

Die Ersatzbefugnisse des Verwaltungsrichters gegenüber der öffentlichen Verwaltung: Gewaltenteilung und Wirksamkeit des Rechtsschutzes

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,

Ich referiere heute für Sie über die Ersatzbefugnisse des Verwaltungsrichters gegenüber der öffentlichen Verwaltung. Der Vortrag versucht, über eine Darstellung der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Grundlagen im deutschen Recht zu illustrieren, wie der Grundsatz der Gewaltenteilung insbesondere im Verhältnis zwischen Exekutive und Judikative in Deutschland praktiziert wird und wo diesbezüglich Verschränkungen existieren, insbesondere der Verwaltungsrichter Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Aufgrund des weitgehenden Fehlens derartiger Möglichkeiten im deutschen Verwaltungsrecht führt der Vortrag in der Folge ins verwaltungsprozessuale Vollstreckungsrecht. Es soll dargestellt werden, auf welche Art und Weise über dieses Instrument – *de lege lata* und *de lege ferenda* – der Verpflichtung von Behörden durch verwaltungsgerichtliche Urteile Geltung verschafft werden kann.

I. Grundlagen

Montesquieu schreibt in „Vom Geist der Gesetze“: „Freiheit gibt es nicht, wenn die richterliche Befugnis nicht von der legislativen und von der exekutiven Befugnis geschieden wird.“ In dieser Absolutheit wird die Gewaltenteilung in Deutschland nicht gelebt. Im Folgenden wird sich aber zeigen, dass sie doch sehr weitgehend eingehalten wird, wenn es um die Ausübung exekutiver Gewalt durch Verwaltungsrichter geht.

1. Verfassungsrecht

In Deutschland ist das Prinzip der Gewaltenteilung abgeleitet aus **Art. 20 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes** und wird als Teil des Rechtsstaatprinzips verstanden. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 G lautet: „Sie [die Staatsgewalt] wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“ Abs. 3 statuiert: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind

an Gesetz und Recht gebunden.“ Die Gewaltenteilung nach der Idee des Grundgesetzes wird nicht absolut verstanden; sie ist ein für das Grundgesetz tragendes Organisations- und Funktionsprinzip und dient dem Ziel der Mäßigung der Staatsherrschaft, schützt so zugleich die Grundrechte. Ferner zielt sie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig getroffen werden, indem jeweils die (nach Organisation und Verfahren) geeignetsten Organe tätig werden¹. Der Grundsatz bedeutet keine simple Aufteilung der Staatsgewalt, sondern wird im Grundgesetz durch vielfältige, durch Rücksichtnahmepflichten gemäßigte Gewaltenbalancierungen verwirklicht². Die Zuordnung der Funktionen an die drei Staatsgewalten im Grundgesetz kennt **Vermischungen**, z.B. die Zuweisung einzelner Exekutivfunktionen an den Bundestag oder die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Organe der Exekutive. Auch die Unabhängigkeit der Funktionsträger voneinander ist nicht durchgehend gewährleistet, so ist z.B. die Regierung in ihrer Existenz vom Parlament abhängig; die Funktionsträger sind Mitwirkungsrechten anderer Organe und vielfacher Kontrolle ausgesetzt. Die personelle Verschiedenheit der Besetzung der einzelnen Organe ist im Grundgesetz nur zum Teil ausdrücklich gesichert. Die Eigenständigkeit der Rechtsprechung wird durch den Richtervorbehalt in Art. 92 GG und das daraus resultierende Rechtsprechungsmonopol, die organisatorische Selbständigkeit der Gerichte und durch die Sicherung der sachlichen und personellen Unabhängigkeit der Richter in Art. 97 GG gewährleistet. Richter dürfen neben der Rechtsprechung nicht gleichzeitig Aufgaben einer anderen Gewalt wahrnehmen, vgl. auch § 4 Abs. 1 DRiG³.

Art. 92 GG bestimmt, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Mit Blick auf das Rechtsprechungsmonopol der Richter und Gerichte kann von einem grundsätzlichen Gebot der Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung gesprochen werden. Strikt gilt dies allerdings nur in die Richtung, dass nicht Funktionsträger der Verwaltung rechtsprechende Gewalt ausüben dürfen. Funktionsträgern der rechtsprechenden Gewalt dürfen Aufgaben der Verwaltung übertragen werden, sofern das Grundgesetz deren Wahrnehmung nicht einer anderen Gewalt vorbehält⁴.

¹ Vgl. z.B. BVerfG, Urteil vom 18. Dezember 1984 – 2 BvE 13/83 –, juris, Rn. 137.

² Vgl. Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl., Art. 20 Rn. 81.

³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. März 2018 – 2 BvR 780/16 –, juris, Rn. 50 ff.

⁴ Vgl. Pieroth in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 92 Rn. 11.

Der Bereich der Exekutive wird gegenüber der Rechtsprechung v.a. durch die Beschränkung der Gerichte auf eine bloße Rechtskontrolle geschützt⁵.

2. Einfaches Recht

Einfachgesetzlich zeigt sich die grundsätzliche Einhaltung der Gewaltenteilung im Verwaltungsprozess in § 113 Abs. 5 VwGO. Die Vorschrift normiert für die Verpflichtungsklage: „Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls spricht es die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.“ Dieselbe Problematik stellt sich mit Blick auf die Verpflichtung der Behörde durch das Verwaltungsgericht zur Rückgängigmachung einer Vollziehung (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO) und im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO (einstweilige Anordnung). Das Verwaltungsgericht beschränkt sich in seinem Tenor im Rahmen einer Verpflichtungsklage also grundsätzlich darauf, (allenfalls, insbesondere in Fällen gebundener Entscheidungen) eine Verpflichtung der Behörde zum Erlass eines Verwaltungsakts auszusprechen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Sache „spruchreif“ ist; die von der Behörde zu treffende Sachentscheidung muss also bei Abschluss des Gerichtsverfahrens feststehen. Bei Ermessensverwaltungsakten und sonstigen Entscheidungsfreiräumen der Verwaltung nur, wenn sich diese auf nur eine mögliche Entscheidung verdichten haben. Der begehrte Verwaltungsakt wird noch nicht unmittelbar durch das Urteil selbst, sondern durch die Behörde erteilt, die dazu aufgrund des Urteils verpflichtet ist. Es ist kein Gestaltungs- sondern ein Verpflichtungsurteil, das notfalls vollstreckt werden muss. Der Tenor würde demnach etwa lauten: „Der Beklagte wird unter Aufhebung seines Bescheids vom ... und des Widerspruchsbescheids der ... vom ... verpflichtet, dem Kläger die Genehmigung zu erteilen.“ Die Behörde ist aufgrund des Urteils verpflichtet, den begehrten Verwaltungsakt, so wie er im Urteil bezeichnet ist, zu erlassen. Eine Ausnahme bildet die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens im Baurecht. § 36 Abs. 1 BauGB sieht vor, dass über die Zulässigkeit baurechtlicher Vorhaben im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einver-

⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 – 7 C 65.82 –, juris, Rn. 38

nehmen mit der Gemeinde entschieden wird. Eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung ersetzt bei entsprechendem Ergebnis das gemeindliche Einvernehmen; diese Ersetzung muss sich aus dem verwaltungsgerichtlichen Urteil ergeben⁶.

II. Der Weg über die Vollstreckung

Im Rahmen der Vollstreckung von Leistungsurteilen, die sich auf die Vornahme vertretbarer Handlungen richten, ist eine entsprechende Anwendung zivilprozessualer Vollstreckungsregelungen bejaht worden, so z.B. bei einer Verpflichtung zur Beseitigung eines straßenrechtlichen Überbaus⁷ durch das Verwaltungsgericht. Die zivilprozessuale Vorschrift sieht insoweit vor, dass eine Handlung, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, auf Kosten des Vollstreckungsschuldners vorgenommen werden kann (vgl. § 887 Abs. 1 ZPO).

Die Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsakts jedoch kann – wenn die Behörde ihr nicht nachkommt – vom Kläger (fast ausschließlich) nach § 172 VwGO durchgesetzt werden, der die Möglichkeit der Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen die Behörde vorsieht. Weitere Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung über eine Anwendung der Zivilprozessordnung sind weitgehend ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 172 VwGO und das verwaltungsprozessuale Vollstreckungsrecht insgesamt ist von dem Gedanken geprägt, dass die Behörden nach Recht und Gesetz handeln bzw. sich von der Androhung eines Zwangsgeldes dazu bewegen lassen, der gerichtlich auferlegten Verpflichtung nachzukommen. Insofern wird die Behörde gegenüber Privaten im Rahmen der Zwangsvollstreckung privilegiert. Zeigt sich allerdings die Behörde von auferlegten Zwangsgeldern unbeeindruckt, stellt sich die Frage, wie die gerichtliche Verpflichtung im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes Wirkung erlangen kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass mit Blick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes ein Rückgriff auf den gegenüber § 172 VwGO schärferen § 167 VwGO i.V.m. den §§ 883 ff. ZPO eröffnet sein soll, wenn klar erkennbar ist, dass der betroffene Hoheitsträger unter dem Druck eines verhängten bzw. zu verhängenden

⁶ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 17. Juni 2003 – 4 B 14/03 –, juris.

⁷ Vgl. Bay VGH, Beschluss vom 14. Januar 1999 – 8 C 98.2131 -, juris.

Zwangsgeldes nicht einlenken wird⁸. Das erkennende Gericht habe aber ohne Verletzung des Gebots effektiven Rechtsschutzes davon ausgehen dürfen, dass die Behörde durch die wiederholte Androhung von Zwangsgeldern zur Vornahme der von ihr verlangten Handlung veranlasst werden könnte. Dem Verfahren lag eine Beschwerde der Partei „Die Republikaner“ zugrunde, mit der die Beschwerdeführerin erreichen wollte, dass ein gegen eine Behörde gerichtlich angedrohtes Zwangsgeld festgesetzt und beigetrieben wird. Die Behörde hatte sich entgegen einer gerichtlichen einstweiligen Anordnung geweigert, der Beschwerdeführerin eine Halle für einen Bundesparteitag zu überlassen.

Nur in Einzelfällen ist bisher die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung von weitergehenden zivilprozessualen Regelungen anerkannt worden. Dies betrifft insbesondere die Regelung des § 894 ZPO, der über die Verweisungsnorm des § 167 VwGO Anwendung finden kann. Über diese Vorschrift kann eine Willenserklärung des Vollstreckungsschuldners fingiert werden, die Erklärung gilt nach der Rechtskraft des Urteils als abgegeben. Die Anwendung des § 894 ZPO setzt jedoch voraus, dass der Inhalt der geschuldeten Willenserklärung hinreichend bestimmbar ist. Das ist nicht der Fall, wenn z. B. bei der Festlegung der Modalitäten einer Dienstbarkeitsbestellung, zu der sich der Schuldner durch Prozessvergleich verpflichtet hat, ein erheblicher Spielraum verbleibt⁹.

Ein Fall, in dem die entsprechende Anwendung von § 894 ZPO bejaht wurde, ist der der Verurteilung zur Erteilung eines Einvernehmens zu einem Ausbavorhaben¹⁰. Dem entsprechenden Verfahren lag die Planfeststellung für den Ausbau des Teltowkanals zugrunde. § 14 Abs. 3 WaStrG sieht vor, dass die Planfeststellung des Einvernehmens mit der zuständigen Landesbehörde bedarf, soweit das Vorhaben Belange der Landeskultur oder der Wasserwirtschaft berührt. Weitere Fälle, die eine Vollstreckung über § 894 ZPO ermöglichen, sind Verurteilungen zur Abgabe der zum Eigentumsübergang erforderlichen Willenserklärungen, z. B. Auflassungserklärung und Eintragungsbewilligung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft¹¹.

⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. August 1999 – 1 BvR 2245/98 –, juris Rn. 9

⁹ Vgl. Kraft in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 167 Rn. 2.

¹⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. April 2002 – 9 A 24.01 –, juris.

¹¹ Vgl. Hess. VGH, Urteil vom 26. Oktober 1999 – 11 UE 661/99 –, juris.

Medienwirksam gezeigt hat sich die Problematik der Möglichkeit der Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Urteile insbesondere im Rahmen des Verfahrens um die **Dieselfahrverbote** in München. Die Deutsche Umwelthilfe war vor den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof gezogen, weil der Freistaat noch nicht alles getan hatte, um die geltenden Grenzwerte einzuhalten. Dies hatte das Verwaltungsgericht München bereits 2012 angemahnt. Das Verwaltungsgericht hatte die Verpflichtung ausgesprochen, den für München geltenden Luftreinhalteplan so zu ändern, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung der Immissionsgrenzwerte enthält. Als Beispiel einer Maßnahme nannte es in den Entscheidungsgründen die räumliche Ausdehnung der Umweltzone¹². Die daraufhin vorgelegte Fortschreibung des Luftreinhalteplans sah z.B. kein Konzept für Diesel-Fahrverbote vor. Die bayerische Regierung begründete dies damit, dass die Luft deutlich besser geworden sei als sie 2017 war, als man noch davon ausgehen musste, dass die Grenzwerte für Stickstoffdioxid in München nahezu flächendeckend überschritten würden. Im Rahmen des Verfahrens um die Vollstreckung des Verpflichtungsurteils argumentierte die Klägerseite, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei unter Rückgriff auf die Entscheidungsgründe hinreichend bestimmt. Deshalb könne davon ausgegangen werden, mit dem Eintritt der Rechtskraft einer solchen Entscheidung stehe der neue Inhalt des Plans bereits in einer Weise fest, die geeignet wäre, die Vollzugspflicht auszulösen. Es ergebe sich aus den Entscheidungsgründen, mit welchen Maßnahmen das im Urteilstenor vorgegebene Ziel zu erreichen sei. § 172 VwGO, der das Gericht des ersten Rechtszuges zum Vollstreckungsorgan erkläre, mache in Vollstreckungsverfahren ein „Weiterdenken“ der Erwägungen notwendig, die der zu vollstreckenden Entscheidung zugrunde lagen, um feststellen zu können, was der Beklagte schulde und ob er seinen Verpflichtungen nachgekommen sei. Nur auf diese Weise könne verhindert werden, dass sich derartige Entscheidungen im Unverbindlichen erschöpften. Die Beigeladene war der Ansicht, die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils richte sich nach den o.g. Vorschriften § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 894 ZPO. Dem ist der Bayerische Verwaltungsgerichtshof nicht gefolgt, sondern hat nur Zwangsgelder angedroht. Es könne dahinstehen, ob ein Luftreinhalteplan überhaupt eine Willenserklärung im Sinne dieser Vorschrift sei. Jedenfalls stehen einem Rückgriff auf die zivilprozessuale Norm entgegen, dass das zu vollstreckende Urteil die in eine künftige Fortschreibung des Luftreinhalte-

teplans für München aufzunehmenden Handlungen nicht derart detailgenau umschreiben hat, dass davon ausgegangen werden könnte, mit dem Eintritt der Rechtskraft stehe der Inhalt des Plans bereits fest. Im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Androhung eines Zwangsgeldes war vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof noch im Detail zu prüfen, ob die Beklagtenseite der Verpflichtung aus dem erstinstanzlichen Urteil (ausreichend) nachgekommen war, also erfolgreich den Erfüllungseinwand erheben konnte und ob die Erfüllung möglich ist¹³.

In der Folge wurde auch die Frage diskutiert, ob die Möglichkeit besteht, z.B. den bayerischen Ministerpräsidenten Markus Söder in Ersatzzwangshaft zu nehmen. Der bayerische Verwaltungsgerichtshof äußerte Bedenken, weil eine derart gravierende Maßnahme der Inhaftnahme nicht auf der Grundlage einer entsprechenden Anwendung einer zivilprozessualen Norm getroffen werden könne. Diesbezüglich entschied der Europäische Gerichtshof am 19. Dezember 2019¹⁴: „Das Unionsrecht, insbesondere Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ist dahin auszulegen, dass unter Umständen, die durch die beharrliche Weigerung einer nationalen Behörde gekennzeichnet sind, einer gerichtlichen Entscheidung nachzukommen, mit der ihr aufgegeben wird, eine klare, genaue und unbedingte Verpflichtung zu erfüllen, die sich aus dem Unionsrecht [...] ergibt, das zuständige nationale Gericht Zwangshaft gegen Amtsträger der Behörde zu verhängen hat, wenn es in den Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts eine hinreichend zugängliche, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbare Rechtsgrundlage für den Erlass einer solchen Zwangsmaßnahme gibt und wenn die damit verbundene Einschränkung des durch Art. 6 der Charta der Grundrechte garantierten Rechts auf Freiheit den übrigen insoweit in ihrem Art. 52 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen genügt. Fehlt im innerstaatlichen Recht hingegen eine solche Rechtsgrundlage, ermächtigt das Unionsrecht das nationale Gericht nicht, auf eine derartige Maßnahme zurückzugreifen.“ Ob dies der Fall sei, obliege, ebenso wie die Prüfung von verhältnismäßigen Maßnahmen, dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof. Als Alternativen kämen mehrere hohe Geldbußen in kurzen Zeitabständen in Betracht, die nicht dem Haushalt zufließen, aus dem sie stammen.

III. De lege ferenda

¹³ Vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 27. Februar 2017 – 22 C 16.1427 –, juris.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2019 – C-752/18 –, juris

Aufgrund dieses und weiterer verschiedener Einzelfälle, die die Unzulänglichkeiten der Vollstreckung gegen Hoheitsträger aufgezeigt haben, wurde von einer länderoffenen **Arbeitsgruppe** mit Beteiligung des Bundes ins Leben gerufen, die sich mit der Novellierung beschäftigt hat und einen Bericht vorgelegt hat¹⁵. Die Arbeitsgruppe kommt zu dem Ergebnis, dass eine direkte Zwangsvollstreckung (Zwangsgeld, Zwangshaft) gegen einzelne Amtsträger – deren Verhängung de lege lata nach der überwiegenden Auffassung nicht möglich sei – auch de lege ferenda abzulehnen sei. Begründet wird dies in erster Linie mit dem damit verbundenen tief greifenden Grundrechtseingriff. Darüber hinaus stehe die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Exekutive entgegen. Allerdings spricht sich die Arbeitsgruppe für eine – der Zivilprozessordnung angeglichene – Erhöhung des Zwangsgeldes von maximal 2.500 auf maximal 10.000 Euro aus. Ob dies allerdings geeignet ist, bei einer unwilligen Behörde ausreichend Eindruck zu machen und einer verwaltungsgerichtlichen Verurteilung Geltung zu verschaffen, darf allerdings mit guten Gründen bezweifelt werden. Schon eher geeignet sein dürfte der Vorschlag der Arbeitsgruppe, die Verhängung eines Zwangsgeldes zugunsten eines vom Vollstreckungsschuldner verschiedenen Rechtsträgers, zum Beispiel einer gemeinnützigen Organisation, zuzulassen. Die unstreitig gegebene Möglichkeit der Festsetzung eines Zwangsgeldes zugunsten der Staatskasse bedeutet lediglich eine Umbuchung im Staatshaushalt. Allerdings sehen jedenfalls das VG Stuttgart und der VGH Baden-Württemberg diese Möglichkeit bereits de lege lata.

Ein entsprechender Gesetzentwurf ist im Bundesrat eingebracht worden.

IV. Conclusio

Abschließend lässt sich feststellen, dass die weitgehend fehlende Möglichkeit, in Fällen der Weigerung von Behörden die dieser obliegende Handlung zu ersetzen, in Extremfällen gerade für die Gerichte ein hohes Frustrationspotential birgt. In diesen Fällen lässt sich gut argumentieren, dass von einem effektiven Rechtsschutz, wie ihn Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet, nur schwer gesprochen werden kann. Allerdings dürfte Ab-

¹⁵ Vgl. Bericht über die Prüfung von Regelungsvorschlägen zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, abrufbar unter justiz.nrw.de

hilfe auch nicht darüber zu schaffen sein, dass die Gerichte – über die bereits gegebenen Möglichkeiten hinaus – in großem Umfang die Tätigkeit der Exekutive ausüben. Hierzu sind sie nicht ausgestattet. Die Gerichte haben nicht die gleichen Möglichkeiten wie die Behörden, wenn es z.B. um tatsächliche oder spezielle fachliche Ermittlungen geht. Im Großen und Ganzen dürfte sich das geltende System, welches den Behörden einen erheblichen Vertrauensvorschuss gewährt, bewährt haben. Die Fälle auf der Hand liegender Missachtung gerichtlich ausgesprochener Verpflichtungen beschränken sich auf wenige Ausnahmen. Die vorsichtigen punktuellen Erweiterungen der Möglichkeiten im Rahmen der Vollstreckung, welche die Arbeitsgruppe erarbeitet hat, erscheinen geeignet, die Lage noch etwas zu verbessern. Den (wenigen) Extremfällen wird man hiermit allerdings wohl nicht Herr.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.