

Datum: 06.04.2022
Gericht: Verwaltungsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 4. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 L 2626/21
ECLI: ECLI:DE:VGD:2022:0406.4L2626.21.00

Tenor:

Der Antrag wird abgelehnt.
Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
Der Streitwert wird auf 50.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe: 1

I. 2

Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung den vorläufigen Widerruf 3
eines ministeriellen Runderlasses, wonach Prüfungen von Brandschutzklappen nach deren
Einbau in Sonderbauten gemäß der PrüfVO NRW und den zugehörigen Prüfgrundsätzen ein
manuelles Öffnen und Schließen der Klappenblätter (mechanische Funktionsprüfung)
erfordern, sowie die vorläufige Unterlassung einer dahingehenden Äußerung und hilfsweise
die vorläufige Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Auslegung der PrüfVO NRW.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen im Bereich Lüftungstechnik. Sie stellt unter anderem 4
Brandschutzklappen zur Verwendung in Lüftungsanlagen her. Hierzu zählt das Modell X. ,
welches die Antragstellerin seit 2018 vertreibt.

Brandschutzklappen in Lüftungsanlagen dienen im Brandfall der Vermeidung einer 5
Ausbreitung von Feuer und Rauch über die Lüftungsleitungen. Sie verfügen entweder über
ein Thermoauslöseelement, das bei Erreichen einer bestimmten Temperatur durch eine
Antriebsmechanik selbständig ein Schließen der Klappenblätter auslöst, oder über einen von
außen zu bedienenden Motor, der die Schließfunktion steuert.

Herkömmliche Modelle von Brandschutzklappen liegen in der Länge des Innendurchmessers 6
im Rohrquerschnitt der Lüftungsleitung und schließen zur Leitungswand hin. Zum Zweck der

Funktionsprüfung verfügen sie entweder über einen außerhalb der Lüftungsleitung angebrachten Hebel, eine Vorrichtung zur Überbrückung oder zur Entnahme der Auslöseeinrichtung, um im eingebauten Zustand ein Öffnen und Schließen der Klappenblätter zu ermöglichen, oder sie können durch vorübergehende Entfernung eines Teils der Lüftungsleitung manuell geöffnet und geschlossen werden. In der Gehäusewand der Lüftungsleitung sind Revisionsöffnungen vorgesehen, durch die eine innere Besichtigung der Lüftungsleitungen einschließlich der Brandschutzklappen mit Hilfe eines Endoskops möglich ist. Eine Reinigung im Wege des Bürst- oder Bürst-/Saugverfahrens ist wegen der Anordnung der Klappenblätter im Rohrquerschnitt nicht möglich.

Bei dem Modell „X.“ der Antragstellerin liegen die Bestandteile (je ein Klappenblatt, Thermoauslöseelement sowie Antriebsmechanik) sich jeweils seitlich an der Leitungswand gegenüber. Die zwei Klappenblätter bestehen aus fächerartig angeordneten und durch mechanische Glieder verbundene Einzelteile, die mit der Gehäusewand der Lüftungsleitung abschließen. Der Rohrquerschnitt bleibt frei. Bei Auslösung bewirkt das Drehmoment einer Edelstahl-Doppeltorsionsfeder das Schließen der Klappenblätter zur Mitte der Lüftungsleitung. Die Produktspezifikation (Montage- und Betriebsanleitung) der Antragstellerin gibt an, dass eine Funktionsprüfung durch Sichtprüfung mittels Kamerabefahrung erfolgt und ausreichend ist. Hierfür sind zentrale Revisionsöffnungen in der Lüftungsleitung vorgesehen. Weitere Revisionsöffnungen (unmittelbar in der Nähe der Brandschutzklappen) sind laut Produktwerbeproschüre nicht erforderlich. Eine Reinigung im Wege des so genannten Bürst- oder Bürst-Saugverfahrens ist aufgrund des freien Rohrquerschnitts möglich. 7

Die Prüfung von Brandschutzklappen in Lüftungstechnischen Anlagen ist in den als Anlage zur PrüfVO NRW beigefügten Prüfgrundsätzen in Abschnitt 5.1.5 wie folgt konkretisiert: 8

„5.1.5 Absperrvorrichtungen gegen Brandübertragung (z. B. Brandschutzklappen, Rauchschutzklappen) 9

- Eignung für den vorgesehenen Verwendungszweck 10

- Ausführung des Einbaus 11

- Funktion an allen Absperrvorrichtungen 12

- äußere Prüfung der Anforderungen entsprechend Verwendbarkeitsnachweis (z.B. Zulassungsbescheid, Herstelleranweisungen) 13

- innere Sichtprüfung über Revisionsöffnung (Klappenblatt, Auslöseeinrichtung, Dichtung) 15

- Kontrolle der nach Verwendbarkeitsnachweis oder Herstelleranweisungenvorgeschriebenen Instandhaltung 16

Bei Klappen kann die Funktionsprüfung bei wiederkehrenden Prüfungen auf ein Drittel der Klappen reduziert werden (SW), wenn 17

- die regelmäßige Instandhaltung aller Klappen entsprechend Verwendbarkeitsnachweis oder Herstelleranweisungen nachgewiesen wird, 18

- keine der geprüften Klappen fehlerhaft ist, 20
 - nach Ablauf von drei aufeinanderfolgenden Prüfungen alle Klappen vom Prüfsachverständigen geprüft worden sind. 21
- Bei Absperrvorrichtungen X-00000, die im freien Querschnitt keine Einbauteile haben, kann auf die Funktionsprüfung bei wiederkehrenden Prüfungen verzichtet werden, wenn die innere Sichtprüfung der Lüftungsleitungen keine unzulässigen Schmutzablagerungen erkennen lässt“. 22
- Mit Runderlass vom 13. Juli 2021 – 615-123/09 – verfügte das Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen, dass die in Abschnitt 5.1.5 der Prüfgrundsätze vorgesehene Funktionsprüfung auch das mechanische Öffnen und Schließen der Brandschutzklappen umfasse. Das Erfordernis einer mechanischen Funktionsprüfung begründete es mit dem Wortlaut der Prüfgrundsätze. Die Prüfung ordnungsgemäßen „Funktionierens“ beinhalte auch die Schließprobe nach Auslösen. Zudem werde aus der Reduzierung der wiederkehrenden Prüfung auf ein Drittel der Klappen deutlich, dass eine Funktionsprüfung nicht mit den ersten drei „Bulletpoints“ (äußere Prüfung und innere Sichtprüfung sowie Kontrolle auf durchgeführte Instandhaltung) gleichzusetzen sei. Der Erlass richtet sich an die oberen und unteren Bauaufsichtsbehörden und an die nach PrüfVO NRW anerkannten Prüfsachverständigen. Er geht zurück auf einen Beschlussentwurf des Arbeitskreises Technische Gebäudeausrüstung der Fachkommission Bauaufsicht der Bauministerkonferenz, deren Obmann gleichzeitig der für den Antragsgegner handelnde Amtswalter war. 23
- Die Antragstellerin nahm im August 2021 Kontakt zum Obmann des Arbeitskreises Technische Gebäudeausrüstung auf. In dem Antwortschreiben bekräftigte dieser das Erfordernis einer mechanischen Funktionsprüfung. Mit anwaltlichem Schreiben vom 16. September 2021 forderte die Antragstellerin eine Klarstellung, dass die in den Prüfgrundsätzen beschriebene Funktionsprüfung bei Brandschutzklappen des Modells X. kein mechanisches Öffnen und Schließen umfasse. Ein Gespräch zwischen Antragstellerin und Antragsgegner unter Beteiligung weiterer Vertreter des Arbeitskreises Technische Gebäudeausrüstung fand am 4. November 2021 statt. Ein in diesem Rahmen und im Schreiben vom 2. Dezember 2021 geäußertes Angebot des Antragsgegners einer Klarstellung, dass alle konformen Brandschutzklappen mit CE-Kennzeichnung verwendet werden dürften, nahm die Antragstellerin nicht an. Mit anwaltlichem Schreiben vom 16. November 2021 bekräftigte die Antragstellerin ihre Darlegung der Rechtswidrigkeit des Runderlasses nochmals und bat um das Absehen einer mechanischen Funktionsprüfung oder die Einschränkung der praktischen Funktionsprüfung bei solchen Brandschutzklappen, bei denen ein Öffnen und Schließen konstruktionsbedingt nicht möglich sei. Dies lehnte der Antragsgegner mit Schreiben vom 2. Dezember 2021 ab. 24
- Die Antragstellerin hat am 8. Dezember 2021 den vorliegenden Eilrechtsschutzantrag gestellt. 25
- Sie trägt vor, seit Vertriebsbeginn 2018 sei bei den für Sonderbauten vorgeschriebenen Prüfungen der Brandschutzklappen des Modells X. keine mechanische Funktionsprüfung in Form des manuellen Öffnens und Schließens der Klappenblätter vorgenommen worden. Dies hätten die Prüfsachverständigen auch nicht als erforderlich erachtet. Die dementsprechend neue Auslegung der Prüfgrundsätze durch den Antragsgegner sei zudem rechtswidrig. Das Erfordernis einer mechanischen Funktionsprüfung lasse sich dem Wortlaut der 26

Prüfgrundsätze nicht entnehmen. Die Funktionsprüfung bestehe grundsätzlich nur aus den Elementen der äußeren Prüfung, der inneren Sichtprüfung und der Kontrolle der Instandhaltung. Der Erlass führe zudem zu einer notwendigen Anpassung des Produkts durch das Bereitstellen von Werkzeugen oder ähnlichen Hilfsvorrichtungen zu Prüfzwecken. Er behindere daher die Verwendung des Modells „X.“ als Bauprodukt und verstoße folglich gegen das Marktbehinderungsverbot aus Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO. Bei der geforderten Funktionsprüfung handele es sich um eine produktbezogene Anforderung an Brandschutzklappen. Aufgrund der CE-Zertifizierung könnten keine weiteren, strengeren Anforderungen – wie das Öffnen und Schließen in Form einer mechanischen Funktionsprüfung nach dem Einbau – durch einen Mitgliedstaat auferlegt werden. Insoweit bestehe ein „Nachregulierungsverbot“. Eine Funktionsprüfung sei ferner nur im Umfang der herstellerseitigen Leistungserklärung bzw. Angaben durchzuführen. Danach sei im Fall des Modells X. eine reine Sichtprüfung zur Wartung und Instandhaltung ausreichend, eine mechanische Funktionsprüfung sei nicht erforderlich. Eine solche Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter sei bei dem Modell X. auch konstruktionsbedingt nicht möglich, da das Anbringen eines Hebels zur manuellen Bedienung zu Prüfzwecken wegen der seitlichen Anordnung der Doppeltorsionsfeder nicht erfolgen könne; auch ein anderweitiges Öffnen und Schließen der Klappen von Hand sei weder möglich noch praktikabel. Es sei auch in der Sache nicht erforderlich. Das Modell X. liege nicht im Luftstrom, wodurch es weder zu Partikelablagerungen, einem Verkleben der Auslösemechanik noch einem mechanischen Verschleiß der Komponenten kommen könne. Eine innere Sichtprüfung durch Kamerabefahrung sei daher ausreichend. Etwaige Ablagerungen könnten mit einer Bürste gereinigt werden; selbst bei erheblicher Verschmutzung der Lüftungsleitung habe ein Produkttest die Gewährleistung eines dauerhaften Schließens gezeigt. Das Öffnen und Schließen als Funktionsprüfung sei zudem nicht kohärent, da jedenfalls das Auslösemoment naturgemäß nicht mitgeprüft werde, was ansonsten zwingend zu einem Austausch der Klappe nach der Prüfung führen würde. Eine vollumfängliche Prüfung der Funktion werde vom Antragsgegner auch nicht gefordert. Bei der Prüfungsvorgabe handele es sich ferner um einen Fall der unzulässigen Rückwirkung. Die Antragstellerin werde darüber hinaus in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) verletzt. Mit dem Erlass werde mittelbar in die Berufsausübungsfreiheit eingegriffen, denn er weise eine objektiv berufsregelnde Tendenz auf. Der Eingriff sei auch nicht gerechtfertigt, da er mit den Prüfgrundsätzen nicht in Einklang stehe. Der daraus resultierende rechtswidrige Zustand – die Unverkäuflichkeit der Klappen des Modells X. – dauere an. Der Antragstellerin stehe daher ein entsprechender Folgenbeseitigungsanspruch, aber auch ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu. Ein Anordnungsgrund liege ebenfalls vor. Die Vorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung führe wegen Mängelgewährleistungsrechten sowie einem drohenden Reputationsschaden zu einem existenzbedrohenden wirtschaftlichen Schaden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Runderlass von den Prüfsachverständigen faktisch zur Auslegung der Prüfverordnungen bzw. Prüfgrundsätze anderer Bundesländer herangezogen werde, da diese auf die Musterprüfgrundsätze der Bauministerkonferenz zurückgingen. Der Erlass habe daher faktisch deutschlandweite Wirkung.

Die Antragstellerin beantragt schriftsätzlich,

27

- 1. dem Antragsgegner aufzugeben, in einem Schreiben an die oberen und unteren Bauaufsichtsbehörden mit Durchschrift an die Prüfverständigen unverzüglich

289

klarzustellen, dass bei der Funktionsprüfung von Brandschutzklappen nach der PrüfVO NRW i.V.m. den Prüfgrundsätzen NRW vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache ein Schließen und Öffnen der Klappenblätter nicht erforderlich ist,

• 2.

dem Antragsgegner aufzugeben, es vorläufig, bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu unterlassen, sich dahingehend zu äußern, dass bei der Funktionsprüfung von Brandschutzklappen nach der PrüfVO NRW i.V.m. den Prüfgrundsätzen NRW ein Schließen und Öffnen der Klappenblätter erforderlich ist.

30

sowie hilfsweise für den Fall, dass die Anträge zu 1.) und zu 2.) keinen Erfolg haben,

31

vorläufig festzustellen, dass die in dem Runderlass des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 13. Juli 2021 mit dem Aktenzeichen 615-123-09 vorgenommene Auslegung dahingehend, dass bei der Funktionsprüfung von Brandschutzklappen nach der PrüfVO NRW i.V.m. den Prüfgrundsätzen NRW ein Schließen und Öffnen der Klappenblätter erforderlich ist, rechtswidrig ist.

32

Der Antragsgegner beantragt,

33

die Anträge abzulehnen.

34

Er trägt vor, die Anträge seien bereits mangels Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Antragsbefugnis scheitere bereits daran, dass der Erlass nicht an die Antragstellerin, sondern ausschließlich an die Bauaufsichtsbehörden bzw. Prüfsachverständigen adressiert sei. Auch sei Adressat einer bauaufsichtlichen Ordnungsverfügung nicht die Antragstellerin, sondern der jeweilige Bauherr bzw. Betreiber der Immobilie. Zudem seien die befürchteten wirtschaftlichen Schäden völlig ungewiss. Überdies habe die Antragstellerin eine Klarstellung des Erlasses, dass alle Klappen mit CE-Kennzeichen verwendet werden dürften, abgelehnt. Auch fehle das Rechtsschutzbedürfnis, soweit der Antrag auf das Verhalten von Bauaufsichtsbehörden anderer Bundesländer gestützt werde. Darüber hinaus seien die Anträge unbegründet. Ein Anordnungsanspruch bestehe nicht. Insbesondere sei eine Verletzung von Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO nicht gegeben. Diese Vorschrift schließe nicht aus, dass der Antragsgegner Bauwerksanforderungen festlege, die sich auf harmonisierte Bauprodukte auswirken. Laufende Funktionsprüfungen von in Bauwerken eingebauten Bauprodukten seien vom Anwendungsbereich der EU-BauPVO schon nicht erfasst. Die Anforderungen der Funktionsprüfung seien jedenfalls mit der harmonisierten Norm vereinbar. Die Auslegung der Prüfgrundsätze sei lediglich eine Klarstellung, eine mechanische Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter sei in der Sache auch erforderlich. Eine reine Sichtprüfung (per Kamera) sei als Prüfung der Schließfunktion nicht ausreichend, da die Funktionsfähigkeit auch durch nicht sichtbare Defekte aus bauphysikalischen oder baumechanischen Gründen, etwa durch unsachgemäßen Einbau, Verformung oder Verspannung, beeinträchtigt sein könne. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liege nicht vor. Die für eine objektive berufsregelnde Tendenz zu fordernden gewichtigen mittelbaren Auswirkungen seien nicht gegeben, angebliche Nachteile in anderen Bundesländern seien dem Antragsgegner nicht zurechenbar. Ein etwaiger Eingriff wäre zudem gerechtfertigt, zumal der im Rahmen des vorbeugenden Brandschutzes zu fordernde sehr hohe Schutzstandard, wie er sich aus §§ 3, 14 und 18 BauO NRW ergebe, nicht aus wirtschaftlichen Gründen unterlaufen werden dürfe. Schließlich fehle es am

35

Anordnungsgrund, da eine antragsgemäße Entscheidung wegen ihres nur vorläufigen Charakters nicht zur Abwehr der geltend gemachten wirtschaftlichen Nachteile geeignet sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners Bezug genommen. 36

II. 37

Die Anträge haben insgesamt keinen Erfolg. 38

I. Der Antrag zu 1.) war gemäß §§ 122 Abs. 1, 88, 86 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) als Widerruf des Runderlasses auszulegen, soweit dieser eine mechanische Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter im eingebauten Zustand vorschreibt. Eine weitergehende „Richtigstellung“ bzw. „Klarstellung“ ist vom kassatorischen Charakter des Folgenbeseitigungsanspruches, welcher lediglich auf die Wiederherstellung des status quo ante gerichtet ist, nicht umfasst. 39

Vgl. zur Reichweite etwa BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2011 – 9 C 4.10 –, juris Rn. 18 m.w.N.; Urteil vom 19. Februar 2015 – 1 C 13.14 – juris Rn. 24 m.w.N. 40

Der so verstandene Antrag zu 1.) ist zwar zulässig (1.), aber unbegründet (2.). 41

1. Der Antrag ist zulässig. 42

a) Insbesondere ist er als Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft. Die Antragstellerin kann ihr Widerrufsbegehren in der Hauptsache im Wege der allgemeinen Leistungsklage verfolgen. Das Begehren ist nicht auf die Aufhebung eines Verwaltungsakts, sondern – formell – auf schlichtes Verwaltungshandeln – ein Schreiben an die oberen und unteren Bauaufsichtsbehörden mit Durchschrift an die Prüfsachverständigen – gerichtet. Der Eilrechtsschutz richtet sich daher nicht nach § 123 Abs. 5 i.V.m. §§ 80 Abs. 5, 80 a VwGO, sondern nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Die einstweilige Anordnung ist in Form der Regelungsanordnung statthaft, denn die Antragstellerin begehrt nicht die Sicherung eines status quo (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO), sondern die Erweiterung ihres Rechtskreises. 43

b) Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Analog § 42 Abs. 2 VwGO ist im Eilrechtsschutzverfahren antragsbefugt, wer die Verletzung oder Gefährdung eines subjektiv-öffentlichen Rechts geltend machen kann. Die Verletzung bzw. Gefährdung eigener Rechte muss auf der Grundlage des Antragsvorbringens als möglich erscheinen. Diese Möglichkeit ist nur dann auszuschließen, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte der Antragstellerin verletzt sein können. 44

stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2019 – 6 C 1.18 –, juris Rn. 14 m.w.N.; Urteil vom 24. Mai 2018 – 3 C 18.16 –, juris Rn. 9 m.w.N. 45

Vorliegend ist bei der Antragstellerin eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit nicht von vorneherein ausgeschlossen. Sollte die streitgegenständliche Auslegung im Runderlass unrichtig bzw. rechtswidrig sein, so erscheint eine zumindest mittelbar-faktische Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG möglich und es könnte ihr daher Folgenbeseitigung zustehen. 46

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist die Möglichkeit einer Rechtsverletzung in Art. 12 Abs. 1 GG nicht deshalb von vorneherein ausgeschlossen, weil sich die Prüfungsvorgaben 47

für Sonderbauten unmittelbar nur an die am Bau Beteiligten bzw. die Prüfsachverständigen richten, vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 9 Verordnung über die Prüfung technischer Anlagen und wiederkehrende Prüfungen von Sonderbauten - PrüfVO NRW -, und die geltend gemachten Regressschäden noch ungewiss sowie nicht unmittelbar auf den Runderlass zurückzuführen seien. Zur Geltendmachung der Möglichkeit einer Verletzung der Berufsausübungsfreiheit genügt auch die Darlegung einer nur mittelbar-faktischen Beeinträchtigung. Voraussetzung für die Anerkennung solcher faktischen Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit ist ein enger Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufes und, dass nicht nur vom Staat ausgehende Veränderungen der Marktdaten oder allgemeinen Rahmenbedingungen eintreten, sondern eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennbar ist. Eine objektiv berufsregelnde Tendenz liegt vor, wenn eine Regelung im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden oder wenn sie die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändert und aufgrund ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht. Dabei kommt es nicht nur auf die Zielsetzung, sondern auch auf die tatsächlichen Auswirkungen an. Die berufliche Tätigkeit muss zudem durch die Regelung "nennenswert behindert" werden.

Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 1. Dezember 2020 – 2 BvR 916/11 –, juris Rn. 225 m.w.N.; 48
Mann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 95.

Gemessen hieran ist eine objektiv berufsregelnde Tendenz geltend gemacht. Der Runderlass 49
betrifft die Rahmenbedingungen der Berufsausübung für Hersteller von Brandschutzklappen, die in Sonderbauten in Nordrhein-Westfalen eingebaut werden. Das Erfordernis einer mechanischen Funktionsprüfung im Sinne eines Öffnens und Schließens der Klappen im eingebauten Zustand führt darüber hinaus zu einem Anpassungsdruck für das Modell X. , möchte die Antragstellerin als Herstellerin dessen Marktfähigkeit erhalten. Denn unter den bisherigen Gegebenheiten lässt sich ohne erhebliche zusätzliche technische und bauliche Modifikationen wie etwa die Entwicklung von Spezialwerkzeug und der Planung weiterer Revisionsöffnungen eine mechanische Funktionsprüfung im Sinne des angefochtenen Erlasses nicht durchführen. Damit kommt es vorhersehbar und typischerweise zu einer nennenswerten Betroffenheit der Antragstellerin in ihrer beruflichen Betätigung am Markt. Betroffen ist hier freilich nicht die (objektive) Berufswahl der Antragstellerin, sondern lediglich ihre Berufsausübung.

Dass eine etwaige bauaufsichtliche Ordnungsverfügung sich nicht an die Antragstellerin als 50
Herstellerin, sondern an den jeweiligen Bauherrn richten würde, ändert hieran nichts. Dies gilt auch für den weiteren Hinweis des Antragsgegners auf einen nur begrenzten Adressatenkreis des Runderlasses und die fehlende konkrete Bezugnahme auf die Produkte der Antragstellerin. Hierdurch wird die Möglichkeit einer mittelbar-faktischen Belastungswirkung nicht in Frage gestellt.

Ob die Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte zudem im Hinblick auf Art. 8 Abs. 4 der 51
Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates (ABl. L 88/5 vom 4. April 2011, Bauprodukteverordnung – EU-BauPVO) bzw. auf § 19 BauO NRW möglich erscheint, bedarf im Rahmen der Zulässigkeit keiner Erörterung.

c) Zweifel am Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin bestehen nicht. Die Antragstellerin 52
kann ihr Rechtsschutzziel nicht auf anderem, schnellerem oder einfacherem Weg erreichen.

Ihr Rechtsschutzbedürfnis entfällt zunächst nicht deshalb, weil die Antragstellerin die vom Antragsgegner angebotene Klarstellung im Runderlass, wonach alle konformen Brandschutzklappen mit CE-Kennzeichen verwendet werden dürfen, abgelehnt hatte. Denn dies hätte dem Rechtsschutzziel der Antragstellerin, dem Widerruf der mechanischen Funktionsprüfung, nicht entsprochen.

Ob und inwieweit ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, soweit die Antragstellerin die faktische Heranziehung der Prüfgrundsätze durch Prüfsachverständige in anderen Bundesländern geltend macht, mag hier dahin stehen. Dass das Rechtsschutzbedürfnis in Bezug auf den Geltungsbereich des vorliegenden Erlasses in Nordrhein-Westfalen entfielen, trägt der Antragsgegner selbst nicht vor. Im Übrigen ist die rechtliche Reichweite der Prüfgrundsätze und deren Auslegung im Erlasswege eine Frage der Begründetheit. 54

Primärer Rechtsschutz gegen bauaufsichtliche Verfügungen kommt vorliegend nicht in Betracht. Kommt die zuständige Bauaufsichtsbehörde zu dem Schluss, dass das Brandschutzklappenmodell der Antragstellerin den Anforderungen der PrüfVO NRW nicht entspricht, so kann sie bauaufsichtliche Stilllegungs- oder Beseitigungsanordnungen nur gegenüber dem Bauherrn erlassen. Hiergegen kann sich die Antragstellerin nicht wenden. Auch stellen Auseinandersetzungen im Rahmen einer Vielzahl von Mängelgewährleistungs- und/oder Regressstreitigkeiten keine gleichermaßen geeignete, ebenso effektive Rechtsschutzmöglichkeit dar. 55

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet. 56

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine Regelungsanordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Antragstellerin hat weder einen Anordnungsanspruch (a) noch einen Anordnungsgrund (b) gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO glaubhaft gemacht. 57

a) Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Es ist nicht erkennbar, dass das Rechtsschutzbegehren aufgrund der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein gebotenen summarischen Prüfung bei dem strengen Maßstab, welcher im Falle der hier gegebenen Vorwegnahme anzulegen ist, in der Hauptsache Erfolg haben wird. 58

stRspr, vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 8. September 2017 – 1 WDS-VR 4.17 –, juris Rn. 15; OVG NRW, Beschluss vom 8. September 2020 – 6 B 568/20 –, juris Rn. 5. 59

Die Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs, der als Rechtsgrundlage für den begehrten Widerruf des Erlasses in Betracht zu ziehen ist, liegen nicht vor. Offen bleiben kann, ob der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch aus einer Analogie zum zivilrechtlichen negatorischen Beseitigungsanspruch aus §§ 12, 862, 1004 BGB, dem Gesetzmäßigkeitsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, oder unmittelbar aus den Freiheitsgrundrechten folgt, denn jedenfalls ist er gewohnheitsrechtlich anerkannt. 60

Die Antragstellerin hat die materiellen Anspruchsvoraussetzungen nicht glaubhaft gemacht. Ein Folgenbeseitigungsanspruch setzt voraus, dass durch hoheitlichen Eingriff ein subjektiv-öffentliches Recht beeinträchtigt und dadurch ein fortdauernder rechtswidriger Zustand geschaffen wurde, dessen Beseitigung möglich und zumutbar ist. 61

62

Vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Mai 1989 – 7 C 2.87 –, juris Rn. 80; Urteil vom 15. Juni 2011 – 9 C 4.10 –, juris Rn. 18 m.w.N.; Urteil vom 19. Februar 2015 – 1 C 13.14 –, juris Rn. 24 m.w.N.

Der Erlass stellt eine hoheitliche Eingriffshandlung dar (aa), welche die Antragstellerin (nur) in ihrem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art 19 Abs. 3 GG beeinträchtigt (bb). Der hierdurch verursachte Zustand ist jedoch nicht rechtswidrig, da die Antragstellerin jedenfalls aus höherrangigem Recht zu dessen Duldung verpflichtet ist (cc). 63

aa) Der Runderlass des Antragsgegners vom 13. Juli 2021, der als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift den Rechtsbegriff „Funktionsprüfung“ und die Normzusammenhänge im Sinne einer einheitlichen Verwaltungspraxis erläutert und auslegt, stellt grundsätzlich – so auch hier – eine taugliche Eingriffshandlung dar. 64

So können behördliche Äußerungen in Form von (geschäftsschädigenden) Rechtsauffassungen durchaus Anknüpfungspunkt eines Folgenbeseitigungsanspruchs sein. 65

Vgl. etwa OVG NRW, Urteil vom 3. Juni 2020 – 16 A 2447/12 –, juris Rn. 168; Bay. VGH, Beschluss vom 13. November 2020 – 11 CE 20.1956 –, juris Rn. 19; VG Darmstadt, Urteil vom 10. Dezember 1997 – 5 E 2837/92 –, juris. 66

Auch steht einem hoheitlichen Eingriffscharakter nicht entgegen, dass der Folgenbeseitigungsanspruch nur rechtswidriges Behördenhandeln erfasst und auf unmittelbar gesetzliche Fehlleistungen – worunter auch die Rechtsverordnung fällt – keine Anwendung findet. 67

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 31. Januar 2020 – 6 A 1829/16 –, juris Rn. 160. 68

Denn eine gesetzliche Fehlleistung im Sinne dieser Rechtsprechung liegt nicht vor. Anknüpfungspunkt für den hoheitlichen Eingriff ist hier der Runderlass selbst und nicht der unmittelbare Normtext der PrüfVO NRW. 69

bb) Durch den Runderlass ist auch ein subjektives Recht der Antragstellerin beeinträchtigt. Dies betrifft jedoch entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO (1) oder § 19 BauO NRW (2), sondern ausschließlich ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG, 19 Abs. 3 GG (3). 70

(1) Eine Beeinträchtigung des Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO scheidet vorliegend aus. 71

Offen bleiben kann, ob es sich bei Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO – wie die Antragstellerin meint – um ein wehrfähiges subjektives Recht handelt. Dem steht nicht schon entgegen, dass es sich hierbei um eine unmittelbar geltende Norm des Europarechts handelt (vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV). Denn auch sekundärrechtliche europäische Normen können grundsätzlich subjektive Rechte vermitteln. Voraussetzung dafür ist indes, dass die Rechtsakte über die unmittelbare Verpflichtung der innerstaatlichen Stellen zu ihrer Befolgung hinausgehen und zusätzlich den Einzelnen zur Durchsetzung dieser Verhaltenspflicht gegenüber dem Staat berechtigen. 72

Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage 2018, § 42 Rn. 400 m.w.N. 73

Ob Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO solche unmittelbaren Rechte und Pflichten Einzelner begründet, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Während nach Auffassung des erkennenden Gerichts der Wortlaut der Norm, welcher allein an die Mitgliedstaaten adressiert ist, für eine Verpflichtung allein mitgliedstaatlicher Stellen und einen bloß objektiv-rechtlichen Charakter spricht, 74

- Vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 8. November 2007 – 4 K 3125/06 –, juris Rn. 24 zu §§ 20 bis 28 BauO NRW a.F., die die Bauprodukterichtlinie umsetzten. 75
- handelt es sich nach anderer Auffassung bei dem Marktbehinderungsverbot des Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO um eine Konkretisierung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28, 34 AEUV), die ein wehrfähiges subjektives Recht der Marktteilnehmer vermittelt. 76
- Vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 7. Oktober 2020 – 8 S 2959/18 –, juris Rn. 35; vgl. zur Warenverkehrsfreiheit als subjektives Recht etwa Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 74. EL September 2021, Art. 34 Rn. 20. 77
- Unabhängig hiervon ist Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO jedenfalls durch den Runderlass nicht beeinträchtigt. 78
- Gemäß Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO darf ein Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet oder in seinem Zuständigkeitsbereich die Bereitstellung auf dem Markt oder die Verwendung von Bauprodukten, die die CE-Kennzeichnung tragen, weder untersagen noch behindern, wenn die erklärten Leistungen den Anforderungen für diese Verwendung in dem betreffenden Mitgliedstaat entsprechen. 79
- Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO ist anwendbar. Die Vorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter im eingebauten Zustand ist als Anforderung für die Verwendung im Mitgliedstaat anzusehen. Denn hierdurch wird die technische und bauliche Voraussetzung der Verwendbarkeit des Bauprodukts „Brandschutzklappe“ nach Einbau in ein Bauwerk vorgegeben. Dem steht – entgegen der Auffassung des Antragsgegners – auch Art. 1 EU-BauPVO nicht entgegen. Demnach legt die Bauprodukteverordnung Bedingungen für das Inverkehrbringen von Bauprodukten oder ihre Bereitstellung auf dem Markt durch die Aufstellung von harmonisierten Regeln über die Angabe der Leistung von Bauprodukten in Bezug auf ihre wesentlichen Merkmale sowie über die Verwendung der CE-Kennzeichen fest. Art. 1 EU-BauPVO legt bereits vom Normtext und der Überschrift allein den Gegenstand der Verordnung fest; ihm ist dagegen kein zeitlicher Anwendungsbereich dergestalt zu entnehmen, dass lediglich Anforderungen erfasst wären, die sich zeitlich auf das Inverkehrbringen oder den Marktzugang des Bauprodukts beschränken. 80
- Ein Verstoß gegen das Marktbehinderungsverbot ist jedoch nicht ersichtlich. Zwar handelt es sich bei dem Brandschutzklappenmodell X. der Antragstellerin um ein Bauprodukt (a), das eine CE-Kennzeichnung (b) trägt. Allerdings liegt ein Fall der Öffnungsklausel des Art. 8 Abs. 4, 2. Hs. EU-BauPVO, vor, denn die Vorgabe der mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter nach deren Einbau stellt eine zulässige, bauwerksseitige Verwendungsanforderung dar (c). 81
- (a) Die Brandschutzklappe des Modells X. der Antragstellerin ist ein Bauprodukt. Ein Bauprodukt ist gemäß Art. 2 Nr. 1 EU-BauPVO jedes Produkt oder jeder Bausatz, das beziehungsweise der hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden, und dessen Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt. Bauwerke sind dabei gemäß Art. 2 Nr. 3 EU-BauPVO Bauten sowohl des Hochbaus als auch des Tiefbaus. Die Grundanforderungen an Bauwerke gemäß Anhang I sind nach Art. 3 Abs. 1 EU-BauPVO die Grundlage für die Ausarbeitung von Normungsaufträgen und harmonisierter technischer Spezifikationen, d.h. harmonisierte Normen und Europäische Bewertungsdokumente, s. Art. 2 Nr. 10 EU-BauPVO. Diese Voraussetzungen liegen vor. Brandschutzklappen werden 82

hergestellt und in Verkehr gebracht, um dauerhaft in Bauten des Hochbaus und Tiefbaus eingebaut zu werden. Ihre Leistung wirkt sich auf den Brandschutz, eine Grundanforderung an Bauwerke nach Nr. 2 des Anhangs I der EU-BauPVO, aus.

(b) Das Modell X. trägt eine CE-Kennzeichnung entsprechend den hierfür geltenden Bestimmungen. Nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 EU-BauPVO wird die CE-Kennzeichnung an denjenigen Bauprodukten angebracht, für die der Hersteller eine Leistungserklärung gemäß Art. 4 und 6 erstellt hat. Nach Art. 4 Abs. 1 EU-BauPVO hat der Hersteller eine Leistungserklärung zu erstellen, wenn ein Bauprodukt von einer harmonisierten Norm erfasst ist oder eine europäische technische Bewertung für diese ausgestellt wurde. Dies ist hier der Fall. Brandschutzklappen in Lüftungsanlagen – wie hier das Modell X. der Antragstellerin – fallen u.a. unter DIN EN 15650:2010 (Lüftung von Gebäuden – Brandschutzklappen) sowie, aufgrund des statischen Verweises in Ziff. 2 DIN EN 15650:2010, unter DIN EN 1366-2:1999 (Feuerwiderstandsprüfungen für Installationen, Teil 2: Brandschutzklappen). Diese stellen harmonisierte Normen dar, da sie gemäß Art. 2 Abs. 11 EU-BauPVO von einem der in Anhang I der Richtlinie 98/34/EG aufgeführten europäischen Normungsgremien auf der Grundlage eines Ersuchens der Kommission nach Artikel 6 jener Richtlinie angenommen wurden. Nach Art. 6 Abs. 1 EU-BauPVO gibt die Leistungserklärung die Leistung von Bauprodukten in Bezug auf wesentliche Merkmale dieser Produkte gemäß den einschlägigen harmonisierten Normen an. „Wesentliche Merkmale“ sind dabei gemäß Art. 2 Nr. 4 EU-BauPVO diejenigen Merkmale des Bauprodukts, die sich auf die Grundanforderungen an Bauwerke beziehen. Nach Art. 3 Abs. 2 EU-BauPVO werden die wesentlichen Merkmale von Bauprodukten in harmonisierten technischen Spezifikationen in Bezug auf die Grundanforderungen an Bauwerke festgelegt. Vorliegend gibt die Leistungserklärung der Antragstellerin die wesentlichen Merkmale zur Grundanforderung Nr. 2 Brandschutz, vgl. Anhang I der EU-BauPVO, für das hiernach angegebene wesentliche Merkmal Betriebssicherheit – zyklische Prüfung „50 Zyklen“ und Dauerhaftigkeit der Betriebssicherheit – Prüfung des Öffnungs- und Schließzyklus „NPD“ an. 83

(c) Offen bleiben kann, ob die Vorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung nach dem Einbau von Brandschutzklappen in das Bauwerk die Verwendung des Bauprodukts im Sinne des Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO tatsächlich behindert und wie weit der Behinderungsbegriff unter der Bauprodukteverordnung zu fassen ist. Denn jedenfalls liegt ein Fall der Öffnungsklausel, vgl. Art. 8 Abs. 4, 2. Hs. EU-BauPVO, vor. Danach gilt das Behinderungsverbot im Umkehrschluss nicht, wenn die erklärten Leistungen den Anforderungen für diese Verwendung in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht entsprechen. 84

Vgl. Held/Jaguttis/Rupp, BauPVO Kommentar, 2019, Art. 8 Rn. 37 m.w.N. 85

Das ist hier der Fall. Bei der streitgegenständlichen Vorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung in Form eines Öffnens und Schließens der Klappenblätter nach dem Einbau handelt es sich um eine zulässige mitgliedstaatliche Verwendungsanforderung. Der Antragsgegner ist befugt, bauwerksseitige Verwendungsanforderungen zu erlassen; dem steht die CE-Kennzeichnung nicht entgegen (aa). Die Prüfvorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung stellt eine solche bauwerksseitige Anforderung dar, die nicht von den harmonisierten Normen abweicht (bb). 86

(aa) Der Antragsgegner ist unter der Bauprodukteverordnung befugt, bauwerksseitige Verwendungsanforderungen zu erlassen. Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO impliziert, dass Mitgliedstaaten Verwendungsanforderungen aufstellen können. 87

Vgl. Held/Jaguttis/Rupp, BauPVO Kommentar, 2019, Art. 8 Rn. 37. 88

Auch im Übrigen erkennt die Bauprodukteverordnung ausdrücklich an, dass Bauwerke den Vorschriften der Mitgliedstaaten zufolge so entworfen und ausgeführt werden müssen, dass sie weder eine Sicherheitsgefahr noch eine Umweltschädigung darstellen, vgl. Erwägungsgrund Nr. 1 EU-BauPVO. Ferner soll die Verordnung ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten unberührt lassen, Anforderungen festzulegen, die nach mitgliedstaatlicher Auffassung notwendig sind, um Gesundheits-, Umwelt-, und Arbeitnehmerschutz sicherzustellen, vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 EU-BauPVO. 89

Die CE-Zertifizierung eines Bauprodukts indiziert unter der nunmehr geltenden Bauprodukteverordnung insoweit nicht dessen einschränkungslose Verwendungsmöglichkeit. Nach der Verordnung ist im Gegensatz zum Vorgängerregelungssystem der Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte (ABl. 1989 L 40 S. 12, Bauprodukterichtlinie – EU-BauPRL) nicht mehr von einer Brauchbarkeitsvermutung des jeweiligen Bauprodukts auszugehen (i). Mitgliedstaaten sind nunmehr lediglich gehindert, eigene Verfahren und Kriterien zur Leistungsbestimmung vorzuschreiben; sie sind jedoch befugt, technische Anforderungen an Bauwerke nach dem Einbau der Bauprodukte zu erlassen (ii). 90

(i) Die Bauprodukteverordnung unterliegt einem Systemwechsel. Denn im Unterschied zu Art. 4 Abs. 2 EU-BauPRL besteht unter der geltenden Bauprodukteverordnung keine Brauchbarkeitsvermutung mehr. Art. 4 Abs. 2 EU-BauPRL sah insofern vor, dass ein Mitgliedstaat von der Brauchbarkeit eines Bauproduktes mit EG-Zeichen (resp. CE-Kennzeichnung) auszugehen hatte, wenn es so beschaffen war, dass die Bauwerke, für die sie verwendet wurden, bei ordnungsgemäßer Planung und Bauausführung die wesentlichen Anforderungen erfüllen konnten. Waren demnach die Anforderungen aus der harmonisierten Norm vollständig erfüllt, war von der uneingeschränkten Verwendbarkeit des Bauproduktes auszugehen. Die Bauprodukteverordnung sieht demgegenüber nun lediglich eine Vermutung der Konformität eines Bauproduktes mit der vom Hersteller erklärten Leistung zu einer harmonisierten technischen Spezifikation vor, vgl. Art. 4 Abs. 3, Art. 8 Abs. 2 UAbs. 3 sowie Erwägungsgrund Nr. 31 EU-BauPVO. 91

Vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 7. Oktober 2020 – 8 S 2959/18 –, juris Rn. 103; LT-Drs. 16/12119, S. 101. 92

Die CE-Kennzeichnung ist unter der Bauprodukteverordnung diesem Systemwechsel entsprechend die sichtbare Folge eines erfolgreich abgeschlossenen Konformitätsbewertungsverfahrens. Die CE-Kennzeichnung bringt allgemein – die vom Hersteller erklärte – Konformität eines Produkts mit den Harmonisierungsvorschriften zum Ausdruck. Der Hersteller erklärt mit ihr, dass er die Verantwortung für die Konformität des in Rede stehenden Produkts mit allen geltenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der EU übernimmt, vgl. Art. 4 Abs. 3 EU-BauPVO i.V.m. Art. 30 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 (ABl. L 218 S. 30). 93

Vgl. Langner/Klindt/Schucht, in: Dauses/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Stand: 53. EL Juli 2021), C. VI. Rn. 51; Held/Jaguttis/Rupp, BauPVO Kommentar, 2019, Art. 8 Rn. 5; Rast, in: BeckOK BauordnungsR NRW, 9. Ed. 1.12.2019, BauO NRW 2018, § 19 Rn. 12. 94

Bei dem CE-Kennzeichen handelt es sich also nicht um ein Güte- bzw. Prüfsiegel im Sinne eines Verwendbarkeitsnachweises, sondern lediglich um ein Verwaltungszeichen.

Vgl. Held/Jaguttis/Rupp, BauPVO Kommentar, 2019, Art. 8 Rn. 5. 96

Unter der Bauprodukteverordnung sind dementsprechend nicht die Produktleistungen harmonisiert, sondern vielmehr deren Bestimmung durch Vorgabe von Verfahren und Kriterien. Es werden mithin keine produktspezifischen Anforderungen an die Sicherheit des Bauprodukts festgelegt, sondern Verfahren und Kriterien für die Bewertung der produktspezifischen Leistung in Bezug auf ihre wesentlichen Merkmale, vgl. Art. 17 Abs. 3 EU-BauPVO. 97

Held/Jaguttis/Rupp, BauPVO Kommentar, 2019, Art. 17 Rn. 3, 20. 98

Das Ziel der Verordnung besteht insofern auch nicht darin, die Sicherheit von Produkten allgemein zu definieren. Sie soll vielmehr sicherstellen, dass zuverlässige Informationen über deren jeweilige Leistung vorhanden sind. Dies wird durch die Bereitstellung von harmonisierten technischen Spezifikationen als gemeinsame Fachsprache erreicht, die sowohl die Hersteller beim Inverkehrbringen von Produkten als auch die Behörden bei der Formulierung derjenigen technischen Anforderungen an Bauwerke verwenden, die insofern entweder direkt oder indirekt beeinflussen, welche Produkte für diese Bauwerke zu verwenden sind. 99

Kommission, KOM(2008) 311 endg., S. 3; Ruzin/Schröck, EuZW 2021, 401 (407); Wagner, NZBau 2021, 92. 100

Harmonisierte technische Spezifikationen als gemeinsame Fachsprache zur Beschreibung von Produktleistungen anhand einheitlicher Verfahren und Kriterien ermöglichen dementsprechend die Feststellung, ob die Herstellerangaben den jeweiligen nationalen Anforderungen entsprechen. CE-Kennzeichen bestätigen demnach allein, dass Bauprodukte eine bestimmte Leistung erfüllen, nicht aber mitgliedstaatliche bauwerksseitige Anforderungen. 101

Rast, in: BeckOK BauordnungsR NRW, 9. Ed. 1.12.2019, BauO NRW 2018 Vorb. § 19. 102

Harmonisiert sind unter der Bauprodukteverordnung demnach schon regelungstechnisch allein Verfahren zur Bestimmung von Produktleistungen, nicht dagegen bauwerksseitige, technische Anforderungen. 103

(ii) Die Mitgliedstaaten (und deren Bundesländer als föderale Untergliederungen) bleiben demnach befugt, solche Anforderungen an die Bauwerke zum Einbau oder die Verwendung von Bauprodukten festzulegen, die diese in ihrem Hoheitsgebiet erfüllen müssen, sofern diese nicht von den harmonisierten Normen abweichen, was die Bewertung dieser Produkte oder die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese Produkte betrifft. 104

So ausdrücklich EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – Rs. C-475/19 P, C-688/19 P – Deutschland/Kommission, juris Rn. 70, 73; vgl. auch Kaiser, in: Gädtke/Johlen u.a., BauO NRW, 13. Aufl. 2019, § 19 Rn. 7, 23. 105

Dabei übersieht das Gericht nicht, dass zwischen bauwerksseitigen Anforderungen und produktbezogenen Anforderungen reflexhafte Zusammenhänge bestehen können. Denn die bauwerksseitige Anforderung einer mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter im eingebauten Zustand erfordert jedenfalls auch eine 106

technische oder bauliche Möglichkeit zur Umsetzung dieser Vorgabe. Der Europäische Gerichtshof hat diese reflexhafte Verbindung gesehen. Nach seiner Rechtsprechung knüpfen die harmonisierten Normen gemäß Art. 2 Nr. 4 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und 2 sowie Art. 17 Abs. 3 EU-BauPVO zwar an die wesentlichen Merkmale von „Bauprodukten“ und die Grundanforderungen an „Bauwerke“ an. Gleichwohl sollen mit der Bauprodukteverordnung nicht die Anforderungen an diese Bauwerke, sondern nur die Modalitäten für die Bewertung und die Leistungserklärung von „Bauprodukten“ harmonisiert werden. Da die in den harmonisierten Normen festgelegten Methoden und Kriterien für die Bewertung der Leistung von „Bauprodukten“ nur geeignet sein sollen, Gewissheit darüber zu schaffen, dass die Leistungen dieser Produkte die wesentlichen Merkmale erfüllen, die sich auf die Grundanforderungen an „Bauwerke“ beziehen, besteht der Zweck dieser Normen nicht darin, dass sie selbst die Einhaltung dieser Grundanforderungen sicherstellen.

EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – Rs. C-475/19 P, C-688/19 P – 107
Deutschland/Kommission, juris Rn. 74; vgl. auch EuG (Erste Kammer), Urteil vom 10. April 2019 – T-229/17 – Bundesrepublik Deutschland/Europäische Kommission –, EuZW 2019, 515 (522, Rn. 95).

In Ausfüllung dieser Grundsätze bezwecken die harmonisierten Normen nicht, die Einhaltung 108
der von den Mitgliedstaaten festgelegten Grundanforderungen zu gewährleisten. Die Mitgliedstaaten haben vielmehr in ihren nationalen Vorschriften über Bauprodukte, die die Einhaltung der Grundanforderungen sicherstellen, zur Gewährleistung des freien Verkehrs dieser Produkte die harmonisierten Normen in Bezug auf die Leistungsbewertungen dieser Produkte zu verwenden.

EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – Rs. C-475/19 P, C-688/19 P – 109
Deutschland/Kommission, juris Rn. 75.

Dass bauwerksseitige Verwendungsanforderungen allerdings, wie die Antragstellerin meint, 110
nur für diejenigen wesentlichen Merkmale gestellt werden dürfen, die bereits in der harmonisierten Norm als wesentliche Merkmale aufgelistet sind, d.h. in der Art einer bestimmten Quantität oder Qualität der erklärten Leistung, ist nicht ersichtlich. Eine derartige Einschränkung lässt sich der Verordnung nicht entnehmen. Die von der Antragstellerin angeführte Norm, Art. 6 Abs. 2 lit. e) EU-BauPVO, findet sich in der Verordnung nicht. Auch aus Art. 6 Abs. 3 lit. e) EU-BauPVO lässt sich diese Auffassung nicht ableiten. Danach hat die Leistungserklärung des Herstellers diejenigen wesentlichen Merkmale des Bauprodukts zu enthalten, die sich auf den Verwendungszweck oder die Verwendungszwecke beziehen, für den oder für die Bestimmungen dort zu berücksichtigen sind, wo der Hersteller eine Bereitstellung des Produkts auf dem Markt beabsichtigte. Damit wird zwar über den Verwendungszweck Bezug genommen auf die Grundanforderungen an das Bauwerk, vgl. Erwägungsgrund Nr. 5, Anhang I EU-BauPVO. Eine inhaltliche Vorbestimmung mitgliedstaatlichen Verwendungsanforderungen geht damit jedoch nicht einher. Der Europäische Gerichtshof hat insofern klargestellt, dass es den Mitgliedstaaten lediglich untersagt ist, ihre eigenen Verfahren und Bewertungen von Bauprodukten festzulegen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – Rs. C-475/19 P, C-688/19 P – 111
Deutschland/Kommission, juris Rn. 68, 74.

(bb) Bei Zugrundelegung der vorstehenden Grundsätze handelt es sich bei der durch den 112
beanstandeten Erlass ausgestalteten Prüfvorgabe um eine solche bauwerksseitige Anforderung (i). Die Anforderung weicht auch nicht von den harmonisierten Normen ab, was die Bewertung dieser Produkte oder die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese

Produkte betrifft (ii).

(i) Bei der in Rede stehenden Anforderung einer mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter im eingebauten Zustand handelt es sich um eine bauwerksseitige Anforderung zum Zwecke des Brandschutzes. Ob es sich dabei, wie die Antragstellerin meint, um eine unmittelbare oder jedenfalls mittelbare produktbezogene Regelung hält, etwa weil durch die Anforderung eine Hilfsvorrichtung erforderlich wäre, die die Produktgestaltung beeinflusst, ist unter dem neuen Regelungssystem der Bauprodukteverordnung unerheblich. Durch die harmonisierte Norm ist – wie aufgezeigt – nunmehr allein die *Bestimmung* der Produktleistung und nicht die Produktleistung als solche harmonisiert. 113

Unabhängig hiervon handelt es sich bei der Anforderung einer mechanischen Funktionsprüfung auch nicht um eine unmittelbar produktbezogene Regelung. Die Prüfvorgabe ist zum einen nicht produktbezogen formuliert. Sie dient der Kontrolle der Funktionsfähigkeit der Klappenblätter in eingebautem Zustand. Durch das Öffnen und Schließen der Brandschutzklappen nach deren Einbau sollen nicht produkteigene Defekte, sondern durch Transport und Einbau der Brandschutzklappen möglicherweise entstandene Gefahrpotentiale für das Bauwerk überprüft werden. Zweck der Prüfung ist demnach die Bauwerkssicherheit. 114

Es handelt sich zum anderen auch nicht um eine – trotz produktneutraler Formulierung – mittelbare bzw. faktische Produktregelung. Der Einwand der Antragstellerin, eine produktbezogene Anforderung sei deswegen gegeben, weil durch diese Prüfvorgabe ein zusätzlicher Mechanismus wie etwa ein Hebel oder eine ähnliche (Hilfs-)Vorrichtung zur Ermöglichung des Öffnens und Schließens im eingebauten Zustand gefordert werde und dadurch faktisch die Produktgestaltung beeinflusst werde, greift nicht durch. Zwar können wie bereits dargelegt bauwerksseitige Anforderungen auch Rückwirkungen auf das eingebaute Produkt aufweisen. Hieraus kann indes nicht – wie die Antragstellerin meint – geschlossen werden, dass Art. 8 Abs. 4 EU-BauPVO auch die Behinderung der Verwendung durch die Mitgliedstaaten (insoweit) verbiete, als Verwendungs-beschränkungen de facto die Marktfähigkeit harmonisierter Bauprodukte einschränken. Der aus einer reflexhaften Verknüpfung zwischen bauwerksseitiger Anforderung und Produktleistung erwachsenden Gefahr einer mittelbaren Umgehung des Behinderungsverbots wird durch das neue Regelungssystem der Bauprodukteverordnung hinreichend vorgebeugt: bauwerksseitige Verwendungsanforderungen dürfen nicht von den harmonisierten Normen abweichen, was die Bewertung dieser Produkte oder die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese Produkte betrifft. 115

Aus diesem Grund kann vorliegend auch – die zwischen den Verfahrensbeteiligten strittige Frage – offen bleiben, inwieweit auch unter der Bauprodukteverordnung ein sog. Nachregulierungsverbot besteht, wonach Mitgliedstaaten an zusätzlichen produktbezogenen Anforderungen gehindert sind, 116

vgl. hierzu die zur BauPRL ergangene Rechtsprechung: EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 – Rs. C-100/13 – Kommission/Deutschland, juris Rn. 51 ff., 63; Urteil vom 27. Oktober 2016 – Rs. C-613/14 – James Elliott/Irish Asphalt, juris Rn. 46, 117

und ob die diesbezügliche zur Bauprodukterichtlinie ergangene Rechtsprechung insoweit auf die nun unmittelbar geltende Bauprodukteverordnung übertragbar ist. 118

Vgl. dafür etwa Held/Jaguttis/Rupp, BauPVO Kommentar, 2019, Art. 8 Rn. 31 ff.; vgl. dagegen Wagner, NZBau 2021, 92 (93).

(ii) Die Prüfvorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung weicht schließlich nicht von der harmonisierten Norm ab, soweit sie die Bewertung dieser Produkte oder die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese Produkte betrifft. 120

Unstreitig zwischen den Beteiligten ist insoweit, dass fortlaufende Prüfungen während der Nutzungsphase als bauwerksseitige Anforderungen möglich sind und dass das in DIN EN 15650:2010 vorgesehene Prüfverfahren zur Prüfung der dauerhaften Funktionsfähigkeit der Brandschutzklappen diesen nicht entgegen steht. 121

Die harmonisierten Normen, welche vorliegend einschlägig sind, sehen für das Öffnen und Schließen der Klappenblätter ein Prüfverfahren vor. Die Voraussetzung einer mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter im eingebauten Zustand weicht hiervon nicht ab, sondern setzt eine diesbezüglich erklärte Leistung voraus. So muss der Öffnungs- und Schließzyklus nach Ziff. 4.3.1 a) DIN EN 15650:2010 (Betriebssicherheit) geprüft werden. Hier hat die Antragstellerin laut Leistungserklärung vom 18. Juni 2020 (XxX/X. /XX/0000/000) unter Nr. 7 die demnach mögliche Angabe „50 Zyklen“ erklärt. Zudem wird die Funktionssicherheit von Brandschutzklappen nach Ziff. 5.4 DIN EN 15650:2010 geprüft. Unstreitig stellt das Modell der Antragstellerin keine Brandschutzklappe dar, die anhand der Prüfgeräte und des Prüfverfahrens nach Anhang C zu prüfen ist. Entsprechend hat die Antragstellerin unter diesem wesentlichen Merkmal nach Ziff. 5.4.2 „NPD – no performance determined“, d.h. „keine Leistung“, erklärt, vgl. Art. 6 Abs. 3 lit f.) EU-BauPVO. Auch wenn keine Prüfung nach Ziff. 5.4.2 UAbs. 1 in Verbindung mit Anhang C wegen des Modelltyps erforderlich ist, so ist in diesem Fall für eine Dauerfunktionsprüfung nach Ziff. 5.4.2 UAbs. 2 i.V.m. 5.4.1 DIN EN 15650:2010 die Funktionsprüfung nach Ziff. 10.2 DIN EN 1366-2 durchzuführen, wonach 50 Öffnungs- und Schließzyklen vorzunehmen sind. Von diesen Vorgaben weicht die Prüfvorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung nicht ab. 122

Dies gilt auch mit Blick auf die Auswirkungen der Vorgabe einer mechanischen Funktionsprüfung nach Einbau. Diese führen nicht zu einer Abweichung von der harmonisierten Norm, was die Bewertung dieser Produkte oder die Verwendung der CE-Kennzeichnung für diese Produkte betrifft. Dem Einbauzustand kann durch technische und bauliche Planung etwa durch Hilfsvorrichtungen oder Revisionsöffnungen Rechnung getragen werden. Er stellt keine Bestimmung der Produktleistung dar. Die Frage der händischen Erreichbarkeit der eingebauten Klappen zu Prüfzwecken betrifft ebenfalls nicht die Bestimmung der Produktleistung, sondern der baulichen und technischen Planung und Ausführung des Bauwerks. Auch die etwaige Herstellung eines separaten Spezialwerkzeugs, um den Zugang zur Brandschutzklappe oder die Auslösung deren Schließfunktion zu erreichen, hat keinen Bezug zur Bestimmung der Produktleistung. 123

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin wird durch die Vorgabe eines Öffnens und Schließens im eingebauten Zustand aus diesem Grund auch kein zusätzliches, in DIN EN 15650:2010 nicht enthaltenes, wesentliches Merkmal im Sinne der „Fähigkeit zur mechanischen Prüfung im eingebauten Zustand“ geschaffen, die mangels Regelung in der harmonisierten Norm nicht erklärt und überprüft werden könnte. Denn wie ausgeführt betreffen die Besonderheiten des Zustands nach Einbau nicht die Bestimmung der Produktleistung. 124

Schließlich führt auch die Ansicht der Antragstellerin, eine Funktionsprüfung sei nur im Umfang der herstellerseitigen Leistungserklärung bzw. Angaben vorzunehmen, nicht zur 125

Beeinträchtigung des Marktbehinderungsverbots. Art. 8 Abs. 4, 2. Hs. EU-BauPVO sieht gerade eine Öffnungsklausel für mitgliedstaatliche, bauwerksseitige Anforderungen vor. Mit der EU-BauPVO wurde durch harmonisierte Spezifikationen eine gemeinsame Fachsprache entwickelt, anhand derer die Vereinbarkeit der erklärten Leistungen mit den nationalstaatlichen bauwerksseitigen Anforderungen zu überprüfen ist. Diese bräuchte es nicht, wenn sich die Verwendbarkeit allein aus den Herstellerangaben ergäbe. Aufgrund des Systemwechsels enthält die Leistungserklärung der Hersteller gerade keine Brauchbarkeitsvermutung mehr, sondern bescheinigt alleine die Durchführung eines und die Übereinstimmung mit einem Prüfverfahren. Der Vergleich der Antragstellerin mit allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassungen des Deutschen Instituts für Bautechnik (DIBt), vgl. § 21 BauO NRW, trägt dabei schon im Ansatz nicht. Denn diese stellen im Gegensatz zu einer CE-Kennzeichnung unter der EU-BauPVO nicht lediglich ein bloßes Verwaltungszeichen eines besonderen Konformitätsbewertungsverfahrens dar, sondern sie sind selbst Verwendbarkeitsnachweis i.S.d § 20 BauO NRW, d.h. eine Bestätigung, dass das Bauprodukt alle nationalen gesetzlichen Anforderungen für den beschriebenen Verwendungszweck erfüllt. Dieser Nachweis kann jedoch nur dann beantragt werden, wenn die harmonisierte Norm für mindestens ein wesentliches Leistungsmerkmal kein geeignetes Bewertungsverfahren vorsieht, vgl. § 19 Satz 2 BauO NRW. Allgemeine bauaufsichtliche Zulassungen sind damit gerade nicht mit CE-gekennzeichneten Produkten vergleichbar.

(2) Eine Beeinträchtigung von § 19 BauO NRW kommt ebenfalls nicht in Betracht. 126

§ 19 Satz 1 BauO NRW 2018 regelt die allgemeinen Anforderungen und Voraussetzungen für die Verwendung von Bauprodukten, die eine CE-Kennzeichnung tragen. Demnach darf ein Produkt, das die CE-Kennzeichnung trägt, verwendet werden, wenn die erklärten Leistungen den in diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes festgelegten Anforderungen für diese Verwendung entsprechen. Die Vorschrift verknüpft damit die erklärten Leistungen des Produkts mit den spezifischen Anforderungen, die sich aus dem bestimmten Verwendungszweck und der Bauordnung bauwerksseitig ergeben. 127

Rast, in: BeckOK BauordnungsR NRW, 9. Ed. 1.12.2019, BauO NRW 2018, § 19 Rn. 3. 128

Wesentlich für die Zulässigkeit der Verwendung im Sinne des § 19 BauO NRW ist demnach, dass die vom Hersteller erklärten Leistungen mit den in Nordrhein-Westfalen erforderlichen baurechtlichen Mindestanforderungen übereinstimmen. Nicht jedes mit einer CE-Kennzeichnung versehene Bauprodukt darf demnach zwingend in Nordrhein-Westfalen in eine bauliche Anlage integriert werden; die bauaufsichtliche Zulässigkeit der Verwendung eines CE-gekennzeichneten Bauprodukts ist von den am Bau Beteiligten in jedem Einzelfall zu überprüfen. 129

Vgl. Kaiser, in: Gädtke/Johlen u.a., BauO NRW, 13. Aufl. 2019, § 19 Rn. 23; Rast, in: BeckOK BauordnungsR NRW, 9. Ed. 1.12.2019, BauO NRW 2018, § 19 Rn. 4. 130

Solche bauwerksseitigen Anforderungen sind gemäß § 19 BauO NRW aus der Landesbauordnung sowie den hierauf erlassenen Vorschriften abzuleiten. Zu letzteren gehört auch die PrüfVO NRW. 131

Kaiser, in: Gädtke/Johlen u.a., BauO NRW, 13. Aufl. 2019, § 19 Rn. 23. 132

Die am Bau Beteiligten haben insoweit sicherzustellen, dass für ein Bauprodukt die Leistungserklärung tunlich ist, also die erklärten Leistungen ausreichen, um die Anforderungen an die Verwendung des Bauproduktes in der konkreten baulichen Anlage zu 133

erfüllen, die sich aus den Bauwerksanforderungen ergeben.

- Rast, in: BeckOK BauordnungsR NRW, 9. Ed. 1.12.2019, BauO NRW 2018, § 19 Rn. 14. 134
- Hiervon ausgehend sind die bauwerksseitigen Anforderungen der PrüfVO NRW vorliegend nicht erfüllt. Die Antragstellerin hat für die Bestimmung der Schließfunktion im Sinne der Ziff. 5.4 DIN EN 15650:2010 keine Leistung erklärt. In ihrer Leistungserklärung Nr. XxX/X./XX/0000/000 bei dem wesentlichen Merkmal „Dauerhaftigkeit der Betriebssicherheit: Prüfung des Öffnungs- und Schließzyklus (EN 15650:2010 Abs. 5.4.2)“ hat sie „NPD“, d.h. keine Leistung erklärt, angegeben. Die Angabe „NPD“ ist zwar gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. f) EU-BauPVO zulässig. Mit dieser erklärten Leistung kann jedoch auf Verwenderseite die Schließfunktion als Bestandteil der bauwerksseitigen Anforderung nicht nachgewiesen werden. Reichen damit die erklärten Leistungen nicht aus, um die Anforderungen an die Verwendung des Bauproduktes in der konkreten baulichen Anlage zu erfüllen, die sich aus den Bauwerksanforderungen ergeben, scheidet eine Beeinträchtigung von § 19 BauO NRW aus. 135
- Lediglich ergänzend sei angemerkt, dass es der Antragstellerin unbenommen bleibt, für den Fall, dass sie die harmonisierte Norm, wenn sie diese selbst etwa aufgrund der seitlichen Anordnung der Bestandteile des Modells X. für dieses Merkmal des Produktes nicht geeignet hält oder sie der Auffassung ist, dass die X. nicht vollständig nach der harmonisierten Norm bewertet werden kann, eine Europäische Technische Bewertung (ETB) nach Art. 19 Abs. 1 EU-BauPVO bei einer Technischen Bewertungsstelle – in Deutschland das DIBt – zu beantragen, um hierdurch zusätzliche wesentliche Merkmale in die CE-Kennzeichnung aufzunehmen, für die die Norm kein geeignetes Prüfverfahren vorsieht. Sofern sie nicht die EU-weite Vermarktung anstrebt, kann in diesem Fall national bei dem DIBt eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung als Verwendbarkeitsnachweis, d.h. als Bestätigung, dass das Bauprodukt alle nationalen gesetzlichen Anforderungen für den beschriebenen Verwendungszweck erfüllt, beantragt werden. 136
- (3) Allerdings ist die Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, beeinträchtigt, denn die im Runderlass enthaltene Anforderung einer mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter greift mittelbar-faktisch in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin ein. Denn sie stellt eine Anforderung an die berufliche Betätigung der Hersteller der Brandschutzklappen auf, die Produktplanung und den Vertrieb derart zu verändern, dass eine solche Funktionsprüfung durchgeführt werden kann, um die Marktfähigkeit des Brandschutzklappenmodells zu erhalten. In dem Anpassungsdruck ihrer gewerblichen Tätigkeit etwa durch Entwicklung von Hilfsvorrichtungen oder Spezialwerkzeug liegt ein mittelbar-faktischer Eingriff, da die Antragstellerin vorhersehbar und typischerweise nennenswert in ihrer beruflichen Betätigung am Markt betroffen wird und insoweit eine berufsregelnde Tendenz vorliegt. Insofern wird auf die Ausführungen zur Antragsbefugnis (s.o. 1.) Bezug genommen mit der Maßgabe, dass diese auch unter dem in der Begründetheit anzulegenden Prüfungsmaßstab fortgelten. 137
- cc) Der durch den Runderlass bewirkte Zustand – die von der Antragstellerin insoweit behauptete faktische Unverkäuflichkeit des Brandschutzklappenmodells – ist indes nicht rechtswidrig. Die Antragstellerin ist jedenfalls aus höherrangigem Recht zu seiner Duldung verpflichtet. 138
- Vgl. zur Duldungspflicht etwa BVerwG, Beschluss vom 22. September 1992 – 7 B 11.92 –, juris; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 17. Oktober 2018 – 5 S 1276/16 –, juris Rn. 81. 139

(1) Ob eine Duldungspflicht bereits kraft Gesetzes – namentlich aufgrund der Prüfgrundsätze als Anhang zur PrüfVO – besteht, erscheint fraglich. Die von dem Antragsgegner im Runderlass vorgenommene Auslegung, wonach Abschnitt 5.1.5 der Prüfgrundsätze das Erfordernis einer mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen enthält und sich folglich nicht in den drei explizit genannten Prüfungen (äußere Prüfung, innere Sichtprüfung und Kontrolle der Verwendbarkeitsnachweise) erschöpft, begegnet jedenfalls Bedenken. Dabei ist anzumerken, dass norminterpretierende Verwaltungsvorschriften wie der vorliegende Runderlass die Gerichte nicht binden. Sie sind grundsätzlich Gegenstand und nicht Maßstab gerichtlicher Kontrolle.

BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 1969 – VIII C 104.69 –, juris Rn. 14; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 382. 141

Der Wortlaut von Abschnitt 5.1.5 der Prüfgrundsätze sieht eine mechanische Funktionsprüfung nicht ausdrücklich vor. Zwar kann eine Prüfung der „Funktion an allen Absperrvorrichtungen“ auch eine mechanische Funktionsprüfung in Form des Öffnens und Schließens der Klappenblätter mit einschließen. Zwingend ist ein solches Verständnis jedoch nicht. Auch die Regelungssystematik lässt keinen eindeutigen Rückschluss zu. Während die Prüfgrundsätze an anderer Stelle durchaus Funktionsprüfungen abstrakt bzw. als aliud zur Sichtprüfung – und nicht als deren Oberbegriff – darstellen (vgl. etwa Abschnitt 5.1.3, 5.1.8, 5.3.2, 5.3.8, 5.4.2), deuten die in Abschnitt 5.1.5 aufgeführten drei so genannten „Bullet Points“ eher darauf hin, dass die Funktionsprüfung mit Durchführung der aufgezählten Prüfungen (äußere Prüfung, innere Sichtprüfung und Kontrolle der Verwendbarkeitsnachweise) abgeschlossen sein solle. Die Regelungstechnik der Prüfgrundsätze ist jedoch auch mit Blick auf „Bullet Points“ nicht einheitlich. Auch kann entgegen der Ansicht des Antragsgegners aus der Reduzierung der wiederkehrenden Prüfung auf ein Drittel der Klappen nicht der im Runderlass vertretene Umkehrschluss gezogen werden. Die Reduzierung ist allein in quantitativer Hinsicht zu verstehen, nicht jedoch in qualitativer Hinsicht bezüglich des inhaltlichen Prüfprogramms der „Funktion an allen Absperrvorrichtungen“. Soweit der Antragsgegner schließlich aus dem letzten Satz von Abschnitt 5.1.5 folgert, dass der Wortlaut der Prüfgrundsätze eindeutig zwischen der Funktionsprüfung und der Sichtprüfung unterscheidet, ist dem die Antragstellerin unter Hinweis darauf, dass der letzte Satz von Abschnitt 5.1.5 auf Sichtprüfungen von Lüftungsleitungen nach Abschnitt 5.1.4 und nicht von Absperrvorrichtungen Bezug nimmt, nachvollziehbar entgegen getreten. 142

(2) Das Bestehen einer allgemein anerkannte Regel der Technik im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW, derzufolge eine Funktionsprüfung stets das mechanische Funktionieren durch Öffnen und Schließen erfordert, lässt sich ebenfalls nicht feststellen: Während das vom Antragsgegner vorgelegte Gutachten des TÜV-Verbandes e.V. C1 vom 21. Dezember 2021 (BA 10, VV S. 385) eine Funktionsprüfung bei Brandschutzklappen durch das mechanische Öffnen und Schließen als allgemein anerkannte Regel der Technik darstellt, widersprechen dem die von der Antragstellerin eingereichten Stellungnahmen des Prof. Dr. I. , J. -Gesellschaft für Technische Ausrüstung vom 15. Januar 2022 (Anlage 44, GA Bl. 610 f.), des Dr. C. , Forschungslabor für Haustechnik, Technische Universität N. vom 17. Januar 2022 (Anlage 45, GA Bl. 612 ff.) sowie des Prüfsachverständigen O. vom 14. Januar 2022 (Anlage 47, GA Bl. 621), wonach ein mechanisches Öffnen und Schließen allein aufgrund Herstellerangaben vorgesehen und den früheren Zulassungen bzw. Verwendbarkeitsnachweisen des DIBt zu entnehmen war. Nach den beiden letzteren Stellungnahmen stelle eine mechanische Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen ausdrücklich keine (anerkannte) Regel der Technik dar (Anlage 45, S. 5, GA Bl. 616, Anlage 143

47, GA Bl. 621).

(3) Letztlich können die vorstehend aufgeworfenen Fragen auf sich beruhen. Denn eine Duldungspflicht besteht vorliegend aufgrund höherrangigen Rechts. 144

Eingriffe in die hier betroffene Berufsausübungsfreiheit müssen nach der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls dienen und zur Erreichung der angestrebten Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen sein. 145

Vgl. statt vieler Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 12 Rn. 335. 146

Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin hat im Wege der praktischen Konkordanz hinter der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG), dem Schutz von Leben und Gesundheit, zurückzutreten. 147

Die mechanische Funktionsprüfung dient dem Brandschutz, einem besonders wichtigem Gemeinschaftsgut. In der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass hinter den allgemeinen Sicherheitsanforderungen an bauliche Anlagen in § 3 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW die Vermeidung von Schäden an Leib und Leben einer unbestimmten Vielzahl von Menschen steht, die jederzeit eintreten können. Zum Schutz dieser hochrangigen Rechtsgüter von Verfassungsrang kann die Bauaufsichtsbehörde im Interesse der Brandvorsorge gefahrenabwehrend tätig werden, sobald eine gewisse Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass eine Gefahr eintreten könnte, falls bestimmte Brandschutzmaßnahmen nicht ergriffen werden. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass mit der Entstehung eines Brands praktisch jederzeit gerechnet werden muss. Ein fehlendes Brandereignis stellt nicht aus sich heraus einen Dauerzustand dar. In diesem Zusammenhang darf die Bauaufsichtsbehörde zur Abwehr schwerwiegender Brandgefahren besondere Anforderungen stellen, die ohne Eingehung von Kompromissen in jeder Hinsicht „auf der sicheren Seite“ liegen. Dies gilt gemäß §§ 3 Abs. 1, 14, 18 Abs. 1 und § 50 BauO NRW gerade für Sonderbauten. 148

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 4. Juli 2014 – 2 B 666/14 –, juris Rn. 18. 149

Durch die Erstprüfung nach Einbau und wiederkehrende Prüfungen in regelmäßigen Zeitabschnitten, vgl. § 2 PrüfVO NRW, soll die Bauwerkssicherheit von Sonderbauten sichergestellt werden, die aufgrund ihrer außergewöhnlichen Größe, ihrer besonderen (gefahrträchtigen) Nutzung oder ihrem besonders schutzwürdigen Nutzerkreis gerade einem speziellen Gefahrpotential ausgesetzt sind und insoweit besonderen Anforderungen unterliegen. 150

Vgl. Henke, BeckOK BauordnungsR NRW, 9. Ed. 1.10.2021, BauO NRW 2018 § 50 Rn. 1. 151

Der Antragsgegner hat in diesem Zusammenhang plausibel dargelegt, dass Fehlfunktionen der Brandschutzklappen auch auf baumechanischen und bauphysikalischen Verformungen und Verspannungen gerade aufgrund des Einbaus bzw. nach dem Einbau beruhen können. So zeigt das vom Antragsgegner eingereichte TÜV-Gutachten die konkreten Möglichkeiten einbaubedingter Schäden an Brandschutzklappen eingehend auf (BA 10, VV S. 386). Die Antragstellerin hat diesen Vortrag in der Sache nicht widerlegt. Insbesondere zeigen die von ihr eingereichten Stellungnahmen nicht auf, dass bei dem Klappenmodell X. einbaubedingte Schäden durch baumechanische und bauphysikalische Verformungen bzw. Verspannungen ausgeschlossen wären. Die „Brandschutztechnische Beurteilung Nr. XX-XXX-000-0000_X0 über die Anforderungen zur Instandhaltung der H. Brandschutzklappe X.“ von Dr. C. 152

und Dr. G. vom Forschungslabor für Haustechnik der Technischen Universität N. vom 12. April 2019 (Anlage 1, GA Bl. 50 ff.) nimmt insoweit lediglich verschmutzungsbedingte Fehlfunktionen in den Blick (Nr. 3.1 der Beurteilung, GA Bl. 57). Die Bewertung zum mechanischen Verschleiß, wonach die X. bei bestimmungsgemäßem Gebrauch keiner mechanischen Beanspruchung unterliege, die eine Abnahme des Abnutzungsvorgangs erzeuge (Nr. 4.1 und 4.2 der Beurteilung, GA Bl. 62), ist lediglich auf den Produktverschleiß bezogen. Zu baumechanisch oder bauphysikalisch bedingten Fehlfunktionen nach Einbau verhält sich die Beurteilung hingegen nicht. Auch die „Brandschutztechnische Beurteilung Nr. XX-XXX-000-0000 über Funktion (Dauerhaftigkeit) unterschiedlich vorbehandelter Brandschutzklappen Typ X. Fabrikat H1. “ von Dr. C. und Herrn V. vom 27. Oktober 2021 (Anlage 18, GA Bl. 230 ff.) enthält zu baumechanischen bzw. -physikalischen Verformungen bzw. Verspannungen nach Einbau keinerlei Aussage. Das von der Antragstellerin ferner eingereichte Gutachten von O. (Anlage 47, GA Bl. 618) beschränkt sich auf Ausführungen zu normativen Vorgaben, die eine mechanische Funktionsprüfung nicht vorsähen. Die Notwendigkeit der mechanischen Funktionsprüfung unter Sicherheitsaspekten (vgl. § 3 BauO NRW) wird darin nicht thematisiert. Im Übrigen fehlt jegliche Erläuterung, wie O. zu seiner Schlussfolgerung der Betriebssicherheit nach Einbau gelangt.

Dass die mechanische Funktionsprüfung geeignet ist, dem Brandschutz zu dienen, liegt auf der Hand. Die Kontrolle der tatsächlichen Funktionsfähigkeit im eingebauten Zustand dient dem effektiven Brandschutz und der Betriebssicherheit gerade vor dem Hintergrund einbaubedingter Gefahrpotentiale. 153

An der Erforderlichkeit von mechanischen Funktionsprüfungen durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter im eingebauten Zustand bestehen nach der im Eilrechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung keine Bedenken. Denn die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass mildere Mittel den vorstehend dargelegten Sicherheitsaspekten ebenso effektiv Rechnung tragen können. 154

Insbesondere können beanstandungsfrei gebliebene Produkttests der Brandschutzklappen, welche vor dem Einbau erfolgt sind, eine mechanische Funktionsprüfung nach Einbau nicht ersetzen. Nach dem TÜV-Gutachten vom 21. Dezember 2021 stellt die bloße innere Sichtprüfung unter Sicherheitsgesichtspunkten kein Äquivalent zur Abwehr einbaubedingter Gefahren dar. Das Gutachten führt hierzu nachvollziehbar aus, dass aufgrund einer Sichtprüfung allein nicht festgestellt werden könne, ob bzw. welche Brandschutzklappen verformt oder verspannt seien und demnach bei Auslösung nicht ordnungsgemäß schließen würden (BA 10, VV S. 386). Die dem Gutachten anliegenden Fotos 11 und 12 zeigen exemplarisch auch die Brandschutzklappe X. der Antragstellerin. Zwar ist auf den Fotos ein Schmelzlot nicht mehr vorhanden, was auch bei einer bloßen inneren Sichtprüfung ohne Weiteres erkennbar wäre. Dies lässt jedoch allenfalls den Schluss zu, dass das Auftreten einer verspannungs- oder verformungsbedingten mechanischen Fehlfunktion nicht vom Vorhandensein der Auslöseeinrichtung abhängt. Die Sichtprüfung als taugliche Alternative lässt sich hieraus entgegen der Auffassung der Antragstellerin gerade nicht ableiten. Aus diesem Grund muss diese Fehlfunktion bei allen Brandschutzklappen – auch bei solchen mit noch vorhandenem Schmelzlot – in Erwägung gezogen werden. Dass eine mechanische Fehlfunktion aufgrund von Verspannungen und Verformungen nicht stets durch Inaugenscheinnahme erkennbar ist, ist in dem TÜV-Gutachten (BA 10, VV S. 386) ebenfalls plausibel dargelegt. 155

Der Vortrag der Antragstellerin gebietet keine andere Bewertung. Schriftsätzlich hat sie unter dem 8. Dezember 2021 (S. 16 und 42), 20. Januar 2022 (S. 6) und 3. Februar 2022 (S. 4) lediglich vorgetragen, dass eine Sichtprüfung optisch erkennbare Mängel wie fehlende Schmelzloten, geschlossene Klappen trotz vorhandenem Schmelzlot, Korrosion der Auslöseeinrichtung und Verschmutzung aufdecke, nicht aber einbaubedingte mechanische Verspannungen bzw. Verformungen. Auch das von ihr als Anlage 48 eingereichte Protokoll einer Kamerabefahrung eines Bauvorhabens vom 29. November 2021 (GA Bl. 629) konnte nur darlegen, dass sichtbare Mängel erkannt und behoben werden können, nicht jedoch, dass dies auch für einbaubedingte, bei einer Sichtprüfung nicht erkennbare mechanische Fehlfunktionen gilt. Dass etwaige mechanische Fehlfunktionen auch bei dem Modell X. allein auf einen unsachgemäßen Einbau zurückzuführen sein können, räumt die Antragstellerin in der Antragschrift vom 8. Dezember 2021 (S. 16) schließlich auch selbst ein.

Eine mechanische Funktionsprüfung belastet die Antragstellerin auch nicht unangemessen. Sie hat insbesondere weder eine objektive noch eine subjektive Unmöglichkeit glaubhaft gemacht. Selbst bei Wahrunterstellung ihrer Behauptung, dass die Anbringung eines Hebels, der ein manuelles Öffnen und Schließen ermöglichen würde, konstruktionsbedingt nicht möglich sei, da hierfür eine Welle statt der Doppeltorsionsfeder erforderlich sei (Antragschrift vom 8. Dezember 2021, S. 7), ist damit noch nicht dargelegt, dass die Durchführung einer mechanischen Funktionsprüfung durch Öffnen und Schließen der Klappenblätter im eingebauten Zustand objektiv unmöglich ist. Insoweit bleibt der Vortrag der Antragstellerin unsubstantiiert, zumal ausweislich der unter DIN EN 15650:2010-09 erklärten Leistung (s.o.) ein wiederholtes Öffnen und Schließen der Klappenblätter mechanisch (vor dem Einbau) durchaus möglich, das Modell X. also nicht nur zum einmaligen Auslösen konzipiert ist. Dass der Einbauzustand an der technischen Schließmöglichkeit etwas ändert, hat die Antragstellerin nicht dargelegt und dürfte mit Blick auf den Zweck von Brandschutzklappen – ein Schließen im Brandfall – auch fernliegen. Die von der Antragstellerin eingereichte Stellungnahme zu Revisionsöffnungen von Dr. C. vom Forschungslabor für Haustechnik (Anlage 5, GA Bl. 132) spricht ebenfalls dafür, dass eine mechanische Funktionsprüfung grundsätzlich möglich, nach dem Klappeneinbau lediglich unpraktikabel ist, da der Lüftungskanal abmontiert werden müsste. Eine subjektive Unmöglichkeit folgt hieraus nicht, zumal im vorliegenden Verfahren nicht glaubhaft gemacht ist, dass der durch entsprechende Nachrüstung bedingte Aufwand technisch oder wirtschaftlich unzumutbar sein könnte. 157

Die Prüfvorgabe ist auch nicht etwa deshalb unangemessen, weil die Prüfgrundsätze des Antragsgegners bundesweite Bedeutung entfalten würden. Ein zurechenbarer Eingriff durch den Antragsgegner in Form des Runderlasses beschränkt sich auf dessen Kompetenz- und Hoheitsbereich. Eine Zurechnung der einschlägigen rechtlichen Gegebenheiten außerhalb Nordrhein-Westfalens ist vorliegend ausgeschlossen. Daran ändert auch die Tätigkeit des Amtswalters des Antragsgegners als Obmann des Arbeitskreises Technische Gebäudeausrüstung nichts. Hierbei handelt es sich um ein Gremium der obersten Bauaufsichtsbehörden der Länder, dessen Aufgabe darin liegt, technische Fragestellungen mit Relevanz für bauaufsichtsbehördliches Verwaltungshandeln länderübergreifend zu beraten. Die Beratungen haben jedoch keine rechtlich bindende Wirkung. Ob sich einzelne Bundesländer der Auffassung des AK TGA anschließen, indem sie etwa inhaltsgleiche Prüfvorgaben erlassen, liegt ausschließlich in deren Kompetenz. 158

Ferner liegt auch keine unzulässige Rückwirkung mit Blick auf die wiederkehrenden Prüfungen bereits eingebauter Klappen vor. Es handelt sich bereits nicht um eine rückwirkende Regelung, da der Runderlass allein eine Auslegung der Vorschrift und somit 159

einen bereits im Normtext angelegten Norminhalt enthält. Ungeachtet dessen handelte es sich – einen Rückwirkungstatbestand unterstellt – lediglich um eine – zulässige – unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung, da der Sachverhalt aufgrund der wiederkehrenden Prüfungen schon nicht abgeschlossen in der Vergangenheit liegen kann. Die unechte Rückwirkung wird am Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gemessen. Sie ist in der Regel zulässig. Eine Ausnahme derart, dass das Gesetz einen Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht zu rechnen brauchte, den er also auch bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte und das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdiger ist als die mit dem Gesetz verfolgten Anliegen, liegt hier nicht vor. Zudem ist das Vertrauen auf den Fortbestand gesetzlicher Vorschriften regelmäßig – so auch hier – nicht geschützt.

Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2020 – 1 BvR 1679/17 –, juris Rn. 128 ff.; BVerwG, Urteil vom 14. April 2021 – 3 C 4.19 –, juris Rn. 33. 160

Eine Unangemessenheit des Runderlasses scheidet schließlich auch unter Berücksichtigung der Grundsätze über die Zulässigkeit und Grenzen geschäftsschädigender Behauptungen und Wertungen staatlicher Organe gegenüber Unternehmen aus. Insoweit ist in der Rechtsprechung geklärt, dass amtliche Äußerungen sich an den allgemeinen Grundsätzen für rechtsstaatliches Verhalten in der Ausprägung des Willkürverbots und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu orientieren haben. Aus dem Willkürverbot ist abzuleiten, dass Werturteile nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen dürfen, d.h. bei verständiger Beurteilung auf einem im Wesentlichen zutreffenden oder zumindest sachgerecht und vertretbar gewürdigten Tatsachenkern beruhen müssen, und zudem den sachlich gebotenen Rahmen nicht überschreiten dürfen (Sachlichkeitsgebot). Ferner sind Äußerungen nur im Rahmen des zugewiesenen Aufgabenbereichs zulässig. Diese Grundsätze gelten auch für Äußerungen gegenüber einer anderen Stelle der öffentlichen Verwaltung. 161

Vgl. statt vieler BVerwG, Urteil vom 13. September 2017 – 10 C 6.16 –, juris Rn. 27. 162

Die im Runderlass geäußerte Rechtsauffassung fällt in den zugewiesenen Aufgabenbereich des MHKBG als oberste Bauaufsichtsbehörde. Inwieweit die Äußerung hier den Anforderungen des Sachlichkeitsgebots widersprechen könnte, ist – losgelöst von deren inhaltlicher Richtigkeit – schon im Ansatz nicht ersichtlich. 163

Das Fehlen einer ausdrücklichen bzw. lediglich im Erlasswege auslegungsfähigen Rechtsgrundlage für das Erfordernis der mechanischen Funktionsprüfung steht dem nicht entgegen. Aus den vorstehend im Einzelnen dargelegten Sicherheitsaspekten ist die Fortgeltung der norminterpretierenden Verwaltungsvorschrift jedenfalls übergangsweise bis zu einer Neufassung der Prüfgrundsätze als Anhang der PrüfVO NRW hinzunehmen, da anderenfalls ein Zustand drohte, der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der unter Geltung des Erlasses gegebene Zustand. 164

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Oktober 1981 – 1 BvR 640/80 –, juris Rn. 70; BVerwG, Urteil vom 14. Juli 1978 – VII C 11.76 –, juris Rn. 18. 165

Ob und zu welchem Zeitpunkt der Antragsgegner eine entsprechende Neufassung der Prüfgrundsätze in den Blick nimmt, obliegt seiner eigenen Verantwortung. 166

b) Darüber hinaus hat die Antragstellerin auch keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. 167

Dies setzt voraus, dass es dem Antragsteller unter Berücksichtigung seiner Interessen, aber auch der öffentlichen Interessen, nicht zumutbar ist, die Hauptsacheentscheidung 168

abzuwarten. Führt die begehrte Anordnung – wie hier – zu einer Vorwegnahme der Hauptsache, ist für den Anordnungsgrund das Drohen eines irreparablen Rechtsverlusts erforderlich.

Schenke, in Kopp/Schenke, VwGO, 27. Auflage 2021, § 123 Rn. 26. 169

Die Antragstellerin muss also gerade glaubhaft machen, dass ihr ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. 170

stRspr, vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 8. September 2017 – 1 WDS-VR 4.17 –, juris Rn. 15; OVG NRW, Beschluss vom 8. September 2020 – 6 B 568/20 –, juris Rn. 5. 171

Gemessen hieran vermag weder die behauptete Existenzbedrohung durch einen etwaigen Ausbau der Klappen im Wege des zivilrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts noch der behauptete Reputationsverlust einen Anordnungsgrund begründen. 172

Eine irreversible Existenzbedrohung, die durch eine Entscheidung in der Hauptsache nicht wieder beseitigt werden könnte, hat die Antragstellerin nicht dargelegt. Nach ihrem Vortrag entfallen auf den Geltungsbereich des Runderlasses in Nordrhein-Westfalen lediglich rund 10 % der Verkäufe der Brandschutzklappen. Dass hieraus eine existenzbedrohende Schadenssumme erwüchse, ist selbst bei unterstellten Mängelgewährleistungsrechten Dritter als unmittelbare Folge des Runderlasses nicht greifbar. 173

Die Antragstellerin hat zudem nicht dargelegt, dass ein Widerruf im Eilrechtsschutz zwingend erforderlich wäre, um einen Reputationsverlust abzuwenden. Ein Widerruf nach Durchführung eines Hauptsacheverfahrens kann, auch zu einem späteren Zeitpunkt, einen etwaigen Imageschaden beheben. Der bloß vorläufige Widerruf ist vielmehr objektiv schon nicht geeignet, einen etwaigen Vertrauensverlust in die Marktfähigkeit des Modells X. zu beheben. Eine Entscheidung von Planern dergestalt, die Brandschutzklappen der Antragstellerin nicht mehr für Bauvorhaben einzuplanen bzw. auszuschreiben, unterliegt darüber hinaus dem allgemeinen Geschäftsrisiko. Die Antragstellerin räumt diesbezüglich selbst ein, dass es sich bei diesem Szenario lediglich um eine Befürchtung handele. 174

II. Der als Sicherungsanordnung i.S.d. § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO gemäß §§ 123 Abs. 5, 80, 80 a VwGO statthafte und auch im Übrigen zulässige Antrag zu 2. ist unbegründet. Die Antragstellerin hat weder einen Anordnungsanspruch noch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920, 294 ZPO. 175

Rechtsgrundlage des von der Antragstellerin geltend gemachten Anspruchs ist der gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, welcher entweder aus einer analogen Anwendung des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, 176

vgl. etwa VGH Bad.-Württ., Urteil vom 17. Mai 1979 – X 639/78 –, juris Rn. 27, 177

oder unmittelbar aus der Abwehrfunktion der Grundrechte folgt. 178

Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Mai 2008 – 6 C 13.07 –, juris Rn. 13. 179

Der öffentlich-rechtliche Anspruch auf zukünftige Unterlassung einer getätigten Äußerung setzt ungeachtet seiner Herleitung voraus, dass ein rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen oder sonstige subjektive Rechte des Betroffenen 180

erfolgt ist und die konkrete Gefahr der Wiederholung droht.

- Vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. November 2010 – 7 B 54.10 –, juris Rn. 14. 181
- Diese Voraussetzungen hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt das Gericht auf die vorstehenden Ausführungen unter I. Bezug. 182
- III. Der für den Fall der Erfolglosigkeit der Anträge zu 1.) und 2.) gestellte Hilfsantrag ist bereits unzulässig, weil es an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis fehlt. 183
- Gemäß § 43 Abs. 1 VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Ein Feststellungsbegehren kann grundsätzlich auch Gegenstand eines Antrags nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sein. 184
- Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 15. Mai 2018 – 1 B 263/18 –, juris Rn. 18. 185
- Der Begriff des Rechtsverhältnisses ist weit. Nach gängiger Definition versteht man darunter die sich aus einem konkreten Sachverhalt ergebende öffentlich-rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache, wobei entscheidend für eine zu einem Rechtsverhältnis verdichtete rechtliche Beziehung ist, dass die Anwendung einer bestimmten Norm des öffentlichen Rechts auf einen bereits übersehbaren, d.h. zeitlich, gegenständlich und persönlich konkretisierten, Sachverhalt streitig ist. Abzugrenzen ist das Rechtsverhältnis von einer abstrakten Rechtsfrage. 186
- Vgl. statt vieler BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1996 – 8 C 19.94 –, juris Rn. 10 m.w.N.; Urteil vom 20. November 2014 – 3 C 26/13 –, juris Rn. 12, 21; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 5 ff.; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 43 Rn. 12, ; Möstl, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 60. Edition 01.10.2021, § 43 Rn. 1 ff. 187
- Der wörtlich gestellte Antrag ist unstatthaft, da die rechtliche Qualifikation eines Vorgangs, hier die Qualifikation der Auslegung als rechtswidrig, eine abstrakte Rechtsfrage und kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis darstellt. 188
- Vgl. Bay. VGH, Urteil vom 9. April 2003 – 24 B 02.646 –, juris Rn. 22; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 35; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 43 Rn. 16; Möstl, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 60. Edition 01.10.2021, § 43 Rn. 4. 189
- Auch eine Auslegung des Antrags dahingehend, dass Abschnitt 5.1.5 der Prüfgrundsätze der PrüfVO NRW eine mechanische Funktionsprüfung nicht erfordere, führt nicht zu dessen Statthaftigkeit, da auch insoweit ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis nicht greifbar ist. 190
- Zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner selbst besteht kein Rechtsverhältnis. Der geltend gemachte etwaige Imageschaden oder etwaige Umsatzeinbußen sind rein wirtschaftlicher Natur und begründen allein kein Rechtsverhältnis. 191
- Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 28. April 2021 – 11 K 1740/18.F -, juris Rn. 62. 192
- Zwar ist nicht erforderlich, dass die die Feststellung begehrende Antragstellerin an dem streitigen Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligt ist. Das feststellungsfähige Rechtsverhältnis kann, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen, auch zwischen einem Beteiligten des Rechtsstreits und einem Dritten bestehen. 193

Vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Juni 1997 – 8 C 23.96 –, juris Rn. 17; OVG NRW, Urteil vom 21. Februar 2022 – 9 A 361/18 –, juris Rn. 35; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 37; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 43 Rn. 22; Möstl, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 60. Edition 01.10.2021, § 43 Rn. 9. 194

Allerdings besteht auch insoweit kein hinreichend konkretes Drittrechtsverhältnis. Soweit die Antragstellerin sich auf die in § 8 Abs. 1 Nr. 9 PrüfVO NRW normierte Beachtungspflicht der Prüfsachverständigen bezüglich Art und Umfang der erforderlichen Prüfungen nach den Prüfgrundsätzen gegenüber dem Antragsgegner sowie auf die Pflichten der Bauherren gegenüber dem Antragsgegner auf Mitteilung und Nachweis der durchgeführten Prüfung nach Art und Umfang der Prüfgrundsätze (vgl. § 2 Abs. 1, 2 PrüfVO) beruft, handelt es sich lediglich um eine abstrakte Rechtsfrage. Denn diese Rechtsbeziehungen haben sich weder in zeitlicher noch in örtlicher Hinsicht noch hinsichtlich der jeweils Beteiligten verdichtet. Von einem konkreten Rechtsverhältnis kann daher keine Rede sein. 195

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. 196

Die Entscheidung über den Streitwert folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG. Im Hinblick auf den vorläufigen Charakter des Eilrechtsschutzes hält das Gericht die Hälfte des in der Hauptsache voraussichtlich anzusetzenden Werts für angemessen. Nach der Bedeutung der Sache für die Antragstellerin und dem von ihr angegebenen Wert war der Streitwert auf 50.000,00 Euro festzusetzen. 197

Rechtsmittelbelehrung: 198

(1) Gegen die Entscheidung über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz kann innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe bei dem Verwaltungsgericht Düsseldorf (Bastionstraße 39, 40213 Düsseldorf oder Postfach 20 08 60, 40105 Düsseldorf) schriftlich Beschwerde eingelegt werden, über die das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster entscheidet. 199

Auf die ab dem 1. Januar 2022 unter anderem für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts geltende Pflicht zur Übermittlung als elektronisches Dokument nach Maßgabe der §§ 55a, 55d Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV –) wird hingewiesen. 200

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster oder Postfach 6309, 48033 Münster) eingeht. 201

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster oder Postfach 6309, 48033 Münster) schriftlich einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe. 202

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift sind durch einen Prozessbevollmächtigten einzureichen. Im Beschwerdeverfahren müssen sich die Beteiligten 203

durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die das Verfahren eingeleitet wird. Die Beteiligten können sich durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Auf die zusätzlichen Vertretungsmöglichkeiten für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse wird hingewiesen (vgl. § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und § 5 Nr. 6 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz – RDGEG –). Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen unter den dort genannten Voraussetzungen als Bevollmächtigte zugelassen.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift sollen möglichst einfach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung als elektronisches Dokument bedarf es keiner Abschriften. 204

(2) Gegen den Streitwertbeschluss kann schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei dem Verwaltungsgericht Düsseldorf (Bastionstraße 39, 40213 Düsseldorf oder Postfach 20 08 60, 40105 Düsseldorf) Beschwerde eingelegt werden, über die das Obergericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster entscheidet, falls ihr nicht abgeholfen wird. § 129a der Zivilprozessordnung gilt entsprechend. 205

Auf die ab dem 1. Januar 2022 unter anderem für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts geltende Pflicht zur Übermittlung als elektronisches Dokument nach Maßgabe der §§ 55a, 55d Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV –) wird hingewiesen. 206

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie innerhalb von sechs Monaten eingelegt wird, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat; ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. 207

Die Beschwerde ist nicht gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,-- Euro nicht übersteigt. 208

Die Beschwerdeschrift soll möglichst einfach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung als elektronisches Dokument bedarf es keiner Abschriften. 209

War der Beschwerdeführer ohne sein Verschulden verhindert, die Frist einzuhalten, ist ihm auf Antrag von dem Gericht, das über die Beschwerde zu entscheiden hat, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn er die Beschwerde binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses einlegt und die Tatsachen, welche die Wiedereinsetzung begründen, glaubhaft macht. Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Frist angerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden. 210
