

Zu den Anforderungen an die gesundheitliche Eignung eines behinderten Beamtenbewerbers

OVG Lüneburg, 5 LC 190/09, Urteil vom 25.01.2011

Leitsatz/Leitsätze:

Der Begriff der gesundheitlichen Eignung eines Beamtenbewerbers, der behindert, aber nicht schwerbehindert ist, ist dahin zu modifizieren, dass der Bewerber für die Übernahme in das Probebeamtenverhältnis als gesundheitlich geeignet anzusehen ist, wenn sich nach der prognostischen Einschätzung des Dienstherrn künftige Erkrankungen des Bewerbers und dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem überwiegenden Grad an Wahrscheinlichkeit, also mit mehr als 50 vom Hundert, ausschließen lassen.

Aus dem Entscheidungstext

Der Kläger wendet sich mit seiner Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts, mit dem es seine Klage abgewiesen hat, die darauf gerichtet gewesen ist, die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 11. Februar 2008 zu verpflichten, ihn in das Beamtenverhältnis auf Probe als Studienrat (Besoldungsgruppe A 13 BBesO) einzustellen und ihn im Wege des Schadensersatzes besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, wie er stünde, wenn er zum 1. März 2008, Hilfsweise zum 1. August 2008, weiter Hilfsweise zu einem späteren Zeitpunkt in das Beamten- Verhältnis eingestellt worden wäre.

Der am F. 19... geborene Kläger absolvierte nach Bestehen der Ersten Staatsprüfung für das Lehramt an Berufsbildenden Schulen und seiner Promotion im Fachbereich Sportwissenschaften erfolgreich den Vorbereitungsdienst des Landes Niedersachsen für das Lehramt an Berufsbildenden Schulen. Die Zweite Staatsprüfung für das Lehramt an Berufsbildenden Schulen bestand er am 5. Oktober 2006 mit der Note "gut (2,1)". Bereits am 30. Januar 2006 bewarb er sich bei der Beklagten um die Einstellung in den niedersächsischen Schuldienst.

Im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung des Klägers stellte der Amtsarzt Dr. G. in seinem amtsärztlichen Zeugnis vom 31. Oktober 2006 fest, dass der Kläger nach dem jetzigen Befund in gesundheitlicher Hinsicht für die Einstellung als Angestellter tauglich sei. Gegen eine Verbeamtung auf Lebenszeit müssten jedoch aus amtsärztlicher Sicht gegenwärtig Bedenken geäußert werden. Aufgrund einer chronischen neurologischen Erkrankung (Multiple Sklerose) und orthopädischer Beschwerden (Gleitwirbel, Bandscheibenprotusionen) bestünden Hinweise darauf, dass eine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit eintreten könne. Aktuell sei der Kläger voll arbeitsfähig.

Nach Durchführung eines positiv verlaufenen Einstellungsgesprächs teilte die Beklagte mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 mit, dass der Kläger mit Wirkung vom 1. November 2006 als Lehrkraft im Angestelltenverhältnis eingestellt werde. Der

Kläger beantragte mit Schreiben vom 5. März 2007 eine Überprüfung des amtsärztlichen Zeugnisses mit dem Ziel, als Beamter eingestellt zu werden, und legte zwei Stellungnahmen des Facharztes für Neurologie und Psychiatrie Dr. med. H. vom 30. September 2006 und 19. Februar 2007 sowie eine Stellungnahme des Facharztes für Innere Medizin Dr. med. I. vom 2. März 2007 vor. Dr. H. stellte fest, dass der Kläger seit Dezember 2005 völlig beschwerde- und symptomfrei sei. Aufgrund des bisherigen Verlaufs der Erkrankung an Multipler Sklerose sei von einer günstigen Verlaufsform auszugehen, sodass angesichts der völlig regelrechten Befunde und der Symptommfreiheit nicht mit einem Maß an Wahrscheinlichkeit von dem Eintritt vorzeitiger Dienstunfähigkeit auszugehen und eine Therapie aktuell nicht erforderlich sei. Dr. I. führte aus, dass die Untersuchungen bezüglich Herz und Abdomen einen vollkommen unauffälligen internistischen Befund ergeben hätten. Der Kläger legte des Weiteren einen Bericht von Dr. J. vom 14. März 2007 vor (Beiakte A, Bl. 115), nach dessen Beurteilung der Bandscheibenvorfall aus dem Jahre 2004 vollständig ausgeheilt und der Kläger für alle sportlichen Aktivitäten belastbar sei; hinsichtlich des Rückens seien keine Einschränkungen für die Zukunft zu erwarten.

Der Amtsarzt Dr. G. gab zur Frage der Verbeamtung des Klägers unter Berücksichtigung der vorgelegten ärztlichen Stellungnahmen mit Schreiben vom 15. August 2007 erneut Auskunft. Er hielt darin seine Diagnose eines Gleitwirbels nicht mehr aufrecht, führte jedoch an, dass im Jahre 2004 ein kräftiger Bandscheibenvorfall vorgelegen habe, aufgrund dessen ein deutlich höheres Risiko bestehe, Rückenschmerzen, Gefühlsstörungen oder sogar teilweise Lähmungserscheinungen zu bekommen als jemand ohne diesen Vorfall, was besonders im Sportunterricht eine nachhaltige Beeinträchtigung bedeuten würde. Die Erkrankung an Multipler Sklerose bedeute auch bei Symptommfreiheit nach dem ersten Schub und bei Annahme eines günstigen Verlaufs per se ein erhebliches Risiko in Bezug auf die langfristige Dienstfähigkeit eines Beamten. Es sei möglich, dass der Kläger aufgrund seiner Erkrankungen einen Grad der Behinderung (GdB) von 30 anerkannt bekomme, mit dem er sich dann Schwerbehinderten gleichstellen lassen könne. Dann würden für ihn spezielle Regelungen im Hinblick auf eine Verbeamtung auf Lebenszeit - voraussichtliche Dienstfähigkeit noch mindestens fünf Jahre - gelten, wobei er nach derzeitiger Befundlage keine Probleme sehen würde. Er schlage daher vor, dem Kläger zu empfehlen, einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter zu stellen, sofern er einen GdB von 30 erreiche, und sich dann erneut zur Verbeamtung auf Lebenszeit amtsärztlich begutachten zu lassen.

Auf der Grundlage dieser amtsärztlichen Feststellungen teilte die Beklagte mit Schreiben vom 11. September 2007 dem Kläger neben dem Vorschlag des Amtsarztes mit, dass eine Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht möglich sei. Mit anwaltlichem Schreiben vom 21. November 2007 wiederholte der Kläger seinen Antrag auf Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Probe und machte gleichzeitig Schadensersatzansprüche gemäß § 15 AGG beziehungsweise § 839 BGB geltend. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 11. Februar 2008 ab. Eine Einstellung als Beamter komme mangels gesundheitlicher Eignung nicht in Betracht. Ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 AGG bestehe nicht, da die Erkrankung des Klägers eine Behinderung im Sinne von §§ 1 und 2 AGG nicht darstelle und zudem die zweimonatige Antragsfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG versäumt sei, die bereits mit dem Schreiben vom 1. November 2006 zu laufen begonnen habe.

...

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten und des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte und die Beilagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, sowie die Niederschrift über den Termin zur mündlichen Verhandlung verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Der Kläger hat zwar keinen Anspruch auf Verpflichtung der Beklagten, ihn in das Beamtenverhältnis auf Probe zu übernehmen und ihm Schadensersatz zu gewähren. Doch ist die Beklagte verpflichtet, den Antrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Der dieser Verpflichtung entgegenstehende Ablehnungsbescheid vom 11. Februar 2008 ist aufzuheben.

...

Bei der von Art. 33 Abs. 2 GG geforderten Eignungsbeurteilung hat der Dienstherr immer auch eine Entscheidung darüber zu treffen, ob der einzelne Bewerber den Anforderungen des jeweiligen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht entspricht. Der Beamte muss in körperlicher und psychischer Hinsicht den Anforderungen des Amtes gewachsen sein. Die Eignung in gesundheitlicher Hinsicht ist in der Regel nach dem allgemeinen Maßstab gegeben, wenn sich nach der prognostischen Einschätzung des Dienstherrn künftige Erkrankungen des Beamten und dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausschließen lassen (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.7.2001 - BVerwG 2 A 5.00 -, Buchholz 232 § 31 BBG Nr. 60 = NVwZ-RR 2002, 49 = ZBR 2002, 184, zitiert nach juris Langtext Rn. 16 m. N.; BVerwG, Beschl. v. 23.4.2009 - BVerwG 2 B 79.08 -, zitiert nach juris Langtext, Rn. 8).

Diesen Maßstab hat die Beklagte nach den Ausführungen in ihrem Ablehnungsbescheid vom 11. Februar 2008 zugrunde gelegt und - insoweit rechtsfehlerfrei - festgestellt, dass eine vorzeitige Versetzung des Klägers in den Ruhestand aufgrund der diagnostizierten Multiplen Sklerose und orthopädischer Beschwerden nach dem amtsärztlichen Gesundheitszeugnis vom 31. Oktober 2006 und der Stellungnahme des Amtsarztes vom 15. August 2007 erforderlich werden könnte und daher die gesundheitliche Eignung des Klägers nicht gegeben sei. Die Beklagte hat die amtsärztlichen Feststellungen in dem Bescheid herangezogen und sich zu Eigen gemacht. Bedenken gegen die amtsärztlichen Feststellungen bestehen nicht. Sie sind schlüssig, nachvollziehbar und in sich widerspruchsfrei. Der Amtsarzt geht bei seinen Ausführungen auf die von dem Kläger vorgelegten privatärztlichen Stellungnahmen ein und kommt dennoch zu dem nachvollziehbaren Ergebnis, dass wegen des kräftigen Bandscheibenvorfalles und der Erkrankung an Multipler Sklerose trotz eines günstigen Verlaufs ein erhebliches Risiko in Bezug auf die langfristige Dienstfähigkeit des Klägers bestehe.

Allerdings besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit, dass der Kläger aufgrund dieser Erkrankungen als behindert im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG anzusehen ist und er nach dieser Vorschrift nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf.

Der Begriff der Behinderung ist in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist mangels Definition des Begriffs der Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG von dem Begriffsverständnis auszugehen, wie es seinen Ausdruck vor allem in dem zum Zeitpunkt der Schaffung

des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG geltenden § 3 Abs. 1 Satz 1 des Schwerbehindertengesetzes gefunden hat. Danach ist Behinderung die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.10.1997 - 1 BvR 9/97 -, BVerfGE 96, 288, zitiert nach juris Langtext, Rn. 65). Demgegenüber verlangt § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX für eine Behinderung, dass zum einen die körperliche Funktion oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen, und zum anderen zusätzlich, dass daher eine Teilnahme am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Es kann offen bleiben, ob der Behindertenbegriff des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ebenfalls eine solche Beeinträchtigung verlangt. Denn der Senat geht davon aus, dass der Kläger auch diese Voraussetzung aufgrund seiner Erkrankungen bereits zu dem hier in tatsächlicher Hinsicht maßgeblichen Zeitpunkt des Ablehnungsbescheides am 11. Februar 2008 erfüllt hat. Indiziert wird dieses bereits durch den Feststellungsbescheid des Niedersächsischen Landesamtes für Soziales, Jugend und Familie vom 15. Mai 2009. Zwar wirkt dieser Bescheid nur rückwirkend ab dem 4. Juni 2008. In dem Bescheid ist ein GdB von 30 festgestellt worden, weil eine dauernde Einbuße an körperlicher Beweglichkeit besteht. Der festgestellte Grad der Behinderung beruht auf dem festgestellten organischen Nervenleiden mit einem GdB von 30 und der zusätzlichen Funktionsbeeinträchtigung durch Veränderungen der Wirbelsäule mit einem GdB von 10, der sich jedoch nicht erhöhend auswirkt. Doch hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob eine Behinderung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vorliegt, kommt es weder auf den Grad der Behinderung noch auf deren förmliche Feststellung an. Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich das Krankheitsbild zwischen dem Erlass des Ablehnungsbescheides und der Feststellung der Behinderung geändert hat, ist eine Behinderung des Klägers zum Zeitpunkt des Ablehnungsbescheides wegen seiner Erkrankungen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX anzunehmen.

...

Für die Prüfung der gesundheitlichen Eignung führt die Berücksichtigung des Benachteiligungsverbots angesichts der genannten Einschränkung bei Schwerbehinderten dazu, dass die gesundheitliche Eignung nur verneint werden darf, wenn im Einzelfall zwingende Gründe für das Festhalten an dem allgemeinen Maßstab sprechen, sollte der Schwerbehinderte die Anforderungen des Amtes gerade aufgrund seiner Behinderung nicht erfüllen (vgl. BVerwG, Ur. v. 21.6.2007 - BVerwG 2 A 6.06 -, Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 35; Beschl. v. 23.4.2009, a. a. O., Rn. 8). Insoweit wird das Benachteiligungsverbot durch das Leistungsprinzip als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) eingeschränkt. Da Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht zwischen Behinderten und Schwerbehinderten unterscheidet, sondern die Benachteiligung wegen einer Behinderung generell verbietet, erachtet der Senat es für geboten, auch im vorliegenden Fall, in dem der Kläger zwar behindert, aber mangels formaler Gleichstellung nicht nach § 2 Abs. 3 SGB IX schwerbehindert ist, diese Einschränkung des Benachteiligungsverbots anzuwenden. Bestätigt wird diese Auffassung durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Dezember 2008 (a. a. O., Rn. 11), wonach ein Bewerber wegen seiner Behinderung nur dann von dem Beförderungsgeschehen ausgeschlossen werden kann, wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung in dem angestrebten Amt zwingend ausschließen. Entsprechendes muss für eine Einstellung gelten.

Vor diesem Hintergrund ist die Anwendung des allgemeinen Maßstabes der gesundheitlichen Eignung indes nicht durch diese Einschränkung des Benachteiligungsverbots gerechtfertigt. Denn es ist nicht ersichtlich, dass dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung des Klägers in der Laufbahn des früheren höheren Dienstes (jetzt Laufbahngruppe 2, 2. Einstiegsamt) an Berufsbildenden Schulen zwingend ausschließen. Der Amtsarzt hat zwar aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers ein bestehendes Risiko aufgezeigt, dass der Kläger vor Erreichen der Altersgrenze wegen seiner Behinderung dienstunfähig werden könnte. Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass allein das Risiko der vorzeitigen Dienstunfähigkeit die Annahme dienstlicher Bedürfnisse begründet, die eine dauerhafte Verwendung zwingend ausschließen. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, dass der Kläger ungeachtet seiner Behinderung in der Lage ist, die Anforderungen, die der Lehrerberuf an Berufsbildenden Schulen allgemein und im Hinblick auf die von ihm gewählte Fächerkombination stellt, zu erfüllen. Die körperlichen Einschränkungen, die der Kläger aufgrund seiner Behinderung hat, erweisen sich damit für die Aufgabenerfüllung nicht als unverzichtbar. Ersichtlich sind auch keine organisatorischen oder personalpolitischen Erwägungen (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 10.12.2008, a. a. O., Rn. 14 m. N.), die gegen eine dauerhafte Verwendung des Klägers sprechen könnten. Die Berufung der Beklagten auf die Funktionsfähigkeit der Schulverwaltung und die Anforderungen an die pädagogische Kontinuität genügt in dieser Allgemeinheit nicht für den Schluss, der Annahme der gesundheitlichen Eignung des Klägers stünden zwingende Gründe im Sinne der genannten Rechtsprechung entgegen.

Weil bereits aufgrund der Berücksichtigung des in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verankerten Benachteiligungsverbots die Anwendung des allgemeinen Maßstabes der gesundheitlichen Eignung ausscheidet, stellt sich die von den Beteiligten im Berufungsverfahren erörterte Frage, ob die Anwendung des allgemeinen Begriffs der gesundheitlichen Eignung auf die Gruppe behinderter Menschen mit den Vorgaben des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und der Richtlinie 2000/78/EG vereinbar ist, im vorliegenden Fall nicht.

Da mangels zwingender Gründe die Anwendung des allgemeinen Maßstabes nicht in Betracht kommt, ist die Beklagte gehalten, bei der prognostischen Beurteilung der gesundheitlichen Eignung für das von dem Kläger angestrebte Amt und die angestrebte Laufbahn dem Benachteiligungsverbot Rechnung zu tragen. Dies haben die Beklagte und das Verwaltungsgericht verkannt.

Welche Anforderungen an die gesundheitliche Eignung eines behinderten Einstellungsbewerbers unter Beachtung des Benachteiligungsverbots und in Abweichung von dem allgemeinen Maßstab zu stellen sind, richtet sich nach dem Ausgleich zwischen dem Benachteiligungsverbot einerseits und dem Lebenszeitprinzip sowie dem Leistungsprinzip als hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) andererseits. Insoweit gilt, dass der Einstellungsbewerber jedenfalls ein Mindestmaß an gesundheitlicher Eignung erfüllen muss, um das angestrebte Amt ordnungsgemäß und dauerhaft wahrnehmen zu können. Der Dienstherr hat also im Rahmen der Entscheidung über das Einstellungsgesuch zu prognostizieren, ob der behinderte Beamtenbewerber in dem angestrebten Amt auf Dauer verwendet werden kann (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 10.12.2008, a. a. O., Rn. 14 m. w. N.). Konkretisierende Vorgaben, wie das Benachteiligungsverbot bei der prognostischen Beurteilung der gesundheitlichen Eignung Behinderter umzusetzen ist, lassen sich Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht

entnehmen. Die Vorschrift lässt in ihrem Anwendungsbereich vielmehr Raum für Differenzierungen zwischen behinderten und schwerbehinderten Menschen, sofern eine behinderungsbedingte Benachteiligung vermieden wird.

...

Dieser Ansicht steht jedoch nach Auffassung des Senats entgegen, dass die Herabsetzung des Eignungsmaßstabs für Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte auf der Überlegung beruht, dass dieser Personenkreis erheblich größeren Schwierigkeiten bei der Suche oder dem Erhalt eines Arbeitsplatzes ausgesetzt ist als behinderte Menschen und daher die behinderungsbedingten Benachteiligungen bei dem Personenkreis der Schwerbehinderten und ihnen Gleichgestellter in anderer Weise auszugleichen sind. Der Gesetzgeber hat diesen Rechtsgedanken in § 128 Abs. 1 SGB IX zum Ausdruck gebracht, wonach die besonderen Vorschriften und Grundsätze für die Besetzung der Beamtenstellen unbeschadet der Geltung des Teils 2 des SGB IX auch für schwerbehinderte Beamte so zu gestalten sind, dass die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert und ein angemessener Anteil schwerbehinderter Menschen unter den Beamten erreicht wird. Für die Gruppe der behinderten Beamtenbewerber ist es demgegenüber unter Berücksichtigung der zitierten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nach Ansicht des Senats als geboten zu erachten, einerseits dem Lebenszeitprinzip dadurch Rechnung zu tragen, dass für die Prognoseentscheidung auf den Zeitraum bis zum Erreichen der Altersgrenze abzustellen ist, und andererseits mit Blick auf das Benachteiligungsverbot den Wahrscheinlichkeitsmaßstab für die Prognose, ob häufige Fehlzeiten oder eine vorzeitige Dienstunfähigkeit eintreten werden, herabzusetzen. Dementsprechend ist der Begriff der gesundheitlichen Eignung eines behinderten Beamtenbewerbers dahingehend zu modifizieren, dass sie gegeben ist, wenn sich nach der prognostischen Einschätzung des Dienstherrn künftige Erkrankungen des Bewerbers und dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem überwiegenden Grad an Wahrscheinlichkeit, also mit mehr als 50 vom Hundert, ausschließen lassen.

Bei Anwendung dieses modifizierten Eignungsmaßstabes werden sowohl dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG als auch dem Lebenszeitprinzip und dem Leistungsprinzip als hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) bei der Auslegung des Eignungskriteriums hinreichend Rechnung getragen. Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung dieses herabgesetzten Maßstabes mit den Vorgaben des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes oder der Richtlinie 2000/78/EG unvereinbar ist, sind nicht ersichtlich.

Ob der Kläger mit einem überwiegenden Grad an Wahrscheinlichkeit voraussichtlich nicht dauernd dienstunfähig sein oder häufige Fehlzeiten aufweisen wird, kann der Senat aufgrund der vorliegenden amtsärztlichen Stellungnahmen auch in Ansehung der in den Akten vorhandenen privatärztlichen Stellungnahmen nicht abschließend entscheiden. Demzufolge hat der Kläger mit seinem Hauptantrag zu 1. keinen Erfolg, sondern kann lediglich hilfsweise die erneute Bescheidung seines Einstellungsbegehrens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verlangen.

Dem Neubescheidungsbegehren stehen von dem Senat zu beachtende Rechtsgründe nicht entgegen. Auch wenn der Kläger die für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe nach § 16 Abs. 2 Satz 1 NLVO vom 30. März 2009

(Nds. GVBl. S. 118) geltende Höchstaltersgrenze - Vollendung des 45. Lebensjahres - zwischenzeitlich während des gerichtlichen Verfahrens überschritten hat, schließt dieses seine Ernennung zum Studienrat unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe nicht aus. Denn nach § 16 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 NLVO kann das Finanzministerium auf Vorschlag der obersten Dienstbehörde im Einzelfall Ausnahmen von der in § 16 Abs. 2 NLVO normierten Höchstaltersgrenze zulassen, wenn sich nachweislich der berufliche Werdegang aus von der Bewerberin oder dem Bewerber nicht zu vertretenden Gründen in einem Maß verzögert hat, das die Anwendung der Höchstaltersgrenze unbillig erscheinen ließe. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für diese Ausnahme sieht der Senat im vorliegenden Fall als gegeben an, denn der Kläger hat rechtzeitig einen Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis gestellt und erledigt die mit dem angestrebten Amt verbundenen Aufgaben bereits im Angestelltenverhältnis. Die Übernahme des Klägers in das Beamtenverhältnis auf Probe hat sich durch die Anwendung des allgemeinen, aber im vorliegenden Fall wegen der Behinderung des Klägers nicht einschlägigen Maßstabes für die Beurteilung der gesundheitlichen Eignung aus nicht von dem Kläger zu vertretenden Gründen in einem Maße verzögert, die eine Berufung auf die Altersgrenze angesichts der Umstände dieses Falles als unbillig erscheinen lassen. Die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes kann dem Kläger unter diesem Gesichtspunkt nicht entgegen gehalten werden.

2. Die Voraussetzungen des von dem Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG liegen nicht vor. Nach dieser Vorschrift ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen (Satz 1), was aber nicht gilt, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (Satz 2). Vorliegend fehlt es am Verschulden der Beklagten. Das Verschuldenserfordernis begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs haben die Mitgliedstaaten bei der Wahl der Sanktionen nach Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG im Falle eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot darauf zu achten, dass Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie gleichartige Verstöße gegen nationales Recht (vgl. EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – Rs. 68/88 -, NJW 1990, 2245 <2246>). Danach erweist sich das Verschuldenserfordernis als europarechtskonform, weil Schadensersatzansprüche – mit Ausnahme bestimmter Fälle einer Gefährdungshaftung – grundsätzlich im deutschen Recht ein Verschulden des Schädigers voraussetzen (vgl. Bau-er/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 15 Rn. 15) und die Vorschrift des § 15 Abs. 1 AGG der Regelung des § 280 BGB nachgebildet ist (vgl. BT-Drucks. 16/1780, S. 38).

Zu vertreten hat der Arbeitgeber beziehungsweise der Dienstherr Vorsatz und Fahrlässigkeit insbesondere nach Maßgabe der §§ 276 bis 278 BGB (vgl. dazu BT-Drucks. 16/1780, S. 38). Selbst wenn der Senat zu Gunsten des Klägers angesichts der vorstehenden Ausführungen von einer Verletzung des in § 7 Abs. 1 Satz 1 AGG normierten Benachteiligungsverbots durch die Anwendung des allgemeinen Maßstabes für die gesundheitliche Eignung eines Beamtenbewerbers im Ablehnungsbescheid vom 11. Februar 2008 und damit von einer Pflichtverletzung seitens der Beklagten ausgeht, fehlt es an dem für den Schadensersatzanspruch erforderlichen Verschulden. Der Beklagten ist weder der Vorwurf vorsätzlichen noch fahrlässigen Handelns zu machen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte bei der Prüfung der gesundheitlichen Eignung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Dies beruht zum einen auf dem Umstand, dass die Beklagte zum

Zeitpunkt des Erlasses des Ablehnungsbescheides nicht ohne Weiteres von dem Vorliegen einer Behinderung ausgehen musste. Insoweit hat es an den erforderlichen amtsärztlichen Feststellungen gefehlt, denn der Amtsarzt selbst ist zu diesem Zeitpunkt lediglich von Krankheiten, nicht aber von Behinderungen ausgegangen. Die Aussage, dass der Kläger im Sinne des Neunten Buches Sozialgesetzbuch als Schwerbehinderter anerkannt werden könnte, betrachtete der Amtsarzt nach seiner Stellungnahme vom 15. August 2007 lediglich als möglich. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um von einer fahrlässigen Verletzung des Benachteiligungsverbots auszugehen. Denn zum Zeitpunkt des Erlasses des Ablehnungsbescheids lag weder ein die Behinderung beziehungsweise die Schwerbehinderung indizierender Feststellungsbescheid vor noch gab die bestehende Rechtsprechung zum Begriff der gesundheitlichen Eignung bei Schwerbehinderten Anlass, im Fall einer bestehenden Behinderung des Klägers, die sich nicht als Schwerbehinderung darstellt, von dem allgemeinen Maßstab der gesundheitlichen Eignung abzuweichen. Soweit der Senat nunmehr für die Gruppe behinderter Menschen eine Modifizierung des Begriffs der gesundheitlichen Eignung befürwortet, handelt es sich um eine Fortentwicklung der Rechtsprechung, die von der Beklagten nicht in Erwägung gezogen werden musste und sie daher entlastet (vgl. zur Möglichkeit der Entlastung bei Rechtsprechungsänderungen Schmidt-Kessel in: Prütting/Wegen/Weinreich <Hrsg.>, BGB, 5. Aufl. 2010, § 276, Rn. 11 unter Hinweis auf BGHZ 145, 265).

■