



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 2 B 136.11  
OVG 4 B 20.10

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 20. Februar 2012  
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz,  
Dr. Maidowski und Dr. Hartung

beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. August 2011 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

- 1 Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers kann keinen Erfolg haben. Der Kläger hat nicht gemäß § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO dargelegt, dass die geltend gemachten Revisionszulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO und des Verfahrensmangels nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO vorliegen.
- 2 Der 1967 geborene Kläger, der als Polizeikommissar im Dienst des Beklagten steht, will über die Vollendung des 42. Lebensjahres hinaus im Spezialeinsatzkommando (SEK) verwendet werden. Der Beklagte hat ihn entsprechend der ständigen Praxis bei Erreichen der Altersgrenze auf einen Dienstposten außerhalb des SEK umgesetzt. Der Kläger macht geltend, er sei den besonders hohen Anforderungen der Verwendung im SEK nach wie vor gewachsen; die vom Beklagten angewandte Altersgrenze stelle eine unzulässige Altersdiskriminierung dar.
- 3 Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. In dem Berufungsurteil hat das Oberverwaltungsgericht ausgeführt, die Altersgrenze des vollendeten 42. Lebensjahres sei von der Organisationsgewalt des Beklagten gedeckt und verstoße nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Benachteiligung wegen des Alters. Sie sei sowohl nach § 10 AGG als auch nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Die Altersgrenze stelle ein angemessenes Mittel dar, um die Einsatzfähigkeit des SEK sicherzustellen. Aufgrund der Aufgaben und Einsatzbedingungen des SEK würden an dessen Mitglieder höchste körperliche Anforderungen ge-

stellt, die weit über die Anforderungen des Polizeivollzugsdienstes hinausgingen. Die Erfüllung dieser Anforderungen sei wegen der typischerweise nachlassenden körperlichen Leistungsfähigkeit in einem Alter von mehr als 40 Jahren nicht mehr gewährleistet. Die legitimen Interessen an ausgewogenen Altersstrukturen und einer zuverlässigen Personalplanung für das SEK berechtigten den Beklagten, auf eine individuelle Prüfung der Leistungsfähigkeit zu verzichten. Die Altersgrenze sei für die betroffenen Polizeibeamten zumutbar, weil sie lediglich den Dienstposten wechseln müssten.

- 4 Zu den Grundsatz- und Verfahrensrügen des Klägers ist zu sagen:
- 5 Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei einer Ungleichbehandlung wegen des Alters, die bereits nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG (RL) gerechtfertigt ist, nicht mehr zu prüfen, ob sie auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 RL gerechtfertigt sein könnte. Liegen die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 RL vor, steht fest, dass die Ungleichbehandlung wegen des Alters unionsrechtlich zulässig ist (EuGH, Urteil vom 12. Januar 2010 - Rs. C-229/08, Wolf - NVwZ 2010, 244 Rn. 45). Dies muss wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010 - Rs. C-555/07, Küçükdeveci - NJW 2010, 427 Rn. 45 f.) auch für das Verhältnis von § 8 Abs. 1 und § 10 AGG gelten, durch die der Gesetzgeber Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 RL inhaltsgleich in das deutsche Recht umgesetzt hat.
- 6 Daraus folgt, dass die Rechtsauffassungen des Oberverwaltungsgerichts, die Altersgrenze für das SEK sei sowohl nach § 8 Abs. 1 AGG (Art. 4 Abs. 1 RL) als auch nach § 10 AGG (Art. 6 Abs. 1 RL) zulässig, das Berufungsurteil jeweils selbstständig tragen. Ist ein Urteil aber nebeneinander auf mehrere, selbstständig tragende Erwägungen gestützt, kann die Revision nur zugelassen werden, wenn im Hinblick auf jede dieser Erwägungen ein Zulassungsgrund geltend gemacht wird und vorliegt (stRspr; vgl. nur Beschlüsse vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 VwGO n.F. Nr. 26 S. 15 und vom 22. Mai 2008 - BVerwG 9 B 34.07 - Buchholz 442.09 § 18 AEG Nr. 65 Rn. 9).

- 7 In Bezug auf den Bedeutungsgehalt von § 8 Abs. 1 AGG (Art. 4 Abs. 1 RL) will der Kläger rechtsgrundsätzlich geklärt wissen, welche Anforderungen an den Nachweis (Grad der Substantiierung und Beweismaß) zu stellen sind, dass ein bestimmtes Alter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Insbesondere müsse geklärt werden, ob § 8 Abs. 1 AGG fordere, dass die Bedeutung des Lebensalters für die Erfüllung der beruflichen Anforderungen durch berufsbezogene arbeits- und sportmedizinische Untersuchungen oder statistische gutachterliche Erhebungen nachgewiesen werden müsse.
- 8 Diese Frage kann nicht zur Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO führen, weil sie durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) geklärt ist (vgl. Beschluss vom 24. Januar 2011 - BVerwG 2 B 2.11 - NVwZ-RR 2011, 329 Rn. 4).
- 9 Nach dieser Rechtsprechung stellt eine Altersgrenze für Berufszugang oder Berufsausübung eine Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne von Art. 1, Art. 2 Abs. 1 und 2 Buchst. a RL (§ 7 i.V.m. § 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG) dar. Ihre Zulässigkeit nach Art. 4 Abs. 1 RL (§ 8 Abs. 1 AGG) setzt voraus, dass durch das Lebensalter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung erfasst wird. Dies ist der Fall, wenn die Berufsausübung das Vorhandensein besonderer körperlicher Fähigkeiten erfordert und diese Fähigkeiten altersabhängig sind (EuGH, Urteile vom 12. Januar 2010 a.a.O. Rn. 40 f. und vom 13. September 2011 - Rs. C-447/09, Prigge u.a. - NJW 2011, 3209 Rn. 67). Der nach Art. 4 Abs. 1 RL erforderliche rechtmäßige Zweck für die Ungleichbehandlung liegt vor, wenn dadurch die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren eines Notfalldienstes gewährleistet werden soll (EuGH, Urteil vom 12. Januar 2010 a.a.O. Rn. 38). Schließlich muss die Ungleichbehandlung angemessen, d.h. bei Abwägung der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen verhältnismäßig sein. Bei der Wahl der Maßnahme zur Verfolgung des rechtmäßigen Zwecks ist den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eröffnet (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - Rs. C-159/10 und 160/10, Fuchs und Köhler - NVwZ 2011, 1249 Rn. 61 f.).

- 10 Dagegen gibt die Richtlinie 2000/78/EG nicht vor, welche Anforderungen an den Nachweis der Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung wegen des Alters zu stellen sind. Dies gilt sowohl für die Eignung und Auswahl der Beweismittel als auch für die Beurteilung ihrer Beweiskraft, d.h. den Grad an Genauigkeit, den sie aufweisen müssen. Die Beurteilung, ob Tatbestände auf eine Verletzung des Verbots der Altersdiskriminierung schließen lassen, bleibt den Gerichten und anderen zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten überlassen, die hierbei die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anzuwenden haben (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011 a.a.O. Rn. 79 f.).
- 11 Danach gelten auch für Sachaufklärung und Beweiswürdigung im Bereich der Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 8 Abs. 1 (Art. 4 Abs. 1 RL) und § 10 AGG (Art. 6 Abs. 1 RL) die allgemeinen verwaltungsprozessrechtlichen Regeln der §§ 86 und 108 VwGO. Die Verwaltungsgerichte haben nach erschöpfender Sachaufklärung nach den Regeln der freien Beweiswürdigung gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu entscheiden, ob die Zulässigkeit einer altersbedingten Ungleichbehandlung nachgewiesen ist. Dabei sind ihnen keine generellen Maßstäbe für den Aussage- und Beweiswert der einzelnen zum Prozessstoff gehörenden Beweismittel, Erklärungen und Indizien vorgegeben. Insbesondere besteht keine Rangordnung der Beweismittel; diese sind grundsätzlich gleichwertig (stRspr, vgl. nur Urteil vom 3. Mai 2007 - BVerwG 2 C 30.05 - Buchholz 310 § 108 Abs. 1 VwGO Nr. 50 Rn. 16).
- 12 Im Hinblick auf § 8 Abs. 1 AGG rügt der Kläger auch, die tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts reichten nicht aus, um beurteilen zu können, ob das altersbedingte Nachlassen der körperlichen Leistungsfähigkeit ein Ausscheiden aus dem SEK mit Vollendung des 42. Lebensjahres rechtfertige. Das Oberverwaltungsgericht habe gegen seine Pflicht zur erschöpfenden Sachaufklärung nach § 86 Abs. 1 VwGO verstoßen, weil es sich auf die Angaben des Leiters des Polizeiärztlichen Dienstes gestützt habe, anstatt ein gerontologisches, arbeits- und sportmedizinisches Gutachten einzuholen.
- 13 Nach § 86 Abs. 1 Satz 2 VwGO entscheiden die Tatsachengerichte über die Art der heranzuziehenden Beweismittel und den Umfang der Beweisaufnahme

nach Ermessen. Dies gilt für die Einholung eines Sachverständigengutachtens auch dann, wenn eine solche Maßnahme der Sachverhaltsermittlung wie hier von einem Beteiligten angeregt worden ist. Die unterlassene Einholung eines Gutachtens verstößt nur dann gegen die Sachaufklärungspflicht, wenn sich dem Gericht eine derartige Beweiserhebung aufdrängen musste. Dies ist der Fall, wenn die vorliegenden Unterlagen dem Gericht nicht diejenige Sachkunde vermitteln können, die zur Feststellung und Würdigung des Sachverhalts erforderlich ist. Liegen dem Gericht bereits Gutachten oder sachverständige Äußerungen zu einem Beweisthema vor, muss es ein zusätzliches Gutachten nur einholen, wenn das vorhandene von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, inhaltliche Widersprüche oder fachliche Mängel aufweist oder Anlass zu Zweifeln an der Sachkunde oder Unparteilichkeit des Gutachters besteht. Die Verpflichtung zur Einholung eines weiteren Gutachtens folgt nicht schon daraus, dass ein Beteiligter das vorliegende Gutachten für unzureichend hält (stRspr; vgl. nur Beschlüsse vom 26. Februar 2008 - BVerwG 2 B 122.07 - ZBR 2008, 257 <259> und vom 4. November 2008 - BVerwG 2 B 19.08 - Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 370 Rn. 11).

- 14 Nach diesen Grundsätzen hat das Oberverwaltungsgericht seiner Pflicht genügt, den Zusammenhang zwischen Lebensalter und körperlicher Eignung für die weitere Verwendung im SEK aufzuklären. Es war aufgrund der Erläuterungen des Leiters des Polizeiärztlichen Dienstes in der Lage, die Angemessenheit der Altersgrenze des vollendeten 42. Lebensjahres zu beurteilen.
- 15 Der vom Kläger geäußerte Vorbehalt, der Leiter des polizeiärztlichen Dienstes stehe im Dienst des Beklagten, ist nicht geeignet, das Vertrauen in dessen Unparteilichkeit zu erschüttern. Polizeiärzte sind ebenso wie Amtsärzte zu Neutralität und Unabhängigkeit verpflichtet; sie stehen von Amts wegen Dienststelle und Beamten gleichermaßen fern (Urteile vom 9. Oktober 2002 - BVerwG 1 D 3.02 - juris Rn. 22 und vom 11. Oktober 2006 - BVerwG 1 D 10.05 - Buchholz 232 § 73 BBG Nr. 30 Rn. 37). Einen konkreten tatsächlichen Anhaltspunkt, der zu Zweifeln an der Unparteilichkeit hätte Anlass geben können, hat der Kläger nicht genannt.

- 16 Auch bestehen keine Zweifel an der Sachkunde des Leiters des polizeiärztlichen Dienstes. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Polizeiarzt die für den Dienst im SEK erforderliche Leistungsfähigkeit besonders sachkundig beurteilen kann. Zum einen sind diesen Ärzten Aufgaben und Einsatzbedingungen dieser Einheit vertraut, zum anderen können sie aufgrund ihrer Erfahrungen aus der dienstlichen Praxis am besten beurteilen, wie sich das zunehmende Alter auf die Bewältigung der im SEK gestellten Aufgaben auswirkt.
- 17 Wie sich aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergibt, hat der Leiter des Polizeiärztlichen Dienstes plausibel und anschaulich erläutert, dass ab dem 40. Lebensjahr typischerweise mit einem Nachlassen der körperlichen Leistungsfähigkeit zu rechnen ist und sich dies auf die Erfüllung der beim SEK gestellten Anforderungen auswirken kann. Der Kläger hat nicht dargelegt, welche vom Obergericht verwertete Aussage des Polizeiarztes aus medizinischer Sicht fehlerhaft oder fragwürdig sein könnte. Seine Behauptung, allein eine gerontologische, arbeits- und sportmedizinische Begutachtung könne den Zusammenhang zwischen Lebensalter und körperlicher Leistungsfähigkeit klären, hat er nicht begründet.
- 18 Die sachkundigen Angaben des Leiters des Polizeiärztlichen Dienstes sind auch deshalb ausreichend gewesen, weil dem Beklagten bei der Festlegung der Altersgrenze für das SEK ein Einschätzungsspielraum zusteht. Bei dessen Ausübung darf er sich zum einen an typischen Erkenntnissen und Erfahrungen orientieren. Zum anderen ist er aufgrund der besonderen Aufgaben des SEK berechtigt, die Altersgrenze so festzulegen, dass bereits die Möglichkeit einer Gefährdung der Einsatzfähigkeit des SEK ausgeschlossen ist. Schließlich darf er den anderen Aufgaben der Teamleiter des SEK und deren Vertreter durch eine höhere Altersgrenze Rechnung tragen.
- 19 Auch die vom Kläger als rechtsgrundsätzlich aufgeworfenen Fragen zur Auslegung des § 10 Satz 1 und 2 AGG (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL), nämlich zum Bedeutungsgehalt des Begriffs legitimes Ziel und zu den Anforderungen an dessen Nachweis, können nicht zur Zulassung der Revision führen. Sie sind nicht entscheidungserheblich, weil die Rügen des Klägers gegen die Erwägung des

Oberverwaltungsgerichts, die Zulässigkeit der Altersgrenze für das SEK ergebe sich aus § 8 Abs. 1 AGG (Art. 4 Abs. 1 RL), wie dargelegt keinen Erfolg haben. Damit steht fest, dass das Berufungsurteil mit dieser selbstständig tragenden Erwägung Bestand hat.

- 20 Darüber hinaus sind diese Fragen durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt: Der EuGH hat entschieden, dass das Interesse des öffentlichen Arbeitgebers (Dienstherrn) an ausgewogenen Altersstrukturen und einer daran orientierten Personalplanung ein legitimes Ziel im Sinne von Art. 6 Satz 1 RL darstellt. Die Angemessenheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme, die ein derartiges Ziel verfolgt, ist nachgewiesen, wenn sie nicht unvernünftig erscheint und auf Beweismittel gestützt ist, deren Beweiskraft das nationale Gericht zu beurteilen hat. Art. 6 RL enthält weder Vorgaben für Art und Umfang der Sachaufklärung noch für die Beweiswürdigung (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011 a.a.O. Rn. 50, 61 und 82).
- 21 Kommt es auf § 10 AGG (Art. 6 Abs. 1 RL) nicht entscheidungserheblich an, kann die darauf bezogene Aufklärungsrüge des Klägers, das Oberverwaltungsgericht habe keinen Beweis über das Vorliegen der vom Beklagten angeführten Ziele der Altersgrenze erhoben, von vornherein keinen Verstoß gegen die gerichtliche Sachaufklärungspflicht nach § 86 Abs. 1 VwGO begründen.
- 22 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 2 GKG. Eine Erhöhung des Auffangstreitwerts ist nicht gerechtfertigt, weil der Kläger mit den drei Klageanträgen ein einheitliches Rechtsschutzbegehren, nämlich die weitere Verwendung im SEK, verfolgt.

Dr. Heitz

Dr. Maidowski

Dr. Hartung