Oberverwaltungsgericht NRW, 6 A 2016/17

Datum:	28.06.2018
Gericht:	Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper:	6. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 A 2016/17
ECLI:	ECLI:DE:OVGNRW:2018:0628.6A2016.17.00

Vorinstanz:	Verwaltungsgericht Düsseldorf, 2 K 7427/17

Tenor:

Das Urteil wird geändert. Die Klage wird abgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v.H. des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht das beklagte Land vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 v.H. des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Die am 26. November 1990 geborene Klägerin bewarb sich im September 2016 beim Landesamt für Ausbildung, Fortbildung und Personalangelegenheiten der Polizei Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: LAFP NRW) um die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst im Jahr 2017, d. h. zum 1. September 2017. Hierbei gab sie ihre Körpergröße mit 163 cm an. 2

Bei der polizeiärztlichen Untersuchung am 3. Februar 2017 wurde ihre Körpergröße mit 161,5 cm gemessen. Mit Schreiben vom selben Tag hörte das LAFP NRW die Klägerin dazu an, dass sie wegen Unterschreitung der im Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 24. Mai 2016 (Az. 403-26.00.07-A, im Folgenden: Erlass) festgelegten Mindestgröße für Bewerberinnen von 163 cm bei der Einstellung nicht berücksichtigt werden könne. Unter dem 11. Februar 2017 wandte sich die Klägerin gegen den beabsichtigten Ausschluss vom Bewerbungsverfahren und verwies auf aktuelle Rechtsprechung, wonach Polizistinnen keine Mindestgröße mehr erfüllen müssten. 3

Nach Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten teilte das LAFP NRW der Klägerin mit Bescheid vom 5. April 2017 mit, dass sie den allgemeinen Bedingungen für eine Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen nicht entspreche, da sie mit ihrer Körpergröße von 161,5 cm die erforderliche Mindestgröße von 163 cm unterschreite und somit eine wesentliche Einstellungsvoraussetzung nicht erfülle. 4

Die Klägerin hat am 2. Mai 2017 beim Verwaltungsgericht Düsseldorf Klage erhoben und den Erlass einer einstweiligen Anordnung, gerichtet auf die vorläufige Zulassung zum weiteren Auswahlverfahren, beantragt. Zur Begründung hat sie vorgetragen: Das beklagte Land sei nicht berechtigt, ihre Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst wegen Unterschreitung der Mindestkörpergröße abzulehnen. Nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 14. März 2016 - 1 K 3788/14 - bedürfe die Festlegung von Mindestkörpergrößen für den Polizeivollzugsdienst im Hinblick auf die Beschränkung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG eines hinreichend fundierten und nachvollziehbaren Verfahrens zur Ermittlung der geforderten Körpergröße. Daran habe es laut der vorgenannten Entscheidung für das Einstellungsverfahren 2016 gefehlt. Gleiches gelte für das hier streitbefangene Auswahlverfahren 2017, in dem an der nicht ausreichenden Erlassregelung zum vorangehenden Verfahren festgehalten worden sei. Der inzwischen vom beklagten Land erstellte Bericht der Arbeitsgruppe „Mindestgröße in der Polizei Nordrhein-Westfalen“ sei nicht geeignet, die rechtlichen Bedenken gegen die festgelegten Mindestkörpergrößen auszuräumen. Der Bericht könne nicht Grundlage für die Begründung des zeitlich früher herausgegebenen Erlasses vom 24. Mai 2016 sein. Ferner handele es sich um eine zielgerichtete Arbeit, welche die Aufgabe gehabt habe, die bestehenden Größenanforderungen zu bestätigen. Weiter sei dem Bericht zu entnehmen, dass im Bereich von 160 cm bis 162,9 cm nicht zwingend von einer fehlenden Polizeidiensttauglichkeit ausgegangen werden könne, sondern hier die Möglichkeit bestehe, einen etwaigen Mangel an Körpergröße durch andere körperliche Eigenschaften zu kompensieren. Schließlich würden die im Bericht in Bezug genommenen Interviews nicht vorgelegt oder nachprüfbar ausgewertet. Die vom beklagten Land festgesetzten Mindestkörpergrößen von 163 cm für Frauen und 168 cm für Männer seien auch deswegen nicht nachvollziehbar, weil die Bundespolizei und andere Bundesländer geringere Größenanforderungen aufstellten, sich die polizeilichen Aufgaben in Nordrhein-Westfalen aber von denen in anderen Ländern bzw. beim Bund nicht unterschieden. Zudem sei zu berücksichtigen, dass in Nordrhein-Westfalen der Polizeivollzugsdienst bis in das Jahr 2007 auch ohne geltende Mindestgrößen funktioniert habe. Des Weiteren sei es bis vor kurzem üblich gewesen, dass sich Polizeivollzugsbeamte aus anderen Bundesländern nach Nordrhein-Westfalen hätten versetzen lassen können, ohne die vom beklagten Land geforderten Mindestgrößen zu erfüllen. 5

Die Klägerin hat beantragt, 6

das beklagte Land unter Aufhebung des Bescheides des LAFP NRW vom 5. April 2017 zu verurteilen, sie zum weiteren Auswahlverfahren für die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst in Nordrhein-Westfalen im Jahr 2017 zuzulassen. 7

Das beklagte Land hat beantragt, 8

die Klage abzuweisen. 9

Zur Begründung hat es vorgetragen: Das vom Verwaltungsgericht Gelsenkirchen geforderte Verfahren für die Festlegung von Mindestkörpergrößen liege mit dem Bericht einer eigens eingerichteten Arbeitsgruppe nunmehr vor, wonach die festgelegten Körpergrößen von 163 10

cm für weibliche und 168 cm für männliche Bewerber geboten seien. Der Dienstherr müsse aus Gründen der Fürsorgepflicht gegenüber den bereits im Polizeidienst befindlichen sowie zukünftigen Polizeibeamten sicherstellen, dass die Aufgaben des Polizeiberufs dauerhaft ohne schwerwiegende gesundheitliche Nachteile wahrgenommen werden könnten. Damit gleichrangig sei eine Mindestgröße von 163 cm notwendig, um die effektive Erfüllung polizeilicher Aufgaben zum Schutz der Gesellschaft zu gewährleisten. Erst ab dieser Körpergröße sei gesichert von einer dauerhaften Polizeidiensttauglichkeit für die ganz überwiegenden Aufgabenbereiche der Polizei in Nordrhein-Westfalen auszugehen.

Das Verwaltungsgericht hat durch Urteil vom 8. August 2017 das beklagte Land unter Aufhebung des Bescheides des LAFP NRW vom 5. April 2017 verurteilt, die Klägerin zum weiteren Auswahlverfahren für die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst in Nordrhein-Westfalen im Jahr 2017 zuzulassen, und wegen grundsätzlicher Bedeutung die Berufung zugelassen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Das beklagte Land habe der Klägerin zu Unrecht eine Mindestkörpergröße von 163 cm entgegengehalten. Die auf dem Erlass vom 24. Mai 2016 beruhende Verwaltungspraxis verstoße gegen Art. 33 Abs. 2 GG, da sie allein aus Gleichstellungsgründen eine höhere Mindestgröße für männliche Bewerber von 168 cm festlege, damit eignungsferne Zwecke verfolge und den Gesetzesvorbehalt auslöse. Dieser Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG führe zur Rechtswidrigkeit der auf dem Erlass vom 24. Mai 2016 beruhenden Verwaltungspraxis insgesamt und bewirke damit auch die Unwirksamkeit der Mindestgrößenfestlegung für Frauen. Würde nur die Festlegung einer Mindestkörpergröße für Männer als unwirksam erachtet, verstieße die verbleibende isolierte Festlegung einer Mindestgröße für Frauen offenkundig gegen den Gleichheitsgrundsatz. Für die Annahme, dass eine einheitliche Mindestgröße von 163 cm bestehe, sei kein Raum. Es obliege dem beklagten Land, die Entscheidung über Fortbestand, Ausgestaltung und Regelungsform von Mindestgrößen für Polizeivollzugsbeamte zu treffen, der vorzugreifen das Gericht nicht berufen sei. 11

Ferner hat das Verwaltungsgericht durch Beschluss vom 8. August 2017 - 2 L 1986/17 - das beklagte Land im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Klägerin vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zum weiteren Auswahlverfahren für die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst im Jahr 2017 zuzulassen. Dem folgte das Land, führte vom 14. August 2017 bis 13. September 2017 das weitere Auswahlverfahren durch und ernannte die Klägerin - nach übereinstimmender Erklärung der Beteiligten in der Berufungsverhandlung am 20. September 2017 - zur Kommissaranwärterin. Durch Begleitverfügung vom 19. September 2017 wies das LAFP NRW sie darauf hin, dass die Ernennung vorbehaltlich der Entscheidung in dem vorliegenden Rechtsstreit erfolge. Sollte das Oberverwaltungsgericht zu Gunsten des LAFP NRW entscheiden, werde gemäß § 23 Abs. 4 Satz 1 BeamtStG die Entlassung erfolgen. 12

Das beklagte Land hat am 15. August 2017 gegen das am 10. August 2017 zugestellte Urteil Berufung eingelegt und diese am 10. Oktober 2017 begründet. Es trägt vor: Mit Erlass vom 6. Oktober 2017 sei nunmehr geregelt, dass die körperliche Mindestgröße für Bewerberinnen und Bewerber einheitlich 163 cm betrage. Dieser finde nach dem weiteren Erlass vom 23. Oktober 2017 auch auf noch nicht abgeschlossene bzw. rechtsstreitbefangene Verfahren aus vorherigen Einstellungskampagnen Anwendung. Die nunmehr geltende Rechtslage verstoße nicht gegen das Rückwirkungsverbot, weil das Klageverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen und die Klägerin nur unter Vorbehalt eingestellt worden sei, weshalb kein Vertrauensschutz bestehe. Die Festlegung auf 163 cm sei nach dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 - auf der Grundlage des Berichts der Arbeitsgruppe des LAFP NRW, der dem beklagten Land seit dem 22. Februar 13

2017 vorliege, nicht zu beanstanden. Ein Parlamentsgesetz sei nach der Rechtsprechung nur für den Fall der Festlegung einer unterschiedlichen Mindestgröße erforderlich. Die einheitliche Mindestgrößenregelung sei auch unionsrechtskonform, insbesondere verhältnismäßig.

Das beklagte Land beantragt, 14

das Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 8. August 2017 zu ändern und die Klage mit dem geänderten Antrag abzuweisen. 15

Die Klägerin beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen und 17

festzustellen, dass der Bescheid des LAFP NRW vom 5. April 2017 rechtswidrig gewesen ist. 18

Sie trägt über die im Klageverfahren bereits angeführten Gesichtspunkte hinaus im Wesentlichen vor: Da ihr im Anschluss an die Entscheidung des Verwaltungsgerichts die weitere Teilnahme am Auswahlverfahren gestattet und sie eingestellt worden sei, werde die Klage als Feststellungsklage weiter verfolgt. Diese sei zulässig, da das beklagte Land nur eine vorläufige Einstellung vorgenommen und angekündigt habe, nach Obsiegen in der Berufungsinstanz sie, die Klägerin, zu entlassen. Dürfe sie nicht einmal die Ausbildung abschließen, sei die Rückforderung der Anwärterbezüge zu befürchten. Der Erlass vom 24. Mai 2016 sei, wie auch das Oberverwaltungsgericht zwischenzeitlich bestätigt habe, rechtswidrig. Die Regelung im Erlass vom 23. Oktober 2017, wonach die Neuregelung der einheitlichen Mindestgröße von 163 cm im Erlass vom 6. Oktober 2017 auch für frühere Einstellungsjahrgänge gelte, verstoße gegen das Rückwirkungsverbot. Unabhängig davon sei der Erlass vom 6. Oktober 2017 verfassungswidrig, weil die Zugangsbeschränkung vergleichbar der Höchstaltersgrenze, zwingend durch den Gesetzgeber geregelt werden müsse. Ferner liege in der einheitlichen Mindestgröße für Männer und Frauen nach dem Urteil des EuGH vom 18. Oktober 2017 eine verbotene mittelbare Diskriminierung. Der zugrunde liegende Sachverhalt sei mit dem vorliegenden Fall durchaus vergleichbar. Der neue Erlass sei nicht erforderlich, um die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Polizei zu gewährleisten, insbesondere sei nicht für alle polizeilich wahrzunehmenden Aufgaben eine Mindestkörpergröße erforderlich. Nach dem Urteil des EuGH sei es Aufgabe des Staates, die Organisation des Polizeivollzugsdienstes so zu gestalten, dass auch kleinere Bewerber die Möglichkeit hätten, in diesen einzutreten. Entscheidend seien grundrechtlich geschützte Rechte der Bürger und nicht einseitig ausgedachte Organisationsformen der föderal organisierten Länder. Zudem zeigten die niedrigeren Größenanforderungen bei der Bundespolizei und in anderen Bundesländern, dass die Festlegung auf 163 cm nicht erforderlich sei. Gegen den Arbeitsgruppenbericht bestünden durchgreifende Bedenken, insbesondere was den Bereich zwischen 160 cm und 163 cm angehe. Sie, die Klägerin, habe die übrigen Bewerbungsanforderungen klar erfüllt und mit dem erreichten Wert von 103 Punkten dokumentiert, dass eine nur auf die Körperlänge ausgerichtete Bestenauswahl dem Grundgedanken des Art. 33 Abs. 2 GG nicht entspreche. Die Annahme, sie sei körperlich nicht geeignet, widerspreche den Ergebnissen des bisherigen Ausbildungsverlaufs. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen. 20

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 21

Die zulässige Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Sie ist zulässig (I.), aber unbegründet (II.). 22

I. Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. 23

1. Das im erstinstanzlichen Verfahren verfolgte Klagebegehren, das beklagte Land zu verurteilen, die Klägerin unter Aufhebung des Bescheides des LAFP NRW vom 5. April 2017 am weiteren Auswahlverfahren für den gehobenen Polizeivollzugsdienst des beklagten Landes (Einstellungsjahrgang 2017) teilnehmen zu lassen, hat sich erledigt. 24

a. Die ursprüngliche Klage war als kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage zulässig. 25

Die Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 5. April 2017, mit dem die Einstellung versagt worden ist, reichte für den erstrebten Rechtsschutz nicht aus. Die Klägerin konnte damit nicht die begehrte Erweiterung ihres Rechtskreises erreichen, zum weiteren Auswahlverfahren für den Einstellungsjahrgang 2017 zugelassen zu werden. Dieses über die Anfechtung hinausgehende Begehren ist mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen, denn dabei handelt es sich um einen Realakt, dem keine Entscheidung durch Verwaltungsakt vorausgeht. Die in der vorliegenden Fallkonstellation grundsätzlich auch mögliche, weitergehende Verpflichtungsklage auf Einstellung oder Neubescheidung ihres Einstellungsbegehrens hat die Klägerin nicht erhoben. 26

b. Dieses Begehren der Klägerin hat sich im Berufungsverfahren erledigt. Dabei kann offen bleiben, ob die Erledigung schon mit der - lediglich vorläufigen - weiteren Zulassung zum Auswahlverfahren nach Ergehen des verwaltungsgerichtlichen Eilbeschlusses vom 8. August 2017 am 14. August 2017 oder mit dem Verstreichen des Einstellungstermins (1. September 2017), 27

vgl. zu diesem Zeitpunkt BVerwG, Urteil vom 24. September 2009 - 2 C 31.08 -, NVwZ 2010, 251 = juris, Rn. 12, 28

oder aber - wegen der gerichtsbekannten Möglichkeit, noch in den Wochen danach mit der Ausbildung zu beginnen - erst mit der Einstellung der Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Widerruf am 20. September 2017 eingetreten ist. Jedenfalls im letzteren Zeitpunkt war die Klägerin durch den Bescheid vom 5. April 2017 nicht mehr beschwert. Maßgebliche Änderungen der Rechtslage sind zwischen dem 8. August 2017 und dem 20. September 2017 nicht eingetreten. 29

2. Der Erledigung ihrer Klage hat die Klägerin Rechnung getragen mit der Umstellung auf den Antrag, festzustellen, dass der Bescheid des LAFP NRW vom 5. April 2017 rechtswidrig gewesen ist. Dieser Übergang zur Fortsetzungsfeststellungsklage im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO während des gerichtlichen Verfahrens ist gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO unabhängig von den Voraussetzungen des § 91 VwGO zulässig, weil der Streitgegenstand weder ausgewechselt noch erweitert wird, sondern im Wesentlichen derselbe bleibt. Die Prüfung der Sach- und Rechtslage durch den Senat wäre, wenn er im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses terminiert und verhandelt hätte, keine andere gewesen als diejenige, die durch die Fortsetzungsfeststellungsklage nunmehr veranlasst ist. 30

Vgl. zu diesem Kriterium BVerwG, Urteile vom 4. Dezember 2014 - 4 C 33.13 -, BVerwGE 151, 36 = juris, Rn. 21, und vom 16. Mai 2007 - 3 C 8.06 ?, BVerwGE 129, 27 = juris, Rn. 17 ff. 31

3. Die Klägerin hat auch im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ein berechtigtes Interesse an der beantragten Feststellung, dass der Verwaltungsakt vom 5. April 2017 rechtswidrig gewesen ist. 32

Als Feststellungsinteresse ist jedes anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art anzusehen. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Feststellung geeignet erscheint, die Rechtsposition des Klägers in den genannten Bereichen zu verbessern. 33

St. Rspr., vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 20. Dezember 2017 - 6 B 14.17 -, NVwZ 2018, 739 = juris, Rn. 13, sowie Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 -, BVerwGE 146, 303 = juris, Rn. 20 und 30 ff., jeweils m. w. N. 34

Für die Frage, ob ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO gegeben ist, kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Klageerhebung oder der Erledigung an. Als Sachentscheidungsvoraussetzung muss das Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen. 35

Vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 -, a. a. O., Rn. 20. 36

Im Streitfall ist zwar keine der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen (Wiederholungsgefahr, Präjudizinteresse, Rehabilitierungsinteresse, sich regelmäßig kurzfristig erledigende Verwaltungsakte) einschlägig, in denen typischerweise ein berechtigtes Feststellungsinteresse angenommen wird. 37

Vgl. ausführlich dazu BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 -, a. a. O., Rn. 21 ff. 38

Insbesondere ist keine Wiederholungsgefahr unter dem Gesichtspunkt gegeben, dass auch für künftige Einstellungsjahrgänge mit einer Ablehnung zu rechnen wäre. Denn die Klägerin ist im September 2017 eingestellt und zur Kommissaran-wärterin ernannt worden. 39

Die genannten Fallgruppen sind aber nicht abschließend. Der mit der Verneinung eines berechtigten Feststellungsinteresses verbundene Ausschluss verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes muss sich an dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG messen lassen. 40

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Dezember 2017 - 6 B 14.17 -, juris, Rn. 13, m. w. N. 41

Der Rechtsschutz im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage ist im Streitfall aus einem rechtlichen Interesse der Klägerin geboten. Ihr geht es nicht um eine bloße nachträgliche Rechtsklärung. Vielmehr würde die gerichtliche Feststellung, dass das beklagte Land die Einstellung nicht wegen Unterschreitung der Mindestkörpergröße von 163 cm hätte versagen dürfen, ihre Rechtsstellung verbessern. Das beklagte Land hat die Klägerin nur deshalb in das Beamtenverhältnis auf Widerruf übernommen, weil es sich hierzu durch die stattgebende Entscheidung des Verwaltungsgerichts im parallelen Eilverfahren verpflichtet sah und einen Einstieg in die jährlich am 1. September startende Ausbildung nur noch binnen eines Monats nach Beginn für vertretbar hält. Das LAFP NRW ging und geht aber weiter davon aus, die Körpergröße von weniger als 163 cm stehe als Eignungsmangel einer Einstellung entgegen. 42

Vgl. zu einer solchen Fallgestaltung auch OVG NRW, Beschluss vom 4. Oktober 2013 - 6 B 1081/13 -, RiA 2014, 32 = juris, Rn. 17. 43

44

Das LAFP NRW hat sich deshalb in seinem Schreiben vom 19. September 2017 vorbehalten, das Beamtenverhältnis zu widerrufen, sollte die Geltung der Mindestkörpergröße von 163 cm durch den Senat bestätigt werden. Zwar erfasst dieser Vorbehalt seinem Wortlaut nach nicht den Fall, dass der Senat keine Entscheidung in der Sache trifft. Gleichwohl ist es der Klägerin unter dem Gesichtspunkt effektiven Rechtsschutzes nicht zuzumuten, dass eine Sachentscheidung des Senats im vorliegenden Verfahren ausbleibt. Denn es ist davon auszugehen, dass das beklagte Land (auch) in diesem Fall aufgrund eines entsprechenden Verständnisses seines Vorbehalts oder aus anderen Gründen die Entlassung der Klägerin betreiben würde. Sie wäre dann der Gefahr des Widerrufs und damit der vorzeitigen Beendigung der weiter fortgeschrittenen Ausbildung ausgesetzt und müsste in einem etwaigen Klageverfahren gegen den Widerruf des Beamtenverhältnisses prüfen lassen, ob die Mindestgrößenbestimmung rechtmäßig ist.

II. Die Klage ist aber unbegründet. Die Versagung der Einstellung der Klägerin in den gehobenen Polizeivollzugsdienst zum 1. September 2017 durch Bescheid des beklagten Landes vom 5. April 2017 war rechtmäßig. Die Klägerin ist nicht in ihrem Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über ihre Bewerbung aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, weil sie die Mindestkörpergröße von 163 cm nicht erreicht, die das beklagte Land rechtmäßig als Einstellungsvoraussetzung festgelegt hat. 45

Maßgeblich für die Frage, ob die Klägerin die körperlichen Anforderungen für die Einstellung erfüllte, ist vorliegend die Rechtslage im Zeitpunkt der Erledigung im August/ September 2017 (1.). Die Festlegung der Mindestkörpergröße von 163 cm als Eignungskriterium für den Zugang zum gehobenen Polizeivollzugsdienst in Nordrhein-Westfalen durch den Erlass vom 24. Mai 2016 ist rechtmäßig (2.). Die rechtswidrige Bestimmung der darüber hinausgehenden Mindestkörpergröße von 168 cm nur für männliche Bewerber führt nicht dazu, dass im Zeitpunkt der Erledigung keine Mindestkörpergröße für Polizeibewerber galt (3.). Eine einheitliche Mindestkörpergröße von 163 cm für Männer und Frauen ist rechtlich nicht zu beanstanden (4.). Auf den Erlass vom 6. Oktober 2017 kommt es danach nicht mehr an (5.). 46

1. Die Rechtmäßigkeit der Versagung der Einstellung durch Bescheid vom 5. April 2017 beurteilt sich nach der Rechtslage im Zeitpunkt seiner Erledigung. Dies ergibt sich aus dem insoweit maßgeblichen Begehren der Klägerin, die über den Umfang der Anfechtung eines Verwaltungsakts bzw. der Feststellung seiner Rechtswidrigkeit entscheidet, und zwar auch in zeitlicher Hinsicht. 47

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 5. Januar 2012 - 8 B 62.11 -, NVwZ 2012, 510 = juris, Rn. 13. 48

Dabei ist die Möglichkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts begrenzt auf die Zeit bis zum Eintritt der Erledigung. 49

Vgl. BVerwG, Urteile vom 4. Dezember 2014 - 4 C 33.13 -, a. a. O., Rn. 21, und vom 25. Juli 1985 - 3 C 25.84 -, BVerwGE 72, 38 = juris, Rn. 42 f. 50

Der Bescheid galt für den Einstellungsjahrgang 2017 und entfaltete, jedenfalls was die Ablehnung der Einstellung wegen der Körpergröße angeht, dementsprechend (Dauer-)Wirkung bis zum Verstreichen des spätestmöglichen Einstellungszeitpunkts im September 2017. Zudem war der ursprüngliche Anfechtungsantrag mit einem Leistungsantrag kombiniert, für dessen Begründetheit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder gerichtlichen Entscheidung maßgeblich gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund entspricht es dem Begehren der Klägerin, feststellen zu lassen, dass die Versagung der Einstellung im Zeitpunkt der Erledigung im August/September 2017 51

rechtswidrig war. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit im Zeitpunkt des Bescheiderlasses würde nicht nur in zeitlicher Hinsicht vom ursprünglichen Streitgegenstand abweichen und wäre deshalb unzulässig. Mit einer auf den Zeitpunkt des Bescheiderlasses bezogenen Feststellung wäre der Klägerin auch nicht gedient, wenn nachfolgend - vor Eintritt der Erledigung - eine Veränderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse eingetreten wäre, aufgrund derer sie die weitere Teilnahme am Auswahlverfahren nicht hätte beanspruchen können.

Im August/September 2017 bestand für Bewerberinnen eine Mindestkörpergröße von 163 cm. Diese ist erstmals mit Erlass vom 9. März 2006 - 45.2 - 26.00.02 - eingeführt und mit Erlass vom 24. Mai 2016 - 403-26.00.07 - auch für den Einstellungsjahrgang 2017 (Auswahl - und Einstellungskampagne 2016/2017) festgelegt worden. Diese Mindestkörpergröße unterschreitet die Klägerin unstreitig. 52

2. Das beklagte Land darf durch Erlass eine Mindestkörpergröße als Eignungskriterium für den Zugang zum gehobenen Polizeivollzugsdienst bestimmen (a.). Die Festlegung auf 163 cm als Untergrenze der körperlichen Eignung ist rechtlich nicht zu beanstanden (b.). 53

a. Der Dienstherr ist berechtigt, für den Zugang zum gehobenen Polizeivollzugsdienst in Nordrhein-Westfalen eine Mindestkörpergröße zu bestimmen und verfügt insoweit über einen Gestaltungsspielraum (aa.). Eine gesetzliche Regelung der Mindestkörpergröße ist nicht erforderlich; der Dienstherr darf sich hierfür eines Erlasses bedienen (bb.). 54

aa. Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 der Verordnung über die Laufbahn der Polizeivollzugsbeamtinnen und Polizeivollzugsbeamten des Landes Nordrhein-Westfalen (LVOPol) kann in den Vorbereitungsdienst für den Laufbahnabschnitt II eingestellt werden, wer bestimmten - hier unstreitig vorliegenden - Anforderungen genügt und darüber hinaus für den Polizeivollzugsdienst geeignet ist. Dies entspricht den verfassungsrechtlichen bzw. einfachgesetzlichen Bestimmungen des Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 BeamtStG, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte hat (Leistungsgrundsatz). Der dabei in Ausfüllung der Begriffe „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ dem Dienstherrn eröffnete Beurteilungsspielraum unterliegt einer nur begrenzten gerichtlichen Kontrolle. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle ist insoweit auf die Überprüfung beschränkt, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, anzuwendende Begriffe oder den rechtlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat. 55

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 - 2 BvR 2453/15 -, BVerfGE 143, 22 = juris, Rn. 18 f.; BVerwG, Beschluss vom 29. Januar 2013 - 1 WB 60.11 -, NVwZ 2013, 1227 = juris, Rn. 34; OVG NRW, Beschluss vom 21. Februar 2017 - 6 B 1109/16 -, ZBR 2017, 170 = juris, Rn. 10. 56

Art. 33 Abs. 2 GG vermittelt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Ein Bewerber um ein öffentliches Amt kann verlangen, dass seine Bewerbung nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. 57

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 -, BVerfGE 141, 56 = juris, Rn. 31, und vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 -, BVerfGE 139, 19 = juris, Rn. 76; OVG NRW, Beschluss vom 21. Februar 2017 - 6 B 1109/16 -, a. a. O., Rn. 14. 58

Zur „Eignung“ gehören persönliche Merkmale mit Leistungsbezug, die darüber Aufschluss geben können, ob und in welchem Maße ein Bewerber den Anforderungen des angestrebten Amtes bzw. der angestrebten Laufbahn gewachsen ist. Hierzu zählt unter anderem die körperliche Eignung. Entscheidend für die Beurteilung der körperlichen Eignung eines Bewerbers sind die Anforderungen der jeweiligen Laufbahn, die der Dienstherr bestimmt. Hierbei steht ihm ein weiter Einschätzungsspielraum zu, bei dessen Wahrnehmung er sich am typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn zu orientieren hat. Der Dienstherr kann danach festlegen, welche Anforderungen er an die körperliche Eignung eines Beamten stellt, solange diese sich sachlich rechtfertigen lassen und die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen im Übrigen beachten. 59

Vgl. BVerwG, Urteile vom 30. Oktober 2013 - 2 C 16.12 -, BVerwGE 148, 204 = juris, Rn. 18, und vom 25. Juli 2013 - 2 C 12.11 -, BVerwGE 147, 244 = juris, Rn. 12. 60

Dabei darf er auch bestimmen, in welchem Maß er Einschränkungen hinsichtlich der Eignung im Sinne einer sachgerechten Aufgabenerfüllung als noch oder nicht mehr hinnehmbar erachtet. 61

Vgl. zum Ganzen OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, NWVBl. 2018, 27 = juris, Rn. 38 ff. 62

Die vom beklagten Land festgelegte Mindestkörpergröße ist ein Element der körperlichen Eignung des Bewerbers für den Polizeivollzugsdienst. Sie betrifft ein biometrisches Merkmal des Beamten und damit die physischen Fähigkeiten sowie sein körperliches Erscheinungsbild. 63

Vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 25. August 2016 - 1 B 976/16 -, juris, Rn. 13; OVG S.-A., Beschluss vom 29. September 2017 - 1 M 92/17 -, NVwZ-RR 2018, 196 = juris, Rn. 3 und 5 f.; VG Berlin, Urteil vom 1. Juni 2017 - 5 K 219.16 -, juris, Rn. 17; a. A. (allerdings unter der unzutreffenden Annahme, mit der Körperlängenvorgabe werde die Feststellung der körperlichen Eignung insgesamt ersetzt): Spitzlei, NVwZ 2018, 614 (618 f.). 64

Genügt ein Bewerber dieser Vorgabe nicht, ist es entgegen der Auffassung der Klägerin unerheblich, ob er die übrigen Anforderungen erfüllt. 65

bb. Der Dienstherr darf eine Mindestkörpergröße als Eignungsmerkmal auch im Erlasswege festlegen. Eine Regelung durch Parlamentsgesetz oder Rechtsverordnung ist nicht erforderlich. 66

Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber allerdings, 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. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten zu entnehmen. Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“. Als wesentlich sind also Regelungen zu verstehen, die für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben und sie besonders intensiv betreffen. 67

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 68

- 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 -, a. a. O., Rn. 52, m. w. N. 69

Nach diesen Maßgaben ist eine Regelung der Mindestkörpergröße als Eignungskriterium durch Parlamentsgesetz oder Rechtsverordnung nicht erforderlich, weil bereits Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 BeamtStG den Zugang zu einem öffentlichen Amt davon abhängig machen, dass ein Bewerber die entsprechende Eignung aufweist, also ein Zugangshindernis für Bewerber normieren, die den Anforderungen in körperlicher, psychischer oder charakterlicher Hinsicht nicht entsprechen. Der in Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistete Leistungsgrundsatz wird demnach durch die Festlegung der Mindestkörpergröße nicht eingeschränkt, sondern konkretisiert. Die bereits verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich normierte Zugangsschranke der körperlichen Eignung kann der Dienstherr durch Verwaltungsvorschriften ausgestalten, die eine Verwaltungspraxis nach einheitlichen und gleichmäßigen Maßstäben sicherstellen. 70

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 69; VG Düsseldorf, Urteil vom 8. August 2017 - 2 K 7427/17 -, juris, Rn. 20 f., m. w. N.; Masuch, ZBR 2017, 81 (85); Höfling, in: Bonner Kommentar zu Grundgesetz, Loseblatt Stand 130. Aktualisierung August 2007, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 133 m. w. N.; a. A. (allerdings unter der unzutreffenden Annahme, mit der Körperlängenvorgabe werde die Feststellung der körperlichen Eignung insgesamt ersetzt): Spitzlei, NVwZ 2018, 614 (618 f.). 71

Etwas anderes gilt dann, wenn das beklagte Land nicht die an die (körperliche) Eignung zu stellenden Anforderungen konkretisiert, sondern mit der Bestimmung einer Einstellungsvoraussetzung eignungsfremde Zwecke verfolgt und deshalb eine dem Parlamentsgesetzgeber vorbehaltene Abwägung des Art. 33 Abs. 2 GG mit anderen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen geboten ist. 72

Vgl. BVerfG, Urteil vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12 u. a. -, a. a. O., Rn. 67 ff. (für die Einstellungshöchstaltersgrenze); OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 74 ff. (zur abweichenden Festlegung einer Mindestgröße von 168 cm für männliche Bewerber); Masuch, ZBR 2017, 81 (85). 73

Ebenso bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, wenn es zwar um die Bestimmung von Eignungsanforderungen geht, aber aus anderen Gründen die Austarierung widerstreitender Grundrechte oder kollidierender Verfassungspositionen erforderlich ist. Dies ist etwa nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei Regelungen über das zulässige Ausmaß von Tätowierungen im Beamtenverhältnis wegen des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG und ggf. des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG der Fall. 74

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25.17 -, NJW 2018, 1185 = juris, Rn. 33 ff.; s. auch VG Düsseldorf, Urteil vom 8. Mai 2018 - 2 K 15637/17 -, juris, Rn. 49 f. 75

Die Festlegung der Mindestkörpergröße von 163 cm für weibliche Bewerber als körperliches Eignungskriterium konkretisiert aber lediglich Art. 33 Abs. 2 GG und berührt auch keine widerstreitenden Grundrechte oder kollidierende Verfassungspositionen. 76

Vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil vom 15. Mai 2018 - 2 K 766/18 -, juris, Rn. 20. 77

Im Übrigen liegt bei der Festlegung des zulässigen Ausmaßes von Tätowierungen oder anderem Körperschmuck auch deshalb eine Entscheidung des Gesetzgebers nahe, weil diese die Eignung nicht - wie aber die Körpergröße als unveränderliches biometrisches Merkmal - bereits aus sich heraus infolge naturgesetzlicher Gegebenheiten beeinträchtigen 78

(können). Vielmehr ergibt sich dies erst aufgrund gesellschaftlicher Vorstellungen, deren Bedeutung einzuschätzen und deren rechtliche Relevanz festzulegen typischerweise Aufgabe des Gesetzgebers ist.

b. Das beklagte Land hat den ihm zustehenden Einschätzungsspielraum mit der Festlegung einer Mindestkörpergröße von 163 cm rechtsfehlerfrei ausgefüllt. 79

So schon OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 45 ff. 80

aa. Es hat im Wege einer umfassenden Untersuchung ermittelt, unterhalb welcher Körpergröße Einschränkungen der störungsfreien Aufgabenwahrnehmung im Polizeivollzugsdienst bestehen. Eine eigens gebildete Arbeitsgruppe des LAFP NRW hat anhand von Befragungen, verschiedener Versuchsaufbauten und unter Einbeziehung einer eigenständigen Studie der Deutschen Sporthochschule Köln zur polizeidienstrelevanten sportmotorischen Leistungsfähigkeit von Frauen und Männern unterschiedlicher Körpergrößen die Erforderlichkeit einer Mindestkörpergröße für den Polizeivollzugsdienst untersucht. In ihrem Bericht hat die Arbeitsgruppe festgestellt, dass ab einer Körpergröße von 163 cm gesichert von einer dauerhaften Polizeidiensttauglichkeit und -fähigkeit für die ganz überwiegenden Aufgabenbereiche des Polizeivollzugsdienstes in Nordrhein-Westfalen ausgegangen werden kann. Eine Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben unterhalb einer Körpergröße von 160 cm ist danach sachgerecht nicht möglich. 81

In dem Untersuchungsbericht ist im Einzelnen dargelegt, dass - unter anderem - in folgenden Bereichen Eignungseinschränkungen bei Polizeibeamten bestehen, die eine Körpergröße von 163 cm nicht erreichen: 82

- Schwierigkeiten bei der Anwendung von Eingriffstechniken bei einem deutlich größeren polizeilichen Gegenüber, insbesondere solchen, die ein Ergreifen bzw. die Führung des Kopfes erfordern; 83

- Schwierigkeiten beim Bedienen von Einsatzmitteln, etwa einzelner Dienstfahrzeugtypen; 84

- gesundheitliche Gefährdungen des Beamten selbst aufgrund des Gesamtgewichts der Führungs- und Einsatzmittel, beim Mitführen des Einsatzmehrzweckstocks aufgrund dessen Länge und beim Tragen im Zweier-team bei deutlichen Größenunterschieden; 85

- eingeschränkte Wahrnehmungs- und in der Folge Reaktionsmöglichkeiten und eingeschränktes Wahrgenommenwerden; 86

- Schwierigkeiten bei der korrekten Ausführung der Rettungsgriffe bei der Rettung und Bergung besonders großer und schwerer Personen sowie damit verbundene gesundheitliche Gefährdungen des Beamten selbst; 87

- Stolper- und Sturzgefahr beim Einsatz der Löschdecke; 88

- Stolper- und Sturzgefahr der Zugriffskräfte beim gemeinsamen Einschreiten bei großen Beinlängendifferenzen; 89

- Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten und gesundheitliche Gefährdungen des Beamten selbst durch vollständige Belegung des Systemgürtels; 90

- Schutzlücken für größere Beamte beim Einsatz von Schutzschilden und bei der gegenseitigen Deckung; 91

- Schwierigkeiten bei der Überwindung von Gegenwehr und dem Eindringen in Gruppen aufgrund geringerer Masse; 92

- geringere körperliche Präsenz. 93

Durchgreifende Bedenken gegen die Darstellung sind nicht ersichtlich und werden auch mit dem Klagevorbringen nicht substantiiert dargetan. Der Senat hält den Bericht ungeachtet des Umstands für nachvollziehbar und überzeugend, dass die dort in Bezug genommenen strukturierten Interviews nicht vorgelegt worden sind. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese in dem Arbeitsgruppenbericht unzutreffend ausgewertet worden sein könnten. 94

Insbesondere trifft das Vorbringen der Klägerin nicht zu, aus dem Bericht ergebe sich nicht die fehlende Eignung bei einer Körpergröße zwischen 160 cm und 162,9 cm. Zwar wird in dem Arbeitsgruppenbericht ausgeführt, dass in diesem Bereich Personen eine Eignung weder pauschal ab- noch zugesprochen werden könne, sondern die individuelle körperliche Konstitution der entscheidende Faktor sein könne (Seite 67). Die dieser Aussage in erster Linie zugrunde gelegte Studie der Deutschen Sporthochschule bezieht sich aber lediglich auf die sportmotorische polizeispezifische Leistungsfähigkeit von Bewerbern (vgl. Arbeitsgruppenbericht S. 58). 95

So auch VG Düsseldorf, Urteil vom 15. Mai 2018 - 2 K 766/18 -, a.a.O., Rn. 32. 96

Darauf lässt sich die körperliche Eignung nicht beschränken. Im weiteren wird ausgeführt, dass auch im Bereich einer Körpergröße von 160 cm bis 162,9 cm bereits Einschränkungen festzustellen sind, die - so die Untersuchung weiter - nicht hinnehmbare Risiken für die dauerhafte Aufgabenwahrnehmung einerseits als auch Gefahren für Leib und Leben der Polizeibeamten andererseits bergen (S. 71). Eine Einbeziehung von Bewerbern mit einer Körpergröße zwischen 160 cm und 162,9 cm wird aus nachvollziehbaren und nicht zu beanstandenden polizeifachlichen und -taktischen Gründen nicht für sachgerecht erachtet. Hierzu wird unter anderem auf die Gefahren für kleinere Polizeivollzugsbeamte aufgrund fehlender Übersicht/Einsicht in Fahrzeuge, auf die im Bericht dargestellten Probleme bei der Nutzung von Führungs- und Einsatzmitteln, auf die Anwendung von Eingriffstechniken, die Übersicht in bzw. aus Personengruppen, aber auch die körperliche Präsenz verwiesen (S. 19, 20, 21, 67 ff.). 97

Dass der Arbeitsgruppenbericht bei Bekanntgabe des hier maßgeblichen Erlasses vom 24. Mai 2016 noch nicht vorlag, erfordert keine andere Bewertung. Es kann offen bleiben, ob es der hier vorliegenden umfassenden Untersuchung überhaupt bedurfte oder das Bestehen von Eignungseinschränkungen bei Polizeivollzugsbeamten, die eine bestimmte Körperhöhe nicht erreichen, nicht ohnehin offenkundig ist. 98

Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. Januar 2017 - 4 S 48.16 -, juris, Rn. 11; Hess. VGH, Beschluss vom 25. August 2016 - 1 B 976/16 -, a. a. O., Rn. 27; VG Berlin, Urteil vom 1. Juni 2017 - 5 K 219.16 -, a. a. O., Rn. 21; Masuch, ZBR 2017, 81 (87). 99

Jedenfalls beruhte der Erlass nicht auf unzutreffenden tatsächlichen Annahmen, die etwa durch den Arbeitsgruppenbericht ersetzt worden wären. Vielmehr hat dieser lediglich die zuvor getroffene Einschätzung des beklagten Landes weiter unterfüttert, dass erst ab einer Körpergröße von 163 cm die körperliche Eignung für den Polizeivollzugsdienst gegeben ist. Grundlage für die seit dem Einstellungsjahrgang 2007 geltenden Mindestgrößen von 163 cm bzw. 168 cm waren Probleme bei der polizeilichen Aufgabenbewältigung im operativen Dienst sowie in der Aus- und Fortbildung, die zu einer vom Innenministerium 2005 in Auftrag 100

gegebenen Analyse und dann zum Erlass vom 9. März 2006 geführt haben.

Vgl. zur Entstehungsgeschichte VG Düsseldorf, Urteil vom 2. Oktober 2007 - 2 K 2070/07 -, juris, Rn. 11, 27 und 47; Arbeitsgruppenbericht, S. 5 f. 101

Die Tragfähigkeit der hierauf fußenden Einschätzung wird durch den Arbeitsgruppenbericht nunmehr (nochmals) untermauert. Dass das beauftragte Institut für Aus- und Fortbildung der Polizei NRW (IAF NRW) eine (einheitliche) Mindestgröße von 165 cm vorgeschlagen hatte, tatsächlich aber - unter Rückgriff auf den damals bei der Bundespolizei geltenden Wert - 163 cm für Bewerberinnen festgelegt wurden, wirkt sich nicht zugunsten der Klägerin aus. 102

Unabhängig davon ist maßgeblich für die Rechtmäßigkeit der Einstellungsversagung der Zeitpunkt der Erledigung im August/September 2017. Zu dieser Zeit - und auch schon bei Ergehen des angefochtenen Bescheides - lag dem beklagten Land der Arbeitsgruppenbericht vor, der dessen Einschätzung zur größenbedingten körperlichen Eignung bestätigt. Dessen Berücksichtigung zu diesem Zeitpunkt nach Ergehen des Erlasses ist ohne weiteres möglich, weil bei der Anwendung und Auslegung von Verwaltungsvorschriften auf die tatsächliche, im Entscheidungszeitpunkt maßgebliche Verwaltungspraxis abzustellen ist. Schon deshalb kommt es auch nicht darauf an, wann der Klägerin bzw. ihrem Prozessbevollmächtigten der Arbeitsgruppenbericht vorlag. 103

bb. Die Festlegung der Mindestkörpergröße auf 163 cm ist auch verhältnismäßig. 104

(1) Sie verfolgt das legitime Ziel, die sachgerechte Aufgabenwahrnehmung im gehobenen Polizeivollzugsdienst zu gewährleisten und so die Einsatzbereitschaft und die Funktionsfähigkeit dieser staatlichen Einrichtung zu sichern. 105

Vgl zu diesem Erfordernis EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2017 - Rs. C-409/16 -, NVwZ 2017, 1686 = juris, Rn. 36. 106

Überdies dient die Mindestgröße dem legitimen Zweck, die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber den Bewerbern und späteren Polizeivollzugsbeamten und ihren Kolleginnen und Kollegen zu erfüllen. 107

Vgl. Masuch, ZBR 2017, 81 (87). 108

Schon unter diesem Gesichtspunkt greift das Argument der Klägerin nicht durch, selbst wenn sie mit ihrer geringeren Körpergröße eine Gefährdung für sich oder andere Kollegen und Kolleginnen darstelle, werde dadurch die Funktionsfähigkeit der Polizei insgesamt nicht gefährdet. 109

(2) Zu diesen legitimen Zwecken ist die Mindestgrößenregelung geeignet, da sie vor dem Hintergrund des oben Ausgeführten zur Zielerreichung tauglich ist. Sie ist überdies erforderlich. Ein milderes, gleich geeignetes Mittel ist nicht ersichtlich. 110

Die Erforderlichkeit ist entgegen der Auffassung der Klägerin nicht deshalb zu verneinen, weil einige Bundesländer, wie auch die Bundespolizei, keine oder eine geringere Mindestkörpergröße vorsehen und eine entsprechende Regelung auch in Nordrhein-Westfalen in der Vergangenheit nicht durchgängig bestanden hat. Dies folgt bereits aus der oben beschriebenen Gestaltungsfreiheit des jeweiligen Dienstherrn bei der Festlegung der körperlichen Anforderungen, die nicht überschritten wird, sofern sich die Regelung - wie es hier nach dem Ausgeführten der Fall ist - sachlich rechtfertigen lässt. 111

112

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 62; Masuch, ZBR 2017, 81 (87).

Diese Gestaltungsfreiheit bringt es mit sich, dass es verschiedene Größenvorgaben geben kann, die bei der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung jeweils nicht zu beanstanden sind. Das ist für die nordrhein-westfälische Festlegung der Mindestgröße auf 163 cm zu bejahen. Ob dies auch für die abweichenden Vorgaben anderer Dienstherrn gilt, ist hier nicht zu prüfen. Überdies ist Nordrhein-Westfalen nicht auf die Größenfestlegungen in anderen Bundesländern zu verweisen, weil nicht erkennbar ist, dass diesen eine ähnlich umfassende Untersuchung zugrunde liegt, und bei der Frage, welche Einschränkungen in der Aufgabenwahrnehmung ein Dienstherr hinnimmt, auch die jeweilige Bewerberlage eine Rolle spielt. 113

Ebenso ist der Dienstherr nicht darauf zu verweisen, als milderes Mittel zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Polizeivollzugsdienstes kleinere Polizeibeamte (nur) für Aufgaben einzustellen, auszubilden und einzusetzen, für die es auf die Körpergröße nicht ankommt. 114

In diese Richtung aber EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2017 - Rs. C-409/16 -, a. a. O, Rn. 38; von Roetteken, jurisPR-ArbR 34/2017 Anm. 3, C. 115

Es obliegt vielmehr seiner Organisationsfreiheit, wie er den Polizeivollzugsdienst ausgestaltet. Diese wird auch nicht durch subjektive Rechtspositionen von Beamtenbewerbern eingeschränkt. 116

Das mit Art. 33 GG verfolgte Ziel einer stabilen Verwaltung, der Gewährleistung staatlicher Aufgabenerfüllung und damit der Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen wird unter anderem durch einen Beamtenapparat erreicht, dessen Arbeitsbedingungen einseitig hoheitlich festgelegt werden. 117

Vgl. BVerfG, Urteil vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 157. 118

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt keinen Anspruch auf Schaffung eines bestimmten Amtes, hier etwa besonderer Laufbahnen mit eingeschränktem Aufgabenprofil. Das Recht auf den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat vielmehr die Einrichtung und Ordnung der öffentlichen Ämter, die allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben dienen, zur Voraussetzung. 119

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. April 2016 - 2 B 104.15 -, Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 73 = juris, Rn. 11, sowie Urteil vom 26. Oktober 2000 - 2 C 31.99 -, NVwZ-RR 2001, 253 = juris, Rn. 11 f.; Badura, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 33, Stand Dezember 2014, Rn. 27; Höfling, in: BK, a. a. O., Art. 33 Rn. 130. 120

Das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG ist vielmehr als besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes auf leistungsgerechte Teilhabe an den vom Staat bereitgestellten öffentlichen Ämtern gerichtet. 121

Vgl. Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Auflage 2015, Art. 33 Rn. 73 und 84. 122

Nach dem derzeitigen System einer Einheitslaufbahn in Nordrhein-Westfalen wird die Polizeidiensttauglichkeit und ?fähigkeit ohne Rücksicht auf die spätere Art der polizeilichen Verwendung definiert. Der Polizeivollzugsbeamte muss die Anforderungen für sämtliche Ämter der Laufbahn „Polizeivollzugsdienst“ in der ganzen Breite der Einsatzmöglichkeiten erfüllen. Er muss zu jeder Zeit, an jedem Ort und in jeder Stellung einsetzbar sein, die seinem 123

statusrechtlichen Amt entspricht.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 3. März 2005 - 2 C 4.04 -, ZBR 2005, 308 = juris, Rn. 9; OVG NRW, Beschluss vom 2. Mai 2018 - 6 A 237/17 -, juris, Rn. 8, Urteil vom 27. April 2016 - 6 A 1235/14 -, IÖD 2016, 156 = juris, Rn. 72, sowie Beschluss vom 13. November 2006 - 6 B 2086/06 -, juris, Rn. 5 m. w. N.; Masuch, ZBR 2017, 81 (85). 124

Diese Ausgestaltung des Polizeivollzugsdienstes ist sachlich ohne Weiteres zu rechtfertigen, da sie einen flexiblen und effektiven Einsatz der vorhandenen Kräfte ermöglicht und eine Aufspaltung vermeidet in körperlich wenig belastende Laufbahnen oder Dienstposten und solche, die besonders hohe, bis zum voraussichtlichen Ruhestandseintritt oftmals kaum durchzuhaltende physische Anforderungen stellen. 125

Auch unionsrechtlich ist keine Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf Schaffung bestimmter Laufbahnen oder Ämter erkennbar. Im Gegenteil: In Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf wird ausgeführt, mit dieser dürfe u. a. der Polizei unter Berücksichtigung des rechtmäßigen Ziels, die Einsatzbereitschaft dieser Dienste zu wahren, nicht zur Auflage gemacht werden, Personen einzustellen, die nicht den jeweiligen Anforderungen entsprechen, um sämtliche Aufgabe zu erfüllen, die ihnen übertragen werden können. 126

(3) Die Festsetzung der Mindestkörpergröße ist auch unter Berücksichtigung der Grundrechte der Bewerberinnen und Bewerber angemessen. Sie bedeutet eine Einschränkung der durch Art. 33 Abs. 2 GG geschützten Zugangsmöglichkeit zum Beamtenverhältnis, die einer subjektiven Berufswahlschranke im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG gleichkommt. 127

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 - 2 C 12.11 -, BVerwGE 147, 244 = juris, Rn. 16; Hess. VGH, Beschluss vom 25. August 2016 - 1 B 976/16 -, a. a. O., Rn. 19. 128

Ausweislich der vom beklagten Land übermittelten Daten werden mit der Größenfestlegung rund ein Viertel der Frauen und (lediglich) ein geringer Prozentsatz der Männer vom Zugang zum gehobenen Polizeivollzugsdienst ausgeschlossen. 129

Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe des LAFP NRW, S. 43, aufgrund durch IT.NRW aufbereiteter Daten aus dem Mikrozensus 2013. 130

Angesichts des gewichtigen Zwecks ist die Einschränkung des Zugangsrechts aus Art. 33 Abs. 2 GG aber gerechtfertigt. Der möglichst störungsfreien Bewältigung polizeilicher Aufgaben darf ein höheres Gewicht beigemessen werden als dem Interesse der Klägerin - und anderer Frauen mit einer Körpergröße unter 163 cm - am Zugang zum Polizeivollzugsdienst. Dieser beinhaltet eine Vielzahl von Tätigkeiten, die in besonderem Maße körperliche Leistungsfähigkeit und Präsenz verlangen. Gleichzeitig kommt der störungsfreien Bewältigung polizeilicher Aufgaben eine besondere Bedeutung für ein funktionierendes Gemeinwesen zu, weil dabei der Schutz der Institutionen des Staates und gegebenenfalls hochrangiger Rechtsgüter Einzelner inmitten steht. 131

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 59 ff.; so auch Masuch, ZBR 2017, 81 (87). 132

Der Dienstherr geht mit der starren und ausnahmslosen Festsetzung der Mindestgröße auf 163 cm auch nicht über das hinaus, was zur Gewährleistung der störungsfreien 133

Aufgabenwahrnehmung angemessen ist. Er ist insbesondere nicht verpflichtet, zum Ausgleich der widerstreitenden Rechtspositionen eine Ausnahmeregelung vorzusehen, etwa indem er bei Bewerberinnen, deren Körpergröße zwischen 160 cm und 162,9 cm liegt, die individuelle körperliche Konstitution und polizeispezifische Leistungsfähigkeit überprüft.

So aber VG Köln, Beschluss vom 30. April 2018 ? 19 L 359/18 -; Masuch, ZBR 2017, 81 (87). 134

Dies gilt, obwohl die Untersuchung der Arbeitsgruppe des LAFP NRW zu dem Ergebnis gelangt, im Bereich einer Körpergröße von 160 cm bis 162,9 cm seien (lediglich) Einschränkungen festzustellen. Denn diese stellen nach dem Bericht und der darauf fußenden Einschätzung des Dienstherrn nicht hinnehmbare Risiken für die dauerhafte Aufgabenwahrnehmung einerseits sowie Gefahren für Leib und Leben der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten andererseits dar. 135

Der Verpflichtung zur Schaffung einer Ausnahmeregelung steht zudem entgegen, dass der Dienstherr - wie oben ausgeführt - entscheiden kann, in welchem Maß er größenbedingte Einschränkungen der sachgerechten Aufgabenerfüllung hinnimmt. 136

Einschränkungen bei der Aufgabenwahrnehmung 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. 137

OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 65; zur Entbehrlichkeit einer Ausnahmevorschrift zur Berücksichtigung der körperlichen Gesamtkonstitution auch OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 29. September 2017 - 1 M 92/17 -, NVwZ-RR 2018, 196 = juris, Rn. 10. 138

Der Dienstherr ist auch nicht deshalb gehalten, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob aufgrund der individuellen körperlichen Konstitution ausnahmsweise von der Mindestgrößenvorgabe abgesehen werden kann, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 139

etwa Beschluss vom 22. Mai 2008 - 5 B 36.08 -, juris, Rn. 4; OVG NRW, Urteil vom 30. Mai 2017 ? 15 A 1345/15 -, juris, Rn. 71 m. w. N.; vgl. auch Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 114 Rn. 93 ff., 140

ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften nur für den Regelfall gelten und Spielraum für die abweichende Behandlung atypischer Fälle lassen müssen. 141

So aber Kaiser, NVwZ 2017, 1686 (1689); Masuch, ZBR 2017, 81 (87). 142

Der Erlass, mit dem die Mindestkörpergröße festgelegt wird, ist keine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift, mit der ein vom Gesetzgeber der Verwaltung in tatbestandlich festgelegten Ermächtigungs- oder Anspruchsnormen eingeräumtes Ermessen gebunden wird. Vielmehr geht es um einen Spielraum bei der Konkretisierung des unbestimmten 143

Rechtsbegriffs der Eignung, den der Dienstherr hier ausgefüllt hat. Mit dem Erlass hat er eine Eignungsanforderung an das erstrebte Amt bzw. die Ämter der Laufbahn, orientiert am typischen Aufgabenbereich, verbindlich festgelegt.

So auch Spitzlei, NVwZ 2018, 614 (619). 144

Die vom Dienstherrn im Rahmen seines Gestaltungsspielraums getroffenen Größenvorgaben bilden - wie auch die Konkretisierung der Polizeidiensttauglichkeit und -fähigkeit in der Polizeidienstvorschrift (PDV) 300, 145

vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 27. April 2016 - 6 A 1235/14 -, juris, Rn. 75 - 146

den Maßstab, an dem der jeweilige Bewerber zu messen ist. 147

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 - 2 C 12.11 -, a. a. O., Rn. 12. 148

Überdies darf der Dienstherr im Sinne einer effektiven Handhabung angesichts großer Bewerberzahlen eine generalisierende Betrachtung vornehmen, die es vermeidet, stets alle Einzelumstände des jeweiligen Falls überprüfen und bewerten zu müssen. Mit der hier gewählten Konzeption, die der Dienstherr zulässigerweise mit aufwendiger wissenschaftlicher Absicherung festgelegt hat, ist beabsichtigt, eine solche klare Grenze zu ziehen. Die Möglichkeit der Ausnahmeprüfung, die in anderen Bundesländern besteht, ist dabei bedacht und bewusst nicht vorgesehen worden. 149

3. Dass nach der Senatsrechtsprechung die Verwaltungspraxis rechtswidrig ist, für männliche Bewerber durch Erlass eine darüber hinausgehende Mindestkörpergröße von 168 cm zu verlangen, 150

OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 74 ff., 151

führt nicht dazu, dass im Zeitpunkt der Erledigung keine Mindestkörpergröße als Eignungskriterium für weibliche und männliche Polizeibewerber galt. 152

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das beklagte Land auch schon im Zeitpunkt der Erledigung des angefochtenen Bescheides im August/September 2017 die körperliche Eignung für die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst allgemein nur bei einer Mindestkörpergröße von 163 cm als gegeben angesehen hat. 153

Die Überlegungen des Verwaltungsgerichts zur Teil- und Gesamtnichtigkeit der Regelung überzeugen nicht. Dies gilt schon deshalb, weil hier nicht eine Norm mit Außenwirkung in Rede steht, die den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Normenklarheit, Bestimmtheit und Rechtssicherheit genügen muss. Vielmehr geht es um eine interne Verwaltungspraxis, die durch Erlass generalisierend festgelegt werden kann, aber nicht muss. Um sicherzustellen, dass die Bewerber sachgemäß ausgewählt und dabei einheitlich und gleichmäßig behandelt werden, kann der Dienstherr sein pflichtgemäßes Ermessen, wie er den Grundsatz des gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verwirklicht, im Vorfeld künftiger Entscheidungen durch Verwaltungsvorschriften binden. 154

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1990 - 2 C 13.87 -, DVBl. 1990, 867 = juris, Rn. 23. 155

Verwaltungsvorschriften sind jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht wie Rechtsvorschriften aus sich heraus, sondern als 156

Willenserklärung der anordnenden Stelle unter Berücksichtigung der tatsächlichen Handhabung auszulegen.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 10. April 1997 - 2 C 38.95 -, DVBl. 1998, 191 = juris, Rn. 26, vom 2. Februar 1995 - 2 C 19.94 - ZBR 1995, 240 = juris, Rn. 18. 157

Hier ist eindeutig erkennbar, dass das beklagte Land - auch schon im Zeitpunkt der Erledigung - die körperliche Eignung von Bewerbern beiderlei Geschlechts (erst) ab einer Mindestkörpergröße von 163 cm bejaht hat. Der Aufschlag von fünf Zentimetern für männliche Bewerber diente lediglich dem eignungsfremden Zweck, aus Gründen des Art. 3 Abs. 2 GG einen „Vorteilsausgleich“ zu Lasten männlicher Bewerber zu schaffen. 158

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 74 ff.; Arbeitsgruppenbericht, S. 6, 43, 64, 71. 159

Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Erlass vom 24. Mai 2016 oder dem Erlass vom 9. März 2006, die ohne weitere Begründung die körperliche Mindestgröße auf 163 cm für Frauen und 168 cm für Männer festlegen. Es ist aber nicht nur im Arbeitsgruppenbericht, sondern auch in sonstigen Erklärungen des beklagten Landes im vorliegenden sowie in früheren gerichtlichen Verfahren, 160

vgl. etwa schon VG Düsseldorf, Urteil vom 2. Oktober 2007 - 2 K 2070/07 -, juris, Rn. 47 f. (zur Einführung der Mindestgrößen von 163 cm und 168 cm im Jahr 2006), 161

deutlich geworden, dass (erst) eine Körpergröße von 163 cm zur sachgerechten Aufgabenerfüllung als ausreichend angesehen wurde und wird und die erhöhte Mindestgrößenregelung für Männer allein auf Gleichstellungserwägungen beruhte. Dementsprechend hat das beklagte Land im Übrigen durch den Erlass vom 6. Oktober 2017 die Mindestkörpergröße (einheitlich) auf 163 cm festgelegt. 162

Vor diesem Hintergrund kann entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht angenommen werden, es sei unklar gewesen, wie das beklagte Land die Mindestgröße künftig festsetzen werde. Mit der Annahme, dass nach der Verwaltungspraxis eine Mindestkörpergröße von 163 cm Voraussetzung für die Einstellung ist, wird auch nicht der Entscheidung des beklagten Landes vorgegriffen, wie es die Mindestgröße unter Berücksichtigung des Senatsurteils vom 21. September 2017 regelt, insbesondere ob es durch Gesetz aus Gründen des Art. 3 Abs. 2 GG eine abweichende Mindestkörpergröße für Männer festlegt. 163

Vgl. kritisch dazu OVG NRW, Urteil vom 21. September 2017 - 6 A 916/16 -, a. a. O., Rn. 90 ff. 164

Denn hier handelt es sich um eine weibliche Bewerberin, die kleiner als 163 cm ist und deshalb von einer abweichenden Festlegung nicht betroffen wäre. 165

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, dass es auf die Frage der Gesamt- oder Teilnichtigkeit des Erlasses vom 24. Mai 2016 nicht ankommt. Selbst wenn im maßgeblichen Zeitpunkt der Erledigung keine Erlasslage vorhanden gewesen wäre, ergäbe sich aus der Verwaltungspraxis, die durch Erlass fixiert werden kann, aber nicht muss, für Männer und Frauen eine Mindestkörpergröße von 163 cm. 166

4. Dass danach im Zeitpunkt der Erledigung eine einheitliche Mindestkörpergröße von 163 cm Eignungsvoraussetzung für den gehobenen Polizeivollzugsdienst war, ist rechtlich nicht 167

zu beanstanden.

Darin liegt insbesondere keine verbotene mittelbare Diskriminierung weiblicher Bewerber, also weder ein Verstoß gegen das allgemeine Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG noch eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1 lit. a und b der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (vom 5. Juli 2006, ABl. L 204/23), der die Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung und zur Berufsausbildung gebietet. 168

Die Einstellungsvoraussetzung einer einheitlichen Mindestgröße von 163 cm für männliche und weibliche Bewerber ist eine dem Anschein nach neutrale Bestimmung, die mittelbar diskriminiert, weil sie in ihrer Anwendung eine höhere Zahl von Frauen als Männern benachteiligt. 169

Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2017 - Rs. C?409/16 -, a. a. O., Rn. 31 f. 170

Die Bestimmung ist aber im Sinne von § 3 AGG, Art. 2 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2006/54/EG durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. Die Festlegung der einheitlichen Mindestgröße stellt auch nach Art. 14 Abs. 2 Richtlinie 2006/54/EG aufgrund der Art der beruflichen Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar, die einen rechtmäßigen Zweck verfolgt und angemessen ist. Zur Begründung wird auf die obigen Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit Bezug genommen. 171

Das von der Klägerin angeführte Urteil des EuGH vom 18. Oktober 2017 - Rs. C-409/16 -, a. a. O., erfordert keine andere Bewertung. Danach ist es Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob die Benachteiligung der Frauen durch eine Mindestkörpergröße gerechtfertigt ist. Das ist nach den obigen Ausführungen hier zu bejahen. Die für diese erteilten Prüfung erteilten Hinweise an das vorlegende Gericht können nicht so verstanden werden, dass sie eine geschlechtereinheitliche Mindestgrößenfestlegung für den Zugang zum Polizeivollzugsdienst generell ausschließen; sie müssen vielmehr im Lichte des Prüfungsauftrags an die nationalen Gerichte im Entscheidungssatz des Urteils gesehen werden, der ansonsten überflüssig wäre. Die Hinweise an das vorlegende Gericht sind auch auf den Streitfall nicht übertragbar. Im Vorlageverfahren beim EuGH ging es um eine erheblich höhere Mindestgrößenregelung von 170 cm für den Zugang zum Polizeidienst in Griechenland. Damit wird nicht nur ein deutlich größerer Teil der Frauen vom Polizeivollzugsdienst ausgeschlossen. Die Körpergröße dürfte sogar, anders als die im Streitfall maßgeblichen 163 cm, 172

vgl. zur Durchschnittsgröße von 165 cm bei Frauen insgesamt und von 168 cm bei 18?25jährigen Frauen in Deutschland im Jahr 2013 das Ergebnis des Mikrozensus 2013, abrufbar von https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/GesundheitszustandRelevantesV (28.6.2018), 173

über dem weiblichen Durchschnittswert liegen. Ferner fehlten - anders als in Nordrhein-Westfalen - offenbar konkrete Darlegungen oder Untersuchungen dazu, warum die Mindestgröße von 170 cm sachlich geboten war. Schließlich lässt das Urteil nicht erkennen, dass in Griechenland eine der hiesigen Ausgestaltung vergleichbare organisatorische Struktur des Polizeivollzugsdienstes besteht, bei der Polizeibeamte stets in allen Aufgabenbereichen wie Kriminalitätsbekämpfung, Gefahrenabwehr und Einsatz sowie in der 174

Verkehrspolizei verwendbar sein müssen.

Selbst wenn die einheitliche Mindestgröße rechtswidrig wäre, unterläge es Zweifeln, dass dies der Klage zum Erfolg verhelfen könnte. Denn nach den obigen Ausführungen ist eine Körpergröße von 163 cm die zwingende Untergrenze, die zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Polizei erforderlich ist und deshalb auch nicht aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten unterschritten werden darf. Eine Herabsetzung der Mindestgröße unter eine objektiv festgestellte Eignungsgrenze kommt unter keinem Gesichtspunkt in Betracht. 175

So auch OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 27. Januar 2017 - OVG 4 S 48.16 -, juris, Rn. 13; Köhlert, ZESAR 2018, 68 (72). 176

Die Rechtswidrigkeit der einheitlichen Mindestgröße von 163 cm unterstellt, könnte diese allenfalls durch eine höhere Mindestgröße für Männer beseitigt werden, die die Klägerin aber nicht beanspruchen kann und die ihr auch nicht zu ihrer Einstellung verhilft. 177

5. Ergibt sich danach schon aus der für den Einstellungsjahrgang 2017 zunächst geltenden Erlasslage bzw. der ständigen Verwaltungspraxis ein Größenerfordernis von 163 cm, kommt es nicht mehr darauf an, ob die Regelung im Erlass vom 23. Oktober 2017, wonach die Neuregelung der einheitlichen Mindestgröße von 163 cm im Erlass vom 6. Oktober 2017 auch für frühere Einstellungsjahrgänge gilt, rechtmäßig ist. 178

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. 179

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10 und 711 ZPO. 180

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO und des § 127 BRRG nicht vorliegen. 181

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE