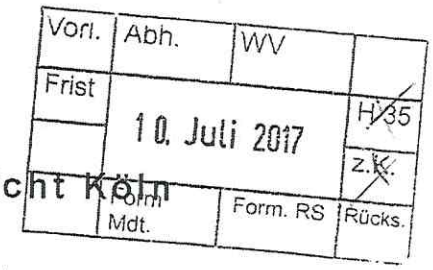


Verwaltungsgericht Köln

# Beschluss

**19 L 2266/17**

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Burkhard-Neuhaus, Neubert und andere, Westring 23,
44787 Bochum,

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten

Antragsgegner,

wegen Einstellung in den Polizeivollzugsdienst

hat die 19. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln
am 05.07.2017
durch
den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Dr. Vogt,
den Richter am Verwaltungsgericht Harperath,
den Richter Dr. Aßmann

beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragsteller vorläufig bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren 19 K 6645/17 zum Auswahlverfahren für den gehobenen Polizeivollzugsdienst im Land Nordrhein-Westfalen im Jahr 2017 zuzulassen.

   Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

2. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

**G r ü n d e**

Der Antrag des Antragstellers,

> den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung vorläufig, bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm eine weitere Teilnahme am Auswahlverfahren für die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen zu gestatten

ist zulässig – insbesondere ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO statthaft – und hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Im Hinblick auf die durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Garantie effektiven Rechtsschutzes ist der Antrag begründet, wenn der geltend gemachte Anspruch hinreichend wahrscheinlich ist (Anordnungsanspruch) und es dem Antragsteller schlechthin unzumutbar ist, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten (Anordnungsgrund). Die Voraussetzungen sind nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO glaubhaft zu machen.

Da die einstweilige Anordnung allein der Sicherung, nicht schon der Befriedigung von Rechten dient, darf sie die Entscheidung in der Hauptsache grundsätzlich nicht vor-

wegnehmen. Der Antragsteller erstrebt mit dem vorliegenden Antrag eine Vorwegnahme der Hauptsache, weil eine einstweilige Anordnung, mit der der Antragsgegner verpflichtet würde, ihn zum weiteren Auswahlverfahren für die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst im Jahr 2017 zuzulassen, bereits – wenn auch zeitlich begrenzt bis zur Entscheidung in der Hauptsache – genau die Rechtsposition vermitteln würde, die er in der Hauptsache erreichen könnte. In den Fällen, in denen der Erlass der begehrten Anordnung zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen würde, sind hohe Anforderungen an das Vorliegen der Voraussetzungen zu stellen. Nur wenn das Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache zu unzumutbaren Nachteilen führt und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg im Hauptsacheverfahren spricht, kann die begehrte einstweilige Anordnung erlassen werden.

Diese Voraussetzungen liegen vor.

Der Antragsteller hat zunächst den nötigen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

Das Abwarten einer Hauptsacheentscheidung ist dem Antragsteller nicht zumutbar, da sie für ihn zu spät käme. Bezogen auf die Einstellung in den Polizeivollzugsdienst im September 2017 besteht nach den Erkenntnissen der Kammer aus anderen Verfahren (19 L 1857/17) letztmalig in der 31. Kalenderwoche die Möglichkeit zur Teilnahme am Bewerbungsverfahren (PC-Test und Assessment-Center). Bis zu einem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens könnten – angesichts möglicher Rechtsmittelverfahren – mehrere Jahre vergehen. Bei dieser Sachlage ist dem Antragsteller, der den Wunsch und ein nachvollziehbares Interesse daran hat, die Weichen für seine berufliche Zukunft zeitnah zu stellen, auch die Verweisung auf eine erneute Bewerbung zu einem späteren Zeitpunkt nicht zumutbar.

Ferner hat der Antragsteller den notwendigen Anordnungsanspruch für eine Regelungsanordnung glaubhaft gemacht.

Der Ablehnungsbescheid vom 05.04.2017 erweist sich bei der im Rahmen des Eilverfahrens allein möglichen summarischen Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit als rechtswidrig. Dieser und die ihm im Wesentlichen zugrunde liegende Stellungnahme

des Polizeiarztes Dr. Pahlke vom 04.04.2017 bietet insofern keine tragfähige Grundlage für die erforderliche Prognoseentscheidung über die Polizeidiensttauglichkeit.

Wie bei der Einstellungsentscheidung selbst muss sich der Dienstherr auch schon bei der Entscheidung darüber, welcher Bewerber am Bewerbungsverfahren zur Einstellung teilnehmen darf, an Art. 33 Abs. 2 GG messen lassen. Allerdings vermittelt diese Grundrechtsnorm, gleichermaßen wie die zu ihrer Konkretisierung auf landesrechtlicher Ebene erlassenen Normen § 110 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LBG NRW i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 11 Abs. 1 LVO Pol NRW, keinen strikten Rechtsanspruch auf Zulassung zum Bewerbungsverfahren bzw. auf die Einstellung in ein Beamtenverhältnis. Der Dienstherr hat jedoch bei der Auswahl der Bewerber für das Bewerbungsverfahren den Grundsatz gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu beachten. Wenn die übrigen laufbahnrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, ist ein Ausschluss vom Bewerbungsverfahren nur gerechtfertigt, wenn es an der erforderlichen Eignung – etwa in gesundheitlicher Hinsicht –, der Befähigung sowie der fachlichen Leistung im Vergleich mit den Mitbewerbern mangelt. Insofern kann in den Polizeidienst nur eingestellt werden, wer nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 LVO Pol NRW polizeidiensttauglich ist. Die Entscheidung hierüber liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn, der bei seiner Entscheidung die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. § 9 BeamtStG zu beachten hat. Diese Vorschriften begründen grundrechtsgleiche Rechte der Bewerber auf ermessensfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl,

> vgl. BVerwG, Urteil vom 25.07.2013 – 2 C 12.11, juris; BVerfG, Beschluss vom 04.10.2012 – 2 BvR 1120/12, juris.

Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die nach Ansicht der Kammer auch auf den Polizeivollzugsdienst anwendbar ist

> m.w.N. VG Aachen, Beschluss vom 16.06.2016 – 1 L 344/16, juris Rn. 29 ff

darf Bewerbern die allgemeine gesundheitliche Eignung grundsätzlich nur dann abgesprochen werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Alters-

grenze Dienstunfähigkeit eintreten wird oder der Bewerber bis zur Pensionierung über Jahre hinweg regelmäßig krankheitsbedingt ausfallen und deshalb eine erheblich geringere Lebensdienstzeit aufweisen wird, als vom Gesetzgeber erwartet.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 25.07.2013 – 2 C 12.11, juris, Rn. 16, 24 ff., sowie vom 30.10.2013 – 2 C 16.12, juris Rn. 19 ff.

Die Prognose, ob der Bewerber den gesundheitlichen Anforderungen voraussichtlich genügen wird, ist aufgrund einer fundierten medizinischen Tatsachenbasis zu treffen. Der Arzt muss das Ausmaß der Einschränkung feststellen und deren voraussichtliche Bedeutung für die Leistungsfähigkeit sowie für die Erfüllung der dienstlichen Anforderung medizinisch fundiert einschätzen. In seiner Stellungnahme muss er Anknüpfungs- und Befundtatsachen darstellen, seine Untersuchungsmethoden erläutern und seine Hypothesen sowie deren Grundlage offen legen. Auf dieser Grundlage hat er unter Ausschöpfung der vorhandenen Erkenntnisse zum Gesundheitszustand des Bewerbers eine Aussage über die voraussichtliche Entwicklung des Leistungsvermögens zu treffen, die den Dienstherrn wiederum in die Lage versetzt, die Rechtsfrage der gesundheitlichen Eignung eigenverantwortlich zu beantworten.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 25.07.2013 – 2 C 12.11, juris Rn. 22 f., und vom 30.10.2013 – 2 C 16.12, juris Rn. 31.

Gemessen an diesen Grundsätzen bietet der Ablehnungsbescheid vom 10.04.2017 sowie die diesem maßgeblich zugrunde liegende Stellungnahme des Polizeiarztes Dr. Pahlke vom 10.04.2017 keine tragfähige Grundlage für die erforderliche Prognoseentscheidung über die Polizeidiensttauglichkeit.

Der Antragsgegner und der Polizeiarzt stützen sich für die Begründung der Polizeidienstunfähigkeit im Wesentlichen auf den aus den vorgelegten medizinischen Unterlagen bei dem Bewerber festgestellten Zustand nach Osteochondrosis dissecans am linken Kniegelenk. Im Verlauf dieser Erkrankung komme es zu einem knorpelnahen Knochensterben, wobei sich ein über den betroffenen Knochenbezirk befindliches Knorpelstück aus seinem Verband lösen könne. Durch das Knorpelsterben verliere die dazugehörige Knorpelregion zunehmend die Bindung zu ihren knöchernen Un-

tergrund. Schreite die Erkrankung weiter fort, lockere sich ein Knorpelstück oder ein Knorpel-/Knochenstück vollends aus dem übrigen Knorpelverband. Letztendlich bilde sich ein freier Gelenkkörper. Die operative Therapie stelle das Mittel der Wahl dar bei fortgeschrittener Erkrankung. Bei dem Antragsteller sei am 31.08.2012 wegen einer drittgradigen Osteochondrosis dissecans an der linken medialen Femurcondyle (Ausdehnung 2,5 x 1,5 cm) eine retrograde Anbohrung des OD-Herdes vorgenommen worden. Der postoperative Verlauf sei komplikationslos verlaufen. Hinsichtlich der Prognose stelle die Osteochondrosis dissecans eine schwerwiegende Erkrankung des betroffenen Gelenks dar. Nach der PDV 300, der bundeseinheitlichen Vorschrift zur ärztlichen Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit, in der auf Grund besonderer Sachkunde gewonnene, die spezifischen Anforderungen des Polizeivollzugsdienstes berücksichtigende ärztliche Erfahrungssätze zusammengefasst seien, stelle die „Osteochondrosis dissecans, auch nach Operation (...) (Merkmal-Nr. 4.4.1.) ein Merkmal dar, das die Polizeidiensttauglichkeit ausschließe. Bei der Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit werde nicht nur auf die Feststellung einer Krankheit und deren Behandlungsmöglichkeiten geachtet, sondern ein besonderes Augenmerk auf das Erfordernis einer uneingeschränkten Berufsausübung im Polizeivollzugsdienst bis über das sechzigste Lebensjahr hinaus mit seinen besonderen physischen und psychischen Beanspruchungen gelegt, wobei jede vermeidbare Form eines gesundheitlichen Risikos, auch im Interesse des Bewerbers, vermieden werden solle. Es gehe bei der Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit nicht nur um die Beurteilung der aktuellen Leistungsfähigkeit, sondern wesentlich auch darum, ob ein Bewerber mit einem gesundheitlichen Merkmal dauerhaft und eingeschränkt für alle polizeilichen Aufgabengebiete dienstlich eingesetzt werden könne, ohne ihn wegen des bestehenden Merkmals besonderen gesundheitlichen Risiken auszusetzen. Mit dem vorliegenden Befund könne der Antragsteller nicht dauerhaft für alle Funktion des Polizeivollzugsdienstes eingesetzt werden, ohne besonderen gesundheitlichen Risiko ausgesetzt zu sein.

Weder der Antragsgegner noch der Polizeiarzt legen allerdings dar, inwiefern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer Dienstunfähigkeit beim Antragsteller vor Erreichen der Altersgrenze oder eine erheblich geringere Lebensdienstzeit wegen über Jahre hinweg auftretender, regelmäßiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten besteht. Insbesondere wird nicht dargelegt, in welchem Maße für den

Antragsteller aufgrund der vermeintlichen Erkrankung Einschränkungen bestehen und inwiefern diese für die Leistungsfähigkeit und die langfristige Dienstfähigkeit bzw. höhere Ausfallzeiten als Polizeivollzugsbeamter relevant sind. Dies gilt umso mehr, als die vom Antragsteller vorgelegten Atteste – vorbehaltlich der Aufklärung in der Hauptsache – eine Genesung nahelegen. So geht aus dem ärztlichen Attest der Radiologie 360 Grad vom 24.03.2017 hervor, das bei dem MRT vom selben Tag bis auf ein nicht ossifizierendes Knochenfibrom (max 8 mm) am dorsolateralen distalen Femur ein „unauffälliger MRT-Befund" vorliege und „kein Nachweis einer Osteochondrosis dissecans" vorliege. Auch das ärztliche Attest vom 04.04.2017 der Gemeinschaftsärztehauses Luisenstraße 8 in Burscheid bestätigt, dass das linke Knie des Antragstellers bei der Untersuchung vom 27.03.2017 bandstabil, nicht schmerzhaft und voll beweglich gewesen sei. Die Beschwerden seien völlig ausgeheilt und der Antragsteller voll belastbar.

Die Polizeidienstuntauglichkeit kann entgegen der Auffassung des Antragsgegners nicht mit dem bloßen Hinweis darauf begründet werden, dass bei einem Einstellungsbewerber eine der in der PDV 300 bezeichneten Krankheiten oder Gesundheitsbeeinträchtigungen gegeben ist. Das Vorliegen einer in der PDV 300 bezeichneten Krankheit oder Gesundheitsbeeinträchtigung berechtigt für sich allein noch nicht zu der Annahme, dass sie nach Maßgabe des nach aktueller Rechtsprechung anzulegenden strengeren Prognosemaßstabs mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer Dienstunfähigkeit des Bewerbers vor Eintritt in den regulären Ruhestand führen wird. Die in den Anlagen zur PDV 300 aufgelisteten Ziffern bezeichnen nämlich Gesundheitsbeeinträchtigungen bzw. körperliche Zustände, bei deren Vorliegen der Dienstherr vor dem Hintergrund der überholten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. beispielsweise BVerwG, Urteil vom 18.07.2001 – 2 A 5/00 - und vom 25.02. 1993 – 2 C 27.90, juris) entweder von aktueller Dienstunfähigkeit ausgegangen ist oder prognostiziert hat, dass künftig gehäufte Erkrankung oder Leistungsschwächen wie auch vorzeitige Dienstunfähigkeit nicht mit einem hohen Wahrscheinlichkeitsgrad ausgeschlossen werden konnten.

Ebenso: VG Aachen, Beschluss vom 16.06.2016 – 1 L 344/16, juris Rn. 40.

Nach Auffassung der Kammer reicht es bezogen auf die hier vorliegende Teilnahme am Auswahlverfahren aus, dass der Ausschluss des Bewerbers vom Auswahlverfahren – hier des Antragstellers unter Bezugnahme auf die vorstehenden Ausführungen –fehlerhaft war. Denn anders als für die spätere Entscheidung über die Verplanung eines Beamten, sind an die Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs für die Zulassung zur Bewerbungsauswahl in der Abwägung der betroffenen Interessen geringere Anforderungen zu stellen. Würde dem Bewerber nämlich die Teilnahme am Bewerbungsverfahren unmöglich gemacht, würde dadurch sein grundrechtsgleiches Recht auf ermessensfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl stark beeinträchtigt. Umgekehrt wäre die Behörde für den Fall der ex post betrachtet unberechtigten Zulassung zum Bewerbungsverfahren angesichts fehlender gesundheitlicher Eignung nicht derart stark tangiert. Vorbehaltlich der im weiteren Auswahlverfahren erst noch festzustellenden fachlichen Eignung könnte sie beispielsweise anlässlich der Verplanung auf Lebzeit eine neuerliche amtsärztliche Begutachtung bei konkreten Zweifeln der gesundheitlichen Eignung herbeiführen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Es wurde der volle Auffangstreitwert in Ansatz gebracht, da der vorliegende Beschluss die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnimmt.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen Ziffer 1 dieses Beschlusses kann innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte - ERVVO VG/FG - vom 7. November 2012, GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander setzen.

Die Beteiligten müssen sich bei der Einlegung und der Begründung der Beschwerde durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung im übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen.

Gegen Ziffer 2 dieses Beschlusses kann innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, Beschwerde eingelegt werden. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Die Beschwerde ist schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, einzulegen.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerdeschrift sollte dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

Dr. Vogt Harperath Dr. Aßmann

VERWALTUNGSGERICHT KÖLN

Beglaubigt
Thöming, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle