 (zitiert: *Fritze/Mehrhoff (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Fuhlrott, Michael/Wesemann, Philipp, Der Begriff der Behinderung im AGG: Nationale Folgen der europäischen Begriffskorrektur, ArbRAktuell 2014, 307–309.

Geiß, Robin, Europäischer Grundrechtsschutz ohne Grenzen?, DÖV 2014, 265–272.

Genenger, Angie, Das neue Gendiagnostikgesetz, NJW 2010, 113–117.

Gesellschaft gegen Gewichtsdiskriminierung e.V., Verbeamtung trotz Adipositas, Internetdokument, 2008, http://www.gewichtsdiskriminierung.de/wp-content/uploads/2014/01/verbeamtung-trotz-adipositas.pdf (Stand: September 2017).

Gesundheitsamt der Freien Hansestadt Bremen, Sozialmedizinischer Dienst für Erwachsene, Amtsärztliche Begutachtung der Dienstfähigkeit und der Dienstunfähigkeit, 2006 bis 2009, Internetdokument, Mai 2010, http://www.gesundheitsamt.bremen.de/sixcms/media.php/13/2_Amtsaerzte_Bericht_DU_DF%202006_2009.pdf (Stand: September 2017).

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Gesundheitsamt der Freien Hansestadt Bremen, Sozialmedizinischer Dienst für Erwachsene, Amtsärztliche Gutachten zur Frage der Dienstfähigkeit/Dienstunfähigkeit, 2004 und 2005, Internetdokument, Juli 2006, http://www.gesundheitsamt.bremen.de/sixcms/media.php/13/2_nb-Amtsaerzte_Bericht_DU_DF%202004%20%202005.pdf (Stand: September 2017).

Gitt, A. K./Zahn, R., Hypercholesterinämie – Wo stehen wir heute? Wo wollen wir hin?, Herz 2016, 413–420.

Gostomzyk, Johannes Georg, Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS), in: Historisches Lexikon Bayerns, Internetdokument, publiziert am 02.04.2013, https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Acquired_Immune_Deficiency_Syndrome_(AIDS) (Stand: September 2017).

Grabendorff, Walter/Arend, Paul (Hrsg.), Landesbeamtengesetz Rheinland-Pfalz, Band 1, 57. Aktualisierung 2016 (zitiert: *Grabendorff/Arend (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Grabenwarter, Christoph, European Convention on Human Rights, Commentary, München 2014.

Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Europäischer Grundrechteschutz Band 2, Baden-Baden, Zürich 2014 (zitiert: *Grabenwarter (Hrsg.), EnzEuR Bd. 2/Bearbeiter*).

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band 1: EUV/AEUV, 61. Aktualisierung, München 2017 (zitiert: *Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Groskreutz, Henning, Das Individualbeschwerdeverfahren zum Internationalen Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Internetdokument, Forum D unter www.reha-recht.de, Beitrag D7-2013 (Stand: September 2017).

Groskreutz, Henning/Welti, Felix, Der EuGH zum Verhältnis von Krankheit und Behinderung, Anmerkung zum Urteil v. des EuGH vom 11. April 2013, C-335/11 und C-337/11 (Rs. Ring und Skouboe Werge), Internetdokument, Forum B unter www.reha-recht.de, Beitrag B8-2013 (Stand: September 2017).

Guckelberger, Annette, Zum methodischen Umgang mit Verwaltungsvorschriften, Die Verwaltung 2002, 61–89.

Günther, Hellmuth, Länderübergreifender Dienstherrenwechsel ohne Zustimmung des Beamten, RiA 2007, 97–102.

Günther, Hellmuth, Das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis i.S.v. Art. 33 Abs. 4 GG, DÖV 2012, 678–685.

Gusy, Christoph, Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Deutschland, JA 2009, 406–410.

Hans, Barbara, Tabu Psychotherapie: Wenn Seelenlast die Karriere bremst, Internetdokument, Spiegel online vom 20.11.2009, http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/tabu-psychotherapie-wenn-seelenlast-die-karriere-bremst-a-662197.html (Stand: September 2017).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Haratsch, Andreas/König, Christian/Pechstein, Matthias, Europarecht, 10. Aufl., Tübingen 2016.

Hartig, Christian, Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst, Berlin 2014.

Hebeler, Timo, Die Rechtfertigung von Sparbemühungen im Beamtenversorgungsrecht, NVwZ 2006, 1254–1257.

Hebeler, Timo, Verwaltungspersonal, Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Strukturierung, Baden-Baden 2008.

Hebeler, Timo, Sind Beamtinnen und Beamte Beschäftigte ohne Grundrechte? Die aktuelle Auseinandersetzung um das Streikrecht, PersR 2012, 492–494.

Hebeler, Timo, Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG, PersR 2015, 8–12.

Heinz, Dirk, Der Behinderungsbegriff des SGB IX und die neue Aufgabenstellung für Soziale Arbeit, Internetdokument, Forum D unter www.reha-recht.de, Beitrag 7/2011 (Stand: September 2017).

Hellwig, Frank/Moos, Marie, Problemfelder der unionsrechtlichen Staatshaftung für judikatives Unrecht, JA 2011, 196–201.

Herdegen, Matthias, Europarecht, 18. Aufl., München 2016.

Herrmann, Elke, Sozialplanabfindung für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer - Gleichbehandlung - zur "mittelbaren Diskriminierung" der Frau, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 28.10.1992 - 10 AZR 128/92, SAE 1993, 269–283.

Herrmann, Klaus, Anforderungen des Leistungsprinzips gem. Art. 33 II GG zu Beginn und beim Abbruch eines beamtenrechtlichen Auswahlverfahrens, LKV 2015, 97–106.

Hillebrecht, Martin, Die gesundheitliche Eignung für ein öffentliches Amt bei Übergewicht und Adipositas, ZBR 2011, 84–91.

Hillgruber, Christian/Goos, Christoph, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015.

Höfling, Wolfram/Stockter, Ulrich, Die gesundheitliche Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt, ZBR 2008, 17–24.

Hömig, Dieter/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., Baden-Baden 2016 (zitiert: *Hömig/Wolff (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Hömig, Dieter (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., Baden-Baden 2007 (zitiert: *Hömig (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Hucklenbroich, Christina, Und dann haben Sie eine F-Nummer, Psychotherapie als Stigma, Internetdokument, FAZ vom 06.12.2014, http://www.faz.net/aktuell/wissen/medizin-ernaehrung/psychotherapie-als-stigma-und-dann-haben-sie-eine-f-nummer-13297176.html (Stand: September 2017).

Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., München 2016.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Aufl., München 2016 (zitiert: *Jarass/Pieroth (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 2014 (zitiert: *Bonner Kommentar/Bearbeiter*).

Kalenbach, Georg, Bewerberauswahl im Öffentlichen Dienst, öAT 2013, 7–11.

Kamanabrou, Sudabeh, Anmerkung zu BAG, Urteil v. vom 07.07.2011 - 2 AZR 355/10, AP BGB § 626 Nr. 237.

Kämmerling, Guido, Das Leistungsprinzip im Fortgang der Rechtsprechung, RiA 2013, 49–56.

Kenntner, Markus, Dienstunfähigkeit, ZBR 2015, 181–188.

Kerwer, Christof, Das europäische Gemeinschaftsrecht und die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte, Köln 2003.

Kielmansegg, Sebastian Graf von, Das Sonderstatusverhältnis, JA 2012, 881–887.

Kingreen, Thorsten, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion? - Zur Entwicklung der subjektiv-öffentlichen Rechte im europäischen Unionsrecht, EuR 2010, 338–364.

Kingreen, Thorsten, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, 801–811.

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl., Heidelberg, München u.a. 2016.

Klaß, Franziska, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, Baden-Baden 2014.

Klein, Thomas, Das Merkmal der Langfristigkeit im Rahmen des Behindertenbegriffs der RL 2000/78/EG ("Daouidi"), Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 01.12.2016 - C-395/15, jurisPR-ArbR 1/2017, Anm. 2.

Kleinebrink, Wolfgang, Bundesteilhabegesetz: Stärkung der Rechte der Schwerbehindertenvertretung, Vorstellung der Neuregelungen im SGB IX durch das BTHG: Freistellung, Vertretung, Schulung, Beteiligung bei Kündigungen und sonstige Rechte der Vertrauenspersonen, DB 2017, 126–131.

Klose, Gerald, Der gesunde Patient mit Hypercholesterinämie, Medizinische Klinik 2005, 99–106.

Knickrehm, Sabine, Die Feststellung nach § 69 SGB IX im Lichte des "modernen" Behinderungsbegriffs, SGb 2008, 220–227.

Knittel, Bernhard, SGB IX, Kommentar zum Sozialgesetzbuch IX - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - und Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 10. Aufl., Köln 2017.

Kokott, Juliane/Henze, Thomas/Sobotta, Christoph, Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung, JZ 2006, 633–641.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

König, Steffen, Prädiktive Gesundheitsinformationen im Arbeits- und Beamtenrecht und genetischer "Exzeptionalismus", Die Berücksichtigung des zukünftigen Gesundheitszustandes bei Einstellung und Verbeamtung, Baden-Baden 2010.

Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 23. Aufl., München 2017 (zitiert: *Kopp/Schenke (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Kossens, Michael/von der Heide, Dirk/Maaß, Michael (Hrsg.), SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen; mit Behindertengleichstellungsgesetz; Kommentar, 4. Aufl, München 2015 (zitiert: *Kossens/von der Heide/Maaß (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Kühling, Jürgen/Bertelsmann, Klaus, Höchstaltersgrenzen bei der Einstellung von Beamten, NVwZ 2010, 87–94.

Künzl, Reinhard, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung, ArbRAktuell 2012, 235–239.

Laber, Jörg/Gerdom, Thomas, Die Bedeutung des Anforderungsprofils bei der Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst, öAT 2010, 51–54.

Lange, Rudolf, Paradigmenwechsel in der sog. „gesundheitlichen Eignung" von neu einzustellenden Beamtinnen und Beamten, Richtungsweisende höchstrichterliche Rechtsprechung und deren Auswirkungen auf den Zugang zum Beamtenstatus in Deutschland, Gesundheitswesen 2014, 234–236.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, New York 1991.

Lenders, Dirk/Peters, Cornelia/Weber, Klaus, Das neue Dienstrecht des Bundes, 1. Aufl., Köln 2009.

Lenz, Christofer/Burgbacher, Ernst, Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz, NJW 2009, 2561–2567.

Lenz, Matthias/Richter, Tanja/Mühlhause, Ingrid, Morbidität und Mortalität bei Übergewicht und Adipositas im Erwachsenenalter, Deutsches Ärzteblatt 2009, 641–650.

Leppek, Sabine, Das Ernennungsrecht in Bundesbeamtengesetz und Beamtenstatusgesetz - Ernennung und Ernennungsfehler unter besonderer Berücksichtigung der Heilbarkeit von Formfehlern, ZBR 2010, 397–406.

Leppek, Sabine, Beamtenrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2015.

Linden, Michael, Diagnose "Gesundheit", Psychotherapeut 2013, 249–256.

Lindner, Franz Josef, Darf der Dienstherr im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit die Gründe für die Auswahlentscheidung erstmals vor Gericht vortragen?, NVwZ 2013, 547–550.

Lopacki, Helmut, Anforderungen an ärztliche Gutachten im Kontext mit der Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand, ZBR 2014, 153–162.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Luthe, Ernst-Wilhelm, Die Behinderung nach § 2 Abs. 1 SGB IX, ihr Gesellschaftsbegriff und die ICF, SGb 2009, 569–575.

LVR-Integrationsamt, Behinderung und Ausweis, Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Internetdokument, Münster 2012, http://www.behindertenbeauftragte.de/SharedDocs/Downloads/DE/BehinderungundAusweis_LVR.pdf?__blob=publicationFile (Stand: September 2017).

Mair, Andreas, Anmerkung zum Urteil v. des EuGH v. 18.12.2014, Rs. C-354/13, Kaltoft, ZESAR 2015, 342–344.

Marcus, Ulrich/Starker, Anne, HIV und AIDS, Internetdokument, Gesundheitsberichterstattung des Bundes 2006, http://www.gbe-bund.de/pdf/Heft_31_und_Wertetabellen.pdf (Stand: September 2017).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 79. Aktualisierung, München 2016 (zitiert: *Maunz/Dürig (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.

Meenan, Helen (Hrsg.), Equality law in an enlarged European Union, Understanding the Article 13 Directives, Cambridge 2007 (zitiert: *Meenan (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Meier, Rolf, Beamtenrecht Rheinland-Pfalz, Baden-Baden 2005.

Metzler-Müller, Karin/Rieger, Reinhard/Seeck, Erich/Zentgraf, Renate, Beamtenstatusgesetz, Kommentar, 4. Aufl., Wiesbaden 2016 (zitiert: *Metzler-Müller u.a./Bearbeiter*).

Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan von, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention : Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zitiert: *Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Meyers großes Universallexikon, in 15 Bänden mit Atlasband, 4 Ergänzungsbänden und Jahrbüchern : mit 30 namentlich signierten Sonderbeiträgen, Mannheim [u.a.] 1981.

Mohr, Jochen, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 – Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung, Berlin 2004.

Möller, Ralf, Die Gesundheit - ein mehrdimensionales Phänomen, Die rechtliche Dimension des Gesundheitsbegriffs, SGb 2015, 423–429.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017 (zitiert: *ErfK/Bearbeiter*).

Müller-Wenner, Dorothee, Altersgrenze 35 Jahre für den nationalen Polizeivollzugsdienst - zulässig, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 15.11.2016, C-258/15, AuR 2017, 39.

Murmann, Theo, Grundlagen des Laufbahnrechts; dargestellt anhand der im Bund geltenden Regelungen, RiA 1991, 157–170.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Nationaler Ethikrat, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen, Stellungnahme, Internetdokument, Berlin 2005, http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/praediktive-gesundheitsinformationen-bei-einstellungsuntersuchungen.pdf (Stand: September 2017).

Neumann, Olaf, Einzelheiten zur Gleichstellung nach § 68 SGB IX, Behindertenrecht 2005, 89–94.

Neumann, Volker, Der verfassungsrechtliche Begriff der Behinderung, NVwZ 2003, 897–900.

Otte, Karl, Gesundheitliche Eignung und Diskriminierung wegen Behinderung, ZBR 2007, 401–405.

Pander, Markus, Auswirkungen des AGG auf das Beamtenverhältnis, LKV 2013, 454–456.

Pärli, Kurt/Naguib, Tarik, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, Internetdokument, Winterthur 2012, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Schutz_vor_Benachteilig_aufgrund_chronischer_Krankheit.pdf?__blob=publicationFile (Stand: September 2017).

Pechstein, Matthias, Das Laufbahnrecht in der Gesetzgebungskompetenz der Länder, ZBR 2008, 73–77.

Pechstein, Matthias, Die verfassungsrechtliche Stellung des höheren Dienstes vor dem Hintergrund der angekündigten Reform des Laufbahnrechts in Bayern, ZBR 2009, 20–33.

Pechstein, Matthias, EU-Prozessrecht, 4. Aufl., Tübingen 2011.

Pein, Markus, Gesetzesauslegung in der öffentlich-rechtlichen Klausur, VR 2010, 200–207.

Pernice-Warnke, Silvia, "Einstellungshöchstaltersgrenzen": Besprechung der Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 21.4.2015 - 2 BvR 1322/22, 2 BVR 1989/12, VR 2015, 283, VR 2016, 9–14.

Peter, Richard/Hasselhorn, Hans Martin, Arbeit, Alter, Gesundheit und Erwerbsteilhabe. Ein Modell, Bundesgesundheitsblatt 2013, 415–421.

Pieroth, Bodo, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, JuS 2010, 473–481.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 23. Auflage, Heidelberg, München u.a. 2007.

Plückhahn, Dietrich, Beendigung des Beamtenverhältnisses und Übertragbarkeit anderer Ämter bei Dienstunfähigkeit, Berlin 1999.

Pöllmann, Friedrich, Die gesundheitliche Eignung als Einstellungsvoraussetzung im Beamtenrecht am Beispiel des HIV-Tests, München 2001.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Posener, Alan, Die ganze Wahrheit über das deutsche Beamtentum, Internetdokument, WeLT vom 26.11.2012, https://www.welt.de/111494894 (Stand: September 2017).

Potacs, Michael, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465–487.

Pragal, Peter, Wiederkehr der Kreditkarten-Mentalität, Internetdokument, Berliner Zeitung vom 20.08.01, http://www.berliner-zeitung.de/archiv/beamte---der-oeffentliche-dienst-muss-sparen---und-zwar-jetzt--deshalb-wird-wieder-verbeamtet--denn-pensionen-sind-spaeter-zu-zahlen--sozialabgaben-fuer-angestellte-jedoch-sofort--wiederkehr-der-kreditkarten-mentalitaet,10810590,9928826.html (Stand: September 2017).

Raabe, Sebastian, Kiel will Angestellte verbeamten, Internetdokument, Hamburger Abendblatt vom 04.08.2006, http://www.abendblatt.de/region/norddeutschland/article107141957/Kiel-will-Angestellte-verbeamten.html (Stand: September 2017).

Referat für Gesundheit und Umwelt Landeshauptstadt München, Amts- und personalärztliche Gutachten, Internetdokument, Dezember 2016, http://www.muenchen.de/rathaus/dms/Home/Stadtverwaltung/Referat-fuer-Gesundheit-und-Umwelt/Dokumente/Amtsaerztliche_Leistungen/ag_broschuere.pdf (Stand: September 2017).

Reich, Andreas, Beamtenstatusgesetz, 2. Aufl., München 2012.

Remmert, Barbara, Warum muss es Beamte geben?, JZ 2005, 53–59.

Rensen, Hartmut/Brink, Stefan (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - Band 1, Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, New York 2009 (zitiert: *Rensen/Brink (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Rittig, Steffen, Die neuen Maßstäbe des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung von Beamten und die prozessualen Folgen, DÖV 2014, 1054–1058.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht Stand: 01.06.2017 (zitiert: *BeckOK ArbR/Bearbeiter*).

Rosenow, Roland, Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, 93–98.

Roßbach, Gundula/Weinbrenner, Susanne/Brüggemann, Silke/Märtin, Stefanie/Rose, Anne, Die Bedeutung psychischer Erkrankungen aus der Perspektive der Deutschen Rentenversicherung, RVaktuell 2015, 114–124.

Runggaldier, Ulrich, EuGH präzisiert den Diskriminierungstatbestand "Behinderung" gem. Art. 13 EGV und RL 2000/78/EG, RdW 2006, 578–579.

Rupp, Hans-Jürgen, Die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 307–311.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Rust, Ursula/Falke, Josef (Hrsg.), AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften. Kommentar, Berlin 2007 (zitiert: *Rust/Falke (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2014 (zitiert: *Sachs (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl., München 2015 (zitiert: *MüKo BGB Bd. 1/Bearbeiter*).

Salomon-Hengst, Annette, Fallstricke bei der Stellenbesetzung - Teil 1, öAT 2015, 184–186.

Salomon-Hengst, Annette, Fallstricke bei der Stellenbesetzung - Teil 2, öAT 2015, 205–209.

Sannwald, Rüdiger, Die Reform des Grundgesetzes, NJW 1994, 3313–3320.

Šarčević, Edin, Das Bundesstaatsprinzip, Eine staatsrechtliche Untersuchung zur Dogmatik der Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes, Tübingen 2000.

Saurer, Johannes, Verwaltungsvorschriften und Gesetzesvorbehalt, Zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Juni 2004 (Az.: 2 C 50.02, BVerwGE 121, 103), DÖV 2005, 587–594.

Schäfers, Dominik, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, 875–880.

Scheerbarth, Hans Walter/Höffken, Heinz/Bauschke, Hans-Joachim/Schmidt, Lutz, Beamtenrecht, 6. Aufl., Siegburg 1992.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Rechtsschutz bei Auswahlentscheidungen - Konkurrentenklage, DVBl. 2015, 137–143.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl., Heidelberg, Neckar 2017.

Schiek, Dagmar, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU - Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873–884.

Schlachter, Monika, Stärkung sozialer Rechte durch Grundrechtsschutz im europäischen Mehr-Ebenen-System?, EuR 2016, 478–489.

Schlachter, Monika, Der Einfluss des Arbeitsvölkerrechts auf das nationale Recht - aktuelle Perspektiven, SR 2017, 111–121.

Schlachter, Monika/Heinig, Michael (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Band 7, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Schlachter/Heinig (Hrsg.), EnzEuR Bd. 7/Bearbeiter*).

Schlachter, Monika (Hrsg.), EU labour law, A commentary, Alphen aan den Rijn, The Netherlands 2015 (zitiert: *Schlachter (Hrsg.)/Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Schmid, Albert J., Die Eignung als Zugangskriterium für ein öffentliches Amt unter besonderer Berücksichtigung des Fragerechts des Dienstherrn, Frankfurt am Main 2009.

Schmidt, Thorsten Ingo, Grundlagen rechtswissenschaftlichen Arbeitens, Teil 2, JuS 2003, 649–654.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hennecke, Hans-Günter (Hrsg.), GG, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Schnellenbach, Helmut/Bodanowitz, Jan, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl., München 2017.

Schöbener, Burkhard, Das Verhältnis des EU-Rechts zum nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland, JA 2011, 885–894.

Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin 2013 (zitiert: *Schoch (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Schramm, Stefanie/Zeug, Katrin, Lieber verschweigen?, Therapiebedürftige haben oft Angst, benachteiligt zu werden. Was Versicherer und Arbeitgeber wissen dürfen, Internetdokument, Zeit online vom 05.07.2012, http://www.zeit.de/2012/28/Psychotherapie-Berufsunfaehigkeit/komplettansicht (Stand: September 2017).

Schröder, Meinhard, Die Vorlagepflicht zum EuGH aus europarechtlicher und nationaler Perspektive, EuR 2011, 808–828.

Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2017 (zitiert: *HK-BGB/Bearbeiter*).

Schuntermann, Michael F., Die Bedeutung der ICF für das deutsche Gesundheits- und Sozialsystem, Suchttherapie 2011, 8–13.

Schütz, Erwin/Maiwald, Joachim, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Gesamtausgabe B, 416. Aktualisierung, Heidelberg 2017 (zitiert: *Schütz/Maiwald (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Schwarze, Jürgen (Hrsg.)/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Mithrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zitiert: *Schwarze (Hrsg.)/Bearbeiter*).

Seewald, Otfried, Zur Zulässigkeit von Gesundheitsuntersuchungen, insbesondere von HIV-Tests, bei Beamtenbewerbern, VerwArch 1989, 163–205.

Selzer, Dirk, Krankheit und Behinderung im Diskriminierungsrecht, Urteil v. des Europäischen Gerichtshofs vom 11.4.2013 - Rechtssachen Ring und Skouboe Werge, EuZA 2014, 95–108.

Stern, Klaus/Sachs, Michael (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta. GRCh, Kommentar, 1. Aufl., München 2016 (zitiert: *Stern/Sachs (Hrsg.)/Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Stockter, Ulrich, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität, Gendiagnostik als Anlass für gleichheits- und persönlichkeitsrechtliche Erwägungen zum Umgang mit prognostischen und anderen statistischen Daten, Berlin 2008.

Studienkommission für die Reform des Öffentlichen Dienstrechts, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Band 5, Baden-Baden 1973 (zitiert: *Studienkommission für die Reform des Öffentlichen Dienstrechts/Bearbeiter*).

Summer, Rudolf, Gedanken zum Gesetzesvorbehalt im Beamtenrecht, DÖV 2006, 249–258.

Tegethoff, Carsten, Die beamtenrechtlichen Beihilfevorschriften im Lichte der Wesentlichkeit, BayVBl. 2005, 458–463.

Tegethoff, Carsten, Verwaltungsvorschriften und Gesetzesvorbehalt, JA 2005, 794–795.

Thiel, Wolf R., HIV-Test bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst, ZTR 1987, 264–269.

Thomale, Chris, Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsgerichtsverbund, EuR 2016, 510–529.

Thüsing, Gregor/Wege, Donat, Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX, FA 2003, 296–300.

Thüsing, Gregor/Wege, Donat, Behinderung und Krankheit bei Einstellung und Entlassung, NZA 2006, 136–139.

Thym, Daniel, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta - Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, 889–896.

Tolmein, Oliver, Gleichbehandlung und die UN-Behindertenrechtskonvention in der sozialrechtlichen Praxis, Internetdokument, Berlin 2014, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Gleichbehandlung_und_die_UN_BRK_in_der_sozialrechtlichen_Praxis.pdf (Stand: September 2017).

v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl., München 2010 (zitiert: *v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Bd. 2/Bearbeiter*).

v. Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: *v. Münch/Kunig (Hrsg.)/Bearbeiter*).

v. Roetteken, Torsten, Konkurrenzschutz im Beamtenrecht nach dem Urteil v. des BVerwG vom 4.11.2010 - 2 C 16.09, ZBR 2011, 73–84.

v. Roetteken, Torsten, Konkretisierung des Prinzips der Bestenauslese in der neueren Rechtsprechung, ZBR 2012, 230–238.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

v. Roetteken, Torsten, Modifizierung und Weiterentwicklung der Auslegung der RL 2000/78/EG zum Schutz von Menschen mit einer Behinderung ("Ring, Skouboe Werge"), jurisPR-ArbR 3/2013, Anm. 1.

v. Roetteken, Torsten, Änderung der Rechtsprechung des BVerwG zu den Anforderungen der gesundheitlichen Eignung für eine Einstellung in das Beamtenverhältnis - Teil 1: das Urteil v. des BVerwG v. 25.7.2013, Internetdokument, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B1-2014 (Stand: September 2017).

v. Roetteken, Torsten, Änderung der Rechtsprechung des BVerwG zu den Anforderungen der gesundheitlichen Eignung für eine Einstellung in das Beamtenverhältnis - Teil 2: Genügt die neue Rechtsprechung den Anforderungen des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und der UN-BRK?, Internetdokument, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B2-2014 (Stand: September 2017).

v. Roetteken, Torsten, Änderung der Rechtsprechung des BVerwG zu den Anforderungen der gesundheitlichen Eignung für eine Einstellung in das Beamtenverhältnis – Teil 3: Genügt die neue Rechtsprechung den Anforderungen der RL 2000/78/EG?, Internetdokument, Forum B unter www.reha-recht.de 2014, Beitrag B3-2014 (Stand: September 2017).

v. Roetteken, Torsten, Anforderungen an die gesundheitliche Eignung für eine Einstellung ins Beamtenverhältnis, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 - 2 C 12/11, jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 6.

v. Roetteken, Torsten, Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet nur die Zugangsgleichheit für den Eintritt in den öffentlichen Dienst?, ZBR 2017, 145–160.

v. Roetteken, Torsten/Rothländer, Christian (Hrsg.), Hessisches Bedienstetenrecht, Teil IV Beamtenrecht, 132. Aktualisierung, Heidelberg 2013 (zitiert: *v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/Bearbeiter*).

v. Roetteken, Torsten/Rothländer, Christian (Hrsg.), Hessisches Bedienstetenrecht, Teil IV Beamtenrecht, 165. Aktualisierung, Heidelberg 2017 (zitiert: *v. Roetteken/Rothländer (Hrsg.), HBR IV/1/Bearbeiter*).

von der Weiden, Klaus, Prognosemaßstab bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung von Beamtenbewerbern, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 25.07.2013 - 2 C 12/11, jurisPR-BVerwG 1/2014.

Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina, Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Amtshaftungsanspruch, JuS 2015, 1076–1078.

Voßkuhle, Andreas/Kaufhold, Ann-Kathrin, Grundwissen - Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip, JuS 2010, 116–119.

Voßkuhle, Andreas/Kaufhold, Ann-Kathrin, Grundwissen - Öffentliches Recht: Verwaltungsvorschriften, JuS 2016, 314–316.

Wahrig, Gerhard/Krämer, Hildegard/Zimmermann, Harald, Brockhaus Wahrig, Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden, Wiesbaden, Brockhaus, Stuttgart 1981.

https://doi.org/10.5771/9783829870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Weber, Andreas/Hörmann, Georg/Köllner, Volker, Die Epidemie des 21. Jahrhunderts?, Deutsches Ärzteblatt 2006, 834–841.

Weber, Hedda, HIV-Infektion und AIDS im öffentlichen Dienstrecht, Ein Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt am Main 2002.

Wenzel, Herbert, Zweifelsfragen um die gesundheitliche Eignung des Beamten, DÖD 1963, 9–12.

Werres, Stefan, Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht, Aktuelle Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, DÖV 2011, 873–881.

Wichmann, Manfred/Langer, Karl-Ulrich, Öffentliches Dienstrecht, Das Beamten- und Arbeitsrecht für den öffentlichen Dienst, 8. Aufl., Stuttgart 2017.

Wiese, Günther, Gendiagnostikgesetz und Arbeitsleben, BB 2009, 2198–2207.

Windisch-Graetz, Michaela, Begriff der Behinderung und zumutbare Maßnahmen, DRdA 2014, 30–36.

Wittkowski, Bernd, Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung von Probebeamten, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 30.10.2013 – 2 C 16/12, NVwZ 2014, 376–378.

Wittreck, Fabian/Wagner, Stephan, Der Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 S. 1 GG / § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, JURA 2013, 1213–1225.

Wolff, Heinrich Amadeus, Der Gesetzesvorbehalt im Versorgungsrecht, Zugleich eine Urteil v.sanmerkung zum Urteil v. des BVerwG vom 7. April 2005 - 2 C 5.04, ZBR 2006, 331–337.

Wolff, Heinrich Amadeus, Die Unionalisierung des Beamtenrechts, ZBR 2014, 1–8.

Würdinger, Markus, Das Ziel der Gesetzesauslegung - ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre, JuS 2016, 1–6.

Ziekow, Jan, Beginn des Abschieds vom einheitlichen Beamtenstatus?, Bemerkungen zum Entwurf eines Beamtenstatusgesetzes, PersV 2007, 344–352.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

https://doi.org/10.5771/9783828870826 - Generiert durch IP 216.73.216.60, am 25.01.2026, 13:15:32. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.