

Az.: 2 B 234/20  
3 L 204/20



## SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -  
- Beschwerdegegnerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen  
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium des Innern  
dieses vertreten durch Präsidium der Bereitschaftspolizei Sachsen  
Dübener Landstraße 4, 04129 Leipzig

- Antragsgegner -  
- Beschwerdeführer -

wegen

Einstellung in die Laufbahnausbildung; 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 19. August 2020

### **beschlossen:**

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 26. Mai 2020 - 3 L 204/20 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 8.260,62 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners hat keinen Erfolg. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht ihn im Wege der einstweiligen Anordnung zu Recht verpflichtet, über die Bewerbung der Antragstellerin für die Einstellung in die Laufbahnausbildung der Laufbahngruppe 2, 1. Einstiegsebene der Fachrichtung Polizei unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.
  
- 2 1. Die Antragstellerin bewarb sich im Jahr 2019 bei dem Präsidium der Bereitschaftspolizei des Antragsgegners um die Einstellung in den Vorbereitungsdienst der Laufbahngruppe 2.1. Sie bestand das im Juli 2019 durchgeführte Auswahlverfahren; im Oktober 2019 wurde sie nach polizeiärztlicher Untersuchung für polizeidiensttauglich befunden; zugleich wurde attestiert, dass sie mit 1,58 m die Mindestgröße nicht erreiche. Der Antragsgegner lehnte die Einstellung am 15. Oktober 2019 wegen Unterschreitens der festgelegten Mindestkörpergröße von 1,60 m ab. Nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens erhob die Antragstellerin am 2. März 2020 Klage, über die noch nicht entschieden ist. Auf ihren am 30. März 2020 gestellten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz verpflichtete das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 26. Mai 2020 - 3 L 204/20 - den Antragsgegner vorläufig, über die Bewerbung der Antragstellerin erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Neben dem

Anordnungsgrund liege auch ein Anordnungsanspruch vor, denn die Antragstellerin könne aufgrund ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs die ermessensfehlerfreie Entscheidung über ihre Bewerbung verlangen. Die vom Antragsgegner für seine Ermessensausübung herangezogene Verwaltungsvorschrift VwV NachwuchsPol, die geschlechterundifferenziert ausnahmslos eine Mindestgröße der Bewerber von 160 cm zur Voraussetzung mache, stelle keine hinreichende Rechtsgrundlage einer Zugangsschranke zum Vorbereitungsdienst dar. Das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip verpflichteten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen. Im grundrechtsrelevanten Bereich seien als „wesentlich“ Regelungen zu verstehen, die für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben und sie besonders intensiv betreffen. Die in Ziffer I.3 a) a) VwV NachwuchsPol festgelegte Mindestkörpergröße betreffe die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG/ Art. 28 Abs. 1 SächsVerf sowie aus Art. 33 Abs. 2 GG/ Art. 91 Abs. 2 SächsVerf. Die Regelung bestimme und konkretisiere die verfassungsimmanenten Schranken der vorbehaltlos gewährten Grundrechte. Ausnahmen vom Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 bedürften grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage, bei der auch unionsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen seien. Die Verwaltungsvorschrift konkretisiere nicht lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen der „Eignung“. Dagegen spreche auch, dass in anderen Bundesländern teilweise auf eine Mindestgröße für den Polizeidienst verzichtet werde, ebenso auf Bundesebene. Offen bleiben könne, ob eine Mindestgröße im Rahmen der Ermächtigung nach § 133 Abs. 1 und 2 SächsBG durch Rechtsverordnung der Staatsregierung bestimmt werden könne. Denn die derzeit vorhandene Regelung im Rahmen einer internen und auch nicht öffentlich zugänglichen Verwaltungsvorschrift reiche als Rechtsgrundlage nicht aus.

- 3 Hiergegen wendet der Antragsgegner mit der Beschwerdebegründung ein, entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts unterliege die Regelung zur Mindestgröße als bloße Konkretisierung des Erfordernisses der körperlichen Eignung dem weiten Beurteilungsspielraum des Dienstherrn. Sie bilde - wie auch die Konkretisierung der Polizeidiensttauglichkeit in der PDV 300 - den heranzuziehenden Eignungsmaßstab. Eine einheitliche Mindestgröße könne auch im Erlasswege festgelegt werden (vgl. OVG NRW, Urt. v. 28. Juni 2018 - 6 A 2014/17 -, juris). Unerheblich sei, dass der Antragsgegner zwecks Erweiterung des Bewerberkreises die Mindestgröße von

ursprünglich 165 cm auf 160 cm abgesenkt habe. Auf die Rechtslage im Bund und in anderen Ländern komme es nicht an. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Oktober 2017 - C-409/16 -, juris betreffe eine Mindestgröße von 170 cm und sei mangels Vergleichbarkeit nicht heranzuziehen.

- 4 Die Antragstellerin verteidigt die verwaltungsgerichtliche Entscheidung.
- 5 2. Die im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, führen nicht zu einer Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.
- 6 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). Diese Voraussetzungen liegen vor. Der Senat verweist zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts und macht sie sich zu eigen (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO). Das Beschwerdevorbringen gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Bewertung.
- 7 a) Die Zulassung zur Laufbahnausbildung der Laufbahngruppe 2, 1. Einstiegsebene der Fachrichtung Polizei richtet sich nach der aufgrund von § 30 Satz 1 und 2 SächsBG erlassenen Sächsischen Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die Fachrichtung Polizei (SächsAPOPol) vom 3. August 2015 (SächsGVBl. S. 471). Nach § 3 SächsAPOPol kann in den Vorbereitungsdienst der Fachrichtung Polizei eingestellt werden, wer das 16., aber noch nicht das 35. Lebensjahr vollendet hat und das aus einem computerunterstützten Fähigkeitstest, einem Sporttest, einem Gruppen- und Einzelgespräch sowie der polizeiärztlichen Untersuchung bestehende Auswahlverfahren erfolgreich durchlaufen hat. Zudem ist gemäß § 35 SächsAPOPol vor Beginn des Studiums regelmäßig der Nachweis des Erwerbs der Fahrerlaubnisklasse B zu erbringen. Weitere Voraussetzungen für die Zulassung werden nicht benannt.

8 Die zwanzigjährige Antragstellerin hat das Auswahlverfahren nach § 3 Abs. 5 Sächs-  
APOPOL unstreitig erfolgreich durchlaufen; insbesondere ist sie laut polizeiärztlicher  
Stellungnahme vom 9. Oktober 2019 polizeidiensttauglich.

9

b) Ein Ausschluss der Antragstellerin von der Zulassung zum Vorbereitungsdienst  
kann nicht auf Ziffer I.3 a) a) VwV NachwuchsPol gestützt werden, wonach  
Voraussetzungen für die Zulassung zum Auswahlverfahren neben den beamten- und  
laufbahnrechtlichen Voraussetzungen eine Mindestgröße von 160 cm ist. Denn diese  
als interne Verwaltungsvorschrift getroffene Bestimmung stellt keine hinreichende  
Rechtsgrundlage dar.

10

Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat (vgl. Beschlussabdruck S. 10  
ff.), verpflichten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratiegebot den Gesetzgeber,  
die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen  
selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der  
Exekutive zu überlassen. Wann es aufgrund der Wesentlichkeit einer Entscheidung  
einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom  
jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes ab.  
Im grundrechtsrelevanten Bereich sind als wesentlich Regelungen zu verstehen, die  
für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben (vgl. BVerfG,  
Beschl. v. 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12 u. a. -, juris Rn. 52 m. w. N.). Bei  
Gesetzen, die zu Rechtsverordnungen ermächtigen, müssen die wesentlichen  
Entscheidungen durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen. Den für  
bundesrechtliche Verordnungsermächtigungen geltenden rechtsstaatlichen  
Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entspricht Art. 75 Abs. 1 SächsVerf.  
Hiernach kann die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nur durch  
Gesetz erteilt werden, wobei Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung  
bestimmt werden müssen; die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben.

11

Die in Ziffer I.3 a) aa) VwV NachwuchsPol festgelegte Mindestkörpergröße betrifft  
die vorbehaltlos gewährten Grundrechte Art. 12 Abs. 1 GG/ Art. 28 Abs. 1 SächsVerf  
und Art. 33 Abs. 2 GG/ Art. 91 Abs. 2 SächsVerf und konkretisiert deren  
verfassungsimmanente Schranken (vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 21. April 2015 a. a.  
O. Rn. 58 f.). Es ist vorrangig Aufgabe des Parlamentsgesetzgebers, die Abwägung

und den Ausgleich zwischen dem Grundsatz von Eignung, Befähigung und Leistung des Art. 33 Abs. 2 GG/Art. 91 Abs. 2 SächsVerf und anderen in der Verfassung geschützten Belangen vorzunehmen. Ausnahmen vom diesem Grundsatz beim Zugang zum Beamtenverhältnis bedürfen demnach grundsätzlich einer (parlaments-)gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21. April 2015 a. a. O. Rn. 60 m. w. N.). Die Festsetzung einer Mindestkörpergröße kann demnach nur in einer diesen Anforderungen genügenden Rechtsnorm erfolgen. Dies setzt mindestens die Regelung im Rahmen einer auf einem parlamentarischen Gesetz fußenden Rechtsverordnung voraus (vgl. bereits für die Festsetzung einer Einstellungshöchstaltersgrenze Senatsbeschl. v. 26. Juni 2016 - 2 B 220/16 -, juris). Hier hätte eine Regelung im Rahmen der aufgrund von § 30 Satz 1 und 2 SächsBG erlassenen Sächsischen Ausbildungs- und Prüfungsordnung für die Fachrichtung Polizei nahe gelegen, wie dies etwa im Bereich der Feuerwehr im Rahmen der Sächsischen Feuerwehrausbildungs- und Prüfungsverordnung vom 14. Mai 2020 (SächsGVBl. S. 218) geschehen ist (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 7 Sächs-FwAPO). Dies ist indes im Rahmen von § 3 SächsAPOPol nicht erfolgt.

- 12 c) Eine Regelung im Erlasswege bzw. durch die hier gewählte Verwaltungsvorschrift reicht dagegen auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens nicht aus. Der Senat teilt nicht die Auffassung (vgl. OVG NRW, Urt. v. 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, juris Rn. 36 ff.), wonach die Regelung der Mindestkörpergröße lediglich eine Konkretisierung der körperlichen Eignung, nicht aber eine Einschränkung des in Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Leistungsgrundsatzes darstelle. Dem steht entgegen, dass gemäß § 31 Abs. 1 SächsLVO in eine Laufbahn der Fachrichtung Polizei eingestellt werden kann, wer neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis durch polizeiärztliches Zeugnis seine Polizeidiensttauglichkeit nachweist. Die Polizeidiensttauglichkeit, also die gesundheitliche Eignung für die Einstellung in den Polizeivollzugsdienst, wird vom Antragsgegner nach der bundeseinheitlich geltenden Polizeidienstvorschrift „Ärztliche Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit und der Polizeidienstfähigkeit“ (PDV 300), Ausgabe 2012, geprüft. Diese enthält in der Anlage 1.1 unter Nr. 1.3 den Hinweis: „Die Beurteilung der Körperlänge für Bewerber richtet sich nach den vom Dienstherrn erlassenen Bestimmungen. Bei Unterschreitung oder Überschreitung des festgelegten Rahmens ist der für die Personalentscheidung zuständigen Stelle die Körperlänge

anzugeben.“ Als Merkmale, die die Polizeidiensttauglichkeit ausschließen, sind unter Nr. 1.3.1 (ausschließlich) Kleinwuchs und Hochwuchs genannt. Medizinisch spricht man von Kleinwuchs, wenn Erwachsene eine Körpergröße von unter 1,50 m aufweisen (vgl. Wikipedia). Nach der die gesundheitliche Eignung für den Polizeivollzugsdienst konkretisierenden PDV 300 ist die Körpergröße damit für die Polizeidiensttauglichkeit irrelevant, sofern sie nicht die Merkmale von Klein- oder Hochwuchs erfüllt. Das Erfordernis einer bestimmten Mindestkörpergröße stellt folglich keinen Aspekt der körperlichen/ gesundheitlichen Eignung dar, sondern eine - der Festlegung von Altersgrenzen ähnliche - Einschränkung des Leistungsgrundsatzes, die zum Ausschluss des Zugangs zur Laufbahn führt.

13 d) Einer Regelung durch oder aufgrund eines parlamentarischen Gesetzes bedarf es schließlich deshalb, weil der Vergleich mit Regelungen in anderen Bundesländern und auf Bundesebene zeigt, dass das Kriterium der Körpergröße offenbar keiner einheitlichen Einschätzung unterliegt, sondern im Gegenteil durchaus unterschiedlich bewertet wird. So sehen einige Bundesländer und die Bundespolizei gar keine Mindestkörpergröße vor, während andere Bundesländer unterschiedliche Körpergrößen als Voraussetzung festlegen (vgl. den vom Antragsgegner vorgelegten Bericht der Bund-Länderarbeitsgruppe „Polizeiliche Nachwuchsgewinnung im Lichte des demografischen Wandels“ sowie BA S. 13). Auch hieraus folgt die Notwendigkeit einer Abwägung der verschiedenen rechtlichen Positionen - nicht zuletzt auch wegen der zu beachtenden unionsrechtlichen Vorgaben, wie vom Verwaltungsgericht angesprochen - in einem rechtsförmigen Verfahren.

14 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

15 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GKG. Der Senat folgt der zutreffenden Streitwertfestsetzung durch das Verwaltungsgericht, gegen die sich die Beteiligten nicht gewendet haben.

16 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