

## Methodik ÖR

### Übungsklausur

Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, LL.M. (Cambridge)\* und Dr. Julius Städele, LL.M. (Cambridge)

# Die ungeliebte Asylbewerberunterkunft

DOI 10.1515/jura-2017-0012

*Die Klausur ist von durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad. Vertiefte Kenntnisse für den zentralen § 31 II BauGB sind nicht erforderlich. Der Sachverhalt liefert alle wesentlichen Hinweise und Argumente. Damit kommt es primär darauf an, dass die Bearbeiter eine kohärente, an der Struktur des Gesetzes orientierte Lösung finden, die den Sachverhalt voll ausschöpft.*

**Schwerpunkte:** *Bebauungsplan – Erteilung einer Befreiung – Gebietserhaltungsanspruch – Einstweiliger Rechtsschutz bei Verwaltungsakt mit Doppelwirkung – Maßgebliche Rechtslage*

## SACHVERHALT

Der in Berlin wohnhafte Kleinindustrielle K betrachtet die gegenwärtige weltpolitische Situation mit zunehmender Sorge. Besonderes Kopfzerbrechen bereiten ihm die anschwellenden Flüchtlingsströme. Er ist erbost darüber, wie wenig humanitäre Verantwortung Deutschland zu übernehmen bereit ist, und beschließt, die Sache selbst in die Hand zu nehmen und eine Asylbewerberunterbringung einzurichten.

Nach einiger Zeit stößt er auf das im Berliner Bezirk Lichtenberg gelegene Grundstück eines ehemaligen Betriebs- und Recyclinghofs der Stadtreinigung, das ihm geeignet erscheint. Auf diesem möchte K eine Containeranlage errichten, die Platz für 80 Personen bieten soll. In der Containeranlage sind Schlafzimmer für jeweils acht Personen sowie gemeinschaftliche Küchen und Aufenthaltsräume vorgesehen; auch die sanitären Einrichtungen sind gemeinschaftlich zu nutzen. K plant, die Containeranlage dort so lange wie möglich zu betreiben; anschließend möchte er sie veräußern. Das Grundstück liegt im Gel-

tungsbereich eines formell wie materiell rechtmäßigen qualifizierten Bebauungsplans vom 14. Dezember 2010, der ein Gewerbegebiet festsetzt. Er wurde nach der Stilllegung des Betriebs- und Recyclinghofs erlassen und soll vor allem die Anschlussnutzung des Geländes regeln. Der Bebauungsplan enthält nicht nur einen nahezu vollständigen Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben. Vielmehr sind auch Ausnahmen für Vergnügungsstätten, Werkwohnungen sowie Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke ausgeschlossen. In der Begründung des Bebauungsplans heißt es:

*»Zentrale Zielsetzung des Bebauungsplans ist es, die Gewerbeflächen für solche typischen Gewerbebetriebe zu sichern, die aufgrund ihres Flächenanspruchs und ihrer Emissionen auch auf derartige Flächen angewiesen sind. (...) Dies rechtfertigt auch den Ausschluss von Anlagen insbesondere für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke. Diese Betriebe sind nicht auf typische Gewerbegebiete angewiesen, sondern in fast allen Baugebieten allgemein oder als Ausnahme zulässig. Sie passen aufgrund ihrer Standortbedürfnisse auch eher in Gebiete, die in weniger starkem Maße Lärmbelastungen ausgesetzt und städtebaulich hochwertiger gestaltet sind. (...) Die noch bestehende sehr geringe Wohnnutzung soll perspektivisch in Richtung einer ausschließlichen gewerblichen Nutzung aufgelöst werden.«*

Am 5. Januar 2015 erteilt das Bezirksamt Lichtenberg dem K eine Baugenehmigung über »die Errichtung einer Containeranlage zu Wohnzwecken für Asylbewerber«. Die Genehmigung sieht eine Befreiung für die Zulassung einer sozialen Einrichtung im Gewerbegebiet vor und ist auf zwei Jahre befristet.

P betreibt auf dem Nachbargrundstück des ehemaligen Betriebs- und Recyclinghofs schon seit langem eine große Spielhalle und einen Pizzalieferservice. Das Grundstück liegt ebenfalls im Geltungsbereich des Bebauungsplans vom 14. Dezember 2010. Als P am 16. Februar 2015 durch Zufall von der Baugenehmigung erfährt, ist er fest entschlossen, die Asylbewerberunterkunft zu verhindern. Zwar seien keine konkreten Auswirkungen der Asylbewerberunterkunft auf seine Spielhalle und seinen Lieferservice zu befürchten. Doch halte er sich an die Vorgaben des Bebauungsplans und erwarte dies auch von anderen. Überdies hätte er vor Erteilung der Genehmigung angehört wer-

\*Kontaktperson: Anna-Bettina Kaiser ist Professorin für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Julius Städele ist Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin.

den müssen. Die in der Baugenehmigung enthaltene Befreiung für die Zulassung einer sozialen Einrichtung sei außerdem nicht nachvollziehbar. Zwar möge ein öffentliches Interesse an einer Asylbewerberunterkunft an diesem Ort bestehen, denn geeignete Orte seien nicht so leicht zu finden. Doch berühre die Asylbewerberunterkunft die Grundzüge der Planung nachhaltig; durch Befreiungen dürfe die Konzeption des Bebauungsplans nicht ausgehebelt werden. Schließlich seien die Container nicht wie eine provisorische Unterkunft eingerichtet, sondern wie Wohnungen, weshalb es sich nicht um soziale Einrichtungen handle.

K kontert, der soziale Charakter der Unterkunft liege auf der Hand. Zudem habe die Baugenehmigung schon deshalb keinen Einfluss auf den grundlegenden Charakter der Gegend, da sie befristet sei. Außerdem würde sich auch P nicht an die Vorschriften des Bebauungsplans halten, schließlich betreibe er eine Spielhalle. Darüber hinaus sei zum Zeitpunkt der Erstellung des Bebauungsplans ein derartiger Anstieg der Flüchtlingszahlen nicht absehbar gewesen.

P legt am 19. Februar 2015 Widerspruch gegen die Baugenehmigung ein, will aber schon vor der Entscheidung über den Widerspruch verhindern, dass K »Fakten schafft«, und wendet sich zu diesem Zweck am selben Tag an das Verwaltungsgericht Berlin.

**Aufgabe:** Wie wird das Verwaltungsgericht im Sommer 2015 entscheiden?

#### Bearbeitungshinweise:

1. Normen des Asyl- und Ausländerrechts sowie des Gewerberechts sind nicht zu prüfen.
2. Bei der geplanten Asylbewerberunterkunft handelt es sich um einen Sonderbau i. S. d. § 2 IV Nr. 11 BauO Bln<sup>1</sup>.
3. Bei der Klausurbearbeitung ist auf die erst mit Wirkung vom 24. Oktober 2015 eingefügten Absätze XI–XVII des § 246 BauGB zunächst nicht einzugehen.
4. Obwohl der Fall im Jahr 2015 spielt, ist aus Übungszwecken die aktuelle BauO Bln (Stand: 1.1.2017) anzuwenden.

**Zusatzaufgabe:** Wie ist unter Berücksichtigung der mit Wirkung vom 24. Oktober 2015 neu eingefügten Absätze XI bis XVII des § 246 BauGB im November 2015 zu entscheiden?

<sup>1</sup> Vgl. § 38 II Nr. 13 LBO BW; Art. 2 IV Nr. 11 BayBO; vgl. §§ 54, 68 I 3 Nr. 9 bzw 11 BauO NRW.

## LÖSUNG

#### Ausgangsfall:

Das Verwaltungsgericht wird einem Antrag des P auf einstweiligen Rechtsschutz stattgeben, wenn er zulässig und begründet ist.

#### Zulässigkeit

### I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung müsste für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn sich die streitentscheidenden Normen ausschließlich an den Staat, d. h. an juristische Personen des öffentlichen Rechts gerade in ihrer Eigenschaft als Träger hoheitlicher Gewalt, wenden (sog. Sonderrechtstheorie)<sup>2</sup>. Dies ist hier der Fall, da um die Anwendung von § 71 BauO Bln<sup>3</sup> gestritten wird, der das Land Berlin gerade als Träger hoheitlicher Gewalt verpflichtet. Da keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit<sup>4</sup> vorliegt, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

### II. Statthafte Rechtsschutzform

Maßgeblich für die Bestimmung der statthaften Rechtsschutzform ist gem. §§ 122 I, 88 VwGO das Begehren des Rechtsschutzsuchenden. Hier möchte P verhindern, dass die Asylbewerberunterkunft auf seinem Nachbargrundstück entsteht. Er wendet sich also gegen die Baugenehmigung. Dabei bringt er zum Ausdruck, dass er schon vor der Entscheidung über seinen Widerspruch verhindern möchte, dass K mit der Errichtung der Unterkunft beginnt und somit »Fakten schafft«.

Fraglich ist nun, welche Rechtsschutzform dem Begehren des P Rechnung trägt. Baugenehmigungen stellen Verwaltungsakte i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG dar.<sup>5</sup> Gegen Ver-

<sup>2</sup> Vgl. *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Rn. 1324.

<sup>3</sup> § 58 LBO BW; Art. 68 BayBO; § 75 BauO NRW.

<sup>4</sup> Hierzu kritisch *Ehlers/Schoch* Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 21 Rn. 59.

<sup>5</sup> Nach h M ist, auch wenn eine Landesbehörde gehandelt hat, auf die Legaldefinition des Verwaltungsakts des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes abzustellen, weil andernfalls der Landesgesetzgeber

waltungsakte sind grundsätzlich Widerspruch und Anfechtungsklage statthaft, §§ 68 I 1, 42 I Alt. 1 VwGO, denen gem. § 80 I 1 und 2 VwGO grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommen. Allerdings bestimmt § 80 II 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 212a I BauGB, dass Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen eine Baugenehmigung entgegen § 80 I 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfalten. Der von P erhobene Widerspruch (wie auch eine Anfechtungsklage) allein würde K somit nicht daran hindern, sein Vorhaben umzusetzen und die Asylbewerberunterkunft zu errichten. Das Begehren des P – die schnellstmögliche Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung – ist vielmehr nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu erreichen.

Dabei besteht die Besonderheit, dass P nicht Adressat der Baugenehmigung ist, sondern lediglich Dritter. Diese Konstellation eines sog. Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung wird in § 80a VwGO geregelt siehe auch § 123 V VwGO. Für den hiesigen Fall des gerichtlichen Vorgehens eines belasteten Dritten gegen einen seinen Adressaten begünstigenden Verwaltungsakt ist umstritten, ob ein *Antrag auf gerichtliche Anordnung der Aussetzung der Vollziehung nach § 80a III 1, I Nr. 2 VwGO* statthaft ist oder ein *Antrag auf gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach §§ 80a III 2, 80 V 1 Alt. 1 VwGO*<sup>6</sup>. Für erstere Ansicht sprechen Praktikabilitätsgründe, weil damit zugleich Sicherungsmaßnahmen verlangt werden können (§ 80a I Nr. 2 Alt. 2 VwGO).<sup>7</sup> Dieser Ansicht kann auch nicht entgegengehalten werden, dass das Gericht eine Tenorierung vornehmen muss, die eigentlich der Behörde vorbehalten ist. Statthaft ist somit ein Antrag auf gerichtliche Anordnung der Aussetzung der Vollziehung der

streitgegenständlichen Baugenehmigung nach § 80a III 1, I Nr. 2 VwGO<sup>8</sup>.

### III. Antragsbefugnis

P müsste gem. § 42 II VwGO analog antragsbefugt sein. Erforderlich ist, dass P geltend macht, durch die Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein. Hierbei ist die bloße Möglichkeit einer Rechtsverletzung ausreichend; an dieser fehlt es lediglich dann, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Antragsteller behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können<sup>9</sup>. Unter »Rechten« sind subjektiv-öffentliche Rechte zu verstehen, die sich aus öffentlich-rechtlichen Regelungen ergeben müssen, die zumindest auch dem Schutz der Betroffenen zu dienen bestimmt sind (sog. Schutznormtheorie)<sup>10</sup>.

Auf die sog. Adressatentheorie und eine mögliche Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 I GG kann dabei nicht zurückgegriffen werden, da P nicht Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist. Vielmehr wendet er sich gegen die dem K erteilte Baugenehmigung. Es muss die Möglichkeit bestehen, dass die Baugenehmigung gegen eine Norm verstößt, die zumindest auch dem Schutz des P zu dienen bestimmt ist. Grundsätzlich nachbarschützend sind Festsetzungen in Bebauungsplänen über die Art der baulichen Nutzung; diese vermitteln den Grundstückseigentümern im Gebiet der Festsetzung einen Anspruch auf Einhaltung<sup>11</sup>. Dadurch, dass die Vorgaben über die Art der Nutzung des Gebiets allen Planbetroffenen auferlegt sind, werden diese zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft zusammengeschlossen<sup>12</sup>. Sie stehen in einem rechtlichen Ausgleichsverhältnis zueinander. Deshalb kann jeder Eigentümer eines Grundstücks, der in dessen Ausnutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, die Beachtung dieser Beschränkungen auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen<sup>13</sup>. Dieser sog. *Gebietsbewahrungsanspruch* oder *Gebietserhaltungsanspruch* besteht unabhängig davon, ob sich das Bauvorhaben in spürbarer Weise oder überhaupt auf die Nachbarn aus-

in der Lage wäre, über den Umfang der bundesrechtlich geregelten Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen zu entscheiden, s statt aller *Schenke Verwaltungsprozessrecht*, 14. Aufl., Rn. 185.

<sup>6</sup> Vgl. *Detterbeck Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., Rn. 1519 m. w. N. zu beiden Positionen.

<sup>7</sup> Hinweis zur Baueinstellung: S. dazu *Wolff/Decker Studienkommentar VwGO/VwVfG*, 3. Aufl., § 80a VwGO Rn. 17: »Das Gericht kann ferner berechtigt sein, die Behörde zu verpflichten, dem Dritten gegenüber vorläufige Maßnahmen, etwa zur Sicherung der Rechte des Antragstellers, zu ergreifen (z. B. eine Baueinstellung zu verfügen), denn § 80a Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 80a Abs. 3 VwGO stellt insofern eine verfahrensrechtliche Rechtsgrundlage für solche Maßnahmen dar (BayVGH BayVBl. 1993, 565). Das ist allerdings nur bei Vorliegen eines hinreichend konkreten Grundes zulässig, denn einem gerichtlichen Aussetzungsbeschluss müssen nicht vorbeugend, gewissermaßen automatisch Sicherungsmaßnahmen beigelegt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beteiligten eine gerichtliche Entscheidung auf Aussetzung der Vollziehung auch ohne beigelegte Sicherungsmaßnahmen akzeptieren (BayVGH BayVBl. 2010, 178)«.

<sup>8</sup> S weiterführend *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80a Rn. 49 ff.

<sup>9</sup> *Ehlers/Schoch Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, § 22 Rn. 43.

<sup>10</sup> Vgl. *Ehlers/Schoch Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, § 22 Rn. 41.

<sup>11</sup> *Stollmann Öffentliches Baurecht*, 10. Aufl., § 21 Rn. 28 m. w. N. insb zur Rspr.

<sup>12</sup> *Muckel/Ogorek Öffentliches Baurecht*, 2. Aufl., § 10 Rn. 28.

<sup>13</sup> *Muckel/Ogorek Öffentliches Baurecht*, 2. Aufl., § 10 Rn. 28.

wirkt. Daher ist es unschädlich, dass die Errichtung der Asylbewerberunterkunft keine Auswirkungen auf die Spielhalle und den Pizzalieferservice des P haben wird.

Bei der Befreiung von nachbarschützenden Festsetzungen nach § 31 II BauGB – hier die Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung – hat der Nachbar einen Anspruch darauf, dass die Befreiung nur erteilt wird, wenn sämtliche Befreiungsvoraussetzungen vorliegen<sup>14</sup>. Hier erscheint es durchaus möglich, dass nicht alle Befreiungsvoraussetzungen vorliegen – zweifelhaft ist insbesondere, ob durch die Befreiung die »Grundzüge der Planung« gewahrt sind – und dass P hierdurch in seinem Gebietserhaltungsanspruch verletzt ist. Damit ist P antragsbefugt.

## IV. Antragsgegner

Nach dem im einstweiligen Rechtsschutz analog anzuwendenden § 78 I Nr. 1 VwGO<sup>15</sup> ist der Antrag gegen die Körperschaft zu richten, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Unbeachtlich ist an dieser Stelle, ob die Behörde auch tatsächlich zuständig war, den Verwaltungsakt also auch erlassen durfte. § 78 I Nr. 1 VwGO liegt das sog. *Rechtsträgerprinzip* zugrunde. Hier wurde die Baugenehmigung vom Bezirksamt Lichtenberg erlassen, einer Behörde des Landes Berlin. Richtiger Antragsgegner ist somit das Land Berlin.

## V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

P als natürliche Person ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig; das Land Berlin ist als juristische Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und muss im Prozess vertreten werden, § 62 III VwGO.

## VI. Zuständiges Gericht

Zuständig ist gem. §§ 80 a III 1, I Nr. 2, III 2, 80 V 1 VwGO das Gericht der Hauptsache. Nach § 45 VwGO ist das Verwaltungsgericht in erster Instanz sachlich zuständig; die

örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Berlin ergibt sich aus § 52 Nr. 1 VwGO.

## VII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob P ein Rechtsschutzbedürfnis geltend machen kann. Im Ausgangspunkt ist das Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen, wenn der vorläufige Rechtsschutz dem Antragsteller einen rechtlich relevanten Vorteil bringen<sup>16</sup> und wenn das Rechtsschutzziel nicht auf einfachere Weise erreicht werden kann. Am Rechtsschutzbedürfnis fehlt es, wenn ein Hauptsacherechtsbehelf eingelegt werden muss und nicht bzw. nicht fristgerecht eingelegt wurde oder wenn ein vorheriger Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt werden muss und nicht gestellt wurde.

### 1. Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs

§ 80 a I Hs. 1 VwGO setzt die Einlegung eines Rechtsbehelfs voraus (str.)<sup>17</sup>. Hier hat P Widerspruch gegen die Baugenehmigung eingelegt. Dabei ist unschädlich, dass er dies erst am 19. Februar 2015 tat und damit nicht binnen der Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO, wenn man diese auf die Erteilung der Baugenehmigung vom 5. Januar 2015 bezieht. Voraussetzung für den Fristbeginn ist nämlich die Bekanntgabe des Verwaltungsakts gegenüber dem Nachbarn, s. § 70 I 1 VwGO. Unterbleibt diese, läuft für den Nachbarn keine Frist. Hat der Nachbar von der dem Bauherrn erteilten Baugenehmigung, obschon sie ihm nicht amtlich bekanntgegeben worden ist, jedoch auf andere Weise zuverlässig Kenntnis erlangt, so muss er sich in aller Regel nach Treu und Glauben bezüglich der Widerspruchseinlegung so behandeln lassen, als sei ihm die Baugenehmigung im Zeitpunkt der zuverlässigen Kenntniserlangung amtlich bekanntgegeben worden.<sup>18</sup> Die Frist zur Einlegung des Widerspruchs richtet sich deshalb für P vom Zeitpunkt der zuverlässigen Kenntniserlangung an nach den Fristvorschriften der §§ 70 I und 58 II VwGO (str.).

<sup>14</sup> BVerwG NVwZ-RR 1999, 8.

<sup>15</sup> Vgl. *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Rn. 1342 m. w. N., 1500.

<sup>16</sup> HessVGH NVwZ-RR 2005, 683 (684).

<sup>17</sup> S zu diesem Erfordernis *Schoch/Schneider/Bier* VwGO, 24. EL 2012, § 80 a Rn. 50; *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Rn. 1519. A A *Schenke* Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., Rn. 992.

<sup>18</sup> BVerwGE 44, 294 – juris, Rn. 25. Die Literatur wendet nicht § 58 II 1 VwGO an, sondern unmittelbar den Grundsatz von Treu und Glauben.

Sofern dem Nachbarn – wie fast immer – mit der anderweitigen Kenntniserlangung von der Genehmigung nicht zugleich eine amtliche Rechtsmittelbelehrung erteilt wird, muss er also seinen Widerspruch innerhalb der Jahresfrist des § 58 II 1 VwGO einlegen; ein später eingelegter Widerspruch ist unzulässig<sup>19</sup>. Kenntnis hat P hier am 16. Februar 2015 erlangt, die Jahresfrist ist somit bei weitem eingehalten.

## 2. Erfordernis eines vorherigen Antrags bei der zuständigen Behörde

Allerdings könnte P verpflichtet gewesen sein, zunächst einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung bei der zuständigen Behörde zu stellen, vgl. §§ 80a III 2, 80 VI VwGO. Für ein entsprechendes Erfordernis wird angeführt, dass dadurch eine Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erreicht werden könne. Der Verweis in § 80a III 2 VwGO sei eine Rechtsfolgenverweisung; auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 80 VI VwGO – also insbesondere, dass es sich bei dem Verwaltungsakt um eine Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO handelt – komme es nicht an<sup>20</sup>. Dagegen lässt sich einwenden, dass bei besonderer Eilbedürftigkeit Art. 19 IV GG den direkten Zugang zur Verwaltungsgerichtsbarkeit gebietet. Das spricht dafür, die Verweisung des § 80a III 2 VwGO auf § 80 VI VwGO als Rechtsgrundverweisung für Abgabenangelegenheiten zu interpretieren. Das allgemeine Erfordernis einer behördlichen Vorbefassung ist mithin abzulehnen<sup>21</sup>.

## VIII. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung der Baugenehmigung ist zulässig.

<sup>19</sup> St Rspr, s etwa BVerwGE 44, 294; 78, 85.

<sup>20</sup> Vgl. etwa OVG Lüneburg NVwZ 1994, 698.

<sup>21</sup> Dies stellt die wohl h M dar, s statt aller *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80a Rn. 73 ff., 78. Auch die Meinung, die eine Rechtsfolgenverweisung annimmt, würde im vorliegenden Fall vom Erfordernis eines vorherigen Antrags bei der zuständigen Behörde absehen und § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO bejahen, jedenfalls dann, wenn der Baubeginn unmittelbar bevorsteht. »Das Gebrauchmachen von der Begünstigung wird zum funktionalen Äquivalent für die drohende (Verwaltungs-)Vollstreckung«, so – kritisch – *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80a Rn. 78 a.

## Beiladung

K ist hier gem. § 65 II VwGO notwendig beizuladen, da die Entscheidung dem Antragsteller P und ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann.

## Begründetheit

Der Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung gem. §§ 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO ist begründet<sup>22</sup>, wenn das Interesse des Dritten an der Aussetzung der Vollziehung das Interesse des Adressaten am Vollzug der Baugenehmigung überwiegt. Der Prüfungsmaßstab ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 80, 80 a VwGO, insbesondere unter Heranziehung des § 80 IV 3 VwGO (analog), folgt jedoch, dass es darauf ankommt, *ob ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts bestehen und ob der Dritte mit seinem Rechtsbehelf deshalb Erfolg haben kann*<sup>23</sup>. Maßgeblich für diese Interessenabwägung<sup>24</sup> sind also die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache: Das Interesse des Dritten an der Aussetzung der Vollziehung überwiegt demnach, wenn die Baugenehmigung rechtswidrig und der Dritte dadurch in seinen Rechten verletzt ist<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Nach anderer Auffassung ist stattdessen ein Antrag auf gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. §§ 80 a III 2, 80 V 1 Var. 1 VwGO zu stellen, s bereits oben Fn. 6 m. w. N. In der gerichtlichen Praxis hat dieser Streit nur terminologische Auswirkungen bei Antragsfassung und Tenorierung, vgl. *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80 a Rn. 50. In der Sache geht es jedoch stets um die Herbeiführung des Suspensiveffekts, *Schenke Verwaltungsprozessrecht*, 14. Aufl., Rn. 990; *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80 a Rn. 50. Lediglich dann, wenn man der Auffassung folgt, dass es bei § 80 V 1 VwGO der Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs nicht bedarf, kommt man zu einem sich praktisch auswirkenden Unterschied, vgl. dazu bereits oben Fn. 17 m. w. N. Da es sich hier um eine Frage des Prüfungsaufbaus handelt, wird dieser Streit in der Falllösung selbst nicht noch einmal angesprochen, so auch *Peine Klausurenkurs im Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Rn. 1306.

<sup>23</sup> *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80 a Rn. 63 a E, 66.

<sup>24</sup> Für eine derartige Interessenabwägung die ganz überwiegende Meinung, vgl. statt vieler *Bostedt Hk-VerwR*, 4. Aufl., § 80 a Rn. 8. A A *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80 a Rn. 27, der die »Interessenabwägung« für eine »Leerformel« hält und für die Erfolgsaussicht des Drittrechtsbehelfs als einzig entscheidendes Kriterium ohne »verbal[e] [E]inkleid[ung] in die – vorgebliche – Interessenabwägung« plädiert.

<sup>25</sup> Es handelt sich hier um eine Prüfung der subjektiv-rechtlich determinierten Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs, vgl. *Schoch/Schneider/Bier VwGO*, 24. EL 2012, § 80 a Rn. 65. Diese subjektiv-rechtliche Determinierung ändert jedoch nichts daran, dass in einem ersten Schritt die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts und erst in einem zweiten Schritt die Verletzung des Nachbarn in eigenen Rechten und damit die Verletzung drittschützender Normen geprüft wird, s *Erbguth*

§ 212a BauGB ändert den Prüfungsmaßstab nicht dahingehend, dass dem Interesse des Bauherrn an der sofortigen Vollziehung regelmäßig höheres Gewicht zukommt; vielmehr bleibt es beim Prüfungsmaßstab des § 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO (str.)<sup>26</sup>.

## I. Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Fraglich ist zunächst, ob die streitgegenständliche Baugenehmigung rechtmäßig ist.

### 1. Rechtsgrundlage

Nach § 71 I 1 BauO Bln<sup>27</sup> ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Mit dem Bezirksamt Lichtenberg hat die gem. §§ 58 I 1 BauO Bln<sup>28</sup>, 4 II 1 AZG, 2 IV 1 ASOG i. V. m. Nr. 15 I ZustKat Ord zuständige Behörde gehandelt.

Hinsichtlich des Verfahrens ist einzig fraglich, ob P vor der Erteilung der Baugenehmigung hätte angehört werden müssen. Nach § 28 I VwVfG i. V. m. § 1 I VwVfG Bln<sup>29</sup> ist vor dem Erlass eines Verwaltungsakts, der in die Rechte Beteiligter eingreift, diesen Gelegenheit zur Äußerung über die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu geben. P müsste somit Beteiligter im Sinne des § 13 VwVfG sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, insbesondere ist der Verwaltungsakt nicht an ihn gerichtet, § 13 I Nr. 2 VwVfG, und P wurde auch nicht zu dem Verfahren hinzugezogen, § 13 I Nr. 4, II VwVfG. Erst mit der Hinzuziehung, die auch konkludent erfolgen kann, entsteht der Anspruch auf Anhö-

rung; eine materielle Rechtsbetroffenheit allein genügt hierfür also nicht<sup>30</sup>. Damit war P nicht nach § 28 I VwVfG anzuhören.

Zwar finden sich in manchen Landesbauordnungen Nachbarbeteiligungsvorschriften (vgl. etwa die Vorschriften zur Nachbar- bzw. Angrenzerbenachrichtigung in § 55 LBO BW, Art. 66 BayBO und § 74 BauO NRW), so auch in Berlin, § 70 I 1 BauO Bln. Danach wäre P zu benachrichtigen gewesen. Somit liegt ein Verfahrensfehler vor, der jedoch im Widerspruchsverfahren noch geheilt werden kann gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG.<sup>31</sup>

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

#### a) Genehmigungsbedürftigkeit des Vorhabens

Nach § 59 I BauO Bln<sup>32</sup> bedarf u. a. die Errichtung einer Anlage der Baugenehmigung, sofern nicht in den §§ 60–62, 76 und 77 BauO Bln<sup>33</sup> etwas anderes bestimmt ist. Bei der Containeranlage handelt es sich um eine bauliche Anlage im Sinne des § 2 I 2 BauO Bln<sup>34</sup>, denn die Container sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen, wobei die Verbindung mit dem Erdboden gerade nicht fest sein muss. Es ist daher unschädlich, wenn die Container lediglich durch eigene Schwere auf dem Boden ruhen. Ein vorrangiges anderes Gestattungsverfahren i. S. d. § 60 BauO Bln<sup>35</sup> ist nicht ersichtlich. Ein verfahrensfreies Vorhaben gem. § 61 I BauO Bln<sup>36</sup> stellt die Errichtung der Asylbewerberunterkunft nicht dar. § 62 BauO Bln<sup>37</sup> ist ebenfalls nicht einschlägig, da es sich bei der Unterkunft um einen Sonderbau gem. § 2 IV Nr. 11 BauO Bln<sup>38</sup> handelt<sup>39</sup>, vgl. § 62 I 1 a. E. BauO

<sup>30</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff VwVfG, 8. Aufl., § 28 Rn. 32.

<sup>31</sup> Der Verfahrensfehler kann entsprechend § 45 I Nr. 3 LVwVfG BW; Art. 45 I Nr. 3 BayVwVfG; § 45 I Nr. 3 VwVfG NRW durch Nachholung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens geheilt werden (abweichend lediglich § 45 II VwVfG NRW, der eine Heilung nur bis zum Abschluss der ersten Tatsacheninstanz gestattet).

<sup>32</sup> § 49 LBO BW; Art. 55 I BayBO; § 63 I 1 BauO NRW.

<sup>33</sup> §§ 50, 51, 69 und 70 LBO BW; Art. 56 bis 58, 72 und 73 BayBO; §§ 65 bis 67, 79 und 80 BauO NRW.

<sup>34</sup> § 2 I LBO BW; Art. 2 I BayBO; § 2 I BauO NRW.

<sup>35</sup> Art. 56 BayBO.

<sup>36</sup> § 50 LBO BW; Art. 57 BayBO; §§ 65–66 BauO NRW.

<sup>37</sup> § 51 LBO BW; Art. 58 BayBO; § 67 BauO NRW.

<sup>38</sup> § 38 II Nr. 13 LBO BW; Art. 2 IV Nr. 11 BayBO; §§ 54, 68 I 3 Nr. 9 bzw. 11 BauO NRW, a. A. vertretbar.

<sup>39</sup> Dies ist vom Sachverhalt vorgegeben. S. zur Einordnung von Asylbewerberunterkünften i. R. d. Art. 2 IV Nr. 11 BayBO Simon/Busse/Dimberger BayBO, 116. EL 2014, Art. 2 Rn. 456.

Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Rn. 26; Peine Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rn. 1306 ff.

<sup>26</sup> Wie hier Battis/Krautzberger/Löhr BauGB Kommentar, 13. Aufl., § 212a Rn. 2 a E; Schoch/Schneider/Bier VwGO, 24. EL 2012, § 80 a Rn. 66; OVG NRW NVwZ 1998, 980. A A OVG Berlin-Brandenburg LKV 2010, 326, 327.

<sup>27</sup> § 58 I 1 LBO BW; Art. 68 I 1 BayBO; § 75 I 1 BauO NRW.

<sup>28</sup> § 48 I LBO BW; Art. 53 I BayBO; § 62 BauO NRW.

<sup>29</sup> Bei zukünftigen Zitierungen des VwVfG wird auf die Nennung der Überleitungsvorschrift des § 1 I VwVfG Bln verzichtet. S im Übrigen § 28 LVwVfG BW; Art. 28 BayVwVfG; § 28 VwVfG NRW.

Bln<sup>40</sup>. Bei der Asylbewerberunterkunft handelt es sich auch um keinen sog. fliegenden Bau i. S. d. § 76 BauO Bln<sup>41</sup>. Darunter versteht man nach § 76 I 1 BauO Bln bauliche Anlagen, die geeignet und bestimmt sind, an verschiedenen Orten wiederholt aufgestellt und zerlegt zu werden. Wegen ihrer Atypik – der ständig wechselnden Nutzung an verschiedenen Orten – passen sie nicht in das in der BauO angelegte System der öffentlich-rechtlichen Kontrolle baulicher Anlagen<sup>42</sup>. Zwar mag die Containeranlage objektiv geeignet sein, an wechselnden Orten wiederholt aufgestellt und zerlegt zu werden. Allerdings hat K nicht den Willen, die Anlage in einer unbestimmten Anzahl von Fällen innerhalb eines überschaubaren Zeitraums an verschiedenen Orten aufzustellen und abzubauen<sup>43</sup>. Vielmehr möchte er die Anlage so lange wie möglich am geplanten Ort nutzen; dass er, sie anschließend veräußern möchte, genügt nicht für das erforderliche subjektive Element<sup>44</sup>. Da schließlich auch § 77 BauO Bln<sup>45</sup> nicht einschlägig ist, bedarf die Errichtung der Asylbewerberunterkunft nach der Grundregel des § 59 I BauO Bln<sup>46</sup> einer Baugenehmigung.

#### b) Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht

Bei genehmigungsbedürftigen baulichen Anlagen sind im Genehmigungsverfahren gem. § 64 S. 1 Nr. 2 BauO Bln<sup>47</sup> grundsätzlich sämtliche Vorgaben der BauO Bln zu prüfen. Ist das vereinfachte Genehmigungsverfahren einschlägig, so gilt im Baugenehmigungsverfahren ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab, vgl. § 63 S. 1 Nr. 2 BauO Bln<sup>48</sup>. Die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung kann damit nur hinsichtlich der in ihr enthaltenen Feststellung der Übereinstimmung mit den im Baugenehmigungsverfahren geprüften Vorschriften beanstandet werden<sup>49</sup>. Dies entbindet das Vorhaben freilich nicht von der Verpflichtung zur Einhal-

tung der sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorgaben und lässt auch die bauaufsichtlichen Befugnisse unberührt, § 59 II BauO Bln<sup>50</sup>. Für Sonderbauten gilt der eingeschränkte Prüfungsmaßstab jedoch ohnehin nicht, vgl. § 63 S. 1 vor Nr. 1 BauO Bln<sup>51</sup>, vielmehr ist § 64 BauO Bln<sup>52</sup> einschlägig. Damit sind vorliegend sämtliche Vorschriften des Bauordnungsrechts heranzuziehen. Für einen Verstoß bestehen indes keinerlei Anhaltspunkte.

#### c) Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht

Allerdings ist fraglich, ob die Anlage gegen Vorschriften des Bauplanungsrechts, namentlich §§ 29–38 BauGB, verstößt, die gem. § 64 S. 1 Nr. 1 BauO Bln<sup>53</sup> zu prüfen sind. Bei der Containeranlage handelt es sich um eine bodenrechtliche Relevanz aufweisende Anlage und damit auch um eine solche im Sinne des § 29 I BauGB<sup>54</sup>. Sie liegt im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans gem. § 30 I BauGB. Für die Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht kommt es somit darauf an, ob das Vorhaben mit den Festsetzungen des Bebauungsplans übereinstimmt; ist dies nicht der Fall, so müsste eine Ausnahme erfüllt oder eine rechtmäßige Befreiung erteilt worden sein. Sowohl Ausnahme als auch Befreiung dienen dabei der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit für vom Plangeber nicht berücksichtigte Fälle, für die eine Planänderung zu aufwendig wäre.

#### aa) Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Festsetzungen des Bebauungsplans

Im Bebauungsplan ist gem. § 1 III 1, II Nr. 8 BauNVO hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung ein Gewerbegebiet festgesetzt, womit die Vorschrift des § 8 BauNVO Bestandteil des Bebauungsplans wurde, § 1 III 2 BauNVO. § 8 BauNVO gilt damit unmittelbar für den Planbetroffenen<sup>55</sup>. Nach § 8 I BauNVO dienen Gewerbegebiete vorwiegend der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Ge-

40 § 51 I a E LBO BW; Art. 58 I 1 a E BayBO; § 68 I 3 Nr. 9 bzw 11 BauO NRW, a. A. vertretbar.

41 § 69 LBO BW; Art. 72 BayBO; § 79 BauO NRW.

42 Vgl. Simon/Busse/Konrad BayBO, 116. EL 2014, Art. 72 Rn. 3.

43 Vgl. Simon/Busse/Konrad BayBO, 112. EL 2013, Art. 72 Rn. 10.

44 S. Simon/Busse/Konrad BayBO, 112. EL 2013, Art. 72 Rn. 10 m. w. N. aus der Rspr.

45 § 70 LBO BW; Art. 73 BayBO; § 80 BauO NRW.

46 § 49 LBO BW; Art. 55 I BayBO; § 63 I 1 BauO NRW.

47 § 58 I 2 LBO BW; Art. 60 S. 1 Nr. 2 BayBO (explizit für Sonderbauten).

48 § 52 II Nr. 2 LBO BW; Art. 59 S. 1 Nr. 2 BayBO (s. bei Sonderbauten aber Art. 60 S. 1 Nr. 2 BayBO); § 68 I 4 Nr. 2 BauO NRW.

49 S. hierzu OVG Hamburg NordÖR 2011, 338; OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2010, 794.

50 §§ 50 V, 51 IV, 52 III LBO BW; Art. 55 II BayBO; § 65 IV BauO NRW.

51 § 52 I i. V. m. § 51 I a E LBO BW; Art. 59 S. 1 BayBO; § 68 I 3 Nr. 9 bzw 11 BauO NRW.

52 § 58 I 2 LBO BW; Art. 60 BayBO.

53 § 58 I 2 LBO BW; Art. 60 S. 1 Nr. 1 BayBO.

54 Der Begriff der »Anlage« ist hier anders als im Bauordnungsrecht zu verstehen; erforderlich ist angesichts der Zielsetzungen des Bauplanungsrechts eine »bodenrechtliche Relevanz«. Die Anlage muss also geeignet sein, das Bedürfnis nach einer verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen, vgl. *Finkelburg/Orloff/Kment* Öffentliches Baurecht Bd. 1, 6. Aufl., § 22 Rn. 13.

55 Vgl. *Stollmann* Öffentliches Baurecht, 10. Aufl., § 14 Rn. 12.

werbebetrieben. Die im Einzelnen zulässigen Vorhaben sind in § 8 II BauNVO aufgeführt. Eine Asylbewerberunterkunft lässt sich jedoch unter keine der in § 8 II Nr. 1–4 BauNVO genannten Anlagen fassen.

#### bb) Ausnahme nach § 31 I BauGB i. V. m. § 8 III BauNVO

Allerdings könnten die Voraussetzungen für die Zulassung einer Ausnahme nach § 31 I BauGB vorliegen. Diese müsste im Bebauungsplan nach Art und Umfang ausdrücklich vorgesehen sein; dies ist Ausfluss des Prinzips der Planmäßigkeit. Zwar sieht § 8 III BauNVO, der grundsätzlich auch Bestandteil des Bebauungsplans sein kann, Ausnahmen u. a. für Anlagen für soziale Zwecke vor (Nr. 2). Allerdings kann gem. § 1 VI Nr. 1 BauNVO im Bebauungsplan festgesetzt werden, dass alle oder einzelne Ausnahmen, die in den Baugebieten nach den §§ 2–9 BauNVO vorgesehen sind, nicht Bestandteil des Bebauungsplans werden. Eine solche Feinjustierung hat der Plangeber hier vorgenommen: Sowohl Werkwohnungen als auch Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke sind ausgeschlossen. Damit kann es dahinstehen, ob die Asylbewerberunterkunft als soziale Einrichtung oder als Wohnnutzung einzuordnen ist; eine Ausnahme wäre in keinem Fall zulässig.

#### cc) Rechtmäßigkeit einer Befreiung nach § 31 II BauGB

Allerdings könnte das Vorhaben aufgrund der erteilten Befreiung gem. § 31 II BauGB bauplanungsrechtskonform sein. Befreiungen sind im Gegensatz zu Ausnahmen nicht im Bebauungsplan vorgesehen, sondern ermöglichen eine Abweichung von den Festsetzungen des Bebauungsplans auch unter nicht-planerischen Gesichtspunkten. Befreiungen werden im Genehmigungsverfahren von der Bauaufsichtsbehörde erteilt, nicht vom Plangeber. Für eine rechtmäßige Befreiung sind drei Voraussetzungen erforderlich: (1) Es muss ein Befreiungsgrund vorliegen (§ 31 II Nr. 1–3 BauGB), (2) die Abweichung muss auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar sein (§ 31 II a. E. BauGB) und (3) die Grundzüge der Planung dürfen nicht berührt werden (§ 31 II vor Nr. 1 BauGB). Eine nach bisheriger Rechtsprechung erforderliche »Atypik« des zu bescheidenden Falles ist nicht mehr erforderlich. Dieses Erfordernis ging auf die Rechtslage vor der BauGB-Novelle 1998 zurück und ist seitdem überholt<sup>56</sup>.

Befreiungsgrund nach § 31 II Nr. 1 BauGB: Gründe des Wohls der Allgemeinheit erfordern die Befreiung, wenn ein Gemeininteresse, das bei der Festsetzung des Bebauungsplans noch nicht oder nicht in seiner konkreten Stärke abschätzbar war, eine Art Randkorrektur der planerischen Festsetzung erfordert<sup>57</sup>. Die Gemeinwohlgründe erfassen alles, was gemeinhin unter den öffentlichen Belangen oder den öffentlichen Interessen zu verstehen ist<sup>58</sup>. Dazu zählt auch die Erforderlichkeit sozialer Einrichtungen, also von Anlagen, die in einem weiten Sinne der sozialen Fürsorge und der öffentlichen Wohlfahrt, *nicht aber dem Wohnen* dienen<sup>59</sup>. Die sich hieraus ergebende Frage zum alten Recht, ob wohnähnlich genutzte Asylbewerberunterkünfte Anlagen für soziale Zwecke im Sinne des § 31 II Nr. 1 BauGB darstellen, hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen mit Wirkung vom 26. November 2014 eindeutig geklärt:<sup>60</sup> Die Vorschrift stellt nunmehr unmissverständlich klar, dass Gründe des Wohls der Allgemeinheit den Bedarf zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden miteinschließen. Im Bezirk Lichtenberg fehlt es auch an geeigneten Grundstücken für Asylbewerberunterkünfte, insbesondere im Lichte der stark gestiegenen Flüchtlings- und Asylbewerberzahlen. Dies war zum Zeitpunkt des Erlasses des Bebauungsplans Ende 2010 noch nicht in dieser Deutlichkeit abzusehen, so dass eine Korrektur der Festsetzungen des Bebauungsplans als geboten erscheint. Dafür spricht auch, dass Allgemeinwohlgründe nicht erst dann eine Befreiung *erfordern*, wenn den Belangen der Allgemeinheit auf *keine* andere Weise als durch eine Befreiung entsprochen werden kann<sup>61</sup>.

Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen: Die Würdigung nachbarlicher Interessen hat unabhängig davon zu erfolgen, ob diese Interessen sich auf nachbarschützende Vorschriften stützen können oder nicht; entscheidend ist im Rahmen der Würdigung, ob die durch die Befreiung eingetretenen Nachteile das Maß dessen übersteigen, was einem Nachbarn billigerweise noch zuzumuten ist<sup>62</sup>. Die geplante Asylbewerberunterkunft dürfte indes weniger störend sein

<sup>57</sup> BVerwG NJW 1979, 939.

<sup>58</sup> BVerwGE 56, 71.

<sup>59</sup> Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock BauGB, 111. EL 2013, § 4 BauNVO Rn. 92 m. w. N.

<sup>60</sup> Gesetz vom 20. November 2014 mit Wirkung vom 26. November 2014 (BGBl I, 1748). Bereits für die alte Rechtslage bejahend VGH München BeckRS 2014, 47166 Rn. 8; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker BauGB, 116. EL 2015, § 31 BauGB Rn. 39 a ff.

<sup>61</sup> BVerwG BauR 2004, 1127.

<sup>62</sup> Stollmann Öffentliches Baurecht, 10. Aufl., § 14 Rn. 55.

<sup>56</sup> Vgl. Stollmann Öffentliches Baurecht, 10. Aufl., § 14 Rn. 44 ff.



als die vom Bebauungsplan vorgesehenen Gewerbebetriebe, die regelmäßig mehr emittieren. Die Belegungsdichte und der Lebensrhythmus der in einem Heim untergebrachten Bewohner sind keine planungsrechtlich relevanten Gesichtspunkte. Ferner sagt P selbst, dass er keine Auswirkungen auf sein Grundstück befürchte. Mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist das zur Befreiung gestellte Vorhaben nach einer vom BVerwG entwickelten Faustformel, wenn es sich bei hinweggedachtem Bebauungsplan nach § 34 I BauGB in die nähere Umgebung einfügt<sup>63</sup>. Hieran bestehen erhebliche Zweifel, da die nähere Umgebung von brachliegenden Industrieflächen und gewerblicher Nutzung geprägt ist. Vor allem aber ist ein Einfügen dann zu verneinen, wenn das Vorhaben geeignet ist, bodenrechtlich beachtliche Spannungen auszulösen<sup>64</sup>. Die hier in Rede stehende wohnähnliche Nutzung in einem Gewerbegebiet würde jedoch erhebliche bodenrechtliche Spannungen auslösen<sup>65</sup>. Dies könnte indes dahinstehen, wenn durch die Befreiung die Grundzüge der Planung berührt werden würden.

Nichtberühren der Grundzüge der Planung: Der Bebauungsplan ist rechtssatzmäßiger Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten und demokratisch legitimierten Planungshoheit der Gemeinde und kann daher nicht durch Entscheidungen der Baugenehmigungsbehörde in relevanter Weise abgeändert werden<sup>66</sup>. Ein ähnlicher Gedanke trifft auch für Stadtstaaten zu. In Berlin sind grundsätzlich die Bezirke für den Erlass von Bebauungsplänen zuständig (vgl. § 6 AGBauGB Bln), bei einem dringenden Gesamtinteresse Berlins kann die Senatsverwaltung das Verfahren an sich ziehen (vgl. § 7 AGBauGB Bln). Die Bezirksverordnetenversammlung bzw. das Abgeordnetenhaus wirkt bei der Aufstellung eines Bebauungsplans mit; beim Baugenehmigungsverfahren ist dagegen nur das Bezirksamt als Bauaufsichtsbehörde involviert gem. §§ 4 II 1 AZG, 2 IV 1 ASOG i. V. m. Nr. 15 I ZustKat Ord.<sup>67</sup> Auch die nach den §§ 3 und 4 BauGB notwendige Beteiligung der Bürger und der Träger öffentlicher Belange darf durch eine Befreiung nicht unterlaufen werden<sup>68</sup>. Diese muss ein Sonderfall bleiben und darf sich nicht zu einem heimlichen

Planänderungsverfahren entwickeln<sup>69</sup>. Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung in der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der Umplanung möglich ist<sup>70</sup>. Die Befreiung darf – jedenfalls von Festsetzungen, die für die Planung tragend sind – nicht aus Gründen erteilt werden, die sich in einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle oder gar für alle von einer bestimmten Festsetzung betroffenen Grundstücke anführen lassen<sup>71</sup>.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Festsetzungen des Bebauungsplans sowie aus der Planbegründung als zentrales Anliegen des Plangebers, die Grundstücksflächen so weit wie möglich für flächen- und emissionsintensive Gewerbebetriebe zu reservieren und sie vor einer Zweckentfremdung zugunsten anderer Nutzungen zu bewahren<sup>72</sup>. Aus der Planbegründung ergibt sich auch, dass es sich bei dem Planungsziel der Privilegierung und Konzentration von besonders flächen- und emissionsintensiven Gewerbebetrieben im Plangebiet nicht lediglich um eine von mehreren Zielsetzungen, sondern um das zentrale Anliegen des Plangebers handelt, das auch und gerade das streitgegenständliche Grundstück erfasst<sup>73</sup>. Der Plangeber respektiert zwar die bestehende Wohnnutzung, ihrer Ausweitung wird aber eine klare Absage erteilt<sup>74</sup>.

Aus dieser Grundkonzeption des Plangebers folgt somit, dass durch die Erteilung einer Befreiung von der Gebietsfestsetzung – unabhängig davon, ob sie zugunsten einer Wohnnutzung oder, wie vorliegend, einer sozialen Einrichtung erfolgt – die Grundzüge der Planung berührt werden würden. Dies würde nämlich dem planerischen Grundanliegen zuwiderlaufen, die im Plangebiet vorhandenen Gewerbeflächen so weit wie möglich solchen Gewerbebetrieben vorzubehalten, die insbesondere aufgrund ihrer Flächen- oder Emissionsintensität auf die Verfügbarkeit eben solcher Gewerbeflächen angewiesen sind<sup>75</sup>.

Die Containeranlage wäre darüber hinaus auch abstrakt gebietsunverträglich, was ebenfalls dafür spricht, dass die Grundzüge der Planung berührt sind. Die Zulässigkeit eines Vorhabens innerhalb eines Baugebiets ist

<sup>63</sup> Vgl. Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt BauGB, 13. Aufl., § 31 Rn. 30f.

<sup>64</sup> Stollmann Öffentliches Baurecht, 10. Aufl., § 16 Rn. 40.

<sup>65</sup> Vgl. auch OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (992).

<sup>66</sup> Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt BauGB, 13. Aufl., § 31 Rn. 29.

<sup>67</sup> In den anderen Bundesländern sind die unteren Bauaufsichtsbehörden zuständig, vgl. §§ 48 I, 46 I Nr. 3 LBO BW (iVm § 15 I LVG BW); Art. 53 I BayBO (iVm Art. 37 I 1 LKrO bzw. Art. 9 GO Bay; beachte auch § 5 ZustVBau); §§ 60 I Nr. 3, 62 BauO NRW bzw. i. V. m. § 42 KrO).

<sup>68</sup> Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt BauGB, 13. Aufl., § 31 Rn. 29 m. w. N.

<sup>69</sup> Stollmann Öffentliches Baurecht, 10. Aufl., § 14 Rn. 52.

<sup>70</sup> Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt BauGB, 13. Aufl., § 31 Rn. 29.

<sup>71</sup> BVerwG NVwZ 1999, 1110.

<sup>72</sup> Vgl. VG Hamburg, Beschl v 6. Mai 2013, Az 7 E 1487/13, 6.

<sup>73</sup> Vgl. VG Hamburg, Beschl v 6. Mai 2013, Az 7 E 1487/13, 7.

<sup>74</sup> Vgl. VG Hamburg, Beschl v 6. Mai 2013, Az 7 E 1487/13, 8.

<sup>75</sup> Vgl. VG Hamburg, Beschl v 6. Mai 2013, Az 7 E 1487/13, 9f.

nicht nur an den Vorschriften über die zugelassenen bestimmten Nutzungen, sondern auch an der Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets zu messen<sup>76</sup>. Aus der Zweckbeschreibung in § 8 I BauNVO – der Unterbringung nicht erheblich belästigender Gewerbebetriebe – ergibt sich, dass im Gewerbegebiet auch keine *wohnhähnliche* Nutzung stattfinden soll<sup>77</sup>. Hier ist die Asylbewerberunterkunft dem Wohnen jedoch ähnlich, weil sie nach ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung für eine mehr als nur unbeachtlich kurze Dauer Lebensmittelpunkt des einzelnen Asylbewerbers ist<sup>78</sup>. In Gewerbegebieten, die in erster Linie der Unterbringung von gewerblichen Betrieben dienen, soll nicht gewohnt werden.

Fraglich ist, ob sich an dieser Einschätzung durch die Befristung auf zwei Jahre etwas ändert. Grundsätzlich sind die bodenrechtlichen Folgen einer gebietsunverträglichen Nutzung umso geringer, je kürzer sie stattfindet; es erscheint damit als denkbar, dass eine Befreiung aufgrund einer Befristung die Grundzüge der Planung unangetastet lässt. Unklar ist jedoch, wozu man die Dauer der Befreiung ins Verhältnis setzen soll. So kommt hierfür die typische Geltungsdauer eines Bebauungsplans in Betracht; dann könnten sich zwei Jahre durchaus als unwesentlich ausnehmen. Dagegen spricht jedoch, dass die Geltungsdauer – die viele Jahrzehnte betragen kann – einen zu unüberschaubaren Zeitraum darstellt und somit nicht als Bezugsgröße taugt<sup>79</sup>. Daher ist die Befreiungsdauer mit der Sinnhaftigkeit, d.h. mit der Dauer und Leichtigkeit einer Planänderung zu vergleichen. Der Zeitraum von zwei Jahren ist dabei nicht so kurz bemessen, als dass es impraktikabel oder unmöglich erschiene, die der planerischen Grundkonzeption zuwiderlaufende Nutzung des Grundstücks zur Unterbringung von Asylbewerbern unter den Vorbehalt einer Planänderung mit dem Ziel der Festsetzung einer befristeten Zwischennutzung gem. § 9 II BauGB zu stellen<sup>80</sup>. Dafür spricht auch, dass eine Baugenehmigung gem. § 33 BauGB schon während der Planaufstellung erteilt werden kann<sup>81</sup>. Darüber hinaus ist wertend zu berücksichtigen, dass gerade das streitgegenständliche Grundstück und die Notwendigkeit, nach Verlagerung des Betriebs- und Recyclinghofs seine Anschlussnutzung zu regeln, Anlass zur Aufstellung des Bebauungsplans gegeben haben<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> St Rspr, s etwa BVerwGE 142, 1 (5f.).

<sup>77</sup> Vgl. OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (992).

<sup>78</sup> Vgl. BVerwGE 56, 71.

<sup>79</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (991).

<sup>80</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (991).

<sup>81</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (991).

<sup>82</sup> Vgl. VG Hamburg, Beschl v 6. Mai 2013, Az 7 E 1487/13, 10; OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (991).

Auch die aktuelle Version des § 31 II Nr. 1 BauGB (gültig seit 26. 11. 2014), der den Bedarf zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden nun ausdrücklich einschließt, ändert dies nicht. Zwar soll hierdurch das besondere öffentliche Interesse an der Schaffung solcher Anlagen herausgestellt werden, was Bedeutung insbesondere für die im Rahmen von Befreiungen notwendige Bewertung der Zumutbarkeit der Befreiung im Verhältnis zu nachbarlichen Interessen und anderen öffentlichen Belangen erlangt<sup>83</sup>. Allerdings handelt es sich bei den Grundzügen der Planung um ein selbstständiges Tatbestandsmerkmal, das eine andere Zielsetzung verfolgt und dessen Vorliegen grundsätzlich separat untersucht werden muss.

#### **dd) Rechtmäßigkeit einer Befreiung nach § 246 X 1 BauGB**

Fraglich ist, ob sich die Möglichkeit der Befreiung aus § 246 X 1 BauGB ergibt, der neben § 31 II BauGB Anwendung finden soll<sup>84</sup>. Nach § 246 X 1 BauGB, der durch das Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen mit Wirkung vom 26. November 2014 neu eingefügt worden ist, kann bis zum 31. Dezember 2019 in Gewerbegebieten für Asylbewerberunterkünfte von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn an dem Standort Anlagen für soziale Zwecke als Ausnahme zugelassen werden können oder allgemein zulässig sind und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit öffentlichen Belangen vereinbar ist. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen geht der Gesetzgeber automatisch davon aus, dass auch die Grundzüge der Planung gewahrt sind<sup>85</sup>. Vorliegend sind die Voraussetzungen des § 246 X 1 BauGB jedoch gerade nicht erfüllt, da Anlagen für soziale Zwecke im Bebauungsplan vom 14. Dezember 2010 weder allgemein noch ausnahmsweise zugelassen sind.

Damit ist die Grenze für die Erteilung einer Befreiung überschritten. Die Befreiung hätte infolge einer Berührung der Grundzüge der Planung nicht erteilt werden dürfen.

Rechtsfolge des § 31 II BauGB (hilfsweise): § 31 II BauGB stellt die Erteilung einer Befreiung in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde, vgl. § 40 VwVfG (gerichtlicher Prüfungsmaßstab: § 114 S. 1 VwGO). Ermessensfehler sind allerdings nicht ersichtlich.

<sup>83</sup> BT-Drs. 18/2752, 7.

<sup>84</sup> Vgl. BT-Drs. 18/2752, 12: »materiell-rechtlich ergänzende Zulässigkeitsregelung in Gewerbegebieten«.

<sup>85</sup> So BeckOK-BauGB/*Spannowsky*, 34. Ed 25.7.2016, § 246 Rn. 10; s auch BT-Drs. 18/2752, 12.

## 4. Zwischenergebnis

Die Baugenehmigung ist bauplanungswidrig.

## II. Verletzung des P in einem subjektiv-öffentlichen Recht

### 1. Gebietserhaltungsanspruch

P müsste überdies durch die rechtswidrige Baugenehmigung in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt sein. Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung sind über den Gebietserhaltungsanspruch grundsätzlich nachbarschützend, weshalb die Rechte des Nachbarn auch dann verletzt werden, wenn von einer Gebietsfestsetzung in objektiv rechtswidriger Weise eine Befreiung erteilt wird. Dies ist hier der Fall.

### 2. Drittschutz bei Modifikation der zulässigen Nutzungsarten nach § 1 IV ff. BauNVO?

Fraglich ist, ob dem im Bebauungsplan festgesetzten Ausschluss von Ausnahmen für soziale Zwecke, von dem befreit worden ist, deshalb kein nachbarschützender Charakter zukommt, weil die Ausschlussklausel auf einer planerischen Feinsteuerung nach § 1 VI Nr. 1 BauNVO beruht. Obgleich diese Auffassung vielerorts vertreten wird<sup>86</sup>, ist hiervon nicht auszugehen: Der Gebietserhaltungsanspruch basiert auf der Annahme, dass die Planunterworfenen in einer Art bau- und bodenrechtlichen Schicksalsgemeinschaft leben und miteinander durch ein Ausgleichsverhältnis verbunden sind, das nicht einseitig aufgekündigt werden kann. Diese Rechtfertigung für den nachbarschützenden Charakter der Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung besteht auch dann, wenn der Plangeber die zulässige Art der baulichen Nutzung in einem Baugebiet durch planerische Feinsteuerung modifiziert und etwa in einem Gewerbegebiet Ausnahmen für Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke ausgeschlossen hat<sup>87</sup>. Indem der Ordnungsgeber zur begrenzten Anpassung der zulässigen Nutzungen an spezielle Anforderungen der Planung und

die konkreten städtebaulichen Verhältnisse ermächtigt, hat er die daraus resultierenden Abwandlungen bereits mitbedacht<sup>88</sup>.

### 3. Ausschluss des Gebietserhaltungsanspruchs durch planwidrige Nutzung des P?

Fraglich ist jedoch, ob der Gebietserhaltungsanspruch des P deshalb ausgeschlossen ist, weil er auf seinem Grundstück mit einer Spielhalle eine Vergnügungsstätte betreibt, die zwar nach § 8 III Nr. 3 BauNVO in Gewerbegebieten ausnahmsweise zulässig sein kann, es im Geltungsbereich des hier in Rede stehenden Bebauungsplans vom 14. Dezember 2010 aber nicht ist. Die dem Gebietserhaltungsanspruch zugrundeliegende Annahme, dass die Planunterworfenen in einer bau- und bodenrechtlichen Schicksalsgemeinschaft stehen, kann jedenfalls dann nicht mehr aufrechterhalten werden, wenn der Nachbar diejenige Nutzung abwehren will, die er selbst ausübt<sup>89</sup>. Hier aber werden auf dem Grundstück des P zwar planwidrige Nutzungen ausgeübt, es sind daneben aber auch planmäßige Nutzungen vorhanden, namentlich in Gestalt des Pizzalieferservices, der eine gewerbliche Nutzung darstellt. Beide Nutzungen bestehen bereits seit geraumer Zeit und schon weit vor dem Erlass des Bebauungsplans im Jahre 2010. In einem solchen Fall erscheint es nicht gerechtfertigt, von einer anspruchsvernichtenden Aufhebung des Schicksalsverhältnisses auszugehen<sup>90</sup>. Dies ergibt sich auch aus dem Gedanken des (passiven) Bestandsschutzes, wonach eine Anlage erhalten und wie bisher genutzt werden darf, obgleich dies nach dem aktuell geltenden Recht nicht mehr zulässig ist<sup>91</sup>.

## 4. Zwischenergebnis

Damit ist P in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt.

## 5. Ergebnis

Es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung; auch ist P in einem subjektiv-öffent-

<sup>86</sup> Vgl. die Nachweise zur so lautenden h M bei König/Roeser/Stock Baunutzungsverordnung, 3. Aufl., § 8 Rn. 56. Wie hier aber *Fehling/Waldmann* ZJS 2013, 428 (434).

<sup>87</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (993).

<sup>88</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (993).

<sup>89</sup> Vgl. OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (993) m. w. N.

<sup>90</sup> Vgl. OVG Hamburg NVwZ-RR 2013, 990 (993).

<sup>91</sup> Vgl. *Stollmann* Öffentliches Baurecht, 10. Aufl., § 2 Rn. 5ff. m. w. N.

lichen Recht verletzt. Somit ist der zulässige Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung auch begründet. Daher wird das Verwaltungsgericht die Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung anordnen.

### Zusatzaufgabe:

Fraglich ist vorliegend, ob die nach der behördlichen Entscheidung geänderte Rechtslage im verwaltungsgerichtlichen (Eil-)Verfahren zu berücksichtigen ist und ggf. zu einer anderen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung führt.

## I. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Hierbei handelt es sich um einen nur schwer zu überblickenden und von einer umfassenden Kasuistik geprägten Themenkreis, der lediglich in Grundzügen als bekannt vorausgesetzt werden kann<sup>92</sup>.

Bei der gerichtlichen Anfechtung eines Verwaltungsakts können drei Strömungen unterschieden werden:

Teilweise wird auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abgestellt; nur ausnahmsweise soll es bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung und nicht mehr vollstreckungsfähigen Verwaltungsakten aber auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommen<sup>93</sup>. Dies gebiete das Gewaltenteilungsprinzip: Die neue Sach- und Rechtslage müsse zunächst in einem neuen Verwaltungsverfahren gewürdigt werden, bevor eine neuerliche gerichtliche Kontrolle stattfinden könne<sup>94</sup>.

Teilweise wird auch auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung rekurriert<sup>95</sup>. Dies sei aus Gründen der Prozessökonomie und der Rechtsschutzeffektivität geboten.

Insbesondere die Rechtsprechung betont schließlich, dass eine Antwort in erster Linie im materiellen Recht zu suchen sei<sup>96</sup>; in zweiter Linie soll es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankommen.

Speziell für Baugenehmigungen hat das BVerwG schon früh angenommen, dass im Rahmen einer Nachbarklage inzwischen ergangene Rechtsänderungen *zugunsten* des Bauherrn berücksichtigt werden müssen; denn es sei nicht sinnvoll und mit der verfassungsmäßigen Garantie des Eigentums nicht vereinbar, eine (bei ihrem Erlass fehlerhafte) Baugenehmigung aufzuheben, obwohl sie sogleich nach der Aufhebung wieder erteilt werden müsse<sup>97</sup>. Etwas anderes soll nur bei nachträglichen Änderungen *zulasten* des Bauherrn gelten<sup>98</sup>. Da sich die Rechtslage vorliegend aber zugunsten des K geändert hat, muss sie demnach berücksichtigt werden.

In der besonderen Situation des verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes kommt es richtigerweise grundsätzlich auf den Zeitpunkt an, der auch im Hauptsacheverfahren der maßgebliche ist<sup>99</sup>. Demnach muss die Rechtsänderung hier berücksichtigt werden. Nach anderer Auffassung soll es stets auf den Zeitpunkt der Eilentscheidung ankommen, da das Gericht eine eigene Ermessensentscheidung treffe<sup>100</sup>. Auch dies erfordert vorliegend jedoch eine Berücksichtigung der Rechtsänderung.

## II. Beurteilung der Baugenehmigung nach neuer Rechtslage

Mit dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20. Oktober 2015 mit Wirkung vom 24. Oktober 2015 hat der Gesetzgeber in Ansehung jener baulicher Anforderungen, die einer schnellen Unterbringung von Flüchtlingen *auch nach der letzten Reform des Bauplanungsrechts entgegenstanden*, insbesondere § 246 XI–XVII BauGB eingefügt. Im vorliegenden Fall ist die veränderte Rechtslage an zwei Stellen der Prüfung relevant und führt zu einer anderen Bewertung der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung:

Nach § 246 XII 1 Nr. 1 BauGB kann die Baugenehmigungsbehörde bis zum 31. Dezember 2019 bei einer auf längstens drei Jahre zu befristenden Errichtung mobiler Unterkünfte (also insbesondere die Errichtung von Wohncontainern und Zelten)<sup>101</sup> für Flüchtlinge oder Asylbeherrnde von den Festsetzungen des Bebauungsplans

<sup>92</sup> S den guten Überblick bei *Württembergischer* Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., Rn. 608ff.

<sup>93</sup> Vgl. *Hufen* Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., § 24 Rn. 8ff.

<sup>94</sup> Vgl. *Württembergischer* Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., Rn. 614 m. w. N.

<sup>95</sup> Vgl. *Erbguth* Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 344f. m. w. N.

<sup>96</sup> St Rspr, s etwa BVerwGE 34, 155 (157f.). S auch *Ehlers/Schoch* Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 22 Rn. 88.

<sup>97</sup> St Rspr, s etwa BVerwGE 22, 129 (133).

<sup>98</sup> Vgl. *Württembergischer* Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., Rn. 614 m. w. N., dort auch zur Kritik.

<sup>99</sup> *Schoch/Schneider/Bier* VwGO, 22. EL 2011, § 80 Rn. 418.

<sup>100</sup> Vgl. *Schoch/Schneider/Bier* VwGO, 22. EL 2011, § 80 Rn. 413 m. w. N., dort Rn. 416ff. auch zur Kritik.

<sup>101</sup> BT-Drucks 18/6185, 54.

befreien, wenn die Befreiung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Bei der Regelung handelt es sich ebenso wie bei § 246 X 1 BauGB um eine neben den § 31 II BauGB tretende Befreiungsmöglichkeit, die jedoch anders als die Regelung des § 246 X 1 BauGB nicht zur Voraussetzung hat, dass Anlagen für soziale Zwecke im Bebauungsplan allgemein oder ausnahmsweise zugelassen sein müssen. Vorliegend ist dem K eine auf zwei Jahre befristete Genehmigung für die Errichtung einer Containeranlage zur Unterbringung von Flüchtlingen erteilt worden. Fraglich ist damit lediglich, ob die Befreiung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Der Wortlaut der Vorschrift entspricht demjenigen des § 31 II BauGB. Es kann daher im Ausgangspunkt auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (s.o. Gliederungspunkt Begründetheit: I. 3. c) cc)), die die Frage allerdings noch offengelassen haben. Jedoch ist bei der Auslegung des § 246 XII 1 BauGB zusätzlich der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, nach dem »angesichts der nationalen und drängenden Aufgabe bei der Flüchtlingsunterbringung Nachbarn vorübergehend auch ein Mehr an Beeinträchtigungen zuzumuten ist«<sup>102</sup>. Die durch die Befreiung eintretenden Nachteile übersteigen daher zumindest nicht das Maß dessen, was einem Nachbarn billigerweise noch zuzumuten ist. Auch mit anderen öffentlichen Belangen ist das Vorhaben vereinbar. Zwar ist

es grundsätzlich geeignet, bodenrechtlich beachtliche Spannungen auszulösen (s.o. Gliederungspunkt Begründetheit: I. 3. c) cc)); abweichend von § 31 II BauGB hat der Gesetzgeber jedoch bereits durch Schaffung des § 246 XII BauGB zum Ausdruck gebracht, dass in dessen Anwendungsbereich solche Spannungen einer Befreiung als öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die aus der Unverträglichkeit des Gebietstypus Gewerbegebiet mit der wohnähnlichen Nutzung von Asylbewerberunterkünften herrühren.<sup>103</sup> Eine Beeinträchtigung sonstiger öffentlicher Belange, insbesondere gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse, ist nicht ersichtlich.

Schließlich findet auch im Anwendungsbereich des § 246 XII BauGB das Tatbestandsmerkmal des § 31 II BauGB, dem zufolge Befreiungen die Grundzüge der Planung nicht berühren dürfen, keine Anwendung.<sup>104</sup>

§ 246 XII BauGB stellt die Erteilung einer Befreiung in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde, vgl. § 40 VwVfG (gerichtlicher Prüfungsmaßstab: § 114 S. 1 VwGO). Ermessensfehler sind allerdings nicht ersichtlich.

Die Baugenehmigung des K ist infolge der Befreiung nach § 246 XII 1 Nr. 1 BauGB rechtmäßig. Somit ist der zulässige Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung nicht begründet.

---

<sup>102</sup> BT-Drucks 18/6185, 54.

---

<sup>103</sup> Vgl. dazu § 246 XII 1 Nr. 2 BauGB sowie BT-Drucks 18/6185, 54. Ebenso zu § 246 X BauGB VG Schwerin, BeckRS 2016, 41662.

<sup>104</sup> BT-Drucks 18/6185, 54.