

# Inhaltsübersicht

<b>Teil 1: Einleitung</b> .....	1
A. Einführung .....	1
B. Ziel der Untersuchung .....	9
C. Gang der Untersuchung .....	9
D. Eingrenzungen des Themas .....	13
<b>Teil 2: Hintergrund der gesundheitlichen Eignung</b> .....	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
<b>Teil 3: Die gesundheitliche Eignung im Normenkontext</b> .....	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

XVII

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
<b>Teil 4:</b>	<b>Die gesundheitliche Eignung in der Verwaltungspraxis.....</b>	<b>105</b>
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

<b>Teil 5: Der Behinderungsbegriff und seine Konsequenzen für die gesundheitliche Eignung</b> .....	201
A. Begriffliche Grundlegung .....	201
I. Behinderung im nationalen Sozialversicherungsrecht .....	201
II. Behinderung in § 9 BGG .....	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
<b>Teil 6: Verfassungsrechtliche Würdigung der Rechtsprechung und der defizitären gesetzlichen Ausgestaltung der gesundheitlichen Eignung</b> .....	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

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
<b>Teil 7:</b>	<b>Rechtsschutz- und Haftungsfragen .....</b>	<b>447</b>
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
<b>Teil 8:</b>	<b>Kernthesen und Schlussbetrachtung .....</b>	<b>495</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>505</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Teil 1: Einleitung</b> .....	1
A. Einführung .....	1
B. Ziel der Untersuchung .....	9
C. Gang der Untersuchung.....	9
D. Eingrenzungen des Themas.....	13
<b>Teil 2: Hintergrund der gesundheitlichen Eignung</b> .....	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
<b>Teil 3: Die gesundheitliche Eignung im Normenkontext</b> .....	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
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

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

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

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**

	<b>gesundheitliche Eignung .....</b>	<b>201</b>
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

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

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 .....**

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

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

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

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
<b>Teil 8: Kernthesen und Schlussbetrachtung .....</b>	<b>495</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>505</b>