

## E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

### Nachbarklage gegen baurechtliche Befreiung – Asylbewerberunterkunft

**1. Die Befristung einer Befreiung – hier für die Dauer von zwei Jahren – von den Festsetzungen eines Bebauungsplans schließt nicht aus, dass die Grundzüge der Planung durch die Befreiung berührt werden.**

**2. Wohn- oder wohnähnliche Nutzungen, die keinen Bezug zu einem vorhandenen Gewerbebetrieb haben, dürften in einem Gewerbebetrieb abstrakt gebietsunverträglich sein, selbst wenn sie rechtlich als Anlage für soziale Zwecke einzustufen sind.**

**3. Auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Herleitung des Gebietserhaltungsanspruchs eines Grundeigentümers besteht keine Veranlassung, Festsetzungen des Plangebers zur Art der Nutzung auf Grund von § 1 Abs. 6 BauNVO – hier den Ausschluss möglicher Ausnahmen nach § 8 Abs. 3 BauNVO – von der Berufung auf die Einhaltung der Art der festgesetzten Nutzung auszunehmen.**

(Amtliche Leitsätze)

*BauGB § 30 Abs.1, § 31 Abs. 2*

*BauNVO § 1 Abs. 6, § 8 Abs. 3*

*OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 (VG Hamburg)<sup>1</sup>*

#### I. Problemstellung und Examensrelevanz

Die auf den ersten Blick wenig spektakuläre Entscheidung hat verschiedene äußerst prüfungsrelevante Grundfragen des Bauplanungsrechts zum Gegenstand. Erstens betrifft dies die Gestaltungsmöglichkeiten des Plangebers bei den Festsetzungen im Bebauungsplan zur Art der baulichen Nutzung. Den Schwerpunkt bilden zweitens die Voraussetzungen einer (hier befristeten) Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB, besonders im Hinblick darauf, dass die Grundzüge der Planung durch die Befreiung nicht berührt werden dürfen. Drittens schließlich spielt der Nachbartschutz im Geltungsbereich eines Bebauungsplans eine Rolle, namentlich die Reichweite des so genannten Gebietserhaltungsanspruchs.

Prozessual handelt es sich um den einstweiligen Rechtsschutzantrag eines Nachbarn nach §§ 80, 80a VwGO, der hier freilich – bei allerdings stetiger Ausbildungsrelevanz – keine besonderen Probleme aufwirft.

Im Hintergrund steht die Frage, in welche Baugebiete Asylbewerberunterkünfte integriert werden können. Ähnliche Konstellationen haben Gerichte, gerade in den letzten Jahren,

schon mehrfach beschäftigt.<sup>2</sup> Dies verleiht der Gesamtproblematik (wenn auch nicht dieser Entscheidung als solcher) auch eine gewisse politische Dimension. Im Zuge der zurzeit hohen und noch steigenden Asylbewerberzahlen in der Bundesrepublik Deutschland werden sich ähnliche, auch bauplanungsrechtliche Fragestellungen absehbar wiederholen.<sup>3</sup>

#### II. Inhalt der Entscheidung

##### 1. Sachverhalt<sup>4</sup>

B hat von der Freien und Hansestadt Hamburg für Asylbewerberunterkünfte (teils in vorhandenen Gebäuden, teils in neu zu errichtenden Containeranlagen) auf dem ehemaligen Betriebs- und Recyclinghof der Stadtreinigung zwei Baugenehmigungen erhalten. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der dort ein Gewerbegebiet festsetzt. Ansonsten nach § 8 Abs. 3 BauNVO mögliche Ausnahmen für Vergnügungsstätten sowie Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke – ebenso wie für Einzelhandelsbetriebe – hat der Plangeber im Bebauungsplan ausdrücklich ausgeschlossen. Denn Zielsetzung des Plans sei, „die Gewerbeflächen für solche typischen Gewerbebetriebe zu sichern, die auf Grund ihres Flächenanspruchs und ihrer Emissionen auch auf derartige Flächen angewiesen sind. [...] Aus diesem Grund [erfolge] auch ein Ausschluss [der ansonsten ausnahmsweise zulässigen] Anlagen.“<sup>5</sup> Doch sehen die Baugenehmigungen Befreiungen gemäß § 31 Abs. 2 BauGB für die Zulassung von Anlagen für soziale Zwecke vor. Die Befreiung ist auf zwei Jahre befristet, weil man bis dahin eine andere dauerhaftere Unterbringungsmöglichkeit für Asylbewerber schaffen will.

Auf dem Grundstück von N, das ebenfalls im Plangebiet liegt, werden bereits seit langem eine Spielhalle, ein Billard-Café und ein Pizzaservice betrieben. N legt gegen die dem B erteilten Baugenehmigungen Widerspruch ein und beantragt zugleich die Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Das

<sup>2</sup> Siehe nur beispielhaft in letzter Zeit VGH Mannheim, Beschl. v. 14.3.2013 – 8 S 2504/12 = ZfBR 2013, 583; VG Ansbach, Urt. v. 6.2.2014 – AN 9 K 13.02098; VG Hamburg, Beschl. v. 13.9.2013 – 9 E 3452/13; VG Schwerin, Beschl. v. 29.9.2012 – 2 B 409/12.

<sup>3</sup> Siehe zu den seit 2009 steigenden Asylbewerberzahlen, die bei Erstanträgen mittlerweile die Höchststände aus der Zeit der Balkankriege wieder erreicht haben, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Aktuelle Zahlen zum Asyl, Ausgabe Juni 2014, S. 3.

<sup>4</sup> Eine ausführliche Beschreibung der örtlichen Umgebung findet sich in der erstinstanzlichen Entscheidung des VG Hamburg, Beschl. v. 6.5.2013 – 7 E 1487/13, S. 5 ff. des amtl. Umdrucks – abrufbar unter:

[justiz.hamburg.de/contentblob/3959828/data/7-e-1487-13.pdf](http://justiz.hamburg.de/contentblob/3959828/data/7-e-1487-13.pdf).

Die geplante Asylbewerberunterbringungseinrichtung ist auch aus anderen Gründen in der Presse zu Aufmerksamkeit gekommen, vgl. z.B. Hamburger Abendblatt Online v. 2.4.2013, <http://www.abendblatt.de/hamburg/article114951107/Offakamp-Bald-sollen-die-Fluechtlinge-einziehen.html>.

<sup>5</sup> So die Planbegründung, zitiert nach OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990.

<sup>1</sup> Der Beschluss ist abrufbar unter:

<http://www.rechtsprechung-hamburg.de/jportal/portal/page/bshaprod.psml?doc.id=MWRE130002241&st=ent&showdoccase=1>

und abgedruckt in NVwZ-RR 2013, 990.

Verwaltungsgericht ist dem gefolgt; dagegen richten sich die Beschwerden von B und der beigeladenen Freien und Hansestadt Hamburg.

## 2. Entscheidungsgründe

Das OVG Hamburg weist die Beschwerden zurück. Es bleibt also bei der vom VG getroffenen Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

Die Asylbewerberunterkünfte werden als wohnungsähnliche Anlagen für soziale Zwecke eingeordnet.<sup>6</sup> Solche sind zwar nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO in einem Gewerbegebiet grundsätzlich ausnahmsweise zulässig. Doch hat man diese Ausnahmemöglichkeit hier im Bebauungsplan ausgeschlossen.

Deshalb hängt die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigungen davon ab, ob die für soziale Anlagen erteilten Befreiungen gemäß § 31 Abs. 2 (Nr. 1) BauGB rechtmäßig sind. Das Gericht hält es für wahrscheinlich, dass die Notwendigkeit, für die unerwartet große Zahl von Asylbewerbern eine (Not-)Unterkunft zu finden, einen Grund des Allgemeinwohls gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB darzustellen vermag.<sup>7</sup> Letztlich wird dies jedoch offen gelassen, weil die Befreiung zumindest daran scheitert, dass die Grundzüge der Planung berührt seien. Es sei ein zentrales Anliegen des Plangebers und nicht nur eine Nebensache gewesen, die Grundstücke im Plangebiet insbesondere für produzierendes und verarbeitendes Gewerbe vorzuhalten.<sup>8</sup> Auch die Befristung der Befreiung auf zwei Jahre ändere nichts daran, dass die Abweichung vom Bebauungsplan so prinzipiell und gewichtig sei, dass sie eine erneute planerische Entscheidung, d.h. eine Änderung des Bebauungsplans, erfordere.<sup>9</sup> Schließlich lasse das Erfordernis, die Grundzüge der Planung zu wahren, keine Relativierung im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zusammen mit den für eine Befreiung sprechenden Gemeinwohlgründen zu. Denn insoweit handele es sich um zwei getrennt zu prüfende Tatbestandsmerkmale.<sup>10</sup>

Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans begründe die wechselseitige Bindung aller an die dortigen Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung (das so genannte nachbarliche Austauschverhältnis) vollumfänglichen Nachbarschutz.<sup>11</sup> Dieser Gebietserhaltungsanspruch werde auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Plangeber die kraft Bundesrechts drittschützende Konzeption der BauNVO durch eigene Festsetzungen modifiziert habe. Ebenso wenig schade es, dass das Grundstück von N ebenfalls zu Zwecken genutzt werde, die zumindest teilweise mit den jetzigen bauplanungsrechtlichen Festsetzungen unvereinbar seien. Der Nachbar könne sich nur

dann nicht auf die Festsetzungen des Bebauungsplans berufen, wenn er die gleiche Nutzung abwehren will, die er selbst ausübt.<sup>12</sup>

## III. Einordnung und kritische Würdigung der ausbildungsrelevanten Aspekte

### 1. Gestaltungsmöglichkeiten im Bebauungsplan

#### a) Festsetzungen über die Art der Bebauung und Struktur der BauNVO

Im Bebauungsplan sind für Gebäude vor allem (näher § 9 BauGB) Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung (Gebietstyp, §§ 2 ff. BauNVO), zum Maß der baulichen Nutzung (insbesondere Höhe, § 18 BauNVO, Geschosse, § 20 BauNVO) sowie zur offenen versus geschlossenen Bauweise (§ 22 BauNVO) und zur überbaubaren Grundstücksfläche (§ 23 BauNVO) möglich. Im vorliegenden Fall ging es indes allein um die Art der baulichen Nutzung.

Für diese enthält die BauNVO einen Katalog unterschiedlicher typisierender Baugebiete (§ 1 Abs. 2), die in den § 2 ff. (insbesondere in der Zweckbeschreibung im jeweiligen Abs. 1) näher charakterisiert werden. Für jedes Baugebiet sind bestimmte Nutzungsarten, die den Gebietstyp prägen, ohne Weiteres zulässig (Regelbebauung). Ferner enthalten die Gebietsbeschreibungen (in ihrem jeweiligen Abs. 3) bestimmte weitere Nutzungen, die nur ausnahmsweise, d.h. i.V.m. § 31 Abs. 1 BauGB, nach Ermessen der Baugenehmigungsbehörde zugelassen werden können (Ausnahmenbebauung).

Zu den nach Gebieten gegliederten Nutzungen der §§ 2-11 BauNVO treten schließlich, gleichsam als Querschnittsnutzungen, die nach §§ 12-14 BauNVO zulässigen Garagen und Stellplätze, freiberuflichen Nutzungen und Nebenanlagen.

Durch die Festsetzung eines Gebietstyps wird die gesamte Gebietsbeschreibung (einschließlich der §§ 12-14 BauNVO) Teil des Bebauungsplans, § 1 Abs. 3 S. 2 BauNVO. Von diesen „Leitbildern“<sup>13</sup> kann dabei der Plangeber nur eingeschränkt abweichen. Ihm steht gerade kein Recht zu, weitere Festsetzungen zur Art der Bebauung zu erfinden,<sup>14</sup> allerdings ermöglichen § 1 Abs. 6-9 BauNVO den Gestaltungsspielraum der Plangeber erweiternde Modifikationen. Insbesondere können durch diese planungstechnische Feinsteuerung – einerseits – allgemein zulässige Nutzungen als nur ausnahmsweise oder gar nicht zulässig sowie – andererseits – nur ausnahmsweise zulässige als gar nicht zulässig oder umgekehrt als allgemein zulässig festgesetzt werden.

Von dieser Feinsteuerung machte der Plangeber im vorliegenden Fall Gebrauch. Durch die entsprechende Planverordnung wurden die eigentlich nach § 8 Abs. 3 BauNVO bestehenden Ausnahmen für Vergnügungsstätten sowie Anlagen

<sup>6</sup> Dazu näher unten III. 1. b) aa).

<sup>7</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (992).

<sup>8</sup> Näher unter Bezugnahme auf die Planbegründung und die weiteren Festsetzungen OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (990 f.).

<sup>9</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (991).

<sup>10</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (992).

<sup>11</sup> Dazu näher unten III. 3. b).

<sup>12</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (993). Dazu unten III. 3. c).

<sup>13</sup> Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. 2009, § 14 Rn. 20.

<sup>14</sup> Zum abschließenden Charakter des Gebietskatalogs („Typenzwang“) Finkelnburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht, Bd. 1, Bauplanungsrecht, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 5 m. Nachw. aus der Rspr.

für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauNVO nicht Teil des Bebauungsplans und die Zulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben (als bestimmte *Anlagenart* der allgemein zulässigen Gewerbebetriebe) wurde gemäß § 1 Abs. 5 i.V.m. Abs. 9 BauNVO ausgeschlossen.

*b) Zuordnung einer Asylbewerberunterkunft zu den Nutzungsarten*

*aa) Abgrenzung des Wohnens von Anlagen zu sozialen Zwecken*

In der vorliegenden Entscheidung konnte das OVG angesichts des recht eindeutigen Sachverhalts<sup>15</sup> und mangels Entscheidungsrelevanz<sup>16</sup> die genehmigten Vorhaben schnell den Anlagen für soziale Zwecke zuordnen.<sup>17</sup> Doch kommt es bei der (höchststrichterlich nicht endgültig geklärten) Zuordnung von Asylbewerberunterkünften im Einzelnen auf eine sorgfältige Abgrenzung zum Wohnen an.

Anlagen für soziale Zwecke sind solche, die in einem weiten Sinne der sozialen Fürsorge und der öffentlichen Wohlfahrt dienen, u.a. nämlich durch Unterstützung, Betreuung und ähnliche fürsorgerische Maßnahmen.<sup>18</sup> Darunter fällt grundsätzlich auch die (helfend auf andere gerichtete) Unterbringung von Menschen. Planungsrechtliches Wohnen ist dagegen gekennzeichnet durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie durch die Freiwilligkeit des Aufenthalts.<sup>19</sup> Zur Eigengestaltung gehört v.a. auch ein wirksam abgeschirmter Bereich für die Entfaltung des privaten

Lebens.<sup>20</sup> Unterschiede bestehen vor allem zwischen Gemeinschaftsunterkünften und anderen Unterbringungsarten.

Für (Asylbewerber-)Gemeinschaftsunterkünfte, die durch hohe Belegungsdichten, die gemeinschaftliche Nutzung von Sanitäreinrichtungen und Küchenräumen und das Fehlen von abgegrenzten Rückzugsräumen geprägt werden, mangelt es daher schon an Häuslichkeit und einer hinreichenden Selbstbestimmung der Haushaltsführung.<sup>21</sup> Dies wird noch unterstrichen, wenn – wie bei solchen Anlagen regelmäßig – nicht sichergestellt ist, dass nur miteinander verwandte und einander bekannte Personen gemeinsam untergebracht sind.<sup>22</sup> Der dem besprochenen Beschluss zugrundeliegende Sachverhalt legt es nahe, dass die errichteten bzw. umgenutzten Räumlichkeiten jeweils mit mehreren Betten ausgestattet werden sollten. Dies hätte zumindest teilweise nach sich gezogen, dass auch die nur in geringerer Zahl vorhandenen Sanitäräume zusammen benutzt werden müssen. Vor diesem Hintergrund war die vom OVG sehr knapp vorgenommene Einordnung hier folgerichtig.

Schärfer würde sich die Zuordnungsfrage bei einer Unterbringung von Asylbewerbern – anders als im vorliegenden Fall – in häuslichen Verhältnissen innerhalb von Wohngebäuden stellen. In einem solchen Fall wird angesichts des öffentlich-rechtlichen, überwiegend vom Asyl- und Ausländerrecht bestimmten, Nutzungsverhältnisses, teilweise die Freiwilligkeit des Unterkommens bezweifelt.<sup>23</sup> Zur Unterkunft in Erstaufnahmeeinrichtungen sind, zum späteren „Wohnen“ in Gemeinschaftsunterkünften werden Asylbewerber sogar typischerweise verpflichtet (§ 47 bzw. § 60 Abs. 2 AsylVfG); die freiwillige Auswahl ihrer Unterkunft ist ihnen damit bei typisierender Betrachtung entzogen. Überwiegend wird aber das hinter der Nutzung stehende Rechtsregime für bodenrechtlich nur relevant gehalten, wenn es Auswirkungen auf die übrige Wohnsituation, etwa die Raumgestaltung oder Belegungsdichte, hat.<sup>24</sup> Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung herrscht die Orientierung an der objektiven Beschaffenheit

<sup>15</sup> Bei der Vorinstanz VG Hamburg, Beschl. v. 6.5.2013 – 7 E 1487/13, S. 3 f. des amtl. Umdrucks, scheint durch, dass sich die tatsächlichen Umstände der Unterbringung (besonders hinsichtlich der Belegungsdichte der Zimmer) aus den Akten nicht vollumfänglich ergaben. Dies vermag zwar im vorliegenden Fall eine eindeutige Zuordnung der Unterkünfte erschweren; in Anbetracht der Zahl der insgesamt unterzubringenden Asylbewerber erschloss das VG aber eine Belegung in Mehrbettzimmern.

<sup>16</sup> Die Frage wird in erster Instanz denn auch offen gelassen, VG Hamburg, Beschl. v. 6.5.2013 – 7 E 1487/13, S. 5 des amtl. Umdrucks. In vergleichbaren Fällen die Zuordnung zuletzt ebenfalls offenlassend VGH Karlsruhe, Beschl. v. 14.3.2013 – 8 S 2504/12 = ZfBR 2013, 583 (584); VG Schwerin, Beschl. v. 29.9.2012 – 2 B 409/12, Rn. 10 (juris).

<sup>17</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (992).

<sup>18</sup> *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), Baugesetzbuch, 112. EL (Stand: Januar 2014), § 4 BauNVO Rn. 92 m.w.N.

<sup>19</sup> BVerwG, Beschl. v. 25.3.1996 – 4 B 302/95 = NVwZ 1996, 893 (894); OVG Münster, Urte. v. 15.8.1995 – 11 A 850/92 = BauR 1996, 237 (238 f.); aufgegriffen z.B. vom hiesigen OVG Hamburg, Urte. v. 10.4.1997 – Bf II 72/96 = NordÖR 1999, 354.

<sup>20</sup> *Stock* (Fn. 18), § 3 BauNVO Rn. 38 m. Nachw. aus der Rspr.

<sup>21</sup> *Stock* (Fn. 18), § 3 BauNVO Rn. 52; § 4 Rn. 94 m. Nachw. aus der Rspr., z.B. OVG Hamburg, Urte. v. 10.4.1997 – Bf II 72/96 = NordÖR 1999, 354 (unter Betonung der fehlenden Intimität); OVG Münster, Beschl. v. 4.11.2003 – 22 B 1345/03 = NVwZ-RR 2004, 247; VGH München, Urte. v. 13.9.2012 – 2 B 12.109 (unter Betonung der mangelnden Dauerhaftigkeit der Unterbringung). Zuletzt offen lassend, mit der Tendenz zur Anlage für soziale Zwecke, VGH Karlsruhe, Beschl. v. 14.3.2013 – 8 S 2504/12 = ZfBR 2013, 583 (584).

<sup>22</sup> In diese Richtung OVG Hamburg, Urte. v. 10.4.1997 – Bf II 72/96 = NordÖR 1999, 354.

<sup>23</sup> Gegen die Freiwilligkeit *Fickert/Fieseler*, Baunutzungsverordnung, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 3 Rn. 16.4 ff., insbes. 16.43; *Ziegler*, ZfBR 1994, 160 (162); *Spindler*, NVwZ 1992, 125 (129); in diese Richtung tendierend, freilich i.E. offen lassend, OVG Hamburg, Urte. v. 10.4.1997 – Bf II 72/96 = NordÖR 1999, 354.

<sup>24</sup> *Stock* (Fn. 18), § 3 BauNVO Rn. 54 m.w.N.; ähnlich *Fugmann-Heesing*, DÖV 1996, 322 (324 f.).

der Wohnräume vor.<sup>25</sup> Insgesamt überzeugt die Berücksichtigung der Nutzungsverhältnisse wegen der auf bodenrechtliche Wirkungen konzentrierten Perspektive des Bauplanungsrechts nur insoweit, als sie sich auch auf die äußeren Umstände der Unterbringung durchschlägt. Allerdings dürfen hierzu nicht nur die objektive bauliche Situation der Wohnung, also die Eignung zur Wohnnutzung, sondern auch die für die Emissionen und Bewohnerfluktuation durchaus beachtlichen Belegungsverhältnisse zählen. Wie das Bundesverwaltungsgericht die Einordnung vornehmen – und möglicherweise das Merkmal der Freiwilligkeit relativieren – wird, bleibt nach wie vor abzuwarten.<sup>26</sup> In der Klausurpraxis, für die man keine vertieften Kenntnisse dieses Streits voraussetzen dürfte, wird eine an den für das Bauplanungsrecht leitenden bodenrechtlichen Gesichtspunkten zu angemessenen Lösungen führen.

*bb) Abstrakte Gebietsunverträglichkeit wohnungsähnlicher Nutzungen im Gewerbegebiet*

Anders als noch die Vorinstanz erwog das OVG hilfsweise die Rechtslage unter der Voraussetzung einer ausnahmsweise zulässigen Nutzung.<sup>27</sup> Hätte der Plangeber hier die Anlagen für soziale Zwecke nicht ausgeschlossen, wäre die Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO aber auch nur unter der Voraussetzung der abstrakten Gebietsverträglichkeit möglich gewesen. Die Zulässigkeit eines Vorhabens, sei es im Wege der Regelbebauung, sei es durch Ausnahmen, innerhalb eines Baugebiets der BauNVO muss sich nämlich nicht nur an den Vorschriften über die zugelassenen bestimmten Nutzungen, sondern auch an der Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets messen.<sup>28</sup> Aus der Zweckbeschreibung des § 8 Abs. 1 BauNVO (Unterbringung „nicht erheblich“ aber eben doch „belästigende[r]“ Gewerbebetriebe), sowie im Umkehrschluss aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO, der Wohnungen gerade bei Betriebsbezug zulässt, werde deutlich, dass im Gewerbegebiet „nicht gewohnt werden“ soll.<sup>29</sup> Auch als wohnungsähnliche Nutzung<sup>30</sup> ist damit

eine Asylbewerberunterkunft im Gewerbegebiet wegen abstrakter Gebietsunverträglichkeit unzulässig.<sup>31</sup>

*c) Besonderheiten bei der Feststellung des Bebauungsplans im Bundesland Hamburg*

Grundsätzlich wird der Bebauungsplan von der planungstragenden Gemeinde als Satzung (§ 10 BauGB) beschlossen. Im Land Hamburg als Stadtstaat ohne Kommunen und ohne kommunale Satzungsautonomie muss allerdings eine andere Rechtssetzungsform an die Stelle der Satzung treten, § 246 Abs. 2 S. 1 BauGB.<sup>32</sup> I.d.R. werden Bebauungspläne daher gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Gesetz über die Feststellung von Bauleitplänen und ihre Sicherung durch eine Rechtsverordnung (BauleitplanfestG), in Ausnahmefällen durch Gesetz, festgestellt.<sup>33</sup> Daraus ergeben sich jedoch bei Inhalt und Rechtmäßigkeitsanforderungen keinerlei Unterschiede.<sup>34</sup>

*d) Inzidentprüfung des Bebauungsplans*

Im Übrigen wäre zur vollständigen Rechtmäßigkeitskontrolle der Baugenehmigung im Rahmen von § 30 Abs. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 BauGB noch eine Inzidentkontrolle des Bebauungsplans erforderlich. Denn nur ein von beachtlichen Fehlern (§§ 214, 215 BauGB) freier – nicht nichtiger und damit wirksamer – Plan vermag für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens verbindlich zu sein.<sup>35</sup> Doch gab es hier wohl keinerlei Anhaltspunkte für (Abwägungs-)Fehler bei der Planung.

<sup>25</sup> Vgl. die zahlreichen Nachw. aus der Rspr. bei *Stock* (Fn. 18), § 3 BauNVO Rn. 53 f. A.A., maßgeblich auf die „fremdbestimmte Unterbringung“ abstellend, OVG Münster, Beschl. v. 29.7.1991 – 10 B 1128/91 = NVwZ 1992, 186 (187).

<sup>26</sup> Die Einschätzung des BVerwG, Urt. v. 17.12.1998 – 4 C 16.97 = BVerwGE 108, 190 (202), die Nutzung eines Einfamilienhauses für die Asylbewerberunterbringung sei dem „Wohnen im allgemeinen Verständnis ähnlich“, ist hierzu unergiebig.

<sup>27</sup> Näher OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (992).

<sup>28</sup> St. Rspr., vgl. bspw. BVerwG, Urt. v. 2.2.2012 – 4 C 14.10 = BVerwGE 142, 1 (5 f. Rn. 16); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 18.11.2010 – 4 C 10.09 = BVerwGE 138, 166 (171 f. Rn. 19); BVerwG, Urt. v. 21.3.2002 – 4 C 1.02 = BVerwGE 116, 155 (158).

<sup>29</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (992). Vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 18), § 8 BauNVO Rn. 44b.

<sup>30</sup> BVerwG, Urt. v. 17.12.1998 – 4 C 16.97 = BVerwGE 108, 190 (202).

<sup>31</sup> So VG Karlsruhe, Beschl. v. 14.3.2013 – 8 S 2504/12 = ZfBR 2013, 583 (585); VG Schwerin, Beschl. v. 29.9.2012 – 2 B 409/12, Rn. 16 (juris). Vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 13.5.2002 – 4 B 86/01 = NVwZ 2002, 1384 (1385), für ein Seniorenpflegeheim; BVerwG, Urt. v. 29.4.1992 – 4 C 43/89 = NVwZ 1993, 773 (774 f.), für einen Beherbergungsbetrieb; OVG Münster, Beschl. v. 4.11.2003 – 22 B 1345/03 = NVwZ-RR 2004, 247 (248), für eine Asylbewerberunterkunft im Industriegebiet gem. § 9 BauNVO. Vorliegend schloss das OVG auch insoweit eine Befreiung mangels Vereinbarkeit mit den Grundzügen der Planung aus, OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (992).

<sup>32</sup> Siehe auch *Koch/Hendler* (Fn. 13), § 14 Rn. 8.

<sup>33</sup> Die Verordnungsform gibt es ebenso in Berlin: § 6 Abs. 5 Gesetz zur Ausführung des Baugesetzbuchs.

<sup>34</sup> Auch für die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO gegen Bebauungspläne in Verordnungsform ergeben sich keine Unterschiede wegen § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO („Rechtsverordnungen auf Grund des § 246 Abs. 2 des Baugesetzbuchs“). Dies gilt genauso für Bebauungsplan-Gesetze, BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 2 BvR 397/82 = BVerfGE 70, 35.

<sup>35</sup> Dazu instruktiv *Koch/Hendler* (Fn. 13), § 18 (insbes. Rn. 13 ff.).

2. Die Grundzüge der Planung als Grenze der Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB

Kern der Entscheidung des OVG war die Prüfung der Rechtmäßigkeit der von der Baugenehmigungsbehörde erteilten Befreiung vom Ausschluss der Ausnahme des § 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO.<sup>36</sup>

a) Systematik der genehmigungsbehördlichen Abweichungsmöglichkeiten

aa) Befreiung und Ausnahme im System des Bauplanungsrechts

Das Bauplanungsrecht kennt für Abweichungen vom an sich strikt verbindlichen Bebauungsplan einerseits Ausnahmen nach § 31 Abs. 1 BauGB, bei denen eine im Bebauungsplan (zumeist über § 1 Abs. 3 S. 2 i.V.m. §§ 2-9 Abs. 3 BauNVO) schon ausdrücklich vorgesehene Abweichung von seinen Festsetzungen im Einzelfall erteilt wird. Es kennt außerdem Befreiungen nach § 31 Abs. 2 BauGB, die im Unterschied dazu eine Abweichung von zwingenden Festsetzungen des Bebauungsplans erlauben. Beide Regelungen dienen damit – in unterschiedlichem Maße – der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit für atypische, vom Plangeber so nicht antizipierte Situationen, für die aber eine Planänderung unangemessen aufwändig oder unpassend ist.<sup>37</sup>

Diese Flexibilisierung im Vollzug steht aber im Konflikt mit dem Sinn und Zweck des Planaufstellungsverfahrens. Der Bebauungsplan soll nur in den durch das BauGB vorgegebene Verfahren festgestellt, geändert oder aufgehoben werden. Hinter diesem Verfahren steht zunächst die verfassungsrechtlich abgesicherte Planungsautonomie der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG; § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB). Zumal der Beschluss der Bebauungspläne (§ 10 Abs. 1 BauGB) in den Kommunen typischerweise mit dem Gemeinderat einem direkt gewählten Vertretungsorgan obliegt und so der Bauleitplanung eine erhöhte demokratische Legitimation verleiht.<sup>38</sup> Gerade die vorgeschriebene ausführliche und frühzeitige Einbeziehung der Bürger (§ 3 BauGB) dient außerdem dem vorweggenommenen Grundrechtsschutz durch Verfahren.<sup>39</sup> Der Gefahr, dass diese

Prinzipien durch Befreiungen der Genehmigungsbehörde ausgehöhlt werden, versucht § 31 Abs. 2 BauGB mit engen – aber vom Gesetzgeber zunehmend erweiterten Tatbestandsvoraussetzungen – zu begegnen.<sup>40</sup>

bb) Tatbestand der Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB

§ 31 Abs. 2 BauGB hat einen dreigliedrigen Tatbestand. Es gibt drei Befreiungsgründe (Abs. 2 Nrn. 1-3), insbesondere das Wohls der Allgemeinheit. Für jeden Grund verlangt die Norm aber als „vor die Klammer“ gezogenes Tatbestandsmerkmal zusätzlich, dass die Grundzüge der Planung nicht berührt werden dürfen. Außerdem fordert sie, „hinter die Klammer“ gerückt, jeweils die Vereinbarkeit der Abweichung mit den öffentlichen Belangen auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen. Wie sich aus der „kann“-Formulierung der Norm ergibt, steht die Entscheidung über Erteilung oder Versagung einer Befreiung schließlich im pflichtgemäßen (Rechtsfolge-)Ermessen der Genehmigungsbehörde. Nach den umfangreichen tatbestandlichen Voraussetzungen der Befreiungen werden hier oftmals nur wenige weitere städtebaurechtliche Erwägungen eine Rolle spielen können.<sup>41</sup>

cc) Bedeutung und Auslegung der Grundzüge der Planung

Den Schutz der demokratisch legitimierten Planungshoheit der Gemeinde übernimmt vor allem das Gebot, die „Grundzüge der Planung“ zu wahren.<sup>42</sup> Diese werden berührt, wenn die Abweichung dem jeweiligen im konkreten Einzelfall zu ermittelnden planerischen Grundkonzept zuwiderläuft.<sup>43</sup> Zu ermitteln ist also zunächst, ob die Abweichung eine Festsetzung betrifft, die für dieses Grundkonzept maßgeblich ist. Trägt eine Festsetzung das Konzept, ist eine Befreiung nur denkbar, soweit sie trotzdem nicht ins Gewicht fällt.<sup>44</sup>

Vor diesem Hintergrund verwirft das OVG denn auch eine Bestimmung der durch die Grundsätze der Planung gezogenen Grenze anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung sowohl der planungstragenden Belange also auch des einschlägigen Befreiungsgrundes und seines Gewichts – hier das an der Herstellung von Asylbewerberunterkünften bestehende Allgemeininteresse.<sup>45</sup> Für eine solche „Wechselwirkung“ der Befreiungsgründe mit dem Erfordernis der Wahrung der Grundzüge der Planung ist in Anbetracht der Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals für die Abgrenzung der baurechtlichen Planungszuständigkeit kein Raum, wie das OVG zutreffend erkennt. Vielmehr bedürfte gerade ein solcher Interessensausgleich einer planenden Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB durch den dazu berufenen Plangeber. Von der Geneh-

<sup>36</sup> Die erstinstanzliche Entscheidung beschränkte sich im Wesentlichen auf die Rechtmäßigkeit der Befreiung, VG Hamburg, Beschl. v. 6.5.2013 – 7 E 1487/13, S. 4-10 des aml. Umdrucks.

<sup>37</sup> Söfker (Fn. 29), § 31 BauGB Rn. 10; Koch/Hendler (Fn. 13), § 25 Rn. 36.

<sup>38</sup> Vgl. bspw. § 58 Abs. 1 Nr. 5 NdsKommVG; Art. 32 Abs. 2 BayGO; § 24 Abs. 1 S. 2 GO BW. In der Einheitsgemeinde Hamburg werden die Planverordnungen gemäß § 1 WeiterübertragungsVO Bau durch die Bezirksämter beschlossen, woran maßgeblich die Bezirksversammlungen mitwirken, so dass auch hier eine erhöhte personale demokratische Legitimation bestehen mag; siehe genauer Koch, in: Hoffmann-Riem/Koch (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2006, S. 234, 238.

<sup>39</sup> Grundlegend zum Grundrechtsschutz durch Verfahren BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich); im hiesigen Zusammen-

hang Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl. 2014, § 3 BauGB Rn. 4 m.w.N.

<sup>40</sup> Vgl. Söfker (Fn. 29), § 31 BauGB Rn. 31

<sup>41</sup> Vgl. Söfker (Fn. 29), § 31 BauGB Rn. 61; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 39), § 31 Rn. 43.

<sup>42</sup> Vgl. Reidt (Fn. 41), § 31 Rn. 29.

<sup>43</sup> BVerwG, Beschl. v. 5.3.1999 – 4 B 5/99 = NVwZ 1999, 1110.

<sup>44</sup> Söfker (Fn. 29), § 31 BauGB Rn. 36.

<sup>45</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (992 f.).

migungsbehörde, die über die Befreiung zu entscheiden hat, sind dagegen beide Tatbestandsmerkmale isoliert voneinander auszulegen.<sup>46</sup>

*c) Wahrung der Grundzüge der Planung durch Befristung einer Befreiung*

Ziel der Planung hier war, wie sich ausweislich der Ausführungen des OVG deutlich ergibt, die Flächensicherung für verarbeitende und produzierende Gewerbebetriebe. In Anbetracht der aus dem Plan und seiner Begründung ersichtlichen Umstände schließt das OVG sodann auch überzeugend, dass der hier gegenständliche Ausschluss der Ausnahmen dem Planungsziel der Flächensicherung für Gewerbebetriebe gerade dient.<sup>47</sup> Damit ist er für die planerische Grundkonzeption maßgeblich.

Im Rahmen der vorliegenden Beschwerde hat man die Frage aufgeworfen, inwieweit die Befristung dieser Befreiung auf zwei Jahre eine Art zeitliche Geringfügigkeit herstellt und damit die Berührung der Grundzüge ausschließt. Je kürzer die Abweichung, desto weniger bodenrechtliche Folgen hat sie tendenziell und vermag damit die langfristige Verfolgung des Plankonzepts nicht zu beeinträchtigen. Denkbar ist es also, insoweit als Bezugsgröße auf die typische Geltungsdauer eines Bebauungsplans abzustellen, wie es die Beigeladene hier annahm. Dann fielen möglicherweise demgegenüber ganz „kurze“ Abweichungen nicht ins Gewicht und berührten die Grundzüge der Planung nicht.

Dem folgte das Gericht allerdings mit überzeugender Argumentation nicht.<sup>48</sup> Statt einem Vergleich der Befreiungsdauer mit der typischen Geltungsdauer einer planerischen Konzeption hält es einen Vergleich mit der Dauer und der Leichtigkeit einer Planänderung für maßgeblich. Das OVG führt diese Auslegung zwar vordergründig auch darauf zurück, dass ein langer Zeitraum wie die durchschnittliche Geltungsdauer eines Plans (in Rede standen über 40 Jahre) zu „unüberschaubar“ für einen tauglichen Maßstab sei. Hintergründig wird sie aber vor allem wieder von der Funktion des Tatbestandsmerkmals „Grundzüge der Planung“ zur Sicherung der Autonomie des Plangebers getragen (dazu auch schon oben). Grundsätzlich sollen alle die Grundkonzeption der Planung betreffenden Entscheidungen vom Plangeber im dazu bestimmten Verfahren vorgenommen werden. Dies gilt auch für bloß vorübergehende (nachträglich in den Blick gekommenen) Nutzungen, solange es sinnvoll und nicht unverhältnismäßig ist, ein (ggf. vereinfachtes oder beschleunigtes, §§ 13, 13a BauGB) Planänderungsverfahren durchzuführen. Eine bedeutende Zeitverzögerung muss dies nicht bedeuten, da nach § 33 BauGB ein Vorhaben schon während des Änderungsverfahrens bauplanungsrechtlich genehmigungsfähig sein kann. Gerade im vorliegenden Fall wäre nach Auffassung des Gerichts eine Planänderung zur Festsetzung einer vorüberge-

henden Zwischennutzung nach § 9 Abs. 2 BauGB i.V.m. einer vorgezogenen Genehmigung nach § 33 BauGB zeitnah möglich gewesen.

Man wird also mit dem amtlichen Leitsatz folgern können, dass *allein* die Befristung einer Abweichung vom Plan auf einen mehr als minimalen Zeitraum die Vereinbarkeit mit den Planungsgrundzügen nicht herstellen dürfte. Denkbar, aber auch nicht zwingend, bleibt eine die Berührung der Grundzüge ausschließende Wirkung wohl nur, wenn die Befristung jedenfalls die voraussichtliche Dauer einer Planänderung bis zur Genehmigungsfähigkeit nach § 33 BauGB unterschreitet. Auch dann darf die Abweichung freilich nicht aus anderen Gründen ins Gewicht fallen.

*3. Reichweite und Grenzen des Gebietserhaltungsanspruchs im System des bauplanungsrechtlichen Nachbarschutzes*

Zuletzt warf das Verfahren zwei Fragen zum baurechtlichen Nachbarschutz auf, den das OVG tendenziell ausweitet.

*a) Quellen des bauplanungsrechtlichen Drittschutzes*

Zum Erfolg nachbarlicher Rechtsbehelfe bedarf es nicht allein der Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung, der Nachbar muss auch in eigenen subjektiven Rechten verletzt sein, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Dazu muss man im Einzelnen abgrenzen, ob die verletzten Vorschriften tatsächlich Drittschutz bezwecken und damit dem Kreis der geschützten Personen abwehrfähige Rechte zuerkennen. Die zur Herleitung von Drittschutz bemühte Schutznormtheorie, nach der eine Norm dann drittschützend ist, wenn sie nach dem Willen des Normgebers nicht nur reflexartig zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist, hat im Bauplanungsrecht einige Präzisierungen erfahren.<sup>49</sup> So ist im überplanten Bereich für die Festsetzungen des Bebauungsplans zur Art der Nutzung der Gebietserhaltungsanspruch anerkannt; insoweit kann jeder, der den Einschränkungen des Plans unterliegt, die Einhaltung der Festsetzungen verlangen.<sup>50</sup> Bei den Festsetzungen hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung und der Bauweise hängt es an dem jeweiligen Subjektivierungswillen des Plangebers, ob er Festsetzungen eine im Einzelfall durch Auslegung zu ermittelnde drittschützende Wirkung beilegt.<sup>51</sup> Das in § 15 Abs. 1 BauNVO verkörperte Rücksichtnahmegebot kann schließlich auch Drittschutz vermitteln, soweit ein Dritter qualifiziert von einem Vorhaben betroffen ist,

<sup>49</sup> Zur Genese des heutigen Bestands des baurechtlichen Nachbarschutzes siehe *Koch/Hendler* (Fn. 13), § 27 Rn. 15 ff.; im Überblick Rn. 38.

<sup>50</sup> BVerwG, Urt. v. 16.9.1993 – 4 C 28/91 = BVerwGE 94, 151 (155 f.); BVerwG, Urt. v. 23.8.1996 – 4 C 13/94 = BVerwGE 101, 364 (374 f.). Innerhalb von planähnlichen Gebieten führt die Planfiktion des § 34 Abs. 2 BauGB ebenso zur Anwendbarkeit des Gebietserhaltungsanspruchs für die Art der Nutzung, vgl. BVerwG, Urt. v. 16.9.1993 – 4 C 28/91 = BVerwGE 94, 151 (156).

<sup>51</sup> *Bönker*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels (Hrsg.), *Öffentliches Baurecht: Raumordnungsrecht, Städtebaurecht, Bauordnungsrecht*, 4. Aufl. 2010, § 18 Rn. 47, 48 ff. m.w.N. aus der Rspr.

<sup>46</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 5.3.1999 – 4 B 5/99 = NVwZ 1999, 1110.

<sup>47</sup> Näher OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990.

<sup>48</sup> Näher, auch zum Folgenden, OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (991 f.).

das den Festsetzungen des Plans ansonsten entspricht.<sup>52</sup> Bei Befreiungen nach § 31 Abs. 2 BauGB vermittelt das Gebot der „Würdigung nachbarlicher Belange“ schließlich Drittschutz, im Übrigen kann sich der Nachbar auch auf jede rechtswidrige Abweichung von sonst drittschützenden Festsetzungen berufen.<sup>53</sup>

*b) Drittschutz bei planerischer Feinsteuerung nach § 1 Abs. 4 ff. BauNVO*

Der jederzeit drittschützende Gebietserhaltungsanspruch beruht auf dem Gedanken eines wechselseitigen Austauschverhältnisses;<sup>54</sup> weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Ausnutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung auch im Verhältnis zum Nachbar durchsetzen; beide sind zu einer „Schicksalsgemeinschaft“ verbunden. Die Beschränkung der Baufreiheit wird durch den Gebietserhaltungsanspruch ausgeglichen. Da bereits die in §§ 2 ff. BauNVO enthaltenen Gebietstypen ein solches Austauschverhältnis herstellen, ist ihre Festsetzung – auch wenn sie nur in Gestalt des vom Plangeber geschaffenen Bebauungsplans gegenüber Bürgern Wirkung erlangen – kraft Bundesrechts drittschützend. Ob dies auch für die vom jeweiligen Plangeber selbst und unterschiedlich vorgenommene „Feinsteuerung“ nach § 1 Abs. 5 ff. BauNVO durch die Modifikation der zulässigen Nutzungsarten – wie hier – gilt, wird unterschiedlich beantwortet.<sup>55</sup> Bezweifelt wird es u.a. wegen der denkbaren Vielfalt an Motivationen, die einen Plangeber zu solchen Modifikationen veranlassen mögen.<sup>56</sup>

Hier positioniert sich das OVG konsequent (entgegen der überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung) für eine Ausdehnung des Drittschutzes. Das Gericht überträgt die Begründung für den Gebietserhaltungsanspruch auch auf die planerische Feinsteuerung; diese Überlegungen gälten dort

„nicht minder“.<sup>57</sup> Dies überzeugt, denn das BVerwG stellt in seinen Grundsatzentscheidungen zentral auf die gegenseitige Beschränkung ab, deren Ausgleich die Einräumung des drittschützenden Anspruchs dient. Auch bei einem Verstoß gegen eine Modifikation nach § 1 Abs. 6 BauNVO droht dem Nachbarn aber die Belastung durch eine unzulässige Nutzung, die ihm selbst nicht erlaubt ist, das Austauschverhältnis ist beeinträchtigt. Es kommt insoweit gerade nicht darauf an, wessen Schutz diese feinsteuernde Modifikation dient<sup>58</sup> (so aber VGH Mannheim), sondern nur auf ihre allseitige Beschränkungswirkung.

Es ist davon auszugehen, dass der Normgeber der BauNVO bei der Einräumung der – ihrerseits sehr begrenzten – Modifikationsmöglichkeiten der § 1 Abs. 4 ff. BauNVO die daraus entstehenden Abwandlungen der Baugebietsformen „mitbedacht“ hat.<sup>59</sup>

*c) Kein Ausschluss des Gebietserhaltungsanspruchs bei teilweise festsetzungswidriger Eigennutzung*

Die Frage nach einem Ausschluss des Gebietserhaltungsanspruchs des Nachbarn, der sein Grundstück selbst planwidrig nutzt, stellte sich hier nur dem ersten Anschein nach. Zwar mag manches für eine Beschränkung der Anspruchsvernichtung auf die Abwehr der selbst ausgeübten Nutzung beim Nachbarn sprechen, wo das begründende Austauschverhältnis fehlt<sup>60</sup> – während es unterschiedlichen planwidrigen Nutzungen jedenfalls in Bezug auf die abzuwehrende Nutzung noch intakt bleibt. Doch nutzt N sein Grundstück hier zumindest in Bezug auf den Pizza-Service (Gewerbebetrieb aller Art, § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) plankonform.

*4. Der prozessuale Hintergrund im einstweiligen Rechtsschutz*

Für Baugenehmigungen entfällt nach § 212a Abs. 1 BauGB von vornherein die Rechtsbehelfen üblicherweise beigegebene aufschiebende Wirkung. Sie sind mit begünstigender Wirkung für den Bauherrn und (ggf.) belastender Wirkung für den Nachbarn zugleich ein sog. Verwaltungsakt mit Doppelwirkung. Typischerweise ersucht der belastete Nachbar dagegen Rechtsschutz; möchte er die Vollziehung der einem anderen erteilten Genehmigung auch einstweilen verhindern, muss er also im Verfahren nach § 80a VwGO mit dem Antrag, die sofortige Vollziehung zugunsten seiner Rechtsbehelfe auszusetzen, vorgehen.<sup>61</sup> Ob der Antrag bei Gericht im Wege des § 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 VwGO – gerichtliche Vornahme der sonst behördlichen Anordnung der Aussetzung der Vollziehung – oder im Wege der § 80a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO – „originärer“ Antrag bei Gericht – statt-

<sup>52</sup> Vgl. grundlegend BVerwGE 67, 334 (338). Im nicht (qualifiziert) beplanten Gebiet ergibt sich Drittschutz ggf. aus dem Rücksichtnahmegebot, das – für den Innenbereich – in § 34 Abs. 1 BauGB in Gestalt des „Einfügens“ und – für den Außenbereich – in § 35 BauGB als unbenannter „öffentlicher Belang“ verortet wird, vgl. – für § 34 BauGB – BVerwG, Urt. v. 13.2.1981 – 4 C 1/78; BVerwGE 67, 334 (337); 69, 58 (60), bzw. – für § 35 BauGB – BVerwGE 52, 122 (131) – Schweinemaststall. Zu allem Koch/Hendler (Fn. 13), § 27 Rn. 18 ff., 21 ff.

<sup>53</sup> Bönker (Fn. 51), § 18 Rn. 54.

<sup>54</sup> Vgl., auch zum Folgenden, BVerwG, Urt. v. 16.9.1993 – 4 C 28/91 = BVerwGE 94, 151 (155 f.); BVerwG, Urt. v. 23.8.1996 – 4 C 13/94 = BVerwGE 101, 364 (374 f.).

<sup>55</sup> Nachweise zum Streitstand bei Fickert/Fieseler (Fn. 23), § 8 Rn. 3.12. Gegen eine Ausweitung mit ausführlicher Begründung OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.12.2003 – 1 ME 302/03 = NVwZ 2004, 1110 (1110 ff.); vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 5.3.1996 – 10 S 2830/95 = NVwZ 1997, 401 (402).

<sup>56</sup> Z.B. Söfker (Fn. 29), § 8 BauNVO Rn. 50.

<sup>57</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (993).

<sup>58</sup> So aber VGH Mannheim, Beschl. v. 5.3.1996 – 10 S 2830/95 = NVwZ 1997, 401 (402).

<sup>59</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (993); Stock, in: König/Roesner/Stock (Hrsg.), BauNVO, 3. Aufl. 2014, § 8 Rn. 56.

<sup>60</sup> Vgl. VGH München, Beschl. v. 15.3.2011 – 15 CS 11.9.

<sup>61</sup> Dazu instruktiv und im Überblick Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 164 ff.

haft ist, kann mangels inhaltlichen Unterschieds regelmäßig offen bleiben.<sup>62</sup>

Welchen Maßstab man in dieser prozessualen Konstellation für die Begründetheitsprüfung heranzieht, ist – wie auch bei den Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO – umstritten.<sup>63</sup> Vielfach wird ein zum Hauptsacheverfahren akzessorisches Stufenmodell vertreten, das den Antrag für begründet erachtet, wenn nach summarischer Prüfung entweder die Erfolgsaussichten der Hauptsacheklage voraussichtlich (deutlich) überwiegen oder bei offenen Erfolgsaussichten das sonstige Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse überwiegt.<sup>64</sup> Nach anderer Auffassung ist dagegen eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, in deren Rahmen die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nur ein, wenngleich maßgeblicher, Aspekt unter mehreren sind.<sup>65</sup> Im Rahmen des § 80a VwGO ist die Besonderheit zu beachten, dass wegen des dreipoligen Verhältnisses private (Aussetzungs- und Vollziehungs-)Interessen auf beiden Seiten der Abwägung eine Rolle spielen, das Gericht also in eine Art schiedsrichterliche Rolle rückt. Schließlich wird vorgeschlagen, die Prüfung allein materiell-akzessorisch anhand der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts und der voraussichtlichen Rechtsverletzung des Antragstellers vorzunehmen (ähnlich § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO).<sup>66</sup>

Hier legen, soweit ersichtlich, beide Instanzen die Einheitslösung zugrunde.<sup>67</sup> Schon angesichts der eindeutigen Erfolgsprognose überwiegt danach das Aussetzungsinteresse des Nachbarn das Vollzugsinteresse von B. Das OVG übernahm diesen Maßstab und wies ergänzend darauf hin, dass auch aus einer darüber hinausgehenden Interessenabwägung kein anderes Ergebnis folge.<sup>68</sup>

#### IV. Fazit

Die Entscheidung zeigt, dass sich auch bei „Klassikern“ wie dem Gebietserhaltungsanspruch im Detail noch viele offene Fragen verbergen, die aber von Studierenden oder Examenkandidaten mit guter Kenntnis der Grundprinzipien und Strukturen des Bauplanungsrechts – nicht notwendigerweise wie hier – beantwortet werden können. Die hier aufgezeigten Probleme lassen sich dabei jeweils einzeln gut in Klausuren auch mit anderen Schwerpunkten integrieren.

Zugleich berührt der Beschluss die derzeit (angesichts des steigenden Bedarfs wieder) relevant werdende Thematik, wie planungsrechtlich mit Asylbewerberunterkünften umzugehen ist. Das OVG schließt sich der nunmehr wohl gefestigten Linie von Literatur und Rechtsprechung an, die Asylbewerberunterkünften nicht den Wohnnutzungen zuordnet. Doch sind die befürchteten Störungs- und Konfliktpotentiale solcher Unterkünfte, die diese baurechtliche Zuordnung tragen, oftmals wohl nicht primär bodenrechtlicher Natur, sondern auch sozial und verhaltensbedingt (wobei auch Vorurteile eine Rolle spielen). Dazu tragen oft auch die äußerst beengten Lebensbedingungen der Asylbewerber bei. Zur Bewältigung all dieser Umstände ist aber das Planungsrecht nur bedingt geeignet und berufen.<sup>69</sup>

*Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Hamburg,  
Wiss. Mitarbeiter Manuel Waldmann, LL.B., Hamburg*

<sup>62</sup> Die Gerichte legen sich im vorliegenden Verfahren auch nicht auf eine bestimmte Normenkette fest – VG: „§ 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 1. Var. VwGO“; OVG: „§§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO“.

<sup>63</sup> Auch für die im Folgenden beschriebenen Grundmodelle werden im Detail vielfache Modifikationen vertreten, ein Überblick findet sich m.w.N. bei *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 26. EL (Stand: März 2014), § 80 Rn. 371 ff., § 80a Rn. 60.

<sup>64</sup> Z.B. *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. 2013, § 32 Rn. 39; *Gersdorf*, in: *Posser/Wolff* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Edition 29* (Stand: Oktober 2013), § 80 Rn. 187; § 80a Rn. 69; wohl *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl. 2012, § 25 Rn. 1001 f.; *Bostedt*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* (Hrsg.), *Handkommentar Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2013, § 80a VwGO Rn. 8.

<sup>65</sup> Z.B. *Gersdorf* (Fn. 61), Rn. 198; vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Schoch* (Fn. 63), § 80 Rn. 372; § 80a Rn. 60.

<sup>66</sup> Prominent *Schoch* (Fn. 63), § 80 Rn. 380 ff., § 80a Rn. 66.

<sup>67</sup> VG Hamburg, Beschl. v. 6.5.2013 – 7 E 1487/13, S. 3 des amtl. Umdrucks; OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990.

<sup>68</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 17.6.2013 – 2 Bs 151/13 = NVwZ-RR 2013, 990 (990, 993).

<sup>69</sup> Vgl. OVG Münster, Urt. v. 10.4.2014 – 7 D 100/12.NE, Rn. 73 ff. (juris).