

PROF. DR. JOACHIM WOLF*

Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Verwaltungsprozessrecht und Baurecht – Containerunterkünfte für Asylbewerber

Die Schwerpunkte des Falls liegen mit der Gebietsverträglichkeit von Asylbewerberunterkünften im allgemeinen Wohngebiet auf einer klassischen bauplanungsrechtlichen Materie und auf damit in Verbindung stehenden verwaltungsprozessualen Fragen. Im Hinblick auf die noch wenig kommentierte Neufassung des § 31 II BauGB können Bearbeiter originäre Gedanken zur Einordnung in die bauplanungsrechtliche und verwaltungsprozessuale Materie entwickeln.

Sachverhalt

F ist Eigentümer eines von ihm selbst bewohnten und aufwendig renovierten Einfamilienhauses in einer vornehmen Wohngegend am Stadtrand der kreisfreien Stadt *S.* in Nordrhein-Westfalen. Sein Grundstück grenzt stadtauswärts an einen breiten parkähnlichen Grüngürtel. An dessen anderer Seite befindet sich eine Wohnsiedlung, die zu dem inzwischen eingemeindeten Vorort *D.* von *S.* gehört. Der für das Grundstück des *F* und seine Nachbargrundstücke einschlägige Bebauungsplan der Stadt *S.* weist das Gebiet als allgemeines Wohngebiet aus mit folgender Besonderheit: Eine näher bezeichnete Fläche in direkter Nachbarschaft zum Grundstück des *F*, die – rein optisch – im Grüngürtel liegt, wird dort planungsrechtlich als „Fläche für den Gemeinbedarf – Kindergarten mit Freifläche“ ausgewiesen. Aus dem Bebauungsplan ergibt sich klar, dass diese gesondert bezeichnete Fläche noch zum allgemeinen Wohngebiet gehört, in dem auch das Grundstück des *F* liegt. Die Bauarbeiten für die Errichtung des Kindergartens und die Gestaltung der Freifläche haben noch nicht begonnen. Bezogen auf den Bedarf an Kindergartenplätzen im Ortsteil ist die Kapazität des geplanten Kindergartens auf 150 Kinder ausgerichtet.

Im Zuge der sich seit 2013 dramatisch verschärfenden Flüchtlingssituation in Deutschland wird die Stadt *S.* vom Land NRW angewiesen, Erstunterkünfte für 200 Asylbewerber zu schaffen, in denen diese untergebracht werden können, bis über ihren Asylantrag endgültig entschieden worden ist. Da verfügbarer preisgünstiger Wohnraum schon vollständig mit Sozialhilfeempfängern und Flüchtlingen belegt ist, gerät die Stadt *S.* hierdurch in eine Notlage. Sie entscheidet sich für folgenden Ausweg: Auf der als „Gemeinbedarf – Kindergarten mit Freifläche“ gekennzeichneten Fläche in der Nachbarschaft von *F* sollen 40 Container nebst sanitären Einrichtungen für die Unterbringung der Asylbewerber errichtet werden. Jeder Container enthält Schlafplätze für fünf Personen, fünf kleine Schränkchen für persönliche Habseligkeiten und einen Tisch, an dem fünf Personen Platz finden. Mehr nicht. Da die Anweisung des Landes, Erstunterkünfte für 200 Asylbewerber zu schaffen, nicht befristet ist, alle Beteiligten auf Landes- und Kommunalebene aber davon ausgehen, dass es um die Bewältigung einer vorübergehenden Notlage geht, soll die Belegung der Containerunterkünfte in der Stadt *S.* flexibel gehandhabt werden. Jeder Asylant, dessen Verfahren mit positivem oder negativem Ergebnis abgeschlossen ist, räumt seinen Platz in der Containersiedlung für nachfolgende Asylbewerber. Dieses Lösungskonzept wurde auf kommunalpolitischer Ebene formuliert. Eine Änderung der geltenden Bebauungspläne wurde nicht vorgenommen.

Unter Darlegung dieses Sachverhalts beantragt das Sozialamt der Stadt *S.* bei der Bauaufsichtsbehörde eine Baugenehmigung für die Errichtung der Containersiedlung auf dem bezeichneten Gelände. Sie erhält die Baugenehmigung mit dem explizit im Genehmigungs-

bescheid enthaltenen Zusatz: „Die Baugenehmigung für die Errichtung von 40 Containern für die Unterbringung von Asylbewerbern wird ‚bis auf Weiteres‘ erteilt. Von der Festsetzung im Bebauungsplan ‚Gemeinbedarf – Kindergarten mit Freifläche‘ wird für diesen Zeitraum befreit.“ Damit möchte die Behörde der ihr bekannten Absicht der Stadt *S.* entgegenkommen, zu einem späteren, derzeit aber noch ungewissen Zeitpunkt auf die ursprüngliche Planung „Kindergarten mit Freifläche“ zurückzukommen.

F hält die Errichtung einer Containersiedlung für Asylanten in dieser Größenordnung und an dieser Stelle für planungsrechtlich unzulässig. Da die Bauarbeiten für die Fundamente der Container schon begonnen haben, erhebt er fristgemäß Klage beim zuständigen VG gegen die Baugenehmigung und verbindet diese mit dem Antrag, das Gericht solle gegenüber der Stadt *S.* „geeignete Maßnahmen“ verhängen, um die Fortsetzung der Bauarbeiten zu unterbinden und die Realisierung der geplanten Containersiedlung zu verhindern.

Die Stadt hält den von ihr eingeschlagenen Weg auf Grund der Unterbringungsnotlage für alternativlos. Die vorübergehende Belastung des *F* durch eine Containersiedlung für 200 Asylbewerber sei mit der in der originären Planung vorgesehenen Nutzung als Kindergarten mit 150 Plätzen vergleichbar; die Planung hinsichtlich Größenordnung und Standort sei daher angemessen und korrekt.

Hat der Antrag des *F* auf „geeignete Maßnahmen“ Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk: Durch Gesetz v. 20.11.2014 wurde § 31 II BauGB geändert.

§ 31 BauGB nF: „(2) Von den Festsetzungen des Bebauungsplans kann befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und

1. Gründe des Wohls der Allgemeinheit, einschließlich des Bedarfs zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden, die Befreiung erfordern...

und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.“

§ 31 BauGB aF: „(2) Von den Festsetzungen des Bebauungsplans kann befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und

1. Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erfordern...

und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.“

* Der Autor ist em. Prof. für Öffentliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum. – S. zur Sachverhaltsstrukturierung *Wolf*, JuS 2016, 309.

Gliederung

- A. Zulässigkeit
 - I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
 - II. Statthaftigkeit des Antrags
 - 1. Wirksamer Verwaltungsakt
Problem: Eindeutiger Regelungsgehalt der Baugenehmigung
 - 2. Bestandskraft und Vollziehung der angegriffenen Baugenehmigung
 - 3. Annexantrag auf Anordnung gerichtlicher Maßnahmen gegen die Fortsetzung der Bauarbeiten
 - III. Antragsbefugnis
 - IV. Vorverfahren
 - V. Antragsgegner
 - VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
 - VII. Rechtsschutzbedürfnis
- B. Begründetheit des Antrags
 - I. Ermächtigungsgrundlage
 - II. Formelle Rechtmäßigkeit
 - III. Materielle Rechtmäßigkeit
 - 1. Bauliche Anlage iSd § 29 BauGB
 - 2. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Containersiedlung
 - a) Befreiung nach § 31 II BauGB
 - b) Keine Berührung der Grundzüge der kommunalen Planung
Probleme: Wohnen iSv § 4 I BauNVO; Anlage für soziale Zwecke iSv § 4 II BauNVO
 - c) Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen
Probleme: Gebot der Rücksichtnahme; Einordnung der Gesetzesänderung
 - IV. Ergebnis

Lösung

Der Antrag des *F* beim zuständigen *VG* auf Verhängung „geeigneter Maßnahmen“, um die Fortsetzung der Bauarbeiten zu unterbinden und die Realisierung der geplanten Containersiedlung zu verhindern, hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist. In Betracht kommt vorläufiger Rechtsschutz, der auf die Aussetzung der Vollziehung der Baugenehmigung und ggf. Verhinderung der Fortsetzung der Bauarbeiten abzielt.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg muss gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, wenn die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher und nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Maßgeblich ist dafür, dass die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Im Streit steht die Vollziehbarkeit einer Baugenehmigung. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen finden sich im BauGB und der NRWLB. Dabei handelt es sich um Normen des öffentlichen Rechts, da sie ausschließlich Hoheitsträger als solche berechtigen und verpflichten. Mangels gesetzlicher Sonderzuweisungen und mangels verfassungsrechtlicher Implikationen handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, so dass der Verwaltungs-

rechtsweg nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit des Antrags

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des *F* (vgl. §§ 88, 122 VwGO). *F* möchte die Fortsetzung der Bauarbeiten und die Realisierung der geplanten Containersiedlung verhindern. Abzugrenzen sind die Möglichkeiten einstweiligen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO und § 123 I VwGO. Gemäß § 123 V VwGO sind Verfahren nach §§ 80, 80 a VwGO vorrangig; dem Rechtsschutz durch aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen wird damit gesetzlich ein prinzipieller Vorrang vor anderen Formen des einstweiligen Rechtsschutzes eingeräumt. Ein Antrag nach § 80 a I, III VwGO ist statthaft, soweit ein Dritter den einen anderen begünstigenden VA angreift, gegen den in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft wäre und der sofort vollziehbar ist.

F wendet sich in der Hauptsache gegen die der *S*. erteilte Baugenehmigung. Dafür ist die Anfechtungsklage der statthafte Rechtsbehelf, wenn es sich bei der Baugenehmigung zu Gunsten der *S*. um einen wirksamen, noch nicht bestandskräftigen und noch nicht vollzogenen VA handelt (dazu 1). Da Rechtsbehelfe gegen Baugenehmigungen nach § 212 a BauGB keine aufschiebende Wirkung haben, ist der Antrag des *F* auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gerichtet (§ 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO).¹ Zur Statthaftigkeit des Antrags gehört daher ferner, dass der VA noch nicht bestandskräftig und nicht erledigt ist (dazu 2). Soweit seinem Begehren hierdurch nicht vollständig entsprochen wird, kommt ein Annexantrag nach § 80 a I Nr. 2, III 1 VwGO oder § 80 a III 2 iVm § 80 V 3 VwGO auf gerichtlichen Erlass einstweiliger Maßnahmen in Betracht (dazu 3).

1. Wirksamer Verwaltungsakt

Gemäß § 35 VwVfG ist ein Kernelement jedes VA der eindeutige Regelungscharakter. Ob die der *S*. erteilte Baugenehmigung einen wirksamen VA darstellt, ist deshalb zweifelhaft, weil die Genehmigung „bis auf Weiteres“ erteilt wird. Gemäß § 37 I VwVfG muss ein VA inhaltlich hinreichend bestimmt sein, dh der Regelungsgehalt muss erkennbar sein.² Es kommt daher darauf an, ob durch Auslegung des Zusatzes „bis auf Weiteres“ ein eindeutiger Regelungsgehalt ermittelt werden kann.

Eine Befristung kann in diesem Zusatz nicht gesehen werden, da die Genehmigung keinen klaren Termin für ein Ende der Genehmigungswirkung nennt und ein solcher auch nicht aus den Umständen des Falls zu ermitteln ist. So geht es beispielsweise nicht darum, nur die ersten 200 Asylbewerber für die Dauer ihres Verfahrens unterzubringen. Bei frei werdenden Plätzen sollen jeweils neue Bewerber untergebracht werden.

Die Einschränkung „bis auf Weiteres“ könnte möglicherweise als Genehmigung unter Widerrufsvorbehalt gedeutet wer-

1 Zur unterschiedl. Handhabung, ob der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gem. § 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO oder auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 a III 2 iVm § 80 V 1 VwGO zu stellen ist, s. *Schoch* in *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO 2015, § 80 a Rn. 49 f. mwN; *BeckOK VwGO/Gersdorf*, § 80 a Rn. 46 ff. mwN.
2 Vgl. *Peine*, AllgVerwR, 11. Aufl. 2014, § 7 Rn. 526.

den (§ 49 II Nr. 1 VwVfG).³ Im Unterschied zur Befristung ist hier die genaue Festlegung eines Zeitpunkts, zu dem ein späterer Widerruf erfolgen soll, nicht erforderlich. Der Widerrufsvorbehalt deckt Situationen ab, in denen eine zunächst zu genehmigende Nutzung nicht endgültig sein soll, ohne dass schon zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung erkennbar wäre, wann ein Nutzungsende eintritt.⁴ Diese Merkmale passen auf die Situation des zu prüfenden Falls. Dieser Widerrufsvorbehalt steht einer inhaltlich bestimmten und daher wirksamen Verwaltungsaktsregelung nicht entgegen. *F* wendet sich somit als Drittbetroffener gegen einen wirksamen, an einen anderen gerichteten VA.

2. Bestandskraft und Vollziehung der angegriffenen Baugenehmigung

Da *F* fristgemäß Klage gegen die Baugenehmigung erhoben und diese mit einem Antrag auf sofortigen Rechtsschutz verbunden hat, ist noch keine Bestandskraft der Baugenehmigung eingetreten.

In den schon begonnenen Bauarbeiten für die Errichtung der 40 Container könnte aber eine zumindest teilweise Erledigung der erteilten Baugenehmigung durch *S.* liegen. Einer der in § 43 II VwVfG genannten Erledigungsfälle – Rücknahme, Widerruf, anderweitige Aufhebung oder Zeitablauf – ist nicht eingetreten. Ob auch mit einem faktischen Gebrauchmachen von einer Baugenehmigung durch Beginn der Bauarbeiten ein Erledigungseffekt verbunden sein kann, ist dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen. Die in § 43 II VwVfG genannten Fälle lassen aber erkennen, dass nur die Beendigung der Regelungswirkung einer Baugenehmigung zu ihrer Erledigung führt. Das ist bei gerade begonnenen Bauarbeiten zur Realisierung des genehmigten Vorhabens nicht der Fall. Die der Stadt *S.* erteilte Baugenehmigung ist also weder bestandskräftig noch hat sie sich erledigt.

Der Antrag des *F* auf gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 a III 1 iVm I Nr. 2 VwGO ist statthaft.

3. Annexantrag auf Anordnung gerichtlicher Maßnahmen gegen die Fortsetzung der Bauarbeiten

Durch gerichtliche Anordnung der gesetzlich generell ausgeschlossenen aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage erlangt *F* den von ihm begehrten sofortigen Rechtsschutz gegen die weitere Vollziehung der Baugenehmigung der *S.* Er erlangt auf diesem Wege aber keinen Rechtsschutz gegen schon begonnene Baumaßnahmen und gegen ihre etwaige tatsächliche Fortführung. Dafür ist ein Annexantrag nach § 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO statthaft.⁵ Diesen Annexantrag hat *F* laut Sachverhalt auch gestellt, indem er seine Klage gegen die Baugenehmigung mit dem Antrag verbunden hat, das VG möge „geeignete Maßnahmen“ ergreifen, um die Fortsetzung der Bauarbeiten zu verhindern.

III. Antragsbefugnis

F muss antragsbefugt sein. Die Antragsbefugnis richtet sich nach der Klagebefugnis im Hauptsacheverfahren gem. § 42 II VwGO.⁶ Entsprechend § 42 II VwGO muss folglich eine Verletzung des *F* in seinen Rechten möglich sein.

F steht als Grundeigentümer und Bewohner seines Hauses in einem nachbarschaftlichen Rechtsverhältnis zu *S.* Er hat in dieser Eigenschaft einen Anspruch auf Einhaltung derjenigen bauplanungsrechtlichen und bauordnungsrechtlichen Vorschriften über die Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses, die zumindest auch seinen rechtlichen Interessen zu dienen bestimmt sind (nachbarschützende Funktion).⁷ Eine nachbarschützende Funktion haben grundsätzlich nur bauordnungsrechtliche Vorschriften.⁸ Bei den bauplanungsrechtlichen Normen wird eine nachbarschützende Funktion nur ausnahmsweise bei einigen grundlegenden Bestimmungen bejaht. Zu diesen gehört etwa der Anspruch auf Gebietserhaltung, der jedem Gebietsansässigen eine Klagebefugnis gegenüber nicht-gebietskonformen Vorhaben verleiht.⁹

Ein solcher Anspruch des *F* gegenüber der Errichtung der Containersiedlung für 200 Asylbewerber kommt in Betracht. Die Errichtung einer Containersiedlung stellt eine Abweichung von der im Bebauungsplan ausgewiesenen Nutzung als „Kindergarten mit Spielplatz und Freifläche“ dar. Von dieser Festsetzung hat die Bauaufsichtsbehörde der Stadt zwar eine Befreiung erteilt. Möglich ist aber, dass die 40 Container nach Anzahl, Lage, Umfang und Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebiets als „allgemeines Wohngebiet“ widersprechen, womit die gesetzliche Grenze zulässiger Befreiungen in § 31 II BauGB überschritten sein könnte.¹⁰ Diese Grenze besteht auch nach der Änderung dieser Gesetzesbestimmung im November 2014 fort, mit der die Errichtung von Unterkünften für Asylbewerber bauplanungsrechtlich erleichtert werden sollte. Die Container dienen der zwangsweisen behördlichen Unterbringung ständig wechselnder Asylbewerber in räumlich äußerst beengter Form und spartanischer Einrichtung. Es ist zweifelhaft, ob diese Unterbringungsform noch dem Wohnen dient. Da allgemeine Wohngebiete nach § 4 BauNVO „vorwiegend dem Wohnen“ zu dienen haben, ist es möglich, dass das Vorhaben die Grundzüge der kommunalen Planung berührt und daher im allgemeinen Wohngebiet unzulässig ist.

Des Weiteren kommt eine Verletzung des bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebots (§ 15 I 2 BauNVO) in Betracht.

Eine Rechtsverletzung des *F* ist möglich, so dass *F* analog § 42 II VwGO antragsbefugt ist.

IV. Vorverfahren

Ein eventuell vor der Geltendmachung einstweiligen Rechtsschutzes zu durchlaufendes Vorverfahren ist in Nordrhein-Westfalen entbehrlich nach § 110 I, III 2 Nr. 7 NRWJustG iVm § 68 I 2 VwGO.

3 Vgl. *Peime* (o. Fn. 2), § 7 Rn. 525.

4 *Detterbeck*, AllgVerwR, 9. Aufl. 2011, Rn. 615, 719.

5 Zum Streit, ob sich der Annexantrag nach § 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO oder § 80 a III 2 iVm § 80 V 3 VwGO richtet, s. ausf. *Brosius-Gersdorf*, JA 2010, 41; *Schoch* in *Schoch/Schneider/Bier* (o. Fn. 1), § 80 a Rn. 55.

6 *Gersdorf*, VerwProzR, 5. Aufl. 2015, Rn. 184.

7 *Hufen*, VerwProzR, 9. Aufl. 2013, § 14 Rn. 72 ff. mwN zur Schutznormtheorie.

8 *Tettinger/Erbguth/Mann*, BesVerwR, 11. Aufl. 2012, § 32 Rn. 1342; *Hufen* (o. Fn. 7), § 14 Rn. 74.

9 *BVerwG*, NVwZ 1996, 787.

10 Vgl. *BVerwG*, BauR 2013, 1996 = BeckRS 2013, 54377; *BVerwG*, NVwZ 2008, 786; *VGH München*, NVwZ-RR 2014, 508.

V. Antragsgegner

Analog § 78 I Nr. 1 VwGO ist der Antrag des *F* auf vorläufigen Rechtsschutz gegen *S.* als Rechtsträgerin der Bauaufsichtsbehörde zu richten.¹¹

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

F ist als natürliche Person nach §§ 61 Nr. 1, 62 I Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Für *S.* ergeben sich diese prozessualen Fähigkeiten aus §§ 61 Nr. 2, 62 III VwGO.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis liegt vor, da *F* sein Rechtsschutzziel nicht auf einfacherem Weg erreichen kann. Außerdem kann *F* durch den einstweiligen Rechtsschutz noch einen rechtlich relevanten Vorteil erreichen, da der Bau noch nicht fertiggestellt ist. Ein vorheriges behördliches Aussetzungsverfahren ist nicht durchzuführen.¹² Bedenken gegen ein Rechtsschutzbedürfnis des *F* könnten sich noch ergeben, wenn *F* nicht vor seinem Eilantrag oder zugleich mit diesem Widerspruch oder Anfechtungsklage erhoben hätte. Das ist aber geschehen, so dass Rechtsschutzbedürfnis für den Eilantrag des *F* besteht.

Der Eilantrag des *F* ist zulässig.

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag des *F* auf gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach §§ 80 a III, 80 V 1 VwGO ist begründet, wenn eine umfassende Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des *F* an einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegenüber dem Interesse der Stadt *S.* am Vollzug der Baugenehmigung und sofortigen Bau der Unterkünfte Vorrang genießt. Maßgeblich dafür sind in erster Linie die Erfolgsaussichten einer Klage des *F* in der Hauptsache. Bei ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der erteilten Baugenehmigung, die einen Erfolg der Klage des *F* in der Hauptsache erwarten lassen, überwiegt das Aussetzungsinteresse des *F* gegenüber dem Vollzugsinteresse der Stadt und ist der Antrag auf gerichtlichen vorläufigen Rechtsschutz begründet.

Hinweis: Dieser Ansatz zur Prüfung der Begründetheit von Eilanträgen nach §§ 80 und 80 a VwGO steht nicht explizit im Gesetz, sondern ist der Struktur des § 113 VwGO nachgebildet. Er wurde in Lehre und Rechtsprechung entwickelt, nach Maßgabe des § 113 VwGO für die Begründetheit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage und des besonderen Zwecks von Eilanträgen.¹³ Dieser Zweck besteht darin, Rechtsverluste zu verhindern, die allein dadurch eintreten, dass kein rechtzeitiger Rechtsschutz zur Verfügung steht.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung ist § 75 I NRW BauO.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Baugenehmigung ist formell rechtmäßig. Insbesondere ist die Bauaufsichtsbehörde der kreisfreien Stadt *S.* gem. § 69 I

Nr. 3 NRW BauO zuständig. Die Baugenehmigung ist trotz des Zusatzes „bis auf Weiteres“ hinreichend bestimmt (s. o.).

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Baugenehmigung ist materiell rechtmäßig, wenn es sich um ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben handelt, dem öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, § 75 I NRW BauO. Gemäß § 63 NRW BauO ist die Containersiedlung eine nicht genehmigungsfreie und damit genehmigungsbedürftige bauliche Anlage. Fraglich ist, ob sie genehmigungsfähig ist. Dem Vorhaben könnten öffentlich-rechtliche Normen entgegenstehen. Als solche entgegenstehenden Normen kommen im vorliegenden Fall nur bauplanungsrechtliche Vorschriften in Betracht.

1. Bauliche Anlage iSd § 29 BauGB

Das Bauplanungsrecht ist anwendbar, da es sich bei der Containersiedlung um eine Anlage mit bodenrechtlicher Relevanz iSd § 29 BauGB handelt. Die Errichtung Siedlung ist geeignet, bodenrechtliche Spannungen herbeizuführen, weil Auswirkungen iSd § 1 VI Nrn. 2–5, 8, 13 BauGB zu erwarten sind. Außerdem ist die Errichtung auf Dauer angelegt. Dafür ist die Funktion entscheidend, die der Anlage von ihrem Eigentümer beigemessen wird.¹⁴ Zwar soll der Bezug durch Asylbewerber ständig wechseln, entscheidend ist aber, dass die Unterbringung insgesamt auf Dauer angelegt ist.

2. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Containersiedlung

Das Vorhaben zur Errichtung der Containersiedlung liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält (qualifizierter Bebauungsplan).¹⁵ Damit richtet sich die planungsrechtliche Zulässigkeit des streitigen Vorhabens nach § 30 I BauGB. An der Wirksamkeit des unverändert fortbestehenden Bebauungsplans der *S.* bestehen keine Zweifel. Das Vorhaben ist grundsätzlich planungsrechtlich zulässig, wenn es den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspricht. Die Errichtung der Containersiedlung auf der Fläche, die im Bebauungsplan für „Gemeinbedarf – Kindergarten mit Freifläche“ vorgesehen ist, widerspricht dem Bebauungsplan. Das Vorhaben ist also planungsrechtlich rechtswidrig, wenn nicht die Bauaufsichtsbehörde bei der Erteilung der Baugenehmigung die Stadt als Vorhabenträger der Containersiedlung von der ursprünglichen Festsetzung wirksam befreit hat.

a) Befreiung nach § 31 II BauGB

Die der *S.* erteilte Baugenehmigung enthält eine Befreiung zu Gunsten der Errichtung der Containersiedlung. Die frühere Fassung der Befreiungsregelung in § 31 II BauGB, wonach

¹¹ Im Landesrecht von NRW gibt es keine Bestimmung, die das Behördenprinzip vorsieht.

¹² Dazu ausf. *Schoch* in *Schoch/Schneider/Bier* (o. Fn. 1), § 80 a Rn. 72 ff.; *Möller*, JuS 2011, 340 (342).

¹³ Hierzu *Schenke*, VerwProzR, 14. Aufl. 2014, Rn. 2001.

¹⁴ *Reidt* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 29 Rn. 19.

¹⁵ Vgl. dazu *Tettinger/Erbguth/Mann* (o. Fn. 8), Rn. 1099.

ua „Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erfordern“ müssen, lautet seit November 2014, dass „Gründe des Wohls der Allgemeinheit, einschließlich des Bedarfs zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden, die Befreiung erfordern“ müssen (s. Bearbeitervermerk).¹⁶ Auf Grund des Unterbringungsnotstands für Asylbewerber in S. besteht dieses Befreiungserfordernis. Der Tatbestand der Befreiungsregelung in § 31 II Nr. 1 BauGB ist somit erfüllt.

b) Keine Berührung der Grundzüge der kommunalen Planung

Eine behördliche Befreiung darf die Grundzüge der kommunalen Planung nicht berühren (§ 31 II Hs. 1 BauGB).¹⁷ Andernfalls ist sie unwirksam. Mit der Gebundenheit einer behördlichen Befreiungspraxis an die Wahrung der Grundzüge der kommunalen Planung in § 31 II BauGB soll sichergestellt werden, dass die Festsetzungen des Bebauungsplans nicht beliebig durch Verwaltungsakte außer Kraft gesetzt werden können. Für die Änderung eines Bebauungsplans hat der Gesetzgeber in den §§ 3 ff. BauGB ein bestimmtes Verfahren unter Beteiligung der Bürger und der Träger öffentlicher Belange vorgesehen. Die Änderungskompetenz bleibt nach §§ 1 VIII, 2 I BauGB allein in der Hand der Gemeinde.

Im einschlägigen Bebauungsplan hat die Stadt S. das Gebiet, in dem sich die unmittelbar benachbarten Grundstücke des F und das für die Containersiedlung vorgesehene Grundstück der Stadt befinden, als „allgemeines Wohngebiet“ iSd § 4 BauNVO ausgewiesen. Damit ist ein wesentlicher Grundzug der hier maßgeblichen Planung benannt. Zusätzlich relevant für die Grundzüge der Planung der Stadt, wenn auch in einem deutlich engeren Sinne als der übergreifende Gebietscharakter, kann aber auch die Festsetzung „Gemeinbedarf – Kindergarten mit Freifläche“ für das Grünflächengrundstück sein. Die Stadt S. ist bei der Festlegung der Grundzüge ihrer Bauleitplanung nicht auf die Vorgaben der BauNVO beschränkt.¹⁸ Sie hat diese Fläche in einer bestimmten Weise in ihre allgemeine Festsetzung „allgemeines Wohngebiet“ eingefügt, offenbar, um damit ihre Planungsvorstellungen für dieses allgemeine Wohngebiet zu spezifizieren.

Es gibt mehrere Faktoren, die die hier streitige behördliche Befreiung in die Nähe einer Kollision mit den Grundzügen der städtischen Planung bringen. Der erste Faktor ist der geplante Umfang der Containersiedlung für 200 Asylbewerber in Verbindung mit dem vorgesehenen Nutzungskonzept einer ständig wechselnden Belegschaft in denkbar spartanischen Unterkünften für jeweils fünf Personen pro Container. Hinzu kommen als weitere Faktoren die Ortsfremdheit der Asylbewerber und der Mangel an versorgungsmäßigen Leistungen oder sozialen Einrichtungen, die auf die Wohnbevölkerung im betreffenden Gebiet zugeschnitten sind. Diese Problemlage ist auf der Grundlage des Spannungsverhältnisses zwischen gesetzlicher Bestimmung des Gebietscharakters allgemeiner Wohngebiete und der für diese Gebiete vorgesehenen Ausnahmen in § 4 III BauNVO zu analysieren und zu lösen.

Nach § 4 I BauNVO dienen allgemeine Wohngebiete vorwiegend dem Wohnen. Der Sachverhalt enthält klare Hinweise darauf, dass die Errichtung der 40 Container einer vorübergehenden Unterbringung von Asylbewerbern dient,

mit der keine Wohnzwecke verbunden sind. Gegen einen Wohnzweck spricht schon die durchgängig zwangsweise Unterbringung auf Grund behördlicher Einweisung. Die Raumaufteilung in den Containern mit Schlafstellen für jeweils fünf Asylbewerber ohne Privatsphäre und ohne Einrichtungsgegenstände für ein soziales Leben spricht ebenfalls gegen einen Wohnzweck.¹⁹ Dieses Ergebnis wird hier noch durch das besondere Konzept der Stadt für die Unterbringung ständig wechselnder Asylbewerber in der Containersiedlung unterstrichen. Bei einer solchen Form der Unterbringung entsteht weder ein sozialer Wohnkontakt innerhalb der Containersiedlung noch eine Verbindung der Asylbewerber mit einem sozialen Lebensumfeld im betreffenden Ortsteil, wie er für eine Wohnansiedlung im üblichen Sinne charakteristisch ist.

Nach § 4 II BauNVO sind Anlagen für „soziale Zwecke“ im allgemeinen Wohngebiet generell zulässig. Eine Containersiedlung für die Unterbringung von Asylbewerbern während ihrer anhängigen Verfahren dient Menschen, die unverschuldet wegen bewaffneter Konflikte und politischer Krisen in ihren Herkunftsländern in eine Notsituation geraten sind. Es handelt sich also um eine Anlage für soziale Zwecke. Auf den ersten Blick könnte man hieraus den Schluss ziehen, dass die Containersiedlung als „Anlage für soziale Zwecke“ von der generellen gesetzlichen Festlegung des Gebietscharakters allgemeiner Wohngebiete in § 4 I und II BauNVO gedeckt ist. Es liegt nahe, diese Einordnung so zu deuten, dass eine behördliche Befreiung von einer Festsetzung im Bebauungsplan zu Gunsten der Errichtung einer Containersiedlung für Asylbewerber dann auch nicht die Grundzüge der kommunalen Planung berühren kann, eben weil der Gesetzgeber diese hier streitige Nutzungsform schon dem generellen Gebietscharakter zugeordnet hat.

Bei dieser Argumentation bleibt der Einwand, dass die Qualifizierung einer Containersiedlung für 200 Asylbewerber mit wechselndem Bestand ohne Befristung als „Anlage für soziale Zwecke“ verglichen mit den in § 4 II Nrn. 2 und 3 BauNVO genannten generell zulässigen Anlagen ohne Wohnzweck als eine atypische Anlage aus dem Rahmen fällt.²⁰ Ihr fehlt jeglicher Versorgungs- und jeglicher Nutzungs- oder auch nur Zugangscharakter für die Anwohner des allgemeinen Wohngebiets, den alle anderen in diesen Gesetzesgrundlagen aufgezählten Anlagen in der einen oder anderen Weise aufweisen. Diese Atypik der Containersiedlung legt die Annahme nahe, dass ihre Errichtung im allgemeinen Wohngebiet der kommunalen Festsetzung des Gebietscharakters im Bebauungsplan widerspricht. Ein weiteres Argument hierfür ist der Umstand, dass es gar nicht die primäre Aufgabe der Stadt S. ist, Erstunterkünfte für Asylbewerber einzurichten, sondern dass ihr diese Verpflichtung per Verfügung auf landesgesetzlicher Grundlage auferlegt worden ist.

16 „Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen“, BGBl. I 2014, 1748.

17 Vgl. zum Ganzen näher *Scheidler*, UPR 2015, 281 (282); *Krautzberger*, UPR 2015, 20.

18 Zur kommunalen Planungshoheit s. *Tettinger/Erbguth/Mann* (o. Fn. 8), Rn. 810 ff.

19 Vgl. *BVerwGE* 108, 190 = *NVwZ* 1999, 981; *VGH Mannheim*, *NVwZ-RR* 2013, 793; *VGH München*, *BeckRS* 2012, 59979; *OVG Münster*, *NVwZ-RR* 2004, 247; *Stock in König/Roesen/Stock*, *BauNVO*, 3. Aufl. 2014, § 4 Rn. 521.

20 So auch *Scheidler*, UPR 2015, 41 (45).

Zu prüfen ist, ob die gesetzliche Änderung des § 31 II BauGB im November 2014 bei der Einordnung hilft, ob die Befreiung unzulässiger Weise die Grundzüge der kommunalen Planung berührt. Nach der Änderung des § 31 II BauGB im November 2014 lautet die aktuelle Fassung des der Nr. 1: „Gründe des Wohls der Allgemeinheit, *einschließlich des Bedarfs zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden*, die Befreiung erfordern“.²¹ Diese Spezifizierung von Gründen des Wohls der Allgemeinheit durch einen Unterbringungsbedarf für Flüchtlinge und Asylbewerber lässt die Absicht des Gesetzgebers erkennen, die Errichtung von solchen Unterkünften bauplanungsrechtlich im Wege behördlicher Befreiungen zu erleichtern. Noch nicht geklärt ist damit die systematische Bedeutung der Gesetzesänderung. So klar der Gesetzgeber mit dieser Änderung im Anwendungsbereich der Befreiungsregelung des § 31 II BauGB geblieben ist, so wenig hat er geklärt, unter welchem systematischen Aspekt der Gesetzesanwendung diese Änderung im konkreten Fall zum Tragen kommen soll.

Da es sich bei der Befreiungsvorschrift des § 31 II BauGB um eine behördliche Ermessensermächtigung handelt, liegt die Deutung einer gesetzlichen Verstärkung behördlicher Ermessenserwägungen zu Gunsten der Erteilung von Befreiungen zum Zweck der Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern nahe. Das ist eine juristisch klare und zugleich administrativ praktikable Einordnung. Aus dieser Einordnung folgt, dass die Gesetzesänderung in § 31 II BauGB nichts mit einem bauplanungsrechtlichen Gebietscharakter zu tun hat. Sie bleibt auf der Ebene konkreter Regelung im Einzelfall per behördlicher Befreiung. Aus der Gesetzesänderung können also keine Folgerungen für den Umfang individuellen Rechtsschutzes gezogen werden. Die umstrittene behördliche Befreiung zu Gunsten der Errichtung der Containersiedlung berührt nicht die Grundzüge der kommunalen Planung.

c) Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen

Hinzu kommt, dass die Abweichung durch Befreiung „auch unter Würdigung der nachbarlichen Interessen“ mit den öffentlichen Belangen vereinbar bleiben muss (§ 31 II Hs. 2 BauGB). Das ist zu verneinen, wenn das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme verletzt ist.²² Nach gewissen Ausuferungen in der Praxis dieser von der Rechtsprechung vor allem aus § 15 I 2 BauNVO hergeleiteten allgemeinen Zumutbarkeitsgrenze²³ ist die einschlägige Rechtsprechung hierzu heute deutlich restriktiver. Ausgangspunkt war die von den Gerichten aus § 15 I 2 BauNVO abgeleitete Regel, dass auch bauplanungsrechtlich zulässige Vorhaben im Einzelfall unzumutbar sein können, wenn von ihnen im Einzelfall unzumutbare Belästigungen ausgehen.²⁴ Da § 113 I 1 VwGO für die Begründetheit der Anfechtungsklage nicht nur die objektive Rechtswidrigkeit einer angefochtenen Baugenehmigung verlangt, sondern auch, dass der Nachbar hierdurch in eigenen Rechten verletzt ist, wurde das Rücksichtnahmegebot auf Fälle qualifizierender und zugleich individualisierender Umstände reduziert,²⁵ aus denen eine dritt-schützende Wirkung des Rücksichtnahmegebots abgeleitet werden kann.²⁶ Eine weitere Reduzierung lag darin, dass die Rechtsprechung hierfür nach und nach in immer mehr Entscheidungen Gesetzesgrundlagen außerhalb und unabhängig von § 15 I 2 BauNVO verlangte.

Die Befreiungsvorschrift des § 31 II BauGB enthält einen solchen klar erkennbaren Ansatz. Dieser liegt in der rechtlichen Gebundenheit daran, dass durch Befreiung ermöglichte Abweichungen von Festsetzungen im Bebauungsplan „auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar sind“.

Die Frage lautet, ob diese Bestimmung auf Grund der expliziten Erwähnung der Errichtung von Asylbewerberunterkünften als gesetzlich verstärkter Abwägungsgrund in der Befreiungsvorschrift des § 31 II BauGB neu interpretiert und eingeordnet werden muss. Zwei unterschiedliche Deutungen kommen in Betracht. Die schon in der herkömmlichen Gesetzesfassung der Behörde aufgegebenen „Würdigung nachbarlicher Interessen“ bei der Entscheidung über eine Befreiung kann durch die in der Gesetzesänderung betonte Hervorhebung der Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern an Bedeutung verloren haben. Damit wäre zugleich ein Bedeutungsverlust des Rücksichtnahmegebots verbunden, ungeachtet der expliziten Erwähnung nachbarlicher Interessen in § 31 II BauGB. Man könnte aber auch umgekehrt argumentieren, dass die explizite Bezugnahme auf die Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern in der Gesetzesänderung ohne jegliche systematische Einordnung in das behördliche Entscheidungsprogramm dem planungsrechtlichen Rücksichtnahmegebot aus § 15 I 2 BauNVO einen neuen Anwendungsimpuls verliehen hat. Eben weil der Gesetzgeber die Bewältigung konkreter Auswirkungen und Belästigungen behördlich ausnahmsweise zugelassener Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbewerber offenließ, müssen – so das denkbare Argument – unzumutbare Belastungen für die Nachbarschaft nunmehr wieder verstärkt über das planungsrechtliche Rücksichtnahmegebot ausgeglichen werden.

So unterschiedlich diese Deutungen sind, für beide gibt es Argumente. Ausschlaggebend ist letztendlich, dass es sich bei der Befreiungsvorschrift des § 31 II BauGB um eine auf den Einzelfall zugeschnittene behördliche Ermächtigungsbestimmung handelt, um planungsrechtlich nicht erfasste Besonderheiten im Wege der Befreiung mit dem kommunalen Planungskonzept letztlich doch in Einklang bringen zu können. Eben in dieser Entscheidungssituation befand sich die Bauaufsichtsbehörde der Stadt S. bei ihrer Entscheidung zu Gunsten der Befreiung von der Festsetzung „Gemeinbedarf – Kindergarten mit Freifläche“. Hinzu kommt, dass die gesetzlichen Gebiets-typen, welche die BauNVO der kommunalen Bauleitplanung generell zur Verfügung stellt, in ihrer Grundbeschreibung und in ihren Ausnahmebestimmung für die Errichtung von Unterkünften für Flüchtlinge und Asylbewerbern den Kommunen wenig Spielraum belassen. Dieser Spielraum ist hier zusätzlich dadurch eingeschränkt worden, dass der Gesetzgeber den Kommunen die Errichtung von Erstunterkünften für Asylbewerber als verbindliche Aufgabe übertragen hat. Dieser gesetzlichen Vorgabe können Kommunen nicht ihre eigene Planungshoheit entgegenhalten (Art. 28 II GG).

21 Zu diesem Gesetz s. den Beitrag von *Scheidler*, UPR 2015, 41; *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2014, 1609.

22 Hierzu allg. *Tettinger/Erbguth/Mann* (o. Fn. 8), Rn. 1015, 1331 ff.

23 *BVerwGE* 67, 334 = NJW 1984, 138; *BVerwGE* 81, 329 = NVwZ 1989, 1157; *BVerwGE* 107, 215 = NJW 1999, 592.

24 *BVerwGE* 52, 122 = NJW 1978, 62 – Schweinemästerei.

25 Krit. hierzu *Rieger*, UPR 2015, 241.

26 *BVerwGE* 128, 118 = NVwZ 2007, 587; *OVG Berlin-Brandenburg*, LKV 2014, 227; *VGH Mannheim*, BeckRS 2012, 55398; s. hierzu *Rieger*, UPR 2015, 241.

Die besseren Argumente sprechen demnach dafür, dass die behördlich erteilte Befreiung von der Festsetzung „Gemeinbedarf – Kindergarten mit Freifläche“ zu Gunsten der Containersiedlung für Asylbewerber rechtmäßig ist. Sie berührt weder die Grundzüge der Planung der S. noch steht ihr das planungsrechtliche Rücksichtnahmegebot entgegen. Somit ist es unerheblich, dass das Vorhaben den Festsetzungen im Bebauungsplan widerspricht. Das Bauvorhaben verstößt nicht gegen § 30 BauGB und damit nicht gegen öffentlich-rechtliche Normen iSd § 75 NRW BauO.

IV. Ergebnis

Mangels Erfolgsaussichten in der Hauptsache überwiegt demnach das Interesse des F an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht das Vollzugsinteresse der S. Sein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat folglich keine Aussicht auf Erfolg. Ein etwaiger Annexantrag auf Verhinderung der Fortsetzung der Bauarbeiten hat ebenfalls keinen Erfolg.