

## Verwaltungsgerichte

### Bundesverwaltungsgericht

#### **16 \* Unzulässigkeit der generellen Höchstaltersgrenze für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige**

AGG §§ 2 I Nr. 1, 3 I 1, 6 III, 10 S. 1, 2; RL 2000/78/EG; Sachverständigenordnung der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern §§ 2 IV, 22

1. Das mit der öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen verfolgte Ziel, einen geordneten Rechtsverkehr sicherzustellen, ist kein legitimes Ziel nach § 10 AGG i. V. mit Art. 6 I der Richtlinie 2000/78/EG, das eine generelle Höchstaltersgrenze rechtfertigen könnte.
2. Das Lebensalter steht nicht i. S. von § 8 I AGG i. V. mit Art. 4 I der Richtlinie 2000/78/EG in innerem Zusammenhang mit einer besonderen Anforderung an die Art der beruflichen Betätigung eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen in den Sachgebieten „EDV im Rechnungswesen und Datenschutz“ sowie „EDV in der Hotellerie“.
3. Die Festlegung einer Höchstaltersgrenze in einer Sachverständigenordnung dient jedenfalls in den vorgenannten Sachgebieten nicht i. S. von Art. 2 V der Richtlinie 2000/78/EG den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit, der Verhütung von Straftaten oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

BVerwG, Urt. v. 1. 2. 2012 – 8 C 24/11 (VGH München)

**Zum Sachverhalt:** Der am 26. 4. 1936 geborene Kl. wandte sich gegen die Versagung seiner weiteren öffentlichen Bestellung zum vereidigten Sachverständigen. Er war auf Grund einer einmaligen befristeten Verlängerung bis zur Vollendung seines 71. Lebensjahres im Jahre 2007 öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für die Sachgebiete „Anwendung der EDV im Rechnungswesen und Datenschutz“ sowie „EDV in der Hotellerie“. Seinen Antrag vom 12. 1. 2007 auf Verlängerung der Bestellung um fünf, hilfsweise um vier Jahre lehnte die beklagte Industrie- und Handelskammer mit Bescheid vom 1. 3. 2007 mit der Begründung ab, eine Bestellung erlösche nach ihrer Sachverständigenordnung (SVO), wenn der Sachverständige das 68. Lebensjahr vollendet habe; sie könne nur einmal verlängert werden, längstens bis zur Vollendung des 71. Lebensjahres.

Nach erfolglosem Widerspruch hat der Kl. Klage erhoben, mit der er unter Berufung auf die Richtlinie 2000/78/EG des Europäischen Rates vom 27. 11. 2000 (ABIEG Nr. L 303 v. 2. 12. 2000, S. 16) und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14. 8. 2006 (BGBl II 2006, 1897) im Wesentlichen geltend gemacht hat, die ihm entgegengehaltene Höchstaltersgrenze verstößt gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.

Klage und Berufung hatten keinen Erfolg (VG München, Urt. v. 11. 3. 2008 – 16 K 07.2565, BeckRS 2011, 49241; VGH München, DS 2009, 235). Die dagegen gerichtete Revision des Kl. ist vom erkennenden Senat zurückgewiesen worden (BVerwGE 139, 1 = NVwZ 2011, 569 = NZA-RR 2011, 233 = DS 2011, 160 = NJW 2011, 1896 L). Zwar sei das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf die öffentliche Bestellung von Sachverständigen anwendbar. In der Ablehnung der begehrten Neubestellung wegen Überschreitens der Höchstaltersgrenze liege auch eine ungleiche Behandlung wegen des Alters. Diese sei jedoch gerechtfertigt. Das vom Normgeber verfolgte Ziel der Gewährleistung eines geordneten Rechtsverkehrs sie legitim i. S. des § 10 S. 1 AGG, auch wenn es kein sozialpolitisches Ziel i. S. der Richtlinie 2000/78/EG sei. Die in dieser Regelung beispielhaft genannten sozialpolitischen Ziele (Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt, berufliche Bildung) stellten nur eine von mehreren Kategorien legitimer Ziele dar. Dieses Urteil hat das BVerfG (NVwZ

2012, 297 = NZA 2012, 202 = DS 2011, 396 = NJW 2012, 518 L) aufgehoben und an das BVerwG mit der Begründung zurückverwiesen, es sei unter Verstoß gegen die Pflicht zur Vorlage an den EuGH ergangen.

Nunmehr hatte die Revision Erfolg.

**Aus den Gründen: [10]** II. (...) Das Urteil des VGH verstößt gegen revisibles Recht (1) und erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (2). Die Bekl. ist gem. § 113 V 2 VwGO zu verpflichten, über den Antrag des Kl. vom 12. 1. 2007 auf Verlängerung seiner öffentlichen Bestellung als Sachverständiger um fünf Jahre – gerechnet von der Vollendung seines 71. Lebensjahres an – unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden (3).

[11] 1. Die auf § 22 II i. V. mit I lit. d der SVO 2002/2008 der Bekl. gestützte Ablehnung des Verlängerungsantrags stellt eine Diskriminierung wegen des Alters im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 14. 8. 2006 (BGBl II, 1897), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. 2. 2009 (BGBl I, 160), dar, die entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht durch § 10 AGG gerechtfertigt ist.

[12] a) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist auf die öffentliche Bestellung von Sachverständigen anwendbar. Die in Rede stehende Höchstaltersgrenze stellt i. S. des § 2 I Nr. 1 AGG eine Bedingung für den Zugang zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit dar. Dem steht nicht entgegen, dass der Kl. seine selbstständige berufliche Tätigkeit als Sachverständiger für die von ihm gewählten Sachgebiete auch ohne die begehrte öffentliche Bestellung ausüben kann, so dass es sich im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) nicht um eine Regelung der Berufswahl, sondern der Berufsausübung handelt. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG des Europäischen Rates vom 27. 11. 2000 (ABIEG Nr. L 303 v. 2. 12. 2000, S. 16) und ist deshalb im Lichte dieser unionsrechtlichen Regelung auszulegen. Danach wird der Zugang zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit bereits dann beschränkt, wenn die Höchstaltersgrenze geeignet ist, die Nachfrage nach den vom Kl. angebotenen Dienstleistungen tatsächlich zu beschränken (EuGH, Slg. 2010, I-71 = NJW 2010, 587 = EuZW 2010, 137 = NZA 2010, 155 Rdnr. 33 – Domnica Petersen). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, wie der Senat bereits entschieden hat (BVerwGE 139, 1 = Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 274 = DS 2011, 160 = NVwZ 2011, 569 = NZA-RR 2011, 233 Rdnrn. 22 ff. = NJW 2011, 1896 L).

[13] Die Einwände der Bekl. und der Bet. zu 2 geben zu einer anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage keine Veranlassung. Zwar hat der EuGH in der Sache Petersen eine Nachfragebeschränkung in einem Fall bejaht, in dem der Berufstätige – ein Zahnarzt – infolge der Altersbeschränkung seine Dienstleistungen als Vertragszahnarzt der Krankenkassen gegenüber ca. 90% seiner Kunden nicht mehr erbringen durfte. Die Bekl. weist insoweit zu Recht darauf hin, dass im Gegensatz dazu im vorliegenden Fall die Versagung der öffentlichen Bestellung kein rechtliches Hindernis errichtet, die Dienstleistung eines Sachverständigen weiterhin zu erbringen. Folge der in Rede stehenden Höchstaltersgrenze ist aber eine tatsächliche Nachfrageminderung. Das gilt selbst dann, wenn, wie die Bekl. behauptet, bei der Versagung einer öffentlichen Bestellung eines Sachverständigen die Nachfrage tatsächlich allenfalls um 10% zurückgeht. Die Rechtsprechung des EuGH kann nicht dahin verstanden werden, dass eine beachtliche Beeinträchtigung erst bei einer Nachfrageminderung von 90% anzunehmen sei.

[14] b) Die Höchstaltersgrenze in § 22 I lit. d, II sowohl in der Fassung der geltenden Satzung der Bekl. vom 22. 3. 2010 als auch in deren Vorläuferrassungen stellt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters i. S. von § 3 I 1 AGG dar. Diese Benachteiligung ist gem. §§ 6 III, 7 I AGG grundsätzlich unzulässig. Entgegen der Auffassung des VGH ist sie auch nicht nach § 10 AGG ausnahmsweise zulässig.

[15] Nach § 10 S. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die weiteren Voraussetzungen des § 10 AGG erfüllt sind. Die in Rede stehende Höchstaltersgrenze verfolgt das Ziel, im Interesse eines reibungslosen Rechtsverkehrs und einer funktionierenden Rechtspflege allen Behörden, Gerichten und privaten Interessenten für komplizierte Sachverhaltsfeststellungen und Prüfungen kompetente und glaubwürdige Fachleute anzubieten; schwierige und zeitraubende Nachforschungen über den Ruf und die Eignung des Gutachters sollen durch die öffentliche Bestellung entbehrlich werden (BVerwGE 139, 1 = DS 2011, 160 = NVwZ 2011, 569 = NZA-RR 2011, 233 Rdnr. 30 = NJW 2011, 1896 L, unter Bezugnahme auf BVerfGE 86, 28 = NJW 1992, 2621). Das ist kein legitimes Ziel i. S. des § 10 S. 1 AGG.

[16] Welche Ziele hiernach legitim sind, bestimmt sich – nach der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung – nach Art. 6 I 1 der Richtlinie 2000/78/EG. Diese versteht unter einem legitimen Ziel „insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung“. Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich hieraus, dass legitim in diesem Sinne nur sozialpolitische Ziele sind (EuGH, NJW 2011, 3209 = EuZW 2011, 751 Rdnr. 81 – Prigge m. w. Nachw.). An seiner abweichenden Auffassung, die er noch in seinem Urteil vom 26. 1. 2011 vertreten hatte (BVerwGE 139, 1 = DS 2011, 160 = NVwZ 2011, 569 = NZA-RR 2011, 233 Rdnrs. 31 ff. = NJW 2011, 1896 L), hält der Senat nicht fest.

[17] Die Gewährleistung eines geordneten Rechtsverkehrs stellt kein sozialpolitisches Ziel im dargelegten Sinne dar. Das hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 26. 1. 2011 (BVerwGE 139, 1 = DS 2011, 160 = NVwZ 2011, 569 = NZA-RR 2011, 233 Rdnr. 31 = NJW 2011, 1896 L) entschieden. Das Vorbringen der Bekl. und der Bet. zu 2 bietet keinen Anlass, hiervon abzurücken. Zwar wäre die Absicht des Normgebers, durch eine Höchstaltersgrenze jüngeren Bewerbern bessere Zugangschancen zu eröffnen, ein sozialpolitisches Ziel. Die in Rede stehende Altersbeschränkung verfolgt ein derartiges Ziel jedoch nicht. Die öffentliche Bestellung und Vereidigung als Sachverständiger ist vielmehr unabhängig von einer konkreten Bedarfsprüfung; § 36 I 1 GewO ist entsprechend einschränkend auszulegen (BVerfGE 86, 28 = NJW 1992, 2621 Rdnrs. 55 ff.). Das Ausscheiden älterer Sachverständiger ist damit keine Voraussetzung für das Nachrücken Jüngerer.

[18] 2. Die angegriffenen Urteile der Vorinstanzen sind auch nicht i. S. von § 144 IV VwGO im Ergebnis aus anderen Gründen richtig.

[19] a) § 8 I AGG vermag die generelle Höchstaltersgrenze nicht zu rechtfertigen. Die Vorschrift setzt Art. 4 I der Richtlinie 2000/78/EG (sowie Art. 4 I der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 2 VI der Richtlinie 76/207/EWG) in deutsches Recht um. Sie stellt klar, unter welchen Voraussetzungen bestimmte berufliche Anforderungen eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals rechtfertigen können (vgl. BT-Dr 16/1780, S. 35; BT-Dr 16/2022, S. 6, 12). Dies

ist nur dann der Fall, wenn der Grund der unterschiedlichen Behandlung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

[20] Es fehlt vorliegend bereits an der Voraussetzung, dass an die Tätigkeit eines öffentlich bestellen und vereidigten Sachverständigen – besondere – Anforderungen gestellt sind, die für diese Tätigkeit nach ihrer Art wesentlich und entscheidend sind und die im Zusammenhang mit dem Lebensalter stehen (vgl. EuGH, Slg. 2010, I-18 = EuZW 2010, 142 = NVwZ 2010, 244 Rdnr. 35 – Wolf, und NJW 2011, 3209 = EuZW 2011, 751 Rdnr. 66 – Prigge). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ausnahmebestimmung des Art. 4 I der Richtlinie 2000/78/EG nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH eng ausgelegt werden muss (EuGH, NJW 2011, 3209 = EuZW 2011, 751 Rdnr. 72 – Prigge; Richtlinie 2000/78/EG Erwägungsgrund Nr. 23).

[21] Die entscheidende Anforderung ist die besondere Sach- und Fachkunde. Die Tätigkeit eines Sachverständigen jedenfalls in den Sachgebieten „EDV im Rechnungswesen und Datenschutz“ sowie „EDV in der Hotellerie“, für die der Kl. seine Bestellung begehrte, stellt in diesem Sinne keine besonderen Anforderungen, die – bei entsprechender Vorbildung und Erfahrung – nur Jüngere erfüllen könnten. Ob die persönlichen Bestellungsvoraussetzungen insbesondere hinsichtlich der besonderen Sach- und Fachkunde sowie der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit bei einem Bewerber erfüllt sind, hat die Bestellungsbehörde nach Maßgabe der dafür einschlägigen Rechtsvorschriften im konkreten Einzelfall zu prüfen und zu entscheiden (vgl. hier § 3 der Satzung der Bekl.).

[22] Dagegen lässt sich nicht einwenden, Sachverständige jenseits des allgemeinen Renteneintrittsalters seien regelmäßig nicht mehr dauerhaft berufstätig, so dass ihre berufspraktische Erfahrung und ihre Fortbildungsbereitschaft und damit wichtige Grundlagen ihrer besonderen Sach- und Fachkunde an Aktualität einbüßen. Dieser Einwand stellt nicht auf Umstände ab, die mit dem Lebensalter in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Das Lebensalter hindert einen Sachverständigen nicht, über das übliche Renteneintrittsalter hinaus weiterhin seine berufliche Tätigkeit auszuüben, sich in dem erforderlichen Maße beruflich fortzubilden und sich damit die besondere Sach- und Fachkunde zu erhalten. Die von der Bekl. des Weiteren angeführte Erwagung, mit einer generellen Höchstaltersgrenze den mit Einzelfallprüfungen verbundenen Verwaltungsmehraufwand zu ersparen, rechtfertigt ebenfalls keine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters.

[23] b) Die in Rede stehende generelle Höchstaltersgrenze wird auch nicht durch Art. 2 V der Richtlinie 2000/778/EG legitimiert. Hiernach berührt diese Richtlinie nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Mit dem Erlass dieses Sicherheitsvorbehalts wollte der Unionsgesetzgeber auf dem Gebiet von Beschäftigung und Beruf dem Entstehen eines Spannungsfelds zwischen dem Grundsatz der Gleichbehandlung zum einen und der notwendigen Gewährleistung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, der Verhütung von Rechtsverstößen sowie dem Schutz der individuellen Rechte und Freiheiten, die für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft un-

erlässlich sind, zum anderen vorbeugen und vermittelnd eingreifen (*EuGH*, NJW 2011, 3209 = EuZW 2011, 751 Rdnr. 55 – Prigge). Auch Art. 2 V der Richtlinie 2000/78/EG ist eng auszulegen, weil er eine Abweichung vom Grundsatz des Verbots der Diskriminierung begründet (*EuGH*, Slg. 2010, I-71 = NJW 2010, 587 = EuZW 2010, 137 Rdnr. 60 – Domnica Petersen, und NJW 2011, 3209 = EuZW 2011, 751 Rdnr. 56 – Prigge).

**[24]** Eine ausdrückliche Bestimmung, die diesen Sicherheitsvorbehalt ganz allgemein in innerstaatliches Recht umsetzt, ist in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nicht aufgenommen worden. Zwar sieht § 20 I Nr. 1 AGG vor, dass eine unterschiedliche Behandlung unter anderem wegen des Alters nicht vorliegt, wenn diese der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient. Diese Regelung erfasst jedoch, wie sich aus ihrer systematischen Stellung in Abschnitt 3 des Gesetzes ergibt, ausschließlich den Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr. Auf Hoheitsakte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Behörde und damit auf die öffentliche Bestellung von Sachverständigen ist sie nicht anwendbar. Auch ein Rückgriff auf § 10 S. 1 AGG scheidet aus. Zwar ließe der Wortlaut zu, die in Art. 2 V der Richtlinie angesprochenen Sicherheitsbelange als legitime Ziele im Sinne dieser Vorschrift zu deuten. Der Gesetzgeber wollte aber mit § 10 AGG allein Art. 6 und 7 der Richtlinie 2000/78/EG in deutsches Recht umsetzen (vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, 3. Aufl. [2011], § 10 Rdnr. 6) und nicht den allgemeinen Sicherheitsvorbehalt des Art. 2 V der Richtlinie.

**[25]** Umgekehrt hat der Bundesgesetzgeber auf den Sicherheitsvorbehalt auch nicht bewusst verzichtet. Hierfür fehlt es an Anhaltspunkten im Wortlaut des Gesetzes und in der Gesetzesbegründung. Damit steht das Schweigen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes anderweitigen Regelungen des innerstaatlichen Rechts außerhalb dieses Gesetzes nicht entgegen (ebenso *von Roetteken*, AGG, § 1 Rdnr. 189). Gegen eine derartige Sperrwirkung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sprechen nicht zuletzt kompetenzrechtliche Gründe. Denn wesentliche Bereiche des Polizei- und Ordnungsrechts fallen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder (vgl. etwa zum Bereich der Bautensicherheit die auf Art. 80 II 1 und 2 BayBauO gestützte Verordnung über die Prüfingenieure, Prüfämter und Prüfsachverständigen im Bauwesen v. 29. 11. 2007 i. d. F. der Bekanntmachung v. 11. 12. 2011, GVBl. S. 720, und dazu *VGH München*, Beschl. v. 21. 10. 2011 – 22 ZB 11.2154, BeckRS 2011, 56337).

**[26]** Auch der Bundesgesetzgeber kann im Rahmen seiner Gesetzgebungszuständigkeit von dem Sicherheitsvorbehalt des Art. 2 V der Richtlinie 2000/78/EG Gebrauch machen. Er kann diese Befugnis delegieren. Deshalb kommt auch § 36 III Nr. 1, IV GewO als Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung der zuständigen Landesregierung oder eine Satzung der zuständigen Industrie- und Handelskammer in Betracht, die altersbezogene Anforderungen an öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige stellt, sofern dies der Wahrung der in Art. 2 V der Richtlinie 2000/78/EG genannten Schutzzüge dient und die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind.

**[27]** Ein derartiger Fall liegt hier jedoch nicht vor. Die in Rede stehende generelle Höchstaltersgrenze für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige jedweder Branche dient jedenfalls in dieser Allgemeinheit keinem Sicherheitsbelang i. S. von Art. 2 V der Richtlinie 2000/78/EG. Der Zweck dieser Höchstaltersgrenze zielt, wie dargelegt, auf die Ge-

währleistung eines geordneten Rechtsverkehrs. Er ist nicht auf die Belange des Justizwesens beschränkt (vgl. dazu *EuGH*, NJW 2011, 3209 = EuZW 2011, 751 Rdnr. 55 – Prigge), sondern hat auch den außerforensischen Rechtsverkehr zum Gegenstand. Es soll sichergestellt werden, dass für Gerichte und Behörden, aber auch für Privatpersonen, die ein Sachverständigungsgutachten in Auftrag geben, die besondere Sach- und Fachkunde des Gutachters uneingeschränkt gewährleistet ist, ohne dass dies einer speziellen Prüfung im Einzelfall bedarf. Der Zweck ist damit jedenfalls für die Sachgebiete, für die der Kl. seine öffentliche Bestellung begeht, weder auf die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung noch auf den Schutz der individuellen Rechte und Freiheiten, die für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft unerlässlich sind, noch auf andere Schutzzüge des Art. 2 V der Richtlinie gerichtet.

**[28]** 3. Die Sache ist spruchreif. Verstößt die in § 22 I lit. d, II der Satzung der Bekl. vorgesehene generelle Höchstaltersgrenze gegen § 7 I i. V. mit § 6 III und § 3 I AGG und lässt sie sich in ihrer Allgemeinheit auch nicht nach Art. 2 V der Richtlinie 2000/78/EG rechtfertigen, so ist sie unwirksam und nichtig. Der Antrag des Kl. auf Neubestellung kann deshalb nicht aus diesem Grunde abgelehnt werden. Die Bekl. ist zur Neubescheidung zu verpflichten (§ 113 V 2 VwGO).

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. A. Braun, München)

**Anm. d. Schriftltg.:** S. hierzu das Editorial von Volze (in diesem Heft); vgl. ferner den Hinweis von Dilewski, DS 2012, 51. ■

## 17 Unzulässiger Antrag auf vorläufigen Rechts-schutz und erfolglose Nichtzulassungsbeschwerde

GG Art. 101 I 2, 103 I; VwGO §§ 80 I 1, V, 80 b I 1, 86 II, 99, 101 II, 108 II, 132 II Nr. 3, 138 Nrn. 1, 3 u. 6

1. Hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der erstinstanzlichen Klageabweisung zunächst die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage angeordnet, so dauert die aufschiebende Wirkung – über die spätere Zurückweisung der Berufung hinaus – bis zur Unanfechtbarkeit des angefochtenen Bescheides (§ 80 b I VwGO). Für einen Antrag nach § 80 V VwGO an das BVerwG – parallel zu einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision – fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis.

2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet es, auch im Falle eines vorangegangenen Verzichts auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 101 II VwGO) einen neuen Beweisantrag entsprechend einem in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag zu behandeln und ihn vor der Sachentscheidung zu bescheiden (wie BVerwGE 15, 175 [176] = Buchholz 310 § 86 VwGO Nr. 15, S. 12 = NJW 1963, 552).

3. Die Pflicht zur Vorabbescheidung gem. § 86 II VwGO besteht nicht, wenn der Kläger den Beweisantrag vor oder gleichzeitig mit einem Verzicht auf mündliche Verhandlung (§ 101 II VwGO) oder in einem nachgelassenen Schriftsatz stellt. Sie gilt ferner nicht, wenn es sich bei dem „Beweisantrag“ lediglich um einen Beweisermittlungsantrag oder eine Beweisanregung handelt.

BVerwG, Beschl. v. 6. 9. 2011 – 9 B 48/11 (VGH München)

**Anm. d. Schriftltg.:** Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in NVwZ 2012, 376, und im Übrigen abrufbar unter BeckRS 2011, 54743. ■