

Az.: 6 B 23/21
6 L 604/20



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

1. den Freistaat Sachsen
vertreten durch die Polizeidirektion Dresden
vertreten durch den Polizeipräsidenten
Schießgasse 7, 01067 Dresden

2. die Landeshauptstadt Dresden
vertreten durch den Oberbürgermeister
dieser vertreten durch das Rechtsamt
Dr.-Külz-Ring 19, 01067 Dresden

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

prozessbevollmächtigt zu 1:

prozessbevollmächtigt zu 2:

wegen

Schleppens ohne Schleppgenehmigung; Antrag nach § 123 VwGO
hier: Beschwerde

hat der 6. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dehoust, den Richter am Oberverwaltungsgericht Groschupp und den Richter am Landessozialgericht Guericke

am 17. Juni 2021

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 8. Januar 2021 - 6 L 604/20 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe

1 Die zulässige Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

I.

2 Die Antragstellerin betreibt ein Abschleppunternehmen, das sich auf das Abschleppen besitzstörend abgestellter Fahrzeuge im Auftrag privater Grundstückseigentümer spezialisiert hat.

3 Mit ihrem Antrag vom 18. März 2020 beim Landgericht Dresden, durch Beschlüsse vom 14. Mai 2020 und 29. Juni 2020 verwiesen an das Verwaltungsgericht, hat sie von den Antragsgegnern begehrt, bestimmte Beanstandungen hinsichtlich der Durchführung der Abschleppmaßnahmen (u.a. Verlangen der Vorlage einer Schleppgenehmigung, Beanstandung der Fahrzeuge aufgrund erloschener Betriebserlaubnis bei nicht zulässiger lichttechnischer Einrichtungen an den Fahrzeugen) zu unterlassen. Hierdurch sowie durch die Verfolgung dieser Vorwürfe im Rahmen von Bußgeldverfahren werde sie bei der Ausübung ihrer Gewerbetätigkeit beeinträchtigt. Dabei gehe es in letzter Zeit nur noch um das Schleppen ohne Schleppgenehmigung in den Fällen, in denen besitzstörend abgestellte Fahrzeuge mithilfe einer sogenannten Hubbrille geschleppt würden. Mit großem Aufwand würden

zahlreiche Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die Antragstellerin und ihre Mitarbeiter betrieben. Hinsichtlich der angeblich erforderlichen Schleppgenehmigung handele es sich um die einfache Rechtsfrage, ob ein ordnungswidrig oder besitzstörend abgestelltes Fahrzeug wie ein betriebsunfähiges Fahrzeug anzusehen sei. Der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin habe in seinem Aufsatz in der Zeitschrift Verkehrsdienst darauf hingewiesen, dass man alles Mögliche vertreten könne, wenn man erreichen wolle, dass weniger Abschleppfahrzeuge mit Hubbrille zum Einsatz kommen. Es sei jedoch völlig eindeutig, dass nach den Entscheidungen des BGH zu den Abschleppfällen gerade das Abschleppen von regelwidrig abgestellten Fahrzeugen möglichst schnell und kostengünstig erfolgen solle. Durch das erforderliche Umladen der Fahrzeuge (nach der Bergung mittels Hubbrille auf einen Berge-LKW mit Kran) werde das Abschleppen doppelt so teuer. Zwischenzeitlich werde nach unbestätigter Aussage der Polizei auch wegen Betrugs gegen die Antragstellerin ermittelt, weil sich die Falschparker wegen der höheren Kosten beschwerten. Die Sache bleibe so lange eilig, bis die Beteiligten Frieden geschlossen haben. Die Antragstellerin werde ihr Geschäftsmodell nicht ändern. Die Versuche der Antragsgegner, dies zu verhindern, könnten am Ende keinen Erfolg haben, weil sie offensichtlich rechtswidrig seien.

- 4 Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 8. Januar 2021 abgelehnt. Die Antragstellerin begehre mit ihren Anträgen prinzipiell unzulässigen vorbeugenden Rechtsschutz. Ein solcher sei allenfalls ausnahmsweise zulässig, wenn zu erwartende Verwaltungsakte aus rechtlichen Gründen nicht aufgehoben werden könnten, sonst vollendete Tatsachen geschaffen würden oder ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstünde; keiner dieser Umstände sei hier ersichtlich. Es bleibe der Antragstellerin unbenommen, sich gegen die von ihr erwarteten Bußgeldbescheide in dem maßgebenden Verfahren vor dem Amtsgericht zu wehren, wie sie es nach eigenem Vorbringen bisher auch erfolgreich getan habe. Darüber hinaus würde der Erlass der begehrten Verfügungen nicht nur unzulässig die Hauptsache vorwegnehmen, sondern nach den ausdrücklichen Anträgen der durch einen Prozessbevollmächtigten vertretenen Antragstellerin mit dem Unterlassungsantrag weiter reichen als die auf eine Feststellung gerichteten Anträge in der Hauptsache, was nicht zulässig sei. Selbst wenn man die vorliegenden Anträge sachdienlich gemäß § 122 Abs. 1, § 88 VwGO dahingehend auslegen würde, dass die Antragstellerin lediglich die vorläufige Feststellung begehrt, dass die Betriebserlaubnisse der Abschleppfahrzeuge nicht erloschen sind und dass sie für das Abschleppen von besitzstörend abgestellten Fahrzeugen keine Schleppgenehmigung benötigt, wäre ein

solches Feststellungsbegehren im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes unzulässig, weil eine vorläufige Feststellung nicht möglich sei. Schließlich stünde dem Begehren der Antragstellerin auch das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen. Dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung entsprechend könne das Gericht der Antragstellerin nicht schon in vollem Umfang das gewähren, was sie nur in einem Hauptsacheprozess erreichen könnte. Der Antragstellerin entstünden keine unzumutbaren Nachteile, wenn sie hinsichtlich der Klärung der Ordnungsgemäßheit ihrer Abschleppfahrzeuge und dem Erfordernis einer Abschleppgenehmigung auf das Hauptsacheverfahren bzw. die hierfür zunächst durchzuführenden Verwaltungsverfahren verwiesen werde. Die Anträge der Antragstellerin seien zudem mangels Anordnungsgrundes auch unbegründet. Dies ergebe sich hinsichtlich des Antrags der Betriebserlaubnis der Fahrzeuge der Antragstellerin schon aus ihrem Vortrag, wonach sie sich gegenwärtig an die "Vorgaben" der Antragsgegner halte, so dass davon ausgegangen werden könne, dass sie Abschleppfahrzeuge verwende, die den zulassungsrechtlichen Vorschriften entsprächen. Auch hinsichtlich der Erforderlichkeit der Schleppgenehmigung sei die Antragstellerin auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen. Auch insoweit bestünden Bedenken an der Zulässigkeit, da insofern die Feststellungsklage subsidiär zu einer Verpflichtungsklage sein dürfte und es der Antragstellerin daher obliege, die Erforderlichkeit einer Schleppgenehmigung zunächst im Verwaltungsverfahren zu klären und ggf. gegen einen versagenden Bescheid verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, was die Antragstellerin bisher unterlassen habe.

- 5 Hiergegen wendet die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung ein, das Verwaltungsgericht verkenne, dass in Bezug auf die Verfolgung der Antragstellerin wegen des Schleppens ohne Schleppgenehmigung (es handle sich bei der Schleppgenehmigung um eine Ausnahmegenehmigung nach §§ 33, 70 StVZO) das Rechtsschutzinteresse nicht dadurch entfallen sei, dass sie bis auf Weiteres Abschleppvorgänge mittels Berge-LKW mit Kran durchführe. In den meisten Fällen komme dennoch ein Hubbrillenfahrzeug zum Einsatz, weil man den besitzstörend abgestellten Pkw mit dem Berge-LKW regelmäßig nicht erreichen oder den PKW an Ort und Stelle nicht aufladen könne, der PKW müsse dann mittels Hubbrille in den Bereich der öffentlichen Straßen gezogen und dort umgeladen werden. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, durch die begehrte einstweilige Anordnung würde das Hauptsacheverfahren vorweggenommen, sei nicht verständlich. Es gehe nur darum eine Regelung zu schaffen, bis eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen sei. Die Antragstellerin habe überhaupt kein Problem damit, besitzstörend abgestellte

Fahrzeuge nur noch mit Schleppgenehmigung zu schleppen. Dann müsse ihr der Antragsgegner zu 1 eine Schleppgenehmigung erteilen. Es gehe aber nicht beides: Der Antragstellerin das Abschleppen zu verbieten und das Schleppen nicht zu erlauben. Ergänzend hat sie unter Verweis auf andere Städte behauptet, dass versucht werde, das Geschäftsmodell der nicht ADAC-gebundenen Abschleppunternehmen zu unterbinden. Es werde als unseriös angesehen, wenn sich ein Abschleppunternehmen darauf spezialisiere, im Auftrag von privaten Grundstücksbesitzern besitzstörend abgestellte Fahrzeuge abzuschleppen. Dem ADAC sei es offensichtlich gelungen, seine Position in verschiedenen Bereichen der Verwaltung und der Polizei zu verankern, wobei diese Position rechtspolitisch überhaupt nicht vernünftig zu vertreten sei. Sie kollidiere mit der Rechtsprechung des BGH zum Abschleppen sowie mit den Selbsthilfe- und Abwehrrechten des Eigentums- und Besitzschutzes und stehe auch nicht im Interesse der Grundstücksbesitzer. Dass die Antragstellerin hier - wenn sie nicht ihr Geschäft aufgeben wolle - permanent nach Auffassung der Antragsgegner Bußgeldtatbestände erfülle, was ständig zu neuen Bußgeldverfahren führe, sei ein wesentlicher Nachteil, selbst dann wenn das Bußgeldverfahren eingestellt werde oder mit Freispruch ende, da in Bußgeldverfahren bei weitem nicht dessen Aufwand ersetzt werde. Hinzu komme die Rufschädigung, da die Antragstellerin gezwungen werde, die Kosten eines Abschleppvorganges zu verdoppeln und damit verursache, als Kostenschinder diffamiert zu werden.

- 6 Vorgelegt hat die Antragstellerin einen vom Landesamt für Straßenbau und Verkehr am 4. März 2021 erlassenen Ablehnungsbescheid, mit dem die Erteilung einer sogenannten „Schleppgenehmigung“ (Erteilung einer Ausnahme nach § 70 Abs. 1 StVZO vom § 33 StVZO) abgelehnt und zur Begründung ausgeführt wurde: Nach dem Wortlaut des § 33 StVZO (Schleppen von Fahrzeugen) dürften Fahrzeuge, die nach ihrer Bauart zum Betrieb als Kraftfahrzeuge bestimmt sind, nicht als Anhänger betrieben werden. Die Regeln für das Abschleppen (§ 15a StVO) würden durch § 33 StVZO im Übrigen nicht berührt. Mit der zum 1. August 2013 erfolgten Neufassung des § 33 StVZO werde keine Notwendigkeit mehr gesehen, das Schleppen von Fahrzeugen mit einer Regelung zur Erteilung von Ausnahmegenehmigungen zu verbinden. Dass eine besondere Ausnahmesituation vorliege, aus der sich die alternativlose Notwendigkeit zum Schleppen von Fahrzeugen im öffentlichen Verkehrsraum ergeben würde, und dass das Schleppen von Fahrzeugen auch mit einer gewissen Häufigkeit dringend erforderlich sei, habe mit der Begründung zum Antrag nicht belegt werden können.

7 Die Antragstellerin verfolgt mit ihrer Beschwerde das Interesse zu unterbinden, dass die Antragsgegner das Abschleppen eines besitzstörend abgestellten Fahrzeugs als Ordnungswidrigkeit verfolgen, wenn es mittels Hubbrille vorgenommen wird und keine Schleppgenehmigung vorliegt.

8 Die Antragstellerin begehrt im Beschwerdeverfahren,

„den Antragsgegnern einstweilen bis zur Entscheidung in der Hauptsache (*aufzugeben*,) die Antragstellerin nicht wegen angeblichen Schleppens ohne Schleppgenehmigung beim Abschleppen von besitzstörend abgestellten Kfz zu verfolgen.“

9 Die Antragsgegner treten der Beschwerde entgegen.

II.

10 Die von der Antragstellerin vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung das Oberverwaltungsgericht grundsätzlich beschränkt ist (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), ergeben nicht, dass es das Verwaltungsgericht zu Unrecht abgelehnt hat, Verfolgungsmaßnahmen der Antragsgegner wegen des angeblich unerlaubten Schleppens ohne Schleppgenehmigung zu untersagen bzw. deren Rechtswidrigkeit festzustellen.

11 1. Soweit das Verwaltungsgericht festgestellt hat, dass der geltend gemachte Antrag auf Untersagung der Verfolgung über die in der Hauptsache von der Antragstellerin beehrten Feststellungen hinausgeht und deshalb unzulässig ist, setzt sich die Beschwerde hiermit nicht auseinander. Der Senat muss deshalb der Frage, ob und ggf. inwieweit das Gericht in Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO auf den Entscheidungsrahmen der Hauptsache beschränkt ist (vgl. dazu näher: Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 39. EL Juli 2020; § 123 Rn. 140 f.; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage 2018, § 123 Rn. 106 ff., 112 f.), und ggf. der Frage, ob eine Klageerweiterung in der Hauptsache noch möglich und deshalb der Antrag möglicherweise zulässig ist, nicht weiter nachgehen. Vielmehr trägt diese von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren nicht substantiiert angegriffene Erwägung des Verwaltungsgerichts die Ablehnung des Antrags der Antragstellerin bei wörtlichem Verständnis. Zudem ist der gestellte Antrag auch zu unbestimmt, weil unklar bleibt, welches Verhalten konkret unter welchen Umständen der jeweilige Antragsgegner unterlassen soll.

- 12 Der Antrag hätte - seine Zulässigkeit unterstellt - auch in der Sache keinen Erfolg, weil es sich um vorbeugenden Rechtsschutz handeln würde, der nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.
- 13 Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO ergeht eine Regelungsanordnung, wenn bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich gebotenen summarischen Prüfung ein zu regelnder Anspruch, der Anordnungsanspruch, und die Dringlichkeit einer vorläufigen Regelung, der Anordnungsgrund, hinreichend wahrscheinlich vorliegen.
- 14 Mit dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch begehrt die Antragstellerin vorbeugenden Rechtsschutz, sie will im Vorhinein verbotend in den Bereich der Antragsgegner einwirken. Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung ist der Rechtsprechung regelmäßig nur die nachträgliche Kontrolle des Verwaltungshandelns zugewiesen, während das aktive, in die Zukunft gerichtete Handeln, u. a. mittels Verwaltungsakt, zunächst allein der Exekutive obliegt. Der Rechtsprechung ist es regelmäßig verwehrt, bereits im Vorhinein gebietend oder verbotend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 12. Juni 2008 - 7 B 24.08 -, juris Rn. 10; SächsOVG, Beschl. v. 16. Juli 2020 - 6 B 318/19 -, juris Rn. 11 m. w. N.). Ausnahmsweise gilt etwas anderes, wenn ein besonderes qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes mit Blick auf das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) erfordert (BVerwG a. a. O. Rn. 11). Es muss ein spezielles, auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzinteresse bestehen. Vorbeugender Rechtsschutz ist nur dann zulässig, wenn dem Antragsteller im Einzelfall ein Abwarten nicht zuzumuten ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 31. August 2011 - 8 C 8.10 -, juris Rn. 23). Die Notwendigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes kann bei ansonsten eintretenden irreparablen Schäden, aber auch dann gegeben sein, wenn im Laufe des Verfahrens Prägungen und Vorfestlegungen stattfinden können, die mit dem Angriff gegen die Endentscheidung ungeachtet einer rechtlich umfassenden Kontrollbefugnis der Gerichte nicht mehr mit realistischer Aussicht auf Erfolg in Frage gestellt werden können (SächsOVG, Beschl. v. 16. Juli 2020 a. a. O. Rn. 12).
- 15 Solche irreparablen Schäden für die Antragstellerin sind hier nicht zu besorgen. Die Antragstellerin kann Besitzstörungen durch abgestellte Fahrzeuge - wie von ihr auch vorgetragen - auch ohne das Schleppen des Fahrzeugs mittels Hubbrillenfahrzeug zum Verwehrplatz dadurch beseitigen, dass sie - sofern ein unmittelbares Aufladen des

Fahrzeugs auf einen LKW wegen der räumlichen Situation nicht möglich ist - das Fahrzeug mittels Hubbrillenfahrzeugs versetzt und anschließend - sofern ein Parkplatz in Sichtweite nicht zur Verfügung steht - auf einen LKW auflädt. Die hierdurch entstehenden höheren Kosten kann sie dem Auftraggeber - und bei Abtretung des Anspruchs dem Störer - in Rechnung stellen. Dass sie dadurch bedingt negative Reaktionen und schlechte Bewertungen erhält und es bei Dritten zu höheren Aufwendungen kommt, rechtfertigt nicht die ausnahmsweise Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes.

- 16 2. Der Antrag bleibt aber auch dann ohne Erfolg, wenn man ihn in einen Antrag, vorläufig festzustellen, dass die Antragstellerin zum Schleppen von besitzstörend abgestellten Kraftfahrzeugen keine Schleppgenehmigung benötigt (a), und hilfsweise, den Antragsgegner zu 1 zu verpflichten, ihr vorläufig (für eine bestimmte Zeit) eine Schleppgenehmigung zu erteilen (b), umdeuten würde.
- 17 a) Allerdings wäre ein Antrag gerichtet auf die vorläufige Feststellung, dass sie keiner Genehmigung zum Schleppen bedarf, entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Verwaltungsgerichts zulässig (vgl. z. B. BVerfG [K], Beschl. v. 5. Mai 1987 - 2 BvR 104/87 -, NJW 1988, 249; OVG NRW, Beschl. v. 26. März 2012 - 5 B 892/11 -, NVwZ-RR 2012, 516; NdsOVG, Beschl. v. 4. April 2012 - 8 ME 49/12 -, juris Rn. 21 m. w. N.; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 123 Rn. 9; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 123 Rn. 64a). Eine vorläufige Feststellung zu treffen, entspricht in einer derartigen Konstellation dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG). Damit wird vermieden, dass der Betroffene gegen eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen, die von einer Genehmigungsbedürftigkeit ausgehen, vorgehen und sich Ordnungswidrigkeitenverfahren unterziehen muss.
- 18 Er hat aber in der Sache keinen Erfolg. Soweit er sich gegen die Antragsgegnerin zu 2 richtet, fehlt es bereits an der Passivlegitimation, da über die Genehmigungsbedürftigkeit nicht die Stadt, sondern der Freistaat Sachsen, vertreten durch das Landesamt für Straßenbau und Verkehr, entscheidet. Soweit sich der Antrag gegen den Freistaat, vertreten durch die Polizeidirektion Dresden, richtet, bedarf es keiner Änderung des Rubrums und keiner Beteiligung des Landesamts für Straßenbau und Verkehr, weil nach summarischer Prüfung im Eilverfahren Überwiegendes dafür spricht, dass die Antragstellerin zum Schleppen von besitzstörend abgestellten Kraftfahrzeugen eine Schleppgenehmigung nach § 33 StVZO benötigt. Nach dieser

Vorschrift dürfen Fahrzeuge, die nach ihrer Bauart zum Betrieb als Kraftfahrzeug bestimmt sind, nicht als Anhänger betrieben werden. Eine ausdrückliche Ausnahme für das „Abschleppen“ von Fahrzeugen enthält die Straßenverkehrszulassungsordnung nicht mehr. Vor dem 1. März 2007 war in § 18 Abs. 1 StVZO (i. d. F. d. B. v. 28. September 1988 [BGBl. I S. 1793], zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 16. März 2006 [BGBl. I S. 543] - a. F.) vorgesehen, dass Fahrzeuge „mit Ausnahme von betriebsunfähigen Fahrzeugen, die abgeschleppt werden, und von Abschleppachsen“ nur mit Zulassung in Betrieb gesetzt werden dürfen. Zudem enthält § 15a StVO Regelungen zum Abschleppen von Fahrzeugen auf Autobahnen. Daraus lässt sich ableiten, dass das „Abschleppen“ von Fahrzeugen nicht der Schleppgenehmigung nach § 33 StVO bedarf. Für das Abschleppen betriebsunfähiger Fahrzeuge dürfte eine Ausnahme von der Schleppgenehmigung auch gewohnheitsrechtlich anerkannt sein (vgl. Dauer, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, § 33 StVZO Rn. 19).

- 19 Die von der Antragstellerin vertretene Auffassung, dass für das von ihr vorgenommene Verbringen besitzstörend abgestellter Fahrzeuge zur Verwahrstelle mittels kleinem LKW mit Hubbrille keine Genehmigung notwendig ist, gilt in dieser Allgemeinheit nicht. Vielmehr unterfällt die Nutzung eines z. B. mit einer Hubbrille ausgestatteten Fahrzeugs im Schleppverband grundsätzlich dem Begriff des Abschleppens nicht, es sei denn, das (ab-)geschleppte Fahrzeug ist betriebsunfähig und wird zu einer nahegelegenen Werkstatt geschleppt.
- 20 Für das Abschleppen ist ausgehend von § 18 StVZO a. F. und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmend, dass betriebsunfähige Fahrzeuge, die abgeschleppt werden, nicht als Anhänger gelten, und somit von den für den Betrieb von Anhängern geltenden Vorschriften befreit sind. Nach der Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 27. August 1969 - 4 StR 192/69 -, juris Rn. 8) war die Ausnahmenvorschrift des § 18 Abs. 1 StVZO a. F. im Interesse der Verkehrssicherheit eng auszulegen. Voraussetzung für ihre Anwendung ist, dass gerade die Betriebsunfähigkeit des Fahrzeugs zu einem derartigen Notbehelf zwingt. Durch die Erleichterung des Abschleppens soll nicht nur der Notwendigkeit Rechnung getragen werden, liegen gebliebene Fahrzeuge von der Straße zu entfernen, sondern auch den Belangen der Halter solcher Fahrzeuge und auch wirtschaftlichen Belangen. Daher gilt das Befördern eines betriebsunfähigen Fahrzeugs im Schlepp zu einer geeigneten nahen Instandsetzungswerkstatt als Abschleppen im Sinne des § 18 StVZO, gleichgültig, ob es von der Straße oder von seinem gewöhnlichen oder zufälligen Standort und ob es sofort, nachdem es betriebsunfähig geworden ist, oder erst später

zur Werkstatt geschleppt wird (BGH, Beschl. v. 27. August 1969 a. a. O.). Nach dem Wegfall von § 18 StVZO mit Wirkung zum 1. März 2007 ist das Abschleppen gemäß § 15a StVO im dort genannten Umfang (Abschleppen von auf der Autobahn liegen gebliebenen Fahrzeugen bis zur nächsten Abfahrt, Verbot des Einfahrens in eine Autobahn beim Abschleppen eines außerhalb der Autobahn liegen gebliebenen Fahrzeugs) weiterhin zulässig. In der Literatur wird das Abschleppen betriebsunfähiger Fahrzeuge auch unter Nothilfegesichtspunkten für zulässig gehalten (Dauer a. a. O. § 33 StVZO Rn. 19 f.). Abschleppen ist das Wegschaffen eines betriebsunfähigen Fahrzeugs auf dessen Rädern durch Zubleistung zum nächsten geeigneten Bestimmungsort, sofern die Betriebsunfähigkeit hierzu zwingt und vom Halter nicht vorsätzlich herbeigeführt ist (vgl. Rebler, SVR 2014, 420, Beck-online, m. w. N.).

- 21 Demgegenüber ist ansonsten für das „Schleppen von Fahrzeugen“ gemäß § 33 StVZO geregelt, dass Fahrzeuge, die nach ihrer Bauart zum Betrieb als Kraftfahrzeug bestimmt sind, nicht als Anhänger betrieben werden dürfen, wobei Ausnahmen davon gemäß § 70 Abs. 1 Nr. 1 StVZO die höheren Verwaltungsbehörden in bestimmten Einzelfällen oder allgemein für bestimmte einzelne Antragsteller genehmigen können. „Schleppen“ ist daher jeder Fall eines Mitführens eines Fahrzeugs auf dessen Rädern hinter einem anderen Kraftfahrzeug, soweit kein zulässiges Abschleppen vorliegt (Dauer a. a. O. § 33 StVZO Rn. 11). Das geschleppte Fahrzeug wird dann als Anhänger betrieben. Beim „Abschleppen“ eines verbotswidrig geparkten Fahrzeugs durch die Ordnungsbehörde handelt es sich also eigentlich um ein „Schleppen“, da sich das zu entfernende Fahrzeug (i. d. R.) in betriebsfähigem Zustand befindet (vgl. für alles auch Rebler a. a. O. m. w. N.). Für die Abgrenzung zwischen Schleppen und Abschleppen kann ergänzend auch auf die Bekanntmachung der Empfehlungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 70 StVZO des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 26. Mai 2014 (VBI. 2014, 515) zurückgegriffen werden, wonach das Schleppen das planbare Fortbewegen betriebsfähiger, betriebsunfähiger oder verunfallter Kraftfahrzeuge hinter anderen Kraftfahrzeugen ist, wobei ein Notbehelfsgedanke nicht besteht und es sich um einen Transport handelt. Ergänzend wird in den Empfehlungen ausgeführt, dass Schleppverbände in den Vorschriften für den nationalen und internationalen Straßenverkehr sowie in anderen einschlägigen Rechtsgebieten nicht vorgesehen sind. Kraftfahrzeuge sind nicht zum Betrieb als Anhänger konstruiert, wodurch ein Schleppverband hinsichtlich seiner Verkehrssicherheit stets kritischer ist. Ausdrücklich differenziert die Empfehlung auch zwischen Schleppen und Abschleppen, wobei Abschleppen dem Notbehelfsgedanken entspringt, das Fahrzeug also unvorhersehbar durch einen Unfall oder einen Schaden

betriebsunfähig geworden ist und kurzfristig aus dem öffentlichen Straßenverkehr entfernt und in die nächstgelegene geeignete Werkstatt oder an einen anderen geeigneten Ort in näherer Umgebung abgeschleppt werden muss. Umfasst davon ist u. a. auch das behördlich angeordnete Entfernen von gefährlichen Verkehrshindernissen. Diese in den Empfehlungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 70 StVZO vorgenommene Differenzierung zwischen Schleppen und Abschleppen berücksichtigt einerseits die Rechtsprechung des BGH zum weggefallenen § 18 StVZO und legt andererseits die Gründe für die restriktive Auslegung des Begriffes des Abschleppens dar, nämlich die im Hinblick auf die Verkehrssicherheit kritische Situation von Schleppverbänden, wenn das geschleppte Fahrzeug nicht als Anhänger konstruiert wurde. Aus dem vom BGH geprägten Notbehelfsgedanken für das Abschleppen folgt daher, dass außerhalb einer solchen Zwangssituation von einem Schleppen und nicht (auch) von einem Abschleppen auszugehen ist. Soweit ein Abschleppen im Rahmen eines Notbehelfs nur dann angenommen wird, wenn das abzuschleppende Fahrzeug kurzfristig aus dem öffentlichen Straßenverkehr entfernt werden muss, ist auch dieser Aspekt nachvollziehbar, um die Sicherheit des Straßenverkehrs (wieder) herzustellen.

22 Ausgehend von diesen Grundsätzen ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht ersichtlich, weshalb es genehmigungsfrei zulässig sein soll, ein möglicherweise nicht im Bereich des öffentlichen Straßenverkehrs befindliches Fahrzeug in für die Verkehrssicherheit kritischer Art (Schleppverband) in den Bereich des öffentlichen Straßenverkehrs einzubringen. Die den Notbehelf „Abschleppen“ rechtfertigende Zwangslage liegt bei einfacher Besitzstörung regelhaft nicht vor, insbesondere dann nicht, wenn über die Besitzstörung hinaus keine die allgemeine Verkehrssicherheit beeinträchtigenden Umstände gegeben sind.

23 Nicht folgen konnte der Senat daher der Auffassung der Antragstellerin, dass auch besitzstörend abgestellte Fahrzeuge für den im Besitz gestörten Grundstücksbesitzer eine Notlage darstellt, die ein Abschleppen (ohne Notwendigkeit einer Schleppgenehmigung) rechtfertigen. Der Senat verkennt nicht, dass Besitzstörungen in bestimmten Konstellationen zu Zwangslagen führen können, die ein unmittelbares Beenden der Besitzstörung rechtfertigen und daher eine Planung des Abtransports nicht im Vorfeld möglich ist. Aus dieser Situation kann aber keine allgemeine Befugnis abgeleitet werden, ohne eine erteilte Genehmigung in Form eines sicherheitstechnisch kritischen Schleppverbandes in die Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs einzugreifen. Darin ist - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch keine

Kollision mit der Rechtsprechung des BGH zum Abschleppen sowie mit den Selbsthilfe- und Abwehrrechten des Eigentums- und Besitzschutzes zu erkennen. Die Selbsthilfe- und Abwehrrechte gelten nicht absolut und uneingeschränkt, sondern finden ihre Grenze in anderen Vorschriften der Rechtsordnung, also auch dem Straßenverkehrsrecht und hier den Vorschriften zur Zulässigkeit des Schleppens. Dass die Verbringung der besitzstörend abgestellten Fahrzeuge mittels Schleppen die einfachere und auch kostengünstigere Variante darstellt, ändert an der Geltung der verkehrsrechtlichen Vorschriften nichts. Die von der Antragstellerin vorgetragene Kosten- und Handhabungsaspekte sind zwar nachvollziehbar, ändern aber an den derzeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen nichts. Hat der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, dürfen die Gerichte diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern oder durch eine judikative Lösung ersetzen (vgl. BVerwG, Urt. v. 12. September 2013 - 5 C 35.12 -, BVerwGE 148, 13 Rn. 27; Urt. v. 16. Mai 2013 - 5 C 28.12 -, juris Rn. 9; jeweils m. w. N.). Ob eine Änderung der Rechtslage zum Schleppen/Abschleppen mit Hubbrille unter Sicherheitsgesichtspunkten vertretbar und ggf. auch rechtspolitisch geboten ist, ist deshalb nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern politischer Entscheidungen.

- 24 Auch der von der Antragstellerin dargelegte Gedanke des Gewohnheitsrechts (so auch der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin in VD 11/2020, 295 ff.) greift nicht durch. Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird. Es bedarf der Bildung einer Rechtsüberzeugung in den beteiligten Kreisen, also nicht nur unter Juristen. Unter einer Rechtsüberzeugung ist nicht nur die Erwartung zu verstehen, dass die Gerichte nach dieser Maxime verfahren werden, sondern darüber hinaus die Überzeugung, dass sie dies tun werden, weil es sich um eine sie bindende Norm handelt (BVerfG, Beschl. v. 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07 -, juris Rn. 62). Auch Gewohnheitsrecht ist aber abänderbar, es gilt der Vorrang jüngerer Rechts vor älterem. Gewohnheitsrecht entfällt mithin dann, wenn der Gesetzgeber eine abweichende Regel kodifiziert oder auch neue Tatsachenerkenntnisse den Boden einer gewohnheitsrechtlichen Regel aufweichen (Krebs/Becker, JuS 2013, 97). Angesichts der Rechtsprechung des BGH bestand bereits kein Gewohnheitsrecht mit dem von der Antragstellerin geltend gemachten Inhalt. Soweit ein Gewohnheitsrecht für das Abschleppen betriebsunfähiger Fahrzeuge erörtert wird (so auch Dauer a. a. O. § 33 StVZO Rn. 19), werden die von der Antragstellerin vorgenommenen Schleppvorgänge davon nicht

erfasst, da die geschleppten Fahrzeuge in der Regel nicht betriebsunfähig sind. Angesichts der erfolgten Änderungen der maßgeblichen Vorschriften (Wegfall von § 18 StVZO zum 1. März 2007, Änderung von § 33 StVZO mit Wirkung zum 1. August 2013) wird auch in der juristischen Literatur - soweit diese zuvor von einem weiteren Verständnis des Abschleppens ausgegangen war - eine geänderte Abgrenzung zwischen Schleppen und Abschleppen (vgl. insofern für eine enge Auslegung des Abschlepp-Begriffes Huppertz, VD 2/2017, 14 ff., ähnlich Rebler a. a. O.) angenommen. Eine Betriebsunfähigkeit lässt sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin auch nicht daraus ableiten, dass ein Kraftfahrzeug wegen der Abwesenheit des Halters bzw. Fahrers nicht gestartet werden kann. Das in der Vergangenheit in der Literatur teilweise entwickelte weite Verständnis des Begriffs der Nothilfe kann im Hinblick auf die dargelegten Rechtsänderungen angesichts des klaren Verbots des Schleppens durch § 33 StVZO nicht mehr aufrechterhalten werden; der Begriff des Abschleppens ist keiner extensiven Auslegung mehr zugänglich, so dass Abschleppen nur noch dann angenommen werden kann, wenn und soweit ein liegengebliebenes Kraftfahrzeug im Wege der Nothilfe auf eigenen Rädern aus dem öffentlichen Verkehrsraum entfernt wird, um die durch das betriebsunfähig gewordene Kraftfahrzeug entstandene Gefahr kurzfristig zu beseitigen (Dauer a. a. O. § 33 StVZO Rn. 22 f.). Ergänzend ist dabei zu beachten, dass selbst während einer Fahrt, die als Abschleppen beginnt, ein Wechsel zum Schleppen eintreten kann, nämlich dann, wenn nach einer gewissen Strecke (z. B. Abschleppen an einer geeigneten Werkstatt vorbei zu einer entfernter liegenden Werkstatt) der Bereich des Notbehelfs verlassen wird (vgl. Rebler, VD 2003, 323).

- 25 Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, dass in anderen Kommunen bzw. Bundesländern eine abweichende Handhabung des Schleppens bzw. Abschleppens erfolgt, rechtfertigt auch dies keine andere Bewertung. Aus der Tatsache, dass ein Schleppen mit Hubbrille möglicherweise andernorts aus Opportunitätsgründen nicht als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird, ist nicht abzuleiten, dass kein (genehmigungsbedürftiges) Schleppen ohne Genehmigung vorliegt. Auch die Behauptung der Antragstellerin, dass das Geschäftsmodell der nicht ADAC-gebundenen Abschleppunternehmen zu unterbinden versucht werde, trägt nicht. Die Antragstellerin führt diesbezüglich aus, dass es als unseriös angesehen werde, wenn sich ein Abschleppunternehmen darauf spezialisiert, im Auftrag von privaten Grundstücksbesitzern besitzstörend abgestellte Fahrzeuge abzuschleppen, und es dem ADAC offensichtlich gelungen sei, seine Position in verschiedenen Bereichen der Verwaltung und der Polizei zu verankern. Weder gehen diese Darlegungen über den

Bereich von Vermutungen hinaus, noch führen sie zu einer anderen Auslegung der maßgeblichen Rechtsnormen.

- 26 b) Die Antragstellerin hat auch keinen Anspruch darauf, dass ihr der Antragsgegner zu 1, vertreten durch das Landesamt für Straßenbau und Verkehr, vorläufig (für eine bestimmte Zeit), eine Genehmigung für das Schleppen erteilt.
- 27 Die vorläufige Befriedigung eines solchen Anspruchs im Eilverfahren wäre allenfalls dankbar, wenn sie offensichtlich einen Anspruch auf eine solche Genehmigung hätte, weil das in § 70 StVZO der Behörde eingeräumte Ermessen auf null reduziert oder jedenfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten der Antragstellerin auszuüben wäre. Anhaltspunkte dafür legt die Beschwerde nicht substantiiert dar.
- 28 Dem Antragsgegner zu 1 ist auch kein widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist ihr eine Genehmigung gemäß § 70 StVZO nicht versagt worden, weil in ihren Tätigkeiten ein Schleppen i. S. v. § 33 StVZO nicht gesehen wurde, vielmehr wurden die sonstigen Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung verneint. Die für die Antragstellerin zuständige höhere Verwaltungsbehörde, das Landesamt für Straßenbau und Verkehr, lehnte mit Bescheid vom 4. März 2021 die Erteilung einer sogenannten „Schleppgenehmigung“ ab und nahm zur Begründung Bezug auf die Empfehlungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 70 StVZO des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur. Im Rahmen der für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung vorzunehmenden Prüfung aller Umstände, ob ein Schleppen des Fahrzeugs im konkreten Fall tatsächlich unumgänglich notwendig und erforderlich ist oder ob vom Antragsteller eine andere Lösung zum Verbringen des Fahrzeuges (insbesondere das Verladen des betreffenden Fahrzeuges für den Transport auf die Ladefläche eines Abschleppwagens oder Anhängers) eingesetzt werden kann, gelangte das Landesamt für Straßenbau und Verkehr zum Ergebnis, dass auch die von der Antragstellerin vorgetragene Argumente bezüglich erhöhter Zeit- und Kostenfaktoren durch den Einsatz ggf. mehrerer Abschleppfahrzeuge beim Abtransport eines Fahrzeuges aus schwer zugänglichen Bereichen allein keine Notwendigkeit zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zum Schleppen begründen, da Ausnahmen nur in dem Umfang genehmigt werden dürfen, der für den beabsichtigten Zweck unumgänglich notwendig sei. Nur wirtschaftliche Interessen seien für die behördliche Entscheidung kein Ausnahmegrund. Ob diese Gründe einer rechtlichen Prüfung in jeder Hinsicht

standhalten, ist vom Senat im Eilverfahren nicht zu prüfen, sondern bleibt einem möglichen Widerspruchs- und Hauptsacheverfahren vorbehalten.

29 Das Abwarten einer Hauptsacheentscheidung ist der Antragstellerin auch - wie oben ausgeführt - zumutbar, sodass es insoweit auch an einem Anordnungsgrund fehlt.

30 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

31 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG. Mit dem Verwaltungsgericht hat der Senat für den verbliebenen Antrag den Auffangstreitwert angesetzt und aufgrund der zumindest zum Teil erstrebten Vorwegnahme der Hauptsache von der ansonsten grundsätzlich gebotenen Halbierung des Streitwerts im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes abgesehen.

32 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:

Dehoust

Groschupp

Guericke