

**– Ausschussvorlage INA 20/71 –
– Ausschussvorlage SIA 20/86 –
– öffentlich –**

**Stellungnahmen der Anzuhörenden zur mündlichen Anhörung
des Innenausschusses und des Ausschusses für Soziales und Integration**

Sitzung am 17. Mai 2023

Gesetzentwurf

Fraktion DIE LINKE

**Gesetz zur vorübergehenden Unterbringung von Geflüchteten
und Asylsuchenden und zur Abwendung von Obdachlosigkeit**

– Drucks. [20/10475](#) –

- | | | |
|----|---|-------|
| 7. | Hessischer Landkreistag | S. 32 |
| 8. | Prof. Dr. Michael Bäuerle
Hessische Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit (HöMS) | S. 33 |
| 9. | Prof. Dr. Michael Goldhammer
EBS – Universität für Wirtschaft und Recht | S. 38 |



Hessischer
Landkreistag

Hessischer Landkreistag · Frankfurter Str. 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Innenausschuss und
Sozial- und Integrationspolitischer Ausschuss
zu Hd. Herrn Ausschussvorsitzenden
Christian Heinz

Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Frankfurter Str. 2
65189 Wiesbaden

Telefon (0611) 17 06 - 0
Durchwahl (0611) 17 06 - 17

Telefax-Zentrale (0611) 17 06 - 27
PC-Fax-Zentrale (0611) 900 297-70
PC-Fax-direkt (0611) 900 297-

e-mail-Zentrale: info@hlt.de
e-mail-direkt: hissnauer@hlt.de
www.HLT.de

Datum: 11.05.2023
Az. : Hiss/L023.3; 484.20

Anhörung des Innenausschusses und des Sozial- und Integrationspolitischen Ausschusses des Hessischen Landtages zu dem Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE zur vorübergehenden Unterbringung von Geflüchteten und Asylsuchenden und zur Abwendung von Obdachlosigkeit – Drucksache 20/10475-
Ihr Schreiben vom 3. April, AZ 1 2.2

Sehr geehrter Herr Heinz,

wir bedanken uns für Ihr o.g. Schreiben mit dem Sie uns Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE zur vorübergehenden Unterbringung von Geflüchteten und Asylsuchenden und zur Abwendung von Obdachlosigkeit gegeben haben. Die Landkreise hatten Gelegenheit zu dem vorliegenden Gesetzentwurf eine Stellungnahme abzugeben. Zudem war der Gesetzentwurf Gegenstand der Erörterungen im Rechts- und Europaausschuss des Hessischen Landkreistages. Aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes des Eigentums wird der vorliegende Gesetzentwurf abgelehnt. Ferner möchten wir noch einmal darauf hinweisen, dass der Unterzeichner an der mündlichen Anhörung dazu am 17. Mai teilnehmen wird.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Jan Hilligardt
Direktor

Prof. Dr. Michael Bäuerle

Curtmannstr. 4
35394 Gießen
0641/4808338
michael.baeuerle@hfpv-hessen.de

An den
Hessischen Landtag
- Ausschussgeschäftsführung –
per E-Mail

Gießen, den 11. Mai 2023

Öffentliche Anhörung im Innenausschuss und Sozial- und Integrationspolitischen Ausschuss des Hessischen Landtags am 17. Mai 2023

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Heinz, sehr geehrter Herr Vorsitzender Promny, sehr geehrte Damen und Herren,

für die Einladung zu und Gelegenheit zur Stellungnahme in der o.g. Anhörung bedanke ich mich herzlich, reiche die nachfolgende Stellungnahme ein und bitte, die Verspätung zu entschuldigen. An der mündlichen Anhörung kann ich leider aus terminlichen Gründen nicht teilnehmen.

Mit freundlichen Grüßen

Michael Bäuerle

Stellungnahme
zu dem

Gesetzentwurf, der Fraktion DIE LINKE

„Gesetz zur vorübergehenden Unterbringung von Geflüchteten und Asylsuchenden und zur Abwendung von Obdachlosigkeit“

(LT-Drucks. 20/10475)

I. Vorbemerkung

Es ist rechtswissenschaftlich allgemein anerkannt, dass zur Vermeidung von Obdachlosigkeit, die regelmäßig eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt, oder zur Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben geeignete Räumlichkeiten staatlicherseits vorübergehend sichergestellt werden können, soweit dabei der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.¹

Juristisch umstritten ist die Frage, ob es dafür der Schaffung einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, oder ob eine solche Maßnahme auch auf der Grundlage der „klassischen“ polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen – also etwa der allgemeinen Sicherstellungsvorschrift (in Hessen: § 40 HSOG) oder der sog. polizeilichen Generalklausel² (in Hessen: § 11 HSOG) – erfolgen darf.³

Indem der vorliegende Gesetzentwurf eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorsieht, würde sich bei seiner Verabschiedung dieser juristische Streit für entsprechende Maßnahmen in Hessen erübrigen. Der Gesetzentwurf ist insoweit angelehnt an Regelungen, die in die Polizeigesetze Hamburgs und Bremens im Jahr 2015 aufgenommen (§ 14a HmbSOG, 26a BremPolG⁴), nach Ablauf ihrer befristeten Geltungsdauer aber nicht verlängert wurden.⁵

¹ Vgl. statt vieler nur Ewer/Mutschler-Siebert, Die Unterbringung von Flüchtlingen – Bau-, ordnungs- und vergaberechtliche Aspekte, NVwZ 2016, S. 11 (14) mit weiteren Nachweisen.

² So etwa OVG Lüneburg, NVwZ 2016, S. 164 ff.

³ Dazu mit weiteren Nachweisen Fischer, Möglichkeiten und Grenzen der Beschlagnahme von Immobilien zur Flüchtlingsunterbringung, NVwZ 2015, S. 1644 ff.

⁴ Jeweils in der bis 31.3.2017 geltenden Fassung.

⁵ Vgl. zur Befristung dieser Vorschriften § 88 Abs. 3 BremPolG in der bis 7.12.2020 geltenden Fassung sowie § 3 Abs. 1 des Hamburgischen Gesetzes zur Flüchtlingsunterbringung in Einrichtungen vom 2.10.2015 (GVBl. S. 245).

Die intendierte Sicherstellung privater Grundstücke, Gebäude oder Gebäudeteile schränkt zwar das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) der betroffenen Gebäude- oder Grundstückseigentümer deutlich ein. Dies stellt sich jedoch bei einer entsprechenden Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage grundsätzlich als zulässige sog. Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar.

Dies ist mit dem vorliegenden Gesetzentwurf eine solche Ausgestaltung jedoch m.E. – wie im Folgenden darzulegen sein wird – nicht in vollem Umfang gelungen. Zum erleichtert der Entwurf die Sicherstellung um Vergleich zu den Regelungen aus Hamburg und Bremen in bedenklicher Weise. Zudem erscheinen auch die von dort übernommenen Regelungen teilweise verfassungsrechtlich angreifbar:

II. Zu Art. 1 Nr. 2

Übergreifender Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist insoweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der verlangt, dass die eigentumseinschränkende Bestimmung geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁶ Insoweit ergeben sich Bedenken vor allem hinsichtlich der in § 40a Abs. 1 S. 1 HSOG-E vorgesehenen Vorgaben für die Zwecke, zu denen die Sicherstellung erfolgen darf.

1. § 40a Abs. 1 S. 1 HSOG-E

Nach dem Wortlaut des Entwurfs ist hier der Zweck „der Unterbringung von Geflüchteten oder Asylsuchenden“ eine *Alternative* („oder“) zu den Zwecken „Abwendung von Obdachlosigkeit“ und „Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben“. Danach ist eine Sicherstellung von Grundstücken und Gebäuden tatbestandlich auch dann zulässig, wenn ohne sie weder Obdachlosigkeit noch Leibes- oder Lebensgefahren drohen. Begrenzt wäre sie – außer durch Nichtnutzung des Grundstücks oder Gebäudes – lediglich durch die in S. 2 Nr. 2 vorgesehene Voraussetzung des Fehlens von Plätzen in den vorhandenen Aufnahmeeinrichtungen.

Zwar bleibt die angemessene Unterbringung auch in diesen Fällen sicherlich ein legitimer öffentlicher Zweck; dass dieser jedoch ohne das Hinzutreten gegenwärtiger erheblicher Gefahren für die Unterzubringenden die gravierende Eigentumsbeschränkung aufzuwiegen vermag, ist mehr als fraglich.

Aus diesem Grunde hatten § 14a Abs. 1 HmbSOG a.F. und § 26a Abs. 1 BremPolG a.F. die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Sicherstellung so gefasst, dass die Zwecke der Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylsuchenden und der Abwehr von Gefahren für Leib und Leben *kumulativ* vorliegen mussten.

Es wird daher angeregt, auch § 40a Abs. 1 S. 1 HSOG-E entsprechend zu ändern.

⁶ Vgl. BVerfGE 75, 78 (87 f.); 76, 220 (238); 92, 262 (273); 110, 1 (28).

Erst damit wäre auch die Schwelle überschritten, die nach allgemeinen Polizeirecht unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten regelmäßig für die Inanspruchnahme von sog. Nichtstörern (in Hessen: § 9 HSOG) überwunden werden muss.⁷ Die betroffenen Eigentümer/innen wären Nichtstörer in diesem Sinne, da sie die den Geflüchteten oder Asylsuchenden drohenden Gefahren nicht verursacht haben (würden).

2. § 40a Abs. 1 S. 2 HSOG-E

Auch hinsichtlich der teilweise aus Hamburg und Bremen übernommenen Regelungen in § 40 Abs. 1 S. 2 lassen sich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten Bedenken geltend machen:

a) § 40a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HSOG-E

Bezüglich der in § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HSOG-E vorgesehenen Voraussetzung der Nichtnutzung des Gebäudes ergeben sich diese insoweit, als die Regelung zwar – anders als die aus Hamburg und Bremen – für die Nichtnutzung immerhin eine Mindestfrist vorsieht. Diese ist jedoch mit drei Monaten vergleichsweise kurz und verlangt zudem keine Berücksichtigung des Grundes der Nichtnutzung.

Tatbestandlich käme damit eine Sicherstellung auch in Fällen von Immobilien in Betracht, bei denen etwa eine beabsichtigte Vermietung (noch) nicht gelungen oder über eine intendierte neue Form der Nutzung legitimer Weise noch nicht entschieden worden ist. Zwar wäre in solchen Fällen auch die eigentliche behördliche Sicherstellung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen und würde ihr u.U. entgegenstehen; um diesen Grundsatz bereits in der gesetzlichen Grundlage zu berücksichtigen erschiene es m.E. ratsam, in Abs. 1 S. 2 Nr. 1 eine weitere Eingrenzung vorzunehmen.

Etwa mit der Formulierung:

1. „das Grundstück, das Gebäude oder der Grundstücks- oder Gebäudeteil seit mindestens drei Monaten ungenutzt *und eine Nutzung in den kommenden drei Monaten nicht zu erwarten ist*;“

2. (...).

Die Sicherstellung ist nur zulässig, wenn überwiegende schutzwürdige Belange der Eigentümerin oder des Eigentümers nicht entgegenstehen.

(...)

⁷ Ungeachtet der Frage, ob § 9 HSOG nicht auch bei Vorliegen einer Spezialregelung greifen würde (vgl. dazu Fischer, Möglichkeiten und Grenzen der Beschlagnahme von Immobilien zur Flüchtlingsunterbringung, NVwZ 2015, S. 1644 ff.

b) § 40a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 HSOG-E

Hinsichtlich des in Abs. 1 S. 2 Nr. 2 vorgesehenen Erfordernisses fehlender Plätze in den vorhandenen Aufnahmeeinrichtungen⁸ erweist sich die Sicherstellung privater Grundstücke oder Gebäude insoweit m.E. nur dann als erforderlich und angemessen, wenn auch andere Möglichkeiten einer angemessenen Unterbringung (etwa die Anmietung von Räumen durch die Kommune oder das Land) ausgeschöpft sind. Insoweit wäre eine Ergänzung des Textes in Erwägung zu ziehen.

Etwa mit der Formulierung:

1. (...).
 2. die in den vorhandenen Erstaufnahme-, Folgeeinrichtungen oder Obdachlosenunterkünften zur Verfügung stehenden Plätze zur angemessenen Unterbringung der Geflüchteten, Asylsuchenden oder Obdachlosen nicht ausreichen *und eine angemessene Unterbringung insbesondere durch Anmietung, Anpachtung oder Ankauf geeigneter privater Immobilien zu angemessenen Bedingungen in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich ist* (Notlage).
- (...).

Nur unter diesen Voraussetzungen ließe sich m.E. auch die fehlende Beschränkung der maximalen Dauer der Sicherstellung rechtfertigen.

3. § 40a Abs. 3 bis 6 HSOG-E

Bei Berücksichtigung der o.g. Änderungsvorschläge bestünden m.E. gegen die in § 40a Abs. 3 bis 6 HSOG-E keine Bedenken.

III. Zu Art. 2

Mit der Regelung des Art. 2 wird dem Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) im Hinblick auf die mit den Betretensrechten in § 40a Abs. 2 HSOG-E vorgesehenen Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht (Art. 13 GG) Rechnung getragen

Prof. Dr. Michael Bäuerle

⁸ Das ebenfalls aus den vormaligen Regelungen in Hamburg und Bremen übernommen wurde.



EBS Universität, Gustav-Stresemann-Ring 3, 65189 Wiesbaden

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit
Schwerpunkt Verwaltungsrecht
sowie Rechtsvergleichung und
Rechtsphilosophie**

**Prof. Dr. Michael Goldhammer,
LL.M. (Michigan)**

Campus Wiesbaden

T +49 611 7102 2282

michael.goldhammer@ebs.edu

16. Mai 2023

Öffentliche Anhörung im Innenausschuss des Hessischen Landtages

Gesetz zur vorübergehenden Unterbringung von Geflüchteten und Asylsuchenden und zur Abwendung von Obdachlosigkeit

Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE – Drucks. 20/10475

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Heinz,

ich danke Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu oben bezeichnetem
Gesetzesentwurf sowie für die Übersendung der Materialien.

Meine schriftliche Stellungnahme zu ausgewählten Punkten erhalten Sie anbei. Für
Nachfragen stehe ich Ihnen jederzeit bzw. im Rahmen der mündlichen Anhörung zur
Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Michael Goldhammer, LL.M. (Michigan)



Übersicht

I.	Vorbemerkung	3
II.	Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	4
	1. Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.....	4
	2. Eigentumsgarantie gem. Art. 14 GG.....	4
	a) Keine Enteignung	4
	b) Inhalts- und Schrankenbestimmung	5
III.	Der Entwurf im Einzelnen	5
	1. Sicherstellungsbefugnis gem. § 40a Abs. 1 HSOG	5
	a) Gefahr für Leib oder Leben	5
	b) Ungenutzte Objekte	6
	c) Problem: Kein vorrangiges Verhandlungsgebot.....	6
	d) Notlage.....	7
	2. Zeitliches Übermaßverbot gem. § 40a Abs. 3 HSOG-Entwurf	7
	3. Bauliche Maßnahmen und Rückbau gem. § 40a Abs. 4 und Abs. 5 HSOG-Entwurf.....	8
	4. Verfassungsmäßigkeit der Norm, v.a. Subsidiarität und Sonderopfer	8
IV.	Fazit	9



I. Vorbemerkung

Der vorliegende Gesetzentwurf reagiert auf die anhaltend hohen Zahlen von Flüchtlingen und Asylsuchenden sowie auf das nach wie vor dringende Problem der Obdachlosigkeit insgesamt. Dies betreffe vor allem jene Migranten, die im Zuge eines eigenen Aufenthaltsrechts aus den Gemeinschaftsunterkünften ausquartiert werden, sodann aber keinen bezahlbaren Wohnraum finden und letztlich in den kommunalen Notunterkünften Obdach suchen. Die Gefahr besteht, dass Betroffene keine oder ungeeignete Unterkünfte haben und so an Leib und Leben schaden nehmen.

Zur Lösung des Problems zielt der Gesetzesentwurf auf die Sicherstellung ungenutzter Gebäude durch Einfügung eines neuen § 40a HSOG.

Der Gesetzesentwurf hat zwei weitgehend inhaltsgleiche „Vorläufer“ in Hamburg (§ 14a HSOG) und Bremen (§ 26a BremPolG), die beide bis 31. März 2017 befristet waren und – soweit ersichtlich – keine Nachfolgenorm fanden. Diese beiden Normen standen offensichtlich unter dem Eindruck der sog. Flüchtlingskrise in den Jahren um 2015. Womöglich spielt auch die spezifische Situation von Stadtstaaten im Blick auf die Unterbringung eine Rolle.

Die beiden Normen in Bremen und Hamburg wurden kontrovers diskutiert, waren aber im Ergebnis verfassungskonform.¹ Soweit sich dies anhand der nachvollziehbaren Gerichtsentscheidungen ableiten lässt, blieb ihre praktische Bedeutung jedoch gering.

Zugleich stehen diese Normen im Kontext der ohnehin traditionell und unproblematisch möglichen Einweisung Obdachloser bzw. der Beschlagnahme/Sicherstellung von Immobilien nach dem jeweils einschlägigen Sicherheits- und Ordnungsrecht. Hierbei gelten erhöhte Voraussetzungen, handelt es sich doch in der Regel um die Belastung der entsprechenden Eigentümer (o.ä.) als sog. Nichtstörer.² Sofern diese hohen Voraussetzungen (in Hessen § 9 HSOG) gewahrt sind, ist diese behördliche Praxis ebenso anerkannt wie rechtmäßig.³

So gesehen regelten weder die Normen in Bremen und Hamburg noch der hier zu diskutierende Entwurf etwas grundstürzend Neues. Vielmehr soll der Entwurf zum einen schnelleres Handeln ermöglichen, zum anderen über den konkreten Einzelfall hinausgehen.

¹ Vgl. Froese JZ 2016, 176 ff.; Fischer NVwZ 2015, 1644; Dombert, LKV 2015, 529 ff.; Ewer/Mutschler-Siebert, NJW 2016, 11; Michl, JZ 2016, 1104 ff.

² Vgl. dazu Goldhammer, Die Verantwortlichkeit im Polizeirecht, Jura 2021, 638 ff.

³ Vgl. Graulich in Lisken/Denninger, Teil E. Rn. 841 ff.; Mühl/Fischer, BeckOK HSOG, § 9 Rn. 20.



II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Obschon es die Praxis der Einweisung Obdachloser nach allgemeinem Sicherheits- und Ordnungsrecht kontinuierlich gab und gibt, hatte die Diskussion im Kontext der letzten Flüchtlingskrise mit dem dort aufgetretenen erheblichen Bedarf an Unterkünften erheblich an Intensität gewonnen. In dem Zusammenhang sind sicherlich auch die medial stark präsenten Fälle kommunaler Kündigungen von Mietverhältnissen zum Zwecke der Unterbringungen zu sehen. Die zum Teil sehr scharfe Kritik wird man vor diesem Hintergrund zu verstehen haben.

In der Sache kommt der Gesetzgeber und in der Folge die vollziehende Behörde mit der Sicherstellung von Wohnraum seiner Schutzpflicht für Leben und Gesundheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG nach.⁴ Darin liegt unproblematisch ein legitimer Zweck, der der Rechtfertigung solcher Eingriffe dienen kann.

Sicherlich ist die Rechtslage aber ohne den vorgeschlagenen § 40a HSOG nicht verfassungswidrig. Die Norm brächte zwar eine Verbesserung, gleichwohl fordert die Schutzpflichtendogmatik kein Schutzmaximum. Gefordert ist vielmehr „nur“ die Beachtung des sog. Untermaßverbots.⁵ Dieses ist erst verletzt, wenn der Staat gar keinen Schutz oder gänzlich unbrauchbaren Schutz vorsieht. Dies wird man nicht sagen können, denn in der Summe, und vor allem im Blick auf die schon bestehenden Möglichkeiten der Unterbringung alleine nach dem HSOG, kann man zwar Defizite sehen, nicht aber wird man die völlige Unbrauchbarkeit testieren können, die das Untermaßverbot verletzte.

2. Eigentumsgarantie gem. Art. 14 GG

Während der legitime Zweck des Schutzes von Leben und körperlicher Unversehrtheit (1.) weitgehend unstrittig ist, entbrannte im Blick auf die erwähnten Normen in Hamburg und Bremen (I.) der Streit im Wesentlichen um die Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie.⁶ Die Position des Adressaten der Sicherstellung bzw. der Einweisung nach der Generalklausel ist regelmäßig eine solche, die durch die Eigentumsgarantie gem. Art. 14 GG geschützt wird.

Die Befugnis zur Sicherstellung, wie sie mit § 40a HSOG vorgeschlagen wird, wirft keine neuen verfassungsrechtlichen Fragen auf.

a) Keine Enteignung

Die Sicherstellung führt nicht zu einer Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG, denn eine solche erfordert den Entzug einer konkreten Position. Dies ist mit dem Entwurf nicht der Fall, vielmehr wird die Position des Eigentümers abstrakt-generell bestimmt,

⁴ Grundlegend BVerfGE 39, 1, zuletzt im Kontext der Pandemie z.B. BVerfGE 159, 223.

⁵ Grundlegend BVerfGE 39, 1.

⁶ Vgl. Froese, JZ 2016, 176 ff.; Dombert, LKV 2015, 529 ff.; vermittelnd Ewer/Mutschler-Siebert, NJW 2016, 11, die die verfassungskonforme Auslegung trotz Bedenken für möglich halten.



so dass eine Inhalts- und Schrankenbestimmung gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG vorliegt.

b) Inhalts- und Schrankenbestimmung

Als Inhalts- und Schrankenbestimmung ist § 40a HSOG-Entwurf ein Gesetz im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, das Eigentum positiv definiert. Vorrechtliches bzw. naturrechtliches Eigentum gibt es unter dem Grundgesetz nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber ein weites Ermessen, wie er die Eigentumsverhältnisse ausgestalten will; das Ermessen reicht umso weiter, je höher die Sozialität des betreffenden Gegenstandes reicht, d.h. je mehr ein Gegenstand gesellschaftlich-politische Relevanz hat.⁷

So gesehen hat das Grundgesetz das Eigentum gewissermaßen demokratisiert. Der Inhalt des Eigentums ist heute Gegenstand der demokratischen Auseinandersetzung. Maßgabe ist, dass der Gesetzgeber sowohl im Blick auf die Privatnützigkeit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) bestehenden Eigentums als auch im Blick auf dessen Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) eine verhältnismäßige Lösung findet.

Hieran entbrannte v.a. im Blick auf die Lösungen in Hamburg und Bremen Streit. Im Ergebnis waren die Normen aber mit der Eigentumsgarantie vereinbar. Dies gilt auch für den Entwurf des hier in Rede stehenden § 40a HSOG.

III. Der Entwurf im Einzelnen

1. Sicherstellungsbefugnis gem. § 40a Abs. 1 HSOG

a) Gefahr für Leib oder Leben

Die Befugnis setzt eine „Gefahr für Leib oder Leben“ voraus und keine „gegenwärtige erhebliche Gefahr“, wie dies § 9 HSOG im Fall der Nichtstörerhaftung zu prüfen ist. Während im Blick auf die Rechtsgüter § 40a Abs. 1 HSOG tatsächlich enger ist, lässt er eine weitere zeitliche Distanz zu, die in der voraussetzungsreichen und konkreteren Spezialbefugnis unproblematisch ist.

Der Unterschied zwischen „gegenwärtiger“ und „konkreter“ Gefahr besteht natürlich und ist sicherlich vom Entwurf bezweckt, um die Vereinfachung zu erreichen, sollte hier bzw. in einer anhaltenden Flüchtlingsbewegung aber auch nicht überschätzt werden. Denn die Behörde muss auch bei der Nichtstörerhaftung nicht erst abwarten,

⁷ Hohe Sozialität und damit viel Ermessen etwa beim Eigentum an Atomkraftwerken BVerfGE 143, 246.



bis die Flüchtlinge vor Ort ankommen.⁸ In der Tendenz lässt die Befugnis aber mehr als die Nichtstörerhaftung proaktives Tätigwerden zu.

b) Ungenutzte Objekte

Nur seit mindestens drei Monaten ungenutzte Objekte kommen in Betracht. Darin liegt sicherlich die zentrale Voraussetzung, die Norm in den Bereich des Verfassungsmäßigen und des Verhältnismäßigen zu ziehen.

Sicherlich sind hier eine Fülle von Abgrenzungsproblemen bzw. Problemen im Tatsächlichen denkbar. Zu deren Klärung dient letztlich auch das Betretungsrecht gem. Abs. 3. Letztlich ist nicht ersichtlich, dass sich diese Probleme kategorial anders verhalten als sonstige Unklarheiten im prognostischen Sicherheits- und Ordnungsrecht.

c) Problem: Kein vorrangiges Verhandlungsgebot

Der Entwurf enthält ebenso wie die Vorläufer in Hamburg und Bremen kein explizites vorrangiges Verhandlungsgebot. Es ist gem. Abs. 3 Satz 2 erst vorgesehen, wenn die Nutzung länger als 12 Monate dauert. Für die anfängliche Sicherstellung ist dies nicht vorgesehen. Lediglich die Begründung verweist auf den aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erforderlichen Versuch zur Verhandlung vor der Sicherstellung. Im Ergebnis ist dies jedoch verfassungsgemäß.

Völlig unstrittig ist der Verhandlungslösung als milderer Mittel immer den Vorzug zu geben. Dies lässt der Entwurf aber unproblematisch zu bzw. gebietet dies im Kontext des HSOG, denn das Opportunitätsprinzip (§ 5 HSOG) gibt dazu die Freiheit einerseits; und andererseits verpflichtet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 4 HSOG) dazu.

Hinzu kommt, dass in den Sicherstellungsfällen regelmäßig eine Anhörung stattfinden wird, in deren Kontext sich die Verhandlungsfrage stellen kann, deren Nichtbeachtung wiederum zur Ermessensfehlerhaftigkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit führen kann.

Jedenfalls kann der betroffene Eigentümer im Gefolge der Sicherstellung formlos von seiner Ersetzungsbefugnis gem. § 5 Abs. 2 Satz 2 HSOG Gebrauch machen.⁹ Die Ablehnung des gleich geeigneten Austauschmittels hat die Rechtswidrigkeit der ganzen Maßnahme zur Folge.¹⁰

Daher gibt es insgesamt keinen Grund das Verhandlungsgebot zu positivieren, obschon dies natürlich zulässig wäre.

Insbesondere zeigt sich an dieser Stelle auch noch einmal der Unterschied von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung. Nur bei ersterer gilt das

⁸ VG Lüneburg, BeckRS 2015, 53223; dazu Fischer, NVwZ 2015, 1644 (1646).

⁹ Vgl. zur ähnlichen Rechtslage in Bayern Goldhammer, BeckOK BayPAG, Art. 5 BayPAG, Rn. 53 ff.

¹⁰ Goldhammer, BeckOK BayPAG, Art. 5 BayPAG, Rn. 53 ff.



zwingende Gebot der Bestandsgarantie in deren Lichte die Enteignung ultima ratio ist und zu deren Zweck ein Verhandlungsgebot dient.¹¹ Denn nur bei der Enteignung geht es um Entzug, während die Inhalts- und Schrankenbestimmung Eigentum erst abstrakt-generell definiert.

d) Notlage

Die Notlage wird gem. § 40a Abs. 1 Nr. 2 HSOG-Entwurf legaldefiniert. Tatbestandlich und letztlich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit muss die Behörde also zunächst alle in Betracht kommenden „vorhandenen“ Alternativen prüfen und einsetzen. Mit dem Kriterium des Vorhandenseins ist die hier in Rede stehende Befugnis leichter zu erfüllen als die Nichtstörerhaftung, die gem. § 9 Abs. 1 Nr. 3 HSOG den Dritten nur adressierbar macht, wenn die Behörde die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch beauftragte Person abwehren kann. Mit anderen Worten wird die Notlage hier spezialgesetzlich früher erreicht als bei § 9 HSOG. Dennoch hält sie der Verfassungsmäßigkeit stand, denn auch diese Schwelle ist im Verhältnis der beteiligten Güter verhältnismäßig bzw. kann im Einzelfall verhältnismäßig angewendet werden.

Sicherlich wird man zusätzlich von den betreffenden Hoheitsträgern auch aus *politischer* Perspektive verlangen, proaktiv Unterkünfte zu schaffen. Das Sicherheits- und Ordnungsrecht ist jedoch kein Sanktionsregime für politische Versäumnisse falls dies nicht der Fall sein sollte. Das heißt, die Beurteilung der Notlage hat im Blick auf die Gefahr zu erfolgen und bestimmt sich nicht nach „Verschulden“ oder „Ingerenz“ der Unterbringungspflichtigen.¹²

Die Funktion der Feststellung der Notlage durch die Unterbringungsbehörde erschließt sich nicht ganz. Die Beurteilung hängt davon ab, welcher Zweck damit verfolgt werden soll, z.B. bestandskräftige Feststellung mit Wirkung für das Gericht oder als Allgemeinverfügung für einen weiteren zeitlichen Horizont. Dessen ungeachtet sollte eine Behörde in dieser Situation jedenfalls detailliert die Notlage und die fehlenden Optionen dokumentieren.¹³

2. Zeitliches Übermaßverbot gem. § 40a Abs. 3 HSOG-Entwurf

Mit Absatz 3 Satz 1 wiederholt der Entwurf das ohnehin bestehende zeitliche Übermaßverbot gem. § 4 Abs. 3 HSOG.

Das Verhandlungsgebot gem. Satz 2 dient der Prüfung milderer Mittel im Zeitablauf. Freilich entsteht der Eindruck, erst ab 12 Monaten sei zu verhandeln. Je nach Einzelfall kann es auch

¹¹ Zutreffend Michl, JZ 2016, S. 1104 ff.

¹² Vgl. zum Einzelfallbezug Fischer, NVwZ 2015, 1644 (1646).

¹³ Fischer, NVwZ 2015, 1644 (1646).



schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen vorher geboten sein, den Erwerb oder andere Gestaltungsformen zu prüfen.

3. Bauliche Maßnahmen und Rückbau gem. § 40a Abs. 4 und Abs. 5 HSOG-Entwurf

Die typischerweise mit der Unterbringung einhergehenden baulichen Veränderungen sind zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen, sofern diese in verhältnismäßiger Weise normiert sind. Dazu dienen die Rückbaupflichten als Anspruch des Berechtigten (Abs. 4) bzw. die angemessene Entschädigung (Abs. 5).

In der Literatur wurde kritisiert, dies trage dem Bestandsschutz, den Art. 14 GG gebiete, nicht Rechnung.¹⁴ Dies ist aber abzulehnen, denn Bestandsschutz ist ein Kriterium im Kontext der Enteignung. Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die überhaupt erst Eigentum gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG definieren, sind nicht am Bestand gebunden, sie erzeugen vielmehr erst einen Bestand.

Folglich kann es bei baulichen Maßnahmen nur um Verhältnismäßigkeit gehen, die vorliegend im Blick auf Rückbau bzw. Entschädigung gewahrt wäre.

4. Verfassungsmäßigkeit der Norm, v.a. Subsidiarität und Sonderopfer

Im Blick auf die Vorläufernormen in Bremen und Hamburg wurde von einzelnen Stimmen in der Literatur die Unverhältnismäßigkeit der vergleichbaren Vorschriften angenommen.

Hierzu wird die fehlende Subsidiarität im Entwurf angeführt bzw. umgekehrt das unverhältnismäßige Sonderopfer des Eigentümers.¹⁵ Beide Einwände tragen nicht.

Die Subsidiarität ist tragendes Kriterium der Nichtstörerhaftung und dort auch positiviert. Es gibt schlechterdings aber keinen allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität der Nichtstörerhaftung.¹⁶ Andernfalls wäre der Gesetzgeber an einfaches Gesetzesrecht gebunden. Der Nichtstörer ist vielmehr wie jeder polizeirechtlich Betroffene von den Grundrechten und vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geschützt. Dieser ist im Blick auf die Sozialpflichtigkeit ungenutzter Objekte gewahrt bzw. in der konkreten Einzelfallentscheidung einzuhalten.

In gleicher Weise verlangen die Inhalts- und Schrankenbestimmungen auch keine „Sonderopfer“ im dogmatisch-technischen Sinne ab. Als Sonderopfer kann man die Belastung bezeichnen, die man vom Eigentümer im Rahmen der Enteignung fordert, denn hier wird die Zuordnung von konkret-bestehenden Positionen für das Allgemeinwohl durchbrochen. § 40a HSOG führt aber nicht zu „Sonderopfern“ in diesem technischen Sinne, sondern zu abstrakt-generellen Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die verhältnismäßig sein müssen bzw. verhältnismäßig anzuwenden sind. Die Verfassungskonformität der Norm kann aber natürlich

¹⁴ Vgl. Froese, JZ 2016, 176 ff.

¹⁵ Vgl. Froese, JZ 2016, 176 ff.; Dombert, LKV 2015, 529 ff.; vermittelnd Ewer/Mutschler-Siebert, NJW 2016, 11, die die verfassungskonforme Auslegung trotz Bedenken für möglich halten.

¹⁶ Zutreffend Michl, JZ 2016, S. 1104 ff.



im konkreten Einzelfall sehr wohl zur Rechtswidrigkeit führen, z.B. wenn die Behörde das mildere Mittel der Anmietung nicht wählt.

IV. Fazit

Wie schon die Vorläufernormen in Hamburg und Bremen sieht sich der Entwurf keinen gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt (II. und III.). Umgekehrt gibt es auch keinen Grund anzunehmen, sie sei zwingend geboten (II.1.).

Vielmehr ist der Erlass einer Norm wie der vorliegenden eine Frage der politischen Opportunität, die sich naturgemäß rechtlichen Maßstäben entzieht. Das Grundgesetz hat sich durch die Normprägung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) bewusst für diese Politisierung und Demokratisierung des Eigentums entschieden. Der weite Bereich zwischen Privatnützigkeit und Institutsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) einerseits und Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) andererseits obliegt damit dem zulässigen Spielraum des Gesetzgebers.

Im Blick auf die schon bisher bestehende Möglichkeit der Einweisung Obdachloser ist die Norm weniger herausfordernd als womöglich angenommen. Zugleich stellt sich die Frage nach der wirklichen praktischen Relevanz; hier könnten die Beispiele in Bremen und Hamburg Aufschluss geben. Als „Reservebefugnis“ hätte die Norm aber gewiss immer noch einen Sinn, der immerhin dem Grundgesetz aus historischen Gründen nicht unbekannt ist (Art 13 Abs. 7 GG: „Behebung der Raumnot“).