

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 12 C 17.1544
Sachgebietsschlüssel: 561

Rechtsquellen:
Art. 33 BayVwZVG

Hauptpunkte:
Anordnung von Ersatzzwangshaft

Leitsätze:

1. („Ersatz“-)Zwangshaft ist – anders als Erzwingungshaft – kein primäres (selbständiges) Vollstreckungsmittel. Sie tritt lediglich (akzessorisch) an die Stelle der Zwangsgeldforderung und ist damit gegenüber dem Zwangsgeld subsidiär.
2. Die Anwendung von („Ersatz“-)Zwangshaft ist einzustellen, wenn der Vollstreckungsschuldner der angeordneten Verpflichtung nachkommt oder (zumindest) das Zwangsgeld entrichtet. Ersatzzwangshaft besitzt keinen Strafcharakter.
3. Begleicht der Pflichtige unter dem Druck der (drohenden) Ersatzzwangshaft, aus welcher Geldquelle auch immer, die Zwangsgeldforderung, so hindert dies aufgrund des – im Gegensatz zur Erzwingungshaft – lediglich subsidiären Charakters der vom Gesetzgeber ausdrücklich als solche konzipierten („Ersatz“-)Zwangshaft den Beginn oder die Fortsetzung der Haft auch dann, wenn der Vollstreckungsschuldner dem von ihm geforderten Handeln, Dulden oder Unterlassen nicht nachkommt.
4. Für eine richterliche Rechtsfortbildung ist aufgrund des eindeutigen Willens des Gesetzgebers kein Raum.

Beschluss des 12. Senats vom 29. August 2017

(VG München, Entscheidung vom 14. Juli 2017, Az.: M 9 X 17.2044)

12 C 17.1544
M 9 X 17.2044

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

gegen

bevollmächtigt:

wegen

Zweckentfremdung (Anordnung von Ersatzzwangshaft);
hier: Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des
Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 14. Juli 2017,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 12. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Mayer,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Abel,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof König

ohne mündliche Verhandlung am **29. August 2017**
folgenden

Beschluss:

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

- II. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Gründe:

- 1 Die zulässige Beschwerde, mit der der Antragsgegner sich gegen die mit Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 14. Juli 2017 zum Zwecke der Durchsetzung eines Verbots der Zweckentfremdung von Wohnraum angeordnete Ersatzzwangshaft wendet, bleibt ohne Erfolg.

- 2 1. Nach Art. 33 Abs. 1 Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (BayVwZVG) kann das Verwaltungsgericht nach Anhörung des Pflichtigen auf Antrag der Vollstreckungsbehörde durch Beschluss Ersatzzwangshaft anordnen, wenn ein Zwangsgeld uneinbringlich ist, unmittelbarer Zwang keinen Erfolg verspricht und der Pflichtige bei der Androhung des Zwangsgeldes auf die Möglichkeit der Anordnung der Ersatzzwangshaft hingewiesen worden ist. Die Ersatzzwangshaft beträgt mindestens einen Tag, höchstens aber zwei Wochen (Art. 33 Abs. 2 BayVwZVG).

- 3 Auch wenn Ersatzzwangshaft in Art. 29 Abs. 2 BayVwZVG ausdrücklich als Zwangsmittel aufgeführt ist, so handelt es sich – wie auch bereits aus der Bezeichnung als („Ersatz“-)Zwangshaft unschwer zu erkennen ist – doch gleichwohl nicht um ein primäres (selbständiges) Vollstreckungsmittel (vgl. Harrer/Kugele/Kugele/Thum/Tegethoff, Verwaltungsrecht in Bayern, Stand: August 2017, Art. 33 VwZVG, Erl. 1). Vielmehr stellt sich das Rechtsinstitut der Ersatzzwangshaft – anders als etwa das der Erzwingungshaft (vgl. hierzu Sadler, VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 14; Troidl, in: Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG/VwZG, 11. Aufl. 2017,

§ 16 VwVG Rn. 1) – als ein im Verhältnis zur Zwangsgeldandrohung akzessorisches Zwangsmittel dar, das erst dann (und dies auch nur durch das Verwaltungsgericht) zur Anwendung gebracht werden darf, wenn Zwangsgeld angedroht wurde und uneinbringlich ist. Die („Ersatz“-)Zwangshaft tritt mit anderen Worten (lediglich) an die Stelle der Zwangsgeldforderung, wenn unmittelbarer Zwang (Art. 34 BayVwZVG) oder Ersatzvornahme (Art. 32 BayVwZVG) keinen Erfolg versprechen; sie ist damit gegenüber dem Zwangsgeld gleichsam subsidiär (vgl. BayVGH, U.v. 29.7.1987 – 22 B 85 A.1920 –, BayVBl. 1988, 372 [373]; Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 2, 3, 17 u. 29 ff.; Sadler, VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 3 f.), auch wenn ihr tatsächlicher Zweck nicht in der Zahlung des Zwangsgeldes besteht, sondern auf die Herbeiführung der dem Pflichtigen in dem zu vollstreckenden (Grund-) Verwaltungsakt aufgegebenen Handlung, Duldung oder Unterlassung durch Entfallen zusätzlichen Drucks gerichtet ist (vgl. Troidl, in: Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG/VwZG, 11. Aufl. 2017, § 16 VwVG Rn. 1; Sadler, VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 1 u. 10; siehe auch amtl. Begründung zum BayVwZVG, Landtags-Beilage 4/1746, Seite 24).

- 4 Voraussetzung für die Haftanordnung als einem unselbständigen (subsidiären) Zwangsmittel ist über die Anforderungen des Art. 33 Abs. 1 BayVwZVG hinaus zunächst, dass die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen (Art. 18 ff. BayVwZVG) gegeben sind (vgl. BayVGH, B.v. 8.2.1982 – 22 C 81 A.958 –, BayVBl. 1982, 340 [341]). Dies setzt voraus, dass ein wirksamer, hinreichend bestimmter (Grund-) Verwaltungsakt vorliegt und dass die Voraussetzungen nach Art. 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BayVwZVG erfüllt sind. Letzteres bedeutet, dass der zu vollstreckende Verwaltungsakt entweder bestandskräftig sein oder ein förmlicher Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung haben darf oder die sofortige Vollziehung des Verwaltungsakts angeordnet ist. Die Rechtmäßigkeit des (Grund-) Verwaltungsakts hingegen ist keine Vollstreckungsvoraussetzung, solange keine Nichtigkeit vorliegt (vgl. BayVGH, B.v. 12.2.1996 – 8 C 96.216 –, BayVBl. 1996, 600; s. zum Ganzen auch Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 4).
- 5 2. Hiervon ausgehend liegen die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die Anordnung von Ersatzzwangshaft gegen den Antragsgegner auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens vor:

- 6 a) Der Ausgangsbescheid vom 2. Juni 2016, mit dem der Antragsgegner verpflichtet wurde, die zweckfremde Nutzung des Wohnraums Wohnung Nr. **, E. ***, unverzüglich zu beenden (Ziff. 1), den Wohnraum nach Beendigung der zweckfremden Nutzung unverzüglich wieder Wohnzwecken zuzuführen (Ziff. 2) und darüber hinaus für den Fall, dass die Anordnung unter Ziffer 1 nicht binnen einer Frist von sechs Wochen ab Zustellung des Bescheides erfüllt werde, ein Zwangsgeld in Höhe von 5.400,-- Euro (Ziff. 3) und für den Fall, dass der Anordnung unter Ziffer 2 nicht innerhalb von 3 Monaten nach Zustellung des Bescheides Folge geleistet werde, ein Zwangsgeld in Höhe von (weiteren) 5.400,-- Euro angedroht (Ziff. 4) sowie die sofortige Vollziehung der Ziffern 1 und 2 angeordnet wurde (Ziff. 5), ist bestandskräftig. Über seine Rechtmäßigkeit wurde unanfechtbar entschieden (vgl. BayVGH, B.v. 19.4.2017 – 12 ZB 17.595 –, Umdruck Rn. 3 ff.). Die vom Antragsgegner insoweit erhobene Verfassungsbeschwerde kann als außerordentlicher Rechtsbehelf hieran nichts ändern. Auch die erneute Zwangsgeldandrohung betreffend die Erfüllung der Verpflichtung aus Ziffer 1 des Bescheides vom 2. Juni 2016 in Höhe von (weiteren) 10.800,-- Euro mit Bescheid vom 10. November 2016 ist vollstreckbar. Die hiergegen gerichtete Klage entfaltet keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 19 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Art. 21a BayVwZVG).
- 7 Das vom Antragsgegner geschuldete Verhalten ist dem bestandskräftigen (Grund-) Verwaltungsakt in unmissverständlicher Weise zu entnehmen. Einer nochmaligen Wiederholung in der Haftanordnung selbst bedarf es nicht. Die vom Antragsgegner in Bezug genommene, die Anordnung von Erzwingungshaft in einem Insolvenzverfahren betreffende Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.02.2005 – IX ZB 62/04 –, BGHZ 162, 187 – ist auf den hier vorliegenden Fall der Ersatzzwangshaft im Rahmen eines (mehrstufigen) verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsverfahrens, die lediglich an die Stelle einer uneinbringlichen Zwangsgeldforderung tritt, nicht zu übertragen. Anders als in dem dem Beschluss des Bundesgerichtshofs zugrundeliegenden Fall, lässt sich das geschuldete Verhalten vorliegend auch nicht lediglich aus einem bloßen Schreiben (des Insolvenzverwalters), sondern aus einem bereits der Zwangsgeldandrohung zugrundeliegenden bestandskräftigen Bescheid entnehmen.
- 8 Ein „Wahlrecht“ auf der Grundlage der Entscheidung des Senats vom 9. Mai 2016 – 12 CS 16.899 – Umdruck, Rn. 5 – steht dem Antragsgegner nicht zu. Er hat auch im

Berufungszulassungsverfahren nicht aufgezeigt, dass er auf unbestimmte Dauer an „Medizintouristen“ vermietet, die ihren Lebensmittelpunkt durch Aufgabe ihres bisherigen Wohnsitzes endgültig an den Beherbergungsort verlagert haben und die Geltungsdauer des diesen Personen erteilten Aufenthaltstitels dies plausibel erscheinen lässt (vgl. BayVGH, B.v. 19. April 2017 – 12 ZB 17.595 – Umdruck, Rn. 8). Diese Entscheidung ist rechtskräftig. Dass der (Grund-) Verwaltungsakt nach Art. 44 BayVwVfG nichtig wäre, trägt der Antragsgegner weder vor, noch ist dies sonst ersichtlich.

9 Ebenso wenig kann der Antragsgegner gegenüber dem zu vollstreckenden Anspruch einwenden (vgl. Art. 21 BayVwZVG), aufgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und des damit verbundenen Verlustes der Verfügungsbefugnis (§ 22 Abs. 1, § 80 Abs. 1 InsO) über sein Vermögen bestehe ein Vollstreckungshindernis. Zum einen wäre aufgrund des bestandskräftigen (Grund-) Verwaltungsakts auch der Insolvenzverwalter zu einer etwaigen Kündigung und anschließenden Wiederverwendung des Mietobjekts zu Wohnzwecken verpflichtet; er tritt insoweit als gesetzlicher Vertreter (Partei kraft Amtes) in die Rechtsstellung des Antragsgegners ein (vgl. BVerwG, U.v. 23.09.2004 – 7 C 22.03 –, BVerwGE 122, 75 [80] m.w.N.) und ist entgegen der Auffassung des Bevollmächtigten des Vollstreckungsschuldners nicht etwa „Dritter“, demgegenüber zunächst erst einmal eine Duldungsverfügung zu erlassen wäre (vgl. näher Kayser, in: Kreft, Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2011, § 80 Rn. 14,16 u. 29). Zum anderen trägt der Antragsgegner selbst vor, dass die streitgegenständliche Wohnung derzeit lediglich unentgeltlich überlassen und nur noch besuchsweise genutzt werde. Auch insoweit wird deshalb nicht deutlich, inwiefern er durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gehindert sein sollte, seiner (höchstpersönlichen) Unterlassungspflicht zu genügen und sein rechtswidriges Nutzungskonzept nicht mehr weiter zu verfolgen (vgl. Kayser, in: Kreft, Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2011, § 80 Rn. 29). Die Insolvenz des Vollstreckungsschuldners hindert die Vollstreckung von Ersatzzwangshaft grundsätzlich nicht. Anderenfalls könnte sich ein Schuldner allein unter Hinweis auf seine Insolvenz und Mittellosigkeit seinen Verpflichtungen entziehen (vgl. VG Potsdam, U.v. 9.1.2017 – 4 K 480/15 – juris, Rn. 22 m.w.N.; siehe auch Troidl, in: Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG/VwZG, 11. Aufl. 2017, § 16 VwVG Rn. 3).

10 Ungeachtet dessen liegt entgegen der Darstellung des Bevollmächtigten des Antragsgegners – jedenfalls bislang – auch noch gar keine Eröffnung eines Insolvenz-

verfahrens (§ 27 InsO) vor. Ebenso wenig wurden vorläufige Maßnahmen, die eine Verfügungsbeschränkung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Folge hätten, getroffen. Für eine Unterbrechung des anhängigen Verfahrens gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 240 ZPO ist deshalb insgesamt kein Raum. Nach Auskunft des Amtsgerichts München – Insolvenzgericht – vom 25. August 2017 wird unter dem vom Bevollmächtigten des Antragsgegners angegebenen Aktenzeichen – **** ** ***/** – derzeit lediglich ein Gläubigerantrag des Finanzamts M. vom 15. Februar 2017 geführt, zu dem mit Beschluss vom 14. März 2017 ein Gutachtenauftrag erteilt und mit weiterem Beschluss vom 13. Juni 2017 zur Erzwingung der Abgabe erforderlicher Auskünfte die Vorführung des Antragsgegners angeordnet wurde, nicht aber – wie vom Bevollmächtigten des Antragsgegners behauptet – bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet. Die offensichtlich unzutreffenden Ausführungen und Schlussfolgerungen des Bevollmächtigten werden noch an anderer Stelle zu würdigen sein.

- 11 b) Auch die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen (Art. 29 ff. BayVwZVG) sind gegeben. Die Behörde hat den Antragsgegner durch Zwangsgeld zur Erfüllung angehalten (Art. 31 BayVwZVG). Der Antragsgegner wurde auf die Möglichkeit der Anordnung der Ersatzzwangshaft im Bescheid vom 10. November 2016 hingewiesen (Art. 33 Abs. 1 BayVwZVG). Wie die zahlreichen Ermittlungen und aktenkundig gemachten Feststellungen der Antragstellerin belegen, hat der Antragsgegner seine Verpflichtung nicht fristgerecht erfüllt. Darüber hinaus setzt er sein rechtswidriges Nutzungskonzept unverändert fort (vgl. zu diesem Erfordernis näher VGH BW, B.v. 28.4.2016 – 6 S 29/16 –, NVwZ-RR 2016, 902), wie sich nicht zuletzt aus seiner Einlassung, die Wohnung werde derzeit unentgeltlich und besuchsweise überlassen, im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ergibt. Eine Erledigung des Grundverwaltungsakts (vgl. hierzu Troidl, in: Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG/VwZG, 11. Aufl. 2017, § 16 VwVG Rn. 6) ist folglich nicht eingetreten. Es fehlt jede Glaubhaftmachung der endgültigen Aufgabe des rechtswidrigen Nutzungskonzepts. Die festgesetzten Zwangsgelder sind fällig und uneinbringlich (Art. 33 Abs. 1 BayVwZVG). Vollstreckungsversuche blieben erfolglos. Mittlerweile wurde – wie bereits erwähnt – sogar Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Antragsgegners gestellt. Der Antragsgegner wurde im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zur beantragten Anordnung von Ersatzzwangshaft gehört (Art. 33 Abs. 1 BayVwZVG) und hatte Gelegenheit zur Stellungnahme (vgl. VG Frankfurt, B.v. 24.6.2010 – 1 N 1143/10 –, NVwZ-RR 2010, 792).

- 12 c) Bevor Ersatzzwangshaft angeordnet werden kann, müssen ferner alle sonstigen Zwangsmittel erschöpft sein (vgl. grundlegend BVerwG, U.v. 6.12.1956 – 1 C 10.56 –, BVerwGE 4, 196 [198]). Auch diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt:
- 13 aa) Eine Anwendung unmittelbaren Zwangs (Art. 34 BayVwZVG) – etwa in der Form einer Zwangsräumung – kommt hier von vorneherein nicht in Betracht, da der Antragsgegner die streitgegenständliche Wohnung nicht selbst bewohnt, sondern lediglich untervermietet und die Endmieter (Medizintouristen) nicht Adressaten des (Grund-) Verwaltungsaktes sind. Zur Abgabe von Erklärungen – beispielsweise einer Kündigung – darf unmittelbarer Zwang von vorneherein weder angewendet noch angedroht werden (vgl. Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, *Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern*, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 9; s. auch BayVGh, B.v. 8.2.1982 – 22 C 81 A.958 –, BayVBl. 1982, 340 [341]).
- 14 bb) Ebenso wenig kommt eine Ersatzvornahme (Art. 32 BayVwZVG) als milderes Mittel gegenüber der Anordnung von Ersatzzwangshaft in Frage. Die Abgabe einer Kündigungserklärung stellt keine Handlung dar, die auch ein Anderer vornehmen kann (vgl. hierzu BayVGh, B.v. 8.2.1982 – 22 C 81 A.958 –, BayVBl. 1982, 340 [341]). Gleiches gilt hinsichtlich des Entfernens von Personen aus einer Wohnung (siehe hierzu bereits BayVGh, B.v. 9.5.2016 – 12 CS 16.899 –, Umdruck, Rn. 3). Liegt schon keine vertretbare Handlung vor, scheidet eine Ersatzvornahme von vorneherein aus (so zutreffend Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, *Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern*, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 11). Die Antragstellerin ist daher als Vollstreckungsbehörde weder in der Lage, den Medizintouristen zu kündigen, diese auf Räumung zu verklagen oder anderweitig aus der Wohnung zu entfernen.
- 15 cc) Nachdem die Zwangsgeldandrohung erfolglos geblieben ist und weder die Anwendung unmittelbaren Zwangs noch eine Ersatzvornahme in Frage kommen, stehen mildere Mittel als die Anordnung von Ersatzzwangshaft nicht mehr zur Verfügung. Entgegen der Auffassung des Vollstreckungsschuldners kommen insoweit auch weder die Einleitung eines Bußgeldverfahrens noch ein amtsgerichtliches Räumungsverfahren in Betracht. Diese Verfahren sind in Art. 29 Abs. 2 BayVwZVG nicht als Zwangsmittel vorgesehen und stehen außerhalb des Vollstreckungsrechts. Ungeachtet dessen hat den Antragsgegner bislang nicht einmal die mehrfache Androhung eines Zwangsgeldes zu beeindrucken vermocht. Von daher erschließt sich

nicht, wie ihn die Verhängung eines Bußgeldes erreichen sollte. Vielmehr kann in einem derartigen Fall Ersatzzwangshaft als einschneidendes Mittel beantragt und angeordnet werden, wenn dies – wie hier – notwendig ist, um den Pflichtigen von künftigen weiteren Verstößen gegen ein Unterlassungsgebot – die Fortsetzung der Zweckentfremdung von Wohnraum – abzuhalten (vgl. BayVGH, B.v. 12.2.1996 – 8 C 96.216 –, BayVBl. 1996, 600; B.v. 20.8.1997 – 8 C 96.4230 –, NVwZ-RR 1998, 310; s. auch Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 10).

- 16 d) Liegen danach die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vor, so ist angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs (Art. 2 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 102 BV) sorgfältig zu prüfen, ob die Anordnung von Ersatzzwangshaft den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (Angemessenheit) entspricht (Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BayVwZVG). Auch dies ist vorliegend der Fall:
- 17 aa) Die grundsätzliche Geeignetheit der Ersatzzwangshaft ist nicht schon dann zu verneinen, wenn der betroffene Bürger – wie vorliegend der Antragsgegner – uneinsichtig ist. Andernfalls hätte es der Vollstreckungsschuldner in der Hand, ordnungsbehördliches Handeln der Rechtsordnung zuwider durch eigenmächtige Hartnäckigkeit ins Leere laufen zu lassen. Es liegt ausschließlich am Vollstreckungsschuldner selbst, sich rechtstreu zu verhalten und das zu tun bzw. zu unterlassen, wozu er rechtlich verpflichtet ist. Ungeachtet dessen besteht auch bei uneinsichtigen Vollstreckungsschuldnern regelmäßig die Aussicht, dass sie sich zumindest von der Anordnung unmittelbar bevorstehender Ersatzzwangshaft beeindrucken lassen und ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung doch noch nachkommen (vgl. OVG NRW, B.v. 16.11.2012 – 2 E 1031/12 – juris, Rn. 17 und 19).
- 18 bb) Die gegen den Antragsgegner verhängte Ersatzzwangshaft ist vorliegend auch erforderlich und angemessen:
- 19 Ersatzzwangshaft ist das letzte – subsidiäre – Mittel des Staates, um seine Anordnungen gegenüber uneinsichtigen Bürgern durchzusetzen. Sie kommt deshalb nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen in Betracht und darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. Bei der erforderlichen Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls ist die Bedeutung des mit der Ord-

nungsverfügung erstrebten Erfolgs dem besonderen Gewicht gegenüberzustellen, das der beantragten Freiheitsentziehung zukommt. Darüber hinaus sind die persönlichen Verhältnisse des Pflichtigen wie Krankheit oder Haftunfähigkeit zu beachten (vgl. OVG NRW, B.v. 16.11.2012 – 2 E 1031/12 – juris, Rn. 21 f. m.w.N.; s. zum Ganzen auch Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, *Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern*, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 14).

20 Auch im Lichte dieser Maßstäbe und Grundsätze bleibt gegen die Ermessensentscheidung des Verwaltungsgerichts (Art. 33 Abs. 1 BayVwZVG: „kann“) nichts zu erinnern. Die Annahme des Bevollmächtigten des Antragsgegners, der zu vollstreckenden Handlung komme insgesamt nur geringe Bedeutung zu, weshalb die Anordnung von Ersatzzwangshaft von vorneherein unverhältnismäßig sei, entbehrt jeder Grundlage. Die Durchsetzung des gesetzlichen Verbots der Zweckentfremdung von Wohnraum schützt vielmehr im Gegenteil hochrangige Gemeinwohlziele. Demgegenüber tritt das Interesse des Antragsgegners, von der Haft verschont zu bleiben, notwendigerweise zurück. Dies gilt umso mehr, als es dem Antragsgegner angesichts des Beugecharakters der Ersatzzwangshaft jederzeit frei steht, der Freiheitsentziehung durch die allein seiner freien Willensentschließung unterliegenden Pflicht der Erfüllung der bestandskräftigen Untersagungsverfügung zu entgehen. Insoweit ist zugleich auch zu berücksichtigen, dass die Bedeutung der Ersatzzwangshaft im Wesentlichen nicht in ihrer Vollstreckung, sondern in ihrer Anordnung liegt. Mit ihr sollen selbst unbelehrbare Schuldner – wie der Antragsgegner – zur Einsicht gebracht werden. Dass dem Vollstreckungsschuldner aufgrund besonderer persönlicher Umstände eine Anordnung von Ersatzzwangshaft nicht zumutbar wäre, trägt weder die Beschwerde vor noch ist dies sonst ersichtlich. Ebenso wenig kann der Einwand des Antragsgegners verfangen, die Antragstellerin wolle Ersatzzwangshaft in unzulässiger Weise als Sanktionsmittel einsetzen.

21 e) Die Dauer der angeordneten Ersatzzwangshaft von „längstens einer Woche“ begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Art. 33 Abs. 2 BayVwZVG setzt dem Verwaltungsgericht einen Rahmen von einem Tag bis zwei Wochen. Das Gericht bewegt sich mit der Anordnung von einer Woche im mittleren Bereich. Dies erscheint angesichts der Bedeutung der Sache, namentlich des Schutzes der Allgemeinheit vor der Zweckentfremdung von Wohnraum und der Hartnäckigkeit des Antragsgegners, mit der er die Anordnungen der Antragstellerin übergeht, nicht unangemessen (vgl. hierzu auch BayVGH, B.v. 8.2.1982 – 22 C 81 A.958 –, BayVBl. 1982, 340 [342]).

22 Die Beschwerde ist deshalb zurückzuweisen.

23 3. Für das weitere Verfahren wird ergänzend auf Folgendes hingewiesen: Nach Art. 37 Abs. 4 Satz 1 BayVwZVG ist die Anwendung von Zwangsmitteln einzustellen, wenn der Vollstreckungsschuldner der angeordneten Verpflichtung nachkommt. Dies gilt auch für die Ersatzzwangshaft. Eine von der Behörde beantragte Haft kann als subsidiäres Beugemittel nach Erfüllung (auch lediglich der Zwangsgeldforderung) nicht mehr angeordnet und erst recht nicht vollstreckt werden. Die Ersatzzwangshaft besitzt keinen Strafcharakter (vgl. Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, *Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern*, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 16; Troidl, in: Engelhardt/App/Schlatmann, *VwVG/VwZG*, 11. Aufl. 2017, § 16 VwVG Rn. 1; Sadler, *VwVG/VwZG*, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 3 u. 40). Kommt der Pflichtige dem von ihm geforderten Handeln, Dulden oder Unterlassen nicht nach, begleicht er aber unter dem Druck der (drohenden) Ersatzzwangshaft, aus welcher Geldquelle auch immer, die Zwangsgeldforderung, so hindert dies – anders als im Fall angeordneter Erzwingungshaft – ebenfalls den Beginn oder die Fortsetzung der („Ersatz“-) Zwangshaft (vgl. Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, *Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern*, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 17 u. 31; Sadler, *VwVG/VwZG*, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 40 a.E.). Bereits der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs der bayerischen Staatsregierung zum BayVwZVG vom 11. November 1960 (Landtags-Beilage 4/1746, Seite 24) ist hierzu Folgendes zu entnehmen:

24 „Die Ersatzzwangshaft tritt als Beugehaft an die Stelle eines uneinbringlichen Zwangsgeldes. Nicht so sehr ihr Vollzug als die Möglichkeit ihrer Androhung bildet ein wichtiges Mittel, öffentlich-rechtliche Verpflichtungen durchzusetzen und den Pflichtigen zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. [...]

25 Nach Art. 37 Abs. 3 [jetzt Art. 37 Abs. 4] ist die Anwendung von Zwangsmitteln, also auch der Ersatzzwangshaft einzustellen, sobald der Pflichtige seiner Verpflichtung nachkommt. Da die Ersatzzwangshaft an die doppelte Voraussetzung geknüpft ist, dass das Zwangsgeld uneinbringlich ist und dass auch unmittelbarer Zwang keinen Erfolg verspricht, kommt der Häftling im Sinn des Art. 37 Abs. 3 [jetzt Art. 37 Abs. 4] seiner Verpflichtung mit der Folge der Haftaufhebung sowohl dann nach, wenn er das Zwangsgeld bezahlt als auch, wenn er die zu erzwingende Handlung, Duldung oder Unterlassung herbeiführt.“

26 Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass der Pflichtige nicht zur Zahlung des Zwangsgeldes durch die Haft angehalten werden solle, sondern zur Erfüllung seiner Verpflichtung (so aber offenbar Harrer/Kugele/Kugele/Thum/Teget-

hoff, Verwaltungsrecht in Bayern, Stand: August 2017, Art. 33 VwZVG, Erl. 2). Diese Auffassung verkennt, dass („Ersatz“-)Zwangshaft – anders als Erzwingungshaft – kein primäres Zwangsmittel darstellt (vgl. bereits BayVGH, U.v. 29.7.1987 – 22 B 85 A.1920 –, BayVBl. 1988, 372), sondern nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers (lediglich) an die Stelle der uneinbringlichen Zwangsgeldforderung tritt. Aufgrund dieser vom Gesetzgeber gewählten Einordnung kommt nach dem Begleichen der Zwangsgeldforderung, wofür allerdings der bloße Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung allein noch nicht ausreicht (vgl. BayVGH, B.v. 15.2.1991 – 22 C 90.3329 –, Umdruck, S. 3 f.), eine weitere Vollstreckung der Freiheitsentziehung nicht (mehr) in Frage (so zutreffend Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 17 u. 31; Sadler, VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 40 a.E.). Die allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen müssen während der gesamten Haftdauer vorliegen. Dies ist nicht (mehr) der Fall, wenn das Zwangsgeld nunmehr doch noch einbringlich ist und vollständig gezahlt wird (so überzeugend Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 31). Ohne einen behördlichen Anspruch auf die (durch Zahlung erloschene) Zwangsgeldforderung gibt es hierfür auch keinen Ersatz durch („Ersatz“-)Zwangshaft mehr (vgl. Sadler, VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 40 a.E.).

27 Ebenso wenig kann das Zwangsgeld noch beigetrieben werden, wenn die Ersatzzwangshaft bereits vollstreckt wurde. Die Zwangsgeldforderung ist dadurch erloschen (vgl. Harrer/Kugele/Kugele/Thum/Tegethoff, Verwaltungsrecht in Bayern, Stand: August 2017, Art. 33 VwZVG, Erl. 2; Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 32; Sadler, VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 39). Auch im Zeitraum zwischen Anordnung und (vollständiger) Vollstreckung der Ersatzzwangshaft muss eine (weitere) Beitreibung des Zwangsgeldes unterbleiben. Insoweit steht bereits der Rechtsgedanke des Art. 36 Abs. 3 Satz 2 BayVwZVG, nach dem ein Nebeneinander verschiedener Zwangsmittel ausgeschlossen ist, einer Beitreibung des Zwangsgeldes entgegen (vgl. Thum, KommPrax 2004, 294 [295]; Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 32).

28 Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass der Antragsgegner die Vollstreckung der Ersatzzwangshaft noch durch Entrichtung der fällig gestellten Zwangsgelder ab-

wenden kann, aber umgekehrt deren Beitreibung nach Vollstreckung der Ersatzzwangshaft nicht mehr in Betracht kommt. Allein dies entspricht der vom Gesetzgeber angeordneten Akzessorietät von („Ersatz“-)Zwangshaft und Zwangsgeldandrohung einerseits und der Subsidiarität des Rechtsinstituts der („Ersatz“-)Zwangshaft gegenüber dem Zwangsgeld andererseits (vgl. BayVGH, U.v. 29.7.1987 – 22 B 85 A.1920 –, BayVBl. 1988, 372 [373]). Die Verwaltungsgerichte werden deshalb künftig entsprechend der Empfehlung von *Sadler* (VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2014, § 16 VwVG Rn. 40 a.E.) in jeden Ersatzzwangshaft anordnenden Beschluss folgenden Hinweis aufnehmen:

- 29 „Von der Vollstreckung ist abzusehen, wenn der Antragsgegner das Zwangsgeld zahlt.“
- 30 Zahlt der Vollstreckungsschuldner unter dem Druck der Anordnung von Ersatzzwangshaft (lediglich) das Zwangsgeld ohne dem von ihm geforderten Handeln, Dulden oder Unterlassen nachzukommen, so bleibt der Behörde aufgrund der tatbestandlichen Ausgestaltung der Zwangshaft durch den Gesetzgeber als reine („Ersatz“-)Zwangshaft nur, erneut ein Zwangsgeld unter Hinweis auf die Möglichkeit der Ersatzzwangshaft anzudrohen (vgl. Käß, in: Giehl/Adolph/Käß, *Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern*, BayVwZVG, Stand: März 2017, Art. 33 Rn. 17 u. 31 a.E.). Der Surrogat-Charakter der („Ersatz“-)Zwangshaft und der in der amtlichen Begründung zum BayVwZVG (vgl. Landtags-Beilage 4/1746, S. 24) zum Ausdruck kommende, im Gesetz selbst durch die Verwendung des Begriffs der („Ersatz“-)Zwangshaft seinen unmittelbaren Niederschlag findende Wille des Gesetzgebers, für eine Haftaufhebung sowohl die Zahlung des Zwangsgeldes als auch die Herbeiführung der zu erzwingenden Handlung, Duldung oder Unterlassung gleichermaßen genügen zu lassen, entziehen jeder anderen Betrachtung die Grundlage. Der Gesetzgeber hat in Art. 33 Abs. 1 BayVwZVG lediglich („Ersatz“-)Zwangshaft, nicht aber Erzwingungshaft vorgesehen. Für eine wie auch immer geartete Rechtsfortbildung ist deshalb kein Raum. Freiheitsbeschränkungen dürfen nur auf der Grundlage eines förmlichen Gesetzes und unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen erfolgen (Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG).
- 31 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Einer Streitwertfestsetzung bedarf es nicht, da im Beschwerdeverfahren keine streitwertabhängigen Gebühren anfallen (Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses in Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG).

32 5. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Dr. Mayer

Abel

König