



**HLB SCHUMACHER HALLERMANN  
PRÄSENTIERT**

## **4** **AUTO-POSING (VERWALTUNGSRECHT)**

**Hinweis vom HLB-Team:** „Ich drück’ aufs Gas, hör’ die 500 PS“... Was wie ein Rap-Song klingt, ist auch einer. Neben Bonez MC und RAF Camora ließ im Sommer 2021 jedoch auch ein 22-Jähriger Düsseldorfer den Motor seines 500 PS-starken Mercedes C63 AMG aufheulen. Er wurde erhört. Und zwar von der Stadt selbst, die diese Art des Auto-Posing prompt mit einer auflagenreichen Ordnungsverfügung abstrafte. Zu Recht?

Das Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf entschied zugunsten des Klägers und aller anderen Düsseldorfer „Auto-Poser“ (Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21). Nach derzeitigem Recht stehe der Stadt für ein derartiges Vorgehen gegen ein solches Auto-Posing keine Rechtsgrundlage zur Verfügung. Dass sich das Verhalten der Verwaltung nach (dem) Gesetz zu richten hat, folgt dabei freilich aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Doch neben dieser plastischen Veranschaulichung des Gesetzesvorbehalts bietet die Entscheidung noch weitere lehrreiche Aspekte.

*Im abschließenden dogmatischen Teil widmen wir uns sodann der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen. Was vertreten wird, welchen Anforderungen der Prüfling in diesem Kontext gerecht werden muss, wie eine saubere Streitdarstellung aussehen kann und warum eine solche mit dem Oktober-Beschluss des BVerwG vom 12.10.2022 (8 AV 1.22) noch komplizierter geworden ist, verraten wir euch in der dogmatischen Vertiefung.*

### **DIE HINTERGRÜNDE DER ENTSCHEIDUNG**

Die zulässigen Dezibel-Grenzwerte für Pkw sind nicht einheitlich. Schwere Autos mit leistungsstarken Motoren dürfen lauter sein als leichte. Die erlaubten Werte richten sich danach, wie viel Leistung ein Auto im Verhältnis zu seiner Masse mitbringt. Sie reichen von 72 Dezibel für die meisten Mittelklassewagen **bis hin zu 75 Dezibel**, etwa für besonders hochmotorisierte Sportwagen. Die Einhaltung der Grenzwerte wird vor der Zulassung eines neuen Modells in einem eigenen Verfahren „Typprüfung für Geräuschemissionen bei KFZ“ überprüft. Die Autohersteller sind dabei in der Auslegung der einschlägigen Typengenehmigungsverordnungen durchaus kreativ: So bietet AMG – die hauseigene Tuning-Werk-

statt von Mercedes – ein „Launch Control“-Programm namens „race start“ zur „optimalen Fahrzeugbeschleunigung aus dem Stand“, dessen Aktivierung an die Bedienung einer Boeing erinnert und welches offiziell nur auf der Rennstrecke in Betrieb genommen werden darf.<sup>1</sup> Dass so mancher Ritter auf seinen 500 Pferden jedoch auch im Innenstadtverkehr versucht, die genannten Obergrenzen im Leerlauf auszureizen und beim Ampelstart aufzuheizen, wird die meisten, die schon einmal in einer Großstadt waren, nicht überraschen.

So auch unser Kläger und ein weiterer Beteiligter an einem heißen, sommergleichen Abend in der überfüllten Düsseldorfer Innenstadt. Im Tatbestand des Urteils heißt es: *„Als die Ampel auf Grünlicht umgeschaltet habe, seien sie mit heulenden Motoren losgefahren. Beide seien deutlich schneller als der ordnungsgemäß fahrende Fahrzeugverkehr gefahren. [...] Das Verhalten der Fahrzeugführer habe den Eindruck erweckt, dass sie sich mit ihrer Fahrweise die Aufmerksamkeit der Fußgänger erhofft hätten.“*<sup>2</sup> Stattdessen wurde jedoch ein Polizeibeamter auf sie aufmerksam. Die angefertigte Ordnungswidrigkeitenanzeige nahm die beklagte Stadt zum Anlass, eine umfassende **Ordnungsverfügung** zu erlassen, die den Kläger zurück

<sup>1</sup> FYI: „Fahrzeug muss betriebswarm sein, [Lenkrad muss in gerader Position stehen]! AMG Menü: Öl-Temp., Kühlwasser und Getriebeöltemperatur müssen die Zahlen weiß sein! ESP kurz drücken damit Sport Handlingmode angezeigt wird, Bremspedal drücken und gedrückt halten, Fahrmodus M auswählen, beide Schalt paddels drücken, im Display kommt die Meldung Racestart aktivieren mit Schalt paddle UP, Displayanzeige Racestart aktiv, immer noch Bremse gedrückt halten und nun das Gaspedal durchdrücken, Drehzahl erhöht sich auf 4500 min-1, Bremse loslassen und los geht's!“ – <https://www.motor-talk.de/forum/amg-race-start-anleitung-t4836079.html> [letzter Zugriff am 28.11.2022].

<sup>2</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 2.

auf die Spur des **Idealfahrers**<sup>3</sup> bringen sollte. In Ziffer 1 der Verfügung ordnete die Beklagte gegen den Kläger an, ab sofort und auch nach etwaiger Erteilung einer Fahrerlaubnis bei dem Benutzen öffentlicher Straßen im Stadtgebiet von Düsseldorf als Führer von Personkraftfahrzeugen das **Verursachen unnötigen Lärms zu unterlassen**, verursacht zum Beispiel durch unsachgemäße Benutzung des Fahrzeugs, Nichtbeachtung technischer Ausführungsvorschriften, Hochjagen des Motors im Leerlauf und beim Fahren in niedrigen Gängen (insbesondere Gasstoß), unnötig schnelles Beschleunigen des Fahrzeugs, namentlich beim Anfahren. Ferner ordnete sie die **sofortige Vollziehung** der Verfügung an (Ziffer 2) und **befristete** die Verfügung bis zum 30. Juni 2024 (Ziffer 3). Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 der Verfügung **drohte** sie dem Kläger in Ziffer 4 ein **Zwangsgeld** in Höhe von 5.000,- Euro an.

Als **Ermächtigungsgrundlage** für die Anordnung zu Ziffer 1 der Verfügung berief sich die Beklagte auf **§ 14 OBG NRW i.V.m. § 30 StVO**. Das Verhalten des Klägers am Tattag (letztlich das Auto-Posing) stelle eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** dar. *„Nach den Gesamtumständen des Vorgangs sei anzunehmen,*

<sup>3</sup> FYI: Die vom Straßenverkehrsgesetz festgelegte Halterhaftung trifft auch den am Unfall unschuldigen Verkehrsteilnehmer. Ausgeschlossen war früher (StVG a.F.!) diese Mithaftung nur dann, wenn es sich für diesen um ein sog. unabwendbares Ereignis handelte (vgl. heute den § 17 StVG hinsichtlich Haftungsabwägung unter mehreren unfallbeteiligten Kfz). Unabwendbar ist ein Unfall nur dann, wenn auch ein besonders umsichtiger und vorsichtiger Fahrer den Unfall nicht hätte vermeiden können. Der Unfall muss auch bei Anwendung der über die gewöhnliche Sorgfalt hinausgehenden, nach den Umständen des konkreten Falles gebotenen, besonderen Aufmerksamkeit, Geistesgegenwart und Umsicht nicht zu vermeiden gewesen sein (Anforderungsprofil des sog. „Idealfahrers“).

dass eine bewusste Missachtung der Straßenverkehrsregeln vorliege und es dem Kläger um verkehrsfremde Zwecke wie das Heischen um Aufmerksamkeit, das Abhalten spontaner Fahrzeugrennen, das Ausprobieren der technischen Möglichkeiten des Fahrzeugs oder das ungehemmte und rücksichtslose Ausleben von Aggressionen gegangen sei.<sup>4</sup> Daraufhin erhob der Kläger **Anfechtungsklage** – vor allem mit der Begründung, die Voraussetzungen des **§ 14 OBG NRW** seien nicht gegeben.

## DIE ENTSCHEIDUNG

Das VG Düsseldorf entschied, dass die Grundverfügung in Ziffer 1, nach der der Kläger als Führer von Personenkraftwagen in Düsseldorf sog. „Posing“ mit Kraftfahrzeugen (**§ 30 Abs. 1 StVO, gerne lesen**) zu unterlassen hat, rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Das Schicksal der Rechtswidrigkeit teilten in der Folge die weiteren Verfügungen in Ziffer 3 (Befristung) und Ziffer 4 (Zwangsgeldandrohung), die an die Grundverfügung anknüpften. Dementsprechend hob das Gericht den Bescheid vollständig auf.

Anstoß nahm das Gericht bereits an der von der Verwaltung angeführten **Rechtsgrundlage** für den **Verwaltungsakt mit Dauerwirkung**<sup>5</sup>.

<sup>4</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 4.

<sup>5</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 12. Fyi: Als solcher ist seine Rechtmäßigkeit ausnahmsweise nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zu beurteilen (neben Dauer-VAen ebenso bei noch nicht vollzogenen sowie bei an zukünftige Verhältnisse anknüpfende VAen; Ruffert in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 22 Rn. 38; Stober in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 49 Rn. 50.). Grundsätzlich gilt jedoch, dass maßgeblicher Zeitpunkt, zu dem die RMK eines VA zu beurteilen ist, derjenige der letzten be-

„Das bundesrechtliche Regelungssystem zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche (Verkehrs-)Sicherheit, die von einem Fahrerlaubnisinhaber als Führer eines Kfz im öffentlichen Straßenverkehr ausgehen, der wiederholt gegen verkehrsrechtliche Vorschriften verstößt, [sei] abschließend.“<sup>6</sup> Der hilfsweise Rückgriff auf die landesrechtliche Generalklausel des **§ 14 OBG NRW** zur Abwehr solcher Gefahren sei nicht zulässig. Die Untersagung von „Imponiergehabe“ mit Pkw auf öffentlichen Straßen unter Verstoß gegen **§ 30 Abs. 1 StVO** könne dementsprechend nicht auf **§ 14 Abs. 1 OBG NRW** gestützt werden.<sup>7</sup> Das Düsseldorfer Gericht legte damit einen härteren Gang ein, als seine Karlsruher Kollegen<sup>8</sup>, die den Schutzzweck der Norm mit dem Titel „Umweltschutz“ zumindest auch in den Belangen der Anwohner sahen. Dieser *„im Ergebnis anderslautenden erstinstanzlichen Rechtsprechung, die vergleichbare Untersagungsverfügungen gegenüber einem sogenannten „Posing“-Verhalten gebilligt hat, [konnte] die Kammer jedoch nicht beitreten“*, da sie bereits eine Anwendbarkeit der Generalklausel für unvereinbar *„mit dem Verhältnis des Regelungssystems der §§ 2 ff., 24a StVG zum allgemeinen landesrechtlichen Ordnungsrecht.“*<sup>9</sup>

Obgleich der Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörden als Sonderordnungsbe-

hördlichen Entscheidung ist, vgl. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 4 VwVfG. Dies ist wegen § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO regelmäßig der Moment der Bekanntgabe des Widerspruchsbescheids bzw. in den Fällen des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO, § 110 Abs. 1 S. 1 JustG NRW der Zeitpunkt, in dem der (Ausgangs-)Verwaltungsakt erlassen wurde.

<sup>6</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 13.

<sup>7</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 13.

<sup>8</sup>VG Karlsruhe, Urt. v. 17.12.2018, 1 K 4344/17.

<sup>9</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 60.



hörden (§ 12 OBG NRW i.V.m. § 5 StVZustV NRW) im Grundsatz nichts widerspräche, finde § 14 Abs. 1 OBG NRW von vornherein keine Anwendung auf die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, die dadurch entstehen, dass am öffentlichen Straßenverkehr teilnehmende Fahrerlaubnisinhaber wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßen.<sup>10</sup> Das **bundesrechtliche Straßenverkehrsrecht** als **besonderes Gefahrenabwehrrecht** regle die Abwehr solcher Gefahren **abschließend** und stehe einer ergänzenden Anwendung des allgemeinen Landesordnungsrechts im Wege.<sup>11</sup>

Der Gefahr, die von „Wiederholungstätern“ ausginge, sei durch die allgemeine Regelungstechnik des Gefahrenabwehrrechts durch **präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt** ausreichend Rechnung getragen. § 2 Abs. 1 S. 1 StVG sehe das Erfordernis einer Fahrerlaubnis für denjenigen vor, der auf öffentlichen Straßen ein Kraftfahrzeug führe. Dabei dürfe die Fahrerlaubnis nur solchen Bewerbern erteilt werden, die zum Führen von Kraftfahrzeugen geeignet seien (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StVG). Ungeeigneten Fahrern ist nach § 3 Abs. 1

<sup>10</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 14 f.

<sup>11</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 15.

S. 1 StVG die Fahrerlaubnis zu entziehen.<sup>12</sup> Darüber hinaus regle § 4 StVG, wie präventiv mit Gefährdungen durch wiederholte Verkehrsverstöße von Fahrerlaubnisinhabern (Fahranfänger: § 2a StVG) umzugehen sei.<sup>13</sup> So bestimme insbesondere § 4 Abs. 1 S. 1 StVG, dass die nach Landesrecht zuständige Behörde zum Schutz vor Gefahren, die von Inhabern einer Fahrerlaubnis ausgehen, die wiederholt gegen die die Sicherheit des Straßenverkehrs betreffenden straßenverkehrsrechtlichen oder gefahrgutbeförderungsrechtlichen Vorschriften verstoßen, die in § 4 Abs. 5 StVG genannten Maßnahmen (Fahreignungs-Bewertungssystem) zu ergreifen hat. Dieses **Fahreignungs-Bewertungssystem** sei für das präventive Vorgehen gegen Wiederholungstäter unter den Fahrerlaubnisinhabern im Grundsatz **abschließend**, was aus § 4 Abs. 1 S. 3 StVG folge, da die Norm lediglich im Ausnahmefall erlaube, das Fahreignungs-Bewertungssystem nicht anzuwenden. Mit dem Fahreignungs-Bewertungssystem des § 4 StVG akzeptiere der Bundesgesetzgeber, dass Fahrerlaubnisinhaber weiter am Straßenverkehr teilnehmen, obwohl sie wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßen haben. Er erlaube ihre Ausschließung erst, wenn sie die dritte Stufe (Fahrerlaubnisentziehung) erreicht haben. *„Der Bundesgesetzgeber nimmt damit zwangsläufig und bewusst Verkehrsverstöße des Fahrerlaubnisinhabers, also im ordnungsrechtlichen Sinne gefährliches Verhalten, in einem gewissen Umfang in Kauf.“*<sup>14</sup>

Eine andere Bewertung ergebe sich auch nicht für den Fall, dass ein **Verkehrsverstoß bundesrechtlich nicht** in der **Anlage 13 zur FeV**

<sup>12</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 17 f.

<sup>13</sup> Dazu und zum Folgenden VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 18 ff.

<sup>14</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 21.

mit Punkten bewehrt sei. Hieraus könne nicht geschlossen werden, dass eine Regelungslücke eröffnet sei, die einen Rückgriff auf die Vorschriften des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts erlaube. Sei eine Zuwiderhandlung nicht mit Punkten bewehrt, folge daraus vielmehr, dass der Bundesgesetzgeber sie als unbedeutender für die Teilnahme am erlaubnispflichtigen Kraftverkehr und damit als die Verkehrssicherheit weniger gefährdend einordnet.<sup>15</sup> Das VG Düsseldorf merkt ferner an, dass das gefahrenabwehrrechtliche Fahreignungs-Bewertungssystem durch die repressive Bußgeldvorschrift des § 24 StVG flankiert werde.<sup>16</sup> Es resümiert, dass das **bundesrechtliche Straßenverkehrsrecht** durch ein Zusammenwirken von **präventiven Maßnahmen** (insb. Fahreignungs-Bewertungssystem) und **repressiven Maßnahmen** (Bußgeldbescheide, Strafurteile) geprägt und **in sich geschlossen** sei, sodass es der örtlichen Straßenverkehrsbehörde verwehrt sei, auf das landesrechtliche Ordnungsrecht zurückzugreifen.<sup>17</sup>

Sodann klärte das Gericht über **Sinn und Zweck der streitgegenständlichen Untersagungsverfügung** auf. Sie verfolge zwar auch den gefahrenabwehrenden Zweck, den Adressaten zu verkehrsgrechtem Verhalten anzuhalten. „Ihr **eigentliches Schwerpunkt und Anlass liegt jedoch darin, über den als zu niedrig empfundenen Bußgeldrahmen des Bundesrechts hinauszugehen**“ (sog. **örtliche Ersatzsanktion**).<sup>18</sup> Die örtliche Straßenverkehrsbehörde hält das geltende Recht für zu mild. Sie will **abschrecken**, wie auch die Beklagte selbst

kundgab.<sup>19</sup> Ihren eigentlichen Sinn bezieht die Untersagungsverfügung nach Ansicht des Gerichts – wie auch in der Begründung der streitgegenständlichen Ordnungsverfügung ausdrücklich offengelegt – daraus, als **Vollstreckungsgrundlage für das angedrohte Zwangsgeld** zu dienen, das erheblich über dem von der BKatV<sup>20</sup> vorgesehenen und bei einem erneuten Verstoß zu verhängenden Bußgeld liegt.<sup>21</sup> Die Ordnungsverfügung mit Zwangsgeldandrohung entfalte – zumindest unter Geltung des VwVG NRW (vgl. **§ 60 Abs. 3 VwVG NRW**) im Ergebnis die gleichen Wirkungen wie ein Bußgeld, da das Zwangsgeld nicht nur zur Verhinderung eines unmittelbar bevorstehenden oder laufenden Verstoßes gegen die Untersagungsverfügung, sondern – wie ein Bußgeld – auch nach einem vollständig beendeten Verstoß gegen sie festgesetzt und beigetrieben werden kann.<sup>22</sup> Eine so ausgestaltete Untersagungsverfügung unterlaufe zumindest faktisch für ihren Geltungszeitraum den rein präventiven Charakter des Zwangsgeldes, das nicht sanktionierend für vergangenes Unrecht, sondern lediglich als präventive Beugemaßnahme eingesetzt werden darf.<sup>23</sup> Zwischen den Zeilen klingt an, dass das Gericht im Handeln der Behörde Anzeichen einer

<sup>15</sup>Zum Ganzen VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 27, 29.

<sup>16</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 31.

<sup>17</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 32, 34.

<sup>18</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 37.

<sup>19</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 37.

<sup>20</sup> FYI: Der Regelsatz beträgt nach der Bußgeldkatalog-Verordnung 80,- bis 100,- Euro (Nr. 117 und 118). Selbst wenn der im Ausnahmefall grundsätzlich mögliche Höchstsatz nach § 17 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 24 Abs. 3 Nr. 5 StVG bei 2.000,- Euro liegt, bliebe er deutlich hinter dem vorliegend angedrohten Zwangsgeld von 5.000,- Euro zurück.

<sup>21</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 38.

<sup>22</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 39.

<sup>23</sup>VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 40.

gewillkürten Sanktionierung sieht. *„Käme allen örtlichen Straßenverkehrsbehörden die Befugnis zu, derartige „Ersatzsanktionen“ über den Umweg des landesrechtlichen Ordnungsrechts zu verhängen, könnten sie [...] gegen alle Fahrerlaubnisinhaber [...] wegen drohender Wiederholungsgefahr vergleichbare Untersagungsverfügungen mit ähnlich hohen Zwangsgeldandrohungen erlassen.“* Es bedürfe keiner weiteren Erläuterung, dass ein solches Vorgehen die vom Bundesgesetzgeber vorgesehene bundeseinheitliche Regelung des Straßenverkehrs **ad absurdum** führen würde.<sup>24</sup>

Im Ergebnis fehlte der Beklagten für ihre Anordnung schlichtweg die erforderliche Rechtsgrundlage, da das Bundesrecht ihr – jedenfalls nach Auffassung des VG Düsseldorf – keinen Handlungsspielraum ließ. Zwangsläufig waren auch die darauf aufbauenden Maßnahmen (Befristung, Zwangsgeldandrohung) rechtswidrig. Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ließ das Gericht jedoch die **Berufung** zu sowie ferner die **Sprungrevision** zum Bundesverwaltungsgericht nach **§ 134 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 i.V.m § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO**.

<sup>24</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 01.09.2022, 6 K 4721/21, BeckRS 2022, 24423 Rn. 41.

## DOGMATISCHE VERTIEFUNG

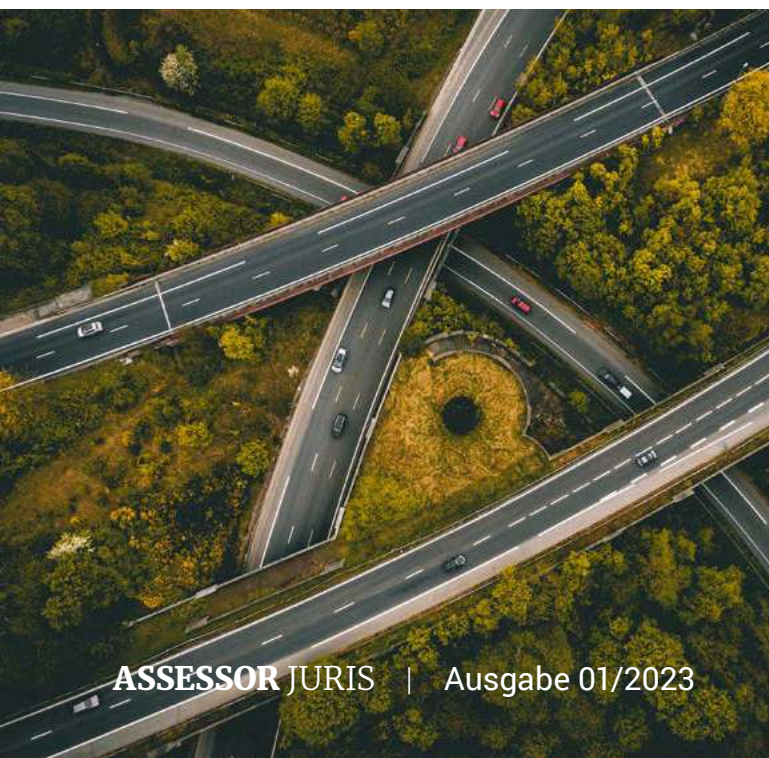
Zwei Senate des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) treffen sich und streiten über die streitige isolierte Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen... Was wie der Beginn eines schlechten Juristen-Witzes klingt, war im Oktober 2022 noch Realität. Seit Beschluss vom 12.10.2022 (8 AV 1.22) herrscht jedoch mehr Klarheit. Oder sollte man sagen, es herrscht mehr Meinungschaos? Studierende müssen sich von nun an nämlich für die Examensprüfung zum Grundstreit in der statthaften Klageart noch eine **weitere Folgestreitigkeit** in der Begründetheitsprüfung einprägen. Wieso das so ist und wie ihr den Streit am besten aufbaut, erklären wir euch im Folgenden (hilfreich für das Gesamtverständnis ist in jedem Fall die Lektüre des sog. **„Holz-an-der-Pipeline“-Falles**<sup>25</sup>).

Ausgangslage und Ursprung allen Übels sind die **Nebenbestimmungen** („NB“; **§ 36 VwVfG**<sup>26</sup>) eines Verwaltungsakts („VA“).<sup>27</sup> Dogmatisch unterscheidet der Gesetzgeber zwei Situationen:

<sup>25</sup> Vgl. <https://jura-online.de/blog/2019/03/12/pipeline-entscheidung/> (letzter Zugriff am 28.11.2022).

<sup>26</sup> FYI: Je nachdem, was für eine Behörde handelt (Bund/Land), solltet ihr zwischen VwVfG und VwVfG NRW unterscheiden. Die beiden Gesetze sind zwar zu 98 % deckungsgleich, aber wenn ihr Pech habt, erkennt der Prüfer an einzelnen zitierten Worten, dass ihr bereits die ganze Zeit im falschen Gesetz unterwegs seid (vgl. z.B. § 44 Abs. 1 VwVfG NRW – „offenkundig“ vs. § 44 Abs. 1 VwVfG „offensichtlich“).

<sup>27</sup> FYI: Neben der lex generalis-EGL zum Erlass von NB gibt es zahlreiche lex specialis-EGL (z.B. § 5 GastG, § 18 Abs. 2 S. 2 StrWG, § 55 Abs. 3 GewO, § 74 Abs. 3 1 BauO NRW (Wortlaut „kann“ hier eigentlich verfassungswidrig wg. Art. 14 GG). Ermessen bzgl. NB daher nur i.V.m. Ermessens-Baugenehmigungen (z.B. § 31 BauGB, § 69 BauO NRW)!).



Einerseits kann dem Bürger ein gesetzlicher Anspruch auf einen konkreten VA zustehen („wenn TB erfüllt, dann **ist** VA zu erteilen“ = **gebundener** VA). Diese Rechtsposition des Bürgers schützt der Gesetzgeber, indem er in derlei Fällen das Hinzufügen einer NB ganz extrem einschränkt. Der VA darf mit einer NB nur versehen werden, wenn entweder durch Rechtsvorschrift zugelassen oder die gesetzlichen Voraussetzungen damit erfüllt werden sollen. Jede NB würde ja den gebundenen Anspruch des Bürgers schwächen bzw. unterlaufen und ihn damit belasten. In den Ausnahmefällen des **§ 36 Abs. 1 VwVfG** würde der Bürger nun ausnahmsweise mit einem VA inkl. NB bessergestellt werden, da ohne NB von der Behörde gar kein VA zugesprochen würde.

Andererseits kann dem Bürger nur ein Anspruch auf eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung der Behörde hinsichtlich der Erteilung eines VA zustehen (= **Ermessens-VA**). In diesen Fällen des **§ 36 Abs. 2 VwVfG** würde der Bürger durch eine NB also niemals belastet, da die Behörde im Zweifel trotz Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes einen VA nach Ermessen verweigern könnte. Es gilt also: Ein VA inkl. NB ist immer noch besser als gar kein VA. Die Möglichkeiten, den Hauptregelungsgehalt eines VA mittels NB zu ergänzen oder zu beschränken, sind sodann in **§ 36 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 5** aufgelistet. Grundgedanke ist, rechtliche oder tatsächliche Hindernisse, die einer uneingeschränkten Genehmigung entgegenstehen, zu beseitigen (**verstehen und merken!**).

Nebenbestimmungen können also **einen grundsätzlich begünstigenden VA** (z.B. die Baugenehmigung gem. **§ 74 BauO NRW 2018**; Immatrikulationsbescheid) durch einen Neben-Regelungsgehalt **belasten** (z.B. **die Maßgabe eine Pipeline, die auf dem benachbarten Grundstück steht, brandsicher umzubauen, § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG NRW**; **die Ausschlussfrist im Zulassungsbescheid der WWU zur Ein-**

**schreibung als auflösende Bedingung<sup>28</sup>, § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG NRW**). Sie sind **strikt abzugrenzen von Inhaltsbestimmungen**, die die Hauptregelung konkretisieren und für den Bestand eines VA immer unabdingbar sind (**etwa die Höhe eines Geldbetrages**). In der Klausur werden euch beiderlei regelmäßig getarnt als „**Maßgaben**“ begegnet – das erschwert euch die konkrete Zuordnung und Abgrenzung ein wenig (**Inhaltsbestimmungen sind meist evident erkennbar – ohne sie wäre der VA schlicht sinnlos; man denke an eine Zahlungsaufforderung ohne konkreten Betrag**). Hinsichtlich „**Maßgaben**“ gilt Achtsamkeit vor allem bei der Abgrenzung von **Auflagen und Bedingungen**. Im Zweifel gilt: Die Auflage ist für den Adressaten günstiger (da VA bereits ohne ihre Erfüllung wirksam und umsetzbar) und daher vorzugswürdig. Die Bedingung würde die Wirksamkeit des VA nämlich aufschieben, bis ihr genüge getan wird.

So viel zu den Grundlagen. Was ist nun, wenn die Nebenbestimmung rechtswidrig ist, der Haupt-VA aber rechtmäßig? Muss hier die Maßgabe isoliert angefochten werden, oder auf die Verpflichtung der Behörde zum Erlass eines neuen VA ohne NB geklagt werden? Und genau hier entzündet sich der angeteaserte Streit. Dem Grunde nach ist die **Anfechtungsklage als Gestaltungsklage** das rechtsschutz-effektivere Mittel, weil das Urteil des VG die Rechtslage automatisch umgestaltet (Maßgabe wird aufgehoben; im Gegensatz wird bei der **Verpflichtungsklage** die Behörde zwar zum erneuten Erlass verpflichtet, die Umsetzung ist aber ein weiterer mit gewisser Unsicherheit anhaftender Zwischenschritt<sup>29</sup>). Seit

<sup>28</sup> VG Münster, Beschl. v. 18.09.2019, 1 L 790/19, BeckRS 2019, 26881.

<sup>29</sup> Dazu lesenswert: VG Kassel gegen Stadt Wetzlar – Die Stadt Wetzlar verweigerte der AfD partout und trotz Gerichtstitel die Vergabe der Stadthalle. Der Streit eskalierte und endete vor dem BVerfG, dessen Entscheidung die Stadt Wetzlar immer noch nicht einsah und

jeher sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die isolierte Anfechtungsklage gegen NB in der Literatur umstritten. Das BVerwG hält eine Klage seit seiner Leitentscheidung aus dem Jahr 2000 dann für statthaft, wenn die **isolierte Aufhebbarkeit nicht offenkundig von vornherein ausscheidet**.<sup>30</sup> Wie begründet sich der Streit dogmatisch?

Im Grunde gibt es drei plus eins Meinungen, die ihr kennen solltet. Plus eins, da eine Meinung – nennen wir sie „M1“ – so schwach ist, dass sie nicht mehr ernstlich vertreten wird.

### M1:

Sofern VA inkl. NB besteht, ist stets eine Verpflichtungsklage auf NB-freien VA statthaft, da niemand einen im Grunde begünstigenden VA angreifen würde. Dagegen spricht evident der Wortlaut des **§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO** „so weit“, der dem rechtskundigen Leser verrät, dass durchaus auch **nur Teile eines VA aufhebbar** sind.

### M2:

Die frühere Rechtsprechung stellte hingegen auf den Wortlaut des **§ 36 Abs. 2 VwVfG** ab, also darauf, ob es sich bei der konkreten NB um eine solche handelt, die **mit dem VA erlassen** worden ist (**§ 36 Abs. 2 Nr. 1 – Nr. 3** „ein VA wird erlassen mit“; dann läge ein untrennbares Ganzes vor) oder ob es sich bei der konkreten NB um eine solche handelt, die lediglich mit dem VA verbunden wurde (**§ 36 Abs. 2 Nr. 4** (Auflage) – **Nr. 5** dann lägen zwei selbstständige Teile vor und was verbunden wurde ist auch wieder einzeln trennbar). Auch

lieber Zwangsgelder zahlte. Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 24.03.2018, 1 BvQ 18/18, BeckRS 2018, 3858.

<sup>30</sup> BVerwG, Urt. v. 22.11.2000, 11 C 2/00, BVerwGE 112, 221.

hier kann in bestimmten Konstellationen (**vgl. Pipeline-Fall**) etwas Gefährliches, Sinnloses oder gar Rechtswidriges übrig bleiben, was so nicht in einer kongruenten Rechtsordnung bestehen dürfte.

### M3:

Eine weitere (Minder-)Meinung macht die statthafte Klageart **abhängig von der Art der Hauptregelung des VA**.

Handele es sich um eine **gebundene** Hauptregelung mit etwaig rechtswidriger NB, so sei die Anfechtungsklage statthaft, da die Behörde bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen den VA so oder so zu erlassen hatte. Ist die NB nun rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, dann hebt das Gericht sie schlichtweg auf und es bleibt ein VA, auf den der Bürger einen Anspruch hatte.

Handele es sich aber um eine **Ermessensentscheidung** bzgl. der Hauptregelung, so sei einzig die Verpflichtungsklage statthaft. Warum? Denken wir uns nur einmal kurz den umgekehrten Fall: würde das Gericht eine **rechtswidrige NB eines Ermessens-VAs** einfach aufheben, so würde am Ende etwas übrig bleiben, was die Behörde so nie, niemals (!) entschieden hätte, namentlich ein NB-freier Ermessens-VA. Der letzte Satz sollte euch als Rechtsstaatlern quer im Magen liegen: die Judikative würde exekutive Akte erlassen, die die Exekutive selbst so nicht gewollt hatte. Dies würde einen harten Bruch mit dem **Gewaltenteilungsprinzip** aus **Art. 20 Abs. 3 GG** manifestieren, weshalb die Behörde einzig verpflichtet werden könne, einen neuen VA unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen.

M3 klingt doch gar nicht verkehrt, oder...? Doch. Vorhang auf: „Holz-an-der-Pipeline“-Fall betritt die Bühne. In bestimmten Konstellationen der Anfechtung von (rechtswidrigen) Nebenbestimmungen würde **etwas Gefährliches, Sinnloses oder gar Rechtswidriges**

**übrig bleiben**, etwa eine Baugenehmigung für ein Holzlager neben einer ungeschützten Pipeline unter höchster Brandgefahr, vgl. **§ 14 S. 1 BauO NRW 2018**. Diesem unschönen Umstand begegnet die nun **herrschende Meinung**, indem sie genau dieses Ergebnis verhindert.

#### M4:

#### Prozessuale & materielle Teilbarkeit – hM, BVerwG

Klären wir hierfür kurz zwei Begrifflichkeiten: Ein VA ist von einer NB **prozessual teilbar**, wenn er logisch und ganz abstrakt betrachtet auch ohne diese NB erteilt werden könnte (Offenkundigkeit der Teilbarkeit). Ein VA ist von einer NB **materiell teilbar**, wenn der Grund-VA ohne die NB rechtmäßig und sinnvoll weiter bestehen könnte<sup>31</sup> (Verwaltungsprozessuale der Rechtsprechung).

Die **herrschende Meinung** stellt also in der Diskussion der statthaften Klageart zunächst ganz abstrakt<sup>32</sup> daraufhin ab, ob es den konkreten VA als VA ohne NB überhaupt geben kann, oder ob ohne NB evident etwas **Gefährliches / Sinnloses / Rechtswidriges** übrigbleiben würde. Kann es beispielsweise eine **Sondernutzungserlaubnis** gem. **§ 18 Abs. 1 StrWG NRW** ohne Auflagen geben? Kann es eine Baugenehmigung nach **§ 74 Abs. 1 BauO NRW** ohne Auflage geben? Wenn dem so ist, dann sieht das BVerwG eine „**prozessuale Teilbarkeit**“ als gegeben und eine Anfechtungsklage als statthaft, da sie grundsätzlich rechtsschutzintensiver ist. Wenn dem nicht so ist, dann ist die Verpflichtungsklage auf einen neuen recht-

<sup>31</sup> Beachtet hier bitte die nun ständige und einheitliche Rspr. des 4. Senats des BVerwG (Oktober-Beschluss; diskutiert weiter unten).

<sup>32</sup> FYI: eine Streitdarstellung erfolgt für den konkreten Fall: „wenn M i, dann Ergebnis i“. Eine Streitentscheidung ist für alle denkbaren Fälle zu treffen!

mäßigen VA statthaft. So viel zu diesem Streit, der in der statthaften Klageart zu verorten ist.

Innerhalb der letzten vorgestellten herrschenden Meinung gibt es nun **drei Folgestreitigkeiten** mit weiteren vertretenen und vertretbaren Ansichten. Diese kommen dann zum Tragen, wenn der **Rest-VA ohne die NB nun rechtswidrig** ist, also **materiell nicht teilbar** wäre (wäre die materielle Teilbarkeit gegeben, so können wir elegant in zwei lockeren Sätzen feststellen, dass die NB aufgehoben werden kann und die Rechtsordnung aufgrund von M4 davor bewahrt bleibt, etwas **Gefährliches / Sinnloses / Rechtswidriges** zu produzieren).

Wir gehen also davon aus, dass eine materielle Teilbarkeit nicht besteht. In einem nächsten Schritt wollen wir examensstrategisch erst die Meinungen **M1-M3 widerlegen**, damit wir zu den Folgestreitigkeiten gelangen und ordentlich Punkte sammeln können:

**M1** überzeugt nicht. Es wird grobschlächtig der Wortlaut des **§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO** „**so weit**“ verkannt, der eine Teilrechtswidrigkeit /-anfechtbarkeit eines VA nahelegt.

Gegen **M2** spricht wiederum, dass unter Umständen die rechtswidrige NB eines im Ursprung im Behördenermessen liegenden VAs aufgehoben werden würde und so ein VA übrig bliebe, den die ermessensausübende Behörde so niemals erlassen hätte (die Behörde wollte ja gerade die NB als Voraussetzung für den Erlass); dies wäre ein Bruch mit dem Gewaltenteilungsprinzip aus **Art 20 Abs. 3 GG**.

Gegen **M3** spricht, dass das Gericht **keine gefährlichen, sinnlosen oder gar rechtswidrigen Zustände** schaffen sollte, dies aber in bestimmten Konstellationen unter Anwendung von M3 abstrakt möglich war (z.B. im Pipeline-Fall).

Im Ergebnis kann jene Ansicht überzeugen, die auf die prozessuale und materielle Teilbarkeit abstellt, da diese gerade die Rechtsordnung in ihrer Integrität schützt. Und Schwupps, seid

ihr bei der Begründetheit.

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit die NB rechtswidrig ist, der Kläger dadurch tatsächlich in seinen Rechten verletzt ist und die NB aufgehoben wird.<sup>33</sup>

Zunächst prüfen wir die **Rechtswidrigkeit der NB**. Nun prüfen wir die **tatsächliche Rechtsverletzung** des Klägers (wir erinnern uns: alle, die nun hier angekommen sind, sind in der Zulässigkeit der hM4 gefolgt!).



#### M4.1.

**M4.1.** sagt nun: Die Anfechtungsklage ist bereits hier begründet und erfolgreich; arg. ex. **§ 113 Abs.1 S.1 VwGO**, dessen Wortlaut keine „materiellen Teilbarkeit“ verlangt.

Dagegen spricht, dass die Vertreter sich in ei-

<sup>33</sup> FYI: Wir wollen im Obersatz die folgende Formulierung vermeiden: „Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit die NB rechtswidrig ist, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist und VA und NB materiell teilbar sind“. Hier würden wir das Ergebnis vorwegnehmen, obgleich es innerhalb M4 umstritten ist, ob man die materielle Teilbarkeit überhaupt prüft!

nen **Widerspruch** begeben. Erst lehnen sie M2-M3 mit dem Argument ab, man wolle verhindern, dass etwas **Rechtswidriges** überbleibt. In der Begründetheit überspringen sie dann aber eben den Schritt, der dies verhindern würde (Prüfung der materiellen Teilbarkeit).

#### M4.2. (HERRSCHENDE MEINUNG IM GRUNDSTREIT)

Die herrschende Meinung im Grundstreit, jene also die den **effektiven** Rechtsschutz gegen NB in der Zulässigkeit zunächst verwaltungsprozessual verknüpfte und in diesem Zuge offenkundige, prozessuale Teilbarkeit verlangte (s.o.), hob sich gerade für die Begründetheit die Prüfung der **materiellen Teilbarkeit** auf und fordert hier **grundsätzlich**<sup>34</sup>, dass der Grund-VA ohne die NB rechtmäßig und sinnvoll weiter bestehen kann, also dass nichts Rechtswidriges überbleibt.

##### M4.2.1. (MINDERMEINUNG)

Die Ansicht moniert, dass, sollte man die rechtswidrige NB eines rechtmäßigen VAs jetzt aufheben (weil NB rw., Kläger tats. Verletzt und etwas Rm. übrig bleibt), eine Ermessens-Entscheidung übrigbliebe, die die Behörde so nie getroffen hätte. Klingelt es hier? Wir haben es erneut mit jenem Argument der Verletzung der Gewaltenteilung zu tun, dass bereits die Vertreter der (abgelehnten!) M3 anbrachten.

Hiergegen spricht die Rechtsschutzgarantie aus **Art. 19 Abs. 4 GG**: Der Kläger könnte bei einem so willkürlichen Wechsel der Argumentation niemals erfolgreich und effektiv sein Klagebegehren verfolgen. Sollen sie direkt mit Verpflichtungsklage die Gewaltenteilung retten.

<sup>34</sup> Hier kommt der mehrfach angerissene Oktober-Beschluss des BVerwG und die brandneue Folgestreitigkeit ins Spiel.

### M4.2.2. (HERRSCHENDE MEINUNG IN DER HERRSCHENDEN MEINUNG)

Die Anfechtungsklage ist nach der Prüfung der materiellen Teilbarkeit begründet und erfolgreich. Die **Zusatzkomponente** seit dem Oktober-Beschluss des BVerwG<sup>35</sup> ist nun folgende: Eine isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen kann auch dann begründet sein, wenn der verbleibende Verwaltungsakt rechtswidrig ist, der Wegfall der rechtswidrigen Nebenbestimmung hierfür aber nicht kausal war.

### M4.2.3. (VERMITTELND)

Um **Art. 20 Abs. 3 GG** zu wahren, solle die Kammer bei Ermessensentscheidungen die Behörde fragen, ob diese den VA auch ohne NB erlassen hätte.

Dagegen spricht, dass ein solches Vorgehen höchst realitätsfern ist. Die Behörde, verkörpert durch die Person des juristisch vorgebildeten Rechtsamtsleiters würde niemals freiwillig bestätigen, dass sie den VA auch ohne NB erlassen hätten, denn dann wäre die Anfechtungsklage begründet und erfolgreich und die Behörde müsste (wegen ihrer Bestätigung)

<sup>35</sup> BVerwG, Beschl. v. 12.10.2022, 8 AV 1.22, BeckRS 2022, 28356.

Zur Verdeutlichung der Fall, der Anlass für den Streit unter den Senaten bot: Der Kläger erhielt eine befristete Baugenehmigung für eine mobile Gastankstelle. Mit einer Anfechtungsklage wehrte er sich gegen die Befristung. Die Baugenehmigung hätte auch ohne die Befristung erteilt werden können. Sie ist also nicht deshalb rechtswidrig, weil die Befristung entfällt (prozessuale Teilbarkeit +). Ist die Genehmigung der Tankstelle jedoch z.B. aus bauplanungsrechtlichen Gründen rechtswidrig, kann der Kläger nach bisheriger Ansicht des 8. Senats die Befristung schon deshalb nicht isoliert anfechten. Der vierte Senat stellte sich dagegen.

die **Gerichtskosten übernehmen**. Im Ergebnis käme es in der Praxis zum gleichen Ergebnis M4.2.1.

Das ist erst einmal viel zu verdauen, doch es lohnt sich diesen Streit und die einzelnen, leicht am Gesetzeswortlaut nachvollziehbaren Meinungen zu verinnerlichen (**Schnellüberblick: M1** – immer Verpflichtungsklage bei begünstigenden VAs; Wegen **§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO** „soweit“ nicht überzeugend; **M2** – je nach Art der NB, **§ 36 Abs. 2 VwVfG (NRW)**; **M3** – je nach Art der Hauptregelung (gebundene / Ermessensentscheidung) zum Schutze der Gewaltenteilung aus **Art. 20 Abs. 3 GG**; **M4** – **prozessuale Teilbarkeit** und unter M4 gibt es **Streit** hinsichtlich der **materiellen Teilbarkeit** und seit November die Möglichkeit isoliert eine rechtswidrige NB anzufechten, selbst wenn dann ein anderweitig materiell rechtswidriger Haupt-VA übrigbleibt (obgleich M4 genau das verhindern wollte).<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Verfasser: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann.

Supervision: Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt bei HLB Schumacher Hallermann.