

Regierungsdirektor Klaus Weber, Regierungspräsidium Chemnitz*

Keine selbständige Anfechtbarkeit einer MPU-Anordnung¹

I. Einleitung

Die sog. MPU-Anordnungen sind ein Instrument des Fahrerlaubnisrechts, konkretisiert in den §§ 11, 13 und 14 sowie 46 III FeV².

Insoweit ist zu differenzieren zwischen der Erteilung der Fahrerlaubnis (als sog. begünstigender Verwaltungsakt³) mit evtl. behördlichen MPU-Anordnungen nach § 11 ff. FeV (vor der Entscheidung über die Erteilung einer Fahrerlaubnis), und der Entziehung der Fahrerlaubnis (als sog. belastender Verwaltungsakt⁴) mit evtl. vorangegangenen MPU-Anordnungen nach § 46 III FeV.

1. „Medizinisch-psychologische Gutachten“ nach §§ 11 ff. FeV

a) Nach §§ 2 II StVG, 11 I FeV müssen Bewerber um eine Fahrerlaubnis (siehe § 2 StVG) die hierfür notwendigen körperlichen und geistigen Anforderungen erfüllen.

b) Gemäß § 11 III FeV kann die Beibringung eines Gutachtens einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle für Fahreignung (sog. MPU-Gutachten) zur Klärung von Eignungszweifeln für die Zwecke nach § 11 II FeV⁵ angeordnet werden⁶. Die Fahrerlaubnisbehörde hat also (vor Erteilung der Fahrerlaubnis) begründete Bedenken gegen die Eignung des Bewerbers und will diese Bedenken mittels Gutachteneinholung klären. Nach § 11 VII FeV kommt die Anordnung zur Beibringung dieses Gutachtens nicht in Betracht, wenn die Nichteignung des Betroffenen zur Überzeugung der Fahrerlaubnisbehörde feststeht.

* Der Verf. ist u. a. Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare und Lehrbeauftragter an der Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung in Meißen.

1) Zugleich eine Erwiderung auf den Aufsatz von Jagow, Selbständige Anfechtbarkeit einer MPU-Anordnung, NZV 2006, 27 ff. Die hier vorgenommenen grundsätzlichen Ausführungen haben aber auch Bedeutung für die Anforderung sonstiger Gutachten usw. im Zusammenhang mit der Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis (siehe BVerwG, DVBl. 2005, 1337, 1338).

Der Verf. hat bereits früher die begründete Ansicht vertreten, dass eine selbständige Anfechtbarkeit einer MPU-Anordnung nicht in Betracht kommt (in „Fahrerlaubnis und Verwaltungsbehörde“, Blutralkohol 1999, 106, 115 ff., sowie „Verwaltungsrechtliche Realakte“, apf 2003, 27, 60).

2) Fahrerlaubnisverordnung (FeV).

3) Siehe dazu die Definition in § 48 I 2 VwVfG.

4) Die Definition des belastenden Verwaltungsaktes kann man § 28 I VwVfG entnehmen; VGH Mannheim, VBfBW 2005, 360: Widerruf einer Aufenthaltslaubnis als „belastender Verwaltungsakt“; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, Anm. 25 zu § 28.

5) Wenn Tatsachen bekannt werden, die Bedenken gegen die körperliche oder geistige Eignung des Fahrerlaubnisbewerbers begründen, kann die Fahrerlaubnisbehörde zur Vorbereitung von Entscheidungen über die Erteilung der Fahrerlaubnis die Beibringung eines ärztlichen Gutachtens durch den Bewerber anordnen. Bedenken bestehen dabei insbes. wenn Tatsachen bekannt werden, die auf eine Erkrankung oder einen Mangel nach Anlage 4 oder 5 hinweisen. (Die entspr. Aufstellungen enthalten häufiger vorkommende Erkrankungen und Mängel, die die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen längere Zeit beeinträchtigen oder aufheben können).

6) Das Gesetz kennt aber auch Fälle, in denen eine Gutachtensvorlage zwingend gefordert wird (§§ 13 und 14 FeV bei Eignungszweifeln im Hinblick auf das Betäubungsmittelgesetz oder Arzneimittel oder Alkohol); siehe dazu VGH München, NJW 2002, 82, 83; VG Stade, NVwZ-RR 2004, 105, 106, und VGH Mannheim, DVBl. 2005, 1333, 1335.

2. § 46 III FeV

Praktisch bedeutsam ist die Einholung eines „medizinisch-psychologischen Gutachtens“ nach § 46 III FeV⁷. Der Inhaber einer Fahrerlaubnis wird demnach von der Fahrerlaubnisbehörde aufgefordert⁸, sich einer derartigen Untersuchung zu unterziehen, weil die Behörde aufgrund von Tatsachen Bedenken gegen seine weitere Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen hat (zur Aufklärung von Eignungszweifeln⁹).

a) Mit entspr. Begründung teilt die Behörde dem Betroffenen die Zweifel an seiner Eignung mit und fordert ihn auf, innerhalb einer von der Behörde gesetzten Frist auf seine Kosten die Untersuchung durchführen zu lassen und das Gutachten beizubringen (§ 11 VI FeV).

b) Der Betroffene steht jetzt unter „Zugzwang“. Denn nach § 11 VIII 1 FeV darf die Behörde auf dessen „Nichteignung“ schließen, wenn er sich der Untersuchung verweigert oder das geforderte Gutachten nicht fristgemäß vorlegt¹⁰. Nach § 11 VIII 2 FeV wird der Betroffene auf diese Folge in der Gutachtensanordnung schriftlich hingewiesen.

c) Die Behörde wird ihm dann die Fahrerlaubnis nach § 3 StVG¹¹, i. d. R. verbunden mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung, entziehen.

Diese nun erfolgte Entziehung der Fahrerlaubnis ist unstreitig ein belastender Verwaltungsakt, den der Betroffene mittels Widerspruch (und evtl. sich anschließender Anfechtungsklage) angreift. Da diese Fahrerlaubnisentziehung, wie dargelegt, aus Gründen der Gefahrenabwehr¹² grundsätzlich mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen wird, kommt es regelmäßig auch zu Eilverfahren nach § 80 V VwGO beim *Verwaltungsgericht* (dazu später unter III 1 b).

3. Selbständige Anfechtbarkeit

Entgegen der ständigen neuen Rspr.¹³ wird nun wieder eine selbständige „Anfechtbarkeit“ dieser behördlichen Anordnung vertreten¹⁴. Folgt man dieser Auffassung, kann der Betroffene bereits gegen die behördliche Anordnung zur Erbringung des MPU-Gutachtens Widerspruch erheben (und evtl. auch einen Antrag nach § 80 V VwGO bei Gericht stellen) und müsste nicht bis zur behördlichen Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis wg. Nichtvorlage des Gutachtens abwarten.

II. Argumente für eine selbständige „Anfechtbarkeit“

1. „Alte“ Rechtsprechung

In der genannten Literatur wird regelmäßig auf die alte Rspr. zu dieser Problematik verwiesen, die eine selbständige „Anfechtung“ bejaht hat¹⁵.

a) Die Gutachtensanordnung sei ein „Verwaltungsbefehl“ und deshalb grundsätzlich ein Verwaltungsakt¹⁶. Es handele sich auch nicht um eine „vorbereitende Ermittlung ohne eigene Rechtswirkung“, denn es liege ein Grundrechtseingriff vor, dessen Rechtmäßigkeit auf eine Anfechtung hin grundsätzlich unabhängig von der Anfechtung einer etwaigen Entziehung der Fahrerlaubnis zu beurteilen sei. „Wollte man der Untersuchungsanordnung die Eigenschaft eines Verwaltungsaktes absprechen, würde dies eine Verweigerung des Rechtsschutzes bedeuten“. Außerdem spreche für einen Verwaltungsakt die Tatsache, dass die Durchführung der angeordneten Untersuchung „gebührenpflichtig“ sei.

b) Das OVG Münster¹⁷ betont vorab, dass über den Begriff des Verwaltungsaktes in Schrifttum und Rspr. noch keine Einigkeit bestehe¹⁸. Trotzdem handele es sich bei dieser Anordnung um die Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. „Am Ende des Verfahrens steht nur dann ein

weiterer Verwaltungsakt, wenn die Behörde der Meinung ist, der Betroffene sei zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet. Läßt die gutachterliche Stellungnahme dagegen diesen Schluß nicht zu, bleibt der Betroffene mit den ihm bereits durch die Anordnung nach § 3 II StVZO auferlegten Kosten der Begutachtung belaster“.

c) Das OVG Lüneburg¹⁹ verweist lediglich auf die bisherige Rspr. und bejaht deshalb die Verwaltungsaktqualität der Untersuchungsanordnung.

2. Damalige Bedenken

Doch bereits damals gab es sowohl in der Rspr.²⁰ als auch der Literatur²¹ die Auffassung, dass ein Verwaltungsakt nicht vorliege, denn der „rechtliche Erfolg“ liege

7) Diese Norm lautet wie folgt: „Werden Tatsachen bekannt, die Bedenken begründen, dass der Inhaber einer Fahrerlaubnis zum Führen eines Kraftfahrzeugs ungeeignet oder bedingt geeignet ist, finden die §§ 11 bis 14 entsprechend Anwendung“.

8) §§ 46 III, 11 VI FeV; OVG Münster, NZV 2001, 95, 95; 2472; VG Frankfurt, NJW 2002, 80, 81; VG Braunschweig, NVwZ 2003, 1284; VG Neustadt, NJW 2005, 2471.

9) BVerwG, DVBl. 2005, 1337, 1338; zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Erbringung des Gutachtens ist der Adressat dieser Aufforderung noch im Besitz seiner Fahrerlaubnis.

10) So ausdrücklich auch das BVerfG, NZV 2002, 425; 426; BVerwG, DVBl. 2005, 1337, 1338; VGH München, NJW 2002, 82, 83; OVG Saarlouis, NJW 2004, 243, 244; VG Stade, NVwZ-RR 2004, 105, 106; VG Frankfurt, NJW 2002, 80, 81; VG Braunschweig, NVwZ 2003, 1284; ebenso BVerwG, NJW 2002, 78, 79, zur alten Rechtslage nach der StVZO.

11) Eine Entziehung nach § 4 StVG (Punktesystem) kommt nicht in Betracht, weil in diesen Fällen der Betroffene die entspr. „Punktezahl“ zur Entziehung der Fahrerlaubnis nach dieser Vorschrift nicht erreicht hat (§ 4 III Nr. 3).

a) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Falle der Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 3 StVG ist (bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen) grundsätzlich erforderlich, denn es gibt in diesem Falle keinen gesetzlichen Wegfall der aufschiebenden Wirkung wie bei der Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 4 StVG (konkret § 4 VII 2 StVG).

b) Rspr. zur Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 3 StVG mit Anordnung der sofortigen Vollziehung:

BVerfG, NZV 2002, 423 (Verweigerung der Vorlage eines MPU-Gutachtens und Entziehung der Fahrerlaubnis nach dem „alten“ § 4 StVG mit Anordnung der sofortigen Vollziehung); OVG Münster, NZV 2001, 95, und 396 (Verweigerung der Vorlage eines MPU-Gutachtens), ebenso VG Frankfurt, NJW 2002, 80; VG Hamburg, NVwZ-RR 2003, 754; VG Braunschweig, NVwZ 2003, 1284;

BVerwG, DVBl. 2005, 1337 (Entziehung der Fahrerlaubnis ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung nach Verweigerung der Gutachten-Vorlage).

VG Neustadt, NJW 2005, 2471 (Vorlage eines MPU-Gutachtens, nach welchem der Antragsteller ungeeignet zum Führen von Kfz. war) VG Stade, NVwZ-RR 2004, 105 (Nichtvorlage eines MPU-Gutachtens bei der Behörde, welches dann aber im Rechtsstreit dem VG vorgelegt wurde);

12) BVerfG, NZV 2002, 422, 423; und 425, 426; OVG Saarlouis, NJW 2004, 243, 244; VG Sigmaringen, NVwZ-RR 2002, 117, 118;

13) Siehe dazu später unter III 1 b.

14) Jagow, aaO [o. Fn. 1]; bereits früher schon gefordert z. B. von Henn, Zur aktuellen Problematik von Eignungsüberprüfung, Entziehung der Fahrerlaubnis und vorläufigem Rechtsschutz, NJW 1993, 3169, und Schreiber, Die medizinisch-psychologische Untersuchung nach der neuen FeV – Ist ihre Anordnung ein Verwaltungsakt?, ZRP 1999, 519, 522; Gehrmann, Die medizinisch-psychologische Untersuchung im Straßenverkehrsrecht, NZV 1997, 10 ff.

15) Siehe z. B. VGH München, NJW 1966, 2030 (a.A. aber VGH München, Beschl. v. 1. 8. 1958, der ausdrücklich vom VGH München zitiert wird); OVG Münster, NJW 1968, 267; OVG Lüneburg, NJW 1968, 2310. Die damalige Rechtslage (StVZO) unterscheidet sich in den hier maßgeblichen Vorschriften nicht von der heutigen Regelung in der FeV.

16) VGH München, vgl. aaO [o. Fn. 15].

17) Vgl. aaO [o. Fn. 15].

18) Der Beschluß ist aus dem Jahre 1967! Das Gericht bejaht die Verwaltungsaktqualität der Anordnung im wesentlichen wg. der Kostenbelastung des Betroffenen.

19) Vgl. aaO [o. Fn. 15].

20) VGH München, Beschl. v. 1. 8. 1958, aaO [o. Fn. 15]; VG Minden, NJW 1966, 901.

21) Renck, BayVBl. 1967, 127; Kieninger, NJW 1967, 266 (Anmerkung zu VGH München, NJW 1966, 2930, aaO [o. Fn. 15]).

erst in der sich evtl. anschließenden Entziehung der Fahrerlaubnis.

3. Rechtslage nach dem VwVfG

Dabei ist aber heute zu beachten, dass das seit 1977 geltende Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in § 35 1 den Verwaltungsakt eindeutig definiert hat und die dort genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen. Alleiniger Maßstab zur Bejahung der Frage, ob eine verwaltungsrechtliche Maßnahme als „Verwaltungsakt“ anzusehen ist, kann demnach heute nur noch § 35 1 VwVfG sein.

4. Neue Literatur zur Problematik

Die neueren Literaturmeinungen²² tragen zur Begründung der selbständigen „Anfechtbarkeit“ einer MPU-Anordnung insbes. folgendes vor:

a) *Henn*²³ bezweifelt, dass die Anordnung, ein Gutachten beizubringen, nur eine unselbständige Maßnahme der Beweiserhebung sei. Es handele sich um einen Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG²⁴. Er kommt dann auch auf die Problematik der „Regelung“ als Tatbestandsmerkmal des § 35 1 VwVfG und bejaht dies. „Wesentlich dürfte sein, dass mit der Anordnung für den Weigerungsfall die Sanktion der Entziehung der Fahrerlaubnis (regelmäßig) verbunden ist. Diese Sanktion macht die Anordnung zum Verwaltungsakt.“ Und zu den Bedenken gegen diese Auffassung: „Wenn die Anordnung kein Verwaltungsakt ist, unterliegt sie jedoch (auch bei Rechtswidrigkeit) weder im Widerspruchsverfahren noch im Anfechtungsverfahren der Kontrolle einer von der anordnenden Verwaltungsbehörde unabhängigen, insbes. gerichtlichen Instanz, ein unmögliches Faktum in einem Rechtsstaat, das der Verwaltungsbehörde leicht eine Überkompetenz mit dem Risiko des Machtmissbrauchs verleiht.“

b) *Schreiber*²⁵ bezieht sich auf die „neue“ Rechtslage nach Inkrafttreten der FeV. Auch er stellt die Frage, ob es sich bei der behördlichen Anordnung, ein „ärztlich-psychologisches Gutachten“ beizubringen, um einen Verwaltungsakt i.S. des § 35 VwVfG handele²⁶. Folgerichtig kommt auch er zu dem entscheidenden Problem, nämlich der „Regelungswirkung“ dieser behördlichen Anordnung. Es handele sich um einen in die Rechtssphäre eines Menschen belastend wirkenden Eingriff, es seien seine Persönlichkeitsrechte betroffen, weshalb eigenständiger Rechtsschutz unbedingt erforderlich sei. Auch das BVerfG habe den Rechtsweg gegen jede behauptete Beeinträchtigung subjektiver Rechte durch Akte der öffentlichen Gewalt entspr. Art. 19 IV als gegeben angesehen. Insbes. deshalb sei die Anordnung durch die Behörde, gemäß § 13 Nr. 2 FeV ein ärztlich-psychologisches Gutachten beizubringen, eine Verfügung i.S. von § 35 VwVfG und damit hoheitlicher Art²⁷. Verneine man dies, könne der Betroffene nur gegen den gesamten – auch zeitintensiven – Vorgang später vorgehen²⁸. Auch wg. der gesetzlich festgesetzten belastenden Rechtsfolge, nämlich auf die mangelnde Eignung nach dem Gesetz schließen zu dürfen, wenn er der Anordnung nicht Folge leiste, „ist diese Anordnung zum echten belastenden Verwaltungsakt gemäß § 35 VwVfG geworden²⁹, gegen den aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit Rechtsbehelfe zum Schutz der Betroffenen möglich sein müssen“.

c) *Gehrmann*³⁰ meint u. a., dass Widerstand gegen die Anordnung mit meist sofort vollziehbarer Fahrerlaubnisentziehung beantwortet werde. „Die zeitaufwendige Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Fahrerlaubnisentziehung kann wirtschaftlich für den Betroffenen vollendete Tatsachen schaffen, weil seine Existenzgrundlage zerstört wird“³¹. § 44 a VwGO dürfe die höhere Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG und somit effektiven Rechtsschutz nicht vereiteln.

d) *Jagow*³² verweist in seiner aktuellen Abhandlung insbes. auf den Beschluß des BVerfG vom 24. 6. 1993³³, wonach bereits die Anordnung, ein Gutachten beizubringen, „vollen Eingriffscharakter“ habe³⁴. Das spreche „dringend für eine selbständige Anfechtbarkeit der MPU-Anordnung. Die Vertröstung auf die Entscheidung in der Hauptsache wird dem gebotenen grundrechtlichen Schutz in keiner Weise gerecht“³⁵. Schutzlos sei insbes. der Betroffene, der ein positives Gutachten, das ihm seine Eignung bescheinige, vorlege, da er die gesamte MPU-Prozedur über sich ergehen lassen müsse. Insgesamt werde die Vertröstung auf die Entscheidung in der Hauptsache dem Grundrechtsschutz des Betroffenen nicht gerecht. „Art. 19 IV GG kann nur eingelöst werden durch einen Direktrechtsschutz“.

III. Erwägungen gegen eine selbständige Anfechtbarkeit

1. Die Auffassung der Rspr.

a) Die mehrfach genannte „alte“ Rspr.³⁶, die für eine selbständige Anfechtbarkeit ins Felde geführt wird, sollte außer Betracht bleiben. Mittlerweile gilt das VwVfG mit der Definition des Verwaltungsaktes in § 35 1 VwVfG. Nur daran kann gemessen werden, ob ein Verwaltungsakt vorliegt oder nicht.

b) Bei der aktuellen Rspr. ist zu differenzieren zwischen den Entscheidungen

- des BVerfG in Verfassungsbeschwerdeverfahren.
- des BVerwG als Abschluß der sog. Hauptsacheverfahren, und
- der weiteren Verwaltungsgerichtsbarkeit insbes. in Eilverfahren nach § 80 V VwGO.

aa) Eine Entscheidung des BVerfG zu dieser Problematik ist bereits angesprochen worden³⁷. Inzwischen hat sich das BVerfG aber in 2 weiteren Beschlüssen mit dieser Problematik befasst³⁸. Das Gericht betont, dass die Fahrerlaubnis für den Bürger nicht selten existenzielle Bedeutung habe bis hin zur Aufgabe des Berufs. Bestehe aber hinreichender Anlaß zu der Annahme, dass aus seiner aktiven Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr eine Gefahr für dessen Sicherheit resultiere, müsse die Fahrerlaubnisentziehung hingenommen werden. Denn der aus Art. 2 II 1 GG ableitbare Auftrag zum Schutz von Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer gebiete es, hohe Anforderungen an die

22) Siehe Fn. 14; also seit Geltung des VwVfG.

23) Noch unter Zugrundelegung der alten Rechtslage nach der StVZO, die sich aber in der Frage der selbständigen „Anfechtbarkeit“ einer MPU-Anordnung nicht von der neuen Rechtslage nach der FeV unterscheidet.

24) Zur Begründung verweist er auf die „alte“ Rspr., siehe aaO [o. Fn. 15].

25) Vgl. aaO [o. Fn. 14].

26) Und verweist insoweit auch auf die „alte“ Rspr., siehe aaO [o. Fn. 15].

27) Unter Bezugnahme auf die Ausführungen von *Henn*, aaO [o. Fn. 23].

Dazu ist bereits jetzt anzumerken, dass zwar beide Autoren das Tatbestandsmerkmal der „Regelung“ in § 35 1 VwVfG angesprochen, sich aber letztlich nicht substantiiert mit der Problematik auseinandergesetzt haben.

28) Er meint damit wohl, dass der Betroffene erst mit der Bekanntgabe des Bescheides über die Entziehung der Fahrerlaubnis Widerspruch erheben kann.

29) Zwischenfrage: Gibt es auch „unechte“ belastende Verwaltungsakte?, s. auch o. Fn. 4.

30) Vgl. aaO [o. Fn. 14], S. 12.

31) Der Behörde wird hier den Grundgedanken des VwVfG nicht entsprechendes Verwaltungshandeln vorgeworfen; Eilverfahren nach § 80 IV oder V VwGO sind wohl unbekannt? Aus Gründen der Gefahrenabwehr (siehe die Rspr.-Nachweise unter aaO [o. Fn. 12]) ist i. d. R. im „Verweigerungsfall“ die Entziehung der Fahrerlaubnis mit Anordnung der sofortigen Vollziehung geboten. Es geht doch nicht um „Widerstand“ gegen die behördliche Anordnung.

32) Vgl. aaO [o. Fn. 1].

33) NZV 1993, 413 = NJW 1993, 2365.

34) Konkret hat das Gericht (aaO [o. Fn. 33], unter C I 2.) dazu geführt: „Es stand dem Beschwerdeführer (Anmerkung: Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG) zwar frei, ob er der Anordnung folgen wollte. Für den Fall seiner Weigerung hatte die Behörde jedoch die Entziehung der Fahrerlaubnis angekündigt. Jedenfalls die Ankündigung dieser Rechtsfolge, die der ständ. Rspr. der Verwaltungsgerichte entspricht, verleiht bereits der auf § 15 b II StVZO (Anmerkung: heute § 11 FeV) gestützten Gutachtenanforderung Eingriffscharakter“.

35) Auch diese Argumentation (ebenso wie bei *Gehrmann*, aaO [o. Fn. 31]) übersieht die Bedeutung von Eilverfahren nach § 80 V VwGO im Zusammenhang mit der Entziehung der Fahrerlaubnis (siehe dazu die sich anschließenden Ausführungen unter III 1 b, cc, mit umfangreicher Darstellung der aktuellen Rspr.).

36) Vgl. aaO [o. Fn. 15].

37) Unter aaO [o. Fn. 33] im Zusammenhang mit den Erörterungen von *Jagow*.

38) Beschl. v. 20. 6. 2002 (NZV 2002, 422) und Beschl. v. 8. 7. 2002 (NZV 2002, 425).

Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen zu stellen. „Besteht ein hinreichender Verdacht und können mögliche Eignungsmängel nur unter aktiver Mitwirkung des Fahrerlaubnisinhabers aufgeklärt werden, ist es unbedenklich, diese Mitwirkung einzufordern und bei ihrer Verweigerung die dadurch bewirkte Vereitelung der abschließenden Aufklärung zum Nachteil des Betroffenen zu würdigen“. Jedoch müsse der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden, weshalb die Behörde „hinreichend konkrete Verdachtsmomente festgestellt haben muß, die einen Eignungsmangel als naheliegend erscheinen lassen“.

Abschließend das *BVerfG*: „Die angegriffene Fahrerlaubnisentziehungsvorlage der Stadt Freiburg beruhen auf der festgestellten Grundrechtsverletzung³⁹. Die Entscheidungen sind daher aufzuheben (§ 95 II *BVerfGG*)“. Das Gericht hat sich demnach mit der Frage der selbständigen „Anfechtung“ der Gutachtenanordnung überhaupt nicht beschäftigt und sah die Grundrechtsverletzung (nur) in der der Gutachtenanordnung nachfolgenden Entziehung der Fahrerlaubnis (wg. Verweigerung der Vorlage des Gutachtens im konkreten Fall).

bb) Bereits im Jahre 1969 hat sich das *BVerwG*⁴⁰ mit der Frage befasst, ob die Anordnung, ein Gutachten einer medizinisch-psychologischen Untersuchungsstelle über seine Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen beizubringen, ein anfechtbarer Verwaltungsakt ist.

Nach Auffassung des *BVerwG* „konkretisiert diese Anordnung lediglich seine schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehende Mitwirkungspflicht⁴¹ an der Aufklärung des Sachverhalts. Diese Anordnung kann nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Wird sie nicht befolgt, so kann die Verwaltungsbehörde aus diesem Verhalten des Betroffenen Schlüsse auf seine Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen ziehen und auf Grund der gegen seine Eignung bestehenden Bedenken zu der Annahme gelangen, dass der Betroffene geistige oder körperliche Mängel verbergen will, die seine Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen ausschließen. Die Behörde nimmt also bei Nichtbefolgung ihrer Anordnung eine Beweiswürdigung vor, die zur Entziehung der Fahrerlaubnis und damit zu einer in den Rechtsstatus des Betroffenen eingreifende Maßnahme führen kann. Damit wird deutlich, dass es sich bei der Anordnung nach § 3 II *StVZO* um eine der eigentlichen Entscheidung (Anm.: Entziehung der Fahrerlaubnis) vorausgehende und die vorbereitende Maßnahme handelt, deren Voraussetzungen nicht selbständig, sondern nur mit der das Verfahren abschließenden Entscheidung (Anm.: Entziehung der Fahrerlaubnis wg. Nichtvorlage des Gutachtens) überprüft werden kann“.

Diese Entscheidung erging vor dem Inkrafttreten des *VwVfG* im Jahre 1977. Dies wird aus den weiteren Ausführungen des Gerichts deutlich: „Der Begriff des Verwaltungsaktes ist eine Zweckschöpfung der Verwaltungsrechtswissenschaft. Durch ihn soll wirksamer Rechtsschutz des Bürgers gegen die öffentliche Gewalt gewährleistet werden. Aber auch bei dieser Betrachtungsweise ist nicht erforderlich, die Anordnung als Verwaltungsakt anzusehen, weil der Betroffene seine Rechte durch die ihm sonst zur Verfügung stehenden Möglichkeiten hinreichend wahrnehmen kann“⁴².

Diese Rspr. hat das *BVerwG* im Jahre 1994 bekräftigt⁴³. Unter Bezugnahme auf die bisherige Rspr. wird ausgeführt, dass es sich (bei der Gutachtenanforderung) um eine bloß vorbereitende Maßnahme handele, die der Sachverhaltsaufklärung im Hinblick auf die später zu treffende Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis diene⁴⁴. Damit werde die Anordnung einer Begutachtung gemäß § 15 b II *StVZO* nicht etwa der gerichtlichen Kontrolle entzogen. Der Betroffene könne die Rechtmäßigkeit der Anordnung vielmehr im Rahmen eines Fahrerlaubnisentziehungsverfahrens geltend machen.

In einem weiteren Urteil vom 5. 7. 2001⁴⁵ hat das *BVerwG* auf die existenzsichernde Bedeutung einer Fahrerlaubnis verwiesen⁴⁶. Die Aufforderung zur Erbringung eines Gutachtens sei wg. des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁴⁷ nicht in das freie Ermessen der Behörde gestellt, sondern müsse gewisse formelle und materielle Anforderungen erfüllen.

In formeller Hinsicht „muss die Aufforderung im wesentlichen aus sich heraus verständlich sein und der Betroffene muß aus ihr

entnehmen können, was konkret ihr Anlass ist und ob das in ihr Verlautbarte die behördlichen Zweifel an der Fahreignung zu rechtfertigen vermag. Die Aufforderung behält ihren Charakter als entscheidungsvorbereitende Maßnahme, aber während ihre Befolgung die Frage der Ungeeignetheit noch offen lässt und einer abschließenden Entscheidung der Verkehrsbehörde vorbehalten, ist mit einer (berechtigten) Anforderung und einer (unberechtigten) Weigerung regelmäßig das Ergebnis des Entziehungsverfahrens programmiert“. Da der Betroffene kein rechtliches Mittel zur Verfügung habe, die Frage der Berechtigung der Zweifel und damit der Aufforderung vor Erlass einer Entziehungsverfügung verbindlich klären zu lassen, trage er erhebliche Risiken. „Um zu vermeiden, dass solche Risiken ein unverhältnismäßiges und unzumutbares Ausmaß erreichen, muss die Behörde der Versuchung widerstehen, gewissermaßen durch „Schüsse ins Blaue“ auf der Grundlage eines bloßen „Verdachts-Verdachts“ dem Betroffenen einen im Gesetz nicht vorgesehenen Eignungsbeweis aufzuerlegen“. Insoweit müsse auch in materieller Hinsicht eine rechtmäßige Aufforderung vorliegen⁴⁸.

Sehr aktuell ist das Urteil des *BVerwG* vom 9. 6. 2005⁴⁹: „Die Fahrerlaubnisbehörde hat unter den in §§ 11 bis 14 *FeV* genannt

39) Nach Überzeugung des *BVerfG* lagen im ersten Fall keine hinreichenden Gründe vor, vom Beschwerdeführer ein sog. Drogenscreening anzufordern (einmalige Feststellung von Eigenkonsum einer kleinen Menge Haschisch). Für den Fall der Weigerung hatte die Behörde die Entziehung der Fahrerlaubnis angedroht. Da der Beschwerdeführer die angeordnete Untersuchung nicht durchführen ließ, entzog ihm die Stadt Freiburg unter Bezugnahme auf die Weigerung die Fahrerlaubnis mit Anordnung der sofortigen Vollziehung.

Der 2. Entscheidung des *BVerfG* ist zu entnehmen, dass die Behörde die Anforderung eines fachärztlichen Gutachtens auf der Grundlage eines Drogenscreenings verlangte, weil die der Gutachtenanforderung zugrunde gelegte Gefahrenprognose nicht allein auf den beim Beschwerdeführer festgestellten Besitz einer kleinen Menge Haschisch gestützt war (wie im vorhergehenden Fall). Es bestand die begründete Annahme, dass im Fahrzeug selbst und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer Teilnahme am Straßenverkehr Haschisch konsumiert worden war. Das Gericht hatte in diesem Falle keine Bedenken gegen die Gutachtenanforderung, verbunden damit, dass eine Verweigerung der Mitwirkung an der Überprüfung seiner Eignung im Verfahren der Entziehung der Fahrerlaubnis zu seinen Lasten gewürdigt werden kann.

40) *BVerwGE* 34, 248 ff.: Der Kläger ist in den Jahren 1960 bis 1964 fünfmal wg. verkehrsrechtlicher Vergehen bestraft worden, worauf die Behörde von ihm die Beibringung eines Gutachtens forderte (Rechtsgrundlage war damals § 3 II *StVZO*). Der Kläger unterzog sich der Untersuchung, verweigerte jedoch die Vorlage des Gutachtens und legte gegen die Anordnung zur Gutachtensbeibringung Widerspruch und später Klage ein.

41) Heute § 26 II *VwVfG*.

42) Damit meint das Gericht die spätere Anfechtungsklage wg. der Entziehung der Fahrerlaubnis oder eine Verpflichtungsklage wegen der Versagung der beantragten Fahrerlaubnis.

43) *BayVBl.* 1995, 59; also nach Inkrafttreten des *VwVfG*.

44) Ebenso *BVerwG*, *NZV* 1995, 370, 371.

45) *NJW* 2002, 78, noch zur alten Rechtslage nach der *StVZO*.

46) Ebenso wie das *BVerfG*, *NZV* 2002, 422, 424 (siehe aaO o. Fn. 38)].

47) Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Frage, ob Anlaß zur entspr. Untersuchung besteht, hat das *BVerwG* bereits im Jahre 1995 betont (*NZV* 1995, 370, 371); ebenso *BVerwG*, *NJW* 2002, 78, 79, und *DVBl.* 2005, 1337, 1338; *BVerfG*, *NZV* 2002, 422, 424 (aaO [o. Fn. 38]); *OVG Münster*, *NZV* 2001, 396, 398 (später unter aaO [o. Fn. 54]); *OVG Saarlouis*, *NJW* 2004, 243 (später unter aaO [o. Fn. 62]).

48) Im konkret entschiedenen Fall stelle das *BVerwG* fest, dass durch die behördliche „Beibringungs-Anordnung“ weder die formellen noch die materiellen Anforderungen an eine rechtmäßige Aufforderung erfüllt waren, „die bei einer Weigerung zur Annahme fehlender Fahreignung führen darf“; die Revision des Klägers war damit begründet. Auch der *VGH Mannheim* (*DVBl.* 2005, 1333, 1335) prüfte ausdrücklich die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Gutachtensauforderung; ebenso im *Beschl. v. 24. 6. 2002* (*NZV* 2002, 580 ff.).

49) *DVBl.* 2005, 1337. Der Kläger war Inhaber einer Fahrerlaubnis und wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln vorbestraft (in der Zeit von 9/2000 bis 3/2001 hatte er regelmäßig zwei- bis dreimal im Monat 1 Gramm Kokain gekauft). Die Fahrerlaubnisbehörde forderte ihn deshalb zur Vorlage eines MPU-Gutachtens auf, der Kläger verweigerte die Gutachten-erstellung. Anschließend entzog ihm die Behörde wegen dieser Verweigerung die Fahrerlaubnis, weil aus der Nichtvorlage auf seine Nichteignung geschlossen werden könne. Der Kläger erhob Widerspruch und anschließend Klage. Das *BVerwG* stellte fest, dass die Entziehung der Fahrerlaubnis mit *Beschl. vom 24. 9. 2002* rechtmäßig war.

ten Voraussetzungen durch die Anordnung der Vorlage von ärztlichen bzw. medizinisch-psychologischen Gutachten die Eignungszweifel aufzuklären. Weigert sich der Betroffene, sich untersuchen zu lassen oder bringt das geforderte Gutachten nicht fristgerecht bei, darf die Fahrerlaubnisbehörde bei ihrer Entscheidung auf die Nichteignung schließen (§ 11 VIII 1 FeV). Der Schluss auf die Nichteignung ist nur zulässig, wenn die Anordnung der ärztlichen bzw. medizinisch-psychologischen Untersuchung rechtmäßig⁵⁰, insbes. anlassbezogen und verhältnismäßig ist⁵¹. Die Anordnung, ein medizinisch-psychologisches Gutachten über die Fahreignung des Klägers beizubringen, war rechtmäßig⁵². Das *BVerwG* prüfte anschließend weiter den konkreten Fall, weil diese Anordnung in erheblicher Weise in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen eingreife. Deshalb müsse eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass der Betroffene noch Drogen einnehme oder jedenfalls rückfallgefährdet sei und sich dies auf sein Verhalten im Straßenverkehr auswirken könne. „Der Beklagte (Anm.: die Fahrerlaubnisbehörde) hat die Anordnung und die durch die angefochtenen Bescheide erfolgte Entziehung der Fahrerlaubnis mit Art, Umfang und Dauer des Betäubungsmittelmissbrauchs durch den Kl. begründet. Der Kl. hat 7 Monate lang, wenn auch jeweils mit einem Abstand von 2 Wochen, Kokain und damit eine harte Droge zu sich genommen. Selbst wenn der Kläger, wie er behauptet, danach keine Drogen mehr genommen haben sollte, erscheint die Frage nach der Stabilität des Einstellungswandels durchaus berechtigt. Da der Kläger die Beibringung des Gutachtens hiernach zu Unrecht verweigert hat, konnte der Beklagte nach § 11 VIII i.V. mit § 46 III FeV vom Fehlen seiner Kraftfahreignung ausgehen“.

Diese neue Rspr. des *BVerwG* zeigt deutlich, dass die in der genannten Literatur aufgestellten Behauptungen der fehlenden Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung durch die Verwaltungsgerichte nicht zutreffen, geschweige denn, der Bürger müsse mit einem Machtmissbrauch der Behörde rechnen⁵².

cc) Die Rspr. in Eilverfahren nach § 80 V VwGO⁵³, in denen eine Befassung des *BVerwG* nicht vorgesehen ist, hat sich in den vergangenen Jahren oft mit der „Gutachtenfrage“ befasst.

Exemplarisch dazu ist der ausführlich begründete Beschluss des *OVG Münster* vom 22. 1. 2001⁵⁴ zu nennen.

„Die Frage, ob die Anordnung, ein MPU-Gutachten beizubringen, ein Verwaltungsakt ist, ist auch auf der Grundlage der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen FeV eindeutig zu verneinen. Die in Rede stehende Anordnung erfüllt nämlich nicht das nach § 35 VwVfG NRW für einen Verwaltungsakt konstitutive Merkmal der Regelung eines Einzelfalles mit unmittelbarer Rechtswirkung. Dieses ist nur erfüllt, wenn durch eine behördliche Maßnahme ein Lebenssachverhalt einseitig durch Setzen einer Rechtsfolge verbindlich gestaltet wird, in dem Rechte oder Pflichten bzw. ein Rechtsstatus unmittelbar begründet, aufgehoben, geändert oder festgestellt bzw. verneint werden. Die Anordnung dient nach dem ausdrücklichen Wortlaut in §§ 11 – 14 FeV „zur Vorbereitung“ von Entscheidungen über die Erteilung bzw. i. V. mit § 46 III FeV über die Entziehung der Fahrerlaubnis. Es handelt sich lediglich um eine vorbereitende Maßnahme, die der Sachverhaltsaufklärung im Hinblick auf die später zu treffende Sachentscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis dient⁵⁵. Dafür, dass die streitige Anordnung ein Verwaltungsakt ist, können ferner nicht die Vorschriften über die Anordnung der Teilnahme des Fahrerlaubnisinhabers an einem Aufbaueminar innerhalb der Probezeit (§ 2 a II 1 Nr. 1 StVG) bzw. bei Anwendung des Punktesystems (§ 4 III 1 Nr. 2 StVG) herangezogen werden. Die nach § 2 a III bzw. 4 VII 1 StVG der Vollziehung zugängliche Anordnung des Aufbaueminars, gegen die Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, ist eine mit der Anordnung der Beibringung eines Gutachtens bei Eignungszweifeln nicht vergleichbare Maßnahme: sie dient nicht als vorbereitende Maßnahme der Sachverhaltsaufklärung, sondern ist unmittelbar eine Maßnahme zum Schutz vor Gefahren, die vom Fahrzeugführer bzw. -halter ausgehen, wenn er nach § 2 a II StVG einschlägige Zuwiderhandlung begangen bzw. nach § 4 I StVG wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßen hat⁵⁶.

Schließlich ist die hier in Rede stehende Anordnung – entgegen *Schreiber*⁵⁷ – auch nicht deshalb eine (selbständig anfechtbare) Regelung, weil die Anordnung verbunden mit der Ankündigung

der Rechtsfolge der Fahrerlaubnisentziehung für den Fall der Weigerung bereits einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt. Die Bejahung des Eingriffscharakters einer Maßnahme hat nicht notwendig zur Folge, dass diese auch Regelungscharakter hat, was wie ausgeführt, hier zu verneinen ist. Denn ein Grundrechtseingriff setzt nicht eine finale, unmittelbare oder rechtliche Einwirkung auf den grundrechtlichen Schutzbereich voraus, kann vielmehr auch bei mittelbarer oder nur faktischer Einwirkung vorliegen⁵⁸. Die streitige Anordnung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle im Rahmen eines die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis betreffenden Verfahrens, in dem der Betroffene die Rechtswidrigkeit der Anordnung und damit insbes. deren Unverhältnismäßigkeit geltend machen kann⁵⁹. Abschließend verweist das Gericht noch auf die amtliche Begründung zur FeV, wonach die Anordnung nur zusammen mit einer anschließenden ablehnenden Entscheidung (Entziehung oder Versagung) angefochten werden kann.

Bereits diese Entscheidung (im Eilverfahren nach § 80 V VwGO) zeigt, dass der Betroffene die behördliche Gutachtenanordnung nicht schutzlos hinnehmen muß. Das Gericht prüft gerade hier eingehend und gründlich die Frage, ob die Anordnung zur Erbringung eines Gutachtens rechtmäßig war, weil sich darauf die anschließende behördliche Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis (oder deren Nichterteilung) stützt⁵⁹.

Weitere nachstehend angesprochene Gerichtsbeschlüsse in Eilentscheidungen (aus den vergangenen Jahren) bestätigen diese rechtsstaatlich gebotene Verfahrensweise.

– So hat das *VG Hamburg*⁶⁰ ausdrücklich ausgeführt, dass der Antragsteller zur Beibringung des Gutachtens verpflichtet war (strafrichterliche Verurteilung nach § 316 I StGB wg.

50) Ebenso *VGH München*, NZV 2001, 494, 495; *VG Sigmaringen*, NVwZ-RR 2002, 116; *OVG Münster*, VRS 105/03, S. 76 ff; *VG Stade*, NVwZ-RR 2004, 105, 106; *OVG Bremen*, VRS 99/00, S. 156 ff. (rechtswidrige Gutachtenanordnung der Behörde); *BVerwG*, NZV 1995, 370, 372: Rechtsfehlerhafte Aufforderung zur Beibringung eines MPU-Gutachtens und deshalb gerichtliche Aufhebung des darauf gestützten Versagungsbescheides; *OVG Lüneburg*, DVBl. 2006, 192, 196; „Die Aufforderung zur Beibringung eines MPU-Gutachtens vom 18. 5. 2005 ist mithin nach derzeitigem Erkenntnisstand zu Recht erfolgt“.

51) Das Gericht verweist hierzu auf die Rspr. zum alten § 15 b StVZO, die auch bei Anwendung der FeV zu beachten ist. „Der Verordnungsgeber hat in der Begründung zu § 11 VIII FeV ausdrücklich auf die zur alten Rechtslage ergangene Rspr. des *BVerwG* Bezug genommen“.

52) Gegen diese unbegründete Behauptung hat der *Verf.* bereits in *Blutalkohol* 1999, 106, 115 (aaO [o. Fn. 1]) Stellung genommen; ebenso *Martizoff*, Polizeistaatliche Handlungsweisen und Machtmissbrauch der Führerscheinstellen, NJW 1994, 1459: „Henn rückt die Führerscheinstellen in die Nähe des Polizeistaates und meint, das Risiko des Machtmissbrauchs sehen zu müssen. Dem muß widersprochen werden“.

53) In der Praxis bedeutsam, weil die Fahrerlaubnisentziehungen nach § 3 StVG i. d. R. mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen werden, siehe die Rspr. unter aaO [o. Fn. 11 b].

54) NZV 2001, 396 ff. Der Antragsteller (Eilverfahren nach § 80 V VwGO) war 1995 als Fahrer eines Lkw mit einer BAK von 2,12 Promille und 1999 mit einem Fahrrad mit einer BAK von 2,46 Promille im öffentlichen Straßenverkehr aufgefallen. Nachdem er der Anordnung der Behörde, ein MPU-Gutachten beizubringen, nicht nachgekommen war, entzog diese dem Antragsteller unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Fahrerlaubnis.

55) Ebenso *OVG Hamburg*, Beschl. v. 22. 5. 2002 (VRS 104/03, 465, 466).

56) Man kann auch im Umkehrschluß argumentieren: Da der Gesetzgeber diese Normierung bei der MPU-Anordnung nicht vorgesehen hat, ist diese nicht selbständig anfechtbar. Deshalb hat auch *Schreiber* (siehe die aO [o. Fn. 14 und 25]) vorgeschlagen, die FeV in § 11 XII zu ergänzen mit der Festlegung, dass gegen derartige Anordnungen der Rechtsweg nach der VwGO zulässig sei.

57) Siehe aaO [o. Fn. 14 und 25].

58) Siehe dazu auch die Ausführungen des *Verf.* (aaO [o. Fn. 1]) in *apf* 2003, 27, 29, mit Hinweisen auf die Rspr., insbes. *BVerwG*, DVBl. 2002, 1351, 1355

59) So auch ganz aktuell *OVG Lüneburg*, DVBl. 2006, 192, 196.

60) NVwZ-RR 2003, 754.

Führens eines Kfz. im Straßenverkehr bei einer BAK von 2,2 Promille)⁶¹.

- Das OVG Saarlouis⁶² befasste sich eingehend mit der Frage, ob die Gutachtensanordnung, die der Antragsteller nicht befolgte, worauf ihm die Fahrerlaubnis mit Anordnung der sofortigen Vollziehung entzogen wurde, rechtmäßig war: „Die Überprüfung der Fahreignung erfordert insgesamt einen hinreichenden Gefahrenverdacht, der einen Eignungsmangel als nahe liegend erscheinen lässt. In einer so geprägten Situation werden Grundrechte des Betroffenen, insbes. aber auch der verfassungsrechtlich geschützte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt“⁶³.
- In einem weiteren Eilverfahren nach § 80 V VwGO hat das OVG Hamburg⁶⁴ betont, dass der Antragsteller trotz der Möglichkeit, die Gutachtensanordnung nicht selbständig anfechten zu können, nicht rechtsschutzlos ist. „Wenn seine Weigerung, das Gutachten beizubringen, wg. der geltend gemachten Rechtswidrigkeit der Anordnung berechtigt ist, kann die auf die unterlassene Vorlage des Gutachtens gestützte Entziehung der Fahrerlaubnis keinen Bestand haben ... ggf. kann im Eilverfahren gerichtlicher Rechtsschutz sehr schnell gewährt werden ... auch bei einem Berufskraftfahrer werden durch die Anordnung, ein Gutachten beizubringen, nicht etwa vollendete Tatsachen geschaffen“.
- Auch wenn der Betroffene ein von der Behörde gefordertes Gutachten vorgelegt hat, prüft die Rspr. im Falle der Entziehung der Fahrerlaubnis, die sich auf das vorgelegte (für den Betroffenen negative) Gutachten stützt, die Rechtmäßigkeit der Anordnung und anschließend die inhaltliche Richtigkeit des Gutachtens⁶⁵.

dd) Fasst man diese (einheitliche) neue Rspr. zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

Die Anordnung zur Beibringung eines MPU-Gutachtens hat keine Verwaltungsaktqualität. Der Betroffene ist trotzdem nicht rechtsschutzlos. Denn die Gerichte, insbes. auch in Eilverfahren, prüfen immer auch die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Berechtigung der Gutachtensanforderung (unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) im Rahmen des später angefochtenen Verwaltungsaktes der Versagung oder der Entziehung der Fahrerlaubnis nach⁶⁶. Insbes. auch die verfassungsrechtlich (Art. 19 IV GG) garantierte Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes bewirkt nach ständiger Rspr. des BVerfG⁶⁷ effektiven Rechtsschutz bei belastenden Verwaltungsakten, so auch im Zusammenhang mit dem belastenden Verwaltungsakt der Entziehung der Fahrerlaubnis unter Anordnung der sofortigen Vollziehung.

ee) Die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der Entziehung der Fahrerlaubnis wird in der angesprochenen Literatur⁶⁸ nur von Henn⁶⁹ kurz angesprochen, die praktisch bedeutsamen Auswirkungen zugunsten des Antragstellers aber nicht erwähnt⁷⁰.

2. Grundsätzliche dogmatische Bedenken gegen eine selbständige „Anfechtung“:

Das bereits mehrfach genannte neue Schrifttum plädiert entgegen der genannten Rspr. für eine selbständige „Anfechtungsmöglichkeit“ der behördlichen Gutachtensanforderung.

a) Deshalb ist vorab der Begriff der „Anfechtbarkeit“ zu definieren. Damit ist eine „Anfechtung“ i.S. der VwGO gemeint⁷¹, also eine Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO bzw. vorab ein sog. Anfechtungswiderspruch.

Voraussetzung einer Anfechtungsklage ist, wie sich aus § 42 VwGO ergibt, das Vorliegen eines Verwaltungsaktes, dessen Aufhebung begehrt wird (hier wäre das die Gutachtensanordnung der Fahrerlaubnisbehörde). Im Erfolgsfall (bei Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung) hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Verwaltungsakt auf (§ 113 I VwGO), konkret dann die Aufforderung an den Betroffenen zur Erstellung des MPU-Gutachtens.

b) Somit kommt jetzt der entscheidende Punkt der Diskussion ins Blickfeld, nämlich die Frage, ob die Gutach-

tensaufforderung der Fahrerlaubnisbehörde gegenüber dem Betroffenen ein Verwaltungsakt i.S. des § 35 I VwVfG ist. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der „Regelung“, welches typisch für einen Verwaltungsakt ist, während die übrigen Tatbestandsmerkmale grundsätzlich auch bei einem sog. Realakt zu finden sind⁷². Die besprochene Literatur verhält sich in dieser Frage „nebulös“, d. h. es wird um die konkrete Definition herumgeredet oder die Regelungswirkung wird „übersehen“⁷³.

aa) Die „Regelungswirkung“ einer behördlichen Maßnahme, und damit ein Verwaltungsakt, ist nach ständiger Rspr. des BVerwG⁷⁴ zu bejahen, wenn die behördliche Maßnahme darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen, d. h. wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden⁷⁵. Derartige unmittelbare Rechtsfolgen werden aber durch die behördliche Gutachtensaufforderung nicht ausgelöst. Der Betroffene kann, muß aber einer derartigen Aufforderung nicht nachkommen⁷⁶. Er bleibt im Besitze seiner Fahrerlaubnis, auch wenn er die Gutachtenserbringung verweigert. Die „Regelungswirkung“ i.S. des § 35 I VwVfG tritt erst ein, wenn die Behörde wg. der Verweigerung der Gutachtens-

61) Dabei meint es das Gericht mit dem Antragsteller noch gut: „Er sollte erwägen, ob er nicht im Widerspruchsverfahren das geforderte MPU-Gutachten noch beibringen will. Denn nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens ist ein Erhalt der vorhandenen Fahrerlaubnis auch bei einem später beigebrachten Gutachten nicht mehr möglich, da für die Entziehung der Fahrerlaubnis auf den Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides abzustellen ist“ (S. 755). Es ist nicht bekannt, ob der Antragsteller den gerichtlichen Rat befolgt hat.

Ähnlich VG Braunschweig (NVwZ 2003, 1284, 1285) betr. Entziehung der Fahrerlaubnis mit Anordnung der sofortigen Vollziehung wg. Nichtvorlage des Gutachtens: „Dem Antragsteller (Eilverfahren nach § 80 V VwGO) bleibt es unbenommen, sich im Rahmen des Widerspruchsverfahrens der geforderten Untersuchung doch noch zu unterziehen und so ggf. den Nachweis zu führen, dass die Bedenken gegen seine Fahreignung nicht (mehr) bestehen“.

62) NJW 2004, 243; ebenso OVG Münster, NZV 2001, 95, 96.

63) Das Gericht bejahte im konkreten Fall den hinreichenden Gefahrenverdacht (der Antragsteller war schlafend in seinem Fahrzeug mit angeschaltetem Motor angetroffen worden mit einer BAK von 2,2 Promille).

64) VRS 104/03, S. 465 (Beschl. v. 22. 5. 2002).

65) Urteil des VG Stade, NVwZ-RR 2004, 105; Beschl. des VG Neustadt, NJW 2005, 2471; Beschl. des OVG Bremen, VRS 1999/00, 156 ff. (rechtswidriges Gutachten, weil es zur Klärung der entscheidungserheblichen Frage nichts beiträgt, weil bereits seine Fragestellung den Rahmen der rechtserheblichen Tatsachen verfehlt, der für die Entziehung der Fahrerlaubnis maßgebend ist); Beschluß des VG Frankfurt, NJW 2002, 80, 81.

66) Unzutreffend ist deshalb die Behauptung von Henn (aaO [o. Fn. 24]), die behördliche Anordnung werde gerichtlich nicht überprüft, „ein unmögliches Faktum in einem Rechtsstaat, das der Verwaltungsbehörde leicht eine Überkompetenz mit dem Risiko des Machtmissbrauchs verleiht“; dagegen bereits Weber, Blutalkohol 1999, 106, 115 (aaO [o. Fn. 1]) und Martzloff, NJW 1994, 1459 (aaO [o. Fn. 52]).

67) NJW 1985, 409; NVwZ 1996, 58, und 2005, 1053, 1054;

68) Vgl. aaO [o. Fn. 14].

69) NJW 1993, 3169, 3172

70) Siehe dazu bereits Weber, Blutalkohol 1999, 106, 115 (aaO [o. Fn. 1]), und Martzloff, NJW 1994, 1459 (aaO [o. Fn. 52]), und die anschließenden Ausführungen unter 4. „Praktische Auswirkungen“.

71) Siehe Schreiber, aaO [o. Fn. 14], S. 523.

72) Siehe dazu Weber, apf 2003, 27 ff. (aaO [o. Fn. 1]).

73) Kieninger (aaO [o. Fn. 21]) verweist bereits 1967 auf die damalige Literatur und meint, „diese Hinweise sind wenig überzeugend“ (zur Begründung einer eigenständigen Anfechtbarkeit).

74) BVerwGE 55, 280, 285, und 77, 268, 271; OVG Lüneburg, NVwZ 1982, 285, und NJW 2006, 391; OVG Münster, aaO [o. Fn. 53]; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, Anm. 23 zum Anhang zu § 42; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, Anm. 47 zu § 35; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, S. 180; Weber, Blutalkohol 1999, 106, 115, und apf 2003, 27, 28 (aaO [o. Fn. 1]).

75) Typisch bei den sog. belastenden Verwaltungsakten, also z. B. Entziehung der Fahrerlaubnis, Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO oder Hundsteuerbescheid; siehe aaO [o. Fn. 4].

76) So ausdrücklich auch das BVerfG, NJW 1993, 3169, 3170.

vorlage die Fahrerlaubnis entzieht (bzw. nicht erteilt). Erst mit der Bekanntgabe dieser behördlichen Entscheidung (i.d.R., wie dargelegt, mit Anordnung der sofortigen Vollziehung bei Entziehung der Fahrerlaubnis) wird ein Recht des Betroffenen (nämlich das sich aus Art. 2 GG ergebende Recht des Führens von Kraftfahrzeugen⁷⁷) aufgehoben und insoweit verneint⁷⁸. „Nachteile“ für den Betroffenen aus der von der Behörde angeordneten Gutachtensanforderung sind nicht ersichtlich⁷⁹.

bb) Gegen die „Regelungswirkung“ spricht letztendlich auch § 11 II FeV, wonach die Gutachtensbeibringung „zur Vorbereitung von Entscheidungen über die Erteilung der Fahrerlaubnis angeordnet werden kann“⁸⁰.

cc) Schließlich ist noch auf die amtliche Begründung zur FeV hinzuweisen⁸¹, wonach die Anordnung nur zusammen mit einer anschließend ablehnenden Entscheidung (Entziehung oder Versagung der Fahrerlaubnis) angefochten werden kann.

c) Bedenken könnte man auch noch wg. des weiteren Tatbestandsmerkmals nach § 35 I VwVfG der „unmittelbaren Rechtswirkung nach außen“⁸² einer solchen Gutachtensauforderung haben, weil es sich eben nur um eine sog. vorbereitende Maßnahme der Behörde handelt. Denn eine lediglich mittelbare Außenwirkung genügt nicht⁸³. Es muß gegenüber dem Betroffenen eine Rechtsfolgensetzung beabsichtigt sein, woran es insbes. bei rein verwaltungs-internen Handlungen fehlt⁸⁴.

d) Abschließend ist festzuhalten, dass der Gutachtensanordnung durch die Behörde jedenfalls keine Regelungswirkung zukommt⁸⁵. Dieses für § 35 S. 1 VwVfG entscheidende Tatbestandsmerkmal fehlt, weshalb auch ein „Verwaltungsakt“ nicht vorliegt. Eine „Anfechtung“ scheidet demnach aus.

3. Trotzdem eigenständiger Rechtsschutz ?

a) Konsequenz ist es, wegen fehlender „Regelung“ eine eigenständige Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Gutachtensauforderung zu verneinen⁸⁶. Begründet wird dies mit § 44 a VwGO, wonach „Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können“⁸⁷. Dadurch soll verhindert werden, dass der Abschluß von noch bei den Behörden anhängigen Verwaltungsverfahren durch Rechtsbehelfe verzögert und erschwert wird und die Gerichte mit Streitfällen befasst werden, obwohl das Verfahren noch gar nicht abgeschlossen und deshalb noch offen ist, ob der Betroffene überhaupt durch das Ergebnis des Verfahrens in der Sache beschwert bzw. in seinen Rechten betroffen wird⁸⁸.

b) Nun könnte man noch an die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO denken. Wegen der vorrangigen Regelung des § 44 a VwGO⁸⁹ „ist vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz auch nicht gegen die drohende Entziehung der Fahrerlaubnis (gerichtet auf die Verpflichtung des Antragseigners gemäß § 123 VwGO, den drohenden Erlass einer Fahrerlaubnisentziehungsverfügung einstweilen zu unterlassen) zulässig“⁹⁰.

4. Praktische Auswirkungen

Zu wenig Beachtung im genannten Schrifttum findet die praktische Bedeutung der Tatsache, dass eine MPU-Anordnung nicht selbständig „anfechtbar“ ist. Handelt es sich denn wirklich um einen erheblichen Nachteil für den Betroffenen, wenn er die Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis „abwarten“ muß, bevor er eine gerichtliche Überprüfung dieser (für ihn „zusätzlich“ belastenden) behördlichen Maßnahme (Aufforderung zur Erbringung eines Gutachtens) erreichen kann ?

Zur Beantwortung dieser Frage sollen die unterschiedlichen Sachverhalte im Zusammenhang mit der jedenfalls

anfechtbaren Entscheidung der Behörde betr. Entziehung oder Versagung der Fahrerlaubnis nachstehend angesprochen werden.

a) Das behördlich geforderte MPU-Gutachten wird nicht erbracht, sei es, dass der Betroffene es der Behörde nicht vorlegt, oder es gar nicht erst zur Erstellung eines Gutachtens kam⁹¹:

aa) Die Behörde entscheidet dann wg. der Nichtvorlage über die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 3 StVG (i.d.R. mit Anordnung der sofortigen Vollziehung, weil wg. der Nichtvorlage auf die Nichtteigung zum Führen von Kfz. geschlossen werden darf) bzw. die Behörde versagt die beantragte Fahrerlaubnis.

bb) Erst in diesem 2. Schritt des Verwaltungsverfahrens⁹² wird gegenüber dem Betroffenen eine „Regelung“ i. S. des § 35 I VwVfG getroffen, insbes. der belastende Verwaltungsakt⁹³ über die Entziehung der Fahrerlaubnis erlassen. Dagegen erhebt der

77) BVerfG, NZV 2002, 422, 423 (aaO [o. Fn. 38]).

78) Siehe dazu bereits die Ausführungen des Verf. in Blutalkohol 1999, 106, 115, und apf 2003, 27, 60 (aaO [o. Fn. 1]).

79) Weber, Blutalkohol, 1999, 106, 115 (aaO [o. Fn. 1]), und Martzloff, NJW 1994, 1459 (aaO [o. Fn. 52]); ebenso bereits im Jahre 1965 das VG Minden (siehe Fn. 20 und später unter Fn. 85).

80) Darauf bezieht sich auch das OVG Münster, aaO [o. Fn. 54], indem es die Regelungswirkung ablehnt; ebenso OVG Hamburg, aaO [o. Fn. 64]; Kieninger (aaO [o. Fn. 21]) hat bereits 1967 auf die damals entspr. Rechtslage (StVZO) verwiesen und deshalb auch die Verwaltungsaktqualität der Gutachtensanordnung verneint.

81) Verkehrsblatt 1998, 1049, 1068; auf diesen Umstand verweist ausdrücklich auch das OVG Münster, aaO [o. Fn. 54].

82) Siehe dazu Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, S. 110; Kopp/Schenke, aaO [o. Fn. 74], Anm. 65 zum Anhang zu § 42.

„Ob einer Regelung unmittelbare Außenwirkung zukommt, hängt davon ab, ob sie ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber davon, wie sie sich im Einzelfall tatsächlich auswirkt“ (BVerwGE 60, 144, 145); es wird also eine „Regelung vorausgesetzt, die aber, wie oben erörtert, hier fehlt.

83) Kopp/Ramsauer, aaO [o. Fn. 74], Anm. 75 zu § 35; das VG Minden (aaO [o. Fn. 20]) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass noch kein unmittelbarer Eingriff gegenüber dem Betroffenen vorliegt; „dieser kann vielmehr erst mit der Entziehung der Fahrerlaubnis erfolgen“.

84) Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Aufl. 1993, S. 27, mit Hinweisen auf die Rspr.

85) So bereits im Jahre 1965 das VG Minden (aaO [o. Fn. 20]); ausdrücklich auch das OVG Münster, aaO [o. Fn. 54]; ebenso Kopp/Schenke, aaO [o. Fn. 74], Anm. 30 zum Anhang zu § 42; Maurer, aaO [o. Fn. 74], S. 181; Weides, (aaO [o. Fn. 84]), S. 25; Kintz, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 2. Aufl. 2003, S. 77; Berg, Die Rspr. zum Verwaltungsverfahren seit 1998, JZ 2005, 1039, 1043.

86) OVG Hamburg, aaO [o. Fn. 64].

87) Kintz, aaO [o. Fn. 85], S. 77.

88) Kopp/Schenke, aaO [o. Fn. 74], Anm. 1 zu § 44 a; ausdrücklich auch für die MPU-Gutachtensauforderung (in Anm. 5); Weber, apf 2003, 27, 60 (aaO [o. Fn. 1]); OVG Hamburg, aaO [o. Fn. 64].

Bereits 1965, also vor Geltung des § 44 a VwGO, hat das VG Minden (aaO [o. Fn. 20]) dazu ausgeführt: „Aus prozessökonomischen Gründen ist es dringend geboten, Beweisanordnungen zur Klärung der tatsächlichen Grundlagen eines beabsichtigten Verwaltungsaktes nicht ihrerseits ebenfalls als Verwaltungsakte zu behandeln, zum anderen würden dadurch einheitliche Vorgänge in mehrere Verwaltungsverfahren getrennt, die zeitlich nur nacheinander durchgeführt werden könnten. Durch eine solche Verselbständigung des vorbereitenden Verfahrens wird die Entscheidung in der Sache (Anm.: Entziehung oder Versagung der beantragten Fahrerlaubnis) nur mit einer Verspätung erfolgen können, die gerade auf dem Gebiet des Straßenverkehrsrechts dem Sicherungszweck in keiner Weise mehr gerecht werden könnte“.

Diesen Ausführungen ist auch heute insbes. wg. der Festlegung in § 10 S. 2 VwVfG („Das Verwaltungsverfahren ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen“) uneingeschränkt zuzustimmen.

89) Kopp/Schenke, aaO [o. Fn. 74], Anm. 4 zu § 44 a mit Hinweisen auf die Rspr.

90) OVG Hamburg, aaO [o. Fn. 64].

91) Dazu bereits Weber, Blutalkohol 1999, 106, 118 (aaO [o. Fn. 1]), mit Hinweisen auf die Rspr.; grundlegend zu dieser Problematik BVerwGE 34, 248 ff. (aaO [o. Fn. 40]).

92) Das BVerwG (DVBl. 2005, 1337, 1338) spricht von der behördlichen Anordnung eines MPU-Gutachtens, um die Eignungszweifel aufzuklären und anschließend habe die Behörde „in einem 2. Schritt eine Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis zu treffen“.

93) Siehe dazu § 28 I VwVfG, aaO [o. Fn. 4].

