„Schwierigkeiten mit der Körpergröße“

-

Examensklausur

*von Klaus Krebs**

A. Vorbemerkung

Diese am 24.02.2018 im Rahmen des Examensklausurenkurses der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg gestellte Probeklausur greift aktuelle Rechtsprechung auf und führt scheinbar in teils entlegene Rechtsgebiete. Sie thematisiert allerdings fast ausschließlich zentrale Fragen des Pflichtfachstoffes für die Erste juristische Prüfung: Einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO bei Ermessensverwaltungsakten, Beurteilungsspielraum der Behörde, Art. 33 Abs. 2 GG als grundrechtgleiches Recht, Differenzierungsverbote und mittelbare Diskriminierungen nach Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG, Art. 12 GG, Wesentlichkeitslehre, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 61 Abs. 1 LV BW (als Parallelvorschrift zu Art. 80 Abs. 1 GG). Das Beamtenrecht ist freilich kein Pflichtfach. Daher sollen auf diesem Rechtsgebiet ausschließlich Verständnis und Arbeitsmethode bewertet werden; Einzelwissen wird nicht vorausgesetzt. Entscheidend kommt es auf die systematische Entwicklung einer stringenten Lösung an, welche die im Sachverhalt angelegten Probleme aufgreift und unter Anwendung allgemeiner verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Kenntnisse argumentativ bewältigt. Vielfach lässt die Klausur im Ergebnis unterschiedliche Ansichten zu. Die Ausführlichkeit des nachstehenden Lösungsvorschlags dient didaktischen Zwecken und kann selbstverständlich nicht von den Bearbeiter/innen erwartet werden.

B. Sachverhalt

Die in Freiburg geborene und wohnhafte Angelika Arbus hat im Alter von 20 Jahren bereits klare Ausbildungs- und Berufsvorstellungen: Sie möchte schnellstmöglich im Rahmen des baden-württembergischen Vorbereitungsdienstes die Laufbahnbefähigung für den mittleren Polizeivollzugsdienst Baden-Württemberg erwerben. Die Einstellung für die Ausbildung im Vorbereitungsdienst ist jeweils zum 01.03. und zum 01.09. eines Jahres möglich.

Am 02.11.2017 bewirbt sich Angelika Arbus fristgemäß und formgerecht zur Ausbildung für den Polizeivollzugsdienst Baden-Württemberg, um zum 01.09.2018 als Polizeianwärterin unter Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Widerruf ihre Ausbildung beginnen zu können. Ihre Bewerbungsunterlagen mit wahrheitsgemäßer Angabe ihrer Körpergröße von 159 cm richtet sie an die zuständige Einstellungsbehörde. Diese Behörde prüft in einem ersten Teil eines zweistufigen Auswahlverfahrens, an dessen Ende die begehrte Einstellung in den Vorbereitungsdienst unter Ernennung zur Beamtin auf Widerruf steht, die Angaben im Bewerbungsbogen aller Bewerberinnen und Bewerber. Angelika Arbus hofft und rechnet fest damit, von der Behörde zu dem üblichen eintägigen Einstellungstest zugelassen zu werden, der zentral am 05.03.2018 als zweiter Teil des Auswahlverfahrens durchgeführt wird. Angelika Arbus bereitet sich bereits seit Weihnachten 2017 gründlich auf diese Auswahlprüfung vor, da deren Bestehen Voraussetzung für das von ihr begehrte Ausbildungsverhältnis ist.

Zu ihrem Entsetzen erhält sie jedoch am 21.02.2018 von der zuständigen Behörde keine Zulassung zu dem Einstellungstest. Die formell rechtmäßige und mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehene Ablehnung ihrer Bewerbung wird ausschließlich auf ihre zu geringe Körperlänge gestützt:

„[…] Die Ausbildung für den Polizeivollzugsdienst Baden-Württemberg vollzieht sich im Beamtenverhältnis auf Widerruf. In ein solches Beamtenverhältnis darf nach § 4 Nr. 2 LVOPol nur berufen werden, wer polizeidiensttauglich ist. Im Hinblick darauf, dass für eine störungsfreie Wahrnehmung polizeilicher Vollzugsaufgaben eine Körpergröße von mindestens 160 cm erforderlich ist (u. a. für Festnahme- und Körperschutztechniken), sind Sie leider nicht für den Polizeivollzugsdienst Baden-Württemberg geeignet. Da Sie mit Ausnahme der erforderlichen Mindestkörpergröße alle Voraussetzungen für eine Zulassung zum Einstellungstest erfüllen, bedauern wir es außerordentlich, Ihnen keine bessere Mitteilung geben zu können. […]“

Für Angelika Arbus bricht eine Welt zusammen. Empört eilt sie gleich am 22.02.2018 zu Rechtsanwalt Benjamin Bebus mit der Bitte um rechtliche Unterstützung zur raschen Verwirklichung ihrer Zukunftspläne. Rechtsanwalt Bebus ist dazu gerne gegen Zahlung eines Vorschusses, aber auch aus Überzeugung bereit, denn er hält die Festsetzung einer Mindestkörpergröße für den Polizeivollzugsdienst für ungeheuerlich: Seine Mandantin werde durch die völlig unverhältnismäßige und undifferenzierte Mindestgrößenvorgabe als Frau tendenziell benachteiligt und in ihren Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Zwar habe das Land bei der Frage, wer für den Polizeivollzugsdienst geeignet sei im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG, einen Beurteilungsspielraum. Dieser sei durch die rechts-

widrige Mindestgrößen-vorgabe jedoch überschritten. Allenfalls hätte der Landesgesetzgeber selbst eine derart wesentliche Vorgabe treffen können, nicht aber ein Ministerium in Stuttgart, das wohl nach dem Landesbeamtengesetz (LBG) schon gar nicht zur Regelung der Laufbahnbefähigung ermächtigt werde. Daher sei auch Art. 61 Abs. 1 der Landesverfassung verletzt. Zutreffend weist Herr Bebus darauf hin, dass sich seine Mandantin in einer hervorragenden körperlichen Verfassung befindet und kräftemäßig durchschnittlichen Bewerberinnen mit einer Körpergröße von 160 cm überlegen ist. Das Mindestkörpergrößenerfordernis hält Herr Bebus für ein eignungswidriges Auswahlkriterium.

Rechtsanwalt Bebus legt der zuständigen Einstellungsbehörde diese Überlegungen mit Widerspruch vom 23.02.2018 näher dar und droht der Behörde an, das Verwaltungsgericht Freiburg einzuschalten, wenn die Behörde nicht alsbald ihre fehlerhafte Entscheidung zugunsten seiner Mandantin revidiert. Auf telefonische Nachfrage von Herrn Bebus teilt ihm die zuständige Widerspruchsbehörde am Vormittag des 24.02.2018 mit, dass sie seinen Widerspruch erhalten habe und in den nächsten ein bis zwei Monaten darüber entscheiden werde. Viel Hoffnung solle sich seine Mandantin indes nicht machen, da es keine Ausnahme vom Mindestgrößenerfordernis gibt.

Aufgabe: Erörtern Sie in einem Rechtsgutachten, mit welchen Erfolgsaussichten Benjamin Bebus dem Anliegen seiner Mandantin nunmehr nachkommen kann. Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ein. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist der 24.02.2018.

Bearbeitungshinweise:
1. Europarecht ist nicht zu prüfen.
2. Es ist davon auszugehen, dass die LVOPol und die Anordnung des Innenministeriums vom 22.07.2013 formell rechtmäßig sind.
3. Das Land Baden-Württemberg ist Träger der zuständigen Einstellungsbehörde.

Vorschriftenauszüge und Hinweise

Verordnung des Innenministeriums über die Einrichtung von Laufbahnen der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten (Polizei-Laufbahnverordnung LVOPol) vom 26. November 2014:

§ 4 Berufung in ein Beamtenverhältnis im Polizeivollzugsdienst

In ein Beamtenverhältnis im Polizeivollzugsdienst darf nur berufen werden, wer

1. die persönlichen Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis erfüllt,

2. polizeidiensttauglich ist,

3. nach dem Ergebnis des Einstellungsverfahrens geeignet ist und […]

Nach Ziffer 1. 3 der Anlage 1.1 der Polizeidienstvorschrift (PDV) 300 („Ärztliche Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit und der Polizeidienstfähigkeit"), Ausgabe 2012, richtet sich die Beurteilung der Körperlänge für Bewerber nach den vom Dienstherrn erlassenen Bestimmungen. Bei der PDV 300 handelt es sich um eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift, die 76 DIN-A-4-Seiten umfasst.

Anordnung des Innenministeriums zur Polizeidienstvorschrift 300 (PDV 300), Ausgabe 2012 „Ärztliche Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit und der Polizeidienstfähigkeit" vom 22.07. 2013 - Az.: 3-112/PDV 300:

Die PDV 300, Ausgabe 2012, wird für die Polizei des Landes Baden-Württemberg mit folgenden Maßgaben eingeführt: […]

9. Zu Anlage 1 der PDV 300 Beurteilungsmaßstäbe und die Polizeidiensttauglichkeit ausschließende Fehler.

9.1 *Zu Nummer 1.3: Die Mindestkörpergröße für Bewerberinnen und Bewerber beträgt 160 cm. […] Die Mindestkörpergröße für Bewerberinnen und Bewerber beträgt 160 cm. […]*

C. Lösungsvorschlag

Das (Zwischen-)Ziel von Angelika Arbus (A) ist es, zu dem Einstellungstest am 05.03.2018 zugelassen zu werden. Da dieser Termin am 24.02.2018 bereits unmittelbar bevorsteht, kommt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ein Antrag nach § 123 VwGO in Betracht.

Selbstverständlich ist ein anderer Einstieg in die Klausur vertretbar. So könnte etwa zunächst die Zulässigkeit einer Klage geprüft und deren Ungeeignetheit zur Erreichung des Ziels der Mandantin herausgearbeitet werden.

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 54 Abs. 1 Beamtenstatusgesetz [BeamtStG])

Sofern keine aufdrängende Sonderzuweisung besteht, richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 Abs. 1 Satz 1, § 123 Abs. 2 VwGO.

Vorliegend könnte § 54 Abs. 1 BeamtStG als aufdrängende Sonderzuweisung zur Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges führen.

Gemäß § 54 Abs. 1 BeamtStG ist der Verwaltungsrechtsweg für alle Klagen der Beamtinnen, Beamten, Ruhestandsbeamtinnen, Ruhestandsbeamten, früheren Beamtinnen, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn gegeben.

Dem Wortlaut nach scheint diese Vorschrift aus zwei Gründen nicht einzugreifen: Zum einen wird keine Klage sondern ein Antrag nach § 123 VwGO geprüft; zum anderen ist A bislang keine Beamtin.

Das erste Bedenken lässt sich ohne Weiteres ausräumen, da nach Sinn und Zweck der Vorschrift kein Grund dafür ersichtlich ist, § 54 Abs. 1 BeamtStG nur auf Klagen anzuwenden und nicht auch auf gerichtliche Eilanträge.

ISSN: 1865-0015

Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten es jedoch nach der Rechtsprechung, auch über das zweite Bedenken hinwegzukommen: § 54 BeamtStG soll nicht nur alle Klagen erfassen, bei denen die begehrten Ansprüche aus einem bereits begründeten Beamtenverhältnis rühren, sondern auch alle aus einem sog. „Beamtenvorverhältnis“, das zur Begründung eines Beamtenverhältnissen führen soll.[1]

Das Prüfungsverhältnis, das die A begehrt, ist ein solches Beamtenvorverhältnis, da das Bestehen des Einstellungstest Voraussetzung für das von A begehrte Beamtenverhältnis (auf Widerruf) ist.

Demnach ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 54 Abs. 1 BeamtStG gegeben.

§ 54 BeamtStG wird wohl von etlichen Bearbeiter/innen nicht geprüft und von nur wenigen richtig geprüft werden.

Nur Ersteres ist negativ zu beurteilen, da der von A begehrte Beamtenstatus mehrfach im Sachverhalt angesprochen wird und § 54 BeamtStG als aufdrängende Sonderzuweisung bekannt sein sollte.

Demgegenüber ist es angesichts des Wortlauts der Vorschrift verständlich, wenn Bearbeiter/innen § 54 Abs. 1 BeamtStG nicht für einschlägig erachten; Einzelwissen zu dieser Vorschrift kann nicht erwartet werden. Die Bearbeiter/innen werden dann den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 123 Abs. 2 VwGO als eröffnet ansehen, da die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind und die Streitigkeit mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

2. Statthaftigkeit des Antrags

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren der Antragsstellerin (vgl. §§ 88 i. V. m. 122 Abs. 1 VwGO). Das Begehren der Antragsstellerin ist im einstweiligen Rechtsschutz zu verfolgen. Dabei läge ein nach § 123 Abs. 5 VwGO vorrangig zu prüfender Fall des § 80 Abs. 5 vor, wenn die angegriffene Maßnahme einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 Satz 1 LVwVfG darstellte und in der Hauptsache die Anfechtungsklage statthaft wäre.

Fraglich ist, ob eine Anfechtungssituation vorliegt, wodurch die Anwendung des § 123 VwGO gesperrt sein könnte. Zu prüfen ist dafür zunächst der Rechtscharakter der ablehnenden Mitteilung an die Mandantin und welche Konsequenz aus der Einordnung des Schreibens für den vorläufigen Rechtsschutz folgt.

Zwar ist die mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehene Ablehnung der Zulassung zum Einstellungstest schon der äußeren Form nach ein Verwaltungsakt (nachfolgend kurz: VA) i. S. d. § 35 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Doch würde allein die Aufhebung dieses VA dem Begehren der A nicht gerecht: A begehrt die Zulassung zum Auswahltest (als *actus contrarius* durch einen begünstigenden Verwaltungsakt), weshalb in der Hauptsache keine (isolierte) Anfechtungsklage, sondern eine Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO in Form der Versagungsgegenklage statthaft ist.

Wer anstelle einer Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage eine Leistungsklage in der Hauptsache für statthaft hält (der Sachverhalt lässt offen, ob die Zulassung zum Einstellungstest durch VA erfolgt), gelangt ebenso zur Statthaftigkeit des Antrags nach § 123 VwGO.

Fraglich ist, ob der Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung oder einer Regelungsanordnung zu richten ist. Eine Regelungsanordnung ist auf die Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 123 I 2 VwGO gerichtet, während die Sicherungsanordnung eine Veränderung des *status quo* verhindert. Vorliegend begehrt A die Zulassung zum Einstellungstest am 05.03.2018. Sie will damit ihren Rechtskreis erweitern.

Bei entsprechender Begründung ist es vertretbar, anstelle der auf eine Zustandsverbesserung gerichteten Regelungsanordnung (hier: Zulassung zum Einstellungstest) eine auf Zustandswahrung angelegte Sicherungsanordnung[2] (mit dem Argument: Wahrung des Bewerberverfahrensanspruchs) anzunehmen.

Daher ist im Ergebnis kein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO, sondern ein auf eine Regelungsanordnung gerichteter Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft.

Zweifel an der Annahme einer Regelungsanordnung könnten insoweit aufkommen, als hier nicht nur die Regelung eines vorläufigen Zustandes begehrt wird, sondern vollendete, irreversible Tatsachen geschaffen würden, wenn A zum Einstellungstest zugelassen werden würde. In derartigen, auf Befriedigung gerichteten Fällen wird teils in von einer Leistungsanordnung ausgegangen, die kategorial jedoch unter die Regelungsanordnung gefasst werden kann.[3]

3. Antragsbefugnis (analog § 42 Abs. 2 VwGO)

Die analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderlich Antragsbefugnis ist gegeben, wenn A möglicherweise einen Anspruch auf die begehrte Regelung (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der Maßnahme (Anordnungsgrund) geltend machen kann.

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Es ist schon dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG nach nicht ausgeschlossen, dass diese Vorschrift nicht nur dem Schutz des öffentlichen Interesses, sondern auch dem individuellen Interesse der Antragstellerin dient. Daher kommt § 33 Abs. 2 GG auch als Anspruchsgrundlage in Betracht.[4] Gleiches gilt für Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GG.[5] Ob A aufgrund ihrer Körpergröße als nicht geeignet angesehen werden konnte, ist fraglich. Ein sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebender Anspruch auf Zulassung zum Auswahltest bzw. auf eine

[1] Vgl. ESVGH 24, 220, 222 (der dort zitierte § 126 Abs. 1 BRRG ist die Vorgängervorschrift zu § 54 Abs. 1 BeamtStG); Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage, § 52 RdNr. 16; näher Schenke, Fälle zum Beamtenrecht, S. 6.

[2] So (ohne Begründung) OVG des Saarlandes, Az. 1 B 385/16.

[3] Näher hierzu Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage, § 123 RdNr. 6 m.w.N.

[4] Näher Schenke, Fälle zum Beamtenrecht, S. 7 f.

[5] Vgl. Heun, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2015, Art. 3 RdNr. 102.

ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung ist jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Da der zu absolvierende Auswahltest für eine Einstellung zum 01.09.2018 bereits am 05.03.2018 stattfindet, besteht auch die Möglichkeit der Dringlichkeit.

A ist daher antragsbefugt.

4. Antragsgegner (analog § 78 Abs. 1 VwGO)

Analog § 78 Abs. 1 VwGO ist der Antrag gegen das Land Baden-Württemberg als Träger der handelnden Behörde zu richten.

Der Antragsgegner kann als Frage der Passivlegitimation auch erst in der Begründetheit geprüft werden.

5. Antragsfrist

Der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ist grundsätzlich[6] nicht fristgebunden.

6. Beteiligtenfähigkeit (analog § 61 VwGO)

A ist als natürliche Person analog § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Das Land Baden-Württemberg ist als Gebietskörperschaft juristische Person i. S. d. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO.

7. Prozessfähigkeit (analog § 62 VwGO)

A ist analog § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Baden-Württemberg handelt nach § 62 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 1 VertrAnO LReg ein gesetzlicher Vertreter.

8. Rechtsschutzbedürfnis
a) Vorheriger Antrag an Behörde

Ob ein vorheriger Antrag an die Behörde für die Zulässigkeit des Antrags nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO erforderlich ist, ist umstritten. Auf diesen Streit kommt es hier jedoch nicht an: Einen entsprechenden Antrag an die Behörde hatte Rechtsanwalt Bebus mit Schreiben vom 23.02.2018 erfolglos gestellt.

b) Hauptsacherechtsbehelf nicht offensichtlich unzulässig

Da vorläufiger Rechtsschutz sinnvollerweise nur zu gewähren ist, wenn ein Hauptsacheverfahren nicht (offensichtlich) unzulässig wäre, ist in den Fällen, in denen im Hauptsacheverfahren eine Verpflichtungsklage zu erheben wäre, der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO nur dann zulässig, wenn ein Vorverfahren nach § 68 Abs. 2 VwGO durchgeführt wurde oder seine Durchführung noch nicht wegen Fristablaufs nach § 70 VwGO ausgeschlossen ist. Vorliegend wurde von Herrn Rechtsanwalt Bebus am 23.02.2018 Widerspruch fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 70 VwGO eingelegt.

9. Zuständiges Verwaltungsgericht

Für den Erlass einstweiliger Anordnungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig, § 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Gemäß § 52 Nr. 4 Satz 1 VwGO ist u.a. für alle Klagen, die sich auf die Entstehung eines Beamtenverhältnisses beziehen, das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Kläger oder Beklagte seinen dienstlichen Wohnsitz oder in Ermangelung dessen seinen Wohnsitz hat. Der Begriff der „Entstehung eines Beamtenverhältnisses“ ist dabei weit zu verstehen. Umfasst sind nicht nur der unmittelbare Bereich der beamtenrechtlichen Ernennung, sondern auch Verfahren im Zusammenhang mit der Anstellungsprüfung.[7] Die streitgegenständliche Verneinung der Eignung der Antragstellerin im Zuge der Überprüfung ihrer Angaben im Bewerbungsbogen ist der erste Teil eines zweistufigen Auswahlverfahrens, an dem die Antragstellerin weiterhin teilnehmen möchte und an dessen Ende die begehrte Einstellung in den Vorbereitungsdienst unter Ernennung zur Beamtin auf Widerruf stehen kann. Da die Antragstellerin gemäß § 7 Abs. 1 BGB ihren Wohnsitz in Freiburg hat, wäre für die Klage und damit auch für das vorläufige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO das Verwaltungsgericht Freiburg örtlich zuständig.

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Freiburg folgt aus §§ 45, 123 Abs. 2 VwGO.

10. Form des Antrags

Für die Form des Antrags sind §§ 81, 82 VwGO analog zu beachten.

11. Zwischenergebnis

Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung ist begründet, wenn A einen Anordnungsanspruch (I.) sowie einen Anordnungsgrund (II.) glaubhaft machen kann (§ 123 Abs. 3 VwGO, § 924 Abs. 2, § 294 ZPO) und keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache (III.) droht.

Grundsätzlich sind diese Voraussetzungen im Eilrechtsschutz summarisch auf einer glaubhaft gemachten Tatsachenbasis zu prüfen. Bei der Glaubhaftmachung handelt es sich um eine Beweiserleichterung (§ 123 III VwGO i. V. m. § 920 II ZPO). Da der Sachverhalt keinen Hinweis darauf enthält, dass rechtlich erhebliche Sachverhaltsangaben unklar sind, hat nachfolgend eine vollständige Prüfung der Rechtsfragen zu erfolgen.

1. Anordnungsanspruch

Der Anordnungsanspruch ist identisch mit dem im Hauptsacheverfahren geltend zu machenden materiellen Anspruch. Es sind daher die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu prüfen.[8]

[6] Ausnahme: § 18a Abs. 4 Asylgesetz.
[7] Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage, § 52 RdNr. 16.
[8] Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage, § 123 RdNr. 25.

ISSN: 1865-0015

a) Anspruchsgrundlage

Der Anspruch auf Zulassung zum Einstellungstest könnte sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben. Art. 33 Abs. 2 GG beinhaltet nicht nur eine objektiv-rechtliche Bindung des Dienstherrn, sondern vermittelt in subjektiv-rechtlicher Hinsicht einen Anspruch des Einzelnen darauf, dass personalrechtliche Maßnahmen allein an den Kriterien von Eignung, Befähigung und Leistung ausgerichtet werden.[9]

Nicht entscheidend ist an dieser Stelle, ob Art. 33 Abs. 2 GG oder etwa Art. 12 bzw. Art. 3 Abs. 2 oder Abs. 3 Satz 1 GG (zum Verhältnis dieser Vorschriften zueinander später) als Anspruchsgrundlage(n) herangezogen werden: Wenn sich die geforderte Mindestkörpergröße als rechtswidrig erweisen sollte (auch dazu später), dann würde sich aus den genannten Vorschriften ein Anordnungsanspruch (zumindest auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung ihrer Bewerbung) ergeben.

b) Anspruchsvoraussetzungen

Art. 33 Abs. 2 GG begründet für jeden Bewerber das grundrechtsgleiche Recht[10], bei seiner Bewerbung um ein öffentliches Amt allein nach den in Art. 33 Abs. 2 GG (bzw. § 9 BeamtStG) genannten Voraussetzungen – Eignung, Befähigung und fachliche Leistung – beurteilt zu werden.[11] Art. 33 Abs. 2 GG vermittelt damit ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl; eine Bewerberin um ein öffentliches Amt kann verlangen, dass ihre Bewerbung nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung (sog. Prinzip der Bestenauslese) betreffen.[12]

Auch Einstellungen zu Ausbildungsgängen sind von Art. 33 Abs. 2 GG erfasst, wenn diese – wie hier – allein auf eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst ausgerichtet sind.[13]

Wenn Bearbeiter/innen (zu Unrecht) die von A begehrte Ausbildung nicht unter das öffentliche Amt i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG fassen sollten, so ist von diesen Bearbeiter/innen anstelle von Art. 33 Abs. 2 ein entsprechender Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen.[14]

Hier wurde der A die Zulassung zum Einstellungstest allein deshalb verweigert, weil sie aufgrund ihrer Körperlänge nicht für den Polizeivollzugsdienst geeignet sei. Ein Anspruch auf Zulassung zum Einstellungstest würde jedenfalls dann ausscheiden, wenn die Einstellungsbehörde die A aufgrund ihrer Körpergröße als ungeeignet i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG ansehen durfte, wenn die Ablehnung der Bewerbung aufgrund der Körpergröße also rechtmäßig war. Dazu müsste die Ablehnung der Bewerbung (VA) aufgrund einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage ergangen sein.

Ein anderer Aufbau ist hier und an anderen Stellen selbstverständlich möglich. Entscheidend ist nur die logische Stimmigkeit des gewählten Aufbaus.

aa) Ermächtigungsgrundlage

Gem. § 4 Nr. 2 LVOPol kann nur ins Beamtenverhältnis berufen werden, wer polizeidiensttauglich ist. § 4 Nr. 2 LVOPol müsste formell und materiell verfassungsgemäß sein.

(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 4 Nr. 2 LVOPol ist laut Sachverhalt formell nicht zu beanstanden.

(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

§ 4 Nr. 2 LVOPol müsste auch materiell rechtmäßig sein.

(a) Vereinbarkeit mit Art. 61 Abs. 1 Landesverfassung BW

Dazu müsste sich nach den Vorgaben des Art. 61 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Landesverfassung Baden-Württemberg (Art. 61 Abs. 1 Satz 3 ist eine formelle Vorgabe [Zitiergebot]; die formellen Vorgaben sind laut Bearbeitungshinweis erfüllt) eine Verordnungsermächtigung im LBG finden, die Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmen.

Eine solche Ermächtigung findet sich in § 16 Abs. 2 LBG: Der parlamentarische Landesgesetzgeber ermächtigt darin die Ministerien, die Laufbahnen einzurichten und den Zugang zu den Laufbahnen auszugestalten. Nach § 16 Abs. 2 Satz 2 LBG können u. a. gesundheitliche und körperliche Voraussetzungen vom Verordnungsgeber aufgestellt werden, wenn dies die Besonderheit der Laufbahn und die wahrzunehmende Tätigkeit erfordert. Dadurch zeigt die Verordnungsermächtigung inhaltliche Kriterien und den Zweck sowie das Ausmaß der Ermächtigung hinreichend präzise auf.

(b) Hinreichende Bestimmtheit des § 4 Nr. 2 LVOPol

Da der Begriff der „Polizeidiensttauglichkeit“ hochgradig unbestimmt ist, könnte § 4 Nr. 2 LVOPol gegen den im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankerten Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen. Allerdings wird der Begriff durch die PDV 300 und die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert.

Neben dem Bestimmtheitsgrundsatz kann an dieser Stelle die Wesentlichkeitslehre geprüft werden. Da für die Wesentlichkeitslehre die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit von Belang ist, wird weiter unten im Rahmen der Grundrechtsprüfung darauf eingegangen.

---

9 Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 36 RdNr. 2; Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl. 2001, Art. 33 RdNr. 15; Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 33 RdNr. 14.

10 Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 36 RdNr. 1 lehnt die Bezeichnung der grundrechtsgleichen Rechte ab und spricht stattdessen von „echten Grundrechten“.

11 VG Berlin, Urteil vom 01.06.2017 – 5 K 219/16.

12 OVG NRW, Urteil vom 21.09.2017 – 6 A 916/16.

13 Statt vieler Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 33 RdNr. 40 m. w . N.; Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 33 RdNr. 20.

14 Vgl. Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 33 RdNr. 40.

bb) Korrekte Anwendung der Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob § 4 Nr. 2 LVOPol auch richtig angewendet wurde. Die Einstellungsbehörde hat den unbestimmten Begriff der Polizeidiensttauglichkeit aufgrund von Ziffer 9.1 der Anordnung des Innenministeriums zur Polizeidienstvorschrift 300 so ausgelegt, dass eine Körperlänge von mindestens 1,60 Meter für die Polizeidiensttauglichkeit erforderlich ist. Fraglich ist, ob die auf der Vorgabe in Ziffer 9.1 der Anordnung des Innenministeriums zur Polizeidienstvorschrift 300 fußende Entscheidung der Einstellungsbehörde materiell rechtmäßig ist.

Die formelle Rechtsmäßigkeit des VA ist laut Sachverhalt gegeben.

(1) Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG?

Problematisch ist das Verhältnis zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 12 GG. Die Bandbreite an Meinungen zu diesem Verhältnis deckt fast alle Möglichkeiten ab: Vereinzelt15 wird angenommen, dass Art. 33 Abs. 2 GG parallel zur Berufswahlfreiheit steht; nach der Gegenansicht[16] verdränge der spezielle Art. 33 Abs. 2 GG den Art. 12 Abs. 1 GG; andere[17] verneinen eine Verdrängungswirkung des Art. 33 Abs. 2 GG und halten Art. 12 Abs. 1 nur für durch Art. 33 Abs. 2 GG „überlagert"; schließlich geht das Bundesverfassungsgericht[18] von einem Ergänzungsverhältnis aus. Letzterem folgt der nachstehende Lösungsvorschlag.

Auch das Verhältnis von Art. 33 Abs. 2 GG zu Art. 3 GG ist umstritten: Literaturstimmen[19] halten Art. 3 Abs. 1 GG von Art. 33 Abs. 2 GG für verdrängt, erklären jedoch Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 neben Art. 33 Abs. 2 GG für anwendbar; andere meinen, Art. 33 Abs. 2 GG verdränge in seinem spezifischen Anwendungsbereich Art. 3 GG insgesamt.[20]

Von den Bearbeiter/innen ist jedenfalls eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Grundrechtsverhältnissen nicht zu erwarten.

(a) Schutzbereich / Gewährleistungsbereich der Zugangsgleichheit

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Art. 33 Abs. 2 GG dient damit einerseits dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes.

Andererseits vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG Bewerberinnen und Bewerbern ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Jeder Bewerberin und jeder Bewerber haben einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind. Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet die Freiheit der Berufswahl für den Einzelnen im Bereich der öffentlichen Ämter durch den gleichen Zugang aller zu allen Ämter.[21] Auch Einstellungen zu Ausbildungsgängen sind von Art. 33 Abs. 2 GG erfasst, wenn diese – wie hier – allein auf eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst ausgerichtet sind.[22] Die Ablehnung einer Bewerbung aufgrund der Körpergröße stellt daher eine Einschränkung einer durch Art. 33 Abs. 2 GG geschützten Position dar, die einer subjektiven Berufswahlschranke im Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG entspricht.[23]

Eine an das Alter anknüpfende Voraussetzung zur Berufsausübung im öffentlichen Dienst wird als subjektive Zulassungsvoraussetzung angesehen (vgl. BVerfGE 9, 338, 345). Überträgt man diese Wertung auf die Körpergröße, spricht vieles dafür, die geforderte Mindestkörpergröße als eine subjektive Berufszulassungsvoraussetzung anzusehen.

Vertretbar erscheint es jedoch auch, Kriterien wie das Alter und die Körpergröße nicht als subjektive, in der Person liegende Voraussetzung zu bewerten, sondern diese einer objektiven Berufszulassungsvoraussetzung gleichzustellen, da Alter und Körpergröße im Gegensatz etwa zu Qualifikationen und Fähigkeiten überhaupt nicht subjektiv beeinflussbar sind.

(b) Eingriff / Beeinträchtigung der Zugangsgleichheit

In den Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG würde die auf Ziffer 9.1 der Anordnung des Innenministeriums zur Polizeidienstvorschrift 300 gestützte Behördenentscheidung eingreifen, wenn die genannte Körpergröße kein Eignungskriterium i. S. d. Art. 33 Abs. 2 GG darstellt.

Die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Gesichtspunkte der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung (sog. „Kriterientrias"[24]) sind die allein maßgeblichen Kriterien für die Bewerberauswahl; andere Kriterien sind nicht zulässig.[25] Der Begriff der Eignung umfasst als Oberbegriff die Befähigung und fachliche Leistung.[26] Unter Eignung sind als Persönlichkeitsmerkmale die intellektuelle, körperliche und psychische Eignung zu

15 Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 36 RdNr. 10.
16 BVerwG, Beschluss vom 02.02.1977, Az. II B 22.76.
17 Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 33 RdNr. 23 m.w.N.
18 BVerfGE 96, 152, 163; ebenso offenbar Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 36 RdNr. 10.
19 Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 33 RdNr. 19 m. w. N.
20 Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 3 RdNr. 2; ebenso wohl Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 36 RdNr. 10.
21 BVerfGE 7, 398; 108, 282, 295.
22 Statt vieler Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 33 RdNr. 40 m. w. N.; Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Studienkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 33 RdNr. 20.
23 Vgl. zur insoweit vergleichbaren Entlassung eines aus dem Polizeidienst aufgrund von Altersgrenzen VGH BW, VBlBW 21, 30, 32.
24 Hense, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz-Kommentar, 1. Aufl. 2009, Art. 33 RdNr. 13.
25 BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az. 8 AZR 697/10.
26 Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 44 RdNr. 91 m.w.N.; Schenke, Fälle zum Beamtenrecht, S. 9 (mit Hinweisen auch zur Gegenansicht).

verstehen.[27] Bei der Festlegung von Eignungskriterien für das jeweilige öffentliche Amt steht dem Gesetzgeber bzw. dem Dienstherrn ein weiter Gestaltungsspielraum zu.[28] Mit Blick auf die hohe Unbestimmtheit sowohl des Begriffs der Eignung als auch des Begriffs der Polizeidiensttauglichkeit, ist die gerichtliche Kontrolle beschränkt: Das Gericht darf nur überprüfen, ob der Dienstherr seinen weiten Gestaltungsspielraum überschritten hat.[29] Das wäre der Fall, wenn die Behörde von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Wert- und Beurteilungsmaßstäbe nicht beachtet hat oder von sachwidrige Erwägungen angestellt hat.[30]

Hier könnte Letzteres in Frage kommen. Sachwidrige Erwägungen lägen vor, wenn die Mindestkörpergröße von 1,60 Meter ein (offensichtlich) eignungswidriges Auslesekriterium wäre.

Die Mindestkörpergröße ist ein eignungsimmanentes Auswahlkriterium, wenn mit Unterschreiten einer bestimmten Größe typischerweise den Anforderungen eines bestimmten Amtes nicht mehr genügt wird.[31]

Zu typischen Aufgaben des Polizeivollzugsdienstes gehören Festnahmen sowie die Anwendung unmittelbaren Zwanges. Zur Durchführung derartiger Maßnahmen sind gewisse körperliche Anforderungen an die gewaltanwendende Person unerlässlich. Fraglich ist lediglich, wo die Grenzen der physischen (Mindest-)Anforderungen verlaufen. Diese Grenzziehung vollzieht zunächst der demokratisch legitimierte Gesetzgeber bzw. der Dienstherr. Deren Gestaltungsspielraum bei der Festlegung gewisser Grenzen haben die Gerichte zu berücksichtigen. Nur wenn die festgelegten Grenzen offensichtlich falsch gezogen sind, wenn also die vorgegebene Mindestkörpergröße von den zur Wahrnehmung polizeilicher Vollzugsaufgaben körperlichen Mindestanforderungen offensichtlich abrückt, handelt es sich um ein eignungsfremdes Kriterium.

Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte mit einer Körpergröße von unter 160 cm werden im Regelfall kleiner sein als die Person, die festgenommen wird. Selbstverständlich bedeutet das nicht, dass die Festnahme deshalb im konkreten Fall nicht gelingt. Im Übrigen wird auch eine Polizeibeamtin mit einer Körpergröße von 160 cm im Regelfall kleiner sein als die gewaltbetroffene Person. Schließlich ist auch bei einer Körpergröße von über 160 cm eine entsprechend ausgebildete Polizeivollzugsbeamtin nicht stets in der Lage, die festzunehmende Person körperlich zu fixieren; die physische Überlegenheit des Festzunehmenden kann auch in diesem Fall immens sein. Darauf kommt es aber für die rechtliche Beurteilung der Mindestkörpergröße nicht entscheidend an, da typische Situationen im Polizeivollzugsdienst den Maßstab bilden und gewisse Härte- bzw. Extremfälle allenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind (dazu später). Die Anwendung von Festnahme- und Schutztechniken wird bei einem zunehmenden Größenunterschied zum Gegenüber regelmäßig schwieriger. Durch polizeiliches Training und eine gute Fitness des Festnehmenden mögen Größenunterschiede in gewissen Grenzen kompensiert werden können. Das ändert indessen nichts daran, dass typischerweise die Wahrnehmung von Polizeivollzugsaufgaben bei einer Körpergröße von unter 160 cm erheblich gefährdet sein können. Die Mindestkörpergrößenvorgabe hätte freilich auch anders gezogen werden können;[32] willkürlich oder offensichtlich eignungswidrig erscheint die Mindestkörpergrößenvorgabe von 160 cm allerdings nicht. Sie liegt innerhalb des Beurteilungsspielraums, der dem Dienstherrn zukommt, und dient damit keinen eignungsfremden Zwecken.[33]

Noch vertretbar ist es, die Mindestkörpergrößenregelung nicht als Eignungskriterium anzusehen[34] und demnach einen Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG anzunehmen. In diesem Fall müsste anschließend die sachliche Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 33 Abs. 2 GG geprüft werden: Art. 33 Abs. 2 GG sieht im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt vor; der Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG könnte nur durch kollidierendes Verfassungsrecht, also durch Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang, gerechtfertigt werden.[35] Diese Rechtfertigung durch verfassungsimmanente Schranken setzt (ebenso wie der Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) eine gesetzliche Grundlage voraus.[36]

Hieran fehlt es vorliegend. Die Vorgabe der Mindestkörpergröße von 160 cm findet sich in Baden-Württemberg (im Gegensatz zu einigen anderen Bundesländern[37]) nicht in einem Gesetz, sondern mit Ziffer 9.1 der Anordnung des Innenministeriums zur Polizeidienstvorschrift 300 in einer bloßen Verwaltungsvorschrift.

Die auf Ziffer 9.1 der Anordnung des Innenministeriums zur Polizeidienstvorschrift 300 beruhende Entscheidung der Einstellungsbehörde greift daher nicht in Art. 33 Abs. 2 GG ein.[38] Ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG liegt nicht vor (a. A. vertretbar).

---

27 Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl. 2001, Art. 33 RdNr. 26; Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 44 RdNr. 122 m.w.N.

28 Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 44 RdNr. 94 m.w.N.; Hense, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz-Kommentar, 1. Aufl. 2009, Art. 33 RdNr. 13.

29 VGH Hessen, ESVGH 67, 40, 43; VGH BW, NVwZ-RR 2016, 236.

30 Vgl. dazu in Anlehnung an § 4 a Abs. 2 UmwRG: Kment/Vorwalter, JuS 2015, 193, 197; Wienhues, NordÖR 2013, 185, 188.

31 Vgl. BVerfGE 139, 19, 56.

32 Von den Bundesländern ohne Körpergrößenvorgabe abgesehen, gehört die baden-württembergische Mindestkörpergrößenvorgabe im Ländervergleich zu den großzügigsten.

33 So im Ergebnis auch OVG NRW, Beschl. v. 21.09.2017, Az. 6 A 919/16; OVG LSA, Beschl. v. 29.09.2017, Az. 1 M 92/17.

34 Vgl. VG Schleswig, Urt. v. 16.3.2016, Az. 11 A 308/15; ablehnend zu diesem Urteil Masuch, ZBR 2017, 81, 85.

35 VG Düsseldorf, NVwZ 2017, 1396, 1397 m. Anm. Kaiser = JA 2018, 76, 78 m. Anm. Muckel; VG Schleswig, Urt. v. 16.3.2016, Az. 11 A 308/15, RdNr. 38 m.w.N.

36 Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 44 RdNr. 122 m.w.N.

37 Übersichtlich dargestellt von Masuch, ZBR 2017, 81, 82.

38 Auf dieser Linie OVG NRW, Urt. v. 21.9.2017, Az. 6 A 916/16; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 29.9.2017, Az. 1 M 92/17; Masuch, ZBR 2017, 81, 85; a. A. VG Schleswig, Urt. v. 16.3.2016, Az. 11 A 308/15 (nimmt Eingriff an, der durch Erlass nicht gerechtfertigt werden kann).

(1) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bzw. § 1 AGG?

Die geforderte Mindestgröße könnte jedoch Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sowie einfachgesetzlich § 1 AGG (i. V. m. § 24 Nr. 1 AGG) verletzen, wenn sie Frauen ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt.

Dieser Aspekt kann auch bereits oben im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG geprüft werden, da eine Eignung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG als diskriminierungsfreie Eignung zu verstehen ist.[39] Die separate Prüfung des Diskriminierungsverbotes dient der besseren Übersichtlichkeit.

(a) Ungleichbehandlung von Männern und Frauen

Die Mindestkörpergrößenvorgabe von 160 cm differenziert nicht nach dem Geschlecht. Eine unmittelbare Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen liegt also nicht vor. Eine Ungleichbehandlung liegt jedoch auch dann vor, wenn eine Vorgabe zwar geschlechtsneutral ist, im Ergebnis aber überwiegend entweder Männer oder Frauen betrifft (indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung).[40] Jedenfalls Art. 3 Abs. 2 GG begründet auch einen Schutz gegen mittelbare Diskriminierungen;[41] Gleiches gilt einfachgesetzlich nach § 3 Abs. 2 AGG. Die unterschiedslose Mindestkörpergrößenvorgabe von 160 cm trifft prozentual gesehen deutlich mehr Frauen als Männer. Daher liegt eine faktische Benachteiligung von Frauen nach Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GG, § 3 Abs. 2 AGG vor.[42]

Das Verbot einer Ungleichbehandlung wegen des Merkmals „Geschlecht“ ergibt sich nicht allein aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, sondern auch aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG weist gegenüber Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG keinen eigenständigen Regelungsgehalt auf, erfasst aber jedenfalls auch faktische Benachteiligungen. Ob die Bearbeiter/innen eine an das Geschlecht anknüpfende Differenzierung als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und/oder Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG prüfen, ist nicht entscheidend.

(b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Fraglich ist, ob diese mittelbare Diskriminierung sachlich gerechtfertigt ist.

Die Rechtfertigung einer indirekten Ungleichbehandlung setzt jedenfalls voraus, dass es für die Ungleichbehandlung gewichtige objektive Gründe gibt, die nichts mit der geschlechtsbezogenen Benachteiligung zu tun haben[43] (a), und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist (b).[44] Schließlich könnte darüber hinaus für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund der sog. Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Grundlage zu fordern sein (c).

Diese der Subsumtion vorausgehende Maßstabsbildung für die Rechtfertigung der indirekten Ungleichbehandlung von unterschiedslosen Mindestgrößenvorgaben wird in der aktuellen Rechtsprechung vernachlässigt. Bei der Korrektur sollten insoweit keine strengen Anforderungen an die Herausbildung des Rechtfertigungsmaßstabs gestellt werden, zumal mit Blick auf die fehlende Aussagekraft des Wortlauts von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG auch andere Rechtfertigungsmaßstäbe denkbar sind, vgl. Welti JA 2004, 310, 312. Als Maßstab kann auch auf § 8 AGG Bezug genommen werden.

(aa) Objektiv gewichtiger Grund ohne Geschlechtsbezug

Die Ungleichbehandlung durch die unterschiedslose Mindestgrößenvorgabe richtet sich nicht gezielt gegen Frauen. Sie dient vielmehr vor allem dem objektiv gewichtigen Grund, die Durchsetzungsfähigkeit der Polizei zu sichern.

Es ist nicht zu beanstanden, wenn dieser Punkt nicht separat geprüft wird.

(bb) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Fraglich ist, ob die Mindestgrößenvorgabe auch verhältnismäßig ist.

α) Legitimer Zweck des Mindestgrößenerfordernisses ist einerseits die störungsfreie Wahrnehmung von Vollzugsaufgaben und damit eine effektive Abwehr von Gefahren für von der Verfassung geschützte Rechtsgüter, wie Leib, Leben und Eigentum. Andererseits liegt in der Mindestkörperlängenanforderung auch eine Ausprägung der Schutzpflicht, die der Staat gegenüber seinen Beamtinnen und Beamten hat (sog. Fürsorgepflicht, die von Art. 33 Abs. 5 GG, § 45 BeamtStG garantiert wird).[45]

β) Unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums des Dienstherrn erweist sich die Mindestgrößenvorgabe auch als geeignet zur Verfolgung der genannten Zwecke.

γ) Die Mindestkörpergrößenvorgabe müsste auch erforderlich sein. Als milderes, gleich geeignetes Mittel könnte anstelle einer starren Mindestgrößenvorgabe eine individuelle Prüfung der körperlichen Fitness und Abwehrfähigkeit der Bewerberinnen und Bewerber in Frage kommen.[46] Indessen lassen sich durch eine besondere körperliche Fitness sowie besondere Verteidigungs- und Festnahmetechniken die größenbedingten

[39] Vgl. Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 36 RdNr. 2.
[40] Gentsch ZJS 2010, 596, 600 m.w.N.
[41] Osterloh, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 RdNr. 260 m.w.N.; VGH Hessen, ESVGH 67, 40, 44 m.w.N.; differenzierend Heun, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2015, Art. 3 RdNr. 103.
[42] VGH Hessen, ESVGH 67, 40, 44.
[43] Vgl. BVerfGE 113, 1, 20; 126, 29, 54.
[44] Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 RdNr. 96 m.w.N.; anders Welti, JA 2004, 310, 312: „An die Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung werden dieselben Anforderungen gestellt wie bei mittelbarer Benachteiligung.“
[45] Masuch, ZBR 2017, 81, 87.
[46] Vgl. hierzu ausführlich VG Schleswig, Urt. v. 16.3.2016, Az. 11 A 308/15.

Nachteile nur teilweise kompensieren.[47] Das Mindestgrößenerfordernis ist damit erforderlich (a. A. vertretbar[48]).

δ) Schließlich ist fraglich, ob die Mindestgrößenvorgabe angemessen ist. Im Rahmen der widerstreitenden Interessen sind die Interessen der Bewerberin am Zugang zum Vorbereitungsdienst mit dem durch die Mindestgrößenvorgabe verfolgten Interesse des Dienstherrn an einer störungsfreien Gefahrenabwehr abzuwägen. Letzteres Interesse hat eine hohe Bedeutung zum Schutz von Leib und Leben; es bleibt jedenfalls nicht per se hinter dem individuellen Interesse der Bewerberin am Zugang zum Polizeivollzugsdienst zurück. Der Dienstherr könnte jedoch zur Vermeidung von besonderen Härten verpflichtet sein, Ausnahmeregelungen vorzusehen, etwa für Bewerberinnen und Bewerber mit herausragender körperlicher Gesamtkonstitution, deren Körperlänge zwischen 157 cm und 159 cm liegt.

Einer solchen Verpflichtung zur Schaffung von Härteregelungen könnte entgegenstehen, dass grundsätzlich der Dienstherr entscheiden kann, in welchem Maß er Einschränkungen der sachgerechten Aufgabenerfüllung hinnimmt; er darf hierbei eine generalisierende Betrachtung vornehmen, die es vermeidet, stets alle Einzelumstände des jeweiligen Falls überprüfen und bewerten zu müssen.[49] Auch unter Berücksichtigung dieser zulässigen generalisierenden Betrachtung sind jedoch besondere Fälle denkbar, in denen die Wahrnehmung der polizeilichen Vollzugsaufgaben durch die Körpergröße nicht beeinträchtigt wird, etwa bei Bewerberinnen und Bewerbern mit herausragender körperlicher Konstitution und einer Körpergröße von 159,9 cm. Die Verwaltungsvorschrift lässt für derartige Sonderfälle keinerlei Spielraum, der es ermöglichen würde, den Einzelfall zu prüfen und die Interessen in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Das kann zu unbilligen Härten führen und lässt die ausnahmslose Mindestgrößenvorgabe unangemessen erscheinen.[50] Die ausnahmslose Mindestgrößenvorgabe verstößt daher gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (a. A. vertretbar).

(cc) Wesentlichkeitslehre / Erfordernis einer (parlaments-)gesetzlichen Grundlage

Zudem könnte die in einer Verwaltungsvorschrift geregelte Mindestgröße gegen die im Rechtsstaats- und im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankerten Wesentlichkeitslehre verstoßen.

Nach der Wesentlichkeitslehre darf der Gesetzgeber alle wesentlichen Regelungen nicht der Verwaltung überlassen, sondern muss diese selbst durch formelles Gesetz treffen.[51] Der unscharfe Begriff der Wesentlichkeit einer Regelung bemisst sich vor allem nach der Grundrechtsrelevanz und der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit.[52]

Vorliegend wurde die unterschiedslose Mindestkörpergrößenvorgabe, die Frauen mittelbar benachteiligt, in einem Erlass getroffen. Im Bereich der speziellen Gleichheitsgrundrechte muss jedoch das Differenzierungskriterium regelmäßig vom Gesetzgeber selbst aufgestellt werden.[53] Jede geforderte Mindestkörpergröße als Zugangskriterium für Stellen im öffentlichen Dienst steht in einem Spannungsfeld zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG: Geschlechterdifferenzierende Regelungen zur Vermeidung mittelbarer Diskriminierungen (z. B. Mindestgröße für Männer 165 cm und für Frauen 160 cm) geraten in Konflikt mit Art. 33 Abs. 2 GG, unterschiedslose Mindestgrößenvorgaben beschränken demgegenüber Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Das Austarieren der widerstreitenden, grundrechtlich geschützten Interessen erscheint angesichts der erheblichen Grundrechtsbetroffenheit als eine Sache des parlamentarischen Gesetzgebers.[54] Die in Erlassform festgesetzte und gegenüber A im Verwaltungsakt wiedergegebene Mindestkörpergrößenregelung erweist sich auch deshalb als rechtswidrig (a. A. vertretbar).

3. Folgen der Rechtswidrigkeit / Anspruchsinhalt

An Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG auszurichtende Auswahlentscheidungen im öffentlichen Dienst liegen im Ermessen der zuständigen Stelle. Das Ermessen hat sich an den Grundsätzen des § 40 VwVfG auszurichten.[55] Da die Mindestkörpergröße von 1,60 Meter nach dem eben festgestellten Ergebnis verfassungswidrig ist, war der allein auf diesen Umstand gestützte Ausschluss der A ermessensfehlerhaft.

Fraglich ist, ob daraus nur ein Anspruch der Antragstellerin auf erneute, ermessensfehlerfreie Entscheidung folgt („Anspruch auf Neubescheidung“, vgl. § 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO) oder ob darüber hinaus ausnahmsweise ein Anspruch auf Zulassung zum Einstellungstest (vgl. § 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO) anzunehmen ist.

Nur unter besonderen Umständen kann sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ein Zulassungsanspruch des Bewerbers ergeben, nämlich dann, wenn sich nach den Verhältnissen des Einzelfalls jede andere Entscheidung als die Zulassung der Bewerberin als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft und mithin die Zulassung als

[47] Siehe auch zu weiteren Aspekten OVG NRW, Urteil vom 21.09.2017 – 6 A 916/16: „Sie [die Größennachteile] lassen sich überdies durch eine besonders kräftige körperliche Konstitution und einen besonders guten Fitnesszustand des einzelnen Bewerbers allenfalls teilweise ausgleichen; nicht kompensierbar sind etwa die Einschränkungen in den Wahrnehmungsmöglichkeiten („Übersicht") und dem Wahrgenommenwerden sowie ein Teil der durch Größenunterschiede zu anderen Beamten hervorgerufenen Schwierigkeiten, etwa beim Tragen von Personen oder Gegenständen im Zweierteam, beim Bewegen im Verband oder der gegenseitigen Deckung unter Einsatz von Schutzschilden. Schließlich ist bei dem regelmäßig für die Begründung einer Ausnahme vorgetragenen Umstand eines besonders guten Fitnesszustands des einzelnen Bewerbers nicht gewährleistet, dass dieser Zustand - was zum Ausgleich des Größennachteils aber erforderlich wäre - auch zukünftig bestehen bleiben wird.“

[48] Vgl. VG Schleswig, Urt. v. 16.3.2016, Az. 11 A 308/15.

[49] So OVG NRW, Urteil vom 21.09.2017 – 6 A 916/16.

[50] Vgl. näher Spitzelei, NVwZ 2018, 614, 619; Masuch, ZBR 2017, 81,87 m.w.N.

[51] Hufen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2014, § 9 RdNr. 4.

[52] Sachs, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20 RdNr. 118 m.w.N.; Kaiser, NVwZ 2017, 1399, 1400.

[53] Vgl. BVerwG, NJW 2018, 1185, 1188; Jarass, AöR 120 (1995), 345, 378.

[54] BVerwG, NJW 2018, 1185, 1188; Spitzelei, NVwZ 2018, 614, 619; Kaiser, NVwZ 2017, 1399, 1400.

[55] Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl. 2001, Art. 33 RdNr. 32.

die einzige rechtmäßige Entscheidung der Behörde über die Bewerbung erweist.[56]

Vorliegend hat A ausweislich der Begründung der Einstellungsbehörde alle Voraussetzungen für eine Zulassung zum Einstellungstest erfüllt mit Ausnahme der Körpergrößenvorgabe. Das Ermessen der Einstellungsbehörde wird vor diesem Hintergrund als auf Null reduziert angesehen werden (a. A. vertretbar).

2. Anordnungsgrund

Bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens können – auch im Hinblick auf etwaige Rechtsmittelverfahren – mehrere Jahre vergehen. Zwar könnte sich die Antragstellerin ggf. nach Abschluss der Hauptsacheentscheidung neu bewerben. Die Verweisung auf diesen Weg erscheint jedoch angesichts dessen, dass die Antragstellerin bereits erheblichen Aufwand in die Vorbereitung des Einstellungstest gesteckt hat und nachvollziehbarer Weise zeitnah die Weichen für ihre berufliche Zukunft stellen möchte, unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Rechtsschutzes nicht zumutbar.[57]

Da der Einstellungstest bereits am 05.03.2018 stattfindet und bis dahin nicht mit einer für die Antragstellerin positiven Entscheidung über den Widerspruch zu rechnen ist, besteht eine besondere Dringlichkeit und damit ein Anordnungsgrund.

3. Vorwegnahme der Hauptsache

Selbstverständlich kann dieser Prüfungspunkt auch bereits in der Zulässigkeit abgehandelt werden.

Sind Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, steht es grundsätzlich im Ermessen des Gerichts, welche Anordnungen es konkret treffen will. Dies ergibt sich aus § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 ZPO. Hinsichtlich des dem Gericht in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung eingeräumten Ermessens gelten jedoch zwei wesentliche Einschränkungen:

1. Grundsätzlich darf durch die einstweilige Anordnung nicht mehr gewährt werden als durch die Klage im Hauptsacheverfahren erreicht werden könnte. Dies ist vorliegend insoweit unproblematisch, als aufgrund der Ermessensreduzierung auf Null (siehe oben) in der Hauptsache ein Verpflichtungsurteil nach § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO und nicht lediglich ein Bescheidungsurteil nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO in Betracht kommt.

2. Grundsätzlich darf die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO das Hauptsacheverfahren auch nicht entbehrlich machen (sog. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache). Dies schließt regelmäßig solche Anordnungen aus, deren Wirkungen sich auch bei einem späteren Verlust in der Hauptsache nicht mehr beseitigen lassen. Allerdings würde eine ausnahmslose Anwendung des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache in vielen Fällen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes zuwiderlaufen. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes kann es erfordern, die Hauptsache in Teilen vorwegzunehmen. Dies ist insbesondere dann geboten, wenn sich die Hauptsacheentscheidung wegen des irreparablen Nachteils erledigen würde. Daher kann eine (teilweise) Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise zulässig sein.

Vorliegend ergäben sich keine irreversiblen Folgen für den Fall, dass die Antragstellerin vorläufig an dem Einstellungstest teilnimmt und sich hinterher die Ablehnung der Bewerbung aufgrund der unzureichenden Körpergröße als rechtmäßig herausstellt.[58] Die Bewerbung könnte dann auch nach Durchführung des Einstellungstest abgelehnt bzw. die bereits eingestellte Beamtin auf Widerruf aus dem Polizeivollzugsdienst wieder entlassen werden.[59] Eine teilweise Vorwegnahme der Hauptsache ist hier daher im Interesse effektiven Rechtsschutzes ausnahmsweise zulässig.

4. Ergebnis

B kann für seine Mandantin die Zulassung zum Einstellungstest mit einem Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO (vorläufig) erwirken, da ein solcher Antrag zulässig und begründet ist (a. A. vertretbar).

**Der Autor hat Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg studiert und wurde dort mit einer kommunalrechtlichen Arbeit promoviert. Seit April 2018 ist er Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule für Polizei Baden-Württemberg.*

[56] Vgl. VG Berlin, Urteil vom 01.06.2017 – 5 K 219/16.

[57] Vgl. OVG Saarland, Beschl. v. 08.12.2016, Az. 1 B 385/16, RdNr. 3 und 6; VG Köln, Beschl. v. 18.01.2017, Az. 19 L 2690/16, RdNr. 16.

[58] Vgl. OVG Saarland, Beschl. v. 08.12.2016, Az. 1 B 385/16, RdNr. 6; VG Sigmaringen, Beschl. v. 26.08.2015, Az. 5 K 2479/15, RdNr, 18.

[59] Vgl. VGH BW, Beschl. v. 12.07.2018, Az. 4 S 1439/18, RdNr. 10; Beamtinnen und Beamte auf Widerruf können gem. § 23 Abs. 4 Satz 1 BeamtStG jederzeit entlassen werden.