

(Referendar-)Examensklausur: Freie Dächer für freie Bürger

Von Diplom-Jurist **Arne P. Wegner**, B.Sc., CDT, Wiss. Mitarbeiter **Til Martin Bußmann-Welsch**, Berlin*

Die Klausur behandelt das Bauplanungs- und Kommunalrecht. Als Aufhänger der Klausur dient eine für diese Konstellation vereinfachte, in Berlin vorherrschende Streitigkeit zweier Kammern des VG Berlin zur Funktionslosigkeit des Berliner Baunutzungsplanes.¹

Sachverhalt

Aufgrund des massiven Zuzugs nach Berlin ist der lokale Wohnungsmarkt angespannt. Unter anderem wird von der Berliner Landespolitik die Erschließung neuen Wohnraums gefordert und gefördert. Auch die aufstrebende Bauherrin B möchte nun ihren Teil dazu beitragen, hat sie doch soeben einen Dachgeschossrohling zum Eigentum erworben. Dieser liegt im Einzugsgebiet des Berliner Baunutzungsplanes vom Jahr 1961. Um den bisher nicht ausgebauten Rohling schnellstmöglich in attraktiven aber sozial-verträglichen Wohnraum umzuwandeln, beantragt B am 2.7.2019 eine Baugenehmigung beim zuständigen Berliner Bezirksamt Schöneberg (A).

Das Bezirksamt verweigert jedoch die Erteilung der Baugenehmigung mit Bescheid vom 18.7.2019 und verweist darauf, dass der Ausbau des Dachgeschosses zu einer Überschreitung der im Baunutzungsplan festgeschriebenen Geschossflächenzahl (GFZ) führen würde. Zudem habe es erst kürzlich den Beschluss der Bezirksverordnetenversammlung zur Fassung eines Bebauungsplanes gegeben, in dessen Zuge eine Veränderungssperre im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 BauGB verabschiedet wurde. Zwar sei der Bebauungsplan noch nicht wirklich konkretisiert, doch es sei klar, dass die Überschreitung der GFZ durch den Ausbau in einem derartigen Maße nicht gewollt sei.

B wendet ein, dass der Baunutzungsplan funktionslos geworden sei, da es eine große Vielzahl von ausgebauten Dachgeschossen in unmittelbarem Umfeld des geplanten Dachgeschossausbaus der B so wie auch in den restlichen Teilen Berlins im Geltungsbereich des Baunutzungsplanes gäbe. Diese würden bereits für eine faktische Überschreitung der GFZ um mehr als das doppelte sorgen. Zudem seien eben diese Dachgeschossausbauten in Berlin um die letzte Jahrtausendwende umfangreich von den Berliner Bezirksämtern, insbesondere des Bezirksamtes A genehmigt worden, auch wenn diese Praxis nun nicht fortbestehe. Dabei sei unerheblich, dass nicht klar sei, welches Gewicht die Plangeber der GFZ bei der Planaufstellung eingeräumt haben.

* Der Autor *Arne P. Wegner* ist Jurist und Psychologe, beordert als Oberstleutnant d.R., Wiss. Mitarbeiter bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei und Doktorand im Europarecht. Der Autor *Til Martin Bußmann-Welsch* ist Wiss. Mitarbeiter bei Herrn Prof. *Dr. Breidenbach* mit Blick auf ein Projekt zur Verbesserung digitalisierter Gesetzgebungspraxis und Wiss. Mitarbeiter bei Herrn Prof. *Dr. Heckmann* im Bereich des Datensicherheitsrechts.

¹ Vgl. insoweit VG Berlin, Urt. v. 17.3.2017 – 19 K 66.15; VG Berlin, Urt. v. 28.6.2018 – 13 K 315.15.

Überdies habe die B über Recherchen erfahren, dass es für den Baunutzungsplan zum damaligen Zeitpunkt keinen Planaufstellungsbeschluss gegeben habe. Dies sei insbesondere deshalb zu beanstanden, weil die Initiative zur Aufstellung des Flächennutzungsplanes von einem privaten Wohnungsbauunternehmen ausging. Zudem habe an der abschließenden Beschlussfassung der Bezirksverordnetenversammlung, die mit 48 zu 7 Stimmen den Baunutzungsplan verabschiedete, ein Bezirksverordneter teilgenommen, der Eigentümer eines Grundstücks im Bereich des Baunutzungsplanes ist. Jedenfalls könne sie sich auf Ausnahmen und Befreiungen berufen. Auch die Veränderungssperre sei aufgrund der mangelnden Konkretisierung des Bebauungsplanes unwirksam.

B wendet sich am 22.7.2019 an Sie und fragt im Rahmen Ihrer anwaltlichen Tätigkeit, wie sie vor dem zuständigen Berliner Verwaltungsgericht nun am effektivsten vorgehen solle.

Bearbeitervermerk

1. Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ggf. hilfsgutachterlich ein.

2. Es ist davon auszugehen, dass alle tatsächlichen Angaben der dargestellten Personen wahr sind.

3. Ein Vorverfahren im Sinne der §§ 68 ff. VwGO wurde erfolglos durchgeführt.

4. Auch wenn die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes gegeben ist, ist auf die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges einzugehen (entgegen dem Wortlaut des § 45 VwGO). Berlin hat von § 78 Abs. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht.

5. Bei dem Vorhaben der B handelt es sich um keinen Sonderbau.

6. Unterstellen Sie, dass der Berliner Baunutzungsplan als Bebauungsplan im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB behandelt wird.

7. Unterstellen sie zudem, dass ausschließlich das derzeit geltende Recht auf den Berliner Baunutzungsplan angewendet wird.

Auszug aus dem VwVfGBln

§ 1 – Anwendungsbereich

(1) Für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden Berlins gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz [...].

Auszug aus dem BezVG

§ 2 – Allgemeine Rechtsstellung und Organe der Bezirke

(1) Die Bezirke sind Selbstverwaltungseinheiten Berlins ohne Rechtspersönlichkeit. [...]

§ 11 – Rechte und Pflichten der Bezirksverordneten

[...] (3) Bezirksverordnete dürfen an Beratungen und Entscheidungen nicht mitwirken, wenn Gründe vorliegen, die

zum Ausschluss vom Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz führen würden. [...]

Auszug aus der Verfassung von Berlin (VvB)

Art. 74 – Bezirksamt

[...] (2) Das Bezirksamt ist die Verwaltungsbehörde des Bezirks; es vertritt Berlin in Angelegenheiten seines Bezirks.

Auszug aus dem AZG

§ 25 – Rechtsgeschäftliche Vertretung in Angelegenheiten der Bezirksverwaltungen

(1) Die rechtsgeschäftliche Vertretung in Angelegenheiten der Bezirksverwaltungen obliegt dem zuständigen Mitglied des Bezirksamts, [...].

Auszug aus dem AGVwGO

§ 1 – Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit

(1) Im Land Berlin bestehen als Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit das Obergericht Berlin-Brandenburg als gemeinsames Fachobergericht beider Länder und das Verwaltungsgericht Berlin. [...]

Auszug aus der BauO Bln

§ 2 – Begriffe

(1) Anlagen sind bauliche Anlagen [...] im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2. Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen; [...].

§ 59 – Grundsatz

(1) Die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen bedürfen der Baugenehmigung, die Beseitigung von Gebäuden mit Wohnraum bedarf der Genehmigung, [...].

§ 63 – Vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren

Außer bei Sonderbauten werden geprüft

1. die Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 bis 38 des Baugesetzbuchs, [...].

§ 68 – Bauantrag, Bauvorlagen

(1) Der Bauantrag ist bei der Bauaufsichtsbehörde einzureichen. [...]

§ 71 – Baugenehmigung

(1) Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. [...]

Auszug aus dem AGBauGB

§ 1 – Wahrnehmung von Aufgaben der Gemeinde

Angelegenheiten, für die nach dem Baugesetzbuch die Gemeinde zuständig ist, werden von den Bezirken wahrgenommen, soweit nichts anderes bestimmt ist.

§ 6 – Aufstellung und Festsetzung von Bebauungsplänen

(1) Nach Durchführung des Verfahrens nach § 5 fasst das Bezirksamt den Beschluss, einen Bebauungsplan aufzustellen, [...].

(3) Sobald die Bezirksverordnetenversammlung den Bebauungsplan beschlossen hat, setzt ihn das Bezirksamt als Rechtsverordnung fest. [...]

Lösungsvorschlag

Die Effektivität eines Vorgehens richtet sich maßgeblich nach den Erfolgsaussichten eines Verfahrens vor dem zuständigen VG Berlin.

Ein Verfahren vor dem zuständigen VG Berlin hat Aussicht auf Erfolg, soweit es zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Aufgrund der streitentscheidenden § 71 BauO Bln, § 30 Abs. 1 BauGB, welche einen Hoheitsträger in Form der Bauaufsichtsbehörde in jedem denkbaren Fall einseitig berechtigen und/oder verpflichten (Sonderrechtslehre), sowie dem Fehlen der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit und einer abdrängenden Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Verfahrensart

Überdies muss auch eine Verfahrensart vor dem VG Berlin statthaft sein. Das richtet sich maßgeblich nach dem klägerischen Begehren (vgl. §§ 86 Abs. 3, 88, 82 Abs. 1 S. 2 VwGO). Vorliegend wurde B die Erteilung einer Baugenehmigung verweigert. Diese benötigt B, um den geplanten Ausbau des Dachgeschossrohrlings durchzuführen. Insoweit ist das Begehren der B eindeutig auf die Erlangung einer Baugenehmigung als Verwaltungsakt im Sinne der § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfGBln² gerichtet. Dem kann sie grundsätzlich mit der Verpflichtungsklage im Sinne des § 42 Abs. 1 Fall 2 VwGO nachkommen. Jedoch handelt es sich bei der zu verpflichtenden Stelle, um eine solche öffentlich-rechtlicher Art, sodass mit der Wertung des Art. 20 Abs. 3 GG grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass diese sich an Recht und Gesetz hält. Danach wäre mit dem Sinn und Zweck des § 43 Abs. 2 VwGO eine Ausnahme von der Subsidiarität der allgemeinen Feststellungsklage zu machen.³ Dann kann auch eine allgemeine Feststellungsklage i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO statthaft sein, gerichtet auf die positive Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Baugenehmigung nach § 71 BauO Bln. Jedoch kann die aus der Wertung des Art. 20 Abs. 3 GG folgende Vermutung auf Basis exekutiven Verhal-

² Alle weiteren §§ des VwVfG gelten stets i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfGBln.

³ Ständige Rspr. des BVerwG. Vgl. etwa BVerwG 77, 207 (211) = NVwZ 1988, 430 (431).

tens der vergangenen Jahre angezweifelt werden.⁴ Sollte die Exekutive überdies die Feststellungen des Urteils nicht zur Grundlage des künftigen Handelns erheben, würde der B die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung gegenüber dem Staat⁵ verwehrt.⁶ Mit Hilfe der Verpflichtungsklage kann allerdings ein vollstreckbarer Titel erlangt werden, sodass die Zwangsvollstreckung hier möglich bleibt.⁷ Insoweit ist die Verpflichtungsklage rechtsschutzintensiver.

Zwar steht dann noch der ablehnenden Bescheid des A im Raum, der in der Form des Widerspruchbescheides als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG einem im Zuge einer erfolgreichen Verpflichtungsklage positive ergehenden Behördenbescheid entgegensteht, und insoweit noch Gegenstand einer Anfechtungsklage im Sinne des § 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO sein kann (vgl. auch § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Doch ist anerkannt, dass das jeweils zuständige Gericht bei erfolgreicher Verpflichtungsklage den ablehnenden Bescheid i.S.d § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO mitaufhebt.⁸ Für eine etwaige vorrangig beziehungsweise stufenweise mit der Verpflichtungsklage zu verbindender Anfechtungsklage, fehlt dann das Rechtsschutzbedürfnis.⁹

Folglich ist die Verpflichtungsklage im Sinne des § 42 Abs. 1 Fall 2 VwGO statthaft (a.A. gut vertretbar).

III. Klagebefugnis

Vorliegend ist nicht ausgeschlossen (Möglichkeitstheorie), dass B einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung nach § 71 BauO Bln hat (Schutznormtheorie), sodass B im Sinne des § 42 Abs. 2 Fall 2 VwGO klagebefugt ist.

IV. Vorverfahren

Das Vorverfahren im Sinne der §§ 68 ff. VwGO ist laut Bearbeitervermerk durchgeführt worden.

V. Klagefrist

Am 22.7.2019 besteht noch die Möglichkeit die Klagefrist nach § 74 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 VwGO, welche am 18.8.2019 endet (vgl. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB) einzuhalten.

VI. Richtiger Klagegegner

Mangels Rechtspersönlichkeit des Bezirks Schöneberg (vgl. § 2 Abs. 1 BezVG) ist das Land Berlin als Gebietskörperschaft richtiger Klagegegner im Sinne des § 78 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 VwGO, sodass die Klage gegen dieses zu richten ist.

schaft richtiger Klagegegner im Sinne des § 78 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 VwGO, sodass die Klage gegen dieses zu richten ist.

VII. Beteiligtenfähigkeit

B ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Fall 1 VwGO, das Land Berlin als juristische Person des öffentlichen Rechts in Form der Gebietskörperschaft gem. § 61 Nr. 1 Fall 2 VwGO beteiligtenfähig.

VIII. Prozessfähigkeit

Als nach dem bürgerlichen Recht Geschäftsfähige (vgl. §§ 2, 106 ff. BGB) ist B gem. § 61 Abs. 1 Nr. 1 prozessfähig. Soweit im Umkehrschluss zu § 61 Nr. 1 Fall 2, Nr. 2 VwGO die Vereinigung im Sinne des § 62 Abs. 3 Fall 1 auch juristische Personen umfasst¹⁰, ist das Land Berlin prozessfähig, wenn es sich gem. Art. 74 Abs. 2 VvB i.V.m. § 25 Abs. 1 AZG durch das zuständige Mitglied des Bezirksamts vertreten lässt.

IX. Zuständigkeit des Gerichtes

Laut Bearbeitervermerk ist das VG Berlin im Sinne der §§ 45, 52 VwGO i.V.m. § 1 Abs. 1 Fall 1 AGVwGO Bln das zuständige Gericht.

X. Zwischenergebnis

Mithin ist die Verpflichtungsklage zulässig.

B. Begründetheit

Sie muss auch begründet sein. Dies ist der Fall, soweit die Ablehnung des Verwaltungsaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch ein seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Jenes ist dann gegeben, wenn die B einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung hat.¹¹

I. Anspruchsgrundlage

Die Anspruchsgrundlage ist § 71 Abs. 1 BauO Bln.

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

1. Antrag bei der zuständigen Behörde

Vorliegend hat B beim zuständigen Bezirksamt B als Bauaufsichtsbehörde im Sinne des § 68 Abs. 1 BauO Bln einen Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung gestellt.

2. Anhörung

Fraglich ist, ob bei einer Verpflichtungssituation eine Anhörung im Sinne des § 28 VwVfG durchzuführen ist.¹² Jedoch kann diese Frage offenbleiben, wenn eine Anhörung durchgeführt wurde. Hierfür genügt nach dem Sinn und Zweck des § 28 VwVfG, dass die betroffene Person die Möglichkeit zur

⁴ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2019, Rn. 1401 m.w.N.

⁵ Vgl. auch die Debatte über die Zwangsvollstreckung gegenüber Hoheitsträgern bei Nichterfüllung rechtskräftiger Urteile; instruktiv hierzu VGH München, Beschl. v. 9.11.2018 – 22 C 18.1718 = ZUR 2019, 108 sowie EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19.12.2019 – C-752/18 = BeckRS 2019, 32133.

⁶ *Mörtl*, in: Posser/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 50. Ed., Stand: 1.4.2019, § 43 Rn. 12.

⁷ *Mörtl* (Fn. 6), § 43 Rn. 12.

⁸ *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1380.

⁹ *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1380.

¹⁰ Vgl. *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1348.

¹¹ Vgl. zu diesem Anspruchsaufbau *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, S. 443 ff.

¹² Vgl. zum Streitstand *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 950.

Stellungnahme hatte.¹³ Vorliegend haben B und A mehrere Argumente ausgetauscht. Insoweit wurde den Voraussetzungen der § 28 VwVfG genügt.

Anmerkung: a.A. vertretbar. Dann ist kurz auf § 28 Abs. 2 VwVfG einzugehen, und festzustellen, dass kein Entbehrlichkeitsgrund vorliegt. Jedoch besteht jedenfalls die Möglichkeit zur Heilung bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG, wobei jedenfalls das BVerwG die Durchführung des Vorverfahrens als nachträgliche Anhörung anerkennt¹⁴.

3. Zwischenergebnis

Damit sind die formellen Anspruchsvoraussetzungen gegeben.

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

1. Genehmigungspflichtigkeit

Der Ausbau des Dachgeschossrohrlings als Änderung einer Anlage im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 BauO Bln ist gem. § 59 Abs. 1 BauO Bln genehmigungspflichtig.

2. Kein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften des Genehmigungsverfahrens

Zudem darf kein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vorliegen, die im hier maßgeblichen vereinfachten baurechtlichen Genehmigungsverfahren gem. § 63 BauO Bln zu beachten sind. Relevant sind vorliegend allein die in § 63 Nr. 1 BauO Bln genannten Vorschriften der §§ 29–38 BauGB.

a) Eröffnung des Anwendungsbereiches der §§ 30–37 BauGB

Bei dem Ausbau des Dachgeschossrohrlings handelt es sich um die Änderung einer in auf dauerhafte Weise gedachten, künstlich mit dem Erdboden verbundenen Anlage mit bodenrechtlicher Relevanz^{15, 16} sodass die §§ 30–37 BauGB Anwendung finden.

b) Einhaltung der Festsetzungen des Berliner Baunutzungsplanes

Laut Bearbeitervermerk handelt es sich bei dem Berliner Baunutzungsplan um einen Bebauungsplan im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB, in dessen Geltungsbereich der Dachgeschossrohrling liegt, sodass der geplante Ausbau dessen Festsetzungen nicht widersprechen darf.

Grundsätzlich würde der Ausbau des Dachgeschosses aber zu einer Überschreitung der im Flächennutzungsplan festgeschriebenen GFZ führen. Damit läge ein Widerspruch zu den Festsetzungen des Berliner Baunutzungsplans vor.

aa) Wirksamkeit des Berliner Baunutzungsplans

Jedoch muss der Berliner Baunutzungsplan dafür wirksam sein.

(1) Kein Aufstellungsbeschluss

Zwar wurde zum damaligen Zeitpunkt kein Aufstellungsbeschluss im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 AGBauGB für den Berliner Baunutzungsplan gefasst, doch muss dieser Fehler auch die Wirksamkeit des Baunutzungsplanes betreffen. Der Aufstellungsbeschluss findet in den weiteren Vorschriften des Aufstellungsverfahrens aber keine Erwähnung (vgl. bspw. §§ 1–4 BauGB, § 6 Abs. 3 S. 1 AGBauGB). Überdies wird der Aufstellungsbeschluss auch in den §§ 214, 215 BauGB nicht mehr genannt. All dies spricht viel mehr dafür, dass die Wirksamkeit des Bebauungsplanes, angelehnt an den Grundsatz der Planerhaltung¹⁷, durch den fehlenden Aufstellungsbeschluss nicht berührt wird.¹⁸

Inwieweit ein solcher Fehler noch nach über 50 Jahren seit Inkrafttreten des Berliner Baunutzungsplanes gerügt werden kann (Präklusion), kann an dieser Stelle deshalb unerörtert bleiben.

(2) Keine ordnungsgemäße Beschlussfassung

Allerdings kann sich etwas anderes daraus ergeben, dass an der damaligen Beschlussfassung der Bezirksverordnetenversammlung ein Mitglied mitwirkte, dass ein Grundstück im Geltungsbereich des Baunutzungsplans hatte, sodass keine ordnungsgemäße Beschlussfassung bestünde im Sinne des § 6 Abs. 3 S. 1 AG BauGB.¹⁹

Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn das Verhalten des in Rede stehenden Bezirksverordneten einen Verstoß gegen § 11 Abs. 3 S. 1 BezVG, § 21 Abs. 1 S. 1 VwVfG bedeuten würde.

Grundsätzlich genügt die Tatsache, dass der Bezirksverordnete im maßgeblichen Zeitpunkt Eigentümer eines Grundstücks im Geltungsbereich des Baunutzungsplanes war, um Misstrauen gegen die unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen.²⁰ Dabei spielt es keine Rolle, ob die Befangenheit des Bezirksverordneten eine Auswirkung auf das Abstimmungsergebnis hatte, soweit hier nach dem Sinn und Zweck

¹³ Detterbeck (Fn. 4), Rn. 950.

¹⁴ Vgl. etwa BVerwGE 54, 276 (280) = BeckRS 1977 30441061.

¹⁵ Zum Erfordernis der bodenrechtlichen Relevanz bei baulichen Anlagen im Sinne des § 29 BauGB im Gegensatz zu landesrechtlichen Vorschriften, vgl. Kräme, in: Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB, 46. Ed., Stand: 1.5.2019, § 29 Rn. 5.

¹⁶ Zur Definition der baulichen Anlage im Sinne des § 29 BauGB vgl. BVerwGE 44, 59 (61 f.) = BeckRS 1973 30441760.

¹⁷ Vgl. dazu Siegel, in: Siegel/Waldhoff, Öffentliches Recht in Berlin, 2. Aufl. 2017, S. 277 f.

¹⁸ Bspw. Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 15), § 2 Rn. 11.

¹⁹ Das BauGB scheint dieses Erfordernis vorzusetzen, vgl. §§ 4a Abs. 6 S. 1, 214 Abs. 1 Nr. 4 BauGB. Insoweit sind die §§ 214, 215 BauGB und nicht § 32 AGBauGB maßgeblich.

²⁰ Brüning, in: Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 684. Anders wohl bei einem Flächennutzungsplan wegen der größeren Planungsstruktur, vgl. Mutius, JK 80, GO NW, § 23/1.

der Norm bereits der Anschein der Parteilichkeit unterbunden werden soll.²¹

Damit stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, dass die Befangenheit erst über 50 Jahre nach dem Inkrafttreten des Baunutzungsplanes gerügt wurde. Grundsätzlich führt nicht jeder Fehler bei der Planerstellung zur Unwirksamkeit des Bebauungsplanes (Grundsatz der Planerhaltung).²² Die fehlerhafte Beschlussfassung ist aber ausdrücklich in § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB genannt, sodass dieser Erheblichkeit zukommt. Jedoch wird die Anerkennung einer solchen Erheblichkeit in § 215 BauGB zeitlich begrenzt. Allerdings findet sich wiederum in § 215 BauGB keine Erwähnung der fehlerhaften Beschlussfassung im Sinne des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass gerade dieser Fehler zeitlich unbegrenzt gerügt werden kann.

Insoweit ist der Baunutzungsplan aufgrund der Mitwirkung eines Befangenen Bezirksverordneten bei der Beschlussfassung unwirksam.

– Hilfgutachten –

(3) Verstoß gegen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB i.V.m. § 1 AGBauGB Bln

Eine Unwirksamkeit kann daraus folgen, dass der Entschluss zur Planaufstellung maßgeblich von einem privaten Bauunternehmen ausging, sodass ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB i.V.m. § 1 AGBauGB Bln vorliegt.

Grundsätzlich müssen die Bezirke einen Plan gem. § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB i.V.m. § 1 AGBauGB Bln dann aufstellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. An dieses Erfordernis sind allerdings nicht zu strenge Anforderungen zu stellen.²³ Es genügt, wenn die Planung zur Vermeidung städtebaulicher Spannung hinreichend geboten ist und der Verwirklichung der Planung keine dauerhaften rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.²⁴ Dies ist mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt anzunehmen. Fraglich ist, lediglich ob sich etwas anderes aus der Einwirkung eines privaten Bauunternehmens ergibt. § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB ist dabei nicht zu eng zu verstehen (s.o.). Ausgeschlossen werden sollen viel mehr willkürliche Handlungen, bei denen der Wille der Bezirke ersichtlich nicht dem planerischen Konzept entspricht, oder die konkrete Planung nicht mehr auf die städtebauliche Ordnung und Entwicklung, sondern auf sachfremde Ziele gerichtet ist.²⁵ Bei der Einwirkung einzelner Privater ist dabei ins-

besondere die Komplexität des Planungsvorganges zu berücksichtigen. Der Bezirk ist gerade angehalten die Positionen einer Vielzahl von potenziell Betroffenen zu berücksichtigen. Solange dies nicht dazu führt, dass die Planung ausschließlich privaten Bauzielen folgt, sodass städtebauliche Interessen der Entwicklung und Ordnung erheblich zurücktreten, können auch Private Anreize für eine Planaufstellung geben.²⁶

Insoweit kann unerörtert bleiben, wie es zu beurteilen ist, dass dieser potenzielle Mangel erst über 50 Jahre nach dem Inkrafttreten des Berliner Baunutzungsplanes gerügt wird.

Daraus ergibt sich, dass kein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB i.V.m. § 1 AGBauGB Bln vorliegt.

(4) Zwischenergebnis

Mangels anderer, ersichtlicher Wirksamkeitshindernisse, ist der Baunutzungsplan damit wirksam.

bb) Funktionslosigkeit des Baunutzungsplanes

Jedoch können die Festsetzungen des Baunutzungsplanes auch dann unbeachtlich sein, wenn der Baunutzungsplan aufgrund der faktischen Überschreitung der GFZ im Rahmen der übrigen Bebauung im unmittelbaren Umfeld des Dachgeschossrohrlings zur Funktionslosigkeit des Baunutzungsplanes geführt hat.

Ein Bebauungsplan ist dann funktionslos, wenn und soweit „– erstens – die Verhältnisse, auf die [...] sich [die Festsetzungen] beziehen, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt“^{27, 28} und zweitens die zur Funktionslosigkeit führenden Abweichungen zwischen der planerischen Festsetzung und der tatsächlichen Situation „in ihrer Erkennbarkeit einen Grad erreicht haben, der einem etwa dennoch in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt“^{29, 30}

Insoweit ist die Prüfung zweistufig. Auf der ersten Stufe ist also zu erörtern, ob die tatsächliche Entwicklung der Bebauung ein Maß erreicht, dass die weitere Planverwirklichung ausschließt. Dabei gilt es zu beachten, dass die Plangeber mit der Planung gerade auch die Veränderung des Istzustandes anstreben. Dies bedeutet, dass lediglich das Vorliegen eines planwidrigen Bestandes nicht ohne weiteres zur Funktionslosigkeit einzelner Festsetzungen führt.³¹ Vielmehr müssen zwischen der Plangebung und dem derzeitigen Istzustand Umstände eingetreten sein, die darauf schließen lassen, dass der durch den Plan vorgegebene Sollzustand nicht mehr erreichbar erscheint. Das bloße Verstreichen einer gewissen

²¹ Wolf, LKV 2015, 211. Es finden sich aber ausdrückliche Ausnahmen in anderen landesgesetzlichen Regelungen, vgl. Brüning (Fn. 20), Rn. 688.

²² Vgl. Siegel (Fn. 17), S. 277 f.

²³ Vgl. Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. Lfg., Stand: Mai 2019, § 1 Rn. 30.

²⁴ BVerwG, Urt. v. 22.1.1993 – 8 C 46/91, Rn. 22 = NVwZ 1993, 1102 (1103) sowie BVerwG, Urt. v. 12.8.1999 – 4 CN 4/98, Rn. 24 = BVerwGE 109, 246 (249 f.).

²⁵ Vgl. Söfker/Runkel (Fn. 23), § 1 Rn. 31 sowie Dimberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 15), § 1 Rn. 39.

²⁶ Dimberger (Fn. 25), § 1 Rn. 39.

²⁷ BVerwGE 54, 5 (11) = NJW 1977, 2325 (2326).

²⁸ Vgl. Külpmann, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 23), § 10 Rn. 407.

²⁹ BVerwGE 54, 5 (11) = NJW 1977, 2325 (2326).

³⁰ Külpmann (Fn. 28), § 10 Rn. 407.

³¹ So auch VG Berlin, Urt. v. 28.6.2018 – 13 K 315.15, Rn. 23.

Zeitspanne genügt hierfür nicht.³² Betrachtet werden dabei nicht nur einzelne Grundstücke, „sondern die Festsetzung in ihrer gesamten Reichweite und in ihrer Bedeutung für den Plan in seiner Gesamtheit“.³³

Vorliegend stammt der Berliner Baunutzungsplan in seiner jetzigen Form aus dem Jahre 1960. Seitdem sind über 50 Jahre vergangen, sodass ein hinreichendes Zeitmomentum gegeben ist. Die im Baunutzungsplan vorgegebene GFZ wurde dabei nicht nur in der unmittelbaren Umgebung des für B maßgeblichen Grundstücks ihres Dachgeschossrohrlings, sondern auch in anderen Bezirken Berlins weit überschritten. Insbesondere lässt sich dies auch nicht auf Altbestände zurückführen, die noch vor der Fassung des Baunutzungsplanes in seiner Form aus dem Jahre 1960 bestanden, sodass noch argumentiert werden könne, die Zielsetzung des Baunutzungsplanes sei gerade die Beseitigung dieses Altbestandes. Viel mehr wurden gerade lange nach der Fassung des Baunutzungsplanes um die Jahrtausendwende weitgehend Dachgeschossausbauten insbesondere auch durch das Bezirksamt A genehmigt. Somit sind auch über das Zeitmomentum hinausgehende Umstände gegeben.

Aus dem Sachverhalt geht jedoch nicht klar hervor, welche Rolle die Plangeber der GFZ mit Blick auf das Gesamtgefüge des Baunutzungsplanes eingeräumt haben.³⁴

Dies ist hier jedoch auch in jedem Fall unerheblich. Zum einen steht fest, dass wenn die Plangeber ein maßgebliches Interesse an der Einhaltung der GFZ hatten, dieses Interesse nun faktisch unterlaufen wurde.³⁵ Zum anderen steht fest, dass wenn die Plangeber wohl selbst kein Interesse an etwaigen Einhaltungen der GFZ hatten sich dieses Interesse nun mit der Realität deckt. Es erscheint dann nicht sinnvoll, einem Kriterium, dem der Plangeber keine Bedeutung zukommen lassen wollte über die unbedingte Einhaltung der Festsetzungen des Bebauungsplanes überhöhte Bedeutung zu verleihen, sofern kein weiterer Widerspruch zu, auch nach dem Willen des Plangebers maßgeblichen, Festsetzungen besteht.³⁶ Damit ist die erste Stufe der Prüfung abgeschlossen.

³² *Külpmann* (Fn. 28), § 10 Rn. 409.

³³ BVerwGE 54, 5 (11) = NJW 1977, 2325 (2326).

³⁴ Vgl. den Streitstand über die Fakten zwischen der 13. und 19. Kammer des VG Berlin anhand von VG Berlin, Urt. v. 28.6.2018 – 13 K 315.15 und VG Berlin, Urt. v. 17.3.2017 – 19 K 66.15.

³⁵ Dann greifen die aufgezeigten Grundsätze zur Funktionslosigkeit. Vgl. auch den rechtstheoretischen Grundgedanken zur Funktionslosigkeit in BVerwGE 54, 5 (11) = NJW 1977, 2325 (2325 f.).

³⁶ Dies widerspricht augenscheinlich den vom BVerwG aufgestellten Kriterien zur Funktionslosigkeit in BVerwGE 54, 5 (11) = NJW 1977, 2325 (2326) mit Blick auf das Gewicht der Festsetzung für den Gesamtplan. Doch hatte das BVerwG bisher nie den Fall zu entscheiden, indem es um die Überschreitung einer einzelnen Festsetzung geht, die bei der Planerstellung nur eine untergeordnete Rolle gespielt hat und deren Überschreitung auch ansonsten im Einklang mit den sonstigen Festsetzungen des Bebauungsplanes steht.

Auf der zweiten Stufen muss nun geprüft werden, ob zwischen „der planerischen Festsetzung und der tatsächlichen Situation in ihrer Erkennbarkeit einen Grad erreicht wurde, der einem etwa dennoch in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt“.³⁷

Vorliegend wurden in weiten Teilen Berlins nach Inkrafttreten des Baunutzungsplanes 1960 weitgehende Befreiungen von den Festsetzungen des Baunutzungsplanes erteilt, sodass faktisch bereits eine große Zahl ausgebauter Dachgeschosse vorliegt. Von einem schutzwürdigen Vertrauen in den Fortbestand der Planung kann so nicht mehr gesprochen werden.

Folglich sind die Festsetzungen des Baunutzungsplanes mit Blick auf die GFZ funktionslos (a.A. vertretbar).

Anmerkung: Eine Bindung der Verwaltung über ihr Verhalten mittels Art. 3 Abs. 1 GG kann als gesonderter Prüfungspunkt zwar angedacht werden, doch wird dies wohl zu verneinen sein, da die Verwaltungspraxis der Vergangenheit mit Blick auf die Genehmigung von Dachgeschossausbauten die zu einer weitgehenden Überschreitung der GFZ führen, nicht mehr fortgeführt wird.

cc) Zwischenergebnis

Somit liegt kein Widerspruch zu den Festsetzungen des Baunutzungsplanes vor.

Anmerkung: Wenn sich so entschieden wird, dass die Festsetzungen nicht funktionslos geworden sind, muss im Anschluss geprüft werden, ob ein gebundener Anspruch auf Ausnahmen oder Befreiungen im Sinne des § 31 BauGB vorliegt. In Betracht kommen lediglich Befreiungen im Sinne des § 31 Abs. 2 BauGB. Die Grundzüge der Planung werden mangels Kenntnis zum Gewicht der GFZ bei der Planung nicht berührt. In Betracht kommt dann § 31 Abs. 2 Fall 1 BauGB (Gründe des Wohls der Allgemeinheit) mit Blick auf die Wohnungsknappheit in Berlin. Ob dies angenommen wird hängt von der jeweiligen Argumentation ab. Dabei werden die Gründe grundsätzlich weit ausgelegt.³⁸ Auch Staatszielbestimmungen kommen hier zur Auslegung in Betracht,³⁹ wie bspw. Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip).⁴⁰ Ebenso wird die Erforderlichkeit weit ausgelegt im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 1 BauGB.⁴¹ Hier kommt es maßgeblich auf eine Abwägung der positiven und negativen Auswirkungen an. Zwar wird einschränkend das Kriterium des atypischen Falles verlangt, doch wird dies im Falle des § 31 Abs. 1 Nr. 1 BauGB darauf beschränkt, dass „ein besonderes bei der planerischen Abwägung in dieser (konkreten) Stärke nicht berücksichtigtes und in dieser Stärke nicht abschätzbares Gemeininteresse eine Art Randkorrektur der planerischen Festsetzungen erfordert“.⁴² Dies kann man hier mit Blick

³⁷ BVerwGE 54, 5 (11) = NJW 1977, 2325 (2326).

³⁸ BVerwGE 56, 71 (75 f.) = NJW 1979, 939 (940).

³⁹ *Siegmund*, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 15), § 31 Rn. 40.

⁴⁰ Berliner VerfGH, Beschl. v. 29.8.2003 – 16/03, Rn. 30.

⁴¹ *Siegmund* (Fn. 39), § 31 Rn. 41.

⁴² BVerwGE 56, 71 (74) = NJW 1979, 939 (940).

auf die Wohnungsknappheit in Berlin annehmen (a.A. vertretbar).

Eine Berufung auf § 31 Abs. 1 Nr. 2 BauGB scheidet mit Blick auf das Erfordernis einer grundstücksspezifischen Atypik aus,⁴³ soweit mehrere Grundstücke von der GFZ-Überschreitung betroffen sind.

Die Befreiung steht im Ermessen der Behörde, sodass der Anspruch nur bei einer Ermessenreduzierung auf null besteht. Hier ist vieles vertretbar. Dem Anspruch können städtebauliche Interessen entgegengehalten werden. Insbesondere einer Veränderungssperre kann als deren Konkretisierung einer etwaigen Ermessensreduzierung entgegengehalten werden.⁴⁴

c) Verstoß gegen eine Veränderungssperre

Jedoch kann sich ein Hindernis daraus ergeben, dass nach der Aufstellungsbeschlussfassung eines Bebauungsplanes eine Veränderungssperre im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 BauGB verabschiedet wurde.

Dann wäre das Vorhaben der B im Sinne des § 29 BauGB unzulässig, soweit keine Ausnahme im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 1 BauGB greifen würde.

Das erfordert aber, dass die Veränderungssperre überhaupt wirksam ist. Nach ihrem Sinn und Zweck soll die Veränderungssperre die später auf Basis eines zu entstehenden Bebauungsplanes, zu verwirklichende Planung absichern.⁴⁵ Dies erfordert aber eine hinreichende Konkretheit mit Blick auf diese künftige Planung.⁴⁶ Vorliegend ist zwar klar, dass eine derartige Verwirklichung der GFZ wie sie durch den Dachgeschossausbau eintreten würde nicht gewollt ist. Doch liegen keine konkreten Anhaltspunkte für die übrige Planung vor. Somit ist die Gesamtplanung nicht hinreichend konkret. Insoweit ist die Veränderungssperre unwirksam.

Damit ergibt sich kein Hindernis aus der verabschiedeten Veränderungssperre im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 BauGB.

d) Zwischenergebnis

Damit liegt kein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vor, die im Genehmigungsverfahren zu beachten sind.

3. Gebundene Entscheidung

Ein Anspruch besteht aber nur dann, wenn eine gebundene Entscheidung vorliegt.

Grundsätzlich gibt § 71 BauO Bln der Behörde die Möglichkeit zu einer Ermessensentscheidung. Aus der Baufreiheit im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG folgt jedoch, dass in der Regel ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung besteht, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt

sind.⁴⁷ Für einen abweichenden Fall bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Damit liegt auch eine gebundene Entscheidung vor.

4. Zwischenergebnis

Damit sind auch die materiellen Anspruchsvoraussetzungen gegeben.

IV. Zwischenergebnis

Mithin ist die Klage auch begründet.

C. Ergebnis

Folglich hat die Verpflichtungsklage als Verfahren vor dem VG Aussicht auf Erfolg.

Damit ist das effektivste Vorgehen die Verpflichtungsklage.

B kann vor dem VG Berlin am effektivsten mit einer Verpflichtungsklage auf Erlass einer Baugenehmigung vorgehen.

⁴³ *Siegmund* (Fn. 39), § 31 Rn. 37 und 55.

⁴⁴ *Söfker/Runkel* (Fn. 23), § 31 Rn. 61.

⁴⁵ *Hornmann*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 15), § 14 Rn. 2.

⁴⁶ *Hornmann* (Fn. 45), § 14 Rn. 41.

⁴⁷ Vgl. etwa BVerwGE 16, 116 (120) = NJW 1963, 2088 (2089).