

Rechtsgutachtliche Stellungnahme

zur

Abweichungsregelung des § 246 Abs. 14 Baugesetzbuch (BauGB)

im Auftrag von

**Grundeigentümer-Verband Hamburg von 1832 e. V.,
vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch
dessen Vorsitzenden**

**Herrn Rechtsanwalt Heinrich Stüven,
Glockengießerwall 19, 20095 Hamburg**

von

Prof. Dr. Edmund Brandt/Ass. iur. Sebastian Willmann

TU Braunschweig

März 2016

Gliederung

0. Einleitung	1
1. Ausgangslage	1
2. Fragestellungen	3
3. Methodische Überlegungen	5
I. Materiell-rechtlicher Teil	6
1. Rechtsgrundlage für das Vorgehen des BezA	7
a) Notwendigkeit und Anwendbarkeit von § 246 Abs. 14 BauGB	7
aa) Entgegenstehen planungsrechtlicher Festsetzungen	8
bb) Kein Vorrang der Absätze 8 bis 13	9
b) Voraussetzungen des § 246 Abs. 14 BauGB	11
aa) Dringende Benötigung	11
bb) Keine oder keine rechtzeitige Bereitstellungsmöglichkeit	13
cc) Sonstige Unterkünfte	16
c) Rechtsfolge: Abweichungsbefugnis im erforderlichen Umfang	24
aa) Erforderlichkeit bezogen auf den konkreten Unterbringungszweck	26
bb) Erforderlichkeit in Bezug auf andere Standorte	26
cc) Statthafte Auswahlkriterien und Grenzen	27
dd) Nachweis der Erforderlichkeit	32

d) Zwischenfazit	36
2. Vereinbarkeit von § 246 Abs. 14 BauGB mit höherrangigem Recht	37
a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes	39
b) Bestimmtheitsgrundsatz	40
c) Mögliche Grundrechtsverstöße	45
aa) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG	45
bb) Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	46
d) Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG	48
e) Zwischenfazit	53
II. Verfahrensrechtlicher Teil	54
III. Gesamtergebnis	57
Literaturverzeichnis	59

0. Einleitung

1. Ausgangslage

Das Bezirksamt Hamburg-Mitte¹ plant an zwei Standorten im Stadtgebiet die Errichtung von Flüchtlingsunterkünften. Dieser Fall bildet den Hintergrund für die folgende Betrachtung, steht aber für die generelle Handlungslinie des Senats. Die Ergebnisse des Gutachtens sind allgemeingültig und lassen sich auf entsprechende Projekte (z. B. „Gleisdreieck Billwerder“ in Bergedorf; „Rissen 45“ etc.) übertragen.

Die Realisierung soll unter Rückgriff auf die Vorschrift des § 246 Baugesetzbuch (BauGB)² erfolgen. Dessen Absätze 8 bis 10 wurden im Zuge des Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetzes³ mit Wirkung zum 26. November 2014 eingeführt und aufgrund der zwischenzeitlich absehbaren Notwendigkeit weiterer (auch) bauplanerischer Änderungen um die Absätze 11 bis 14 ergänzt.⁴

Von den Regelungen möchte die Freie und Hansestadt Hamburg mit dem Ziel Gebrauch machen, bis Ende des Jahres 2016 rund 20 000 Unterkunftsplätze für Flüchtlinge mit der Perspektive Wohnen zu schaffen. Dabei geht es in diesem neuen Segment der Flüchtlingsunterbringung um großflächige und dauerhafte Siedlungsareale und damit teilweise über die Flüchtlingsunterbringung hinaus zu einem bestimmten Grad um Stadtentwicklung.

Vorgesehen sind zwei Nutzungsphasen: In einer ersten Phase über etwa 15 Jahre hinweg werden die geplanten Unterkünfte zunächst zum Zwecke der Flüchtlingsunterbringung genutzt und in der Folge mit deutlich mehr Personen belegt, als bei regulären (Sozial-)Wohnungen üblich. Anschließend erfolgt eine Verwendung als Wohnmöglichkeit für weitere Bevölkerungskreise. Je Vorhabenfläche sollen auf diese Weise etwa 800 Wohnungen entstehen und zwar zunächst auf der Grundlage einfacher Baugenehmigungen.

¹ Im Folgenden: BezA.

² Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722).

³ Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen vom 20.11.2014, BGBl. I S. 1748.

⁴ Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 23.10.2015, BGBl. I S. 1727.

In Bezug auf eine spätere originäre Wohnnutzung soll erst im Rahmen eines gesonderten Bebauungsplanverfahrens befunden werden. Das betrifft dann insbesondere auch die Schaffung der planungsrechtlichen Voraussetzungen der anderweitigen Wohn- und Nutzungsformen, die in den nämlichen Gebieten realisiert werden sollen. Das BezA möchte unterschiedliche Wohnformen ansiedeln und durchmischen, die neben Unterkünften für Flüchtlinge auch reguläre Eigentums- und Mietwohnungen sowie die notwendige öffentliche Infrastruktur umfassen.

Den Hintergrund der konkreten Planungen bildete ein (öffentlicher) Antrag der SPD-Fraktion,⁵ der zum einen die Fläche „Östlich Haferblöcken“ und zum anderen die Fläche „Haßloredder“ als geeignete Standorte benannte.⁶ An der Fläche „Haßloredder“ wird aktuell nicht mehr festgehalten. Nach Durchführung eines sog. Werkstattverfahrens soll nur die Fläche „Östlich Haferblöcken“ mit einem Bebauungsplan Billstedt 113 überplant werden, wobei zwei Teilflächen mit insgesamt 250 Wohnungen vorab für das „Flüchtlingswohnen auf Grundlage § 246 (14) BauGB“ zur Verfügung gestellt werden sollen. Änderungen im Konzept sind derzeit immer noch möglich, was angesichts des hier verfolgten rechtsgrundsätzlichen Ansatzes allerdings von nachrangiger Bedeutung ist.

Das Gebiet „Östlich Haferblöcken“ wird im Norden von der BAB 24, im Osten vom Öjendorfer See, im Westen von der unmittelbar angrenzenden Wohnbebauung Haferblöcken sowie im Süden vom Öjendorfer Friedhof umschlossen. Im Bebauungsplan (B-Plan) Billstedt 90 ist die Fläche als Parkanlage ausgewiesen. An dem Standort sollen rund 250 Wohneinheiten speziell für Flüchtlinge errichtet werden, die Gesamtzahl der Wohneinheiten soll sich später auf etwa 550 belaufen.

Der Flächennutzungsplan (FNP) benennt die Areale als Grünfläche, das Landschaftsprogramm als Parkanlage beziehungsweise eingeschränkt nutzbare Grünanlage. Bauliche Anlagen finden sich derzeit auf den Gebieten nicht.

⁵ Antrag der SPD-Fraktion vom 22.10.2015, Drucksache-Nr.: 21-1576, S. 12 öffentlich beraten in der Bezirksversammlung Hamburg-Mitte am 3. November 2015.

⁶ Die darüber hinausgehende Fläche „Gartenstadt öjendorf“ ist demgegenüber von den aktuellen Überlegungen ausgenommen und soll ggf. bis 2030 perspektivisch entwickelt werden.

⁷ D.h. nach Durchführung des Bauleitverfahrens und der damit geschaffenen Möglichkeit der Errichtung eines quasi regulären Wohngebiets; siehe aktuell Bezirksversammlung Hamburg-Mitte Drucksache Nr. 21-1999.

Die angedachten baulichen Maßnahmen stellen eine Abkehr von dem bisher in der Freien und Hansestadt Hamburg praktizierten dezentral organisierten Unterbringungskonzept dar. Allerdings reichen die in diesem Konzept generierten Aufnahmeplätze nach Ansicht der Stadtverwaltung nicht aus, um den steten Zustrom an Flüchtlingen bewältigen und den Menschen eine angemessene Unterkunft gewähren zu können.

Das Verwaltungsgericht Hamburg hat mit Beschluss vom 28. Oktober 2015 deutliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 246 Abs. 14 BauGB angemeldet.⁸ Der Umgang und die Operationalisierung der einzelnen Normelemente der Regelungen erscheinen aufgrund der Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe schwierig bis unklar. Aus dem Grund sind die Verfasser gebeten worden, eine rechtsgutachtliche Stellungnahme zu Inhalt und Reichweite des § 246 Abs. 14 BauGB zu erarbeiten.

2. Fragestellungen

Die übergeordneten übermittelten Fragen lauten:

- a) *Stellt § 246 BauGB und insbesondere dessen Absatz 14 grundsätzlich eine ausreichende Rechtsgrundlage dar, um die unter 1. beschriebenen Vorhaben der Freien und Hansestadt Hamburg, die über einen Flächenbedarf von bis zu 8 Hektar an baulich bislang ungenutzter bzw. baulich andersartig genutzter Fläche verfügen, auf der Grundlage von Baugenehmigungen zuzulassen? Ist § 246 Absatz 14 BauGB mit höherrangigem Recht, insbesondere dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, und Europarecht — falls ja: mit welchen Maßgaben - vereinbar?*
- b) *Wie stellt sich das rechtssystematische Verhältnis von § 246 Absatz 14 BauGB zu § 1 Abs. 3 BauGB insbesondere bei inkompatibler Planausweisung dar?*

⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 2810.2015 —7 E 5333/15, DVBl 2015, 1602 (1603 f.).

c) Relativieren sich im Anwendungsbereich des § 246 Abs. 14 BauGB die Anforderungen an die Umwelt(verträglichkeits)prüfung einschließlich der in dem Zusammenhang durchzuführenden Öffentlichkeitsbeteiligung?

Um die Fragestellungen angemessen beurteilen zu können, sind zunächst die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von § 246 Abs. 14 BauGB zu untersuchen. Im Anschluss daran gehen die Verfasser der Frage nach, ob das geplante Vorgehen des BezA auf § 246 Abs. 14 BauGB gestützt werden kann. Hierbei nehmen die Verfasser indes keine abschließende Bewertung vor, sondern weisen insbesondere auf bestehende Unwägbarkeiten oder Friktionen hin. Sodann ist die Vereinbarkeit von § 246 Abs. 14 BauGB mit höherrangigem Recht zu prüfen, namentlich mit den Anforderungen des Grundgesetzes.

Schließlich wird in einem verfahrensrechtlichen Teil der Frage nachgegangen, welche planungsrechtlichen — und insbesondere umweltverfahrensrechtlichen — Anforderungen an das Vorgehen des BezA zu stellen sind.

Im Rahmen der Ausarbeitung der Stellungnahme ist zu beachten, dass die Bearbeiter keine anwaltliche Beratung im Einzelfall vornehmen oder ersetzen können. Vielmehr erfolgt eine grundsätzliche Bewertung des beabsichtigten BezA-Vorgehens. Die Stellungnahme ist demgemäß an rein rechtswissenschaftlichen Kriterien ausgerichtet, die eine ergebnisoffene Vorgehensweise bedingen. Es wird aufgezeigt, an welchen rechtlichen Leitplanken sich Konzepte wie zum „Öjendorfer Park“ zu orientieren haben. Eine abschließende Betrachtung kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil sie notwendigerweise eine endgültige Gestalt der Konzepte voraussetzt. Daran fehlt es indes.

3. Methodische Überlegungen

Im Rahmen einer methodenstrengen Interpretation des § 246 Abs. 14 BauGB mit Hilfe der klassischen juristischen Auslegungsregeln wird insbesondere der Bedeutungsgehalt der in der Vorschrift verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ermittelt.

Ergänzend wird die Vereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht, namentlich mit Vorschriften des Grundgesetzes (GG)⁹ sowie europarechtlichen Vorgaben, geprüft. Sollten sich in dem Zusammenhang Friktionen ergeben, wird § 246 Abs. 14 BauGB daraufhin untersucht, ob einerseits die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung besteht und andererseits, ob über ein solches Vorgehen etwaige Widersprüche jedenfalls insoweit ausgeräumt werden können, als dadurch das Verdikt der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift entfiele.

Der Gang der Darstellung orientiert sich an den oben (unter 2.) aufgeführten Fragestellungen. An einigen Stellen wird dann davon abgewichen, wenn der Sachzusammenhang es gebietet oder sich dadurch eine klarere Argumentationslinie entfalten lässt. Die Fragestellungen lassen sich im Übrigen teilweise nicht trennscharf voneinander separieren oder bauen mitunter aufeinander auf. Folglich sind an einigen Stellen Redundanzen unvermeidlich; sie werden zwecks besserer Verständlichkeit der Ausführungen in Kauf genommen.

⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. 1 S. 2438).

I. Materiell-rechtlicher Teil

Die geplanten baulichen Maßnahmen sollen explizit auf die Sondervorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB gestützt werden.

Die Regelung hat folgenden Wortlaut:

„Soweit auch bei Anwendung der Absätze 8 bis 13 dringend benötigte Unterkunftsmöglichkeiten im Gebiet der Gemeinde, in der sie entstehen sollen, nicht oder nicht rechtzeitig bereitgestellt werden können, kann bei Aufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünften oder sonstigen Unterkünften für Flüchtlinge oder Asylbegehrende bis zum 31. Dezember 2019 von den Vorschriften dieses Gesetzbuchs oder den aufgrund dieses Gesetzbuchs erlassenen Vorschriften in erforderlichem Umfang abgewichen werden.“

Die im Zusammenhang mit der baurechtlichen Zulassung der geplanten Flüchtlingsunterkünfte vorrangig aufgeworfene Fragestellung lautet:

„Stellt § 246 BauGB und insbesondere dessen Absatz 14 eine ausreichende Rechtsgrundlage dar, um die unter 1. beschriebenen Vorhaben der Freien und Hansestadt Hamburg, die über einen Flächenbedarf von bis zu 8 Hektar an baulich bislang ungenutzter Fläche verfügen, auf der Grundlage von Baugenehmigungen zuzulassen?“

Um die Beurteilung des seitens des BezA angedachten Vorgehens überprüfen zu können, ist in einem ersten Schritt der Bedeutungsgehalt des § 246 Abs. 14 BauGB zu ermitteln und zu untersuchen, ob die vorliegende Sachverhaltskonstellation darunter subsumiert werden kann. Hierzu ist die Vorschrift auszulegen und in einem zweiten Schritt auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Grundgesetzes zu überprüfen.

1. Rechtsgrundlage für das Vorgehen des BezA

Das geplante Vorgehen des BezA könnte sich als rechtswidrig erweisen. Das ist dann der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der heranzuziehenden Sondervorschrift nicht erfüllt sind. Das wiederum könnte daran liegen, dass der Bedeutungsgehalt der Vorschrift eine Anwendung auf den vorliegenden Fall bereits aus sich heraus oder aber aufgrund einer sich als notwendig erweisenden verfassungskonformen Beschränkung nicht gestattet.

a) Notwendigkeit und Anwendbarkeit von § 246 Abs. 14 BauGB

Die geplanten Flüchtlingsunterkünfte sollen im Rahmen einfacher Baugenehmigungsverfahren zugelassen werden.¹⁰ Die Ermächtigungsgrundlage hierfür findet sich in § 72 Abs. 1 S. 1 Hamburgische Bauordnung (HBauO).¹²

Die Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB ist für die Herstellung der bauplanungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit nur dann einschlägig, wenn sie sich nicht aus anderen Gründen ergibt.¹³ Denn bei § 246 Abs. 14 BauGB handelt es sich um eine § 37 BauGB vergleichbare¹⁴ und ihn verdrängende¹⁵ Sondervorschrift, die im Wege der Befreiung eine Abweichungsmöglichkeit von städtebaulichen Vorschriften und Festsetzungen eröffnet.¹⁶ Zuständig für die Abweichungsentscheidung ist nach § 246 Abs. 14 S. 2 BauGB die höhere Verwaltungsbehörde.

¹⁰ Ob § 246 Abs. 14 BauGB tatsächlich ausschließlich im Rahmen eines baurechtlichen Genehmigungsverfahrens zur Anwendung gelangen kann, ist in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt. Dazu VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBl 2015, 1602 (1604). Für die Bewertung der hiesigen Konstellation ist eine endgültige Entscheidung indes nicht erforderlich, sodass die Frage an der Stelle offenbleiben kann. Denn soweit man ein baurechtliches Genehmigungsverfahren für notwendig erachtete, wäre diese Voraussetzung im Rahmen des geplanten Vorgehens des BezA eingehalten.

¹¹ Vgl. für ein auf die polizeiliche Generalklausel gestütztes und im Ergebnis rechtswidriges Vorgehen: OVG Lüneburg, Beschl. v. 01.12.2015 — 11 ME 230/15, juris Rn. 18 ff.

¹² Hamburgische Bauordnung (HBauO) vom 14. Dezember 2005 (HmbGVBl. 2005, S. 525), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. Januar 2014 (HmbGVBl. 2014, S. 33).

¹³ *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

¹⁴ Siehe dazu Satz 9, der § 37 BauGB im Übrigen für anwendbar erklärt. Dazu *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

¹⁵ Offen gelassen von VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBl 2015, 1602 (1602 f.).

¹⁶ BT-Drucks. 18/6185v. 29.09.2015, S. 55. Dazu weiterhin *Scheidler*, UPR 2015, 479(483 ff.).

Der Vergleich mit § 37 BauGB führt zu der Erkenntnis, dass die sonstigen bauordnungsrechtlichen Bestimmungen insbesondere hinsichtlich des einzuhaltenden Verfahrens unangetastet bleiben.¹⁷ Gegenüber der jeweiligen Gemeinde handelt es sich bei der Abweichungsentscheidung um einen bekanntzugebenden Verwaltungsakt,¹⁸ der der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.¹⁹

aa) Entgegenstehen planungsrechtlicher Festsetzungen

Ein Grund für die Notwendigkeit einer Abweichungsnorm könnte darin bestehen, dass der geplanten Genehmigung und Errichtung der baulichen Anlagen bauleitplanerische Festsetzungen entgegenstehen."

Das gilt zunächst für die Festsetzung einer „Grünfläche“ im Hinblick auf das Gebiet „Östlich Haferblöcken“ durch den entsprechenden Bebauungsplan. Die Festsetzung „Grünfläche“ ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB — auch mit der Konkretisierung Parkanlage — zulässig. Das Areal ist in der Folge grundsätzlich von fester Bebauung und damit insbesondere von geschlossenen Gebäuden freizuhalten.²¹ Eine Errichtung von Gebäuden für Flüchtlinge ist damit planungsrechtlich ausgeschlossen, insbesondere, wenn — wie vorliegend — eine dauerhafte Wohnmöglichkeit geschaffen werden soll.

Ähnlich verhält es sich in Bezug auf die Festsetzung einer „Grünfläche“ im Flächennutzungsplan. Die Grundlage hierfür findet sich in § 5 Abs. 2 Nr. 5 BauGB. Die darin beschriebenen Areale dienen insbesondere der (Nah-)Erholung der Anwohner,²² geschlossene Gebäude, die nicht diesem Zweck dienen, sind demgegenüber bauplanungsrechtlich unzulässig.

Aufgrund des Entgegenstehens der bauleitplanerischen Festsetzungen bedürfte es somit einer einschlägigen Sonderregelung. Eine solche könnte in § 246 BauGB zu finden sein.

¹⁷ *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 37 Rn. 8 ff.

¹⁸ *Blechschildt*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, Loseblatt, § 37 Rn. 37.

¹⁹ Im Hinblick auf die besondere öffentliche Zweckbestimmung vgl. *Hofmeister*, in: Spannowsky/ Uechtritz, Beck'scher Onlinekommentar zum Baugesetzbuch, Stand: 01.10.2015, § 37 Rn. 11.

²⁰ *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

²¹ OVG Münster, Urt. v. 31.08.2012 — 10 D 84/11.NE, juris Rn. 32.

²² *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 5 Rn. 20.

bb) Kein Vorrang der Absätze 8 bis 13

Die Abweichungsvorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB vermag herangezogen zu werden, „soweit auch bei Anwendung der Absätze 8 bis 13“ die Genehmigungsfähigkeit etwaiger baulicher Anlagen nicht erreicht werden kann. Im Hinblick auf die geforderte Subsidiarität werden von Absatz 14 auch Zweifelsfälle erfasst, einer endgültigen gerichtlichen Klärung bedarf es nicht.²³

Die Absätze 8 bis 13 vermögen in der vorliegenden Konstellation eine baurechtliche Zulassung der Anlagen nicht zu rechtfertigen.

Das gilt zunächst für Absatz 8, denn er betrifft die Nutzungsänderung zulässigerweise errichteter baulicher Anlagen. Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber um die erstmalige (Neu-)Errichtung von (Wohn-)Gebäuden.

Absatz 9 ist nicht einschlägig, da darin ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang mit nach § 30 Abs. 1 oder § 34 BauGB zu beurteilenden und bebauten Flächen gefordert wird. Aufgrund der abgrenzbaren und abgegrenzten künftigen Siedlungsstruktur dürfte es an der notwendigen Nähe zu den benachbarten Siedlungsbereichen ebenso fehlen, wie eine solche Nähe auch nicht über die bereits bestehenden Kleingartenareale vermittelt wird.

Für die Heranziehung von Absatz 10 fehlt es an einer Ausweisung als Gewerbegebiet im Sinne des § 8 Baunutzungsverordnung (BauNVO).²⁴ An dem Wortlaut der Regelung wird man mit Ausnahme einer Ausdehnung auf faktische Gewerbegebiete festhalten müssen.²⁵ Ein solches faktisches Gewerbegebiet besteht ersichtlich nicht.

Mangels nach den §§ 2 bis 7 BauNVO vorgenommenen Gebietsfestsetzungen in den bisherigen Bauleitplanungen wird die Ausnahmeregelung von Absatz 11 ebenfalls nicht herangezogen werden können.

Die Planungen des Bezirksamts gehen weiterhin bereits heute davon aus, dauerhafte Wohnnutzungen zu errichten und einen etwaig übergangsweise erreichten Zustand über ein förmliches Bauleitverfahren in der Zukunft zu verstetigen. Demgemäß

²³ *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

²⁴ Baunutzungsverordnung (BauNVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1548).

²⁵ Dazu *Scheidler*, NVwZ 2015, 1406 (1407). Weiterhin *Langenfeld/Weisensee*, ZAR 2015, 132 (133).

dürfte eine Anwendung der Vorschrift des Absatzes 12 im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommen. Dieser bezieht sich auf eine längstens für drei Jahre befristete Ermöglichung mobiler Unterkünfte oder Nutzungsänderungen zulässigerweise bereits errichteter baulicher Anlagen in bestimmten Gebietstypen der Baunutzungsverordnung.

Ähnlich verhält es sich schließlich im Hinblick auf Absatz 13, der lediglich vorübergehende bauliche Anlagen für die Dauer von drei Jahren ermöglicht. Im Übrigen ist die Regelung auf Außenbereichsflächen im Sinne des § 35 BauGB begrenzt, käme mithin selbst unter Außerachtlassung der zeitlichen Einschränkung lediglich für das — derzeit nicht weiterverfolgte — Gebiet „Haßloredder“ in Betracht, nicht für das Areal „Östlich Haferblöcken“, für das es einen Bebauungsplan gibt.

Es verbleibt damit nur noch Möglichkeit, die Sonderregelung des § 246 Abs. 14 S. 1 BauGB heranzuziehen. Einer abschließenden Entscheidung bedarf es indes wohl nicht; Absatz 14 dürfte wohl dahingehend zu interpretieren sein, als Auffangvorschrift auch bei Zweifelsfällen zur Anwendung kommen zu können.²⁶

²⁶ Dazu soeben sowie *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

b) Voraussetzungen des § 246 Abs. 14 BauGB

Es müssten weiterhin die Tatbestandsvoraussetzungen des § 246 Abs. 14 BauGB erfüllt sein.

aa) Dringende Benötigung

Zunächst ist erforderlich, dass die geplanten Unterkünfte dringend benötigt werden.

Eine *Benötigung* ist aus grammatikalischer Sicht dann anzunehmen, wenn man etwas zu einem bestimmten Zweck nötig hat oder braucht.²⁷ Einschränkend postuliert § 246 Abs. 14 S. 1 BauGB, dass die entsprechende Sache — vorliegend die Flüchtlingsunterkünfte — *dringend* benötigt werden. *Dringend* ist eine Sache oder Handlung dann, wenn ihre Umsetzung keinen Aufschub duldet und eine Erledigung als eilig anzusehen ist.²⁸

Die übrigen Absätze von § 246 BauGB enthalten die Voraussetzung der Dringlichkeit weder explizit noch eine damit vergleichbare Regelung. Das spricht aus systematischen Erwägungen für eine zusätzliche Verstetigung und Bestätigung der zwischen den Absätzen gewollten Hierarchie: Absatz 14 soll nur subsidiär zu den weiteren Ausnahmeregelungen zur Anwendung gelangen.²⁹ Die dringende Benötigung steht darüber hinaus im Zusammenhang mit der fehlenden oder nicht rechtzeitigen Bereitstellung^o und enthält damit eine zeitliche Komponente.

Zur Frage der Einordnung des Kriteriums der Dringlichkeit äußert sich der Gesetzgeber in seiner Begründung nicht.

Der Zweck der Anforderung der Dringlichkeit besteht insbesondere darin, den Ausnahmecharakter des Absatzes 14 zusätzlich zu unterstreichen. Als ultima ratio soll die „weitreichende Abweichungsbefugnis“³¹ nur dann herangezogen werden können,

²⁷ Duden, Deutsche Rechtschreibung.

²⁸ Duden, Deutsche Rechtschreibung.

²⁹ Dazu bereits unter I. 1. a) bb). Weiterhin Scheidler, UPR 2015, 479 (484).

³⁰ Dazu sogleich unter I. 1. b) bb).

³¹ BT-Drucks. 18/6185 vom. 29.09.2015, S. 55.

wenn eine Realisierung der Vorhaben unter Zugrundelegung einschlägiger Vorschriften oder anderweitiger Ausnahmeregelungen nicht möglich ist.³²

Bezogen auf das geplante Vorgehen des BezA ist die Dringlichkeit gegeben: Eine anderweitige Ausnahmeregelung steht nicht zur Verfügung, weder über die Absätze 8 bis 13 des § 246 BauGB³³ noch in Gestalt einer sonstigen Vorschrift. Die tatsächlichen Gegebenheiten könnten insoweit aufgrund der Flüchtlingssituation in Hamburg erfüllt sein. Die bestehenden rund 30.000 Plätze zur Flüchtlingsunterbringung reichen für die Bewältigung des derzeitigen Zustroms von etwa 600 Menschen am Tag³⁴ nicht mehr aus.³⁵ Insbesondere aufgrund der Witterungsbedingungen ist die Errichtung winterfester Unterkünfte geboten. Die These der objektiv bestehenden Dringlichkeit, erleichterte genehmigungsrechtliche Grundlagen bereitzuhalten, dürfte sich im Übrigen — vorbehaltlich der weiteren Entwicklung — auf das gesamte Bundesgebiet ausdehnen lassen.³⁶

Für den Fall, dass die genannten Zahlen aufgrund aktueller Entwicklungen nicht mehr erreicht werden, erfolgt im Rahmen der weiteren Prüfung mangels Vorliegens belastbarer Vergleichsdaten gleichwohl eine Orientierung daran. Es verbleibt in dem Zusammenhang bei dem Grundsatz, dass die dringende Benötigung bestehen und im Einzelfall nachgewiesen werden muss. Gelingt das nicht, entfällt der Anwendungsbereich von § 246 Abs. 14 BauGB bereits aus dem Grunde.

³² Die Formulierung der Subsidiarität verwendend: *Ewer/Mutschier-Siebert*, NJW 2016, 11(13).

³³ Dazu unter! 1. a) bb).

³⁴ Quelle: Freie und Hansestadt Hamburg, Bezirksamt Mitte, Präsentation zur Bürgerinformationsveranstaltung vom 2. November 2015, <https://www.vv.hamburg.de/contentblob/4629990/data/entwicklung-neuer-wohnquartiere-oeiendorf-praes-info-dl.pdf> (Abrufdatum: 18.01.2016), S. 2 f.

³⁵ Die Zahlen im Rahmen der Stellungnahme als korrekt unterstellt und den Ausführungen zugrunde gelegt.

³⁶ Deutscher Anwaltvereins (DAV), Thesenpapier „Zur Flüchtlingssituation: Optimierung der rechtlichen Rahmenbedingungen“ vom 23.09.2015, abrufbar unter: <http://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/ueber%20uns/Soziales%20Engagement/Fluechtlinge/Thesenpapier.pdf> (Abrufdatum: 16.12.2015), S. 22.

bb) Keine oder keine rechtzeitige Bereitstellungsmöglichkeit

Die geplanten Unterkünfte zur Unterbringung von Flüchtlingen dürfen darüber hinaus nicht oder jedenfalls nicht rechtzeitig bereitgestellt werden können.

Wie bereits dargelegt, lässt sich über die Absätze 8 bis 13 keine Genehmigungsfähigkeit erreichen.³⁷ Die fehlende oder in zeitlicher Hinsicht unzureichende Bereitstellungsmöglichkeit ließe sich darüber hinaus auch dergestalt operationalisieren, über das Tatbestandsmerkmal zusätzlich eine örtliche Betrachtungsweise einzuschließen. In der Folge könnte bereits in dem Zusammenhang und damit auf der Ebene des Tatbestands danach zu fragen sein, ob auf dem Gebiet der Gemeinde nicht eine anderweitige Fläche vorhanden ist und deshalb zu nutzen wäre, weil damit ein geringerer Eingriff in Belange Dritter verbunden wäre oder aber planerische Festsetzungen nicht entgegenstünden.

In die Richtung weist die Syntax der Regelung des § 246 Abs. 14 S. 1 BauGB: Bezugspunkt ist das (Gesamt-)Gebiet der Gemeinde, in der die Unterkünfte entstehen sollen. Weiterhin spricht der Wortlaut der Regelung davon, dass „auch bei Anwendung der Absätze 8 bis 13“ die (rechtzeitige) Bereitstellung nicht gelingt. Das deutet auf eine streng hierarchische Betrachtung hin: Zunächst sind allgemeine Realisierungsmöglichkeiten auszuschöpfen, bevor auf die Absätze 8 bis 13 zurückgegriffen werden kann. Und erst wenn sämtliche der vorgenannten Optionen erfolglos bleiben, kann auf Absatz 14 als ultima ratio abgestellt werden.³⁸

Dagegen spricht indes der grammatikalische und systematische Zusammenhang mit dem in § 246 Abs. 14 S. 1 BauGB verankerten Verweis, dass Absatz 14 nur herangezogen werden kann, soweit die — zeitlich befristeten — Sonderregelungen der Absätze 8 bis 13 nicht dazu genutzt werden können, die benötigten Unterkünfte überhaupt oder zumindest rechtzeitig umzusetzen.³⁹ Wenn es an deren Voraussetzungen in Bezug auf einen konkreten Standort fehlt, soll Absatz 14 auch Zweifelsfälle einschließen, ohne dass es einer vorherigen und abschließenden Klärung bedarf.⁴⁰ Wollte man sämtliche potenziellen Alternativstandorte in die Betrachtung miteinbeziehen, widerspräche das einerseits der Systematik der Regelung des § 246 Abs. 14

³⁷ Dazu oben, I. 1. a) bb).

³⁸ In diese Richtung geht das VG Hamburg, Beschl. v. 9.03.2016 — 7 E 6767/15 — BA. S. 14 f.

³⁹ Wie hier *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

⁴⁰ *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

BauGB, dringend benötigte Unterkünfte zu ermöglichen — die zeitliche Komponente bei einer Vielzahl zumindest denkbarer Standorte wäre in keinem Fall gewährleistet. Andererseits und damit verbunden ließe sich auch der (besondere öffentliche) Zweck der Vorschrift kaum realisieren»

Der hierarchische Aufbau von § 246 BauGB insgesamt sowie im Besonderen derjenige des Absatzes 14 verstärkt diesen Eindruck. Die Syntax von Absatz 14 Satz 1 bezieht die fehlende oder nicht rechtzeitige Realisierungsmöglichkeit gerade darauf, dass — bezogen auf den konkreten Standort⁴² — trotz der Heranziehung der Absätze 8 bis 13 eine Genehmigungsfähigkeit nicht erreicht werden kann. Auf Tatbestands-ebene bedarf es hinsichtlich der Überprüfung, ob das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, eines konkreten Bezugspunktes, der in dem jeweiligen Standort zu sehen ist. Dabei ist zunächst der Betrachtungshorizont auf das Gebiet der Gemeinde zu beschränken.⁴³ Darüber hinaus sind solche Flächen auszuscheiden, auf die aus planungs- oder eigentumsrechtlicher Sicht keine Zugriffsrechte bestehen»

Das gilt im Falle der Einheitsgemeinde Hamburg in verstärktem Maß. Droht in Rahmen der Anwendung des § 246 Abs. 14 BauGB gerade nicht die Negierung planerischer Entscheidungen, weil Träger der Bauleitplanung wie der künftigen Unterkünfte dieselbe Verwaltungseinheit ist, ist es Ausdruck der planerischen Wünsche der Kommune, an dem nämlichen Standort eine Realisierung umzusetzen. Insoweit sind die Anforderungen an die Rechtfertigung eines über § 246 Abs. 14 BauGB legitimierten Eingriffs in die kommunale Planungshoheit jedenfalls bezogen auf den konkret zu beurteilenden Fall abgesenkt.⁴⁵

Darüber hinaus handelt es sich bei Absatz 14 um eine Ermessensvorschrift,⁴⁶ die es der nach Satz 2 zuständigen höheren Verwaltungsbehörde erlaubt, im erforderlichen Umfang von bauplanungsrechtlichen Vorschriften⁴⁷ abzuweichen. Damit sind entsprechende Abwägungserfordernisse im Hinblick auf potenzielle Unterkünfte an anderen Standorten der Rechtsfolgenebene zuzuordnen, ohne dass es einer zusätzlichen — und damit örtlichen — Abwägungsentscheidung innerhalb der Voraussetzung

⁴¹ Wie hier: *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

⁴² In diese Richtung wohl auch *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

⁴³ *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

⁴⁴ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015; *Scheidler*, UPR 2015, 479 (484).

⁴⁵ Dazu sogleich unter I. 2. d).

⁴⁶ *Dumer*, DVBI 2015, 1605 (1608).

⁴⁷ Sonstige Anforderungen bleiben bestehen. Das gilt etwa für bauordnungs- oder umweltrechtliche Bestimmungen: *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637). Dazu weiterhin unter II.

der fehlenden oder nicht rechtzeitig erreichbaren Genehmigungsfähigkeit bedürfte.⁴⁸ Eine besondere Ortsgebundenheit sah auch der Gesetzgeber im Übrigen nicht als notwendig an.⁴⁹

Für eine rechtliche Betrachtung, die ausschließlich auf etwaig entgegenstehende baurechtliche Vorschriften abstellt und Überlegungen zu weniger invasiven Alternativstandorten auf die Rechtsfolgenseite verlagert, spricht zudem, dass § 246 Abs. 14 BauGB eine erleichterte Umsetzung der Unterkünfte erreichen soll. Insbesondere die Dringlichkeit der Unterbringung gebietet es, keine übersteigerten Anforderungen zu stellen.⁵⁰ Bereits an der Stelle eine zusätzliche Abwägungsentscheidung einzufordern, dürfte deshalb nicht mit dem Telos der Regelung vereinbar sein.

Steigt der Planungsträger indes trotz des Berufens auf § 246 Abs. 14 BauGB in die Bauleitplanung mit dem Ziel ein, die bauplanungsrechtliche Legitimation der Anlagen herzustellen, lässt sich die fehlende Bereitstellungsmöglichkeit durchaus hinterfragen. Das gilt insbesondere dann, wenn aufgrund einer zügig betriebenen Planungstätigkeit im Verhältnis zu einem Handeln auf Basis des § 246 Abs. 14 BauGB keine oder eine lediglich geringfügige Verzögerung der Realisierung der Flüchtlingsunterkünfte entstünde. In dem Fall gäbe es keine Veranlassung, auf die Ultima-Ratio-Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB zurückzugreifen. Angezeigt ist demnach ein Vergleich mit der mutmaßlichen Dauer eines regulären Planungsverfahrens, und es müsste geprüft werden, ob bei einem solchen Vorgehen eine erhebliche Verzögerung zu erwarten wäre.

Was in dem Zusammenhang als noch rechtzeitig anzusehen ist, wird in § 246 Abs. 14 BauGB nicht definiert; auch der Gesetzgeber enthielt sich in der Gesetzesbegründung einer Äußerung. Letztlich wird man daher nur für den Einzelfall feststellen können, wo insoweit die Rechtzeitigkeitsschwelle liegt.

⁴⁵ A. A. evtl. VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBl 2015, 1602 (1604 f.), allerdings im Ergebnis mangels Entscheidungserheblichkeit für den dortigen Beschluss nicht entschieden.

⁴⁹ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55. Dazu unter c).

⁵⁰ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

cc) Sonstige Unterkünfte

Bei den geplanten Wohneinheiten müsste es sich überdies um Aufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünfte oder sonstige Unterkünfte handeln.

Der Begriff der Aufnahmeeinrichtung wird weder im Baugesetzbuch noch im Asylgesetz (AsylG)⁵¹ legaldefiniert.

Nach § 5 Abs. 3 AsylG dient die Bezeichnung der Aufnahmeeinrichtung als Kurzform des Begriffs der Zentralen Aufnahmeeinrichtung für Asylbewerber. Da Gemeinschaftsunterkünfte im Sinne des § 53 AsylG aus zeitlicher Sicht an die Unterbringung in einer Aufnahmeeinrichtung anknüpfen, meint die in § 44 Abs. 1 AsylG beschriebene Aufnahmeeinrichtung die Erstaufnahmeeinrichtung,⁵² in der die erste Aufnahme eines Menschen nach der Stellung des Asylantrags erfolgt.⁵³ Die Verweildauer soll nach § 47 Abs. 1 S. 1 AsylG maximal sechs Monate betragen. Da die Planungen des BezA eine Verweildauer gerade nicht vorsehen, sondern von einer perspektivisch dauerhaften Unterbringung ausgehen, lassen sie sich nicht unter das Tatbestandsmerkmal der Aufnahmeeinrichtung subsumieren.

Ähnliches gilt für Gemeinschaftsunterkünfte. Wiederum fehlt es an einer baugesetzlichen Begriffsbestimmung. Eine Gemeinschaftsunterkunft fungiert nach § 53 AsylG als eine Folgeunterbringungsmöglichkeit, wenn die Verpflichtung zum Aufenthalt in einer (Erst-)Aufnahmeeinrichtung nicht mehr besteht, das Asylverfahren allerdings noch nicht beendet und demgemäß eine reguläre Unterbringung noch nicht möglich ist.⁵⁴ Die angestrebte Perspektive des (originären) Wohnens dürfte hiervon nicht erfasst sein, geht es doch im Rahmen der Erstaufnahmeeinrichtungen sowie der Gemeinschaftsunterkünfte um eine übergangsweise Unterbringung.⁵⁵ Auch wenn eine konkrete zeitliche Begrenzung in den Regelungen des Asylgesetzes zu den Gemeinschaftsunterkünften nicht enthalten und daher auch eine peremptorische Lösung dem Wortlaut nach zumindest möglich erscheint, ergibt sich aus dem Verweis auf die Dauer des Asylverfahrens eine Obergrenze.

⁵¹ Asylgesetz (AsylG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl. I S. 1798), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010).

⁵² BT-Drucks. 12/2062 vom 12.02.1992, S. 34 f.

⁵³ Heusch, in: Kluth/Heusch, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Ausländerrecht, § 44 Asyl VfG/Asyl G Rn. 3.

⁵⁴ Heusch, in: Kluth/Heusch, Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Ausländerrecht, § 53 AsylVfG/AsylG Rn. 8 ff.

⁵⁵ Zu § 246 Abs. 10 BauGB etwa Langenfeld/Weisensee, ZAR 2015, 132 (133).

Damit verbleibt die Möglichkeit, die Planungen des BezA unter den Begriff der sonstigen Unterkünfte zu fassen. Auch hierfür fehlt es an einer in § 246 oder dem Baugesetzbuch insgesamt verankerten Legaldefinition.

Der Wortlaut lässt alle denkbaren Formen eines Aufenthalts zu. Der Begriff „sonstige“ beschreibt schlicht eine anderweitig vorhandene oder weitere, dazu — also zu der in Bezug genommenen — unterschiedliche Sache.⁵⁶ Demgemäß ergäbe sich aus grammatikalischen Gesichtspunkten lediglich die Notwendigkeit, dass es sich bei sonstigen Unterkünften um solche handelte, die keine (Erst-)Aufnahmeeinrichtung oder Gemeinschaftsunterkünfte darstellen. Das führte dazu, dass auch reguläres Wohnen dem Wortlaut nach unter die Formulierung der „sonstigen Unterkünfte“ gefasst werden könnte.

Für eine solche Interpretation könnten weiterhin systematische Erwägungen sprechen, wenn die Absätze 8 bis 13 sowie Absatz 14 selbst weitreichende Regelungen zu einzelnen Unterkunftsformen treffen, um schließlich über die Formulierung der „sonstigen Unterkünfte“ in den Absätzen 10 bis 14 — einer Auffangvorschrift gleich — auch solche Möglichkeiten gegebenenfalls zu erlauben, die im Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens noch nicht absehbar waren und damit keinen Teil der Überlegungen darstellten.

Im Ergebnis spricht jedoch gerade die systematische Verortung und Verankerung des Begriffs der sonstigen Unterkünfte innerhalb der Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB dagegen, reguläre oder allgemeine Wohnformen unter den Begriff subsumieren zu können.

Die Regelung des § 246 ist insgesamt Bestandteil des Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetzes sowie des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes,⁵⁷ wobei die beiden Rahmengesetze jeweils zu unterschiedlichen Ausprägungen in Gestalt der verschiedenen Absätze der Norm geführt haben. Es geht innerhalb von § 246 BauGB explizit um die Schaffung von Unterbringungsmöglichkeiten für Flüchtlinge und gerade nicht darum, neue bauplanungsrechtliche Grundlagen für reguläre Wohnformen zu schaffen. Aus systematischer Sicht sind die in dem Zusammenhang bestehenden Regelungen der Landesbauordnungen sowie des Baugesetzbuches je-

⁵⁶ *Duden*, Deutsche Rechtschreibung.

⁵⁷ Dazu unter 0. 1.

denfalls insoweit ausreichend, als es der Schaffung einer Abweichungsvorschrift in Gestalt des § 246 BauGB nicht bedurfte.

Der Gesetzgeber äußert sich zum Begriff der sonstigen Unterkünfte explizit nicht. Er spricht indes davon, dass (generell) dringend benötigte Unterkunftsmöglichkeiten bereitgestellt werden können und sollen.⁵⁸ Dass er in dem Zusammenhang keine Differenzierung vornimmt und der Gesetzeswortlaut im Übrigen zwei ausdrückliche Äußerungen enthält, könnte insgesamt dafür sprechen, unter sonstige Unterkünfte im Ausgangspunkt all diejenigen Nutzungsformen zu fassen, die keine eigenständige Erwähnung gefunden haben — also auch reguläres Wohnen.

Allerdings ist der Gesetzgeber offenkundig bestrebt, die Bewältigung der Flüchtlingssituation über die genannten legislativen Maßnahmen zu erreichen. Vor dem Hintergrund erscheint es als fernliegend, reguläre Wohnformen für einbezogen zu halten.⁵⁹ Im Übrigen bestünde hierfür auch weder eine Notwendigkeit noch eine Rechtfertigung; es kommen hier dieselben Erwägungen wie bei der systematischen Interpretation zum Tragen.

Der Zweck der Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB insgesamt wie auch des Tatbestandsmerkmals der sonstigen Unterkünfte besteht darin, den höheren Verwaltungsbehörden eine (weitreichende) Abweichungsoption gegenüber vorhandenen baurechtlichen Festsetzungen und Vorschriften zur Verfügung zu stellen.^{8°} Über dieses Vehikel sollen zusätzliche Unterkünfte zur Flüchtlingsunterbringung generiert werden, wenn an den nämlichen Standorten die Errichtung von Flüchtlingsunterkünften bauplanungsrechtlich eigentlich nicht genehmigungsfähig wäre. Der Telos der Vorschrift ist demgemäß nicht darauf gerichtet, reguläre Wohnnutzungen zu legitimieren.

Für eine Einordnung des regulären Wohnens unter den Begriff der sonstigen (Flüchtlings-)Unterkünfte fehlt es im Übrigen regelmäßig schon an der Freiwilligkeit des Beziehens der Unterkunft, handelt es sich doch — ungeachtet der im Einzelfall mitunter bestehenden Bereitschaft des Untergebrachten — um eine Art „Einweisung“ in die jeweiligen baulichen Anlagen. Die Abweichungsvorschriften des § 246 BauGB gehen

⁵⁸ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

⁵⁹ Soweit ersichtlich findet sich eine solche Annahme in der hierzu veröffentlichten Literatur nicht.
⁶⁰ So auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

demgemäß von einer Fremdbestimmtheit des Aufenthalts aus.⁶¹ Im Rahmen einer sonstigen Unterkunft ist folglich erforderlich, dass es sich um eine Zuweisung des entsprechenden Aufenthalts- respektive Wohnraums handelt, der eine allgemeine Wohnnutzung gerade nicht erfasst.⁶² Wenngleich der Gesetzgeber hierzu keine konkrete Aussage trifft, so wird aus einer Gesamtbetrachtung seiner Äußerungen deutlich, dass es ihm bei der Schaffung der Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB um eine (vorübergehende) Unterbringung ging. Die Vorschrift befriedigt einen dringenden Bedarf und soll gerade nicht dazu herangezogen werden, zeitlich und insbesondere inhaltlich unbegrenzte Nutzungen zu erlauben.⁶³

Darüber hinaus kann der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB nicht darauf abzielen, im Hinblick auf eine etwaig erfasste allgemeine Wohnnutzung eine Differenzierung zwischen Flüchtlingen und sonstigen Bewohnern schaffen oder perpetuieren zu wollen.⁶⁴ Das gilt im Übrigen sowohl für das sonstige Bauplanungsrecht im Allgemeinen wie für die Inhalte des § 246 BauGB im Speziellen.⁶⁵

Der Flüchtlings- oder Asylsuchendenstatus⁶⁶ der potenziell Untergebrachten gehört zu den Genehmigungsvoraussetzungen, auch wenn es sich bei der Baugenehmigung — über die auch im vorliegenden Fall vorgegangen werden soll — um eine anlagenbezogene Genehmigung handelt, die grundsätzlich nicht an Merkmale in der Person des Bauherrn oder des Nutzerkreises geknüpft ist.⁶⁷ § 246 Abs. 14 BauGB enthält eine Option, die die bauplanungsrechtlichen Grundlagen eines späteren Bezugs durch Flüchtlinge und Asylsuchende ermöglicht, hierauf aber auch beschränkt ist. Entfällt der Status als Flüchtling oder Asylsuchender, so entfällt die Nutzungsbe-
rechtigung.

⁶¹ Zu § 246 Abs. 10 BauGB: *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2014, 1609 (1610); *Scheidler*, NVwZ 2015, 1406 (1407).

⁶² Zu § 246 Abs. 10 BauGB: *Langenfeld/Weisensee*, ZAR 2015, 132 (133).

⁶³ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

⁶⁴ Zur Gefahr einer baurechtlichen Zweiklassengesellschaft das Thesenpapier des Deutschen Anwaltvereins (DAV) „Zur Flüchtlingssituation: Optimierung der rechtlichen Rahmenbedingungen“ vom 23.09.2015, abrufbar unter:

<http://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/ueber%20uns/Soziales%20Engagement/Fluechtlinge/Thesenpapier.pdf>, S. 22 ff. (Abrufdatum: 16.12.2015) sowie unter Bezugnahme darauf VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBI 2015, 1602 (1604).

⁶⁵ Zu § 246 Abs. 10 BauGB: *Langenfeld/Weisensee*, ZAR 2015, 132 (133).

⁶⁶ *Dörig/Langenfeld*, NVwZ 2016, 1 (2).

⁶⁷ Für die Niedersächsische Bauordnung: *Burzynska*, in: Große-Suchsdorf, Niedersächsische Bauordnung Kommentar, 9. Aufl. 2013, § 70 Rn. 26.

Maßgeblich ist darüber hinaus, dass mit der Vorschrift eine „besondere öffentliche Zweckbestimmung“⁶⁸ verbunden ist und verfolgt wird, nämlich diejenige, dringend benötigte Unterkünfte für die explizit benannten Wohnungsbedürftigen bereitzustellen. Eine Umwidmung oder eine von vornherein dem Zweck widersprechende Nutzung ist folglich von § 246 Abs. 14 BauGB nicht gedeckt; die übergeordnete Zweckbestimmung muss stets beachtet und sämtlichen Verfahrensschritten zugrunde gelegt werden. Nur so lässt sich gewährleisten, dass die Abweichungsvorschrift des Absatzes 14 nicht völlig konturen- und uferlos genutzt wird.

Fraglich ist nun, ob die seitens des BezA geplanten baulichen Anlagen prinzipiell geeignet sind, den Anforderungen an eine sonstige Unterkunft im Sinne des § 246 Abs. 14 BauGB zu entsprechen.

Davon ist dem Grunde nach zunächst auszugehen: Die Unterbringung in einer baulichen Anlage, die weder Erstaufnahmeeinrichtung noch Gemeinschaftsunterkunft ist, unterfällt dem Begriff der sonstigen Unterkunft. Das gilt jedenfalls insoweit, als man darauf abstellen möchte, dass es sich im Ausgangspunkt schlicht um eine im Vergleich mit (Erst-)Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften andere Art handeln muss. Beide Varianten scheiden definitiv aus. Bei dem gewünschten Wohnen handelt es sich um eine andere Form der Unterbringung, als es bei Aufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften der Fall wäre.

Problematisch könnte in dem Zusammenhang allerdings sein, ob und inwieweit sich eine unter Umständen bereits zu Beginn verfolgte spätere „reguläre Wohnnutzung“ noch unter den Begriff der sonstigen Unterkünfte subsumieren lässt. Soweit die Planungen von vornherein darauf abzielen sollten, „Flüchtlingsunterkünfte mit der Perspektive Wohnen“ zu errichten,⁶⁹ könnte sich die Frage stellen, ob überhaupt in irgendeinem Stadium die Voraussetzung der sonstigen Unterkunft erfüllt wäre. Das Problem könnte sich dann noch verstärken, wenn in dem Kontext nicht zwischen unterschiedlichen Bewohnern differenziert werden sollte: Würde man solchen Erwägungen folgen, könnten dieselben Bewohner von einer sonstigen Unterkunft „gleitend“ in eine Dauerwohnnutzung „verbracht“ werden, ohne dass es hierzu eines Ortswechsels bedürfte.

⁶⁸ *Scheidler*, UPR 2015, 479 (483 f.).

⁶⁹ In diese Richtung etwa die Präsentation des BezA auf der Bürgerinformationsveranstaltung vom 02.11.2015, abrufbar unter: <https://www.harnburn.de/mitte/projekte/4629110/entwicklung-neuer-wohnquartiere-oeiendorri>, S. 9 ff. (Abrufdatum: 15.12.2015).

Sollte bereits zu Beginn eine reguläre Wohnnutzung geplant sein, wäre das von Absatz 14 nicht erfasst.

Das gilt allerdings nicht im Hinblick auf ein möglicherweise in dem Zusammenhang zu berücksichtigendes zeitliches Kriterium. Eine allgemeine Wohnnutzung ist vom Ansatz her zunächst einmal unter chronologischen Gesichtspunkten unbeschränkt zulässig. Hiervon ist in Bezug auf sonstige Unterkünfte keine anderslautende Beurteilung angezeigt. Im Gegensatz etwa zu § 246 Abs. 12 und 13 BauGB — beide enthalten hinsichtlich bestimmter baulicher Anlagen die Notwendigkeit der dreijährigen Befristung — enthält Absatz 14 gerade keine zeitliche Beschränkung.⁷⁰ Im Umkehrschluss zu den im Übrigen teilweise explizit angeordneten Befristungsgeboten ist ein solches Gebot in Absatz 14 folglich nicht hinein zu lesen.

Eine andere Bewertung dürfte indes dann angezeigt sein, wenn man eine potenzielle Anschlussnutzung derartiger Unterkünfte mit in die Betrachtung einstellt. Entspricht eine solche Weiterverwendung nicht den Anforderungen der den Erstgebrauch legitimierenden Sonderregelung — im vorliegenden Fall also § 246 Abs. 14 BauGB —, so kann die zunächst herangezogene Regelung nicht mehr fruchtbar gemacht werden. Ein verstärkter Bestandsschutz ist mit der Abweichungsvorschrift des Absatzes 14 nicht verbunden.⁷¹ Die mögliche Ausnahme für eine zuvor rechtmäßig ausgeübte Nutzung und deren — nach zwischenzeitlicher Unterbrechung nun folgende — Wiederaufnahme kommt aufgrund der vollständigen Neuerrichtung der geplanten Unterkünfte ersichtlich nicht in Betracht. Diese Erwägungen gelten für den Fall in noch verstärktem Maß, in dem von vornherein eine reguläre Wohnnutzung angestrebt wäre.⁷²

Ob in der Folge ein darauf gerichtetes behördliches Vorgehen noch vom Anwendungsbereich der Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB erfasst werden kann oder sich darauf nicht stützen lässt, hängt maßgeblich davon ab, wie sehr sich die angedachte spätere Wohnnutzung bereits zu dem Zeitpunkt, da auf § 246 Abs. 14 BauGB abgestellt werden soll, planerisch verfestigt hat. In dem Zusammenhang könnte man die Frage aufwerfen, ob bereits frühzeitig vorhandene Planungsabsichten im Hinblick auf

70 Mit Ausnahme der generellen Umsetzungsfrist etwaiger Planungs- und Genehmigungsverfahren bis zum 31. Dezember 2019 nach § 246 Abs. 14 S. 1 BauGB. Dazu etwa *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1639).

⁷¹ *Scheidler*, UPR 2015, 479 (485).

⁷² Dazu soeben.

eine etwaige spätere allgemeine Wohnnutzung auf die über § 246 Abs. 14 BauGB grundsätzlich legitimierte „Vorabnutzung“ durchschlagen und in der Folge bereits von vornherein von einer — dann nicht (mehr) unter § 246 Abs. 14 BauGB subsumierbaren — Wohnnutzung auszugehen wäre.

Das könnte dann der Fall sein, wenn sich mögliche Planungsabsichten schon darauf beziehen, zunächst (zeitlich limitierte) Unterkünfte zu schaffen, deren Weiterverwendung über nachfolgende bauleitplanerische Schritte hin zu regulären und planungskonformen baulichen Anlagen „vorbereitet“ werden soll und die Anlagen damit in die neue Nutzungsform „überführt“ werden sollen. Nach der über § 246 Abs. 14 BauGB ermöglichten Erteilung der Baugenehmigung könnten in einem zweiten Schritt über entsprechende Bauleitplanungsverfahren die Grundlagen für eine (reguläre) Wohnnutzung geschaffen werden, die sich sodann nicht mehr auf die Unterbringung von Flüchtlingen beschränken würde, sondern vielmehr die Basis eines durchmischten Wohnquartiers darstellen könnte.⁷³ Man hätte es dann mit einer Art „Vorwirkung“ der künftigen Nutzungsabsicht in Bezug auf die Bewertung aktueller Realisierungsabsichten zu tun.

Die bloße Verlautbarung von Planungsabsichten, die über das Stadium einer Präsentation im Rahmen einer Bürgerinformation nicht hinausreichen, lassen eine Bewertung des möglichen Vorgehens des BezA im Hinblick darauf, inwieweit die künftigen bauleitplanerischen Aktivitäten im Rahmen der planungsrechtlichen Legitimierung der Anschlussnutzung der baulichen Anlagen rechtmäßig durchgeführt werden könnte, für sich genommen nicht zu.⁷⁴ Für eine abschließende, im Rahmen der hiesigen Stellungnahme indes nicht angestrebte Bewertung wäre dieser Gesichtspunkt vor Ort einer erneuten Überprüfung zu unterziehen.

Feststellen lässt sich allerdings bereits zum jetzigen Zeitpunkt, dass der Wohnperspektive seitens des BezA ein starkes Gewicht beigemessen wird. Das äußert sich etwa darin, dass interessierte Bürger auf der entsprechenden Bürgerinformationsver-

⁷³ In diese Richtung: Freie und Hansestadt Hamburg, Bezirksamt Mitte, Präsentation zur Bürgerinformationsveranstaltung vom 2. November 2015, <https://www.hamburg.de/contentblob/4629990/data/entwicklung-neuer-wohnquartiere-oejendorr-raes-info-dl.pdf> (Abrufdatum: 18.01.2016), S. 9 ff.

⁷⁴ Dazu Freie und Hansestadt Hamburg, Bezirksamt Mitte, Präsentation zur Bürgerinformationsveranstaltung vom 2. November 2015, <https://www.harriburg.de/contentblob/4629990/data/entwicklung-neuer-wohnquartiere-oejendorf-praes-info-dl.pdf> (Abrufdatum: 18.01.2016), S. 9 ff.

anstellung von den künftigen Maßnahmen explizit unterrichtet wurden.⁷⁵ Würde in der Folge bereits jetzt offenbar, dass es im Rahmen der Planungen nicht um sonstige (Flüchtlings-)Unterkünfte, sondern um reguläre Wohneinheiten ginge, müsste die Heranziehung der Abweichungsregelung schon an der Stelle scheitern.

- In eine bedenkliche Richtung weisen in dem Zusammenhang die Beschlüsse des Wandsbeker Planungsausschusses vom 12. Januar 2016 betreffend die Aufstellung der Bebauungspläne Hummelsbüttel 28 und 29, wenn es dort heißt: *„Aufgrund der hohen Zahl an Flüchtlingen und der damit verbundenen Dringlichkeit der öffentlich-rechtlichen Unterbringung soll die Vorweggenehmigungsreife des Bebauungsplans nicht abgewartet werden. Ein Baubeginn ist bereits während des Bebauungsplanverfahrens geplant. Dazu wird eine Genehmigung des Vorhabens im Rahmen des § 246 BauGB bereits während der Aufstellung des Bebauungsplans angestrebt.“*⁷⁶ Beabsichtigt ist die *„schnellstmögliche Realisierung von Wohnungsbau im Standard des geförderten Wohnungsbaus zunächst als öffentliche Unterkünfte“*⁷⁷, was wiederum der politischen Zielrichtung entspricht, „Flüchtlingsunterkünfte mit der Perspektive Wohnen (...)“⁷⁸ zu schaffen. In vergleichbarer Weise wird in einer aktuellen Drucksache des Bezirkes Mitte dargestellt, dass während des laufenden B-Planverfahrens bereits 250 Wohneinheiten für Flüchtlinge über § 246 Abs. 14 BauGB genehmigt werden sollen, ohne die Änderung des Planrechts abzuwenden.⁷⁹
- Kritisch ist die Inanspruchnahme von Fördermitteln betreffend den Mietwohnungsbau zu sehen. Dem Vernehmen nach ist etwa von der Hamburgischen Investitions- und Förderbank, AöR, in Sachen Billwerder Gleisdreieck eine Förderung in Aussicht gestellt worden. Es ist insofern nicht erkennbar, dass sich der baurechtliche Begriff des Wohnens von dem des § 4 des Hamburgischen Wohnraumförderungsgesetzes unterscheidet.
- Als Indiz für eine Bewertung lässt sich auch auf bereits gestellte Bauanträge oder Bauvoranfragen rekurren, sollte sich daraus ergeben, dass die geplan-

⁷⁵ Quelle: Freie und Hansestadt Hamburg, Bezirksamt Mitte, Präsentation zur Bürgerinformationsveranstaltung vom 2. November 2015, <https://www.hamburg.de/contentblob/4629990/dataentwicklung-neuer-wohnquartiere-oelendorf-praes-info-d1.pdf> (Abrufdatum: 18.01.2016), S. 9 ff.

⁷⁶ Bezirksamt Wandsbek, Drucksachen 20-2164 und 20-2165.

⁷⁷ Ebenda.

⁷⁸ Bürgerschaft Drucksache 21/1838.

⁷⁹ Bezirksamt Mitte, Drucksache 21-1999, Seite 2.

ten baulichen Anlagen hinsichtlich Zuschnitt und Ausstattung nur schwerlich mit den Erfordernissen einer sonstigen Unterkunft im Sinne des § 246 Abs. 14 BauGB zu vereinbaren wären. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass Flüchtlingsunterkünfte möglichst einfach oder ärmlich umzusetzen wären. Der entscheidende Punkt ist allein, dass § 246 Abs. 14 BauGB nicht dafür herangezogen werden darf, unter Verweis auf soziale Verantwortung bauplanungsrechtliche Hindernisse umgehen zu können. Eine Ausstattung von Gebäuden mit Balkonen, Dachterrassen und Tiefgaragen ist insofern auch und erst recht dann bedenklich, wenn Tiefgaragenstellplätze nicht für Flüchtlingsunterkünfte zur Verfügung stehen, sondern getrennt bewirtschaftet werden.⁸⁰

c) Rechtsfolge: Abweichungsbefugnis im erforderlichen Umfang

Auf der Rechtsfolgenseite erlaubt § 246 Abs. 14 S. 1 i. V. m. 2 BauGB der höheren Verwaltungsbehörde, von den Regelungen des Baugesetzbuches und der sich hierauf gründenden Vorschriften im erforderlichen Umfang abzuweichen.

In dem Zusammenhang ist zu erörtern:

Wie stellt sich das rechtssystematische Verhältnis von § 246 Absatz 14 BauGB zu § 1 Abs. 3 BauGB insbesondere bei inkompatibler Planausweisung dar?

Die Abweichungsmöglichkeit führt dazu, dass etwaig widersprechende bauplanungsrechtliche Regularien und Festsetzungen einem über § 246 Abs. 14 BauGB zu legitimierenden Vorhaben nicht mehr entgegengehalten werden können.

Erfasst von der Abweichungsbefugnis sind nach § 246 Abs. 14 S. 1 BauGB die Vorschriften des Baugesetzbuchs sowie die aufgrund des Gesetzes erlassenen Vorschriften. Das beinhaltet den Gesamtkomplex bauplanungsrechtlicher Regelungen, nicht jedoch solche Vorschriften und Inhalte, die sich aus anderweitigen genehmigungsrelevanten Anforderungen wie beispielsweise dem Boden- oder dem Bauordnungsrecht ergeben.⁸¹

⁸⁰ Antwort des Leiters des Bezirksamts Hamburg-Nord auf eine Anfrage des Abgeordneten Bohlen.
⁸¹ *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637).

Zudem erfasst § 246 Abs. 14 S. 1 BauGB nur das Gemeindegebiet, in dem die Unterkünfte entstehen sollen. Eine besondere Ortsgebundenheit, die eine zusätzliche Verengung des Anwendungsbereichs der Regelung zur Folge hätte, ist damit nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings nicht verbunden.⁸²

Die Abweichungsvorschrift soll zudem nicht grenzen- oder uferlos gelten, sondern nur im erforderlichen Umfang zur Verfügung stehen. Nach der Gesetzesbegründung ist eine sich aus der örtlichen Situation ergebende Plausibilität der Erforderlichkeit des Vorhabens ausreichend, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Eingriff in Art 28 Abs. 2 GG aber auch erforderlich.⁸³ Geboten ist daher eine Gewichtung der widerstreitenden öffentlichen Belange, auch unter Berücksichtigung nachbarlicher Interessen. Es handelt sich bei § 246 Abs. 14 BauGB damit um eine Regelung, die —aufgrund der mit ihr verbundenen Abweichungsmöglichkeit von bauplanungsrechtlichen Vorgabe — selbst planerische Elemente enthält.

Allerdings hat es der Gesetzgeber unterlassen, weiterführende Kriterien oder Maßstäbe vorzugeben, anhand derer eine Bewertung eines auf § 246 Abs. 14 BauGB gestützten Vorgehens — insbesondere im Hinblick auf den erforderlichen Umfang — vorzunehmen ist.⁸⁴ Im Anschluss an *Durner* liegt es nahe, im Rahmen der Abwägung die Maßstäbe des § 1 Abs. 3 sowie Abs. 7 BauGB und des darin verankerten planungsrechtlichen Abwägungsgebots heranzuziehen 85

Bei der Erforderlichkeitsprüfung können mehrere Gesichtspunkte relevant werden: die Erforderlichkeit des konkreten Vorhabens zum Zwecke der Flüchtlingsunterbringung, die Frage nach dem Entgegenstehen von Interessen und Belangen Dritter sowie als Folge davon die etwaige Notwendigkeit einer Alternativenprüfung hinsichtlich des angedachten Standorts.

Darüber hinaus ist zu erörtern, welche Kriterien im Einzelnen in Bezug auf die Erforderlichkeit im Sinne des § 246 Abs. 14 BauGB herangezogen werden sollen und welche Anforderungen an den Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen der Regelung zu stellen sind. In dem Zusammenhang wird auf den vom Gesetzgeber in

⁸² BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55; *Scheidler*, UPR 2015, 479 (484); ausführlich VG Hamburg, Beschl. v. 09.03.2016 — 7 E 6767/15, BA S. 15 f.

⁸³ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

⁸⁴ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

⁸⁵ *Dumer*, DVBI 2015, 1605 (1608); zustimmend VG Hamburg, Beschl. v. 09.03.2016 — 7 E 6767/15, BA S. 21 („materielle Planungsentscheidung“).

der Gesetzesbegründung herangezogenen und explizit benannten Maßstab der Plausibilität einzugehen sein.

aa) Erforderlichkeit bezogen auf den konkreten Unterbringungszweck

Die Heranziehung des § 246 Abs. 14 BauGB soll bereits dem Wortlaut nach nur im erforderlichen Umfang geschehen. Mit der Verwendung des Begriffs der Erforderlichkeit wird nicht nur eine quantitative, sondern auch eine qualitative Einschränkung ausgesprochen: Es sollen nur so viele Unterkünfte unter Rückgriff auf die Sonderregelung errichtet werden, wie absehbar benötigt werden. Die zur Genehmigung gestellte Kapazität darf den Bedarf nicht übersteigen.⁸⁶ Insoweit sind überdies die unterschiedlichen Unterbringungsarten zu beachten. Ergänzend kann ggf. noch auf Größe, Ausstattung und Zuschnitt des Vorhabens abgestellt werden.

bb) Erforderlichkeit in Bezug auf andere Standorte

In Fortführung des tradierten Verständnisses der Erforderlichkeit⁸⁷ muss dasjenige Realisierungsmittel gewählt werden, das den geringsten Eingriff darstellt, mithin am mildesten und demgemäß geboten ist. Das wiederum bedingt die Einbeziehung anderer Standorte in die Überlegungen. Andere im Gemeindegebiet gelegene Standorte müssen jedenfalls insoweit berücksichtigt werden, als sich hieraus eine geringere Eingriffsintensität etwa in die kommunale Planungshoheit oder — generell — in die Belange Dritter ergibt. Das gilt beispielsweise dann, wenn bereits bestehende Planungen an einem anderen Standort die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf § 246 Abs. 14 BauGB entfallen ließen, weil die dortige Errichtung planungskonform oder jedenfalls unter Heranziehung der Absätze 8 bis 13 erfolgen könnte.⁸⁸ Das gilt aber auch dann, wenn von den Baumaßnahmen tangierte Belange Dritter wie beispielsweise diejenigen etwaiger Nachbarn weniger stark beeinträchtigt werden würden.

Nicht nur der Normcharakter des § 246 Abs. 14 BauGB als Auffangvorschrift⁸⁹ spricht für eine Alternativenprüfung, sondern auch grundsätzliche rechtsstaatliche Erfordernisse weisen in die gleiche Richtung: Eine jedenfalls in Bezug auf die Ausnahmeregelung nicht notwendige Abweichungsentscheidung wäre nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig. Die Notwendigkeit der Einbeziehung von Alternativstandorten gründet sich darüber hinaus auf einem denklogischen Argument: Die

⁸⁶ VG Karlsruhe, Beschl. v. 11.03.2016 — 11 K494116, BA S. 16.

⁸⁷ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 17.

⁸⁸ Wie hier Battis/Mitschang/Reidt, NVwZ 2015, 1633 (1637).

⁸⁹ Krautzberger/Stüer, DVBl 2015, 1545 (1549) sprechen insoweit von einer „Generalklausel“.

vermeintliche Erforderlichkeit im Sinne eines mildesten Mittels bedarf schlicht eines Vergleichsmaßstabs. Nichts kann im Verhältnis zu sich selbst als erforderlich im Sinne eines mildesten Mittels betrachtet und bewertet werden. Das gilt erst recht deshalb, weil eine ultima ratio wie die Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB nur dann herangezogen werden kann, wenn es zumindest potenziell mögliche Alternativen gäbe, die sich dann allerdings in der konkreten Situation als nicht einschlägig erweisen oder deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

cc) Statthafte Auswahlkriterien und Grenzen

In Bezug auf Alternativstandorte lassen sich bereits bestehende oder einfacher umzusetzende Voraussetzungen für eine künftig erleichterte Integration als Kriterien für die Erforderlichkeitsbewertung eines Vorhabens heranziehen.

Namentlich ist in dem Zusammenhang auf die Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 13 BauGB abzustellen. Danach sind die Belange von Flüchtlingen und Asylbegehrenden und deren Unterbringung bei der Aufstellung der Bauleitpläne zu berücksichtigen. Zu derartigen Belangen dürften auch der (Grund-)Versorgung dienende Maßnahmen zu zählen sein, etwa die medizinische Fürsorge, Möglichkeiten der Schul- und Weiterbildung sowie kulturelle Angebote, die der Verwirklichung des Ziels einer Integration und gesellschaftlichen Teilhabe förderlich sind.⁹⁹ Hierdurch ließe sich insbesondere einer unter Umständen sonst drohenden Schaffung paralleler und von der übrigen Stadtentwicklung abgeschotteter Siedlungsbereiche begegnen. Fließen derartige Überlegungen in eine potenzielle Alternativenprüfung ein, so müssen gegebenenfalls auch solche Standorte berücksichtigt werden, die sich im Rahmen regulärer Wohnungsbauprogramme oder bauleitplanerischer Maßnahmen aus städtebaulicher und ökonomischer Sicht als attraktiv darstellten.

Im Zuge einer weiteren Konkretisierung lassen sich Parallelerwägungen zur Vorschrift des § 31 Abs. 2 BauGB anstellen.⁹¹ In Betracht kommt ein Vergleich mit der Allgemeinwohlförderung der Nr. 1 sowie der städtebaulichen Vertretbarkeit der Nr. 2. Hinsichtlich einer potenziellen Allgemeinwohlförderung soll es danach nicht ausrei-

⁹⁰ *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, Loseblatt, § 1 Rn. 178d.

⁹¹ *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 37 Rn. 4.

chen, die bloße Nützlichkeit zu konstatieren: Maßgeblich sind die jeweiligen Einzelfallumstände und gegebenenfalls die Zumutbarkeit einer anderweitigen Standortwahl.⁹²

Das Tatbestandsmerkmal der städtebaulichen Vertretbarkeit ist demgegenüber weiter gefasst und in der Folge bereits gewahrt, wenn die Abweichung auch im Rahmen eines regulären Bauleitplanverfahrens abwägungsfehlerfrei planbar wäre.⁹³ Die Grundzüge der bestehenden und im Wege der Sonderregelung überwundenen Planung dürfen indes durch die Gewährung einer Abweichung jenseits des Anwendungsbereichs von § 246 BauGB nicht berührt werden.⁹⁴ Als Konsequenz daraus steht dem Vorhabenträger folglich keine autonome Entscheidungsbefugnis zu,⁹⁵ er hat vielmehr eine entsprechende Abwägungs- und Ermessensentscheidung zu treffen. Bestehende Planungen dürfen nicht mittels allzu weitreichender Befreiungen letztlich quasi negiert werden.⁹⁶

Mit Beschluss vom 12. Februar 2016 geht die 7. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg auf das Verhältnis von § 31 Abs. 2 BauGB zu der Abweichungsvorschrift des § 246 Abs. 12 BauGB ein. Unter Bezugnahme auf ein Judikat des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Januar 1978 betont das Verwaltungsgericht die Notwendigkeit einer die Grundentscheidungen des Plangebers schützenden Grenze für die Abweichungsentscheidung der Baugenehmigungsbehörde.⁹⁷

Die weiteren Erwägungen des Verwaltungsgerichts gehen allerdings über diesen Anknüpfungspunkt hinaus und sind deshalb auch hier von Bedeutung: Ausgehend von dem Aspekt der Rechtssicherheit als wesentlichem Element der Rechtsstaatsgarantie betont das Verwaltungsgericht die Befugnis allein der Gemeinde, den Bebauungsplan als Rechtsnorm ändern, ergänzen oder aufheben zu dürfen. In Reaktion auf geänderte tatsächliche Verhältnisse oder neue städtebauliche Vorstellungen ist allein der Gemeinde vorbehalten, eine entsprechende Anpassung durch Änderung

⁹² BVerwG, Urt. v. 18.11.2010 — 4 C 10/09, juris Rn. 26, 28.

⁹³ *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, Loseblatt, § 31 Rn. 47; *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 31 Rn. 38.

Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, Loseblatt, 5 31 Rn. 47.

Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 37 Rn. 4.

⁹⁶ *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 31 Rn. 39.

⁹⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 12.2.2016 — 7 B 6816/15, juris Rn. 65.

des Bebauungsplanes herbeizuführen, der Baugenehmigungsbehörde steht dies auch im Wege der Abweichungsentscheidung nicht zu. Und wörtlich weiter:

„Zudem ist wegen der grundrechtsgestaltenden Wirkung der Planung von erheblicher Bedeutung, dass die nach den §§ 3 und 4 BauGB notwendige Beteiligung der Bürger und Träger öffentlicher Belange nicht im Wege behördlicher Abwägungsentscheidung unterlaufen oder geradezu aus den Angeln gehoben werden dürfen (vergleiche Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 05.03.1999, 4 B 5/99, NVwZ 1999, 1110; Reidt: in: Battis Krautzberger Löhr, BauGB, 12. Auflage 2014, § 31 Rn. 29).“⁹⁸

Es steht nicht zu befürchten, dass der Anwendungsbereich des § 246 Abs. 14 BauGB damit allzu sehr eingeeengt werden könnte. Werden Grundzüge der Planung bei Anwendung des Absatzes 12 verletzt, so steht als Zulässigkeitsnorm immer noch § 246 Abs. 14 BauGB zur Verfügung, dies jedenfalls bis zur Grenze des Funktionsloswerdens des Bebauungsplans, was sich nicht schon aus der Missachtung der Grundzüge der Planung ergibt. § 246 Abs. 14 BauGB vermag auch die Grenzen der relativ eng formulierten Abweichungsfälle des § 246 BauGB im Übrigen zu überwinden.

Eine weitere Grenze wird man an der Stelle zu ziehen haben, an der sich in Ansehung des § 1 Abs. 3 BauGB ein öffentliches Planungsbedürfnis manifestiert. Allerdings ist das nicht so verstehen, dass bereits im Falle einer Berührung oder Beeinträchtigung der Grundzüge der Planung von einer Überschreitung der im hiesigen Kontext einzuziehenden Grenze auszugehen wäre. Selbst eine Verletzung der Grundzüge der Planung dürfte im Einzelfall jedenfalls dann noch über die Ausnahmeregelung des § 246 Abs. 14 BauGB legitimierbar sein, wenn die betroffenen baulitplanerischen Maßnahmen nicht völlig negiert werden oder ein etwaiger Bebauungsplan nicht funktionslos wird.⁹⁹

Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist demgemäß, ob durch die Heranziehung von § 246 Abs. 14 BauGB eine planungsrechtliche Situation geschaffen wird, in der solchermaßen legitimierte bauliche Anlagen im Hinblick auf den konkreten Standort

⁹⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 12.2.2016 — 7 B 6816/15, juris Rn. 65.

⁹⁹ Zum Begriff der Funktionslosigkeit: *Kalb/Külpmann*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, Loseblatt, Stand: 119. Erg.-Lfg. November 2015, § 10 Rn. 407 ff.

städtebauliche Relevanz erzeugen und demgemäß von einer nunmehr bestehenden Planungspflicht der Gemeinde auszugehen ist. Ähnlich verhält es sich zwar auch in dem Fall, dass die übergeordnete Verwaltungsbehörde im Wege der Ersatzvornahme bauleitplanerische Maßnahmen dann anordnet, wenn die Gemeinde einer eigentlich bestehenden Planungspflicht nicht nachkommt. Der entscheidende Unterschied oder die maßgebliche Abgrenzung ist allerdings in der Grundlage für die Verdichtung der Planungsmöglichkeit hin zur Planungspflicht zu sehen: In der Situation des Eingreifens der Aufsichtsbehörde hat die Kommune selbst den Anlass dafür gegeben. Ihre eigenen städtebaulichen Entscheidungen — etwa über eine leichtfertige Erteilung von Baugenehmigungen — haben dazu geführt, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nunmehr eine Pflicht zum Tätigwerden auslösen.

Im Unterschied dazu könnte ein umfangreiches Gebrauchmachen von § 246 Abs. 14 BauGB dazu führen, dass die höhere Verwaltungsbehörde der Gemeinde nicht nur auferlegt, wo und in welchem Umfang Unterkünfte zu errichten sind, sondern damit zugleich die Aufgabe verbindet, aufgrund der Regelung des § 1 Abs. 3 BauGB die notwendige bauleitplanerische Absicherung des Vorgehens zu besorgen. Die Planungspflicht ergäbe sich mithin aus externen Faktoren. Eine derartige Wirkung kann § 246 Abs. 14 BauGB nicht zugeschrieben werden, hier ist die Grenze einer Heranziehung aufgrund des dadurch bedingten Konflikts mit § 1 Abs. 3 BauGB zu ziehen.

Für ein solches Verständnis spricht bereits der Wortlaut der Regelung: Planerische Festsetzungen können als Teil der Vorschriften des Baugesetzbuches oder hierauf gründender Regelungen überwunden werden; die Norm ist indes nicht dafür kreiert worden, eigenständig originäres Planungsrecht in Gestalt von Bauleitplanungen zu schaffen, indem aufgrund ihrer Heranziehung neue oder zusätzliche Planungspflichten entstehen.

Wollte man in dem Zusammenhang zu einem anderen Schluss kommen, bedingte das neben einem Verstoß gegen Wortlaut, Systematik und Telos der Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB zugleich einen nicht mehr zu rechtfertigenden Eingriff in die kommunale Planungshoheit als Teil der Selbstverwaltungshoheit des Art. 28 Abs. 2 GG.¹⁰⁰ In der Folge wäre jedwede planerische Entscheidung über den Weg des §

100 Dazu ausführlich unter 2. d).

246 Abs. 14 BauGB umgehbar, eine Konsequenz, die rechtsdogmatisch nicht begründbar ist.

Folglich dürfte das Vorgehen im Sinne einer additiven oder kumulativen Interpretation durchzuführen sein: Mit § 246 Abs. 14 BauGB verfügt die höhere Verwaltungsbehörde über ein Instrument, das dazu dient, ganz kurzfristig Abhilfe in einer „planungsrechtlichen Notsituation“ zu schaffen. Erforderlicher und auf anderem Wege nicht beschaffbarer „Wohn“raum wird planungsrechtlich legitimiert. Die Sonderregelung ist in dem Umfang heranzuziehen, in dem kein Konflikt mit § 1 Abs. 3 BauGB besteht oder entsteht. Wird diese Grenze überschritten, endet der Anwendungsbereich von § 246 Abs. 14 BauGB, weitere Unterkünfte können hierüber nicht mehr bauplanungsrechtlich abgesichert werden.

Allerdings ist in dem Kontext eine unmittelbare Rechtsfolgenbetrachtung angezeigt: Das Ergebnis besteht gerade nicht darin, dass nunmehr keine Flüchtlingsunterkünfte (mehr) realisiert werden können. Vielmehr wird lediglich der Umfang am konkreten Standort auf dasjenige Maß beschränkt, das noch hinnehmbar ist, ohne eine städtebauliche Relevanz zu erzeugen und demgemäß zu einer Planungspflicht nach § 1 Abs. 3 BauGB zu führen. Ab einer bestimmten und nur anhand der Gegebenheiten im Einzelfall bestimmbar Grenze „kippt“ die Situation: Der Umfang oder die Anzahl der auf § 246 Abs. 14 BauGB gestützten baulichen Anlagen erreicht eine Größe, die ihrerseits eine Verdichtung zur Planungspflicht erzeugt und in der Folge zum Entfallen des Anwendungsbereichs der Regelung des Absatzes 14 führt. Dabei kann insbesondere deshalb keine allgemeingültige Aussage über die Grenze getroffen werden, weil es sich schon bei der Planungspflicht aus § 1 Abs. 3 BauGB um einen Begriff handelt, der nur im konkreten Zusammenhang operationalisiert werden kann.¹⁰¹

Ist das im Einzelfall einzuhaltende Maß an einem entsprechenden Standort erreicht, entfällt die Möglichkeit, jedenfalls dort weiterhin auf § 246 Abs. 14 BauGB abzustellen. In der Folge ist auf denjenigen Standort auszuweichen, der sich als der zwar nächst invasivere, allerdings zugleich als derjenige darstellt, der im Rahmen der Erforderlichkeits- und Alternativenprüfung die nunmehr geringste Eingriffsinvasivität aufweist. Denn der eigentlich „mildeste“ Standort steht aufgrund der vollständigen

¹⁰¹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, Loseblatt, Stand: 119. Erg.-Lfg. November 2015, § 1 Rn. 39 ff.

Ausnutzung der durch § 246 Abs. 14 BauGB gegebenen Möglichkeiten nicht mehr zur Verfügung. Auf die Art sind die Standorte nacheinander abzarbeiten.

Dergestalt kann dem Planungswillen der Gemeinde in verfassungskonformer Weise Rechnung getragen werden und er zugleich mit der ebenfalls verfassungsrechtlich über die Art. 16a, 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gebotenen, menschenwürdigen Unterbringung von Flüchtlingen und Asylsuchenden in einen nicht nur rechtskonformen, sondern vor allen Dingen ethisch-moralisch zu fordernden Ausgleich gebracht werden.

dd) Nachweis der Erforderlichkeit

Fordert der Gesetzgeber insgesamt lediglich eine Plausibilitätsprüfung, um den Nachweis der Erforderlichkeit zu erbringen,¹⁰² ist damit noch nicht geklärt, welcher Maßstab an einen derartigen Nachweis anzulegen ist.

Die Anforderungen an den Nachweis der Plausibilität einer (Verwaltungs-)Entscheidung sind von vornherein nicht besonders hoch. Ausreichend dürfte danach regelmäßig sein, dass die Entscheidung vertretbar ist, nicht gegen Denkgesetze verstößt und sich anhand vorgebrachter Tatsachen im Rahmen eines typischen Geschehensablaufs substantiieren lässt.¹⁰³

Konkretisierende Maßstäbe zur Bewertung der Erforderlichkeit gibt der Gesetzgeber im Zusammenhang mit § 246 Abs. 14 BauGB nicht vor. Vielmehr verweist er auf die Regelung des § 37 BauGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung.¹⁰⁴ Überzogene Anforderungen sollen an das Tatbestandsmerkmal angesichts der Dringlichkeit der Unterbringung — die ihrerseits bereits eine Beschränkung des Anwendungsbeereichs bedingt — nicht gestellt werden.¹⁰⁵ Der Nachweis der Plausibilität der Erforderlichkeit anhand der örtlich gegebenen Situation soll ausreichend sein.¹⁰⁶

Erforderlich ist eine bauliche Maßnahme unter Rückgriff auf die Grundsätze zu § 37 BauGB dann, wenn sie zur Realisierung der konkret verfolgten Zweckbestimmung —

¹⁰² BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

¹⁰³ Zu letzterem: *Meyke*, NJW 2000, 2230 (2231).

¹⁰⁴ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55; *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637 ff.).

¹⁰⁵ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

¹⁰⁶ *Scheidler*, UPR 2015, 479 (484).

im vorliegenden Fall mithin im Hinblick auf die dringend nötige Bereitstellung von Flüchtlingsunterkünften — vernünftigerweise geboten ist.¹⁰⁷ Dabei muss es sich nicht um die einzig mögliche Form der Umsetzung handeln.¹⁰⁸ Notwendig beschreibt in dem Zusammenhang die Anforderung, im Rahmen der Abwägungsentscheidung eine Gewichtung der widerstreitenden Belange vorzunehmen.¹⁰⁹ Je größer dabei das Gewicht entgegenstehender Belange und Interessen ist, umso höher gestalten sich die Anforderungen daran, von den bestehenden bauplanungsrechtlichen Vorgaben abweichen zu können.¹¹⁰ Eine Bilanzierung ist nicht ausreichend, erforderlich ist eine originäre Relativierung anhand des den einzelnen Belangen beizumessenden Gewichts.¹¹¹ Sie führt zur Unzulässigkeit, wenn die widersprechenden Belange überwiegen.¹¹² Handelt es sich bei § 246 Abs. 14 BauGB allerdings um eine ultima ratio, die ausschließlich herangezogen werden kann, wenn sich die geplanten baulichen Anlagen auf anderem Wege nicht realisieren lassen, müssen diejenigen Gesichtspunkte überwiegen, die für die Umsetzung mittels der Abweichungsvorschrift streiten.

Zugleich dürfte es anhand allgemeiner Grundsätze Aufgabe der zuständigen Behörde sein, den Nachweis der Plausibilität zu führen. Ein solcher Nachweis dürfte zumindest erfordern, dass die eigenen planerischen Festsetzungen daraufhin untersucht werden, inwiefern eine Umsetzung ohne Heranziehung der Sonderregelung des § 246 Abs. 14 BauGB möglich ist. Das erfordert keine unangemessenen Bemühungen, sondern schlicht einen Blick in die eigenen Planunterlagen, und ist zumutbar.

Gibt es lediglich vage in Betracht kommende Standorte, würde das nicht zur Nichtanwendbarkeit von § 246 Abs. 14 BauGB führen. § 246 Abs. 14 BauGB soll auch Zweifelsfälle erfassen. Demgemäß wäre der Verwaltungsbehörde dann ein Wahlrecht zuzusprechen, wenn mehrere Standorte zugänglich erscheinen und bei allen auf Absatz 14 zurückgegriffen werden müsste. Ähnliches wäre in Bezug auf Unsicherheiten im Rahmen der Hierarchie zwischen den einzelnen Absätzen des § 246 BauGB anzunehmen. Tatsächlich bestehende Unklarheiten dürften zugunsten der Behörde den Rückgriff auf § 246 Abs. 14 BauGB rechtfertigen.

¹⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 03.12.1992 — 4 C 24/90, juris Rn. 20.

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 03.12.1992 — 4 C 24/90, juris Rn. 20; *Scheidler*, UPR 2015, 479 (485).

¹⁰⁹ *Scheidler*, UPR 2015, 479 (485).

¹¹⁰ *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar*, § 37 Rn. 4.

¹¹¹ BVerwG, Beschl. v. 10.07.1991 — 4 B 106/91, juris Rn. 3,5.

¹¹² *Scheidler*, UPR 2015, 479 (485) m. w. N.

Auch wenn — wie dargelegt — die Anforderungen an den Plausibilitätsnachweis schon nach dem Willen des Gesetzgebers nicht allzu hoch ausfallen sollen,¹¹³ ist die Dokumentation der entsprechenden Abwägungsvorgänge einzufordern. Schon aus Rechtsstaatsgesichtspunkten ließe sich anderenfalls eine gerichtliche Rechtmäßigkeitsprüfung kaum durchführen.¹¹⁴ Im Rahmen der Dokumentation dürfte es unabdingbar sein, dass insbesondere die der Entscheidung maßgeblich zugrunde gelegten Kriterien festgehalten und die Überlegungen in der Folge nachvollzogen werden können.¹¹⁵ Letzteres bezieht sich insbesondere auf die Voraussetzungen der fehlenden oder nicht rechtzeitigen Bereitstellungsmöglichkeit. Die Ausgestaltung des Kriteriums spricht dafür, zumindest eine Anlehnung an die Grundsätze der negativen Tatbestandsmerkmale beziehungsweise der negativen Tatsachen vorzunehmen.¹¹⁶

Das Verwaltungsgericht Hamburg hat mit Beschluss 9. März 2016¹¹⁷ betreffend eine Einrichtung der Folgeunterbringung moniert, dass vonseiten Hamburgs insbesondere zwischen Kapazitäten betreffend Erstaufnahme und Folgeunterbringung nicht differenziert worden ist. Der in kurzen zeitlichen Abständen fortgeschriebene Monitoringbericht „*Schaffung von Unterkünften zur Flüchtlingsunterbringung durch die Freie und Hansestadt Hamburg*“¹¹⁸ genügte dem Verwaltungsgericht nicht:

„Insbesondere der vorgelegte „Monitoringbericht“ enthält in erster Linie Darstellungen zu den insgesamt im Gebiet der Antragsgegnerin ankommenden Personen, welche indes zunächst gemäß den Vorgaben des Asylgesetzes nicht in Folgeunterbringungseinrichtungen, sondern in Erstaufnahmeeinrichtungen unterzubringen wären bzw. sind. In Bezug auf Folgeunterkünfte beschränkt sich der Monitoringbericht auf die eher allgemeine Aussage, im Bereich der Folgeunterbringung müssten „etwa 30 neu zu errichtende Gemeinschaftsunterbringungen mit jeweils etwa zwischen 50 und 1.000 Plätzen“ geplant werden. Eine konkrete Erläuterung dieser Aussage bzw. eine Prognose, wie viele der insgesamt in Hamburg ankommenden Menschen innerhalb welchen Zeitraums einen Anspruch auf Unterbringung in einer Folgeunterbrin-

¹¹³ BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

¹¹⁴ Vgl. etwa für den Bereich der sog. Tabuzonenrechtsprechung: VGH Kassel, Urt. v. 17.03.2011 — 4 C 883/10.N, juris Rn. 34.

¹¹⁵ Sagasser/Luke, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 9 Rn. 213.

¹¹⁶ Dazu etwa Bacher, in: Vorwerk/Wolf, Beck'scher Onlinekommentar Zivilprozessordnung (ZPO), § 284 Rn. 75, 86; Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, Vor § 284 Rn. 34 ff.

¹¹⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 09.03.2016 — 7 E 6767/15, BA S. 19 f.

¹¹⁸ <http://www.hamburg.de/contentblob/4665788/data/monitoringbericht-fluechtlinge.pdf> (Abrufdatum: 22.03.2016)

gungseinrichtung erwerben könnten, enthält der Monitoringbericht ebenso wenig wie eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit die Schaffung dieser — allgemein — als Bedarf angesehenen Kapazitäten unter Nutzung bereits regulär planungsrechtlich hierfür geeigneter Flächen oder unter Nutzung der erleichterten Möglichkeiten nach § 246 Abs. 8 bis 13 BauGB möglich wäre. Es wird lediglich auf das Erfordernis eines „massiven Ausbaus“ auch dieser Unterbringungsform hingewiesen (S. 18 f. des Monitoringberichts), ohne auch hierbei auf die Frage der Subsidiarität des § 246 Abs. 14 BauGB einzugehen.“

d) Zwischenfazit

Das konkrete Vorgehen des BezA könnte dann auf § 246 Abs. 14 BauGB gestützt werden, wenn es an anderweitigen Unterbringungsflächen fehlt und die Notwendigkeit eines auf der Sonderregelung fußenden Vorgehens plausibel dargestellt wird. Für den Fall, dass sich das hier zu beurteilende Vorgehen solchermaßen legitimieren und die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit herstellen ließe, könnten entgegenstehende bauleitplanerische Festsetzungen über den Weg der Abweichungsregelung ermessensfehlerfrei überwunden werden.

Ausgehend von dem gewählten Beispielsfall zeichnet sich allerdings eine Reihe von Problemfeldern ab, die sich bei Anwendung der vorstehend erarbeiteten rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben: Angesprochen wurde bereits,¹¹⁹ dass § 246 Abs. 14 BauGB nicht gestattet, eine verkappte Wohnnutzung zu etablieren.

Generell ist die oberste Bauaufsichtsbehörde als höhere Verwaltungsbehörde gemäß § 246 Abs. 14 S. 2 BauGB verpflichtet, vorrangig solche Standorte zu prüfen, die eine geringere Eingriffsinvasivität aufweisen oder gar planungskonform und ohne Rückgriff auf eine Abweichungsregelung die Genehmigung und Errichtung der Unterkünfte ermöglichen. Bezogen auf das Vorgehen der Stadt Hamburg kommt in Betracht, die bereits bestehenden Wohnungsbauprogramme als mögliche Alternative zu den auf § 246 Abs. 14 BauGB gestützten Standorten einer Betrachtung zu unterziehen.

¹¹⁹ Vgl. I. 1. b) cc).

Aktuelle Zahlen deuten darauf hin, dass ausreichende Kapazitäten vorhanden wären, die drängendsten Bedürfnisse nach Flüchtlingsunterkünften bereits über bestehende planerische Maßnahmen befriedigen zu können. Ein völliges Ausblenden vergleichsweise naheliegender Optionen würde jedenfalls den Anforderungen an eine plausible Nachweisführung nicht gerecht werden. In diesem Sinne ist die in der Präsentation aufgeführte Fläche „Neue Gartenstadt“ besonders anzusprechen.

Im Rahmen der notwendigen Abwägungsentscheidung sind überdies potenziell entgegenstehende Belange Dritter einzubeziehen.

2. Vereinbarkeit von § 246 Abs. 14 BauGB mit höherrangigem Recht

Das bisherige Ergebnis würde dann keinen Bestand haben, wenn es mit den Anforderungen des Grundgesetzes nicht in Einklang gebracht werden könnte. Mit anderen Worten müsste es sich bei § 246 Abs. 14 BauGB um eine verfassungskonforme Regelung handeln.

Verfassungsverstöße könnten sich sowohl aus einzelnen Tatbestandsmerkmalen als auch aus deren Zusammenspiel ergeben, sofern hierdurch eine Reichweite und Eingriffsintensität der Vorschrift erzeugt wird, die mit den Vorgaben des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren ist.

In den ersten literarischen Stellungnahmen zu § 246 Abs. 14 BauGB wurde die Vereinbarkeit der Bestimmung mit höherrangigem Recht nicht thematisiert.¹²⁰

Im Beschluss des VG Hamburg vom 28.10.2015¹²¹ werden demgegenüber erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität der Vorschrift geäußert, die Frage wird aber letztlich offengelassen. In der Entscheidung heißt es: „... Insoweit kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, ob die nahe liegenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser das Regelungssystem des Baugesetzbuchs außer Kraft setzenden Sonderbestimmung durchgreifen bzw. zu einer verfassungskonformen, einschränkenden Auslegung zwingen (...).“¹²² Und im weiteren Verlauf: „... hat der Ge-

¹²⁰ *Scheidler*, UPR 2015, 479 ff.; *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 2015, 1633 (1637 f.); *Krautzberger/Stüer*, DVBI 2015, 1545 (1549), die allerdings aus den Gesetzesberatungen die Aussage referieren, ein so zentraler Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung sei nicht zu rechtfertigen.

¹²¹ VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBI 2015, 1602 (1603 f.).

¹²² VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBI 2015, 1602 (1603).

setzgeber dem ersten Anschein nach eine nahezu unbeschränkte Sonderermächtigung geschaffen, mit der in beispielloser Weise das für alle sonstigen Vorhaben und Rechtsunterworfenen fortgeltende boden- (oder bundesrechtliche) Regelungssystem für unbeachtlich erklärt wird. Diese Vorschrift dürfte am Maßstab zahlreicher verfassungsrechtlicher Gewährleistungen erheblichen Rechtfertigungsbedarf begründen: Durch die Verwendung einer Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe („dringend benötigt“, „rechtzeitig“ und, insbesondere, „in erforderlichem Umfang“), deren Zusammenspiel auf Rechtsfolgenseite eine Ermächtigung zur Abweichung von baurechtlichen Anforderungen von bislang ungekannter Reichweite auslöst, wird das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot in Frage gestellt. Da das Schutzniveau nachbarschützender Vorschriften und Rechtsinstitute — insbesondere des Gebietserhaltungsanspruchs — durch den Ausschluss der ansonsten nach § 31 Abs. 2 BauGB zu beachtenden Voraussetzungen und Anforderungen drastisch gesenkt wird, ist die Frage der Verhältnismäßigkeit dieser neuen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ... aufgeworfen. Aufgrund des Umstandes (oder -stands), dass für eine eng begrenzte Art von Vorhaben, deren Vorhabenträger typischerweise die öffentliche Hand ist, besonders weitgehende Abweichungsmöglichkeiten geschaffen werden, bedarf die Regelung als Ungleichbehandlung von Vorhabenträgern der Rechtfertigung vor dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (...). Indem die auf der Grundlage eines detailliert vorgeschriebenen, auf sorgfältige Erfassung der im Einzelnen betroffenen Interessen und die städtebauliche Lösung angelegter Konflikte zielenden Verfahrens getroffenen Festsetzungen von Bauleitplänen zu bloßen Belangen im Rahmen einer von dem Vorhabeninteressenten vorzunehmenden, nunmehr insbesondere Flächen- und Dringlichkeitsgesichtspunkte umfassenden Abwägung werden, verlieren Bebauungspläne Verlässlichkeit und Steuerungskraft und erfahren Willensäußerungen der von Art. 28 Abs.2 Satz 1 GG geschützten kommunalen Planungshoheit einen empfindlichen Bedeutungsverlust.“¹²³

In der — soweit ersichtlich — bisher einzigen Stellungnahme zu dem VG Hamburg-Beschluss¹²⁴ hält der Autor die Bedenken für „gewichtig“; sie müssten jedoch auch im Lichte der Notsituation bewertet werden, die der Gesetzgeber zu bewältigen gehabt habe. Im Ergebnis würden die durch das Verwaltungsgericht überzeugend herausgearbeiteten geschriebenen und ungeschriebenen Kriterien bereits den Weg für eine

¹²³ VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBI 2015, 1602 (1603 f.).

¹²⁴ *Dumer*, DVBI 2015, 1605 (1608).

verfassungskonforme Handhabung der Vorschrift weisen. Konstruktiv überzeugend¹²⁵ seien vor allem die Hinweise auf das Erfordernis eines Genehmigungsverfahrens: Nach ihrem regelungstechnischen Gesamtkontext, aber auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten liefere § 246 Abs. 14 BauGB keine Grundlage für ein „Draufloshauen“ ohne jeden rechtlich greifbaren Maßstab.

Naheliegender erscheine, die Anforderungen an das im Rahmen des § 246 Abs. 14 BauGB auszuübenden Ermessens wegen des planerischen Gehalts der Entscheidung am Anforderungsprofil des § 1 Abs. 7 BauGB zu orientieren und auf die Weise eine verfassungskonforme Handhabung der weitreichenden Abweichungsrechte der Behörden zu erreichen.¹²⁶

Die vom VG Hamburg benutzten Wendungen „in beispielloser Weise“, „bislang ungekannter Reichweite“ bzw. „empfindlicher Bedeutungsverlust“ sind auf einer phänomenologischen Ebene angesiedelt und entbehren als solche einer wie auch immer gearteten rechtlichen Tragweite. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn eine Normkollision mit höherrangigem Recht vorliegen würde.

Die in dem Zusammenhang übermittelte Fragestellung lautet:

„Ist § 246 Absatz 14 BauGB mit höherrangigem Recht, insbesondere dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, und Europarecht — falls ja: mit welchen Maßgaben — vereinbar?“

Auf nationaler Ebene¹²⁷ stellt sich in der Tat primär die Frage der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (dazu unter b)). Vorgelagert ist zu klären, ob der Bund überhaupt die Gesetzgebungskompetenz besitzt (dazu unter a)). Zu erörtern sind weiterhin mögliche Grundrechtsverstöße (dazu unter c)), und schließlich kann zweifelhaft erscheinen, ob den Gewährleistungen der kommunalen Selbstverwaltung entsprochen wird (dazu unter d)).

¹²⁵ Gemeint ist offensichtlich: im Hinblick auf die Konstruktion überzeugend.

¹²⁶ Durner, DVBl 2015, 1605 (1608).

¹²⁷ Europarechtliche Aspekte werden wegen des Sachzusammenhangs unter II. behandelt.

a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die bundesgesetzliche Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB müsste zunächst auf einen tauglichen Kompetenztitel gestützt worden sein. Er könnte sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG in der Variante des Bodenrechts ergeben.

Dem Begriff des Bodenrechts unterfallen nach tradiertem Verständnis all diejenigen öffentlich-rechtlichen Normen, die die Beziehung des Menschen zum Grund und Boden regeln.¹²⁸ Hierunter sind insbesondere die planungsrechtlichen Bestimmungen des BauGB zu subsumieren, die anerkanntermaßen eine bundeseinheitliche Regelung erfahren sollen und regelmäßig erfordern.¹²⁹ In Abgrenzung hierzu obliegt das gefahrenabwehrrechtlich geprägte Bauordnungsrecht der Kompetenz der Bundesländer.¹³⁰

Die Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB verfügt über einen solchen bauplanungsrechtliche Inhalt. Mit ihr wird der nach Satz 2 zuständigen höheren Verwaltungsbehörde eine explizite Abweichungsmöglichkeit von den Regelungen des Baugesetzbuches sowie der sich hierauf gründenden Vorschriften gewährt. Allein bauplanungsrechtliche Regelungskomplexe werden somit von Absatz 14 erfasst.

In Anbetracht der bundeseinheitlichen Aufgabe der Bewältigung der Flüchtlingskrise bedarf es auch einer gesamtstaatlichen Regelung. Eine Regelung auf der Ebene einzelner Bundesländer könnte demgegenüber auch angesichts der Diskussion um länderspezifische Aufnahmegrenzen¹³¹ keine praktikable Lösung herbeiführen.

Eine darüber hinausgehende Abweichungsmöglichkeit — etwa von bauordnungs- oder umweltrechtlichen Vorschriften — ist auch nicht implizit in Absatz 14 enthalten, sodass sich aus dem Gesichtspunkt keine abweichende Einschätzung ergibt.¹³²

Die erforderliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist damit in Gestalt von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG gegeben.

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 8.11.1972 — 1 BvL 15/68 sowie 26/69, juris Rn. 15 ff.

¹²⁹ Seiler, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 74 Rn. 66.

¹³⁰ BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 — 2 BvL 9/74, juris Rn. 17 ff.

¹³¹ Dazu etwa die Forderung des sachsen-anhaltinischen Ministerpräsidenten Haseloff, vgl. Spiegel online vom 11.12.2015: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/fluechtlinge-reiner-haseloff-cdu-besteht-auf-obergrenze-a-1067248.html> (Abrufdatum: 11.12.2015).

¹³² Battis/Mitschang/Reidt, NVwZ 2015, 1633 (1637). Dazu bereits unter I. 2. b.

b) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB müsste weiterhin mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu vereinbaren sein.

Ein Verstoß könnte sich daraus ergeben, dass aufgrund der Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe sowie der auf Rechtsfolgenseite gewährten Abweichungsbefugnis von einer aus verfassungsrechtlicher Sicht fehlenden Bestimmtheit der Regelung auszugehen sein könnte.¹³³

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können in Extremfällen unklare und unbestimmte Gesetze gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen.¹³⁴ Derartige Extremfälle liegen allerdings nicht schon dann vor, wenn der Gesetzgeber auslegungsbedürftige Begriffe verwendet, die sich nicht von vornherein allgemeingültig umschreiben lassen.¹³⁵ Dem liegt die Einsicht zugrunde, dass a priori die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale inhaltlich von unterschiedlicher Präzision sind, verbunden mit einer Skala von zunehmender bzw. abnehmender inhaltlicher Bestimmtheit.¹³⁶ Die Tatsache, dass die abstrakte Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe und ihre Anwendung im konkreten Fall erhebliche Schwierigkeiten bereiten können, führen für sich genommen noch nicht zu einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot. Es verbietet deshalb auch nicht per se die Verwendung von Generalklauseln¹³⁷ oder die Einräumung von Ermessen.¹³⁸ Benannt werden müssen allerdings die äußeren Grenzen des gewährten Ermessensspielraums, weil nur so die Möglichkeit richterlicher Überprüfung der Einhaltung dieser Grenzen gegeben ist.¹³⁹

Im Hinblick auf die einzelnen Normelemente des § 246 Abs. 14 BauGB ergeben sich bei Heranziehung des soeben referierten Bedeutungsgehalts des Bestimmtheitsgebotes die folgenden Befunde:

- Dass § 246 Abs. 14 BauGB erst dann zur Anwendung gelangen soll, wenn das Ziel, Unterkunftsmöglichkeiten in der jeweiligen Gemeinde bereitzustellen, nicht oder

¹³³ In diese Richtung bereits VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBl 2015, 1602 (1603).

¹³⁴ Bereits früh BVerfGE 1, 14(45). Siehe auch BVerfGE 17, 67 (82), und 25, 216 (227).

¹³⁵ BVerfGE 4, 352 (357 f.); 11, 234 (237).

¹³⁶ Dazu und zum Folgenden zusammenfassend *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7.

¹³⁷ Ausdrücklich in dem Sinne BVerfGE 13, 153 (161).

¹³⁸ BVerfGE 8, 274 (326).

¹³⁹ BVerfGE 20, 150 (158); 21, 73 (78).

c) Mögliche Grundrechtsverstöße

Weiterhin ist § 246 Abs. 14 BauGB daraufhin zu untersuchen, ob sich aus der Regelung etwaige Verstöße gegen Grundrechte ergeben könnten. In dem Kontext erfolgt eine Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG (aa)) sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (bb)).

aa) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG

Die Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB dürfte nicht gegen die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen.

Von einer fehlenden Vereinbarkeit der Regelung mit der Eigentumsgarantie könnte deshalb auszugehen sein, weil § 246 Abs. 14 BauGB die Anforderungen an eine Abweichungsentscheidung gegenüber bestehenden planungsrechtlichen Vorgaben und sich darauf stützenden, gegebenenfalls verfassungsrechtlich verfestigten Eigentumspositionen in Gestalt von Gebietserhaltungsansprüchen absenkt. Es stellt sich daher die Frage, ob § 246 Abs. 14 BauGB im Hinblick auf Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG als noch verhältnismäßige Regelung zu charakterisieren ist.

Über das Eigentumsrecht des Art. 14 Abs. 1 GG ist die rechtliche Zuordnung eines vermögenswerten Gutes zu einem Rechtsträger geschützt.¹⁵⁰ Als normgeprägtes Grundrecht unterliegt es in besonderer Weise dem Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers,¹⁵¹ was bereits im Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zum Ausdruck kommt.

Wollte man einen Eingriff in den Schutzbereich annehmen, könnte dieser allenfalls aus etwaigen Gebietserhaltungsansprüchen und deren Beeinträchtigung resultieren.¹⁵² Letztlich kann das dahinstehen: Mit § 246 Abs. 14 BauGB werden potenzielle Gebietserhaltungsansprüche nämlich zwar unter Umständen eingeschränkt, da die Möglichkeit eröffnet wird, von bestehenden bauplanerischen Festsetzungen abzuweichen. Dabei handelt es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Ei-

¹⁵⁰ Axer, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 14 Rn. 42.

¹⁵¹ Axer, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 14 Rn. 7 ff.

¹⁵² In diese Richtung wohl VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15, DVBl 2015, 1602 (1603).

nicht rechtzeitig verwirklicht werden kann, indem auf die Bestimmungen der Absätze 8 bis 13 BauGB zurückgegriffen wird, erschließt sich ohne weiteres aus der Wendung „soweit auch“. Der Ultima-Ratio-Charakter von Absatz 14 wird damit klar ausgedrückt.

- Aus der Wortsinninterpretation folgt für den unbestimmten Rechtsbegriff „benötigt“ die Bedeutung „für einen bestimmten Zweck brauchen“. ¹⁴⁰ „Dringend“ ist etwas, was unbedingt Erledigung verlangt. ¹⁴¹ In der Verknüpfung der beiden Normelemente wird damit die keinen Aufschub duldende, prioritär anzugehende Schaffung von Unterkunftsmöglichkeiten deutlich zum Ausdruck gebracht. Die Klärung des Bedeutungsgehalts lässt sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsregeln erreichen.

- Die Normelemente „nicht oder nicht rechtzeitig bereitgestellt werden können“ sind hinsichtlich der Basisgröße „Bereitstellung“ ohne weiteres zu erschließen: Das, worum es geht — Unterkunftsmöglichkeiten im Gebiet der Gemeinde —, muss zur Verfügung stehen, dargeboten werden ¹⁴² — hier in der Negation des „nicht“ oder des „nicht rechtzeitig“. Dass „nicht“ ganz allgemein die Negation ausdrückt, also die Nicht-Bereitstellung, ist offenkundig. „Nicht rechtzeitig“ bezieht sich auf einen Zeitpunkt, der nicht eingehalten wird: Rechtzeitig kommt etwas, wenn es noch früh genug ist. ¹⁴³ In der Umkehrung bedeutet das, dass dann, wenn der dringende Bedarf vorhanden ist, die Bereitstellung der Unterkunftsmöglichkeiten zu spät käme. Auch hier ist die Klärung des Bedeutungsgehalts mit Hilfe der üblichen Auslegungsregeln — hier insbesondere der Wortsinn- und der systematischen Interpretation — möglich. Unklarheiten bestehen nicht.

- Das Wort „kann“ ist die in der Rechtssprache üblicherweise verwendete Form, um die Einräumung von Ermessen auszudrücken.

- Durch die Wendung „in erforderlichem Umfang abgewichen“, wird die Einräumung des Ermessens begrenzt. ¹⁴⁴ Die Begrenzung als solche und die Verknüpfung mit der als Basisgröße fungierenden Ermessenseinräumung bergen für sich genommen kein

¹⁴⁰ *Duden*, Das Bedeutungswörterbuch, 2002, S. 196.

¹⁴¹ A.a.O., 273.

¹⁴² A.a.O., 198.

¹⁴³ A.a.O., 721.

¹⁴⁴ Mit der Einräumung von Ermessen wird die Gesetzesbindung gelockert, es gibt selbstverständlich aber kein „freies“, sondern nur ein rechtlich gebundenes Ermessen. Dazu zusammenfassend *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 17 f.

Bestimmtheitsproblem in sich. Es könnte allenfalls darin liegen, dass die beiden Merkmale „abweichen“ und „in erforderlichem Umfang“ möglicherweise für sich genommen nicht klar genug konturiert sind und das etwa bestehende Problem durch die Verknüpfung noch größer wird.

Einer näheren Prüfung halten diese Bedenken jedoch nicht stand: „Abweichen“ meint, dass sich etwas in bestimmten Punkten von etwas unterscheidet.¹⁴⁵ Worin das bestehen soll, wird präzise benannt: von den Vorschriften des Baugesetzbuchs oder den aufgrund des Baugesetzbuchs erlassenen Vorschriften. Nicht ganz so einfach liegt es hinsichtlich der zugelassenen Dimensionierung der Abweichung, aber auch hier hilft bereits die Wortsinninterpretation weiter: Erforderlich ist das, was für einen bestimmten Zweck notwendig, unerlässlich, unvermeidlich ist.¹⁴⁶ Der Zweck steht hier fest; damit er verwirklicht werden kann, muss die Abweichung zwingend geboten sein.

Im Übrigen handelt es sich um nichts anderes als die explizite Benennung dessen, was aus verfassungsrechtlichen Gründen bei der Ausübung von Ermessen ohnehin zu beachten ist.¹⁴⁷ Anders formuliert: Auch wenn der Gesetzgeber auf die Wendung „in erforderlichem Umfang“ verzichtet hätte, wäre sie Bestandteil des Normelements „kann“ mit der auf eine Zweck-Mittel-Relation zielenden Limitierung der Ermessensausübung.¹⁴⁸ Im Ergebnis stellt sich auch von daher nicht das Problem der Unklarheit bzw. Unbestimmtheit. § 246 Abs. 14 BauGB bewegt sich auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen dessen, was insoweit aus verfassungsrechtlichen Gründen zu verlangen ist.

Zwischenergebnis:

Die Erörterung der einzelnen Normelemente des § 246 Abs. 14 BauGB liefert keine Hinweise darauf, dass eine Kollision mit dem Bestimmtheitsgebot drohen könnte

Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn die Norm insgesamt in den Blick genommen wird: Zwar werden sowohl auf der Rechtsvoraussetzungs- als auch auf der

¹⁴⁵ *Duden*, a.a.O., 69.

¹⁴⁶ A.a.O., 329.

¹⁴⁷ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 23, spricht von objektiven Schranken des Ermessens.

¹⁴⁸ Zusammenfassend dazu *Schlink*, in: BVerfG-Festschrift, Bd. II, S. 445 ff.

Rechtsfolgenseite sich aufeinander beziehende unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet; das führt jedoch aus einer Reihe von Gründen nicht zur Unbestimmtheit der Vorschrift:

- Die einzelnen Normelemente sind — wie dargelegt — für sich genommen klar konturiert.
- Ihre Verknüpfung entspricht üblicher gesetzgeberischer Praxis: Abgesehen von dem zusätzlichen Merkmal „in erforderlichem Umfang“ ist die Satzkonstruktion vergleichsweise transparent mit lediglich einem Neben- und einem Hauptsatz.
- Die Vorschrift richtet sich an Normadressaten, die mit der Materie vertraut sind. Vorausgesetzt werden kann eine „Vorverständnisbasis“, von der ausgehend die (neuen) Regelungselemente rezipiert werden können.

Vor dem Hintergrund ergibt sich auch nicht die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung. Umgekehrt drängt sich der Eindruck auf, dass die vom VG Hamburg unter dem Rubrum „Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot“ geführte Diskussion sich in Wahrheit um die inhaltliche Tragweite der Vorschrift und den damit verbundenen Auswirkungen auf das Regelungssystem des Baugesetzbuchs dreht. Berührt sind damit namentlich Fragen der Vereinbarkeit mit der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG). Dem ist an entsprechender Stelle¹⁴⁹ nachzugehen.

¹⁴⁹ Unter 1. 2. d).

gentums. Diese ist verfassungskonform ausgestaltet. Sie verfolgt mit der verankerten öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung einen notwendigen und interessengerechten Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen bestehendem Privateigentum und der staatlichen Daseinsvorsorge, worunter auch die angemessene Flüchtlingsunterbringung zu fassen ist. Bereits die Schwere des Eingriffs ist als allenfalls gering zu bewerten; lediglich planungsrechtlich konnotierte Gebietsbewahrungsansprüche werden betroffen.

Sofern überhaupt ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Art. 14 Abs. 1 GG anzunehmen ist, ist er jedenfalls gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG liegt nicht vor.

Ob sich die gemeindlichen Gebietskörperschaften in dem Zusammenhang auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen könnten erscheint fraglich.¹⁵³ In jedem Fall wäre ein angenommener Eingriff ebenfalls gerechtfertigt.

bb) Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Die Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB dürfet weiterhin nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

Danach ist wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.¹⁵⁴ Ist es schlechterdings unmöglich, dass zwei Gegenstände oder Sachverhalte völlig identisch sind,¹⁵⁵ geht es bei dem Schritt nicht um eine absolute Aussage der (Nicht-)Vergleichbarkeit, sondern um eine Sammlung der Eigenschaften, die eine Differenzierung ermöglichen.¹⁵⁶ Maßgeblich ist die Betrachtung der Rechtsfolgen, die an die zu beurteilenden Konstellationen geknüpft sind.¹⁵⁷

An die Beschreibung und Charakterisierung knüpft sich die maßgebliche Bewertung danach, ob eine gegebenenfalls festgestellte Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Dinge oder eine etwaige Gleichbehandlung eigentlich ungleicher Objekte ver-

¹⁵³ In diese Richtung und in Bezug auf Enteignungsrecht eventuell BGH, Urt. v. 12.03.2015 — III ZR 36/14, zitiert nach juris. Kritisch dazu *Greinacher*, ER 2015, 235 ff. (236 f.)

¹⁵⁴ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 3 Rn. 15, 17 ff.

¹⁵⁵ In diese Richtung auch BVerfG, Beschl. v. 29.11.1989 — 1 ByR 1402/87, juris Rn. 34 ff.

¹⁵⁶ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 3 Rn. 15.

¹⁵⁷ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 3 Rn. 15.

fassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.¹⁵⁸ Dabei genießt der Gesetzgeber als „gestaltender Erstinterpret“¹⁵⁹ einen weiten Gestaltungsspielraum, den er erst dann verletzt, wenn er willkürlich oder unverhältnismäßig handelt.¹⁸⁰

Innerhalb der Anforderungen an eine Rechtfertigung staatlichen und insbesondere gesetzgeberischen Handelns wird zwischen der sog. Willkürformel,¹⁸¹ der Neuen Formel,¹⁸² der Neuesten Formel¹⁸³ sowie schließlich der Stufenlos-Formel¹⁸⁴ differenziert. Ungeachtet der in Teilbereichen bestehenden Unterschiede der einzelnen Rechtfertigungsmaßstäbe resultiert aus der Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Mit der Möglichkeit, zugunsten der Errichtung von Flüchtlingsunterkünften über § 246 Abs. 14 BauGB von den Regelungen des Baugesetzbuches sowie darauf gründender Rechtsvorschriften abzuweichen, wurde eine Sonderregelung geschaffen, die gerade in den Rechtsfolgen keine Ungleichbehandlung eigentlich gleich zu behandelnder Sachverhalte bedingt. Denn bei der Flüchtlingsunterbringung handelt es sich zwar um eine dem regulären Wohnen vergleichbare Nutzungsform, indes überwiegt der soziale Aspekt, der letztlich eine Differenzierung nicht nur erlaubt, sondern gerade nach erfordert. Demgemäß könnte man unter Umständen sogar davon ausgehen, es läge schon kein Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes vor.

Auch wenn man von einem Eingriff ausgeht, ist dieser verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die an die Unterscheidung anknüpfende Abweichungsbefugnis zugunsten von Flüchtlingsunterkünften und die daraus resultierende Ermöglichung einer erleichterten Realisierung der in § 246 Abs. 14 BauGB aufgezählten Nutzungsarten sind weder willkürlich noch unverhältnismäßig. Eine außergewöhnliche Situation, die zu bundesweit erheblichen Flüchtlingszahlen und in der Folge der Notwendigkeit einer Un-

¹⁵⁸ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 3 Rn. 24 ff.

¹⁵⁶ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 3 Rn. 106.

¹⁶⁰ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 3 Rn. 107; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 3 Rn. 24 ff.

¹⁶¹ BVerfG, Urf. v. 23.10.1951 — 2 BvG 1/51, zitiert nach juris.

¹⁶² BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 — 1 BvL 50, 89/79, 1 EivR 240/79, zitiert nach juris.

¹⁶³ BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 — 1 BvL 38/92 u.a., zitiert nach juris.

¹⁶⁴ BVerfG, Beschl. 21.06.2011 — 1 ByR 2035/07, zitiert nach juris.

terbringung führte, konnte vom Gesetzgeber in rechtmäßiger Weise als Begründung seines Vorgehens herangezogen werden.¹⁶⁵

Die Gefahr eines verfassungswidrigen „Zweiklassenbaurechts“¹⁶⁶ droht nicht. Die Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB ist zwar sehr weitreichend ausgestaltet. Maßgeblich ist in dem Zusammenhang jedoch die besondere Zweckbestimmung,¹⁶⁷ die die Norm verfolgt. Die Privilegierung der öffentlichen Hand bei der Realisierung von Unterkünften zur Flüchtlingsunterbringung gegenüber beispielsweise privaten Bauherren, ist in der Konsequenz der soeben angestellten Erwägungen sogar geboten. Dem ist zusätzlich darüber Rechnung getragen, dass der Gesetzgeber der aktuellen Krise begegnen wollte und demgemäß nicht auf unabsehbare Zeit, sondern nur bis 31. Dezember 2019 eine Heranziehung der Vorschrift erlaubt hat. Dann entstehender Anpassungsbedarf kann die Grundlage einer Neuregelung bilden.

Die als ultima ratio ausgestaltete Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB verstößt im Ergebnis nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG und den dort verankerten allgemeinen Gleichheitssatz.

d) Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG

Die Ausnahmevorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB müsste überdies mit der in Art. 28 Abs. 2 GG verankerten kommunalen Planungshoheit vereinbar sein.

Ein Verstoß könnte daraus resultieren, dass bestehende wie künftige gemeindliche Planungsentscheidungen im Umfeld und Anwendungsbereich von § 246 Abs. 14 BauGB insofern keine Relevanz mehr haben, als von ihnen durch die höhere Verwaltungsbehörde abgewichen werden kann.¹⁶⁸

Die in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung umfasst zunächst die verfassungsrechtlich statuierte Existenz der kommunalen Gebiets-

¹⁶⁵ Dazu etwa BT-Drucks. 18/6185 vom 29.09.2015, S. 55.

¹⁶⁶ In diese Richtung das Thesenpapier des Deutschen Anwaltvereins zur Flüchtlingssituation vom 23. September 2015, abrufbar unter: <http://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/ueber/020uns/Soziales/020Engagement/Fluechtlinge/Thesenpapier.pdf> (Abrufdatum: 23.01.2016), S. 22 ff.

¹⁶⁷ Dazu I. 1. b) cc).

¹⁶⁸ Vgl. zum Folgenden bereits: *Willmann*, Der besondere Artenschutz als Element der Genehmigungsgescheidung eines Flächennutzungsplans, 2015, S. 14 ff.

körperschaften.¹⁶⁹ Darüber hinaus wird den konkreten Körperschaften eine beschränkt-individuelle Rechtssubjektsgarantie verliehen, die eine Auflösung, Eingliederung oder sonstige Gebietsveränderung nur unter engen Voraussetzungen zulässt.¹⁷⁶ Die Gemeinden sind damit Teil der demokratisch verfassten Staatsgewalt.¹⁷¹ Dennoch folgt aus Art. 28 Abs. 2 GG keine grundrechtliche Gewährleistung im Sinne eines subjektiven Freiheits- oder Abwehrrechts;¹⁷² es handelt sich vielmehr um eine institutionelle Garantie, die als verfassungsrechtliche Sicherung einer öffentlich-rechtlich geregelten Einrichtung charakterisiert wird •173

Die Selbstverwaltungsgarantie verfolgt neben Rechtsstaats- und Demokratieaspekten — Stichwort: bürgerschaftlich getragene Verwaltung¹⁷⁴ — zugleich das Ziel sowie die Funktion administrativer Dezentralisierung,¹⁷⁶ wenn den Gemeinden und Gemeindeverbänden teilweise Aufgaben der Exekutive¹⁷⁵ sowie — in beschränktem Maß — der Legislative¹⁷⁵ übertragen werden.

Die etwaige Annahme einer bloßen Existenzgarantie — ob nun generell oder individuell ausgestaltet — wird dem in Art. 28 Abs. 2 GG verankerten Schutzgedanken gleichwohl nicht ausreichend gerecht. Daher formuliert bereits Satz 1 (weitergehend) das Recht der Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln. Der Bereich gemeindlicher Selbstverwaltung¹⁷⁸ gilt jedoch nicht unbeschränkt, sondern erfährt in Satz 2 insofern eine Einschränkung, als die Reichweite durch Gesetze ausgestaltet und beschränkt werden kann. Dabei hat die Legislative den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung in besonderem Maße zu achten und zu schützen: Dessen Wesensgehalt darf in keinem Fall ausgehöhlt werden.¹⁷⁹ Allerdings verfügt der Gesetzgeber im Rahmen seiner legislativen Tätigkeit

¹⁶⁹ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Rn. 38.

¹⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 12.05.1992 — 2 ByR 470/90, 2 ByR 670/90, 2 11./R 707/90, NVwZ 1993, 262 (263 ff.).

⁷¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 — 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, NJW 1991, 162 (163 f.)

¹⁷² BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 — 2 BvR 1619/83, 2 ByR 1628/83, NVwZ 1989, 347 (348).

¹⁷³ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Rn. 33 m.w.N.

¹⁷⁴ *Mehde*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 117.

¹⁷⁸ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Rn. 30.

¹⁷⁶ BVerfG, Urt. v. 04.03.1975 — 2 BvF 1/72, NJW 1975, 1115 f.

¹⁷⁷ Vgl. zur sog. Satzungshoheit *Mehde*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 63 f.

¹⁷⁸ Zu dem Begriff *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Rn. 39.

¹⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 — 2 ByR 1619/83, 2 ByR 1628/83, NVwZ 1989, 347 (348 f.).

über einen Einschätzungsspielraum,¹⁸⁰ der gerichtlich nur eingeschränkt im Rahmen einer sog. Vertretbarkeitskontrolle überprüfbar ist.¹⁸¹

Auch über den Kernbereich hinaus gewährleistet Art. 28 Abs. 2 GG ein verfassungsrechtlich geschütztes Aufgabenverteilungsprinzip, das insbesondere hinsichtlich seiner Zuständigkeitsverteilung stets zu respektieren ist.¹⁸² Aufgaben mit relevantem örtlichen Charakter dürfen daher nur beschnitten oder gänzlich entzogen werden, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht, der insbesondere in übergeordneten Gemeinwohlinteressen liegen kann, namentlich wenn die rechtskonforme Aufgabenerfüllung gefährdet wäre.¹⁸³

Unterfall der Gebietshoheit ist die Planungshoheit.¹⁸⁴ Danach muss den Kommunen jedenfalls die zentrale Entscheidungsgewalt über die künftige Gestaltung des eigenen Gemeindegebiets obliegen.¹⁸⁵ Das betrifft insbesondere die Pläne, die zu einer geordneten städtebaulichen Entwicklung notwendig sind.¹⁸⁶ Namentlich fällt hierunter die Erstellung der Flächennutzungs- und der Bebauungspläne als Ausschnitt der gemeindlichen Bauleitplanung,¹⁸⁷ bei der es sich ihrerseits um das zentrale Element des Städtebaurechts handelt.¹⁸⁸ Der Flächennutzungsplan wird auch als vorbereitender Bauleitplan, der Bebauungsplan als verbindlicher Bauleitplan beschrieben.¹⁸⁹

Einfachgesetzlich erfolgte die Verankerung der kommunalen Planungshoheit in § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB. Danach sind die Bauleitpläne durch die Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen, wobei diese wiederum ihre Grenze einerseits in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und andererseits im Rahmen der Gesetze

¹⁸⁰ *Mehde*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 53 m.w.N.

¹⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 18.05.2004 — 2 Bviri 2374/99, NVwZ 2004, 1477 (1483).

¹⁸² Zum Begriff des Aufgabenverteilungsprinzips: *Mehde*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 117.

¹⁸³ *Mehde*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 117 m.w.N.

¹⁸⁴ *Mehde*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Abs. 2 Rn. 59.

¹⁸⁵ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz (GG) Kommentar, Art. 28 Rn. 40.5.

¹⁸⁶ BVerwG, Urt. v. 20.04.1994 — 11 C 17/93, NJW 1995, 165 (166).

¹⁸⁷ Dazu *Erbguth*, Jura 1988, 561 (565).

¹⁸⁸ *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 1 Rn. 1.

¹⁸⁹ *Stüer*, Hdb. des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rn. 308.

findet¹⁹⁰ Es handelt sich um eine weisungsfreie Selbstverwaltungsaufgabe, die die kommunale Planungshoheit umsetzt und ausfüllt.¹⁹¹

Mit § 246 Abs. 14 BauGB wird der höheren Verwaltungsbehörde die Möglichkeit eröffnet, von den im Rahmen der kommunalen Planungshoheit erstellten planerischen Festsetzungen in Gestalt der Flächennutzungs- wie der Bebauungspläne abzuweichen.

Das stellt einen Eingriff in die soeben beschriebene kommunale Planungshoheit im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG dar. Denn der gemeindliche Planungswille wird insoweit irrelevant, als trotz etwaig entgegenstehender planerischer Entscheidungen und hieraus folgender Festsetzungen Flüchtlingsunterkünfte auf dem Gemeindegebiet realisiert werden können. Absatz 14 stellt demgemäß die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit her, ohne dass den solchermaßen legitimierten baulichen Anlagen bauleitplanerische Gesichtspunkte entgegengehalten werden könnten.

Ein solcher Eingriff ist verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig. Stellt Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die kommunale Planungshoheit seinerseits unter den Vorbehalt des Gesetzes — wörtlich: im Rahmen der Gesetze —, könnte es sich bei der Regelung des § 246 Abs. 14 BauGB um die Konkretisierung des nämlichen Gesetzesvorbehalts handeln. Die Regelung müsste formell rechtmäßig zustande gekommen sein, dürfte insbesondere den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung nicht verletzen und müsste verhältnismäßig sein.

Maßgeblich ist in dem Zusammenhang der gerechtfertigte Eingriff in die kommunale Planungshoheit sowie die Verhältnismäßigkeit von § 246 Abs. 14 BauGB. Der Kernbereich gemeindlicher Selbstverwaltung wird von § 246 Abs. 14 BauGB nicht verletzt. Lediglich für explizit aufgeführte bauliche Vorhaben kann von den Vorgaben der Planungsträger abgewichen werden. Die Planungshoheit als Ausprägung der Selbstverwaltung wird nicht dem Grunde nach in Frage gestellt.

Auch mittelbar droht keine Aushöhlung der kommunalen Rechte. Das wird unter anderem über die in § 246 Abs. 14 BauGB verankerten Beschränkungen des Anwendungsbereichs sichergestellt. Entscheidend ist in dem Kontext die Anforderung, nur

¹⁹⁰ *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 6 Rn. 6 ff., 19.

¹⁹¹ *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, § 2 Rn. 1, 20 f.

solche Vorhaben über die Regelung zu legitimieren, die sich im erforderlichen Umfang bewegen.

Die Verhältnismäßigkeit wird über diese Voraussetzung beziehungsweise Beschränkung der rechtsfolgenseitigen Abweichungsbefugnis gewahrt. Einschränkend ist diesbezüglich jedoch auf die Ausführungen unter I. 1. zu verweisen. Entscheidend ist, dass weder durch die entsprechenden Vorhaben geltende Bebauungspläne außer Kraft gesetzt werden noch die maßgebliche Umgebung in einer Weise überformt wird, die eine Bauleitplanung der Gemeinde faktisch vorwegnimmt. Eine allzu weitreichende Operationalisierung der tatbestandlichen Voraussetzungen sowie der eröffneten Rechtsfolge kann dadurch vermieden werden.

e) Zwischenfazit

Die Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB verstößt nicht gegen die Anforderungen des Grundgesetzes.

Der Bundesgesetzgeber verfügte über die notwendige Kompetenz zum Erlass der Regelung. Sie ist hinreichend bestimmt ausgestaltet.

Mit § 246 Abs. 14 BauGB ist zwar möglicherweise ein Eingriff in das Eigentumsrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG sowie den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbunden; auch die kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG in der Ausprägung der kommunalen Planungshoheit wird tangiert. Sämtliche Eingriffe können jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Von daher besteht keine Veranlassung, § 246 Abs. 14 BauGB wegen sonst drohender Verfassungswidrigkeit verfassungskonform auszulegen

In dem Kontext sind allerdings die Anforderungen an eine Operationalisierung von § 246 Abs. 14 BauGB, wie unter I. 1. ausgeführt, zu beachten. Um eine ausufernde Verwendung der Abweichungsbefugnis zu vermeiden, sind die darin angestellten Erwägungen im Hinblick auf den Tatbestand wie die Rechtsfolgen von § 246 Abs. 14 BauGB zu beachten.

II. Verfahrensrechtlicher Teil

Über die materiell-rechtlichen Vorgaben hinaus müssten die notwendigen Verfahrensschritte eingehalten werden. Für den Fall etwaiger Verstöße ist in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob und inwieweit sich hieraus Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter ergeben könnten.

Die in dem Zusammenhang übermittelten Fragen lauten:

Relativieren sich im Anwendungsbereich des § 246 Abs. 14 BauGB die Anforderungen an die Umwelt(verträglichkeits)prüfung einschließlich der in dem Zusammenhang durchzuführenden Öffentlichkeitsbeteiligung?

Dabei sollen die originär bauordnungsrechtlichen Vorgaben, wie sie sich aus der Hamburgischen Bauordnung ergeben, vorliegend von der Prüfung ausgenommen werden. In dem Zusammenhang wird ein rechtmäßiges Vorgehen des BezA unterstellt.

Die Ausführungen konzentrieren sich demgemäß auf die Fragen nach der Notwendigkeit der Durchführung eines Bauleitplanungsverfahrens sowie die sich hieraus gegebenenfalls ergebenden Ableitungen, insbesondere im Hinblick auf europarechtlich determinierte Anforderungen an die Verfahrensgestaltung.

Generell sind Gemeinden nicht verpflichtet, ein Bauleitplanverfahren durchzuführen. Mit § 1 Abs. 3 BauGB obliegt den Gemeinden als Trägern der Bauleitplanung vielmehr die Befugnis, die entsprechenden Planungen durchzuführen. Die solchermaßen statuierte Befugnis verdichtet sich allerdings dann zu einer Planungspflicht, soweit und sobald es im Rahmen der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung erforderlich wird, einen Flächennutzungsplan oder einen Bebauungsplan aufzustellen.¹⁹²

Angesichts der geplanten Größe der künftigen Flüchtlingsunterkünfte ließe sich erwägen, eine dadurch bedingte Auswirkung auf die städtebauliche Entwicklung anzunehmen und in der Folge von einer Planungspflicht auszugehen. In diese Richtung tendiert auch das BezA, wenn es die Entstehung der künftigen Wohnviertel bauleitplanerisch absichern möchte. Die bereits bestehenden Flächennutzungs- und Bebauungspläne müssten geändert oder gänzlich neu entwickelt werden.

¹⁹² Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, Loseblatt, § 1 Rn. 28 ff.

Die Handhabung der Vorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB kann selbstverständlich keinen Selbstzweck dergestalt verfolgen, dass um der Norm als solcher Willen eine bestimmte Reichweite angenommen werden müsste. Entscheidend ist der mit der Vorschrift verfolgte öffentliche Zweck, der gerade darin besteht, in einer akuten Krise den erforderlichen Unterbringungsraum zur Verfügung stellen zu können. Das gilt indes einschränkend nur hinsichtlich der zeitlich limitierten Nutzung der baulichen Anlagen als sonstige Unterkunft zum Zwecke der Flüchtlingsunterbringung. Die perspektivische allgemeine Wohnnutzung ist hiervon nicht mehr erfasst, sämtliche Regelungen des Baugesetzbuches kommen diesbezüglich regulär zur Anwendung.

Mittelbare Faktoren könnten die Durchführung eines Bauleitplanverfahrens im Vorfeld einer Planungspflicht erforderlich machen.

Das könnte darauf gründen, dass nach Anlage 1 zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)¹⁹³ für Vorhaben der geplanten Art die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder einer Vorprüfung erforderlich wird. Wenn gleich eine solche Umweltprüfung sicherlich nicht für einzelne bauliche Anlagen notwendig wird, so sind die verschiedenen Vorhaben im Rahmen dieser Betrachtung als ein gegebenenfalls prüfpflichtiges Gesamtvorhaben anzusehen. Das gilt schon deshalb, weil sonst die Pflicht einer Umweltverträglichkeitsprüfung regelmäßig unterlaufen werden könnte, teilte man die zu bewertenden Gebäude nur in Abschnitte auf, die für sich genommen keiner Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen.

Die von § 246 Abs. 14 BauGB eröffnete Abweichungsmöglichkeit betrifft ausschließlich die Vorschriften des Baugesetzbuchs, anderweitige Rechtsregime — wie etwa das Naturschutzrecht — bleiben hiervon unberührt.¹⁹⁴ Auch wenn sich im Rahmen einer Umweltverträglichkeitsprüfung kein neuer materiell-rechtlicher Prüfungsmaßstab ergibt, sondern es sich um eine reine Verfahrensregelung handelt, die eines entsprechenden Trägerverfahrens¹⁹⁵ bedarf — etwa in Gestalt der vorliegenden Baugenehmigungsverfahren —, lässt § 246 Abs. 14 BauGB eine Abweichung hiervon nicht zu.

¹⁹³ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 94), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2053).

¹⁹⁴ Siehe I. 1. c).

¹⁹⁵ *San genstedt*, in: Beckmann/Durner/Mann/Röckinghausen, Landmann/Rohmer Umweltrecht, Kommentar, Loseblatt, § 1 UVPG Rn. 6.

Jedenfalls im Rahmen einer europarechtskonformen Interpretation wird man darüber hinaus fordern müssen, dass auch eine mittelbare Beschränkung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens sowie dessen deutsche Umsetzung unterbleibt. Wenn es § 246 Abs. 14 BauGB folglich ermöglichen soll, von der Durchführung eines planungsrechtlich legitimierenden Bauleitverfahrens abzusehen, darf von den sich auf ein solches Planungsverfahren stützenden Regelungen, die sich nicht aus dem Baugesetzbuch oder aus den aufgrund des Gesetzes erlassenen Vorschriften ergeben, nicht abgewichen werden.

Das führt im Ergebnis dazu, dass man eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung dann annehmen muss, wenn deren Voraussetzungen nach Anlage 1 zum UVPG, dort die Nr. 18.7 und 18.8, erfüllt sind und eine Prüfpflicht im Einzelfall nur deshalb ausscheidet, weil das eigentlich notwendige Bauleitplanverfahren aufgrund der Abweichungsvorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB unterbleiben kann.

In der Konsequenz lässt sich somit zwar die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit der geplanten Flüchtlingsunterkünfte über die Ausnahmevorschrift des § 246 Abs. 14 BauGB erreichen; von der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung beziehungsweise einer entsprechenden Vorprüfung entbindet das die zuständige Behörde allerdings nicht.

Da sich die Zuständigkeitsanordnung des § 246 Abs. 14 S. 2 BauGB nur auf die Abweichungsentscheidung erstreckt und die sonstigen insbesondere bauordnungsrechtlichen Regelungen unangetastet bleiben,¹⁹⁶ ist die die Baugenehmigung erteilende Behörde zugleich für die Durchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung zuständig.

Geht man somit — in Abhängigkeit von der mutmaßlichen Gebietsgröße — von einer Umweltverträglichkeitsprüfpflicht aus, sind in dem Zusammenhang die jeweils einschlägigen Verfahrensregelungen insbesondere im Hinblick auf die notwendige Öffentlichkeitsbeteiligung einzuhalten. Etwaige Sonderregelungen ergeben sich aus § 246 Abs. 14 BauGB nicht.

¹⁹⁶ Dazu unter 1. 1. a).

III. Gesamtergebnis

1. Der Errichtung geplanter Flüchtlingsunterkünfte entgegenstehende bauleitplanerische Festsetzungen können über den Weg der Abweichungsregelung des § 246 Abs. 14 BauGB überwunden werden. Im Kanon der Sonderregelungen des § 246 BauGB zur Flüchtlingsunterbringung stellt Absatz 14 die ultima ratio dar.
2. An die tatbestandlichen Voraussetzungen des Absatzes 14 sind keine übersteigerten Anforderungen zu stellen, das heißt aber nicht, dass diese Vorschrift voraussetzungslos ist. Absatz 14 erlaubt nicht die Zulassung einer regulären Wohnnutzung.
3. Auf der Rechtsfolgenseite verleiht Absatz 14 eine Abweichungsbefugnis nur im erforderlichen Umfang. Die Erforderlichkeit ist — unter Berücksichtigung der Belange nach § 1 Abs. 6 BauGB — in Bezug auf den konkreten Unterbringungszweck als auch in Bezug auf andere Standorte im Sinne einer Alternativenprüfung zu beurteilen. Vorrangig sind solche Standorte heranzuziehen, die eine geringere Eingriffsinvasivität aufweisen, nach den Absätzen 8 bis 13 oder gar planungskonform und ohne Rückgriff auf eine Abweichungsregelung auskommen.
4. Die Erforderlichkeit — differenziert nach der jeweiligen Unterbringungsmöglichkeit — ist von Seiten der Behörde plausibel darzulegen. Die entsprechende Prüfung ist schriftlich zu dokumentieren. Der Monitoringbericht mit Stand Februar 2016 genügt den zu stellenden Anforderungen nicht; die derzeitigen Wohnungsbauprogramme müssen Berücksichtigung finden.
5. Die Anwendung des § 246 Abs. 14 BauGB darf weder zur Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans führen, noch darf sich ein öffentliches Planungsbedürfnis nach § 1 Abs. 3 BauGB mit der Folge einer (Erst-)Planungspflicht gerade aus der Heranziehung von § 246 Abs. 14 BauGB ergeben. Entsteht aufgrund der Anwendung der Sonderregelung indes eine Planungspflicht im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB, entfällt die Möglichkeit der planungsrechtlichen Legitimierung über § 246 Abs. 14 BauGB am konkreten Standort und es sind in der Folge diejenigen Standorte zu nutzen, die im Rahmen der anzustellenden Erforderlichkeits- und Alternativenprüfung als nächste in Betracht kommen.

6. Die Vorschrift erlaubt ausschließlich die Überwindung von originär bauplanungsrechtlichen Vorschriften des Baugesetzbuches sowie hierauf gründender Vorschriften und Festsetzungen. Die Vorgaben des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) sowie die örtlicher Schutzgebietsverordnungen gehören nicht hierzu. Gegebenenfalls ist eine entsprechende Anwendung der Regelungen über die Umweltverträglichkeitsprüfung notwendig.

7. Unter Berücksichtigung der Maßgaben der vorstehenden Ziffern 1 bis 7 verstößt § 246 Abs. 14 BauGB nicht gegen höherrangiges Recht. Unter dieser Voraussetzung besteht keine Veranlassung zu einer verfassungs- oder europarechtskonformen Auslegung.

8. Vorbehaltlich einer Prüfung im Einzelfall bestehen in mehrfacher Hinsicht erhebliche Bedenken gegen die Vorgehensweise Hamburgs. § 246 Abs. 14 BauGB bietet keine Grundlage für ...

- eine beabsichtigte (unmittelbar bevorstehende) reguläre Wohnnutzung,
- eine Abkürzung von Bauleitplanverfahren durch Vorverlegung der Vorweggenehmigungsreife,
- Vorhaben in einer Größenordnung und Ausstattung, die für künftige planerische Gestaltungsfreiheit keinen nennenswerten Spielraum mehr lassen,
- Vorhaben, die zur Funktionslosigkeit von Bebauungsplänen führen.

Angemerkt sei hier noch Folgendes: Mit dem Bestreben, im Interesse der Integration möglichst kleinere Einheiten zu schaffen und für eine frühzeitige „Durchmischung“ zu sorgen, verschwimmen zunehmend die Grenzen zwischen Flüchtlingsunterbringung und „normalem“ Wohnungsbau. Es wurde bereits verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Erleichterungen des § 246 BauGB nicht für den Wohnungsbau zur Verfügung stehen.



Prof. Dr. Edmund Brandt



Ass. iur. Sebastian Willmann

Literaturverzeichnis

BADURA, PETER/HORST DREIER, Festschrift — 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, München 2001.

BATTIS, ULRICH/MICHAEL KRAUTZBERGER/ ROLF-PETER LÖHR (Begr.), Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, fortg. v. Battis/Mitschang/Reidt, 12. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § Rn.).

BATTIS, ULRICH/STEPHAN MITSCHANG/OLAF REIDT, Das Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetz 2015, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2015, S. 1633 — 1640.

BATTIS, ULRICH/STEPHAN MITSCHANG/OLAF REIDT, Das Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2015, S. 1609 — 1614.

BECKMANN, MARTIN/WOLFGANG DURNER/THOMAS MANN/MARC RÖCKINGHAUSEN, Landmann/Rohmer Umweltrecht, Kommentar, Loseblatt, Stand: 77. Ergänzungslieferung 2015, München 2015.

DEUTSCHER ANWALTVEREIN (DAV), Thesenpapier zur Flüchtlingssituation: Optimierung der rechtlichen Rahmenbedingungen vom 23. September 2015, abrufbar unter:

[http://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/ueber°/020uns/Soziales°/020Engagement/Fluechtlinge/Thesenpapier.pdf](http://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/ueber%20uns/Soziales%20Engagement/Fluechtlinge/Thesenpapier.pdf) (Abrufdatum: 16.12.2015).

DUDEN, Das Bedeutungswörterbuch, 3. Auflage, Mannheim 2002.

DUDEN, Deutsche Rechtschreibung,
26. Auflage, Mannheim 2014.

DÖRIG, HARALD/ CHRISTINE LANGENFELD, Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2016, 1-5.

DURNER, WOLFGANG, Anmerkung zu VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015 — 7 E 5333/15 —, Errichtung einer Obdachlosenunterkunft nach Ordnungsrecht?, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2015, S. 1605 — 1608.

EPPING, VOLKER/CHRISTIAN HILLGRUBER, Grundgesetz (GG) Kommentar,
2. Auflage, München 2013.

ERBGUTH, WILFRIED, Rechtsstaatsprinzip und kommunales Selbstverwaltungsrecht — aktuelle Problemlagen,
Juristische Ausbildung (JURA) 1988, S. 561 —567.

ERNST, WERNER/VILLY ZINKAHN/WALTER BIELENFELD, Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar, fortgeführt von Micheal Krautzberger, Loseblatt, Stand: 119. Ergänzungslieferung, November 2015,
München 2015.

EWER, WOLFGANG/ANNETTE MUTSCHLER-SIEBERT, Die Unterbringung von Flüchtlingen — Bau-, ordnungs- und vergaberechtliche Aspekte,
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2016, S. 11 — 18.

GREINACHER, DOMINIK, Enteignung für einen Netzanschluss und eine Zuwegung eines Windparks,
EnergieREcht (ER) 2015, S. 235 — 239.

KLUTH, WINFRIED/ANDREAS HEUSCH, Beck`scher Online-Kommentar Ausländerrecht,
Stand: 01.11.2015, München 2015.

KÖNIG, HELMUT/THOMAS ROESER/HÜRGEN STOCK, Baunutzungsverordnung (BauNVO) Kommentar,
3. Auflage, München 2014.

KRAUTZBERGER, MICHAEL/BERNHARD STÜER, Flüchtlingsunterbringung: Die BauGB-Novellen 2014 und 2015,
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2015, S. 1545 — 1551..

LANGENFELD, CHRISTINE/CLAUDIUS VWEISENSEE, Flüchtlinge ins Gewerbegebiet,
Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2015, S. 132 — 138.

MAUNZ, THEODOR/GÜNTER DÜRIG/ROMAN HERZOG/RUPERT SCHOLZ,
Grundgesetz (GG) Kommentar, Loseblatt,
Stand: 74. Erg.-Lfg., München 2015.

MAURER, HARTMUT, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage,
München 2011.

PHILIPP-GERLACH, URSULA/ANDREAS LUKAS, Die UVP-Vorprüfung in der Rechtsprechung und Praxis,
Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 548 — 553.

SAGASSER, BERND/THOMAS BULA/THOMAS BRÜNGER, Umwandlungen,
4. Auflage, München 2011.

SCHEIDLER, ALFRED, Die neue Befreiungsvorschrift des § 246 X BauGB und ihr Verhältnis zu § 3111 BauGB — Flüchtlingsunterkünfte in Gewerbegebieten,
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2015, S. 1406— 1410.

SCHEIDLER, ALFRED, Die zweite BauGB-Flüchtlingsnovelle,
Umwelt- und Planungsrecht (UPR) 2015, S. 479 — 486.

SPANNOWSKY, WILLY/MICHAEL UECHTRITZ, Beck'scher Onlinekommentar zum Baugesetzbuch, 31. Edition, Stand: 01.10.2015, München 2015.

STÜER, BERNHARD, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Auflage, München 2009.

VORWERK, VOLKER/CHRISTIAN WOLF, Beck'scher Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), Stand: 01.09.2015, München 2015.

WILLMANN, SEBASTIAN, Der besondere Artenschutz als Element der Genehmigungsentscheidung eines Flächennutzungsplans, Berlin 2015.

ZÖLLER, RICHARD, Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, 30. Auflage, Köln 2014.