

Zur Zwangshaft gegen (deutsche) Amtsträger, insbesondere zu der Entscheidung des EuGH C-752/18, Deutsche Umwelthilfe e. V. gegen Freistaat Bayern

Franziska Lind und Anne Sophie Priebe*

Inhalt	
A. Einleitung	431
B. Die Vorgeschichte	432
C. Die Zwangshaft gegen Amtsträger im deutschen Recht	433
I. Die Sperrwirkung des § 172 VwGO: Zwangsgeld als einzig mögliches Zwangsmittel?	434
1. Die direkte Anwendbarkeit von § 172 VwGO im vorliegenden Fall	434
2. Zur Möglichkeit oder gar Gebotenheit einer analogen Anwendbarkeit des § 172 VwGO	436
3. Das Erfordernis des effektiven Rechtsschutzes	437
4. Weg zu § 888 ZPO jedenfalls eröffnet	439
II. Das Problem des konkreten Zwangsmittels der Zwangshaft	439
1. Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Staates und drohender Imageschaden	439
2. Vereinbarkeit mit der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person	440
3. Zwangshaft nach nationalem Recht nicht möglich	444
C. Unionsrechtliche Beurteilung der Zwangshaft gegen Amtsträger	445
I. Notwendigkeit wirksamer Vollstreckung nach dem Unionsrecht	445
II. Bisherige Entscheidungen des EuGH zur Luftqualitätsrichtlinie und ihrer Umsetzung	447
III. Ermöglichung der Zwangshaft gegen Amtsträger über den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts?	448
IV. Art. 6 GrCh als absolute Grenze des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts	449
V. Verhängung von Zwangshaft gegen Amtsträger als Verstoß gegen Art. 6 GRCh?	450
1. Vorhersehbarkeit der Anwendung	451
2. Verhältnismäßigkeit	452
a) Höheres Zwangsgeld an anderen Adressaten	453

* Die Autorinnen sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen am Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität des Saarlandes, Deutschland. Der Lehrstuhlinhaberin Frau Prof. Dr. Guckelberger danken die Autorinnen für wertvolle Anmerkungen.

b) Rückgriff auf die einzelnen Amtswalter hinsichtlich des Zwangsgeldes	455
c) Zwangshaft gegen Amtsträger im konkreten Fall unverhältnismäßig	456
3. Unionsrecht steht Zwangshaft gegen Amtsträger ebenfalls entgegen	456
VI. Alternativen zur Wahrung des Unionsrechts	457
1. Vertragsverletzungsverfahren	457
2. Staatshaftung	457
3. Pflicht zu gesetzgeberischem Tätigwerden nach Unionsrecht?	458
VII. Was bleibt vom Vorlageverfahren?	458

Abstract

Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Möglichkeit, deutsche Beamte zwangsweise in Haft zu nehmen, wenn sie rechtskräftigen Urteilen nicht nachkommen. Diese Analyse ist insbesondere im Hinblick auf die jüngste Vorabentscheidung des EuGH in der Rechtssache C-752/18 betreffend einen Rechtsstreit zwischen der Deutschen Umwelthilfe e.V. und dem Freistaat Bayern (Deutschland) über dessen anhaltende Weigerung, die zur Einhaltung des Grenzwertes für Stickstoffdioxid in der Stadt München erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen (EU-Richtlinie 2008/50), von Bedeutung. Der Artikel beginnt mit einer Analyse der Gründe, warum die Zwangsinhaftierung deutscher Amtsträger nicht mit dem deutschen Recht, insbesondere mit Artikel 2 Absatz (2) des Grundgesetzes, vereinbar ist. Anschließend wird untersucht, wie die Verpflichtung, die wirksame Umsetzung des EU-Rechts sicherzustellen, diese Bedenken ausräumen könnte. Der Beitrag zeigt auf, dass diese Verpflichtung nicht alle anderen EU-Rechtsvorschriften außer Kraft setzen kann und letztlich durch die Rechte des Einzelnen, wie sie in der Europäischen Grundrechtecharta verankert sind, eingeschränkt wird. Da es im deutschen Recht derzeit keine Rechtsgrundlage gibt, die den Anforderungen von Artikel 6 und Artikel 52, Absatz (1) GRCh entspricht, können deutsche Beamte nicht zwangsweise inhaftiert werden. Die Autorinnen schließen mit einem Appell an den deutschen Gesetzgeber, wirksamere rechtliche Zwangsmaßnahmen vorzusehen.

On the forced detention of (German) officials, in particular on the ECJ decision C-752/18, German Umwelthilfe e. V. against the Free State of Bavaria

This paper focuses on the possibility of imposing coercive detention on German public officials if they fail to comply with legally binding judgments. This analysis is particularly relevant in light of the recent preliminary ruling by the CJEU, Case C-752/18 involving a dispute between Deutsche Umwelthilfe e.V. and the Land of Bavaria (Germany) concerning the latter's persistent refusal to adopt the measures necessary to comply with the limit value set for nitrogen dioxide in the city of Munich (EU-Directive 2008/50). The paper begins with an analysis of why coercive detention of German public officials is not compatible with German law, especially with regard to

Article 2, paragraph (2) of the German Constitution. It then examines how the obligation to ensure the effective implementation of EU law might dispel these concerns. The paper demonstrates that this obligation cannot override all other EU laws and is ultimately limited by the rights of the individual as enshrined in the CFR. Since there is currently no legal basis in German law corresponding to the requirements of Article 6 and Article 52, paragraph(1) CFR, coercive detention on German public officials cannot be imposed. The authors conclude with an appeal to the German legislature to provide more effective legal coercive measures.

Keywords: coercive detention, public officials, effective judicial review, effet utile, clean-air plan

A. Einleitung

In jüngerer Vergangenheit häufen sich in bedenklicher Weise Fälle, in denen es deutsche Amtsträger – trotz ihrer Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) – medienwirksam ablehnen, das Recht umzusetzen, und zwar selbst dann, wenn sie von der Judikative zuvor im Einzelfall explizit dazu verpflichtet wurden. Beispielhaft genannt seien die verweigerte Überlassung der Stadthalle Wetzlar an die NPD trotz einstweiliger Anordnung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)¹ oder der im Mittelpunkt dieses Beitrags stehende Fall der Nichtumsetzung der Vorgaben für Luftreinhaltepläne in der Stadt München.² Diese Fälle mögen politisch kontroversen Sprengstoff bieten: Es sind unangenehme Entscheidungen, wenn man etwa hinnehmen muss, dass eine rechte Partei Wahlkampf in der örtlichen Stadthalle machen darf, und nicht jeder mag eine Notwendigkeit von Dieselfahrverboten sehen, aber sie sind zu akzeptieren. Sie sind vom demokratischen Gesetzgeber so determiniert und von einem legitimierten Richter in einem rechtsstaatlichen Verfahren so entschieden worden. Der Einzelne darf sich nicht eigenmächtig über eine solche Entscheidung hinwegsetzen und dafür von der Presse auch noch gefeiert werden, schon gar nicht, wenn er Repräsentant des Staates selbst ist, der eigentlich in Sachen Rechtstreue Vorbild für die Bürger sein sollte. Diese gefährliche Entwicklung wird leider allzu sorglos hingenommen, führt sie doch zu einer Aushöhlung des Rechtsstaates. Können sich Richter als Teil der Judikative nicht mehr sicher sein, dass sich die Exekutive an ihre verhängten Urteile und Vollstreckungsanordnungen hält, ist die Gewaltenteilung im Kern betroffen. Rechtssicherheit und Rechtsfriede durch endgültige, bindende Entscheidungen herbeizuführen, kann die Judikative dann nicht mehr bewirken.³ So warnt auch *Hans-Jürgen Papier* vor dem Ende des Rechtsstaats und verweist auf ein Zitat von *Jahn*

1 BVerfG, NVwZ 2018, 819; zuvor VG Gießen, Beschluss vom 20. Dezember 2017 – 8 L 9187/17.GI –, juris und HessVG, Beschluss vom 23. Februar 2018 – 8 B 23/18 –, juris. Eingehend dazu *Berkemann*, DÖV 2019, S. 764; mit weiterem Beispiel *Klinger*, NVwZ 2019, S. 1332 f.

2 BayVG, BeckRS 2018, 29302.

3 *Papier*, S. 197.

gegenüber dem Hessischen Rundfunk, wonach „Rechtssicherheit mindestens genauso wichtig ist wie Gerechtigkeit“. Man mag als einzelner Adressat eines Urteiles noch so unzufrieden sein mit der Rechtslage, solange die Legislative nichts daran ändert, hat man sich daran zu halten. Und wenn man es nicht tut? Dann sollte der Staat eigentlich über wirksame Mittel für die zwangsweise Durchsetzung des Rechts verfügen. Gegenüber Bürgern ist dies zweifelsohne der Fall, aber im Hinblick auf den „Zwang gegen sich selbst“ gibt es erhebliche Defizite. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGh) sah im nationalen Recht jedenfalls keine verfassungskonforme Möglichkeit, die aus seiner Sicht einzig erfolversprechende Zwangshaft gegen die verantwortlichen deutschen Amtsträger zu verhängen. Dies führte zu einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH), die zunächst einmal absurd anmutet, im Detail jedoch die zunehmende Verzweiflung der Richterschaft ob ihrer Machtlosigkeit offenbart:⁴ Ergibt sich bei einem beharrlichen Verstoß gegen deutsches Recht, welches europäisches Recht umsetzt, und der Weigerung, die trotz rechtskräftiger Verurteilung zu ändern, aus dem Unionsrecht die Verpflichtung, deutsche Amtsträger in Zwangshaft zu nehmen, wenn offensichtlich ist, dass jede andere Vollstreckungsmaßnahme unzureichend ist? Dabei handelt es sich um eine brisante Frage, deren Antwort mit Spannung erwartet wurde, bei welcher der EuGH jedoch eine definitive Entscheidung vermeiden konnte, da sie letztlich im deutschen Recht zu suchen ist.

B. Die Vorgeschichte

Seit Januar 2010 müssen die europäischen Mitgliedstaaten den in der Richtlinie 2008/50/EG⁵ festgelegten Grenzwert von 40µg/m³ Stickstoffdioxid im Jahresmittel einhalten. Gemäß Art. 23 dieser Richtlinie müssen sie sog. Luftqualitätspläne aufstellen, wenn dieser Grenzwert überschritten wird. Die Pläne müssen Maßnahmen vorsehen, um die Einhaltung der Grenzwerte zu erreichen bzw. den Zeitpunkt der Nichteinhaltung der Werte so kurz wie möglich zu halten, Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 RiLi 2008/50/EG. Im deutschen Recht wurde diese Verpflichtung durch § 47 Abs. 1 BImSchG umgesetzt.⁶ Danach ist die zuständige Behörde bei Überschreitung der Immissionsgrenzwerte einschließlich festgelegter Toleranzmargen zur Aufstellung eines Luftreinhalteplans verpflichtet, welcher die erforderlichen Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegt.

Die Stadt München überschreitet die Grenzwerte seit nunmehr 10 Jahren an einigen Stellen dauerhaft und deutlich.⁷ Der aufgestellte Luftreinhalteplan ist unstrittig nicht

4 Siehe auch den Beitrag von *Gafus*, *verfassungsblog.de* vom 17.11.2019, der von „Hilflosigkeit des Gerichts“ spricht.

5 Richtlinie 2008/50/EG über Luftqualität und saubere Luft für Europa, ABL L 152 v. 11.06.2008, S. 1.

6 Es sei darauf verwiesen, dass zwischenzeitlich der neue § 47 Abs. 4a BImSchG regelt, dass Dieselfahrverbote i.d.R. ausgeschlossen sind. Diese Vorschrift wird im Hinblick auf den effektiven Nutzen der unionsrechtlichen Immissionsgrenzwerte sehr kritisch betrachtet, so z. B. von *Berkemann*, ZUR 2019, S. 421 und *Appel/Stark*, NVwZ 2019, S. 1558.

7 Siehe nur BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 1.

geeignet, die Werte zu senken und die Grenzwerte einzuhalten.⁸ Daher klagte die Deutsche Umwelthilfe e. V. (DUH) bereits 2012 auf entsprechende Änderungen in diesem Plan, um effektive Maßnahmen für die Senkung des Stickstoffdioxids festzuschreiben zu lassen. Dieser Klage wurde stattgegeben und die Stadt München rechtskräftig dazu verpflichtet, „die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des [...] Immissionsgrenzwertes [...]“ im Luftreinhalteplan aufzunehmen.⁹ Im folgenden Vollstreckungsverfahren wurde der Tenor durch den BayVGh dahingehend geändert, dass die Aufnahme von streckenweisen Fahrverboten für Fahrzeuge mit Selbstzündungsmotor (Diesel) in den Luftreinhalteplan der Stadt München – durch Einbringung in das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vorlage eines vollzugsfähigen Konzepts zur Umsetzung – vorzubereiten ist. Für den Fall der Nichtbefolgung wurde ein Zwangsgeld i. H. v. insg. 8000 € angedroht.¹⁰ Diese Verpflichtung wurde nicht umgesetzt, daher das Zwangsgeld festgesetzt und auch gezahlt. Allerdings musste hierfür nur der Betrag von einem Ressort ins andere umgebucht werden, ohne dass der Freistaat Bayern finanzielle Einbußen hinnehmen musste.¹¹ Der Luftreinhalteplan wurde dennoch nicht ausreichend angepasst, insbesondere wurde mehrfach öffentlich betont, dass man in Bayern keine Fahrverbote wolle.¹² Wegen der Deutlichkeit der Weigerung und dem fehlenden Beugecharakter der Zwangsgelder brachte die DUH daher eine Zwangshaft gegen die verantwortlichen Entscheidungsträger ins Spiel.¹³

C. Die Zwangshaft gegen Amtsträger im deutschen Recht

Die Zwangs- oder auch Beugehaft ist ein grundsätzlich im deutschen Recht vorgesehene Zwangsmittel, das in § 888 ZPO geregelt wird. Die Verortung in der ZPO deutet bereits darauf hin, dass die Norm grundsätzlich bei Zivilrechtsstreitigkeiten Anwendung findet. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um eine Klage der DUH gegen den Freistaat Bayern, im Raum steht also eine Zwangshaft gegen Amtsträger. Die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gegen den Staat, den die Amtsträger letztlich repräsentieren, richtet sich nach §§ 167 ff. VwGO. In § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist normiert, dass die Normen der Vollstreckung der ZPO entsprechend angewendet werden, soweit in der VwGO nichts Spezielleres geregelt ist. Dies ist der normative Anknüpfungspunkt für die Überlegung, Zwangshaft auch gegen Amtsträger zu verhängen, da § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO explizit auf die Regeln der ZPO und damit eben auch auf § 888 ZPO verweist. Nichtsdestotrotz wurde noch nie seit In-

8 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 6.

9 VG München, BeckRS 2012, 60373, Tenor I.

10 BayVGh, BeckRS 2017, 102838, Tenor Nr. II.2 und II.3.

11 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 23, 126.

12 So insbesondere Markus Söder in einer Regierungserklärung vor dem Bayerischen Landtag am 18.4.2018, nachzulesen in: Das Beste für Bayern, Regierungserklärung des Bayerischen Ministerpräsidenten Markus Söder am 18.04.2018 vor dem Bayerischen Landtag, S. 12.

13 BVerwGE 128, 278, Rn. 27; BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 33.

krafttreten der beiden Gesetze eine solche Maßnahme ergriffen.¹⁴ Dies mag zum einen daran liegen, dass sich der Staat aufgrund der Gesetzesbindung in Art. 20 Abs. 3 GG in aller Regel ganz selbstverständlich an die Vorgaben eines Gerichts hält und eine Zwangsvollstreckung überhaupt selten nötig ist.¹⁵ Aber auch in den wenigen Fällen, in denen Urteile tatsächlich missachtet wurden und eine Zwangsvollstreckung erforderlich wurde, hat noch kein deutsches Gericht eine solche Zwangshaft verhängt. Deshalb drängt sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen auf.

I. Die Sperrwirkung des § 172 VwGO: Zwangsgeld als einzig mögliches Zwangsmittel?

Auch wenn § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf das Achte Buch der ZPO verweist, tut er dies nur insoweit, wie sich aus der VwGO nichts anderes ergibt. Als speziellere Norm erweist sich hier § 172 VwGO, die in ihrem Anwendungsbereich – insoweit noch unstrittig – Sperrwirkung gegenüber § 167 VwGO entfaltet.¹⁶ Hochumstritten ist jedoch die Frage, wann der Anwendungsbereich des § 172 VwGO eröffnet, wie weitreichend er ist und ob bei einer Verneinung der Anwendbarkeit nicht aus Gründen des gesetzgeberischen Willens eine analoge Anwendung des § 172 VwGO trotzdem zum Ausschluss von § 167 VwGO und somit zum Ausschluss der §§ 804 ff. ZPO führen muss.

1. Die direkte Anwendbarkeit von § 172 VwGO im vorliegenden Fall

Geht man zunächst nur vom Wortlaut des § 172 Satz 1 VwGO aus, so wird dort normiert, dass wenn die Behörde in den Fällen des § 113 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 und des § 123 VwGO der ihr auferlegten Verpflichtung nicht nachkommt, Zwangsgeld bis 10.000 € angedroht und festgesetzt werden kann. Die Nennung nur des Zwangsgeldes wird als gleichzeitiger Ausschluss aller anderen Vollstreckungsarten im Anwendungsbereich des § 172 VwGO bewertet.¹⁷ § 113 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 VwGO setzen voraus, dass es sich beim Klagegegenstand um einen Verwaltungsakt gehandelt haben muss. § 123 VwGO wiederum betrifft den Erlass einstweiliger Anordnungen. Bei einer Klage wie der vorliegenden, in der die Behörde zur Fortschreibung eines Luftreinhalteplans verpflichtet wird, geht es jedoch mangels intendierter Außenwirkung dieses Plans nicht um den Erlass eines Verwaltungsaktes,¹⁸ sondern ist eine all-

14 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 147.

15 S. *Berkemann*, DÖV 2019, S. 763 f.; *Bader*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll* (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 1. Dieser Grundgedanke führte letztlich auch zur sog. Ehrenmanntheorie des BVerwG, mit der begründet wird, warum bei Klagen gegen den Staat Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage gemacht werden können. Siehe dazu beispielhaft BVerwG, NJW 1971, S. 1284.

16 *Heckmann*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 4; *Roth*, *VerwArch* 91 (2000), S. 15.

17 Siehe etwa *Bader*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll* (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 1.

18 BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 2012 – 3 B 78/11, juris, Rn. 10; *Klinger*, ZUR 2018, S. 273.

gemeine Leistungsklage statthaft.¹⁹ Dieser Fall wird, zumal hier keine Entscheidung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt ist,²⁰ in § 172 VwGO nicht explizit genannt. Daher ist zu klären, ob die Nennung der § 113 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5, § 123 VwGO eine abschließende Normierung des Anwendungsbereichs enthält oder diese Aufzählung nur beispielhaften Charakter hat.²¹

Die Ansichten, die eine weitergehende Anwendbarkeit befürworten (wobei die einzelne Ausgestaltung wiederum je nach Autor variiert, etwa dass nur unvertretbare hoheitliche Handlungen von § 172 VwGO umfasst werden²² oder gleich jegliche Vollstreckung gegen Behörden § 172 VwGO unterfalle),²³ begründen ihre Ansicht zum einen damit, dass die Regelungen in §§ 170 ff. VwGO generell verunglückt seien und die Aufzählung der Vollstreckungstitel lediglich beispielhaft sei,²⁴ zum anderen mit der Regelungsintention des Gesetzgebers. Dieser habe bei Erlass des § 172 VwGO gerade eine abschließende Regelung hinsichtlich aller Fälle der Vollstreckung gegenüber Behörden treffen und insbesondere die Auswahl der Zwangsmittel verbindlich auf das Zwangsgeld beschränken wollen.²⁵

Die andere Ansicht nimmt den Wortlaut der Norm ernst und wendet § 172 VwGO direkt nur in den explizit genannten Fällen an.²⁶ Der Wortlaut bildet die absolute Grenze der Auslegung,²⁷ und dieser bietet keinerlei Hinweise auf nur eine beispielhafte Aufzählung, wie es der Gesetzgeber an vielen anderen Stellen getan hat, weshalb auch ein gesetzgeberisches Unvermögen an dieser Stelle ausgeschlossen sei.²⁸ Diese Ansicht muss sich jedoch vorhalten lassen, dass die nach dem Wortlaut uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 172 VwGO in Fällen der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO mit der Vollstreckung im Hauptsacheverfahren systematisch kollidiert, die dann möglicherweise gerade nicht unter § 172 VwGO fällt.²⁹

19 Will, VerwArch 110 (2019), S. 289.

20 Wobei die h. M. sowieso davon ausgeht, dass der Verweis auf § 123 nur für die Fälle des §§ 113 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 gilt, Roth, VerwArch 91 (2000), S. 20; Will, VerwArch 110 (2019), S. 290; Schmidt-Kötters, in: Posser/Wolff (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 12; W.-R. Schenke, in: Kopp/ders. (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 1.

21 Schmidt-Kötters, in: Posser/Wolff (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 9 ff. Ausführlich zum Streitstand Waldhoff, in: Gärditz (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 2 ff.; Roth, VerwArch 91 (2000), S. 16 f.

22 Heckmann, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 32 ff.; s.a. W.-R. Schenke, in: Kopp/ders. (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 1, der auf das Vorliegen einer spezifisch hoheitlichen Regelungsbefugnis abstellt; i. E. auch Waldhoff, in: Gärditz (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 9 a.E.

23 Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 11, 18.

24 Heckmann, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 29; s. auch Berkemann, DÖV 2019, S. 765; W.-R. Schenke, in: Kopp/ders. (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 2.

25 Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 11.

26 Nolte, S. 350; Roth, VerwArch 91 (2000), S. 18; Will, VerwArch 110 (2019), S. 280, 291; i. E. wohl auch Berkemann, DÖV 2019, S. 761, 767 ff., der die Aufzählung in § 172 VwGO als numerus clausus bezeichnet.

27 Roth, VerwArch 91 (2000), S. 18. S. auch Berkemann, DÖV 2019, S. 770.

28 Nolte, S. 350; Roth, VerwArch 91 (2000), S. 29 führt hier zu Recht an, dass der Gesetzgeber, wenn er eine umfassende Sonderregelung hätte einführen wollen, diese auch entsprechend einfach formuliert hätte.

29 Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 18.

2. Zur Möglichkeit oder gar Gebotenheit einer analogen Anwendbarkeit des § 172 VwGO

Scheidet eine direkte Anwendung des § 172 VwGO auf Vollstreckungssituationen eines Leistungsurteils aus, so stellt sich die Frage nach der einschlägigen Vollstreckungsnorm. Dass es eine Zwangsvollstreckung auch gegen den Staat geben muss, gebietet sowohl das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG als auch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG, was allerdings nicht immer unumstritten war.³⁰ Grundsätzlich würde sich die Anwendung des § 167 Abs. 1 VwGO aufdrängen, da für diese Fälle nunmehr nichts anderes geregelt ist, weshalb die subsidiäre Norm greifen sollte. Diese Ansicht wird eher restriktiv vertreten.³¹ Bevor auf diese Auffangnorm zurückgegriffen werden kann, wird zunächst geprüft, ob nicht eine analoge Anwendung des § 172 VwGO zu sachnäheren Ergebnissen führt. Eine derartige Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

Die Regelungslücke könnte sich bereits aus der schlichten Tatsache ergeben, dass die VwGO bei Erlass und auch später bei all ihren Änderungen die allgemeine Leistungsklage nie explizit geregelt hat.³² Wenn schon nicht die Klage selbst ausgestaltet wurde, könnte man daher auch ohne Weiteres darauf abstellen, dass dann auch die Vollstreckung, ähnlich wie die Klagebefugnis, aus einer analogen Anwendung einer anderen Norm folgen muss.³³ Dagegen lässt sich jedoch anführen, dass die VwGO mit § 167 Abs. 1 gerade eine subsidiäre Auffangnorm kennt, durch deren Anwendung die Vollstreckung allgemeiner Leistungsurteile möglich wäre.³⁴ Daher wird vielfach vom Willen des Gesetzgebers zur allgemeinen Privilegierung des Staates in Vollstreckungsangelegenheiten, bei der es gerade keinen Unterschied machen kann, ob ein Urteil auf Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf Erlass eines schlicht hoheitlichen Handelns gerichtet ist (vergleichbare Interessenlage), auf eine planwidrige Regelungslücke geschlossen.³⁵ Aber auch die Tatsache, dass § 172 VwGO einstweilige Anordnungen nach § 123 VwGO in Gänze erfasst und somit auch einstweilige Anordnungen, bei denen im Hauptsacheverfahren eine allgemeine Leistungsklage statthaft ist, unterstreicht die vergleichbare Interessenlage und lässt auf eine planwidrige Regelungslücke schließen. Es erscheint inkonsequent, ein Leistungsurteil im Hauptsache-

30 *Berkemann*, DÖV 2019, S. 762 ff., insbesondere S. 765 f. zur anfänglichen Ablehnung einer Zwangsvollstreckung gegen den Staat; s.a. *Pietzner/Möller*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 167 VwGO, Rn. 8 f. sowie § 172 Rn. 5 f.

31 *Von Nicolai*, in: Redeker/v. Oertzen (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 3; *Roth*, VerwArch 91 (2000), S. 38 f.; *Kring*, NVwZ 2019, S. 25, 28; wohl auch *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 16, der eine entsprechende Anwendung des § 172 VwGO jedenfalls verneint.

32 *Waldbhoff*, in: Gärditz (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 2 spricht von einer „überholten Fixierung auf [Verwaltungsakte]“.

33 S.a. *Roth*, VerwArch 91 (2000), S. 12, 29.

34 S.a. *Will*, VerwArch 110 (2019), S. 297 f.; dazu, warum der Gesetzgeber die Leistungsklage gerade nicht schlicht verkannt hat, ausführlich *Roth*, VerwArch 91 (2000), S. 30 f.

35 *Will*, VerwArch 110 (2019), S. 298 f.

verfahren anders zu vollstrecken als die entsprechende einstweilige Anordnung.³⁶ Daher wird gerade in den Fällen von Luftreinhalteplänen § 172 VwGO vielfach analog angewendet.³⁷

3. Das Erfordernis des effektiven Rechtsschutzes

Wendet man also, wie der überwiegende Teil von Literatur und Rechtsprechung, § 172 VwGO in den wie hier gearteten Fällen an, sei es direkt oder analog, zeigt sich die Fehleinschätzung der früheren Gesetzgeber gegenüber der Einstellung von Amtsträgern zum Rechtsstaat. Denn die Verhängung von Zwangsgeld, noch dazu gedeckelt auf 10.000 €, entfaltet in der Praxis nur sehr geringe Beugewirkung. Tatsächlich muss bei einer solchen Zwangsvollstreckung oft nur ein Posten im Haushaltsplan verschoben werden, ohne dass das jeweilige Budget empfindlich beeinträchtigt würde.³⁸ So auch im vorliegenden Fall. Das letztlich tatsächlich festgesetzte Zwangsgeld i. H. v. zweimal 4000 € wurde ohne viel Aufhebens beglichen, die Öffentlichkeit kaum informiert, und angesichts des niedrigen Betrags wäre eine Empörung über die unsachgemäße Verwendung von Steuergeldern wohl auch kaum zu erwarten. Das Zwangsgeld als einzig mögliches Vollstreckungsmittel nach § 172 VwGO versagt also. Eine effektive Durchsetzung des Rechts gegenüber dem Staat scheint daher nicht möglich.

Genau dieser Zustand lenkt den Blick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, steht ihm der Rechtsweg offen. Dieses subjektive Recht auf Zugang zu Rechtsschutz gegen den Staat wurde von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit zum umfassenden Recht auf *effektiven* Rechtsschutz weiterentwickelt, welches auch eine effektive Vollstreckungsmöglichkeit gebietet.³⁹ Kann ein Urteil gegen den Staat also nicht durchgesetzt werden, impliziert dies einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG. Für Verbandsklagen wie diejenige der DUH im vorliegenden Fall gilt die Besonderheit, dass die Kläger nicht eigene Rechte vor Gericht verteidigen, weshalb Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf diese Konstellationen nicht anwendbar ist.⁴⁰ Hier kommt dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch, der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG folgt, eine Auffangfunktion zu.⁴¹ Die inhaltlichen Anforderungen müssen aber insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich nach der Rechtsprechung des EuGH Verbände auf Art. 47 GrCh berufen können,⁴² gleich bleiben.

Bereits 1999 stellte das BVerfG in einem Kammerbeschluss fest, dass die Auslegung der §§ 167 ff. VwGO und insbesondere die umstrittene Frage der Sperrwirkungen

36 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 56.

37 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 56; VGh Baden-Württemberg, Beschluss v. 14.05.2020 – 10 S 461/20, Rn. 22, – juris; Will, VerwArch 110 (2019), S. 300.

38 S. dazu auch VG München, DVBl. 2016, S. 1133, 1138.

39 BVerfG, NVwZ 1999, S. 1330, 1331; zustimmend Pietzner/Müller, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 13.

40 Bisher ü.M., s. BVerfG, ZUR 2001, S. 403 f.; Antoni, in Hömig/Wolff (Hrsg.), Art. 19 GG, Rn. 15.

41 Jarass, in Jarass/Pieroth (Hrsg.), Art. 20 GG, Rn. 129.

42 Siehe dazu nur EuGH, Rs. C-664/15, *Protect*, ECLI:EU:C:2017:987, Rn. 58.

gegenüber der ZPO immer mit Blick auf den effektiven Rechtsschutz beantwortet werden muss.⁴³ So stellte die Kammer fest, dass, wenn eindeutig erkennbar ist, dass ein Zwangsgeld nach § 172 VwGO die Behörde nicht zum Einlenken bringen wird, Art. 19 Abs. 4 GG es gebietet, „von der nach § 167 VwGO möglichen ‚entsprechenden‘ Anwendung zivilprozessualer Vorschriften Gebrauch zu machen und einschneidendere Zwangsmaßnahmen zu ergreifen“.⁴⁴ Zu Recht wird daran kritisiert, dass es an einer dogmatisch fundierten Erklärung für die Auflösung der Sperrwirkung fehlt.⁴⁵

Eine bloß verfassungskonforme Auslegung für diesen konkreten Fall erscheint jedenfalls fragwürdig, kennt das deutsche Recht doch gerade keinen Anwendungsvorhang wie das Unionsrecht, der es erlauben würde, nur in bestimmten konkreten Fällen aufgrund einer drohenden (Unions-)Rechtswidrigkeit eine gültige nationale Norm nicht anzuwenden. Jedenfalls wenn § 172 VwGO auf den vorliegenden Fall direkt angewendet wird, stellt sich dieses Problem,⁴⁶ mit dem sich das BVerfG nicht weiter auseinandergesetzt hat. *Pietzner/Möller* lösen dies, indem sie als ungeschriebenes Tatbestandmerkmal des § 172 VwGO die Erfolgstauglichkeit des Zwangsmittels einfügen.⁴⁷ Sei von vorneherein für das Gericht erkennbar, dass die Behörde bei einem allein auf 10.000 € begrenzten Zwangsgeld nicht einlenken werde, so habe der Gesetzgeber auch nicht gewollt, dass das Gericht auf ein offensichtlich unzulängliches Zwangsmittel beschränkt sei, weshalb die subsidiäre Norm des § 167 VwGO anwendbar sei.⁴⁸ Lehnt man dagegen mit *Berkemann* eine absolute Sperrwirkung des § 172 VwGO generell ab, so ist ein Rückgriff auf die subsidiäre Norm in Fällen der Unzulänglichkeit des § 172 VwGO ohnehin ohne Weiteres möglich, kommt man dadurch doch dem gesetzgeberischen Willen nach.⁴⁹ Eine Überwindung des § 172 VwGO muss nach der Kammerentscheidung des BVerfG jedenfalls im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG möglich sein, sodass einem Rückgriff auf § 167 Abs. 1 VwGO und damit § 888 ZPO nichts mehr im Wege steht. So sah es auch jüngst das Verwaltungsgericht Stuttgart (VG Stuttgart), das in einem ähnlichen Fall zu entscheiden hatte.⁵⁰ Diese Rechtsansicht wurde zwischenzeitlich vom gegen dieses Urteil angerufenen Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg bestätigt.⁵¹

Wendet man § 172 VwGO wie oben erläutert nur analog an, so könnte in Fällen wie diesen, da eine effektive Vollstreckung misslingt, eine Regelungslücke zu verneinen sein. Weil eine absolute Regelungslücke angesichts der Auffangregelung des § 167

43 BVerfG, NVwZ 1999, S. 1330, 1331.

44 BVerfG, NVwZ 1999, S. 1330, 1331.

45 W.-R. Schenke, in: Kopp/ders. (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 3. Nolte, S. 351, bezweifelt zudem, dass sich nach der Anpassung des Zwangsgeldbetrags in § 172 VwGO durch den Gesetzgeber dieses Vorgehen über eine verfassungskonforme Auslegung begründen lässt und hält ein gesetzgeberisches Tätigwerden für erforderlich.

46 So auch Will, VerwArch 110 (2019), S. 304 f.

47 *Pietzner/Möller*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 13.

48 *Pietzner/Möller*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 13.

49 *Berkemann*, DÖV 2019, S. 771.

50 VG Stuttgart, BeckRS 2020, 234, Rn. 23 ff.

51 VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 14.05.2020 – 10 S 461/20, Rn. 21, – juris.

Abs. 1 VwGO generell ausscheidet, liegt vorliegend lediglich eine relative Regelungslücke angesichts der vergleichbaren Interessenlagen vor.⁵² Eine solche relative Regelungslücke kann jedoch nur insoweit bestehen, als das in § 172 VwGO vorgesehene Zwangsmittel auch tatsächlich Erfolg verspricht, ist ansonsten doch eine verfassungskonforme Auslegung bzw. Begründung der Analogie wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 GG bzw. Art. 20 Abs. 3 GG nicht möglich.⁵³ Ist eine Regelungslücke dann zu verneinen, bzw. eine Analogie nicht mehr begründbar, so ist auf die Auffangnorm des § 167 VwGO zurückzugreifen.

4. Weg zu § 888 ZPO jedenfalls eröffnet

Letztendlich bleibt festzuhalten, dass im Endeffekt auf Konstellationen wie der vorliegenden, egal welcher Ansicht man vorher folgt, § 167 VwGO i. V. m. dem Achten Buch der ZPO Anwendung finden: Somit ist die Tür zur Zwangshaft nach § 888 ZPO grundsätzlich aufgestoßen.

II. Das Problem des konkreten Zwangsmittels der Zwangshaft

Während die Herleitung, wie man zu einer Überwindung von § 172 VwGO und damit zu der Anwendung von § 167 VwGO i. V. m. § 888 ZPO kommt, zwar nicht unproblematisch, aber jedenfalls im Ergebnis eindeutig ist, sieht es bei der Frage, ob denn nun konkret eine Zwangshaft gegen Amtsträger in Betracht kommt, anders aus. Den Bedenken gegen ein solches Vorgehen soll nun nachgegangen werden.

1. Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Staates und drohender Imageschaden

Oft wird vorgebracht, eine Zwangshaft gegen Amtsträger komme allein schon deshalb nicht infrage, weil dadurch die Funktionsfähigkeit des Staates beeinträchtigt werde.⁵⁴ Klingt dieses Argument auf den ersten Blick noch überzeugend, schließlich können inhaftierte Staatsdiener ihren Aufgaben nicht mehr nachkommen, erscheint es auf den zweiten Blick doch eher dünn. Die Vertreter dieser Ansicht scheinen davon auszugehen, dass Amtsträger rund um die Uhr, 365 Tage im Jahr im Amt sind und ihre ihnen obliegenden Aufgaben erledigen. Dass auch Krankheit, Urlaub oder die Notwendigkeit von Betreuung oder Pflege von Angehörigen zu einem kurzfristigen Ausfall eines Amtsträgers an seinem Arbeitsplatz führen, scheint übersehen zu werden.⁵⁵ Für Fälle dieser Art gibt es in der Regel eine Vertretung. Im Übrigen erscheint

52 *Will*, *VerwArch* 110 (2019), S. 292 ff.

53 *Will*, *VerwArch* 110 (2019), S. 303 f.

54 VGH Mannheim, *NVwZ-RR* 1995, S. 619; *Durner*, *NVwZ* 2015, S. 845; *Bader*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll* (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 1; *Waldhoff*, in: *Gärditz* (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 1; *Pietzner/Möller*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 11.

55 *Will*, *VerwArch* 110 (2019), S. 298 f.; *Roth*, *VerwArch* 91 (2000), S. 39; *Kring*, *NVwZ* 2019, S. 28.

es geradezu zwingend, dass eine Zwangsmaßnahme auch gewisse negative Auswirkungen auf die Tätigkeit der Behörde hat, denn ansonsten könnte sie ihre Zwangswirkung wohl nicht entfalten.⁵⁶ Auch das Argument, eine Inhaftierung eines Amtsträgers trage zu einem Verlust des Ansehens des Staates in der Bevölkerung bei,⁵⁷ überzeugt nicht. Gerade die Nichtbefolgung einer rechtlichen Verpflichtung, die ein Gericht verbindlich festgestellt hat, und die womöglich gar öffentliche Weigerung schaden dem Staat ungleich mehr.⁵⁸ Denn ein Rechtssystem funktioniert nur solange, wie die Menschen, die in ihm leben, darauf vertrauen (können), dass sich alle an dieses System halten.⁵⁹ Bricht der Staat wiederholt und öffentlich die von ihm selbst auferlegten Regeln, ohne dass die Gerichte ihn zur Rechtstreue zwingen können, schwindet das Vertrauen der Bevölkerung und schadet dem Staat.⁶⁰

2. Vereinbarkeit mit der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person

Entscheidend sind vielmehr die Bedenken, die sich im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person ergeben. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG garantiert die Freiheit der Person als unverletzlich. Satz 3 stellt jeden Eingriff in dieses Grundrecht unter Gesetzesvorbehalt, wobei Art. 104 GG verschärfte Anforderungen an diese Gesetze stellt. Die Anordnung und Vollstreckung einer Zwangshaft gegen einen Amtsträger geht mit einer temporären Freiheitsentziehung für diese Person⁶¹ einher und muss als klassischer Eingriff daher an den Vorgaben des Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 i.V.m. Art. 104 GG gemessen werden.⁶² Eine Rechtfertigung eines solchen Eingriffes ist nur möglich, wenn die Zwangshaft aufgrund eines förmlichen Gesetzes gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG erfolgt.⁶³ Sowohl die Verwaltungsgerichtsordnung als auch die Zivilprozessordnung sind insoweit als Parlamentsgesetze des Bundes ohne Weiteres förmliche Gesetze. Niemand bezweifelt die grundsätzliche Möglichkeit, auf Grundlage des § 888 ZPO Zwangshaft

56 Nolte, S. 369.

57 Von Nicolai, in: Redeker/von Oertzen (Hrsg.) § 170 VwGO, Rn. 3; *Württemberg/Heckmann*, Rn. 839.

58 Siehe auch *Berkemann*, DÖV 2019, S. 764. S. auch BT-Drs 3/55, S. 49, wo bereits das Erfordernis eines Vollstreckungsverfahrens als schädigend für das Ansehen des Staates gewertet wird.

59 *Gafus*, verfassungsblog.de vom 17.11.2019.

60 *Roth*, VerwArch 91 (2000), S. 39 f.; *Berkemann*, DÖV 2019, S. 764; *Gafus*, verfassungsblog.de vom 17.11.2019.

61 Eine Zwangshaft trifft einen Amtsträger zwangsläufig auch in seiner persönlichen Rechtssphäre, weshalb Art. 2 Abs. 2 Satz 2 auch bei Amtsträgern anwendbar ist.

62 *Will*, VerwArch 110 (2019), S. 309. Zur Freiheitsentziehung als maßgebender Eingriff in Art 2 Abs. 2 S. 2, 3; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Art. 2 GG, Rn. 114 f.; auch *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), Art 2 GG, Rn. 236. Zur Zwangshaft als Form der von Art. 104 GG erfassten Freiheitsentziehung, *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 104 GG, Rn. 6; a.A. *Gusy*, NJW 1992, S. 460, der in einer Zwangshaft keine Freiheitsentziehung sieht.

63 Zur Überlagerung des Art. 2 Abs. 2 S. 3 durch Art. 104 Abs. 1 S. 1 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Art. 2 GG, Rn. 119.

gegen eine natürliche Person zu verhängen.⁶⁴ Auch die zusätzliche Voraussetzung des Richtervorbehalts bei Freiheitsentziehungen aus Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG wäre bei der Anordnung einer Zwangshaft durch einen Verwaltungsrichter erfüllt.⁶⁵

Über den reinen Wortlaut des Grundgesetzes hinaus hat sich jedoch im Laufe der Jahre eine umfassende Rechtsprechung zu Art. 104 GG entwickelt, die der besonderen Bedeutung des Rechts auf persönliche Bewegungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und der besonderen Schwere des Eingriffs der Freiheitsentziehung Rechnung trägt. Zunächst ist festzuhalten, dass eine bloß analoge Anwendung eines förmlichen Gesetzes nicht den Anforderungen des Art. 104 GG genügt, da sich dann der Wille des Gesetzgebers gerade nicht explizit im Wortlaut eines geschriebenen Gesetzes manifestiert hat.⁶⁶ Das BVerfG judizierte bereits 1970, dass die besonderen Anforderungen des Art. 104 GG dazu dienen, den Gesetzgeber dazu zu zwingen, „Freiheitsentziehungen in berechenbarer, me[ss]barer und kontrollierbarer Weise zu regeln“, was bei einer Analogie nicht der Fall sei.⁶⁷ Zwar wird im vorliegenden Fall bei einer Anordnung von Zwangshaft keine Norm analog angewendet.⁶⁸ Vielmehr wird gerade die analoge Anwendung des § 172 VwGO überwunden, indem auf die Auffangnorm des § 167 Abs. 1 VwGO rekurriert wird, die wiederum auf die Normen der ZPO verweist. Da diese Normen jedoch seit ihrem Inkrafttreten noch nie dazu verwendet wurden, Zwangshaft gegen Amtsträger zu verhängen, und ein Großteil der Literatur nur höchst widerwillig auf § 167 Abs. 1 VwGO zurückgreift, stellt sich die Frage, ob eine solche Zwangshaft tatsächlich im erforderlichen Maße vom Gesetzgeber determiniert ist, wie es das vorlegende Gericht in Anlehnung an die eben genannte BVerfG-Entscheidung für erforderlich hält.⁶⁹ Der BayVGh bezweifelt, dass bei Anwendung des § 888 ZPO auf Amtsträger das vom BVerfG aufgestellte Erfordernis, „dass der Wille des Gesetzgebers im Zeitpunkt der Schaffung der Vorschrift, die als Rechtsgrundlage für eine Freiheitsentziehung herangezogen wird, auch jene Zielsetzung umfasst haben muss, zu deren Erreichung sie nunmehr eingesetzt wird“,⁷⁰ eingehalten würde.⁷¹ Er sieht sich daher aus verfassungsrechtlichen Gründen an der Verhängung von Zwangshaft gegen Amtsträger gehindert.⁷² Das Hindernis könne nur durch eine unionsrechtliche Notwendigkeit der Zwangshaft überwunden werden.⁷³

Diese Argumentation kann allerdings nicht vollständig überzeugen, denn der BayVGh entzieht das Zitat des BVerfG seinem Zusammenhang. So heißt es dort vollständig: „Ebenso wie Gewohnheitsrecht als ‚gesetzliche Grundlage‘ ausscheidet, gilt dies auch für die analoge Heranziehung von Normen. Denn diese sind nach der

64 Siehe auch *Berkemann*, DÖV 2019, S. 772.

65 *Will*, VerwArch 110 (2019), S. 309 f.

66 BVerfGE 29, 183, 195 f.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Art. 104 GG, Rn. 3.

67 BVerfGE 29, 183, 196.

68 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 146; *Will*, VerwArch 110 (2019), S. 307 f.; *Klinger*, NVwZ 2019, S. 1334.

69 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 146.

70 BVerfGE 29, 183, 196.

71 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 146.

72 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 146.

73 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 146.

Intention des Gesetzgebers zur Zeit ihres Erlasses nicht auf die Fälle gerichtet gewesen, auf die sie durch Analogie angewendet werden sollen.“ Warum sich aus dieser Aussage ein allgemeines Erfordernis ergeben sollte, dass unabhängig davon, ob eine Analogie im Raum steht, der Gesetzgeber bei Erlass der Norm immer auch den konkreten Anwendungsfall bedacht haben müssen soll, erschließt sich nicht.⁷⁴

Dennoch ist dem BayVGH darin zuzustimmen, dass die Norm wohl nicht für die Verhängung von Zwangshaft gegen Amtsträger geschaffen wurde, denn bei dem Versuch, sie auf den konkreten Fall anzuwenden und damit einen Eingriff in die persönliche Freiheit der Amtsträger zu legitimieren, stößt man auf erhebliche Schwierigkeiten.

Der Wortlaut von § 888 ZPO spricht davon, dass der Schuldner durch Zwangshaft zur Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten ist. Schuldner der vorliegend vorzunehmenden Änderung des Luftreinhalteplans ist hier zunächst eine Behörde und somit letztlich der Staat. § 888 ZPO gelangt über eine Verweisungsnorm des § 167 Abs. 1 VwGO zur Anwendung. In dieser Verweisungsnorm ist kein spezieller Adressat möglicher Zwangsmaßnahmen genannt, dieser ergibt sich vielmehr aus der Gesetzessystematik. Zwar steht die Norm im 17. Abschnitt der VwGO mit dem schlichten Titel Vollstreckung, wobei wiederum kein Adressat genannt wird. Allerdings gibt es mit § 170 und § 172 VwGO Normen in diesem Abschnitt, die sich explizit mit der Vollstreckung gegen die öffentliche Hand bzw. Behörden beschäftigen. Da § 167 Abs. 1 für die Fälle auf die ZPO verweist, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, verweist die Norm auch für die Vollstreckung gegen den Staat subsidiär auf die Normen der ZPO, weshalb grds. auch Behörden Adressaten von Maßnahmen nach den §§ 885 ff. ZPO sein können. Dass anstelle der Behörde, die man nicht selbst in Haft nehmen kann, nun ein Amtsträger heranzuziehen ist, ist jedoch weder in der VwGO noch in vergleichbaren Gesetzen vorgesehen.

An dieser Stelle kann vorgebracht werden, dass sich bei juristischen Personen des Privatrechts das gleiche Problem stellt: Auch hier ist Schuldner die juristische Person als solche, in Zwangshaft genommen werden nach gefestigter Rechtsprechung jedoch ihre Organwalter.⁷⁵

Der BayVGH will für die Auswahl des Adressaten der Zwangshaft die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof (BGH) für die Vollstreckung gegen juristische Personen des Privatrechts aufgestellt hat, übertragen.⁷⁶ Demnach kann bei Vollstreckung gegen juristische Personen die Zwangshaft grds. gegen alle ihre Organe verhängt werden, die für die Zuwiderhandlung als verantwortlich in Betracht kommen.⁷⁷ Für den Erlass eines Verwaltungsaktes oder für die Ausübung einer tatsächlichen hoheitlichen Tätigkeit ist im deutschen Recht zwar in der Regel eine konkrete Behörde und dort ein konkreter Sachbearbeiter zuständig. Der konkrete Amtswalter ist jedoch in der Regel weisungsgebunden und in den wenigsten Fällen in seiner Entscheidung wirklich frei. Schon dann stellt sich die Frage, ob der letztlich entscheidende Amtswalter oder der übergeordnete Anweisende für die Vollstreckung der Zwangshaft infrage kommt.

74 So auch *Will*, *GewArch* 110 (2019), S. 308.

75 BGH, *NJW* 1992, S. 749, 750 m. w. N.

76 BayVGH, *BeckRS* 2018, 29302, Rn. 155 ff.

77 BGH, *NJW* 1992, S. 749, 750 m. w. N.

Gerade im vorliegenden Fall stellt sich die Situation noch viel gravierender dar. Nach der zum Zeitpunkt der Entscheidung bestehenden Rechtslage war die Regierung von Oberbayern für die Aufstellung und Änderung des Luftreinhalteplans für die Stadt München zuständig (Art. 8 des bayerischen Immissionsschutzgesetzes a. F.).⁷⁸ Die Regierung von Oberbayern unterliegt nach Art. 55 Nr. 5 Satz 1 der Verfassung des Freistaates Bayern (BayVerf) den Weisungen des fachlich jeweils übergeordneten Ministeriums. Für den vorliegenden Luftreinhalteplan ist dies das Bayerische Staatsministerium für Umwelt- und Verbraucherschutz,⁷⁹ dem der aktuelle Staatsminister Thorsten Glauber vorsteht. Dieser ist Teil des Kabinetts der Bayerischen Staatsregierung, die vom Ministerpräsidenten Markus Söder geführt wird. Er verantwortet letztlich die politischen Entscheidungen im Rahmen seiner Richtlinienkompetenz (Art. 47 Abs. 1, 2 BayVerf) und gerade er hat in der Vergangenheit keinen Hehl daraus gemacht, was er von der Verpflichtung hält, den Luftreinhalteplan zu ändern.⁸⁰ In der Konsequenz hat daher auch der BayVGh einen ganzen Strauß an Personen identifiziert, gegen die letztlich eine Anordnung einer Zwangshaft möglich erscheint. Im konkreten Fall seien jedenfalls Amtsträger der Regierung von Oberbayern einzubeziehen, da diese die für die Aufstellung des Luftreinhalteplans in München zuständige Behörde ist.⁸¹ Ferner kämen in Betracht der Leiter des Sachgebiets, dem der Vollzug der Materie „Luftreinhalteplanung“ zugewiesen sei, der Leiter der einschlägigen Abteilungen der Regierung, der Regierungsvizepräsident und der Regierungspräsident und, weil die Weigerung, Dieselfahrverbote in München zu erlassen, letztlich wohl auf den politischen Willen der Bayerischen Staatsregierung zurückgehe und die Regierung von Oberbayern diesbezüglich weisungsgebunden sei, auch der bayerische Ministerpräsident.⁸² Lediglich die Inanspruchnahme von Amtsträgern, denen keinerlei Vorgesetztenfunktion zukomme, sei unverhältnismäßig.⁸³ Es wird zudem bereits darauf verwiesen, dass die eigentlich verantwortlichen Mitglieder der Staatsregierung zugleich dem Landtag angehören und Immunität genießen, sodass eine Zwangshaft ihnen gegenüber aussichtslos wäre.⁸⁴ Und hier offenbart sich die Absurdität, auf die sich viele Medien in ihrer Berichterstattung zum Vorlageverfahren konzentriert haben: Kann man wirklich ernsthaft davon ausgehen, dass ein deutscher Ministerpräsident im Amt in Zwangshaft genommen wird? Neben rein praktischen Fragen, wie der nach der Verhaftung,⁸⁵ stellen sich die vom BayVGh angedeuteten

78 Mittlerweile hat sich die Rechtslage geändert und Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 des Bayerischen Immissionsschutzgesetzes regelt die Zuständigkeit der Regierung für die Aufstellung von Luftreinhalteplänen.

79 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 163.

80 So insbesondere Markus Söder in einer Regierungserklärung vor dem Bayerischen Landtag am 18.04.2018, nachzulesen in: Das Beste für Bayern, Regierungserklärung des Bayerischen Ministerpräsidenten Markus Söder am 18.04.2018 vor dem Bayerischen Landtag, S. 12, abrufbar unter: <https://bayern.de/das-beste-fuer-bayern> (31.01.2020); siehe dazu auch BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 26 ff., 172 ff.

81 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 162.

82 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 163 ff.

83 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 162.

84 BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 183.

85 Siehe auch *Gafus*, verfassungsblog.de vom 17.11.2019.

rechtlichen Probleme. Markus Söder ist neben seiner Eigenschaft als Ministerpräsident auch gewählter Abgeordneter des bayerischen Parlaments. Und als solcher genießt er Immunität nach Art. 28 Abs. 2 BayVerf. Die Immunität dient dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Parlaments, weshalb auch nur dieses sie aufheben kann.⁸⁶ Im Bereich der Strafverfolgung ist es zwar gängige Praxis, dass die Immunität auf Ersuchen der Verfolgungsbehörden aufgehoben wird,⁸⁷ dass es aber im vorliegenden Fall zu einer Aufhebung kommt, ist unwahrscheinlich. Wenn der Bayerische Landtag davon überzeugt wäre, dass sich der Ministerpräsident rechtswidrig verhält, hätte er von der Ministeranklage nach Art. 59 BayVerf Gebrauch machen können.

Die Ungewissheit über die konkret in Haft zu nehmende Person, die bestehenden Weisungsgebundenheiten und Immunitäten zeigen deutlich, dass es beim staatlichen Vollstreckungsschuldner Besonderheiten gibt, die die Übertragung der vom BGH aufgestellten Grundsätze verhindern.⁸⁸ Immunitäten gibt es bei juristischen Personen des Privatrechts nicht. Dort kann das Vollstreckungsgericht daher die konkrete Person ermitteln, die für das Fehlverhalten letztverantwortlich ist, und Zwangshaft gegen diese anordnen. Dies ist aber zumindest in einem wie vorliegend gelagerten Fall, in dem die Weigerung, ein Urteil umzusetzen, direkt von ganz oben postuliert wird, nicht möglich. Hier müssten letztlich dann rangniedere Amtswalter in Zwangshaft genommen werden, in der Hoffnung genug psychischen und möglicherweise medienwirksamen Druck auf die tatsächlich Verantwortlichen auszuüben, dass diese doch einlenken.

Die komplexe Ermittlung des Adressaten ist somit allein nach § 888 ZPO nicht möglich, und es bedürfte hierfür insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Art. 104 GG einer gesetzlichen Regelung. Damit die Auswahl des konkret in Haft zu nehmenden Amtswalters vor jeglicher Gefahr der Willkür geschützt und bereits im Vorhinein genau bestimmbar ist, müsste die gesetzliche Grundlage so ausgestaltet sein, dass sie angibt, wer die Behörde als Schuldner repräsentiert und die Zwangshaft anzutreten hat und wie mit bestehenden Weisungsrechten umzugehen ist. Somit kann festgestellt werden, dass es für eine Zwangshaft gegen Amtsträger im Speziellen keine ausreichende gesetzliche Grundlage gibt und es somit bereits an einer tauglichen Grundrechtsschranke fehlt. Ohne diese kommt eine Rechtfertigung einer Freiheitsentziehung von Amtsträgern von vorneherein nicht in Betracht.

3. Zwangshaft nach nationalem Recht nicht möglich

Letztlich bleibt festzuhalten, dass der BayVGH mit seiner Einschätzung im Ergebnis Recht hat. Das deutsche Recht steht einer Anwendung der Zwangshaft gegen Amtsträger entgegen. Da die Einhaltung der Grenzwerte und damit die Pflicht zur Änderung des Luftreinhalteplans aus dem Unionsrecht resultiert, sah der BayVGH die effektive Durchsetzung des Unionsrechts zu Recht gefährdet und legte daher dem EuGH die Frage vor, ob nicht kraft Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die ver-

⁸⁶ *Huber*, in Meder/Brechmann (Hrsg.), Art. 28 BayVerf, Rn. 1.

⁸⁷ *Huber*, in Meder/Brechmann (Hrsg.), Art. 28 BayVerf, Rn. 2.

⁸⁸ In diese Richtung auch *Kring*, NVwZ 2019, S. 28.

fassungsrechtlichen Bedenken gegen die Anwendung der Zwangshaft überwunden werden könnten bzw. müssten.

C. Unionsrechtliche Beurteilung der Zwangshaft gegen Amtsträger

In Luxemburg erkennt man wohl das Dilemma, in dem der BayVGH sich befindet, Generalanwalt Saugmandsgaard bezeichnete den Fall als „ungewöhnlich, aber keineswegs belanglos“⁸⁹ und betonte, das Verhalten der bayerischen Amtsträger könne „sowohl für die Gesundheit und das Leben der Menschen als auch für die Rechtsstaatlichkeit gravierende Folgen“⁹⁰ haben. Der EuGH lässt in seinem Urteil ebenfalls keinen Zweifel daran, dass er das Verhalten der bayerischen Amtsträger missbilligt. Es zeigt sich aber auch, dass der EuGH dem vorlegenden Gericht letztlich nicht helfen kann, weil sich die Antwort auf die Frage, ob ein deutsches Gericht Zwangshaft gegen deutsche Amtswalter verhängen kann, schlussendlich aus dem nationalen Recht ergibt.⁹¹ Aus dem Unionsrecht ergibt sich eine klare Notwendigkeit wirksamer Vollstreckung, ebenso ist aber klar geregelt, welche Anforderungen an Normen zu stellen sind, die Freiheitsbeschränkungen begründen. Ob das nationale Recht diesen Anforderungen genügt, muss aber das vorlegende Gericht selbst klären, denn der EuGH kann sich nur zur Auslegung des Unionsrechts äußern.

I. Notwendigkeit wirksamer Vollstreckung nach dem Unionsrecht

Der BayVGH nennt in seinem Vorabentscheidungsersuchen bereits die wesentlichen Normen des Unionsrechts, aus denen sich die Notwendigkeit ergibt, eine wirksame Vollstreckung zur Einhaltung unionsrechtlicher Verpflichtungen sicherzustellen.

An erster Stelle wird Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) genannt. Diese Norm besagt, dass die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art ergreifen, um die Verpflichtungen zu erfüllen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Art. 197 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) knüpft an Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV an⁹² und legt fest, dass die für das ordnungsgemäße Funktionieren der Union entscheidende effektive Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten als Frage von gemeinsamem Interesse anzusehen ist. Zweck der Vorschrift ist es, dem Interesse an der effektiven Durchführung des Unionsrechts Vorrang vor nationalen Interessen zu verleihen, insbesondere wenn es um die Ausgestaltung und Anwendung nationalen Rechts geht.⁹³ Speziell für die Ausgestaltung gerichtlicher Verfahren, die den Schutz der aus dem Unionsrecht folgenden Rech-

89 Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 40.

90 Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 40.

91 So meint Will, NJW 2020, S. 264 sogar, dass die Vorlage gar nicht nötig gewesen wäre.

92 Hatje, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 197 AEUV, Rn. 1.

93 Hatje, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 197 AEUV, Rn. 3.

te des Einzelnen betreffen, folgt aus dem Loyalitätsgebot und dem Grundsatz der effektiven Durchführung des Unionsrechts, dass das nationale Verfahrensrecht den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität unterliegt.⁹⁴ Die Verfahrensmodalitäten für solche Rechtsbehelfe dürfen nach dem Grundsatz der Äquivalenz nicht weniger günstig ausgestaltet sein als bei der Durchsetzung des nationalen Rechts, und sie dürfen nach dem Grundsatz der Effektivität die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.⁹⁵ Das Äquivalenzprinzip ist vorliegend nicht betroffen, denn das nationale Recht macht keinen Unterschied zwischen der Vollstreckung von Urteilen mit oder ohne Unionsrechtsbezug.⁹⁶ Der Effektivitätsgrundsatz würde hingegen verletzt, wenn dem Betroffenen, der mit einer gerichtlichen Entscheidung seine unionsrechtlich gewährleisteten Rechte durchsetzen will, keine wirkungsvolle Vollstreckung an die Hand gegeben wird, weil dann die Durchsetzung seiner Rechte faktisch unmöglich ist.⁹⁷

Zudem verankern Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, Art. 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh) und Art. 9 Abs. 4 Satz 1 der hier einschlägigen Aarhus-Konvention⁹⁸ ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf. Zu Art. 47 GrCh hat der EuGH bereits geurteilt, dass das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf illusorisch wäre, wenn die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats es zuließe, dass eine endgültige und bindende gerichtliche Entscheidung zulasten einer Partei wirkungslos bliebe.⁹⁹ Der EuGH bezieht sich vorliegend auf diese Rechtsprechung und verweist insbesondere darauf, dass das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf umso bedeutender ist, als in dem von der Richtlinie 2008/50 erfassten Bereich das Unterbleiben der von ihr vorgegebenen Maßnahmen die Gesundheit von Personen gefährdet.¹⁰⁰ Das nationale Recht hat daher insbesondere im vorliegenden Fall sicherzustellen, dass eine effektive Vollstreckung stattfindet.

94 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 33; EuGH, Rs. C-213/13, *Impresa Pizzarotti und C. Spa gegen Comune di Bari u. a.*, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 54; EuGH, Rs. C-234/17, *XC u. a.*, ECLI:EU:C:2018:853, Rn. 21.

95 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 33; EuGH, Rs. C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5; EuGH, Rs. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenbout und Cie SCS gegen Belgischer Staat*, ECLI:EU:C:1995:437, Rn. 12; EuGH, Rs. C-234/17, *XC u. a.*, ECLI:EU:C:2018:853, Rn. 22.

96 So ohne Begründung auch Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972 Rn. 53.

97 Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 54.

98 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, ABl. L 124 vom 17.02.2005, S. 4.

99 EuGH, Rs. C-556/17, *Alekszij Torubarov v. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, ECLI:EU:C:2019:626, Rn. 57; in diesem Sinne auch EuGH, Rs. C-205/15, *DGRFP v. Toma und Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, ECLI:EU:C:2016:499, Rn. 43.

100 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 34 ff., 38.

Zuletzt würde auch die Rechtsstaatlichkeit als Wert, auf dem die Union gründet (Art. 2 EUV), gefährdet, wenn gerichtliche Entscheidungen nicht wirksam durchgesetzt werden könnten.¹⁰¹

II. Bisherige Entscheidungen des EuGH zur Luftqualitätsrichtlinie und ihrer Umsetzung

Der EuGH hatte bereits in der Vergangenheit zu Vorlageverfahren Stellung zu nehmen, die die Nichteinhaltung der Grenzwerte der Luftqualitätsrichtlinie und die Eintragbarkeit von Luftreinhalteplänen betrafen.

Im Urteil *Janecek* entschied der EuGH, dass „natürliche oder juristische Personen, die unmittelbar von der Gefahr einer Überschreitung der Grenzwerte oder der Alarmschwellen betroffen sind, bei den zuständigen Behörden – gegebenenfalls unter Anrufung der zuständigen Gerichte – erwirken können müssen, dass beim Vorliegen einer solchen Gefahr ein Aktionsplan erstellt wird.“¹⁰² Die Verpflichtung in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 96/62 sei unbedingt und hinreichend genau und diene dem Schutz der Gesundheit, sodass sich betroffene Individuen nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH darauf berufen könnten.¹⁰³

In der Entscheidung *Client Earth* stellte er klar, dass für den Fall, dass ein Mitgliedstaat seine Verpflichtungen aus Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2008/50 über Luftqualität und saubere Luft in Europa nicht eingehalten hat, ein angerufenes zuständiges nationales Gericht gegenüber der nationalen Behörde jede erforderliche Maßnahme zu erlassen hat, damit die Behörde den nach der Richtlinie erforderlichen Plan aufstellt.¹⁰⁴ Diese Verpflichtung folge aus Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 19 Abs. 1 EUV und den Ausführungen im Urteil *Janecek*.¹⁰⁵

In der Rechtssache *Craeynest* bestätigte der EuGH seine Rechtsprechung aus den vorangegangenen Entscheidungen; es findet sich hier aber der Zusatz, dass sich die erforderlichen Maßnahmen, die nationale Gerichte gegenüber den Behörden bei Nichteinhaltung der Grenzwerte zu erlassen haben, auf die Maßnahmen beschränken, die im nationalen Recht auch vorgesehen sind.¹⁰⁶

Das aktuelle Verfahren knüpft zwar an die Entscheidungen *Janecek*, *Client Earth* und *Craeynest* an, geht aber über diese hinaus. Denn der BayVGH hat bereits die zuständige Behörde auf Klage der DUH hin dazu verpflichtet, den Luftreinhalteplan

101 Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 49; dort Verweis auf EuGH, Rs. C-619/18, *Kommission v. Polen*, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 53 und EuGH, Rs. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 30, 31.

102 EuGH, Rs. C-237/07, *Dieter Janecek v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2008:447, Rn. 39.

103 EuGH, Rs. C-237/07, *Dieter Janecek v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2008:447, Rn. 36 f.

104 EuGH, Rs. C-404/13, *Client Earth und Regina v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, ECLI:EU:C:2014:2382, Leitsatz 4 und Rn. 52 ff.

105 EuGH, Rs. C-404/13, *Client Earth und Regina v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, ECLI:EU:C:2014:2382, Rn. 52 ff.

106 EuGH, Rs. C-723/17, *Lies Craeynest u. a. v. Brussels Hoofdstedelijk Gewest und Brussels Instituut voor Milieubeheer*, ECLI:EU:C:2019:533, Rn. 56.

fortzuschreiben, damit die Grenzwerte eingehalten werden. Es geht nunmehr um die Frage, wie diese Verpflichtung durchgesetzt wird, speziell, ob das Unionsrecht es ermöglicht oder sogar gebietet, Zwangshaft gegen die Amtsträger zu verhängen, die sich beharrlich weigern, die Entscheidung umzusetzen.

III. Ermöglichung der Zwangshaft gegen Amtsträger über den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts?

Da das vorliegende Gericht wegen verfassungsrechtlicher Hindernisse aus dem nationalen Recht nicht die Zwangshaft für Amtsträger herleiten kann, andere Zwangsmittel als nicht wirkungsvoll erachtet, das Unionsrecht aber wie gezeigt eine wirkungsvolle Vollstreckung gebietet, stellt sich die Frage, welche Mittel das Unionsrecht bereitstellt, um eine Zwangshaft dennoch zu ermöglichen. Ein wichtiges und wirkungsvolles Mittel, dem Unionsrecht Geltung zu verschaffen, ist der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts. Dieser wurde vom EuGH aus dem Gesamtsystem der Verträge hergeleitet,¹⁰⁷ beruht aber letztlich auch auf Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁰⁸ Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts gibt den nationalen Gerichten weitreichende Mittel an die Hand. Sie können (und müssen) das nationale Recht unter Heranziehung aller gängigen Methoden so auslegen, dass das Unionsrecht durchgesetzt wird, und entgegenstehende nationale Regelungen, die sich nicht unionsrechtskonform auslegen lassen, sogar außer Acht lassen.¹⁰⁹ Der EuGH stellt auch für den vorliegenden Fall nochmals klar, dass das nationale Gericht, insbesondere in den vom Umweltrecht der Union erfassten Bereichen, nationales Recht so auszulegen hat, dass es so weit wie möglich mit Art. 9 Abs. 3 und 4 Aarhus-Konvention und dem unionsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes übereinstimmt.¹¹⁰ Wenn eine unionsrechtskonforme Auslegung der nationalen Bestimmung durch das nationale Gericht nicht möglich ist, sei es als Organ eines Mitgliedstaats dazu verpflichtet, jede nationale Bestimmung unangewendet zu lassen, die einer Bestimmung des Unionsrechts, die in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit unmittelbare Wirkung hat, entgegensteht.¹¹¹

Das vorliegende Gericht muss im konkreten Fall also zunächst versuchen, die einschlägigen nationalen Normen so auszulegen, dass das Unionsrecht wirkungsvoll durchgesetzt wird. Das führt dazu, dass es letztlich auch aufgrund von Unionsrecht nicht umhinkommt, § 172 VwGO so auszulegen, dass er vorliegend zumindest keine Sperrwirkung für die Zwangsvollstreckungsnormen der ZPO entfaltet, die eine ef-

107 St. Rspr. seit EuGH, Rs. 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, S. 1259, 1269 ff. Bestätigt durch die Erklärung (Nr. 17) zum Vorrang im Anhang zur Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl. C 306 v. 17.12.2007, S. 256).

108 Vedder, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 32.

109 Schlusssanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 55 ff.

110 EuGH, Rs. C 752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 39.

111 EuGH, Rs. C 752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 42.

fektivere Vollstreckung versprechen. Da dem Unionsrecht selbst Normen des nationalen Verfassungsrechts nicht entgegenstehen können,¹¹² dürften insoweit sogar die Bedenken bezüglich Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 GG auszuräumen sein.¹¹³ Während das nationale Recht dem Vorrang des Unionsrecht also kaum eine Grenze zu setzen vermag, ist dies bei entgegenstehendem Unionsrecht jedoch gänzlich anders, wie der EuGH sogleich in seinem Urteil klarstellt.

IV. Art. 6 GrCh als absolute Grenze des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts

Vielmehr gilt auch der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts nicht unbegrenzt, denn er kann logischerweise nicht so weit gehen, dass kollidierendes Unionsrecht, insbesondere Grundrechte, verletzt werden.¹¹⁴ Das Recht auf einen effektiven Rechtsschutz ist kein absolut geschütztes Recht, sondern unterliegt Beschränkungen zugunsten der Rechte und Freiheiten anderer.¹¹⁵ Im vorliegenden Fall fällt der Blick daher schnell auf Art. 6 GrCh. Dieser entspricht inhaltlich Art. 5 EMRK und gewährleistet das Recht auf Freiheit, womit die körperliche Bewegungsfreiheit gemeint ist.¹¹⁶ Nach Art. 52 Abs. 1 GrCh muss jeder Eingriff in dieses Recht gesetzlich vorgesehen sein und der Wesensgehalt des Rechts geachtet werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat diese Anforderung konkretisiert, wonach die Regelung den Freiheitsentzug unter Ausschluss jeder Möglichkeit der Willkür regeln und daher hinreichend zugänglich, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbar sein muss.¹¹⁷ Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH übernommen:¹¹⁸ Jeder Freiheitsentzug muss auf einer hinreichend zugänglichen, präzisen und in ihrer Anwendung vorhersehbaren gesetzlichen Regelung beruhen, um Willkür zu vermeiden.¹¹⁹ Sollte es im nationalen Recht keine solche Norm geben, so sei eine Verhängung von Zwangshaft allein auf Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes und des Gebots

112 EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3; später dann EuGH, Rs. 106/77, *Simmenthal II*, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 ff.; Rs. C-409/06, *Winner Wetten GmbH*, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 60 f.; *Bergmann*, in: Bergmann (Hrsg.), Stichwort: Vorrangfrage Europarecht – Nationales Recht.

113 So auch *Will*, NJW 2020, S. 264.

114 So auch EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 43.

115 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 44.

116 *Von Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Art. 6 GrCh, Rn. 1; *Ogorek*, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Art. 6 GrCh, Rn. 2.

117 EGMR, Nr. 42750/09, *Del Rio Prada v. Spain*, Rn. 125; EGMR, Nr. 19776/92, *Amuur v. France*, Rn. 50.

118 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 46; EuGH, Rs. C-258/15, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie v. Salah Al Chodor u.a.*, ECLI:EU:C:2017:213, Rn. 38, 40.

119 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 46; Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 72.

effektiven Rechtsschutzes nicht möglich.¹²⁰ Der EuGH stellt zudem klar, dass die strengen Anforderungen auch für Normen gelten, welche die Zwangshaft regeln, die sich als Beugemittel durch die Besonderheit auszeichnet, dass der Betroffene durch eigenes Verhalten, nämlich die Befolgung der Gerichtsentscheidung, ohne Weiteres die Inhaftierung vermeiden kann.¹²¹

Zudem gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der bei kollidierenden Grundrechten erfordert, dass die dem Schutz dieser Grundrechte dienenden Erfordernisse miteinander in Einklang gebracht werden und in angemessenem Verhältnis zueinander stehen.¹²² Deshalb wäre die Verhängung von Zwangshaft nur als allerletztes Mittel zulässig, wenn tatsächlich alle milderen Maßnahmen versucht wurden und nur so eine wirkungsvolle Vollstreckung möglich ist.¹²³ Als mildere Maßnahme nennt der EuGH beispielhaft mehrere hohe Geldbußen in kurzen Zeitabständen, die nicht letzten Endes wieder dem Haushalt zufließen, aus dem sie stammen.¹²⁴

Während Generalanwalt *Saugmandsgaard* noch weitergehende Ausführungen darüber macht, ob die nationale Norm den oben genannten Anforderungen genügt,¹²⁵ betont der EuGH, dass die Frage, ob es im nationalen Recht eine Norm gebe, die den oben genannten Anforderungen genüge und deren Anwendung auch im konkreten Fall verhältnismäßig sei, allein vom nationalen Gericht zu entscheiden sei.¹²⁶ Sollte es aber zu dem Ergebnis kommen, dass alle Voraussetzungen für eine Zwangshaft erfüllt sind, so wäre es zu deren Verhängung sogar kraft Unionsrechts verpflichtet.¹²⁷

V. Verhängung von Zwangshaft gegen Amtsträger als Verstoß gegen Art. 6 GRCh?

Infolge der Entscheidung des EuGH wird das vorliegende Gericht daher klären müssen, ob § 167 VwGO i. V. m. § 888 Abs. 1 ZPO für den Fall der Anwendung auf die Zwangshaft gegen Amtsträger eine hinreichend zugängliche, präzise und in ihrer An-

120 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 49.

121 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 47; dem zustimmend *Will*, NJW 2020, S. 264.

122 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 50.

123 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 51; Schlussanträge GA *Saugmandsgaard*, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 86; Schlussanträge GA *Saugmandsgaard*, Rs. C-528/15, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie v. Salah Al Chodor u.a.*, ECLI:EU:C:2016:865, Rn. 34.

124 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 40.

125 Schlussanträge GA *Saugmandsgaard*, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 75 ff.

126 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 48, 51.

127 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 52.

wendung vorhersehbare gesetzliche Regelung ist und ihre Anwendung im Einzelfall verhältnismäßig wäre. Hierbei sind vor allem die Vorhersehbarkeit, insbesondere der Adressatenauswahl, sowie die Verhältnismäßigkeit problematisch.

1. Vorhersehbarkeit der Anwendung

Vor dem Hintergrund des Schutzes vor jeglicher Gefahr der Willkür muss überprüft werden, ob § 167 VwGO i.V.m. § 888 ZPO in ihrer Anwendung auf die Zwangshaft gegen Amtsträger vorhersehbar wären. Allein der Streit darüber, ob § 172 VwGO über seinen Wortlaut hinaus auch für weitere Verfahrensarten Sperrwirkung hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsnormen der ZPO entfaltet, könnte einer hinreichenden Vorhersehbarkeit der Anwendung der Norm entgegenstehen.¹²⁸ Legt man einen strengen Maßstab an, so müsste man fordern, dass allein durch den Blick ins Gesetz klar ersichtlich ist, ob Zwangshaft gegen Amtsträger angewendet werden kann. Dies ist erkennbar nicht der Fall, erfordert doch bereits die grundsätzliche Anwendbarkeit der Norm einen erheblichen Begründungsaufwand. Zudem hatten die deutschen Gerichte, einschließlich des BVerfG, bisher eine Zwangshaft gegen Amtsträger stets verneint,¹²⁹ was zusätzlich einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Auf nationaler Ebene hat das BVerfG in seiner ständigen Rechtsprechung zum Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen diese zwar grundsätzlich für zulässig erachtet, aber auch gefordert, dass sie sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung halten.¹³⁰ Auch diesbezüglich ist die Vorhersehbarkeit höchst fragwürdig. Wenn der BayVGH nämlich als erstes deutsches Gericht entgegen der bisher bestehenden Einigkeit Zwangshaft gegen Amtsträger verhängen wollte, wäre das ein absolutes Novum. Zwar wurde durch die Vorlage des BayVGH an den EuGH gezeigt, dass eine Zwangshaft gegen Amtsträger nun zumindest ernsthaft geprüft wird. Vor dem Hintergrund, dass das Vorhersehbarkeitskriterium dem Ausschluss jeglicher Gefahr der Willkür dient, kann es aber nicht ausreichend sein, dass ein derartiger Vertrauenstatbestand erst im Rahmen des konkreten Verfahrens erschüttert wird, in dem die Haft dann auch angeordnet werden soll.

So genügt es auch nicht, dass der Schuldner nach § 891 S. 2 ZPO vor der Entscheidung über die Verhängung des Zwangsmittels anzuhören ist und er an dieser Stelle darauf hingewiesen wird, dass Zwangshaft möglich erscheint. Auch die Überlegung, durch eine vorherige Androhung der Zwangshaft deutlich zu machen, dass sich die Überzeugung, eine Zwangshaft gegen Amtsträger sei nicht möglich, nun geändert hat,¹³¹ genügt daher nicht dem Vorhersehbarkeitskriterium. Dass § 888 Abs. 2 ZPO

128 BayVGH, BeckRS 2018, 29302, Rn. 152; verweisend auf die Vorträge der Parteien, aus denen sich die Auslegungsschwierigkeiten ergeben, Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 75.

129 BayVGH, BeckRS 2018, 29302, Rn. 147 m. w. N.

130 BVerfG, NJW 2013, S. 523, 524.

131 Verweisend auf den Vortrag der DUH, Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 76.

eine solche Androhung wegen der bereits erfolgten Anhörung nach § 891 S. 2 ZPO und zur Verfahrensbeschleunigung gerade nicht vorsieht,¹³² könnte nach dem oben dargestellten Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts zwar außer Acht gelassen werden, zumal in § 172 VwGO vor der Zwangsgeldverhängung eine solche Androhung vorgesehen ist.¹³³ Es bleibt aber überaus fraglich, ob eine bloße Anhörung bzw. Androhung zur unionsrechtlich geforderten Vorhersehbarkeit der Anwendung der Norm beiträgt und die jahrelange Einigkeit hinsichtlich der Unanwendbarkeit der Zwangshaft gegenüber Amtsträgern überwinden kann. Anhörung und Androhung sind auf einen konkreten Fall bezogen, während die bislang bestehende Rechtsüberzeugung generell galt. Gerade bei Freiheitsbeschränkungen sind solche Einzelfallmaßnahmen als hochproblematisch einzustufen. Dieses Vorgehen würde für enorme Rechtsunsicherheit sorgen, denn nur weil der BayVGh über eine Androhung mit der bestehenden Rechtstradition bricht, bedeutet das nicht, dass ihm alle anderen Gerichte folgen. Eine uneinheitliche Handhabung freiheitsbeschränkender Normen soll durch die besonderen Bestimmtheits- und Vorhersehbarkeitsanforderungen auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene gerade verhindert werden. Eine Abkehr von der bislang vertretenen Haltung, Zwangshaft gegen Amtsträger sei nicht möglich, wäre nur durch eine Gesetzesänderung in hinreichend vorhersehbarer Weise und mit genereller Geltung möglich.

Noch viel unvorhersehbarer ist die Adressatenauswahl, auf die bereits in Bezug auf das nationale Recht eingegangen wurde. Eigentlich verantwortlich für das Fehlverhalten der zuständigen Behörde ist aufgrund des Weisungsverhältnisses die Bayerische Staatsregierung. Wegen bestehender Immunitäten kann jedoch auf diese Amtsträger von vornherein nicht zurückgegriffen werden. Dass der BayVGh deshalb auf nachgeordnete Amtsträger zurückgreifen will und geradezu eine Vielzahl möglicher Adressaten identifiziert, macht den Adressatenkreis unüberschaubar und die konkrete Anwendung der Zwangshaft auch in diesem Sinne unvorhersehbar.¹³⁴ Auch an dieser Stelle ist der Gesetzgeber gehalten, für den Fall, dass überhaupt die Ausgestaltung einer Zwangshaft gegen Amtsträger gewollt ist, gesetzlich festzulegen, wen konkret diese Zwangshaft dann treffen soll.

Somit entsprechen die nationalen Regelungen in ihrer Anwendung auf Amtsträger nicht dem vom EGMR aufgestellten und vom EuGH übernommenen Kriterium der Vorhersehbarkeit ihrer Anwendung.¹³⁵

2. Verhältnismäßigkeit

Letztlich müsste die Anordnung einer Zwangshaft gegen konkrete Amtsträger zudem verhältnismäßig sein. Dabei ist im Hinblick auf die Bedeutung der persönlichen Frei-

132 Stürner, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 888 ZPO, Rn. 27.

133 Darauf verweist auch der BayVGh, BeckRS 2018, 29302, Rn. 153.

134 So auch Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 77 ff.

135 Anderer Ansicht zumindest für die Zukunft Will, NJW 2020, S. 265.

heit anerkannt, dass eine Zwangshaft nur ultima ratio sein kann.¹³⁶ Ultima ratio bedeutet, dass man alle anderen denkbaren milderen Mittel ausgeschöpft hat. Ob aber im vorliegenden Fall jede denkbare Zwangsmaßnahme bereits ausgeschöpft wurde, ist fraglich. Bis zur Vorlage des BayVGh wurde lediglich ein Zwangsgeld i. H. v. zweimal 4000 €, zahlbar an das Innenministerium, tatsächlich festgesetzt. Das Zwangsgeld bewegt sich nicht nur in eher geringer (beim Maßstab des § 888 ZPO) bis moderater (beim Maßstab des § 172 VwGO) Höhe, sondern verblieb auch gänzlich im Staatshaushalt Bayerns. Eine tatsächliche Zwangswirkung war daher von Anfang an kaum zu erwarten, zumal die öffentlichen Äußerungen hinsichtlich des Urteils keinen Zweifel an der Renitenz der Entscheidungsträger ließen. Müssen daher zuerst alle denkbaren milderen Mittel herangezogen werden, bevor man überhaupt an die Verhängung von Zwangshaft denken kann, gelangt man zur Erkenntnis, dass es an solchen im vorliegenden Fall nicht mangelt.

a) Höheres Zwangsgeld an anderen Adressaten

Vorgeschlagen wurde vom vorlegenden Gericht ein höheres Zwangsgeld nach der ZPO. Dieses Vorgehen ist sowohl nach den Ansichten, die § 172 VwGO in dieser Konstellation gar nicht anwenden, als auch nach der Ansicht des BVerfG, auf die Zwangsmittel der ZPO zurückzugreifen, wenn § 172 VwGO eine effektive Vollstreckung nicht ermöglicht,¹³⁷ denkbar. Nach § 167 VwGO i. V. m. § 888 ZPO ist daher die ggf. mehrmalige Verhängung von einzelnen Zwangsgeldern bis zu 25.000 € möglich. Allerdings wird auch ein höheres Zwangsgeld keine Abkehr erwirken, zumindest solange es nur von einem Haushalt in den anderen verbucht wird.

Dies wirft die Frage auf, ob das ggf. höher ausfallende Zwangsgeld dann an einen anderen Adressaten (z. B. DUH) gerichtet werden könnte, wie es auch der EuGH vorgeschlagen hat.¹³⁸ Bislang bestand Einigkeit, dass das beigetriebene Zwangsgeld der Staatskasse zusteht.¹³⁹ Begibt man sich auf die Suche nach den Gründen, warum das Zwangsgeld der Staatskasse zufließt, so stellt man schnell fest, dass es gar keine eindeutige Regelung gibt, die dies besagt.¹⁴⁰ Wird das Zwangsgeld nach § 172 VwGO verhängt, so ist umstritten, wonach sich die Vollstreckung richtet. § 172 VwGO regelt diese jedenfalls nicht selbst. Entweder man greift auf § 170 VwGO¹⁴¹ oder auf die

136 BVerwGE 4, 196, 198; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 104 GG, Rn. 17; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Art. 2 GG, Rn. 128.

137 Näher zu den Ansichten s. o.

138 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 40; so auch *Klinger*, NVwZ 2019, S. 1335; in dieselbe Richtung, jedoch ohne nähere dogmatische Erklärung *Berkemann*, DÖV 2019, S. 772.

139 *Lackmann*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), § 888 ZPO, Rn. 15; *Benjtsen*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf (Hrsg.), § 888 ZPO, Rn. 39; *Gruber*, in: Vorwerk/Wolf, § 888 ZPO, Rn. 31.

140 So auch *Klinger*, NVwZ 2019, S. 1335.

141 *W.-R. Schenke*, in: Kopp/ders. (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 6; *von Nicolai*, in: Redeker/v. Oertzen (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 7.

Justizbeitreibungsordnung (JBeitrO) zurück.¹⁴² Bei einer Verhängung des Zwangsgeldes nach § 888 ZPO richtet sich die Vollstreckung entweder nach den Vorschriften der ZPO über die Vollstreckung wegen Geldforderungen¹⁴³ oder ebenfalls nach der JBeitrO.¹⁴⁴ Keine der Varianten trifft aber eine klare Aussage darüber, wo das eingetriebene Zwangsgeld letztlich verbleibt. § 2 JBeitrO legt nur die Gerichtskasse als Vollstreckungsbehörde fest, was aber nicht bedeutet, dass diese das eingetriebene Zwangsgeld nicht an einen anderen Empfänger auszahlen könnte.¹⁴⁵ Da es somit bereits an einer entgegenstehenden Norm fehlt, ist eine solche Vorgehensweise jedenfalls unionsrechtlich geboten, um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.¹⁴⁶ Dies erkannte nun auch das VG Stuttgart, welches im gleich gelagerten Verfahren der DUH gegen das Land Baden-Württemberg zu entscheiden hatte, und das Land Baden-Württemberg unter Rückgriff auf § 167 VwGO i. V. m. § 888 ZPO zur Zahlung eines Zwangsgeldes i. H. v. 25.000 € an die Deutsche Kinderkrebsstiftung verurteilte.¹⁴⁷ Eine Beschwerde gegen diese Entscheidung wies der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zurück.¹⁴⁸

Die Effektivität eines solchen Zwangsgeldes ließe sich noch steigern, wenn es, wie auf Unionsebene üblich, für jeden weiteren Tag der Zuwiderhandlung festgesetzt werden könnte. Hierzu wird vielfach vertreten, dass zumindest im Rahmen von § 888 ZPO ein Zwangsgeld, welches für jeden weiteren Tag der Zuwiderhandlung festgesetzt wird, insbesondere wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes,¹⁴⁹ nicht möglich ist.¹⁵⁰ Vorgebracht wird zur Begründung, dass nur durch Festsetzung eines einheitlichen Betrages dem Schuldner vor Augen geführt werden könne, welche finanziellen Einbußen er bei Zuwiderhandlung riskiert.¹⁵¹ Während in § 890 ZPO, der die Vollstreckung von Verpflichtungen regelt, welche auf Unterlassung einer Handlung oder Duldung der Vornahme einer Handlung gerichtet sind, eine Festsetzung für den Fall jeder Zuwiderhandlung möglich ist, könne man dies auf § 888 ZPO gerade nicht übertragen.¹⁵² Vielmehr müsste nach erfolgloser Vollstreckung eines einzelnen Zwangsgeldes erneut ein Antrag auf Vollstreckung gestellt werden. Würde das vorhergehende Zwangsgeld noch nicht vollstreckt, so fehle diesem Antrag das Rechtsschutzbedürfnis.¹⁵³

142 Pietzner/Möller, in Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 47; Heckmann, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 82.

143 Kießling, in: Säger (Hrsg.), § 888 ZPO, Rn. 22; Lackmann, in: Musielak/Voit (Hrsg.), § 888 ZPO Rn. 15.

144 OLG München NJW 1983, S. 947.

145 Klinger, NVwZ 2019, S. 1335.

146 Klinger, NVwZ 2019, S. 1335.

147 VG Stuttgart, BeckRS 2020, 234, Tenor.

148 VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 14.05.2020 – 10 S 461/20, – juris.

149 Stürner, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.) § 888 ZPO, Rn. 15.

150 LAG Baden-Württemberg, BeckRS 2013, 199768, Rn. 18; LAG Berlin, NZA 1986, S. 36, Leitsatz; Gruber, Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 888 ZPO, Rn. 29.

151 LAG Berlin, NZA 1986, S. 36, Anmerkung der Schriftleitung.

152 LAG Berlin, NZA 1986, S. 36, Leitsatz; LAG Baden-Württemberg, BeckRS 2013, 199768, Rn. 18.

153 Stürner, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), § 888 ZPO, Rn. 17.

Diese Haltung kann insbesondere im Lichte der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nicht überzeugen. Der Wortlaut von § 888 ZPO steht dem Vorgehen jedenfalls nicht eindeutig entgegen. Das Argument, dass man nur durch Festsetzung eines einheitlichen Betrages dem Schuldner die Konsequenzen seiner Zuwiderhandlung vor Augen führen könne, ist ebenfalls nicht tragfähig. Durch einfache Addition der pro Tag der Zuwiderhandlung festgesetzten Beträge kann der Schuldner sich unproblematisch einen Überblick verschaffen. Dass § 890 ZPO eine Zwangsgeldfestsetzung für jeden Fall der Zuwiderhandlung ausdrücklich ermöglicht, bedeutet ebenfalls nicht, dass dies bei § 888 ZPO im Umkehrschluss nicht möglich sein soll.¹⁵⁴ Für die Zwangsgeldfestsetzung nach § 172 VwGO gilt dies ebenso.¹⁵⁵ Vor dem Hintergrund des effektiven Rechtsschutzes ist es geboten, den Gläubiger nicht darauf zu verweisen, in regelmäßigen Abständen erneut die Festsetzung eines Zwangsgeldes zu beantragen, welches dann in einem oft mehrere Monate dauernden Verfahren festgesetzt wird.¹⁵⁶

b) Rückgriff auf die einzelnen Amtswalter hinsichtlich des Zwangsgeldes

Da das Fehlverhalten der Behörde letztlich auf den Willen einzelner Entscheidungsträger zurückgeht, den es zu brechen gilt, stellt sich die Frage, ob es nicht statt einer Zwangshaft als starken Eingriff in die Freiheit der Person mildere Rückgriffsmöglichkeiten gibt.

Regress der pflichtigen Behörde beim verantwortlichen Amtsträger wegen Verletzung seiner Dienstpflicht zu rechtmäßigem Verhalten kommt nur in Betracht, wenn das Zwangsgeld an einen anderen Adressaten gezahlt wird als den Rechtsträger des anordnenden Gerichts, der mit dem Rechtsträger der Behörde identisch ist, da ansonsten kein Schaden entsteht.¹⁵⁷ Da oben aber erläutert wurde, dass das Zwangsgeld aus Effektivitätsgründen ohnehin an einen anderen Adressaten zu zahlen ist, scheint ein Regress möglich.¹⁵⁸

Auch die Frage, ob als milderes Mittel im Vergleich zur Zwangshaft gegen den Amtsträger zunächst ein Zwangsgeld angeordnet werden könnte, steht im Raum.¹⁵⁹ Für § 172 VwGO lässt sich die Frage verneinen, denn der Wortlaut, der die Auslegungsgrenze darstellt, steht klar entgegen. So steht in § 172 VwGO ausdrücklich, dass Zwangsgeld nur gegen „die Behörde“¹⁶⁰ verhängt werden kann. Ein entsprechender

154 Siehe auch *Schmidt*, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle (Hrsg.), § 888 ZPO, Rn. 14a, der eine mehrmalige Anordnung wegen desselben Ungehorsams gerade für möglich hält, wenn der Ungehorsam trotz früherer Anordnung fort dauert.

155 *Klinger*, NVwZ 2019, S. 1335.

156 *Klinger*, NVwZ 2019, S. 1335.

157 *Kring*, NVwZ 2019, S. 26; *Pietzner/Möller*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 10.

158 So auch *Klinger*, NVwZ 2019, S. 1335.

159 So vorgeschlagen von *Berkemann*, DÖV 2019, S. 773.

160 Wobei mit „die Behörde“ wohl eher deren Rechtsträger gemeint sein muss, da die Behörde selbst kein Rechtsträger ist und auch gar nicht über eigenes Vermögen verfügt. So sieht es auch das VG München, das den Freistaat Bayern als Vollstreckungsschuldner sieht und nicht die zum Handeln berufene Behörde, nämlich das Umweltministerium. I.ü. beispielhaft *Heckmann*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), § 172, Rn. 17 m. w. N.

Vorschlag, die Zwangsgeldverhängung auch gegen den Behördenleiter verhängen zu können, wurde nicht übernommen.¹⁶¹

Wendet man hingegen § 167 VwGO i. V. m. § 888 ZPO an, so kommt man zum selben Problem, wie bei der Zwangshaft, dass der Schuldner i. S. v. § 888 ZPO eigentlich die Behörde ist (bzw. deren Rechtsträger). Es fehlt an einer Weiterleitung der Zahlungsverpflichtung an den einzelnen Amtsträger. Da es sich aber nicht um eine Freiheitsbeschränkung handelt und das reine Vermögen auch nicht vom Eigentumsgrundrecht geschützt ist,¹⁶² sind hier jedoch im Vergleich zur Zwangshaft gerade keine derart hohen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen. Jedenfalls wäre es widersinnig, die Ansicht zu vertreten, der Amtsträger könne zwar in Zwangshaft genommen werden, die Verhängung eines Zwangsgeldes gegen ihn sei hingegen nicht möglich. Wenn man daher eine Zwangshaft gegen den Amtsträger in Erwägung zieht, so muss in jedem Fall zunächst als milderer Mittel ein Zwangsgeld gegen ihn verhängt werden.

c) Zwangshaft gegen Amtsträger im konkreten Fall unverhältnismäßig

Wie gezeigt gibt es somit auch ohne Rückgriff auf die Zwangshaft noch verfügbare Mittel, um eine wirkungsvolle Vollstreckung zu gewährleisten. Diese müssen, weil sie durchaus geeignet erscheinen, zuerst ausgeschöpft werden. Unter diesem Gesichtspunkt wäre die Zwangshaft vorliegend jedenfalls unverhältnismäßig.

Darüber hinaus sei erwähnt, dass ein wie vom BayVGH vorgeschlagenes Vorgehen hinsichtlich der Adressatenauswahl, bei dem letztlich wegen Berücksichtigung bestehender Immunitäten auf rangniedere Amtsträger zurückgegriffen werden müsste, der einzelne Amtswalter lediglich zum Spielball zwischen Exekutive und Justiz gemacht werden würde. Vor dem Hintergrund des Willkürverbots und auch der Menschenwürde wäre dies hochproblematisch.

3. Unionsrecht steht Zwangshaft gegen Amtsträger ebenfalls entgegen

Zwar fordert das Unionsrecht die effektive Umsetzung der Luftqualitätsrichtlinie und eine wirkungsvolle Vollstreckung diesbezüglich ergangener gerichtlicher Entscheidungen. Art. 6 GrCh erfordert aber als Rechtsgrundlage für Freiheitsentziehungen eine präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbare Rechtsgrundlage, die das deutsche Recht in Bezug auf Zwangshaft gegen Amtsträger nicht bereithält. Zudem müsste der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden und dürfte Zwangshaft nur als ultima ratio angewendet werden, was vorliegend ebenfalls nicht erfüllt wäre. Damit

161 Der Entwurf Bundesverwaltungsgerichtsordnung der AG der Verwaltungsgerichtspräsidenten und Innenminister enthielt in § 164 eine Regelung, wonach Zwangsmittel auch gegen den Behördenleiter verhängt werden können (DVBl. 1951, nach S. 586). Diese wurde aber nicht übernommen; so auch die Argumentation bei *Kring*, NVwZ 2019, S. 26; *Miedtank*, S. 116 und *Pietzner/Möller*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), § 172 VwGO, Rn. 9.

162 BVerfG, NJW 1954, S. 1235, 1236; BVerfG, NJW 1997, S. 1975.

steht auch das Unionsrecht einer Zwangshaft gegen deutsche Amtsträger aktuell entgegen.

VI. Alternativen zur Wahrung des Unionsrechts

Sollten alle Vollstreckungsversuche trotz Ausnutzung aller verfügbaren Mittel scheitern, so kennt das Unionsrecht dennoch effektive Möglichkeiten seiner Durchsetzung.

1. Vertragsverletzungsverfahren

Der EuGH und auch der Generalanwalt haben bereits darauf verwiesen, dass zur Sicherstellung der effektiven Wirksamkeit des Unionsrechts das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 Abs. 2 AEUV eine wirkungsvolle Methode ist.¹⁶³ Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der Nichteinhaltung der Luftreinerhalterichtlinie ist bereits eingeleitet.¹⁶⁴ Mit Pauschalbetrag und Zwangsgeld in empfindlicher Höhe verfügt der EuGH jedenfalls über finanziell einschneidendere Möglichkeiten als nationale Gerichte. Zunächst würde zwar der Bund zur Zahlung verpflichtet, aber § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1 des Lastentragungsgesetzes sehen einen Regress gegen das verantwortliche Bundesland, also Bayern, vor. Man darf darauf hoffen, dass angesichts der dann drohenden Kosten ein Umdenken stattfindet, zumal ein solches Verfahren auch politisch immensen Druck erzeugt.

2. Staatshaftung

Der EuGH verweist darauf, dass die „volle Wirksamkeit des Unionsrechts und der wirksame Schutz der dem Einzelnen nach dem Unionsrecht zustehenden Rechte gegebenenfalls durch den dem System der Verträge, auf denen die Union beruht, innewohnenden Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, gewährleistet werden können.“¹⁶⁵ Diese Position ist zweifelhaft, denn es ist keineswegs ein effektiver Schutz der Rechte des Einzelnen, zuerst darauf zu warten, dass ihm ein Schaden entsteht, den er dann im Rahmen der Staatshaftung geltend machen kann. Zudem greift der Verweis für Verbände, wie die DUH, zu kurz, denn diesen geht es gerade nicht um ihre eigenen Rechte, und ihnen selbst kann auch kaum ein Schaden entstehen, außer man wollte ihnen parallel zur altruistischen Klagebefugnis auch einen altruistischen Schadensersatzanspruch zuerkennen.

163 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 53; Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 89.

164 Anhängige Rs. C-635/18, *Kommission v. Deutschland*.

165 EuGH, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn. 54.

Gerade im vorliegenden Fall können Einzelnen durch das Verhalten der bayerischen Amtsträger schwerwiegende Gesundheitsschäden entstehen, weil sie zu hohen Stickstoffdioxidwerten ausgesetzt sind. Es ist zunächst nicht zumutbar, in einem solchen Fall auf den Eintritt eines Schadens zu warten, und auch schwierig, die nötige Kausalität für eine Staatshaftung nachzuweisen. Für den Fall, dass aber bereits ein Schaden nachweisbar ist, bietet die Staatshaftung ein wirkungsvolles Mittel für den Einzelnen, zumindest eine finanzielle Entschädigung vom Staat zu erhalten.

3. Pflicht zu gesetzgeberischem Tätigwerden nach Unionsrecht?

Unabhängig davon, dass im konkreten Fall wegen der derzeitig bestehenden Rechtslage in Deutschland eine Zwangshaft gegen Amtsträger wegen Verletzung von Art. 6 GRCh nicht möglich ist, stellt sich die Frage nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers für künftige Fälle. Dies betrifft zunächst die Frage, ob das Unionsrecht eine Verpflichtung schafft, eine Zwangshaft gegen Amtsträger im nationalen Recht so auszugestalten, dass sie Art. 6 GrCh genügt. Diese Frage lässt sich klar verneinen. Zwar haben die Mitgliedstaaten das Unionsrecht effektiv umzusetzen, wie sie das tun, bleibt aber ihnen überlassen. Die Mitgliedstaaten handhaben die Zwangshaft gegen Amtsträger jedenfalls sehr unterschiedlich.¹⁶⁶

Sollte sich allerdings auch unter Ausschöpfung der oben dargelegten milderer Mittel zeigen, dass das deutsche Vollstreckungsrecht gegenüber Behörden nicht den unionsrechtlich vorgegebenen Effektivitätsanforderungen genügt, wäre eine Nachbesserung unionsrechtlich geboten.¹⁶⁷ Diese kann sich aber auch auf die effektivere Ausgestaltung des Zwangsgeldes beschränken.¹⁶⁸

VII. Was bleibt vom Vorlageverfahren?

Wer vom EuGH in diesem Vorabentscheidungsverfahren erwartet hat, dass er Markus Söder die Zellentür öffnet, der wurde enttäuscht. Er beschränkt sich in seinem nur 57 Randnummern umfassenden Urteil darauf, geradezu lehrbuchartig Umfang und Grenzen der Rechts auf einen effektiven Rechtsschutz zu definieren und in Relation zum kollidierenden Grundrecht aus Art. 6 GrCh zu setzen. Auch den bislang wohl als eine Art „Allheilmittel“ für Defizite bei der Umsetzung des Unionsrechts geltenden Anwendungsvorrang unterwirft er ausdrücklichen Grenzen in Form kollidieren-

166 Schlussanträge GA *Saugmandsgaard*, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 88.

167 Ähnlich auch *Will*, *VerwArch* 110 (2019), S. 327, der aber nicht auf die Möglichkeit eingeht, das Zwangsgeld an einen anderen Empfänger zahlen zu lassen.

168 So fordert auch der Bund deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen in einer Stellungnahme v. 15.04.2020, den vorgesehenen Höchstbetrag in § 172 VwGO auf 100.000€ zu erhöhen und als möglichen Empfänger auch eine gemeinnützige Einrichtung vorzusehen, BDVR, Effektiver Rechtsschutz durch wirkungsvolle Vollstreckung - wenn nötig auch gegen den Staat, Stellungnahme v. 04.05.2020, abrufbar unter: <https://www.bdvr.de/index.php/id-20202021.html> (16.09.2020).

den Unionsrechts. Diese für die Unionsrechtsdogmatik wesentlichen Erkenntnisse verblissen jedoch vor dem Hintergrund, dass dem BayVGH damit in der Sache nicht wesentlich weitergeholfen ist. Klargestellt wurde aber, dass das nationale Gericht das Zwangsvollstreckungsrecht hinsichtlich aller, nicht in die persönliche Freiheit eingreifender Zwangsmittel, unionsrechtskonform auslegen muss, sodass auch gegen Behörden eine effektive Vollstreckung ermöglicht wird.¹⁶⁹

Der EuGH hat den Spielball nun wieder zurück nach München gepasst und dem BayVGH entsprechend der Kompetenzverteilung die Auslegung der nationalen Normen überlassen. Auch wenn der BayVGH noch nicht entschieden hat, wie er die nationalen Normen im Lichte der EuGH Entscheidung beurteilt, ist unwahrscheinlich, dass er Zwangshaft verhängen wird. Zwar sah der BayVGH die Adressatenauswahl wohl als unproblematisch an,¹⁷⁰ der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen aber deutlich auf die Problematik hingewiesen.¹⁷¹ Auch die mangelnde Vorhersehbarkeit der generellen Anwendung der Zwangshaft gegen Amtsträger wegen der umstrittenen Auslegung des nationalen Rechts wird dort aufgegriffen,¹⁷² sodass davon auszugehen ist, dass sich der BayVGH auf die sichere Seite begibt und „nur“ das Zwangsgeld effektiver ausgestaltet. Hierbei kann er sich an der jüngsten Entscheidung des VG Stuttgart orientieren, das ein Zwangsgeld i. H. v. 25.000 € gegen das Land Baden-Württemberg verhängt hat, welches nicht der Staatskasse, sondern der Kinderkrebshilfe zukommen soll.¹⁷³

Vielleicht hat man sich erhofft, durch die Einschaltung Luxemburgs und die unverhohlene Androhung von Zwangshaft ein Einlenken in der Sache zu erreichen. Eingetreten ist dieses Ergebnis allerdings nicht. Nachdem das Urteil bekannt wurde, kristallisierte sich sogleich heraus, dass auch weiterhin keine Änderung des Luftreinhalteplans vorgesehen ist. Verwiesen wird dabei auf die seit dem ersten Urteil 2012 geänderte Rechtslage und der sich zwischenzeitlich verbesserten Luftqualität in München.¹⁷⁴ Allerdings signalisierte zumindest Markus Söder in seiner Reaktion auf das Urteil, man werde eine endgültige Entscheidung des BayVGH akzeptieren und umsetzen, nachdem auch alle neuen Argumente Bayerns, etwa der aktuell verbesserten Luftqualität und der daher nicht mehr nötigen Fahrverbote, gehört worden seien.¹⁷⁵

Nicht zuletzt bleibt zu hoffen, dass das Vorabentscheidungsverfahren ein Impulsgeber für eine Gesetzesänderung ist. Die Vorlagefrage, die letztlich in der Berichter-

169 Will, NJW 2020, S. 265.

170 BayVGH, BeckRS 2018, 29302, Rn. 154 ff.

171 Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 77.

172 Schlussanträge GA Saugmandsgaard, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe e. V. v. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:972, Rn. 75 ff.

173 VG Stuttgart, Beschl. v. 21.02.2020, 17 K 5255/19, Tenor.

174 Zitat von Markus Söder wiedergegeben in der SZ am 19.12.2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/markus-soeder-zwangshaft-eugh-urteil-1.4729836> (31.01.2020).

175 Zitat von Markus Söder wiedergegeben in der SZ am 19.12.2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/markus-soeder-zwangshaft-eugh-urteil-1.4729836> (31.01.2020).

stattung verkürzt wurde auf die Frage, ob Markus Söder in Haft muss,¹⁷⁶ lenkte die Aufmerksamkeit auf das vorliegende Problem, die Ineffizienz der deutschen Vollstreckung gegen den Staat selbst. In Zeiten, in denen die Exekutive sich nicht mehr ohne Weiteres bereit zeigt, ihre selbst erlassenen oder auf übergeordneter Ebene eingegangenen Verpflichtungen einzuhalten, zeigt sich die Machtlosigkeit der dritten Gewalt. Zu lange wurde einfach davon ausgegangen, dass deutsche Hoheitsträger selbstverständlich ihrer rechtsstaatlichen Pflicht zur Umsetzung von Urteilen und sonstigen übergeordneten Vorgaben nachkommen.

So wurde beispielsweise auch im Zuge der Anpassungen an die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) von deutscher Seite darauf verzichtet, von Art. 83 Abs. 7 DSGVO Gebrauch zu machen, der die Mitgliedstaaten ermächtigt, Vorschriften dafür festzulegen, ob und in welchem Umfang gegen Behörden und öffentlichen Stellen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen sind, Geldbußen verhängt werden.¹⁷⁷ Während man also die Unternehmen und Einzelnen unter Androhung enormer Bußgelder dazu zwingen möchte, die Vorgaben der DSGVO einzuhalten, gibt es in Deutschland keine derartige Sanktionsmaßnahme gegen den Staat und seine Behörden. Zwar hat der Gesetzgeber bei Einführung von § 43 Abs. 3 BDSG, der ein Bußgeld gegen Behörden ausschließt, keine Begründung dafür gegeben. Mögliche Motive könnten aber sein, dass eine reine Umbuchung im Haushalt letztlich bloß den Steuerzahler belastet¹⁷⁸ und die Vorstellung herrscht, dass es hinreichend andere Sanktionsmöglichkeiten, etwa durch Einwirkungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden, gibt.¹⁷⁹ Ob dies jedoch auch dann greift, wenn sich eine Behörde standhaft weigert, die Vorgaben zu erfüllen, ist fraglich, vor allem dann, wenn auch die Aufsichtsbehörden den Sinn der Datenschutzregelungen plötzlich in Zweifel ziehen würden.

Udenkbar? Bei den Vorgaben zur Luftqualität nach der RiLi über die Luftqualität und saubere Luft für Europa ist eine ähnliche Situation, wie vorliegend gezeigt, ja schon eingetreten. Wenn es um solche europäisch determinierten Vorgaben geht, könnte man als „Erklärung“ für das Verhalten renitenter Hoheitsträger anführen, dass sie mit der Entscheidungsfindung nichts zu tun hatten und mit dem Ergebnis nicht einverstanden sind und somit ihren Unmut demonstrieren wollen. Dies kann allerdings nicht herhalten, wenn es beispielsweise um die Vergabe von Stadthallen an unliebsame Parteien geht. Hier ist bereits seit Jahrzehnten aufgrund deutscher Verfassungsnormen anerkannt, dass alle nicht vom BVerfG verbotenen Parteien gleichermaßen Zugang erhalten müssen. Trotzdem wird dieser verweigert, sogar eine

176 Müller, Zwangshaft für Söder?, F.A.Z. vom 20.12.2019, S. 10; Hutter, Wohl keine Haft für Söder, SZ vom 20.12.2019, S. 30; Wegener, verfassungsblog.de vom 13.12.2018.

177 § 43 Abs. 3 BDSG schließt Geldbußen gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen aus.

178 Nolde, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), § 43 BDSG, Rn. 8.

179 Ehmann, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), § 43 BDSG, Rn. 9 in Anlehnung an die Begründung zur Änderung des bayerischen Landesdatenschutzgesetzes, BayLT-Drs. 17/19628, S. 43 f.; s.a. Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), § 43 BDSG, Rn. 3; zu den möglichen Einwirkungsbefugnissen siehe Brink/Eckhardt, Kein Bußgeld gegen öffentliche Stellen – wirklich keine Sanktionen gegen Behörden?, Vortrag auf der Tagung des Berufsverbands der Datenschutzbeauftragten Deutschlands e. V., abrufbar unter: https://www.bvdnet.de/wp-content/uploads/2018/10/BvD_Behoerdentag_261018_Brink-Eckhardt.pdf (08.01.2020).

einstweilige Anordnung des BVerfGs ignoriert. Vor dieser Entwicklung darf der Staat die Augen nicht verschließen. Um einer Aushöhlung des Rechtsstaates durch wiederholte Missachtung gerichtlicher Vorgaben von Anfang an entgegenzuwirken, muss er sein Vollstreckungsrecht gegen sich selbst verschärfen.

Die veraltete Vorstellung, der Staat müsse nicht mit (harten) Vollstreckungsmaßnahmen zur Rechtstreue erzogen werde, gehört dringend auf den Prüfstand, was auch § 17 VwVG und ihre entsprechenden Landesfassungen betrifft. So mahnte etwa der VGH Kassel schon 2014 eine gesetzgeberische Neuerung des § 73 HVwVG, der § 17 VwVG inhaltlich im Wesentlichen entspricht, wegen teils fataler Auswirkungen in der Praxis an.¹⁸⁰ Auch der BayVGH sollte mit seinem Ruf nach Luxemburg den deutschen Entscheidungsträgern genügenden Anstoß gegeben haben, das Vollstreckungsrecht zu überdenken. Dass man den Staat bei der Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gegenüber Bürgern privilegiert, lässt sich jedenfalls nicht mehr mit angeblich größerer Rechtstreue begründen, weshalb auch in diesem Sinne eine Angleichung unter Berücksichtigung der behördlichen Besonderheiten wünschenswert ist. Die Gewaltenteilung ist gerade dazu da, dass der Staat in Form der Legislative in der Lage ist, auch sich selbst in Form der Exekutive strengen Regeln zu unterwerfen. Davon muss umso mehr Gebrauch gemacht werden, als diese strengen Regeln die Einhaltung der Vorgaben der Judikative sicherstellen sollen und damit letztlich dem Erhalt des gewaltenteilten Rechtsstaats dienen. Dass das Verhältnis zwischen Justiz und Exekutive teilweise von offener Missachtung geprägt ist, ist im Hinblick auf den Rechtsstaat hochgradig gefährlich.¹⁸¹

Würde der Staat selbst davon ausgehen, dass die einzuhaltenden Normen nicht so wichtig oder nicht richtig seien, dürfte er sie nicht erlassen. Hat man das Recht jedoch geschaffen oder sich freiwillig auf unionaler Ebene dazu verpflichtet, muss man dieses Recht verteidigen, wenn nötig durch scharfe Zwangsmaßnahmen, wie sie auch – zu Recht – gegenüber den Bürgern angewendet werden. Selbst dann, wenn man einmal nicht für einen Rechtsakt gestimmt haben mag, hat man als Teil der Europäischen Union, als Mitgliedstaat gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV dem Unionsrecht zur Geltung zu verhelfen und muss hinter ihm stehen. Nur so kann eine Rechtsunion, nur so kann ein Rechtsstaat auf Dauer funktionieren. Auch Bayern darf sich nicht dieser Pflicht entziehen, Deutschland als rechtsstaatliches Mitglied nach außen zu repräsentieren. So kann die Vorlage des BayVGH als ein solcher Anstoß gesehen werden, das Vollstreckungsrecht zu ändern. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Hilferuf nach Berlin wirklich erhört werden wird.

180 VGH Kassel, Urt. v. 27.03.2014 – 8 A 1251/12, juris, Rn. 52.

181 Anzeichen für dieses Verhältnis der Missachtung könnte über den betrachteten Fall hinausgehend sein, dass Markus Söder nun den Verwaltungsgerichtshof aus München auslagern will (siehe *Frasch/van Lijnde*, Richter in die Provinz?, FAZ.NET v. 04.02.2020 (18.02.2020)).

BIBLIOGRAPHIE

- APPEL, IVO/STARK, ALEXANDER, *Zwischen Unionsrechtswidrigkeit und Irrelevanz*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2019, 1552–1560
- BADER, JOHANN/FUNKE-KAISER, MICHAEL/STUHLFAUTH, THOMAS/V. ALBEDYLL, JÖRG (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 7. Aufl., Heidelberg, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- BAUMBACH, ADOLF/LAUTERBACH, WOLFGANG/HARTMANN, PETER/ANDERS, MONIKA/GEHLE, BURKHARD (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 78. Aufl., München, 2020. Zit. nach Bearbeiter
- BERGMANN, JAN (Hrsg.), *Handlexikon der Europäischen Union*, 5. Aufl., Baden-Baden, 2015. Zit. nach Bearbeiter
- BERKEMANN, JÖRG, *Dieselfahrverbote – Bemerkungen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und zur Unionsrechtswidrigkeit des § 47 Abs. 4a BImSchG 2019*, Zeitschrift für Umweltrecht, 2019, 412–421
- DERS., *Machtlose Verwaltungsgerichte? § 172 VwGO als Prüfstein für das Verhältnis von Justiz und Exekutive*, Die Öffentliche Verwaltung, 2019, 761–773
- BRINK, STEFAN/ECKHARDT, JENS, *Kein Bußgeld gegen öffentliche Stellen – wirklich keine Sanktionen gegen Behörden?*, Vortrag auf der Tagung des Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands e. V., abrufbar unter https://www.bvdnet.de/wp-content/uploads/2018/10/BvD_Behoerdentag_261018_Brink-Eckhardt.pdf (18.2.2020)
- DREIER, HORST (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen, 2013
- DURNER, WOLFGANG, *Reformbedarf in der Verwaltungsgerichtsordnung*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2015, 841–845
- FRASCH, TIMO/VAN LIJNDE, CONSTANTIN, *Richter in die Provinz?*, FAZ.NET v. 4.2.2020, abrufbar unter: https://www.faz-bibliothek.de/faz-portal/document?uid=FAZN__20200204_6617037&token=437a5563-b6fb-4684-b357-81b886731a44&p._scr=faz-archiv&p.q=Frasch&p.source=&p.max=10&p.sort=&p.offset=10&p._ts=1582021203671&p.DT_from=1.11.1949&p.timeFilterType=0 (18.2.2020)
- GAFUS, TOBIAS, *Markus Söder gegen den Rechtsstaat*, verfassungsblog.de v. 17.11.2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/markus-soeder-gegen-den-rechtsstaat/> (18.2.2020)
- GÄRDITZ, KLAUS FERDINAND (Hrsg.), *VwGO Kommentar*, 2. Aufl., Köln, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- GOLA, PETER/HECKMANN, DIRK, *BDSG*, 13. Aufl., München, 2019. Zit. nach Bearbeiter
- GUSY, CHRISTOPH, *Freiheitsentziehung und Grundgesetz*, Neue Juristische Wochenschrift, 1992, 457–463

- HÖMIG, DIETER/WOLFF, HEINRICH AMADEUS (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Handkommentar*, 12. Aufl., Baden-Baden, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- HUTTER, DOMINIK, *Wohl keine Haft für Söder*, Süddeutsche Zeitung, 20.12.2019
- JARASS, HANS D./PIEROTH BODO (Hrsg.), *GG Kommentar*, 15. Aufl., München, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- KINDL, JOHANN/MELLER-HANNICH, CAROLINE/WOLF, HANS-JOACHIM (Hrsg.), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2015. Zit. nach Bearbeiter
- KLINGER, REMO, *Luftreinhalteplanung und Verwaltungsrechtsschutz: Rechtsanspruch, Vollstreckung, Dieselfahrverbote*, Zeitschrift für Umweltrecht, 2018, 272–277
- KLINGER, REMO, *Neue Wege effektiver Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Urteile*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2019, 1332–1335
- KOPP, FERDINAND/SCHENKE, WOLF-RÜDIGER (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 25. Aufl., München, 2019. Zit. nach Bearbeiter
- KRING, JENNIFER, *Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2019, 23–28
- MEDER, THEODOR/BRECHMANN, WINFRIED (Hrsg.) *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, Kommentar, 5. Aufl., Stuttgart, 2014. Zit. nach Bearbeiter
- MEYER, JÜRGEN/HÖLSCHIEDT, SVEN, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl., Baden-Baden, 2019. Zit. nach Bearbeiter
- MIEDTANK, WERNER, *Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts*, Göttingen, 1964
- MUSIELAK, HANS-JOACHIM/VOIT, WOLFGANG (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 16. Aufl., München, 2019. Zit. nach Bearbeiter
- MÜLLER, REINHARDT, *Zwangshaft für Söder?*, F.A.Z. v. 20.12.2019, Nr. 296 S. 10
- NOLTE, JAKOB, *Die Eigenart verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Tübingen, 2014
- PAAL BORIS/PAULY, DANIEL, *DS-GVO/BDSG*, 2. Aufl., München, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- PAPIER, HANS-JÜRGEN, *Die Warnung*, München, 2019
- POSSER, HERBERT/WOLFF, HEINRICH AMADEUS (Hrsg.), *BeckOK VwGO*, München, Stand 1.10.2019. Zit. nach Bearbeiter
- REDEKER, KONRAD/V. OERTZEN, HANS-JOACHIM (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 16. Aufl., Stuttgart, 2014. Zit. nach Bearbeiter

- ROTH, WOLFGANG, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und Vergleiche gegen Behörden*, Verwaltungsarchiv 91 (2000), 12–40
- SACHS, MICHAEL (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 8. Aufl., München, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- SÄNGER, INGO (Hrsg.), *ZPO*, 8. Aufl., Baden-Baden, 2019. Zit. nach Bearbeiter
- SCHOCH, FRIEDRICH/SCHNEIDER, JENS-PETER/BIER, WOLFGANG (HRSG.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, Stand: Juli 2019. Zit. nach Bearbeiter
- SCHWARZE, JÜRGEN/BECKER, ULRICH/HATJE, ARMIN/SCHOO, JOHANN (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2019. Zit. nach Bearbeiter
- STERN, KLAUS/SACHS, MICHAEL, *GRCh*, München, 2016. Zit. nach Bearbeiter
- SODAN, HELGE/ZIEKOW, JAN (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 5. Aufl., Baden-Baden, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- TAEGER, JÜRGEN/GABEL, DETLEV, *DSGVO – BDSG*, 3. Aufl., Frankfurt a.M., 2019. Zit. nach Bearbeiter
- VEDDER, CHRISTOPH /HEINTSCHEL VON HEINEGG, WOLF (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2018. Zit. nach Bearbeiter
- VORWERK, VOLKER/WOLF, CHRISTIAN(Hrsg.), *BECKOK ZPO*, München, Stand: 1.7.2019. Zit. nach Bearbeiter
- WEGENER, BERNHARD, *Zwangshaft für Markus Söder? Von der Ungemütlichkeit an den Grenzen des Rechtsstaats*, verfassungsblog.de v. 13.12.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zwangshaft-fuer-markus-soeder-von-der-ungemuetlichkeit-an-den-grenzen-des-rechtsstaats/> (18.2.2020)
- WILL, MARTIN, *Die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Leistungsurteile auf Aufstellung bzw. Fortschreibung von Luftreinhalteplänen*, Verwaltungsarchiv 110 (2019), 280–327
- WILL, MARTIN, *Effektive Zwangsmittel zur Durchsetzung verwaltungsgerichtlicher Leistungsurteile gegenüber Behörden*, NJW 2020, 963–965
- WÜRTENBERGER, THOMAS/HECKMANN, DIRK, *Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl., München, 2018