

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 307

**Die Kostentragung
bei der Ersatzvornahme
im Verwaltungsrecht**

Von

Klaus Mertens



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS MERTENS

**Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme
im Verwaltungsrecht**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 307

Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht

Von

Dr. Klaus Mertens



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Mertens, Klaus

Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im
Verwaltungsrecht. — 1. Aufl. — Berlin: Duncker
und Humblot, 1976.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 307)

ISBN 3-428-03773-1

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 03773 1

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Januar 1976 abgeschlossen und im Mai desselben Jahres vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation angenommen.

Für die vielfältigen Bemühungen bei der Betreuung der Dissertation sei an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Norbert Achterberg, sehr herzlich gedankt.

Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Ministerialrat a. D. Professor Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Münster, im Juli 1976

Klaus Mertens

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	17
----------------------	----

Erster Teil

Begriff, Anwendungsbereich und Voraussetzungen der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht

§ 2 Der Begriff der Ersatzvornahme	18
I. Der Begriff der Ersatzvornahme im Allgemeinen	18
II. Der Begriff der Ersatzvornahme als Mittel des Verwaltungs- zwangs	19
1. Der Begriff der Ersatzvornahme in Preußen und im gelten- den Recht des Bundes und der Länder	19
2. Die Abgrenzung der Ersatzvornahme vom unmittelbaren Zwang	22
a) Die allgemeine Abgrenzung	22
b) Die Abgrenzung der Ersatzvornahme von der Selbstvor- nahme i. S. der herkömmlichen Terminologie	24
III. Der Begriff der Ersatzvornahme als Mittel der Kommunal- aufsicht	25
§ 3 Die Ersatzvornahme als Vollzugs- und Aufsichtsmittel	28
I. Der Verwaltungszwang	28
1. Der Gegenstand des Verwaltungszwangs	28
2. Die Formen des Verwaltungszwangs	30
a) Der Verwaltungszwang mit vorausgegangenem Verwal- tungsakt — der gesetzliche Normalfall	30
b) Der Verwaltungszwang ohne vorausgegangenem Verwal- tungsakt — der sofortige Zwang	31
3. Die gesetzlichen Zwangsmittel	32
4. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung des Verwaltungszwangs	32
a) Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung des Verwaltungszwangs im gesetzlichen Normalfall	32
b) Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung von Zwangsmitteln im Wege des sofortigen Zwangs	34

II. Die Kommunalaufsicht	35
1. Gegenstand und Umfang der Kommunalaufsicht	35
2. Die gemeindlichen Aufsichtsmittel	36
3. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung der Aufsichtsmittel	37
§ 4 Die besonderen Voraussetzungen für die Anwendung der Ersatzvornahme	37
I. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Ersatzvornahme als Mittel des Verwaltungszwangs	37
1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen	37
a) Vertretbare Handlung	37
b) Die Wahl des richtigen Zwangsmittels	38
2. Die besonderen Verfahrensvoraussetzungen	39
II. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Ersatzvornahme als Mittel der Kommunalaufsicht	40
1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen	40
a) Vertretbare Handlung	40
b) Die Wahl des richtigen Aufsichtsmittels	40
2. Die Verfahrensvoraussetzungen	41

Zweiter Teil

Die gesetzliche Kostenregelung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht

§ 5 Grundzüge der gesetzlichen Kostenregelung	43
I. Die Kostenerstattungspflicht des Handlungspflichtigen als gesetzlich angeordnete Nebenfolge der Ersatzvornahme	43
II. Der Träger des gesetzlichen Kostenerstattungsanspruchs	44
§ 6 Der Umfang des gesetzlichen Kostenerstattungsanspruchs	46
I. Der Umfang des gesetzlichen Kostenerstattungsanspruchs bei der Ersatzvornahme als Mittel des Verwaltungszwangs	46
1. Die Kosten der Herbeiführung des gebotenen Handlungserfolgs — die Kosten der eigentlichen Vornahme	47
a) im Falle der Fremdvorname	47
b) im Falle der Selbstvorname	48
2. Die Kosten der verwaltungsmäßigen Bearbeitung der Ersatzvornahme	50
II. Der Umfang des gesetzlichen Kostenerstattungsanspruchs bei der Ersatzvornahme als Mittel der Kommunalaufsicht	51
§ 7 Die rechtlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Kostenerstattungsanspruchs	52
I. Die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme als Voraussetzung des gesetzlichen Kostenerstattungsanspruchs	52

Inhaltsübersicht

9

II. Die Voraussetzungen im einzelnen	53
1. bei der Ersatzvornahme als Mittel des Verwaltungszwangs ..	53
2. bei der Ersatzvornahme als Mittel der Kommunalaufsicht ..	56
III. Die Kostentragung bei Einstellung des Verfahrens	57
§ 8 Geltendmachung und Durchsetzung des gesetzlichen Kostenerstat- tungsanspruchs	57
I. Die Fälligkeit der Kostenschuld	57
II. Die Mittel zur Geltendmachung und Durchsetzung des gesetz- lichen Kostenerstattungsanspruchs	60
1. Leistungsbescheid und zwangsweise Beitreibung im Wege der Verwaltungsvollstreckung	60
2. Verwaltungsgerichtliche Leistungsklage	60
III. Die Rechtsmittel gegen die Anforderung der Kosten	61
1. Zur Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- klage gegen die Kostenanforderung	61
2. Zur Frage der aufschiebenden Wirkung einer gegen die An- forderung der Kosten gerichteten Anfechtungsklage	61
a) Zur Anwendbarkeit des § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO	62
b) Zur Anwendbarkeit des § 8 nWAG-VwGO und der ent- sprechenden Bestimmungen	64

Dritter Teil

Die Kostenerstattung bei der rechtswidrigen Ersatzvornahme

§ 9 Einführung in die Problematik	68
§ 10 Die Begründung eines Kostenerstattungsanspruchs nach den Grund- sätzen der GoA	69
I. Die Behandlung der Frage in Literatur und Rechtsprechung	69
II. Die öffentlich-rechtliche GoA als Grundlage eines Kosten- erstattungsanspruchs	71
1. Die GoA im öffentlichen Recht	72
2. Zur Frage der Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen GoA neben den gesetzlichen Vorschriften zur Ersatzvornahme	73
3. Ergebnis	77
III. Die privatrechtliche GoA als Grundlage eines Kostenerstattungs- anspruchs	77
§ 11 Die Begründung eines Kostenerstattungsanspruchs nach den Grund- sätzen der ungerechtfertigten Bereicherung	78
I. Die Behandlung der Frage in Literatur und Rechtsprechung ..	78

II. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch als Folge einer rechtswidrigen Ersatzvornahme	79
1. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	79
2. Zur Frage der Anwendbarkeit des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs neben den gesetzlichen Vorschriften zur Ersatzvornahme	81
3. Die rechtswidrige Ersatzvornahme als rechtsgrundlose Vermögensverschiebung i. S. des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs	83
a) Vermögensverschiebung	83
b) Vermögensverschiebung durch Leistung	83
c) Die Rechtsgrundlosigkeit der Vermögensverschiebung	86
4. Gegenstand und Umfang des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs als Folge einer rechtswidrigen Ersatzvornahme	87
III. Zusammenfassung und Ergebnis	90
 Schrifttumsverzeichnis	 92

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
ABl.	= Amtsblatt
a. F.	= alter Fassung
AG	= Amtsgericht
Anm.	= Anmerkung
AÖR n. F.	= Archiv des öffentlichen Rechts (neue Folge) (Band, Jahrgang, Seite)
bayGemO	= Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO) vom 5. Dezember 1973 (GVBl. 599)
bayKostG	= (bayerisches) Kostengesetz von 1956 i. d. F. vom 25. Juni 1969 (GVBl. 165)
bayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
bayPAG	= Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern von 1954 i. d. F. vom 3. April 1963 (GVBl. 95)
bayPOG	= Gesetz über die Organisation der Polizei in Bayern von 1954 i. d. F. vom 7. September 1972 (GVBl. 425)
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter (Jahrgang, Seite)
bayVGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof in München
bayVwZVG	= Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz von 1961 i. d. F. vom 11. November 1970 (GVBl. 1971, 1)
Bd.	= Band
Bearb.	= Bearbeiter
Beschl.	= Beschluß
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. 195)
BGBI. I	= Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
blnPolZG	= Gesetz über die Zuständigkeit der Berliner Polizei- und Ordnungsbehörden vom 2. Oktober 1958 (GVBl. 959)
blnVwVerfG	= Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 2. Oktober 1958 (GVBl. 951)
BranntweinmonopolG	= Gesetz über das Branntweinmonopol vom 8. 4. 1922 (RGBl. I 405)
breAG-VwGO	= (bremisches) Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 15. März 1960 (GBl. 25)
brePolG	= (bremisches) Polizeigesetz vom 15. Juli 1960 (GBl. 73)
breVwVerfG	= (bremisches) Gesetz über das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang von 1934 i. d. F. vom 1. April 1960 (GBl. 37)
brhStVf.	= Verfassung für die Stadt Bremerhaven von 1947 i. d. F. vom 13. Oktober 1971 (GBl. 243)
BRRG	= Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) von 1957 i. d. F. vom 17. Juli 1971 (BGBI. I 1025)

Bs.	= Bescheid
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
BVwKostG	= (Bundes-)Verwaltungskostengesetz (VwKostG) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I 821)
BVwVG	= (Bundes-)Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27. April 1953 (BGBl. I 157)
bwAG-VwGO	= (baden-württembergisches) Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 22. März 1960 (GBl. 94)
bwGemO	= Gemeindeordnung für Baden-Württemberg von 1955 i. d. F. vom 16. September 1974 (GBl. 373)
bwPolG	= (baden-württembergisches) Polizeigesetz von 1955 i. d. F. vom 16. Januar 1968 (GBl. 61)
bwVBl.	= Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt (Jahr- gang, Seite)
bwVGH	= Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof (in Mannheim)
bwVKO	= Verordnung des Innenministeriums über die Erhe- bung von Kosten der Vollstreckung nach dem Ver- waltungsvollstreckungsgesetz für Baden-Württem- berg (Vollstreckungskostenordnung — VwVGKO —) vom 2. Juli 1974 (GBl. 229)
bwVwVG	= Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Baden-Würt- temberg vom 12. März 1974 (GBl. 93)
Diss. jur.	= juristische Dissertation
Dt.GemStZ	= Deutsche Gemeindesteuer-Zeitung (Jahrgang, Seite)
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung (Jahrgang, Seite)
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt (Jahrgang, Seite)
entspr.	= entsprechend
Erl.	= Erläuterung
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen Verwal- tungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg (Band, Seite)
GBl.	= Gesetzblatt
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. 1)
GoA	= Geschäftsführung ohne Auftrag
grds.	= grundsätzlich
GS	= Gesetzsammlung für die Kgl. Preußischen Staaten
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
heAG-VwGO	= Hessisches Gesetz zur Ausführung der Verwaltungs- gerichtsordnung vom 6. Februar 1962 (GVBl. 13)
heGemO	= Hessische Gemeindeordnung (HGO) von 1952 i. d. F. vom 1. Juli 1960 (GVBl. 103, 164)
heSOG	= Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) von 1964 i. d. F. vom 26. Januar 1972 (GVBl. 24)
heVGH	= Hessischer Verwaltungsgerichtshof (in Kassel)
heVKO	= Vollstreckungskostenordnung zum Hessischen Ver- waltungsvollstreckungsgesetz (HessVwVG) vom 9. Dezember 1966 (GVBl. 327)
heVwVG	= Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz (Hess- VwVG) vom 4. Juli 1966 (GVBl. 151)

- hmbSOG = (hamburgisches) Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von 1966 i. d. F. vom 23. Dezember 1971 (GVBl. 258)
- hmbVKO = (hamburgische) Vollstreckungskostenordnung (VKO) vom 24. Mai 1961 (GVBl. 169)
- hmbVwVG = (hamburgisches) Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 13. März 1961 (GVBl. 79)
- i. d. F. = in der Fassung
- i. d. R. = in der Regel
- i. S. (d.) = im Sinne (des)
- i. V. m. = in Verbindung mit
- JR = Juristische Rundschau (Jahrgang, Seite)
- JuS = Juristische Schulung (Jahrgang, Seite)
- JZ = Juristenzeitung (Jahrgang, Seite)
- Kgl. = Königlich
- KreditG = Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 (BGBl. I 881)
- lit. = Buchstabe
- Lit. = Literatur
- LVG = Landesverwaltungsgericht
- MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahrgang, Seite)
- MVRO 165 = Militärregierungsverordnung (für die britische Zone) Nr. 165
- m. w. Nachw. = mit weiteren Nachweisen
- ndsGemO = Niedersächsische Gemeindeordnung von 1955 i. d. F. vom 7. Januar 1974 (GVBl. 1)
- ndsSOG = (niedersächsisches) Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951 (GVBl. 89)
- ndsVwKostG = (niedersächsisches) Gesetz über die Erhebung von Gebühren und Auslagen in der Verwaltung (Verwaltungskostengesetz) vom 7. Mai 1962 (GVBl. 43)
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite)
- NW = Nordrhein-Westfalen
- nwAG-VwGO = Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I 17) im Lande Nordrhein-Westfalen (AG VwGO) vom 26. März 1960 (GVBl. 47)
- nwFSHG = (nordrhein-westfälisches) Gesetz über den Feuerchutz und die Hilfeleistung bei Unglücksfällen und öffentlichen Notständen vom 25. März 1958 (GVBl. 101)
- nwGemO = Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen von 1952 i. d. F. vom 19. Dezember 1974 (GVBl. 1975, 91)
- nwKostO = (nordrhein-westfälische) Kostenordnung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz (KostO NW) vom 30. November 1971 (GVBl. 394)
- nwOBG = (nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz) von 1956 i. d. F. vom 28. Oktober 1969 (GVBl. 732)
- nwVwVG = Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVG NW) vom 23. Juli 1957 (GVBl. 216)
- OLG = Oberlandesgericht

OVG	=	Oberverwaltungsgericht
OVGE	=	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (Band, Seite)
OVG Hmb.	=	Hamburgisches Oberverwaltungsgericht
OVG Lbg.	=	Oberverwaltungsgericht für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
OVG Mstr.	=	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster
PolG	=	Polizeigesetz
prLVG	=	(preußisches) Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (GS 195)
prOVG	=	Preußisches Oberverwaltungsgericht
prOVGE	=	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Band, Seite)
prPVG	=	(preußisches) Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (GS 77)
prZuständigkeitsG	=	(preußisches) Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883 (GS 237)
Rdn.	=	Randnummer
RG	=	Reichsgericht
RGBl. I	=	Reichsgesetzblatt Teil I
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RiA	=	Recht im Amt (Jahrgang, Seite)
rpGemO	=	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz vom 14. Dezember 1973 (GVBl. 415)
rpKostO	=	Dritte Landesverordnung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland-Pfalz (Kostenordnung) — 3. VOVVG — vom 2. Januar 1958 (GVBl. 12)
rpPVG	=	Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz von 1954 i. d. F. vom 29. Juni 1973 (GVBl. 180)
rpVwVG	=	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland-Pfalz vom 8. Juli 1957 (GVBl. 101)
Rspr.	=	Rechtsprechung
RuPrVBl.	=	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (Jahrgang, Seite)
RVO	=	Reichsversicherungsordnung von 1911 i. d. F. vom 15. Dezember 1924 (RGBl. I 779)
saAG-VwGO	=	Gesetz Nr. 719. Saarländisches Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung vom 5. Juli 1960 (ABl. 558)
saGemO	=	(saarländische) Gemeindeordnung = Teil A des sa-KSVG
saKostO	=	Kostenordnung zum Saarländischen Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 3. August 1974 (ABl. 738)
saKSVG	=	Gesetz Nr. 788 über die Selbstverwaltung der Gemeinden, Ämter und Landkreise (Kommunalverwaltungsgesetz) von 1964 i. d. F. vom 2. Januar 1975 (ABl. 49)
saPOG	=	Gesetz Nr. 899 über die Organisation der Polizei im Saarland vom 17. Dezember 1969 (ABl. 1970, 33)
saVwVG	=	Gesetz Nr. 990. Saarländisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz (SVwVG) vom 27. März 1974 (ABl. 430)
shGemO	=	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein von 1950 i. d. F. vom 6. April 1973 (GVBl. 89)

- shLVwG = Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz) vom 18. April 1967 (GVBl. 131)
- shVKO = (schleswig-holsteinische) Landesverordnung über die Kosten im Vollzugs- und Vollstreckungsverfahren (Vollzugs- und Vollstreckungskostenordnung — VVKO —) vom 2. Januar 1968
- U. = Urteil
- v. = vom
- VA = Verwaltungsakt
- Verw.Arch. = Verwaltungsarchiv (Band, Jahrgang, Seite)
- VG = Verwaltungsgericht
- VGHE n. F. = (amtliche) Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (neue Folge), I. Teil (Band, Seite)
- vgl. = vergleiche
- VO = Verordnung
- VRspr. = Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Band, Seite)
- VV = Verwaltungsvorschrift
- VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I 17)
- VwVfG = Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I 1253)
- VwVG = Verwaltungsvollstreckungsgesetz
- WHG = Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) vom 27. Juli 1957 (BGBl. I 1110)
- WVbVO = Erste (Reichs-)Verordnung über Wasser- und Bodenverbände vom 3. September 1937 (RGBl. I 188)
- ZPO = Zivilprozeßordnung von 1877 i. d. F. vom 12. September 1950 (BGBl. I 533)

§ 1 Einleitung

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht.

Die Ersatzvornahme, also die ersatzweise Vornahme einer vertretbaren Handlung an Stelle und auf Kosten des Handlungspflichtigen — dieser weite Begriff umfaßt auch die sog. Selbstvornahme —, hat auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts als Mittel des Verwaltungszwangs in den Verwaltungsvollstreckungs- und Polizeigesetzen sowie als Mittel der Kommunalaufsicht in den Gemeindeordnungen ihre praktisch wohl bedeutsamste gesetzliche Ausprägung gefunden.

Während Begriff, Anwendungsbereich und Voraussetzungen der verwaltungsrechtlichen Ersatzvornahme als weitgehend geklärt angesehen werden können, birgt die Kostentragung noch einige ungelöste Probleme in sich.

So ist insbesondere fraglich, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang auch die Kosten einer fehlerhaft durchgeführten Ersatzvornahme erstattet verlangt werden können. Da hier in bestimmten Fällen ein Kostenerstattungsanspruch nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften ausscheidet, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit, einen Kostenerstattungsanspruch aus anderen Rechtsquellen abzuleiten, wobei an einen Rückgriff auf die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag und die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu denken ist. Mit der nachfolgenden Untersuchung soll der Versuch unternommen werden, neben der Klärung von weiteren offenen Einzelproblemen das Rechtsinstitut der Ersatzvornahme in seinen beiden wichtigsten verwaltungsrechtlichen Erscheinungsformen unter dem speziellen Gesichtspunkt der Kostentragung umfassend und systematisch darzustellen. Dabei soll der hinsichtlich der Kostenregelung in Bund und Ländern recht unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung der Ersatzvornahme besondere Beachtung zukommen.

Erster Teil

Begriff, Anwendungsbereich und Voraussetzungen der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht

§ 2 Der Begriff der Ersatzvornahme

I. Der Begriff der Ersatzvornahme im Allgemeinen

Der Begriff der Ersatzvornahme ist als juristischer Terminus in verschiedenen Zweigen des Rechts geläufig, so im öffentlichen Recht als Mittel des Verwaltungs- und Polizeizwangs¹ und als Mittel der Kommunalaufsicht² sowie im Zivilrecht als zivilprozessuales Vollstreckungsmittel³, um nur die praktisch wichtigsten Erscheinungsformen zu nennen⁴.

Gemeinsames Merkmal aller als Ersatzvornahme bezeichneten Tatbestände ist ein bestimmtes Verfahren, nämlich die ersatzweise Vornahme einer zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich geschuldeten Handlung an Stelle und auf Kosten des Handlungspflichtigen. Dabei kann die ersatzweise vorzunehmende Handlung naturgemäß nur eine vertretbare, also nicht nur von dem Handlungspflichtigen höchstpersönlich erbringbare Handlung sein⁵. Das heißt, die Vornahme durch einen anderen muß für den „Gläubiger“ dieselbe rechtliche und tatsächliche Bedeutung haben⁶. Daraus folgt auch, daß für die Ersatzvornahme als Handlung nur ein positives Tun in Betracht kommt, denn Duldung und Unterlassung sind stets unvertretbar⁷.

Wenn somit das Rechtsinstitut der Ersatzvornahme in seinem Kerngehalt solchermaßen begrifflich umrissen ist, gilt es im folgenden, die für die vorliegende Abhandlung relevanten Begriffe der Ersatzvor-

¹ Vgl. z. B. §§ 9 Abs. 1, 10 BVwVG; § 25 rpPVG.

² Vgl. z. B. § 109 Abs. 2 nwGemO.

³ Vgl. § 887 ZPO.

⁴ s. auch u. a. § 379 RVO; § 109 BranntweinmonopolG.

⁵ *Drescher*, S. 34; *Merkl*, S. 284. Vgl. auch § 59 nwVwVG; § 887 ZPO.

⁶ *Engelhardt*, § 10, Rdn. 4; *v. Rosen-v. Hoevel*, § 10, Erl. II. 1. b).

⁷ *Engelhardt*, § 10, Rdn. 4; *Hoffmann*, DÖV 1967, 298.

nahme als Mittel des Verwaltungszwangs sowie der Ersatzvornahme als Mittel der Kommunalaufsicht genauer zu bestimmen.

II. Der Begriff der Ersatzvornahme als Mittel des Verwaltungszwangs

Die ersatzweise Vornahme einer vertretbaren Handlung an Stelle und auf Kosten des Handlungspflichtigen ist neben dem Zwangsgeld und dem unmittelbaren Zwang eines der drei klassischen Vollziehungsmittel, die der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Handlungs-, Dulds- oder Unterlassungspflichten dienen.

1. Der Begriff der Ersatzvornahme in Preußen und im geltenden Recht des Bundes und der Länder

Eine gesetzliche Regelung des Zwangsmittels der Ersatzvornahme⁸ findet sich bereits in § 132 des prLVG vom 30. 7. 1883: „Die Behörde hat, sofern es tunlich ist, die zu erzwingende Handlung durch einen Dritten ausführen zu lassen und den vorläufig bestimmten Kostenbetrag im Zwangswege von dem Verpflichteten einzuziehen⁹.“ Nur diese Form der Vornahme „durch einen Dritten“ galt als Ersatzvornahme, wogegen die Herstellung des gebotenen Zustands durch eigene Kräfte der anordnenden Behörde dem Begriff des unmittelbaren Zwangs i. S. d. § 132 Ziff. 3 prLVG unterfiel¹⁰.

Anders als in § 132 prLVG ist in dem diese Vorschrift — zumindest im polizeilichen Bereich — ablösenden § 55 prPVG¹¹ von der Ausführung durch einen Dritten zunächst nicht die Rede. § 55 Abs. 1 prPVG nennt als Zwangsmittel das Zwangsgeld, den unmittelbaren Zwang und die „Ausführung der zu erzwingenden Handlung auf Kosten des Pflichtigen“. Die Möglichkeit der Ausführung durch einen Dritten wird erst in § 55 Abs. 2 S. 4 prPVG erwähnt, wobei für diesen Fall gefordert wird, daß die Höhe des Kostenbetrages in der Androhung zu veranschlagen sei.

Trotz des nicht eindeutigen Wortlauts der Bestimmung des § 55 Abs. 1 prPVG nahm die h. M. jedoch eine Ersatzvornahme nur bei der Ausführung der zu erzwingenden Handlung durch einen selbständig handelnden Dritten an¹². Es sei kein Grund ersichtlich, so führte das

⁸ Auch Zwangersatzvornahme genannt; vgl. *Drescher*, S. 33 f.

⁹ § 132 Ziff. 1 prLVG.

¹⁰ *Küchenhoff*, RuPrVbl. 1931, 788.

¹¹ § 55 prPVG gilt auch heute noch im Saarland (eingeführt durch VO v. 22. 2. 1935). s. hierzu auch § 80 Abs. 2 saVwVG.

¹² *Drews / Wacke / Vogel*, S. 313; *Ule / Rasch*, § 55 (prPVG), Rdn. 11, S. 208; prOVG, U. v. 4. 4. 1940, prOVGE 105, 240 ff. (242 ff.); OVG Mstr., Bs. v.