

Die Veröffentlichung des Werkes

„Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen“
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Hegel · Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen

Die Unterbringung Obdachloser
in privaten Räumen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Referendar Hermann Hegel aus Hamm/Westf.

CC 653



1. Berichterstatter: Professor Dr. Wolff
 2. Berichterstatter: Professor Dr. Scupin
 Dekan: Professor Dr. Dr. Lukes
 Tag der mündlichen Prüfung: 19. Mai 1962

Druck: W. Kohlhammer, Stuttgart 1963

Vorwort

Welche Bedeutung dem Recht der Obdachlosenunterbringung auch in Zeiten vermeintlichen allgemeinen Wohlstandes zukommt, deutet das in kurzen Abständen erfolgte Erscheinen zweier Bücher an, die sich mit Fragen des Obdachlosenrechts beschäftigen (*Glaser*, Rechtsprechung zur Mietvollstreckung und Obdachloseneinweisung, Neuwied 1961; v. *Eyll-Kipar*, Kleiner Leitfaden durch das Ordnungsamt, Band 3: Obdachlosenaufsicht, Essen 1962). Beide Schriften vermitteln einen gelungenen Überblick über die in Fragen der Obdachlosenunterbringung bekannt gewordene Rechtsprechung.

Die folgende Abhandlung hat sich weniger eine Orientierung des Lesers zum Ziel gesetzt, sondern ist hauptsächlich darum bemüht, Schwierigkeiten und Probleme aufzuzeigen und zu erörtern, die sich von wissenschaftlich-kritischer Betrachtungsweise aus bei der Behandlung obdachlosenrechtlicher Fragen ergeben.

Die Abhandlung basiert auf einer Dissertation, die der Verfasser im Sommer 1961 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster/Westf. vorgelegt hat. Die Dissertation ist zwischenzeitlich auf neuesten Stand gebracht worden. Schrifttum und Rechtsprechung sind, soweit veröffentlicht, bis Anfang des Jahres 1963 berücksichtigt worden; lediglich einigen durch das Bundessozialhilfegesetz bedingten terminologischen Veränderungen ist bei der Überarbeitung nicht mehr Rechnung getragen worden.

Herrn Prof. Dr. *Hans J. Wolff* bin ich für die wohlwollende und großzügige Förderung meiner Arbeit, nicht zuletzt für die Anregung zur Veröffentlichung in der Schriftenreihe der Westfälischen Verwaltungsakademien, zu tiefem Dank verpflichtet. Statistisches Material für diese Abhandlung verdanke ich dem Deutschen Städtetag sowie dem Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen. Mein Dank gilt schließlich den Herausgebern der Schriftenreihe für das große Entgegenkommen bei der Übernahme der Drucklegung.

Paderborn, Ende Januar 1963

Hermann Hegel

Inhalt

Schriftumsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	14
Einleitung	17

ERSTES KAPITEL

Die Obdachlosigkeit und die an der Bewältigung des Obdachlosenproblems beteiligten Behörden

§ 1 Überlegungen zum „Begriff“ des Obdachlosen und der Obdachlosigkeit	19
§ 2 Überblick über die Mitwirkung der Wohnungs-, der Fürsorge- und der Ordnungsbehörde bei der Bewältigung des Obdachlosenproblems	21
I. Zur Mitwirkung der Wohnungsbehörde	21
II. Zur Mitwirkung der Fürsorgebehörde	24
III. Zur Mitwirkung der Ordnungsbehörde	26

ZWEITES KAPITEL

§ 3 Die Rechtsstellung des noch nicht untergebrachten Obdachlosen gegenüber der Ordnungsbehörde	30
I. Zur Problematik	30
II. Zur Stellung der einzelnen Zivilperson innerhalb des Polizei- und Ordnungsrechts im allgemeinen	30
III. Die Stellung des Obdachlosen nach dem Ordnungsrecht	37

DRITTES KAPITEL

Die Privatinspruchnahme als Fremdeinweisung: Inhalt und Rechtsbeziehungen

§ 4 Die Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde und Eigentümer	41
I. Zur Beschlagnahmewirkung der Inanspruchnahmeverfügung	41
II. Zur Verpflichtung der Ordnungsbehörde zur Wahrung der Interessen des Eigentümers	42
III. Zum finanziellen Ausgleich der Vermögensnachteile des Eigentümers	44
§ 5 Die Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde und eingewiesenem Obdachlosen	47
I. Zur Rechtsstellung des eingewiesenen Obdachlosen im Hinblick auf Widerruf und „Qualität“ der Unterbringung	48
II. Zur Weisungsgebundenheit des eingewiesenen Obdachlosen gegenüber der Ordnungsbehörde	54
III. Der Regreßanspruch der Ordnungsbehörde gegen den eingewiesenen Obdachlosen	55
§ 6 Die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und eingewiesenem Obdachlosen	64
§ 7 Zu den Besitzverhältnissen während der Fremdeinweisung und anderen damit zusammenhängenden Fragen	64
I. Rückblick und Einführung	64

II. Die Besitzverhältnisse an den durch die Ordnungsbehörde beschlagnahmten Privaträumen	65
III. Folgerungen aus der Besitzerstellung des Eingewiesenen für die Frage des Rechts zum Besitz und des Hausrechts	70

VIERTES KAPITEL

Die Privatinspruchnahme als Fremdeinweisung (Fortsetzung): Ende der Inanspruchnahme und Folgenbeseitigung

§ 8 Die Rechtslage nach Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung	74
I. Die Frage der Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtsbeziehungen	74
II. Einzelne Folgen des Wegfalls der Inanspruchnahmeverfügung	75
III. Zur Abwicklung der Rechtsbeziehungen	78
§ 9 Die Verpflichtung der Ordnungsbehörde zur Freimachung der beschlagnahmten Räume	80
I. Rückblick	80
II. Zur Lehre von der Folgenbeseitigungspflicht	81
III. Das Rechtsinstitut der Folgenbeseitigungspflicht im Ordnungsrecht	89
§ 10 Der verfahrensrechtliche Charakter der Freimachungsklage	90
I. Situation des Eigentümers im Augenblick der Klageerhebung	90
II. Das Freimachungsbegehren nach Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung	90
III. Das Freimachungsbegehren vor Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung	103
§ 11 Die Vollstreckbarkeit des einer Freimachungsklage stattgebenden Urteils	104

FÜNFTES KAPITEL

Die Privatinspruchnahme als Wiedereinweisung

§ 12 Das Verhältnis zwischen Räumungsurteil und Wiedereinweisung	108
I. Allgemeines	108
II. Begriffliche Erörterungen	108
III. Die Wiedereinweisung unter dem Gesichtspunkt der Urteilstwirkungen des Räumungsurteils und als Ausdruck eines Rangverhältnisses	112
§ 13 Zeitpunkt und Verfahren der Wiedereinweisung	116
§ 14 Wiedereinweisungsverfahren und Mitteilungsverfahren gemäß § 31 III WBG	117
§ 15 Inhalt und Wirkung der Wiedereinweisung	122
I. Die Problemstellung, insbesondere die Rechtslage vor der vorzeitigen Wiedereinweisung	122
II. Die Rechtslage nach erfolgter vorzeitiger Wiedereinweisung	124
III. Ergebnis	128
§ 16 Das Problem der Vollstreckbarkeit des früheren Räumungsurteils nach Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung	128
I. Allgemeines	128
II. Wiedereinweisung nach Vollstreckung des Räumungsurteils und spätere Zwangsräumung	130
III. Vorzeitige Wiedereinweisung und spätere Zwangsräumung	130

IV. Wiedereinweisung nach und vor einer symbolischen Räumung und spätere Zwangsräumung	133
V. Ergebnis	137
§ 17 Zum Bestehen der Freimachungspflicht im Falle der Wiedereinweisung	138
I. Problemstellung und gegenwärtiger Stand der Meinungen	138
II. Bejahung einer Freimachungspflicht auch im Falle der Wiedereinweisung	139
§ 18 Die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für die Freimachungsklage	142
I. Problemstellung und gegenwärtiger Stand der Meinungen	142
II. Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Freimachungsklage ...	144
Schluß: Ergebnisse	147

Verzeichnis des wichtigsten benutzten Schrifttums*

- Altmeier, J., de Clerck, Hans*, Das Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz, 2. Auflage 1956, Siegburg.
- Baath, P. A.*, Verordnung über die Fürsorgepflicht, 10. Auflage 1935, Berlin.
- Bachof, Otto*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, Tübingen (zit.: Bachof).
- Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für *Jellinek, W.*, 287 ff. (zit.: *Bachof*, Gedächtnisschrift).
- Anmerkungen zu BVerwG, DVBl. 1961, 128 ff.
- Bauer, Hellmuth*, Räumungspflicht der Obdachlosenbehörde nach Ablauf der Beschlagnahmefrist, WM 1962, 133 ff.
- Baumbach, Adolf*, Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen, weitergeführt von *Lauterbach, Wolfgang*, 27. Auflage 1963, München, Berlin (zit.: *Baumbach*).
- Baur, Fritz*, Die Bindung an Entscheidungen, 1940, Tübingen (zit.: *Baur*).
- Lehrbuch des Sachenrechts, 1960, München, Berlin (zit.: *Baur*, Sachenrecht).
- Bender, Bernd*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1956, Freiburg.
- Benner, Jürgen*, Die Besitzverhältnisse bei der Wohnungsbeschlagnahme, StT 1958, 4 ff.
- Bettermann, Karl August*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948, Hamburg (zit.: *Bettermann*, Vollstreckung).
- Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, 528 ff.
- Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wiedereinweisung des Räumungsschuldners?, MDR 1957, 130 ff.
- Blomeyer-Bartenstein, Horst*, u. A. (unter der Leitung von *Kaufmann, Erich*), Der polizeiliche Eingriff in Pflichten und Rechte, 1951, Frankfurt (zit.: *Blomeyer-Bartenstein*).
- Blume, Otto*, Die Obdachlosen in Köln, eine sozialstrukturelle Untersuchung, 1960, Göttingen.
- Böhrenz*, Welche Rechtsnatur hat die Einweisung eines Obdachlosen in eine Notunterkunft?, ZMR 1961, 157 ff.
- Bonner Kommentar, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattausgabe, 1950, herausgegeben von *Dennewitz, B.*
- Bühler, Ottmar*, Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, Gedächtnisschrift für *Jellinek, W.*, 269 ff. (zit.: *Bühler*, Gedächtnisschrift).
- Collasius, Hans-Jürgen*, Die Ausfüllung von Lücken im Normensystem des Verwaltungsrechts durch Rückgriff auf Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, jur. Diss. Hamburg 1958.
- Coupienne, Heinrich*, Der Einfluß des Zivilrechts auf das Delikt des Hausfriedensbruchs, jur. Diss. Heidelberg 1926.
- Dilcher, Hermann*, Obdachlosenpolizei contra Räumungsmittel, NJW 1955, 1623 ff.
- Drews, Bill, Lassar, Gerhard*, Allgemeine und politische Polizei, in *v. Brauchitsch, M.*, Verwaltungsgesetze für Preußen, Band II, 1. Halbband, 1932, Berlin (zit.: *Drews-Lassar*).
- Drews, Bill, Wacke, Gerhard*, Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage 1961, Berlin, Köln.
- Dürig, Günter*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift für *Nawiasky, Hans*, 1956, München, 157 ff. (zit.: *Dürig*, Festschrift).
- Eichler, Hermann*, Institutionen des Sachenrechts, 2. Band, 1. Halbband, 1957, Berlin.
- Enneccerus, Ludwig, Lehmann, Heinrich*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Schuldrecht), 14. Auflage 1958, Tübingen.
- Erman, Walter*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage 1962, Münster.

* Die in Zeitschriften erschienenen Aufsätze sind zum größten Teil nur in den entsprechenden Fußnoten dieser Abhandlung aufgeführt.

Erning, Adolf, Der Widerruf mangelhafter begünstigender Verwaltungsakte, jur. Diss. Münster 1959.

Eyermann, Erich, Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen, Württemberg-Baden, Kommentar, 2. Auflage 1954, München, Berlin (zit.: *Eyermann-Fröhler*, VGG).

Eyermann, Erich, Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München: 1. Auflage 1960 (zit.: *Eyermann-Fröhler*, 1. Auflage); 3. Auflage 1962 (zit.: *Eyermann-Fröhler*).

v. Eyll, Theo, Kipar, Willi, Obdachlosenaufsicht, Band 3 der Reihe „Kleiner Leitfaden durch das Ordnungsamt“, 1962, Essen.

Fellner, Michael, Fischer Hans, Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, 3. Auflage 1956, München, Berlin.

Fleischmann, W., Jäger, H., Jehle, Otto, Die öffentliche Fürsorge, 4. Auflage 1939, München, Berlin (zit.: *Fleischmann-Jäger*).

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, München, Berlin: 7. Auflage 1959 (zit.: *Forsthoff*, 7. Auflage); 8. Auflage 1961 (zit.: *Forsthoff*).

Frank, Peter, Das Nichtseßhaften-Problem unserer Zeit und die Neuorientierung des Fürsorgerechts, in „Es geht“ (Veröffentlichung der BAG für Nichtseßhaftenfürsorge 1958), 4 ff. (zit.: *Frank*, Nichtseßhaftenfürsorge).

Franzen, Wilhelm, Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Band 1, 1932, Greifswald.

Friedrichs, Karl, Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 (2. Auflage des Kommentars zum PVG vom 11. 3. 1850), 1932, Berlin.

Giese, Friedrich, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1952, Tübingen.

Giese, Friedrich, Newwies, Erhard, Cabn, Ernst, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, Berlin, Wien.

Glaser, Hugo, Rechtsprechung zur Mietvollstreckung und Obdachloseneinweisung, 1961, Neuwied (zit.: *Glaser*).

Glaser, Hugo, Dröschel, Wilhelm, Das Nachbarrecht in der Praxis, 1961, Herne (zit.: *Glaser-Dröschel*).

Goldschmidt, James, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, 1910, München.

Groothold, Wilhelm, Anmerkungen zu OVG Lüneburg, ZMR 1955, 184 f.

Haas, Diether, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, Karlsruhe.

Hamann, Andreas, Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1960, Berlin, Neuwied, Darmstadt.

Hans, Heinrich, Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, 2. Auflage 1958, Münster.

Hatschek, Julius, Kurtzig, Paul, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 8. Auflage 1931, Leipzig.

Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts, 1930, Tübingen.

Hellwig, Konrad, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, 1912, Leipzig.

Hölder, Eduard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band, 1. Halbband, 1919, München.

Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, 2. Auflage 1954, Tübingen.

Hufnagl, Franz, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, 1950, Berlin, München.

Jehle, Otto, Fürsorgerecht, 3. Auflage 1958, München.

Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1948, Offenburg.

Jerusalem, Franz, Grundriß des Verwaltungsrechts, 1947, Frankfurt.

Jesch, Dietrich, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, 1955, Tübingen (zit.: *Jesch*).

Kayser, Alfred, Leiß, Ludwig, Die Amtshaftung, 2. Auflage 1958, München, Berlin.

Keese, Heinz, Sozialhilferecht, 1961, Hannover.

Kiefersauer, Fritz, Glaser, Hugo, Grundstücksrente, neu bearbeitet von *Brumby, Gustav*, 9. Auflage 1962, Berlin (zit.: *Kiefersauer-Glaser*).

Kisch, Wilhelm, Beiträge zur Urteilslehre, 1903, Leipzig.

Klinger, Hans, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Auflage 1954, Göttingen (zit.: *Klinger*, MRVO).

— Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 1960, Göttingen (zit.: *Klinger*).

Knoll, Ernst, Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind; Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Band 1, 1. Halbband, 85 ff.

Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung mit Erläuterungen, 1960, Berlin, Frankfurt.

v. Köhler, Ludwig, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, 2. unveränderter Neudruck, 1936, Stuttgart, Berlin.

Kohlrausch, Eduard, Lange, Richard, Strafgesetzbuch, Kommentar, 43. Auflage 1961, Berlin.

Krüger, H., Breetzke, Erich, Nowack, Kuno, Gleichberechtigungsgesetz, 1958, München, Berlin (zit.: *Krüger-Breetzke*).

Kuttner, Georg, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914, München.

Lassally, Oswald, Deutsches Lärmbekämpfungsrecht, 2. Auflage 1961, München.

Leipziger Kommentar, Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von *Ebermayer, L.*, herausgegeben von *Nagler, J., Jagusch, H., Mezger, E.*, 8. Auflage 1957, Berlin.

Less, Rechtsfolgen der Wiedereinweisung von Räumungsschuldern, ZMR 1957, 221 ff.

v. Mangoldt, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, fortgeführt von *Klein, Friedrich*, Band I, 2. Auflage 1957, Berlin, Frankfurt (zit.: *v. Mangoldt-Klein*).

Martens, Wolfgang, Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, JuS 1962, 245 ff.

Maunz, Theodor, Dürig, Günter, Kommentar zum Grundgesetz, 1958, München, Berlin.

Maurach, Reinhard, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage 1959, Karlsruhe.

Mayer, Franz, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht, 1958, München.

Menger, Christian Friedrich, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, Tübingen (zit.: *Menger*).

— Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, Gedächtnisschrift für *Jellinek, W.*, 347 ff. (zit.: *Menger*, Gedächtnisschrift).

— Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Bettermann, K. A., Nipperdey, H. C., Scheuner, U.*, Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, 1959, Berlin (zit.: *Menger*, Grundrechte).

Müller-Heidelberg, K., Claus, H. W., Das niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2. Auflage 1956, Hannover (zit.: *Müller-Heidelberg*).

Nipperdey, Hans Carl, Die Würde des Menschen, in *Neumann, F., Nipperdey, H. C., Scheuner, U.*, Die Grundrechte, 2. Band, 1954 Berlin (zit.: *Nipperdey*, Grundrechte).

Noack, Erwin, Das Bundessozialhilfegesetz, DVBl. 1962, 359 ff.

Noack, Wilhelm, Die Vollstreckungspraxis, 2. Auflage 1957, Hannover.

Opp, Das Nichtseßhaftenproblem im Rahmen der öffentlichen Fürsorge, in: Woher? Wohin? (Veröffentlichung der BAG für Nichtseßhaftenfürsorge 1957), 7 ff. (zit.: *Opp*, Nichtseßhaftenfürsorge).

Palandt, Otto, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 22. Auflage 1963, München, Berlin.

Planck, Gottlieb, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band, 1. Halbband, 4. Auflage 1920, Berlin, Leipzig.

Platz, Karlheinz, Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Urteile, jur. Diss. Mainz 1959.

Pohlmann, Die polizeiliche Inanspruchnahme nach dem WBG, ZMR 1954, 324 f. ✓

Redeker, Konrad, v. Oertzen, Hans Joachim, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 1960, Münster.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin: 9. Auflage, Band 2 1939 (zit.: RGRK, 9. Auflage); 11. Auflage, Bände I 2 1960 und III 1 1959 (zit.: RGRK).

Rietdorf, Fritz, Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden, Kommentar, 1957, Stuttgart, München, Hannover.

Roquette, Hermann, Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, 1953, Tübingen (zit.: *Roquette*, WBG).

— Mietrecht, 5. Auflage 1961, Tübingen (zit.: *Roquette*, Mietrecht).

Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 9. Auflage 1961, München, Berlin.

Ruth, Rudolf, Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, 1926, Mannheim, Berlin, Leipzig.

Scheer, Bernhard, Trubel, Hans, Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz, 6. Auflage 1961, Hamburg.

Scheerbarth, Walter, Das allgemeine Bauordnungsrecht, 1962 Köln.

Schiedermayr, Rudolf, Einführung in das Bayerische Polizeirecht, 1961, München, Berlin.

Schlusnus, Karl, Der Anspruch auf Beseitigung der Folgen aus fehlerhaften Verwaltungsakten, jur. Diss. München 1953.

Schönke, Adolf, Das Rechtsschutzbedürfnis, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 17, 1950, Detmold, Frankfurt, Berlin (zit.: *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis).

Schönke, Adolf, Schröder, Horst, Das Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von *Schönke, A.*, fortgeführt von *Schröder, H.*, 10. Auflage 1961, München, Berlin (zit.: *Schönke, Schröder*).

Schröder-Kay, J. H., Das Kostenwesen der Gerichtsvollzieher, bearbeitet von *Hemme, W.* und *v. Oehsen, H.*, 4. Auflage 1959, Hannover, Berlin, Bonn (zit.: *Schröder-Kay*).

Schunck, Egon, de Clerck, Hans, Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 1952, Siegburg, St. Goar (zit.: *Schunck-de Clerck*, rhpf. VGG).

— Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar 1961, Siegburg (zit.: *Schunck-de Clerck*).

Scupin Hans-Ulrich, Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von *Peters, Hans*, Band II, 1957, Berlin, Göttingen, Heidelberg (zit.: *Scupin*, Handbuch).

Seibt, Ist in Nordrhein-Westfalen die „Einweisung“ eines Obdachlosen ein begünstigender oder ein belastender Verwaltungsakt?, ZMR 1961, 286 ff.

Senger, Richard, Kurzman, Hugo, Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz, 1957, Köln.

Siehoff, Heinz, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch im Verwaltungsrecht, jur. Diss. Würzburg 1960.

Sieverts, Rudolf, Inwieweit sind die bisherigen Bestimmungen des StGB für gemeinlästige Nichtseßhafte von der Fürsorge her gesehen entbehrlich oder reformbedürftig?, in „Es geht“ (Veröffentlichung der BAG für Nichtseßhaftenfürsorge 1958) 77 ff., (zit.: *Sieverts*, Nichtseßhaftenfürsorge).

Soergel, Theodor, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Stuttgart: 8. Auflage, Band II 1952 (zit.: *Soergel*, 8. Auflage); 9. Auflage, neu begonnen von *Siebert, W.*, Bände I 1959 und III 1961 (zit.: *Soergel*).

v. Staudinger, J., Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage, Berlin: Bände II 2 (1955), III 1 (1956) und II 1 b (1961).

Steigenthal, Georg, Die gemeinlästigen Leute – Asoziale, Sozialschwierige, Gefährdete – Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 55, 1 ff. (zit.: *Steigenthal*, Monatsschrift).

Stein, Friedrich, Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, herausgegeben von *Stein, Fr.*, und *Jonas, M.*, bearbeitet von *Schönke, A.*, fortgeführt von *Poble, Rudolf*, 18. Auflage 1953 mit Nachträgen, Tübingen (zit.: *Stein-Jonas*).

Stree, Walter, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, Tübingen.

Strickstock, Zum „begünstigenden“ Verwaltungsakt, Festschrift für *Apelt*, München, Berlin, 1958 (zit.: *Strickstock*, Festschrift).

Surén, Friedrich-Karl, Gemeindeabgabenrecht, 1. Auflage 1950.

v. Twegg, Kurt Egon, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, neu bearbeitet von *Kraus, Erwin*, 4. Auflage 1962, Berlin (zit.: *v. Twegg*).

Ule, Carl Hermann, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *v. Brauchitsch, M.*, neu herausgegeben von *Ule*, Köln, Berlin: 1. Auflage 1960 (zit.: *Ule*, 1. Auflage); 2. Auflage 1962 (zit.: *Ule*).

Westermann, Harry, Sachenrecht, 4. Auflage 1960, Karlsruhe.

Wieczorek, Bernhard, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band IV, Teil 1, 1958, Berlin.

Wiethaupt, H., Die Lärmbekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland, 1961, Köln, Berlin, München, Bonn.

Wintrich, Josef, Zur Problematik der Grundrechte, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes NRW, Geisteswissenschaften, Heft 71, 1957, Köln, Opladen, 5 ff. (zit.: *Wintrich*, Arbeitsgemeinschaft).

Wolff, Hans J., Der Abwendungsanspruch, Festschrift der westfälischen Verwaltungsakademie 1950, 119 ff. (zit.: *Hans J. Wolff*, Abwendungsanspruch).

— Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Gedächtnisschrift für *Jellinek, W.*, 33 ff. (zit.: *Hans J. Wolff*, Gedächtnisschrift).

— Verwaltungsrecht, Band I, München, Berlin: 1. Auflage 1956 (zit.: *Hans J. Wolff*, 1. Auflage); 4. Auflage 1961 (zit.: *Hans J. Wolff*).

Wolff, Martin, Raiser, Ludwig, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Sachenrecht), 10. Auflage 1957, Tübingen.

Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 9. Auflage 1958, München.

Abkürzungsverzeichnis*

AbbauG	Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. 6. 1960 (<i>Schönf.</i> 27)
ABl. MilReg.	Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, britisches Kontrollgebiet
AcP	Archiv für civilistische Praxis (zit. nach Band und Seite)
AG VwGO	Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung im Lande NRW vom 26. 3. 1960 (GVBl. 47)
AMVO	Verordnung über den Mietpreis für den bis zum 31. 12. 1949 bezugsfähig gewordenen Wohnraum vom 23. 7. 1958 (<i>Schönf.</i> 30 b)
AöR	Archiv für öffentliches Recht (zit. nach Band und Seite)
AS	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des gleichzeitig genannten Gerichts
BAG	Bundesarbeitsgemeinschaft (für Nichtseßhaftenfürsorge)
BayerVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946 (<i>Ziegler</i> 132)
BLG	Bundesleistungsgesetz i. d. F. vom 27. 9. 1961 (<i>Sart.</i> 665)
BMG (1., 2.)	1. Bundesmietengesetz vom 27. 7. 1955 (<i>Schönf.</i> 29) und 2. vom 23. 6. 1960 (<i>Schönf.</i> 30)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. 8. 1959 (<i>Schönf.</i> 98)
Bonn. Komm.	Kommentar zum Bonner Grundgesetz
BSHG	Bundessozialhilfegesetz vom 30. 6. 1961 (<i>Sart.</i> 410)
Bundestagsdr.	Bundestagsdrucksache
BVwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952 (BGBl. I 625), aufgehoben durch § 195 II VwGO
BVwZG	Verwaltungszustellungsgesetz vom 3. 7. 1952 (<i>Sart.</i> 106)
DöD	Der öffentliche Dienst (seit 1947, ab 1950 in Ausgaben A und B)
DRZ	Deutsche Rechtszeitung
DV	Deutsche Verwaltung
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
E AbbauG	Entwurf eines Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Mietrecht (Bundestagsdr. III/1234)
E bayOUG	Entwurf eines Gesetzes über die Inanspruchnahme von Räumen zur Unterbringung Obdachloser (Bayer. Landtag, 4. Wahlperiode, Beilage 231)
E HCh.	Entwurf des im August 1948 in Herrenchiemsee tagenden sog. Verfassungskonvents
E StGB	Entwurf eines Strafgesetzbuches (Bundestagsdr. III/2990)
E VwGO	Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (Bundestagsdr. III/55)
FPfVO	Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924 (RGBl. I 100), aufgehoben durch § 153 II BSHG
Gedächtnisschrift	Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für <i>W. Jellinek</i> , München, 1955
GemO	Gemeindeordnung für das Land NRW i. d. F. vom 28. 10. 1952 (<i>Hippel-Rehborn</i> 20)
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher i. d. F. vom 23. 6. 1958, JMBl. NRW 158
GVKostG	Gesetz über Kosten der Gerichtsvollzieher vom 26. 7. 1957 (<i>Schönf.</i> 123)

* Soweit bei Zeitschriften nähere Angaben fehlen, werden sie im folgenden stets nach Jahrgang und Seite zitiert.

hessPolG	Polizeigesetz vom 10. 11. 1954 (<i>Schneider</i> 61)
<i>Hippel-Rehborn</i>	Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen, Textsammlung von <i>Ernst v. Hippel</i> und <i>Helmut Rehborn</i> , München, Berlin
HuW	Haus und Wirtschaft
Inansprvfg.	Inanspruchnahmeverfügung
JMBl.	Justizministerialblatt
JuS	Juristische Schulung
KKZ	Kommunalkassen-Zeitung
KStZ	Kommunale Steuerzeitung
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von <i>Fritz Lindenmaier</i> und <i>Philipp Möhring</i>
LZG	Verwaltungszustellungsgesetz für das Land NRW vom 23. 7. 1957 (<i>Hippel-Rehborn</i> 72)
MfV	Minister für Volkswohlfahrt
MinBl.	Ministerialblatt
MRVO	Verordnung Nr. 165 der Militärregierung - Britisches Kontrollgebiet - über Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (ABl. MilReg. 1948, 799), aufgehoben durch § 195 II VwGO
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
ndsSOG	(niedersächsisches) Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. 3. 1951 (<i>Schneider</i> 70)
OBG	Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden vom 16. 10. 1956 (<i>Hippel-Rehborn</i> 55)
OLG Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Entscheidungssammlung (zit. nach Band und Seite)
POG	Gesetz über die Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Lande NRW vom 11. 8. 1953 (<i>Hippel-Rehborn</i> 48)
Polizei	Zeitschrift „Die Polizei“
prKAG	Kommunalabgabengesetz vom 14. 7. 1893 (<i>Weber</i> 11)
PrMBliV	Ministerialblatt für die Preussische innere Verwaltung
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz von NRW in der Neufassung des pr. Polizeiverwaltungsgesetzes vom 27. 11. 1953 (<i>Hippel-Rehborn</i> 50)
RegBl.	Regierungsblatt
RGr.	Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge i. d. F. vom 1. 8. 1931 (RGBl. I 765), aufgehoben durch § 153 II BSHG
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
rhpPVG	Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz vom 26. 3. 1954 (GVBl. 31)
RiA	Das Recht im Amt
RLG	Gesetz über Sachleistungen für Reichsaufgaben vom 1. 9. 1939 (RGBl. I 1645), aufgehoben durch § 87 BLG
RSw II	Recht - Staat - Wirtschaft, Band II, Stuttgart, Köln, 1950
RVO	Reichsversicherungsordnung von 1911 i. d. F. vom 15. 12. 1924 (RGBl. I 77)
<i>Sart.</i>	Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Das öffentliche Recht der Bundesrepublik Deutschland. Begründet von <i>Carl Sartorius</i> , München, Berlin
<i>Schneider</i>	Polizeirecht, Rechtsvorschriften über das Polizeiwesen in Bund und Ländern, 13. Auflage 1957, München, Berlin
<i>Schönf.</i>	Deutsche Gesetze. Sammlung des „Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts“. Begründet von <i>Heinrich Schönfelder</i> , München, Berlin

Steffens	Die Rspr. des OVG Münster zum OBG, Entscheidungssammlung, herausgegeben von Steffens (zit. nach Heft und Seite)
Stkverw.	Staats- und Kommunalverwaltung
StT	Der Städtetag
Stusev.	Staats- und Selbstverwaltung
Sverw.	Selbstverwaltung
Tbc-Hilfe-G	Gesetz über die Tuberkulosehilfe vom 23. 7. 1959 (BGBl. I 513), aufgehoben durch § 153 II BSHG
Tbc-Hilfe-VO	Verordnung über Tuberkulosehilfe vom 8. 9. 1942 (RGBl. I 549), aufgehoben durch Tbc-HilfeG
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungs-Rechtsprechung, Entscheidungssammlung
VGG	bay. Verwaltungsgerichtsgesetz vom 29. 9. 1946 (GVBl. 281), hess. vom 15. 11. 1946 (GBl. 194), württbad. vom 16. 10. 1946 (RegBl. 221), aufgehoben durch § 195 II VwGO
VGG Berlin	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 8. 1. 1951 (VOBl. I 46), aufgehoben durch § 195 II VwGO
VGG Rhld-Pfalz	Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz vom 14. 4. 1950 (GVBl. I 103), aufgehoben durch § 195 II VwGO
Vorbem.	Vorbemerkungen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (zit. nach Heft und Seite)
VVO zum OBG	Verwaltungsverordnung zum Ordnungsbehördengesetz vom 1. 12. 1956 (MinBl. NRW 2341)
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land NRW vom 23. 7. 1957 (<i>Hippel-Rehborn</i> 73)
Warn. Rspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von <i>Otto Warneyer</i> , Leipzig
WBG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz i. d. F. vom 23. 6. 1960 (<i>Schönf.</i> 28)
Weber	Verwaltungsgesetze der ehemals pr. Gebiete. Herausgegeben von <i>Werner Weber</i> , München, Berlin
WG	Wohnungsgesetz, Gesetz Nr. 18 der Alliierten Kontrollbehörde vom 8. 3. 1948
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
württbad. PolG	Polizeigesetz vom 21. 11. 1955 (<i>Schneider</i> 30)
Z. d. Bern. Jur. vereins	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (zit. nach Band u. Seite)
Ziegler	Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Sammlung bayerischer Gesetze und Verordnungen, herausgegeben von <i>Georg Ziegler</i> und <i>Paul Tremel</i> , München
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung i. d. F. vom 20. 5. 1898 (<i>Schönf.</i> 108)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht (zit. nach Band und Seite)

Einleitung

Die vorliegende Abhandlung beschäftigt sich mit einem Thema, das aus einem großen und umfassenden Fragenkomplex, den man mit „Steuerung und Bewältigung des Obdachlosenproblems durch die öffentliche Gewalt“ überschreiben könnte, nur einen *Teilausschnitt* herausgreift. Dieser in der Arbeit behandelte Teilausschnitt ist gegenüber dem Gesamtproblembereich durch folgende Einschränkungen gekennzeichnet.

Einmal: die vorliegende Erörterung befaßt sich lediglich mit *rechtlichen* Fragen jenes Gesamtkomplexes, läßt dagegen dessen soziologisch-strukturelle¹, wohnungsbau- und finanzpolitische Seite außer Betracht.

Ferner: die vorliegende Arbeit beschäftigt sich eingehend nur mit der Mitwirkung der Organe von Gemeinden und Gemeindeverbänden als *Ordnungsbehörden* auf dem Gebiete der Obdachlosenunterbringung, dagegen nicht mit den Leistungen, die die Gemeinden und Gemeindeverbände als Wohnungs- und Fürsorgebehörden auf diesem Gebiete erbringen.

Schließlich: die vorliegende Arbeit erörtert lediglich Maßnahmen der Obdachlosenunterbringung im Wege der Inanspruchnahme von *Privaträumen*, behandelt dagegen nicht die Unterbringung in Obdachlosenasylen und sonstigen gemeindeeigenen Wohngebäuden.

Überblickt man die Fülle der gerichtlichen Entscheidungen und Beiträge im Schrifttum zur Obdachlosenunterbringung in Privaträumen, ist man geneigt anzunehmen, dieser Fragenkreis habe bereits hinlänglich erschöpfende Erörterung erfahren. Dieser erste Eindruck ist trügerisch. Zwar hat die Rspr., die sich seit gut fünf Jahrzehnten mit Fragen der Obdachlosenunterbringung in beschlagnahmten Privaträumen zu befassen hat, inzwischen zu heute nicht mehr umstrittenen Erkenntnissen und Ergebnissen geführt. Dennoch ist es erstaunlich, wieviele Einzelfragen aus dem Sachbereich der Obdachlosenunterbringung in Privaträumen in ihrer rechtlichen Problematik nicht erkannt oder zumindest nicht erschöpfend erörtert werden – selbst wenn sie in unmittelbarem oder doch sehr engem Zusammenhang mit andern Rechtsfragen stehen. Das mögen einige Beispiele, die sich ohne weiteres vermehren ließen, verdeutlichen.

So ist die Frage, ob der Obdachlose einen Anspruch darauf hat, daß die Ordnungsbehörde ihm bestimmte, seinen Wünschen entsprechende Räume als Obdach überlasse, in Rspr. und Schrifttum des öfteren behandelt worden². Die andere –

¹ Soziologische Erörterungen über den von den *Ordnungsbehörden* untergebrachten Personenkreis finden sich bei *Stralau StT* 1957, 243 ff. (244), *Brügelmann StT* 1959, 21 ff. und vor allem in der Abhandlung von *Blume*.

Die wichtigste Gruppe unter dem von den Ordnungsbehörden zu betreuenden Personenkreis bilden die in gerichtlichen Mietprozessen verurteilten Räumungsschuldner: sie machen nach dem – bislang unveröffentlichten – Zahlenmaterial des Deutschen Städtetages (Stichtag 1. 2. 1959) und des Innenministers des Landes NRW (Stichtag 1. 6. 1961, Az.: III B 2 – 9/310 – 5225/62) etwa 67 % aus; abweichend *Blume* 22, 24, 30 (höchstens 30 %) mit weiteren Zahlenangaben daselbst.

² Vgl. statt mehrerer OVG Lüneburg *ZMR* 1958, 102.

systematisch eigentlich vorher zu behandelnde – Frage, ob der Obdachlose eine Rechtsstellung einnimmt, auf Grund deren er wenigstens verlangen könne, daß sich die Behörde überhaupt seiner annehme, wird dagegen so gut wie gar nicht erörtert.

Zu der Frage, auf wie lange Zeit die Ordnungsbehörde einen Eigentümer in Anspruch nehmen darf, hat die Rspr. in einer heute kaum noch zu überblickenden Anzahl von Entscheidungen Stellung genommen³. Die naheliegende Frage, ob die Ordnungsbehörde eine abgelaufene Inanspruchn. konkludent verlängere, wenn sie den Eingewiesenen nicht sogleich umquartiert, und ob sie auf diese Weise die Rechtsbeziehungen in der bisherigen Form aufrechterhalte, wird dagegen nirgends behandelt.

Die Frage, ob der Eigentümer im Falle der Wiedereinweisung eines Räumungsschuldners nach Wegfall der Inanspruchn. sein früher erstrittenes Räumungsurteil vollstrecken lassen kann, anstatt die Ordnungsbehörde um Entfernung des Eingewiesenen zu ersuchen, ist mehrfach erörtert worden. Dagegen ist die sich aufdrängende Frage, ob der Räumungsschuldner – falls man die Vollstreckbarkeit des Räumungsurteils bejaht – dann auch erneut beim ordentlichen (Vollstreckungs-)Gericht um Vollstreckungsschutz nachsuchen kann, so gut wie gar nicht aufgeworfen worden.

Diese Beispiele verdeutlichen zur Genüge, daß auch in dem gemeinhin als rechtlich unergiebig und gefestigt geltenden Sachgebiet der ordnungsrechtlichen Obdachlosenunterbringung eine Vielzahl von Einzelfragen – sei es aus rechtstheoretischen Gründen, sei es im Interesse der Praxis – näherer Behandlung wert sind. Die Aufgabe, solchen noch nicht hinreichend geklärten Einzelfragen nachzugehen, hat sich diese Abhandlung gestellt.

Die folgende Abhandlung richtet sich, soweit sie auf Landesrecht Bezug nimmt, nach den Gesetzen des Landes NRW; da in diesem Zusammenhang vor allem das Ordnungsrecht eine Rolle spielt, knüpft sie daher an das nordrhein-westfälische Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden vom 16. Oktober 1956 an. Gleichwohl wird man die Ergebnisse dieser Abhandlung ohne weiteres auch für andere Bundesländer verwerten dürfen, weil dort gewöhnlich ähnliche ordnungsrechtliche Regelungen bestehen. Eine gewisse Zurückhaltung bei dieser Verwertung ist lediglich im Hinblick auf das vielfach anders strukturierte Polizei- und Ordnungsrecht der süddeutschen Länder, insbesondere Bayerns am Platze, das gerade auf dem Gebiete des Obdachlosenwesens eigene Wege geht⁴.

³ Auf diese noch jüngst vom BGH (NJW 1961, 1358 f.) erörterte Frage wird im folgenden nicht näher eingegangen. Einzelheiten darüber bei v. Eyll-Kipar 63 ff.

⁴ Vgl. E bayOUG samt Abänderungsvorschlägen (Bayer. Landtag, 4. Wahlperiode, Beilage 231 mit Sonderdrucken); zur neuesten Rechtslage vgl. Wilhelm, Bayr. VBl. 1962, 16 ff.

ERSTES KAPITEL

Die Obdachlosigkeit und die an der Bewältigung des Obdachlosenproblems beteiligten Behörden

§ 1 Überlegungen zum Begriff des „Obdachlosen“ und der Obdachlosigkeit

In einer Möbelfabrik bricht ein Brand aus und greift auf benachbarte Reihenwohnhäuser über. Die herbeigerufene Feuerwehr kann zwar das Mobiliar aus den bedrohten Häusern sicherstellen, aber nicht verhindern, daß zwei der Häuser restlos ausbrennen. Die meisten Familien aus diesen beiden Wohnhäusern haben weder Verwandte noch nahestehende Bekannte in der Gegend, bei denen sie unterkommen könnten.

Ein Mieter wird vom Zivilgericht zur Räumung seiner Wohnung verurteilt. Das Urteil wird vom Gerichtsvollzieher vollstreckt. Der Verurteilte ist zwar willens, aber nicht in der Lage, für sich und seine Familie eine neue Wohnung zu beschaffen.

Ein junger Mann kommt mit seiner Frau aus der sowjetischen Besatzungszone in die Bundesrepublik, ohne das Notaufnahmeverfahren zu durchlaufen. Sie schlagen sich in eine Stadt des Ruhrgebietes durch, um dort Arbeit zu suchen. Sie haben kein Geld und sind in der Gegend völlig fremd, so daß niemand da ist, der sie vorerst bei sich aufnehmen würde.

Ein arbeitsscheuer sog. Nichtseßhafter treibt sich ziel- und mittellos per Anhalter oder zu Fuß in den verschiedensten Ländern der Bundesrepublik umher. Er meldet sich abends auf einer Dienststelle der Fürsorgebehörde und hält um ein Unterkommen an.

In den Kommentaren zu den polizei- und ordnungsrechtlichen Gesetzen der Länder sowie im Schrifttum zum WBG trifft man regelmäßig auf die Feststellung, daß die Bekämpfung der Obdachlosigkeit Aufgabe der Wohnungs-, der Fürsorge- und der Ordnungsbehörden sei.

Diese Feststellung könnte zu der Folgerung verleiten, daß es zur Wahrnehmung und Erfüllung jener Aufgabe erforderlich sei, eingehend festzulegen und zu bestimmen, wann ein solcher Fall von „Obdachlosigkeit“ vorliege, wann eine Zivilperson als „obdachlos“ anzusehen sei. Eine solche Folgerung wäre jedoch unrichtig. Der Klärung dieser Frage kommt durchaus nicht die Bedeutung zu, die man ihr für die Bekämpfung der Obdachlosigkeit vielleicht beimißt. Es ist in diesem Zusammenhang ausreichend, wenn man die Ausdrücke „obdachlos“ und „Obdachlosigkeit“ so versteht und verwendet, wie es ihrer natürlichen Wortbedeutung entspricht: „obdachlos“ sind diejenigen Zivilpersonen, die ohne jedes Unterkommen sind, indem sie

weder über eine ausreichende Wohnung noch über eine notdürftige Unterkunft verfügen, in der sie Zuflucht suchen können und sich aufhalten dürfen¹.

Diese Verdeutlichung dessen, was nach natürlichem Wortsinne unter einem Obdachlosen verstanden wird, wird den rechtlichen Bedürfnissen gerecht. Eine detaillierte Begriffsbestimmung des „Obdachlosen“ und der „Obdachlosigkeit“ einer Zivilperson ist weder vom (rechts-)wissenschaftlichen Standpunkt aus geboten noch aus der Sicht der Behördenpraxis erforderlich. Gewiß ist der Zustand, daß eine Zivilperson ohne jede Unterkunft ist, rechtlich erheblich. Aber streng genommen ist diese rechtliche Erheblichkeit nicht unmittelbare Folge der „Obdachlosigkeit“ (sc. der Zivilperson) als solcher, sondern ergibt sich nur dort, wo die Obdachlosigkeit in einem bestimmten Ursachenzusammenhang oder als Ausdruck eines bestimmten, öffentliche Interessen berührenden Vorgangs erscheint, etwa als Auswirkung allgemeiner Wohnungsnot, als Folge finanzieller Mittellosigkeit des Betroffenen oder als Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Anders ausgedrückt: die Wohnungs-, die Fürsorge- und die Ordnungsbehörden nehmen sich des Obdachlosen nicht in seiner Eigenschaft als „Obdachloser“, sondern nur dort und insoweit an, als er „Wohnungsuchender“ im Sinne des WBG, „Hilfsbedürftiger“ (jetzt: „Hilfesuchender“) im Sinne des BSHG oder „Störer“ im Sinne des Ordnungsrechts ist – und nur diese Feststellung ist für die einzelne Behörde von Bedeutung.

Kommt man nunmehr auf die an den Anfang gestellten Beispielfälle zurück, so kann kein Zweifel bestehen, daß alle in diesen Beispielen angeführten Personen im natürlichen Wortsinne „obdachlos“ sind. Eine andere Frage ist es, ob sie im rechtlichen Sinne Wohnungsuchende, Hilfsbedürftige bzw. Störer sind.

Wohnungsuchender ist, wer infolge unzureichender Unterbringung objektiv Bedarf an Wohnraum hat und aus diesem Grunde nach einer ausreichenden (Miet-)Wohnung strebt; unerheblich ist dabei das Ausmaß der Unzulänglichkeit seiner Unterbringung, worauf sie zurückzuführen ist und wann der Betroffene sein Interesse an einer ausreichenden Wohnung anmeldet².

Wohnungsuchende sind die in den Beispielen 1 bis 3 aufgeführten Personen.

Hilfsbedürftiger – in diesem Zusammenhang – ist, wer objektiv Bedarf an Wohnraum hat und an einer längeren oder kurzfristigen Unterbringung interessiert ist, die er sich aber aus Gründen finanzieller Mittellosigkeit selbst dann nicht zu verschaffen imstande wäre, wenn genügend Wohnraum zur Verfügung stünde.

Hilfsbedürftige sind die in den Beispielen 3 und 4 genannten Personen.

Störer – in diesem Zusammenhang – ist, wessen objektiv bestehende Unterbringungsnotlage eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.

Störer sind die in den Beispielen 1 bis 4 angeführten Personen.

Nach alledem wird man zwischen dem „Obdachlosen“ – Kennzeichnung der

¹ In diesem Sinne wohl OVG Hamburg DVBl. 1950, 156 ff. (157); hessVGH DVBl. 1952, 55.

² Vgl. hessVGH VerwRspr. 3, 548 f.; bayVGH WM 1958, 45; *Roquette*, WBG, 32 f.; *Hans* § 8 Anm. 3.

Zivilpersonen in ihrer tatsächlichen Situation – und dem „Wohnungsuchenden“, „Hilfsbedürftigen“ bzw. „Störer“ – Kennzeichnung der Zivilperson unter rechtlicher Qualifizierung ihrer Situation – unterscheiden müssen. Dieser Unterscheidung kommt eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Wo nämlich bei einer mit der Bekämpfung der Obdachlosigkeit befaßten Behörde im Einzelfall Zweifel auftauchen, ob sie sich eines Obdachlosen anzunehmen habe, hat die Behörde dieser Unsicherheit unter Zugrundelegung des für sie maßgebenden Rechtsbegriffes zu begegnen. Das wird bedauerlicherweise oft unterlassen. Statt dessen werden vielfach die an und für sich rechtlich irrelevanten Ausdrücke „obdachlos“ bzw. „Obdachlosigkeit“ herangezogen und in einer Weise verwendet, daß sie als ausgesprochen rechtliche termini technici erscheinen. So wird bisweilen gesagt, daß Obdachlosigkeit einer Zivilperson anzunehmen sei, wenn die betroffene Zivilperson mit einem alsbaldigen Verlust ihrer augenblicklichen Unterkunft rechnen müsse³. Korrekter wäre es zu sagen, daß ein Fall von Obdachlosigkeit zwar noch nicht vorliege, sondern erst zu erwarten sei, daß aber gleichwohl bereits zu diesem Zeitpunkt eine Störung der öffentlichen Ordnung bestehe. Ähnlich unbefriedigend ist die bisweilen gebrauchte Wendung, daß eine Zivilperson als obdachlos anzusehen sei, wenn sie weder von der Wohnungs- noch von der Fürsorgebehörde untergebracht werden könne⁴.

§ 2 Überblick über die Mitwirkung der Wohnungs-, der Fürsorge- und der Ordnungsbehörden bei der Bewältigung des Obdachlosenproblems

I. Zur Mitwirkung der Wohnungsbehörden¹

Aufgabe der Wohnungsbehörden ist es, durch planmäßige Verteilung des der Bewirtschaftung unterliegenden² Wohnraums Wohnungsuchenden bei der Erlangung einer ausreichenden Mietwohnung behilflich zu sein.

Für die Steuerung und Bewältigung des Obdachlosenproblems ist die Tätigkeit

³ OVG Münster ZMR 1957, 209 f. (210).

⁴ Diese Formulierung findet sich im Gem.Rderlaß des nds. Ministers des Inneren, des Sozialministers und des Justizministers vom 13. 10. 1951, ndsMBL. 1951, 413 f. (414). Offensichtlich ist mit dieser Wendung gemeint, daß die betroffene Zivilperson von dem Zeitpunkt an, an dem sich Wohnungs- und Fürsorgebehörde ihrer nicht annehmen können, Störer sei. Aber selbst dann ist die Formulierung nicht korrekt: denn Störer kann die Zivilperson auch schon vor diesem Zeitpunkt sein; daß die Ordnungsbehörde erst nach der Wohnungs- und Fürsorgebehörde für die Beseitigung der in der Regel schon bestehenden Gefährdung zuständig ist, ist eine Folge des Subsidiaritätsprinzips, hat aber mit der Frage, wann jemand Störer wird oder ist, nichts zu tun.

Unbefriedigend ist übrigens auch die Wendung, daß eine Zivilperson obdachlos sei, wenn sie eine Unterkunft bewohne, deren Benutzung mit Gefahren verbunden sei (OVG Münster ZMR 1958, 329 f., 329). Hier hätte ohne weiteres eine Störung der öffentlichen Ordnung bejaht werden können, ohne die betroffene Zivilperson als obdachlos zu bezeichnen.

¹ Da die Fälle gebietsweiser Aufhebung der Wohnraumbewirtschaftung und Auflösung der Wohnungsbehörden nach §§ 3 c–3 e WBG durchaus noch nicht die Regel sind, ist die Erörterung dieses Fragenkreises noch gerechtfertigt.

² Bezüglich des von der Bewirtschaftung ausgenommenen Wohnraumes vgl. §§ 3, 3 a, 3 b WBG.

der Wohnungsbehörden in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Einmal sind die Wohnungsbehörden in der Lage, schon auf weite Sicht Fälle von Obdachlosigkeit zu verhindern. So können diese Behörden mangelhafte Wohnverhältnisse durch anderweitige Unterbringung der betroffenen Zivilpersonen vielfach bereits zu einem Zeitpunkt beseitigen, ehe überhaupt Anzeichen vorhanden sind, daß die unzulänglichen Wohnverhältnisse zu einer Obdachlosigkeit dieser Zivilpersonen führen könnten.

Beispiel: Die Wohnungsbehörde weist einer in einem behelfsmäßig zusammengesetzten Haus wohnenden Familie, die sich seit langem um eine bessere Wohnung bemüht, eine andere Wohnung zu – längst bevor es wegen akuter Einsturzgefahr des Gebäudes zum Auszug der Familie hätte kommen müssen.

Zum anderen aber sind die Wohnungsbehörden – und vor allem das interessiert in diesem Zusammenhang – gelegentlich in der Lage, sich auch in Fällen bereits eingetretener oder doch unmittelbar bevorstehender Obdachlosigkeit durch Zuteilung ausreichenden unbenutzten Wohnraumes erfolgreich einzuschalten. Allerdings sind einer wirksamen Mithilfe der Wohnungsbehörden bei der raschen Beseitigung solcher besonders dringlichen Wohnungsnot enge Grenzen gesetzt. Denn der von Obdachlosigkeit betroffene Personenkreis bildet nur einen relativ geringen Teil unter den Wohnungssuchenden insgesamt und hat im Augenblick seiner Notlage auch nur geringe Aussichten auf Vermittlung einer ausreichenden Wohnung. Nun könnte man allerdings einwenden, daß die Obdachlosen, deren Lage den höchsten Grad der Wohnungsnot widerspiegelt, angesichts ihrer Notlage bevorzugt bei der Versorgung mit ausreichendem Wohnraum berücksichtigt werden müßten. Die Annahme eines solchen Vorrechtes obdachloser Wohnungssuchender mag zwar auch grundsätzlich zutreffen und könnte im übrigen unmittelbar aus § 17 I 2 WBG hergeleitet werden. Gleichwohl ist eine bevorzugte Behandlung obdachloser Wohnungssuchender nur in geringem Maße möglich. Das ergibt sich aus folgendem:

Häufig kann die Wohnungsbehörde, wenn ihr kurzfristig und plötzlich Fälle drohender bzw. bereits eingetretener Obdachlosigkeit gemeldet werden, unbenutzten, verfügbaren Wohnraum nicht nachweisen. Eine Mithilfe der Wohnungsbehörde ist in diesem Falle unmöglich, weil ihre Leistungs- und Verteilungspflicht vom Vorhandensein unbenutzten („freien“) Wohnraums unter dem von ihr erfaßten Wohnraumbestand abhängt. Oft ist die Unterbringung einer obdachlosen Familie durch die Wohnungsbehörde auch dann nicht möglich, wenn freier Wohnraum zur Verfügung steht. Denn einmal erweist sich der im konkreten Falle zufällig verfügbare freie Wohnraum für eine ausreichende Unterbringung häufig als ungeeignet, weil zu eng, und verspricht aus diesem Grunde keine die Interessen der Beteiligten befriedigende Dauerlösung. Das aber ist unerlässliche Voraussetzung jeder Wohnraumzuteilung durch die Wohnungsbehörde. Es ist nicht ihre Aufgabe, in Fällen von (drohender) Obdachlosigkeit um jeden Preis tätig zu werden; sie ist daher auch nicht verpflichtet, um des Obdachlosen willen vorläufige Überbrückungsmaßnahmen zu treffen. Zum anderen kann sich die Wohnungsbehörde, auch wenn

unbenutzter Wohnraum zur Verfügung steht, vielfach nicht für die Unterbringung obdachloser Familien einsetzen, weil gerade diese häufig gemeinschaftsschwierig oder zahlungsschwach sind und daher nicht als vermittlungswürdig im Sinne des § 15 I 2 WBG angesehen werden können. Im übrigen ist zu bedenken, daß nach dem WBG die Wohnungszuteilung regelmäßig so zu erfolgen hat, daß die Wohnungsbehörde dem Eigentümer freien Wohnraums mehrere Wohnungssuchende als Mieter vorschlägt und der Eigentümer unter den Vorgeschlagenen auswählen kann. Die Befugnisse der Wohnungsbehörde, einen Wohnungssuchenden ohne Berücksichtigung der Wünsche des Eigentümers im Zwangswege unterzubringen, hat das WBG erheblich beschnitten³. Die einzige Möglichkeit der Wohnungsbehörde, auch gegen den Willen des Eigentümers die Aufnahme einer bestimmten vermittlungswürdigen Familie durchzusetzen, bietet die Vorschrift des § 15 VI WBG, nach der dem Eigentümer das Auswahlrecht versagt werden kann, wenn „besonders dringende Gründe der Wohnungsbewirtschaftung“ die Einweisung eines bestimmten Wohnungssuchenden erfordern. Diese Bestimmung gäbe den Wohnungsbehörden an und für sich durchaus die Möglichkeit, sich bei den durch (drohende) Obdachlosigkeit bedingten Unterbringungsnotständen in stärkerem Maße, als es zur Zeit geschieht, mit einzuschalten und die Ordnungsbehörden dadurch merklich zu entlasten. Die Rspr. der Verwaltungsgerichte hat diesen Weg jedoch durch eine überaus enge Auslegung des § 15 VI WBG⁴ wesentlich erschwert und die Wohnungsbehörden zu besonderer Zurückhaltung bei Alleinzuweisungen obdachloser genötigt. Dadurch sind die Möglichkeiten der Wohnungsbehörden zu wirksamer Mithilfe im Augenblick der Obdachlosigkeit bzw. drohender Obdachlosigkeit von Zivilpersonen selbst bei sonst günstigen Voraussetzungen – unbenutzter Wohnraum verfügbar, obdachlose Familie vermittlungswürdig – erheblich eingeschränkt worden⁵.

³ Weitergehende Befugnisse hatten die Wohnungsbehörden nach Art. VIII Ziff. 2 WG.

⁴ Nur selten hat die Rspr. allein die Tatsache der Obdachlosigkeit des Wohnungssuchenden für eine Versagung des Auswahlrechts genügen lassen (z. B. bayVGH ZMR 1958, 234; OVG Münster ZMR 1959, 310). Offensichtlich enger: LVG Gelsenkirchen ZMR 1956, 25 f. (26); OVG Münster ZMR 1957, 207; OVG Berlin ZMR 1959, 45 f.; LVG Düsseldorf ZMR 1960, 334 f. (335).

⁵ Daher werden die Ordnungsbehörden – soweit es um unverzügliche Unterbringung obdachloser geht – durch die zunehmende gebietsweise Auflösung der Wohnungsbehörden kaum spürbar zusätzlich belastet werden. Eher wird sich die durch das AbbaUG eingeleitete Auflösung der Wohnungsbehörden dadurch bemerkbar machen, daß die Rückführung der zunächst von den Ordnungsbehörden untergebrachten Obdachlosen in normale Wohnverhältnisse ohne die Vermittlung der Wohnungsbehörden erschwert werden wird. – Im übrigen dürfte die entscheidende Erschwerung bei der Bewältigung des Obdachlosenproblems, die durch das AbbaUG droht, überhaupt nicht in der Auflösung der Wohnungsbehörden liegen, sondern sich vielmehr aus dem neuen Mietpreisrecht ergeben. Vor allem dieses wird einen starken Anstieg der Obdachlosigkeitsfälle im Gefolge haben, der durch das komplizierte MietbeihG (nebst zugehöriger VO vom 21. 12. 1960, BGBl. I 1056) sicherlich nicht aufgefangen werden wird. Es muß zu denken geben, daß schon bisher – nach dem unveröffentlichten Zahlenmaterial des Deutschen Städtetages für den Stichtag 1. 2. 1959 – 53% der Räumungsschuldner wegen Mietrückstandes herausgeklagt waren (Iserlohn: 77%; Hamm: 85%; für Köln vgl. Blume 24).

II. Zur Mitwirkung der Fürsorgebehörden⁶

Aufgabe der Fürsorgebehörden ist die Unterstützung derjenigen Zivilpersonen, die nicht in der Lage sind, sich den für sie und ihre Angehörigen erforderlichen Lebensbedarf aus eigenen Kräften und Mitteln selbst zu beschaffen. Zum notwendigen Lebensbedarf zählt nach § 12 I BSHG auch eine „Unterkunft“; d. h. der notwendige Lebensbedarf ist nur gewährleistet, wenn einer Zivilperson, die über eine Bleibe verfügt, diese auch in einfacher Form erhalten bleibt bzw. wenn eine Zivilperson, die bereits ihre Bleibe verloren hat, ein anderes Obdach erhält. Allerdings: die Fürsorgebehörden haben einer drohenden oder bereits eingetretenen Obdachlosigkeit nur dann und insoweit abzuhelpfen, als diese nicht eine Folge der allgemeinen Wohnungsknappheit ist, sondern überwiegend auf der finanziellen Mittellosigkeit der Betroffenen beruht. Ein solcher Ursachenzusammenhang zwischen finanzieller Zahlungsschwäche und (drohender) Obdachlosigkeit ist zu vermuten, wenn das Einkommen der Betroffenen unter den Fürsorgegrundsätzen liegt.

Für die Steuerung und Bewältigung des Obdachlosenproblems ist die Tätigkeit der Fürsorgebehörden in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Einmal wirken die Fürsorgebehörden einer Obdachlosigkeit hilfsbedürftiger Zivilpersonen schon auf weite Sicht präventiv entgegen, indem sie ihnen gemäß §§ 8, 22 BSHG in Form von Bargeldleistungen Fürsorgeunterstützung gewähren und ihnen dadurch eine regelmäßige Mietzinszahlung ermöglichen⁷. Auf diese Weise kann in vielen Fällen der Erhebung einer Räumungsklage von vornherein vorgebeugt werden und manches bestehende Mietverhältnis aufrechterhalten bleiben. Aber auch nach Eingang einer Räumungsklage wird den Fürsorgebehörden durch die Gerichte Gelegenheit gegeben, die Hilfsbedürftigkeit des beklagten Mieters zu prüfen und sich zur Befriedigung des Vermieters bereit zu erklären; erklärt sich die Fürsorgebehörde zur Übernahme der rückständigen Miete bereit, ist eine Verurteilung des Mieters zur Räu-

⁶ Unberücksichtigt muß dabei im folgenden die sog. Nichtsehaftenfürsorge bleiben. Gewiß handelt es sich auch bei ihr um Obdachlosenunterbringung. Im Vordergrund der Nichtsehaftenfürsorge steht indessen nicht die technisch-rechtliche Seite der Unterbringung als solche, sondern das sozialpädagogische Problem der Wiedereingliederung der Nichtsehaften (vgl. dazu Frank, Nichtsehaftenfürsorge, 4 ff.; Opp, Nichtsehaftenfürsorge, 7 ff.).

Hier sei nur darauf hingewiesen, daß § 73 BSHG endlich jahrzehntealten Wünschen der Fürsorge Rechnung trägt (vgl. Steigertal, Monatsschrift, 1 ff.) und künftig auch eine zwangsfürsorgereiche Unterbringung haltloser Nichtsehafter vorsieht. Diese scheint aber nur sinnvoll, wenn sie an die Stelle der bisherigen „traditionellen“ strafrechtlichen Behandlung der Gemeinlästigen tritt (§§ 361 Ziff. 3 ff., 42 d StGB). Das aber ist noch ungeklärt, weil Landstreicherei auch künftig mit Strafe und Arbeitshausweisung bedroht sein soll (§§ 356, 84 E StGB). Da aber Arbeitshaus und Anstaltsfürsorge für Gefährdete nebeneinander – wegen einer sachgerechten Einwirkung auf den Nichtsehaften, der Kosten sowie der rechtlichen Systematik – unbefriedigend ist, wäre zu wünschen, daß § 356 E StGB mit Rücksicht auf § 73 BSHG gestrichen wird.

⁷ Allerdings ist zu beachten, daß Mieter, die lediglich infolge einer Mieterhöhung auf Grund des 2. BMG in wirtschaftliche Bedrängnis geraten und vorher nicht hilfsbedürftig gewesen sind, keine Fürsorgeunterstützung, sondern nur eine sog. Mietbeihilfe erhalten (§ 6 III 2 MietbeihG).

mung nicht zulässig. Schließlich erhalten die Fürsorgebehörden auch nach dem Erlaß von Räumungsurteilen wegen Mietrückstandes noch die Möglichkeit, sich zugunsten des verurteilten Mieters einzuschalten und ihm, sofern er sich als hilfsbedürftig erweist, durch Übernahme der seit Urteilsverkündung geschuldeten Nutzungsentschädigung weiteren Vollstreckungsschutz zu sichern⁸.

Schwierigkeiten bereitet dagegen den Fürsorgebehörden die selbständige Unterbringung solcher hilfsbedürftiger Zivilpersonen, die bereits obdachlos sind bzw. deren drohende Obdachlosigkeit durch laufende Beihilfen im Sinne des § 22 BSHG nicht mehr abzuwenden ist. Nur gelegentlich sind die Fürsorgebehörden selbst in der Lage, hilfsbedürftige Obdachlose in eigenen Unterkünften und Räumen unterzubringen. Die Zahl der Obdachlosenunterkünfte, die die Bezirksfürsorgeverbände in eigener Regie und Verantwortung unterhalten, ist gering. In der Regel überlassen die Bezirksfürsorgeverbände die Errichtung und Unterhaltung von Obdachlosenunterkünften den Gemeinden als Trägern der örtlichen Ordnungsbehörden⁹. Das bedeutet praktisch, daß die Fürsorgebehörden die Unterbringung hilfsbedürftiger Obdachloser in den meisten Fällen unausgesprochen den Ordnungsbehörden überlassen¹⁰ und ihre Mitwirkung darauf beschränken müssen, sich – für den Fall, daß die zuständige Ordnungsbehörde die Obdachlosen in eine gemeindeeigene Unterkunft oder in Privaträume einweist – nachträglich zur Übernahme der laufenden Unterbringungskosten bereit zu erklären. Den Gründen für die Zurückhaltung der Fürsorgebehörden bei der Errichtung eigener Obdachlosenunterkünfte kann im Rahmen dieses Überblickes nicht nachgegangen werden. Immerhin bestehen erhebliche Bedenken, ob jene Zurückhaltung der Fürsorgebehörden dem geltenden Fürsorgerecht Rechnung trägt. Je weniger nämlich die Fürsorgebehörden ihre Mittel dazu verwenden, eigene Unterkünfte zu errichten und zu unterhalten, desto entscheidender kommt es für die Versorgung der hilfsbedürftigen Obdachlosen mit einem Unterkommen auf die Initiative und das Unterkunftspotential der Ordnungsbehörden an. Dadurch, daß die Fürsorgebehörden die Unterbringung als solche vielfach den Ordnungsbehörden überlassen und die von diesen getroffenen Maßnahmen lediglich nachträglich durch Übernahme der laufenden Unterbringungskosten „anerkennen“, begeben sie sich in eine offenkundige Abhängigkeit von den Ordnungsbehörden. Dabei würden sich die Fürsorgebehörden ihren eigenen Handlungsspielraum weitgehend erhalten, würden sie die Mittel der Obdachlosenfürsorge in erster Linie für die Erstellung eigener Unterkünfte verwenden und auf diese Weise eine vermehrte Sachleistungsfürsorge

⁸ Die Einschaltung der Fürsorgebehörden nach Klageeingang folgt aus §§ 3 III, 10 II MSchG, nach Verurteilung des beklagten Mieters zur Räumung aus § 31 II WBG.

⁹ Allenfalls beteiligen sich die Bezirksfürsorgeverbände bisweilen mit einem einmaligen, sehr selten aber mit laufenden Zuschüssen zur Erhaltung der Unterkünfte.

¹⁰ Auf diese Weise befindet sich unter den von den Ordnungsbehörden unterzubringenden Obdachlosen stets eine nicht unerhebliche Anzahl von Hilfsbedürftigen (Blume 61 beziffert den Anteil der Fürsorgeempfänger in den Kölner Unterkünften auf etwa 12%).

Zu der Frage, ob die Ordnungsbehörden mit der Unterbringung Hilfsbedürftiger den Fürsorgebehörden Amtshilfe leisten, s. u. S. 40.

gegenüber den hilfsbedürftigen Obdachlosen ermöglichen. Ist nun aber diese Unselbständigkeit der meisten Fürsorgebehörden die Folge einer bestimmten Art und Weise der Hilfeleistung – nämlich einer Beschränkung allein auf Geldleistungsfürsorge –, so erscheint es recht zweifelhaft, ob die Behörden bei der Entscheidung über das „Wie“ der Fürsorgegewährung von dem ihnen eingeräumten Ermessen pflichtgemäßen Gebrauch machen¹¹. Ebenso begegnet es erheblichen Bedenken, ob jene Zurückhaltung der Fürsorgebehörden bei der Errichtung eigener Unterkünfte der Rechtsstellung des hilfsbedürftigen Obdachlosen gerecht wird. Die allgemeine Meinung geht nämlich dahin, daß die Fürsorgebehörden dem Hilfsbedürftigen gegenüber zur Gewährung des notwendigen Lebensbedarfs zwingend verpflichtet sind und der Hilfsbedürftige insoweit ein volles subjektives öffentliches Recht besitzt¹². Wenn dem aber so ist, dann wird die Rechtsstellung des hilfsbedürftigen Obdachlosen überall dort beeinträchtigt, wo seine selbständige Unterbringung allein durch die Fürsorgebehörden ausscheidet und es ganz von der rechtlichen Entscheidung und den tatsächlichen Unterbringungsmöglichkeiten der Ordnungsbehörden abhängt, ob er ein Unterkommen erhält. Daß der hilfsbedürftige Obdachlose in der Praxis seitens der Fürsorge regelmäßig nur mit der Kostentragung für die von anderer Seite bereitgestellte Unterkunft rechnen kann, läßt sich daher mit dem – allgemein bejahten – vollen subjektiven öffentlichen Recht des Hilfsbedürftigen und seinem Anspruch auf Bereitstellung einer Unterkunft schwerlich vereinbaren.

III. Zur Mitwirkung der Ordnungsbehörden

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Wohnungs- und die Fürsorgebehörden bei Wohnungsschwierigkeiten schon sehr frühzeitig präventiv tätig werden können und Fälle von Obdachlosigkeit nur besonders dringliche Notstände für sie darstellen. Schon das unterscheidet in diesem Zusammenhang beide Be-

¹¹ Kritische Andeutungen insoweit gelegentlich auch im Schrifttum (vgl. etwa *Urschlechter BayBürgerm.* 1953, 153 ff., 155). Zum Ermessen bezüglich der Art der Fürsorgeleistung *Jehle* 178; vgl. auch § 4 II BSHG.

¹² Zu diesem Begriff vgl. *Hans J. Wolff* § 43 III b und d; ders., Abwendungsanspruch, 119 ff. (125). Hinsichtlich der Gewährung eines Vorteils unterscheidet *Wolff* zwischen beschränktem subjektiven öffentlichem Recht (Destination) und vollem subjektiven öffentlichem Recht und versteht unter dem letzteren die Berechtigung, welche ihrem Inhaber einen unausweichlichen materiellen Leistungs-, Duldungs- oder Unterlassungsanspruch gewährt. Ein solches volles subjektives öffentliches Recht spricht die h. M. dem Hilfsbedürftigen zu (vgl. die Nachweise bei *Jehle* 5 f. und *Klinger* § 42 Anm. C 4); die abweichende Auffassung von *Hans J. Wolff* (Lehrbuch, § 43 III b; Abwendungsanspruch, 119 ff., 134) wird im Hinblick auf § 4 BSHG nicht mehr aufrechterhalten werden können. Somit hat das Fürsorgerecht zwei erhebliche Wandlungen erfahren: die erste 1924, als die FPfVO das armenpolizeilich strukturierte Unterstützungsrecht durch ein wohlfahrtsmäßig orientiertes Fürsorgerecht ersetzte; die zweite nach dem 2. Weltkrieg, als die h. M. dem Hilfsbedürftigen ein volles subjektives öffentliches Recht zuerkannte, indem sie aus der verfassungsgestaltenden Grundentscheidung des GG für den Sozialstaat folgerte, daß Fürsorge ausschließlich im Interesse des Hilfsbedürftigen gewährt werde und, soweit die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vorlägen, auch ohne Ermessensspielraum gewährt werden müsse.

hörden wesentlich von den Ordnungsbehörden. Denn eine Mitwirkung der Ordnungsbehörden bei der Steuerung und Bewältigung des Obdachlosenproblems kommt erst in einem recht späten Zeitpunkt in Betracht.

Nach § 14 OBG können die Ordnungsbehörden einschreiten, wenn gewisse Unterbringungsschwierigkeiten die öffentliche Ordnung gefährden. Eine solche Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist in Fällen eingetretener oder unmittelbar drohender Obdachlosigkeit von Zivilpersonen ohne weiteres zu bejahen. In Schrifttum und Rspr. wird diese Gefährdung gewöhnlich darin gesehen, daß es gegen die Normen gedeihlichen Zusammenlebens verstoße, wenn eine Familie kein Dach über dem Kopf habe und eventuell auch nachts auf der Straße zu bleiben genötigt sei bzw. wenn ihr ein solches Geschick unmittelbar bevorstehe¹³. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die Ordnungsbehörden wegen der Gefährdung der öffentlichen Ordnung, die in der Obdachlosigkeit von Zivilpersonen liegt, zur Unterbringung der Obdachlosen befugt sind. Eine andere Frage ist es, ob allein die Gefährdung der öffentlichen Ordnung – d. h. die Außenwirkung des betreffenden Obdachlosenfalles auf die nur mittelbar berührte Allgemeinheit – oder ob daneben auch andere Umstände, etwa die Beeinträchtigung des Obdachlosen selbst, die Ordnungsbehörden zum Einschreiten veranlassen können; doch mag diese Frage vorerst zurückgestellt werden¹⁴. – Nicht ganz unbestritten ist, von welchem Zeitpunkt ab die öffentliche Ordnung jeweils gefährdet wird. Mehrfach ist in der Nachkriegszeit behauptet worden, die öffentliche Ordnung werde erst dann gefährdet, wenn jemand bereits obdachlos geworden sei, z. B. eine räumungspflichtige Familie ihre bisherige Wohnung mitsamt dem Mobiliar endgültig verlassen habe¹⁵. Diese Behauptung ignoriert eine bereits während der Weimarer Zeit gesicherte Rechtsansicht; schon seinerzeit wurde in Praxis und Rechtsprechung die Vorverlegung des Gefährdungszeitpunktes vor den Eintritt tatsächlicher Obdachlosigkeit allgemein anerkannt und bejaht¹⁶. Abgesehen davon hat inzwischen auch der Bundesgesetzgeber durch § 31 III WBG indirekt bestätigt, daß die Ordnungsbehörden die Unterbringung eines von Obdachlosigkeit Bedrohten bereits verfügen können, solange sich dieser noch unbehelligt in seiner Wohnung befindet; denn die mit dieser Bestimmung bezweckte Vermeidung einer Kollision zwischen Zwangsvollstreckung und eventueller Wiedereinweisung setzt offensichtlich eine vorzeitige Eingriffsbefugnis der Ordnungsbehörden voraus¹⁷. Es sollte daher nicht

¹³ Statt vieler: *Drews-Wacke* 121, 258; *Senger-Kurzmann* § 19 Anm. 9 b.

¹⁴ Näheres s. u. S. 37.

¹⁵ In diesem Sinne etwa *Roquette*, WBG, § 31 Anm. 6; *Seibt* ZMR 1957, 38 ff. (39).

¹⁶ Vgl. etwa Rderlaß des MdI und des MfV prMBliV 1925, 1197 (in Abweichung von Rderlaß PrMBliV 1925, 985).

¹⁷ Vgl. auch unten S. 116 Fn. 2. – Gegen die Argumentierung mit § 31 III WBG anscheinend *Roquette* a. a. O.; nach ihm regelt diese Bestimmung nur einen eng begrenzten Ausnahmefall – in zeitlicher Hinsicht – von dem angeblich im übrigen geltenden Grundsatz, daß erst bei tatsächlicher Obdachlosigkeit eingeschritten werden dürfe. Das trifft nicht zu. Da das Mitteilungsverfahren des § 31 III nur zusammen mit dem Beschlagnahmeverfahren möglich ist (vgl. § 14 der Arbeit), würde der Bundesgesetzgeber in dieser Bestimmung – folgte man *Roquette* – zugleich die materiell-ordnungsrecht-

zweifelhaft sein, daß die Unterbringung einer von Obdachlosigkeit bedrohten Zivilperson auch schon kurz vor dem endgültigen Verlust ihrer Wohnung – frühestmöglicher Zeitpunkt etwa eine halbe Woche vor dem Räumungstermin – verfügt werden kann. – Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß sich die Ordnungsbehörden selbst in diesem Zeitpunkt akuter Wohnungsnot entsprechend dem für sie geltenden Subsidiaritätsprinzip an und für sich erst dann einschalten dürfen, wenn sich weder die Wohnungs- noch die Fürsorgebehörden des Obdachlosen als Wohnungssuchenden oder als Hilfsbedürftigen annehmen können. Da jedoch die letztgenannten Behörden jenen Notständen mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln in aller Regel nicht gewachsen sind, ruht die Unterbringungslast in diesem besonderen Dringlichkeitsstadium praktisch doch fast ausschließlich auf den Ordnungsbehörden.

Die Unterbringung der Obdachlosen, deren finanzielle Problematik hier unerörtert bleiben soll, erfolgt seitens der Ordnungsbehörden

selten in Räumen privater Grundstückseigentümer, die die Ordnungsbehörde vorübergehend nach privatem Recht „anmietet“;

gelegentlich in sog. Einfachstwohnungen, die die Gemeinde auf eigenem Grund und Boden errichtet hat und befristet an Obdachlose nach privatem Recht vermietet;

vielfach in Obdachlosenunterkünften („anlagen“, „siedlungen“, „asylen“), innerhalb deren der Aufenthalt des Obdachlosen öffentlich-rechtlich durch Anstaltsbenutzungs-Ordnungen¹⁸ geregelt wird;

hauptsächlich in Räumen privater Grundstückseigentümer, welche die Ordnungsbehörde nach Maßgabe des OBG in Anspruch nimmt.

Die letztgenannte Art der Unterbringung, die sog. Privatinanspruchnahme – allein mit ihr wird sich die folgende Arbeit befassen –, wird auch im gegenwärtigen Zeitpunkt einer langsamen Besserung auf dem Wohnungsmarkt noch als Regelfall ordnungsbehördlicher Unterbringung angesehen werden müssen. Jedenfalls ist beispielsweise noch im Februar 1959 die ordnungsbehördliche Unterbringung Obdachloser in Münster in 50%, in Iserlohn in 46%, in Essen und Hamm in 40% aller Fälle im Wege der Privatinanspruchnahme erfolgt¹⁹.

Die Privatinanspruchnahme ist eine Wiedereinweisung, wenn zwischen Eigentümer und eingewiesenem Obdachlosen vor Erlaß der ordnungsbehördlichen Maß-

lichen Befugnisse der Ordnungsbehörde erweitert haben. Das hat er jedoch weder gekonnt noch gewollt. Vielmehr ging der Gesetzgeber bei Regelung des Mitteilungsverfahrens von der allgemein anerkannten vorzeitigen Eingriffsbefugnis der Ordnungsbehörden bereits aus. Im Ergebnis ebenso für ein Eingriffsrecht vor endgültiger Obdachlosigkeit – allerdings ohne Bezugnahme auf § 31 III WBG – hess. VGH DVBl. 1954, 675 ff. (676); ferner OVG Berlin HuW 1952, 232; Seibert StT 1960, 427 ff. (430).

¹⁸ LVG Gelsenkirchen ZMR 1960, 32 sieht in solchen Benutzungsordnungen für Obdachlosenasyle lediglich Verwaltungsvorschriften; a. A. Hans J. Wolff §§ 25 VIII, 32 IV c 3; jetzt auch Maunz-Dürig Art. 19 IV Rdn. 30.

¹⁹ Ermittelt an Hand der unveröffentlichten statistischen Erhebungen des Deutschen Städtetages für den Stichtag 1.2.1959. – Die neueren Angaben des Innenministers NRW (Stichtag 1.6.1961) lauten allerdings nur auf 23%.

nahmen ein privatrechtliches Mietverhältnis bestanden hat und der Eingewiesene der zur Räumung verurteilte Mieter ist; sie stellt sich dagegen als Fremdeinweisung dar, wenn sich Eigentümer und Eingewiesener vor dem Eingreifen der Ordnungsbehörden nicht als Mietparteien gegenübergestellt haben. – Der prozentuale Anteil der Wiedereinweisungen unter den Privatinanspruchnahmen hat sich seit dem zweiten Weltkrieg und der durch ihn heraufbeschworenen Unterbringungskatastrophe auffällig geändert. Während die Polizeibehörden früher vielfach in der Lage waren, für einen Obdachlosen, der in einem Asyl nicht untergebracht werden konnte, ein oder zwei Räume in einem anderen als dem bislang von ihm bewohnten Hause sicherzustellen, in der Regel also eine Fremdeinweisung möglich war, steht für unumgängliche Privatinanspruchnahmen heute fast nur der Weg der Wiedereinweisung offen. Noch im Jahre 1960 ergab eine Umfrage des Verfassers bei verschiedenen Ordnungsbehörden im westfälischen Raum, daß es sich bei den zu dieser Zeit verfügten Privatinanspruchnahmen in 80 bis 95% der Fälle um Wiedereinweisungen handelte²⁰.

Wie schon mehrfach erwähnt wurde, wird sich diese Abhandlung im Hauptteil (§§ 4 bis 18) ausschließlich mit rechtlichen Problemen der Privatinanspruchnahme befassen; sie wird dabei mit der weniger Schwierigkeiten bietenden Fremdeinweisung beginnen. – Zuvor bedarf allerdings noch eine Rechtsfrage der Erörterung, die sich nicht mit der Privatinanspruchnahme selbst beschäftigt, sondern allgemein das Rechtsverhältnis zwischen dem *noch nicht* untergebrachten Obdachlosen und der Ordnungsbehörde behandelt – und zwar unabhängig davon, ob sich die Behörde des Obdachlosen später im Wege der Privatinanspruchnahme oder durch Einweisung in ein gemeindliches Obdachlosenasyl annehmen wird.

²⁰ Dieses Ergebnis beruht auf Auskünften der kreisfreien Städte Bielefeld, Hamm, Münster, Bochum und Herne.

ZWEITES KAPITEL

§ 3 Die Rechtsstellung des noch nicht untergebrachten Obdachlosen gegenüber der Ordnungsbehörde

I. Zur Problematik

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der hauptsächlich rechtssystematischen Frage, welche Rechtsstellung der Obdachlose bzw. von Obdachlosigkeit Bedrohte, der aus eigenen Kräften kein Unterkommen findet, gegenüber der Ordnungsbehörde einnimmt: insbesondere ob und inwieweit er für den Fall, daß Wohnungs- und Fürsorgebehörde für ihn nicht zuständig sind oder ihn nicht unterzubringen vermögen, einen Anspruch darauf hat, daß sich immerhin die Ordnungsbehörde seiner annehme.

Lehre und Rspr. haben sich mit dieser Frage kaum beschäftigt. Im Schrifttum finden sich lediglich zwei – sehr knapp gefaßte – Stellungnahmen zu dieser Frage. *Henrichs* räumt dem Obdachlosen unter Berufung auf die moderne sozialstaatliche Entwicklung des Fürsorgerechts ein volles subjektives öffentliches Recht ein, kraft dessen er gegen die Ordnungsbehörde einen Rechtsanspruch auf Unterbringung habe. *Seibt* verneint eine solche Rechtsstellung des Obdachlosen, da er Störer sei und ihm nur die Reflexwirkungen des Ordnungsrechts zuteil würden¹. Beide Stellungnahmen vermögen weder im Ergebnis noch in der Begründung zu befriedigen. Eine nähere Erörterung der aufgeworfenen Frage erscheint daher gerechtfertigt und erforderlich.

II. Zur Stellung der einzelnen Zivilperson innerhalb des Polizei- und Ordnungsrechts im allgemeinen

a) Auf dem Gebiete des Polizei- und Ordnungsrechts gilt das sog. limitierte Opportunitätsprinzip. Diesem Prinzip zufolge ist die Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung dem pflichtgemäßen Ermessen der Polizei- und Ordnungsbehörden anheimgestellt; ihnen obliegt es zu entscheiden, ob sie im konkreten Einzelfalle gegen die drohende Gefahr oder bereits eingetretene Störung vorgehen und – bejahendenfalls – wie sie die Gefahr oder Störung bekämpfen wollen². Ist nun die Polizei- bzw. Ordnungsbehörde im Falle einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht stets unausweichlich zur Gefahrenabwehr verpflichtet, so könnte daraus geschlossen werden, daß das Polizei- und Ordnungsrecht Zivilpersonen, die durch eine Gefahr beeinträchtigt wer-

¹ Vgl. einerseits *Henrichs* KKZ 1954, 13 ff., 13 (zustimmend: LG Kassel NJW 1956, 1360 ff., 1361; *Huken* KKZ 1956, 167 ff., 169), andererseits *Seibt* ZMR 1955, 289 f. (289).

² Vgl. statt vieler *Rietdorf* § 1 Anm. 9. Weitere Nachweise bei BGH DVBl. 1952, 702 ff. (703); vgl. auch BGH MDR 1962, 549.

den, ein beschränktes subjektives öffentliches Recht in Form der *Destination*³ gewähre. Dieser Schluß ist nur dann richtig, wenn die Rechtsnormen, die das Setzen einer Rechtsfolge dem pflichtgemäßen Ermessen eines Hoheitssubjektes anheimgeben, zumindest auch der Befriedigung des Individualinteresses des durch die Ermessensentscheidung tatsächlich Begünstigten zu dienen bestimmt sind⁴.

Die eindeutig h. M. in Schrifttum und Rspr. spricht dem Polizei- und Ordnungsrecht eine solche Interessenbewertung ab. Regelmäßig wird zur Begründung darauf hingewiesen, daß das Polizei- und Ordnungsrecht allein dem Schutze der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sei; die Polizei- und Ordnungsbehörden würden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben – sei es beim Einschreiten gegen eine plötzlich aufgetretene Störung der öffentlichen Ordnung, sei es beim Widerruf bzw. bei der Versagung einer Ausnahmebewilligung oder Erlaubnis – grundsätzlich in jedem Falle *nur* im öffentlichen, niemals im Interesse bestimmbarer Personengruppen oder von vornherein individuell bestimmter Einzelpersonen tätig; beseitige die zuständige Behörde eine Gefahr oder Störung, so komme diese Maßnahme den Beeinträchtigten nur als zufällig-tatsächliche Begünstigung und von der Rechtsordnung nicht vorgesehene Reflexwirkung des Polizei- und Ordnungsrechts zugute⁵.

Der Auffassung der h. M. kann nicht in vollem Umfang zugestimmt werden. Sie geht zu Unrecht davon aus, daß die Tätigkeit der Polizei- und Ordnungsbehörden grundsätzlich niemals dem unmittelbaren Schutz von Individualinteressen zu dienen habe.

b) Es kann zwar keinem Zweifel unterliegen, daß nach der Grundkonzeption des Polizei- und Ordnungsrechts die Gefahrenabwehr den Polizei- und Ordnungsbehörden im Interesse und zum Schutze der Öffentlichkeit, d. h. der All-

³ Zum Begriff und zur systematischen Einordnung der *Destination* in die Lehre von den Berechtigungen bei *Hans J. Wolff* vgl. o. S. 26 Fn. 12. Unter *Destination* wird im folgenden verstanden die Berechtigung einer Zivilperson, die sich aus einem Rechtssatz ergibt, welcher es einem Hoheitssubjekt erlaubt, Einzelpersonen oder Personengruppen positive Vorteile zukommen zu lassen oder Schutz zu gewähren, die Entscheidung im Einzelfall aber dem freien oder pflichtgemäßen (Auswahl- oder Entschließungs-)Ermessen des Hoheitssubjekts anheimgibt. Die *Destination* gewährt dem ermessensfehlerhaft Behandelten einen formellrechtlichen *Abwendungsanspruch*. Die h. M. spricht hier vom „formellen subjektiven öffentlichen Recht auf fehlerfreiem Ermessensgebrauch“ (vgl. *Maunz-Dürig* Art. 19 IV Rdn. 36).

⁴ Vgl. *Bühler*, Gedächtnisschrift, 269 ff. (274, 278 ff.); *Bachof*, Gedächtnisschrift, 287 ff. (296 ff.); *Maunz-Dürig* a. a. O.

⁵ In diesem Sinne im Schrifttum: *Altmeier-de Clerck* § 1 Anm. 6; *Scupin*, Handbuch, 606 ff. (616 f.); *Hans J. Wolff* § 43 I b 2; *Weimar* Stkrw. 1959, 293; *Menger* VerwArch. 1961, 102 ff. (104); *Wiethaup* ZMR 1961, 1 ff. (1 f.); ders. DVBl. 1961, 468 ff. (472); *Bettermann* NJW 1961, 1097 ff. (1099); in der Rspr.: LVG Gelsenkirchen Az. L 37/54; hessVGH ES 9, 101 ff. (103 f.); ferner BVerwG zur Tbc-Hilfe (vgl. u. S. 36 Fn. 21); unklar: *Schiedermayr* 92 und *Lassally* Polizei 1961, 178 ff. (179); unbefriedigend auch *Wiethaup* 41 ff., der nicht deutlich genug zwischen dem Subsidiaritätsprinzip einerseits und der von diesem Problem begrifflich völlig unabhängigen Frage des Rechtsanspruchs des von einer Störung Betroffenen unterscheidet.

gemeinheit als einer unbestimmten „anonymen“ Personenvielheit, obliegt. Dieser Öffentlichkeitsschutz stand und steht auch heute noch unangefochten im Mittelpunkt des gegenwärtig in den Ländern der Bundesrepublik geltenden Polizei- und Ordnungsrechts⁶. An seiner Vorrangstellung haben weder die Generalklauseln über den Rechtsschutz im öffentlichen Recht noch die Grundrechte der Verfassungen irgend etwas geändert. Es wäre daher unzutreffend, wollte man etwa mit dem Hinweis auf die tiefgreifende Wandlung des Fürsorgerechts⁷ behaupten, daß auch das Polizei- und Ordnungsrecht nunmehr „überwiegend“ oder gar „ausschließlich“ den Schutz der einzelnen durch eine Gefahr oder Störung beeinträchtigten Zivilpersonen bezwecke.

Mit dieser Anerkennung der vorrangigen Bedeutung des Öffentlichkeitsschutzes ist allerdings – was anscheinend nicht immer genügend erkannt wird – noch nicht die Frage beantwortet, ob die Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts nicht vielleicht „neben“ dem primären Schutz der Allgemeinheit als einer unbestimmten und unbestimmbaren Personenvielheit gelegentlich in einem gewissen Umfang sekundär „auch“ dem Schutz bestimmter Personengruppen oder bestimmter Einzelpersonen zu dienen haben.

Diese Frage ist zu bejahen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Opportunitätsprinzip im Polizei- und Ordnungsrecht nicht uneingeschränkt gilt; denn nicht in jedem Falle ist die Entscheidung, ob gegen eine Gefahr oder Störung der öffentlichen Ordnung vorgegangen werden soll, der pflichtgemäßen *Ermessensprüfung* der zuständigen Behörde überlassen. Häufig erreicht die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung einen solchen Grad, daß die Behörde nicht untätig bleiben darf, sondern nach gesellschaftlichen Anschauungen einschreiten muß, weil sich diese Gefahr zu intensiver „Schädlichkeit“ (*W. Jellinek*) auswächst⁸. Diese sog. Schädlichkeitsgrenze, bei der sich der an und für sich vorhandene Ermessensspielraum so weit verengt, daß nur noch *eine* Entscheidung, die Entscheidung zu positivem Tätigwerden, rechtmäßig ist, ist nach einer im Schrifttum fast einhellig gebilligten Formulierung spätestens dann erreicht, wenn „die Gefahr unmittelbar wesentliche zentrale Rechtsgüter bedroht“ – wobei mit „Rechtsgütern“ an dieser Stelle offensichtlich typische Individualrechtsgüter, persönliche Rechte des Beeinträchtigten gemeint sind⁹. Es ist nun bezeichnend, daß die höchstrichterliche zivilgerichtliche Rspr. diese Verpflichtung zur Gefahrenabwehr

in einer Reihe von Einzelfällen dahin präzisiert hat, daß es sich bei ihr um eine dem geschädigten „Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ gehandelt habe¹⁰. Denn indem der BGH diese Feststellung trifft, gibt er zu erkennen, daß er das Individualinteresse des geschädigten Dritten auch vor Eintritt des schadenstiftenden Ereignisses als für die Polizei- bzw. Ordnungsbehörde rechtlich relevant ansieht. Dabei mag es dahingestellt bleiben, ob man aus dem vom BGH bejahten Merkmal der „einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht“ folgern darf, diese Amtspflicht habe als Rechtspflicht unmittelbar gegenüber der geschädigten Einzelperson bestanden, oder ob man die Ausführungen des Gerichtshofs dahin verstehen muß, die Verpflichtung habe auch in diesen Fällen allein gegenüber der anonymen Allgemeinheit bestanden und sich lediglich auf einzelne Personengruppen oder Personen konzentriert¹¹. Selbst wenn man sich nämlich der letzteren Auslegung anschließt, läßt der BGH mit der Bejahung einer gegenüber dem Dritten obliegenden Amtspflicht immerhin erkennen, daß die Verpflichtung zur Gefahrenabwehr dem zuständigen Beamten zumindest auch im Interesse des im konkreten Fall geschädigten Dritten auferlegt war; denn wo eine Verpflichtung ausschließlich nur gegenüber einer unbestimmten und unbestimmbaren Personenvielheit besteht, fehlt es stets an dem Merkmal der „einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht“¹².

Deutlicher als durch die zivilrechtliche Rspr. zum Amtshaftungsrecht wird von seiten der verwaltungsgerichtlichen Rspr. die rechtliche Relevanz des Individualinteresses im Polizei- und Ordnungsrecht herausgestellt. Das gilt vor allem für den Bereich des sog. besonderen Ordnungsrechts. So ist heute allgemein anerkannt, daß die Ordnungsbehörden im Interesse bestimmbarer Personengruppen verpflichtet sein können, die Erteilung rechtswidriger Erlaubnisse und Ausnahmegewilligungen zu widerrufen. Begründet wird diese Verpflichtung damit, daß die einschlägigen Vorschriften des Bauordnungs-, Gaststätten- und Gewerbebereichs nicht nur der Aufrechterhaltung der allgemeinen „öffentlichen“ Ordnung dienen, sondern auch im Interesse gewisser (individuell-personenmäßig oder doch der Sache nach bestimmbarer) Personengruppen, etwa der Grundstücksanlieger, Hausmitbewohner oder Nachbarn, zu deren Schutz vor Störungen wie Lärmimmissionen, Brandgefahren o. ä. erlassen sind¹³. Die verwaltungsgerichtliche Rspr. zum Polizei-

⁶ Vgl. etwa die klare Fassung der §§ 1 I OBG, 1 I württbadPolG. Zu weitgehend neuerdings *Bachof* DVBl. 1961, 128 ff. (130), nach dem das Tatbestandserfordernis, daß die „öffentliche“ Sicherheit oder Ordnung gefährdet sein müsse, lediglich negativ besagen soll, die Polizei oder die Ordnungsverwaltung dürfe nicht bei rein privaten Belangen eingreifen.

⁷ Vgl. a. S. 26 Fn. 12.

⁸ Vgl. im einzelnen *W. Jellinek* 432 f., dessen Lehre von der „Schädlichkeits-“ und „Übermaß“-grenze auch heute noch allgemein anerkannt ist.

⁹ Das ergibt der Zusammenhang der Entscheidung, in der der BGH diese Formulierung verwendet (BGH in *Kayser-Leiss* 829 f., Nr. 2221). Die Formulierung wird aufgegriffen von *Rietdorf* § 1, Anm. 9; *Müller-Heidelberg* § 1 Anm. 2 c; kritisch dazu neuerdings *Schroer* DOV 1962, 132 ff. (133 f.).

¹⁰ Vgl. die Entscheidungen des BGH in *Kayser-Leiss* 829 f., Nr. 2221, DVBl. 1952, 702 ff., 704, und NJW 1962, 791 ff., 792 (Verpflichtung zur Warnung vor Gefahrenquelle); vgl. auch BGH in *Kayser-Leiss* 831 f. Nr. 2223 (Verpflichtung zur Verhütung strafbarer Handlungen gegenüber dem durch die spätere Straftat Geschädigten). – Anklänge in dieser Richtung auch bei *Dreuss-Lassar* 27.

¹¹ Im ersteren Sinne *Menger* VerwArch. 1959, 193 ff. (203 f.), *Bachof* DVBl. 1961, 128 ff. (131) und anscheinend auch OVG Lüneburg DVBl. 1960, 648 f.; im letzteren Sinne *Weimar* StkVerw. 1959, 293, *Menger* VerwArch. 1961, 102 ff. (104).

¹² So – in Fortsetzung der ständigen Rspr. des RG und des BGH – BGHZ 18, 110 ff. (113).

¹³ Vgl. zum Baurecht: *Pietzonka* NJW 1957, 1582 ff. (1583); *Bachof* DVBl. 1961, 128 ff. (128) *Ewers* JuS 1962, 87 ff. (90 Fn. 21); zum Gaststätten- und Gewerbebereich: OVG Lüneburg DOV 1960, 143 f. (144); BVerwG DVBl. 1961, 408 ff.

und Ordnungsrecht hat sich jedoch nicht darauf beschränkt, Individualinteressen nur dort als rechtlich relevant anzusehen, wo die zuständige Behörde selbst – durch Erteilung einer rechtswidrigen Erlaubnis oder Ausnahmegewilligung – den Anstoß dazu gegeben hatte, daß eine Gefahr oder Störung entstand. Vielmehr hat die Rspr. neuerdings schon mehrfach den Standpunkt vertreten, daß die zuständige Polizei- oder Ordnungsbehörde auch dann im Interesse beeinträchtigter Personengruppen oder Einzelpersonen zur Gefahrenabwehr verpflichtet sein kann, wenn sie die Voraussetzungen für die Entstehung der Gefahr gar nicht selbst geschaffen hat, sondern allenfalls am Fortbestand dieser Gefahr – falls sie nämlich untätig bliebe – mitwirken würde¹⁴.

c) Diese Tendenz der Rspr. läßt sich wie folgt ergänzen und zusammenfassen:

1. Auch im Polizei- und Ordnungsrecht kann gelegentlich eine unausweichliche Verpflichtung zur Gefahrenabwehr bestehen und ein Untätigbleiben der zuständigen Behörde schlechthin ermessensfehlerhaft sein.

Eine unausweichliche Verpflichtung zur Gefahrenabwehr besteht dort, wo durch eine Gefahr bzw. Störung der öffentlichen Ordnung bestimmbare Personengruppen oder bestimmte Einzelpersonen als in ihrem Bestand an „wesentlichen Rechtsgütern“ offensichtlich unmittelbar Beeinträchtigte aus der (gefährdeten bzw. gestörten) „Allgemeinheit“ erkennbar herausgehoben werden. Kriterium dafür sind die Werthöhe und die für den Betroffenen zentrale Bedeutung des beeinträchtigten Rechtsgutes, die Intensität und das Ausmaß der Beeinträchtigung und, damit zusammenhängend, die Offenkundigkeit der besonderen Belastung dieser Personengruppen oder Einzelpersonen im Vergleich zur „Allgemeinheit“ oder anderen Personen(gruppen)¹⁵.

2. Zumindest insoweit, als nach Maßgabe dieser Kriterien eine unausweichliche Verpflichtung zur Gefahrenabwehr besteht, erfolgt die Tätigkeit der Polizei- und Ordnungsbehörden nicht allein um der Allgemeinheit willen, sondern auch zum Schutze der Individualinteressen der beeinträchtigten Personengruppen oder Einzelpersonen. Wo die Verpflichtung zur Gefahrenabwehr auch dem Schutze jener Individualinteressen dient, kann sie nicht als bloße Reflexwirkung des Polizei- und Ordnungsrechts verstanden werden; vielmehr müssen die Individualinteressen der Beeinträchtigten an der Gefahrenabwehr insoweit auch *rechlich* geschützt sein.

Bachof rechtfertigt diese Folgerung mit dem Hinweis, daß nur sie der vom Menschenbild des GG bestimmten Sicht des Einzelbürger-Staat-Verhältnisses gerecht werde; wo gewichtige und eines polizeilichen Schutzes bedürftige Individualinteressen gefährdet seien, könne die Verpflichtung zur Gefahrenabwehr nicht allein

¹⁴ Hierher zu rechnen sind die Entscheidungen BVerwG DVBl. 1961, 125 ff. (Staub- und Lärmbelästigung durch benachbartes Kohlegeschäft) und OVG Lüneburg DVBl. 1960, 648 f. (Lärmbelästigung durch Entlüfter einer benachbarten Werkhalle; das Gericht kommt hier lediglich wegen des dem Kläger möglichen Zivilrechtswegs zur Klageabweisung).

¹⁵ Kritisch *Schröder* DÖV 1962, 132 ff.; wie hier *Martens* JuS 1962, 245 ff. (247, 251).

dem Schutze öffentlicher Interessen zu dienen bestimmt sein¹⁶. Man könnte auch so argumentieren: wo sich die Verpflichtung zur Gefahrenabwehr auf bestimmte Einzelpersonen oder bestimmbare Personengruppen konzentriert, d. h. wo eine Verpflichtung, die den Schutz der Allgemeinheit bezweckt, im Einzelfall eine Individualisierung oder Konkretisierung der von ihr geschützten unbestimmt vielen Rechtssubjekte erfährt, spricht eine Vermutung dafür, daß die Reflexwirkungen des Polizei- und Ordnungsrechts in der Person dieser Beeinträchtigten – als bestimmbarer Repräsentanten der gestörten oder gefährdeten Allgemeinheit – zu subjektiven öffentlichen Rechten erstarken¹⁷. Zu demselben Ergebnis führt die folgende Erwägung: zumindest in denjenigen Fällen, in denen das Polizei- und Ordnungsrecht die zuständige Behörde zur Gefahrenabwehr verpflichtet – weil wesentliche Rechtsgüter einer Zivilperson unmittelbar bedroht werden – muß das Interesse der beeinträchtigten Zivilperson an der Gefahrenabwehr als *schutzwürdig* anerkannt werden; wo aber Rechtssätze einem nach allgemeiner Auffassung schutzwürdigen Interesse tatsächlich zugute kommen, darf angenommen werden, daß dieses Interesse insoweit auch rechtlich durch jene Rechtssätze geschützt werden soll^{18 19}.

3. Wo das Interesse beeinträchtigter Personengruppen oder Einzelpersonen rechtlichen Schutz genießt, wird dieser Schutz darin bestehen, daß man dem Beeinträchtigten ein beschränktes subjektives öffentliches Recht in Form der Destination zuerkennt. Das heißt: für den Fall, daß die Polizei- oder Ordnungsbehörden zur Gefahrenabwehr verpflichtet sind, haben die Beeinträchtigten auf Grund ihrer Berechtigung einen formellrechtlichen Abwendungsanspruch gegen das ermessensfehlerhafte Nichteinschreiten der zuständigen Behörde. Die Annahme eines vollen subjektiven öffentlichen Rechtes der beeinträchtigten Zivilpersonen würde der Grundkonzeption des Polizei- und Ordnungsrechts, der Vorrangstellung des Öffentlichkeitsschutzes und der stets nur sekundären Bedeutung des Individualinteressenschutzes, nicht gerecht und ist aus diesem Grunde abzulehnen²⁰; einer behördlichen Verpflichtung zur Gefahrenabwehr „entspricht“ daher im Polizei-

¹⁶ DVBl. 1961, 128 ff. (130).

¹⁷ Vgl. zu dieser Vermutung im allgemeinen: *Bachof*, Gedächtnisschrift, 287 ff. (303); *Huber* 684; *Hans J. Wolff* § 43 I b 2; *Ule* § 42 Anm. II 2.

¹⁸ Vgl. hierzu vor allem *Bachof*, a. a. O., 287 ff. (296 f.); ebenso *Maunz-Dürig* Art. 19 IV Rdn. 34 (Fn. 2).

¹⁹ Im Ergebnis wird ein Individualrechtsschutz im Polizei- und Ordnungsrecht grundsätzlich bislang nur von *Bachof* DVBl. 1961, 128 ff. (unter offensichtlicher Aufgabe von DÖV 1956, 245 f.) und von *Martens* JuS 1962, 245 ff. (249) bejaht. Vorsichtige Andeutungen in dieser Richtung gelegentlich auch bei *Maunz-Dürig* Art. 2 II Rdn. 27 (Fn. 1), *Drews-Wacke* 162 ff. (anders S. 160 daselbst) und *Menger* DVBl. 1961, 410 f. (411), *Scheerbarth* 26 und *Dörfler* NJW 1963, 14 ff. (18). Nicht grundsätzlich ablehnend ferner *Rietdorf* § 1 Anm. 9. Offenlassend: *Baur* JZ 1962, 73 ff. (75 Fn. 7); undeutlich *Koenig* Stkverw. 1961, 297 f. und *Evers* JuS 1962, 87 ff. (91).

²⁰ Wenn daher die Rspr. zunehmend dazu neigt, sich dort, wo sich ein Ermessensspielraum zu einer unausweichlichen Verpflichtung „verdichtet“, anstelle eines formellrechtlichen Abwendungsanspruchs einen materiellen Leistungsanspruch anzunehmen (vgl. *Hans J. Wolff* §§ 31 II e, 43 III b, jeweils a. E.), so ist diese Entwicklung für das Polizei- und Ordnungsrecht nicht zu billigen.

und Ordnungsrecht kein materieller Leistungsanspruch einer Zivilperson auf ein Einschreiten der zuständigen Behörde.

d) Abschließend bliebe – im Hinblick auf die Rechtsstellung des Obdachlosen – noch zu erörtern, ob auch ein **Störer** nach Maßgabe des Polizei- und Ordnungsrechtes Inhaber eines beschränkten subjektiven öffentlichen Rechtes sein kann. Mit dieser Frage hat sich die Rspr. bisher nicht näher beschäftigt. Offenbar ist sie vorwiegend mit Fällen befaßt worden, in denen jemand auf Beseitigung eines polizei- oder ordnungswidrigen Zustandes hinzuwirken suchte, für den er selbst nicht verantwortlich war²¹.

Zunächst: ob die Polizei oder die Ordnungsbehörde zur Abwehr einer Gefahr, die der Störer selbst nicht zu beseitigen vermag, verpflichtet ist, bestimmt sich allein nach den oben S. 34 angedeuteten Kriterien – ohne daß es darauf ankäme, ob es sich bei den bedrohten „wesentlichen Rechtsgütern“ um solche des Störers oder eines für die Gefahr nicht verantwortlichen Dritten handelt. Eine Verpflichtung zur Gefahrenabwehr kann für die zuständige Behörde daher auch dann entstehen, wenn durch die Gefahr der Störer selbst über die „Schädlichkeitsgrenze“ hinaus beeinträchtigt wird.

Daraus aber wird man folgern dürfen, daß in einem solchen Falle auch das Interesse des Störers an der behördlichen Gefahrenabwehr rechtlichen Schutz genießt. Wird eine Zivilperson durch eine Gefahr oder Störung der öffentlichen Ordnung unmittelbar in wesentlichen Rechtsgütern beeinträchtigt, kann ihr ein beschränktes subjektives öffentliches Recht (Destination) nicht einzig mit der Begründung abgesprochen werden, daß sie für diese ihr nachteilige Gefahr oder Störung im polizei- bzw. ordnungsrechtlichen Sinne selbst verantwortlich sei. Die Bestimmungen über die Polizei- und Ordnungspflicht regeln lediglich, inwieweit die Behörden auch Zivilpersonen zur Gefahrenabwehr heranziehen können und sind ein Teilausschnitt aus der Lehre von den polizeilichen (ordnungsrechtlichen) *Mitteln*. Sie ermöglichen keine Schlußfolgerungen hinsichtlich der Rechtsstellung des Störers für den Fall, daß er als „Mittel“ zur Gefahrenabwehr nicht in Frage kommt. – Im übrigen ist zu bedenken, daß ein Störer durch eine Gefahr für die öffentliche Ordnung nicht minder beeinträchtigt werden kann als ein nicht polizei- bzw. ordnungspflichtiger Dritter. Es käme daher auch vom Billigkeitsstandpunkt aus einer ungerichtfertigten Zurücksetzung und „Bestrafung“ des Störers gleich, wollte man ihm, sofern er der Gefahr nicht selbst Herr werden kann, rechtlichen Schutz versagen, weil er die Gefahr herbeigeführt habe.

²¹ Allenfalls hierher zu rechnen ist die Rspr. des BVerwG (DOV 1956, 244 f.; MDR 1959, 422) zur Stellung des Tuberkulösen nach der Tbc-HilfeVO, den das Gericht auf Grund des angeblich seuchenpolizeilichen Charakters der Tbc-HilfeVO als eine Art Störer der Volksgesundheit ansehen mußte.

Die Ansicht des BVerwG ist allgemein abgelehnt worden – meist mit dem Hinweis auf den fürsorgerechtlichen Charakter der Tbc-HilfeVO (Nachweise bei *Hans J. Wolff* § 43 III b). Aber selbst wenn man der Tbc-HilfeVO nur seuchenpolizeiliche Bedeutung zuerkennen wollte, wäre ein beschränktes subjektives öffentliches Recht des kranken „Störers“ zu bejahen gewesen (so mit Recht *Maunz-Dürig* Art. 2 II Rdn. 27 Fn. 1; ähnlich wohl VG Düsseldorf DVBl. 1962, 559).

Es ist deshalb nicht schlechthin ausgeschlossen, daß ein Störer, der selbst zur Gefahrenabwehr außerstande ist, zugleich Destinatär ist und gegen die zuständige Polizei- oder Ordnungsbehörde einen Abwendungsanspruch hat, wenn sie die Bereitstellung eigener Mittel oder die Inanspruchnahme eines Nichtstörers aus ermessensfehlerhaften Gründen verweigert.

III. Zur Stellung des Obdachlosen nach dem Ordnungsrecht

Die Ordnungsbehörde ist zur Unterbringung Obdachloser oder von Obdachlosigkeit Bedrohter *verpflichtet*, wenn die Situation, in der sich diese Personen befinden, nicht nur als Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung empfunden wird, sondern zugleich eine unmittelbare Bedrohung wesentlicher Individualrechtsgüter dieser Personen enthält.

Das wird nicht immer deutlich herausgestellt. Schrifttum und Rspr. heben meist nur den erstgenannten Gesichtspunkt hervor, indem sie die (drohende) Obdachlosigkeit lediglich als einen den öffentlichen Interessen zuwiderlaufenden Gefahrenzustand kennzeichnen; wo eine Familie oder eine Einzelperson kein Dach über dem Kopf habe und nachts zum Verbleiben auf der Straße gezwungen sei oder wo jemand ein solches Geschick alsbald zu gewärtigen habe, sei eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu besorgen; Aufgabe der Ordnungsbehörde sei es, nach pflichtgemäßem Ermessen über die Unterbringung solcher Personen zu befinden.

Derartige Ausführungen sind ungenau. Denn zumindest dort, wo jemand bereits obdachlos ist – z. B. wo die Familie eines Räumungsschuldners samt ihrem Hausrat vom Gerichtsvollzieher aus der bisherigen Mietwohnung entfernt worden ist und vor der hereinbrechenden Nacht keine Bleibe finden kann – ist die Entscheidung der Ordnungsbehörde, ob sie den Obdachlosen unterbringt, nicht mehr ihrem pflichtgemäßen Ermessen anheimgestellt, weil er in diesem Augenblick nicht allein in seiner Eigenschaft als Störer, sondern auch als in wesentlichen Individualrechtsgütern bedrohte Zivilperson der Ordnungsbehörde gegenübersteht.

Das ergibt sich aus folgendem:

1. Wer bereits obdachlos ist und befürchten muß, kein ihm Schutz bietendes Unterkommen zu finden, ist einmal unmittelbar in seiner – unverzichtbaren und unverwirkbaren – **Menschenwürde** getroffen.

Die Menschenwürde des Einzelnen ist nach einhelliger Auffassung nur gewährleistet, wo „ein Mindestmaß von sozialer Sicherheit besteht“, und ist in Frage gestellt, wenn dem Einzelnen „gewisse elementare Leibes- und Lebensbedingungen“ vorenthalten werden²². Diese Erkenntnis ist zwar heute allgemein gesichert, aller-

Die Streitfrage dürfte durch § 1 Tbc-HilfeG (§§ 4 I, 48 ff. BSHG) nunmehr erledigt sein.

²² Die erste Formulierung stammt von *Bachof* VVDStRL 12, 37 ff. (42), die zweite von *Dürig*, Festschrift, 157 ff. (163), und AöR 81, 117 ff. (131). – Im Ergebnis ähnlich: *Nipperdey*, Grundrechte, 1 ff. (5 f., 23); *Wintrich*, Arbeitsgemeinschaft, 5 ff. (18).

dings für die Praxis bislang nur selten fruchtbar gemacht worden²³. Für die Rechtsstellung des noch nicht untergebrachten Obdachlosen ist sie unmittelbar von Bedeutung.

Wo die *Eigeninitiative* des Obdachlosen vergeblich gewesen ist, von vornherein aussichtslos war oder es doch im Augenblick ist, wo die *staatliche Mithilfe* der Wohnungs- bzw. Fürsorgebehörde bei der Suche nach einer Unterkunft unterblieben ist oder doch zu keinem Erfolg geführt hat – in dieser Situation der „Aussichtslosigkeit auf Bleibe“ ist der Obdachlose in elementaren Lebensinteressen bedroht. Wo sich ein seßhafter Mensch außerstande sieht, irgendeine Unterkunft für sich und seine Angehörigen zu finden, werden seine existentiellen Lebensvoraussetzungen berührt. Wer nicht über eine, wenn auch noch so dürftige Bleibe verfügen kann, in der er Schutz und Zuflucht suchen und sich gegen unerwünschte Dritte abschirmen kann, muß entbehren, was zum unabdingbaren Existenzminimum des seßhaften Menschen gehört, soll er sich als sittlich-verantwortliche Persönlichkeit in seiner Umwelt bewähren und behaupten können. So gesehen stellt sich die Obdachlosigkeit einer Zivilperson – gleichgültig, ob ihre Notlage vorwiegend auf finanzieller Mittellosigkeit beruht oder hauptsächlich in den Verhältnissen auf dem Wohnungsmarkt ihren Grund hat – nicht nur für die Allgemeinheit als eine Störung der öffentlichen Ordnung dar, sondern zugleich für den Obdachlosen selbst als eine Bedrohung seiner individuell-menschlichen Würde.

Die Menschenwürde des Einzelnen, von unserer Verfassung als höchstes Individualrechtsgut anerkannt, wird durch das Grundrecht des Art. 1 I GG geschützt; die Auffassung, daß Art. I GG weder Programmsatz noch bloßer Auslegungsgrundsatz sei, sondern ein echtes Grund- und Freiheitsrecht enthalte, hat sich immer mehr durchgesetzt²⁴.

²³ Bemühungen in dieser Richtung etwa bei *Winkelvoss* NJW 1958, 2000 ff.: subjektives öffentliches Recht aus Art. 1 GG auf menschenwürdige Wohnung (zurückhaltend insoweit Bayer. VerfGH ZMR 1962, 294 ff., 297); zur Heranziehung des Art. 1 GG ferner etwa *Hildeg. Krüger* NJW 1957, 1209 (1211) u. a.

²⁴ Vgl. etwa im Schrifttum: *Nipperdey*, Grundrechte, 1 ff. (11, 33); *Hildeg. Krüger* NJW 1957, 1209 ff. (1211); *Krüger-Bretzke*, Einl. Rdn. 245 ff.; *Hamann* Art. 1 Anm. A 1 a, B 4 und 5; *Wintrich*, Arbeitsgemeinschaft, 5 ff. (31 f.); *Löw* DOV 1958, 516 ff.; *Winkelvoss* NJW 1958, 2000 ff.; *Gillner* Stkverw. 1961, 118 ff. (118, 121); aus dem polizeirechtlichen Schrifttum: *Dreus-Wäcke* 132 (abweichend anscheinend *Scheer-Trübel* 17); in der Rspr.: BVerwG NJW 1961, 1548 und MDR 1962, 597 ff. (598); OVG Münster DOV 1960, 145; BGH (4. Senat) NJW 1961, 1397 ff. (1398); abweichend hiervon BGH (6. Senat) NJW 1961, 2059 ff. (2060: „... Art. 2 ... an der Spitze der Grundrechte ...“).

Die ansehnliche und umfangreiche Gegenmeinung ist bei *Mauz-Dürig* Art. 1 I Rdn. 4, zitiert. Die Streitfrage lassen offen: *Stree* 36, 151; *Hartmann* NJW 1962, 12 ff. (14 Fn. 45).

Für die hier vertretene Auffassung spricht einmal, daß unmittelbare Vorbilder für Art. 1 I GG die Art. 100 bayerVerf. und 1 II EHCh. gewesen sind, deren Charakter als Grundrechte seinerzeit wie heute außer Zweifel steht (vgl. *v. Mangoldt-Klein* Art. 1, Anm. III 2). Dieser Gesichtspunkt wird immer wieder nur ungenügend gewürdigt (etwa von *v. Mangoldt-Klein*, a. a. O.; auch von *Mauz-Dürig*, a. a. O., die in diesem Zusammenhang lediglich auf eine Rspr. des Bayer. VerfGH zu Art. 100

2. Wer bereits obdachlos ist und befürchten muß, kein ihm Schutz bietendes Unterkommen zu finden, ist zum andern unmittelbar in seiner Gesundheit bedroht.

Leben und körperliche Unversehrtheit des Einzelnen werden durch das Grund- und Freiheitsrecht des Art. 2 II GG geschützt.

Unter Berücksichtigung der Werthöhe dieser bedrohten Individualrechtsgüter sowie der Intensität und Offenkundigkeit dieser Bedrohung erscheint der Obdachlose als unmittelbar Betroffener derart herausgehoben aus der durch seine Obdachlosigkeit gestörten Allgemeinheit, daß die Ordnungsbehörde – und zwar auch im Interesse des obdachlosen Störers selbst – zum Eingreifen verpflichtet ist.

Die Folgerung darf allerdings nicht mißverstanden werden. Ausgangspunkt und Grundlage ordnungsbehördlicher Tätigkeit ist und bleibt auch auf dem Sachgebiet des Obdachlosenwesens der Öffentlichkeitsschutz. Dieser Öffentlichkeitsschutz verliert hier lediglich in stärkerem Maße als in anderen Sachbereichen des Polizei- und Ordnungsrechts seine „Monopolstellung“, da eine Störung der öffentlichen Ordnung, die durch das Obdachloswerden einer Zivilperson hervorgerufen wird, regelmäßig auch wesentliche Individualrechtsgüter des Obdachlosen selbst beeinträchtigt. Da der Öffentlichkeitsschutz für die ordnungsrechtliche Bekämpfung der Obdachlosigkeit vorrangig bleibt, ist vom rechtssystematischen Standpunkt aus – in der Praxis mögen sich diese Unterschiede verwischen – auch die Behauptung

bayerVerf. verweisen, die dieser Gerichtshof längst aufgegeben hat: vgl. Bayer. VerfGH Bd. 8, 52 ff., 57; Bd. 12, 168 ff., 171).

Für sie spricht ferner, daß der Werthöhe, die der Verfassungsgeber dem Art. 1 I GG in der hierarchischen Rangordnung der Verfassungsbestimmungen offensichtlich einräumt – „Verfassungsrecht überragenden Ranges“, „Grundforderung unserer Verfassung“, „fundamentale Rechtsnorm“, „Verfassungsnorm obersten Ranges“ und „Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung“ – nur dann hinreichend und gebührend Rechnung getragen wird, wenn man ihr eine höchstmögliche Effektivität beimißt, indem man Art. 1 I GG als Grund- und Freiheitsrecht anerkennt und dem in seiner Menschenwürde Betroffenen unmittelbaren Rechtsschutz gegen den Verletzer dieser Würde gewährt (die oben zitierten Formulierungen finden sich bei *Nipperdey*, a. a. O., 34; *Münch* [nach *Löw*, a. a. O., 518 Fn. 30]; *Hans J. Wolff*, §§ 33 I, 25 I a; *Wintrich*, a. a. O., 10 f.; *v. Mangoldt-Klein* Art. 1, Anm. III 1 b).

Soweit gegen die hier vertretene Auffassung vorgebracht wird, daß der Wortlaut des Art. 1 I GG (insbesondere Abs. III) gegen den Grundrechtscharakter des Art. 1 I GG spreche, ist diese Textauslegung, wie *Löw* a. a. O. ausführlich nachgewiesen hat, nicht zwingend (vgl. auch *Nipperdey*, a. a. O., 12, zu den Bemühungen, dem Art. 1 I GG im Wege philologisch-verbaler Textkritik die Grundrechtsqualität abzuspüren: „... solch spitzfindiger Formalismus ziemt sich nicht“). Es wäre auch recht schwer verständlich, wollte man daraus, daß der Verfassungsgeber dem Satz von der Menschenwürde eine solch überragende Vorrangstellung im Katalog der „Grundrechte“ – so lautet die Überschrift jenes Verfassungsabschnitts – einräumt, den Schluß ziehen, daß gerade dieser Satz dem Träger der Menschenwürde unmittelbaren rechtlichen Schutz versage. Schließlich ist das in den Art. 2 I ff. GG niedergelegte „Wert- und Anspruchssystem“ (*Mauz-Dürig* Art. 1 I Rdn. 6 ff.) auch nicht so lückenlos, als daß die Ausgestaltung des Art. 1 I GG zu einem subjektiven öffentlichen Recht entbehrlich erscheine (vgl. dazu *Mauz-Dürig* Art. 1 I Rdn. 13 Fn. 1). Das gilt um so mehr, als die Grundrechtsqualität des Art. 2 I GG noch immer umstritten ist (verneinend etwa: *Haas* DOV 1954, 70 ff., 71; *v. Mangoldt-Klein* Art. 2, Anm. III 5 a und b; seinerzeit auch *Hans J. Wolff*, 1. Auflage, § 33 V a; kritisch ferner *Wertenbruch* DVBl. 1958,

unzutreffend, daß die Ordnungsbehörde auf dem Gebiete des Obdachlosenwesens die Rolle einer „zweiten Fürsorgebehörde“ spiele. Das Fürsorgerecht dient allein und unmittelbar dem Interesse des Hilfsbedürftigen; dieser ist deshalb auch Inhaber eines vollen subjektiven öffentlichen Rechts. Das Ordnungsrecht dient vorwiegend dem Schutze der Allgemeinheit und nur dort, wo wesentliche Individualrechtsgüter bedroht sind, daneben auch dem Individualinteresse – mit der Folge, daß der Obdachlose lediglich Inhaber eines beschränkten subjektiven öffentlichen Rechts ist. Anders formuliert: der hilfsbedürftige Obdachlose hat gegen die Fürsorgebehörde einen vollen Leistungsanspruch auf Verschaffung eines Unterkommens, dagegen hat der Obdachlose im übrigen grundsätzlich nur einen formellrechtlichen *Abwendungsanspruch* gegen die *Ordnungsbehörde*, soweit sie seine Unterbringung ermessensfehlerhaft verweigert.

Das gilt im Verhältnis zur Ordnungsbehörde selbst für den *hilfsbedürftigen* Obdachlosen, der von der Fürsorgebehörde nicht untergebracht wird und daher der Ordnungsbehörde „anheimfällt“. Denn sobald sich die Fürsorgebehörde seiner nicht annimmt, wird der Obdachlose für die Ordnungsbehörde nicht infolge seiner fürsorgerechtlichen Hilfsbedürftigkeit, sondern in seiner Eigenschaft als Störer relevant. – Es wäre allenfalls zu fragen, ob die Ordnungsbehörde mit der Unterbringung eines hilfsbedürftigen Obdachlosen der Fürsorgebehörde Amtshilfe leistet und ob vielleicht aus diesem Grunde die Rechtsstellung des hilfsbedürftigen Obdachlosen gegenüber der Ordnungsbehörde doch nach fürsorgerechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist²⁵. Indessen läßt sich in Fällen dieser Art kaum Amtshilfe zugunsten der Fürsorgebehörde annehmen, wenn diese nicht etwa ausnahmsweise als ersuchende Behörde hervortritt. Die Ordnungsbehörde wird in Kenntnis der Sachlage jedoch regelmäßig von vornherein bewußt in *eigener* Zuständigkeit und Verantwortung tätig. Im übrigen: auch wenn die ordnungsrechtliche Unterbringung eines hilfsbedürftigen Obdachlosen als Amtshilfe zu werten wäre, würde das lediglich im Innenverhältnis eine besondere Verpflichtung der ersuchten Behörde gegenüber der ersuchenden Behörde auslösen. Dagegen würde sich die Rechtsstellung des Betroffenen gegenüber der ersuchten Behörde bei Durchführung der Amtshilfe allein nach dem für diese Behörde maßgeblichen Recht – hier also nach dem Ordnungsrecht – richten; wer eine günstige Rechtsstellung gegenüber der um Amtshilfe ersuchenden Behörde hat, hat deshalb nicht automatisch die gleiche Stellung gegenüber der ersuchten Behörde²⁶. Daher hat auch der fürsorgeberechtigte Obdachlose gegenüber der Ordnungsbehörde lediglich die Rechtsstellung eines Destinatärs.

481 ff., 484; *Werbahn* A6R 81, 250 ff., 272. Auch auf das noch immer nicht geklärte Verhältnis zwischen Art. 2 I und Art. 2 II ff. GG ist hinzuweisen).

²⁵ Nur wenn diese beiden Voraussetzungen vorliegen, würde der hilfsbedürftige Obdachlose auch gegenüber der um Amtshilfe ersuchten Ordnungsbehörde Inhaber eines vollen subjektiven öffentlichen Rechtes sein.

²⁶ In diese Richtung deutet auch eine Bemerkung bei *Mauz-Dürig* Art. 35 Rdn. 1 a. E., nach der die Befugnisse der ersuchten Behörde durch die Amtshilfe keine Änderung erfahren. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß für die Rechtsstellung dessen, der durch eine auf Grund des Amtshilfeersuchens vorzunehmende Maßnahme betroffen oder begünstigt wird, das für die ersuchte Behörde geltende Recht maßgeblich ist. –

DRITTES KAPITEL

Die Privatinspruchnahme als Fremdeinweisung: Inhalt und Rechtsbeziehungen

§ 4 Die Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde und Eigentümer

Die durch Unterbringung eines Obdachlosen in Privaträumen entstehenden Beziehungen zwischen der einweisenden Ordnungsbehörde und dem betroffenen Eigentümer sind rechtlich die Folge einer an den Eigentümer gerichteten Inanspruchnahme. Mit dieser Verfügung richtet die Behörde eine Art „Stillhalteanordnung“ an den Eigentümer und schafft dadurch die für die Einweisung und Unterbringung des Obdachlosen erforderlichen Voraussetzungen.

Die Inanspruchnahme bringt zwischen der Ordnungsbehörde und dem Eigentümer ein befristetes Rechtsverhältnis zum Entstehen, das dem öffentlichen Recht angehört, weil es auf Bestimmungen beruht, die auf einer Seite nur ein Subjekt hoheitlicher Gewalt, hier die Ordnungsbehörde aus Gründen der Gefahrenabwehr, berechtigen und verpflichten können¹.

1. Zur Beschlagnahmewirkung der Inanspruchnahmeverfügung

Wesentlicher Inhalt der auf §§ 14, 19 OBG gestützten Inanspruchnahmeverfügung ist die Beschlagnahme der im einzelnen näher bezeichneten Räume und Nebengelasse des Eigentümers durch die Ordnungsbehörde zum Zwecke der Unterbringung des Obdachlosen. Sie besteht im vorliegenden Falle – bei aller Unterschiedlichkeit, mit der der Gesetzgeber den Begriff der Beschlagnahme in den einschlägigen Gesetzen verwendet – in einer durch hoheitlichen Befehl angeordneten, erforderlichenfalls im Zwangswege durchsetzbaren Bereitstellung bestimmter Räumlichkeiten und deren Inverfügungnahme und Verwendung seitens der Behörde². Sie beinhaltet das Gebot an den Eigentümer, die Inverfügungnahme der beanspruchten Räume und ihre einstweilige Überlassung an den Obdachlosen zum Zwecke seiner vorübergehenden, notdürftigen Unterbringung für den gesamten in der Inanspruchnahme vorgesehenen Zeitraum hinzunehmen, und ein entsprechendes Verbot an den Eigentümer, die behördliche Inverfügungnahme und Überlassung der Räume zu beeinträchtigen oder zu stören. Kennzeichnend für die Beschlagnahme der Räume ist

Die Bestimmungen der §§ 27 I 2 OBG, 40 II PVG, die – lediglich im Hinblick auf die Rechtsbehelfe – Maßnahmen der ersuchten Behörde als solche der ersuchenden Behörde bezeichnen, dürften der hier vertretenen Ansicht nicht entgegenstehen.

¹ In Anlehnung an die Abgrenzung bei *Hans J. Wolff* § 22 II c; abweichend die Formulierungen zum öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis bei *W. Jellinek* 191 f.; *v. Köhler* 205 f.; *Menger* 236.

² Vgl. etwa *Blomeyer-Bartenstein* 123, 388 f., 394; *Schönke-Schröder* § 137, Anm. II 2 a. – Zur unterschiedlichen Terminologie des Gesetzgebers vgl. *Blomeyer-Bartenstein* 123.

somit die vorübergehende Einschränkung des Eigentums des in Anspruch genommenen Nichtstörers und die darin notwendigerweise enthaltene Verpflichtung des Betroffenen zur Duldung dieser Einschränkung.

Diese allgemeinen Ausführungen bedürfen der Ergänzung. Einmal: die Duldungsverpflichtung des Eigentümers gegenüber der Ordnungsbehörde beruht allein auf öffentlichem Recht und findet ihre Grundlage in der Gültigkeit bzw. Rechtswirksamkeit der von der Behörde erlassenen Verfügung. Es besteht Grund, dies hervorzuheben, weil immer wieder – auch in diesem Zusammenhang – eine Neigung zu beobachten ist, typisch öffentlich-rechtliche Vorgänge aus dem Blickfeld des Privatrechts heraus zu würdigen und dann schließlich durch Anwendung privatrechtlicher Konstruktionen in ihrem Wesensgehalt zu verändern. Wenn neuerdings z. B. gelegentlich behauptet wird, daß die Ordnungsbehörde auf Grund der Inanspruchnahme Besitzerin der beschlagnahmten Räume werde, so ist gegen eine solche Annahme methodisch sicherlich nichts einzuwenden³. Sobald aber aus jener – angeblichen – Besitzerposition der Ordnungsbehörde gefolgert wird, daß der Eigentümer der Behörde gegenüber zur Duldung der Beschlagnahme seiner Räume „daher“ aus Gründen des privatrechtlichen Besitzschutzes verpflichtet sei, würde man die typisch öffentlich-rechtliche Duldungsverpflichtung des Eigentümers gegenüber der Behörde durch eine privatrechtliche Einkleidung verdecken und in ihrem Rechtscharakter verfälschen. Aus diesem Grunde ist der Eigentümer zur Duldung der Inanspruchnahme seiner Räume nötigenfalls allein mit den Mitteln des Verwaltungszwanges – und nicht etwa im Wege der Geltendmachung des privatrechtlichen Besitzstörungsanspruchs – von der Ordnungsbehörde anzuhalten⁴.

Zum andern: das in der Inanspruchnahme an den Eigentümer gerichtete öffentlich-rechtliche Duldungsgebot und Beeinträchtigungsverbot besteht allein gegenüber der Ordnungsbehörde und ist daher eine transitive Verpflichtung⁵ des Eigentümers.

II. Zur Verpflichtung der Ordnungsbehörde zur Wahrung der Interessen des Eigentümers

Die Ordnungsbehörde ist gegenüber dem Eigentümer als Nichtstörer verpflichtet, Dauer und Umfang der Einschränkung des Eigentums unter höchst möglicher Wahrung der Belange des Betroffenen zu bestimmen. Diese Verpflichtung zur Rücksichtnahme und Interessenwahrung zugunsten des in Anspruch Genommenen folgt aus dem Ausnahmeharakter der Notstandsvorschrift des § 19 OBG und hat in Abs. I S. 2 sowie in Abs. II dieser Bestimmung einen gewissen, wenn auch nicht erschöpfenden Niederschlag gefunden⁶.

³ In sachlicher Hinsicht kann diese Ansicht allerdings nicht befriedigen; Näheres vgl. u. S. 64 ff.

⁴ Hier: mittels Zwangsgeldes bzw. unmittelbaren Zwanges (§§ 55, 58, 60 f. VwVG) an Stelle des Besitzstörungsanspruchs aus §§ 862, 858 BGB.

⁵ Zu diesem Begriff vgl. *Hans J. Wolff* § 40 II b 1. – Die Privatrechtslehre spricht mißverständlich von „absoluten“ und „relativen“ Pflichten und Rechten.

⁶ Vgl. dazu im einzelnen: VVO Nr. 36 ff. zum OBG; *Rietdorf* § 19 Anm. 2–8; *Senger-Kurzmann* § 19 Anm. 6.

Die Verpflichtung zu möglichstster Wahrung der Belange des Nichtstörers kann schon vor der Unterbringung bei der Auswahl des Obdachlosen relevant werden, indem die Behörde zu prüfen hat, ob der unterzubringende Obdachlose dem Eigentümer zumutbar ist. Wenn auch dieser Prüfung der Zumutbarkeit nicht die gleich große Bedeutung wie im Falle des § 15 I 2 WBG zukommen mag, so darf sie doch nicht ganz unterbleiben.

Aber auch nach erfolgter Unterbringung äußert sich die behördliche Verpflichtung zur Fremddinteressenwahrung nicht allein, wie vielfach angenommen wird, darin, daß die Behörde die Inanspruchnahme des Eigentümers möglichst kurz zu bemessen und so schnell wie irgend möglich zu beenden hat. Vielmehr ergibt sich für die Zeit der Rechtswirksamkeit der Inanspruchnahme – d. h. solange die Beschlagnahme eben noch nicht beendet werden kann – aus dem Gebot zur Wahrung der Belange des betroffenen Nichtstörers eine weitere Aufgabe für die Ordnungsbehörde. Ihr obliegt es, interne Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten zwischen Eigentümer und eingewiesenem Obdachlosen, beispielsweise über die Verteilung und Benutzung bestimmter Nebengelasse, über die Pflege der Räumlichkeiten oder über gewisse Straßenanliegerpflichten, zu bereinigen und zu schlichten. Angesichts der mannigfachen Reibereien, die das vorübergehende Beieinanderwohnenmüssen des Eigentümers bzw. seiner Mietparteien mit dem zwangseingewiesenen Obdachlosen häufig mit sich bringt, wird die Behörde gelegentlich genötigt sein, eine Art Schiedsrichterfunktion auszuüben und Entscheidungen zu treffen, die sie für den Fall der Unterbringung in gemeindeeigenen Heimen und Asylen erschöpfend in den für diese Unterkünfte erlassenen Sonderverordnungen⁷ zu regeln pflegt. – Das Bedenken, ob solche internen Streitigkeiten zwischen Eigentümer und Eingewiesenem bereits die öffentliche Ordnung gefährden und es rechtfertigen, daß sich die Behörde hierin einschaltet, greift nicht durch. Es ist zwar richtig, daß Differenzen unter Mietparteien regelmäßig keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellen und ein Eingreifen der für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörden nicht erfordern. Etwas anderes wird man indessen bei der Unterbringung eines Obdachlosen auf Grund des ordnungsrechtlichen Notstandsrechts annehmen müssen. In einem solchen Falle wird die Verpflichtung der Behörde zu höchstmöglicher Wahrung der Interessen des Nichtstörers dahin ausulegen sein, daß die Behörde – zumindest auf Ersuchen des Eigentümers – eingreift und zwischen Eigentümer und Eingewiesenem zu klären bzw. zu vermitteln sucht, ehe die Auseinandersetzungen zwischen beiden eine Störung der öffentlichen Ordnung hervorrufen. – Die Ordnungsbehörde ist überhaupt verpflichtet, den Eingewiesenen zu einem verträglichen Verhalten gegenüber dem Eigentümer anzuhalten und ihn im Falle erheblichen Störens⁸ vorzeitig aus den Räumen herauszunehmen.

⁷ Das sind abstrakt-generelle Anordnungen von Hoheitssubjekten zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse (vgl. *Hans J. Wolff* § 25 VIII).

⁸ Wofür etwa der Mietaufhebungsgrund des § 2 MSchG einen praktikablen Maßstab bietet.

Aus dem in § 19 II OBG statuierten Gebot zur Wahrung der Interessen des Eigentümers wird man übrigens auch herleiten müssen, daß die Ordnungsbehörde dem Eigentümer gegenüber verpflichtet ist, die in Anspruch genommenen Räume während der Beschlagnahme in einem notdürftig bewohnbaren Zustand zu erhalten. Etwas anderes möchte nur dann gelten, wenn zwischen Eigentümer und Ordnungsbehörde die Vorschriften des Mietrechts Anwendung fänden; in diesem Falle wäre der Eigentümer nach § 536 BGB, soweit diese Vorschrift nicht etwa nach Maßgabe des Einheitsmietvertrages abbedungen worden ist, selbst Instandhaltungspflichtig. § 536 BGB ist jedoch typischer Ausfluß eines vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses und dadurch gerechtfertigt, daß der Mieter einen gemeinsam vereinbarten Mietzins zahlt. Nun erhält der Eigentümer zwar auch im Falle der Obdachlosenunterbringung ein Nutzungsentgelt von der Ordnungsbehörde gezahlt, das gewöhnlich der preisrechtlich zulässigen Miete entspricht. Doch ist bei der Obdachlosenunterbringung die Interessenlage angesichts der besonderen Rücksichtnahmeverpflichtung der Behörde gegenüber dem Eigentümer anders zu beurteilen als im Miet(vertrags)recht. Denn die Zahlung eines Nutzungsentgelts ist nicht Ausdruck einer freiwilligen Vereinbarung, in der der Eigentümer als Gegenleistung für die gezahlte Entschädigung etwa die Instandhaltung der beschlagnahmten Räume übernimmt. Mangelt es aber an einer solchen gewollten Wechselwirkung zwischen Entschädigung für die Inanspruchnahme einerseits und Gefahrtragung für den Zustand der Räume andererseits, so wird man auf Grund von § 19 II OBG die Ordnungsbehörde – nicht den eingewiesenen Obdachlosen⁹ – als den dem Eigentümer gegenüber Instandhaltungspflichtigen anzusehen haben.

III. Zum finanziellen Ausgleich der Vermögensnachteile des Eigentümers

Schließlich ist die Ordnungsbehörde dem Eigentümer zu einem gewissen Ausgleich derjenigen Vermögensnachteile verpflichtet, die diesem dadurch erwachsen, daß er den Aufenthalt des eingewiesenen Obdachlosen dulden muß und nicht selbst über seine Räume durch Vermietung disponieren kann. Diese Entschädigungspflicht ergibt sich aus § 42 Ia OBG bzw. den entsprechenden Vorschriften der Polizeigesetze der Länder und ist eine gesetzliche Folge der – rechtmäßigen – Inanspruchnahme.¹⁰ Es bedarf in diesem Zusammenhang deshalb der Erörterung, inwieweit die Behörde dem Eigentümer für dessen finanzielle Einbußen, insbesondere einmal für entgangenen Gewinn und zum anderen für Schäden aus Exzessen des eingewiesenen Obdachlosen, einzustehen hat.

Was zunächst den durch die Maßnahmen der Ordnungsbehörde entgan-

⁹ Diesen trifft – im Zusammenhang mit seiner Unterbringung und tatsächlichen Inhabung der Räume – die sog. Verkehrssicherungspflicht gegenüber der Allgemeinheit, die ihn notfalls nach Deliktsrecht schadensersatzpflichtig macht. Diese Verkehrssicherungspflicht ist indessen mit der hier behandelten Instandhaltungspflicht nicht identisch.
¹⁰ Ist die Inanspruchnahme allerdings mangelhaft, haftet die Ordnungsbehörde für die Nutzungsentuschädigung aus enteignungsähnlichem Eingriff oder aus Amtshaftung; in diesem Sinne wohl auch Pohlmann ZMR 1954, 324; Fellner-Fischer § 31 Rdn. 13; OLG Bamberg DWW 1961, 374 ff. (375).

nen Gewinn des Eigentümers betrifft, ist die Ordnungsbehörde verpflichtet, dem Eigentümer die von ihm nicht erzielten Mieteinkünfte in Höhe des „gewöhnlichen Nutzungsentgelts“ (§ 43 I 1 OBG) der beschlagnahmten Räume zu ersetzen.¹¹ Das wird bei preisgebundenem Wohnraum – vor allem dieser kommt bei der Obdachlosenunterbringung in Betracht – regelmäßig der preisrechtlich zulässige Mietzins sein, d. h. bei Altbauten beispielsweise der nach dem 1. BMG in Verb. m. der AMVO zulässigen Mietzins einschließlich der Erhöhung nach dem 2. BMG.¹² Bei nicht preisgebundenem Wohnraum wird als Entschädigung derjenige Betrag zu zahlen sein, den der Eigentümer im Falle einer Neuvermietung nach Lage des örtlichen Wohnungsmarktes von Wohnungsuchenden ohne Schwierigkeiten („gewöhnlich“) als Mietzins fordern könnte und bekommen würde.

In der Rspr.¹³ wie auch in der ordnungsbehördlichen Praxis wird nun bisweilen erörtert, ob nicht auch der eingewiesene Obdachlose unmittelbar an den Eigentümer Nutzungsvergütung zahlen müsse; bejahendenfalls erleide der Eigentümer – zumindest in den Fällen, in denen der Eingewiesene finanziell instande wäre, das vielleicht recht billige Entgelt für die beschlagnahmte Unterkunft selbst zu zahlen – wegen der Realisierbarkeit jenes Anspruchs gegen den Eingewiesenen auch keinen finanziellen Schaden durch die Privatanspruchnahme, so daß die Ordnungsbehörde den Eigentümer in einem solchen Falle von vornherein auf den Ersatzanspruch gegen den Eingewiesenen verweisen könne. Gelegentlich wird dabei auf die Vorschrift des § 42 II a OBG hingewiesen: in dieser Bestimmung gehe der Gesetzgeber selbst davon aus, daß anstelle oder neben der Ordnungsbehörde auch andere entschädigungs- oder schadensersatzpflichtige Schuldner vorhanden sein könnten.

¹¹ Vgl. OVG Münster ZMR 1958, 72: „gewöhnlicher Nutzwert, kein überhöhter früher gezahlter Mietzins“; BGH DWW 1961, 215 f. (216): „Entschädigung für gewöhnlichen Ausfall“; vgl. ferner LG Frankfurt NJW 1961, 1872 mit ähnlichen Erwägungen zum BLG. – Problematisch ist die Entgeltshöhe bei bloßer Teilbeschlagnahme der Wohnung. Die in diesen Fällen naheliegende Lösung „proportionale Verringerung des Nutzungsentgelts“ scheidet dort aus, wo der Eigentümer über die verbleibenden, nicht beschlagnahmten Räume infolge Wohnraumbewirtschaftung nicht verfügen darf bzw. wo er nachzuweisen vermag, daß er sie aus anderen Gründen nicht voll ausnutzen kann. – Nicht unbedenklich ist aber auch der von den Ordnungsbehörden bisweilen gewählte Ausweg, mit Zustimmung des Eigentümers die gesamten Räume – selbst wenn eine Engersetzung der Obdachlosen vertretbar wäre – zu beschlagnahmen und dann das volle Entgelt zu entrichten. Hiergegen spricht, daß § 19 OBG ein allgemeines Ordnungsprinzip ausspricht, wenn er die Ordnungsbehörden in Wahl und Ausführung ihrer Mittel einschränkt, und daß ein „Verzicht“ des in Anspruch genommenen Nichtstörers auf diese Schutzwirkung nicht der Disposition des Nichtstörers unterliegt (anders wohl v. Eyll-Kipar 81).

¹² Übrigens wird man auch Mietbeträge, die der Vorgänger eines eingewiesenen Obdachlosen mit dem Eigentümer gemäß § 3 des 1. BMG vereinbart hatte (Erhöhung der preisrechtlich zulässigen Miete um $\frac{1}{4}$), als „gewöhnliches Nutzungsentgelt“ anzusehen haben, sobald jenes Mietverhältnis endet und die Ordnungsbehörde eine Obdachloseneinweisung vornimmt.

¹³ Vgl. etwa LG Kiel ZMR 1956, 356 f., das von einer unmittelbaren Zahlungsverpflichtung des Eingewiesenen gegenüber dem Eigentümer auszugehen scheint; demgegenüber sehen LG Essen ZMR 1956, 8 f. (9) und OLG Bamberg DWW 1961, 374 ff. (375) offenbar die Ordnungsbehörde als alleinige Schuldnerin des Eigentümers an.

Demgegenüber ist festzustellen, daß der Eingewiesene während der Rechtswirksamkeit der Inanspruchn. unmittelbar dem Eigentümer gegenüber nicht zum Ersatz der Benutzungsvorteile verpflichtet ist, die ihm durch die Maßnahmen der Ordnungsbehörde zugute kommen. Eine eigene Ersatzpflicht des Eingewiesenen gegenüber dem Eigentümer könnte sich – insoweit muß der Behandlung der Beziehungen zwischen Eigentümer und Obdachlosem vorgegriffen werden – entgegen der allgemeinen Meinung allein aus den Ersatzansprüchen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ergeben. Da diese nach inzwischen einhelliger Auffassung jedoch nur im Verhältnis zwischen Eigentümer und unrechtmäßigem Besitzer Anwendung finden¹⁴, der eingewiesene Obdachlose aber während der Wirksamkeit der Inanspruchn., wie noch darzulegen sein wird, rechtmäßiger Besitzer der beschlagnahmten Räume ist, kann er auf Grund der §§ 987 ff. BGB von vornherein nicht zum Ersatz für die von ihm gezogenen Nutzungen verpflichtet sein. Auch nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung ist der eingewiesene Obdachlose nicht verpflichtet, den Eigentümer für die ihm zuteil gewordenen Benutzungsvorteile zu entschädigen, weil er die von ihm bezogenen Räume nicht „ohne Rechtsgrund“ im Sinne des Bereicherungsrechts (§ 812 I BGB) bewohnt¹⁵. Nach alledem ist zur Entschädigung des Eigentümers für dessen entgangenen Gewinn unmittelbar nur die einweisende Behörde, nicht auch der eingewiesene Obdachlose verpflichtet¹⁶.

Zweifelhaft könnte die bislang noch nicht näher erörterte Frage sein, in welchem Umfang die Ordnungsbehörde verpflichtet ist, dem Eigentümer für Schäden aufzukommen, die der Obdachlose – sei es mutwillig, fahrlässig oder etwa im Rausch – in den für ihn bereitgestellten Wohnräumen und Nebengelassen angerichtet hat (Exzeßschäden durch den Eingewiesenen). Für die Beantwortung dieser Frage kommt es entscheidend darauf an, ob es sich bei derartigen Schäden gemäß § 43 I OBG um „Vermögensnachteile, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der zu entschädigenden Maßnahme stehen“, oder um unmittelbare Folgen des behördlichen Eingreifens handelt. Im ersteren Falle würde die Ordnungsbehörde nur im Härtefall, im zweiten Fall uneingeschränkt entschädigungspflichtig sein. Das Schrifttum zur Frage des mittelbaren oder unmittelbaren „Zusammenhangs mit der zu entschädigenden Maßnahme“ ist unergiebig¹⁷. Man wird zwischen der unerlaubten Handlung des Obdachlosen und der entschädigungsbedürftigen Maßnahme der Behörde lediglich einen mittelbaren Zusammenhang annehmen können. Die zu entschädigende Maßnahme im Sinne der §§ 42, 43 OBG ist allein die auf

¹⁴ Vgl. etwa *Erman-Hefermehl*, Vorbem. 4; *Staudinger-Berg*, Vorbem. Rdn. 2, und *Palandt-Hoche*, Vorbem. 1, jeweils vor §§ 987 ff.; *Baur*, Sachenrecht, 80, 86.

¹⁵ Darüber, daß der eingewiesene Obdachlose rechtmäßiger Besitzer der von ihm bezogenen Räume wird und sie nicht „ohne Rechtsgrund“ benutzt, vgl. u. S. 71.

¹⁶ Es fehlt somit bereits nach materiellem Recht an zwei entschädigungspflichtigen Schuldner des Eigentümers. – Aber auch im übrigen liegt die gelegentliche Verweisung auf § 42 II a OBG neben der Sache. Die Subsidiaritätsklausel dieser Vorschrift soll nämlich die Fälle regeln, in denen die Behörde alleinige Schuldnerin ist, aber aus mehreren Verpflichtungsgrundlagen haftet – nicht dagegen die Fälle, in denen zwei verschiedene Schuldner vorhanden sind (vgl. *Rietdorf* § 42 Anm. 5 und 2).

¹⁷ Insoweit überhaupt ohne Kommentierung: *Rietdorf* § 43 Anm. 4; ohne brauchbare

§§ 14, 19 OBG gestützte Inanspruchn. gegen den Eigentümer, nicht die auf §§ 14, 17 OBG zurückzuführende Einweisungsverfügung gegen den ordnungspflichtigen Obdachlosen. Die Inanspruchn. soll lediglich die notdürftige Unterbringung des Obdachlosen vorbereiten und für die Folgezeit sicherstellen. Sie steht mit einem deliktischen Verhalten des Obdachlosen während seines Aufenthalts in den beschlagnahmten Räumen nicht in innerem „unmittelbarem Zusammenhang“. Das mag verdeutlicht werden mit einem Hinweis auf eine ähnlich gelagerte Problematik im Privatrecht. Dort wird im Zusammenhang mit der Haftung für Erfüllungs- und Verrichtungshelfen unterschieden zwischen Schäden, die unmittelbar „in Ausführung“, und solchen, die nur „gelegentlich“ der Erfüllung einer Verpflichtung bzw. einer Verrichtung entstehen¹⁸. Wendet man diese Unterscheidung auch auf den hier zu erörternden Fall an, so erfolgen Exzesse des eingewiesenen Obdachlosen in den für ihn bereitgestellten Räumen – in Anlehnung an jene im Privatrecht gebräuchliche Terminologie – lediglich „gelegentlich“ seiner Unterbringung und ohne inneren unmittelbaren Zusammenhang mit der zu entschädigenden Maßnahme der Ordnungsbehörde. Aus diesem Grunde wird die Ordnungsbehörde im Geltungsbereich des OBG für Schäden aus Exzessen des Obdachlosen nicht, wie in Art. 5 III E bayer. OUG vorgesehen ist und auch für das hessische Polizeirecht angenommen wird¹⁹, stets entschädigungspflichtig sein, sondern nur insoweit, als „dies zur Abwendung unbilliger Härten geboten erscheint“, d. h. dort, wo der unmittelbare Schadensersatzanspruch des Eigentümers gegen den Obdachlosen²⁰ – was allerdings die Regel sein dürfte – nur schwerlich oder überhaupt nicht realisierbar scheint. – Weder zum Nachteil der Ordnungsbehörde noch zu Lasten des eingewiesenen Obdachlosen gehen allerdings Veränderungen und Verschlechterungen der beschlagnahmten Räume, soweit sie auf üblicher Abnutzung beruhen. Insoweit dürfte die Vorschrift des § 548 BGB einen über das privatrechtliche Miet(vertrags-)recht hinausgehenden allgemeinen Rechtsgedanken enthalten.

§ 5 Die Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde und Obdachlosem

Indem die Ordnungsbehörde dem Obdachlosen und seiner Familie die vorläufige Benutzung der durch die Inanspruchn. abgesicherten Räume gebietet, nimmt sie die sichtbare Bereinigung des Obdachlosenfalles vor. Diese Maßnahme der Ordnungsbehörde ist – entgegen der neuerdings wieder von *Seibt* vertretenen Ansicht – eindeutig eine Ordnungsverfügung und somit ein VA¹; sie bringt zwischen Behörde

Hinweise *Senger-Kurzmann* § 43 Anm. 1; um eine sorgfältige Klärung dieser Frage bemüht LG Hagen ZMR 1962, 303.

¹⁸ Nähere Einzelheiten vgl. bei *Erman-Groepper* § 278 Anm. 7; *Palandt-Gramm* § 831 Anm. 4.

¹⁹ Vgl. AG Kassel ZMR 1959, 80 f. (81).

²⁰ Für diese Schäden haftet der Obdachlose (im Gegensatz zum entgangenen Gewinn) dem Eigentümer auch unmittelbar; vgl. u. S. 64.

¹ Gegen die Ansicht von *Seibt* ZMR 1961, 286 ff. (287) vgl. im einzelnen *Hegel* ZMR 1962, 164 ff. (164).

und Obdachlosem vorübergehend ein öffentliches Rechtsverhältnis zum Entstehen. Einige charakteristische Einzelheiten dieses Rechtsverhältnisses sollen im folgenden behandelt werden.

I. Zur Rechtsstellung des eingewiesenen Obdachlosen im Hinblick auf Widerruf und „Qualität“ der Unterbringung

a) Zunächst liegt bei der Erörterung der Rechtsstellung des eingewiesenen Obdachlosen die Frage nahe, ob der Obdachlose auf Grund der Inanspr.- und der Einweisungsverfügung das Recht erhalte, vorläufig oder doch zumindest für die Dauer der in den Verfügungen vorgesehenen Frist in den beschlagnahmten Räumen wohnen zu bleiben. Diese Frage scheint zwar mittlerweile durch die Rspr. in einer für die Verwaltungspraxis ausreichenden Weise geklärt zu sein; doch vom rechtssystematischen und terminologischen Standpunkt aus hat sie eine befriedigende Antwort bislang nicht erfahren. Schrifttum und Rspr. haben sich in der Regel darauf beschränkt, diese Frage unter dem Gesichtspunkt zu erörtern, ob die Einweisungsverfügung einen den Obdachlosen „begünstigenden VA“ bzw. eine befristete „Benutzungserlaubnis“ enthalte oder nicht enthalte².

Bereits diese Fragestellung erscheint nicht korrekt. Es geht nicht darum zu klären, ob die Einweisungsverfügung eine Erlaubnis beinhaltet, sondern um die Frage, ob die Einweisungsverfügung in Verbindung mit der Inansprvfg.³ eine rechtliche Wirkung hervorruft, die der einer ausdrücklich erteilten Erlaubnis gleichkommt; denn beide Verfügungen entsprechen nach Inhalt und Formulierung weder unmittelbar noch mittelbar der Erteilung jener Arten von Erlaubnis, wie sie etwa die Vorschriften der GewO, des GaststG oder des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts im Auge haben. – Vor allem aber sind die in der Diskussion verwendeten Begriffe des „begünstigenden VA“ und der „Erlaubnis“ nicht klar und bestimmt genug bzw. bedürften sie der genaueren Unterscheidung nach dem Schwierigkeitsgrad ihrer Widerruflichkeit⁴.

Eine rechtssystematisch befriedigende Lösung der aufgeworfenen Frage bietet

² Von „Benutzungserlaubnis“ sprechen *Pohlmann* ZMR 1954, 324 (bejahend) und *Seibt* ZMR 1955, 289 (verneinend). Meist wird in diesem Zusammenhang indessen der allgemeinere und übliche Ausdruck „begünstigender VA“ verwendet. So sehen *Less* ZMR 1957, 221 ff. (223), *Fellner-Fischer* § 2 Rdn. 26, v. *Turegg* 465 und vor allem *VG Hannover* ZMR 1961, 174 ff. (175) in der Einweisungsverfügung einen begünstigenden VA. Die h. M. vertritt den gegenteiligen Standpunkt (vgl. *Pursch* StT 1956, 55 ff., 57; *Hans* § 6 Anm. 3 k; *Benner* StT 1958, 4 ff., 5; *Böhrenz* ZMR 1961, 157 f.; v. *Eyll-Kipar* 72, fast allesamt unter Bezugnahme auf *BayerVGH* ZMR 1954, 253; vgl. auch *OVG Münster* bei *Steffens* 2/24 ff., 25; schwankend *LVG Minden* Az. 3 K 124/56 und 3 K 312/59).

³ Nur in ihrem Zusammenwirken können sie eine Berechtigung des Untergebrachten enthalten.

⁴ Der erste Teil des obigen Satzes gilt besonders für den Begriff des begünstigenden VA. Dieser Begriff ist trotz seiner wesentlichen Bedeutung, etwa für die Widerrufslehre, bislang noch immer nicht scharf umrissen (bezeichnend für diese Unsicherheit etwa *Fellner-Fischer*, a. a. O.). Vor allem kann dem Schrifttum (vgl. etwa *Hans J. Wolff* § 47 VI b; *Forsthoff* 238; *Strickstock*, Festschrift, 231 ff., 231, 239) nicht entnommen

die differenzierende Lehre von den Berechtigungen der Zivilpersonen bei *Hans J. Wolff*. Er unterscheidet hinsichtlich des Bestandes eines gewährten Vorteils zwischen vollem subjektiven öffentlichen Recht und beschränktem subjektiven öffentlichen Recht in Form des verwaltungsrechtlichen Besitzstandes (Unterfälle: Verstattung, Gestattung), und zwar soll der einer Zivilperson zuteil gewordene Vorteil sein:

ein volles subjektives öffentliches Recht, wenn er, einmal gewährt, gegenüber einem öffentlichen Interesse grundsätzlich nicht zurückzuweichen braucht;
eine Gestattung, wenn er nur unter besonderen, gesetzlich ausdrücklich genannten Voraussetzungen einem erheblichen öffentlichen Interesse weichen muß;
eine Verstattung, wenn er irgendeinem kollidierenden öffentlichen Interesse weichen muß, das die zuständige Behörde unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts für vorzugswürdig hält⁵.

In Anknüpfung an die Terminologie *Hans J. Wolffs* wird man den Vorteil der Unterbringung, der dem Obdachlosen auf Grund der Inanspr.- und Einweisungsverfügung zuteil wird, als Verstattung anzusehen haben. Das bedeutet im einzelnen: für den eingewiesenen Obdachlosen erweist sich die Unterbringung einerseits weder als eine rechtlich ungeschützte Reflexwirkung des Ordnungsrechts noch ist andererseits für ihn mit der Unterbringung ein unentziehbares „Recht auf Besitz-erhaltung“ verbunden; wohl aber wird der eingewiesene Obdachlose vor ermessensfehlerhaften Beeinträchtigungen geschützt, insbesondere davor, daß ihm die vorübergehend überlassene Bleibe von der Ordnungsbehörde willkürlich oder aus sachfremden Erwägungen vorzeitig entzogen wird. In der Praxis dürfte sich allerdings diese Verstattung nur selten zugunsten des Obdachlosen auswirken. Regelmäßig wird im Falle einer Ausquartierung des untergebrachten Obdachlosen das Interesse der Ordnungsbehörde am Freiwerden der beschlagnahmten Räume höher zu bewerten sein als das Interesse des Untergebrachten an einem Weiterverbleib in diesen Räumen. Aus diesem Grunde dürfte eine ermessensfehlerhafte Räumungsverfügung der Ordnungsbehörde an den Eingewiesenen kaum zu besorgen sein. Soweit es einem eingewiesenen Obdachlosen bisweilen gelingt, sich seiner vorzeitigen Umquartierung zu widersetzen, liegt das in der Regel nicht an der Rechtswidrigkeit der Räumungsverfügung – d. h. an einem ermessensfehlerhaften Widerruf der Verstattung – sondern beruht darauf, daß die mit der Räumungsverfügung

werden, ob auch Vorteile, deren Gewährung gänzlich im Handlungs- und Auswahl-ermessen eines Hoheitssubjekts steht, den begünstigenden VAen zugerechnet werden (unergiebig insoweit auch *Böhrenz* ZMR 1961, 157 f., der hier nur allgemein von „Rechtsvorteilen“ spricht).

Der zweite Teil des obigen Satzes bezieht sich vor allem auf den Begriff der Erlaubnis, der in dieser Allgemeinheit keinerlei Rückschluß auf Fortbestand und Widerruflichkeit der Erlaubnis (ob „frei“ oder ob nur unter bestimmten Voraussetzungen...) zuläßt.

⁵ Vgl. im einzelnen *Hans J. Wolff* § 43 III a 2, c 2 und d 1. *Wolff* verwendet also dieselbe Unterscheidung wie bei der Gewährung eines Vorteils – volles und beschränktes subjektives öffentliches Recht (s. oben S. 15 Fn. 12 und S. 21 Fn. 3) – auch bezüglich des Bestandes eines gewährten Vorteils.

gekoppelte (neue) Einweisungsverfügung den Obdachlosen in seinen Rechten beeinträchtigt⁶.

b) ferner taucht die Frage auf, ob der eingewiesene Obdachlose auch bezüglich Anzahl, Größe und Zustand der für ihn beschlagnahmten Privaträume einen gewissen rechtlichen Schutz gegenüber der Ordnungsbehörde genießt.

Zunächst: die Unterbringung in Privaträumen ist lediglich als *Übergangsmaßnahme* gedacht. Schon daraus erhellt, daß sonderlich hohe Anforderungen an die beschlagnahmten Räume nicht zu stellen sind. Berücksichtigt man ferner, daß der Eingewiesene auch während seiner Unterbringung verpflichtet bleibt, sich um eine anderweitige Unterkunft zu bemühen, ist es auch aus erzieherischen Gründen gerechtfertigt, die in Anspruch genommenen Privaträume in einem nur für ein notdürftiges Wohnen ausreichenden Zustand zu erhalten, soll der Wille zur Selbsthilfe nicht gänzlich verkümmern. Im einzelnen wird man unterscheiden müssen:

- (1) die beschlagnahmten Räume brauchen keinesfalls den Anforderungen zu genügen, die an eine ausreichende bequeme „Wohnung“ zu stellen sind;
- (2) die beschlagnahmten Räume können Mängel und Nachteile aufweisen, sofern diese nicht die Allgemeinheit berühren, d. h. soweit von ihnen keine Gefährdung oder Störung der öffentlichen Ordnung, etwa eine Seuchengefahr o. ä., ausgeht;
- (3) die beschlagnahmten Räume müssen jedoch einen vorübergehenden Aufenthalt in allereinfachster Form gewährleisten und eine, wenn auch nur primitive Lebensführung ermöglichen. Inwieweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, bestimmt sich einzig nach dem Kriterium, ob die von der Ordnungsbehörde verfügte Unterbringung – nach Anzahl, Größe und (baulicher, hygienischer) Beschaffenheit der Räume – der Menschenwürde sowie dem gesundheitlichen Zustand des eingewiesenen Obdachlosen gerecht wird. Anders ausgedrückt: Wo durch Vorenthaltung des existentiell unerläßlichen „Aufenthaltsminimums“ die Menschenwürde des Eingewiesenen verletzt wird oder alsbald eine Gefährdung seiner Gesundheit zu besorgen ist, wird dieser unmittelbar in eigenen Rechten beeinträchtigt – gleichgültig, ob die

⁶ Beispiele:

- a) Umquartierung durch Einweisung in Räume, die offensichtlich gesundheitsschädlich sind.
- b) Umquartierung durch Einweisung in Räume einer anderen Gemeinde (so – ohne Begründung – OVG Lüneburg NJW 1953, 599; *Kiefersauer-Glaser*, Rdn. 67 Einl. WBG).

Dieser Ansicht kann allerdings für den Fall der Umquartierung in eine andere amtsangehörige Gemeinde *desselben Amtes* nicht gefolgt werden. Solche Umquartierungsverfügungen sind vielmehr rechtlich zulässig; denn der örtliche Zuständigkeitsbereich der Ordnungsbehörde erstreckt sich auf *alle* amtsangehörigen Gemeinden des Amtes (§ 3 OBG). – Aus ähnlichen Gründen läßt das Fürsorgerecht die Unterbringung Hilfsbedürftiger in einem anderen Ort des Bezirksfürsorgeverbandes zu (vgl. *Jehle* 139) und gestattet Art. 112 E bayOUG i. d. F. des Ausschusses für sozialpolitische Angelegenheiten (vgl. Bayer. Landtag, 4. Wahlperiode, Beilage 231, Sonderdruck II) die Unterbringung von Obdachlosen durch die Landkreise in anderen Gemeinden als derjenigen, in der die Obdachlosigkeit aufgetreten ist.

Mängel der beschlagnahmten Räume sich zugleich auch auf andere Anwohner nachteilig auswirken oder nicht⁷.

Ist nun für die Frage, inwieweit der eingewiesene Obdachlose durch die Art seiner Unterbringung in eigenen Rechten verletzt werde, einzig und allein maßgebend, ob die beschlagnahmten Räume als menschenwürdig bzw. als nicht gesundheitsschädigend angesehen werden können, so ergeben sich daraus Folgerungen, die in ihrer Bedeutung offensichtlich nicht überall gesehen werden. Die wichtigste besteht darin, daß die beschlagnahmten Räume *nicht* so beschaffen oder so gelegen sein müssen, daß dadurch der Eingewiesene vor jeglichem vermögensrechtlichen Schaden bewahrt bleibt. Das ist allerdings bislang fast nur für den Fall ausgesprochen worden, daß durch die Art der Unterbringung ein Recht des eingewiesenen Obdachlosen am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen wurde⁸. Gleiches gilt jedoch auch für andere Vermögensnachteile, die auf die von der Ordnungsbehörde verfügte Unterbringung zurückzuführen sind, und zwar vor allem für nachteilige Auswirkungen auf Eigentum oder Besitz des Eingewiesenen. So brauchen beispielsweise die beschlagnahmten Privaträume nur für so viel Mobilium Platz zu bieten, als der eingewiesene Obdachlose für einen menschenwürdigen Aufenthalt unerläßlich bedarf; die Ordnungsbehörde ist ihm gegenüber nicht verpflichtet, ein zur Aufstellung seines gesamten Mobiliums hinreichendes Unterkommen bereitzustellen⁹. Wird nun schon diese Folgerung nur gelegentlich gezogen, so wird die sich zwangsläufig anschließende Frage, ob die Ordnungsbehörde dann wenig-

⁷ Hinsichtlich Einzelfragen muß auf die rein kasuistische und systematischer Grundzüge entbehrende Rspr. verwiesen werden; reichhaltiges Material befindet sich vor allem im Entscheidungen-Teil der ZMR. Ergänzt sei hier lediglich, daß entgegen der von *Seibt* ZMR 1961, 286 ff. (287) ohne nähere Begründung vertretenen Meinung die Anforderungen, die an ein von der *Ordnungsbehörde* gewährtes Obdach zu stellen sind, denen zu entsprechen haben, die für Unterkünfte der *Fürsorgebehörden* verlangt werden, die letzteren also nicht, wie *Seibt* meint, qualitativ besser sein müssen. Mit Recht erblicken nämlich Schrifttum und Rspr. in den Begriffen Obdach und Unterkunft keinen wesentlichen Unterschied (vgl. etwa *Fleischmann-Jaeger* 60, *Jehle* 137 f. und im Hinblick auf § 12 BSHG *Keese* 41; vgl. ferner OVG Münster ZMR 1955, 381). Die inhaltliche Gleichsetzung beider Begriffe rechtfertigt sich daraus, daß sowohl das Fürsorge- als auch das Ordnungsrecht von den Grundsätzen der Selbsthilfe und der (zumindest dem Prinzip nach) lediglich vorübergehenden staatlichen Mithilfe an der privaten Existenzhaltung ausgeht.

⁸ Schon mehrfach hat die Rspr. betont, daß die beschlagnahmten Räume keinen Platz für das bisherige Gewerbe des Obdachlosen zu bieten brauchen (OVG Münster ZMR 1956, 284; ZMR 1957, 426).

⁹ In diesem Sinne wohl – ohne nähere Begründung – OLG Celle ZMR 1957, 68 f. und anscheinend auch LVG Münster DWV 1959, 38 f. (39). Daß an eine „menschenwürdige“ Unterbringung keine höheren Anforderungen gestellt werden können, ergibt übrigens auch ein Vergleich mit der Terminologie des Vollstreckungsrechts. So wird beispielsweise selbst für den Begriff der „ausreichenden Unterbringung“ in § 30 I und IV WBG nicht vorausgesetzt, daß die vorgeschlagene Ersatzwohnung für das gesamte Mobilium des Räumungsschuldners Platz bieten müsse (a. A.: *Fellner-Fischer* § 30 Rdn. 17 b; *Zöller* §§ 30, 31 Anm. 7 B; *Baumbach* Anhang zu § 776, § 30 WBG Anm. 2; wie hier: *Roquette*, Mietrecht 478 und OLG Hamm JMBL. NRW 1960, 270 mit weiteren Nachweisen.

stens das nicht unterzubringende Mobiliar für den Eingewiesenen vorläufig in Verwahrung nehmen müsse, überhaupt nicht näher erörtert¹⁰.

Die aufgeworfene Frage ist zu verneinen. Die ordnungsrechtliche Bekämpfung der Obdachlosigkeit verfolgt allein das Ziel, die von den obdachlosen Personen ausgehende Störung der öffentlichen Ordnung und die mit dieser Störung durchweg verbundene Beeinträchtigung der Gesundheit und menschlichen Würde dieser Personen – auch um der Betroffenen selbst willen – zu beseitigen. Soweit die Ordnungsbehörden gegen die Obdachlosigkeit einschreiten, üben sie also allenfalls eine Art „Personensorge“ aus, nehmen indessen keine Vermögensinteressen dieser Personen wahr. Ist aber Obdachlosenrecht auf Personenschutz ausgerichtet, so folgt daraus, daß die Ordnungsbehörde dem Obdachlosen gegenüber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, das in den beschlagnahmten Räumen nicht unterzubringende Mobiliar für ihn vorläufig anderswo in Verwahrung zu nehmen. Nun könnte man allerdings geneigt sein zu meinen, diese Verpflichtung ergebe sich daraus, daß die Möbel, die der Obdachlose selbst nirgendwo unterstellen könne und praktisch auf der Straße zurückbelassen müsse, zu einer Behinderung des Straßenverkehrs führen würden. Dieser Einwand greift indessen hier nicht durch. Die Ordnungsbehörde mag zwar manchmal im Interesse der Allgemeinheit genötigt sein, Möbel von Obdachlosen aus Gründen der Sicherheit des Straßenverkehrs von der Gefahrenstelle fortzuräumen und an einen verkehrssicheren Ort zu bringen¹¹. Diese („verkehrsrechtliche“) Forträumungspflicht ist jedoch mit der hier erörterten, erheblich weitergehenden¹² („obdachlosenrechtlichen“) Verwahrungspflicht nicht identisch und läßt eine solche auch nicht automatisch entstehen. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß bisweilen nicht einmal eine Forträumungspflicht für die Ordnungsbehörde entsteht. Denn in den Fällen, in denen einem von Obdachlosigkeit bedrohten Räumungsschuldner während des Vollstreckungsaktes eine für seine Möbel offensichtlich nicht ausreichende Unterkunft in einem anderen Hause zugewiesen wird und der Räumungsschuldner von vornherein die Mitnahme oder Wegschaffung eines Teiles seiner Möbel ablehnt oder sich dazu außerstande erklärt, ist allein der Gerichtsvollzieher verpflichtet, sich dieses Mobiliars anzunehmen¹³.

¹⁰ Die Hinweise von Seibert StT 1960, 427 ff. (431) sind unbefriedigend und nicht ergebig.

¹¹ Die Transportkosten hat der Obdachlose zu tragen (nach §§ 59, 55 II, 63 VwVG, 20 I 2 OBG oder möglicherweise auch nach § 46 II OBG; eine Haftung aus sog. öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag – falls der Obdachlose der Forträumung widerspricht – kommt nur subsidiär in Betracht; vgl. BGH DOV 1961, 149 f.).

¹² „Weitergehend“, weil sie auch Pflege, Schutz vor Witterungsschäden, Entwendung u. ä. umfaßt.

¹³ Der Gerichtsvollzieher hat das Mobiliar notfalls in Verwahrung zu geben; vgl. dazu Stein-Jonas § 885 Anm. II 1; Baumbach § 885 Anm. 2; Wieczorek § 885 Anm. B I b; auch § 180 Ziff. 4 GVGA. Bei Wiedereinweisungen entsteht eine Verwahrungspflicht des Gerichtsvollziehers regelmäßig nicht. Meist kann, wenn einem Räumungsschuldner nur ein Teil seiner bisherigen Räume zugewiesen wird, „überschüssiges“ Mobiliar irgendwo auf dem Grundstück des Eigentümers verbleiben, so daß weder Gerichtsvollzieher noch Ordnungsbehörde Anlaß haben, für das Mobiliar zu sorgen.

Ist die Ordnungsbehörde zur Verwahrung von Mobiliar des Obdachlosen nun auch nicht nach Maßgabe des Ordnungsrechts verpflichtet, kann sich die Gemeinde gleichwohl im Einzelfalle berechtigen, gewisse vom Obdachlosen nicht unterzubringende Möbelstücke vorübergehend für ihn in Verwahrung zu nehmen. Die naheliegende Frage, ob sie dabei privatrechtlich oder in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig wird, kann nicht für jeden Fall einheitlich beantwortet werden. – Wird nach außen hin die Gemeinde als Fürsorgebehörde tätig, so läßt sie sich wahrscheinlich von der Überlegung leiten, durch die Aufbewahrung des Mobiliars später – d. h. im Falle der endgültigen Versorgung des Obdachlosen mit ausreichendem Wohnraum – vielleicht (Fürsorge-)Kosten für die Wiederbeschaffung von lebensnotwendigem Hausrat einzusparen. In diesem Falle könnte die Gemeinde auf Grund eines *nur* für Hoheitssubjekte bestehenden Sonderrechts gehandelt haben: sie könnte die Inverwahrnahme von Mobiliar des Obdachlosen nämlich als freiwillige bzw. vorbeugende Fürsorgeleistung erbracht haben. Wo aber die Gemeinde Mobiliar von Obdachlosen kraft öffentlichen Rechts in Verwahrung nehmen kann, spricht auch eine Vermutung dafür, daß sie in Ausübung dieser öffentlich-rechtlichen Befugnisse tätig wird und sich dabei öffentlich-rechtlicher Maßnahmen bedient¹⁴. Handelt die Gemeinde als Ordnungsbehörde, könnte sie ebenfalls mit Rücksicht auf die Lage des Obdachlosen von sich aus über die ihr möglicherweise obliegende ordnungsrechtliche Forträumungspflicht hinausgehen oder auch sich eine erleichterte Zugriffsmöglichkeit bei der Durchsetzung des Regreßanspruchs verschaffen wollen. Auch in diesem Falle wird in der Aufbewahrung von Möbeln eine öffentlich-rechtliche Maßnahme der Gemeinde zu vermuten sein. Privatrechtlich dagegen würde die Gemeinde allenfalls dann tätig, wenn sie auf Grund von Rechtssätzen handelte, die jedermann – nicht nur Hoheitssubjekte als Träger öffentlicher Gewalt – berechtigen und verpflichten können¹⁵. Diese Voraussetzungen liegen praktisch nur dort vor, wo die öffentliche Hand am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Es läßt sich jedoch kaum annehmen, daß die Gemeinde¹⁶ am Wirtschaftsverkehr teilnehmen will, wenn sie in einem gemeindeeigenen Gebäude vorübergehend Möbelstücke eines Obdachlosen in Obhut nimmt; einer solchen Annahme steht schon entgegen, daß eine Gemeinde, die sich am Wirtschaftsleben beteiligen will, sicherlich nicht gerade obdachlose, d. h. meistens einkommensschwache Personen zu Vertragspartnern aussuchen wird. Nach alledem wird es die Regel sein, daß eine Gemeinde, die von einem Obdachlosen vorübergehend Mobiliar zur Aufbewahrung annimmt, das dieser in seiner neuen Unterkunft nicht aufstellen kann, ihm gegenüber ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis¹⁷ begründet.

¹⁴ Vgl. Hans J. Wolff DVBl. 1961, 209; BVerwG DVBl. 1961, 207 ff. (208); Surén 19; weniger deutlich Lange KStZ 1962, 206 ff. (207).

¹⁵ So die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht bei Hans J. Wolff (Näheres u. S. 78 Fn. 17).

¹⁶ Etwa als Grundstücksbehörde.

¹⁷ Anderer Auffassung v. Eyll-Kipar 97 ff. – Zur Frage, inwieweit §§ 688 ff. BGB analog gelten, vgl. Hans J. Wolff JZ 1951, 635 f. (636); Staudinger-Nipperdey, Vorbem. 44 vor § 688; vgl. auch BGH NJW 1961, 1164 f. (1165). Soweit die Gemeinde das Mobi-

Etwas anderes mag lediglich für den einigermaßen seltenen Fall gelten, daß infolge besonderen Verhaltens eines Räumungsschuldners allein der Gerichtsvollzieher für eine Verwahrung des in der neuen Unterkunft nicht aufstellbaren Mobiliars zu sorgen hat, die Ordnungsbehörde sich also nicht einmal um eine verkehrsgerechte Forträumung dieser Möbelstücke zu kümmern braucht. Erklärt sich in einem solchen Falle die Gemeinde gegenüber dem Gerichtsvollzieher zur Aufbewahrung von Mobiliar bereit, wird man annehmen können, daß die Gemeinde ein privatrechtliches Verwahrungsverhältnis eingeht¹⁸.

Häufen sich bei der Unterbringung von Obdachlosen die Fälle, in denen die Ordnungsbehörde um vorläufige Verwahrung von Mobiliar gebeten wird, bleibt es der Gemeinde unbenommen, ein Möbelverwahrungslager auf Grund einer entsprechenden Satzung als gemeindliche, im öffentlichen Interesse betriebene Veranstaltung im Sinne der §§ 4 prKAG, 18 GemO zu eröffnen.

II. Zur Weisungsgebundenheit des eingewiesenen Obdachlosen gegenüber der Ordnungsbehörde

Es wurde bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt, daß die Ordnungsbehörde bei Streitigkeiten zwischen Obdachlosem und Eigentümer aus Gründen der Wahrung der Belange des Nichtstörers in die Lage kommen kann, unter den streitenden Parteien eine Art Schiedsrichterfunktion auszuüben. Praktische Wirkung kann solch streitschlichtender Tätigkeit der Ordnungsbehörde allerdings nur beschieden sein, wenn sie notfalls auch befugt ist, während des Aufenthalts des Obdachlosen in den beschlagnahmten Räumen auf sein Verhalten – etwa bei der Benutzung von Hausanlagen, der Pflege der Räume o. ä. – bestimmend einzuwirken.

Eine solche rechtliche Befugnis der Ordnungsbehörde gegenüber dem Eingewiesenen scheint überwiegend bejaht zu werden, wenn sie auch nirgends näher behandelt wird. Soweit sie erwähnt wird, wird sie meist so umschrieben, daß der Eingewiesene vom Zeitpunkt seiner Unterbringung an hinsichtlich Art und Dauer der Benutzung der Räume einem beschränkten Weisungsrecht unterliege. Dieses Ergebnis bedarf allerdings rechtlicher Begründung. Less will das Weisungsrecht „ausschließlich aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten, letztlich aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Verhältnismäßigkeit polizeilicher Mittel“ herleiten¹⁹. Der Zurückführung der Weisungsbefugnis auf das öffent-

liar aus fürsorgerechtlichen Gründen aufbewahrt, ist der Obdachlose zu alsbaldiger Vergütung jedenfalls nicht verpflichtet; selbst später wird er kaum Kostenersatzpflichtig gemacht werden können (vgl. *Jehle* 109, 208 f.).

¹⁸ Für diese Vereinbarung gelten §§ 688 ff. BGB unmittelbar (nicht §§ 416 ff. HGB; denn es fehlt an einem Willen der Gemeinde, sich durch ständige Übernahme von Lagergeschäften dauernde Einnahmen zu verschaffen; vgl. *Schlegelberger-Schröder*, HGB, 3. Auflage 1957, § 416 Rdn. 5). Vertragspartner wären hier die Gemeinde und der Staat, vertreten durch den Gerichtsvollzieher (vgl. *Wieczorek* § 885 Anm. B II a).

¹⁹ ZMR 1957, 221 ff. (223). Vgl. außer Less auch *Huken* KKZ 1956, 167 ff. (169), der Privatansprüche anscheinend als öffentliche Veranstaltungen im Sinne des

liche Recht ist zuzustimmen. Wie sich das Recht der Ordnungsbehörde zur Unterbringung und zur Beendigung dieser Unterbringung aus dem öffentlichen Recht ergibt, muß Gleiches kraft Sachzusammenhangs auch für die Befugnisse während der Dauer der Unterbringung gelten. Die Weisungsbefugnis selbst läßt sich allerdings einfacher aus einem besonderen Gewaltverhältnis ableiten, in welchem der Eingewiesene der Ordnungsbehörde gegenübersteht, solange sich diese genötigt sieht, zur Vermeidung einer Störung der öffentlichen Ordnung auf einen Nichtstörer zurückzugreifen²⁰.

III. Der Regreßanspruch der Ordnungsbehörde gegen den eingewiesenen Obdachlosen

Nach § 46 II OBG kann die Ordnungsbehörde von dem im Wege der Privatanspruchsannahme untergebrachten Obdachlosen unter bestimmten Voraussetzungen die von ihr an den Eigentümer der beschlagnahmten Räume gezahlten Nutzungsentschädigung ersetzt verlangen.

a) Diese Vorschrift bereitet im Zusammenhang mit der Obdachlosenunterbringung bereits in materiellrechtlicher Hinsicht einige Schwierigkeiten, die bisher weder im Schrifttum noch in der Rspr. als solche hinreichend erkannt und gewürdigt worden sind²¹. Einmal wirft § 46 II OBG die Frage auf, ob auch diejenigen Glieder einer Familie, die im Zeitpunkt ihrer Unterbringung noch minderjährig waren und damals keine nennenswerten Einkünfte besaßen, später von der Ordnungsbehörde zum Ersatz herangezogen werden können, falls sich eine Regreßnahme bei ihren Eltern als aussichtslos erweist. Zum andern taucht im Zusammenhang mit § 46 II OBG die Frage auf, ob die einzelnen regreßpflichtigen Glieder einer in Privaträumen untergebrachten Familie oder Wohngemeinschaft der Ordnungsbehörde nur anteilmäßig oder ob sie gesamtschuldnerisch haften. Beide Fragen bedürfen näherer Erörterung.

Die erste Frage ist zu verneinen. Voraussetzung für den Regreßanspruch nach § 46 II OBG ist zunächst, daß der zum Ersatz Herangezogene ordnungspflichtiger Störer gewesen ist, und ferner, daß die Ordnungsbehörde mit der Inanspruchnahme eines Nichtstörers – durch Beschlagnahme von Privaträumen – „ein Geschäft für“ den Störer „besorgt“ hat. Bereits die Störereigenschaft minderjähriger Glieder einer obdachlosen Familie erscheint fraglich. Es ist zwar nach § 17 II OBG nicht zweifelhaft, daß minderjährige Jugendliche Träger ordnungsrechtlicher Pflichten sein

prKAG ansieht; das würde bedeuten, daß die Weisungsbefugnis auch auf den Anstaltszweck zurückgeführt werden könnte. *Hukens* Ansicht ist irrig; die beschlagnahmten Räume können nach der Natur der Sache zwangsläufig nur einer einzelnen Familie, niemals der Allgemeinheit zugute kommen (vgl. *Surén* 19 f.). Als öffentliche Veranstaltung kommt nur die Bereitstellung von Unterkünften in Frage, die ausschließlich und auf die Dauer Zwecken der Obdachlosenunterbringung dienen.

²⁰ Dieses Gewaltverhältnis erlischt nicht etwa schon im Augenblick der vorläufigen Unterbringung. – Ob man den Untergebrachten im Verhältnis zur Behörde weiterhin als „latenten“ Störer ansehen muß, ist dabei unerheblich.

²¹ Lediglich *Seibt* ZMR 1956, 187 ff. (188), v. *Eyll-Kipar* 90 ff. und LG Essen ZMR 1958, 105 f. berühren die im folgenden erörterten Fragen, allerdings nicht erschöpfend.

können. Ebenso ist richtig, daß die Störereigenschaft Jugendlicher weder vom Verschulden für die Entstehung der Störung abhängt noch durch die Personensorge- und Vermögensorgspflicht der Eltern generell ausgeschlossen wird. Damit ist jedoch noch nicht festgestellt, daß minderjährige Obdachlose stets auch im konkreten Einzelfall bezüglich der von ihnen ausgehenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung als ordnungspflichtige Störer anzusehen sind. Denn es ist zu berücksichtigen, daß Lehre und Rspr. seit einiger Zeit bemüht sind, das früher für die Feststellung des Störers maßgebliche reine Verursachungsprinzip durch Zwischenschaltung gewisser Korrektive einzuschränken – etwa unter dem Gesichtspunkt der „Unmittelbarkeit“ der Kausalität, der „Priorität“ bzw. des „Überwiegens“ einer gesetzten Bedingung oder der „Adäquanz“ der Verursachung – um auf diese Weise einer unbefriedigenden Ausweitung des polizei- und ordnungspflichtigen Personenkreises entgegenzuwirken²². Diese Entwicklung in der Lehre von der Polizei- und Ordnungspflichtigkeit läßt sich auch in diesem Zusammenhang für einen Großteil der Fälle fruchtbar machen; denn meist ist die Obdachlosigkeit eines im Familienverbande lebenden Minderjährigen „überwiegend“ von den Eltern verursacht worden, nur ihr, d. h. der Eltern familiäres bzw. wirtschaftliches Unglück oder Versagen erscheint adäquat kausal für die Obdachlosigkeit ihrer Kinder. Mit dieser Begründung läßt sich bereits die Ansicht rechtfertigen, daß minderjährige Glieder einer obdachlosen Familie im Hinblick auf ihre eigene Obdachlosigkeit regelmäßig nicht als Störer angesehen werden können.

Aber selbst wenn man den Jugendlichen im Hinblick auf seine eigene Obdachlosigkeit als ordnungspflichtigen Störer bezeichnen will, so ergibt sich daraus noch nicht, daß er auch Regreßschuldner der Ordnungsbehörde im Sinne des § 46 II OBG ist. Denn nur dann wäre grundsätzlich jeder Störer gegenüber der Ordnungsbehörde zum Aufwendungsersatz für die Inanspruchnahme eines Nichtstörers verpflichtet, wenn die Bezugnahme des § 46 II OBG auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag lediglich einen Rechtsfolgenverweis für den Umfang des Ersatzes enthielte, ohne daß zugleich auch die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 677 BGB vorzuliegen brauchten. Schrifttum und Rspr. haben dieser Frage bisher keine Aufmerksamkeit geschenkt²³.

Die Vorschrift des § 46 II OBG beinhaltet einen Tatbestandsverweis²⁴. Daraus folgt: ein Störer ist gegenüber der Ordnungsbehörde nur insoweit regreßpflichtig,

²² Vgl. im einzelnen Übersicht und Nachweise bei OVG Lüneburg DVBl. 1959, 475 ff. (476 f.); *Drews-Wacke* 220 ff.; ferner *Schnur* DVBl. 1962, 1 ff.

²³ Vgl. etwa die unklaren Formulierungen zum Regreßanspruch bei *Drews-Wacke* 468; *Rietdorf* § 46 Anm. 3; *Müller-Heidelberg*, Anm. zu § 42 ndsSOG; *Altmeier-de Clerck*, Anm. zu § 67 rhpPVG; *Scheerbarth* 21. – *Seibt* ZMR 1956, 187 ff. (188) nimmt einen lediglichen Rechtsfolgenverweis an; sein Hinweis auf *Franzen* RVBl. 1935, 749 ff. (753) ist jedoch wenig ergiebig und vermag seine Annahme nicht zu stützen.

²⁴ Bezeichnenderweise sehen fast alle einschlägigen Bestimmungen des Polizei- und Ordnungsrechts als Regreßschuldner im Falle von Notstandsmaßnahmen nicht etwa schlicht – wie es doch nahegelegen hätte – „die nach §§ ... polizei-(ordnungs-)pflichtigen Personen“ an, sondern räumen der Behörde einen Regreßanspruch gegen den Störer nur jeweils „nach den Vorschriften“ bzw. „in entsprechender Anwendung der Vorschriften“ der §§ 677 ff. BGB ein (vgl. einerseits §§ 67 rhpPVG, 42 hessPolG, ande-

als die Behörde mit der Inanspruchnahme eines Nichtstörers „ein Geschäft für“ den Störer „besorgt“ hat (§ 677 BGB). Diese Voraussetzung ist überall dort gegeben, wo – wie im Regelfall – nur ein einzelner für die von ihm verursachte Gefahr als Störer verantwortlich ist und die Ordnungsbehörde folglich allein für ihn „Geschäftsführerin“ sein kann.

Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor. Selbst wenn man den Minderjährigen im Hinblick auf seine eigene Obdachlosigkeit als Störer ansieht, wird man zumindest neben ihm auch seine Eltern – auf Grund ihrer rechtlichen und tatsächlichen Stellung zu ihm – als für seine Obdachlosigkeit (mit-)verantwortliche Störer bezeichnen müssen. Zwar gilt im Polizei- und Ordnungsrecht der Grundsatz der Alleinverantwortlichkeit eines Störers für die von ihm verursachte Gefährdung der öffentlichen Ordnung²⁵. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, die im OBG selbst vorgesehenen Ausnahmen²⁶ sind nicht erschöpfend. Wo nun aber mehrere für eine Gefahr verantwortliche Störer vorhanden sind, besorgt die Ordnungsbehörde im Notstandsfalle mit der Inanspruchnahme eines Nichtstörers nur für denjenigen Störer ein Geschäft, den sie unter normalen Umständen nach pflichtgemäßer Ermessensprüfung unter ihnen ausgewählt und zur Gefahrenabwehr herangezogen haben würde. Das wären im Hinblick auf die Obdachlosigkeit des Minderjährigen damals allein dessen Eltern gewesen; eine Heranziehung des Minderjährigen an Stelle seiner Eltern hätte einen Ermessensfehler der Behörde bedeutet. Nach alledem hat die Ordnungsbehörde seinerzeit mit der Unterbringung der Familie (einschließlich des Minderjährigen) allein ein Geschäft der Eltern besorgt und kann daher auch künftig nur von ihnen Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen.

Die zweite Frage ist dahin zu beantworten, daß regelmäßig nur anteilmäßig gehaftet wird. Soweit nicht ein Ausnahmefall ordnungsrechtlicher (Mit-)Verantwortlichkeit für Dritte vorliegt²⁷, gilt der Grundsatz der Alleinverantwortlichkeit des Störers für die von ihm verursachte Gefahr – mit der Folge, daß die Ordnungsbehörde, wenn sie diese Gefahr durch Inanspruchnahme eines Nichtstörers beseitigt, einzig für den ordnungspflichtigen Störer „ein Geschäft besorgt“. Bringt nun die Ordnungsbehörde mehrere für ihre Obdachlosigkeit selbst verantwortliche Störer gemeinsam in beschlagnahmten Privaträumen unter, so besorgt sie zwar für alle diese Störer ein Geschäft, für das sie Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen kann; aber sie besorgt es für den einzelnen in der Weise, daß ihm der oder die beschlag-

rerseits §§ 46 II OBG, 40 württbadPolG). Diese zusätzliche Konkretisierung der Merkmale für eine Erstattungspflicht spricht nach Formulierung und Sinn des Gesetzes nicht für einen bloßen Rechtsfolgenverweis; ein solcher wäre auch wenig verständlich, da sich für die Höhe der Ersatzkosten aus §§ 683, 670 BGB ohnehin keine Besonderheiten ergeben. – Einen Tatbestandsverweis nehmen anscheinend auch *v. Eyll-Kipar* 91, 84 an.

²⁵ Vgl. *Senger-Kurzmann* § 17 Anm. 4 a; *Drews-Wacke* 218; *v. Eyll-Kipar* 90.

²⁶ Beispiel: § 17 II OBG.

²⁷ Beispiel: die Ordnungspflichtigkeit der Eltern bezüglich der Obdachlosigkeit ihrer im Familienverband lebenden Kinder; insoweit sind die Eltern auch für und an Stelle ihrer Kinder allein regreßpflichtig.

nahmen Räume nicht allein, sondern nur zusammen mit anderen zur Verfügung stehen. Aus dieser Art der Unterbringung ließe sich die Folgerung ziehen, daß der einzelne der gemeinsam untergebrachten Obdachlosen der Ordnungsbehörde nur die Aufwendungen zu ersetzen hat, die durch *seine* Unterbringung entstanden sind: sie bestünden aus demjenigen Bruchteil des an den Eigentümer insgesamt entrichteten Nutzungsentgelts, der sich aus der Umlegung dieses Gesamtbetrages auf die einzelnen regreßpflichtigen Untergebrachten ergibt. Diese Folgerung trägt einmal der Auslegungsregel²⁸ des § 420 BGB Rechnung, nach der der Gesetzgeber für den Fall, daß mehrere Schuldner vorhanden sind und die geschuldete Leistung teilbar ist, nur eine bruchteilmäßige Haftung der einzelnen Schuldner vermutet. Diese Folgerung entspricht zum anderen der Billigkeit; denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb jeder gemeinsam untergebrachte Obdachlose für Aufwendungen einstehen soll, die ihm nicht allein, sondern zugleich auch anderen zuteil werden – denen er in vielen Fällen nicht einmal unterhaltspflichtig ist!

Eine gegenteilige Auffassung wird von *Seibt* vertreten; er ist der Meinung, daß der oder die beschlagnahmten Privaträume den Eingewiesenen gemeinschaftlich zur Verfügung stünden und zugute kämen und daß sie deshalb auch gesamtschuldnerisch haften müßten²⁹. Diese Auffassung trägt weder den Entstehungsvoraussetzungen für ein Gesamtschuldverhältnis Rechnung noch wird sie dem Begriff der Gesamtschuld gerecht. Einmal übersieht *Seibt*, daß eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Schuldner lediglich durch vertragliche Vereinbarung begründet werden oder kraft Gesetzes entstehen kann³⁰ – so etwa bei gemeinsamen Nachlassverbindlichkeiten von Miterben oder bei gemeinsamer Begehung einer unerlaubten Handlung. Keiner dieser Entstehungsgründe ist im vorliegenden Fall gegeben³¹. Zum anderen berücksichtigt *Seibt* nicht hinreichend, daß es nach der Legaldefinition des § 421 BGB zum Wesen der Gesamtschuld gehört, daß jede ihrer Einzelverpflichtungen auf Erbringung des gesamten Leistungserfolges gerichtet ist. Aber gerade diesen Nachweis, daß jeder einzelne der gemeinschaftlich untergebrachten Obdachlosen gegenüber der Ordnungsbehörde in Höhe der Aufwendungen ersatzpflichtig ist, die diese für alle gemeinsam Untergebrachten insgesamt an den Eigentümer zahlen muß, hat *Seibt* nicht geführt. Sein kurzer Hinweis darauf, daß die beschlagnahmten Privaträume jedem einzelnen der Eingewiesenen zu voller Verfügung

²⁸ So *Soergel-Siebert-Schmidt* § 420 Rdn. 1; kritisch zur Bedeutung dieser Regel RGRK (-Fischer) § 420 Anm. 3.

²⁹ ZMR 1956, 187 ff. (189).

³⁰ Vgl. *Palandt-Danckelmann* § 421 Anm. 3; *Enneccerus-Lehmann* § 92 II 2, § 90 II 2 a und b; *Soergel-Siebert-Schmidt* § 421 Rdn. 2.

³¹ Man könnte allenfalls erwägen, ob die gemeinschaftlich untergebrachten Obdachlosen dadurch, daß sie sich nicht selbst eine Unterkunft besorgen, eine gemeinschaftliche unerlaubte Handlung begehen und dadurch Gesamtschuldner der Ordnungsbehörde werden (§ 840 BGB). § 823 II BGB in Verb. mit § 361 Ziff. 8 StGB scheidet jedoch aus, weil die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Strafvorschrift regelmäßig nicht vorliegen und insbesondere weil der Charakter des § 361 Ziff. 8 StGB als einer Schutzvorschrift der Ordnungsbehörde zweifelhaft ist. – Übrigens fällt diese Bestimmung im künftigen Strafrecht auch ersatzlos fort, weil sie „kein strafwürdiges Unrecht enthält“ (vgl. amtliche Begründung vor §§ 354 ff. E StGB).

stünden, erscheint nicht ausreichend, von der Auslegungsregel des § 420 BGB abzuweichen. Auch der (von *Seibt* übrigens nicht ausdrücklich angeführte) Gesichtspunkt einer innerlich verbundenen Zweckgemeinschaft der gemeinsam Untergebrachten vermag eine Verpflichtung jedes einzelnen für die gesamten Aufwendungen nicht zu begründen. Bereits das Kriterium der Zweckgemeinschaft ist im Zusammenhang mit der Gesamtschuld umstritten³². Soweit dieser Gesichtspunkt in Lehre und Schriftum eine Rolle spielt, wird er lediglich bemüht, um die vom Gesetz ausgesprochene Zusammenfassung der einzelnen selbständigen Verpflichtungen zur Gesamtschuld zu begründen und diese von der sog. unechten Gesamtschuld abzugrenzen³³; der Begriff der Zweckgemeinschaft wird dagegen nicht herangezogen, um zunächst einmal nachzuweisen, daß die Einzelverpflichtungen jeweils auf Erbringung der Gesamtleistung gerichtet sind.

b) Der Ersatzanspruch aus § 46 II OBG wirft nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht Zweifelsfragen auf. Auch seine praktische Durchsetzung bereitet Schwierigkeiten, weil der untergebrachte Obdachlose in der Regel nur über geringe Einkünfte verfügt und es ihm daher meist schwerfällt, der Ordnungsbehörde die verauslagte Nutzungsentschädigung zu ersetzen.

Ist der in beschlagnahmten Privaträumen Untergebrachte Fürsorgeempfänger, kann die Ordnungsbehörde allerdings damit rechnen, daß seine laufende Unterkunftsbeförderung aus Fürsorgemitteln unmittelbar an sie abgeführt wird und die Fürsorgebehörde das Regreßrisiko übernimmt.

Bezieht der Untergebrachte keine Fürsorgeunterstützung, kann sich die Ordnungsbehörde mit ihrer Ersatzforderung nur an diesen selbst wenden; kommt er ihrer Zahlungsaufforderung nicht nach, ist die Vollstreckungsbehörde der Gemeinde berechtigt, aus der Ersatzforderung der Ordnungsbehörde nach Maßgabe des VwVG³⁴ die Vollstreckung gegen ihn zu betreiben. Dabei sei auf folgendes hingewiesen.

1. In der Regel kommt eine Vollstreckung nur in das bewegliche Vermögen des Untergebrachten in Frage (§§ 21 ff. VwVG). Allerdings scheitert eine Pfändung von Gegenständen des Untergebrachten in der Praxis durchweg an deren Unpfändbarkeit. Deshalb kann gelegentlich die Frage Interesse gewinnen, ob dann wenigstens grundsätzlich diejenigen Gegenstände, die ein sehr beengt Untergebrachter vorübergehend bei der Gemeinde in Verwahrung gegeben hat, ausnahmslos der Pfändung unterliegen³⁵. So, wie diese Frage gestellt ist, muß sie verneint werden.

³² Vgl. *Soergel-Siebert-Schmidt* § 421 Rdn. 9 mit Nachweisen; *Erman-Westermann* § 421 Anm. 2; RGRK(-Fischer) § 421 Anm. 8.

³³ Vgl. statt mehrerer *Enneccerus-Lehmann* § 90 II 2 u. 3 mit Nachweisen. – Als typischer Fall einer unechten Gesamtschuld gilt etwa die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung und die durch das schädigende Ereignis ausgelöste Ersatzpflicht des Versicherers.

³⁴ Denn der Anspruch aus § 46 II OBG ist, wie § 1 VwVG voraussetzt, eine „... Geldforderung der Gemeinde..., die öffentlich-rechtlicher Natur...“ ist. – Bei Streitigkeiten, z. B. über die Höhe der Ersatzforderung, entscheiden neuerdings die Verwaltungsgerichte (§ 47 II OBG in der durch das AG zur VwGO geänderten Fassung).

³⁵ Interesse an einer Vollstreckung in die aufbewahrten Gegenstände besteht selbstver-

Sieht sich ein Schuldner durch hoheitliche (obrigkeitliche) Maßnahmen genötigt, auf die Benutzung eines Teiles seiner Habe vorübergehend zu verzichten, so ist damit die Entbehrlichkeit der von ihm zur Zeit nicht benutzbaren Gegenstände noch nicht „erwiesen“. Vielmehr ist auch in diesem Fall allein ausschlaggebend, ob der Schuldner die einstweilen in fremder Obhut befindlichen Gegenstände zu einer „bescheidenen Lebens- und Haushaltsführung“ (§ 811 ZPO) bedürfte, falls ihm eine ausreichende Wohnung zur Verfügung stünde. Soweit das zu bejahen ist, müssen jene Gegenstände des Obdachlosen selbst dann als unpfindbar angesehen werden, wenn dieser sie im Augenblick nicht ausnutzen oder verwenden kann³⁶.

2. Für den Fall, daß der untergebrachte Obdachlose eine Geldforderung gegen einen Dritten hat, kann die Vollstreckungsbehörde die Pfändung und Überweisung dieser Forderung bewirken (§§ 40, 44 f. VwVG). Die Vollstreckungsbehörde ist dann in der Lage, die überwiesene Forderung unmittelbar gegen den Drittschuldner geltend zu machen; zahlt der Drittschuldner nicht, bedarf sie für eine Vollstreckung der überwiesenen Forderung eines Titels gegen diesen.

Soweit es sich bei der Geldforderung des Obdachlosen um eine Unterhaltsforderung handelt, ist in der Praxis bisweilen die Frage aufgeworfen worden, ob nicht – anstelle des Pfändungs- und Überweisungsverfahrens der Vollstreckungsbehörde – die Ordnungsbehörde die Unterhaltsforderung durch Anzeige nach § 21 a FPfIVO auf sich überleiten und im Resolutverfahren nach § 23 FPfIVO durchsetzen könnte; ein solches Verfahren könne die Durchsetzung des Ersatzanspruchs der Ordnungsbehörde regelmäßig erheblich erleichtern. – Die aufgeworfene Frage hat seit dem BSHG an Bedeutung für die Praxis verloren; denn auch wenn die Ordnungsbehörde eine Unterhaltsforderung auf sich überleiten wollte, dürfte sie diese Forderung künftig nicht mehr im Wege des verhältnismäßig einfachen Resolutverfahrens durchsetzen, weil das BSHG dieses Verfahren nicht mehr vorsieht³⁷.

Doch abgesehen von diesen verfahrensrechtlichen Konsequenzen könnte die Ordnungsbehörde eine Unterhaltsforderung nicht einmal im Wege der Überleitungsanzeige nach § 90 BSHG überhaupt auf sich überleiten.

Unmittelbar ist § 90 BSHG nicht anwendbar. Sicherlich erbringt die Ordnungs-

ständig nur dort, wo die Aufbewahrung nicht das Ziel verfolgte, die Gegenstände aus fürsorgerechtlichen Erwägungen gerade dem Obdachlosen zu erhalten. – In rechtlicher Hinsicht ist bei einer Vollstreckung in das in Obhut gegebene Mobiliar übrigens bemerkenswert, daß das VwVG die Vollstreckung in Sachen, die sich im Gewahrsam der Gemeinde, d. h. der Gläubigerin befinden, nicht ausdrücklich regelt. Es sollte jedoch nicht zweifelhaft sein, daß § 28 IV VwVG – vgl. dessen Vorbild § 809 ZPO – auf diesen Fall analog anzuwenden ist.

³⁶ Daß sich in § 811 Ziff. 1 ZPO die Entbehrlichkeit einer Sache nach dem Zeitpunkt der Pfändung beurteilt (vgl. *Wieczorek* § 811 Anm. B II), steht nicht entgegen. Denn diese Formulierung will nur klarstellen, daß bei der Entscheidung über eine Erinnerung gegen die Pfändung einer angeblich unpfindbaren Sache nicht der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, sondern der Pfändungszeitpunkt für die Beurteilung der Entbehrlichkeit maßgeblich ist. Sie besagt aber nicht, daß Sachen, die im Pfändungszeitpunkt vom Schuldner infolge einer besonderen Zwangslage nicht benutzt werden können, grundsätzlich selbst dann der Pfändung unterliegen, wenn sie bei normalen Wohnverhältnissen für den Schuldner unentbehrlich wären.

³⁷ Vgl. *Noack* DVBl. 1962, 359 ff. (362).

behörde mit der Bereitstellung von Obdach und der Übernahme der damit verbundenen Unkosten eine Leistung, die in ihrer Wirkung einem typischen Akt der Sozialhilfe – nämlich der Gewährung notwendigen Lebensunterhalts in Form von Unterkunft – gleichkommt. Doch entgegen dem Wortlaut des § 90 handelt die Ordnungsbehörde dabei weder als „Träger der Sozialhilfe“ noch ist der Obdachlose „Hilfsempfänger“ im Sinne des BSHG. Die Ordnungsbehörde nimmt sich des Obdachlosen in erster Linie als Störers an und will vor allem der Gefährdung der öffentlichen Ordnung begegnen.

§ 90 BSHG kann aber auch nicht entsprechend angewendet werden. Das System der fürsorgerechtlichen Ersatzansprüche ist ein eng auszulegendes Ausnahmerecht, das ganz von den wesentlichen Grundprinzipien des Fürsorgerechts³⁸ bestimmt wird und auf sie zugeschnitten ist. In das Ordnungsrecht haben diese Grundprinzipien jedoch in solch ausgeprägter und dominierender Weise keinen Eingang gefunden. Das Überleitungsverfahren könnte daher allenfalls im Wege einer ausdrücklichen Bezugnahme auf § 90 BSHG im ordnungsrechtlichen Ersatzleistungsrecht Anwendung finden. Bezeichnenderweise aber enthält nicht einmal in Bayern, wo das Obdachlosenrecht schon früher fürsorgerechtliche Züge trug, der EbayOUG bei Behandlung des Ersatzanspruchs eine solche Bezugnahme auf § 90 BSHG oder §§ 21 a, 23 FPfIVO – obwohl dieser Entwurf doch im übrigen typisch fürsorgerechtliche Gedankengänge³⁹ übernimmt.

Die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Regreßanspruchs aus § 46 II OBG werden dadurch vermehrt, daß sich die untergebrachten Obdachlosen ihrer Ersatzpflicht häufig durch Verschwendung, unwirtschaftliches Einteilen des Verdienstes, Müßiggang o. ä. entziehen. Soweit die Familie des Untergebrachten aus diesen Gründen hilfsbedürftig wird und von der Fürsorgebehörde Unterstützung bezieht, ist die Ordnungsbehörde der Sorge um den Ersatz für die verauslagte Nutzungsentschädigung enthoben; denn sie kann sich nunmehr an den Träger der Fürsorgebehörde halten. Daneben gibt es jedoch zahlreiche Fälle, in denen das Einkommen des Obdachlosen gerade über dem Fürsorgerichtsatz liegt und die Fürsorgebehörde für die untergebrachte Familie daher nicht einspringt, wo aber die Bemühungen der Ordnungs- und der Vollstreckungsbehörde, ihren Ersatzanspruch durch Lohn- oder Sachpfändung von dem konstant „zahlungsfaulen“ Untergebrachten beizutreiben, ohne Erfolg bleiben. Hat die Ordnungsbehörde in diesen Fällen eine Möglichkeit, durch Erstattung einer Strafanzeige oder durch Anregung eines Freiheitsentziehungsverfahrens auf den Zahlungswillen des Obdachlosen einzuwirken?

Man wird diese Frage verneinen müssen. Strafrechtlich kann der untergebrachte Obdachlose meist nicht zur Verantwortung gezogen werden.

³⁸ Gemeint sind einmal der „absolute“ Vorrang der Selbsthilfe (einschließlich der Unterstützung durch Familienmitglieder und Verwandte; vgl. *Jehle* 1, 129 f.; *Dahlinger* NJW 1962, 1129 ff., 1131) und zum anderen der Grundsatz der unbedingten Heranziehung der Schuldner des Hilfsbedürftigen.

³⁹ Beispielsweise bei der rechtlichen Behandlung der Abschiebung von Obdachlosen (vgl. Art. 6 E bayOUG in Anlehnung an § 107 BSHG bzw. § 17 FPfIVO).

1. § 361 Ziff. 5 StGB bezieht sich auf die hier zu erörternden Fälle von vornherein nicht. Denn sobald in der Person des Untergebrachten die strengen⁴⁰ Voraussetzungen einer Verwahrlosung im Sinne dieser Bestimmung gegeben sind, ist seine Familie stets hilfsbedürftig und auf die Unterstützung und Betreuung der Fürsorgebehörde angewiesen. Die Fälle, in denen es der Untergebrachte zu einer Fürsorgebedürftigkeit seiner Angehörigen hat kommen lassen, sollen in diesem Zusammenhang aber gerade außer Betracht bleiben⁴¹.

2. Abweichend von § 361 Ziff. 5 StGB ist § 170b StGB zwar auch schon in Fällen anwendbar, in denen eine Fürsorgebedürftigkeit der Unterhaltsberechtigten unmittelbar noch nicht eingetreten ist. Dennoch werden die einzelnen Voraussetzungen des § 170b StGB in den hier erörterten Fällen regelmäßig nicht erfüllt sein. Man wird zwar annehmen müssen, daß sich die „gesetzliche Unterhaltspflicht“ des Eingewiesenen auch darauf erstreckt, seinen unterhaltsberechtigten Angehörigen die von der Ordnungsbehörde bereitgestellten Privaträume zu erhalten, der Eingewiesene also, wenn er der Ordnungsbehörde die an den Eigentümer gezahlte Nutzungsentschädigung nicht ersetzt, damit eine *Unterhaltsleistung* verweigert. Indessen: solange der Untergebrachte im übrigen für den Lebensunterhalt seiner Angehörigen – wenn auch vielleicht nur notdürftig und unregelmäßig – sorgt und sich lediglich vor der Erstattung der behördlichen Aufwendungen „zu drücken“ sucht, vernachlässigt er allenfalls teilweise seine Unterhaltspflicht. In einem solchen Falle läßt sich aber schwerlich behaupten, daß sich der untergebrachte Obdachlose generell „der“ gesetzlichen Unterhaltspflicht „entzieht“. Denn nach dem Deliktscharakter und dem geschützten Rechtsgut des § 170b StGB⁴² zu urteilen, will diese Vorschrift offensichtlich krassere Fälle von Unterhaltspflichtverletzungen unter Strafe stellen. Daher wird die Ordnungsbehörde bei einer Strafanzeige wegen eines Verstoßes gegen § 170b StGB kaum mit Erfolg rechnen können.

Aber auch mit den Mitteln des Fürsorgerechts wird die Ordnungsbehörde schwerlich auf den Leistungswillen des „zahlungsfaulen“ Untergebrachten hinwirken können. Eine Überweisung des Untergebrachten in eine Arbeitseinrichtung ist nach § 20 FPfIVO bzw. § 26 BSHG nur möglich, sofern er oder seine Angehörigen „... der öffentlichen Fürsorge anheimfallen“. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, solange die obdachlose Familie – ohne im übrigen Fürsorgeunterstützung

⁴⁰ Vgl. etwa LK(-Werner) § 361 Anm. V 1 a.

⁴¹ Denn in diesen Fällen erhält die Ordnungsbehörde ihre Aufwendungen aus Fürsorgemitteln ersetzt, so daß allenfalls die Fürsorgebehörde an einer strafrechtlichen Verfolgung des Untergebrachten interessiert sein könnte.

Übrigens fällt die Strafbestimmung wegen Verwahrlosung (§ 361 Ziff. 3) im künftigen Strafrecht ersatzlos fort (E StGB, amtliche Begründung vor § 354; etwas anderes gilt für die Bestimmung über Landstreicherei, § 361 Ziff. 3 StGB; vgl. o. S. 24 Fn. 6).

⁴² § 170b StGB (§ 200 E StGB) ist ein Vergehen, das nach überwiegender Auffassung „dem Schutz der Bande des Blutes und der Familie“ zu dienen bestimmt ist, dagegen nicht – oder allenfalls subsidiär – die Erhaltung öffentlichen Vermögens gewährleisten soll (so LK-Jagusch § 170b Anm. 1; OLG Hamm NJW 1960, 1632 f., 1632; abweichend Schönke-Schröder § 170b Anm. I mit Nachweisen). Im übrigen müßte nachgewiesen werden, daß durch das Verhalten des Untergebrachten auch wirklich unmittelbar der Lebensbedarf seiner Angehörigen gefährdet würde.

zu beziehen – in den für sie beschlagnahmten Privaträumen praktisch „unentgeltlich“ wohnt, weil es der Ordnungs- und der Vollstreckungsbehörde nicht gelingt, die verauslagten Unterbringungskosten von dem eingewiesenen Obdachlosen wieder beizutreiben. Denn allein dadurch, daß sich die Familie des Obdachlosen in den beschlagnahmten Privaträumen aufhält, nimmt sie noch keine Fürsorge in Anspruch. Die im Rahmen des Notstandsrechts beschlagnahmten Privaträume sind nicht als Fürsorgeeinrichtungen anzusehen. Das ergibt sich schon aus der Eingruppierung der Unterbringungskosten für Privatanspruchnahmen im ordentlichen Haushaltsplan^{43 44}.

§ 6 Die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und eingewiesenem Obdachlosen

Wie in den §§ 4 und 5 ausgeführt worden ist, wird auf Grund der Inanspr.- und Einweisungsverfügung der Ordnungsbehörde unmittelbar zwischen Behörde und Eigentümer sowie zwischen Behörde und Obdachlosen jeweils ein öffentliches Rechtsverhältnis begründet. Im Unterschied zu diesen öffentlichen Rechtsverhältnissen zwischen der Ordnungsbehörde auf der einen Seite und Eigentümer bzw. eingewiesenem Obdachlosen auf der anderen Seite sind die rechtlichen Beziehungen zwischen Eigentümer und Obdachlosem privatrechtlichen Charakters.

Abweichend von den bisher behandelten öffentlichen Rechtsverhältnissen sind die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und eingewiesenem Obdachlosen auch weder Ausfluß einer rechtsverbindlich abgegebenen Willensäußerung eines der Beteiligten noch sind sie die Folge einer vertraglichen Vereinbarung der beiden Beteiligten untereinander². Sie ergeben sich vielmehr aus den durch Inanspr.- und Einweisungsverfügung modifizierten Berechtigungen des Eigentums (des in Anspruch Genommenen) und des Besitzes (des eingewiesenen Obdachlosen). – Der Eigentümer hat auf Grund der Inansprvfg. die Benutzung seiner beschlagnahmten Räume durch den Obdachlosen nur insoweit zu dulden, als dies für dessen vorübergehenden notdürftigen Aufenthalt unerlässlich erforderlich ist; eine weitergehende Benutzung der beschlagnahmten Räume oder gar Beeinträchtigungen seines übrigen, von der Inansprvfg. nicht erfaßten Eigentums durch den Obdachlosen

⁴³ Übrigens werden selbst die Kosten der gemeindeeigenen Obdachlosenunterkünfte in der Regel nicht unter den Fürsorgemitteln des ordentlichen Haushalts (z. B. unter „Fürsorge und Jugendhilfe“) aufgeführt.

⁴⁴ Auch der Umstand, daß die Ordnungsbehörde nicht einfach von der weiteren Unterbringung des Eingewiesenen absehen dürfe, sobald dieser der Behörde keinen Ersatz leiste, steht nicht unbedingt entgegen. Denn diese Verpflichtung muß nicht zwingend eine Folge sonst vielleicht bevorstehender Hilfsbedürftigkeit des Obdachlosen sein, sondern kann durchaus auch lediglich eine Folge der anderenfalls drohenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung sein.

Denn keiner der an diesem Rechtsverhältnis Beteiligten ist ein Subjekt hoheitlicher Gewalt oder eine mit hoheitlichen Befugnissen beliehene Zivilperson (vgl. Hans J. Wolff § 22 II c). – Die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Obdachlosen sind zusammenhängend noch nirgends erörtert worden; Einzelfragen sind gelegentlich gestreift worden von AG Pforzheim ZMR 1956, 6; LG Kiel ZMR 1956, 356 f.

² Wie sie etwa bei einer Zuweisungsverfügung der Wohnungsbehörde gefordert wird (§ 15 I 2 WBG).

braucht er nicht hinzunehmen. – Der eingewiesene Obdachlose hat in dem durch die Einweisungsverfügung (und durch die Inanspruchn.) abgesteckten Rahmen die Stellung eines rechtmäßigen Besitzers der beschlagnahmten Räume, die der Eigentümer hinzunehmen verpflichtet ist.

Eigentümer und Obdachloser haben somit im Verhältnis zueinander jeweils ein Recht auf ungestörte Ausübung ihres im einzelnen durch Inanspruchn.- und Einweisungsverfügung eingeschränkten Eigentums bzw. eingeräumten Besitzes – mit der Folge, daß bei Übergriffen³ des einen in den rechtlich geschützten Bereich des anderen dem Betroffenen die konkreten Ansprüche erwachsen, die das außertragliche Privatrecht zwischen Eigentümer und Störer, Besitzer und Störer, Schädiger und Geschädigtem, Bereichertem und Entreichertem vorsieht. Im einzelnen können folgende Ansprüche unter den Beteiligten entstehen:

ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des Eigentümers gegen Störungen durch den Obdachlosen, die er nicht zu dulden verpflichtet ist⁴;

ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des eingewiesenen Obdachlosen gegen Störungen durch den Eigentümer, die er nicht zu dulden verpflichtet ist;

Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlungen des einen Beteiligten gegen Eigentum, eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder Besitz des andern.

Daß der Obdachlose nicht verpflichtet ist, für die Benutzung der beschlagnahmten Räume unmittelbar an den Eigentümer Benutzungsentgelt zu zahlen, ist oben S. 45 f. näher ausgeführt worden. Die dort skizzierte Lösung – der Eigentümer erhält Nutzungsentgelt allein und stets nur von der Ordnungsbehörde – findet ihre Rechtfertigung im Anspruchssystem des BGB und erscheint im übrigen übersichtlich und interessengerecht.

§ 7 Zu den Besitzverhältnissen während der Fremdeinweisung und anderen damit zusammenhängenden Fragen

I. Rückblick und Einführung

Die Frage, ob der durch die Ordnungsbehörde in Privaträumen untergebrachte Obdachlose auch Besitzer der von ihm bezogenen Räume wird, hat neuerdings – wie noch zu zeigen sein wird – vor allem im Zusammenhang mit der späteren Rückabwicklung der von der Behörde getroffenen Maßnahmen erhebliche praktische Bedeutung gewonnen.

³ Das Charakteristische ist, daß erst bei Übergriffen Ansprüche unter den Beteiligten entstehen. Die bloße Benutzung der Räume verpflichtet den Untergebrachten nicht, dem Eigentümer Ersatz zu leisten.

⁴ § 1004 BGB. – Man wird folgende Fälle unterscheiden können: einmal eine Beeinträchtigung des Eigentümers durch eine über den Unterbringungszweck hinausgehende Überbeanspruchung der beschlagnahmten Räume selbst (Maßstab etwa § 21 MSchG, 2. Alternative); ferner eine Störung des Hausfriedens durch erhebliche Belästigungen des Eigentümers oder anderer Hausbewohner (Maßstab etwa § 21 MSchG, 1. Alternative); schließlich störende Einwirkungen auf das Grundstück des Eigentümers, soweit es nicht

In der Vergangenheit ist der Frage nach den Besitzverhältnissen während der Obdachlosenunterbringung in beschlagnahmten Privaträumen wenig nachgegangen worden¹. Vieles spricht dafür, daß seinerzeit allgemein angenommen wurde, daß der Obdachlose an den für ihn bereitgestellten Räumen Besitz erlangte. Ansichten des Inhalts, daß der Träger der Polizeibehörde Besitzer der beschlagnahmten Räume werde oder daß die Räume auch während des Aufenthalts des Obdachlosen im Besitz des Eigentümers verblieben, sind jedenfalls, soweit ersichtlich, nicht vertreten worden.

Erst in den letzten Jahren ist die Frage nach den Besitzverhältnissen während der ordnungsbehördlichen Privatanspruchnahme in das Blickfeld gerückt, nachdem in Schrifttum und Rspr. zunehmend Stimmen laut geworden sind, die allein den Träger der Ordnungsbehörde als Besitzer der beschlagnahmten Räume und den untergebrachten Obdachlosen nur als Besitzdiener der Behörde ansehen wollen². Zur Begründung wird dabei in der Regel lediglich darauf hingewiesen, daß der Obdachlose „hinsichtlich Art, Umfang und Dauer der Benutzung“³ der beschlagnahmten Räume den Weisungen der Behörde unterliege und daher die Voraussetzungen des § 855 BGB vorlägen. Demgegenüber hat die zur Zeit wohl h. M., ohne sich allerdings mit der neuerdings vertretenen Ansicht überhaupt auseinanderzusetzen, mit unkritischer Selbstverständlichkeit an ihrer Ansicht festgehalten⁴.

Unter diesen Umständen scheint eine ausführliche Erörterung der Frage der Besitzverhältnisse während der ordnungsbehördlichen Privatanspruchnahme dringend geboten; sie wird sich dabei insbesondere mit jener neuerdings vertretenen Ansicht kritisch auseinandersetzen müssen.

II. Die Besitzverhältnisse an den durch die Ordnungsbehörde beschlagnahmten Privaträumen

a) Auszugehen hat diese Erörterung davon, daß die Erlangung und Ausübung der „tatsächlichen Gewalt“ über eine Sache nach der allgemeinen Lebens- und Verkehrsanschauung zu beurteilen ist⁵ und daß bei Zugrundelegung dieses Kriteriums der Eingewiesene als Inhaber der tatsächlichen Gewalt in den von ihm bezogenen Räumen angesehen werden muß. Von seinem Einzug an hat er die reale Chance,

zu Unterbringungszwecken beschlagnahmt wurde, z. B. eigenmächtige Nutzung nicht beschlagnahmter Kellerräume, des Hausgartens o. ä.

Übrigens kann der Eigentümer daneben auch von der Ordnungsbehörde die Umquartierung des eingewiesenen Obdachlosen verlangen; vgl. o. S. 43 und u. S. 80 ff.

¹ Lediglich Franzen 120 und Parisius Stusev. 1929, 504 streifen diese Frage: Franzen bejaht ein Besitzrecht des Obdachlosen; anders anscheinend Parisius.

² Vgl. Bettermann MDR 1957, 130 ff. (132); ausführlicher Benner StT 1958, 4 ff. (7). Überblick über diese Ansicht s. u. S. 125 Fn. 11.

³ So Bettermann, a. a. O.

⁴ So geht neuerdings z. B. auch Art. 5 I E bayOUG nebst amtlicher Begründung ohne weiteres von einer Besitzerstellung des Eingewiesenen aus. Überblick über die h. M. vgl. u. S. 141 Fn. 11. Ansatzpunkte einer genaueren Kritik an der neuerdings vertretenen Gegenansicht allenfalls bei Less ZMR 1957, 221 ff. (222).

⁵ Vgl. etwa Staudinger-Seufert § 854 Kdn. 2 mit Nachweisen; Westermann § 9 I 4.

die zum Zwecke seiner Unterbringung beschlagnahmten Privaträume einstweilen zum Mittelpunkt seiner Lebensgestaltung zu machen: steht doch in der Regel zu erwarten, daß er etwa ein halbes Jahr, vielleicht länger, vielleicht kürzer, in diesen Räumen verbleiben wird. Er kann sich fortan in ihnen aufhalten und dort schlafen; ihm steht frei, dort zu kochen und seine Mahlzeiten einzunehmen; er kann seine Möbel auf dem engen Raum so verteilen, wie er will und für richtig hält – und zwar in dem Bewußtsein, daß der Eigentümer die Benutzung der Räume zu dulden hat. Wer in dieser Weise die beschlagnahmten Räume vorübergehend bewohnen kann, übt auch die tatsächliche Gewalt über sie aus. Nach der Grundvorschrift des § 854 I BGB ist der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine Sache deren Besitzer.

b) Allerdings kann die Rechtsstellung des Besitzers unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch einem anderen als dem tatsächlichen Gewalthaber zugeordnet sein, dann nämlich, wenn jemand „die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis“ ausübt, „vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat“ (§ 855 BGB). Nach dieser Bestimmung ist innerhalb gewisser Abhängigkeitsverhältnisse nicht der weisungsgebundene Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine Sache deren Besitzer, sondern der übergeordnete Weisungsgeber.

Im Zusammenhang mit der hier zu erörternden Frage könnte man ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 855 BGB allein in dem besonderen Gewaltverhältnis vermuten, in welchem der eingewiesene Obdachlose der einweisenden Ordnungsbehörde gegenübersteht⁶. Die Weisungsgebundenheit des Obdachlosen weicht jedoch, wie im folgenden gezeigt werden soll, zu sehr von der in § 855 BGB gemeinten Abhängigkeit ab, als daß der Obdachlose bezüglich der beschlagnahmten Räume als bloßer Besitzdiener der Ordnungsbehörde angesehen werden könnte.

(1) Nach einer Formulierung des BGH ist für einen Besitzdiener charakteristisch, daß er die Gewalt über eine Sache auf Grund eines nach außen erkennbaren sozialen Abhängigkeitsverhältnisses ausübt, welches ihn bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt lediglich als Werkzeug des Besitzers erscheinen läßt⁷. Als Beispiel für ein solches Abhängigkeitsverhältnis nennt das Gesetz die Tätigkeit im Haushalt und Erwerbsgeschäft und verweist im übrigen auf „ähnliche Verhältnisse“. Der Gesetzgeber ist demnach anscheinend der Meinung, daß das in § 855 BGB gemeinte Abhängigkeitsverhältnis dienstleistungsgeprägt sein müsse und als Besitzdiener der Arbeitnehmer im weiteren Sinne verstanden werden solle: der typische Besitzdiener bekommt die Gegenstände, die seiner Sachherrschaft anvertraut werden, zur Erbringung von Leistungen für seinen Herrn, um mit ihnen

⁶ Vgl. o. S. 54. Die auf der Inanspruchnahme beruhende *Beschlagnahme* der Räume ist hier nicht direkt von Bedeutung. Aus ihr ergibt sich lediglich, daß der *Eigentümer* vorläufig nicht Besitzer der beschlagnahmten Räume ist; vgl. zur *Beschlagnahme* *Staudinger-Seufert* § 868 Rdn. 21; vgl. ferner OLG Köln WarnRspr. 1925, 35 f., 36; OLG Stuttgart OLG-Rspr. 43, 89 f., 89.

⁷ BGH LM Nr. 2 zu § 1006 BGB; weitere Nachweise LG Düsseldorf MDR 1963, 55 a. E.

„den Willen des Besitzers zur Ausführung zu bringen“⁸. Ob das dienstleistungsgeprägte Abhängigkeitsverhältnis dabei auf privatrechtlicher oder auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruht, ist für die Anwendbarkeit des § 855 BGB ohne Bedeutung.

Schon das Kriterium der dienstleistungsgeprägten Abhängigkeit spricht gegen die Annahme, daß der eingewiesene Obdachlose bezüglich der beschlagnahmten Privaträume Besitzdiener der Ordnungsbehörde sei. Die Behörde nimmt sich des Obdachlosen nicht an, daß er Dienstleistungen für sie erbringe – solche werden von ihm nicht erwartet. Die Behörde will allein der Gefährdung oder Störung der öffentlichen Ordnung begegnen und damit eine ihr obliegende Pflicht erfüllen. Dieser Pflicht kann sie, soweit gemeindeeigene Unterkünfte nicht verfügbar sind, meist allein dadurch nachkommen, daß sie Räume bei unbeteiligten Dritten bereitstellt und dem Obdachlosen die Sachherrschaft in ihnen einräumt. Der Obdachlose ist daher nicht nur bewußt eingeschaltetes „Werkzeug“ behördlichen Willens, sondern ist in gleichem Maße Subjekt, dem die Erfüllung der behördlichen Pflicht zugute kommt. Er soll die tatsächliche Sachherrschaft nicht stellvertretend „für“ und „anstelle“ der Ordnungsbehörde ausüben, vielmehr will und muß die Behörde sie ihm einräumen und belassen, wenn sie die Störung der öffentlichen Ordnung verhindern oder beseitigen will.

(2) Weiter ist zu beachten, daß verschiedentlich die Auffassung vertreten wird, das in § 855 BGB gemeinte Abhängigkeitsverhältnis könne nur als Folge der Fremdnützigkeit der von dem Abhängigen ausgeübten tatsächlichen Sachgewalt verstanden werden; kennzeichnend für ein solches Abhängigkeitsverhältnis sei das nach Art und Inhalt des betreffenden Rechtsverhältnisses objektivweise zu erwartende Fehlen eigener Interessen des Abhängigen an der von ihm ausgeübten Sachherrschaft⁹. Aus dieser Charakterisierung des Abhängigkeitsverhältnisses ergeben sich gleichfalls Bedenken, ob angesichts des regelmäßig bestehenden und durchaus verständlichen Eigeninteresses des Obdachlosen an der tatsächlichen Sachgewalt in den beschlagnahmten Räumen ein für § 855 BGB typisches Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen ihm und der Behörde vorliegt.

Im Zusammenhang mit dem zuletzt behandelten Gesichtspunkt sei auch darauf hingewiesen, daß das übliche Motiv zum Abschluß eines für § 855 BGB charakteristischen Rechtsverhältnisses einerseits und andererseits die Umstände, die die Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde und Obdachlosem entstehen lassen, kaum Gemeinsamkeiten aufweisen. Der übergeordnete Weisungsgeber, der ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 855 BGB begründet, behält sich die Befugnis, auf die Sachherrschaft des Abhängigen einzuwirken, bewußt vor, um zur Förderung seiner jeweiligen Interessen ständig zu Umdispositionen mit den Gegenständen

⁸ So die Formulierung bei *Staudinger-Seufert* § 855 Rdn. 6. Vgl. im einzelnen die Beispiele dienstleistungsgeprägter Abhängigkeit bei *Heck* 30; *Staudinger-Seufert*, a. a. O., Rdn. 3 ff., 6 a ff.; *Erman-Westermann* § 855 Anm. 11; *RGRK(-Kregel)* § 855 Anm. 8 ff.

⁹ Vgl. etwa *Heck*, a. a. O.; *Müller-Erzbach* AcP 142, 5 ff. (21 ff., 26 f., 30 f.); *Eichler* 32; a. A. *Erman-Westermann* § 855 Anm. 2; *Wolff-Raiser* § 6 III Fn. 6.

seiner Organisation in der Lage zu sein. Mit der Befugnis der Ordnungsbehörde, den Obdachlosen umzuquartieren oder während seines Aufenthaltes in den Räumen des Eigentümers zwischen diesem und dem Obdachlosen zur Erhaltung des häuslichen Friedens zu vermitteln, verhält es sich anders. Sie ist kein aus wirtschaftlich-ökonomischen Erwägungen heraus bewußt vorbehaltenes Machtmittel, sondern ist vielmehr als unfreiwillig-zwangsläufiges Surrogat dafür zu verstehen, daß die Behörde nicht von vornherein auf eine vorübergehende (kündbare und befristete) vertragliche Regelung zwischen Eigentümer und Obdachlosem hinwirken konnte.

(3) Ferner entspricht auch die Weisungsabhängigkeit des eingewiesenen Obdachlosen gegenüber der Ordnungsbehörde nicht der für ein Abhängigkeitsverhältnis gemäß § 855 BGB typischen Weisungsgebundenheit des tatsächlichen Gewalthabers. Die letztere wird im Schrifttum dahin charakterisiert, daß der übergeordnete Weisungsgeber den Abhängigen nach dem jeweils zugrunde liegenden privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis „jederzeit nach Belieben“ und „in eigener Machtvollkommenheit“ in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beschränken bzw. ihm diese gänzlich nehmen könne¹⁰. Für ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 855 BGB ist daher typisch, daß der Abhängige den Weisungen des übergeordneten Besitzherren in der Weise „ausgesetzt“ ist, daß er keinen Einfluß darauf hat, in welchem Umfang er seine tatsächliche Sachherrschaft auszuüben und in welcher Weise er mit der Sache zu verfahren hat.

Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis zwischen Ordnungsbehörde und Obdachlosem nicht vor. Während seiner Unterbringung – vor allem dieser Zeitraum dürfte nach der Verkehrsanschauung für die Beurteilung der Besitzverhältnisse entscheidend sein – hat der Obdachlose durch sein Verhalten im Hause des Eigentümers sehr wohl in der Hand, ob bzw. in welchem Maße er Weisungen der Behörde zu gewärtigen hat.

(4) Auch der Hinweis auf die im Schrifttum vertretene Ansicht, nach der sich die in § 855 BGB gemeinte Abhängigkeit am sinnfälligsten darin äußere, daß der weisungsgebundene Abhängige in eine Organisation eingeordnet sei, die üblicherweise eine Herrschaftssphäre darstelle¹¹, ist wenig ergiebig. Es muß bezweifelt werden, ob sich die in der Großstadt beschlagnahmten Privaträume – die dortigen Verhältnisse sind typisch – in einer üblicherweise „Herrschaftssphäre“ darstellenden Organisation befinden. Der Gesichtspunkt von der organisatorischen Zusammenfassung ist zwar regelmäßig auf die gemeindeeigenen Obdachlosenasyile anwendbar, paßt jedoch weniger auf die zahlreichen, in Innenstadt und Vororten verstreuten, vielfach innerhalb geschlossener Etagen von Mietshäusern gelegenen Raumeinheiten, die die Ordnungsbehörde zu beschlagnahmen genötigt ist. Insoweit mangelt es von vornherein an einer Offenkundigkeit von Bestand und Umfang jener „Organisation“, da die jeweilige Anzahl und örtliche Lage der beschlagnahmten Räume als „Außenstellen“ der Organisation in stetem Wechsel begriffen

¹⁰ So die Formulierungen bei *Staudinger-Seufert* § 855 Rdn. 11; *Eichler* 30; *Baur*, Sachenrecht, 56; vgl. auch *Hölder-Rosenberg* § 855 Anm. II 2 c.

¹¹ Vgl. *Westermann* § 10 II 1, auf den *Benner StT* 1958, 4 ff. (7) Bezug nimmt.

sind. Im übrigen spiegelt die Ordnungsbehörde dadurch, daß sie angesichts der hohen Zahl der Unterbringungsfälle im konkreten Einzelfall ähnlich der Wohnungsbehörde lediglich als eine Art Planungs- und Verteilungsinstitution mit Schriftverfahren in Erscheinung tritt, noch nicht typische Sachherrschaftssphäre wider.

(5) Schließlich bleibt zu beachten, daß die Frage, ob zwischen Ordnungsbehörde und eingewiesenem Obdachlosem ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 855 BGB vorliegt, nach Maßgabe der allgemeinen Verkehrsanschauung zu beurteilen ist¹². Nach dieser allgemeinen Verkehrsanschauung dürfte der eingewiesene Obdachlose die Sachherrschaft in den von ihm bewohnten Räumen ausüben und sich nicht in einer Abhängigkeit befinden, derzufolge man ihm den Besitz an diesen Räumen absprechen müßte. Der gegenteiligen Behauptung *Benners*, daß der Obdachlose nach allgemeiner Wertung nicht einmal die tatsächliche Sachherrschaft in den für ihn bereitgestellten Räumen innehat, kann nicht zugestimmt werden. Sie wird schon widerlegt durch den Umstand, daß die h. M. den Eingewiesenen ohne nähere Begründung als tatsächlichen Gewalthaber und Besitzer der beschlagnahmten Räume und nicht als Besitzdiener ansieht und daß diese Meinung zumindest als Indiz für eine entsprechende allgemeine Verkehrsanschauung zu werten ist.

c) Diese im einzelnen näher dargelegten Gründe dürften in ihrer Gesamtheit die Folgerung rechtfertigen, daß die besitzrechtliche Regelung des § 855 BGB – entgegen der neuerdings vertretenen Ansicht – auf das Verhältnis zwischen dem Träger der Ordnungsbehörde und dem eingewiesenen Obdachlosen bezüglich der beschlagnahmten Räume des Eigentümers nicht anwendbar ist¹³. Das wiederum würde bedeuten, daß der Obdachlose als tatsächlicher Gewalthaber über die von ihm bewohnten Räume auch deren Besitzer ist.

Dieses Ergebnis erwiese sich allerdings nicht als hinreichend begründet und gewährleistet, wenn die gelegentlich an ihm geübte Kritik gerechtfertigt erschiene. Das ist indessen nicht zu besorgen. Die von *Benner* geltend gemachten Bedenken gegen eine Besitzerstellung des Eingewiesenen¹⁴ können nicht überzeugen.

Das gilt zunächst für seine Behauptung, der eingewiesene Obdachlose könne nicht Besitzer der von ihm bezogenen Räume sein, weil es an „einer auf die Dauer angelegten Beziehung zur Sache“ fehle. Diese Behauptung ist in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht haltbar. Aus dem Schrifttum ergibt sich unmißverständlich, daß mit der einschränkenden Voraussetzung „auf gewisse Dauer angelegt“ völlig andersartige Sachverhalte als etwa der vorliegende betroffen und von gewissen

¹² Vgl. etwa *RGRK(-Kregel)* § 855 Anm. 7; auch schon *Hölder-Rosenberg* § 855 Anm. II 2 c; *Planck-Strecker* § 855 Anm. 2.

¹³ Ähnlich insbesondere *Less* ZMR 1957, 221 ff. (222): der Ordnungsbehörde stünde zwar eine gewisse Weisungsbefugnis zu, sie beabsichtige aber weder, selbst Besitzerin der Räume zu werden, noch wolle sie den Obdachlosen zu ihrem Besitzdiener machen (so auch wohl *Schmidt-Futterer* NJW 1962, 471 ff., 475); die Beziehungen zwischen Behörde und Obdachlosem bestimmten sich nach öffentlichem Recht und seien mit einer Besitzerstellung des Obdachlosen vereinbar. Im Ergebnis ebenso die h. M. (zitiert u. S. 125 Fn. 11).

¹⁴ *Benner StT* 1958, 4 ff. (6 f., 5).

besitzrechtlichen Wirkungen ausgenommen werden sollten¹⁵. Im übrigen ist nicht einzusehen, warum eine mehrmonatige, oft mehr als halbjährige Benutzung von Räumen nicht auf eine gewisse Dauer angelegt erscheint, zumal infolge der örtlichen Verhältnisse und der verfügbaren Mittel häufig schon von vornherein feststeht, daß der Obdachlose nicht nur einige Tage oder Wochen in den bereitgestellten Räumen verbleiben muß. Schließlich aber müßte man, würde man jenen Einwand folgerichtig fortführen, mit eben demselben Argument Besitz der Ordnungsbehörde an den beschlagnahmten Räumen verneinen – ein Ergebnis, das *Benner* offensichtlich gerade vermeiden möchte.

Ebenfalls unzutreffend ist seine Behauptung, daß die Ordnungsbehörde Störungen und Beeinträchtigungen des Aufenthalts des Obdachlosen dem Eigentümer nur dann verbieten könne, wenn sie in den vom Obdachlosen bewohnten Räumen auch das Besitz- und Hausrecht ausübe. Die Befugnis der Ordnungsbehörde, den Eigentümer zur Duldung der Inanspruchnahme und vorübergehenden Einschränkung seines Eigentums anzuhalten, ist nicht Ausfluß und Folge einer privatrechtlichen Besitzerstellung der Ordnungsbehörde, sondern besteht unabhängig von einer solchen. Sie ist öffentlich-rechtlichen Charakters und ergibt sich unmittelbar aus der Inanspruchnahme.

Nach alledem darf abschließend festgestellt werden, daß der von der Ordnungsbehörde vorübergehend in Privaträume eingewiesene Obdachlose deren Besitzer

III. Folgerungen aus der Besitzerstellung des Eingewiesenen für die Frage des Rechts zum Besitz und des Hausrechts

a) Das Ergebnis, daß der eingewiesene Obdachlose Besitzer der für ihn bereitgestellten Räume wird, ist nun noch dahin zu ergänzen, daß er auch *rechtmäßiger* Besitzer jener Räume wird: er erlangt ein sog. Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB. Dieses Recht zum Besitz ist eine tatsächliche Folge der durch Inanspruchnahme angeordneten Sicherstellung der Räume und ihrer einstweiligen Überlassung an den Obdachlosen.

¹⁵ Vgl. die Beispiele bei *Staudinger-Seufert* § 854 Rdn. 2 unter d; ferner *Wolff-Raiser* § 10 II; *Erman-Westermann* § 854 Anm. 4.

¹⁶ Die naheliegende Frage, ob neben dem Obdachlosen vielleicht auch der Träger der Ordnungsbehörde (mittelbarer) Besitzer der beschlagnahmten Räume werde, ist zu verneinen. Sie ist meist unter dem Gesichtspunkt erörtert worden, daß zwischen Behörde und Obdachlosem entweder ein Besitzdienerschafts- oder ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB bestehen müsse. Diese Alternative ist jedoch nicht zwingend. Ein Besitzmittlungsverhältnis würde voraussetzen, daß die zwischen den beiden Beteiligten bezüglich der beschlagnahmten Räume bestehende Rechte- und Pflichtenbeziehung so beschaffen wäre, daß die Verteilung von Rechten und Pflichten an der Sache von Anfang an festläge und später nicht einseitig modifiziert werden könnte (vgl. *Eichler* 30). Dazu ist die Behörde indessen befugt – wenn davon in der Praxis auch nicht oft Gebrauch gemacht wird. Ein Besitzmittlungsverhältnis mit der Folge, daß auch die Ordnungsbehörde Besitzerin der Räume sei, ist daher zu verneinen. Anderer Auffassung: LG Mainz NJW 1954, 194 ff., 196; *Pursch StT* 1956, 55 ff., 57; *Senger-Kurzmann* § 19 Anm. 9 e; im Ergebnis wie hier *Roquette* NJW 1954,

Wenn gegen dieses „Recht zum Besitz“ des Obdachlosen bisweilen geltend gemacht wird, die Ordnungsbehörde könne die Unterbringung jederzeit vorzeitig widerrufen und den Obdachlosen seines Besitzes entsetzen, so verkennt dieser Einwand den Begriff des Rechts zum Besitz. Ein Recht zum Besitz ist dort gegeben, wo die vorübergehende Spaltung von Eigentum und Besitz durch die Rechtsbeziehungen unter den Beteiligten gerechtfertigt ist¹⁷. Es enthält nur ein Urteil über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des gegenwärtig ausgeübten Besitzes. In diesem Zusammenhang besagt es lediglich, daß sich der Obdachlose während der befristeten Einweisung bzw. bis zu seiner vorzeitigen Entfernung durch die dazu befugte Ordnungsbehörde in den bereitgestellten Räumen zu Recht aufhält. Das privatrechtliche Recht zum Besitz ist also nicht identisch mit einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis, Ausnahmegewilligung o. ä., für deren rechtliche Charakterisierung gerade der Schwierigkeitsgrad ihrer Widerruflichkeit maßgebend ist. Das Recht zum Besitz beinhaltet entgegen seinem vielleicht mißverständlichen Wortlaut *nicht* wesensnotwendig ein vorzeitig genau bemessenes oder nur erschwert widerrufbares „Recht auf Besitzerhaltung“. So kann manches Recht zum Besitz jederzeit und mit sofortiger Wirkung einseitig durch denjenigen beendet und aufgehoben werden, der dem anderen dieses Recht verschafft hat, wofür etwa §§ 868, 695 BGB ein typisches Beispiel bilden. Das privatrechtliche „Recht zum Besitz“ des Obdachlosen besteht daher unabhängig davon, ob die Unterbringung dem Obdachlosen auch ein volles oder beschränktes subjektives öffentliches Recht verschafft.

Dieses „Recht zum Besitz“ bildet übrigens zugleich auch den „rechtfertigenden Grund“¹⁸ im Sinne des § 812 BGB für die Besitzverschiebung und Nutzungsvorteile, so daß insoweit auch Bereicherungsansprüche des Eigentümers gegen den Eingewiesenen ausgeschlossen sind.

b) Ist der eingewiesene Obdachlose während der Wirksamkeit der Inanspruchnahme rechtmäßiger Besitzer der für ihn beschlagnahmten Räume, so dürfte auch die Frage entschieden sein, ob der Eingewiesene das sog. Hausrecht in diesen Räumen ausüben und den Schutz des § 123 StGB genießen. Die Frage ist zu bejahen.

Unter dem „Hausrecht“ versteht man das Interesse an ungestörter Betätigung des eigenen Willens in der innegehabten Wohnung¹⁹. Ein solches ist auch dem untergebrachten Obdachlosen nicht abzusprechen. Es ist zwar richtig, daß der Obdachlose als ordnungspflichtiger Störer eingewiesen wird und keinen Anspruch

194 f., 194; *Pentz* NJW 1954, 432; *Erman-Westermann* § 868 Anm. 9 d; *Palandt-Hoche* § 868 Anm. 2 c, cc. Abwegig v. *Eyll-Kipar* 79 (Ordnungsbehörde mittelbarer Besitzer, Obdachloser Besitzdiener).

Das Fehlen eines Mittlungsverhältnisses ist auf die Rechtsstellung der Behörde ohne Einfluß; die in § 869 BGB dem mittelbaren Besitzer eingeräumten Befugnisse ergeben sich für die Behörde aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten.

¹⁷ So *Erman-Hefermehl* § 986 Anm. 3.

¹⁸ Vgl. dazu *Palandt-Gramm* § 812 Anm. 6; *Erman-Seiler* § 812 Anm. 5; *Enneccerus-Lehmann* § 222.

¹⁹ Vgl. LK(-*Werner*) § 123 Anm. I; *Schönke-Schröder* § 123 Anm. I; *Kohlrausch-Lange* § 123 Anm. I; *Maurach* § 23 I 2.

darauf hat, die bereitgestellten Räume auf Dauer zu bewohnen. Gleichwohl will ihm die Ordnungsbehörde diese Räume zur Verfügung stellen, daß er sie bis auf Widerruf zum Mittelpunkt seiner häuslichen Lebensgestaltung mache, und ihm ermöglichen, seinen Willen in diesen Räumen intern innerhalb der Familie und auch gegenüber unerwünschten Dritten zu entfalten. So ist denn auch die Innehabung des Hausrechts nach einhelliger Ansicht an den unmittelbaren Besitz der betreffenden Wohnung oder des Geschäftsraumes geknüpft und allein Ausfluß dieser privatrechtlichen Berechtigung. Das Hausrecht kann daher nicht etwa mit dem Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Stellung des Obdachlosen als Störers in Zweifel gezogen werden. Ebenfalls schlägt das Bedenken, ob der oder die von der Behörde beschlagnahmten, vielleicht sehr kümmerlichen Räume als Wohnung im Sinne des § 123 StGB anzusehen sind, nicht durch. Der Begriff der Wohnung ist in dieser Vorschrift nur insoweit qualitätsbestimmt, als er voraussetzt, daß die betreffenden Räume einer Einzelperson oder Familie zum ständigen Aufenthalt dienen oder doch für eine vorübergehende Benutzung geeignet sind, wofür wiederum ihre Benutzbarkeit zur Nachtruhe ein besonderes Indiz ist²⁰. Im übrigen erscheint die Annahme, daß der Eingewiesene als Besitzer der von ihm bezogenen Räume auch das Hausrecht in ihnen ausübe, als eine interessengerechte Lösung, da ihm ein gewisses, schutzwürdiges Eigeninteresse an einer lokalisierten Freiheitssphäre nicht abgesprochen werden kann.

Die hier vertretene Ansicht wird von *Benner* kritisiert. Er will allein der Ordnungsbehörde das Hausrecht in den beschlagnahmten Räumen zusprechen, weil andernfalls ein umfassender strafrechtlicher Schutz der Beamten der Ordnungsbehörde nicht gewährleistet sei²¹. Diese Begründung überzeugt indessen nicht, da die Beamten durch die Strafbestimmungen über den Widerstand gegen die Staatsgewalt ausreichend gedeckt werden. Auch ihrerseits begehen die Bediensteten der Ordnungsbehörde beim Betreten der beschlagnahmten Räume – etwa zum Zwecke der Umquartierung, der Pfändung von Gegenständen oder der Besichtigung von angerichteten Schäden – regelmäßig nicht Hausfriedensbruch gegenüber dem untergebrachten Obdachlosen; denn diese öffentlich-rechtlichen Befugnisse der Ordnungsbehörde sind stärker als dessen Hausrecht²². Es ließe sich auch die Ansicht vertreten, daß das Hausrecht des Eingewiesenen gegenüber der Ordnungsbehörde insoweit von vornherein eingeschränkt sei. Solcherart Einschränkungen und Abstufungen des Hausrechts sind möglich und zulässig²³.

Die Auffassung, daß das (umfassend gedachte) Hausrecht gegenüber den stär-

²⁰ Vgl. etwa *Maurach* § 23 II A 2; *Schönke-Schröder* § 123 Anm. III 1; LK(-*Werner*) § 123 Anm. II 1.

²¹ StT 1958, 4 ff. (5 unter I a. E.). – Die Behauptung von *Pentz* NJW 1954, 432, auch das prOVG Bd. 92, 108 ff. (111) halte die Polizeibehörde während der Wirksamkeit der Inanspruchn. für die Inhaberin des Hausrechts, ist unzutreffend; das Gericht nimmt, wie aus den Entscheidungsgründen klar hervorgeht, zu dieser Frage überhaupt nicht Stellung.

²² Vgl. *Schönke-Schröder* § 123 Anm. IV 1 b; *Maurach* § 23 II A 3 a.

²³ Vgl. die Beispiele bei LK(-*Werner*) § 123 Anm. II 1 und III 2.

keren Befugnissen der Ordnungsbehörde zurückweiche bzw. das Hausrecht von vornherein nur in einem bestimmten Umfang bestehe, entspricht jedenfalls mehr der allgemeinen Lebensanschauung als die Ansicht *Benners*, daß allein die Behörde das Hausrecht ausübe und der Obdachlose in seiner Person gegenüber störenden Eingriffen Dritter in den beschlagnahmten Räumen strafrechtlich nicht geschützt sei.

VIERTES KAPITEL

Die Privatanspruchnahme als Fremdeinweisung (Fortsetzung): Ende der Inanspruchnahme und Folgenbeseitigung

§ 8 Die Rechtslage nach Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung

I. Zur Frage der Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtsbeziehungen

Die Inanspruchnahme der Räume kann rechtlich ihr Ende finden:

durch vorzeitige, vor Fristablauf erfolgende Aufhebung der Inanspruchnahme seitens des Verwaltungsgerichts oder der Aufsichtsbehörde;

durch vorzeitigen, vor Fristablauf erfolgenden Widerruf der Inanspruchnahme seitens der erlassenden Verwaltungsbehörde selbst;

durch Ablauf der in der Inanspruchnahme bestimmten Frist.

Da der Eingewiesene vielfach noch Wochen oder Monate über diesen Zeitpunkt hinaus die ihm überlassenen Räume weiterbewohnt, liegt die Frage nahe, wie die Rechtslage zwischen Wegfall¹ der Inanspruchnahme und endgültigem Auszug des Obdachlosen zu beurteilen ist.

Man könnte annehmen, die Ordnungsbehörde wolle die bisherige Rechtslage zwischen ihr, dem Eigentümer und dem Obdachlosen bis zu dessen Auszug fortbestehen lassen. Eine solche Annahme würde einmal voraussetzen, daß man in dem Untätigbleiben der Behörde nach Wegfall der Inanspruchnahme einen neuen stillschweigend oder konkludent erklärten VA der Behörde erblicken könnte, durch den die Inanspruchnahme der Räume bis zum Auszug des Obdachlosen verlängert würde. Die Richtigkeit jener Annahme würde ferner voraussetzen, daß dieser neue VA rechtliche Wirkung entfalten und nicht von vornherein nichtig sein würde. – Zunächst: nichtig und daher von Anfang an unbeachtlich würde jene neue Inanspruchnahme nicht sein. Daß sie gegen die Formvorschrift des § 20 I OBG verstieße, daß sie ferner nicht, wie erforderlich, genau befristet wäre² und möglicherweise auch die für Notstandsverfügungen insgesamt zulässige Höchstdauer überschritte, würde sie lediglich anfechtbar machen; denn sie wäre weder eine absolut gesetzlose, willkürliche Maßnahme noch würde sie gegen absolute Zuständigkeits-, Verfahrens- oder Formvorschriften verstoßen noch litte sie an einem offenbaren Willensfehler³.

¹ Dieser Ausdruck wurde gewählt, weil vom „Erlöschen“ eines VA erst mit formeller Bestandskraft des neuen Rechtsakts gesprochen wird (vgl. Hans J. Wolff § 54 I c).

² Vgl. etwa OVG Münster NJW 1955, 1652 f. (1652); ferner Less ZMR 1955, 353 ff. (354); Hans § 6 Anm. 3 g; a. A. wohl nur Seibt ZMR 1955, 289 ff. (289).

³ Vgl. zur Nichtigkeit von VAs Hans J. Wolff MDR 1951, 523 ff.; ders., Lehrbuch, § 51 III. – Übrigens ist nach diesen Maßstäben auch eine nach aufhebendem Widerspruchsbescheid ergangene erneute Inanspruchnahme lediglich als anfechtbar anzusehen; unzutreffend daher LG Hannover NJW 1955, 29 f., Steinberg DWW 1954, 223 f. (224), Noack 160 und v. Eyll-Kipar 75, die eine solche Verfügung für nichtig halten.

Doch erweist sich obige Ansicht vom Fortbestand der bisherigen Rechtslage deshalb als unzutreffend, weil die Annahme eines stillschweigend oder konkludent erklärten VA im vorliegenden Falle nicht haltbar ist. Sie ließe sich nur rechtfertigen, wenn mit Sicherheit feststünde, daß die Ordnungsbehörde bis zum Auszug des Eingewiesenen an der bisherigen Rechts- und Pflichtenbeziehung zum Eigentümer und zum Eingewiesenen auch wirklich festhalten wolle. Dafür ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte. Der Umstand, daß die Behörde die Inanspruchnahme eben nicht erneut verfügt, spricht eher gegen jene Annahme. Jedenfalls aber läßt das Untätigbleiben der Ordnungsbehörde – indem sie weder einen neuen VA erläßt noch für den Auszug des Obdachlosen Sorge trägt – eine Bestimmtheit und Eindeutigkeit des behördlichen Willens, den bisherigen Rechtszustand zunächst aufrechtzuerhalten, vermissen⁴. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß ein stillschweigender oder konkludenter Erlaß belastender VAs aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich verneint wird⁵; auch dieser Gesichtspunkt spricht gegen die Annahme einer neuen Inanspruchnahme.

Daraus folgt, daß eine Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage entstanden ist, die sich durch die Konstruktion eines stillschweigend oder konkludent erlassenen neuen VA nicht aufheben läßt.

II. Einzelne Folgen des Wegfalls der Inanspruchnahmeverfügung

Von den Auswirkungen des Wegfalls der Inanspruchnahme auf die Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde, Eigentümer und eingewiesenem Obdachlosen seien im folgenden lediglich einige wichtige und umstrittene behandelt.

a) Eine naheliegende und nach der oben auf S. 70 f. vertretenen Auffassung durchaus unproblematische Folgerung aus dem Wegfall der Inanspruchnahme ist die, daß der Obdachlose die von ihm bewohnten Räume zwar weiterhin in Besitz hat, fortan jedoch ohne rechtlichen Grund besitzt; er ist nunmehr unrechtmäßiger Besitzer der Räume.

Demgegenüber kommt die Gegenansicht, die die Ordnungsbehörde während der Rechtswirksamkeit der Inanspruchnahme als Besitzerin der vom Obdachlosen bewohnten Räume ansieht, an dieser Stelle in erhebliche Schwierigkeiten: sie hat die zusätzliche Frage zu klären, ob die Behörde weiterhin Besitzerin der Räume bleibt oder ob nunmehr der Obdachlose in die Stellung des Besitzers aufrückt. In dieser Frage läßt denn auch die neue Ansicht jedwede einheitliche Meinung vermissen⁶. Indessen braucht diese nur für die Gegenansicht wichtige Frage nicht erschöpfend erörtert

⁴ Zur Frage, inwieweit VAs stillschweigend bzw. konkludent ergehen können, vgl. Forsthoff 201 f.; Hans J. Wolff § 50 II c 2 a und B.

⁵ Vgl. die Nachweise bei Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 62 sowie W. Jellinek 271.

⁶ Ohne Stellungnahme Benner StT 1958, 4 ff. (6, Fn. 40). Pentz NJW 1954, 432 nimmt „Besitzrückfall“ an den Eigentümer an (!). – v. Eyll-Kipar 74, AG Dortmund ZMR 1959, 276 und OLG Köln NJW 1957, 1525 f. halten nach Wegfall der Inanspruchnahme den Eingewiesenen wieder für den Besitzer der Räume, während Bettermann MDR 1957, 130 ff. (132) und – ohne Begründung – auch AG Mainz ZMR 1954, 128 weiterhin Besitzdienerschaft des Obdachlosen annehmen.

zu werden; es mag daher mit einigen Bemerkungen zu dieser Streitfrage sein Bewenden haben. – Die Frage nach einem etwaigen Besitzwechsel ist hier allein danach zu beantworten, ob jenes Abhängigkeitsverhältnis, das nach der Gegenansicht die Folge des § 855 BGB auslöst, mit Wegfall der Inanspruchnahme zu bestehen aufgehört hat⁷. Das wäre der Fall, wenn sich die Ordnungsbehörde nunmehr des Obdachlosen nicht mehr anzunehmen brauchte, d. h. praktisch wenn sie nicht zur Freimachung der Räume verpflichtet wäre. Das Problem „Fortbestand des Besitzdienerschaftsverhältnisses nach Wegfall der Inanspruchnahme?“ impliziert daher die Frage nach dem Bestehen der ordnungsbehördlichen Freimachungspflicht und kann nicht losgelöst von dieser Frage entschieden werden: schon dieser Zusammenhang wird vielfach übersehen⁸. – Nicht genügend berücksichtigt wird im internen Streit der Gegenansicht ferner die Frage, ob im vorliegenden Falle die für die Beendigung eines Besitzdienerschaftsverhältnisses erforderliche äußere Erkennbarkeit⁹ gegeben ist. Schließlich sei noch vermerkt, daß die – innerhalb der Gegenansicht überwiegend vertretene – Meinung, nach Wegfall des VA gehe der Besitz automatisch auf den Obdachlosen über, zumindest äußerlich unbefriedigend erscheint; würde doch der Besitzdiener, der bislang die Räume zu Recht bewohnte, in dem Augenblick, in dem der Rechtsgrund für seinen Aufenthalt fortfällt, ohne jede Willensänderung oder -betätigung zum Besitzer der Räume aufrücken.

b) Mit der Folge, daß der eingewiesene Obdachlose unrechtmäßiger Besitzer der von ihm benutzten Räume geworden ist, ist auch eine Veränderung in der internen finanziellen Ausgleichung der Beteiligten durch die Inanspruchnahme und Einweisung erwachsenen Vor- und Nachteile eingetreten.

Vor Wegfall der Inanspruchnahme bestand ein unmittelbarer Ersatzanspruch des Eigentümers gegen den eingewiesenen Obdachlosen nicht, da, wie auf S. 46 f., 64 ausgeführt wurde, die allein in Frage kommenden Ansprüche aus dem Eigentümer- – Besitzer- – Verhältnis mangels Unrechtmäßigkeit des vom Obdachlosen ausgeübten Besitzes ausschieden.

Nach Wegfall der Inanspruchnahme steht dem Eigentümer zunächst ein unmittelbarer Ersatzanspruch gegen den eingewiesenen Obdachlosen zu. Die Ansprüche der §§ 987 ff. BGB greifen nämlich auch in dem Fall ein, daß der Besitzer zunächst ein Recht zum Besitz hatte, dieses aber später, aus welchen Gründen immer, fortgefallen ist¹⁰. Gemäß §§ 990 I 2, 987 I, 100 BGB hat der Obdachlose nunmehr – seine Kenntnis vom Fortfall seines Besitzrechtes darf in diesem Fall unterstellt werden – dem Eigentümer die Gebrauchsvorteile aus der Benutzung der Räume zu ersetzen.

Das Bestehen dieses unmittelbaren zivilrechtlichen Ersatzanspruches gegen den

⁷ Vgl. *Staudinger-Seufert* § 855 Rdn. 14 a; *Erman-Westermann* § 855 Anm. 10.

⁸ Das gilt besonders für *Maercks* NJW 1955, 820 f. (820) und für das AG Dortmund, a. a. O.; beide entscheiden über die Besitzverhältnisse nach Wegfall der Inanspruchnahme – sie nehmen fortan Besitz des Eingewiesenen an – ohne die Frage der ordnungsbehördlichen Freimachungspflicht aufzuwerfen.

⁹ Dazu *Erman-Westermann* § 855, Anm. 8.

¹⁰ Vgl. *Erman-Hejermehl* § 990 Anm. 9; *Staudinger-Berg* § 990 Rdn. 1 f.

Obdachlosen hat zur Folge, daß der Eigentümer für die Zeit zwischen Wegfall der Inanspruchnahme und tatsächlichem Auszug des Obdachlosen von der Ordnungsbehörde Nutzungsentschädigung aus § 42 I a OBG nur insoweit verlangen kann, als ihm dadurch ein Schaden entsteht, daß der Ersatzanspruch gegen den Obdachlosen nicht realisierbar ist¹¹.

c) Zweifelhaft möchte sein, ob mit dem Verlust des Rechts zum Besitz auch der Verlust des Hausrechts des eingewiesenen Obdachlosen verbunden ist.

Nach einhelliger Auffassung verliert ein zunächst rechtmäßiger Besitzer von Wohnräumen, etwa ein Mieter, das Hausrecht in den von ihm innegehabten Räumen nicht dadurch, daß die Grundlage seines Besitzes später wegfällt, beispielsweise das Mietverhältnis aufgehoben wird¹². Folgerichtig muß das Hausrecht nach Wegfall der Inanspruchnahme auch dem Obdachlosen bis zu seinem Auszug verbleiben, mag auch die Berechtigung zum weiteren Aufenthalt in den Räumen des Eigentümers weggefallen sein. Diese Folgerung erscheint auch, ohne im übrigen den Unterschied zwischen einem Mieter und einem behördlich Eingewiesenen verkennen zu wollen, interessengerecht¹³.

Diese Auffassung wird vom prOVG nicht geteilt. In einer besonders in anderem Zusammenhang bekannt gewordenen Entscheidung bemerkt das OVG beiläufig, der eingewiesene Obdachlose begehe Hausfriedensbruch, wenn er sich nicht „auf Aufforderung des Berechtigten“ entferne¹⁴; anscheinend sieht das Gericht nach Wegfall der Inanspruchnahme wieder den Eigentümer als Inhaber des Hausrechts an¹⁵.

Das prOVG weicht ohne nähere Begründung von einer herkömmlichen strafrechtlichen Meinung ab. Dadurch, daß es das Hausrecht einem anderen als dem ehemals rechtmäßigen Besitzer einräumt, trifft es eine den tatsächlichen Gegebenheiten wenig Rechnung tragende Entscheidung, da jenem Inhaber des Hausrechts mangels Besitzes jegliche Befugnis fehlen würde, seinem Hausrecht nötigenfalls im Wege bürgerlichrechtlicher Selbsthilfe Geltung zu verschaffen. Weiter ist zu bedenken, daß das prOVG seine Ansicht zu einer Zeit geäußert hat, die mit der heutigen Situation im Obdachlosenswesen, sowohl was die Lage auf dem Wohnungsmarkt als auch was den betroffenen Personenkreis angeht, nicht verglichen werden kann. Eine Ansicht, derzufolge jeder eingewiesene Obdachlose nach Wegfall der Inanspruchnahme und nach Räumungsaufforderung des Eigentümers den objektiven wie subjektiven Tatbestand des § 123 StGB verwirkliche, würde der „kriminellen Energie“ dieser „Täter“ derzeit in vielen Fällen nicht gerecht. Schließlich würde die Ansicht des OVG, hielt man sie weiterhin aufrecht, eine unbefriedigende

¹¹ Ungenau insoweit *Bauer* WM 1962, 133 ff. (134 f.), der die zivilrechtliche Lage außer Betracht läßt.

¹² Vgl. die Nachweise bei *H. Coupienne*, Diss. 35, sowie die Grundsatzentscheidung RGSt. 36, 322 f. (323); ferner RGSt. 57, 139; BayObLG WM 1957, 36 f. (36); im Schrifttum statt vieler *LK(-Werner)* § 123 Anm. III 2.

¹³ Bezüglich des ausreichenden Schutzes der Bediensteten der Ordnungsbehörde vgl. S. 72 Bd. 92, 108 ff. (111); ähnlich schon *Franzen* 120.

¹⁵ Das Schrifttum läßt diese Folgerung offen; so äußern sich *Senger-Kurzmann* § 19 Anm. 9 e, und *Drews-Wäcke* 261 bei Zitierung dieser Entscheidung nicht dazu, wessen Hausrecht verletzt werde; unklar auch schon *Parisius* Stusev. 1929, 504.

Doppelzuständigkeit von Ordnungsbehörde und Polizei zur Folge haben; die Polizei wäre nicht nur lediglich unter dem Gesichtspunkt der Pflicht zum unaufschiebbaren ersten Eingriff, sondern nach Wegfall der Inanspruchnahme stets unmittelbar – zwecks Unterbindung strafbarer Handlungen – für die Umquartierung der Eingewiesenen zuständig¹⁶.

III. Zur Abwicklung der Rechtsbeziehungen

Vom Wegfall der Inanspruchnahme an braucht der Eigentümer den Aufenthalt des eingewiesenen Obdachlosen in seinen Räumen nicht mehr zu dulden. Damit stellt sich ihm die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten ihm zu Gebote stehen, um den Auszug des Obdachlosen zu erreichen.

Im Hinblick auf die Ordnungsbehörde ist allgemein anerkannt, daß sie nunmehr dem Eigentümer gegenüber verpflichtet ist, die in Anspruch genommenen Räume freizumachen und den Eingewiesenen umzuquartieren. Diese Verpflichtung ist öffentlich-rechtlich: sie ist aus Rechtssätzen abzuleiten (Art. 20 III GG, § 19 OBG), die nicht jedermann, sondern notwendigerweise nur einen Staat oder ein Subjekt verpflichten können, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielfalt verpflichtet ist¹⁷; im einzelnen werden Rechtsgrundlage und Durchsetzbarkeit dieser Verpflichtung in den folgenden Paragraphen behandelt.

Daneben ist in der Praxis des öfteren auch vor dem ordentlichen Gericht eine Herausgabeklage gegen den Hoheitsträger der Ordnungsbehörde angestrengt worden. Mehrere Zivilgerichte haben den auf § 985 BGB gestützten Klagen stattgegeben und den beklagten Hoheitsträger als angeblichen Besitzer der Räume zu deren Herausgabe verurteilt¹⁸. Mit Recht hat ein Teil des Schrifttums diese Entscheidungen abgelehnt: denn der beklagte Hoheitsträger könne nicht als (mittelbarer) Besitzer der Räume angesehen werden¹⁹. Diese Kritik an der fehlenden Besitzposition des Beklagten ist, wie oben auf S. 54 ff. ausführlich dargelegt wurde, im Ergebnis durchaus zutreffend. Vom methodischen Standpunkt aus ist der Ansatzpunkt der Kritik allerdings unbefriedigend, da das Klagebegehren nicht erst mangels Passivlegitimation des Beklagten unbegründet²⁰ ist, sondern bereits wegen Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges der Abweisung verfallen mußte. – § 985 BGB ist ein dem Privatrecht angehörender Rechtssatz: für die vom Eigen-

tümer begehrte „Herausgabe“ ist charakteristisch, daß sie von jeder Rechtsperson erbracht werden kann, daß sie vertretbar ist. Das aber ließe sich vom Herausgabekt der angeblich besitzenden Ordnungsbehörde nicht sagen – was schon daraus erhellt, daß es zur Durchführung der Herausgabe vielfach einer zwangsweisen Einwirkung auf den Eingewiesenen bedürfte. Der Umstand, daß sich die Freimachung der Räume, nähme man Besitz der Ordnungsbehörde an, als Besitzherausgabe darstellen kann, ändert nichts daran, daß diese Rückgabe ein unvertretbarer, nur von einem Träger hoheitlicher Gewalt zu verwirklichender Akt ist²¹. Mit der Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs aus § 985 würde daher ein typisch öffentlich-rechtlicher Anspruch lediglich in zivilrechtlichem Gewande geltend gemacht; daher ist für eine Herausgabeklage gegen den Hoheitsträger der Ordnungsbehörde bereits der ordentliche Rechtsweg nicht gegeben.

Im Hinblick auf den eingewiesenen Obdachlosen ist der Eigentümer nicht berechtigt, ihn gewaltsam seines Besitzes zu entsetzen; der Eigentümer würde verbotene Eigenmacht gegenüber dem Obdachlosen begehen.

Dem Eigentümer verbleibt allenfalls der Weg der zivilrechtlichen Herausgabeklage gegen den besitzenden Obdachlosen gemäß § 985 BGB. Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges steht außer Frage²². Es ist jedoch zweifelhaft, ob im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Freimachungspflicht der Ordnungsbehörde ohne weiteres ein Rechtsschutzbedürfnis für die zivilgerichtliche Klage besteht. Diese Frage wird allerdings von der h. M. bejaht²³. Ihr haben sich neuerdings auch Stein-Jonas angeschlossen: eine etwaige Verpflichtung der hoheitlichen Gewalt, selbst den vom Kläger begehrten Erfolg herbeizuführen, lasse die Aufgabe der ordentlichen Gerichte, an der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes mitzuwirken, unberührt²⁴.

Nun steht diese generelle Mitwirkungspflicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zwar außer Zweifel, für die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses ist der Hinweis auf sie indessen wenig ergiebig. Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses²⁵ hat allein aus prozeßökonomischen Gründen als Korrektiv für eine unnötige Beanspruchung der staatlichen Gerichte Eingang in das Zivilprozeßrecht gefunden: der Staat stellt dem Rechtsuchenden Zeit und Kraft der Gerichte nur insoweit zur Verfügung, als dieser des Rechtsschutzes bedarf – woran es fehlt, wenn der Kläger mit

¹⁶ §§ 15 POG, 2 OBG, 12 POG.

¹⁷ Im Anschluß an die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht bei Hans J. Wolff AöR 76, 205 ff. (208 f.; daselbst mit Kritik an den herkömmlichen Abgrenzungstheorien); ders., Lehrbuch, § 22 II; ders. DVBl. 1961, 209.

¹⁸ Vgl. AG Hannover Az. 26 C 208/54; LG Mainz NJW 1954, 194 ff.; zustimmend Pusch StT 1956, 55 ff. (57); Kieffersauer-Glaser, Rdn. 67 a. E. Einl. WBG; wohl auch Steinberg DWW 1954, 223 f. (224).

¹⁹ Vgl. etwa Roquette NJW 1954, 194 ff. (195); Pentz NJW 1954, 432; kritisch auch Senger-Kurzmann § 19 Anm. 9 e.

²⁰ Heute als Begründetheitsproblem im Prozeßrecht allgemein anerkannt; vgl. statt vieler Rosenbergl § 45 I 2; Klinger § 61 Anm. B 2.

²¹ Ähnlich Bachof 104, 137; irrig LG Mainz NJW 1954, 194 ff. (196).

²² Sowohl vor wie auch nach Wegfall der Inanspruchnahme bestanden zwischen den Beteiligten nur privatrechtliche Beziehungen.

²³ Vgl. – meist ohne Begründung – Schönke DRZ 1946, 192 f.; Bettermann MDR 1947, 44 ff. (47); Stückerath DVBl. 1950, 794 f. (795); Bachof 131, 111; K. Schlusnus, Diss. 86; Drews-Wacke 261; Baumbach, Gr. 5 A vor § 253; v. Eyll-Kipar 74. – LG Hamburg MDR 1950, 96 ff. (97); LG Mainz NJW 1954, 194 ff. (196); LG Hamburg ZMR 1956, 243; LG Mannheim WM 1962, 159. – Ein Rechtsschutzbedürfnis verneint LG Essen DRZ 1946, 192.

²⁴ Einl. D III 2 b vor § 1 (Nachtrag 1958).

²⁵ Verstanden wird darunter das schutzwürdige Interesse des Klägers an dem von ihm im Klagewege erstrebten Urteil und seinen Wirkungen; vgl. Stein-Jonas, Vorbem. IV 2 vor § 253.

seinem Begehren offensichtlich unlautere Zwecke verfolgt und vor allem, wenn er die Gerichte unnütz in Anspruch nimmt²⁶. Aus letzterem folgt, daß es jener Mitwirkung der Zivilgerichte an der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes erst dann bedarf, wenn feststeht, daß die Verwaltungsbehörde entweder nicht bereit ist, der ihr obliegenden Verpflichtung zu genügen, oder sie zwar ihrer Freimachungspflicht unverzüglich nachkommen will, jedoch zu erwarten steht, daß der eingewiesene Obdachlose seine von der Behörde betriebene Umquartierung durch Geltendmachung von Rechtsbehelfen hinauszögert. Erst unter diesen einschränkenden Voraussetzungen sollte das Rechtsschutzbedürfnis für eine zivilgerichtliche Herausgabeklage gegen den Eingewiesenen bejaht werden²⁷. Soweit diese Voraussetzungen allerdings vorliegen, steht dem Eigentümer der ordentliche Rechtsweg wahlweise neben dem Verwaltungsweg offen.

§ 9 Die Verpflichtung der Ordnungsbehörde zur Freimachung der beschlagnahmten Räume

I. Rückblick

Nach gut zehnjähriger Entwicklung darf heute als im Ergebnis gesicherte Erkenntnis gelten, daß die Ordnungsbehörde zumindest im Falle der Fremdeinweisung nach Wegfall der Inanspruchnahme verpflichtet ist, die bislang beschlagnahmten Räume freizumachen und dem Eigentümer herauszugeben. Freilich: dieses Ergebnis wird unterschiedlich begründet. Es wird teilweise aus der Fbpflicht¹ abgeleitet, es wird ferner mit der Rechtswidrigkeit des nach Wegfall der Inanspruchnahme entstandenen Zustandes begründet und wird schließlich auf die ordnungsrechtlichen Notstandsvorschriften gestützt, die der Aufrechterhaltung von Notstandsmaßnahmen strenge Grenzen setzen.

Bereits im Jahre 1926 erklärte *Ruth*, daß ein Hoheitsträger, der im Zuge der Wohnraumbewirtschaftung Räume zugunsten Dritter beschlagnahme, die Räume nach Fristablauf dem Verfügungsberechtigten zurückgeben müsse². Aus dem gleichen Jahr datiert eine auf Anfrage vor dem Landtage abgegebene Erklärung des preußischen Innenministers, in der er als eine Pflicht der Polizei bezeichnet, die bei Nichtstörern untergebrachten Obdachlosen nach Fortfall der Notstandsvoraussetzungen aus den Räumen herauszunehmen³. Für eine solche Pflicht der Polizeibehörden sprach sich im Jahre 1933 sodann das proVG aus: die Polizei müsse gemäß § 43 PVG die getroffenen Verfügungen aufheben und darüber hinaus auch die weiteren durch die Notstandsmaßnahme entstandenen tatsächlichen Nachteile

²⁶ Vgl. *Bergmann* VerwArch. 1958, 333 ff. (334); *Stein-Jonas*, Einl. D I vor § 1; *Baumbach*, Gr. 5 A vor § 253; Beispiele bei *Kleinrahm* MDR 1950, 99 f. (99).

²⁷ In diesem Sinne *Kleinrahm*, a. a. O.; *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 25 f.; *Rosenberg* § 85 II 2 b; wohl auch BGHZ 27, 190 ff. (195). – Anders die h. M.

¹ In diesem Paragraphen Abkürzung für Folgenbeseitigungspflicht.

² *Ruth* 66.

³ Zitiert bei *Kleinrahm* DRZ 1947, 140 f. (140).

beseitigen, da sonst ein der öffentlichen Ordnung widersprechender polizeiwidriger Zustand bestehen bleibe; ein dieser Verpflichtung entsprechender gerichtlich durchsetzbarer Anspruch des Eigentümers auf Beseitigung dieser tatsächlichen Nachteile wird verneint⁴.

Insbesondere aber in der Nachkriegszeit, als das Problem der behördlichen Freimachung weit mehr als früher, vor allem bei der Wohnraumbewirtschaftung praktische Bedeutung erlangte, wurde eine derartige Pflicht nach Wegfall der behördlichen Zuweisungsverfügung zunehmend bejaht. In der Begründung dieser Pflicht war man seinerzeit zurückhaltend und uneinheitlich⁵. Erst die Entwicklung der Fbpflicht durch die grundlegende Abhandlung von *Bachof*⁶ brachte im Obdachlosenrecht zum Durchbruch, was vereinzelte Stimmen noch nicht allgemein durchzusetzen vermocht hatten: die Erkenntnis, daß die Ordnungsbehörde nach Wegfall der Inanspruchnahme in jedem Falle⁷ zur Freimachung der beanspruchten Räume verpflichtet ist.

II. Zur Lehre von der Folgenbeseitigungspflicht

Das Institut der Fbpflicht hat sich in kurzer Zeit einen festen und anerkannten Platz unter den herkömmlichen Rechtsinstituten des öffentlichen Rechts gesichert⁸. Gleichwohl erschiene es verfrüht, von seiner gewohnheitsrechtlichen Anerkennung zu sprechen, da es an einer entsprechenden Rechtsüberzeugung aller Beteiligten, der berechtigten wie der verpflichteten Personen, zur Zeit noch fehlen dürfte. Immerhin haben verschiedentliche Veröffentlichungen, auch aus jüngerer Zeit, bezüglich wichtiger Einzelfragen des Rechtsinstituts der Fbpflicht zu gesicherten Erkenntnissen geführt. Insoweit darf auf diese Veröffentlichungen verwiesen werden⁹. Unklarheit herrscht allerdings noch immer in der Frage des Anwendungs- und Wirkungsbereichs dieses Rechtsinstituts. Diese Frage hängt ihrerseits wiederum mit der Frage nach der Rechtsgrundlage der Fbpflicht zusammen und bedarf im folgenden näherer Erörterung.

a) Der Anwendungs- und Wirkungsbereich des Rechtsinstituts der Fbpflicht wird in Schrifttum und Rspr. unterschiedlich weit gezogen¹⁰. Einigkeit besteht nur

⁴ Bd. 92, 108 ff. (111); 92, 113 ff. (115). – Im Ergebnis ebenso: *Franzen* 120.

⁵ Vgl. die Schrifttums- und Rspr.nachweise aus jener Zeit bei *K. Schlusnus*, Diss. 8 ff.; *H. Siehoff*, Diss. 38 ff. – Die Begründung des OVG Lüneburg AS 4, 235 ff. (239) betrifft nur einen Teil der Fälle: indem die Behörde eine räumlich und zeitlich begrenzte Inanspruchnahme ausspreche, beschränke sie ihren Ermessensspielraum dahin, daß die Räume nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt der Disposition des Eigentümers entzogen sein sollten; bleibe die Behörde nach Fristablauf untätig, setze sie sich mit ihrer Ermessensentscheidung in Widerspruch.

⁶ *Bachof* 98 ff.

⁷ Ein Unterschied zwischen Fremd- u. Wiedereinweisung wurde seinerzeit nicht gemacht.

⁸ Bedenken grundsätzlicher Art nur bei *v. Turegg* 210 f.

⁹ Gemeint sind außer *Bachof* 98 ff. vor allem die zusammenfassenden Darstellungen von *K. Schlusnus*, Diss. München (1953), u. *H. Siehoff*, Diss. Würzburg (1960).

¹⁰ Wofür ein Vergleich der führenden VwGO-Kommentare – *Eyermann-Fröhler* § 42 Rdn. 18; *Ule* § 42 Anm. IV 1 d; *Klinger* § 80 Anm. F 1; *Schunck-de Clerck* § 42 Anm. 4 d – ein nachhaltiges Beispiel bietet.

darüber, daß sich die klassische¹¹ Fbpflicht auf die Beseitigung tatsächlicher Nachteile richtet, die aus dem Erlaß von belastenden *Verwaltungsakten* herrühren.

Die engere Ansicht geht dahin, daß eine Verpflichtung zur Folgenbeseitigung im Hinblick auf diejenigen tatsächlichen Nachteile und Beeinträchtigungen einer Zivilperson besteht, die auf den Vollzug eines von vornherein *rechtswidrigen* belastenden VA einer Behörde zurückzuführen und nach dessen (ex tunc wirkenden) Wegfall verblieben sind. Diese Ansicht über den Anwendungs- und Wirkungsbereich der Fbpflicht scheint auch heute noch vorherrschend¹².

Die weitere Ansicht geht dahin, daß eine Verpflichtung zur Folgenbeseitigung darüber hinaus auch bezüglich der tatsächlichen Nachteile und Beeinträchtigungen einer Zivilperson besteht, welche im Anschluß an den Vollzug eines von Anfang an *gültigen* belastenden VA im Augenblick seines späteren Erlöschens oder sonstigen (ex nunc wirkenden) Wegfalls entstanden sind¹³.

Beiden Ansichten gemeinsam ist, daß sie die Fbpflicht an die durch einen vollzogenen bzw. vorzeitig erfüllten¹⁴ belastenden *Verwaltungsakt* hervorgerufene *Divergenz* zwischen der tatsächlichen Lage und der *materiellen* Rechtslage anknüpfen, die aus der Umsetzung des im VA enthaltenen Gebots in die Wirklichkeit resultierende tatsächliche Lage wird nicht durch einen gültigen VA gedeckt.

Beide Ansichten unterscheiden sich in folgendem. Für die herrschende engere Ansicht ist maßgebend, daß die Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage allein und unmittelbar *infolge* des Vollzugs herbeigeführt wird, indem die durch den Vollzug geschaffene tatsächliche Lage auf einem von vornherein materiell rechtswidrigen VA beruht¹⁵. Für die andere weitere Ansicht ist allein

¹¹ Im Unterschied zu der neuerdings im Schrifttum verschiedentlich vertretenen allgemeinen Störungsbeseitigungspflicht der öffentlichen Gewalt; Näheres S. 83 Fn. 20.

¹² Vgl. LVG Hannover DOV 1956, 157; LVG Hamburg ZMR 1957, 426; württbad-VGH DOV 1957, 217 ff. (220); OVG Hamburg VerwRspr. 9, 635 ff. (637); DVBl. 1958, 832 ff. (833); VG Hannover DVBl. 1962, 454 f. (455). – Schrifttum: Reinhardt, Verhandlungen, 233 ff. (289); Mayer 235; Bender 109; Klinger, MRVO, § 51 Fn. 234; Klinger § 80 Anm. F 1; Schunck-de Clerck § 42 Anm. 4 d; H. J. Collasius, Diss. 222; wohl auch Hildeg. Krüger DVBl. 1955, 208 ff. (210). Aus älterer Zeit: Kammer DVBl. 1952, 689 f.; Wiethaup DVBl. 1953, 135 ff. (137). Bachof 98 ff. hatte die Fbpflicht – das wird noch immer häufig übersehen – sogar allein auf die Fälle beschränken wollen, in denen der rechtswidrige VA durch ein Verwaltungsgericht aufgehoben worden war. Schrifttum und Rspr. haben dann aber bald eine Fbpflicht bejaht, sofern nur der von Anfang an rechtswidrige VA rückwirkend weggefallen war, ohne zu unterscheiden, ob der Wegfall auf einer Aufhebung durch Gericht oder Aufsichtsbehörde oder auf einem rückwirkenden Widerruf durch die erlassende Behörde beruhte.

¹³ So etwa Loppuch NJW 1955, 117 f. (117); K. Schlusnus, Diss. 39; Knoll, Verhandlungen, 85 ff. (124); Dreus-Wacke 260 f.; H. Siehoff, Diss. 17 ff.; Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 18. In diesem Sinne auch Art. 4 II E bayOUG („oder sonst beendet“).

¹⁴ Daß eine Fbpflicht auch dann entsteht, wenn der Adressat des VA durch vorzeitige freiwillige Erfüllung des im VA enthaltenen Gebots dem behördlichen Vollzug zuvor kommt, ist heute anerkannt (vgl. Bachof 99; H. Siehoff, Diss. 35 f.). – Im folgenden ist mit „Vollzug“ in diesem Zusammenhang stets auch die „vorzeitige Erfüllung“ gemeint.

¹⁵ Daß dieser Vollzug formell rechtmäßig ist, weil er auf einem rechtswirksamen VA beruht, sei nur erwähnt; vgl. zu diesen Fragen Bachof 127; Bettermann DOV 1955, 528 ff. (535).

wesentlich, daß überhaupt auf Grund eines VA jene Divergenz entsteht, ohne daß es darauf ankäme, ob sie ihre unmittelbare Ursache in dem auf einer von vornherein mangelhaften Rechtsgrundlage beruhenden *Vollzug* oder erst in einem späteren, nur in die Zukunft wirkenden Wegfall der *Rechtsgrundlage* für den bis zu diesem Zeitpunkt materiell rechtmäßigen¹⁶ Vollzug findet.

Ob der engeren oder der weiteren Ansicht der Vorzug zu geben ist, ist im Zusammenhang mit der Obdachlosenunterbringung und deren Rückabwicklung von durchaus praktischer Bedeutung¹⁷. Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich von der rechtlichen Begründung der Fbpflicht ab.

b) Die *Rechtsgrundlage* der Fbpflicht ist umstritten. Es wird daher vorerst eine Aufgabe der Wissenschaft bleiben, die verhältnismäßig spärlichen¹⁸ Bemühungen um eine rechtliche Begründung der Fbpflicht fortzusetzen, mag auch der Gesetzgeber entschlossen sein, das Problem der Fbpflicht in neuen einschlägigen Gesetzen positivrechtlich zu regeln^{19 20}.

Blickt man im gegenwärtigen Zeitpunkt auf die bisherigen Versuche zurück, die Fbpflicht auf positivrechtliche Vorschriften von *Gesetzesrang* (bzw. Verordnungsrang) zurückzuführen, so ist die Behauptung gerechtfertigt, daß diese Bemühungen als gescheitert anzusehen sind. Sowohl die Heranziehung der §§ 717 II, 945 u. a. ZPO durch Bachof²¹ als auch der Hinweis von Stückrath auf § 2 der 3. DVO zum RLG²² sind einhellig auf Ablehnung gestoßen und mit zutreffenden Argumen-

¹⁶ In diesem Falle ist der Vollzug also nicht nur formell rechtmäßig.

¹⁷ So könnte man, folgt man der engeren Ansicht, die Ordnungsbehörde nach *Fristablauf* einer rechtmäßigen Inanspruchnahme, nicht unter Hinweis auf die Fbpflicht zur Freimachung der von ihr in Anspruch genommenen Räume für verpflichtet halten. Entweder müßte man in diesem Falle eine solche Verpflichtung der Behörde überhaupt verneinen oder man müßte sie aus anderen Rechtsgrundlagen herleiten als denen, auf die die Fbpflicht zurückgeführt wird (diesen Weg schlägt etwa Hildeg. Krüger DVBl. 1955, 208 ff., 211, ein) – beides Konsequenzen, denen die weitere Ansicht über den Anwendungs- und Wirkungsbereich der Fbpflicht entzogen ist.

¹⁸ Übereinstimmend H. Siehoff, Diss. 74.

¹⁹ Das gilt für die Vorbereitungen eines bayer. „Allgemeinen Sicherheitsgesetzes“ (vgl. Mayer 235) und vor allem für Art. 4 II E bayOUG.

²⁰ Diese Bemühungen erübrigen sich auch nicht deshalb, weil neuerdings im Schrifttum eine Tendenz festzustellen ist, eine allgemeine und umfassende Verpflichtung der öffentlichen Gewalt zur Beseitigung jedweder von ihr verursachten Störung zu entwickeln. Alle Berechtigungen einer Zivilperson, wie sie im Verwaltungsrechtsschutz in Leistungs- und Gestaltungsakten ihren prozessual ausgedrückten Niederschlag gefunden haben, sollen auf eine Verpflichtung des störenden Hoheitsträgers zur Störungsbeseitigung zurückgeführt werden (so vor allem Bettermann DOV 1955, 528 ff.; zustimmend Rupp DVBl. 1958, 113 ff., 118; Ule § 42 Anm. IV 1 d; ähnlich – ohne Rückgriff aufs Zivilrecht – Ringe DVBl. 1958, 834 f., 835; weitergehend Menger Gedächtnisschrift, 347 ff., 350 ff. und Haas 63 ff., die auch eine allgemeine Ersatzleistungspflicht miteinbeziehen wollen). Abgesehen davon, ob es sinnvoll ist, eine solch weitgespannte Verpflichtung zu entwickeln, wo doch in prozessualer Hinsicht die Durchsetzung dieser Verpflichtung zwangsläufig differenziert bleiben muß, ist diese Lehre auch noch nicht genügend gefestigt, als daß sich eine eigenständige Begründung der Fbpflicht erübrigen würde. – Allerdings verwundert, daß H. Siehoff, Diss. Würzburg, diese für sein Thema wesentliche Problematik nicht klar genug erkannt und behandelt hat.

²¹ Bachof 128. – Überzeugende Kritik bei Bettermann DOV 1955, 528 (532/3).

²² DV 1949, 683 f.; zur Kritik vgl. die Schriftumsnachweise bei H. Siehoff, Diss. 83.

ten widerlegt worden, so daß eine Bezugnahme auf die kritischen Stimmen im Schrifttum in diesem Zusammenhang durchaus genügen darf. Auch der Versuch *Bettermanns*, eine allgemeine Störungsbeseitigungspflicht der Verwaltung in entsprechender Anwendung der quasinegatorischen Vorschriften des Zivilrechts zu entwickeln²³, dürfe hierher zu rechnen sein. Die von ihm befürwortete entsprechende Heranziehung der §§ 12, 862, 1004 BGB begegnet denselben Bedenken, die bereits vor einigen Jahrzehnten gegen die Anwendung der §§ 812 ff. BGB im öffentlich-rechtlichen Erstattungsrecht bezüglich der Rückforderung zuviel gezahlter öffentlicher Abgaben und Vorzugsleistungen geltend gemacht worden sind; schon seinerzeit wurde der Rückforderungsanspruch auf Grund der Divergenz, die durch Überzahlung von Steuern, Gebühren o. ä. zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage entstanden war, bewußt nicht mit einer entsprechenden Anwendung der zivilrechtlichen Bereicherungsvorschriften begründet, sondern auf den von *Lassar* entwickelten eigenständigen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gestützt²⁴.

Doch auch die Bemühungen, die Fbpflicht auf Bestimmungen der Verfassung und auf gewisse Rechtsprinzipien zurückzuführen, haben bisher i. d. R. nicht zu überzeugen vermocht. So wird der Versuch von *Haas*, aus Art. 19 IV und 34 GG einen allgemeinen, auf Beseitigung und Entschädigung gerichteten Wiedergutmachungsanspruch gegen rechtswidriges hoheitliches Handeln abzuleiten²⁵, der geschichtlichen Entwicklung des deutschen öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungsrechts, wie insbesondere *Scheuner* überzeugend nachgewiesen hat, nicht gerecht; er könne lediglich als Vorschlag de lege ferenda gewertet werden²⁶. – Die Behauptung von *K. Schlusnus*, die Fbpflicht ergebe sich auf Grund des aus dem Verhältnis zwischen Einzelnem und Staat nach dem GG herzuleitenden rechtlich schutzwürdigen Individualinteresses²⁷, ermangelt einer systematischen Deduktion aus den Verfassungsbestimmungen des GG. – Die Ansicht von *Loppuch* und *Hildeg. Krüger*, aus dem Rechtsstaatsprinzip folge eine Amtspflicht aller Organwalter zur Schaffung oder Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände²⁸, läßt eine Präzisierung des komplexen Rechtsstaatsbegriffes vermissen, die vielleicht zu einer Zurückführung der Fbpflicht auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Art. 20 III GG – die anerkannt zu den Voraussetzungen eines Rechtsstaates gezählt wird²⁹ – geführt

²³ DÖV 1955, 528 ff.

²⁴ Vgl. dazu *Bachof* 100 f. mit Nachweisen; auch *Hans J. Wolff* § 44 II. – Im übrigen weist *v. Turess* 210 f. darauf hin, daß die Lehre von den quasinegatorischen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen, auf die *Bettermann* zurückgreift, schon im Zivilrecht bestritten sei. – Bezeichnenderweise beruft sich auch *Ringe* DVBl. 1958, 834 ff. (835) zur Begründung des Störungsbeseitigungsanspruchs (vgl. o. S. 83 Fn. 20) in offensichtlicher Abkehr von der Ansicht *Bettermanns* nicht auf Vorschriften des Zivilrechts.

²⁵ *Haas* 63 f.

²⁶ DÖV 1955, 545 ff. (545); ders. DÖV 1955, 573 f.; auch *Bettermann* DÖV 1955, 528 ff. (531), (536).

²⁷ Diss. 55.

²⁸ NJW 1955, 117 f. (117); DVBl. 1955, 208 ff. (210).

²⁹ Vgl. etwa *v. Mangoldt-Klein* Art. 20 Anm. VI 2; *Maunz-Dürig* Art. 20 Rdn. 124.

hätte; unklar bleibt auch, inwiefern sich aus den von *Hildeg. Krüger* zitierten Entscheidungen des BVerfG der Charakter des Rechtsstaatsprinzips als einer Anspruchsgrundlage ergeben soll. – Schließlich entbehrt auch die Behauptung von *Bauer*, daß sich die Fbpflicht im Anschluß an die Obdachlosenunterbringungen aus Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergebe, einer näheren Begründung^{29a}.

Eine befriedigende Begründung der Fbpflicht aus der Verfassung findet sich indessen bei *Hans J. Wolff*; er leitet sie aus Art. 20 III GG ab³⁰. Diese Bestimmung lautet: „... die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ In ihr hat der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einen positiv-rechtlichen Niederschlag gefunden. Aber so sehr dieser Grundsatz heute auch Allgemeingut unserer Verwaltungsrechtswissenschaft ist und so sehr er im Schrifttum als „Fundament“ oder als „Eckpfeiler“ staatlicher Ordnung gefeiert wird³¹, desto unsicherer scheint man sich in der Beurteilung der praktischen Bedeutung des Art. 20 III GG und seiner Eignung zur Lösung bestimmter öffentlich-rechtlicher Probleme zu sein. Die farblose und jedweden konkreten Folgerungen ausweichende Kommentierung des Art. 20 III bietet dafür den besten Beweis³².

Der Satz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist in seiner Wurzel auf die Zeit des Konstitutionalismus zurückzuführen und war – im Rückblick auf die Erfahrungen mit der polizeistaatlichen Verwaltung – als Bollwerk gegen staatliche All- und Übermacht gedacht³³. Er sollte dem Schutz der Zivilpersonen gegenüber der staatlichen Eingriffsverwaltung dienen und beinhaltete die Forderung, daß jeder belastende, in die Rechts- und Freiheitssphäre einer Zivilperson eingreifende konkrete Staatsakt einer materiell-gesetzlichen Ermächtigung bedürfe.

Dementsprechend wird Art. 20 III GG auch heute noch fast nur in diesem aus der geschichtlichen Entwicklung heraus erklärbaren „positiven“ Sinne als Gebot an die Verwaltung verstanden, nur materiell-gesetzlich gerechtfertigte, „ermächtigungsgesundene“ Maßnahmen zu treffen³⁴. Nur gelegentlich wird in Erwägung gezogen, ob die in Art. 20 III GG ausgesprochene Bindung an Gesetz und Recht die vollziehende Gewalt nicht in gewissen Fällen vielleicht auch dazu verpflichten könnte, aus einer bereits geschehenen Verletzung des „positiven“ Gebots der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung oder ähnlichen Folgerungen zu ziehen („negative“ Seite dieses Grundsatzes³⁵). Dabei bestehen angesichts der allgemein gehaltenen Fassung des Art. 20 III GG keine Bedenken gegen die Annahme, daß die in dieser Verfassungsbestimmung

^{29a} *Bauer* WM 1962, 133 ff. (134).

³⁰ *Hans J. Wolff* § 54 II a und b 2; seinerzeit auch *Bachof* 128.

³¹ Vgl. die Nachweise bei *Roos*, Z. d. Bern. Jur.vereins 91, 117 ff. (117).

³² Vgl. etwa *Bonn. Komm. Art. 20 Anm. 3*; *v. Mangoldt-Klein* Art. 20 Anm. VI 4; *Hermann* Art. 20 Anm. 10.

³³ Vgl. dazu *Roos*, a. a. O., 121 f.; *Hans J. Wolff* § 9.

³⁴ In diesem Sinne etwa: *Friesenhahn* RStW II 239 ff. (250); *v. Turess* 16; *Höhn, Ernst, Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht*, Bern 1960, 19 f.; weitere Nachweise bei *Roos*, a. a. O., 125/6.

³⁵ Dieses Begriffspaar findet sich – in einem etwas anderen Sinne – bei *Hans J. Wolff* § 30 II und III.

mung ausgesprochene Bindung an Gesetz und Recht nicht nur ein Maßstab für die Verwaltung im Zeitpunkt des Erlasses von Hoheitsakten ist, sondern darüber hinaus auch als Maßstab und sogar als unmittelbare Verpflichtungsgrundlage im Zusammenhang mit der Abwicklung bereits getroffener hoheitlicher Maßnahmen zu verstehen ist³⁶.

Allerdings sind Schrifttum und Rspr. bislang zurückhaltend gewesen, Art. 20 III GG auch in dem letzteren Sinne auszulegen und fruchtbar zu machen. Ein beachtlicher Ansatzpunkt im Schrifttum ist allerdings festzustellen. So wird die Verpflichtung einer Behörde zum Widerruf mangelhafter *belastender* VAe gewöhnlich unmittelbar mit der in Art. 20 III GG ausgesprochenen Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht begründet³⁷. In Fortführung dieser Entwicklung kann auch die Verpflichtung einer Behörde zur Folgenbeseitigung aus Art. 20 III GG abgeleitet werden. Aus dem Wegfall der Inanspruchvfg. ergibt sich, daß die durch Vollzug dieser Verfügung geschaffene tatsächliche Lage nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Für die Ordnungsbehörde, die die Inanspruchvfg. erlassen und vollzogen hat, steht diese Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage *verbindlich* fest, gleichgültig, ob sie selbst die Inanspruchvfg. widerrufen bzw. befristet hat oder ob ein anderes Hoheitsorgan diese Verfügung aufgehoben hat; denn im letzteren Falle folgt die Verbindlichkeit aus der für und gegen jedermann wirkenden Gestaltungswirkung des Aufhebungsurteils bzw. des aufhebenden Widerspruchsbescheides der Aufsichtsbehörde. Steht nun aber die Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage für die Ordnungsbehörde unabweichlich fest, so kann die Bindung der Behörde an die materielle Rechtsordnung nach Art. 20 III GG ihren Niederschlag allein darin finden, daß sie die von ihr geschaffene tatsächliche Lage der materiellen Rechtslage anpaßt, indem sie die Vollzugsfolgen der weggefallenen Inanspruchvfg. beseitigt und den Zustand wieder herstellt, wie er vor Erlaß der Inanspruchvfg. bestanden hat.

Die Bedenken, die *Bettermann* gegen die Ableitung der Fbpflicht aus Art. 20 III GG geltend gemacht hat³⁸, können nicht überzeugen. Das gilt zunächst für seinen Einwand, die Begründung der Fbpflicht aus Art. 20 III GG sei mit der Lehre von der Vermutung der Rechtmäßigkeit aller VAe unvereinbar. Die Vermutung der Rechtmäßigkeit der VAe besagt lediglich, daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit dem ausdrücklichen *Ausspruch*

der erlassenden Behörde, der Aufsichtsbehörde oder des Verwaltungsgerichts vorbehalten ist³⁹, läßt hingegen die Frage, ob und wann die einen rechtswidrigen VA erlassende Behörde von sich aus zu diesem Ausspruch verpflichtet ist, gänzlich unberührt. Im übrigen könnte die Vermutung der Rechtmäßigkeit der VAe allenfalls in Frage stellen, ob die hoheitliche Gewalt auf Grund von Art. 20 III GG zum Widerruf rechtswidriger, aber noch rechtswirksamer (d. h. als rechtmäßig vermuteter) VAe verpflichtet ist; sie ist jedoch kein Argument gegen die Fbpflicht, die sich gerade aus dem bereits erfolgten Wegfall eines VA und der daraus resultierenden Rechtswidrigkeit der Tatsachenlage ergibt. Ebenfalls nicht überzeugen kann der Einwand *Bettermanns*, die Ableitung der Fbpflicht aus Art. 20 III GG bedeute die Anerkennung einer allgemeinen Staatshaftung für schuldlos rechtswidrige Eingriffe. *Bettermann* selbst unterscheidet immer wieder mit Nachdruck die verschiedenen Sanktionen gegen rechtswidriges hoheitliches Handeln: die Verpflichtung zur *Beseitigung* einer bereits eingetretenen Störung, deren Positivierung es nicht bedürfe, und die Verpflichtung zu *Ersatzleistungen* durch wertmäßigen Ausgleich aller Folgen der Rechtsverletzung, die in besonderen gesetzlichen Vorschriften geregelt sein müsse⁴⁰. Art. 20 III GG betrifft – nicht anders als der Störungsbeseitigungsanspruch *Bettermanns* – allein die erste Sanktion. Nur eine Verpflichtung zur Anpassung an die materielle Rechtslage durch tatsächliche Wiederherstellung des früheren Zustandes läßt sich ohne Schwierigkeiten aus Art. 20 III GG ableiten. Den Nachweis, warum mit der Zurückführung der Fbpflicht auf diese Bestimmung zugleich auch eine allgemeine staatliche Entschädigungspflicht für schuldlos rechtswidrige Eingriffe der hoheitlichen Gewalt bejaht werde, ist *Bettermann* schuldig geblieben; das muß um so mehr gelten, als er selbst die Verpflichtung eines Hoheitsträgers zu Ersatzleistungen von einer *ausdrücklichen* gesetzlichen Regelung abhängig macht, die in Art. 20 III GG indessen nicht erblickt werden kann.

Ergibt sich somit die Rechtsgrundlage der Fbpflicht aus Art. 20 III GG, ist eine Ableitung dieser Pflicht aus höherrangigen Rechtsquellen als die Verfassung nicht nur nicht erforderlich, sondern aus rechtssystematischen Gründen auch nicht haltbar. Das gilt vor allem für die gelegentliche Zurückführung der Fbpflicht auf bestimmte Rechtsgrundsätze. So wäre etwa der Versuch, unter Berufung auf die Rechtsquellenlehre von *Hans J. Wolff*⁴¹ den sich unmittelbar aus dem Rechtsprinzip ergebenden „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ von Treu und Glauben⁴² oder

³⁶ Abweichend, soweit ersichtlich, nur *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, Tübingen, 193.

³⁷ So ausdrücklich: *Hauelsen* NJW 1954, 1425 ff. (1425/6); ders. DVBl. 1960, 913 ff. (913/4); *Schütz* DÖV 1958, 449 ff. (449 f.); *Forsthoff* DÖV 1959, 41 ff. (42); ders., Lehrbuch, 239; *Schäfer* DVBl. 1960, 837 ff. (839); *Zschacke* DVBl. 1962, 322 ff. (322). – Umstritten ist nur die Rechtsgrundlage für einen eventuellen Widerruf mangelhafter begünstigender VAe (zum Stand der Diskussion vgl. *Hauelsen* DVBl. 1960, 913 ff.). Teilweise wird auch hier unter Hinweis auf Art. 20 III GG eine uneingeschränkte Verpflichtung zum Widerruf bejaht (vgl. *Forsthoff*, a. a. O.; *Scheerbarth* DVBl. 1960, 185 ff.; weitere Nachweise bei *Hans J. Wolff* § 53 III b 1 und *A. Erming*, Diss. 23). Abweichend davon befürwortet die h. M. den Widerruf nur, soweit der Vertrauensschutz des Begünstigten nicht entgegensteht (nachdrücklich gegen Art. 20 III als alleinige Rechtsgrundlage insbesondere *BVerwG* NJW 1961, 1130 f.).

³⁸ DÖV 1955, 528 ff. (531).

³⁹ Vgl. *Hans J. Wolff*, 1. Auflage, § 50 I a.

⁴⁰ DÖV 1955, 528 ff. (536); NJW 1960, 649 ff. (650).

⁴¹ *Hans J. Wolff* rechnet über die bisher anerkannten Rechtsquellen hinaus auch bestimmte Fundamentalnormen ethisch-rechtlichen („allgemeine“ bzw. „besondere Rechtsgrundsätze“) und rechtlich-politischen Charakters zur Ergänzung des geschriebenen und des Gewohnheitsrechts den Rechtsquellen hinzu. Insbesondere die Rechtsgrundsätze sind unmittelbarer Anwendung nicht fähig, sondern bedürfen erst ihrer rechtssatzmäßigen Konkretisierung auf typische Sachverhaltsgruppen; vgl. im einzelnen *Hans J. Wolff*, Gedächtnisschrift, 33 ff.

⁴² Vgl. *Hans J. Wolff*, Gedächtnisschrift, 33 ff. (40); ders., Lehrbuch, § 25 I a 1. – die h. M. bejaht auch für das öffentliche Recht den Grundsatz von Treu und Glauben: vgl. *Staudinger-Weber* § 242 Anm. A 60 ff., 68, 76; *Neumann* NJW 1962, 1085 ff.

den aus der Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips auf eine deutliche Interessenslage zwischen Hoheitsträger und Zivilpersonen folgenden „besonderen Rechtsgrundsatz“, daß ungerechtfertigte Nachteile auszugleichen sind⁴³, im Hinblick auf typische Sachverhaltsgruppen der Folgenbeseitigung rechtsschöpferisch zu einem Rechtssatz zu konkretisieren, zwar durchaus erfolgversprechend. Gleichwohl käme der so gewonnene Rechtssatz nicht als Rechtsgrundlage der Fbpflicht in Betracht, da auf die allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze erst zurückgegriffen werden darf, sofern die übrigen Rechtsquellen nicht ausreichen⁴⁴. Diese Subsidiarität der Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen wird gelegentlich übersehen bzw. es unterbleibt eine ernsthafte Erörterung der vorrangigen Rechtsquellen⁴⁵.

c) Aus der Zurückführung der Fbpflicht auf Art. 20 III GG folgt ein Doppelter. Einmal folgt aus dieser Ableitung, daß die Einschränkung des Anwendungs- und Wirkungsbereichs der Fbpflicht, wie sie die engere Ansicht befürwortet, nach Art. 20 III GG nicht geboten ist: für die Verpflichtung der öffentlichen Gewalt zur Folgenbeseitigung kommt es nicht darauf an, ob die Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage bereits im Augenblick des Vollzuges des (rechtswidrigen) VA entstanden ist und durch Aufhebung oder Widerruf dieses VA lediglich rückwirkend ausgesprochen und offenkundig gemacht wird oder ob der vollzogene VA rechtmäßig gewesen und die Divergenz erst im Augenblick seines Wegfalls entstanden ist⁴⁶; entscheidend ist allein, daß durch den Wegfall des belastenden VA eine den Adressaten dieses VA beeinträchtigende Divergenz zwischen der durch Vollzug des VA geschaffenen tatsächlichen Lage und der materiellen Rechtslage ausgesprochen bzw. hervorgerufen wird und die erlassende Behörde an die nunmehr feststehende Divergenz gebunden ist.

Zum anderen folgt aus dieser Ableitung, daß die auf einen VA zurückgehende Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage nicht zwingend mit dem Vollzug dieses VA im Zusammenhang stehen muß. Fällt ein belastender VA weg, der an eine bereits gegebene Sachlage anknüpfen konnte und sie nicht erst durch Vollzugsmaßnahmen zu schaffen brauchte, so ist die Ordnungsbehörde gleichfalls an diese Divergenz gebunden und hat sie zu beseitigen. Daß die Divergenz auf Vollzugsfolgen beruht, ist daher für die Entstehung der Fbpflicht nicht zwingend erforderlich.

⁴³ Vgl. *Hans J. Wolff*, Gedächtnisschrift, 33 ff. (41); ders., Festschrift, 119 ff. (126, 136); ders., Lehrbuch, § 44 III a.

⁴⁴ Vgl. *Hans J. Wolff*, Gedächtnisschrift, 33 ff. (47); ders., Lehrbuch, § 25 I c.

⁴⁵ Das gilt etwa für *Hildeg. Krüger* DVBl. 1955, 208 ff. (211), wenn sie sich im Zusammenhang mit der Fbpflicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben beruft, sowie für *H. Siehoff*, Diss. 87 ff.

⁴⁶ In beiden Fällen kann die Fbpflicht erst mit dem Wegfall, genauer mit „Erlöschen“ des VA, d. h. mit Eintritt der formellen Rechts- bzw. Bestandskraft des Aufhebungs-urteils, des aufhebenden Widerspruchsbescheides bzw. des Widerrufs oder mit Eintritt des im VA bestimmten Endtermins (vgl. dazu *Hans J. Wolff* § 54 I c und I a 4) entstehen. Auch wo die Divergenz zwischen Sach- und Rechtslage bereits mit dem Vollzug des VA eintritt, entsteht die Fbpflicht erst mit ausdrücklicher Feststellung dieser Divergenz; vgl. amtliche Begründung zu § 114 E VwGO, Bundestagsdr. Nr. III/55; *Ringe* DVBl. 1958, 378 ff. (381).

III. Das Rechtsinstitut der Folgenbeseitigungspflicht im Ordnungsrecht

Wendet man nun das Rechtsinstitut der Fbpflicht im Ordnungsrecht an, so kann die Formulierung in § 19 II OBG: „Maßnahmen ...“ (die die Ordnungsbehörde zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr oder zur Beseitigung einer Störung gegen einen Nichtstörer getroffen hat) „... dürfen nur solange und soweit aufrechterhalten werden, als die Ordnungsbehörde nicht andere ... Maßnahmen treffen kann“ allein dahin verstanden werden, daß die Ordnungsbehörde nach Wegfall der Inanspruchn. auch verpflichtet ist, die zur Gefahrenabwehr oder Störungsbeseitigung in Anspruch genommenen Räume des Eigentümers durch Umquartierung des eingewiesenen Obdachlosen freizumachen⁴⁷, oder, wie es Art. 4 II E bayOUG ausdrückt: „Ist die Inanspruchnahme aufgehoben oder sonst beendet, so ist der Eingewiesene aus ihnen zu entfernen, nötigenfalls durch Verwaltungszwang unter Mitwirkung der Polizei.“

Mit Recht haben Schrifttum und Rspr. keine Bedenken gezeigt, das Rechtsinstitut der Fbpflicht für das Ordnungsrecht fruchtbar zu machen. Wenn sie dabei weder dem Subsidiaritäts- noch dem Opportunitätsprinzip des Polizei- und Ordnungsrechts⁴⁸ Bedeutung beimessen – nirgends werden diese Prinzipien im Zusammenhang mit der Rückabwicklung einer Fremdeinweisung erwähnt – so folgern sie offensichtlich aus dem für das Notstandsrecht kennzeichnenden Grundsatz der höchstmöglichen Wahrung der Interessen und Belange des Nichtstörers, daß die behördliche Freimachungspflicht unabhängig von etwaigen anderen Möglichkeiten der Freimachung entstehe⁴⁹ und daß die Behörde ihrer Verpflichtung unausweichlich und ohne Ermessensspielraum nachzukommen habe.

Aus letzterem folgt, daß der in Anspruch genommene Eigentümer auch einen der ordnungsbehördlichen Verpflichtung entsprechenden Anspruch auf Freimachung gegen die tätig gewordene Behörde hat. Diese Folgerung ist nicht selbstverständlich. Mit der Bejahung einer behördlichen Pflicht ist über einen dieser Verpflichtung korrespondierenden Anspruch einer Zivilperson noch nichts gesagt. Anders als im Privatrecht entspricht im öffentlichen Recht durchaus nicht jeder Verpflichtung eines Hoheitsträgers auch eine Berechtigung einer Zivilperson. Nur dort, wo eine Behörde, wie hier, unausweichlich ohne Ermessensspielraum zur Erbringung einer Leistung verpflichtet ist, steht der Zivilperson auch ein entsprechender Anspruch zu⁵⁰.

⁴⁷ Diese „Freimachungspflicht“ ist wie die „Erstattungspflicht“ bei vertretbaren Sachen ein typischer Unterfall der allgemeinen Fbpflicht. –

Unmittelbar aus § 19 II OBG würde man übrigens die Freimachungspflicht ableiten können, wenn man – was jedoch im Hinblick auf den unklaren „Maßnahme“-Begriff (vgl. die Beispiele bei *Friedrichs* § 14 Anm. 30 und § 58 Anm. 2 ff.; *Müller-Heidelberg* § 1 Anm. 2 d) zweifelhaft erscheint – den Realakt der Inbesitznahme der Räume durch den behördlich Eingewiesenen „als Maßnahme der Ordnungsbehörde“ ansehen könnte.

⁴⁸ Vgl. dazu etwa *Dreuw-Wacke* 109; s. auch unten S. 141 Fn. 12.

⁴⁹ Gemeint ist die zivilgerichtliche Herausgabeklage gegen den eingewiesenen Obdachlosen.

⁵⁰ Vgl. *Hans J. Wolff* § 43 I b 1 und c.

§ 10 Der verfahrensrechtliche Charakter der Freimachungsklage

I. Situation des Eigentümers im Augenblick der Klageerhebung

Der Eigentümer, der den Hoheitsträger der Ordnungsbehörde auf Freimachung der in Anspruch genommenen Räume verklagen will¹, kann sich in zwei verschiedenen Situationen befinden. Einmal kann es sein, daß die Inanspruchn. im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits weggefallen ist². Zum andern ist aber auch möglich, daß die Inanspruchn. im Augenblick der Geltendmachung des Freimachungsbegehrens noch rechtswirksam ist. In beiden Fällen steht der rechtsuchende Eigentümer vor der Frage, in welcher der Klagearten, die die neue VwGO vorsieht, er sein Begehren geltend zu machen hat. Diese Frage soll im folgenden erörtert werden.

II. Das Freimachungsbegehren nach Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung

Zu Beginn dieser Erörterung sollen in den beiden folgenden Unterabschnitten zunächst rückblickend die bisherige Rechtslage und die Problematik aufgezeigt werden, wie sie während der Geltung der maßgeblichen Vorgängerinnen der VwGO – der MRVO in der früheren britischen und des VGG in der ehemals amerikanischen Zone³ – bei Behandlung dieser Frage aufgetaucht war.

a) In der ehemals britischen Zone war der Charakter einer solchen Freimachungsklage seit bald einem Jahrzehnt umstritten: war sie auf Erlaß eines VA im Sinne des § 25 MRVO gerichtet und deshalb eine Vornahmeklage gemäß § 24 MRVO, oder stellte jenes Begehren eine Leistungsklage dar, die nicht die Voraussetzungen des § 25 MRVO erfüllte und daher als „andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts“ nach § 22 MRVO⁴ aufzufassen war? Lediglich im ersten Fall bedurfte es vor Klageerhebung regelmäßig eines abgeschlossenen Vorverfahrens vor den Verwaltungsbehörden.

Zunächst wurden in der britischen Zone Klagen auf Herausnahme von behördlich Eingewiesenen⁵ nach Wegfall der Verfügung von den Verwaltungsgerichten wohl ausnahmslos als Vornahmeklagen angesehen. Als der „Verwaltungsakt“, zu dessen Erlaß der beklagte Hoheitsträger durch das Verwaltungsgericht gemäß § 24 MRVO verurteilt wurde bzw. werden sollte, wurde offensichtlich – meist ohne daß das hervorgehoben wurde – die an den Eingewiesenen adressierte Räu-

mungs- oder Umquartierungsverfügung, also ein gegen einen Dritten gerichteter VA verstanden, der selbst nur ein Mittel der Behörde zur Erreichung des vom Kläger erstrebten Zieles, der Wiedererlangung des Besitzes an den Räumen, darstellte⁶.

Während die Rspr. zunächst daran festhielt, daß die Herausnahme eingewiesener Obdachloser nach Wegfall der Inanspruchn. verfahrensrechtlich nur im Wege der Vornahmeklage begehrt werden könne, wurde Anfang 1953 im Schrifttum erstmals Kritik an dieser Auffassung geübt. Insbesondere *Loppuch* machte geltend, der Eigentümer habe keinen Anspruch darauf, daß die Wohnung mittels eines an den Obdachlosen adressierten VA freigemacht würde; er könne von der Behörde nur die „Freimachung“ der einst beschlagnahmten Räume verlangen⁷.

Offenbar in Anlehnung an *Loppuch* bezeichnete dann der 6. Senat des OVG Lüneburg in einer im Herbst 1954 getroffenen Entscheidung erstmals die Freimachungsklage nicht mehr als Vornahmeklage, sondern als andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts. Das Gericht griff dabei noch über den Ansatzpunkt im Schrifttum hinaus, indem es – so weit war *Loppuch* wohl nicht gegangen – die Vornahmeklage grundsätzlich nur den Klagebegehren vorbehalten wollte, in denen die Verurteilung zum Erlaß eines an den Kläger selbst gerichteten VA begehrt wurde⁸.

Demgegenüber hielt der 2. Senat des OVG Münster an seiner bisherigen Rspr. fest; er stellte allerdings, ohne daß dieser stillschweigende Wechsel der Begründung beachtet wurde, nicht mehr darauf ab, daß das Mittel zur Erreichung des erstrebten Erfolges, die Räumungsverfügung an den Obdachlosen, der vom Kläger „beantragte Verwaltungsakt“ sei, sondern sah nunmehr in dem erreichten Ziel selbst, dem Erfolg der Besitzwiederverschaffung, einen VA, da auch dieses Ergebnis des behördlichen Handelns eine Regelung im Sinne des § 25 MRVO darstelle⁹.

Damit waren die gegenseitigen Fronten bereits abgesteckt; wesentlich neue Argumente wurden in der Folgezeit nicht mehr vorgebracht¹⁰. Die Ansicht, daß das Freimachungsbegehren des Eigentümers im Wege der anderen Streitigkeit des öffentlichen Rechts ohne Vorverfahren zu verfolgen sei, gewann sowohl in der Rspr. als auch im Schrifttum erheblich an Boden¹¹.

Entgegen dieser immer mehr sich abzeichnenden Tendenz, Freimachungsklagen

¹ Die Formulierungen des Klageantrages sind in der Praxis meist sehr unterschiedlich (... die Gemeinde zu verurteilen: ... die Räume herauszugeben; ... die eingewiesene Familie anderweitig unterzubringen; ... die Räume zugunsten des Berechtigten freizumachen ...).

² Zu den Ursachen des Wegfalls s. oben S. 74.

³ Die VGGe von Rhld.-Pfalz und Berlin sowie das BVwGG bauen auf der MRVO oder dem VGG auf und werden nicht gesondert behandelt.

⁴ Zur anderen Streitigkeit des öffentlichen Rechts vgl. im einzelnen *Rehmert* DVJ 1958, 251 ff.; anerkannt war, daß Leistungsbegehren, die nicht die Voraussetzungen des § 24 MRVO erfüllten, hierher zu rechnen waren.

⁵ Die Einweisungen beruhten seinerzeit regelmäßig auf dem RLG.

⁶ Vgl. aus der umfangreichen Rspr.: OVG Hamburg MDR 1949, 506 f.; OVG Lüneburg (2. Senat) AS 4, 235 ff. (239); LVG Braunschweig NJW 1952, 240; LVG Hamburg ZMR 1952, 267; insbesondere OVG Münster ZMR 1954, 187 ff. (189); AS 8, 252 ff. (256); ZMR 1954, 315.

⁷ NJW 1953, 9 ff. (10).

⁸ AS 8, 484 ff. (485); ausweichend dagegen noch kurz zuvor der 1. Senat desselben Gerichts AS 9, 340 ff. (342).

⁹ AS 9, 65 ff. (68); im Ergebnis seinerzeit ebenso OVG Berlin Bd. 3, 27 ff. (28).

¹⁰ Ausgenommen vielleicht die Erörterungen des LVG Düsseldorf ZMR 57, 69 f. über das Merkmal des „ohne zureichenden Grund ... nicht beschieden“ (§ 24 MRVO).

¹¹ Vgl. LVG Gelsenkirchen ZMR 1955, 185 ff.: der Erfolg der Freimachung sei kein VA (vgl. ferner ZMR 1954, 255); LVG Schleswig MDR 1955, 569 f.: der Kläger begehre nur „Herausnahme“, wozu nicht unbedingt ein VA erforderlich sei; LVG Düsseldorf,

nach Wegfall der Inanspruchnahme als andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zu qualifizieren, hielt der 2. Senat des OVG Münster seine gegenteilige Auffassung konsequent aufrecht und bestätigte sie in den Jahren 1959 und 1960 in mehreren Entscheidungen mit ähnlicher Begründung wie seinerzeit 1954¹². In der Rspr. trat der Auffassung des OVG Münster in neuerer Zeit – wenn auch mit anderer Begründung – lediglich noch das LVG Münster bei; es stellte, wie schon früher einmal die gesamte Rspr., darauf ab, daß die Räumungsverfügung an den Obdachlosen der vom Kläger erstrebte VA sei; sein Erlaß sei „selbstverständliche Voraussetzung der Erfüllbarkeit“ des klägerischen Begehrens¹³. Im Schrifttum dagegen fand die vom OVG und vom LVG Münster vertretene Auffassung, daß das Freimachungsbegehren des Eigentümers nur mit der Vornahmeklage verfolgt werden könne, bis in die jüngste Zeit neue Gefolgschaft¹⁴.

b) In der früher amerikanischen Zone ist ein Meinungsstreit über den prozessualen Charakter der Freimachungsklage nicht ausgebrochen¹⁵. Allerdings war die Rechtslage, zumindest nach dem Wortlaut des VGG, anders als in Norddeutschland. Abweichend von § 24 MRVO war die Vornahmeklage des § 35 II VGG auf Verurteilung zur Vornahme einer „Amtshandlung“ gerichtet. Während nach der MRVO bei der Anfechtungs- und bei der Vornahmeklage ein „Verwaltungsakt“ – der für die MRVO in § 25 noch gesetzlich definiert war – Verfahrensgegenstand war, verwendete das VGG den Ausdruck „Verwaltungsakt“ allein bei der Anfechtungsklage des § 35 I, nicht bei der Vornahmeklage des § 35 II VGG.

Ein Teil des Schrifttums hielt in Anlehnung an *Bachof* den Begriff der Amtshandlung (§ 35 II) für umfassender als den des VA (§ 35 I VGG). Er verstand unter Amtshandlung nicht nur einen VA, sondern überhaupt jede hoheitliche Maßnahme, sofern nur deren Ablehnung eine verbindliche Entscheidung enthielt und einen VA darstellte¹⁶. Nach dieser Definition der Amtshandlung war das Freimachungsbegehren eines Eigentümers im Geltungsbereich des VGG ohne Zweifel als Vornahmeklage anzusehen. Sowohl das Mittel zum erstrebten Erfolg, der VA gegenüber dem Obdachlosen, als auch der Erfolg selbst, die Rückgabe des bisher vom Eingewiesenen innegehabten Besitzes an den Eigentümer – deren Kennzeichnung als VA im Bereich der MRVO nur vom OVG Münster befürwortet wurde – waren nach *Bachof* Amtshandlungen und konnten Gegenstand einer Vornahmeklage nach § 35 II VGG sein; da insbesondere auch die Besitzrückgabe an den Kläger eine Amtshandlung darstellte, weil ihre Ablehnung eine verbind-

a. a. O.; OVG Hamburg ZMR 1958, 104 f.: der Kläger begehre nur einen tatsächlichen Erfolg und überlasse der Behörde, wie sie ihn herbeiführe.

¹² VerwRspr. 12, 112 f.; ZMR 1959, 347; ZMR 1961, 374 ff.

¹³ MDR 1956, 509 f. (510).

¹⁴ Vgl. *Bachof* MDR 1955, 570 f.; *Senger-Kurzmann* § 19 Anm. 9 f.; *Kiefersauer-Glaser*, Rdn. 67 Einl. WBG; *H. Siehoff*, Diss. 123; *Scheuner* DOV 1955, 545 ff. (549); *Forsthoff* 512; *Hans J. Wolff* § 54 II b 3; *Drews-Wacke* 261.

¹⁵ So geht beispielsweise bayVGH ZMR 1959, 187 f. (187) ohne jede Begründung davon aus, daß „die Folgenbeseitigungsklage eine Unterart der Vornahmeklage“ sei.

¹⁶ *Bachof* 31; ders. JZ 1956, 342 f. (342); *H. Siehoff*, Diss. 113 f.

liche Bescheidung seines Antrages enthalten hätte, war selbst die gelegentliche Behauptung, mit einer Vornahmeklage könne nur eine an den Kläger gerichtete Maßnahme begehrt werden, nicht geeignet, die Annahme einer Vornahmeklage im Bereich des VGG in Frage zu stellen.

Die Tendenz, dem Begriff der Amtshandlung einen möglichst umfassenden Inhalt zu geben, wurde durch folgenden Umstand gefördert. Die Gleichsetzung der anderen Streitigkeit des öffentlichen Rechts mit der Parteistreitigkeit in § 22 VGG und die im Hinblick auf die Parteistreitigkeit mißverständliche Formulierung des § 85 I VGG von den „gleichgeordneten Rechtsträgern“ verleiteten häufig zu der – unrichtigen – Folgerung, daß sich die Verfahrensbeteiligten einer Parteistreitigkeit nicht nur während des Prozesses, sondern darüber hinaus auch sonst organisationsrechtlich gleichgeordnet gegenüberstehen müßten¹⁷. Nach dieser Meinung hätte die Freimachungsklage als Streit zwischen Zivilperson und Hoheitsträger nicht im Wege der anderen Streitigkeit des öffentlichen Rechts (Parteistreitigkeit) verfolgt werden können, so daß die letztere dann auch als Alternative neben der Vornahmeklage ausschied¹⁸.

c) Nach diesem Rückblick soll nunmehr die oben S. 90 gestellte Frage wieder aufgegriffen und weiterbehandelt werden. Dabei wird zunächst zu prüfen sein, in welcher Weise die neue Verfahrensordnung die Durchsetzung von Leistungsansprüchen regelt: ob sie dabei an die Regelung der MRVO oder des VGG anknüpft oder ob sich ihr Klagesystem insoweit von beiden Vorgängerinnen unterscheidet.

Die VwGO sieht für die Durchsetzung von Leistungsansprüchen einmal die Verpflichtungsklage (früher: Vornahmeklage) und zum anderen die Leistungsklage vor. Wenn auch die Leistungsklage in der VwGO lediglich an verschiedenen Stellen erwähnt wird, ohne daß ihr Inhalt und ihre Voraussetzungen näher geregelt werden, so steht doch die Zulässigkeit dieser Klageart außer Zweifel¹⁹.

Dieses Nebeneinander von Verpflichtungs- und Leistungsklage bei der Durchsetzung von Leistungsansprüchen ist nicht allein von wissenschaftlich-theoretischem

¹⁷ So etwa *Giese* 118; v. *Turegg* 364; wohl auch *Hufnagl* 292 und *Forsthoff*, 7. Auflage, 498. Zutreffend dagegen – im einzelnen variierend – *Menger* 221; *Bachof* JZ 1957, 431 ff. (436); *Rehmert* DOV 1958, 252. S. auch *Zschacke* NJW 1956, 730.

¹⁸ Unzutreffend allerdings die Behauptung *Bachofs* MDR 1955, 570 f., im Geltungsbereich des VGG hätte ein Streit über den Charakter der Freimachungsklage nicht entstehen können. *Bachof* übersieht, daß ein Teil der Rspr. und des Schrifttums den Begriff der Amtshandlung nicht für umfassender hielt als den des VA, sondern „Verwaltungsakt“ und „Amtshandlung“ in § 35 Abs. I und II als gleichbedeutend ansah (so BVerwG JZ 1956, 341 f.; bayVGH 7, 71 ff., 76; *Eyer mann-Fröhler*, VGG, § 35 Anm. I 2 b; *Menger*, Grundrechte, 717 ff., 761; ebenso wohl *Schunck-de Clerck*, rhpVGG, § 15 Anm. II 3 e aa). Wer außerdem auch der Meinung war, daß die Parteistreitigkeit alle Leistungsklagen erfasse, in denen kein VA begehrt werde (vgl. etwa *Menger* 221), hätte sich mit der gleichen Problematik konfrontiert gesehen wie im Bereich der MRVO: Vornahmeklage auf Erlaß eines VA gemäß § 35 II oder andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts (Parteistreitigkeit) nach §§ 22, 85 VGG? Wie anfangs betont ist, ist in Süddeutschland kein Meinungsstreit entstanden, ausgeschlossen war er jedoch keineswegs.

¹⁹ Vgl. statt mehrerer *Rupp* AöR 85, 301 ff. (302).

Interesse, sondern hat auch wesentlich praktische Bedeutung. Die VwGO hat – etwa im Vergleich zur MRVO – die Verschiedenheiten beider Klagearten sogar noch erheblich vertieft. Seither bestehen Unterschiede zwischen beiden Klagen hinsichtlich der Passivlegitimation, des Vorverfahrens, der Geltendmachungsdauer für die Klage, hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit und der Art der Vollstreckung der ergangenen Urteile²⁰.

Wendet man sich nun näher der Abgrenzung von Verpflichtungs- und Leistungsklage zu, gilt es zunächst, den Anwendungsbereich der in der VwGO ausdrücklich geregelten Verpflichtungsklage abzustecken. Nach dem Wortlaut des § 42 I VwGO ist die Verpflichtungsklage – genau wie früher nach § 24 MRVO – auf „Verurteilung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes“ gerichtet. Die Kommentatoren der VwGO haben daraus sogleich ohne nähere Begründung geschlossen, daß der Begriff des VA in dieser Vorschrift dem der bisherigen Verfahrensordnungen entspreche²¹ und daß die Verpflichtungsklage der VwGO insoweit mit der Vornahmeklage der MRVO übereinstimme. Von dieser Verpflichtungsklage grenzte das Schrifttum die Leistungsklage dahingehend ab, daß die letztere Klageart stets dann anzunehmen sei, sobald Verurteilung zu einer Leistung begehrt werde, die nicht im Wege der Verpflichtungsklage erwirkt werden könne²². So wurde denn bald auch ohne weiteres angenommen, das Verhältnis von Verpflichtungs- und Leistungsklage entspreche dem früheren zwischen Vornahmeklage und anderer Streitigkeiten des öffentlichen Rechts in der MRVO²³.

Ist dieser Ansicht zuzustimmen, so wird man im folgenden – um die Frage nach dem verfahrensrechtlichen Charakter der Freimachungsklage in der VwGO zu beantworten – die Behauptungen und Argumente einer kritischen Prüfung unterziehen müssen, die seinerzeit im Geltungsbereich der MRVO vorgebracht worden sind.

Allerdings: dieser Erörterung wäre man enthoben, wenn sich der Begriff des VA in § 42 I VwGO nicht mit dem der §§ 23–25 MRVO, 35 I VGG decken würde, sondern jenem Begriff der Amtshandlung entspräche, wie ihn seinerzeit *Bachof* im Hinblick auf § 35 II VGG entwickelt hatte; in diesem Falle müßte

²⁰ Vgl. im einzelnen OVG Münster DOV 1961, 469 f. – Ob diese unterschiedliche Ausgestaltung beider Klagearten sinnvoll ist, was *Bettermann* NJW 1960, 649 ff. (650) und *Menger* VerwArch. 1961, 305 ff. (316 ff., 317) bezweifeln, ist eine andere Frage und kann hier nicht erörtert werden.

²¹ In diesem Sinne – in Unkenntnis der im folgenden besprochenen Gegenansicht von *Bettermann* u. a. – *Ule*, 1. Auflage, § 42 Anm. IV 1 a, b; *Klinger* § 42 Anm. E I 1; *Bräutigam* DOV 1960, 364 ff. (365/66); *Obermayer* BayVbl. 1960, 208 ff. (209, 211).

²² So etwa *Koehler*, Vorbem. V 6 vor §§ 42, 43; *Klinger*, Vorbem. vor § 42, und *Ule*, § 42 Am. I 3, jeweils mit der Begründung, daß die Verpflichtungsklage gesetzlich geregelter Spezialfall der Leistungsklage im weiteren Sinne sei und folglich der Leistungsklage (im engeren Sinne) vorgehe.

²³ Bezeichnenderweise wird bei der Erörterung des Klagecharakters der Folgenbeseitigungsklage auch auf die Rspr.- und Schriftumsnachweise aus dem Geltungsbereich der MRVO verwiesen. Überwiegend wird dabei eine Leistungsklage angenommen; *Ule* Vorbem. II vor § 42; *Koehler*, Vorbem. V 3 vor §§ 42, 43; *Bräutigam*, a. a. O.; *Schäfer* DVbl. 1960, 837 ff. (842); VG Düsseldorf ZMR 1961, 344; unklar *Klinger* § 80 Anm. F. 2.

die Freimachungsklage, wie schon oben S. 92 ausgeführt wurde, zweifelsohne als Verpflichtungsklage im Sinne des § 42 I VwGO angesehen werden.

In diese Richtung weisen insbesondere die Ansichten von *Bettermann* und von *Eyermann-Fröhler*. *Bettermann* meint, der Begriff des VA in der VwGO entspreche im wesentlichen dem der bisherigen Verfahrensordnungen; lediglich die Verpflichtungsklage sei entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht, wie die Anfechtungsklage, auf einen VA, sondern weitergehend auf Erlaß einer Amtshandlung im Sinne *Bachofs* gerichtet; § 42 I VwGO sei bezüglich der Verpflichtungsklage dahin zu korrigieren, daß mit ihr jede hoheitliche Handlung begehrt werden könne, deren Ablehnung einen VA darstelle. *Eyermann-Fröhler* bezeichnen ganz allgemein als VA im Sinne der VwGO den „Verwaltungsakt im weiteren Sinne“, „alle hoheitlichen Maßnahmen“ einschließlich „tatsächlicher Handlungen“. Diese Ansicht hat in Schrifttum und Rspr. verschiedentlich Gefolgschaft gefunden²⁴.

Diese neuerdings vertretene Auffassung ist unzutreffend. Das läßt sich zwar nicht unmittelbar aus Gesetzen, die an das Klagesystem des verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrechts anknüpfen, herleiten; denn diese neueren Gesetze verwenden teils den Begriff des VA, teils den Ausdruck „Amtshandlung“²⁵. Die Unrichtigkeit jener neuerdings vertretenen Auffassung folgt jedoch aus der gesetzestechischen Entwicklung des Verwaltungsprozessrechts selbst. Der Begriff des VA hatte im Geltungsbereich der MRVO auf Grund des § 25 durch Schrifttum und Rspr. fest umrissene Gestalt gewonnen. Aber auch im Bereich des VGG wurde dem Begriff des VA in § 35 I ein gleichbedeutender Inhalt beigelegt und dabei vielfach ausdrücklich auf die Definition des § 25 MRVO Bezug genommen²⁶. Es darf daher behauptet werden, daß sowohl während der Abfassung der Regierungsvorlage der VwGO als auch bei deren Beratung im Bundestag und dessen Ausschüssen eine im wesentlichen übereinstimmende allgemeine Vorstellung

²⁴ *Bettermann* NJW 1960, 649 ff. (650); *Eyermann-Fröhler* § 42 Rdn. 14 und 15. Zustimmung hat diese Auffassung in der Rspr. beim VG Frankfurt (DOV 1961, 313 f., 314; DOV 1962, 150 f., 150), im Schrifttum bei *Forsthoff* 496 f., *Maunz* Bay. Vbl. 1961, 30 f., *Menger* VerwArch. 1961, 305 ff. (317 f.), *Martens* JuS 1962, 245 ff. (252), *Bachof* JZ 1962, 701 ff. (707) und auch wohl *Pfeifer* DOV 1962, 776 ff. (778) gefunden – nicht dagegen, wie *Eyermann-Fröhler* a. a. O. irrig annehmen, bei *Schuncke-de Clerck* (vgl. VwGO, § 113 Anm. 3 b).

Meist wird jedoch die von *Bettermann* und *Eyermann-Fröhler* aufgeworfene Streitfrage nicht erkannt bzw. bleibt sie unerörtert, etwa bei *Brück* NJW 1960, 2271 ff. (2273), *Hans J. Wolff* § 43 VII a 3 β γ, *Hauelsen* DOV 1961, 121 ff. (125 Fn. 39 a), *Rambeck* NJW 1961, 1333 ff. (1334), *Koenig* StkVerw. 1961, 271 und in der Rspr. bei bayVGH BayVbl. 1961, 58 ff. (59), OVG Hamburg DVbl. 1961, 136 f.; OVG Münster ZMR 1961, 374 ff. (376), OVG Münster DOV 1961, 469 f. und bei VG Düsseldorf ZMR 1961, 344.

Ausdrücklich wird die neuerdings vertretene Auffassung abgelehnt von *Rupp* AöR 85, 301 ff. (302), *Schäfer* DVbl. 1960, 837 ff. (838), *Schuncke-de Clerck*, VwGO, a. a. O., *Czermack* NJW 1962, 776 ff., 778 a. E., und *Hegel* JZ 1963, 15 ff.

²⁵ Vgl. beispielsweise §§ 41 III BRAO („Amtshandlung“); 23 II EG GVG („Verwaltungsakt“).

²⁶ Vgl. etwa BVerwG JZ 1956, 341 f. (341); BVerwG E 3, 258 ff. (259); bayVGH DOV 1957, 241 ff. (242); bayVGH Bd. 11, 119 ff. (120).

über Inhalt und Tragweite des Zentralbegriffs des verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrechts bestanden hat. Wenn der Gesetzgeber unter diesen Umständen von einer Begriffsbestimmung des VA in der VwGO abgesehen²⁷ und auch sonst nirgends hat erkennen lassen, daß der bisher für die Verfahrensordnungen maßgebende Begriff nunmehr eine inhaltliche Erweiterung oder Einschränkung erfahren solle, so kann das zweifellos nur für eine Beibehaltung dieses Begriffes auch in der neuen VwGO sprechen.

Das gilt zunächst für den Begriff des VA als Gegenstand der Anfechtungsklage. Sollten *Eyermann-Fröhler*, was einigermaßen unklar bleibt²⁸, grundsätzlich auf das für den Begriff des VA wesentliche Merkmal der „Regelung“ verzichten und diesen Begriff auch im Hinblick auf die Anfechtungsklage in dem von ihnen befürworteten „weiteren Sinne“ verstanden wissen wollen, so scheidet ihre Auffassung bereits an § 113 I 1 VwGO: denn nur ein Teil dieser VAe könnte gemäß dieser Vorschrift „aufgehoben“ werden.

Das gilt darüber hinaus auch für den Begriff des VA als Gegenstand der Verpflichtungsklage. Dafür spricht schon die Erwägung, daß der Gesetzgeber einem in ein und demselben Absatz einer Vorschrift mehrfach verwendeten Ausdruck sicherlich keine verschiedenen²⁹ Bedeutungen beilegen will. Vor allem aber wird man annehmen müssen, daß der Gesetzgeber mit der Formulierung in § 42 I VwGO „Verurteilung zum Erlaß eines ... Verwaltungsaktes“ eine bewußte und gewollte Entscheidung zwischen den beiden alternativen Möglichkeiten, vor die ihn die Vorgängerinnen der VwGO gestellt hatten³⁰, getroffen hat – wobei es dahinstehen mag, ob diese Entscheidung des Gesetzgebers, die der Regelung des § 24 MRVO entspricht, wirklich eine inhaltliche Abweichung von § 35 II VGG erbracht oder lediglich eine Klarstellung der von *Bachof* mißverstandenen Formulierung des § 35 II VGG herbeigeführt hat³¹. Jedenfalls kann die Verpflichtungsklage unter diesen Umständen allein auf Erlaß eines VA in dem bisher für MRVO und VGG anerkannten Sinne gerichtet sein. Eine gegenteilige Ansicht würde sowohl den unmißverständlichen Wortlaut des Gesetzes als auch die dem gewählten Wortlaut zugrunde liegende Motivation des Gesetzgebers ignorieren.

Demgegenüber kommt dem Hinweis *Bettermanns*, daß der Gesetzgeber in § 113 IV VwGO auch den Ausdruck „Amtshandlung“ benutze, keine Bedeutung zu. Abgesehen von dem ohnehin geringeren „Beweiswert“ dieser Vorschrift spricht der räumlich wie inhaltlich enge Zusammenhang zwischen „Verwaltungsakt“ und

²⁷ Vgl. dazu *Koehler* § 42 Anm. A I 4 und A III 1.

²⁸ Vgl. einerseits § 42 Rdn. 14; andererseits aber Rdn. 17 und 15, wonach der VA im weiteren Sinne „jedenfalls“ bzw. „insbesondere“ der Verpflichtungsklage des § 42 I VwGO zugrunde liegen soll.

²⁹ Gemeint ist § 42 I VwGO: einmal im Sinne „Verwaltungsakt“ und einmal im Sinne „Amtshandlung“.

³⁰ Einerseits §§ 24 MRVO, 15 III BVwGG, 21 I berlVGG – andererseits §§ 35 II VGG, 15 rhpVGG.

³¹ Der erste Fall läge vor, wenn die Definition der Amtshandlung in § 35 II VGG durch *Bachof* zutreffend gewesen wäre, der zweite, wenn in § 35 II VGG mit „Amtshandlung“ ein VA gemeint gewesen wäre.

„Amtshandlung“ in § 113 IV VwGO eher für eine inhaltliche Identität als für eine inhaltliche Verschiedenheit beider Ausdrücke. Im übrigen trägt *Bettermann* nicht der Tatsache Rechnung, daß der Gesetzgeber sich nicht etwa nur in § 42 I VwGO, wo er die einzelnen Voraussetzungen der Verpflichtungsklage behandelt, des Ausdruckes „Verwaltungsakt“ bedient, sondern auch in den entsprechenden Bestimmungen über das Vorverfahren stets davon ausgeht, daß ein auf Erlaß eines Verwaltungsaktes gerichteter Antrag des Klägers abgelehnt oder ohne zureichenden Grund nicht in angemessener Frist beschieden worden sei³².

Auch die Behauptung *Bettermanns*, eine auf Vornahme einer hoheitlichen Maßnahme gerichtete Klage, die nicht in einem VA bestehe, dürfe prozessual nicht anders behandelt werden als eine auf Erlaß eines VA gerichtete Klage, ist in diesem Zusammenhang wenig ergiebig. Schon der Ausgangspunkt seiner Überlegung, daß nämlich die Sach- und Interessenlage in beiden Fällen jeweils gleich seien, erscheint zweifelhaft. Aber selbst wenn man den Ausgangspunkt als richtig unterstellt, ist die von *Bettermann* gezogene Folgerung nicht zwingend. Die von ihm kritisierte unterschiedliche prozessuale Behandlung beider Fälle besteht insbesondere darin, daß die auf Vornahme einer nicht als VA anzusehenden Hoheitsmaßnahme gerichtete Leistungsklage im Gegensatz zur Verpflichtungsklage kein Vorverfahren erfordert. Will nun *Bettermann* ein solches auch für den Fall der Leistungsklage sichergestellt wissen, so läge es nahe, sich für eine entsprechende Anwendung der §§ 68 II, 75 VwGO einzusetzen, anstatt schon in § 42 VwGO den Begriff des VA mit dem umstrittenen der Amtshandlung³³ zu identifizieren.

Schließlich überzeugt auch nicht die Behauptung von *Eyermann-Fröhler*, daß nach der VwGO alle Streitigkeiten aus einem Unterordnungsverhältnis nur im Wege der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auszutragen seien und für Streitigkeiten aus einem Gleichordnungsverhältnis einzig die Leistungsklage zur Verfügung stehe. – Bereits das Kriterium der Unter- bzw. Gleichordnung als solches erscheint problematisch³⁴ – und zwar um so mehr, als es von jenen Autoren zugleich bei der Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht mitherangezogen wird³⁵. Im übrigen liegt, von diesen Bedenken abgesehen, der VwGO eine Systematik, wie sie *Eyermann-Fröhler* ihr entnehmen wollen, nicht zugrunde. Sie beschränken den Anwendungsbereich der Leistungsklage zu Unrecht. Indem sie die Leistungsklage als Parteistreitigkeit bezeichnen und mit denselben Kriterien wie seinerzeit die Parteistreitigkeit des VGG charakterisieren³⁶, lassen sie außer acht, daß der Gesetzgeber der VwGO jenes Rechtsinstitut, das in der Vergangenheit

³² Vgl. §§ 68 II, 74 II (Weigerungsgegenklage), 75, 76 VwGO (Untätigkeitsklage); vgl. ferner *Rupp* AöR 85, 301 ff. (306).

³³ Vgl. einerseits o. S. 92, andererseits S. 93 Fn. 18.

³⁴ Wie die Zusammenstellung solcher „Gleichordnungsverhältnisse“ bei *Eyermann-Fröhler* § 40 Rdn. 6 ff., 9 ff., 14 ff., 17 deutlich macht.

³⁵ § 40 Rdn. 3. – Ausführliche Kritik dieser Abgrenzung bei *Hans J. Wolff* AöR 76, 205 ff. (205 f.).

³⁶ § 40 Rdn. 8; dieselben, VGG, § 22 Anm. A I 2 c und § 85 Anm. 1.

ohnehin nicht befriedigend geklärt worden ist³⁷, preisgegeben hat. Damit hat er zu erkennen gegeben, daß er von dem Merkmal der Gleich- bzw. Unterordnung innerhalb des im Streit befindlichen Rechtsverhältnisses abrücke. Dann aber ist der Annahme, die Leistungsklage sei nur innerhalb gleichgeordneter Rechtsverhältnisse möglich, die Grundlage entzogen, und ein Bedürfnis, den Anwendungsbereich der Verpflichtungsklage durch Erweiterung des VA-Begriffes auszudehnen, zu verneinen³⁸.

Da somit der Ansicht von *Bettermann*, *Eyermann-Fröhler* u. a. nicht zugestimmt werden kann, bedarf es zur Beurteilung der Freimachungsklage nach der VwGO im folgenden – wie schon auf S. 94 bemerkt – einer kritischen Auseinandersetzung mit den Auffassungen, die im Geltungsbereich der MRVO zu der damaligen gleichgelagerten Streitfrage vertreten worden sind.

d) Zu Beginn dieser Erörterung liegt die Frage nahe, ob an Hand des Klageantrages über den verfahrensrechtlichen Charakter des Freimachungsbegehrens entschieden werden kann.

Loppuch bejaht die Frage: er stellt darauf ab, ob der Kläger zwangsweise Umquartierung des Obdachlosen beantrage oder lediglich schlicht Herausnahme begehre; im ersten Falle erstrebe er einen VA und erhebe daher eine Verpflichtungsklage, im zweiten Falle nicht³⁹. Diese Ansicht befriedigt nicht. Sie macht den Charakter der Klage von einer zufälligen, in das Belieben des Klägers gestellten Formulierung abhängig, anstatt dessen „wirkliches Begehren“ der Auslegung des Gerichts zu überlassen.

Als „wirkliches Begehren“ des Eigentümers wird vielfach hingestellt, er erstrebe letztlich nur den Realakt der Besitzwiederverschaffung, nicht einen VA gegenüber dem Obdachlosen⁴⁰. Auch diese Auslegung des klägerischen Begehrens für sich allein schließt das Vorliegen einer Verpflichtungsklage nicht aus. Gewiß dient die Klage des Eigentümers dem Ziele, den Besitz an den Räumen wiederzuerlangen – ebenso, wie ein Hilfsbedürftiger mit einer Klage im Endergebnis das Ziel verfolgt, daß ihm Fürsorgeunterstützung gezahlt werde, wie ein Lastenausgleichsberechtigter mit seiner Klage letztlich die Zahlung einer Entschädigung erstrebt. Trotz dieses offenkundigen Zieles richtet sich in diesen Fällen die Klage selbst unmittelbar auf einen VA⁴¹. Wenn auch diese „Zwischenschaltung von Verwal-

³⁷ Vgl. dazu *Rehmert* DOV 1958, 251 ff.

³⁸ Das Kriterium der Unter- bzw. Gleichordnung taucht denn auch im Zusammenhang mit der Leistungsklage nicht auf: vgl. amtliche Begründung zu § 40 E VwGO, Bundestagsdr. Nr. III/55; ferner – jeweils in Unkenntnis der Ansicht von *Eyermann-Fröhler-Ule*, 1. Aufl. § 40 Anm. III und Vorbem. vor § 42; *Klinger* § 42 Anm. A 4; *Bräutigam* DOV 1960, 364 f.

³⁹ NJW 1955, 117 f. (117); ähnlich wohl *Klinger* § 80 Anm. F. 2; zweifelnd *Groothold* ZMR 1955, 184 f. (184).

⁴⁰ So LVG Schleswig MDR 1955, 569 f. (569); ähnlich OVG Hamburg ZMR 1958, 104 f. (105).

⁴¹ Vgl. etwa *Zschacke* NJW 1956, 729 ff. (731); *Haueisen* NJW 1957, 1657 ff. (1658, 1660); kritisch *Rupp* DVBl. 1958, 113 ff. (116); *Menger* VerwArch. 1960, 149 ff. (161 ff.). Daß diese Zwischenschaltung von VAen den Kläger nötig, sein Begehren

UB
Mstr

tungsakten“ vor allem für den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung kennzeichnend ist, so sollte sie doch auch sonst, wie etwa hier bei der Freimachungsklage, nicht außer Betracht bleiben. Kann der Eigentümer die Besitzwiederverschaffung allein im Wege der Zwischenschaltung eines VA erreichen oder ist die Besitzwiederverschaffung selbst ein VA, auf dessen Erlaß er einen Anspruch hat, so ist sein Begehren als Verpflichtungsklage zu verstehen.

e) Zunächst: kann die bloße Besitzwiederverschaffung, d. h. der unmittelbar den geschuldeten Erfolg herbeiführende Vorgang als VA gegenüber dem Eigentümer angesehen werden? – Bejahendenfalls wäre die Freimachungsklage ohne Zweifel eine Verpflichtungsklage; denn auf die Herbeiführung dieses Erfolges hat der Eigentümer auch einen Rechtsanspruch. Das OVG Münster hat die oben aufgeworfene Frage ausdrücklich bejaht: die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes auf Antrag des Eigentümers stehe der auf Widerspruch eines Betroffenen ausgesprochenen Aufhebung eines rechtswidrigen VA gleich; wie der Widerspruchsbescheid stelle auch die Wiederherstellung des früheren Zustandes eine Regelung dar und sei daher als VA gegenüber dem dadurch begünstigten Eigentümer anzusehen⁴². Schrifttum und Rspr. haben sich mit dieser Begründung seinerzeit kaum auseinandergesetzt⁴³.

Das OVG Münster setzt ungleiche Sachverhalte einander gleich. Für den Begriff des VA ist u. a. charakteristisch, daß die betreffende Maßnahme der Verwaltungsbehörde – wie es § 25 MRVO formulierte – „die Regelung eines Einzelfalles“ darstellt. Unter dem rechtstechnischen Ausdruck „Regelung“ wird eine einseitige, potentiell verbindliche, rechtsfolgebegründende Ordnung eines konkreten Lebenssachverhalts verstanden, die für den Adressaten entweder bestimmt, was für ihn rechtens ist oder ihm verbindlich ein Tun oder Lassen auferlegt und so unmittelbar in seinen Rechtskreis eingreift⁴⁴.

In dem vom OVG Münster angezogenen Vergleich trifft allein der Widerspruchsbescheid eine Einzelfallregelung, indem er entweder ein rechtswirksames und bisher vom Adressaten zu befolgendes Ge- oder Verbot (einer Verfügung) oder eine rechtswirksame Ausnahmebewilligung o. ä. (eines rechtsgestaltenden VA) aufhebt oder eine im Hinblick auf den Adressaten getroffene und bisher rechtswirksame Feststellung (eines rechtsfeststellenden VA) rückgängig macht und dadurch in allen diesen Fällen unmißverständlich klarstellt, was nunmehr für den Adressaten rechtens ist. – Die „Wiederherstellung des früheren Zustandes“ enthält dagegen eine solche Regelung nicht. Die Inanspruchnahme ist bereits weggefallen – mit der unmittelbaren Folge, daß der Eigentümer Inanspruchnahme der Behörde und Auf-

in einer recht verschlüsselten Form geltend zu machen, ist allerdings nicht von der Hand zu weisen.

⁴² AS 9, 65 ff. (68); ähnlich VerwRspr. 12, 112 f.

⁴³ Das gilt etwa für OVG Hamburg ZMR 1958, 104 f.; LVG Düsseldorf ZMR 1957, 69 f.; LVG Münster MDR 1956, 509 f. – Kritik nur bei LVG Gelsenkirchen ZMR 1955, 185 ff.

⁴⁴ In diesem Sinne mit weiteren Schrifttums- und Rspr.-Nachweisen: *Bachof* 23, 21; *Menger* 108, 101; *Hans J. Wolff* § 46 V a; *H. Siehoff*, Diss. 107; *v. Turegg* 125.

enthalt des Obdachlosen nicht mehr zu dulden braucht; die Behörde ist fortan verpflichtet, den früheren Zustand wiederherzustellen. Kommt sie dieser Verpflichtung durch Umquartierung des Obdachlosen nach, trifft sie dadurch regelmäßig keine verbindliche Entscheidung über eine zwischen Behörde und Eigentümer streitige Verpflichtung, sondern zieht lediglich die Folgerung aus einer mit Aufhebung, Widerruf oder Fristbestimmung der Inansprvfg. bereits getroffenen Regelung und einer unter den Beteiligten auch unstrittigen Rechtslage. Die Freimachung der Räume stellt insoweit gegenüber dem Eigentümer nicht mehr klar, was für ihn rechtens ist, noch gebietet sie ihm „verbindlich ein Tun oder Lassen“.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß sich die ordnungsbehördliche Freimachung der Räume nach Wegfall der Inansprvfg. vielfach hinauszögert. Beläßt die Behörde den Obdachlosen vorerst in den Räumen und hält seine bisherige Unterbringung praktisch aufrecht, so bekundet sie dadurch dem Eigentümer nicht etwa, daß er die Weiterbenutzung seiner Räume zu dulden verpflichtet sei, bis sie ihm gegenüber durch Umquartierung des Obdachlosen schließlich eine andere für ihn günstige Entscheidung treffe⁴⁵. Macht die Behörde die Räume erst längere Zeit nach Wegfall der Inansprvfg. frei, so liegt in dieser späten „Wiederherstellung des früheren Zustandes“ nicht die nunmehrige Anerkennung einer bislang von der Behörde in Zweifel gezogenen Verpflichtung, sondern ist das allenfalls Ausdruck dessen, daß sich die Behörde erst jetzt zur Erfüllung ihrer Verpflichtung in der Lage sieht: allein darin aber kann eine unmittelbar rechtsbestimmende Erklärung gegenüber dem Eigentümer nicht gesehen werden.

Dieses Ergebnis läßt sich auch damit begründen, daß der Akt der Freimachung der Räume nicht „unmittelbar (erg.regelnd) in den Rechtskreis“ des Eigentümers eingreift. Durch eine Verwaltungshandlung unmittelbar regelnd in jemandes Rechtskreis eingegriffen wird – im Sinne der Begriffsbestimmung der „Regelung“ – nur dort, wo sich die Rechtsfolge der Verwaltungshandlung schon direkt aus dem Inhalt dieser Handlung und aus der in ihrem Inhalt zum Ausdruck gebrachten, bereits vor der Vornahme der Handlung erfolgten Subsumtion eines Sachverhalts unter eine öffentlich-rechtliche Norm ergibt. An einem „unmittelbar regelnden“ Eingriff in jemandes Rechtskreis durch eine Verwaltungshandlung fehlt es jedoch dann, wenn sich deren Rechtsfolge für die betroffene Zivilperson lediglich gelegentlich der Anwendung von Rechtssätzen auf die Handlung des Hoheitsorgans ergibt, d. h. wenn die Rechtsfolge erst durch nachträgliche Subsumtion des Handlungserfolges unter eine Norm des öffentlichen oder privaten Rechts ermittelt werden muß. Letzteres gilt für die Freimachung der Räume durch die Ordnungsbehörde. Daß sie dem Eigentümer den Besitz an den Räumen verschafft, folgt allein daraus, daß an den Handlungserfolg der Freimachung nachträglich sozu-

⁴⁵ Anderer Auffassung offenbar der 2. Senat des OVG Münster in ständiger Rspr. (VerwRspr. 12, 112 ff., 113; Az. II A 1056/59; ZMR 1961, 374 ff., 376). – Darüber, daß in dieser Entscheidung auch nicht die Aufhebung einer stillschweigend oder konkludent verlängerten Inanspr.- und Einweisungsverfügung erblickt werden kann und somit auch aus diesem Grunde kein VA vorliegt, vgl. o. S. 74 f.

sagen von außen gesetzliche Maßstäbe angelegt werden und er nach diesen beurteilt wird. Danach erweist sich die Wirkung der Freimachung im Verhältnis zum Eigentümer einzig als eine Folge der Subsumtion unter § 854 BGB, ergibt sich jedoch nicht direkt aus dem Inhalt, sondern ist lediglich als eine Art Reflex der „Durchführungshandlung“ – als solche ist die Freimachung der Räume zu charakterisieren – zu bewerten⁴⁶.

Nach alledem mag in der „Wiederherstellung des früheren Zustandes“ durch Freimachung der Räume zwar eine Regelung nach der natürlichen Bedeutung des Wortes gesehen werden, die „Regelung“ eines Einzelfalles in dem hier allein interessierenden rechtstechnischen Sinne – und damit gegenüber dem Eigentümer ein VA – liegt jedoch nicht vor.

f) Schließlich: kann das von der Ordnungsbehörde in der Regel angewandte Mittel zur Freimachung der Räume, die Räumungs- und Umquartierungsverfügung an den Obdachlosen, als der vom Eigentümer begehrten VA angesehen werden? Die Erörterung dieser Frage würde sich erübrigen, wenn nur ein an den Kläger selbst gerichteter VA, nicht aber ein VA, der sich an einen außerhalb der streitenden Parteien stehenden Dritten wendet, Gegenstand einer Verpflichtungsklage sein kann⁴⁷. Eine solche Auffassung findet jedoch in § 42 I VwGO keine Stütze. Der Anwendungsbereich der Verpflichtungsklage wird nicht mit Hilfe des Kriteriums des Adressaten des beantragten VA gegenüber der Popularklage abgegrenzt, sondern findet seine Begrenzung durch das Kriterium, ob die Ablehnung oder Unterlassung des beantragten VA – mochte dieser an den Kläger selbst oder an einen Dritten adressiert werden sollen – dem Kläger gegenüber rechtswidrig ist, weil er einen Rechtsanspruch auf den Erlaß jenes VA hat. Nicht der Adressat, sondern die in der Unterlassung oder Ablehnung des VA liegende Rechtsverletzung des Klägers ist wesentlich. So hat denn auch die Rspr. vor allem des OVG Münster auf anderen Gebieten mit Recht keine Bedenken gezeigt, Verpflichtungsklagen stattzugeben, in denen die Verurteilung zum Erlaß eines VA begehrt wurde, der nicht an den Kläger zu richten war; gemeint sind die sog. Nachbarklagen im Bauordnungsrecht⁴⁸.

Soweit ist die Annahme einer Verpflichtungsklage davon abhängig, ob der Eigentümer einen Rechtsanspruch darauf hat, daß der beklagte Hoheitssträger die von ihm geschuldete Freimachung der Räume durch Erlaß eines an den Obdach-

⁴⁶ Vgl. zum Begriff der Durchführungshandlung Hans J. Wölff § 45 II a 2. In diese Richtung deutet wohl auch die Begründung des LVG Gelsenkirchen ZMR 1955, 185 f., wenn es die Freimachung von Räumen und die Auszahlung zurückzuerstattenden Geldes gleichsetzt; daß die Auszahlung von Geld durch ein Hoheitsorgan mangels „Regelung“ kein VA ist, ist allgemein anerkannt: vgl. Bachof JZ 1956, 342 f. (342); H. Siehoff, Diss. 116.

⁴⁷ In diesem Sinne anscheinend Ule, Vorbem. II vor § 42; OVG Lüneburg AS 8, 484 ff. (485); dazu kritisch Bachof MDR 1955, 570 f. (570); Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 21 a. E.

⁴⁸ Vgl. die Nachweise bei Gelzer NJW 1958, 325 ff.; ders. NJW 1959, 1905 ff.; Glaser-Dröschel 251 f.; Evers JuS 1962, 87 ff. (90). – Eine ähnliche Problematik taucht bei der Anfechtungsklage auf; auch dort hält man eine Anfechtung von gegen Dritte gerichtete VAen für möglich (vgl. BSG NJW 1961, 2230 f., 2231, mit Nachweisen).

losen gerichteten vollzugsfähigen VA herbeiführt. Diese Frage wird in Schrifttum und Rspr. gewöhnlich bejaht und findet ihren Ausdruck meist in der Formulierung, der Eigentümer habe einen durchsetzbaren Anspruch gegen die Behörde, daß sie „den Eingewiesenen zwangsweise entferne“⁴⁹.

Diese Ansicht verkennt ein Doppeltes. Einmal geht sie in tatsächlicher Hinsicht davon aus, die Ordnungsbehörde könne den Obdachlosen nur durch den Erlaß eines oder mehrerer vollziehbarer VAe zum Auszug bewegen: diese seien „selbstverständliche Voraussetzung“ für die Freimachung der Räume⁵⁰. Voraussetzung für die Freimachung der Räume ist indessen zunächst einmal der Nachweis einer anderen Unterbringungsmöglichkeit. Hier hat sich allerdings gegenüber den ersten Nachkriegsjahren ein gewisser Wandel vollzogen. Während seinerzeit die Räumung beschlagnahmter Wohnungen ausschließlich im Verfügungswege sichergestellt werden konnte, bedarf es heute allenfalls in der Regel des Erlasses von VAen gegen den eingewiesenen Obdachlosen⁵¹.

Sind die Ordnungsbehörde aber mehrere Möglichkeiten bei der Freimachung gegeben, so muß auch eine rechtliche Folgerung zweifelhaft erscheinen, die insbesondere die Rspr. gezogen hatte. Sie folgte aus der Anerkennung eines Freimachungsanspruches des Eigentümers, dieser Anspruch impliziere zugleich einen engeren Anspruch dahingehend, daß die Behörde die von ihr geschuldete Freimachung der Räume im Verfügungs- und Zwangswege herbeiführe⁵². Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Wäre sie zutreffend, so wäre der Eigentümer befugt, der Ordnungsbehörde vorzuschreiben, auf welche Weise und mit welchen Mitteln sie für die Freimachung der Räume sorgen müsse. Die Anerkennung eines solchen gerichtlich durchsetzbaren Anspruchs würde aber die Verwaltung gegenüber einer Zivilperson in unvertretbarer Weise binden und beschränken und zugleich der Verwaltungsrpr. einen ungerechtfertigten Einfluß auf die konkrete Gestaltungsfreiheit der aktiven Verwaltung einräumen. Aus diesem Grunde wird man hier sorgfältig unterscheiden müssen zwischen der unausweichlichen Verpflichtung der Ordnungsbehörde zur Freimachung der Räume und dem mit dieser Verpflichtung korrespondierenden Anspruch des Eigentümers einerseits und andererseits der Freiheit der Behörde hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung dieser Verpflichtung. Die unausweichliche Verpflichtung der Ordnungsbehörde gegenüber dem Eigentümer beschränkt sich allein darauf, daß sie den Erfolg der Freimachung erwirke, nicht darauf, daß sie diesen Erfolg mit dem Mittel des VA herbeiführe. Aus der Tatsache, daß die Behörde ohne Ermessens-

spielraum zur Freimachung der Räume verpflichtet ist, darf daher nicht geschlossen werden, daß sie in jedem Fall, in dem sie diesen Erfolg schuldet, ebenso unausweichlich auf die Anwendung eines ganz bestimmten Mittels festgelegt wäre⁵³. Die Freiheit der Ordnungsbehörde bei der Wahl ihrer Mittel wird zwar begrenzt durch die Freimachungspflicht als solche, die die Behörde „im Innenverhältnis“ nötigen kann, mittels VAen gegen den Drittbesitzer vorzugehen, sofern die Erfüllung ihrer Verpflichtung gegenüber dem Eigentümer allein im Wege einer zwangsandrohenden bzw. -anwendenden Umquartierung gewährleistet werden kann. Die Berechtigung zu einem solchen Vorgehen gegen den Drittbesitzer ist seit den Untersuchungen *Bachofs* anerkannt⁵⁴. Gleichwohl stellt sich diese gegenüber dem Eigentümer nur als eine imperfekte Verpflichtung der Behörde dar.

Unter diesen Umständen kann das Freimachungsbegehren nicht als Verpflichtungsklage beurteilt werden. Eine Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO liegt nur dort vor, wo der Kläger einen Anspruch auf Herbeiführung eines Leistungserfolges hat, der – wie es ja auch der Regelfall ist⁵⁵ – allein in Form eines VA erbracht werden kann, ist also nur in denjenigen Fällen gegeben, in denen der Anspruch auf einen bestimmten Leistungserfolg gleichsam identisch ist mit einem solchen auf Erlaß eines VA als des einzig in Frage kommenden Leistungsmittels. Da diese Erfordernisse hier aber nicht vorliegen, kann das Freimachungsbegehren eines Eigentümers nach Wegfall der Inanspruchn. nur als eine (ein Vorverfahren nicht voraussetzende) Leistungsklage angesehen werden.

III. Das Freimachungsbegehren vor Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung

Solange die Inanspruchn. rechtswirksam ist, ist die Ordnungsbehörde dem Eigentümer gegenüber nicht verpflichtet, die in Anspruch genommenen Räume freizumachen. Eine solche Verpflichtung entsteht erst mit Wegfall der Verfügung und der hieraus resultierenden Divergenz zwischen Sach- und Rechtslage. Ein Freimachungsbegehren könnte daher während eines schwebenden Anfechtungsverfahrens, bevor ein Aufhebungsurteil erwirkt ist, nicht mit Aussicht auf Erfolg bei Gericht geltend gemacht werden.

§ 113 VwGO⁵⁶ eröffnet dem Eigentümer jedoch die Möglichkeit, zugleich mit der Erhebung der Anfechtungsklage gegen die Inanspruchn., d. h. noch während der Rechtswirksamkeit dieser Verfügung, die Verurteilung des Beklagten zur Freimachung der Räume zu beantragen. Für den Fall des Obsiegens des Klägers kann

⁴⁹ Vgl. etwa *Dréws-Wacke* 261; *Roquette*, WBG, § 31 Anm. 6; *Kiefersauer-Glaser*, Rdn. 67 Einl. WBG; nachdrücklich auch *H. Siehoff*, Diss. 122 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁰ So *Bachof* 133; LVG Münster MDR 1956, 509 f. (510); *Siehoff*, a. a. O., 119.

⁵¹ So gelingt es den Ordnungsbehörden in der Praxis des öfteren, daß die Grundstücksbehörde der Gemeinde mit dem Obdachlosen ein befristetes Mietverhältnis über eine sog. Einfachstwohnung in einem gemeindeeigenen Hause vereinbart. Zu ähnlichen, von vornherein befristeten Abreden sind auch Privateigentümer gelegentlich bereit.

⁵² Vgl. LVG Münster, a. a. O.; *H. Siehoff*, a. a. O., 122 mit Rspr.-nachweisen; kritisch *Scheuner* DÖV 1955, 545 ff. (549).

⁵³ So aber anscheinend *H. Siehoff*, a. a. O., 123 f. Auch der Gesichtspunkt, daß der Eigentümer nach der h. M. „unverzügliche“ Freimachung der Räume verlangen könne (vgl. etwa OVG Hamburg MDR 1949, 506 f., 507), rechtfertigt nicht den Schluß, daß der Eigentümer „daher“ einen Anspruch auf Erlaß eines VA gegen den Eingewiesenen habe.

⁵⁴ S. 133 ff.; seine Argumente wiederholend: *Eyermann-Frähler* § 42 Rdn. 18; *H. Siehoff*, a. a. O., 120.

⁵⁵ Etwa wenn ein Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung, einer Erlaubnis o. ä. besteht.

⁵⁶ Vorher: §§ 75 III MRVO, 79 III und V VGG.

dann bereits im Aufhebungsurteil die Freimachungsverpflichtung ausgesprochen werden. Diese Verfahrensmöglichkeit ist in doppelter Hinsicht bedeutsam. Einmal enthebt sie den Eigentümer einer erneuten Klage; zum andern wird die Verpflichtung zur Freimachung ausgesprochen, bevor das Aufhebungsurteil formell rechtskräftig ist und die Divergenz zwischen Sach- und Rechtslage, die Voraussetzung der Freimachungspflicht ist, verbindlich unter den Beteiligten feststeht⁵⁷.

Zweifelhaft dürfte nach der neuen VwGO lediglich sein, ob sich die Befugnis des Gerichts, im Nebenausspruch des Aufhebungsurteils zur Freimachung zu verurteilen, aus Abs. I S. 2 oder aus Abs. III des § 113 VwGO ergibt: denn die Freimachung der Räume ist sowohl „Rückgängigmachung von Vollzugsfolgen“ als auch die „Erbringung einer Leistung“. Worin der maßgebliche Unterschied zwischen jenen beiden Absätzen des § 113 VwGO liegt, gibt der Gesetzestext nicht klar zu erkennen. Auch das Schrifttum ist wenig ergiebig; lediglich *Klinger* und *Eyermann-Fröhler* bemühen sich um eine (vorwiegend materiellrechtlich orientierte) Differenzierung⁵⁸. Eine brauchbare Abgrenzung gewährleistet indessen allein das formale Kriterium, ob der Nebenausspruch im konkreten Fall ein auf Leistungsklage ergehendes Urteil (dann Abs. III) oder ein Verpflichtungsurteil (dann Abs. I S. 2) ersetzen würde. Die Richtigkeit dieser Abgrenzung erhellt aus der Vorschrift des § 172 VwGO, die bezeichnenderweise Abs. I S. 2 dem Abs. IV des § 113 VwGO gleichstellt, und wird im übrigen durch die Begründung der Regierungsvorlage bestätigt⁵⁹.

Der Nebenausspruch ergibt sich somit im vorliegenden Falle aus § 113 III VwGO⁶⁰.

§ 11 Die Vollstreckbarkeit des einer Freimachungsklage stattgebenden Urteils

Abschließend sei die Frage erörtert, ob der Eigentümer das seiner Freimachungsklage stattgebende verwaltungsgerichtliche Urteil gegen den beklagten Hoheitsträger der Ordnungsbehörde vollstrecken lassen kann, falls diese die Umquartierung des eingewiesenen Obdachlosen hinauszögern sollte.

Die VwGO hat den vielfachen Rufen nach einer umfassenden positivrechtlichen Regelung der Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Urteile Rechnung getragen. Die vom Gesetzgeber getroffene Regelung geht von dem – allerdings nirgends ausgesprochenen – Ausgangspunkt aus, daß *alle* einer Vollstreckung fähigen verwaltungsgerichtlichen Urteile nach Maßgabe der Vorschriften der VwGO zu vollstrecken sind¹. Diese Vollstreckungsfähigkeit steht sowohl bei dem auf

⁵⁷ Ist dieser Nebenausspruch auch nicht vorläufig vollstreckbar, so verschafft das zusammengefaßte gerichtliche Verfahren dem Kläger gleichwohl zeitliche Vorteile.

⁵⁸ *Klinger* § 113 Anm. B 3 und 4; *Eyermann-Fröhler* § 113 Rdn. 38 und 58. – Unergiebig *Ule* § 113 Anm. I 2 und III; *Redeker-v. Oertzen* § 113 Rdn. 6.

⁵⁹ Amtliche Begründung zu § 114 E VwGO, Bundestagsdr. Nr. III/55.

⁶⁰ Daher unzutreffend VG Düsseldorf ZMR 1960, 318, wenn es sich auf § 113 I 2 VwGO stützt, um den Charakter der Freimachungsklage als einer Leistungsklage zu begründen.

¹ In diesem Sinne dürften zu verstehen sein: amtliche Begründung zu § 167, zit. bei

Leistungsklage ergangenen Urteil als auch bei dem im Anfechtungsverfahren erwirkten und im Urteilstenor enthaltenen Nebenausspruch nach § 113 III VwGO außer Zweifel; beide sind daher „verwaltungsgerichtliche Entscheidungen“ im Sinne des § 168 I VwGO.

Soweit die VwGO die Vollstreckung durch eigenständige Vorschriften regelt, greifen diese für die beiden hier zu entscheidenden Fälle nicht Platz. § 170 VwGO bezieht sich, wie auf Grund des Schrifttums unstreitig erscheint², allein auf die Vollstreckung von Geldforderungen gegen einen Hoheitsträger, und in § 172 VwGO ist die Vollstreckung von Leistungsurteilen, die nicht auf Geldleistungen gerichtet sind, allein für den Fall der Verpflichtungsklage und den Nebenausspruch aus § 113 I 2 VwGO – nicht dagegen für den Fall des Urteils auf Grund einer Leistungsklage und für den Nebenausspruch aus § 113 III VwGO – geregelt. Die Vollstreckung in den beiden letzteren Fällen hat daher gemäß § 167 I VwGO an Hand der einschlägigen Vorschriften der ZPO zu erfolgen.

Die Vorschriften der §§ 885, 886 ZPO regeln die Vollstreckung aus Entscheidungen, die zur Herausgabe von Wohnraum o. ä. verurteilen und scheinen daher am ehesten in Betracht zu kommen³; § 885 ZPO setzt unmittelbaren Besitz des Vollstreckungsschuldners an den betreffenden Räumen voraus und wäre nur anwendbar, wenn man (mit der hier abgelehnten Ansicht) den Träger der Ordnungsbehörde auch nach Wegfall der Inanspruchn. noch als Besitzer der Räume ansähe und dessen Besitz dem verurteilten Hoheitsträger zuordnen könnte⁴; § 886 ZPO würde eingreifen, wenn sich der Vollstreckungsschuldner nicht im Besitz der Räume befände. – Eine Heranziehung der §§ 885, 886 ZPO würde aber verkennen, daß diese Vorschriften stillschweigend von der für das Privatrecht kennzeichnenden *Vertretbarkeit* des Herausgabeaktes ausgehen. Die Herausgabe der Räume durch anderweitige Unterbringung des eingewiesenen Obdachlosen ist indessen eine unvertretbare von einem Dritten in rechtlich zulässiger Weise nicht vornehmbare hoheitliche Handlung, selbst wenn sie im konkreten Falle nicht obrigkeitlich durchgeführt zu werden braucht⁵. Wenn daher auch bei der Vollstreckung zivilgerichtlicher Titel anerkannt sein mag, daß die in §§ 885, 886 ZPO geregelte Erwirkung der „Herausgabe unbeweglicher Sachen“ eine erschöpfende Sonderregelung gegenüber der Erwirkung von „Handlungen und Unterlassungen“ in §§ 887, 888 ZPO darstellt⁶, so kann das nicht für die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher „Herausgabeurteile“ gelten. Vielmehr ist in diesen Fällen nur die

Koehler § 167 Anm. I 3; *Ule* § 167 Anm. I; *Klinger* § 167 Anm. A 1. Klar insoweit der seinerzeitige Entwurf von *Bachof*, §§ a II und f., zit. bei *Bachof* 169 ff. (170).

² Vgl. *Ule*, Übersicht zu § 170; *Klinger* § 170 Anm. B 1.

³ Auch wenn der Tenor des stattgebenden Urteils nicht auf „Herausgabe“, sondern auf Herausnahme, Freimachung oder Umquartierung lauten sollte.

⁴ In diesem Falle wäre die Vollstreckung gemäß § 885 ZPO nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vollstreckungsschuldner, der Hoheitsträger, Besitzer der Räume wäre und sich der unmittelbare Zwang gegen einen Besitzdiener des Schuldners richten müßte; vgl. *Stein-Jonas* § 885 Anm. 1.

⁵ Vgl. o. S. 79; ferner *Rupp* AöR 85, 301 ff. (336).

⁶ Vgl. *Stein-Jonas* § 887 Anm. II 1; *Rosenberg* § 208 I 1.

Bestimmung über die Vollstreckung unvertretbarer Handlungen anwendbar (§ 888 ZPO). Sowohl das auf Leistungsklage des Eigentümers ergangene Urteil als auch der im Anfechtungsverfahren erwirkte Nebenausspruch aus § 113 III VwGO sind daher nur im Wege der Androhung und Festsetzung eines Zwangsgeldes vollstreckbar.

Zweifelhaft könnte sein, ob das der Klage des Eigentümers stattgebende Freimachungsurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist. Bei Entscheidung dieser Frage wird man zwei Überlegungen auseinanderhalten müssen, die im Schrifttum, soweit es sich überhaupt mit Fragen der vorläufigen Vollstreckbarkeit befaßt, nicht deutlich voneinander geschieden werden. Einmal ist die Frage zu klären, ob das Urteil, das einer Freimachungsklage stattgibt, überhaupt zu den Urteilen zu rechnen ist, die der vorläufigen Vollstreckbarkeit unterliegen. Nur wenn diese Frage zu bejahen ist, erhebt sich die weitere Frage, ob ein Freimachungsurteil streng nach Maßgabe des 8. Buches der ZPO von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist oder ob Abgabe bzw. Inhalt dieser Erklärung dem Ermessen des Verwaltungsgerichts anheimgegeben ist. – Was die erste Frage betrifft, so wird bisweilen aus der Fassung des § 167 II VwGO durch Umkehrschluß gefolgert, daß Leistungsurteile schlechthin der vorläufigen Vollstreckbarkeit fähig sind⁷. Diese pauschale Folgerung befriedigt nicht, weil sie bei Leistungsurteilen nicht nach dem Inhalt der Leistung und nach den zu ihrer Erbringung erforderlichen Maßnahmen differenziert. Leistungsurteile können nicht ausnahmslos für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Das ergibt sich aus dem Grundgedanken des § 167 II VwGO. Soweit diese Bestimmung Verpflichtungsurteile von der vorläufigen Vollstreckbarkeit ausschließt, beruht sie auf der Erwägung des Gesetzgebers, daß es dem Wesen der Verwaltung zuwiderlaufe, zu hoheitlich-regelnder, vielfach bedingungsfeindlicher Tätigkeit durch ein Urteil angehalten zu werden, dessen Bestand bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft in Frage gestellt ist⁸. Nimmt man es ernst mit dieser Motivation des Gesetzgebers, wird man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Bedenken des Gesetzgebers gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit von Verpflichtungsurteilen auch für solche Urteile zutreffen, die auf Grund einer Leistungsklage ergangen sind. Insbesondere gilt sie für solche Leistungsurteile, in denen – wie im Falle des Urteils auf Freimachungsklage – die durch Urteil dem Beklagten auferlegte Leistung in der Regel obrigkeitliche Maßnahmen gegenüber einem Dritten erfordert. In diesen besonderen Fällen von Leistungsurteilen erscheint es daher im Hinblick auf den Grundgedanken des § 167 II VwGO gerechtfertigt, eine über den Wortlaut dieser Vorschrift hinausgehende Auslegung zu befürworten und die vorläufige Vollstreckbarkeit derartiger Leistungsurteile zu verneinen. Ein auf Freimachungsklage ergangenes Urteil und selbstverständlich ebenso der Nebenausspruch aus § 113 III VwGO sollten daher nicht für vorläufig

⁷ So wohl – ohne Begründung – Ule § 167 Anm. IV; Geiger MDR 1960, 884 ff. (887); anscheinend auch Schunck-de Clerck § 167 Anm. 2 f aa; offenlassend Rupp AöR 85, 301 ff. (330).

⁸ Vgl. Eyermann-Fröhler § 167 Rdn. 20; Ule a. a. O.; Rupp a. a. O.

vollstreckbar erklärt werden. Das aber hat zur Folge, daß der oben erwähnten zweiten Frage⁹ in diesem Zusammenhang überhaupt keine Bedeutung zukommt. – Das einer Freimachungsklage stattgebende Urteil ist nach alledem grundsätzlich erst nach Eintritt seiner formellen Rechtskraft vollstreckbar. Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist die Zustellung einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung einschließlich der sog. Vollstreckungsklausel an den Schuldner¹⁰.

Nachdem nunmehr die Vollstreckbarkeit von Urteilen, die einer Freimachungsklage stattgeben, durch die VwGO gewährleistet ist, wird auch die gelegentlich vertretene Ansicht nicht mehr aufrechterhalten werden können, nach der das Rechtsschutzbedürfnis für eine Freimachungsklage entfalle, wenn die Behörde ihre Freimachungsverpflichtung durch eine ausdrückliche Erklärung verbindlich anerkannt habe¹¹.

⁹ Diese Frage ist besonders umstritten. Das BVerwG NJW 1961, 91 stellt das Ob und das Wie der vorläufigen Vollstreckbarkeitsklärung dem Ermessen des Gerichts anheim; dagegen wollen Tietgen DVBl. 1960, 767 ff. (768) und Noack NJW 1961, 448 f. (448) mit Recht das Gericht starr an die in Bezug genommene ZPO binden (anscheinend auch Rupp a. a. O. 327, der lediglich die Bestimmungen der ZPO über die Sicherheitsleistung für unanwendbar hält). Wäre das stattgebende Freimachungsurteil ein der vorläufigen Vollstreckung fähiges Urteil, so wäre es – nach der im Schrifttum vertretenen Auffassung – ohne Ermessensspielraum des Gerichts gemäß § 709 Ziff. 4 ZPO von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären, da der Streitwert in der Regel unter 500 DM liegt; die „Vermögensrechtlichkeit“ des Freimachungsanspruchs (vgl. zu diesem Begriff Stein-Jonas § 709 Anm. II 2; § 1 Anm. II 1) dürfte außer Zweifel stehen.

¹⁰ § 167 I VwGO in Verb. m. §§ 795, 724/5, 750 ZPO. Auch die Vollstreckungsklausel ist erforderlich; der Grund für den gelegentlichen Verzicht auf sie (vgl. Ule, Anm. zu § 171) trifft auf den hier zu erörternden Fall nicht zu.

¹¹ Man stellte seinerzeit darauf ab, die verbindliche Anerkennung der Freimachungspflicht biete dem Eigentümer genausoviel wie ein (nicht vollstreckbares) Urteil gegen den Hoheitsträger der Behörde; so etwa damals LVG Schleswig MDR 1955, 569 f.; Loppuch NJW 1953, 9 ff. (11); wohl auch K. Schlusnus, Diss. 79 f.

Die Privatinanspruchnahme als Wiedereinweisung

§ 12 Das Verhältnis zwischen Räumungsurteil und Wiedereinweisung

I. Allgemeines

Wie bereits in anderem Zusammenhang angedeutet, sieht sich die Ordnungsbehörde in den meisten Fällen der Privatinanspruchnahme genötigt, den von Obdachlosigkeit Betroffenen oder Bedrohten in die von ihm bislang benutzten Räume wiedereinzuweisen. Wenn auch immer wieder betont worden ist, daß die Wiedereinweisung bei Unterbringungsschwierigkeiten nur als letzter Ausweg der Ordnungsbehörde in Frage komme, so ist doch in den vergangenen Jahrzehnten nicht die Ansicht vertreten worden, daß die Wiedereinweisung schlechthin rechtswidrig und deshalb generell als unzulässig anzusehen sei. Neuerdings enthält die positive Rechtsordnung selbst – in der bundesrechtlichen Vorschrift des § 31 III WBG – einen indirekten¹ Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber die Wiedereinweisung nicht für grundsätzlich unerlaubt ansieht. Auch der Entwurf des bayOUG schließt die Wiedereingliederung nicht generell aus². Gleichwohl erscheint es angesichts der äußerlichen Widersprüchlichkeit zwischen dem zivilgerichtlichen Räumungsurteil einerseits und der ordnungsbehördlichen Wiedereinweisung andererseits durchaus gerechtfertigt, das Verhältnis zwischen beiden Hoheitsakten einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

II. Begriffliche Erörterungen

Vorab bedarf es noch einiger Klarstellungen: einmal bezüglich des Inhalts des Räumungsurteils, zum anderen hinsichtlich der Urteilswirkungen der Rechtskraft, der Gestaltungs-, Tatbestands- und Feststellungswirkung.

a) Jedes stattgebende Räumungsurteil ist einmal **Gestaltungsurteil**, indem es die mietrechtliche Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen den Parteien aufhebt³, zum andern **Leistungsurteil**, indem es den Beklagten zur Räumung und Herausgabe der Mietwohnung verpflichtet.

In diesem Zusammenhang interessiert vor allem der Inhalt des Räumungsurteils als Leistungsurteils. Bedeutung und Inhalt des zivilgerichtlichen Leistungsurteils sind von jeher umstritten gewesen. Einig ist man sich heute allerdings darüber, daß dieses Urteils stets die **Feststellung** enthält, daß der Beklagte dem Kläger

¹ „Indirekt“, weil § 31 WBG keine ordnungsrechtliche Vorschrift ist, was aus ihrer Stellung, im übrigen aber auch aus der Unzuständigkeit des Bundesgesetzgebers folgt.

² Vgl. Art. 1 I 2 E bayOUG, allerdings Wiedereinweisungen nur nach Urteilen aus § 3 MSchG zulassend.

³ § 5 a IV MSchG steht nicht entgegen, da er vorübergehend ein *neues* Mietverhältnis kraft Gesetzes begründet.

gegenüber nach *privatem* Recht zur Erbringung der betreffenden Leistung verpflichtet ist. Zweifelhaft ist, ob das zivilgerichtliche Leistungsurteil außerdem einen *hoheitlichen Befehl* an den Beklagten zur Erbringung der Leistung enthält.

Diese Streitfrage ist jüngst von *Bettermann* wieder aufgegriffen worden mit der Bemerkung, daß „die Auffassung des Leistungsurteils als Befehl in der Prozeßrechtswissenschaft seit bald 50 Jahren überwunden“ sei⁴. Wie eine Durchsicht des zivilprozessualen Schrifttums ergibt, ist diese Behauptung jedoch unzutreffend⁵.

Allerdings vermögen die angeblich positivrechtlichen Hinweise in §§ 692 ZPO, 283 BGB die Annahme eines im Leistungsurteil enthaltenen hoheitlichen Leistungsbefehls nicht zu rechtfertigen⁶. Auch die Ansicht, die darauf abstellt, daß die Vollstreckungsfähigkeit eines Leistungsurteils allein auf die Nichtbefolgung eines Leistungsbefehls zurückgeführt werden könne⁷, überzeugt nicht. Sie scheidet schon daran, daß die ZPO auch Anordnungen und Erklärungen für vollstreckbar erklärt, die offensichtlich keinen hoheitlichen Leistungsbefehl enthalten (vgl. § 794 Ziff. 4, 5 ZPO). Außerdem kann die Vollstreckbarkeit eines Leistungsurteils nicht nur als Ungehorsamsfolge gegenüber einem hoheitlichen Leistungsbefehl erklärt werden, sondern ließe sich ebenso sinnvoll als Folge der Nichterfüllung des festgestellten privatrechtlichen Anspruchs des Klägers begründen.

Die Befehlsnatur des Leistungsurteils dürfte sich aus folgender Erwägung ergeben. Wenn zwei streitende Parteien einen unbeteiligten Dritten um Schlichtung ihres Zwistes bitten, ist sehr wohl denkbar, daß einmal die Parteien selbst nur eine Feststellung der Rechtslage erwarten und daß zum andern auch der Dritte selbst kein Interesse daran hat, befehlend darauf hinzuwirken, daß sich die Parteien entsprechend der von ihm festgestellten Rechtslage verhalten. Der Staat ist hingegen mit einem solchen unbeteiligten Dritten nicht zu vergleichen: er stellt seine Gerichtsorganisation zur Rechtssuchung und -verwirklichung zur Verfügung und hat um der Gerechtigkeit und Ordnung willen selbst ein eminentes Interesse daran, daß sich die Parteien spruchgemäß verhalten (im Falle des Leistungsurteils beispielsweise die festgestellte Leistung erbringen). Solches Eigeninteresse des Staates findet seinen natürlichsten Niederschlag in der Annahme, daß der Staat dort, wo seine Gerichte den Beklagten zu einer Leistung verurteilen, auch selbst dem Beklagten durch das Urteil gebietet, den festgestellten privatrechtlichen Anspruch des Klägers zu erfüllen. Nur die Annahme eines solchen hoheitlichen Leistungs-

⁴ MDR 1950, 265 ff. (270); ders., *Vollstreckung*, 31 f.

⁵ Vgl. – meist ohne Begründung – *Stein-Jonas*, Vorbem. II 1 vor § 253; *Rosenberg* § 85 I 1; *Baumbach*, Gr. 2 A vor § 253; für das verwaltungsgerichtliche Leistungsurteil (Verpflichtungsurteil) vgl. *Bachof* 55; *Eyermann-Fröhler* § 42 Rdn. 4; *K. H. Platz*, Diss. 35; *Hauseisen* DOV 1961, 121 ff. (128). – Anderer Auffassung *Kisch* 23 ff.; *Goldschmidt* 46 f.

⁶ Gegen § 692 ZPO (so *Rosenberg*, a. a. O.) spricht, daß das Leistungsurteil nur mit dem Vollstreckungsbefehl, dem das Gesetz keinen Befehlsinhalt zuspricht, vergleichbar ist; § 283 BGB (so *Hellwig* 39 f.) überzeugt nicht, weil die Ersatzpflicht auch mit der Nichterfüllung des festgestellten privatrechtlichen Anspruchs begründet werden kann.

⁷ So etwa *Wach*, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts I, 1885, Leipzig, 12; vgl. aus neuerer Zeit OVG Münster Sverw.; 1950, 373.

befehls an den Beklagten vermag den imperativischen Gehalt des Urteilstenors verständlich zu machen und eine deutliche Abgrenzung des Leistungsurteils vom bloßen Feststellungsurteil zu gewährleisten.

Das übliche Räumungsurteil enthält daher die Aufhebung des Mietverhältnisses, die Feststellung des privatrechtlichen Räumungs- und Herausgabeanspruchs des Klägers und den hoheitlichen Befehl an den Beklagten, diesen Anspruch zu erfüllen. – Daraus folgt, daß die Vollstreckbarkeit des Räumungsurteils nicht schon immanent dem Urteilsinhalt zugehörig ist, sondern dem Urteil lediglich sozusagen von außen durch das positive Recht beigelegt wird⁸. Die Erschwerung der Vollstreckung eines Leistungsurteils ist daher keine Mißachtung des Urteils selbst.

b) Unter der materiellen **R e c h t s k r a f t**, die im allgemeinen nur Leistungs- und Feststellungsurteilen zugesprochen wird, versteht man die Eigenschaft eines Urteils, daß an die im Urteil mit Wirkung für die Parteien getroffene Feststellung über Bestehen oder Nichtbestehen der begehrten Rechtsfolge alle Hoheitsorgane, bei denen derselbe Streitgegenstand zwischen denselben Parteien später zur Entscheidung anstehen sollte, dergestalt gebunden sind, daß sie über ihn nicht anderweitig entscheiden können⁹.

Unter der **G e s t a l t u n g s w i r k u n g**, die nach der Prozeßrechtslehre allein Gestaltungsurteilen eignet, versteht man die nicht nur zwischen den Parteien, sondern für und gegen jedermann jetzt und in Zukunft wirkende, unmittelbar rechtsbegründende oder -aufhebende konstitutive Wirkung des Urteilspruchs¹⁰.

T a t b e s t a n d s w i r k u n g spricht das *zivilprozeßrechtliche* Schrifttum bestimmten Urteilen im Falle einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu. Es versteht darunter die Wirkung, die die bloße Existenz des Urteils, die Tatsache seines Ergehens, für die Entstehung einer vom Gesetz ausdrücklich ausgesprochenen materiellen Rechtsfolge darstellt¹¹.

Nicht einheitlich verwendet das *verwaltungsrechtliche* Schrifttum den Begriff der Tatbestandswirkung. Ein Teil versteht darunter die Maßgeblichkeit eines Urteils oder anderen Hoheitsaktes, die sich darin äußert, daß jedes Hoheitsorgan dort, wo ein Gesetz jenen Akt ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal einer von einem anderen Organ zu verwirklichenden Rechtsfolge macht, von Vorhandensein

⁸ Diese Trennung vom Inhalt und Vollstreckungsfähigkeit eines Leistungsurteils ist um so mehr gerechtfertigt, als die letztere nicht nur mit einem im Leistungsurteil enthaltenen hoheitlichen Leistungsbefehl erklärt werden kann.

⁹ Im einzelnen: Zur Beschränkung der Rechtskraft auf Leistungs- und Feststellungsurteile vgl. *Rosenberg* § 151 II 2, § 146 II 2; *Stein-Jonas* § 325 Anm. VI 3; *Dräger ZMR* 1961, 349 ff. (351). – Für Bindung aller Hoheitsorgane schon *Hellwig* 789; *Kuttner* 75 f., 138 f.; auch *Hatschek* 32; *Baur* 24 f. – Das zivilprozeßrechtliche Schrifttum identifiziert übrigens – im Gegensatz zum verwaltungsrechtlichen – den Begriff der Rechtskraft mit dem der Feststellungswirkung (vgl. etwa *Hellwig* 772 f.; *Kuttner* 63; *Rosenberg* § 146 I 2). – Im folgenden wird mit Feststellungswirkung stets der noch zu erläuternde Begriff des verwaltungsrechtlichen Schrifttums gemeint sein.

¹⁰ In diesem Sinne *Kuttner* 18 f.; *Bachof* ZJP 65, 1 ff. (27); *Rosenberg* § 151 II 2; *Klinger* § 107 Anm. C 2 und Anm. zu § 121. – Einschränkend *Jesch* 93 ff., 103.

¹¹ Vgl. *Rosenberg* § 146 II 3; *Stein-Jonas* § 322 Anm. II. – Beispiele: §§ 31 StGB, 57 I Ziff. 3 GewO, 717 II ZPO; weitere Beispiele bei *Jesch* 58 ff.

dieses Aktes auszugehen und bei der Verwirklichung der Rechtsfolge zugrunde zu legen hat¹².

Die h. M. im verwaltungsrechtlichen Schrifttum faßt den Begriff der Tatbestandswirkung offensichtlich weiter und spricht ganz allgemein – auch ohne daß der jeweilige Hoheitsakt ausdrücklich Tatbestandsmerkmal einer kraft Gesetzes eintretenden Rechtsfolge sein müßte – Hoheitsakten Tatbestandswirkung in dem Sinne zu, daß alle Organe anderer Hoheitsträger die Tatsache der Existenz dieses Aktes anzuerkennen haben¹³. Sie differenziert dabei im einzelnen weder nach Urheberschaft noch nach Art und Inhalt des jeweiligen Hoheitsaktes und erschwert es dadurch, diesen weit gefaßten Begriff der Tatbestandswirkung inhaltlich zu präzisieren oder konkrete Folgerungen aus ihm abzuleiten. So wird die in diesem Zusammenhang etwa interessierende Frage, ob Tatbestandswirkung lediglich rechtsgestaltenden oder auch rechtsfeststellenden oder sogar auch ge- und verbietenden Akten (z. B. Leistungsurteil, Verfügung) zukomme, im Schrifttum kaum behandelt¹⁴. Überwiegend scheint man wohl der Meinung zu sein, daß außer den Anknüpfungsfällen kraft Gesetzes lediglich noch den rechtsgestaltenden Hoheitsakten Tatbestandswirkung zuzuerkennen sei¹⁵; nur gelegentlich wird vermerkt, der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Hoheitsakten bezöge sich auch auf rechtsfeststellende sowie auf gebietende oder verbietende Hoheitsakte¹⁶. In der Tat bestehen für eine Annahme, daß den letzteren Hoheitsakten keine Tatbestandswirkung eigen sei, keine Anhaltspunkte. Die Tatsache ihres Erlasses kann für ein anderes als das erlassende Hoheitsorgan nicht minder relevant sein als die Tatsache des Ergehens eines Gestaltungsaktes. – Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Begriff der Tatbestandswirkung würde indessen den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Andererseits bedarf es, um eine gewisse terminologische Klar-

¹² Im folgenden sog. Tatbestandswirkung im engeren Sinne. Prozeßrechtslehre und diese engere verwaltungsrechtliche Ansicht stimmen darin überein, daß sie die Tatbestandswirkung auf die Fälle gesetzlicher Anknüpfung an das Bestehen eines Hoheitsaktes beschränken. Nur die jeweilige Perspektive ist eine andere: die Prozeßrechtslehre interessiert nur, daß überhaupt die Rechtsordnung gelegentlich an die bloße Existenz von Hoheitsakten (Urteilen) materiellrechtliche Folgen knüpft; die engere verwaltungsrechtliche Ansicht betont die Fernwirkung auf diejenigen Organe, die die durch Gesetz ausgesprochenen materiellrechtlichen Folgen derartiger Hoheitsakte in der Praxis zu verwirklichen haben (so etwa *Jesch*, a. a. O.).

¹³ Im folgenden sog. Tatbestandswirkung im weiteren Sinne. – So etwa *W. Jellinek* 17; *Hans J. Wolff* § 20 V a; *v. Turess* 53; *Forsthoff* 93.

¹⁴ Vgl. etwa die allgemein gehaltenen, nicht differenzierenden Formulierungen bei *W. Jellinek*, a. a. O.; *Giese* 15; *v. Turess*, a. a. O.; *Bender* 108.

¹⁵ So schon ausdrücklich *Giese-Cahn* 19; *Hatschek* 31; weitere Nachweise bei *Hauelsen* NJW 1953, 121 ff. (124); vgl. auch *Ule* § 121 Anm. IV; *Eyermann-Fröhler* § 40 Rdn. 27. Offensichtlich will diese Ansicht Tatbestandswirkung im engeren Sinne und Gestaltungswirkung zusammenfassen. – Kritisch *Jesch* 62 f. und (unter Berufung auf *Huber* 700) *Groetschel* DVBl. 1959, 413 ff. (415): beide Begriffe gäben inhaltlich verschiedene Wirkungen wieder. Auch die Prozeßrechtslehre hält Tatbestandswirkung und Gestaltungswirkung auseinander.

¹⁶ Für eine Einbeziehung rechtsfeststellender Hoheitsakte *Hauelsen*, a. a. O.; weitergehend auch für eine Einbeziehung ge- und verbietender Akte *Tiedau* MDR 1954, 267 ff. (267).

heit zu gewährleisten, einer Festlegung und Begrenzung des bei der anschließenden Erörterung heranzuziehenden Begriffs der Tatbestandswirkung. Im folgenden bleibt in Übereinstimmung mit dem prozeßrechtlichen und einem Teil des verwaltungsrechtlichen Schrifttums die Gestaltungswirkung aus dem Begriff der Tatbestandswirkung im weiteren Sinne ausgeklammert und allein den Gestaltungsakten vorbehalten; im übrigen wird die Trennung von Tatbestandswirkung im engeren und im weiteren Sinne aufrechterhalten und dabei die letztere sowohl rechtsfeststellenden als auch ge- bzw. verbietenden Hoheitsakten zuerkannt.

Unter der Feststellungswirkung versteht die Verwaltungsrechtswissenschaft die gelegentlich durch gesetzliche Bestimmungen ausdrücklich vorgeschriebene Maßgeblichkeit der einem Hoheitsakt zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Feststellungen dergestalt, daß ein anderes Hoheitsorgan bei der von ihm zu treffenden Entscheidung an diese Feststellungen zwingend gebunden ist¹⁷.

III. Die Wiedereinweisung unter dem Gesichtspunkt der Urteilswirkungen des Räumungsurteils und als Ausdruck eines Rangverhältnisses

Zu Beginn der Erörterung des Verhältnisses zwischen gerichtlichem Räumungsurteil und ordnungsbehördlicher Wiedereinweisung sei festgestellt, daß die Wiedereinweisung nicht den Grundsatz der gegenseitigen Unaufhebbarkeit von Hoheitsakten der Rspr. und der Verwaltung¹⁸ verletzt; die Wiedereinweisung beinhaltet keine förmliche Aufhebung des Räumungsurteils.

Wohl ist denkbar, daß sich das Verhältnis zwischen Räumungsurteil und Wiedereinweisung mit Hilfe der Rechtskraft, der Gestaltungs-, Tatbestands- oder Feststellungswirkung von Urteilen erfassen läßt. Dabei wird vor allem zu prüfen sein, ob die Wiedereinweisung diesen Urteilswirkungen Rechnung trägt oder ob sie vielleicht gegen die eine oder andere verstößt¹⁹.

Als nicht relevant erweisen sich bei dieser Prüfung die Urteilswirkungen der Rechtskraft, der Tatbestandswirkung im weiteren Sinne und der Feststellungswirkung. Die Rechtskraft des Räumungsurteils wird durch die Wiedereinweisung des Räumungsschuldners nicht angetastet, weil die Ordnungsbehörde bei dem Entschluß zur Wiedereinweisung über die vom Zivilgericht entschiedene Frage, ob im Verhältnis zwischen Eigentümer und Räumungsschuldner ein Mietaufhebungsgrund der §§ 2 ff. MSchG bestanden hat, weder verbindlich befinden will noch soll²⁰. Der Tatbestandswirkung im engeren Sinne und der Feststellungswirkung kann in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zukommen, weil eine Gesetzesvorschrift fehlt, die an die bloße Tatsache des Erlasses des Räumungsurteils mate-

¹⁷ Vgl. etwa Giese-Cahn 19; Hatschek 27, 31 f.; Hans J. Wolff § 20 V c; Forsthoff 93. Zum Begriff der Feststellungswirkung in der Prozeßrechtslehre vgl. o. S. 110 Fn. 9.

¹⁸ Zu diesem Grundsatz vgl. W. Jellinek 16; Hans J. Wolff § 20 IV a; v. Turegg 52 f.

¹⁹ Einen solchen Verstoß bejahend Hans J. Wolff § 20 V d, verneinend Forsthoff 92 (unter Berufung auf Naumann DVBl. 1950, 210 f., 211).

²⁰ Daher kein Verstoß gegen die an der Rechtskraft orientierte sog. Bindungswirkung (vgl. dazu Hans J. Wolff § 20 V b).

rielle Rechtsfolgen knüpft, welche die Ordnungsbehörde bei der Wiedereinweisung zu verwirklichen hätte, bzw. die die Behörde verpflichtet, gewisse vom Gericht getroffene Feststellungen ihrer Entscheidung über die Wiedereinweisung zugrunde zu legen.

Wohl knüpft die Wiedereinweisung an die Gestaltungswirkung des Räumungsurteils – soweit dieses ein Gestaltungsurteil ist – an. Auf Grund deren rechtsändernden, für und gegen jedermann verbindlichen Wirkung steht für die Ordnungsbehörde fest, daß das frühere Mietverhältnis aufgehoben und der derzeitige Benutzer der betreffenden Räume nicht mehr Mieter dieser Räume ist. Diese kraft der Gestaltungswirkung des Urteils eingetretene Rechtsänderung legt die Behörde ihrem Entschluß zur Wiedereinweisung zugrunde.

Es bliebe zu erörtern, ob die Ordnungsbehörde auch der Tatbestandswirkung (im weiteren Sinne) des Räumungsurteils – soweit dieses ein Leistungsurteil ist – Rechnung trägt²¹. Dann müßte die Behörde sowohl die Feststellung der privatrechtlichen Räumungsverpflichtung des früheren Mieters als auch den an diesen gerichteten hoheitlichen Befehl zur Erfüllung dieser Verpflichtung bei ihrer Entscheidung über die Wiedereinweisung als bestehend zugrunde legen. Das ist der Fall.

Das gilt zunächst für die im Urteil getroffene Feststellung, daß der Mieter nach Privatrecht zur Räumung der Wohnung verpflichtet ist. Diese Feststellung des Zivilgerichts wird von der wiedereinweisenden Ordnungsbehörde anerkannt und berücksichtigt; denn das künftige „Schicksal“ dieser Verpflichtung, d. h. ob der Räumungsschuldner sie erfüllt oder die Erfüllung angesichts seiner Wiedereinweisung hinauszögert, berührt die vom Gericht getroffene Feststellung, daß diese Verpflichtung besteht, in keiner Weise. Man kann sogar noch weitergehen: die wiedereinweisende Ordnungsbehörde erkennt nicht nur die gerichtliche Feststellung als solche an, sondern auch den Inhalt dieser Feststellung, das Bestehen der Räumungsverpflichtung, d. h. die Tatsache, daß der derzeitige Benutzer der Wohnung R ä u m u n g s s c h u l d n e r ist. Daß die Behörde seine Räumungsverpflichtung anerkennt und beachtet, wird durch den etwaigen Einwand, die Wiedereinweisung schiebe die zwangsweise Durchsetzung dieser Verpflichtung hinaus, nicht in Frage gestellt. Denn die Tatbestandswirkung eines in einem Hoheitsakt enthaltenen²² Gebotes oder Verbotes beschränkt sich auf die Anerkennung der Tatsache des Bestehens des jeweiligen Gebotes oder Verbotes, erstreckt sich jedoch nicht auf die über Existenz und Inhalt dieses Ge- oder Verbotes hinausgehende Wirkung der Vollstreckbarkeit des betreffenden Hoheitsaktes. Die die Vollstreckung des Räumungsurteils hemmende Wirkung der Wiedereinweisung kann daher nicht als Verstoß gegen die Tatbestandswirkung der festgestellten privatrechtlichen Räumungsverpflichtung angesehen werden.

²¹ Dabei wird, wie schon an anderer Stelle betont wurde, davon ausgegangen, daß auch Hoheitsakten, die ein Ge- oder Verbot enthalten, eine Tatbestandswirkung eigen ist.

²² Sei es, daß das Ge- bzw. Verbot ausgesprochen oder nur dessen Bestehen festgestellt wird.

Ähnliches gilt für den im Urteil enthaltenen Befehl an den Räumungsschuldner, seiner Verpflichtung nachzukommen. Dadurch, daß die Ordnungsbehörde den räumungspflichtigen früheren Mieter wiedereinweist, mißachtet und ignoriert sie den an diesen gerichteten Befehl als solchen nicht, sondern begegnet aus Gründen der öffentlichen Ordnung lediglich den Folgen, die dadurch drohen, daß der Eigentümer angesichts der Nichtbefolgung dieses Befehls die Zwangsvollstreckung seines titulierten Räumungsanspruchs hat einleiten lassen. Das kann jedoch nicht dahin verstanden werden, als erkenne die wiedereinweisende Behörde die Existenz des vom Gericht ausgesprochenen hoheitlichen Räumungsbefehls an den früheren Mieter nicht an²³.

Nach alledem kann die Gegensätzlichkeit zwischen Räumungsurteil und Wiedereinweisung nicht dahin erklärt werden, die Wiedereinweisung stelle eine Durchbrechung der Rechtskraft, der Gestaltungs-, Tatbestands- oder Feststellungswirkung dar.

Die äußere Gegensätzlichkeit zwischen Räumungsurteil und Wiedereinweisung hängt zunächst mit der staatlichen Funktionsteilung zusammen. Diese äußert sich darin, daß das Verhalten einer Zivilperson bzw. der Zustand ihrer Sachgüter von den verschiedenen Hoheitsorganen aus einer ganz bestimmten und begrenzten, allein für das zuständige Organ maßgeblichen Perspektive beurteilt wird. So bewertet beispielsweise das Prozeßgericht die Frage der Trennung von Vermieter und Mieter allein unter dem Gesichtspunkt des materiellen Mieterschutzes, das Vollstreckungsgericht unter dem Gesichtspunkt der sozialen Schutzbedürftigkeit des Räumungsschuldners und die Ordnungsbehörde unter dem Gesichtspunkt der Gefahr für die öffentliche Ordnung. Die jeweils andere Perspektive des jeweils zuständigen Organs führt regelmäßig zu einer Modifizierung der rechtlichen Situation, die die Zivilperson durch den Entscheid des zuvor zuständigen Organs erlangt hatte. Darin liegt aber noch keine „Beschneidung“ der allgemeinen Rechtsstellung dieser Zivilperson, d. h. des Inbegriffs all ihrer Berechtigungen und Verpflichtungen; denn diese ergibt sich erst unter Berücksichtigung der gesamten materiellen Rechtsordnung oder, mehr formal ausgedrückt, bei Berücksichtigung des Neben- und Miteinanders aller für die betreffende Zivilperson im einzelnen zuständigen Organe.

Daß nun die Ordnungsbehörde – die die Trennung der früheren Mietparteien unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr beurteilt – der durch eine zwangsweise Heraussetzung des Räumungsschuldners entstehenden Gefahr für die öffentliche Ordnung begegnen darf, ist eine eindeutige Folge des ordnungsrechtlichen Notstandsrechts. Freilich ist damit noch nicht die äußerliche Widersprüchlichkeit

²³ Daher kein Verstoß gegen die Tatbestandswirkung des Räumungsurteils. – Übrigens wird auch die Wiedereinweisung durch die Wohnungsbehörde nicht wegen Verstoßes gegen die Tatbestandswirkung des Räumungsurteils für unzulässig angesehen, sondern nur auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des § 33 WBG, die anerkanntermaßen nicht als Sanktion gegen eine Verletzung der Tatbestandswirkung von Räumungsurteilen verstanden wird.

erklärt, die darin liegt, daß die Ordnungsbehörde zur Beseitigung dieser Gefahr für die öffentliche Ordnung, die durch die Trennung der Parteien entstehen kann, vielfach gerade denjenigen heranzieht, dem das Prozeßgericht zuvor einen Anspruch auf diese Trennung zuerkannt hat. Es liegt daher die Frage nahe, ob nicht die Ordnungsbehörde in einer Notstandssituation dem Recht des Eigentümers grundsätzlich in der Weise Rechnung tragen müsse, daß sie einen anderen als den Eigentümer zur Vermeidung der Obdachlosigkeit des Räumungsschuldners in Anspruch nimmt. Anders ausgedrückt: schließt nicht der titulierte Räumungsanspruch des Eigentümers, falls er seinen Anspruch im Vollstreckungswege durchsetzen will, seine Inanspruchnahme unausweichlich aus?

Das ist eine Frage der Ranghöhe der betroffenen Rechtsgüter und der Wertigkeit der miteinander kollidierenden Interessen. *Dilcher* stellt in diesem Zusammenhang anscheinend darauf ab, ob im Falle eines Notstandes die sofortige Erfüllung des Räumungsanspruches oder die vorübergehende Hinausschiebung der zwangsweisen Durchsetzung dieses Anspruches die öffentliche Ordnung mehr gefährde. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die mit der sofortigen Erfüllung des Räumungsanspruches gewöhnlich verbundene Obdachlosigkeit in der Regel eine größere Störung bedeute als der Umstand, daß der Eigentümer erneut auf die Entfernung des Räumungsschuldners warten müsse; die Wiedereinweisung verhindere die größere Störung und gehe daher vor²⁴. Demgegenüber meint *Wacke*, ein weiteres Belassen des Räumungsschuldners in der früheren Mietwohnung widerspreche der durch Urteil gebotenen Trennung der Parteien und schaffe dadurch eine neue Gefahr für die öffentliche Ordnung²⁵.

Die aufgeworfene Frage kann weder uneingeschränkt bejaht noch verneint werden. Beide oben wiedergegebenen Ansichten bedürfen vielmehr der Differenzierung. Ob das Individualinteresse des Eigentümers an alsbaldiger Durchsetzung des ihm vom Gericht zuerkannten Räumungsanspruches gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Verhütung einer durch Obdachlosigkeit des Räumungsschuldners entstehenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung zurückzutreten hat, ist abhängig: einmal von der dem Eigentümer zugemuteten *Dauer* der Hinausschiebung der zwangsweisen Durchsetzung seines Räumungsanspruches, zum andern von den *Gründen* des durch Urteil festgestellten Anspruchs des Eigentümers; denn entgegen *Wacke* ist die Dringlichkeit der Trennung von Eigentümer und früherem Mieter unterschiedlich zu beurteilen: nicht jede auf einer Wiedereinweisung beruhende Hinausschiebung einer durch Räumungsurteil gebotenen Trennung der Parteien gefährdet die öffentliche Ordnung²⁶.

²⁴ *Dilcher* NJW 1955, 1623 ff. (1624).

²⁵ *Drews-Wacke* 262; *Wacke* ZMR 1954, 250 f. (251).

²⁶ So hat denn auch die Rspr. bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Wiedereinweisung mit Recht nach dem jeweiligen Mietaufhebungsgrund des vorher ergangenen Räumungsurteils differenziert: Wiedereinweisungen im Anschluß an Räumungsurteile aus § 3 MSchG hat sie meist zugelassen, im Anschluß an Räumungsurteile aus § 2 MSchG in der Regel abgelehnt, während sie in Fällen der §§ 4 und 22 MSchG unterschiedlich judiziert hat.

§ 13 Zeitpunkt und Verfahren der Wiedereinweisung

Wie die Fremdeinweisung eines Obdachlosen ist auch die Wiedereinweisung eines Räumungsschuldners in die bislang von ihm benutzten Räume ein Unterfall der ordnungsbehördlichen Privatanspruchnahme gemäß §§ 14, 19 OBG.

Was für die Rechtmäßigkeit der Privatanspruchnahme allgemein gilt – daß die Ordnungsbehörde nur bei Unmöglichkeit anderweitiger Unterbringung dazu befugt ist –, muß in besonderem Maße für den Fall, daß der in Anspruch genommene Eigentümer bereits ein Räumungsurteil gegen den Eingewiesenen erstritten hat, d. h. für den Fall der Wiedereinweisung gelten. Auf das einschlägige ordnungsrechtliche Schrifttum zu dieser Frage darf verwiesen werden. Lediglich in zeitlicher Hinsicht sei darauf hingewiesen, daß die Wiedereinweisung eines Räumungsschuldners erst nach Ausschöpfung des Vollstreckungsschutzes¹ und nach Festsetzung eines Räumungstermins erfolgen darf, weil vor diesem Zeitpunkt eine Obdachlosigkeit des Räumungsschuldners nicht zu befürchten steht.

In der ordnungsbehördlichen Praxis wird die Wiedereinweisung angeordnet: selten n a c h Abschluß der Zwangsäumung, d. h. nach Entfernung des gesamten Mobiliars des Räumungsschuldners aus den Räumen des Eigentümers; in der Regel kurze Zeit v o r Durchführung der vom Gerichtsvollzieher anberaumten Zwangsvollstreckung („vorzeitige Wiedereinweisung“); gelegentlich w ä h r e n d der Durchführung der Zwangsvollstreckung.

Es sei nachdrücklich hervorgehoben, daß der Wiedereinweisung vor der Zwangsäumung – gegenüber den anderen Praktiken der Ordnungsbehörden – ohne Zweifel der Vorzug zu geben ist. Nur die Wiedereinweisung vor Vollstreckungsbeginn vermeidet eine äußerlich sichtbare und daher der Staatsautorität in besonderem Maße abträgliche Kollision der beiden Hoheitsakte der Vollstreckung und der Wiedereinweisung und trägt dadurch, wie die amtliche Ausschlußbegründung zu § 31 WBG ergibt, dem erklärten Willen des Gesetzgebers Rechnung².

Was das ordnungsbehördliche Wiedereinweisungsverfahren betrifft, so ergeht in jedem Falle, ohne daß es auf den Zeitpunkt der Wiedereinweisung im Verhältnis zum Stand der Vollstreckungsmaßnahmen ankäme (nach, vor oder während der Zwangsäumung), eine Inanspruchn. an den Eigentümer. Dagegen ist eine Einweisungsverfügung an den Räumungsschuldner nicht bei jeder Wieder-

¹ §§ 765 a ZPO, 30, 31 WBG.

² Die amtliche Begründung des § 31 III WBG (abgedruckt bei *Hans* zu § 31) läßt den Schluß zu, daß dem Gesetzgeber bei der Wiedereinweisung grundsätzlich daran gelegen ist, daß eine äußerlich erkennbare Kollision von Vollstreckung und Wiedereinweisung vermieden werde. Dieser „Leitgedanke“ des Gesetzgebers hat in § 31 WBG allerdings nur eine unvollkommene Gestaltung erfahren: denn diese Vorschrift ist eine Kann-Vorschrift, auferlegt den beteiligten Hoheitsorganen somit nicht ausdrücklich bestimmte Verpflichtungen und trifft überdies nur für einen Teil der Wiedereinweisungsfälle eine Regelung (vgl. u. § 14). Gleichwohl sollte diesem Leitgedanken der Kollisionsvermeidung tunlichst dadurch Rechnung getragen werden, daß die Wiedereinweisung vorzeitig, d. h. vor Vollstreckungsbeginn erfolgt. Daß bereits kurze Zeit vor der Zwangsvollstreckung die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint, ist bereits in anderem Zusammenhang hervorgehoben worden.

einweisung erforderlich. Ob es im Einzelfall einer solchen Verfügung bedarf, hängt vom Stand der Zwangsvollstreckung ab und richtet sich danach, ob und inwieweit das Mobiliar des Räumungsschuldners im Zeitpunkt des Einschreitens der Ordnungsbehörde bereits aus der ehemaligen Mietwohnung entfernt ist und der Räumungsschuldner noch als Inhaber der tatsächlichen Gewalt angesehen werden kann. Erfolgt die Wiedereinweisung beispielsweise vor Beginn des Räumungstermins, bedarf es einer an den Räumungsschuldner gerichteten Einweisungsverfügung nicht; wird sie erst nach Abschluß der Zwangsvollstreckung ausgesprochen, so ist eine Einweisungsverfügung zweifellos erforderlich. Wenn sich somit auch je nach Lage des Einzelfalles entscheidet, ob eine Verfügung an den Räumungsschuldner ergehen muß, so kann gleichwohl nicht zweifelhaft sein, daß in jedem Falle der Wiedereinweisung eine sog. Zuweisung³ der bisherigen Mietwohnung an den in diesen Räumen noch wohnenden Schuldner erfolgt. Diese Zuweisung ist ein statusbegründender VA, durch den die Ordnungsbehörde ihm gegenüber verbindlich bekundet, daß sein Aufenthalt in den zugewiesenen Räumen nunmehr auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruht⁴.

Zu einer Komplizierung und Veruneinheitlichung des Wiedereinweisungsverfahrens hat die Vorschrift des § 31 III WBG geführt. Die sich auf Grund dieser Vorschrift für das V e r f a h r e n der Wiedereinweisung ergebenden Fragen werden im folgenden Paragraphen gesondert behandelt.

§ 14 Wiedereinweisungsverfahren und Mitteilungsverfahren gemäß § 31 III WBG

Vor ein besonderes Problem bei der Einleitung der Wiedereinweisung wird die Praxis durch die Vorschrift des § 31 III WBG gestellt. Schrifttum und Rspr. sind sich darin einig, daß die Vorschrift nicht „ausgewogen“ und dem Gesetzgeber offensichtlich „verunglückt“ ist¹. Um so mehr ist zu bedauern, daß der Gesetzgeber sie – entsprechend Art. II Ziff. 13 E AbbauG – unverändert in das neugefaßte WBG übernommen hat.

§ 31 III WBG wirft im Hinblick auf das Wiedereinweisungsverfahren zwei Fragenkomplexe auf, die im Schrifttum nicht genügend auseinandergelassen werden. Zunächst: ist die Ordnungsbehörde in den Fällen des § 31 III WBG, d. h. in den Fällen, in denen ein wegen Zahlungsverzuges² verurteilter Räumungsschuldner die Zwangsäumung zu erwarten hat, *verpflichtet*, im Falle der Unmöglichkeit einer Wiedereinweisung das in § 31 III WBG geregelte, im folgenden sog. Mitteilungsverfahren³ einzuhalten oder kann sie sich auf das ord-

³ So die übliche Formulierung in den Formular-Vordrucken.

⁴ Näheres bei *Hegel* ZMR 1962, 164 ff. (165); ungenau *Pentz* NJW 1954, 432.

¹ Die Formulierungen stammen von *Seibt* ZMR 1957, 38 ff. (40) und von *Pentz* NJW 1956, 173 f. (174).

² Eine entsprechende Anwendung auf andere Räumungsurteile kommt nicht in Betracht; vgl. im einzelnen u. S. 131 f.

³ Gemeint sind Erklärung an das Vollstreckungsgericht, Weiterleitung an Gläubiger und Schuldner bzw. Zulässigkeitsprüfungsverfahren usw. (§ 31 III 2–4 WBG).

nungrrechtliche Wiedereinweisungsverfahren beschränken? Das Schrifttum ist in dieser Frage wenig ergiebig⁴.

Diese Frage ist zu verneinen. Schon der Wortlaut des § 31 III 1 WBG spricht nachdrücklich gegen die Annahme einer derartigen Verpflichtung. Hätte der Gesetzgeber für Wiedereinweisungsfälle nach Zahlungsverzugsurteilen das Mitteilungsverfahren zwingend vorschreiben wollen, hätte er dem Abs. III S. 1 kaum eine konditionale Fassung gegeben. Aber selbst bloße Zweifel bei der Textauslegung müßten angesichts des Ausnahmecharakters der Vorschrift allein für eine einschränkende Auslegung – Verneinung einer behördlichen Verpflichtung – sprechen. Auch der erklärte Sinn dieser Vorschrift steht nicht entgegen. Die Erhaltung der Staatsautorität durch Vermeidung zweier kollidierender Hoheitsakte ist auch ohne das Mitteilungsverfahren des § 31 III WBG gewährleistet, wenn die Ordnungsbehörde, wie es sein sollte, mit der Wiedereinweisung nicht bis zum Beginn oder zur Beendigung der Zwangsräumung wartet.

Erst jetzt nach Kennzeichnung des § 31 III 1 WBG als einer Kannvorschrift ist die zweite Frage zu behandeln: hat die Ordnungsbehörde für den Fall, daß sie einen aus § 3 MSchG verurteilten Räumungsschuldner nach Maßgabe des § 31 WBG wiedereinweisen will, ordnungsrechtliches Wiedereinweisungsverfahren und Mitteilungsverfahren getrennt voneinander in die Wege zu leiten oder zu kombinieren, indem sie die ordnungsrechtliche Inanspruchnahme dem Eigentümer auf dem Umweg über das Vollstreckungsgericht (insoweit als Erklärung im Sinne des Abs. III S. 1) zustellt?

Das Schrifttum hat in dem Mitteilungsverfahren zunächst als selbstverständlich und ohne Begründung ein zusätzliches, lediglich die prozessuale Folge des Titelverbrauchs auslösendes Verfahren neben dem ordnungsrechtlichen Wiedereinweisungsverfahren gesehen⁵. Beschlagnahmewirkung und Entschädigungspflicht sind nach dieser Ansicht einzig vom Zugang der unmittelbar an den Eigentümer gerichteten Inanspruchnahme abhängig. Gewiß kann diese Ansicht gelegentlich vielleicht zu einem unerwünschten Ergebnis führen. So würde die Ordnungsbehörde erst vom Zugang der Ordnungsverfügung an gemäß § 42 OBG ersatzpflichtig sein, selbst wenn die von der Behörde dem Vollstreckungsgericht zugeleitete Erklärung zu jenem Zeitpunkt dem Eigentümer schon durch das Gericht zugestellt sein sollte und die Inanspruchnahmeabsicht der Ordnungsbehörde bereits offenkundig wäre. Eine Entschädigungspflicht unmittelbar aus § 42 OBG müßte man verneinen, wenn die Behörde keine Ordnungsverfügung erlasse, sondern nur eine Erklärung im Sinne des § 31 III 1 WBG abgäbe, und den Anspruch des Eigen-

⁴ Die h. M. scheint die Frage zu bejahen; vgl. etwa Pentz, a. a. O.; Büning ZMR 1960, 192. Die Frage wird dagegen verneint – allerdings ohne Begründung – von Fellner-Fischer § 31 Rdn. 11; Merkel ZMR 1954, 134 ff. (135), anscheinend auch von Rietdorf § 19 Anm. 10 c, und in der Rspr. vom OLG Bamberg DWW 1961, 374 ff. (374 a. E.).

⁵ Vgl. etwa Roquette, WBG, § 31 Anm. 6; Stein-Jonas, Anhang zu § 721 Anm. III 2; Breithaupt NJW 1953, 1001 ff. (1003); Merkel ZMR 1954, 134 ff. (135); Pohlmann ZMR 1954, 324 f.; Haarmann Kommunalienrecht 1954, 25 ff. (26) – im einzelnen unterschiedlich, ob die Ordnungsverfügung vor oder nach der Mitteilung ans Gericht ergehen soll.

tümers aus Nutzungsentgelt aus dem allgemeinen Entschädigungs- oder dem Amtshaftungsrecht herleiten⁶.

Indessen lassen sich diese Schwierigkeiten, wie sie durch zeitliche Abweichungen im Zugang der Inanspruchnahme einerseits und der Erklärung im Sinne des § 31 III 1 WBG andererseits entstehen können, nur schwerlich ausräumen. Die neuerdings vorgeschlagenen und vielfach gebilligten Lösungsversuche sind rechtlich nicht haltbar. So wollen einige Autoren zwar weiterhin Wiedereinweisungs- und Mitteilungsverfahren getrennt durchgeführt wissen, wollen jedoch für den Fall, daß die Inanspruchnahme unmittelbar an den Eigentümer unterbleibe, die vom Vollstreckungsgericht zugestellte Erklärung als Beschlagnahmeakt ansehen⁷ – ohne allerdings die Frage aufzuwerfen, ob dieser dem Gericht zugeleiteten Erklärung der Charakter einer Ordnungsverfügung gegenüber dem Eigentümer zugesprochen werden kann. Entschieden weiter geht das OVG Münster: es will dem § 31 III WBG entnehmen können, daß der Gesetzgeber mit der an das Vollstreckungsgericht zu leitenden und vom Gericht dem Eigentümer zuzustellenden Erklärung der Ordnungsbehörde überhaupt die Ordnungsverfügung gemeint habe, und befürwortet, den Eigentümer nur auf dem Wege über das Gericht in Anspruch zu nehmen. Soweit sich die Ordnungsbehörde sowohl auf dem Wege über das Gericht als auch unmittelbar an den Eigentümer wende, seien beide Verfügungen nach den Grundsätzen über „wiederholte Verwaltungsakte“ zu beurteilen⁸. Schließlich halten einige die Ordnungsbehörde, sofern sie dem § 31 III WBG Rechnung tragen wolle, für verpflichtet, die ordnungsrechtliche Inanspruchnahme gegenüber dem Eigentümer ausschließlich auf dem Wege über das Vollstreckungsgericht zu erklären^{9, 10}.

Diesen Ansichten kann nicht zugestimmt werden. Der Gesetzgeber hat weder die Erklärung im Sinne des § 31 III 1 WBG als Inanspruchnahme angesehen noch das Mitteilungsverfahren als ordnungsrechtliches Wiedereinweisungsverfahren verstanden wissen wollen. Der Gesetzgeber mißt der Erklärung des Abs. III S. 1 lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung im Zusammenhang mit dem Verbrauch des Räumungstitels nach Abs. III S. 3 bei. Allein aus diesem Grunde hat die Ordnungsbehörde dem Vollstreckungsgericht von der Inanspruchnahme Mitteilung zu machen und hat das Gericht diese Mitteilung dem Eigentümer und Räumungsschuldner zur Kenntnis zu bringen¹¹. Die Erklärung der Behörde, „daß sie die

⁶ Vgl. o. S. 44 Fn. 10. Ferner Bernhardt DJV 1957, 364 f. (365).

⁷ Weitnauer ZMR 1954, 193 ff. (198); Fellner-Fischer § 31 Rdn. 13; anscheinend auch AG Münster ZMR 1955, 278.

⁸ OVG Münster NJW 1955, 1652 f.; zustimmend: Hans § 31 Anm. 2 a; Drews-Wacke 263; v. Eyll-Kipar 68.

⁹ So etwa Pentz NJW 1956, 173 f. (174); Seibt ZMR 1957, 38 ff. (39).

¹⁰ Übrigens hat sich die Auffassung vom VA-Charakter der „Mitteilung“, wie sie die in Fn. 8 und 9 genannten Autoren und Entscheidungen vertreten, nicht, wie es zunächst schien, völlig durchgesetzt; vgl. neuerdings etwa Baumbach, Anhang zu § 776, § 31 WBG Anm. 4, und Roquette, Mietrecht, 491.

¹¹ Die Zustellung der Erklärung an den Eigentümer erscheint entgegen Pentz, a. a. O., verständlich, da an die Zustellung und an die Kenntnisnahme des Eigentümers die

bisherigen Räume für die vorläufige Unterbringung des Schuldners auf ihre Kosten in Anspruch nehme“, dient der Orientierung des Vollstreckungsgerichts, des Eigentümers und des Räumungsschuldners. Sie reicht zur Klarstellung der mit der Zustellung an den Eigentümer ausgelösten Folge – Verlust der Vollstreckungsmöglichkeit – zweifellos aus. Sie genügt aber den Anforderungen an eine gültige ordnungsrechtliche Inanspruchnahme in keiner Weise. Eine solche muß nach einhelliger Auffassung befristet sein¹²; eine als „vorläufig“ (Abs. III S. 1) gekennzeichnete Inanspruchnahme ist nicht bestimmt genug¹³. Im übrigen könnte die Erklärung im Sinne des Abs. III S. 3 nur dann als ordnungsrechtlicher Beschlagnahmeakt gewertet werden, wenn Adressat dieser Erklärung der in Anspruch zu nehmende Eigentümer wäre. Aus der beherrschenden Stellung, die Abs. III S. 2 und 4 dem Vollstreckungsgericht bei der Behandlung dieser Erklärung einräumt, kann jedoch nur der Schluß gezogen werden, daß Adressat dieser Erklärung allein das Gericht ist. Soweit das Vollstreckungsgericht die Erklärung an den Eigentümer weiterleitet, soll die Zustellung allein den Verbrauch des Titels bewirken und die Kenntnisnahme des Eigentümers vom Verlust seiner Vollstreckungsmöglichkeit gewährleisten.

Überhaupt: würde man die Erklärung des § 31 III 1 WBG als Inanspruchnahme ansehen, wäre die Stellung des Vollstreckungsgerichts inmitten der ordnungsrechtlichen Beziehung zwischen Ordnungsbehörde und Eigentümer wenig verständlich und systemwidrig. Sie ließe sich allenfalls erklären, wenn, wie anscheinend einige meinen¹⁴, dem Vollstreckungsgericht lediglich eine Botenfunktion zwischen Ordnungsbehörde und Eigentümer eigen sei. Eine solche Meinung würde jedoch dem Abs. III S. 4 nicht genügend Rechnung tragen: nach dieser Vorschrift hat das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen die Räumung für zulässig zu erklären und, wie einhellig angenommen wird¹⁵, in einem solchen Falle von einer Weiter-

wichtige Folge des Abs. III S. 3 geknüpft ist und diese Kenntnisnahme durch förmliche Benachrichtigung sichergestellt werden sollte.

¹² Vgl. o. S. 74 Fn. 2.

¹³ Um der Erklärung des Abs. III S. 1 Verfügungscharakter beizulegen, sieht sich das OVG Münster, a. a. O., dann auch zu der nicht belegten Behauptung genötigt, in § 31 III 1 WBG werde „offenbar nicht der Wortlaut der abzugebenden Erklärung festgelegt, sondern nur ihr Inhalt umrissen“.

Dieser Hinweis, daß dem Gesetzestext keine Bedeutung für Inhalt und Umfang der Erklärung zukomme, ist um so weniger befriedigend, als sich das OVG Münster andererseits gerade wieder auf den Wortlaut von S. 1 beruft, wenn es aus dem Praesens „in Anspruch nehme“ folgert, daß Erklärung und Inanspruchnahme identisch seien. Dabei läßt das OVG Münster auch vorzeitige Ordnungsverfügungen vor Ergehen der Erklärung nach § 31 III 1 WBG zu, was hinwiederum nicht mit dem Tempus des Praesens erklärt werden kann.

¹⁴ Vgl. etwa Merkel ZMR 1954, 134 ff. (135); Seibt ZMR 1957, 38 ff. (39).

¹⁵ Vgl. etwa Breithaupt NJW 1953, 1001 ff. (1004); Fellner-Fischer § 31 Rdn. 16; Bernhardt DOV 1957, 364 f. (364). – Ist die Ordnungsverfügung unmittelbar an den Eigentümer ergangen, hat die Ordnungsbehörde diese Verfügung nach Mitteilung des Vollstreckungsgerichts, daß es die Räumung für zulässig erklärt habe, zu widerrufen, um die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen. Es wäre auch praktisch unmöglich, die Wiedereinweisung der Ordnungsbehörde von vornherein von der Entscheidung über die Zulässigkeit der Räumung abhängig zu machen, indem Einweisungs- und Mit-

leitung der dem Gericht zugegangenen Erklärung der Behörde abzusehen, damit die Wirkung des Titelverbrauchs nicht eintrete. Wäre nun aber diese Erklärung die Inanspruchnahme der Ordnungsbehörde, so würde das Vollstreckungsgericht im Falle des § 31 III 4 WBG praktisch über Zugang und Wirksamwerden einer von der Behörde bereits getroffenen, nicht nur bedingt gewollten ordnungsrechtlichen Verfügung, kurz: über das Ob der Wiedereinweisung entscheiden – was doch allein Sache der Ordnungsbehörde ist. Schon diese Entscheidungsbefugnis des Gerichts im Falle des Abs. III S. 4 samt ihren Folgen schließt eine Kennzeichnung des Gerichts als eines bloßen Boten¹⁶ der Ordnungsbehörde schlechthin aus. Erfolge dagegen Wiedereinweisungs- und Mitteilungsverfahren getrennt voneinander und kommt der „Erklärung“ der Ordnungsbehörde lediglich vollstreckungsrechtliche Bedeutung im Hinblick auf den Verlust der Vollstreckungsmöglichkeit zu, so bewegt sich das Vollstreckungsgericht bei der Entscheidung nach Abs. III S. 4 und den sich daraus für die Weiterleitung der Erklärung ergebenden Folgen im Rahmen seiner sachlichen und funktionellen Zuständigkeit¹⁷.

Schließlich: wäre mit der dem Vollstreckungsgericht zgedachten und eventuell dem Eigentümer zuzustellenden Erklärung die ordnungsrechtliche Inanspruchnahme gegenüber dem Eigentümer gemeint¹⁸, so hätte der Bundesgesetzgeber mit der Bestimmung des § 31 III 2 WBG den Grundsatz der formlosen Kundgabe von Ordnungsverfügungen¹⁹ modifiziert. Denn die Regelung des Zugangs bzw. der Zustellung bestimmter Ordnungsverfügungen ist Teil des Ordnungsrechts und der Gesetzgebungskompetenz des Bundes entzogen. Es ist indessen ausgeschlossen, daß der Bundesgesetzgeber diese Kompetenzbegrenzung verkannt hätte. Das wiederum läßt darauf schließen, daß er in der Erklärung des Abs. III S. 1 und im Mitteilungsverfahren des Abs. III S. 2 und 4 einen vollstreckungsrechtlichen, nicht aber einen ordnungsrechtlichen Vorgang gesehen hat²⁰.

Aus alledem folgt: Eine ordnungsrechtliche Inanspruchnahme des Eigentümers allein auf dem Wege über das Vollstreckungsgericht widerspricht dem § 31 III WBG. Die getrennte Durchführung von Wiedereinweisungs- und Mitteilungsverfahren entspricht dem Vorstellungsbild des Gesetzgebers, kann allerdings in der Praxis gelegentlich zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen. Nicht weniger

teilungsverfahren kombiniert würden. Die Ordnungsbehörde muß in kürzester Zeit ihre Entscheidung treffen und treffen können. Das Mitteilungsverfahren ist insoweit viel zu umständlich. So bedarf es beispielsweise nach Zugang der behördlichen Erklärung beim Gericht erst noch einer formlosen Mitteilung an den Eigentümer, um ihm Gelegenheit zur Antragsstellung nach Abs. III S. 4 zu geben (vgl. etwa Fellner-Fischer § 31 Rdn. 16).

¹⁶ Vgl. dazu Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 164 Rdn. 27 ff.

¹⁷ Ähnlich wie hier wohl Bernhardt DOV 1957, 364 f. (364); weitergehend Maercks NJW 1955, 820 f. (820), der Abs. III S. 4 wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung sogar für unwirksam hält.

¹⁸ Wie die auf S. 119 Fn. 8 Genannten und neuerdings auch AG Gronau ZMR 1960, 191 f. (191) annehmen.

¹⁹ Vgl. für das OBG Riedorf § 20 Anm. 7. – Einzige Ausnahme: §§ 62 VII VwVG, 1 LZG, 2 ff. BVwZG.

²⁰ Unzutreffend daher Pentz NJW 1956, 173 f. (174).

unbefriedigend wäre schließlich, würde die Ordnungsbehörde sowohl den Eigentümer unmittelbar mit einer Ordnungsverfügung in Anspruch nehmen als auch dem Vollstreckungsgericht – entgegen dem Sinn des Abs. III S. 1 – eine als vollständige Ordnungsverfügung ausgestaltete Erklärung zugehen lassen. Denn in einem solchen Falle wäre nicht ersichtlich, welche Anordnung die Ordnungsbehörde eigentlich als den maßgebenden Beschlagnahmeakt ansieht, und es bliebe dem Zufall überlassen, welche der beiden Maßnahmen als Inanspruchn. wirksam und welche schließlich zu einem bloßen Wiederholungsakt ohne Verfügungscharakter „herabsinken“ würde.

Diese Schwierigkeiten vermeidet die Ordnungsbehörde, wenn sie allein nach Ordnungsrecht wiedereinweist und von einem Mitteilungsverfahren absieht. Darin liegt nicht mangelnde Gesetzestreue; ein solches Verhalten wird durch den Charakter des § 31 III 1 WBG als einer Kannvorschrift gedeckt. – Beobachtungen haben ergeben, daß die Praxis vielfach auch diese Konsequenz aus § 31 III WBG gezogen hat.

§ 15 Inhalt und Wirkung der Wiedereinweisung

1. Die Problemstellung, insbesondere die Rechtslage vor der vorzeitigen Wiedereinweisung

a) Die überwiegende Meinung scheint dahin zu gehen, daß Fremdeinweisung und Wiedereinweisung als Unterfälle der Privatanspruchnahme in Inhalt und Wirkung im wesentlichen übereinstimmen¹. Diese Übereinstimmung der Wiedereinweisung mit der Fremdeinweisung erscheint dort augenfällig, wo die Ordnungsbehörde das Wiedereinweisungsverfahren hinausschiebt, bis die Zwangsvollstreckung vollständig durchgeführt ist bzw. unmittelbar vor dem Abschluß steht. In diesem Fall der Wiedereinweisung begründen Inanspruchn.- und Einweisungsverfügung der Ordnungsbehörde offensichtlich die gleichen Rechtsverhältnisse zwischen Eigentümer, Eingewiesenen und Behörde wie im Fall der Fremdeinweisung auch.

b) Zweifelhaft könnte allerdings sein, ob auch die bekanntlich den Regelfall bildende *vorzeitige* Wiedereinweisung in Inhalt und Auswirkungen mit der Fremdeinweisung übereinstimmt. Diese Zweifel werden dadurch bestärkt, daß sich die vorzeitige Wiedereinweisung nach außen hin allein darin äußert, daß die vom Gerichtsvollzieher anberaumte Zwangsvollstreckung nicht stattfindet. Es kann daher auch nicht überraschen, wenn man in Schrifttum und Rspr. immer wieder Meinungen begegnet, die das vorzeitige Eingreifen der Ordnungsbehörde hauptsächlich aus vollstreckungsrechtlicher oder zivilrechtlicher Sicht betrachten: die vorzeitige Wiedereinweisung bilde lediglich ein „Vollstreckungshindernis“ und bewirke nur eine „Hinausschiebung der zwangsweisen Durchsetzung der schuldne-

¹ So wohl *Drews-Wacke* 261; *Bettermann* MDR 1957, 130 ff. (132); AG Mainz ZMR 1954, 128; württbadVGH VerwRspr. 7, 800 ff. (803).

rischen Herausgabepflicht“²; mehrfach ist von „polizeilichen Räumungsfristen“ die Rede³; schließlich kann man bei der Wiedereinweisung auch auf die mißverständliche Wendung vom „mietähnlichen Verhältnis zwischen Eigentümer und Behörde“ stoßen⁴. Allen diesen Formulierungen ist gemeinsam, daß sie den Einfluß *ordnungsrechtlicher* Bestimmungen auf die Neuordnung der Rechtsverhältnisse zwischen Ordnungsbehörde, Eigentümer und wiederingewiesenen Räumungsschuldner nicht deutlich genug hervorheben; sie tragen dem Umstand, daß die bislang ausschließlich privatrechtlichen Beziehungen und ihre – unter Kontrolle der ordentlichen Gerichte erfolgende – vollstreckungsrechtliche Abwicklung durch das Eingreifen der Ordnungsbehörde eine zumindest vorübergehende Umgestaltung erfahren, nicht genügend Rechnung.

Bei der vorzeitigen Wiedereinweisung ist die Rechtslage zwischen Ablauf der im Räumungsurteil gemäß § 5 a II MSchG ausgesprochenen Räumungsfrist einerseits⁵ und dem vorzeitigen Eingreifen der Ordnungsbehörde andererseits folgendermaßen zu kennzeichnen. Das Mietverhältnis mit allen seinen Rechten und Pflichten für die früheren Vertragspartner ist aufgehoben. Der Mieter ist verpflichtet, sich Ersatzraum zu beschaffen⁶; er ist gemäß § 557 BGB verpflichtet, dem Eigentümer weiterhin den bisherigen Mietzins zu entrichten und unter Umständen weiteren Ersatz zu leisten; er ist unrechtmäßiger Besitzer der Räume⁷.

Diese Rechtslage besteht – was von den Räumungsschuldnern immer wieder verkannt wird – selbst für den Fall, daß das Vollstreckungsgericht dem Räumungsschuldner nach Ablauf der im Urteil ausgesprochenen Räumungsfrist Vollstreckungsschutz nach §§ 30, 31 WBG (721 ZPO) gewährt; denn dieser Vollstreckungsschutz schützt nur vor der Zwangsäumung durch den Gerichtsvollzieher, ändert jedoch nichts an der materiellen Unrechtmäßigkeit des vom Räumungsschuldner ausgeübten Besitzes an der Mietwohnung⁸. Es wäre daher ungenau, würde man die vorzeitige Wiedereinweisung durch die Ordnungsbehörde mit

² So die Formulierungen bei LG Köln ZMR 1957, 324; 1958, 33 f. (34); auch OLG Celle Nds. Rpf. 1951, 143 f. (143); LG Braunschweig ZMR 1955, 277 f. (277). Ferner *Less* ZMR 1957, 221 ff. (223).

³ Vgl. *Palandt-Gramm* § 557 Anm. 1; *Staudinger-Kiefersauer* § 557 Rdn. 1.

⁴ So bei *Schmidt-Futterer* NJW 1962, 471 ff. (475), der aber im übrigen die ordnungsrechtliche Einwirkung der Wiedereinweisung nicht verkennt; unbefriedigend auch die Formulierungen bei VG Hannover ZMR 1961, 174 ff. (176) und LG Mannheim WM 1962, 159.

⁵ Diese Räumungsfrist hat gemäß § 5 a IV MSchG materiellrechtliche Bedeutung und begründet vorübergehend ein neues gesetzliches Schuldverhältnis nach Maßgabe des früheren Mietvertrages; Näheres bei *Roquette*, *Mietrecht*, 464 f.; *Schmidt-Futterer* NJW 1962, 471 ff. (473). – Unklar der Unterschied zum Vollstreckungsschutz bei *v. Eyll-Kipar* 30 ff.

⁶ Einzelheiten bei *Schmidt-Futterer* NJW 1961, 295 ff.; ders. NJW 1962, 471 ff. (472 f.).

⁷ Gleichwohl steht ihm allerdings das Hausrecht im Sinne des § 123 StGB zu; vgl. o. S. 77 f.

⁸ Vgl. etwa im Schrifttum: *Staudinger-Kiefersauer* § 557 Rdn. 5; *Roquette*, *Mietrecht*, 425; *Ulrich* NJW 1962, 142 f.; *Schmidt-Futterer* NJW 1962, 471 ff. (474 Fn. 28) mit weiteren Nachweisen; aus der Rspr.: BGH NJW 1953, 1586 f.; LG Hannover ZMR 1959, 78.

diesem Vollstreckungsschutz, der nur vollstreckungsrechtliche, aber keine materiellrechtlichen Folgen auslöst, vergleichen. Soweit vorzeitige Inanspruchnahme und Zuweisung außer materiellrechtlichen auch vollstreckungsrechtliche Wirkungen zeitigen, ergeben sich diese weder unmittelbar aus dem Inhalt noch sind sie die einzigen Wirkungen der ordnungsbehördlichen Maßnahmen. Diese Auffassung gewinnt offenbar an Boden⁹.

II. Die Rechtslage nach erfolgter vorzeitiger Wiedereinweisung

a) Die Inanspruchnahme beinhaltet nicht anders als im Fall der Fremdeinweisung eine Beschlagnahme bestimmter Räume des Eigentümers zugunsten des Räumungsschuldners. Daraus folgt zunächst, daß der Eigentümer zur Duldung der behördlichen Inverfügungnahme und Zweckverwendung der Räume verpflichtet ist. Die Ordnungsbehörde ihrerseits hat für die Instandhaltung der Räume Sorge zu tragen und für Exzesse des Räumungsschuldners, subsidiär nach diesem, einzustehen¹⁰. Die weitere Frage, ob nur die Ordnungsbehörde dem Eigentümer Nutzungsentgelt zu zahlen verpflichtet ist oder ob der Räumungsschuldner dieses Entgelt schuldet, soll an anderer Stelle erörtert werden.

Der Räumungsschuldner erhält auf Grund der Inanspruchnahme und der Zuweisung einen neuen Besitztitel gegenüber dem Eigentümer, er wird mit der Wiedereinweisung vorerst wieder – wie auch im Fall der Fremdeinweisung – rechtmäßiger Besitzer der Räume. Es ist bereits oben S. 65 ff. ausführlich nachgewiesen worden, daß die ordnungsbehördliche Beschlagnahme und Zurverfügungstellung gewisser Räume des Eigentümers zwecks Unterbringung des Eingewiesenen diesem Besitz an den Räumen verschafft. Diese Ansicht entspricht auch für den Fall der Wiedereinweisung der wohl herrschenden, allerdings kaum näher begründeten Meinung. – Die gegenteilige Ansicht, die bei Fremd- und Wiedereinweisung annimmt, daß der Räumungsschuldner nur Besitztäger der Ordnungsbehörde werde, ist bereits früher widerlegt worden. Wie wenig diese Ansicht zu überzeugen vermag, wird auch am Beispiel der vorzeitigen Wiedereinweisung deutlich, wo sie einen kaum motivierten Wechsel in den Besitzverhältnissen annehmen muß: soll doch der Räumungsschuldner, der während der Dauer der gesetzlichen Räumungsfrist und des gewährten Vollstreckungsschutzes unbestritten Besitzer der früheren Mieträume gewesen ist, fortan nur als Besitztäger der Behörde anzusehen sein, obwohl sich seine Beziehung zu den von ihm weiterbenutzten Räumen und seine Einwirkungsmöglichkeit auf diese praktisch nicht verändert haben und die Ordnungsbehörde überdies auch gar nicht den Willen hat, durch die Inanspruchnahme der Räume die Besitzverhältnisse umzugestalten. – Daher wird an der bereits früher ausführlich begründeten Auffassung auch für den Fall der Wiedereinweisung festgehalten. Auf die abschließende Schrifttums- und Rechtsprechungsübersicht zu dieser Frage

⁹ Im Anschluß an *Bettermann* MDR 1957, 130 ff. (131 f.) so jetzt beispielsweise auch *Schmidt-Futterer* NJW 1962, 471 ff. (474 f.).

¹⁰ Vgl. o. S. 44, 46 f.

wird hingewiesen¹¹. Es kann nicht zweifelhaft sein – auch wenn man sich offensichtlich scheut, diese Folgerung zu ziehen – daß der wiedereingewiesene Räumungsschuldner durch die Maßnahmen der Ordnungsbehörde auch rechtmäßiger Besitzer der Räume wird¹². Gleichwohl können, wie oben S. 64 dargelegt, zwischen Eigentümer und Räumungsschuldner Ansprüche aus dem Eigentums-, dem Delikts- und dem Bereicherungsrecht entstehen.

Fraglich könnte sein, ob der Räumungsschuldner auch während der Wiedereinweisungsdauer dem Eigentümer gegenüber unmittelbarer Schuldner des Nutzungsentgelts bleibt. Daß sich für diese unmittelbare Zahlungsverpflichtung des eingewiesenen Räumungsschuldners keine Anspruchsgrundlage in den Bestimmungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und des Bereicherungsrechtes findet, folgt aus der Rechtmäßigkeit des Besitzes des Eingewiesenen und aus dem Vorhandensein eines Rechtsgrundes für die Benutzungsvorteile; insoweit kann auf die Ausführungen des vorangehenden Absatzes sowie auf S. 76 f. verwiesen werden. Wohl aber könnte Grundlage einer solchen Zahlungsverpflichtung die im Zusammenhang mit der ordnungsrechtlichen Wiedereinweisung bislang kaum gewürdigte¹³ Vorschrift des § 557 1 BGB sein; sie steht selbständig neben den Bestimmungen der §§ 987 ff., 812 ff. BGB. *Schmidt-Futterer* bejaht die Anwendbarkeit des § 557 1 BGB für die ordnungsbehördliche Wiedereinweisung und hält den Räumungsschuldner auch während der Dauer der Wiedereinweisung für den primären Schuldner des Nutzungsentgelts¹⁴, jedoch zu Unrecht. § 557 1 BGB greift nicht ein, wenn der frühere Mieter – beispielsweise im Falle der gesetzlichen Räumungs-

¹¹ Zusammenfassende Übersicht für Fremd- und Wiedereinweisung:

- a) als Besitztäger der Behörde sehen den Untergebrachten während der Wirksamkeit der Inanspruchnahme an:
Pentz NJW 1954, 432; *Maercks* NJW 1955, 820 f. (820); *Bettermann* MDR 1957, 130 ff. (132); *Benner* StT 1958, 4 ff.; v. *Eyll-Kipar* 69, 79, 66. – AG Mainz ZMR 1954, 128; OLG Köln NJW 1957, 1525 f. (1526); AG Dortmund ZMR 1959, 276;
- b) als Besitzer sehen (ausdrücklich oder nach dem Zusammenhang zu urteilen) den Eingewiesenen an – ohne diese Ansicht näher zu begründen oder sich mit der Gegenansicht auseinanderzusetzen –
im Verwaltungsrecht: *Loppuch* NJW 1952, 389 f. (389); *Senger-Kurzmann* § 19 Anm. 9 e; *Haarmann* DVBl. 1957, 144 f. (145); *Less* ZMR 1957, 221 ff. (222 f.).
im Vollstreckungs- und Mietrecht: *Wieczorek* § 885 Anm. A I a 2; *Kiefersauer-Glaser*, Rdn. 67 Einl. WBG; *Schmidt-Futterer* DOV 1960, 118 f. (118); ders. WM 1961, 1 ff. (2); ders. NJW 1962, 471 ff. (475).
in der Rspr.: LVG Düsseldorf ZMR 1955, 340; LG Hamburg ZMR 1955, 278; LG Essen ZMR 1956, 8 f.; LG Frankenthal ZMR 1957, 198; LG Köln ZMR 1958, 33 f. (34).
amtliche Begründung zu Art. 4 (B 2) und zu Art. 5 (B 1) des E bayOUG.
- c) Unklar das OVG Münster (2. Senat), das in ZMR 56/429 (Wiedereinweisung) Besitz, in ZMR 1957, 281 f. (Fremdeinweisung) Besitztägerschaft und in ZMR 1952, 283 (ebenfalls Fremdeinweisung) Besitz des Eingewiesenen annimmt.

¹² Zutreffend LG Essen ZMR 1956, 8 f. (9); vgl. im übrigen oben S. 70 f.

¹³ So etwa ohne jeden Hinweis zu diesem Fragenkreis: RGRK (-OEGG), 9. Auflage, 557 Anm. 1; *Soergel-Erdsiek*, 8. Auflage, § 557 Anm. 1; *Staudinger-Kiefersauer*, § 557 Rdn. 1; *Erman-Schopp* § 557 Anm. 1; *Palandt-Gramm* § 557 Anm. 1; *Roquette*, Mietrecht 424 f.

¹⁴ *Schmidt-Futterer* NJW 1962, 471 ff. (475); ihm folgend LG Mannheim WM 1963, 9 f.

frist nach § 5 a II MSchG – ein Recht zum vorläufig weiteren Verbleib in den früheren Mieträumen, einen neuen Besitztitel hat. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift. So liegt beispielsweise ein solcher die Voraussetzungen des § 557 ausschließender neuer Besitztitel immer dann vor, wenn der Weiterverbleib eines Räumungsschuldners in den früheren Mieträumen in Wahrung oder doch zur Aufrechterhaltung öffentlicher Belange erfolgt¹⁵. Dieser Gesichtspunkt, daß Belange der Allgemeinheit und damit das öffentliche Interesse tangiert werden, trifft aber nicht nur, wie das Schrifttum anzunehmen scheint, auf die polizeilichen Räumungsfristen nach dem heute sicherlich ungültigen Gesetz aus dem Jahre 1934¹⁶ zu, sondern gilt insbesondere für die ordnungsbehördliche Wiedereinweisung von Obdachlosen nach den polizei- und ordnungsrechtlichen Gesetzen der Länder. Es ist daher festzustellen, daß der vorzeitig Eingewiesene während der Dauer der befristeten Wiedereinweisung unmittelbar dem Eigentümer gegenüber auch nicht aus § 557 BGB ersatzpflichtig ist¹⁷. Das bedeutet, daß ebenso wie im Falle der Fremdeinweisung der Eigentümer während der Wiedereinweisung Nutzungsentschädigung nur von der Ordnungsbehörde gemäß § 42 OBG verlangen kann.

Im Verhältnis zwischen Räumungsschuldner und Ordnungsbehörde ist der Räumungsschuldner fortan verpflichtet, der Behörde die Kosten zu erstatten, die ihr durch die Entschädigung des Eigentümers entstehen. Er ist gehalten, etwaigen Weisungen der Behörde Folge zu leisten; er erwirbt keine befristete Benutzungserlaubnis, sondern hat nur einen formellen Anspruch darauf, daß er nicht durch Umsetzungen rechtswidrig beeinträchtigt wird¹⁸.

b) Neben der Umgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Räumungsschuldner durch Hinzutreten der Ordnungsbehörde löst die Inanspruchnahme im Fall der vorzeitigen Wiedereinweisung allerdings auch Wirkungen vollstreckungsrechtlicher Art aus¹⁹.

Unbestritten dürfte die Pflicht des Eigentümers sein, nach Zugang der Inanspruchnahme den vorher erteilten Vollstreckungsauftrag zurückzunehmen und während der befristeten Inanspruchnahme von jeder erneuten Beauftragung eines Gerichtsvollziehers abzusehen. Diese Verpflichtung ergibt sich unmittelbar aus der in der Inanspruchnahme an den Eigentümer ausgesprochenen Verpflichtung, die behördliche Inverfügungnahme der Räume zu dulden. Diese Duldungspflicht gebietet dem Eigentümer, über die beschlagnahmten Räume nicht in einer dem Ziel der Inanspruchnahme zuwiderlaufenden Weise zu verfügen – was aber der Fall wäre,

¹⁵ Vgl. Palandt-Gramm § 557 Anm. 1, Staudinger-Kiefersauer § 557 Rdn. 1 und § 556 Rdn. 11.

¹⁶ Vgl. § 1 des Gesetzes über die Fristen bei der Räumung gemieteter Räume vom 20. März 1934 (GS Preußen S. 161).

¹⁷ Anderer Ansicht Schmidt-Futterer NJW 1962, 471 ff. (475). Im Ergebnis wie hier: LG Essen ZMR 1956, 8 f. (9); Bettermann MDR 1957, 130 ff. (133); v. Eyll-Kipar 79.

¹⁸ Vgl. o. S. 49 f.

¹⁹ Die folgenden Erörterungen beziehen sich nur auf die Fälle, in denen ein Titelverbrauch gemäß § 31 III WBG nicht eintritt.

wenn er während der Dauer der Inanspruchnahme auf der Durchführung der Vollstreckung bestünde²⁰.

Schwieriger zu beantworten ist die wichtigere Frage, ob auch der Gerichtsvollzieher nach Kenntnisnahme von der Inanspruchnahme verpflichtet ist, von sich aus die Zwangsäumung einzustellen und während der Wirksamkeit dieser Verfügung die Durchführung eines erneuten Vollstreckungsauftrages abzulehnen. Die h. M. bejaht diese Frage ohne nähere Begründung²¹; sie weist lediglich regelmäßig darauf hin, daß die vorzeitige Wiedereinweisung die Zwangsäumung „hemme“ bzw. ein „Vollstreckungshindernis“ darstelle; diese vollstreckungshindernde Wirkung wiederum hält sie anscheinend für eine selbstverständliche, sich aus dem „Sinn“ der Wiedereinweisung ergebende Folgerung.

Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob sich allein mit dem Hinweis auf den „Sinn“ der Wiedereinweisung ausschließen läßt, daß der Gerichtsvollzieher nach seinen Vorschriften gehalten sein könnte, die Zwangsäumung ungeachtet der Inanspruchnahme der Ordnungsbehörde fortzusetzen²². Gleichwohl darf im Ergebnis der h. M. zugestimmt werden. Ihre Richtigkeit ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Auch wenn dem Gerichtsvollzieher freigestellt sein sollte, ob er die Zwangsvollstreckung nach einer vorzeitigen Wiedereinweisung fortsetze oder einstelle, steht für ihn fest, daß der vom Eigentümer erstrebte Erfolg nicht eintreten wird: denn selbst nach einer Fortsetzung der Vollstreckung würde die Ordnungsbehörde die Wiedereinweisung erneut aussprechen. Nicht minder aber steht fest, daß der Gerichtsvollzieher, falls er sich für die Fortsetzung der Vollstreckung entscheidet, dem allgemeinen „Leitgedanken“ des § 31 III WBG, bei der Wiedereinweisung eine die Staatsautorität untergrabende, für jedermann sichtbare Kollision zweier staatlicher Hoheitsakte zu vermeiden²³, nicht Rechnung trägt, obwohl die Ordnungsbehörde durch die vorzeitige Wiedereinweisung, für den Gerichtsvollzieher klar erkenntlich, diese Kollision gerade zu verhindern sucht. Trifft der Gerichtsvollzieher nun unter zwei möglichen Entscheidungen, die für den auftraggebenden Eigentümer im Augenblick gleichermaßen erfolglos sind, eben diejenige, welche den Erfolg der dem Leitgedanken des Gesetzgebers Rechnung tragenden Handlungsweise der Ordnungsbehörde vereitelt, so verstößt diese seine Entscheidung gegen das Gebot loyalen Zusammenwirkens aller Staatsorgane untereinander²⁴. Das bedeutet, daß sich der Gerichtsvollzieher im Falle der vorzeitigen Wiedereinweisung dahin zu entscheiden hat, die Zwangsvollstreckung nicht fortzusetzen. –

²⁰ So mit Recht Loppuch NJW 1952, 389 f. (389); zustimmend OLG Stuttgart NJW 1956, 1844 ff. (1844).

²¹ Vgl. etwa OLG Hamm NJW 1960, 1016 ff. (1018); LG Arnberg ZMR 1963, 31.

²² Die Folgerung, daß der Gerichtsvollzieher zur Fortsetzung der Vollstreckung verpflichtet sei, wird denn auch gezogen: vgl. insbesondere LG Bochum ZMR 1954, 215 f. und OLG Bamberg DWW 1961, 374 ff. (375 f.); auch OLG Nürnberg NJW 1953, 1398 schließt eine sofortige Fortsetzung der Vollstreckung nicht grundsätzlich aus.

²³ Vgl. o. S. 116, Fn. 2.

²⁴ Vgl. Hans J. Wolff § 30 II b 2 a.

Die weitere Verpflichtung des Gerichtsvollziehers, überhaupt während der Wirksamkeit der Inanspruchnahme keine erneuten Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Eingewiesenen einzuleiten, dürfte sich mit der Fehlerhaftigkeit des entsprechenden Vollstreckungsauftrags des Eigentümers hinreichend begründen lassen.

Es erschiene allerdings an der Zeit, diese im Ergebnis wohl überwiegend anerkannte, jedoch aus positivrechtlichen Vorschriften kaum unmittelbar abzuleitende Verpflichtung des Gerichtsvollziehers in der GVGA festzulegen. Die in der GVGA getroffene Regelung ist lückenhaft. §§ 181 Ziff. 2, 113 GVGA betreffen lediglich den seltenen Fall, daß eine ordnungsbehördliche Wiedereinweisung bereits vor Ausschöpfung des Vollstreckungsschutzes droht²⁵, § 181 Ziff. 3 GVGA nur den Fall des § 31 III WBG bei Einhaltung des Mitteilungsverfahrens²⁶.

III. Ergebnis

Fremdeinweisung und Wiedereinweisung stimmen im Hinblick auf die Neugestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer, Eingewiesenem und Ordnungsbehörde überein; das gilt auch für die vorzeitige Wiedereinweisung.

Die vorzeitige Wiedereinweisung unterscheidet sich von den übrigen Fällen der ordnungsbehördlichen Privatanspruchnahme in folgendem:

Gegenstand der Inanspruchnahme sind nicht „freie“ Räume, sondern „noch nicht freie“ Räume.

Einer ausdrücklichen Einweisungsverfügung an den Räumungsschuldner bedarf es vielfach nicht.

Die vorzeitige Wiedereinweisung löst vorübergehend auch vollstreckungsrechtliche Wirkungen aus.

§ 16 Das Problem der Vollstreckbarkeit des früheren Räumungsurteils nach Wegfall der Inanspruchnahmeverfügung

I. Allgemeines

Nach Aufhebung, Widerruf oder Fristablauf der Inanspruchnahme stellt sich dem Eigentümer die Frage, ob er nunmehr – um den wiederingewiesenen Räumungsschuldner endlich aus seinem Hause zu bekommen – das seinerzeit gegen diesen erstrittene Räumungsurteil vollstrecken lassen kann.

Gelegentlich wird diese Frage generell verneint: mit dem Eingreifen der Ordnungsbehörde hätten sich die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten endgültig in das öffentliche Recht verlagert mit der Folge, daß auch deren Abwicklung allein nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu geschehen habe und die Vollstreckung eines zivilrechtlichen Anspruchs nicht mehr möglich sei. Ihren Niederschlag findet diese Ansicht in der Behauptung, daß der eingewiesene Räumungs-

²⁵ Anscheinend übersehen vom AG Gronau ZMR 1960, 191.

²⁶ Das hebt *Bauer* (WM 1960, 150 f., 151 Fn. 8, und DWW 1961, 104) nicht genügend hervor.

schuldner sowohl während der Wirksamkeit als auch nach Wegfall der Inanspruchnahme lediglich Besitzdiener der besitzenden Ordnungsbehörde sei¹.

Wäre die letztere Behauptung zutreffend, so wäre nach Wegfall der Inanspruchnahme in der Tat eine Vollstreckung des Räumungsurteils ausgeschlossen, da eine Zwangsäumung gemäß § 885 I ZPO, wie der Gesetzeswortlaut unmißverständlich ergibt, Besitz des Vollstreckungsschuldners an der zu räumenden Wohnung voraussetzt². Indessen ist jene Ansicht, daß der Eingewiesene während der Wirksamkeit der Inanspruchnahme und möglicherweise auch noch darüber hinaus nicht als Besitzer der von ihm benutzten Räume anzusehen sei, bereits an anderer Stelle – im Hinblick auf die sich in diesem Zusammenhang ergebenden wesentlichen Konsequenzen – ausführlich behandelt und widerlegt worden; auf diese Darlegungen darf verwiesen werden³. Es sei außerdem darauf aufmerksam gemacht, daß selbst ein großer Teil derer, die den Eingewiesenen während der Wirksamkeit der Inanspruchnahme lediglich als Besitzdiener der Behörde bezeichnen, die Meinung vertritt, daß der Eingewiesene nach Wegfall der Inanspruchnahme wieder Besitzer der Räume werde und daher fortan als tauglicher Vollstreckungsschuldner im Sinne des § 885 I ZPO in Betracht komme⁴. Schließlich spricht auch die Vorschrift des § 31 III WBG gegen jene Ansicht, die eine spätere Vollstreckbarkeit des Räumungsurteils nach Wegfall der Inanspruchnahme generell verneinen möchte: würde sich doch die umständliche Regelung des Mitteilungsverfahrens mit der im Zwangsvollstreckungsrecht ungewöhnlichen Folge einer Vollstreckungsfiktion erübrigt haben, wenn eine spätere Vollstreckung des Räumungsurteils bereits aus anderen Gründen generell ausgeschlossen wäre.

Ein grundsätzlicher Ausschluß jedweder Vollstreckung des früher erstrittenen Räumungsurteils nach Wegfall der Inanspruchnahme ist daher zu verneinen. Da mit dem Wegfall der Inanspruchnahme die Duldungspflicht des Eigentümers erloschen ist, ist dieser fortan befugt, erneut einen Vollstreckungsauftrag zu erteilen, und der Gerichtsvollzieher berechtigt und verpflichtet, den nunmehr zulässigen Auftrag anzunehmen.

Ob die Vollstreckung im Einzelfall zum Erfolg führen kann, hängt einzig von

¹ So ausdrücklich *Bettermann* MDR 1957, 130 ff. (132); AG Mainz ZMR 1954, 128. Im Ergebnis ebenso, aber mit abweichender Begründung: *Mobr* ZMR 1955, 195 f. (195) mit nicht überzeugendem Hinweis auf *Jerusalem* 15, daß eine Fortsetzung der Vollstreckung die Trennung der zivil- und der öffentlich-rechtlichen Ebene verwische; LG Koblenz MDR 1955, 41 f. (41) mit der Behauptung, daß eine Vollstreckung auch mit Ausschöpfung der Zwangsmittel ende; das schließt erneute Vollstreckungsmaßnahmen jedoch nicht grundsätzlich aus (vgl. *Stein-Jonas*, Vorbem. A VII 3 vor § 704!).

² Auch eine Titelumschreibung nach §§ 727, 325 ZPO gegen die angeblich besitzende Behörde würde ausscheiden, da diese nicht Rechtsnachfolgerin des Räumungsschuldners im Sinne des § 325 ZPO geworden ist. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift scheidet aus, da im Verhältnis zwischen Schuldner und Behörde weder ein Fall der Rechtsnachfolge noch des Handelns für fremde Rechnung noch der notwendigen Rechtskraftstreckung (vgl. im einzelnen *Stein-Jonas* § 325 Anm. I 1) vorliegt.

³ Vgl. o. S. 64 ff.

⁴ In diesem Sinne etwa *Maercks* NJW 1955, 820 f. (820); OLG Köln NJW 1957, 1525 f.; AG Dortmund ZMR 1959, 276. – Zu den Bedenken gegen diese Ansicht vgl. o. S. 75 ff.

den beiden folgenden Faktoren ab: einmal, daß der Räumungstitel nicht bereits seinerzeit infolge Durchführung der Vollstreckungshandlung verbraucht worden ist; zum andern, daß der Räumungstitel nicht infolge der Vollstreckungsfiktion des § 31 III 3 WBG einer Vollstreckung nicht mehr fähig ist.

Die Frage, ob und wann das im einzelnen der Fall ist, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Man wird mehrere Fallgruppen zu unterscheiden haben.

II. Wiedereinweisung nach Vollstreckung des Räumungsurteils und spätere Zwangsäumung

Fall 1:

Das gesamte Mobiliar des Räumungsschuldners ist seinerzeit vom Gerichtsvollzieher aus den Räumen entfernt und auf die Straße gestellt worden; erst unmittelbar nach völliger Räumung und Freigabe der Wohnung für den Eigentümer ist die Wiedereinweisung von der Ordnungsbehörde ausgesprochen worden – ein einigermaßen seltener Fall⁶.

In diesem Fall ist das frühere Räumungsurteil einer Vollstreckung nicht mehr fähig. Die Vollstreckungshandlung im Sinne des § 885 ZPO war in dem Augenblick durchgeführt, als die Einrichtung des Räumungsschuldners aus der Wohnung entfernt war und der Eigentümer, wenn auch nur für den Augenblick einer Sekunde, Verfügungsgewalt über die geräumte Wohnung erlangt hatte⁶. Der Titel ist durch die seinerzeit abgeschlossene Vollstreckungshandlung endgültig verbraucht, eine erneute Vollstreckung auf Grund dieses Titels nach Wegfall der Inanspruchnahme ist ausgeschlossen.

III. Vorzeitige Wiedereinweisung und spätere Zwangsäumung?

Im Hinblick auf die vorzeitige Wiedereinweisung wird man zwei Fälle unterscheiden müssen.

a) Fall 2:

Die Zwangsäumung ist seinerzeit vom Gerichtsvollzieher noch gar nicht begonnen worden. Der Gerichtsvollzieher hat von vornherein von der Räumung der Wohnung abgesehen, nachdem der Räumungsschuldner, der wegen Mietrückstandes (§ 3 MSchG) verurteilt worden war, unter Beachtung des in § 31 III WBG vorgesehenen Mitteilungsverfahrens vorzeitig wiedereingewiesen worden war.

⁶ Ein Beispiel bietet der vom LG Bochum ZMR 1954, 215 f. entschiedene Sachverhalt.
⁶ Erforderlich sind Besitzverlust des Räumungsschuldners und Wiedereinzugsmöglichkeit des Eigentümers (unstreitig; vgl. statt vieler Stein-Jonas § 885 Anm. 1; Baumbach § 885 Anm. 2).

⁷ Bezüglich der vorzeitigen Wiedereinweisung wird man unterscheiden müssen zwischen den Fällen, in denen der Gerichtsvollzieher angesichts der bereits ausgesprochenen Inanspruchnahme von jeglicher Vollstreckung absieht (Fälle 2, 3), und jenen, in denen der Gerichtsvollzieher trotz Kenntnis von der bereits ausgesprochenen Inanspruchnahme einen symbolischen Vollstreckungsakt vornimmt; der letztere Fall wird im Zusammenhang mit der symbolischen Räumung behandelt (Fall 5).

Für diesen Fall bestimmt § 31 III 3 WBG, daß „die Vollstreckung hinsichtlich der in Anspruch genommenen Räume als erfolgt“ gilt. Es wird fingiert, die Vollstreckung des gegen den Mieter erstrittenen Räumungsurteils sei durchgeführt worden. Eine spätere Vollstreckung dieses Räumungsurteils nach Wegfall der Inanspruchnahme ist mithin ausgeschlossen.

b) Fall 3:

Die Zwangsäumung ist seinerzeit vom Gerichtsvollzieher noch gar nicht begonnen worden. Der Gerichtsvollzieher hat von vornherein von der Räumung der Wohnung abgesehen, nachdem der Räumungsschuldner, der nicht wegen Mietrückstandes (sondern z. B. aus §§ 2, 4, 20 ff. MSchG) verurteilt worden war, vorzeitig wiedereingewiesen worden war.

Es fragt sich, ob auch in diesem Falle eine Vollstreckung des seinerzeit erstrittenen Räumungsurteils nach Wegfall der Inanspruchnahme nicht mehr in Betracht kommt.

Die Bestimmung des § 31 III 3 WBG, die unter bestimmten Voraussetzungen einen Verbrauch des Vollstreckungstitels bewirkt, bezieht sich, ihrer Stellung und ihrem Wortlaut nach zu urteilen, auf diejenigen Fälle, in denen die Wiedereinweisung im Anschluß an ein Räumungsurteil wegen Mietrückstandes ausgesprochen wird. Offensichtlich auf Grund von Stellung und Wortlaut dieser Bestimmung nimmt die wohl h. M. im Schrifttum ohne Bedenken als selbstverständlich an, daß sich die Wirkung des Abs. III S. 3 nur auf Urteile erstrecken könne, die wegen Mietrückstandes ergangen sind⁸. Damit aber weicht sie von vornherein der doch immerhin naheliegenden Frage aus, ob ein innerer Grund dafür bestehe, den in § 31 III 3 WBG ausgesprochenen Verlust der Vollstreckungsmöglichkeit auf Räumungsurteile aus § 3 MSchG zu beschränken: könnte doch die Bestimmung des § 31 III 3 WBG einen allgemeinen Rechtsgedanken dahingehend enthalten, daß in allen Fällen vorzeitiger Wiedereinweisung die Vollstreckung als erfolgt gelten soll – ohne daß es darauf ankäme, auf welchem Mietaufhebungsgrund das Räumungsurteil beruht. Diese Folgerung ist denn auch in Schrifttum und Rspr. mehrfach gezogen worden⁹.

Ihr könnte zugestimmt werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, daß der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 31 III 3 WBG ganz allgemein für alle Fälle vorzeitiger Wiedereinweisung eine titelverbrauchende Wirkung hat herbeiführen wollen, seinerzeit bei Schaffung des WBG aber irrigerweise davon ausgegangen ist, daß einzig die Wiedereinweisung nach Räumungsurteilen aus § 3 MSchG von Schrifttum und Rspr. als rechtmäßig anerkannt werde. Die Annahme, daß der Gesetzgeber lediglich in Unkenntnis über den derzeitigen Stand von Lehre und Rspr. die Wirkung des Titelverbrauchs auf Urteile wegen Mietrückstandes

⁸ So ohne Begründung: Birkenbauer ZMR 1953, 301 ff. (204); Pentz NJW 1956, 173 f. (174); Haarmann DVBl. 1957, 144 f. (145); Hans § 31 Anm. 1 a; v. Eyll-Kipar 68; aus der Rspr. AG Mainz ZMR 1954, 128; LG Hannover ZMR 1960, 250.

⁹ So – meist ohne nähere Begründung – Merkel ZMR 1954, 134 f. (135); Bettermann MDR 1957, 130 f. (133); aus der Rspr.: LG Bochum ZMR 1954, 215 f. (216); LG Braunschweig ZMR 1955, 277 f. (277).

beschränkt habe, ist indessen in hohem Maße unwahrscheinlich. Im Gegenteil: es sprechen erhebliche Gründe dafür, daß der Gesetzgeber die titelverbrauchende Wirkung *bewußt* nur Räumungsurteilen wegen Mietrückstandes hat beilegen wollen, dagegen in Wiedereinweisungsfällen im Anschluß an andere Räumungsurteile die Vollstreckungsmöglichkeit dem Eigentümer erhalten wollte. Das Motiv für die Beschränkung der in § 31 III 3 WBG festgelegten Wirkung wird man letztlich in *Zumutbarkeitserwägungen* des Gesetzgebers suchen dürfen. Soweit der Eigentümer den Auszug seines Mieters nun wegen dessen Mietrückstandes erstrebt hat, übernimmt die Ordnungsbehörde mit Erlaß der Inanspruchnahme gerade die (Zahlungs-) Pflicht, wegen deren Vernachlässigung der Eigentümer Räumungsklage gegen seinen Mieter angestrengt hatte und sich einen Vollstreckungstitel gegen diesen verschaffen wollte. Vom Augenblick der Entschädigungspflichtigkeit der Behörde an dürfte der Eigentümer daher kein berücksichtigungswertes Interesse mehr daran haben, sein Räumungsurteil zu vollstrecken, und es bestand für den Gesetzgeber bei der Regelung einer Kollisionsvermeidung kein Anlaß, ihm die Vollstreckungsmöglichkeit zu erhalten. Erfolgt dagegen die Wiedereinweisung im Anschluß an Räumungsurteile, die nicht wegen Mietrückstandes, sondern etwa wegen Eigenbedarfs des Eigentümers oder wegen erheblicher Belästigungen seitens des Mieters ergangen sind, so läßt sich dem Eigentümer ein schutzwürdiges Interesse an der durch das Urteil erwirkten Möglichkeit, den Räumungsschuldner – wenigstens nach Wegfall der Inanspruchnahme – ohne Zuhilfenahme von Gericht oder Ordnungsbehörde aus der Wohnung entfernen zu lassen, nicht absprechen: das Interesse des Eigentümers an dem erstrittenen Räumungsurteil und der Erhaltung seiner Vollstreckungsfähigkeit ist nicht allein dadurch befriedigt und aufgewogen worden, daß sich die Ordnungsbehörde einschaltete und fortan verpflichtet war, dem Eigentümer Nutzungsentsgelt zu entrichten – vielleicht war der Räumungsschuldner ein pünktlicher Zahler – und möglicherweise nach öffentlichem Recht auch selbst mit Wegfall der Inanspruchnahme für den Auszug des Räumungsschuldners zu sorgen hat. – Es spricht daher vieles dafür, daß der Gesetzgeber den Verlust der Vollstreckungsfähigkeit des Räumungsurteils in anderen Fällen als Wiedereinweisungen nach Räumungsurteilen aus § 3 MSchG für einen dem Eigentümer nicht zumutbaren Rechtsnachteil angesehen hat.

Neben dieser vorwiegend materiellrechtlichen Überlegung spricht auch eine prozeßrechtliche Erwägung für eine wortgetreue enge Auslegung des § 31 III 3 WBG: der Fall einer fingierten Vollstreckungshandlung und einer fingierten Anspruchsbefriedigung des Gläubigers, wie Abs. III S. 3 sie ausspricht, stellt eine im Zwangsvollstreckungsrecht bislang einmalige Ausnahme dar und dürfte aus diesem Grunde einer ausdehnenden Auslegung – die bei verfahrensrechtlichen Vorschriften überhaupt nur sehr zurückhaltend befürwortet wird – auf andere Vollstreckungstitel als Räumungsurteile aus § 3 MSchG und zum Nachteil weiterer Vollstreckungsgläubiger nicht zugänglich sein¹⁰.

¹⁰ Im Ergebnis ebenfalls eine titelverbrauchende Wirkung verneinend: *Weitnauer* ZMR 1954, 193 ff. (198): der Gesetzgeber habe Wiedereinweisungen nur nach Räumungs-

Diese Ausführungen berechtigen zu einer praktischen Folgerung. Findet die Beschränkung der titelverbrauchenden Wirkung auf Räumungsurteile wegen Mietrückstandes einen Sinn und eine Rechtfertigung in allgemeinen Zumutbarkeitserwägungen und in vollstreckungsrechtlichen Überlegungen, so dürfte es nicht angehen, den Eintritt der Wirkung des § 31 III 3 WBG einzig an die Durchführung eines Mitteilungsverfahrens zu knüpfen¹¹. Wird daher die Wiedereinweisung im Anschluß an ein Räumungsurteil ausgesprochen, das nicht auf Grund des § 3 MSchG ergangen ist, kann auch die Durchführung eines für diesen Fall nicht vorgesehenen Mitteilungsverfahrens neben dem ordnungsrechtlichen Wiedereinweisungsverfahren keinen Verbrauch des Vollstreckungstitels gemäß § 31 III 3 WBG bewirken.

Hieraus folgt, daß in den Fällen, in denen der Gerichtsvollzieher im Anschluß an eine vorzeitige Wiedereinweisung von Beginn und Durchführung der Vollstreckung absieht, ein endgültiger Verbrauch des Titels nur anzunehmen ist, wenn das Urteil wegen Mietrückstandes des Räumungsschuldners ausgesprochen ist *und* die Behörde neben der Wiedereinweisung das Mitteilungsverfahren gegenüber dem Vollstreckungsgericht eingehalten hat. In den übrigen Fällen ist das Räumungsurteil nach Wegfall der Inanspruchnahme noch vollstreckbar.

IV. Wiedereinweisung nach und vor einer symbolischen Räumung und spätere Zwangsräumung

a) Die sog. symbolische Vollstreckung eines Räumungsurteils besteht darin, daß der Gerichtsvollzieher angesichts der Wiedereinweisung des Räumungsschuldners an Stelle einer vollständigen Entfernung des Mobiliars lediglich einen Einrichtungsgegenstand als erkennbares Zeichen des Vollstreckungsaktes aus der vom Räumungsschuldner benutzten Wohnung herausstellt und die Räumung nunmehr im Vollstreckungsprotokoll als durchgeführt vermerkt.

Schrifttum und Rspr. sind seit einiger Zeit¹² fast einhellig der Ansicht, daß die symbolische Vollstreckung des Räumungsurteils den Titel nicht verbrauche und daher eine spätere Zwangsräumung auf Grund dieses Titels nicht ausschließe¹³. Zur Begründung wird regelmäßig angeführt, daß nach dem klaren Wortlaut des

urteilen aus § 3 MSchG für rechtmäßig angesehen; OLG Stuttgart NJW 1956, 1844 f. (1844): die Vorschrift des § 31 III WBG sei unklar, ihr könne nur Ausnahmeharakter zukommen; ferner LG Göttingen ZMR 1955, 148 f.

¹¹ So aber vor allem LG Braunschweig ZMR 1955, 277 f. (277); wohl auch LG Bochum ZMR 1954, 215 f. (216).

¹² Nachdem nunmehr auch das OLG Hamm NJW 1960, 1016 ff. seine bisherige Rspr. insoweit aufgegeben hat.

¹³ Abweichend davon haben einen Verbrauch des Titels durch symbolische Räumung angenommen: LG Darmstadt NJW 1952, 389 f.; LG Koblenz MDR 1955, 41 f.; LG Rottweil WM 1957, 158; teilweise auch OLG Hamm (15. Senat) NJW 1955, 28 f., widerstrebend aufgegeben in NJW 1960, 1016 ff. An der titelverbrauchenden Wirkung der symbolischen Räumung hält auch jetzt noch fest *Rosenberg* § 207 II 2. Auch das OVG Münster ZMR 1961, 374 ff. (375) scheint trotz der letztgenannten Entscheidung des OLG Hamm weiterhin von der titelverbrauchenden Wirkung auszugehen.

§ 885 I ZPO – § 885 II ist insoweit nicht einschlägig¹⁴ – eine Zwangsäumung erst dann endgültig abgeschlossen sei, wenn der Besitz des Räumungsschuldners abschließend wieder auf den Eigentümer übergegangen sei, und daß diese Voraussetzung nun einmal bei einer bloß symbolischen Räumung nicht vorläge¹⁵. Gelegentlich wird hervorgehoben, eine symbolische Räumung täusche eine Urteilsvollstreckung lediglich vor und erschüttere das Rechtsbewußtsein der Beteiligten aufs tiefste¹⁶. Schließlich wird bisweilen darauf hingewiesen, eine Bejahung der titelverbrauchenden Wirkung führe zu einer ungerechtfertigten Gefährdung der Interessen des Gläubigers, da es unsicher sei, ob dieser mit einer Freimachungsklage gegen den Hoheitsträger der Ordnungsbehörde durchdringe¹⁷.

Schrifttum und Rspr. haben zur symbolischen Räumung Stellung genommen, ohne zu unterscheiden, ob sie vor der Wiedereinweisung oder nach einer vorzeitigen Wiedereinweisung erfolgt ist¹⁸. Es dürfte sich jedoch empfehlen, jeweils nach dem Zeitpunkt, zu dem die symbolische Räumung – im Vergleich zur Wiedereinweisung – erfolgt, zu unterscheiden.

b) Fall 4:

Die Ordnungsbehörde will die Wiedereinweisung bis zur Einleitung der Zwangsvollstreckung hinauszögern. Der Gerichtsvollzieher, vom anwesenden Bevollmächtigten der Ordnungsbehörde in Unkenntnis darüber belassen, ob der Räumungsschuldner im Vollstreckungsfalle wiedereingewiesen wird, beginnt mit der Räumung. Nachdem er ein Möbelstück aus der Wohnung herausgestellt hat, verfügt der Vertreter der Ordnungsbehörde die Wiedereinweisung. Er stellt ebenso symbolisch wie der Gerichtsvollzieher den betreffenden Gegenstand in die Wohnung wieder ein. Der Gerichtsvollzieher vermerkt im Protokoll, die Zwangsvollstreckung sei erfolgt (Wiedereinweisung während der Zwangsvollstreckung).

Allein in diesem Falle ist die Annahme einer titelverbrauchenden Wirkung des symbolischen Vollstreckungsaktes der Erörterung wert.

In der Tat ist denn auch mehrfach die Ansicht vertreten worden, die symbolische Räumung dürfe hier nicht anders beurteilt werden als eine vollständig durchgeführte Räumung: eine Fortsetzung der begonnenen Vollstreckungsmaßnah-

¹⁴ Irrig AG Hamburg-Altona ZMR 1961, 341 ff. (342), das auf § 885 II ZPO abstellt. Denn nur Abs. I dieser Bestimmung regelt die einzelnen Vollstreckungsvoraussetzungen; Abs. II behandelt lediglich das Schicksal der von der Vollstreckung regelmäßig betroffenen Möbel des Schuldners, enthält dagegen keine nähere Umschreibung des in Abs. I geforderten Besitzwechsels zwischen Gläubiger und Schuldner (so wohl auch OLG Nürnberg NJW 1953, 1398).

¹⁵ So OLG Nürnberg NJW 1953, 1398; LG Verden MDR 1956, 37 f.

¹⁶ So etwa Maercks NJW 1955, 820 f.; zustimmend OLG Stuttgart NJW 1956, 1844 f.

¹⁷ So AG Worms DWW 1952, 196 f.; OLG Nürnberg a. a. O.

Einen Titelverbrauch verneinen ferner, ohne neue Argumente vorzubringen: Loppuch NJW 1952, 389 f. (389); Dilcher NJW 1955, 1623 ff. (1624); Less ZMR 1957, 221 ff. (223); OLG Hamm (2. Senat) NJW 1948, 269 f.; OLG Celle Nds. Rpf. 1951, 143 f.; LG Göttingen ZMR 1955, 148 f.; AG Köln WM 1957, 139; AG Amberg Az. M 2221/58 (zit. bei Glaser 139 f.); AG Dortmund ZMR 1959, 276; AG Hamburg-Altona ZMR 1961, 341 ff. (342); OLG Bamberg DWW 1961, 374 ff. (374).

¹⁸ Differenzierend früher lediglich OLG Hamm (15. Senat) NJW 1955, 28 f.

men und eine vollständige Räumung der Wohnung in wortgetreuer Befolgung des § 885 I ZPO seien infolge der inzwischen ausgesprochenen Wiedereinweisung unangebracht und zwecklos; wenn sich daher zwecks Vermeidung von Doppelarbeit und zur Erhaltung der Staatsautorität die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers in einer lediglich symbolischen Vollstreckungshandlung erschöpfe, so komme dieser die gleiche Wirkung wie einer durchgeführten Vollstreckungshandlung zu¹⁹.

Zutreffend ist diese Ansicht insoweit, als sie den Gerichtsvollzieher für verpflichtet hält, nach Kenntnis von der Inansprfg. von der Fortsetzung der Vollstreckung abzusehen. Die Situation ist ähnlich wie im Fall der vorzeitigen Wiedereinweisung. Nicht nur der Beginn, sondern auch die Fortsetzung von Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlaß der Inansprfg. widerspricht dem „Sinn“ der Wiedereinweisung bzw. dem Leitgedanken von der Vermeidung einer Kollision zweier Hoheitsakte.

Nicht zugestimmt werden kann jedoch der Folgerung, die jene Ansicht aus der Nichtfortsetzung der Vollstreckung zieht. Während sie in dem Fall, daß der Gerichtsvollzieher nach vorzeitiger Wiedereinweisung mit der Vollstreckung von vornherein nicht beginnt, mit Recht nachdrücklich verneint, daß die Räumung als durchgeführt betrachtet werden könne, will sie, wenn der Gerichtsvollzieher vor der hinausgezögerten Wiedereinweisung einen Einrichtungsgegenstand aus der Wohnung herausgestellt hat, die Zwangsvollstreckung als endgültig abgeschlossen betrachten²⁰. Für eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Fälle sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich.

Gewiß kommt es im ersten Fall angesichts der vorzeitig ausgesprochenen Inansprfg. von vornherein nicht zu einer Vollstreckungshandlung, während im zweiten, hier zu erörternden Falle mit der Räumung immerhin begonnen wird. Allein dieser Unterschied im Stadium der Vollstreckungsmaßnahmen ist im Hinblick auf die beträchtlichen Voraussetzungen, die § 885 I ZPO an die Durchführung der Vollstreckung stellt, zu unerheblich, als daß er eine abweichende Behandlung der beiden Fälle rechtfertigen könnte.

Es mag ferner zutreffen, daß im ersterwähnten Fall der vorzeitigen Wiedereinweisung die Räumung überhaupt nicht begonnen werden darf, dagegen im hier zu erörternden Fall die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen nicht nur unvermeidbar, sondern auch geboten ist. Denn hat die Ordnungsbehörde bei Beginn des Vollstreckungstermins eine Inansprfg. noch nicht erlassen und läßt sie es offen, ob sie den Räumungsschuldner im Vollstreckungsfalle wiedereinweisen werde, ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, die Räumung zu beginnen. Aber auch diese Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbeginns läßt nicht die Folgerung zu, daß die Abstandnahme von weiteren Räumungsmaßnahmen einer Beendigung der Vollstreckung gleichzusetzen sei.

Überhaupt – und das spricht entscheidend gegen die wiedergegebene Ansicht –

¹⁹ Vgl. statt mehrerer LG Darmstadt, a. a. O. (Fn. 13).

²⁰ So vor allem OLG Hamm NJW 1955, 28 f.; erläutert auch in der abweichenden Entscheidung NJW 1960, 1016 ff. (1016).

sollte von dem unmißverständlichen Wortlaut des § 885 I ZPO nur abgewichen werden und einer frühzeitig abgebrochenen Räumung die Wirkung einer durchgeführten Räumung beigelegt werden, wenn *zwingende* Gründe eine solche Auslegung gebieten. Das ist aber gerade nicht der Fall. Denn es darf nicht übersehen werden, daß es zum Vollstreckungsbeginn, an den nunmehr weittragende Folgen geknüpft werden sollen, allein deshalb gekommen ist, weil die Ordnungsbehörde ohne einen überzeugenden und berücksichtigungswerten Grund die Wiedereinweisung hinausgezögert hat. Die noch vielfach²¹ anzutreffende Vorstellung, daß erst nach Einleitung oder gar nach Durchführung der Zwangsvollstreckung eine zum Eingreifen verpflichtende Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliege, ist, wie schon mehrfach hervorgehoben wurde, unzutreffend²². Ist nun aber die Situation, die zu dem symbolischen Vollstreckungsakt geführt hat, einzig die Folge eines nicht gebotenen und daher vermeidbaren Verhaltens der Ordnungsbehörde, so ist kein Grund ersichtlich, diesem dadurch Rechnung zu tragen, daß man der lediglich begonnenen Vollstreckung eine Bedeutung beilegt, die ihr das Gesetz offensichtlich nicht zumißt²³.

Die Annahme, daß eine infolge Wiedereinweisung frühzeitig abgebrochene Zwangsräumung nicht als endgültig durchgeführt anzusehen sei, würde allerdings für den an einer erneuten Zwangsvollstreckung interessierten Eigentümer ohne praktischen Wert sein, wenn der in diesen Fällen übliche Protokollvermerk des Gerichtsvollziehers, die Räumung sei „erfolgt“ bzw. „durchgeführt“, für die Beteiligten verbindlich wäre und den Nachweis, daß seinerzeit lediglich symbolisch vollstreckt sei, ausschloße. In diese Richtung deutet eine Entscheidung des OVG Münster, das in einem Verfahren, in welchem die Parteien eine nur symbolische Räumung behauptet hatten, allein auf den Protokollvermerk abgestellt und auf Grund dieses Vermerkes einen Verbrauch des Titels angenommen hat²⁴.

Diese Ansicht ist bedenklich. Dem Vollstreckungsprotokoll ist eine für und gegen jedermann wirkende Beweiskraft, wie sie dem Verhandlungsprotokoll des Erkenntnisverfahrens nach Maßgabe des § 164 ZPO zukommt, nicht eigen²⁵: ist

²¹ Vgl. etwa das Ergebnis einer früheren Umfrage des 15. Senats des OLG Hamm, zitiert in NJW 1960, 1016 ff. (1017).

²² Vgl. o. S. 27 f. Dieser Vorstellung brauchte OLG Hamm NJW 1955, 28 f. nicht Rechnung zu tragen.

²³ Im übrigen ist nicht einzusehen, warum die etwaigen Zweifel bei der Auslegung des begonnenen, aber nicht fortgesetzten Vollstreckungsaktes zum Nachteil des in Anspruch genommenen Eigentümers beseitigt werden sollen.

²⁴ OVG Münster Az. II B 93/60. Dagegen bemerken OLG Hamm NJW 1948, 269 und LG Duisburg MDR 1953, 559, ein unrichtiger Protokollvermerk sei „unschädlich“; im Ergebnis ebenso OLG Bamberg DWV 1961, 374 ff. (374).

²⁵ § 164 ZPO unterscheidet zwischen „Inhalt“ und „Förmlichkeiten“ des Verfahrens (vgl. Stein-Jonas § 164 Anm. I) und spricht dem Verhandlungsprotokoll nur bezüglich der Beachtung der letzteren eine gewisse Beweiskraft zu. – Der Vermerk im Vollstreckungsprotokoll, daß die Räumung durchgeführt worden sei, würde sich allein auf den „Inhalt“ der Vollstreckung, nicht auf die „Förmlichkeiten“ (vgl. zu diesem Begriff Stein-Jonas, a. a. O.) während des Vollstreckungsvorgangs beziehen, so daß dem Vermerk – selbst bei entsprechender Anwendung des § 164 auf das Vollstreckungsprotokoll – die in dieser Vorschrift festgelegte Beweiskraft nicht zukäme.

eine Zwangsräumung nicht vollständig durchgeführt worden, so wird durch einen anderslautenden Vermerk im Vollstreckungsprotokoll nicht das Gegenteil erwiesen.

c) Fall 5:

Nachdem die Ordnungsbehörde die Wiedereinweisung bereits ausgesprochen hat, nimmt der Gerichtsvollzieher eine symbolische Vollstreckungshandlung vor (symbolische Räumung nach vorzeitiger Wiedereinweisung).

In diesem Falle der symbolischen Räumung steht außer Zweifel, daß der Räumungstitel durch die Handlung des Gerichtsvollziehers nicht verbraucht ist. Während der Gerichtsvollzieher im zuvor erörterten Fall infolge des Zögerns der Ordnungsbehörde gehalten war, mit der anberaumten Zwangsvollstreckung zu beginnen, erscheint seine Handlungsweise in diesem Falle völlig unmotiviert. Hat die Ordnungsbehörde die Wiedereinweisung vorzeitig verfügt, ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, von einer vollständigen Durchführung der Vollstreckung abzusehen. Will er dieser Verpflichtung dadurch aus dem Wege gehen, daß er sich – offensichtlich mit dem Ziele, sich seines Vollstreckungsauftrages zu entledigen – mit einem Vollstreckungs„surrogat“ begnügt, so ist kein Grund ersichtlich, diesem keineswegs gebotenen, den Interessen des auftraggebenden Eigentümers klar zuwiderlaufenden Akt des Gerichtsvollziehers entgegen § 885 I ZPO die Bedeutung einer durchgeführten Räumung beizulegen.

V. Ergebnis

Der von der Ordnungsbehörde in Anspruch genommene Eigentümer kann seinen Räumungstitel nur dann nicht mehr vollstrecken, wenn die Wiedereinweisung entweder erst nach vollständig durchgeführter Räumung (Fall 1) oder im Anschluß an ein Räumungsurteil aus § 3 MSchG unter Einhaltung des sog. Mitteilungsverfahrens (Fall 3) ausgesprochen worden ist. In allen übrigen Fällen der Wiedereinweisung ist der Eigentümer nach Wegfall der Inanspruchn. in der Lage, erneut die Zwangsvollstreckung aus dem gegen den früheren Mieter erstrittenen Räumungsurteil zu betreiben²⁶.

²⁶ In diesen Fällen fragt sich, ob der Räumungsschuldner fortan beim Zivilgericht gegen erneute Vollstreckungsmaßnahmen um Vollstreckungsschutz nachsuchen kann – etwa mit der Begründung, die Ordnungsbehörde habe die Inanspruchnahme verfügt, ehe Vollstreckungsschutz beantragt worden sei, bzw. die Verhältnisse hätten sich seit der rechtskräftigen Versagung des Vollstreckungsschutzes geändert. Das Schrifttum zu dieser Frage ist wenig ergiebig (vgl. Mohr ZMR 1955, 195 f.; ohne Hinweise insbesondere Schmidt-Futterer DOV 1960, 118 f.). LG Göttingen ZMR 1955, 148 f. und LG Hannover ZMR 1960, 250 verstehen die Wiedereinweisung nur als befristetes Vollstreckungshindernis und sehen sie mit Wegfall der Inanspruchn. als „endgültig erledigt“ an, so daß die nunmehrige Gewährung von Vollstreckungsschutz nach ihrer Ansicht an sich wieder möglich wäre (ebenso wohl AG Hamburg-Altona ZMR 1961, 341 ff., 342). Sie berücksichtigen nicht, daß fortan auch die Ordnungsbehörde zur Freimachung der Räume verpflichtet ist. – Die Regelung des Vollstreckungsschutzes geht von der Alleinverantwortlichkeit des Zivilgerichts bei der Abwicklung der durch das Räumungsurteil geschaffenen Verhältnisse aus. Diese Voraussetzungen sind jedoch nicht mehr gegeben (was übrigens auch das LG Mannheim WM 1959, 143 verkennt). Es spricht daher

§ 17 Zum Bestehen der Freimachungspflicht im Falle der Wiedereinweisung

I. Problemstellung und gegenwärtiger Stand der Meinungen

Es ist bereits in anderem Zusammenhang dargelegt worden, daß der Eigentümer im Falle der Fremdeinweisung nach Wegfall der Inanspruchnahme von der Ordnungsbehörde verlangen kann, daß sie den Eingewiesenen aus den in Anspruch genommenen Räumen entferne¹. Nunmehr stellt sich die Frage, ob der Eigentümer das gleiche Ansinnen an die Ordnungsbehörde mit Aussicht auf Erfolg auch im Fall der Wiedereinweisung stellen kann.

Diese Frage erhält ihre besondere Bedeutung dadurch, daß der Eigentümer in zahlreichen Wiedereinweisungsfällen noch ein vollstreckbares Räumungsurteil besitzt, auf Grund dessen er regelmäßig in der Lage ist, auch ohne Anrufung des Gerichts oder der Ordnungsbehörde auf die Freimachung seiner Räume hinzuwirken. Es wird daher zu prüfen sein, ob sich das Vorhandensein eines noch vollstreckungsfähigen Räumungstitels auf das materiellrechtliche Bestehen bzw. auf die verfahrensrechtliche Durchsetzbarkeit des Freimachungsanspruches des Eigentümers auswirken könnte.

Zunächst hat die Rspr. – nachdem auf dem Gebiete des Obdachlosenwesens ein Folgenbeseitigungsanspruch des Eigentümers gegen die einweisende Ordnungsbehörde im Ergebnis anerkannt worden war – in ihren Entscheidungen, ohne Kritik zu erfahren, keinen Unterschied gemacht, ob es sich um einen Fall der Fremdeinweisung oder der Wiedereinweisung handelte: ein Freimachungsanspruch des Eigentümers wurde in beiden Fällen unterschiedslos und insoweit ohne nähere Begründung bejaht². Diese Gleichbehandlung mit der Fremdeinweisung erstreckte sich sowohl auf die relativ seltenen Wiedereinweisungen, die mit einem Verlust der Vollstreckbarkeit des Räumungsurteils verbunden waren, als auch auf die üblichen Fälle der Wiedereinweisungen, die offensichtlich nicht zu einem Verbrauch des Vollstreckungstitels geführt hatten. Mit dieser Praxis hat das OVG Münster gebrochen und dabei im Schrifttum verschiedentlich Zustimmung gefunden. Das Gericht behauptet zwar zunächst, das Vorhandensein eines noch vollstreckungsfähigen Räumungstitels schließe an und für sich eine Freimachungspflicht der Ordnungsbehörde nicht aus, macht diese Behauptung im folgenden aber praktisch

vieles dafür, Vollstreckungsschutzverfahren nach Wegfall der Inanspruchnahme generell als unzulässig anzusehen; das trüge auch zur Rechtssicherheit bei, indem gewährleistet wäre, daß nunmehr endgültig mit dem Auszug des Räumungsschuldners zu rechnen sei. Zumindest aber sollte ihm aus dieser Erwägung heraus im Rahmen des § 30 IV und V WBG stets Vollstreckungsschutz wegen unzumutbarer Härte für den Eigentümer versagt werden.

¹ Vgl. o. S. 80 ff.

² Vgl. im einzelnen die Nachweise aus der verwaltungsgerichtlichen Rspr. bei *Bettermann* MDR 1957, 130 ff. (131); auch OVG Lüneburg DWW 1954, 199; VG Bremen DWW 1955, 198. – Ferner – ohne Begründung – für ein Nebeneinander von Freimachungspflicht und Vollstreckungsmöglichkeit: OLG Celle Nds. RpfL. 1951, 143 f. (144); OLG Stuttgart NJW 1956, 1844 f. (1844); LG Landshut ZMR 1956, 353; im Schrifttum auch *Dilcher* NJW 1955, 1623 ff. (1625).

wieder rückgängig, indem es ausführte, daß die Rechtslage im Falle der Wiedereinweisung anders zu beurteilen sei, wenn sich die behördliche Maßnahme auf den Erlaß der Inanspruchnahme beschränke und es eines Vollzuges dieser Verfügung – durch eine Einweisungsverfügung an den Räumungsschuldner – nicht bedürfe: hier entfalle eine Freimachungspflicht der Behörde, da keine unmittelbaren und noch fortwirkenden nachteiligen Folgen nach Wegfall des VA mehr bestünden, welche rückgängig zu machen seien; es herrsche wieder der Zustand wie vor der behördlichen Inanspruchnahme³.

Offensichtlich hält das Gericht in diesen Fällen der Wiedereinweisung bereits materiellrechtlich eine Freimachungspflicht der Ordnungsbehörde für nicht gegeben⁴.

II. Bejahung einer Freimachungspflicht auch im Falle der Wiedereinweisung

Der Ansicht des OVG Münster und eines Teils des Schrifttums kann nicht zugestimmt werden.

Im Falle der Fremdeinweisung wurde eine Verpflichtung der Ordnungsbehörde zur Freimachung der in Anspruch genommenen Räume damit begründet, daß es mit Wegfall der Inanspruchnahme zu einer offenkundigen und für die Behörde verbindlichen Divergenz zwischen der mittels Einweisungsverfügung herbeigeführten tatsächlichen Lage und der materiellen Rechtslage gekommen war.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß auch im Falle der Wiedereinweisung nach Wegfall der Inanspruchnahme eine solche Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage besteht. Diese von der materiellen Rechtsordnung mißbilligte tatsächliche Lage – die nach Wegfall der Inanspruchnahme noch fortdauernde Benutzung der Räume des Eigentümers durch den eingewiesenen Räumungsschuldner – stellt sich entgegen der Ansicht des OVG als eine „unmittelbare und noch fortwirkende nachteilige Folge“⁵ der ordnungsbehördlichen Inanspruchnahme dar. Denn Inhalt und Wirkung dieser Verfügung beschränken sich nicht etwa lediglich auf eine befristete Hinausschiebung der Zwangsvollstreckung. Vielmehr besteht die Wirkung der Inanspruchnahme in erster Linie in einer Beschlagnahme der Räume⁶, so daß sich der Räumungsschuldner, wie im Falle der Fremdeinweisung der Eingewiesene, vor und auch nach dem Wegfall der Verfügung infolge der ordnungs-

³ In diesem Sinne der 2. Senat des OVG Münster in ständiger Rspr.: ZMR 1956, 429; ZMR 1957, 175 f.; ZMR 1957, 209. Zustimmend: *Haarmann* DVBl. 1957, 144 ff. (145); *Less* ZMR 1957, 221 ff. (223); *Drews-Wacke* 261; anscheinend auch *Rietdorf* § 19 Anm. 10 h. Im Ergebnis ebenso schon LVG Köln ZMR 1952, 283.

⁴ In der neueren Entscheidung ZMR 1961, 374 ff. (376) behandelt das OVG Münster allerdings den oben genannten Fragenkreis ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses und nicht – wie es die Formulierungen der in Fn. 3 angegebenen Entscheidungen erkennen lassen – als materiellrechtliches Problem. Übrigens ebenso unklar in dieser Frage OVG Lüneburg (vgl. u. S. 142 Fn. 15).

⁵ Diese vom OVG Münster verwendete Formulierung geht auf *Bachof* 113 f., 131, 133 zurück.

⁶ Vgl. o. S. 124, 41.

behördlichen Beschlagnahme in den Räumen des Eigentümers befindet. Wenn somit der Räumungsschuldner nach Wegfall der Inanspruchnahme, Bewegungsfreiheit und Verfügungsgewalt des Eigentümers widerrechtlich beeinträchtigt, so hat das unmittelbar die Ordnungsbehörde verursacht; auch sie ist für diesen Zustand verantwortlich und hat die entstandene Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage aus der Welt zu schaffen.

Wenn das OVG Münster demgegenüber geltend macht, daß eine Freimachungspflicht der Ordnungsbehörde dort entfällt, wo die Behörde den Räumungsschuldner nicht ausdrücklich durch Verfügung einzuweisen brauche, so vermag dieser Gesichtspunkt nicht zu überzeugen. Schon das Kriterium als solches, auf das das Gericht abstellt, ist angesichts der Uneinheitlichkeit und Vielgestaltigkeit der derzeitigen Vollstreckungs- und Einweisungspraxis unklar⁷ und hätte zumindest näher erläutert werden müssen, sollte die Ansicht des Gerichts nicht zu einer bedenklichen und insbesondere für den als Nichtstörer in Anspruch genommenen Eigentümer unbefriedigenden Rechtsunsicherheit führen. – Entscheidend spricht indessen gegen den vom OVG Münster geltend gemachten Gesichtspunkt, daß die nach dem Wegfall eines belastenden VA bestehende Divergenz zwischen tatsächlicher Lage und materieller Rechtslage, die üblicherweise eine Fbpflicht auslöst, nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit dem „Vollzug“ dieses VA durch Erlaß einer weiteren, vollzugsandrohenden Verfügung gegenüber einem Dritten stehen muß. Darauf wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen⁸. Es wäre auch im Hinblick auf den betroffenen Eigentümer nicht gerechtfertigt, daß die Ordnungsbehörde nur aus dem Grunde von einer Verpflichtung zur Freimachung freigestellt sein sollte, weil ihr die Rechtsordnung gestattet, sich bei der Wiedereinweisung den Umstand zunutze zu machen, daß sich der Räumungsschuldner noch in den Räumen des Eigentümers aufhält und nicht erst durch eine vollzugsandrohende Verfügung eingewiesen werden muß.

Im übrigen hat es den Anschein, daß auch das OVG Münster selbst nicht ent-

⁷ Das ist jüngst auch durch die Entscheidung des OLG Hamm NJW 1960, 1010 ff. (1017, zweitletzter Absatz) deutlich geworden. – Das OVG Münster unterscheidet bezüglich der Freimachungspflicht bei Wiedereinweisungen allein danach, ob lediglich eine Inanspruchnahme erforderlich ist oder ob die Behörde „den Räumungsschuldner in Anwesenheit des Gerichtsvollziehers wiedereinweist“ (ZMR 1957, 175 f.). Diese Abgrenzung ist lückenhaft und auch in der Entscheidung ZMR 1961, 374 ff. (375) vom OVG nicht besser verdeutlicht worden. Wohin sind die in der Praxis gar nicht seltenen Wiedereinweisungen nach einer symbolischen Räumung und die Einweisungs-fälle nach § 31 III WBG einzuordnen: bedarf es hier nur einer Inanspruchnahme, oder auch einer Einweisungsverfügung an den Räumungsschuldner? M. E. ist in den Fällen fingierter Zwangsäumung und Besitzentsetzung des Räumungsschuldners (§ 31 III WBG) auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen und eine Einweisungsverfügung an diesen, die sowieso nicht erfüllbar oder vollziehbar wäre, nicht erforderlich. Das dürfte erst recht für Wiedereinweisungen nach symbolischer Räumung gelten, da der symbolischen Räumung die Wirkung einer abgeschlossenen Vollstreckungshandlung zu versagen ist. In diesen Fällen ergehen somit eine Inanspruchnahme und ein Zuweisung (s. o. S. 117) ohne Verfügungscharakter. – Kritisch gegen die unklare Rspr. des OVG auch v. Eyll-Kipar 74.

⁸ Vgl. o. S. 88.

scheidend auf das Kriterium abstellt, ob im jeweiligen Wiedereinweisungsfalle eine vollzugsandrohende Einweisungsverfügung an den Räumungsschuldner erforderlich ist; maßgebend scheint dem Gericht vielmehr der Umstand, ob der Eigentümer nach Wegfall der Inanspruchnahme noch sein Räumungsurteil vollstrecken kann und ob aus diesem Grunde keine unmittelbaren und noch fortwirkenden nachteiligen Folgen mehr bestehen, welche rückgängig zu machen wären⁹. Dieser Eindruck wird auch durch eine jüngst veröffentlichte Entscheidung des OVG nicht zerstreut¹⁰.

Diesem Gesichtspunkt kann jedoch keine Bedeutung zukommen. Die materielle Entstehung der Freimachungspflicht hängt nicht davon ab, ob dem Eigentümer noch die Möglichkeit der Vollstreckung des früher erstrittenen Räumungsurteils offensteht. Es ist zwar richtig, daß – wie Less in Anlehnung an die Meinung des OVG Münster etwa dem Sinne nach geltend macht¹¹ – im Polizei- und Ordnungsrecht der Grundsatz der Subsidiarität gilt, demzufolge Verpflichtung und Befugnis der Polizei- und Ordnungsbehörden zum Eingreifen erst dann entstehen, wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht auf andere Weise, insbesondere durch Anrufung der ordentlichen Gerichte oder durch Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit Vollstreckungsmaßnahmen, beseitigt werden kann¹². Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß dieser Subsidiaritätsgrundsatz des Polizei- und Ordnungsrechts nicht uneingeschränkt gilt. Insbesondere innerhalb des Notstandsrechts bei der Rückabwicklung von Maßnahmen gegenüber einem Nichtstörer tritt er zurück. Das kann nicht besser verdeutlicht werden als durch die Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Freimachungspflicht der einweisenden Behörde im Zusammenhang mit der Obdachlosenunterbringung: weder das proOVG noch Schrifttum und Rspr. der Nachkriegszeit haben im Fall der Fremdeinweisung jemals die Entstehung der ordnungsbehördlichen Freimachungspflicht nach Wegfall der Inanspruchnahme davon abhängig gemacht, daß der Eigentümer die Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes nicht auf andere Weise – nämlich mit einer gegen den Eingewiesenen gerichteten Herausgabeklage

⁹ Das wird am Fall des § 31 III WBG deutlich. Denn hier bejaht das OVG eine Freimachungspflicht der Ordnungsbehörde allein deshalb, weil dem Eigentümer nicht mehr der Vollstreckungsweg offensteht. Konsequenterweise müßte das Gericht m. E. nämlich eine derartige Verpflichtung verneinen, wenn es wirklich darauf abstellte, ob sich die Tätigkeit der Behörde im Erlaß der Inanspruchnahme erschöpfe: denn im Falle des § 31 III WBG beschränkt sich das Handeln der Behörde auf den Erlaß dieser Verfügung (zumal das Mitteilungsverfahren nach Ansicht dieses Gerichts nicht getrennt vom Einweisungsverfahren erfolgt; vgl. S. 119). Überhaupt sei darauf hingewiesen, daß auch der Bundesgesetzgeber selbst davon ausgeht, daß die Ordnungsbehörde in Fällen der Wiedereinweisung grundsätzlich zur Freimachung der Räume verpflichtet sei; denn nur mit Rücksicht auf diese Verpflichtung hält er einen Verbrauch des Räumungstitels für vertretbar (vgl. amtliche Ausschlußbegründung zu § 31 WBG, abgedruckt bei Hans zu § 31).

¹⁰ OVG Münster ZMR 1961, 374 ff. (375).

¹¹ Less ZMR 1957, 221 ff. (223 vor III).

¹² In diesem Sinne – jeweils mit weiteren Nachweisen – Drews-Wacke 109; Wiethaup 41; Baur JZ 1962, 73 ff. (75); anderer Auffassung dagegen Lassally 192; Hurst DVBl. 1962 (113); Martens JuS 1962, 245 ff. (247); Scheerbarth 27.

vor dem Zivilgericht – erreichen könne¹³. Vielmehr haben sie bezüglich der „Freistellung des Eigentümers von allen ihm durch das Eingreifen der Ordnungsbehörde erwachsenen Lasten“¹⁴ stets, wenn auch nicht ausdrücklich, dem für das Notstandsrecht maßgebenden Grundsatz des höchstmöglichen Schutzes der Interessen und Belange des betroffenen Nichtstörers in der Weise den Vorrang vor dem Subsidiaritätsprinzip eingeräumt, daß sie die Entstehung der ordnungsbehördlichen Freimachungspflicht unabhängig von der Möglichkeit des Eigentümers bejaht haben, den Eingewiesenen im ordentlichen Rechtsweg herauszuklagen.

Dieser Gesichtspunkt aber darf für die Wiedereinweisung nicht außer Betracht bleiben: auch im Falle der Wiedereinweisung kann jener Grundsatz des Notstandsrechts – Gewährleistung eines höchstmöglichen Schutzes des als Nichtstörer in Anspruch Genommenen – konsequenterweise allein dahin verstanden werden, daß die Verpflichtung der Ordnungsbehörde, die beschlagnahmten Räume nach Wegfall der Inanspruchf. freizumachen, unbeschadet des in der Regel gegebenen Vollstreckungsweges gegen den Räumungsschuldner *entsteht*¹⁵.

§ 18 Die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für die Freimachungsklage

I. Problemstellung und gegenwärtiger Stand der Meinungen

Nach Wegfall der Inanspruchf. steht dem Eigentümer im Falle der Wiedereinweisung nach materiellem Recht einmal ein öffentlich-rechtlicher Freimachungsanspruch gegen die Ordnungsbehörde, zum anderen ein zivilrechtlicher Herausgabeanspruch gegen den Eingewiesenen zu, und schließlich hat der Eigentümer, zumindest im Regelfalle der vorzeitigen Wiedereinweisung, noch die Möglichkeit, das seinerzeit gegen den Eingewiesenen erwirkte zivilgerichtliche Räumungsurteil zu vollstrecken. Der Durchsetzung dieser Rechte mit Hilfe der staatlichen Gerichte sind – infolge des Klageerfordernisses des Rechtsschutzbedürfnisses – gewisse Grenzen gesetzt, die teilweise schon in anderem Zusammenhang zur Behandlung

¹³ Vgl. statt mehrerer prOVG Bd. 92, 108 ff. (111) und *Drews-Wacke* 261: *Wacke* hält die Ordnungsbehörde gerade wegen der Gefahr für die öffentliche Ordnung, die in dem Weiterverbleib des Obdachlosen nach Wegfall der Inanspruchf. liege, zur Freimachung der Räume verpflichtet, ohne dabei dem zivilrechtlichen Herausgabeanspruch gegen den eingewiesenen Obdachlosen Bedeutung für die Entstehung der behördlichen Verpflichtung beizumessen.

¹⁴ In Anlehnung an die vom pr. OVG a. a. O. gewählte Formulierung.

¹⁵ Im Ergebnis wie hier wohl OVG Lüneburg, wenn es in DWW 1954, 199 beiläufig bemerkt, daß die Freimachungspflicht „unabhängig“ von der durch Urteil festgestellten Räumungsverpflichtung des Räumungsschuldners entstehe. In den späteren Entscheidungen ZMR 1955, 253 und ZMR 1956, 249 bejaht das OVG Lüneburg mit dieser Begründung nicht die Entstehung der Freimachungspflicht, sondern das Rechtsschutzbedürfnis für eine Freimachungsklage. Das erscheint bedenklich. Ob ein Erfolg von verschiedenen Schuldnern geschuldet wird bzw. sich aus jeweils verschiedenen, voneinander „unabhängigen“ tatsächlichen Ereignissen und verschiedenen Anspruchsgrundlagen herleiten läßt, ist eine Frage des materiellen Rechts. Für die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses sind allein prozeßökonomische Gesichtspunkte maßgebend.

standen¹. Im folgenden bedarf allein noch der Erörterung, ob der Eigentümer in dem Falle, daß er sein früher erstrittenes Räumungsurteil gegen den Eingewiesenen noch vollstrecken kann, statt dessen mit Aussicht auf Erfolg auch seinen Freimachungsanspruch im Verwaltungsrechtsweg gegen den Hoheitsträger der Ordnungsbehörde durchzusetzen vermag: oder hat dann das Verwaltungsgericht dem Eigentümer unter Hinweis auf die Vollstreckbarkeit seines Räumungstitels eine Sachentscheidung mangels Rechtsschutzbedürfnisses zu verweigern?

Die aufgeworfene Frage ist in Schrifttum und Rspr. – aus mehreren Gründen² – wenig erörtert. Gelegentlich stößt man auf die nicht näher begründete Bemerkung, daß der Freimachungsanspruch des Eigentümers auch dann durchgreife, wenn dieser noch einen vollstreckungsfähigen Räumungstitel habe³ – was wohl besagen soll, daß auch die gerichtliche Durchsetzbarkeit dieses Freimachungsanspruchs zu bejahen sei. Begründet hat seine Auffassung zu der hier aufgeworfenen Frage lediglich *Loppuch*. Er verneint das Rechtsschutzbedürfnis für eine Freimachungsklage: der Eigentümer habe bereits die Vollstreckung aus dem Räumungsurteil eingeleitet; dieses „Verfahren“ sei im Gang und noch nicht abgeschlossen, daher müsse ihm der Eigentümer durch erneuten Vollstreckungsauftrag Fortgang geben⁴. Diese Ansicht vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung⁵ zu befriedigen. Eine Erörterung der Frage, ob die Vollstreckungsmöglichkeit aus dem Räumungsurteil das Rechtsschutzbedürfnis für eine Freimachungsklage ausschließe, erscheint daher geboten.

¹ So die Frage des Verhältnisses zwischen Freimachungspflicht und zivilgerichtlicher Herausgabe Klage im Fall der Fremdeinweisung: vgl. o. S. 79 f. – Zum Verhältnis zwischen Räumungstitel und erneuter Herausgabe Klage vgl. u. S. 144 f.

² Einmal: vielfach wird entweder die Vollstreckbarkeit des Räumungsurteils nach der Wiedereinweisung generell verneint (vgl. *Mohr* ZMR 1955, 195 f.; *Bettermann* MDR 1957, 130 ff.) oder das Bestehen eines Freimachungsanspruchs in Abrede gestellt (vgl. OVG Münster ZMR 1956, 429); nach diesen Ansichten kann die aufgeworfene Frage überhaupt nicht praktikabel werden. – Im übrigen: wo neben der Vollstreckbarkeit des Räumungsurteils eine Freimachungspflicht der Behörde bejaht wird, scheint man auch unbewußt geneigt zu sein, diese Verpflichtung nicht durch prozessuale Einwände für den betroffenen Eigentümer wieder zu entwerten.

³ So etwa *Hans* § 6 Anm. 3 I; VG Bremen DWW 1955, 198; württbadVGH VerwRspr. 12, 1001 ff. (1003).

⁴ So ist die Bemerkung von *Loppuch* NJW 1955, 117 f. (118) zu verstehen, wenn er auf *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 31 verweist.

⁵ *Loppuch* würdigt die Frage an Hand von Kriterien, die in der Prozeßrechtslehre gemeinhin als Folgen der Rechtshängigkeit eines Verfahrens bezeichnet werden. – Im übrigen geht er zu Unrecht davon aus, die Zwangsvollstreckung sei ein innerlich zusammenhängendes Verfahren, das sich (vom Vollstreckungsauftrag oder von der Terminansetzung an) bis zur endgültigen Gläubigerbefriedigung oder doch vollständigen Durchführung der Vollstreckungshandlung fortentwickle und bis zu diesem Zeitpunkt auch Bestand habe. – Die Zivilprozeßlehre hat einen an das „Erkenntnisverfahren“ anknüpfenden „Verfahrens“-Begriff für die Zwangsvollstreckung jedoch nicht entwickelt. Nur vom Beginn (Gewaltanwendung des Gerichtsvollziehers) und vom Ende der „Zwangsvollstreckung“ (Gläubigerbefriedigung bzw. Durchführung der Vollstreckungshandlung) ist gelegentlich die Rede; vgl. *Stein-Jonas*, Vorbem. A VII 2, 3 vor § 704; *Wieczorek* § 704 Anm. F III. Aber auch soweit es zur Einstellung oder zum tatsächlichen Stillstand der Vollstreckung komme (vgl. zu diesen Begriffen *Rosenberg* § 187 I 1), handele es sich – offensichtlich ungeachtet der Vollstreckungskostenrege-

II. Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Freimachungsklage

An den Anfang dieser Erörterung gehört zunächst die Feststellung, daß das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit als allgemeine Prozeßvoraussetzung jeder verwaltungsgerichtlichen Klage anerkannt ist⁶; die prozeßökonomischen Gründe, die zur Entwicklung und Einführung dieses Verfahrenserfordernisses in das Zivilprozeßrecht geführt haben, sind in gleicher oder doch ähnlicher Weise für das verwaltungsgerichtliche Verfahren maßgebend und bedeutsam.

Weiter darf auch festgestellt werden, daß das Rechtsschutzbedürfnis nicht in jedem Klagefall positiv bewiesen werden muß. So ist für das Zivilprozeßrecht anerkannt, daß sich das Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage regelmäßig schon aus dem Charakter dieser Klage selbst ergibt und in fast allen Fällen, ohne daß es eines besonderen Nachweises des Klägers bedürfe, zu bejahen ist: wo das materielle Recht jemandem einen Leistungsanspruch zubillige, solle auch regelmäßig die Durchsetzbarkeit dieses Anspruches gewährleistet sein⁷. Dieser Grundsatz darf in gleicher Weise für die Leistungsklage des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Geltung beanspruchen.

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, daß auch diese „Vermutung“ für die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Leistungsansprüchen in besonderen Fällen auf Grund prozeßökonomischer Erwägungen widerlegt werden kann⁸: so kann gelegentlich selbst im Hinblick auf Leistungsklagen der in der Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis allgemein anerkannte Grundsatz Platz greifen, nach dem es des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Klage ermangele, wenn dem Kläger, um den mit der Klage erstrebten Erfolg herbeizuführen, ein im Vergleich zu diesem Klageweg einfacherer, nicht mit zusätzlichen finanziellen Opfern verbundener Verfahrensweg offensteht⁹.

Ein einfacherer Weg als der Klageweg steht dem Kläger dort zur Wahl, wo er den mit der Klage erstrebten Erfolg unmittelbar durch Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen herbeiführen kann, ohne zuvor genötigt zu sein, sich erst durch ein Erkenntnisverfahren einen (neuen) Vollstreckungstitel zu verschaffen. So ist für einen Zwangsverwalter der einfachere Weg, gegen die auf dem zwangsverwalteten Grundstück wohnenden Schuldner das Zwangsverfahren des § 149 II ZVG einzuleiten, als sich erst im Wege einer Räumungsklage gegen die Schuldner

lung – um Beendigung der Vollstreckung; ein erneuter Vollstreckungsauftrag leite einen völlig neuen Vollstreckungsvorgang ein (in diesem Sinne wohl *Stein-Jonas*, a. a. O.; RGZ 31, 410 ff., 412 a. E.). – Damit erweist sich der Ausgangspunkt *Loppuchs* vom „fortbestehenden Vollstreckungsverfahren“ als unzutreffend.

⁶ Vgl. *Koehler*, Vorbem. VII 1 vor §§ 42, 43; *Redeker-v. Oertzen* § 42 Rdn. 72; *Tietgen* DVBl. 1960, 261 ff. (261).

⁷ Vgl. *Stein-Jonas*, Vorbem. IV 2 a vor § 253; *Rosenberg* § 85 II 2 b.

⁸ Das übersieht wohl jene gelegentlich geäußerte Ansicht, die unbeschadet der Vollstreckbarkeit des Räumungstitels ohne Prüfung das Rechtsschutzbedürfnis für eine Freimachungsklage – deren Charakter als Leistungsklage ja außer Zweifel steht – bejaht.

⁹ Vgl. *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 25 f.; *Stein-Jonas*, Einleitung D III 2 b vor § 1; *Rosenberg*, a. a. O.

einen Titel zu verschaffen; für einen Vermieter ist es auch einfacher, sein durch die Wiedereinweisung nicht verbrauchtes Räumungsurteil gegen den früheren Mieter zu vollstrecken, als erst mittels zivilgerichtlicher Klage gegen diesen einen neuen Titel zu erwirken.

Dieser Grundsatz bezieht sich jedoch nicht nur – wie es nach obigen, dem Schrifttum entnommenen Beispielen den Anschein haben möchte – auf die Fälle, in denen die Personen, gegen die die Vollstreckung und das Erkenntnisverfahren gerichtet werden könnten, identisch sind. Vielmehr wird dieser Grundsatz auch dann gelten, wenn Vollstreckungsschuldner und Beklagter verschiedene Personen sind. Denn vom prozeßökonomischen Standpunkt aus bleibt der Vollstreckungsweg stets der einfachere Weg, unbeschadet der allein materiellrechtlichen Frage, ob sich der im Erkenntnisverfahren einklagbare Leistungsanspruch, wie in obigen Beispielen, gleichfalls gegen den Vollstreckungsschuldner oder gegen einen uneteiligten Dritten richtet. Das bedeutet, daß dem Eigentümer mit der Einleitung¹⁰ neuer Vollstreckungsmaßnahmen gegen den eingewiesenen Räumungsschuldner ein einfacherer Weg als die Freimachungsklage gegen den Hoheitsträger der Ordnungsbehörde zur Verfügung steht.

Erweist sich der Weg der Vollstreckung des Räumungsurteils als der einfachere Weg, so besteht gleichwohl ein Rechtsschutzbedürfnis des Eigentümers für die Freimachungsklage, sofern diese – im Vergleich zum Vollstreckungsweg – mit geringeren finanziellen Nachteilen und Risiken für den Eigentümer verbunden ist. Kann der Eigentümer Freimachungsklage gegen den Hoheitsträger der Ordnungsbehörde erheben, so hat er nach Erlangung des obsiegenden Urteils keine finanziellen Einbußen auf Dauer zu besorgen: die Kosten des Erkenntnisverfahrens, der etwa erforderlichen Zwangsvollstreckung und der (freiwillig oder durch Zwangsgeld erwirkten) Umquartierung des Eingewiesenen trüge allein der unterlegene beklagte Hoheitsträger¹¹.

Ist der Eigentümer auf den Vollstreckungsweg angewiesen, trägt zwar grundsätzlich der seinerzeit im Mietprozeß unterlegene Räumungsschuldner die Kostenlast der Zwangsvollstreckung; soweit die Kosten von diesem aber nicht eingezogen werden können, ist der Eigentümer Kostenschuldner¹². Da es vielfach umständlich und schwierig ist, die Vollstreckungskosten beim Räumungsschuldner beizutreiben, wird in der Praxis regelmäßig nach Anberaumung des Zwangsäumungstermins gemäß § 5 GvKostG beim Eigentümer ein Kostenvorschuß erhoben – mit der Folge, daß der Eigentümer zumindest vorläufig die Kostenlast der Zwangsäumung trägt und es ihm aufgebürdet wird, beim primären Kostenschuldner Regreß zu nehmen.

Unter diesen Umständen liegt die Annahme nahe, daß das Regreßrisiko, welches der Eigentümer mit der erneuten Einleitung der Zwangsvollstreckung und der Anberaumung eines zweiten Räumungstermins eingeht, ein Rechtsschutz-

¹⁰ Nicht „Fortsetzung“ des bisherigen „Verfahrens“; vgl. o. S. 143 und Fn. 5.

¹¹ § 154 VwGO. – §§ 788 ZPO, 167 I VwGO, 888 ZPO.

¹² §§ 788 ZPO, 3 GvKostG; vgl. auch *Schröder-Kay* § 3 Anm. 6.

bedürfnis für die Freimachungsklage rechtfertige. Nun könnte man allerdings einwenden, daß der eventuelle Nachteil, den Kostenvorschuß vom Räumungsschuldner nicht erstattet zu bekommen, den Eigentümer auch dann träfe, wenn die Ordnungsbehörde nicht eingegriffen hätte: dieser Nachteil des Vollstreckungsweges dürfe bei der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für die Freimachungsklage nicht berücksichtigt werden.

Der Einwand, der Eigentümer könne sich dem mit jeder Zwangsäumung üblicherweise verbundenen Regreßrisiko des kostenvorschießenden Gläubigers nicht durch Verklagung des Hoheitsträgers der freimachungspflichtigen Behörde entziehen, ist nicht überzeugend. Er läßt nämlich unberücksichtigt, daß die Zwangsvollstreckung in der Regel erst im zweiten Räumungstermin zu den vom Eigentümer erstrebten Erfolg führt¹³ und daß der Eigentümer bereits infolge des ersten ergebnislosen Räumungstermins durchweg finanzielle Einbußen gehabt hat; denn regelmäßig hatte der Gerichtsvollzieher¹⁴ oder auf dessen Geheiß der Eigentümer schon für den ersten Termin zwecks reibungsloser Durchführung der Ääumung eine Transportfirma samt einigen Arbeitskräften bestellt, diese Bestellung aber infolge der kurz vor oder erst während der Ääumung ausgesprochenen Wiedereinweisung meist nicht ohne Kostennachteile (Ersatz für Aufwendungen und entgangenen Gewinn des Spediteurs) rückgängig machen können¹⁵. Führt nun aber die ordnungsbehördliche Wiedereinweisung vielfach zu einer *Erhöhung* der sonst üblicherweise mit der Vollstreckung verbundenen finanziellen Nachteile, ehe der Eigentümer sein Ziel erreicht, so kann ihm nicht zugemutet werden, möglicherweise auch noch die sich aus der Durchführung der Ääumung im *zweiten* Termin ergebenden Kosten zu tragen¹⁶ – wenn gleichzeitig auch die Ordnungsbehörde, die die zusätzlichen Kosten des ersten Termins und das erhöhte Regreßrisiko verursacht hat, verpflichtet ist, den vom Eigentümer erstrebten Erfolg mit eigenen Mitteln herbeizuführen. Unter diesen Umständen wird man den Eigentümer nicht lediglich auf den Weg der Zwangsvollstreckung verweisen dürfen, sondern muß ihm grundsätzlich auch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Freimachungsklage zubilligen.

¹³ Nur selten ist nach Erlaß der Inanspruchn. noch eine vorzeitige Absetzung des Räumungstermins möglich.

¹⁴ Nach Anforderung eines entsprechenden Kostenvorschusses.

¹⁵ Zur Höhe dieser Kosten vgl. *Büning* ZMR 1960, 192, der es aber unterläßt, aus dieser Kostenverteilung Folgerungen für das prozessuale Rechtsschutzbedürfnis des Eigentümers zu ziehen. – *Bauer* (WM 1960, 150 f., und WM 1962, 133 ff., 134) zieht aus dieser Kostenlast des Eigentümers materiellrechtliche Konsequenzen: er benutzt sie u. a. auch zur Rechtfertigung des Freimachungsanspruchs selbst.

¹⁶ Zwar tritt durch die *A n s e t z u n g* eines zweiten Räumungstermins keine Gebührenerhöhung ein: die Gebühr erhöht sich nach § 25 III GvKostG nur, wenn eine erneute Terminansetzung nach gerichtlich gewährtem Vollstreckungsschutz erforderlich wird; die Aufzählung in § 25 III GvKostG ist erschöpfend (vgl. *Schröder-Kay* § 25 Anm. 24). Wohl aber entstehen die Gebühr für die Durchführung der Vollstreckung nach § 24 I GvKostG sowie die mit der Leerräumung der Wohnung verbundenen Auslagen.

SCHLUSS

Ergebnisse

1. Der Obdachlose ist Destinatar und hat einen Abwendungsanspruch gegen die Ordnungsbehörde, die seine Unterbringung aus ermessensfehlerhaften Gründen ablehnt (o. S. 37 ff.).

2. Die Ordnungsbehörde ist dem in Anspruch genommenen Eigentümer gegenüber regelmäßig zum Ersatz der Schäden verpflichtet, die der eingewiesene Obdachlose in dessen Räumen anrichtet (o. S. 46 f.).

3. Der eingewiesene Obdachlose hat keinen Anspruch auf ein für sein gesamtes Mobiliar ausreichendes Unterkommen; dennoch wird die Gemeinde, die Möbelstücke des Obdachlosen zur Aufbewahrung entgegennimmt, meist in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig (o. S. 51 ff.).

4. Der eingewiesene Obdachlose ist Besitzer der für ihn bereitgestellten Privaträume und übt ein beschränktes Hausrecht in ihnen aus (o. S. 64 ff.).

5. Der Wegfall der Inanspruchn. führt zu einer Umwandlung der bisherigen Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde, Eigentümer und eingewiesenem Obdachlosen. Beläßt die Behörde den Obdachlosen nach Wegfall der Inanspruchn. weiterhin in den beschlagnahmten Räumen, so ist darin keine konkludente Verlängerung der Inanspruchn. zu erblicken (o. S. 74 f., 100).

6. Der Eigentümer hat einen Anspruch darauf, daß die Ordnungsbehörde den eingewiesenen Obdachlosen aus den bereitgestellten Privaträumen entfernt. Dieser Anspruch ergibt sich aus Art. 20 III GG (o. S. 85 ff.).

7. Sofern die Ordnungsbehörde diesen Anspruch nicht alsbald erfüllt, kann der Eigentümer diese Behörde im Verwaltungsrechtsweg auf Freimachung der in Anspruch genommenen Räume verklagen. Dieses Klagebegehren stellt eine Leistungsklage dar, die ein Vorverfahren nicht erfordert (o. S. 90 ff., 98 ff.).

8. Die Wiedereinweisung eines Räumungsschuldners bewirkt keine Durchbrechung der Rechtskraft, Tatbestands-, Gestaltungs- und Feststellungswirkung des Räumungsurteils. Die Rechtmäßigkeit der Wiedereinweisung beurteilt sich nach der Werthöhe der im Einzelfalle miteinander kollidierenden Interessen (o. S. 112 ff.).

9. In den Fällen des § 31 III WBG kann die Ordnungsbehörde neben dem ordnungsrechtlichen Beschlagnahmeverfahren das vollstreckungsrechtliche Mitteilungsverfahren durchführen. Beide Verfahren dürfen nicht miteinander kombiniert werden (o. S. 117 ff.).

10. Die Wiedereinweisung stimmt hinsichtlich der Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Ordnungsbehörde, Eigentümer und Räumungsschuldner mit der Fremdeinweisung im wesentlichen überein. Darüber hinaus löst sie vorübergehend vollstreckungsrechtliche Wirkungen aus (o. S. 124 f., 126 ff.).

11. Ist im Falle der Wiedereinweisung die Inanspruchn. der Ordnungsbehörde

weggefallen, so ist das vom Eigentümer seinerzeit erstrittene Räumungsurteil vollstreckbar, wenn vor der ordnungsrechtlichen Wiedereinweisung weder das Räumungsurteil vollständig vollstreckt noch – im Falle des § 31 III WBG – das Mitteilungsverfahren durchgeführt worden war (o. S. 128 ff., 137).

12. Auch im Falle der Wiedereinweisung hat der Eigentümer nach Wegfall der Inanspruchn. einen Freimachungsanspruch gegen die Ordnungsbehörde. Für eine klageweise Geltendmachung dieses Anspruchs ist ihm ein Rechtsschutzbedürfnis selbst dann zuzuerkennen, wenn er noch ein vollstreckbares Räumungsurteil gegen den Räumungsschuldner besitzt (o. S. 138 ff., 142 ff.).

D 6

LEBENS LAUF

Am 24. Juni 1934 wurde ich, Hermann Johannes Wilhelm Hegel, evangelisch, in Hamm/Westf. als Sohn des damaligen Justizinspektors Heinrich Hegel und seiner Ehefrau Gertrud geb. Kann geboren. Ein Jahr später verzogen meine Eltern nach Paderborn.

Nach vierjähriger Volksschulzeit besuchte ich das humanistische Gymnasium Theodorianum Paderborn; an dieser Schule bestand ich im Frühjahr 1954 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1954 begann ich mit dem juristischen Studium. Ich studierte in Göttingen, Freiburg, München und Münster/Westf. Im Oktober 1958 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm/Westf. die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit Ende 1958 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst, den ich zwischenzeitlich mehrfach unterbrochen habe. Meine mündliche Doktorprüfung vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster/Westf. legte ich am 19. Mai 1962 ab.