

DIE DURCHSETZUNG VON VERFÜGUNGEN NACH SCHWEIZERISCHEM VERWALTUNGSRECHT

In diesem Beitrag wird auf das eher selten behandelte Thema der „Vollstreckung“ von Verwaltungsakten eingegangen, das an der Schnittstelle zwischen Verwaltungsgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz liegt. Besonderes Gewicht wird dabei Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen über die Vollstreckung von Verwaltungsakten und anderen Arten von Entscheidungen beigemessen, die im Zusammenhang mit einer Strafandrohung nach Artikel 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches stehen. Angesichts des neueren Urteils des Bundesverwaltungsgerichts dazu wird im Artikel auch das Betreibungs- und Insolvenzgesetz erläutert und auf den Unterschied zwischen der Vollstreckung von Verwaltungsakten und der Vollstreckung von vertraglichen Ansprüchen der öffentlichen Hand hingewiesen.

Stichwörter: Verwaltungsrecht, Schweiz, Vollstreckung von Verwaltungsakten, Gültigkeit eines Verwaltungsakts, Vollstreckungsbehörde, Rechtsschutz gegen Entscheidungen über die Vollstreckung von Verwaltungsakten, Strafandrohung, Anordnung von Geld- und Schuldentilgung, Behörde Handeln im Rahmen seiner hoheitlichen Zuständigkeiten, Substituierte Leistung.

Marc Steiner,
*Richter des
Bundesverwaltungsgerichts
(Schweiz)*

1. Vorbemerkungen

Um die folgenden Ausführungen zur Vollstreckung von Verfügungen zu verstehen sind zunächst einige Worte zum rechtlichen Rahmen zu verlieren, in welchem sich die Verwaltung in der Schweiz bewegt. Vorab ist klarzustellen, dass im Unterschied zur deutschen Terminologie der Begriff des Verwaltungsakts nicht sehr gebräuchlich ist; indessen meint der schweizerische Begriff der Verfügung jedenfalls weitgehend dasselbe. Im Stichwortverzeichnis eines bekannten Lehrbuchs (Häfelin et al., 2010) heisst es deshalb zum Begriff Verwaltungsakt knapp „siehe Verfügung“.

Wie in Deutschland war auch in der Schweiz die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Weg mit Hindernissen. So wurde etwa im Kanton Zürich das erste Verwaltungsrechtspflegegesetz in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts in einer Volksabstimmung abgelehnt. Dies war unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Regierung dem Gesetz gegenüber kritisch eingestellt war mit der Begründung, die Tätigkeit des Verwaltungsgerichts könne zu einem Hemmnis für die Regierungstätigkeit werden (Griffel, 2010: Rz. 8).

Zudem ergibt sich aus dem föderalen System der Schweiz, dass der Bund und jeder Kanton eine eigene Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts kennen, wogegen das Zivil- und Strafprozessrecht im Rahmen der als Zusatzpaket zum Erlass der neuen Bundesverfassung (Swiss Confederation, 1999) an die Hand genommenen Justizreform vereinheitlicht worden sind. Die einheitliche Zivilprozessordnung ist ebenso wie die Strafprozessordnung gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV bzw. Art. 123 Abs. 1 BV per 1. Januar 2011 in Kraft getreten. In diesem Zusammenhang ist indessen zu erwähnen, dass die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts – unser höchstes Gericht (Art. 188 BV) mit Sitz in Lausanne am Genfersee – betreffend die Verfahrensgarantien der Verfassung faktisch zu einer nicht zu unterschätzenden Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts geführt hat. Aus dem föderalen System ergibt sich auch, dass Bund und Kantone die Vollstreckung der jeweiligen Verfügungen je eigenständig regeln, wobei die Kantone gemäss Art. 43 VwVG verpflichtet sind, den Bundesbehörden in der Vollstreckung Rechtshilfe (bzw. Amtshilfe) zu leisten. Das ist in der Schweiz besonders bedeutsam, weil nur die Kantone über Polizeikräfte verfügen.

Eine weitere Besonderheit der schweizerischen Regelung des Verwaltungsverfahrens im Vergleich etwa zum deutschen

Recht ist, dass das Verwaltungsverfahrensrecht und der Gegenstand der deutschen Verwaltungsgerichtsordnung in der Schweiz in einem einzigen Gesetz geregelt sind, das auf Bundesebene Verwaltungsverfahrensgesetz¹ und in den Kantonen mehr oder weniger einheitlich Verwaltungsrechtspflegegesetz genannt wird. Sehr schön wird das auch am französischen Titel des Erlasses vom 23. Mai 1991 deutlich, der das öffentliche Prozessrecht des Kantons Freiburg regelt, der „Code de procédure et de juridiction administrative“ lautet. Das Verfahren, das zum Erlass der erstinstanzlichen Verfügung führt, wird also im selben Gesetz geregelt wie die Anfechtung dieser Verfügung im Sinne verwaltungsin-terner Rechtsmittel oder im Sinne verwaltungsgerichtlicher Überprüfung. Daneben tritt zwar jeweils auch ein Erlass, der die Gerichtsorganisation regelt. Dieser verweist aber in Bezug auf das anzuwendende Verfahrensrecht regelmässig auf das Verwaltungsver-fahrens- bzw. Verwaltungsrechtspflegegesetz. Als Beispiel sei etwa für die Bundesebene auf das Verwaltungsgerichtsgesetz² hingewiesen, dessen Artike 137 klarstellt, dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensge-setz richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nicht – meint: ausnahmsweise – etwas anderes bestimmt³.

Die Verfügung hat wie der deutsche Verwaltungsakt zwei Funktionen, nämlich die häufigste Art des (erstinstanzlichen) Verwaltungshandelns zu beschreiben, und diese zugleich als Anfechtungsobjekt zu definieren für die (verwaltunginterne oder gerichtliche) Verwaltungsrechtspflege. Ergänzt wird die Gesetzgebung zum Verwaltungsver-fahrensrecht durch die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV. Nach dieser Bestimmung hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Dabei können unter ganz restriktiven Voraussetzungen „Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter“ von der Rechtsweggarantie ausge-nommen werden⁴.

2. Die Vollstreckungsverfügung und deren Anfechtung

Ein Gesetz hat Rechtsqualität nur dann, wenn dessen Missachtung nicht folgenlos bleibt. Durch die Umsetzung gewinnt das Gesetz die notwendige Glaubwürdigkeit. Dazu bedarf es nötigenfalls der Vollstreckung. Im Unterschied zu Privaten, die sich dazu an Gerichte oder Behörden wenden müssen, darf bzw. muss der Staat seine Verwaltungsakte selbst vollstrecken. Die Verwaltung ist zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts verpflichtet und verfügt insoweit grundsätzlich nicht über Ermessensspielraum im Sinne von Opportuni-tätsüberlegungen⁵. Verzichtet die Verwaltung auf die Durchsetzung der Rechtsordnung, kann sich daraus unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch des Rechtsunterworfenen auf Gleichbehandlung im Unrecht ergeben. Auch setzt sich der Staat Haftungsrisiken aus, wenn er etwa das Gewässerschutzgesetz nicht vollzieht. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob ein Nachbar, dessen Grundstück mit giftigen Abwässern verunreinigt wird, nur den Nachbarn belangen kann, der keine Schutzmassnahmen getroffen hat, die das Austre-

¹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).

² Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32).

³ Das gilt allerdings nicht für das Verfahren vor dem Bundesgericht.

⁴ Art. 86 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).

⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2593/2012 vom 16. August 2012 E. 5.3.

ten von Abwässern verhindern, sondern auch den Staat, der nachweislich entgegen gesetzlichem Auftrag jahrelang keine Kontrollen durchgeführt hat.

In Art. 5 Abs. 1 VwVG wird der Verfügungsbegriff definiert. Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht (des Bundes) stützen und namentlich die Begründung, Änderung und Aufhebung von Rechten und Pflichten zum Gegenstand haben. Art. 5 Abs. 2 VwVG regelt gemäss den Erläuterungen der Regierung einige „atypische Anordnungen“ der Verwaltung⁶. Mit anderen Worten soll der Umstand, dass der Vollstreckungsverfügung eine materielle Verfügung oder Sachverfügung genannter Verwaltungsakt vorausgeht, den es „nur“ noch zu vollstrecken gilt, nicht als Argument dienen können, um die Gewährung von Rechtsschutz in Frage zu stellen. Nach Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Artikel 5 VwVG. Das gilt nach der Rechtsprechung grundsätzlich auch für Vollstreckungsverfügungen⁷. Dasselbe gilt auch für das Verfahren vor dem Bundesgericht, nachdem eine in der Lehre stark kritisierte Bestimmung, welche Vollstreckungsverfügungen als nicht vor Bundesgericht anfechtbar erklärt hat, nicht in das seit dem 1. Januar 2007 geltende Bundesgerichtsgesetz übernommen worden ist⁸. Vollstreckbar wird eine Sachverfügung, wenn sie nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden kann, wenn dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt oder die aufschiebende Wirkung entzogen ist bzw. im Rechtsmittelverfahren einem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen wird (Art. 39 VwVG). Aus dieser Logik ergibt sich, dass die Vollstreckungsverfügung in der Regel wegen verspätet erhobener Rüge insoweit nicht mehr anfechtbar ist, als die Rechtmässigkeit der Sachverfügung in Frage steht, auf welche sich die Vollstreckungsverfügung stützt⁹. Die behauptete Rechtswidrigkeit muss also im Vollstreckungsentscheid selbst begründet sein. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass die Sachverfügung wichtig ist oder der Beschwerdeführer schwerwiegende Grundrechtsverletzungen geltend macht¹⁰. Von überragender Bedeutung ist in Bezug auf die Frage der Rechtmässigkeit der Vollstreckungsverfügung der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV). Nach Art. 42 VwVG darf sich die Behörde keines schärferen Zwangsmittels bedienen, als es die Verhältnisse erfordern. Ausserdem muss die Vollstreckung dem Betroffenen zumutbar sein. Ausdruck des Gebots verhältnismässigen Staatshandelns ist aber auch die Pflicht der Behörde, mit der Androhung des exekutorischen Zwangsmittels eine angemessene Erfüllungsfrist zu setzen (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 18).

⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, Bundesblatt 1965 II 1348 ff., insb. S. 1364.

⁷ Vgl. etwa die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2546/2013 vom 26. September 2013 E. 1.1 und A-6488/2014 vom 30. November 2015 E. 1.1.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 1C_15/2007 vom 27. April 2007 E. 1.2; vgl. zur Kritik am nicht mehr geltenden Bundesrechtspflegegesetz etwa Ulrich Zimmerli, Die Durchsetzung der Verwaltungsrechtsordnung, in: Staats- und verwaltungsrechtliches Kolloquium Interlaken April 1987, S. 30 ff., insb. S. 39 ff.

⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, Bundesblatt 1965 II 1348 ff., insb. S. 1369.

¹⁰ Urteile des Bundesgerichts 1C_15/2007 vom 27. April 2007 E. 1.3 und 1C_603/2012 vom 19. September 2013 E. 4.1.

Was der Autor dieser Zeilen im Moment der Zusage für die Tagung in Astana noch nicht wusste: Nach dem Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes ist nicht restlos klar, welches die eigentliche Vollstreckungsverfügung ist. Man kann entweder in der Androhung der Vollstreckung oder in der Anordnung nach unbenutztem Ablauf der unter Vollstreckungsandrohung angesetzten Frist die anfechtbare Vollstreckungsverfügung sehen. Aus der Sicht des Zürcher Verfahrensrechts ist klar, dass die blossе Androhung der Vollstreckung keine Vollstreckungsverfügung ist (Griffel, 2010: Rz. 4 zu § 31 VRG ZH). Im Unterschied dazu gehen etwa Tschannen/Zimmerli/Müller davon aus, dass die Anordnung, welche die Androhung des Zwangsmittels unter Ansetzung einer letzten Erfüllungsfrist gemäss Art. 41 Abs. 2 VwVG zum Gegenstand hat, als Vollstreckungsverfügung zu bezeichnen ist (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 15). Diese Konzeption widerspricht indessen den Erläuterungen der Regierung zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, nach welchen „die Anordnung der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges, nicht schon deren Androhung <...> beschwerdefähig“ ist¹¹. In diesem Sinne hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass die Ausgestaltung der Anordnung der Ersatzvornahme nach ungenutztem Ablauf der Erfüllungsfrist am besten der Systematik des Gesetzes entspricht¹². Es hat indessen offen gelassen, ob es auch zulässig gewesen wäre, bereits die Androhung als Verfügung auszugestalten und sodann auf eine formelle Festsetzung der angedrohten Ersatzvornahme zu verzichten. Nach der hier vertretenen Auffassung kann sich die Behörde jedenfalls im Rahmen der Anfechtung der Anordnung betreffend Vollstreckung nach Ablauf der in der Androhung genannten Frist nicht gegen deren Anfechtbarkeit wehren mit der Begründung, sie habe bereits die Androhung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und die die Androhung enthaltene Verfügung sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Die Androhung kann übrigens auch im Sinne einer unselbständigen Androhung bereits in der Sachverfügung enthalten sein (Ackermann Schwendener, 2000: 164).

Schliesslich ist anzumerken, dass zwar im deutschen Recht regelmässig erwartet wird, dass namentlich grössere Verwaltungseinheiten eine Vollstreckungsbehörde ernennen. In der Schweiz ist demgegenüber für die Vollstreckung namentlich auf Bundesebene diejenige Behörde zuständig, die auch die zu vollstreckende Sachverfügung erlassen hat (Art. 39 Abs. 1 VwVG). Die exekutorische Vollstreckung (etwa in Form der Ersatzvornahme) ist von einer repressiven Sanktion zu unterscheiden; die Befugnis zur Vollstreckung ist der Befugnis zum Erlass von Sachverfügungen inhärent (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 12).

3. Die Strafdrohung gemäss Art. 292 des Strafgesetzbuches als Besonderheit des schweizerischen Rechts

Gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. d VwVG kann die Behörde zwecks Vollstreckung einer Verfügung dieselbe mit einer Strafdrohung gemäss Art. 292 des Strafgesetzbuches¹³ verbinden. Die Androhung selbst hat Beugecharakter, wogegen die aufgrund einer Strafanzeige der Behörde erfolgende Verurteilung durch den Strafrichter repressiven Charakter hat. So gesehen ist die Verbindung einer Sachverfügung mit einer Strafdrohung im Unterschied

¹¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, Bundesblatt 1965 II 1348 ff., insb. S. 1369.

¹² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2593/2012 vom 16. August 2012 E. 1.1.3.

¹³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

etwa zur Ersatzvornahme kein klassischer Anwendungsfall der exekutorischen Vollstreckung. Art. 292 StGB lautet wie folgt: „Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft“. Da die Umschreibung dieses Straftatbestandes sehr weit ist, setzt die Bestrafung mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot jedenfalls voraus, dass die dem Verfügungsadressaten auferlegte Verpflichtung in der Sachverfügung „hinreichend klar umschrieben“ wird (Niggli, Wiprächtiger, 2013: Rz. 80 zu Art. 292 StGB). Der Beugecharakter wird selbstverständlich nur erreicht, wenn der Verfügungsadressat vor der Strafanzeige der Behörde beim Strafrichter auf die ihm drohende Strafe hingewiesen wird. Ohne entsprechende Androhung darf der Verfügungsadressat also nicht gestützt auf Art. 292 StGB gebüsst werden. Die Strafdrohung muss ausserdem Gegenstand des Dispositivs bilden und darf nicht lediglich in der Begründung einer Verfügung ausgesprochen werden. Besondere Fragen stellen sich in Bezug auf den Rechtsschutz. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Beweisanordnung dadurch einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zur Folge haben, dass sie mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden wird oder wenn die zwangsweise Durchsetzung der Beweismassnahme angedroht wird¹⁴. Daraus könnte der Schluss zu ziehen sein, dass auch in Bezug auf andere mit einer Strafandrohung bewehrte Anordnungen des Instruktionsrichters am Bundesverwaltungsgericht die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zumindest als Indiz für das Vorliegen eines nicht widergutzumachenden Nachteils und damit für die Anfechtbarkeit vor Bundesgericht zu bewerten ist (Niggli, Wiprächtiger, 2013: Rz. 198 zu Art. 292 StGB). Dies lässt sich etwa an einem Beispiel aus dem Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens illustrieren. Dabei ist an den Fall zu denken, dass der Beschwerdeführer dem Instruktionsrichter mitteilt, dass die Vergabestelle unter Missachtung des Superprovisoriums die Gegenstand des Verfahrens bildenden Bauarbeiten nicht unterbrochen habe, und der Instruktionsrichter der Vergabestelle unter Hinweis auf Art. 292 StGB die Fortführung der Bauarbeiten untersagt¹⁵. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob aus dieser Argumentation auch Rückschlüsse in Bezug auf die Anfechtung von Zwischenverfügungen der Verwaltung vor Bundesverwaltungsgericht möglich sind. Nach der hier vertretenen Auffassung können diesbezüglich aus Art. 41 VwVG keine Schlüsse gezogen werden, weil sich der Begriff Androhung hier ausdrücklich nur auf die exekutorische Vollstreckung bezieht (Auer et al., 2008: Rz. 44 zu Art. 41 VwVG mit Hinweisen). Nicht überzeugend ist jedenfalls die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts, soweit sie die Anfechtbarkeit einer vorinstanzlichen Verfügung, welche eine Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB enthält, mit der Begründung verneint, die Vorinstanz müsse eine allfällige Busse oder Haft in anfechtbarer Weise wiederum verfügen (Niggli, Wiprächtiger, 2013: Rz. 198 zu Art. 292 StGB). Die Behörde, welche eine Strafe nach Art. 292 StGB angedroht hat, gelangt an den Strafrichter, um die Verurteilung des Rechtsunterworfenen zu erreichen.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 5D_166/2011 vom 13. Dezember 2011 E. 2.4.1.

¹⁵ Vgl. dazu den dem Verfahren B-4657/2009 zugrunde liegenden Sachverhalt; vgl. zu Behördenmitgliedern als Adressaten einer Androhung gemäss das Urteil des Bundesgerichts 5A_498/2008 vom 19. November 2008 E. 4.3.2, wobei ein Bundesamt als Vergabestelle nicht als Behörde hoheitlich tätig wird, sondern als regulierungsbedürftiger Wirtschaftsakteur.

4. Die Vollstreckung von Geldforderungen

Nach Art. 40 VwVG werden Verfügungen auf Geldzahlungen oder Sicherheitsleistungen auf dem Wege der Schuldbetreibung zu vollstrecken. Diese wiederum richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁶. Um das zu verstehen, muss man zunächst wissen, dass für öffentlich-rechtliche Forderungen nach Art. 43 Ziffer 1 SchKG die Konkursbetreibung ausgeschlossen ist, was bedeutet, dass im Sinne einer Spezialexécution die Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung einschlägig ist. Nach schweizerischem SchKG hat ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, seinen Anspruch im Zivilprozess geltend zu machen. Der Rechtsvorschlag wird entweder mittels Rechtsöffnungsbegehren (im summarischen Verfahren) oder im Rahmen einer zivilrechtlichen Klage (sog. Anerkennungsklage) im ordentlichen Verfahren beseitigt. Wenn die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid beruht, so kann der Gläubiger den Rechtsvorschlag durch den Zivilrichter beseitigen lassen bzw. definitive Rechtsöffnung verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Gerichtlichen Entscheiden gleichgestellt sind gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG Verfügungen schweizerischer Verwaltungsbehörden; man spricht insoweit auch von einem Urteilssurrogat. Ausserdem kann eine Verwaltungsbehörde, die einen Rechtsunterworfenen betrieben hat, einen allenfalls erhobenen Rechtsvorschlag im Rahmen des Verwaltungsverfahrens in eigener Sache beseitigen (vgl. Art. 79 SchKG). Sie übernimmt aber auch in diesem Falle nicht die Rolle des Betreibungsamtes, sondern ist nach wie vor Partei des Betreibungsverfahrens. Die Möglichkeit der Verwaltung, den Rechtsvorschlag zu beseitigen, ist zwar in der Lehre auf Kritik gestossen, entspricht aber – wie das höchste Gericht festgestellt hat – dem klaren Willen des Gesetzgebers¹⁷. Das beschriebene Vorgehen ist indessen mit der Rechtsweggarantie bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK nur vereinbar, wenn nachher der Weg an die Verwaltungsjustiz offensteht. Im Ergebnis wird durch die beschriebenen Regeln ein besonderes Verwaltungsvollstreckungsrecht geschaffen (Auer et al., 2008: Rz. 4 zu Art. 40 VwVG). Die Anerkennung von Verfügungen als Rechtsöffnungstitel setzt allerdings voraus, dass die Verwaltung in hoheitlicher Funktion gehandelt hat. Wenn die Verwaltung auf dem Wege des privatrechtlichen Vertrags mit dem Bürger rechtsgeschäftlich tätig wird, muss sie zur Vollstreckung wie jeder Private an den Zivilrichter gelangen. Das betrifft einerseits den Fall, dass der Staat eine Dienstleistung anbietet. Da ein Tierhalter sein Tier nicht in ein öffentliches Tierspital bringen muss, wenn es krank ist, muss der vertragsrechtliche Anspruch der öffentlichen Hand auf Bezahlung des Entgelts für die Heilung des Tiers vor dem Zivilrichter geltend gemacht und vollstreckt werden (Stähelin et al., 2010: Rz. 8 zu Art. 43 SchKG). Einen vergleichbaren Fall hatte das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen. Nach der Erteilung eines Auftrags betreffend Strassenmarkierungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen¹⁸ kam es zu Unstimmigkeiten in Bezug auf die Vertragserfüllung. Das Bundesamt für Strassen verlangte von der beauftragten Unternehmerin Geld, liess diese

¹⁶ SchKG; SR 281.1.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_313/2007 vom 13. Dezember 2007, amtlich publiziert in BGE 134 III 115, E. 3.2 f.

¹⁸ Gesetz vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1).

betreiben und beseitigte den Rechtsvorschlag mit Verfügung vom 4. Mai 2015. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen, dass zwischen dem Bundesamt für Strassen und der Unternehmerin ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen worden ist¹⁹. Wenn das Bundesamt von einer anderen Unternehmerin Arbeiten ausführen lässt, weil diejenigen der Unternehmerin, die im Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten hat, mangelhaft waren, liegt eine Ersatzvornahme gestützt auf Vertragsrecht vor²⁰, welche (im Unterschied zur öffentlich-rechtlichen Ersatzmassnahme) aber nichts am privatrechtlichen Grundverhältnis zwischen Bundesamt für Strassen und Zuschlagsempfängerin ändert. Daher war das Bundesamt nicht befugt, den Rechtsvorschlag der Unternehmerin zu beseitigen, sondern hat sich zwecks Geltendmachung ihrer Geldforderung an den Zivilrichter zu wenden. Demnach ist die Verfügung, mit welcher die Verwaltung trotz offensichtlicher Unzuständigkeit den Rechtsvorschlag der Zuschlagsempfängerin beseitigt hat, nichtig. Deshalb gewann die Unternehmerin, welcher das Bundesamt für Strassen mangelhafte Vertragserfüllung vorgeworfen hatte, den Prozess vor dem Bundesverwaltungsgericht.

5. Die Ersatzvornahme und die Auferlegung der durch die Vollstreckung entstehenden Kosten

Exekutorische Massnahmen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie dazu dienen, den gesetzmässigen Zustand unmittelbar zu bewahren oder wiederherzustellen. Neben dem unmittelbaren Zwang (Festnahme von Personen, Beschlagnahme oder Vernichtung von Gegenständen, Hausdurchsuchung etc.) ist die Ersatzvornahme der eigentliche Klassiker der exekutorischen Zwangsmassnahme. Im Folgenden wird nicht auf die begriffliche Abgrenzung zwischen Gesetzesvollzug und sogenannter antizipierter Ersatzvornahme eingegangen (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 27 ff). Nach Art. 41 Abs. 1 lit. a VwVG greift die Behörde zum Zwecke der Vollstreckung namentlich zur „Ersatzvornahme durch die verfügende Behörde selbst oder durch einen beauftragten Dritten auf Kosten des Verpflichteten“. Nach Art. 41 Abs. 2 VwVG schreitet die Behörde zur Androhung der Ersatzvornahme und räumt dem Verpflichteten eine angemessene Erfüllungsfrist ein. Das setzt immer voraus, dass die Vollstreckung nicht derart dringend ist, dass der gesetzmässige Zustand ohne vorherige Androhung sofort wiederherzustellen ist, um drohenden Schaden abzuwenden („Gefahr im Verzug“; Art. 41 Abs. 3 VwVG). Die Ersatzvornahme kann entweder durch die Verwaltung selbst oder durch ein von ihr beauftragtes Unternehmen erfolgen. Richtigerweise wird eine Kostenschätzung in Bezug auf die zu treffende Massnahme abgegeben, bevor die Ersatzvornahme erfolgt. Man denke als Beispiel für derartige Massnahmen etwa an das Abreissen eines nicht mehr bewohnbaren oder ohne Baubewilligung erstellten Gebäudes, an die Sanierung von Altlasten auf einem ölverschmutzten Grundstück oder an die Erstellung eines Auffangbeckens für gefährliche Abwässer auf einem Fabrikgelände mit Blick auf den Gewässerschutz oder auch an die Kontrolle und Reparatur von Starkstrominstallationen. Wird ein privates Unternehmen mit den notwendigen Arbeiten betraut, wird zwischen dem Staat und beispielsweise dem Bauunternehmer, der ein Gebäude abreisst, ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen.

¹⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3700/2015 vom 16. Oktober 2015. S. 7.

²⁰ Vgl. zur privatrechtlichen Ersatzvornahme 4A_2/2015 vom 25. Juni 2015, amtlich publiziert in BGE 141 III 257.

Integrierender Bestandteil des Konzepts der Ersatzvornahme ist, dass der Rechtsunterworfenen, der selbst den rechtmässigen Zustand hätte (wieder)herstellen sollen, die Kosten trägt, wenn der Staat oder ein vom Staat beauftragtes Unternehmen dies an seiner Stelle tut. In diesem Sinne wird denn auch in Art. 41 Abs. 1 lit. a VwVG ausdrücklich festgehalten, dass die Ersatzvornahme auf Kosten des Verpflichteten erfolgt. Die Kosten werden nach Durchführung der Ersatzvornahme mit besonderer Verfügung festgesetzt. Auch Kostenverfügungen sind vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar; die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist zulässig²¹. So kann der Rechtsunterworfenen zum Beispiel behaupten, die beauftragte Firma habe mehr Arbeiten ausgeführt als in der Vollstreckungsverfügung vorgesehen oder die Arbeiten zu einem übersetzten Preis abgerechnet. Indessen ist der Behörde, welche die Kosten für die Ersatzvornahme auferlegt, ein gewisser Spielraum zuzubilligen. Besonders interessant ist die Verlegung der Kosten gestützt auf das Umweltschutzgesetz, dessen Art. 32d Abs. 1²² in Übereinstimmung mit Art. 74 Abs. 2 Satz 2 der Bundesverfassung vorsieht, dass der Verursacher die Kosten für die Sanierung belasteter Standorte trägt. Dabei können mehrere Verursacher zur Verantwortung gezogen werden. Auch der Staat kann in diesem Zusammenhang zur Tragung von Kosten verpflichtet werden, weil er entweder eine umweltgefährdende Aktivität veranlasst und/oder Aufsichtspflichten vernachlässigt hat. So hat zum Beispiel das Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons Zürich bzw. auf Beschwerde hin das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich das Verteidigungsministerium (des Bundes) verpflichtet, einen Teil der Kosten für die Sanierung einer Schiessanlage zu übernehmen²³.

Bibliographie:

1. Ackermann Schwendener Ch. Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts. Zürich, 2000. 200 S.
2. Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I / A. Stähelin, T. Bauer, D. Stähelin (Hrsg.). 2. Auflage. Basel, 2010. 434 S.
3. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999. *Systematische Rechtssammlung [SR] 101*. URL: <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/systematische-sammlung.html?lang=de> (zuletzt besucht am 28. Dezember 2015).
4. Häfelin U., Müller G., Uhlmann F. Allgemeines Verwaltungsrecht. 6. Auflage, Zürich : St. Gallen, 2010. 500 S.
5. Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG ZH) / A. Grif-fel (Hrsg.). 3. Auflage. Zürich, 2010. 1418 S.
6. Strafrecht II / M.A. Niggli, H. Wiprächtiger (Hrsg.). 3. Auflage. Basel, 2013. 3458 S.
7. Tschannen P., Zimmerli U., Müller M. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. Auflage. Bern, 2014. 732 S.
8. VwVG-Kommentar / Ch. Auer, M. Müller, B. Schindler (Hrsg.). Zürich : St. Gallen, 2008. 1200 S.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 1C_462/2014 vom 16. Oktober 2015.

²² Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01).

²³ Urteil VB.2014.00304 vom 19. Februar 2015, beim Bundesgericht angefochten.

References:

9. Ackermann Schwendener, Ch. (2000). Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts [The classic alternative as a means of enforcing administrative law]. Zürich [in German].
10. Stähelin, A., Bauer, T., Stähelin, D. (eds.) (2010). Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I [Basel comment. Federal Law on Debt Enforcement and Bankruptcy I]. 2nd ed. Basel [in German].
11. Swiss Confederation (1999). Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999]. *Systematische Rechtssammlung [SR] 101*. Retrieved from: <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/systematische-sammlung.html?lang=de> [in German].
12. Häfelin, U., Müller, G., Uhlmann, F. (2010). Allgemeines Verwaltungsrecht [General administrative law]. 6th ed. Zürich: St. Gallen [in German].
13. Griffel, A. (ed.) (2010). Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG ZH) [Commentary on the Administrative Law Maintenance Act of the Canton of Zurich (VRG ZH)]. 3rd ed. Zürich [in German].
14. Niggli, M.A., Wiprächtiger, H. (eds.) (2013). Strafrecht II [Criminal Law II]. 3rd ed. Basel [in German].
15. Tschannen, P., Zimmerli, U., Müller, M. (2014). Allgemeines Verwaltungsrecht [General administrative law]. 4th ed. Bern [in German].
16. Auer, Ch., Müller, M., Schindler, B. (eds.) (2008). VwVG-Kommentar [VwVG comment]. Zürich: St. Gallen [in German].

EXECUTION OF ADMINISTRATIVE ORDERS ACCORDING TO SWISS ADMINISTRATIVE LAW

Marc Steiner,

Judge of the Federal Administrative Court (Switzerland)

This contribution elaborates on the rather seldom treated topic of “execution” of administrative acts which lies at the interface between the administrative law and the law on administrative procedure. Special importance hereby is attributed to remedies against decisions on the enforcement of administrative acts and other types of injunction, that are in connection with a threat of punishment in accordance with Article 292 of the Swiss Penal Code. With reference to a recent judgment of the Swiss Federal Administrative Court, the law on debt enforcement and bankruptcy is also explained pointing out the difference between the enforcement of administrative acts and the execution of contractual claims on the part of public authorities.

Key words: administrative law, Switzerland, execution of administrative acts, validity of an administrative act, executing authority, legal protection against decisions on the enforcement of administrative acts, threat of punishment under penal law, orders for monetary payment and debt enforcement, public authority acting within its sovereign competences, substituted performance.