

Az.: 2 B 340/15  
11 L 885/15

beglaubigte  
Abschrift



# **SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT**

## **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -  
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:  
Anwaltskanzlei

gegen

die Bundesrepublik Deutschland  
vertreten durch die Bundespolizeidirektion Pirna  
Rottwerndorfer Straße 22, 01796 Pirna

- Antragsgegnerin -  
- Beschwerdegegnerin -

wegen

Beförderung; Antrag nach § 123 VwGO  
hier: Beschwerde

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Henke

am 1. Juni 2016

### **beschlossen:**

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 28. September 2015 - 11 L 885/15 - mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 10 im Polizeivollzugsdienst der Bundespolizeidirektion Pirna nicht zu besetzen, bis über die Beförderung des Antragstellers in das Amt eines Polizeioberkommissars erneut entschieden worden ist.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Der Streitwert wird auf 5.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat seinen Antrag, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 10 im Polizeivollzugsdienst der Bundespolizeidirektion Pirna nicht zu besetzen, bis über die Beförderung des Antragstellers in das Amt eines Polizeioberkommissars erneut entschieden worden ist, zu Unrecht abgelehnt.
- 2 1. Der Antragsteller steht als Polizeikommissar (A 9) im Dienste der Antragsgegnerin. In der sogenannten zweiten Beförderungsrunde des Jahres 2015, die im Herbst stattfand, standen insgesamt elf Planstellen zur Beförderung zur Polizeioberkommissarin/zum Polizeioberkommissar zur Verfügung. In der zum 1. Juli 2015 erstellten Rangfolgeliste befand sich der Antragsteller nach Leistungsgesichtspunkten auf dem achten Rangfolgeplatz; dies hat die Antragsgegnerin ausdrücklich (AS 27) unstreitig gestellt. Im Juli 2015 erlitt der Antragsteller einen schweren Motorradunfall mit erheblichen Verletzungen. In der

Folge musste der linke Fuß bis zur Fußmitte amputiert werden. Seither ist der Antragsteller krank geschrieben. Die Antragsgegnerin sah von einer Beförderung ab, weil Zweifel an der Polizeidienstfähigkeit bestünden. Die disziplinarrechtliche Bewertung des Verkehrsunfalls ist offen.

- 3 Das Verwaltungsgericht wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 28. September 2015 - 11 L 885/15 - ab, weil ein Beamter grundsätzlich keinen Anspruch auf Beförderung habe. Die Entscheidung der Antragsgegnerin über die Zurückstellung der Beförderung sei nur eingeschränkt daraufhin nachprüfbar, ob diese grundlos oder aufgrund sachwidriger Erwägungen zum Nachteil des Antragstellers gegen den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen habe oder von praktizierten ermessensbindenden Richtlinien abgewichen sei. Eine mangelnde gesundheitliche Eignung rechtfertige indes die Zurückstellung einer Beförderung; dabei würden berechnigte nachvollziehbare Zweifel ausreichen.
- 4 Mit seiner Beschwerde trägt der Antragsteller vor, dass er nicht für polizeidienstunfähig erklärt worden sei. Es sei ihm nicht unmöglich, Leistungen zu erbringen. Der Aufgabenbereich eines Beamten könne durch den Dienstherrn nach seinen jeweiligen organisatorischen Vorstellungen und Bedürfnissen geändert werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 10. Dezember 2008 - 2 BvR 2571/07 -) dürften Bewerber nur dann vom Beförderungsgeschehen ausgeschlossen werden, wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung im angestrebten Amt zwingend ausschließen würden. Diese Rechtsprechung habe das Verwaltungsgericht nicht beachtet.
- 5 Die Antragsgegnerin verteidigt die verwaltungsgerichtliche Entscheidung.
- 6 2. Grundlage der Entscheidung des Senats ist der Wortlaut des vom Antragsteller im Beschwerdeverfahren gestellten Antrags, die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Dresden vom 28. September 2015 - 11 L 885/15 - aufzuheben und die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, eine der Beförderungsplanstellen der Besoldungsgruppe A 10 in Bezug auf die für den Monat September 2015 vorgesehenen Beförderungen im gehobenen und mittleren Polizeivollzugsdienst der Bundespolizeidirektion Pirna nicht zu besetzen, sondern

diese Stelle für den Antragsteller freizuhalten, bis über die Beförderung des Antragstellers in das Amt eines Polizeioberkommissars (Besoldungsgruppe A 10) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. Im Unterschied dazu hat das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung den Antrag zugrunde gelegt (BA S. 4), die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, über die Beförderung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts vorläufig erneut zu entscheiden und bis dahin eine der Beförderungsplanstellen freizuhalten. Dieser Antrag entspricht zwar dem, was der Antragsteller mit seinem beim Verwaltungsgericht eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 17. September 2015 zunächst eingefordert hat. Mit Telefax vom 24. September 2015 (S. 3) wurde aber klar gestellt, dass die Freihaltung einer der Planstellen begehrt und beantragt wird. Dieser Antrag ist auch sachgerecht, weil auch einer vorläufigen Entscheidung über die Beförderung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegensteht.

- 7 3. Die im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen zu einer Änderung des angegriffenen Beschlusses.
- 8 Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).
- 9 a. Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Dieser ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG.
- 10 In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 10. Dezember 2008 - 2 BvR 2571/07 -, juris Rn. 10 f.) wird hierzu ausgeführt:

„Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher

Leistung. Daraus folgt ein Anspruch des Einzelnen auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung um ein öffentliches Amt (vgl. BVerfGE 1, 167 <184>; 39, 334 <354>; BVerfGK 1, 292 <295 f.>). Dieser so genannte "Bewerberverfahrensanspruch" besteht nach ständiger und verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht nur bei der Besetzung von Eingangsstellen, sondern auch im Rahmen von Beförderungs- und Laufbahnaufstiegsverfahren (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 20. März 2007 - 2 BvR 2470/06 -, juris; BVerwGE 101, 112 <114 f.>; 114, 149 <152, 155>; BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 1987 - 2 B 143/86 -, juris).

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. Denn geeignet im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG ist nur, wer dem angestrebten Amt auch in körperlicher und psychischer Hinsicht gewachsen ist (vgl. BVerfGE 92, 140 <151>). Im Rahmen dieser gesundheitlichen Eignungsbeurteilung hat der Dienstherr auch dem Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG Rechnung zu tragen. Ein Bewerber darf daher wegen seiner Behinderung nur dann von dem Beförderungsgeschehen ausgeschlossen werden, wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung in dem angestrebten Amt zwingend ausschließen (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2007 - 2 A 6/06 -, juris, Rn. 28).

Diese aus Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG folgenden Vorgaben haben die Polizeidirektion und die Gerichte nicht zutreffend erkannt. Sie sind davon ausgegangen, dass eine Beförderung im Polizeivollzugsdienst stets und zwingend die uneingeschränkte Polizeidienstfähigkeit des Bewerbers - also dessen gesundheitliche Eignung für alle laufbahntypischen Aufgaben des allgemeinen Polizeivollzugsdienstes - voraussetze. Eine Beförderung der Beschwerdeführerin in ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 g.D. BBesG und ein hiermit verbundener Laufbahnaufstieg seien daher von vornherein ausgeschlossen.

Diese Erwägungen lassen eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung der Rechte aus Art. 33 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG erkennen und stehen darüber hinaus im Widerspruch zu den in § 150 Abs. 1 Satz 1 letzter Teilsatz SächsBG zum Ausdruck gelangten gesetzgeberischen Wertungen. Der Gesetzgeber selbst geht in § 150 Abs. 1 Satz 1 letzter Teilsatz SächsBG davon aus, dass eine nur eingeschränkte Polizeidienstfähigkeit einer Verwendung im Polizeivollzugsdienst nicht zwingend entgegensteht. Vielmehr hat er eine weitere Verwendung nur eingeschränkt polizeidienstfähiger Lebenszeitbeamter für den Fall zugelassen, dass die auszuübende Funktion die besonderen gesundheitlichen Anforderungen des Polizeivollzugsdienstes auf Dauer nicht mehr uneingeschränkt erfordert.

Unabhängig davon, ob man den Begriff der Polizeidienstfähigkeit durch die Ausnahmegesetzgebung des § 150 Abs. 1 Satz 1 letzter Teilsatz SächsBG als modifiziert ansieht oder nicht (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. März 2005 - 2 C 4/04 -, juris; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Mai 2002 - 2 A 11657/01 -, juris), kann die hiermit bewirkte Öffnung des Polizeivollzugsdienstes für nicht vollumfänglich polizeidienstfähige Beamte nicht ohne Rückwirkung auf die Auslegung des

Eignungsbegriffs im Sinne des Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bleiben. Vielmehr müssen für das nach Art. 33 Abs. 2 GG zu treffende gesundheitliche Eignungsurteil des Dienstherrn ähnliche Maßstäbe gelten wie für Weiterverwendungsentscheidungen gemäß § 150 Abs. 1 Satz 1 letzter Teilsatz SächsBG. Einem nach § 150 Abs. 1 Satz 1 letzter Teilsatz SächsBG weiter verwendeten Bewerber darf die gesundheitliche Eignung für ein Beförderungsamts daher nicht allein deshalb abgesprochen werden, weil er den Anforderungen des Polizeivollzugsdienstes nicht vollumfänglich entspricht (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Mai 2002 - 2 A 11657/01 -, juris; auch Schütz/Maiwald, Beamtenrecht, Kommentar, Stand: 285. Ergänzungslieferung, Bd. 3, § 194 LBG NRW, Rn. 31). Hinzukommen muss vielmehr, dass aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen eine ordnungsgemäße und dauerhafte Wahrnehmung der mit dem angestrebten Amt verbundenen Aufgaben nicht gewährleistet ist. Der Dienstherr hat also bei der Entscheidung über ein Beförderungsgesuch - ähnlich wie im Rahmen der ursprünglichen Weiterverwendungsentscheidung - zu prognostizieren, ob der nur eingeschränkt polizeidienstfähige Beamte in dem angestrebten Amt auf Dauer verwendet werden kann. In diese Prognoseentscheidung darf der Dienstherr auch organisatorische und personalpolitische Erwägungen einstellen (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. März 2005 - 2 C 4/04 -, juris, Rn. 13; OVG NW, Beschluss vom 13. November 2006 - 6 B 2086/06 -, juris).

Demgegenüber ist die von der Behörde und den Gerichten im vorliegenden Fall vertretene Auffassung, wonach die volle Polizeidienstfähigkeit unabdingbare Voraussetzung für eine Beförderung im Polizeivollzugsdienst sein soll, mit Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unvereinbar. Sie führt dazu, dass Beamte, die aufgrund von § 150 Abs. 1 Satz 1 letzter Teilsatz SächsBG oder vergleichbaren Vorschriften anderer Länder im Polizeivollzugsdienst weiterverwendet werden, dauerhaft von jeglicher Beförderungsmöglichkeit ausgeschlossen werden könnten.

2. Die Gerichte werden in dem somit erneut durchzuführenden fachgerichtlichen Verfahren insbesondere darüber zu befinden haben, ob die bereits in der Ausgangsentscheidung enthaltene Behauptung des Dienstherrn, es stehe im gehobenen Polizeivollzugsdienst kein Dienstposten zur Verfügung, auf dem die Beschwerdeführerin mit ihren gesundheitlichen Einschränkungen auf Dauer verwendet werden könne, die Ablehnung des Beförderungsgesuchs der Beschwerdeführerin trägt (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2007 - 2 A 6/06 -, juris, Rn. 28 f.).“

- 11 Der Senat folgt dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit der ein Beschluss des Senats (v. 2. November 2007 - 2 B 403/06 -) und ein Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden (v. 9. Mai 2006 - 11 K 972/05 -) aufgehoben wurden. Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts ist auch auf den Bereich der Bundespolizei übertragbar, weil mit § 4 Abs. 1 BPolG eine mit dem Wortlaut des vom Bundesverfassungsgericht in Bezug genommenen § 150 Abs. 1 Sächsisches Beamtengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Mai 2009 (SächsGVBl.

S. 194), der dem aktuellen § 138 Abs. 1 SächsBG entspricht, übereinstimmende Regelung besteht. Diese Entscheidung ist auch auf die Entscheidung über die Beförderung des Antragstellers übertragbar. Dieser ist nach den vorliegenden Erkenntnissen (noch) nicht als Schwerbehinderter anerkannt. Eine solche Anerkennung ist indes naheliegend; letztlich kommt es darauf nicht entscheidend an, weil durch die gesetzgeberische Wertung des § 4 Abs. 1 BPolG ausgeschlossen ist, dass eine Beförderung, die nach Maßgaben der Eignung, Leistung und Befähigung (Art. 33 Abs. 2 GG) vorzunehmen wäre, allein mit dem Hinweis auf eine offene Beurteilung der gesundheitlichen Eignung abgelehnt wird.

- 12 b. Ein Anordnungsgrund ist gegeben, weil ohne die begehrte einstweilige Anordnung dem Antragsteller bei einer ihm günstigen erneuten Entscheidung über seine Beförderung nicht mit Sicherheit eine freie Planstelle übertragen werden könnte. Die Antragsgegnerin hat auf ausdrückliche Nachfrage des Berichterstatters, ob für die Dauer des Hauptsacheverfahrens eine freie Planstelle der Besoldungsgruppe A 10 zugesichert werden kann, eine solche Erklärung ausschließlich für das laufende Eilverfahren abgegeben.
- 13 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 14 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Da sich das wirtschaftliche Interesse des Antragstellers betragsmäßig nicht beziffern lässt, geht der Senat vom Auffangwert aus (vgl. Beschl. v. 6. Oktober 2009 - 2 B 414/09 -, juris). Eine Halbierung des Wertes ist nicht angezeigt, da im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hinsichtlich der Freihaltung der Planstelle mit Wirkung einer Vorwegnahme der Hauptsache entschieden wird.
- 15 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
Grünberg

Hahn

Henke

*Die Übereinstimmung der Abschrift  
mit der Urschrift wird beglaubigt.*

*Bautzen, den 08.06.2016*

*Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*

*Gürtler*

*Justizbeschäftigte*