

22.02.21
(Datum)

An die
Personalstelle für Referendare

Betr.: B-Klausurenkurs

In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs B ausgegebene Klausur mit der

Nr. 067 ÖR I

zur Korrektur. Mir ist bekannt, dass meine Klausur nur bei vollständiger
– lesbarer – Ausfüllung und Unterschrift korrigiert wird.

Ich erkläre, dass ich

1. Referendar im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,
2. an dem A-Klausurenkurs 02/20 teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat 06/21 die Examensklausuren schreiben werde.

Gutachten

A. Auftrag des Präsidenten
der Bundespolizeidirektion

Der Präsident der Bundespolizeidirektion bittet um rechtliche Prüfung des Widerspruchs des Herrn Torsten Meißner gegen die Weisung, während der Dienstzeit

keinen Ohrenschmuck zu tragen. Dabei kommt es dem Präsidenten darauf an, dass die Entscheidung „gerichts-fest“ ist und er nicht auslösslich des Verfahrens Meinungsanfragen im Auftrag geben muss.

Zudem bittet er um Handlungsempfehlungen für ein ggf. erforderliches weiteres Vorgehen innerhalb der Bundespolizei.

B. Zulässigkeit des Widerspruchs

Der Verwaltungsgerichtsweg ist gem. § 126 I BBG eröffnet.

Stoffigkeit

Nach § 126 II BBG ist vor allen Klagen ein Vorverfahren nach den Vorschriften des 8. Abschnitts der VwGO durchzuführen. Dies gilt nicht nur für Aufhebungs- und Verpflichtungsklagen, sondern auch für Leistungs- und Feststellungsklagen.

Stoff

Da sich das Vorverfahren nach der Art der Hauptsache rechtsbehelfs richtet, ist zu prüfen, ob in der Hauptsache - wie der Widerspruchsführer meint - eine Aufhebungsklage gem.

3
§ 42 I Alt. 1 VWGO
Stattrecht wäre. Dies
setzt voraus, dass die
Weisung einen Verwel-
tungsakt i.S.d. § 35 S. 1
VwVfG darstellt. Dafür
ist insbesondere erforder-
lich, dass die Maßnahme
Außenwirkung hat,
d.h. nicht nur darauf
abzielt, innerhalb der
Behörde Wirkungen zu
zeigen, sondern dass
die Rechtsposition des
Bürgers ~~als~~ als solche
betroffen ist. Bei Son-
derstatusverhältnissen
wie Polizeibeamter ist
zwischen dem Grund-
und dem Betriebsver-
hältnis zu differenzieren.
Für die Annahme eines
VA genügt es nicht,
dass das Grundverhält-
nis durch die Maßnahme
als eine mittelbare Folge

4
beeinträchtigt wird, vielmehr muss die Maßnahme gerade darauf abzielen, sich auf die persönliche Rechtsstellung des Beamten auszuwirken.

Hier ist der Widerspruchsführer durch die Weisung, während der Dienstzeit keinen Ohrschmuck zu tragen, zunächst nur in seinem Dienstverhältnis betroffen. Dies gilt auch deshalb, weil ein Ohring im Gegensatz zu einer Tätowierung nicht dauerhaft mit dem Körper verbunden ist, sondern leicht an- und abgelegt werden kann. Die Weisung bezieht sich allerdings auch auf die Anreise zum Dienstort mit der

deutschen Behr. Eine kostenlose Anreise ist nur möglich, wenn der Beamte die Uniform und insoweit auch keinen Ohrschmuck trägt. Damit wird er in seinem persönlichen Lebensbereich betroffen. Zu berücksichtigen ist aber, dass es dem Beamten auch möglich ist, in zivil mit der Deutschen Behr anzureisen. Dann muss er zwar eine Fahrkarte lösen. Daraus zeigt sich aber, dass die Weisung nicht darauf gerichtet ist, den Beamten in seiner persönlichen Rechtsstellung zu beeinflussen, sondern dies nur eine Nebenfolge der Weisung ist. Folglich liegt keine Außenwirkung und kein VA vor.

gut!

Der Widerspruch ist demnach als Leistungswiderspruch, gerichtet auf Aufhebung der Weisung als Reakt, stattheft.

Der Widerspruchsführer ist analog § 42 II VwGO widerspruchsbefugt, da er geltend macht, in Art. 2 I GG und § 7 I AGG verletzt zu sein.

Die Widerspruchsfrist gem. § 70 I 1 VwGO innerhalb eines Monats ab Bekanntgabe ist gewahrt. Der Widerspruch wurde formgerecht schriftlich bei der Bundespolizeiinspektion Flughafen erhoben.

Noch allemal ist der Widerspruch zulässig.

C. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist begründet, wenn die Weisung rechtswidrig und / oder unzweckmäßig ist,
§ 68 I 1 VwGO. ✓

I. Der Widerspruchsführer könnte zunächst in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG verletzt sein. ✓

1. Der Schutzbereich umfasst das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, wozu auch das Tragen von Ohrschmuck während der Dienstzeit gehört. Dessen Änderung des Sonderstatusverhältnis eines Polizeibeamten nichts. ✓

2. Die Weisung des Dienstherrn stellt einen staatlichen

Rechtsakt der, der unmittelbar, final und imperativ grundrechtsverkürzend wirkt, sodass ein klassischer Eingriff vorliegt. ✓

3. Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein.

Art. 2 I GG steht unter einfachem Gesetzesvorbehalt. Grundlage für die Weisung des Dienstherrn ist hier § 62 I 2 BBG, wonach Beamte verpflichtet sind, die dienstlichen Anordnungen ihrer Vorgesetzten auszuführen.

~~Verhältnismäßigkeit~~

Die auf dieser Grundlage ergangene Weisung müsste eine verfassungskonforme Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit darstellen, insbesondere verhältnismäßig sein. ✓

Die Regelung müsste einen legitimen Zweck verfolgen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Zweck ist ein einheitliches Erscheinungsbild der Polizeibeamten, das den polizeilichen Auftrag der Gewährleistung der inneren Sicherheit glaubhaft verkörpert, und dadurch größtmögliche Akzeptanz der Polizeibeamten in der Bevölkerung ermöglicht.

Das Tragen von Ohrschmuck während der Dienstzeit zu verbieten, ist diesem Zweck förderlich, da zumindest ein Teil der Bevölkerung ein solches Erscheinungsbild als störend empfindet, ~~was~~ was der Akzeptanz der Polizeibeamten entgegen stehen könnte.

~~Die Hauptfunktion ist also
gezeigt.~~

Bei der Frage, welches
Erscheinungsbild in der
Bevölkerung akzeptiert
wird, kommt dem Dienst-
herrn ein Einschätzungs-
und Beurteilungsspielraum
zu. Das Gericht prüft
dabei nicht vollumfassend,
sondern nur, ob die Ein-
schätzung des Dienstherrn
auf einer hinreichenden
Grundlage beruht und der
Sachverhalt sorgfältig
ermittelt wurde und eine
sachliche Abwägung statt-
gefunden hat. Das ist
hier der Fall. Aus der
umfassenden Studie der
Fachhochschule für öffent-
liche Verwaltung und
Rechtspflege in Bayern
ergibt sich nachvollziehbar,
von welchen Tatsachen

der Dienstherr ausgegangen ist. Die konkrete Einschätzung als Ergebnis der Auswertung der Studie ist gerichtlich nicht überprüfbar. Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Hinblick auf Art. 2 I GG liegt mithin nicht vor.

II. Der Widerspruchsführer beruft sich darüber hinaus auf eine Verletzung von § 7 I AGG. Dennoch dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden.

Das AGG gilt gem. § 24 Nr. 1 unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend für Beamte des Bundes.

§ 1 AGG verbietet eine
Benachteiligung wegen
des Geschlechts. Eine
solche liegt hier vor, da
der Erlass Ohrstecker
für Bundespolizei-
beamtinnen bis max.
5 mm für unbedenklich
erklärt, für männliche
Beamte hingegen nicht,
sodass für diese das
allgemeine Verbot des
Tragens von sichtbarem
Körperschmuck gilt.

Noch § 8 I AGG ist
eine unterschiedliche
Behandlung zulässig,
wenn dies wegen der
Art der auszuübenden
Tätigkeit oder der Be-
dingungen ihrer Aus-
übung eine wesentliche
und entscheidende

berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit gilt grundsätzlich das oben Gesagte, d.h. der Behörde steht ein gerichtlich beschränkter überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu, welche Anforderungen die Bevölkerung an das vertrauensvolle Auftreten von männlichen Polizeibeamten stellt.

Allerdings ist zu beachten, dass es sich hier auch um eine Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 III 1 GG handelt, für die der Wesentlichkeitsgrundsatz gilt, d.h. wesentliche Entscheidungen sind vom Gesetzgeber selbst zu

treffen und dürfen nicht durch Erlass geregelt werden. Schon deshalb ist der Erlass rechtswidrig und keine taugliche Grundlage für die Weisung.

Ein solch weitreichender Eingriff ist auch nicht von dem allgemeinen Weisungsrecht gem. § 62 I 2 BBG gedeckt.

Die Weisung ist deshalb wegen eines Verstoßes gegen die Wesentlichkeitstheorie nicht mit Art. 3 III 1 GG und entsprechend nicht mit § 7 I AGG vereinbar und deshalb rechtswidrig.

Dies gilt jedenfalls insoweit wie die Benachteiligung wegen

ebenso
streu
verbotbar

des Geschlechts reicht.
 Die Weisung kann also dahin-
 gehend aufrecht erhalten
 werden, dass dem Wider-
 spruchsführer lediglich
 untersezt wird, im Dienst
 einen Ohrstecker von mehr
 als 3 mm Größe zu tragen,
 was dem Hilfsentgeg des
 Widerspruchsführers ent-
 spricht.

Dass bis zum BMI-
 Erlass allen (männlichen
 und weiblichen)
 Bundespolizeibeamten
 das Tragen von Ohr-
 schmuck ausnahms-
 los untersezt war,
 berechtigt nicht dazu,
 die Ungleichbehandlung
 auf diese Weise zu
 beheben, da sich die
 weiblichen Beamtinnen
 auf eine Selbstbindung
 der Verwaltung
 berufen können,
 zumal nach den
 Ergebnissen der
 Studie Ohrschmuck
 bei weiblichen Polizisten
 nicht als störend
 empfunden wird.

D. Zweckmäßigkeitserwä-
 gungen und weiteres
 Vorgehen

Aufgrund des Ergebnisses
 des Gutachtens erscheint
 es zweckmäßig, dem
 Widerspruch insoweit statt-
 zugeben, als er die Auf-
 hebung der Weisung in
 Bezug auf 3mm große
 Ohrstecker begehrt, und
 im übrigen zurückzuweisen.

Die Abweichung bzw. Nichtanwendung des Erlasses ist erst nach Rücksprache mit der übergeordneten Behörde möglich. Das folgt aus § 63 II ~~III~~ BBG.

✓ Dennoch haben Beamte Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen unverzüglich bei der oder dem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen und ggf. zu den nächsthöheren Vorgesetzten zu werden. Wird die Anordnung - hier also die Regelungen des Erlasses - bestätigt, müssen die Beamten sich daran halten, sofern dies nicht gegen die Menschenwürde verstößt oder strafbar ist.

Der Sachverhalt sollte also zunächst mit

17
dem Vorgesetzten des
Präsidenten im Polizei-
präsidium Nord besprochen
werden.

Nach dem Auftrif des
Präsidenten soll der
Widerspruchsbescheid
entworfen werden
unabhängig davon,
ob ggf. vor dessen Erlass
behördeninterne Schritte
notwendig sind.

Praktischer Teil

Bundespolizeidirektion
Bad Bramstedt
Raeberg 6
24576 Bad Bramstedt
AZ: SB 32-161400-126/16

Dr. Logemann und Partner
Große Bleichen 8
20354 Hamburg

Ihr Widerspruch vom
28.11.2016

Sehr geehrter Herr Steffek,
in dem Widerspruchs-
verfahren Ihres Mandanten

Torsten Meißner, Wals-
roder Str. 25, 29614
Soltau

-Widerspruchsführer-

ergeht folgender

Widerspruchsbescheid

1. Die durch die Bundespolizeiinspektion Flughafen Hamburg am 10. 11. 2016 gegenüber ~~Etrem Mendonca~~ ~~ausgesprochene Weisung~~ dem Widerspruchsführer ausgesprochene Weisung wird dahingehend geändert, dass dem Widerspruchsführer lediglich untersagt wird, im Dienst einen Ohrstecker von mehr als 3 mm Größe zu tragen. Im übrigen wird der Widerspruch zurückgewiesen. ✓

~~2. Die Kosten des Verfahrens~~

2. Der Bescheid ergeht gebühren- und verfahrenskostenfrei.

3. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren wird für notwendig erklärt. ✓

Rechtsbehelfsbelehrung:
Klage beim VG Hamburg ✓

Begründung:

I.

Der Widerspruchsführer ist seit 1997 Bundespolizeibeamter und seit dem 16.07.2011 als Kontroll- und Streifenbeamter bei der Bundespolizeiinspektion Flughafen Hamburg eingesetzt.

Am 10.11.2016 erteilte der Inspektionsleiter der Bundespolizeiinspektion

21
für den Flughafen Homburg,
Herr POR Klein, die dienst-
liche Weisung, dass der
Widerspruchsführer während
der Dienstzeit keinen
Ohrschmuck und insbeson-
dere nicht seinen 3mm
großen Ohrstecher zur
Uniform tragen darf.

Zuvor hatte der unmittel-
bare Dienstvorgesetzte des
Widerspruchsführers, PKH
Leitner, diesen darauf
hingewiesen, dass nach
dem Erlass B II 1 - 652
100/120 des Bundes-
ministeriums des Innern
vom 12.05.2006 das
Tragen von Schmuck
einschließlich Ohrschmuck
für Bundespolizist:innen
und Bundespolizist:innen
tinnen grundsätzlich
unterseht sei und dass
Ausnahmen lediglich für

22
Bundespolizeibeamten
vorgesehen seien.

Der Widerspruchsführer
hat am 29. 11. 2016
Widerspruch erhoben.

Zur Begründung trägt
er vor, dass er durch
die Weisung in seinem
persönlichen Lebensbereich
betroffen sei, da sich die
Weisung auch auf die
Anreise zum Dienstart
beziehe.

Die Weisung und der
zugrunde liegende Erlass
des Bundesinnenministe-
riums seien rechtswidrig
und würden insbesondere
gegen Art. 2 I GG und
§ 7 I AGG verstoßen.

In der Bevölkerung sei
allgemein akzeptiert, dass
auch Männer Ohrenschmuck
tragen. Der Dienstvorgesetzte
habe nicht ausreichend

dargelegt, ob und wie er die tatsächlichen aktuellen Verhältnisse bezüglich der allgemeinen Akzeptanz polizeilicher Erscheinungsbilder mit Blick auf Ohrschmuck bei männlichen Beamten berücksichtigt habe.

Der Widerspruchsführer ist vielmehr der Auffassung, dass die Vorgesetzten lediglich ihre eigenen ästhetischen Vorstellungen durchzusetzen versuchten. Dies könne nicht als Grundlage für einen Eingriff in seine Grundrechte.

Der Widerspruchsführer beantragt,

die Weisung vom 10. 11. 2016 aufzuheben, hilfsweise dahingehend zu ändern,

des dem Widerspruchsführer
lediglich untersegt wird,
im Dienst einen Ohstecker
von mehr als 3mm Größe
zu tragen,
sowie die Zuziehung
eines Bevollmächtigten
für notwendig zu erklären.

II.

Der Widerspruch ist
zulässig, aber nur
teilweise begründet.

Die Zulässigkeit des
Widerspruchs folgt aus
§ 26 II 1 BBG. Danach
ist vor allen Klagen der
Beamten ein Vorverfahren
nach den Vorschriften
des 8. Abschnitts der
VwGO durchzuführen.

Der Widerspruch ist
insoweit begründet, als
dem Widerspruchsführer

untersagt wurde, im Dienst jegliche Art von Ohrschmuck unabhängig von der Größe zu tragen. Insoweit ist der Erlass des Bundesinnenministerium keine ausreichende Grundlage für eine unterschiedliche Behandlung von weiblichen und männlichen Bundespolizeibeamten. Es handelt sich um eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts i.S.v. Art. 3 III GG, die nur unter besonderen Anforderungen und nur vom Gesetzgeber geregelt werden darf.

Im übrigen ist der Widerspruch jedoch unbegründet. Die Weisung, keine Ohrstecker von mehr als 3mm Größe zu tragen, ist von der allgemeinen Folgepflicht gem. § 62 I 2 BBG gedeckt.

26
Insoweit steht dem
Dienstherrn ein Beurteilung
spielraum zu, welche
Anforderungen an das
äußerliche Erscheinungs-
bild von Bundespolizei-
beamten zu stellen sind.
Hier beruht die Einschätz-
ung ~~des Bundesinnen-~~
~~ministeriums~~, dass grund-
sätzlich kein sichtbarer
Korperschmuck zu tragen
ist, auf einer Studie
der Fachschule für
öffentliche Verwaltung
und Rechtspflege in
Bayern aus dem Jahr 2010.
Die Einschränkung, die
für den Widerspruch-
führer mit der Weisung
eingerichtet, ist im Hin-
blick auf den Zweck,
eine größtmögliche
Akzeptanz von Polizei-
beamten in der Be-
völkerung zu erreichen,
verhältnismäßig.

Mit freundlichen Grüßen
Marquardt, Bundespolizeidirektion
Bad Bramstedt

eine sehr ordentliche Klausur, sauber, stringent und nachvollziehbar aufgebaut; bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Gleichheitsprüfung hätten Sie noch mehr herausholen können.

Den Auftrag beschreiben Sie sehr gut.

Die Zulässigkeit des Widerspruchs prüfen Sie sehr ordentlich. Auf S. 2 wäre es schön gewesen, wenn Sie deutlich gemacht hätten, dass Sie die Statthaftigkeit prüfen. Es bleibt auch etwas unklar, warum Sie die VA-Qualität prüfen, aber das ist ein Problem der Aufgabenstellung (eigentlich ist diese Prüfung komplett unnötig, es sollte aber auf alle Rechtsfragen eingegangen werden...). VA prüfen Sie sehr gut. Die Nichtabhilfe hätten Sie noch erwähnen können.

Die Begründetheit beginnen Sie wiederum sehr gut. Die Eingriffsrechtfertigung (Verhältnismäßigkeit) ist in der Sache überzeugend; Ihre Argumentation hätte aber eingehender sein können; unglücklich auch, dass Sie an dieser Stelle mit keinem Wort auf den BMI-Erlass eingehen, der Dreh- und Angelpunkt der Klausur ist.

Die AGG-Prüfung gelingt zunächst auch gut, eine Verletzung des Wesentlichkeitsgrundsatzes liegt aber eher fern. Die Rechtsprechung hält den hier gegenständlichen Eingriff für vergleichsweise unbedeutend (was auch nahe liegt). Sie hätten hier für Ihre Position wesentlich mehr/besser argumentieren müssen.

Zweckmäßigkeitserwägungen sind gut gelungen, insbesondere § 63 II BBG sehen Sie zutreffend.

Im Widerspruchsbescheid hätten Sie auf Ihre Rechtsausführungen im Gutachten verweisen können / sollen. Eine Kostengrundentscheidung war notwendig (trotz Gebühren- und Verfahrenskostenfreiheit bleiben noch die Aufwendungen der Beteiligten).

11 Punkte