

GEULEN & KLINGER
Rechtsanwälte

Vorab per Telefax: 089 2130 320
Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
PF 34 01 48

80098 München

Dr. Reiner Geulen
Prof. Dr. Remo Klinger
10719 Berlin, Schaperstraße 15
Telefon +49 / 30 / 88 47 28-0
Telefax +49 / 30 / 88 47 28-10
e-mail: klinger@geulen.com
geulen@geulen.com
www.geulenklinger.com

27. September 2018

In der Vollstreckungssache

Deutsche Umwelthilfe e.V.

g e g e n

Freistaat Bayern

22 C 18.1718

wird zu den Hinweisen des Senats vom 17. August 2018 wie folgt vorgetragen:

Zur Umsetzung effektiver Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ist es nicht geboten, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen, diese würde einen zu großen Zeitverlust zur Folge haben. Das nationale Recht enthält schon jetzt, ohne dass es dazu einer Analogie bedarf, die Grundlagen für eine Erzwingungshaft.

Selbst wenn man dies bezweifelt, wäre es zulässig (und gegenüber einer Haft vorzugswürdig), wenn die fehlende Amtshandlung durch das Gericht ersetzt wird. In dieser spezifischen Konstellation, in der zwar ein planerisches Handeln geboten ist, das Ermessen aber in seinem Kern auf eine bestimmte Maßnahme reduziert ist, ist dies möglich.

Wenn der Senat eine Vorabentscheidung einholt, regen wir an, dass der Senat ein beschleunigtes Verfahren beantragt. Die Voraussetzungen liegen vor. Eine „handelsübliche“ Vorabentscheidung würde die Umsetzung des Urteils um weitere 1,5 Jahre hinauszögern. Gesundheit und Leben Münchner Bürgerinnen und Bürger würden für diese Zeit weiter gefährdet und verletzt. Ein beschleunigtes Verfahren dauert aktuell ca. 3-4 Monate.

Unter Voranstellung einer Gliederung wird folgendes vorgetragen:

I.	Sachverhalt.....	2
II.	Erzwingungshaft nach verwaltungs- (und zivil)prozessualen Regeln	3
	1. Beschluss des BVerfG vom 9. August 1999 - BvR 2245/89.....	4
	2. Übertragbarkeit auf den vorliegenden Fall.....	6
	3. Rechtsprechung des VGH BW überholt	6
	4. Bestimmte Rechtsgrundlage	7
III.	Eindeutige Identifizierbarkeit der zu inhaftierenden Person(en)	10
IV.	Erzwingungshaft keine Haft i.S.d. Art. 28 Abs. 2 BV.....	11
V.	Ersetzung der behördlichen Entscheidung.....	13
VI.	Antrag auf beschleunigtes Verfahren	15
VII.	Modifizierung der Vorlagefrage	20
VIII.	Entscheidungsvorschlag für EuGH.....	22

I. Sachverhalt

Der Vollstreckungsschuldner weigert sich beharrlich, das rechtskräftige Urteil des VG München vom 9. Oktober 2012 – M 1 K 12.1046 umzusetzen. Das Urteil ist seit April 2014 rechtskräftig und verpflichtet den Vollstreckungsschuldner, diejenigen Maßnahmen in den Luftreinhalteplan aufzunehmen, die zu einer schnellstmöglichen Einhaltung der Grenzwerte für Stickstoffdioxid erforderlich sind.

Durch Beschluss vom 27. Februar 2017 – 22 C 16.1427 hat der Senat festgestellt, dass „die Aufnahme von Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge in einen solchen Luftreinhalteplan [...] unabweisbar geboten ist“. Zudem hat er den Schuldner verpflichtet, Dieselfahrverbote vorzubereiten und zu veröffentlichen (BayVGH, Beschluss vom 27. Februar 2017 – 22 C 16.1427, NVwZ 2017, 894). Zwangsgeldandrohungen und -festsetzungen blieben fruchtlos.

Mit Urteilen vom 27. Februar 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge möglich und notwendig sind, wenn durch sie die schnellstmögliche Einhaltung der Grenzwerte zu erreichen ist (BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2018 – 7 C 26/16 u.a., Juris Rn. 32).

Da die Androhung und Festsetzung von Zwangsgeldern nicht zur Umsetzung der Verpflichtungen aus dem Urteil des VG München vom 9. Oktober 2012 geführt haben, hat der Verwaltungsgerichtshof mit Hinweisen vom 17. August 2018 erklärt, dass er davon ausgeht, dass die Festsetzung von Erzwingungshaft gegen Amtsträger des Vollstreckungsschuldners allein erfolgsversprechend ist. Er erwäge daher, das Beschwerdeverfahren 22 C 18.1718 auszusetzen und nach Art. 267 Abs. 1 und 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen, mit der geklärt werden soll, ob eine Erzwingungshaft angeordnet werden darf und muss.

II. Erzwingungshaft nach verwaltungs- (und zivil)prozessualen Regeln

Eine Vorlage den EuGH ist nicht erforderlich, da eine Erzwingungshaft bereits nach nationalem Recht zulässig ist.

Wäre dies nicht so, liefe dies auf das Eingeständnis hinaus, dass das nationale Recht nur unzureichende Werkzeuge enthält, um eines der wichtigsten Versprechen des Grundgesetzes zu erfüllen: einen handlungsfähigen Rechtsstaat. In letzter Konsequenz hätte dies zur Folge, dass die Unabhängigkeit der Verwaltungsjustiz bedroht ist. Denn eine Justiz, die zwar unabhängig entscheiden kann, der aber keine wirksamen Instrumente an die Hand gegeben sind, um ihre Urteile durchzusetzen, ist keine Justiz, sondern ein empfehlendes Organ, gleich einem Petitionsausschuss, oder: einem Papiertiger.

Es ist daher nötig, die grundgesetzlichen Verbürgungen nach allen ihren Facetten in den Blick zu nehmen. Dazu zählt Art. 104 Abs. 1 GG. Dazu zählt aber auch die Strukturentscheidung für einen demokratischen Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 3 GG), bei der zu berücksichtigen ist, dass es eines der Aufnahmekriterien für die Mitgliedschaft in der Europäischen Union darstellt, über eine Justiz zu verfügen, die hinreichend durchsetzungsfähig ist.

Wäre die Rechtsauffassung richtig, nach der die in der VwGO vorgesehenen Maßnahmen hier die einzigen sind, die zur Vollstreckung zur Verfügung stehen, wäre die Verwaltungsjustiz marginalisiert. Es liegt auf der Hand, dass diese Konsequenz nicht unserem Verfassungsverständnis entspricht. Das nationale Recht ist in diesem Lichte zu verstehen.

§ 888 Abs. 1 S. 1 ZPO sieht die Erzwingungshaft bei der Durchsetzung unvertretbarer Handlungen vor. § 167 VwGO macht die Norm uneingeschränkt für den Verwaltungsvollstreckungsprozess anwendbar. Die Durchführung einer Erzwingungshaft ist daher nicht wegen einer analogen Anwendung erforderlich, der Gesetzgeber der VwGO hat die Anwendung zivilprozessualer Vorschriften geregelt.

1. Beschluss des BVerfG vom 9. August 1999 - BvR 2245/89

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 9. August 1999 – BvR 2245/89 entschieden, dass es die Beachtung des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes gebietet, die Vollstreckungsvorschriften der VwGO so anzuwenden, dass ein wirkungsvoller Schutz der Rechte des Einzelnen gegenüber der Verwaltung gewährleistet ist (BVerfG, Beschluss vom 9. August 1999 – 1 BvR 2245/98, NVwZ 1999, 1330).

In dem seinerzeitigen Verfahren beehrte die Beschwerdeführerin die Feststellung der Verletzung ihrer verfassungsmäßigen Rechte. Sie hatte vergebens versucht, eine Kongresshalle zur Durchführung ihres Bundesparteitages anzumieten. Trotz einstweiliger Anordnung und zweimaliger erfolgloser Zwangsgeldfestsetzung hatte sich das Bezirksamt Mitte von Berlin geweigert, die Räumlichkeiten an die Beschwerdeführerin zu vermieten.

Das Bundesverfassungsgericht sah in § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. §§ 885 ff. ZPO eine ausreichende Rechtsgrundlage, um einen wirkungsvollen Schutz der Rechte des Einzelnen auch gegenüber der Verwaltung zu gewährleisten (BVerfG, NVwZ 1999, 1330).

Wenn es aufgrund vorangegangener Erfahrungen, eindeutiger Bekundungen oder mehrfacher erfolgloser Zwangsgeldandrohungen klar erkennbar ist, dass die Behörde unter dem Druck des Zwangsgeldes nicht einlenkt, gebietet es das Gebot effektiven Rechtsschutzes, von der nach § 167 VwGO möglichen „entsprechenden“ Anwendung zivilprozessualer Vorschriften Gebrauch zu machen und einschneidendere Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, um die Behörde zu rechtmäßigem Handeln anzuhalten. Insbesondere erläutert das Bundesverfassungsgericht, dass es vorrangig der verwaltungsgerichtlichen Beurteilung obliegt, in welcher Reihenfolge und in welcher Form die in den §§ 885-896 ZPO geregelten Zwangsmittel zum Einsatz kommen (BVerfG, NVwZ 1999, 1330, 1331).

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht die Erzwingungshaft im Rahmen seiner Entscheidung nicht ausdrücklich benannt. Das Gericht hat es im Rahmen der vorgenommenen Aufzählung („Ersetzung der behördlichen Zustimmung zur Saalvermietung, Besitzeinweisung durch den Gerichtsvollzieher etc.“, [BVerfG, Beschluss vom 9. August 1999 – 1 BvR 2245/98, NVwZ 1999, 1330, 1331]) aber auch nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr durch den Zusatz „etc.“ verdeutlicht, dass die Aufzählung nicht abschließend ist. Durch diesen Zusatz hat das Gericht klargestellt, dass sämtliche in den §§ 885-896 ZPO geregelten Zwangsmittel zur Anwendung kommen können, zumal die §§ 885 bis 896 ZPO (und damit auch § 888 ZPO) erwähnt werden.

Das allgemeine Rechtsstaatsgebot verpflichtet die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des Prozessrechts, das Ziel der Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes zu verfolgen (BVerfG, Beschluss vom 13. März 2017 – 1 BvR 563/12, NJW 2017, 1939). Denn der Rechtsstaat gewährleistet nicht nur den Zugang zu den Gerichten, sondern die Wirksamkeit des Rechtsschutzes (BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, 1064). Auf die Bindungskraft richterlicher Entscheidungen hat das BVerfG zuletzt in seinem Beschluss vom 24. März 2018 – 1 BvQ 18/18 und seiner Pressemitteilung Nr. 26/2018 vom 20. April 2018 zum „Fall Wetzlar“ aufmerksam gemacht.

2. Übertragbarkeit auf den vorliegenden Fall

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sind – wie durch den Senat festgestellt – in ihrem Ansatzpunkt auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Daran gibt es nichts zu erinnern.

Der Senat erläutert zutreffend, dass Zwangsgeldandrohungen und -festsetzungen bislang fruchtlos geblieben sind und dies auch dann gilt, wenn höhere Beträge als bisher angedroht und festgesetzt würden. Sie hätten keine nennenswerte Beugewirkung, weil die Entrichtung der Zwangsgelder für das rechtskräftig verurteilte Bundesland nicht mit Vermögenseinbußen einhergeht, sondern sich die Begleichung im Wege der Umbuchung des jeweils festgesetzten Betrages von einem Einzelplan des Staatshaushaltes in einen anderen vollzieht und sich das rechtskräftige Bundesland sowohl gegenüber den Gerichten als auch öffentlich dahingehend festgelegt hat, dass es die rechtskräftige, zu vollstreckende gerichtliche Entscheidung nicht befolgen wird (Hinweise vom 17. August 2018, S. 2).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebietet es daher das Rechtsstaatsprinzip, die zivilprozessualen Vorschriften entsprechend anzuwenden und die nötigen Maßnahmen zu ergreifen.

Welche Maßnahme gewählt wird, obliegt der verwaltungsgerichtlichen Beurteilung. Entscheidend ist die Sicherstellung des effektiven Rechtsschutzes.

Da mildere Maßnahmen, wie die (mehrfache) Zwangsgeldfestsetzung erfolglos geblieben sind, zeigt sich die Erzwingungshaft als einzig verbleibende effektive Maßnahme (sofern man die Ersetzung der Amtshandlung nicht als zulässig ansehen sollte).

3. Rechtsprechung des VGH BW überholt

Sofern die Hinweise des Senats auf den Beschluss des VGH BW vom 12. Januar 1995 – 10 S 488/94 – NVwZ-RR 1995, 619 hinweisen, erging diese Entscheidung Jahre vor

dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 9. August 1999. Sie wäre wohlmöglich anders ausgefallen, wäre sie der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes nachgelagert gewesen.

Der Verwaltungsgerichtshof war in dieser Entscheidung der Auffassung, dass eine Erzwangungshaft einen Eingriff in das organschaftliche Gefüge einer Behörde bedeutet. Dies käme, anders als bei juristischen Personen des Privatrechts, nicht in Betracht.

Warum es jedoch hinnehmbar erscheint, etwa den Vorstand einer Aktiengesellschaft in Erzwangungshaft zu nehmen, nicht aber den Leiter einer Mittelbehörde, wenn sich beide weigern, rechtsstaatliche Mindeststandards einzuhalten, nämlich rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen umzusetzen, leuchtet nicht ein. Wegen der Bindung aller staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz sollte es noch eher zu verlangen sein, dass sich ein Behördenleiter daran hält.

Im Übrigen tritt kein Eingriff in das organschaftliche Gefüge der Behörde ein, wenn der Behördenleiter der Aufforderung zur Umsetzung des Urteils nachkommt, spätestens bei Präsentation des Haftbefehls. Jedes andere Verhalten hätte überdies schwerwiegende beamtenrechtliche Konsequenzen, da sie mit grundlegenden Regeln des Berufsbeamtentums nicht zu vereinbaren sind.

4. Bestimmte Rechtsgrundlage

Der Senat hat Zweifel, ob § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO ausreichend bestimmt ist, um eine Freiheitsentziehung durchzusetzen.

Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Fälle, in denen eine Freiheitsentziehung zulässig ist, hinreichend klar zu bestimmen. Eine analoge Heranziehung von Normen zur Durchsetzung einer Freiheitsentziehung ist daher unzulässig (Hinweise vom 17. August 2018, S. 3). Da hier eine Analogie erforderlich sei, so der Senat, verstieße es gegen das durch das Bundesverfassungsgericht entwickelte Analogieverbot.

Dies überzeugt nicht.

Nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG darf die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden. Dies bedeutet, dass jede Beschränkung der Freiheit auf einer materiell-rechtlichen Grundlage beruhen muss. Nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ist eine Freiheitsbeschränkung also nur dann und nur soweit verfassungsrechtlich zulässig, als sie durch ein Gesetz gedeckt ist (*Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Januar 2018, Art. 104 Rn. 14).

Eine Heranziehung von Gewohnheitsrecht scheidet daher aus; dies gilt auch für eine analoge Heranziehung von Normen. Der Gesetzgeber soll vielmehr gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln (BVerfG, Beschluss vom 13. Oktober 1970 - 1 BvR 226/70, NJW 1970, 2205, 2207). Im Anwendungsbereich des Art. 104 Abs. 1 GG verfolgt das Analogieverbot den Zweck, den Betroffenen gegen nicht voraussehbare Freiheitsentziehungen zu sichern (BVerfG, Beschluss vom 30. Oktober 1990 - 2 BvR 562/88, NJW 1991, 1283, 1284).

Vorliegend muss zur Durchsetzung der Freiheitsentziehung aber keine Norm analog angewendet werden.

Mit § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO gibt es bereits eine Regelung, die geeignet ist, Erzwingungshaft zur Durchsetzung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu verhängen.

Die VwGO regelt in ihrem 17. Abschnitt die Vollstreckung. Die Vorschriften sind jedoch nur ansatzweise ausgebildet. Dies ist deshalb so, weil zusätzlich nach § 167 Abs. 1 VwGO für die Vollstreckung das Achte Buch der Zivilprozessordnung entsprechend gilt. Im Achten Buch der Zivilprozessordnung findet sich § 888 ZPO, nach dem eine Erzwingungshaft angeordnet werden kann.

Die Anwendung der ZPO wurde durch den Gesetzgeber der VwGO selbst geregelt. Die Freiheitsentziehung erginge aufgrund einer durch den Gesetzgeber vorgesehenen und ausreichend bestimmten formellen und materiellen Regelung. Durch die gesetzliche Verweisung hat der Gesetzgeber die Freiheitsentziehungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise normiert. Für den Betroffenen ist die Freiheitsentziehung aufgrund der gesetzlichen Verweisung daher auch voraussehbar.

Im Rahmen echter Analogie wird eine Norm, die für bestimmte Tatbestände gesetzliche Regelungen enthält, auf einen vergleichbaren Tatbestand angewendet, für die *keine* gesetzliche Regelung besteht (vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2012, S. 55). Eine planwidrige Regelungslücke wird somit im Rahmen der Analogie durch richterliche Rechtsfortschreibung geschlossen.

Im Rahmen des § 167 Abs. 1 VwGO fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Anstelle einer Lücke verweist die VwGO auf die Regelungen der ZPO und will so Regelungslücken gerade vermeiden. Durch die Verweisung werden die in Bezug genommenen Vorschriften in die VwGO inkorporiert (so auch *Meissner/ Steinbeiß-Winkelmann*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 173, Stand: Juni 2017, Rn. 54 ff.).

Die gesetzliche Verweisung des § 167 VwGO führt dazu, dass die Regelungen der ZPO als gesetzliche Regelungen der VwGO wirken. In der Gesetzesbegründung zu § 167 VwGO erläutert der Gesetzgeber, dass eine wirkungsvolle Vollstreckung des verwaltungsgerichtlichen Urteils zwingende Voraussetzung eines konsequenten Rechtsschutzes ist:

„Eine wirkungsvolle Vollstreckung des verwaltungsgerichtlichen Urteils ist zwingende Voraussetzung eines konsequenten Rechtsschutzes. Die Möglichkeit, daß ein verwaltungsgerichtliches Urteil, sei es wegen passiven Verhaltens der Behörde oder wegen einer an sich lückenhaften Ausgestaltung der Vollstreckung, nicht vollzogen wird, widerspricht der Forderung des Artikels 19 Abs. 4 GG nach umfassendem Rechtsschutz; soweit die Durchsetzung der Urteile nicht gewährleistet ist, ist der Rechtsschutz nur unvollkommen. Der Entwurf erklärt daher die Zwangsvollstreckungsvorschriften der ZPO, die weitgehend unverändert für den Verwaltungsgerichtsprozeß übernommen werden können, für anwendbar. Diese sind in den Grundzügen selbst den Laien bekannt.“
(BT-Drs. III/55 v. 5. Dezember 1957, S. 48).

Mit diesen Ausführungen hat der Gesetzgeber der VwGO unmissverständlich klargestellt, dass er eine Situation wie die vorliegende Fallgestaltung in keinem Fall billigen wollte und gerade für diese Konstellation („passivem Verhalten der Behörde“) die Anwendung der ZPO geregelt hat.

Bei Verpflichtungsurteilen (die der hiesigen Verurteilung ähnlich sind) hat er dies nochmals klargestellt:

„Diese Vorschrift soll die Ausführung der Verpflichtungsurteile auf jeden Fall sicherstellen. Der hiergegen erhobene Einwand, daß eine solche Vorschrift das Ansehen der Verwaltung schädige, ohne notwendig zu sein, greift nicht durch. Geschädigt wird das Ansehen der Verwaltung nur, wenn die Zwangsstrafe tatsächlich verhängt werden muß; dies zu vermeiden, liegt in der Hand der Verwaltung. Die Befolgung gerichtlicher Urteile durch die Behörden müßte freilich in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit sein; doch hat gerade die Nachkriegserfahrung gelehrt, daß es in Ausnahmefällen auch Behörden gegenüber nicht ohne Zwang geht.“
(BT-Drs. III/55 v. 5. Dezember 1957, S. 49).

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeiten der zivilprozessualen Regelungen sehr wohl gesehen und sie ganz bewusst durch Schaffung der Verweisungsnorm in die VwGO aufgenommen, um den rechtsstaatlichen Erfordernissen gerecht zu werden.

III. Eindeutige Identifizierbarkeit der zu inhaftierenden Person(en)

Der Senat wirft die Frage auf, ob es § 888 ZPO möglicherweise an der erforderlichen Klarheit fehlen könnte, weil sich der Norm nicht eindeutig entnehmen lasse, gegen welche Amtsträger die Haft angeordnet werden darf.

Die Sorge ist unbegründet.

Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens dürfen keine höheren Ansprüche an die Klarheit der Norm gestellt werden, als sie im Rahmen des Zivilprozesses bestehen. Wie ausgeführt, sind die zivilprozessualen Normen durch die Verweisung in § 167 VwGO zu gesetzlichen Normen der VwGO geworden.

Soll im Rahmen des Zivilprozesses eine Zwangshaft gegen eine juristische Person verhängt werden, ist die Zwangshaft gegen die Organe dieser juristischen Person anzuordnen (Gruber, in: MüKoZPO, 5. Aufl., 2016, § 888, Rn. 26; BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – I ZB 43/11, Juris, Rn. 7; vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 1991 – I ZR 218/89, Juris, Rn. 29). Die Organe der juristischen Person werden in den jeweiligen Fachgesetzen nach ihrer Funktion benannt. So wird nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbH die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Nach § 78 Abs. 1 S. 1 AktG wird die Aktiengesellschaft durch den Vorstand vertreten.

Sind im Zivilprozess die Organe der juristischen Person zur Zwangshaft verpflichtet, gilt nichts anderes im Verwaltungsprozess, einer Analogie bedarf es dazu nicht. Ob daher aus § 888 ZPO das jeweils richtige Organ oder der jeweils richtige Organwalter abgeleitet wird, ist daher keine Frage der Analogie. Dies lässt sich rechtssicher und vorhersehbar den jeweiligen die Zuständigkeit regelnden Fachgesetzen entnehmen.

Bei der Fortschreibung von Luftreinhalteplänen wird der Vollstreckungsschuldner seit dem 1. September 2016 durch die Regierung von Oberbayern vertreten. Die Regierung ist für die Verabschiedung des Luftreinhalteplans zuständig, nicht die den Freistaat vor Gericht vertretende Landesadvokatur.

Die Regierung von Oberbayern wird vertreten durch die Regierungspräsidentin. Die Regierungspräsidentin besitzt kein Abgeordnetenmandat. Fragen der Immunität stellen sich nicht.

Selbst wenn sie sich stellen würden (wir werden darlegen, dass dies auch bei Abgeordneten des Landtags nicht der Fall ist), erginge die Anordnung gegenüber dem Regierungsvizepräsidenten.

Die Haftanordnung erginge zunächst jedoch gegenüber der Regierungspräsidentin.

IV. Erzwingungshaft keine Haft i.S.d. Art. 28 Abs. 2 BV

Sollte die Regierungspräsidentin einwenden, dass sie den Luftreinhalteplan deshalb nicht in der gebotenen Form verabschieden kann, weil sie eine Weisung ihrer Aufsichtsbehörde erhalten habe, müsste sie sich dieser Weisung widersetzen; dies gebieten bundesrechtliche Vorgaben zur Gewährung eines effektiven Rechtsstaats, die etwaigen Weisungsrechten des einfachen Rechts oder des Landesrechts vorgehen (Art. 31 GG).

Gleichzeitig stellt sich dann jedoch möglicherweise die Frage, ob sich die Erzwingungshaft zusätzlich gegen diejenigen Organwalter richtet, die die Weisung ausgesprochen haben.

Nur für diesen Fall ist zu erörtern, ob ein die Weisung aussprechender Organwahrer von einer Erzwingungshaft zu verschonen ist, wenn er ein Abgeordnetenmandat besitzt. Im Ergebnis ist dies nicht der Fall. Denn Art. 28 Abs. 2 BV umfasst keine Erzwingungshaft.

Sinn und Zweck der Immunitätsregelung des Art. 28 Abs. 2 BV ist die Wahrung des Ansehens und der Funktionsfähigkeit des Parlaments (BayVGh, Urteil vom 15. November 1971 – Vf. 32-VII-70, Juris).

Durch die Norm soll verhindert werden, dass der Landtag durch den Ausschluss einzelner Mitglieder arbeits- und beschlussunfähig ist. Die Immunitätsregeln sollen sicherstellen, dass Abgeordnete nicht auf unbestimmte Zeit abwesend sind.

Die Verhängung der in der ZPO geregelten Zwangsmittel dient jedoch allein der Willensbeugung. Sie ist kein Straf- oder Ordnungsmittel (*Bendtsen*, in: Kindl/Meller-Hanich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, ZPO § 888 Rn. 29).

Die Beugehaft kann durch die Vornahme der geforderten Handlung jederzeit beendet werden; sie ist daher keine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 BV. Durch sie besteht nicht die Gefahr, die Funktionsfähigkeit des Landtages zu gefährden, da sie jederzeit durch die Vornahme der erforderlichen Handlung beendet werden kann.

Eine andere Auffassung würde den Anforderungen des EuGH in der Rechtssache „Client Earth“ entgegenstehen, in der der EuGH festgestellt hat, dass es den zuständigen nationalen Gerichten obliegt, gegenüber der nationalen Behörde jede erforderliche Maßnahme zu erlassen, damit diese Behörde einen ordnungsgemäßen Luftreinhalteplan erstellt (EuGH, Urteil vom 19. November 2014 – C-404/13, ZUR 2015, 33, 37).

Es erscheint im Sinne der acte-clair-Doktrin hinreichend klar, dass dies alle Maßnahmen umfasst, die erforderlich sind, wenn es nicht anders geht, auch diejenigen Maßnahmen, die im Falle der Verweigerung jede Privatperson trifft.

V. Ersetzung der behördlichen Entscheidung

Einer Erzwingungshaft bedarf es jedoch nicht.

Denn es kommt noch eine andere Maßnahme in Betracht: Die Ersetzung der behördlichen Handlung durch den Verwaltungsgerichtshof. Diese Maßnahme wäre gegenüber einer Zwangshaft das mildere Mittel. Sie wäre auch effektiver, da sie die geschuldete Rechtsfolge unmittelbar herbeiführt.

Für den Fall, dass der Senat daran Zweifel haben sollte, regen wir an, die Vorabentscheidungsfrage auf die Möglichkeit der Ersetzung der Handlung durch das Gericht zu erstrecken. Wir werden dazu unten einen Vorschlag unterbreiten.

Durch Beschluss vom 27. Februar 2017 – 22 C 16.1427 stellte der Verwaltungsgerichtshof fest, dass „die Aufnahme von Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge in einen solchen Luftreinhalteplan [...] unabweisbar geboten sind“. Die Vollstreckung konnte zum damaligen Zeitpunkt allein deshalb nicht verlangt werden, weil zweifelhaft war, ob Verkehrsverbote in rechtskonformer Weise bekanntgegeben werden können (VGH München, Beschluss vom 27. Februar 2017 – 22 C 16.1427).

Mit Urteilen vom 27. Februar 2018 – 7 C 26/16 u.a. – hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge möglich und auch notwendig sind, wenn durch sie die schnellstmögliche Einhaltung der Grenzwerte zu erreichen ist (BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2018 – 7 C 26/16 – Juris, Rn. 32).

Danach verbleibt für die Änderung des für München geltenden Luftreinhalteplanes hinsichtlich des Ob der Maßnahme kein Spielraum. Diesen Mindestinhalt muss der Plan gewähren.

Der Vollstreckungsgläubiger räumt ein, dass der 22. Senat nicht entschieden hat, ob es zwingend *zonale* Verbote sein müssen oder ob umfangreiche *streckenbezogene* Verbote auszusprechen sind. Auch zur Ausgestaltung des Ausnahmekatalogs bestehen gewisse administrative Spielräume. Der Einwand, eine gerichtliche Ersetzung würde in die Gewaltenteilung eingreifen, liegt daher zunächst nahe.

Und trotzdem: Wenn die Exekutive von ihren Rechten zur sachlichen Ausgestaltung dessen, was ihr durch die Judikative verpflichtend auferlegt wurde, keinen Gebrauch macht und dies zu einer offenkundigen Verletzung der Souveränität der Judikative führt, entsteht ein Gewaltenkonflikt. Dieser Konflikt ist so aufzulösen, dass es die Exekutive hinnehmen muss, dass ihr passives Verhalten durch eine aktive Entscheidung der Judikative ersetzt wird. Andernfalls wäre die judikative Gewalt unzulässig beschnitten.

Der Hinweis auf die Gewaltenteilung kann nicht seinerseits dazu dienen, einen Verfassungsverstoß zu rechtfertigen. Unsere Rechtsordnung gibt genügend Instrumente zur Hand, mit denen man dem Inhaber eines Rechts die Verwirkung seiner Rechte oder einen Rechtsmissbrauch vorhalten kann. Dazu zählt insbesondere, dass eine hinreichend lange Zeit vergangen ist und der Inhaber des Rechts deutlich machte, dass er sein Recht nicht mehr ausüben wird (sog. Umstands- und Zeitmoment der Verwirkung von Rechten). Warum soll es nicht möglich sein, dies auch der säumigen Verwaltung vorzuhalten und die Änderung des Luftreinhalteplans im Wege der Ersetzung durch den Senat vorzunehmen?

Der Senat übt das Ermessen dann im Rahmen des Rechts so aus wie er es im Rahmen der Mindestanforderungen des Plans für geboten hält. Als Rechtsgrundlage dient § 167 VwGO i.V.m. § 894 ZPO in einer analogen Anwendung der Norm. Da es hier nicht um eine Freiheitsbeschränkung geht, stellen sich Fragen des Analogieverbots nicht. Auch das BVerfG hat die Ersetzung der Willenserklärung zur Vermietung der Kongresshalle als rechtlich zulässig angesehen. Analog gilt dies bei Willenserklärungen, die einen planerischen Willen dokumentieren.

Aufzunehmen könnte danach ein zonales Verbot für Dieselfahrzeuge bis Euro 4 ab sofort und inklusive Euro 5 ab 1. September 2019 innerhalb der Umweltzone München, inklusive des Mittleren Rings, sein. Sollte die Zone größer zu wählen sein, kann man das gesamte Stadtgebiet wählen. Die Ausnahmen könnten in Anwendung der 35. BImSchV geregelt werden. Wenn der Vollstreckungsschuldner meint, dass er es anders regeln möchte, hätte und hat er die Möglichkeit zu handeln. Handelt er pflichtwidrig nicht, wird es ihm abgenommen.

Wenn die in Art. 97 Abs. 1 GG geregelte Unabhängigkeit der Justiz unter Berufung auf die Gewaltenteilung zu einer Farce wird, da die Justiz ihre Gewalt nur noch auf dem Papier besitzt, in der Realität aber nicht mehr ausüben kann, gebietet es sowohl die justizielle Unabhängigkeit als auch das Rechtsstaatsgebot als auch die Gewaltenteilung selbst, die rechtlich gebotene Handlung zu ersetzen.

Die vorgeschriebene Öffentlichkeitsbeteiligung kann der Verwaltungsgerichtshof über seine Internetpräsenz sicherstellen. Die Einwendungen und Vorschläge werden an den Verwaltungsgerichtshof gerichtet. Auch die Bekanntmachung des Plans kann über die Internetseite des Verwaltungsgerichtshofs erfolgen. Dies mag aufwendig sein. Der Rechtsstaat muss gleichwohl handlungsfähig sein, er darf nicht erodieren.

VI. Antrag auf beschleunigtes Verfahren

Für den Fall, dass der Senat zur Absicherung seiner Entscheidungsfindung weiterhin dahin tendiert, eine Vorabentscheidung einzuholen, hat der Vollstreckungsgläubiger dafür Verständnis. Wir regen dann jedoch an, das beabsichtigte Vorabentscheidungsverfahren als beschleunigtes Verfahren nach Art. 105 der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs durchzuführen. Damit kann eine deutliche Verkürzung der Verfahrensdauer des Vorabentscheidungsverfahrens auf rund 4 Monate erreicht werden.

Der Antrag kann durch das vorlegende Gericht gestellt werden. Der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens erfordert eine rasche Erledigung im Sinne der Empfehlungen des Europäischen Gerichtshofs bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (2016/C 439/01, Rn. 31).

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es anerkannt, dass in Fällen des dringenden Schutzes der menschlichen Gesundheit und der Umwelt ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen ist (vgl. die Rechtssachen EuGH, „I/Health Service“ C-255/13, ECLI:EU:C:2014:1291 Rn. 12ff.; EuGH „Jippes“ C-189/91, ECLI:EU:C:2001:420 Rn. 44f. und EuGH „Pesce u.a.“ C-78/16 u. C-79/16, ECLI:EU:C:2016:251 Rn. 8 f.; vgl. auch *von der Groeben* u.a., Europäisches Unionsrecht, VerfO-EuGH Art. 105 Rn. 7 m.w.N.; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 3. Aufl. 2015, S.

188 ff.; *Karpenstein*, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2014, S. 237 (Rn. 95); *Broberg/Fenger*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2014, S. 344 ff.).

Ebenfalls entspricht es der Rechtsprechung des EuGH, dass bei einer Berührung der europäischen Grundrechte ein beschleunigtes Verfahren geboten sein kann (vgl. Rs. EuGH, „Secretary of State for the Home Department/David Davis u.a.“ C-698/15, ECLI:EU:C:2016:70 Rn. 11).

Im vorliegenden Fall sind grundlegende rechtsstaatliche Garantien, die die Europäische Union gesetzt hat, betroffen. Wenn rechtskräftige Urteile von Gerichten durch die Mitgliedstaaten nicht mehr beachtet werden müssten, hätte dies einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundwerte der Europäischen Union zur Folge. Daher ergibt sich bereits aus Art. 47 GRCh, dass ein beschleunigtes Verfahren geboten ist.

Besondere Umstände, die ein beschleunigtes Verfahren rechtfertigen, ergeben sich hier zusätzlich und neben dem grundsätzlich rechtsstaatlichen Aspekt aus der hohen Stickstoffdioxidbelastung in der Münchner Innenstadt.

Wie der Senat in seinem Beschluss vom 14. August 2018 (22 C 18.583 und 22 C 18.667) auf Seite 5 dargestellt hat, wurde der Grenzwert von $40 \mu\text{g}/\text{m}^3$ im Jahr 2015 an 257 Straßen Münchens überschritten. Dies betrifft 80 km des 330 km umfassenden Hauptstraßennetz Münchens und damit 24,4% seiner Straßen. Diese Situation hat sich seither nicht signifikant geändert.

Daraus ergibt sich, dass bei einem regulären Vorabentscheidungsverfahren mit gesundheitlichen Auswirkungen zu rechnen ist, die mindestens 1 Jahr länger andauern als bei einem beschleunigten Verfahren.

Stickstoffdioxid kann die menschliche Gesundheit nachhaltig schädigen. Bei Zunahme der NO_2 -Belastung um $10 \mu\text{g}/\text{m}^3$ muss mit einem Anstieg der Häufigkeit des Auftretens von Bronchitis um ca. 10 % gerechnet werden, so die Erkenntnisse verschiedener Luftreinhaltepläne in Nordrhein-Westfalen,

Luftreinhalteplan Düsseldorf 2018, Entwurf der Offenlage vom 21. August 2018,

Anlage AST 1.

Vorliegend zeigen die Messstellen Grenzwertüberschreitungen um teilweise mehr als 30 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, so dass bewiesen ist, dass durch die Grenzwertüberschreitung in München an einigen Straßenabschnitten mit 30 % häufigeren Bronchitis-Fällen zu rechnen ist. Dies betrifft insbesondere *Kinder und Jugendliche*.

Eine in Nordrhein-Westfalen durchgeführte Studie, die in den dortigen Luftreinhalteplänen benannt wird (Anlage AST 1, S. 11, Fn. 12), kam zu dem Ergebnis, dass

„mit einer Zunahme der NO_2 -Konzentration um 16 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ das relative Risiko, an Herz-Kreislauf-Erkrankungen zu versterben um 50 % steigt“.

An einigen Messstellen in München liegen die Werte deutlich darüber, an vielen Straßenabschnitten in diesem Bereich. Durch die Verweigerung der rechtmäßigen Luftreinhalteplanung für Anwohner dieser Straßen liegt somit das relative Risiko an Herz-Kreislauf-Erkrankungen zu versterben, über ein Jahr lang um fast 50 % höher, wenn kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt wird.

Dieser Befund wird auch durch den Bericht der Europäischen Umweltagentur 2015 bestätigt. Auf S. 44 ihres Reports legt sie dar, dass wegen der NO_2 -Belastung in Deutschland mit 10.400 vorzeitigen Todesfällen pro Jahren zu rechnen ist,

Auszug aus der EEA-Studie 2015, S. 44, **Anlage AST 2.**

Diese Zahlen sind nach jüngsten Berechnungen durch die EEA nach oben korrigiert worden.

Rechnet man nur die Zahlen aus 2015 (die noch zu niedrig sind) auf eine Belastungssituation wie in München um, ist bei Zugrundelegung eines einfachen Dreisatzes (Einwohnerzahl Deutschland zu Todesfällen EEA zu Einwohnerzahl München) mit ca. 195 Todesfällen pro Jahr in München zu rechnen. Da die Stickstoffdioxidbelastungen aber vor allem in den großen Städten auftreten, kommt die Anwendung eines Dreisatzes noch zu niedrigen Ergebnissen. Realistischerweise wird man von deutlich über 200 Todesfällen pro Jahr in München ausgehen müssen.

Legt man dies zugrunde, vermeidet die Durchführung des beschleunigten Verfahrens schwerwiegende Erkrankungen (vor allem bei Kindern und Jugendlichen) sowie mehr als 200 Todesfälle.

Denn das Verfahren ließe sich dadurch um mehr als 1 Jahr früher abschließen.

Pro Jahr gibt es ca. 19 Verkehrstote in München (so die Zahl in 2016). Jeder Verkehrstote ist einer zu viel. Die Zahl lässt sich jedoch nur sehr bedingt durch staatliches Handeln reduzieren, da die Fehleranfälligkeit menschlichen Handelns dadurch nur unzureichend zu beeinflussen ist. Wenn aber nach der EEA (der Umweltagentur der EU) die Zahl der möglichen Todesfälle wegen der Stickoxidbelastung über 10 Mal so hoch liegt und dieser Wert durch das beschleunigte Verfahren ein Jahr früher signifikant gesenkt werden kann, besteht ein überragender Grund für die Durchführung des beschleunigten Verfahrens: Der Schutz der Gesundheit und des Lebens.

Bestätigt werden die gesundheitlichen Auswirkungen von Stickstoffdioxidexpositionen in Deutschland durch den Bericht des Umweltbundesamts vom Februar 2018. Darin hat dieser nur die Hintergrundkonzentration und ihre Auswirkungen auf die Krankheitslasten ermittelt. Höhere Konzentrationen, die in städtisch verkehrsnahen Gebieten auftreten, wurden nicht berücksichtigt. Schon allein aufgrund der danach ermittelten Hintergrundkonzentration kam das Umweltbundesamt zu dem Ergebnis, dass die Mortalität bei 5966 Todesfällen in Deutschland pro Jahr liegt,

Kurzbeschreibung und abstract des Abschlussberichts „Quantifizierung von umweltbedingten Krankheitslasten aufgrund der Stickstoffdioxid-Exposition in Deutschland“, Umweltbundesamt, Februar 2018, Seite 3 f.,

Anlage AST 3.

Die Durchführung des beschleunigten Verfahrens ist auch aus Gründen der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts erforderlich (vgl. EuGH, NJW 1991, 2279). Nach der *Protect*-Entscheidung des EuGH vom 20. Dezember 2017 sind die nationalen Gerichte gehalten, für eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts zu sorgen. Wenn zu diesem Zweck ein beschleunigtes Verfahren erforderlich ist, ist es zu beantragen, um dem Unionsrecht effektiv nachzukommen („jede erforderliche Maßnahme zu erlassen“ [BVerwG, Urteil Düsseldorf Rn. 33 unter Hinweis auf die *Protect*-Entscheidung]).

Dies folgt letztlich auch aus dem Umstand, dass der gesetzliche Auftrag dahin geht, den Grenzwert „schnellstmöglich“ wieder einzuhalten.

Damit hat das Unionsrecht den Maßstab für die Durchführung etwaiger gerichtlicher Auseinandersetzungen gesetzt. Wenn bereits die materiellen Vorgaben der Rechtsordnung einen klaren zeitlichen Auftrag setzen („so schnell wie möglich“), kann das gerichtliche Verfahren nicht dahinter zurückbleiben und der Sache die Notwendigkeit einer beschleunigten Handhabung absprechen. Der Gesetzesauftrag wirkt sich auf das Vorliegen der Gründe für das beschleunigte Verfahren aus. Die „Art der Rechtssache“ (Rn. 31 der Empfehlungen des EuGH) erfordert daher eine „rasche Erledigung“ (anders als Art. 104a aF VerfO-EuGH, nach dem noch eine „außerordentliche Dringlichkeit“ erforderlich war).

Anders als in der Rechtssache „I/Health Service“, in der die gesundheitliche Belastung des Klägers bereits eingetreten war, hat der Vollstreckungsschuldner bisher keine angemessenen Maßnahmen unternommen, um eine Grenzwerteinhaltung schnellstmöglich zu erreichen und der bestehenden Gesundheitsgefahr entgegenzuwirken. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 3 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtecharta ist dadurch ebenfalls betroffen.

Ergänzend folgt dies auch aus Art. 9 Abs. 4 AK, nach der ein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen ist. Angemessen und effektiv ist der Rechtsschutz immer dann, wenn sichergestellt werden kann, dass die angestrebte Wirkung des Überprüfungsverfahrens auch tatsächlich erreicht werden kann (*Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, Aarhus-Konvention, 2017, Art. 9 Rn. 41 unter Hinweis auf *Ebbesson et.al.*, Aarhus Convention Implementation Guide, 209). In Hinblick auf die oben dargestellten gesundheitlichen Auswirkungen könnte ein normales Vorabentscheidungsverfahren seine Wirkungen nicht mehr entfalten. Es bedarf daher auch aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes eines beschleunigten Verfahrens.

Das vorliegende Gericht hat die Gründe für das beschleunigte Verfahren umfassend in den Antrag auf Durchführung des beschleunigten Verfahrens aufzunehmen (Empfehlung des EuGH, C-439/01, Rn. 34). Auch sind Art und Umfang der drohenden Gefahr hinreichend deutlich darzustellen (EuGH, „Lesoochranárske zoskupenie“ C-240/09, ECLI:EU:C:2009:657 Rn. 12).

VII. Modifizierung der Vorlagefrage

Für den Fall, dass der Senat eine Vorlage beschließt, regen wir neben der Beantragung eines beschleunigten Verfahrens noch nachfolgend hervorgehobene Modifizierungen der Vorlagefrage an:

Der Verwaltungsgerichtshof setzt das Beschwerdeverfahren 22 C 18.1718 aus und holt gemäß Art. 267 Abs. 1 und 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union darüber ein, ob

- a) *das in Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf,*
- b) *Art. 9 Abs. 4 des Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten („Aarhus-Abkommen“),*
- c) *das aus Artt. 4 Abs. 3 UAbs. 2, 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV folgende Gebot der effektiven Umsetzung des Unionsrechts durch die Mitgliedsstaaten und*
- d) *Art. 30 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa*

so auszulegen sind, dass ein deutsches Gericht die rechtlich gebotene Fortschreibung des Luftreinhalteplans

- a. *selbst vornehmen darf und ggf. vornehmen muss oder*
- b. *gegen Amtsträger eines deutschen Bundeslandes Erzwingungshaft anordnen darf und ggf. sogar anordnen muss,*

um auf diese Weise die Verpflichtung dieses Bundeslandes zur schnellstmöglichen Fortschreibung eines Luftqualitätsplans im Sinn von Art. 23 der Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 (ABI EU Nr. L 152 S. 1) mit

einem bestimmten Mindestinhalt durchzusetzen, wenn dieses Bundesland bereits rechtskräftig verurteilt wurde, eine Fortschreibung mit diesem Mindestinhalt vorzunehmen, und

- mehrere gegenüber dem Bundesland vorgenommene Zwangsgeldandrohungen und Zwangsgeldfestsetzungen fruchtlos geblieben sind,

- von Zwangsgeldandrohungen und Zwangsgeldfestsetzungen auch dann, wenn höhere Beträge als bisher angedroht und festgesetzt würden, deshalb keine nennenswerte Beugewirkung ausgeht, weil die Entrichtung der Zwangsgelder für das rechtskräftig verurteilte Bundesland nicht mit Vermögenseinbußen einhergeht, sondern sich die Begleichung von Zwangsgeldern ausschließlich im Wege der Umbuchung des jeweils festgesetzten Betrags von einem Einzelplan des Staatshaushalts in einen anderen Einzelplan vollzieht, und

- sich das rechtskräftig verurteilte Bundesland sowohl gegenüber den Gerichten als auch öffentlich – und dies u.a. durch seinen ranghöchsten politischen Mandatsträger sowie gegenüber dem Parlament – dahingehend festgelegt hat, dass es die rechtskräftige, zu vollstreckende gerichtliche Entscheidung nicht befolgen wird und

- es keine anderen strafrechtlichen oder anderen rechtlichen Erzwingungsmittel zur Durchsetzung des rechtskräftigen Urteils im nationalen Recht gibt.

Der letztgenannte ergänzende Spiegelstrich könnte deshalb erforderlich sein, weil es in anderen Rechtsordnungen nicht nur die mit den vorangegangenen Spiegelstrichen aufgezählten Beugemittel gibt, sondern auch das Strafrecht zur Verfügung steht. Der Unterzeichnende ist beispielsweise auf dem Österreichischen Umweltrechtstag gefragt worden, warum man in einer solchen Situation in Deutschland kein Strafverfahren wegen Amtsmissbrauchs führen kann. Diesen allgemeinen Straftatbestand des Amtsmissbrauchs gibt es in Deutschland nicht (mehr).

VIII. Entscheidungsvorschlag für EuGH

Entsprechend der Empfehlung des Europäischen Gerichtshofs in Bezug auf beschleunigte Verfahren könnte bereits ein knapper Vorschlag durch das ersuchende Gericht für die Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen beigefügt werden (2016/C 439/01, Rn. 34).

Dieser könnte wie folgt aussehen, wobei die oben modifizierte Vorlagefrage zugrunde gelegt wird:

„(1) Zunächst ist unter Hinweis auf Art. 4 EUV festzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Gerichte der Mitgliedstaaten gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Abs. 3 dieses Artikels den gerichtlichen Schutz der Rechte zu gewährleisten haben, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, Rn. 38; Urteil Client Earth, C-404/13 EU:C:2014:2382, Rn. 52). Mit Art. 19 Abs. 1 EUV wird den Mitgliedstaaten aufgegeben, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.

(2) Werden die Grenzwerte für Stickstoffdioxid nach dem 1. Januar 2010 in einem Mitgliedstaat überschritten, erlegt ihm Art. 23 Abs. 1 Unterabs. 2 dieser Richtlinie die klare Verpflichtung auf, einen Luftqualitätsplan im Einklang mit bestimmten Anforderungen zu erstellen (vgl. entsprechend Urteil Janecek, C-237/07, EU:C:2008:447, Rn. 35).

(3) Einzelne können sich nach ständiger Rechtsprechung gegenüber öffentlichen Stellen auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie berufen. Auch haben die nationalen Behörden und Gerichte die Bestimmungen des nationalen Rechts so weit wie möglich so auszulegen, dass sie mit dem Ziel der entsprechenden Richtlinie im Einklang stehen. Sofern eine solche Auslegung nicht möglich ist, haben sie die mit der Richtlinie unvereinbaren Regelungen des nationalen Rechts außer Anwendung zu lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil Janecek, EU:C:2008:447, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung sowie Urteil Client Earth, C-404/13 EU:C:2014:2382, Rn. 54). Wie der Gerichtshof wiederholt ausgeführt hat, wäre es schließlich mit dem zwingenden Charakter, den Art. 288 AEUV der Richtlinie 2008/50 verleiht, unvereinbar, es grundsätzlich auszuschließen, dass eine mit ihr auferlegte Verpflichtung von den betroffenen Personen geltend gemacht werden kann. Diese Überlegung gilt ganz besonders für eine Richtlinie, die eine Eindämmung und Reduzierung der Luftverschmutzung und damit den Schutz der öffentlichen Gesundheit bezweckt (vgl. in diesem Sinne Urteil Janecek, EU:C:2008:447, Rn. 37).

(4) Wenn ein Mitgliedstaat die Anforderungen aus Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2008/50 nicht eingehalten hat, obliegt es dem angerufenen zuständigen nationalen Gericht, gegenüber der nationalen Behörde jede erforderliche Maßnahme, wie eine Anordnung, zu erlassen, damit diese Behörde den nach dieser Richtlinie erforderlichen Plan gemäß den in der Richtlinie vorgesehenen Bedingungen erstellt (Urteil Client Earth, C-404/13 EU:C:2014:2382, Rn. 58). Soweit es den Inhalt der

erforderlichen Maßnahmen angeht, haben die Gerichte der Mitgliedstaaten nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs gemäß dem in Art. 4 Abs. 3 EUV genannten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit den gerichtlichen Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen; durch Art. 19 Abs. 1 EUV wird den Mitgliedstaaten im Übrigen aufgegeben, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet ist (vgl. u. a. Urteil vom 27. September 2017, Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung). Umweltorganisationen darf durch im innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien nicht nur nicht die Möglichkeit genommen werden, die Beachtung der aus dem Unionsumweltrecht hervorgegangenen Rechtsvorschriften überprüfen zu lassen, zumal solche Rechtsvorschriften in den meisten Fällen auf das allgemeine Interesse und nicht auf den alleinigen Schutz der Rechtsgüter Einzelner gerichtet sind und Aufgabe besagter Umweltorganisationen der Schutz des Allgemeininteresses ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Mai 2011, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen, C-115/09, EU:C:2011:289, Rn. 46). Sie müssen auch in der Lage sein, das Ergebnis der gerichtlichen Überprüfung gegenüber dem Mitgliedstaat durchzusetzen. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, ein rechtliches System zu schaffen, welches die Durchsetzung des Unionsrechts durch einen effektiven gerichtlichen Schutz garantiert (Urteil vom 25. Juli 2002, Union de Pequenos Agricultores, C-50/00 P, Rn. 41 und Urteil vom 1. April 2004, Jago-Quere, C-263/02 P, Rn. 31). Dies folgt aus Art. 19 Abs. 1 EUV.

(5) Das vorliegende Gericht hat daher das nationale Vollstreckungsverfahrenrecht so weit wie möglich im Einklang sowohl mit den Zielen von Art. 9 Abs. 4 des Übereinkommens von Aarhus als auch mit dem Ziel eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte auszulegen, um es einer Umweltorganisation zu ermöglichen, eine Entscheidung, die am Ende eines Verwaltungsgerichtsverfahrens ergangen ist, gegenüber dem Mitgliedstaat durchzusetzen (vgl. entsprechend Urteil vom 8. März 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C-240/09, EU:C:2011:125, Rn. 52).

(6) Sollte zu diesem Zweck eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich sein, müsste das vorliegende Gericht die nationale Verfahrensvorschrift, die einer Durchsetzung des Urteils des vorlegenden Gerichts entgegensteht, in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit unangewendet lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für deren volle Wirksamkeit zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Vorschrift auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. u. a. Urteile vom 9. März 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, Rn. 21 und 24, sowie vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(7) Mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen wäre nämlich jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis unvereinbar, die dadurch zu einer Schwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass dem für dessen Anwendung zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, alles Erforderliche zu tun, um von innerstaatlichen Rechtsvorschriften abzuweichen, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der Unionsnormen bilden (vgl. u. a. Urteile vom 9. März

1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, Rn. 22, und vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung). Ein effektiver Rechtsschutz ist nur gewährleistet, wenn Entscheidungen eines innerstaatlichen Gerichts, durch die ein durch das Unionsrecht verliehenes Recht geschützt wird, auch gegenüber dem Mitgliedstaat durchgesetzt werden können (vgl. Urteile vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86, Heylens u. a., Slg. 1987, 4097, Randnr. 14, und vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88, GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 34). Wenn es zu diesem Zweck erforderlich ist, dass das nationale Gericht die dem Mitgliedstaat in der gerichtlichen Entscheidung abverlangte Handlung selbst vornimmt, darf das nationale Gericht daran nicht durch eine entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift gehindert sein. Erforderlichenfalls hätte das nationale Gericht jede entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet zu lassen, um für die effektive Durchsetzung des Unionsrechts zu sorgen (vgl. Urteil vom 20. Dezember 2017, Protect, C-664/15, Rn. 56). Dies gilt gleichermaßen für die Verhängung von Erzwingungshaft. Welche dieser Vollstreckungsmittel zum Einsatz kommen, obliegt der Ermessensentscheidung des nationalen Gerichts.

(8) Somit ist auf die Frage zu antworten, dass Art. 9 Abs. 4 des Übereinkommens von Aarhus in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 der Charta und Art. 30 der Richtlinie 2008/50/EG dahin auszulegen ist, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, eine Entscheidung eines innerstaatlichen Gerichts, durch die ein durch das Unionsrecht verliehenes Recht geschützt wird, auch gegenüber dem Mitgliedstaat durchzusetzen.

Wenn es dazu einer Erzwingungshaft oder einer Ersatzvornahme der gerichtlich angeordneten Maßnahme durch das Gericht selbst bedarf, ist das nationale Gericht daran nicht durch eine entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift gehindert. Im Ergebnis sind diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die für eine effektive Durchsetzung seines Urteils sorgen und den Richtlinienverstoß ausreichend sanktionieren (Art. 30 Richtlinie 2008/50/EG). Sofern erforderlich hat das nationale Gericht jede entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift unangewendet zu lassen, um für die effektive Durchsetzung des Unionsrechts zu sorgen. Welche Vollstreckungsmittel zum Einsatz kommen, obliegt der Ermessensentscheidung des nationalen Gerichts.“

Da dieser Entscheidungsvorschlag allein auf der bereits vorhandenen Rechtsprechung des EuGH fußt, kommt man nicht umhin, festzustellen, dass es sich bei dieser Sachlage um einen Fall des *acte éclairé* (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 - *CILFIT*, Rz. 5, 13 ff.) handelt. Der Senat könnte und müsste diese Rechtsprechung des EuGH selbstständig anwenden.

Zwei beglaubigte und zwei einfache Abschriften anbei.

Prof. Dr. Remo Klinger
(Rechtsanwalt)