

Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene Besprechungsfall am 11.1.2007

Der Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg möchte seine Attraktivität als Standort für die Dienstleistungsbranche erhöhen. Insbesondere die Gegend um den Osthafen erscheint geeignet, um hochwertige Büroflächen zu schaffen. Für ein großes Grundstück in unmittelbarer Nähe der Oberbaumbrücke hat bereits ein Investor Interesse gezeigt. Er möchte dort ein besonders gewagtes architektonisches Projekt verwirklichen. Ein Stararchitekt soll in Zusammenarbeit mit einem weltbekannten Pop-Art-Künstler ein 100 m hohes Bürohaus errichten, dessen Fassade eine grell-bunte Farbgestaltung aufweisen und in der Formgebung auffallend an einen Frauenkörper erinnern soll.

Das Grundstück befindet sich im bisher unbeplanten Innenbereich auf der Kreuzberger Uferseite der Spree, dessen Charakter einem Mischgebiet nach BauNVO entspricht. Das Grundstück ist von Gewerbehöfen umgeben, die während der Gründerzeit errichtet wurden. Auf der gegenüberliegenden Seite der Spree befinden sich die historischen Speichergebäude des Osthafens, die mittlerweile auch Büroflächen beherbergen. Die Oberbaumbrücke, ein erst kürzlich aufwendig rekonstruierter Gründerzeitbau, würde in ihrer Wirkung durch das geplante Vorhaben stark beeinträchtigt. Man ist sich wegen des besonderen Konfliktpotentials einig, dass ein Bebauungsplan das Vorhaben bauplanungsrechtlich legalisieren müsse. Die Befürworter des Vorhabens meinen, nur durch derart provokative Gestaltungen sei es angesichts der schwierigen Wirtschaftslage überhaupt noch möglich, finanzkräftige Mieter für Büroflächen zu finden.

Die Bezirksverordnetenversammlung (BVV) fasst dementsprechend den Beschluss, einen qualifizierten Bebauungsplan für das fragliche Grundstück aufzustellen. Der Flächennutzungsplan steht nicht entgegen. Die Festsetzungen des Bebauungsplans sind genau auf das geplante Vorhaben abgestimmt, so dass dieses nach dem Bebauungsplan zulässig ist. Im Rahmen der Abwägung der planerisch relevanten Belange wird in der Planbegründung ausgeführt, zwar beeinträchtigt das Gebäude die Gestaltung der Umgebung erheblich. Es sei auch nicht ausgeschlossen, dass sich Betrachter und Nachbarn durch den Anblick des Gebäudes in ihrem ästhetischen Empfinden verletzt fühlen. Überdies werde die Nutzungsmöglichkeit einiger Nachbargrundstücke nicht unerheblich beeinträchtigt. Dies alles sei aber hinzunehmen, weil der Investor auf der gewagten Konzeption beharre und nur im Falle ihrer Umsetzung bereit sei, neue Arbeitsplätze im Bezirk zu schaffen. Weitere Erwägungen finden sich in der Begründung nicht. Nachdem der Entwurf fertiggestellt ist und das Verfahren des § 6 AGBauGB ordnungsgemäß durchgeführt wurde, kommen dem Bezirksamt – auch aufgrund des Drucks der Öffentlichkeit - rechtliche und politische Bedenken. Man entscheidet sich dagegen, den Plan als Rechtsverordnung festzusetzen. Die BVV möchte dies nicht hinnehmen und setzt nach vorausgegangener Kontrolle der Entscheidung des Bezirksamts den Plan selbst fest. Allerdings haben zuvor 27 Bezirksverordnete unter Protest den Saal verlassen. Die restlichen 28 stimmen für den Beschluss. Unter diesen befindet sich auch Herr B, der in dem Berliner Büro des Architekten angestellt ist, der den Büroturm bauen soll.

Der Investor beantragt die Baugenehmigung für das geplante Vorhaben. Diese wird auch erteilt. Der Investor beginnt sofort mit den Arbeiten am Fundament. Durch das neue Gebäude würden die großflächigen Fensterfronten eines direkt an das Grundstück angrenzenden Gewerbehofs, die alle in Richtung Spree ausgerichtet sind, weiträumig verschattet, so dass auch tagsüber bei künstlichem Licht gearbeitet werden müsste. Der Blick auf die Spree wäre verstellt, so dass die in dem Gewerbehof liegenden Büroräume nur noch zu einem Bruchteil des bisherigen Preises vermietbar wären. Außerdem haben einige Mieter bereits angekündigt, sie wollten ihre Büros kündigen, wenn sie künftig auf die Rückwand des bunten „Monstrums“ blicken müssten statt auf die Spree. Herr A, der Eigentümer des Gewerbehofs, legt deshalb gegen die Genehmigung fristgerecht Widerspruch ein. Seine im Bebauungsplanver-

fahren vorgebrachten Einwendungen waren zuvor sämtlich unberücksichtigt geblieben. Das Bezirksamt weist den Widerspruch zurück.

Nunmehr möchte Herr A gegen den Bau gerichtlich vorgehen. Er erhebt fristgerecht Klage vor dem Verwaltungsgericht. Zusätzlich erstrebt er einstweiligen Rechtsschutz. Er möchte zum einen die Genehmigung außer Vollzug setzen lassen und zum anderen einen Baustopp erreichen. Er ist der Ansicht, der der Genehmigung zugrunde liegende Bebauungsplan sei nichtig. Dies folge schon daraus, dass wegen der besonderen Bedeutung des Vorhabens die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung für die Planaufstellung zuständig gewesen sei. Auch seien dem Bezirk Abwägungsfehler unterlaufen. Insbesondere seien seine nachbarlichen Interessen nicht ausreichend berücksichtigt worden. Einen Antrag bei der Behörde nach § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO hat A nicht gestellt.

Wie wird das Verwaltungsgericht über die Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren entscheiden? § 10 BauO sowie das Denkmalschutzgesetz sind nicht zu prüfen.

Abwandlung

Ein Widerspruch von Nachbarn des Vorhabens erfolgt nicht. Dennoch möchte der Senator für Stadtentwicklung dem Vorhaben ein Ende bereiten, noch bevor überhaupt mit dem Bau begonnen wird. Er macht von seinem Eingriffsrecht gem. § 13a AZG Gebrauch und weist das Bezirksamt in diesem Rahmen an, die Baugenehmigung wieder aufzuheben. Als das Bezirksamt sich weigert und nach gescheitertem Einigungsversuch sowie Information der Senatsverwaltung für Inneres hebt der Senator die Genehmigung selbst auf.

Hiergegen möchte der Bezirk klagen. Er ist der Auffassung, durch die Ausübung des Eingriffsrechts habe der Senator das Selbstverwaltungsrecht des Bezirks aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 66 Abs. 2 VvB verletzt. Selbst wenn ein solches nicht bestehe, könne er gegen die Vornahme eines Eingriffs klagen. Die Voraussetzungen eines Eingriffs lägen nämlich nicht vor.

Wie wird das Verwaltungsgericht über eine form- und fristgerecht erhobene Klage des Bezirks entscheiden?

Zusatzfrage

Der Senat ist es leid, ständig mit derart brisanten Baugenehmigungsentscheidungen bezirklicher Bauämter konfrontiert zu sein. Er ist der Auffassung, ein zentrales Bauamt, das der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung unterstellt sei, könne die Aufgaben der Bauaufsicht effizienter erledigen. Insbesondere könnte so auch der Wirtschaftsstandort Berlin gefördert werden, da nur noch eine Stelle für Baugenehmigungen zuständig sei. Im Übrigen sei ein einziges Amt viel billiger als die bisher bestehenden 12 Ämter auf Bezirksebene.

Wäre die Schaffung eines solchen Amtes verfassungsrechtlich möglich?

Lösungsskizze

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Im Eilverfahren ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn dies auch in der Hauptsache der Fall ist. Mangels aufdrängender oder abdrängender Sonderzuweisung ist § 40 Abs. 1 VwGO anzuwenden. Danach müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Herr A wendet sich gegen eine Baugenehmigung, also eine Maßnahme der Eingriffsverwaltung, die im Über-/Unterordnungsverhältnis ergangen ist. Überdies sind die Normen des Bau- und des Bezirksverfassungsrechts als streitentscheidende Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da es an der Verfassungsunmittelbarkeit fehlt. Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafter Antrag

1. Der Hauptantrag

Laut Sachverhalt möchte Herr A im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Baugenehmigung vorgehen. Es handelt sich um eine den Bauherren begünstigenden Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG, der einen Dritten, Herrn A, belastet. In der Hauptsache müsste Herr A hiergegen mit der Anfechtungsklage vorgehen.

Als statthafter Antrag kommt demnach ein solcher auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Baugenehmigung gem. §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 VwGO in Betracht¹. Teilweise wird auch vertreten, gem. §§ 80a Abs. 3 S. 1, 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO sei in einem solchen Fall die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen². Da § 80a VwGO den einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz des § 80 VwGO lediglich auf Verwaltungsakte mit Doppelwirkung erstrecken will, ist nicht ersichtlich, wieso bei diesen ein anderer Antrag als im Falle des § 80 Abs. 5 VwGO erforderlich sein soll. Der Streit kann vorliegend aber auf sich beruhen, da sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, welche Antragsfassung Herr A gewählt hat. Es sind also beide Fassungen denkbar.

¹ *Kopp/Schenke*, VwGO, § 80a, Rz. 17 m.w.N.

² *Schoch* in *Sch/Sch-A/P*, § 80a, Rz. 49 f.

2. Der Antrag hinsichtlich des Baustopps

Weiterhin möchte A einen Baustopp beantragen. Als Grundlage eines solchen Anspruchs kommen zum einen §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 S. 3 VwGO, zum anderen § 80a Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Betracht. Vorliegend wird man die letzte Möglichkeit vorziehen müssen, da sie bereits vom Wortlaut besser passt. § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO spricht nämlich von der Rückgängigmachung der Vollziehung, während es beim Baustopp nur um vorläufige Sicherungsmaßnahmen handelt³.

Fraglich ist weiterhin, ob das Gericht den Baustopp selbst anordnen kann, oder ob es lediglich eine dementsprechende Verpflichtung der Behörde aussprechen kann. Die Befürworter einer Verpflichtung der Behörde begründen ihre Auffassung damit, dass der gesicherte Folgenbeseitigungsanspruch gegen die Behörde, nicht gegen den Dritten richte⁴. Vorzugswürdig erscheint demgegenüber die Ansicht, die dem Gericht die Anordnung eines Baustopps selbst zugesteht⁵. Bereits der Wortlaut von § 80 Abs. 3 VwGO spricht hierfür. Außerdem ist es nicht einsichtig, wieso das Gericht geringere Befugnisse im einstweiligen Rechtsschutzverfahren haben soll als die Behörde. Im Ergebnis kann Herr A gem. § 80a Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2 VwGO die gerichtliche Anordnung eines Baustopps beantragen.

III. Antragsbefugnis

Weiterhin müsste Herr A auch antragsbefugt sein (§ 42 Abs. 2 VwGO analog). Es muss möglich erscheinen, dass er durch die Baugenehmigung in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt ist. Dies ist vorliegend deshalb problematisch, weil Herr A nicht Adressat der Genehmigung, sondern ein Dritter ist. Ein solcher kann nur dann vor dem Verwaltungsgericht Rechtsschutz erlangen, wenn ihm eine ihn besonders schützende Norm zur Verfügung steht.

Mangels Sonderbeziehung ist zunächst nach einer einfach-gesetzlichen Vorschrift zu suchen, die neben der Allgemeinheit auch Herrn A in seiner konkreten Lage zu schützen bestimmt ist. Im Baunachbarrecht sind verschiedene Normen als potentiell drittschützend anerkannt. Zunächst kommen die Festsetzungen des Bebauungsplans i.V.m. der BauNVO in Betracht. Jedoch wendet sich A vorliegend gerade ge-

³ Ebenso *Kopp/Schenke*, VwGO, § 80a, Rz. 17.

⁴ *Kopp/Schenke*, a.a.O., Rz. 17.

⁵ Ebenso *Schoch* in *Sch/Sch-A/P*, VwGO, § 80a, Rz. 55 m.w.N.

gen die Festsetzungen des Plans, kann aus ihnen daher auch keinen Schutz beanspruchen wollen.

Möglicherweise kann sich Herr A auf § 34 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB berufen. Fraglich ist, ob diese Vorschrift zugunsten von A nachbarschützende Wirkung entfalten kann. Dies ist für § 34 BauGB allein zunächst nicht der Fall, da die Vorschrift einer geordneten städtebaulichen Entwicklung zu dienen bestimmt ist. Jedoch zeigt das Wort „einfügen“ in § 34 BauGB, dass auch nachbarliche Interessen im Rahmen von § 34 BauGB Berücksichtigung finden können. Dies ist dann der Fall, wenn in besonderer Weise auf diese Belange Rücksicht zu nehmen ist.

Diesem Gebot der Rücksichtnahme kommt dann drittschützende Wirkung zu, wenn in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist⁶. Vorliegend grenzt das Grundstück des A unmittelbar an das des Investors an. A hat durch den Neubau erhebliche Nachteile zu befürchten. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch den Bau das Gebot der Rücksichtnahme verletzt wird.

Im Ergebnis ist A antragsbefugt aufgrund der möglichen Verletzung von § 34 BauGB i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme. Eine Berufung unmittelbar auf Art. 14 Abs: 1 GG scheidet demgegenüber aus.

IV. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist weiterhin, ob für den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Dieses ist unter zwei Gesichtspunkten problematisch. Zum einen kann einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 VwGO nur gewährt werden, wenn in der Hauptsache bereits ein Rechtsmittel (Widerspruch oder Anfechtungsklage) eingelegt wurde, das nicht offensichtlich unzulässig ist und das keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Zum anderen ist fraglich, ob im Rahmen von § 80a VwGO zunächst ein Antrag bei der Behörde gestellt werden muss, bevor das Gericht eingeschaltet werden darf.

Vorliegend hat Herr A bereits fristgerecht Anfechtungsklage erhoben. Diese ist auch nicht offensichtlich unzulässig. Sie entfaltet auch keine aufschiebende Wirkung, da diese nach § 212a BauGB für Nachbarwidersprüche ausgeschlossen ist.

Weiterhin ist problematisch, ob gerichtlicher Rechtsschutz erst nach einem erfolglosen Antrag bei der Behörde zulässig ist. Hierfür könnte sprechen, dass § 80a Abs. 3

⁶ BVerwG NJW 1994, S. 1546, 1547.

S. 2 VwGO auch auf die Vorschrift des § 80 Abs. 6 VwGO verweist, die einen solchen Antrag anordnet⁷. Teilweise wird dieser Verweis jedoch als Redaktionsversehen angesehen und in Fällen wie dem vorliegenden nicht angewendet⁸. Der Streit kann vorliegend aber offen bleiben, da bereits mit der Bauausführung begonnen wurde. In einem solchen Fall ist ein vorheriger Antrag bei der Behörde auch nach § 80 Abs. 6 VwGO nicht notwendig, da im Sinne seines Satzes 2 Nr. 2 die Vollstreckung droht⁹.

V. Zuständiges Gericht

Das Verwaltungsgericht Berlin ist gem. § 52 Nr. 1 VwGO örtlich und gem. § 45 VwGO sachlich zuständig.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Herr A und das Land Berlin als Antragsgegner sind gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Herr A ist nach § 62 Abs. 1 Nr. 1, das Land Berlin nach § 62 Abs. 3 (a.A. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) prozessfähig.

VII. Ergebnis

Da weitere Bedenken nicht bestehen, ist der Antrag zulässig.

B. Begründetheit

I. Prüfungsmaßstab

Der Antrag ist begründet, wenn das Aussetzungsinteresse von Herrn A das Vollziehungsinteresse der Behörde überwiegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Baugenehmigung offensichtlich rechtswidrig ist.

Die immer wieder erwähnte „summarische Prüfung“ durch das Gericht hat für den Bearbeiter nicht zur Folge, dass er die aufgeworfenen Rechtsfragen oberflächlicher als sonst prüfen dürfte. Es gilt vielmehr der übliche Sorgfaltsmaßstab.

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Drittrechtsbehelfen ist zu beachten, dass diese nur insoweit geprüft werden darf, als die subjektiv-öffentlichen Rechte des Drit-

⁷ In diesem Sinne Heydemann, NVwZ 1993, S. 419 ff.

⁸ Kopp/Schenke, a.a.O., § 80a, Rz. 21.

⁹ OVGNDs, DVBl. 1993, S. 123, 124 ; OVGRP, NVwZ 1993, S. 591, 592.

ten reichen. Es reicht also nicht aus, dass, wie § 71 BauOBln es verlangt, einem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen. Vielmehr ist zusätzlich zu prüfen, ob eine Norm vorhanden ist, die dem Antragsteller ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt, und anschließend, ob diese Norm verletzt wurde.

II. § 34 BauGB i.V.m. dem Rücksichtnahmegebot als Anspruchsgrundlage

Wie bereits im Rahmen der Antragsbefugnis angesprochen, kommt eine Verletzung von § 34 i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme in Betracht. Dafür müsste diese Vorschrift überhaupt anwendbar sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn die Festsetzungen des Bebauungsplans vorrangig anzuwenden wären. Gem. § 30 Abs. 1 BauGB sind im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans dessen Festsetzungen maßgeblich, so dass die gesetzlichen Regelungen zurücktreten.

III. Gültigkeit des Bebauungsplans

Der Bebauungsplan wird grundsätzlich ungültig, wenn er rechtswidrig ist. Es gibt jedoch auch Normen, die hiervon Ausnahmen zulassen, wenn bestimmte Rechtsfehler vorliegen. Im Rahmen der folgenden Rechtmäßigkeitsprüfung ist somit gegebenenfalls zu fragen, ob der festgestellte Rechtsverstoß auch zur Ungültigkeit führt.

Auch wenn es sich vorliegend nur um eine Nachbarklage handelt, ist die Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans vollständig und nicht nur hinsichtlich nachbarschützender Normen zu überprüfen, weil die Frage nach der anzuwendenden Norm (B-Plan oder § 34 BauGB) unabhängig von Nachbarschutz ist.

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Bebauungsplan sind die §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 BauGB.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

aa) Zuständigkeit des Bezirks

Gem. §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 BauGB i.V.m. §§ 1, 6 AGBauGB sind die Bezirke grundsätzlich zur Aufstellung und Festsetzung von Bebauungsplänen zuständig. Von der bezirklichen Zuständigkeit gibt es aber Ausnahmen, die sich aus den §§ 7 AGBauGB ergeben. Insbesondere ist Herr A der Auffassung, wegen der besonderen Bedeutung des Vorhabens sei die Senatsverwaltung für die Planaufstellung zuständig gewesen.

Damit spielt er auf die Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 AGBauGB an. Danach kann der Senat durch Beschluss feststellen, dass ein bestimmtes Gebiet von außergewöhnlicher stadtpolitischer Bedeutung ist. Nach § 9 Abs. 3 iVm § 8 AGBauGB geht in einem solchen Fall die Zuständigkeit zur Planaufstellung auf die Senatsverwaltung über.

Fraglich ist, ob ein solcher Fall des Zuständigkeitsübergangs hier vorliegt. Hiergegen spricht bereits, dass der Sachverhalt keinen entsprechenden Senatsbeschluss erwähnt. Ein solcher ist aber konstitutiv für den Übergang der Zuständigkeit. Der Wortlaut von § 9 Abs.1 AGBauGB spricht eindeutig gegen einen Zuständigkeitsübergang kraft Gesetzes. Auch hat das OVG Berlin festgestellt, dass dem Senat bei der Entscheidung über die Frage, ob ein Gebiet von außergewöhnlicher stadtpolitischer Bedeutung ist, ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt¹⁰. Ein solcher bestünde nicht mehr, wenn es einen Zuständigkeitsübergang kraft Gesetzes gäbe.

Auch eine Anwendung von § 7 AGBauGB kommt nicht in Betracht. Sie setzt die Ausübung des Eingriffsrechts durch den Senator voraus, von der im Sachverhalt nicht die Rede ist. Somit war der Bezirk weiterhin für die Planaufstellung zuständig.

bb) Zuständigkeit der BVV für die Beschlussfassung

Nach § 6 Abs. 5 S. 1 AGBauGB ist das Bezirksamt für die Festsetzung des Bebauungsplans als Rechtsverordnung zuständig. Vorliegend hat aber die BVV diesen Beschluss gefasst. Fraglich ist, ob die BVV in Abweichung von der Anordnung des § 6 Abs. 5 S. 1 AGBauGB zuständig war. Andernfalls wäre der Plan möglicherweise bereits wegen eines formellen Fehlers rechtswidrig und damit nichtig.

Die Zuständigkeiten der BVV ergeben sich aus der Regelung in § 12 BezVG. Zunächst könnte eine originäre Zuständigkeit nach § 12 Abs. 2 BezVG vorliegen. In Betracht kommt insbesondere § 12 Abs. 2 Nr. 4 BezVG. Danach entscheidet die BVV über Rechtsverordnungen zur Festsetzung von Bebauungsplänen. Jedoch ist mit dieser Entscheidung die Beschlussfassung nach § 6 Abs. 3 und 4 AGBauGB gemeint. Eine originäre Beschlusszuständigkeit besteht nicht.

Jedoch könnte die BVV von ihrem Selbstentscheidungsrecht nach § 12 Abs. 3 BezVG Gebrauch gemacht haben. Dieses setzt voraus, dass zunächst eine Kontrolle einer Bezirksamtsentscheidung nach § 17 BezVG erfolgt ist. Dies war vorliegend der Fall. Besondere inhaltliche Anforderungen an die Kontrolltätigkeit lassen sich dem

¹⁰ OVG Berlin, LKV 2000, S. 453 ff.

Gesetz nicht entnehmen. Weiterhin darf kein Ausnahmetatbestand nach § 12 Abs. 3 S. 2 BezVG vorliegen. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Neben den geschriebenen Ausnahmen werden in der Literatur noch ungeschriebene genannt. So sei eine Selbstentscheidung in solchen Angelegenheiten ausgeschlossen, die ausschließlich dem Bezirksamt zur Entscheidung zugewiesen seien oder das Selbstorganisationsrecht des Bezirksamts betreffen¹¹. Ein Fall der ausschließlichen Zuweisung könnte hier deshalb vorliegen, weil die Festsetzung des Bebauungsplans ein förmlicher Gesetzgebungsakt ist, der immer von dem zuständigen Organ vorgenommen werden muss. Andererseits trifft die inhaltliche Entscheidung über den Bebauungsplan ausschließlich die BVV, so dass es ihr auch möglich sein muss, eine „Blockade“ durch das Bezirksamt aufzubrechen.

Hier sind beide Meinungen vertretbar.

b) Verfahren

aa) Die Abstimmung in der BVV

Es könnten Verfahrensfehler unterlaufen sein. Der Sachverhalt berichtet zwar von einer ordnungsgemäßen Durchführung des Planaufstellungsverfahrens nach § 6 AGBauGB. Bei der abschließenden Beschlussfassung in der BVV im Rahmen der Selbstentscheidung haben jedoch 27 Verordnete den Saal verlassen. Außerdem nahm Herr B an der Beschlussfassung teil, der gleichzeitig bei dem geplanten Projekt mitarbeiten soll.

(1) Beschlussfähigkeit

Zunächst könnten diese Vorgänge zur Beschlussunfähigkeit der BVV geführt haben. Nach § 8 Abs. 2 BezVG ist die BVV beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte ihrer Mitglieder anwesend ist. Dies wäre bei einer Anwesenheit von 28 Mitgliedern der Fall. Diese Zahl wurde vorliegend auch erreicht.

Jedoch könnte die notwendige Zahl unterschritten worden sein, wenn Herr B bei der Abstimmung ausgeschlossen gewesen wäre. Dies könnte gem. § 11 Abs. 3 BezVG iVm den Vorschriften des VwVfG der Fall gewesen sein. Danach dürfen Bezirksverordnete an Entscheidungen nicht mitwirken, bei denen sie nach dem VwVfG ausgeschlossen gewesen wären. Wäre Herr B ausgeschlossen gewesen, so könnte dies

¹¹ *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rz. 297.

zur Folge gehabt haben, dass sich nur 27 Verordnete an der Abstimmung beteiligt haben; die BVV wäre bei einer derartigen Folge beschlussunfähig gewesen.

Nun hat aber Herr B tatsächlich an der Abstimmung teilgenommen, so dass gegen die Annahme der Beschlussunfähigkeit bereits eingewandt werden könnte, § 8 Abs. 2 BezVG besage nichts über die Berechtigung zur Mitwirkung, sondern setze nur die tatsächliche Mitwirkung voraus. Bei einer solchen Auslegung wäre der Ausschluss nach § 11 Abs. 3 BezVG für die Beschlussfähigkeit irrelevant. Gegen diese Auslegung spricht indes zum einen der Wortlaut des in Bezug genommenen § 20 VwVfG, der von ausgeschlossenen und nicht von auszuschließenden Personen spricht. Auch die ratio legis spricht dafür, nur teilnahmeberechtigten Mitglieder bei der Ermittlung der Abstimmungsteilnehmer zu berücksichtigen, da der Abstimmungsbeitrag des Ausgeschlossenen rechtlich irrelevant bleiben soll.

Hier kann auch das gegenteilige Ergebnis vertreten werden.

Allerdings kann die Frage der Berücksichtigung der Teilnahmeberechtigung sowie die sich anschließend stellende Frage des Ausschlusses von Herrn B an dieser Stelle dahinstehen. Die Beschlussfähigkeit gilt gem. § 8 Abs. 2 S. 2 BezVG nämlich als gegeben, bis das Gegenteil auf Antrag festgestellt wird. Ein solcher Antrag lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Mithin ist die möglicherweise mangelnde Beschlussfähigkeit vorliegend unbeachtlich.

Es ist nicht als falsch zu bewerten, wenn der Ausschluss von Herrn B bereits im Rahmen der Beschlussfähigkeit problematisiert wird. Umgekehrt sollte es nicht als falsch bewertet werden, wenn die Frage der Teilnahmeberechtigung wegen § 8 Abs. 2 S. 2 BezVG kürzer gefasst wird, da es auf sie im Ergebnis nicht ankommt.

(2) Teilnahme einer ausgeschlossenen Person an der Beschlussfassung

Jedoch könnte der gefasste Beschluss unabhängig von der Frage der Beschlussfähigkeit fehlerhaft und damit möglicherweise nichtig gewesen sein, wenn eine ausgeschlossene Person an der Beschlussfassung beteiligt war. Es kommt ein Ausschluss von Herrn B nach § 20 Abs. 1 VwVfG in Betracht. Zwar gehört Herr B nicht zu den Beteiligten des Verfahrens. Jedoch könnte er einem Beteiligten nach § 20 Abs. 1 S. 2 VwVfG gleichstehen, wenn er durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil erlangen könnte. Dies erscheint aufgrund seiner Tätigkeit als Architekt in dem projektierten Vorhaben denkbar. Die Erstreckung des Ausschusses auf Nichtbeteiligte in § 20 Abs. 1 S. 2 VwVfG ist Ausdruck des Grundsatzes, dass an einem Verfahren nicht mitwirken soll, wer an ihm ein eigenes, auch wirtschaftliches Interesse hat. Der Vor-

teil kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder immaterieller Natur sein¹². Die Mitarbeit an einem Großprojekt mit entsprechenden Verdienst- und Aufstiegsmöglichkeiten stellt einen solchen Vorteil dar. Der Vorteil müsste auch unmittelbar sein. Bei der Beurteilung der Unmittelbarkeit ist kein strenger Maßstab anzulegen. So kann der Vorteil auch erst auf dem Umweg über Dritte entstehen¹³. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls¹⁴. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass Herr B als Architekt an dem Bauvorhaben mitwirken wird. Zwar ist seine Tätigkeit noch von Entscheidungen Dritter, insbesondere seines Arbeitsgebers, abhängig. Jedoch reicht der direkte kausale Bezug seiner Tätigkeit zur Beschlussfassung der BVV aus, um von einem unmittelbaren Vorteil zu sprechen. Schließlich reicht, wie das Wort „kann“ verdeutlicht, die Möglichkeit der Vorteilerlangung aus¹⁵.

Im Ergebnis gehört Herr B zu den vom Verfahren ausgeschlossenen Personen.

Fraglich ist, welche Rechtsfolge die Teilnahme von Herrn B hat. Weder das AG-BauGB noch das BezVG enthalten eigene Regelungen zu der Frage, wie sich ein Verstoß wie der vorliegende auswirkt. Man könnte daran denken, § 46 VwVfG entsprechend auf die vorliegende Konstellation anzuwenden. Hiergegen spricht zunächst der Wortlaut des § 11 Abs. 3 BezVG, da dieser nur auf die Befangenheitsvorschriften, nicht aber auf die übrigen Vorschriften des VwVfG verweist. Allerdings könnte man dennoch an eine analoge Anwendung von § 46 VwVfG auf die vorliegende Konstellation denken. Voraussetzung hierfür ist eine planwidrige Regelungslücke. Eine solche lässt sich mit der Erwägung bejahen, dass es in der Tat als unsachgemäß erscheint, einen Verfahrensfehler, der sich – wie vorliegend – nicht auf das Ergebnis ausgewirkt haben kann, zur Nichtigkeit des gesamten Beschlusses führen zu lassen. § 46 VwVfG ist überdies Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens. Somit ist die Vorschrift analog anzuwenden. Die Mitwirkung von Herrn B ist unbeachtlich.

Das gegenteilige Ergebnis ist vertretbar. Dann müssen allerdings noch Ausführungen zu § 215a BauGB gemacht werden. Wer zu einem Verstoß gelangt, kann dennoch normal weiterprüfen, da in einem Gutachten alle Rechtsfragen anzusprechen sind. Es sollte allerdings auch nicht als falsch bewertet werden, wenn die restlichen Rechtsfragen des Bebauungsplans nun im Hilfgutachten weitergeprüft werden.

¹² *Bonk* in *S/B/S*, VwVfG, § 20, Rz. 41.

¹³ *Bonk*, a.a.O., Rz. 44; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20, Rz. 31.

¹⁴ *Kopp/Ramsauer*, a.a.O., Rz. 31 nennt als Beispiel etwa die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis an einen Konkurrenten.

¹⁵ *Bonk*, a.a.O., Rz. 45.

bb) Rechtswidriger Aufstellungsbeschluss nach § 6 Abs. 1 AGBauGB

Die folgenden Ausführungen zum Verfahren werden nicht erwartet. Werden dennoch Ausführungen hierzu gemacht, so können sie nur positiv gewertet werden.

Der Sachverhalt spricht davon, dass die BVV den Beschluss zur Aufstellung des Bebauungsplans gefasst hat. Hierin kann ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 AGBauGB gesehen werden, da dort das Bezirksamt als zuständige Stelle für den Beschluss genannt ist.

Andererseits sagt der Sachverhalt auch, dass das verfahren des § 6 AGBauGB ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Aufgrund dessen dürfen die Bearbeiter auch davon ausgehen, dass ein Beschluss des Bezirksamts noch später erfolgt ist. Der BVV-Beschluss wäre dann als Ersuchen nach § 13 BezVG zu qualifizieren. Da der Sachverhalt in diesem Punkt nicht eindeutig ist, ist beides vertretbar. Je nachdem, welche Deutung man vornimmt, kommt man zur Bejahung oder Verneinung eines Rechtsverstoßes.

Wer einen Verstoß gegen § 6 Abs. 1 AGBauGB bejaht, muss weiter überlegen, welche Folgen dieser hat, ob er insbesondere zur Nichtigkeit des Bebauungsplans führt. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Blick auf einen rechtswidrigen Aufstellungsbeschluss ausgeführt, dieser sei für die Rechtswirksamkeit eines Bebauungsplans nach Bundesrecht unbeachtlich¹⁶. Dem hat sich die Literatur angeschlossen¹⁷. Dieser Lösung ist zu folgen, da insbesondere der im weiteren Verfahren folgende Auslegungsbeschluss den Aufstellungsbeschluss materiell mit einschließt¹⁸. Mithin führt der Verfahrensfehler nicht zur Nichtigkeit des Plans.

Die Gegenauffassung ist bei guter Begründung vertretbar.

Weiterhin wird das Vorverfahren des § 5 AGBauGB im Sachverhalt nicht erwähnt. Da es nach § 6 Abs. 1 AGBauGB zwingende Voraussetzung für die Durchführung des Planaufstellungsverfahrens ist, erscheint es vertretbar, wenn die Bearbeiter aufgrund der Nichterwähnung auf ein Fehlen dieses Verfahrensschritts schließen. Das Fehlen dieses Verfahrensschritts macht die Planaufstellung verfahrensfehlerhaft. Allerdings gilt hinsichtlich der Rechtsfolge das bereits zu § 6 Abs. 1 AGBauGB Gesagte. Der Fehler macht den Bebauungsplan selbst nicht nichtig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bebauungsplan könnte auch noch aus materiellen Gründen rechtswidrig und nichtig sein.

¹⁶ BVerwGE 79, 200, 201.

¹⁷ Siehe nur *Battis* in ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, § 2 Rz. 6.

¹⁸ Ebenso *Battis*, a.a.O., Rz. 6.

a) Erforderlichkeit gem. § 1 Abs. 3 BauGB

Gem. § 1 Abs. 3 BauGB dürfen Bebauungspläne nur aufgestellt werden, soweit dies für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Dieses Erfordernis schränkt die bezirklichen Organe jedoch nur in geringem Maße ein. Verhindert werden sollen nur völlig unnötige und unsinnige Planungen. Vorliegend ist es durchaus sinnvoll, das Gebäude planerisch abzusichern, da von ihm ein nicht unerhebliches Konfliktpotential ausgeht. Dafür kann es auch sinnvoll sein – wie es übrigens in Berlin gängige Praxis ist – den Plan nur auf ein einzelnes Grundstück zu beschränken. Der Plan ist damit als erforderlich anzusehen.

b) Ermessensgrenzen aus §§ 8, 9 BauGB

Jedoch könnte das Planungsermessen fehlerhaft ausgeübt worden sein. Zunächst wurden die Ermessensgrenzen aus den §§ 8, 9 BauGB eingehalten, da der Bebauungsplan den Festsetzungen des Flächennutzungsplans entspricht und die Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 BauGB nicht überschritten wurden.

c) Abwägungsfehler

Bei der erforderlichen Abwägung gem. § 1 Abs. 7 BauGB könnten Fehler unterlaufen sein. Im Rahmen der Abwägungsfehlerlehre sind vier Abwägungsfehler zu unterscheiden: der Abwägungsausfall, das Abwägungsdefizit, die Abwägungsfehlein-schätzung und die Abwägungsdisproportionalität.

aa) Abwägungsausfall

Von einem Abwägungsausfall kann man nur sprechen, wenn überhaupt keine Abwägung stattgefunden hat. Hiervon kann vorliegend nicht ausgegangen werden.

bb) Abwägungsdefizit

Jedoch könnte ein Abwägungsdefizit vorliegen. Dies ist der Fall, wenn nicht alle abwägungsrelevanten Belange in die Abwägung eingestellt worden sind. Die zu berücksichtigenden Belange ergeben sich aus §§ 1, 1a BauGB. Nach den Sachverhaltsangaben waren insbesondere die Anforderungen an Wohn- und Arbeitsverhältnisse gem. § 1 Abs. 5 Nr. 1, die Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege gem. § 1 Abs. 5 Nr. 5 sowie die Belange der Wirtschaft gem. § 1 Abs. 5 Nr. 8

BauGB bei der Abwägung zu berücksichtigen. Hinzu kommt die Kunstfreiheit des Bauherren gem. Art. 5 Abs. 3 GG. Vorliegend hat das Bezirksamt jedoch alle diese Belange auch gesehen, so dass kein Defizit vorliegt.

Da die Kunstfreiheit nicht ausdrücklich erwähnt ist, kann auch vertreten werden, hier liege ein Abwägungsdefizit vor. Dieses würde sich aber nicht auf das Ergebnis auswirken, da die Kunstfreiheit ja für das Vorhaben spricht.

cc) Abwägungsfehleinschätzung

Eine Abwägungsfehleinschätzung liegt dann vor, wenn die Bedeutung einzelner Belange verkannt wird. Dies könnte hier der Fall gewesen sein. Das Bezirksamt geht offensichtlich davon aus, dass die Belange der Nachbarn und des Denkmalschutzes völlig zurückgestellt werden können, wenn ein Investor dies wünscht. Dem ist indes nicht so. Vielmehr müssen die zu berücksichtigenden Belange immer in einen möglichst schonenden Ausgleich miteinander gebracht werden. Ein bloßes Abstellen auf die Wichtigkeit von Arbeitsplätzen reicht insoweit nicht. Dies gilt umso mehr, als die Bedenken gegen das Vorhaben angesichts der Nachteile für das Grundstück des A schwer wiegen. Der Gewerbehof des A kann im Falle der Realisierung des Vorhabens nur noch partiell genutzt werden. Hierzu äußert sich die Planbegründung nicht oder nur äußerst oberflächlich. Mithin liegt schon deshalb eine Abwägungsfehleinschätzung vor.

Das gegenteilige Ergebnis ist hier nur mit guter Begründung vertretbar. Es ist auch vertretbar, bereits an dieser Stelle die Belange der Kunstfreiheit den anderen Rechtsgütern gegenüberzustellen. Jedoch prüft das Gericht mit Blick auf die Abwägungsfehleinschätzung nur das Auftreten von Fehlern bei der Bewertung der Bedeutung einzelner Belange und nimmt noch keine Abwägung vor. Besser ist es, die Abwägung erst weiter unten, bei der Frage der Abwägungsdisproportionalität oder erst bei § 34 BauGB, vorzunehmen.

dd) Abwägungsdisproportionalität

Eine Abwägungsdisproportionalität liegt dann vor, wenn der Ausgleich zwischen den Belangen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtung der Belange außer Verhältnis steht¹⁹.

Dies könnte zunächst daraus folgen, dass die Belange des Denkmalschutzes gem. § 1 Abs. 5 Nr. 5 BauGB überhaupt nicht berücksichtigt wurden. Das Erscheinungsbild der Oberbaumbrücke wird durch das Vorhaben stark beeinträchtigt. Auch ruft das Vorhaben bei vielen Betrachtern ästhetischen Widerwillen hervor. Jedoch ist hier an-

¹⁹ OVG NW, NVwZ 1996, S. 274, 275.

dererseits zu beachten, dass es sich bei dem Vorhaben um ein Kunstwerk handelt, das auf den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG verweisen kann. Dies folgt insbesondere aus der Gesamtgestaltung des Gebäudes, die von einem Pop-Art-Künstler vorgenommen wurde und an einer Frauengestalt orientiert ist. Eine derartige Gestaltung ist als „Kunst“ im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG anzusehen.

Dementsprechend müssen die entgegenstehenden Belange, also auch die Belange des Denkmalschutzes, im konkreten Fall verfassungsrechtlich untermauert sein, um sich gegen die Kunstfreiheit durchsetzen zu können. Zu denken ist an die Grundrechte der anderen Eigentümer sowie an den Gesundheitsschutz. Insoweit könnte etwa auch die Oberbaumbrücke den Schutz der Kunstfreiheit genießen. Das ästhetische Empfinden der Betrachter könnte verfassungsrechtlich durch das Recht auf körperliche Unversehrtheit geschützt sein (Art. 2 Abs. 2 GG). In diesem Sinne hat sich das Bundesverwaltungsgericht geäußert²⁰. Vorliegend könnte indes zweifelhaft sein, ob die Oberbaumbrücke tatsächlich den Schutz der Kunstfreiheit genießt. Sie ist zwar ein historisches Bauwerk, das unter Denkmalschutz steht. Über ihre künstlerische Qualität ist damit indes noch nicht zwingend etwas ausgesagt. Im Gegenteil wird man davon ausgehen müssen, dass der bauliche Schmuck an der Oberbaumbrücke hinter den Nutzzweck des Brückenbauwerks zurücktritt. Als Kunstwerk kann man die Brücke kaum ansehen²¹. Was den Gesundheitsschutz der Betrachter angeht, so geht eine Auslegung, die bereits ästhetische Unlustgefühle unter Art. 2 Abs. 2 GG subsumiert, zu weit. Erst, wenn diese Gefühle eine Intensität erreichen, die mit körperlichen Beeinträchtigungen vergleichbar sind, kann das Grundrecht herangezogen werden²². Mithin erscheint es zweifelhaft, ob der ästhetische Aspekt des Bauvorhabens zu einer Abwägungsdisproportionalität führt.

Letztlich kann diese Frage jedoch auf sich beruhen, wenn sich die Abwägungsdisproportionalität bereits aus der fehlenden Berücksichtigung der Interessen des Herrn A ergibt. Diese sind einerseits nach § 1 Abs. 5 Nr. 1 BauGB (gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse) und andererseits nach § 1 Abs. 5 Nr. 8 BauGB (Belange der Wirtschaft) zu berücksichtigen. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass sein Grundstück von dem Vorhaben besonders schwer betroffen würde. Es käme zu einer extremen Verschattung verbunden mit einem erheblichen Wertverlust. Damit ist Art. 14 Abs. 1 GG betroffen. Diese Betroffenheit ist nach den Angaben im Sachverhalt sogar

²⁰ BVerwG, NVwZ 1991, S. 983 f., 984.

²¹ Vgl. *Voßkuhle*, BayVBl. 1995, S. 613 ff., 615.

²² Ebenso *Voßkuhle*, a.a.O., S. 619.

als schwer und unerträglich anzusehen, wofür der hohe Wertverlust und die vollständige Verschattung spricht. Dieser Aspekt hätte also zumindest zu Ausgleichsmaßnahmen führen müssen. Indem die Belange des A überhaupt nicht berücksichtigt wurden, gerieten die Festsetzungen des Bebauungsplans in einen Widerspruch zum objektiven Gewicht der Belange. Eine Abwägungsdisproportionalität liegt vor.

An dieser Stelle gilt, dass es bereits ausreicht, das Missverhältnis im Abwägungsergebnis herauszustellen. Die detaillierte Abwägung kann im Rahmen von § 34 BauGB erfolgen.

ee) Rechtsfolge der Abwägungsfehler

Während Fehler im Abwägungsergebnis immer erheblich sind und zur Nichtigkeit des Bebauungsplans führen, sind Fehler im Abwägungsvorgang gem. § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Offensichtlich ist der Fehler, wenn er aus Akten, Protokollen, dem Plan selbst oder ähnlichen Schriftstücken sowie aus öffentliche Äußerungen erkennbar ist²³. Ein Einfluss auf das Abwägungsergebnis besteht schon dann, wenn die konkrete Möglichkeit gegeben ist, dass ohne den Fehler das Abwägungsergebnis anders ausgefallen wäre²⁴. Abwägungsdefizit und Abwägungsfehlerschätzung beziehen sich auf den Abwägungsvorgang, während die Abwägungsdisproportionalität das Abwägungsergebnis betrifft.

Es wurde bereits ausgeführt, dass sich die Abwägungsfehlerschätzung sich auch als Abwägungsdisproportionalität im Abwägungsergebnis niedergeschlagen hat. Mit hin steht § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB der Erheblichkeit der Abwägungsfehler nicht entgegen. Da Herr A von den Mängeln wusste, ist davon auszugehen, dass sie erkennbar waren. Auch waren sie von Einfluss auf das Abwägungsergebnis, da sie zu einer Disproportionalität führten. Schließlich wurde auch die Rügefrist des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB gewahrt, da sich Herr A bereits im Aufstellungsverfahren erfolglos an den Bezirk gewandt hat. Die Abwägungsfehler führen zur Nichtigkeit des Bebauungsplans. Ein ergänzendes Verfahren gem. § 215a BauGB kommt hier von vornherein nicht in Betracht, da nicht ersichtlich ist, wie die Abwägungsfehler aufgrund ihrer Schwere in einem solchen behoben werden sollten.

Andere Auffassungen sind hier nur schwer vertretbar.

²³ OVG NW, a.a.O., S. 280.

²⁴ BVerwG, NVwZ 1995, S. 692, 693.

4. Ergebnis

Der Bebauungsplan ist wegen materieller (und bei entsprechender Lösung: formeller) Fehler rechtswidrig und damit ungültig.

IV. Verletzung von § 34 BauGB i.V.m. dem Rücksichtnahmegebot

Da der Bebauungsplan nichtig ist, richtet sich die planungsrechtliche Zulässigkeit ausschließlich nach § 34 BauGB. § 34 BauGB vermittelt für sich genommen keinen Nachbartschutz. Es muss zusätzlich ein Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot vorliegen.

Wie bereits ausgeführt, ist die Prüfung allein auf diejenigen Normen zu beschränken, die Nachbartschutz vermitteln können. Allein dem öffentlichen Interesse dienende Normen bleiben außer Betracht.

1. Maßgeblichkeit von § 34 Abs. 2 BauGB

Zunächst ist zu klären, in welcher Tatbestandsalternative § 34 BauGB vorliegend zur Anwendung kommt. Zu denken ist an einen Verstoß gegen § 34 Abs. 2 BauGB iVm BauNVO. Nach dem Sachverhalt entspricht das Gebiet, in dem sich das Vorhaben befindet, einem Mischgebiet, so dass hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung § 6 BauNVO zur Anwendung gelangt. Dort sind jedoch Bürogebäude in Abs. 2 Nr. 2 als allgemein zulässig ausgewiesen.

2. Verstoß gegen § 15 BauNVO

Es könnte aber ein Verstoß gegen § 15 BauNVO vorliegen. Dies wäre gem. § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO der Fall, wenn von dem Gebäude Belästigungen oder Störungen ausgehen können, die nach der Eigenart des Baugebiets im Baugebiet selbst oder in dessen Umgebung unzumutbar sind.

Eine solche Unzumutbarkeit könnte unter zwei Aspekten vorliegen. Zum einen könnte das ästhetische Empfinden des Herrn A und seiner Mieter verletzt sein. Zum anderen könnte durch die baulichen Ausmaße und ihre Folgen das Eigentümerinteresse des Herrn A unzumutbar beeinträchtigt sein. Es ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Im Rahmen der Abwägung zur Unzumutbarkeit gewinnt insbesondere die Kunstfreiheit Bedeutung. Sie fließt als besonderes Gut in den Abwägungsvorgang ein.

Es ist nicht als falsch zu bewerten, wenn die folgenden Ausführungen im Rahmen von § 34 Abs. 1 BauGB beim Merkmal des Einfügens vorgenommen werden, da man auch vertreten kann, hier sei

nicht die Art, sondern das Maß der baulichen Nutzung bedeutsam, wofür nicht § 34 Abs. 2 BauGB, sondern § 34 Abs. 1 BauGB gelte.

3. Die Bedeutung von Art. 5 Abs. 3 GG für das Bauplanungsrecht

Bevor mit der Abwägung begonnen werden kann, muss die Rolle herausgearbeitet werden, die die Kunstfreiheit im Bauplanungsrecht spielt. Grundsätzlich ist es denkbar, dass ein Bauwerk als Werk der Baukunst der Garantie des Art. 5 Abs. 3 GG unterfällt. Da dieses Grundrecht vorbehaltlos gewährleistet ist, kommt eine Einschränkung nur zum Schutze widerstreitenden Verfassungsrechts in Betracht (sog. verfassungsimmanente Schranken). Es geht fehl, wenn eine in der Literatur vertretene Meinung die Freiheit der Baukunst aufgrund einer behaupteten Normoffenheit von Art. 5 Abs. 3 GG bereits auf Schutzbereichsebene einschränken und die Normen des Bauplanungsrechts als derart einschränkende Normen ansehen will²⁵. Dadurch würde der Charakter der Kunstfreiheit als vorbehaltlos gewährleistet unterlaufen.

Die Normen des Bauplanungsrechts müssen, sofern der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG tangiert ist, Ausdruck verfassungsimmanenter Schranken sein und somit möglicherweise verfassungskonform zugunsten der Kunstfreiheit ausgelegt werden. Die vom BVerwG vertretene Auffassung, dass ein Rückgriff auf Grundrechte im Bauplanungsrecht ausscheide, soweit eine einfach-gesetzliche Normierung erfolgt ist²⁶, steht dem nicht entgegen, da im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 GG sehr wohl eine verfassungsrechtliche Abwägung erforderlich ist.

4. Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG

Vorliegend könnte der Schutzbereich der Kunstfreiheit betroffen sein. Dies ist der Fall, wenn es sich vorliegend um Kunst handelt. Teilweise wird vertreten, nur Baukunst, nicht aber Kunst am Bau sei vom Schutzbereich umfasst²⁷. Ob diese Differenzierung richtig ist, kann dahinstehen, da vorliegend das gesamte Gebäude aufgrund seiner extravaganten Gestaltung den Anspruch herbeht, Baukunst zu sein. Es unterfällt damit jedenfalls dem materiellen Kunstbegriff, da es als Ausdruck der freien schöpferischen Gestaltung des Künstlers erscheint.

Da nicht nur der Werkbereich, sondern auch der Wirkungsbereich des Kunstwerks geschützt ist, kann sich nicht nur der Künstler selbst, sondern auch derjenige, der das

²⁵ So ausführlich *Schneider*, Die Freiheit der Baukunst, 2002, insb. S. 145 ff.

²⁶ Vgl. etwa BVerwG, DVBl. 1997, S. 61 ff., 62; DVBl. 1992, S. 564 ff., 567.

²⁷ *Koenig/Zeiss*, Jura 1997, S. 225; siehe auch *Vofßkuhle*, BayVBl. 1995, S. 613 ff., 615.

Kunstwerk verbreiten will – hier also der Bauherr -, auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen²⁸. Das Vorhaben genießt somit den Schutz der Kunstfreiheit.

5. Abwägung der widerstreitenden Interessen

Was die Abwägung anbetrifft, so können gegen die Kunstfreiheit nur solche Belange in Stellung gebracht werden, die selbst Verfassungsrang besitzen. Zunächst ist an die Grundrechte der Betrachter zu denken. Jedoch ist bereits ausgeführt worden, dass diese erst einschlägig sein können, wenn der Grad der Hässlichkeit eines Bauwerks so groß ist, dass die Beeinträchtigung des Wohlbefindens mit körperlichen Beeinträchtigungen vergleichbar ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Es bleiben damit nur die Eigentümerinteressen des A als widerstreitende Güter. Grundsätzlich ist anerkannt, dass das Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG auch den Nachbarn vor der Bebauung angrenzender Grundstücke schützt. Jedoch muss ein solcher Eingriff, der lediglich mittelbarer Natur ist, schwer und unerträglich sein, um Berücksichtigung finden zu können²⁹. Unter rein ästhetischen Gesichtspunkten wird man eine solche Beeinträchtigung nicht annehmen können. Jedoch könnte das Bauwerk vorliegend auch wegen seiner Lage einen schweren und unerträglichen Eingriff darstellen.

Dafür spricht zum einen die Verschattung der Fensterfront. Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung die Verschattung grundsätzlich dann hinzunehmen, wenn die bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen eingehalten wurden³⁰. Vorliegend ist über die Abstandsflächen jedoch im Sachverhalt nichts vermerkt. Somit muss aufgrund allgemeiner Kriterien eine Bewertung vorgenommen werden. Die Verschattung ist so umfassend, dass auch tagsüber bei künstlichem Licht gearbeitet werden muss. Somit kommt die Verschattung einer fast gänzlichen Entwertung der Fensterflächen gleich. Hierin ist ein schwerer und unerträglicher Eingriff zu sehen. Auch führt das Vorhaben dazu, dass Herr A sein Gebäude kaum noch zu den ortsüblichen Preisen vermieten kann. Dadurch sinkt auch der Wert des Gebäudes selbst beträchtlich. Auch unter diesem Aspekt ist der Eingriff als schwer und unerträglich anzusehen. Insgesamt liegt eine so starke Beeinträchtigung von Herrn A vor, dass seine Rechte als durch das Bauwerk verletzt angesehen werden müssen. Es ist nicht ersichtlich, wieso das Hochhaus gerade an diesem Ort, wo ein ganzes Nachbargebäude weitgehend ent-

²⁸ BVerwG, NJW 1995, S. 2648.

²⁹ Voßkuhle, a.a.O., S. 620.

³⁰ Vgl. Söfker in E/Z/B, BauGB, § 34, Rz. 50 m.w.N.

wertet wird, verwirklicht werden muss, und nicht an einem anderen Ort stehen kann, wo es weniger stört. Somit überwiegt die Eigentümerfreiheit des A die Kunstfreiheit des Bauherrn. Es liegt eine unzumutbare Störung im Sinne von § 15 Abs. 1 S.2 BauNVO vor.

Hier ist mit guter Begründung auch die Gegenauffassung vertretbar, wobei der Sachverhalt die Gegenauffassung nicht nahelegt.

6. Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme

Damit ist gleichzeitig ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme verbunden. Herr A ist hinreichend individualisiert und gerade mit seinem Grundstück besonders von dem Vorhaben betroffen. Es war in qualifizierter und individualisierter Weise auf seine Interessen Rücksicht zu nehmen. Damit liegt eine Verstoß gegen nachbarschützende Vorschriften vor, den Herr A gerichtlich geltend machen kann. § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO und dem Gebot der Rücksichtnahme sind verletzt. Eine Befreiung nach § 31 BauGB kommt vorliegend nicht in Betracht.

V. Ergebnis

Damit ist die Baugenehmigung wegen Verstoßes gegen die genannten Normen rechtswidrig. In einem solchen Fall überwiegt das Aussetzungsinteresse des A das Vollziehungsinteresse der Behörde. Das Gericht wird dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung stattgeben. Einer gesonderten Interessenabwägung bedarf es insoweit nicht mehr.

VI. Baustopp

Auch der Antrag hinsichtlich des Baustopps ist begründet: Herr A kann verlangen, dass der Bau, der bereits in vollem Gange ist, unterbrochen wird, bis in der Hauptsache entschieden wurde. Andernfalls drohte die Schaffung vollendeter Tatsachen. Weitere Voraussetzungen für den Zusatzantrag bestehen nicht.

Abwandlung

Das Verwaltungsgericht wird der Klage stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist mangels abdrängender Sonderzuweisung gem. § 40 Abs. 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben. Die vorliegende Streitigkeit über die Rechtmäßigkeit einer Aufsichtsmaßnahme nach § 13a AZG fällt unter § 40 Abs. 1 VwGO.

2. Statthafte Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Zu beachten ist, dass sich vorliegend ein Bezirk gegen eine Aufsichtsmaßnahme eines Senatsmitglieds zur Wehr setzen will. Es handelt sich um einen sogenannten Insichprozess, denn sowohl das Bezirksamt als auch der Senator sind Organe der juristischen Person Land Berlin. Die Maßnahme hat somit keine Außenwirkung und stellt keinen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG dar, so dass Anfechtungs- und Verpflichtungsklage von vornherein ausscheiden. Weiterhin hat der Senator die Baugenehmigung bereits aufgehoben, so dass der zugrundeliegende Eingriff in die bezirkliche Zuständigkeit nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Er hat sich damit erledigt. Auch eine allgemeine Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage scheidet mithin aus. Statthaft ist die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO.

3. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, Subsidiarität

Vorliegend geht es um die Frage, ob der Senator zu Recht von seinem Eingriffsrecht Gebrauch gemacht und über den Bauantrag selbst entschieden hat. Dabei handelt es sich um ein hinreichend konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

Die Subsidiarität der Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 2 VwGO steht nicht entgegen, da keine andere Klageart zur Verfügung steht.

4. Feststellungsinteresse, Klagebefugnis

Fraglich ist aber, ob der Bezirk ein Feststellungsinteresse bzw. noch weitergehend eine Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann. Grundsätzlich haben Teile der Verwaltung nämlich nur Wahrnehmungskompetenzen, die keine Klagemöglichkeit vor dem Verwaltungsgericht begründen. Etwas anderes könnte a-

ber gelten, wenn den Bezirken ein Recht auf Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG oder der VvB zusteht.

a) Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG?

Schon der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 GG zeigt, dass die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung auf die Berliner Bezirke *nicht* anwendbar sein kann. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG spricht nämlich von Gemeinden, Satz 2 bezieht sich auf Gemeindeverbände. Um Gemeinden handelt es sich bei den Berliner Bezirken aber gerade nicht. Vielmehr ist Berlin als Ganzes gleichzeitig Gemeinde und Bundesland (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 VvB). Bei den Bezirken handelt es sich lediglich um "*Selbstverwaltungseinheiten Berlins ohne Rechtspersönlichkeit*" (vgl. § 2 Abs. 1 BezVG). Sie sind Bestandteile der staatsunmittelbaren Verwaltungsuntergliederung und *keine unterstaatlichen Gebietskörperschaften*. Damit ist die Gesamtstadt Berlin Trägerin der von Art. 28 Abs. 2 GG normierten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, nicht ihre Untergliederungen³¹.

b) Recht auf bezirkliche Selbstverwaltung?

Nun ist aber in Art. 66 Abs. 2 VvB zu lesen, die Bezirke erfüllen ihre Aufgaben *nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung*. In Art. 72 VvB ist darüberhinaus davon die Rede, die Bezirksverordnetenversammlung sei Organ der bezirklichen Selbstverwaltung. Die Berliner Verfassung ordnet den Bezirken also den Begriff der "Selbstverwaltung" zu. Die Bedeutung dieser Zuordnung ist in Anbetracht des fehlenden Körperschaftsstatus der Bezirke umstritten.

Der *Berliner Verfassungsgerichtshof* hat in einer seiner ersten Entscheidungen festgestellt, dass es *kein verfassungskräftiges Recht* auf bezirkliche Selbstverwaltung gebe³². Der *Grundsatz der Einheitsgemeinde*, der zu den tragenden Wesensmerkmalen der Verfassung von Berlin gehöre, schließe dies aus. Die Verfassung stelle mit der Bezugnahme auf die Grundsätze der Selbstverwaltung lediglich ein für den Gesetzgeber verbindliches Organisationsprinzip der Berliner Verwaltung auf. Auch nach der ersten Verfassungs- und Verwaltungsreform 1994 hat der Verfassungsgerichtshof seine Auffassung bestätigt³³, obwohl seitdem die Bezirksverwaltungen in Art. 3

³¹ Allg. Meinung, vgl. nur BerlVerfGH, LVerfGE 1, 33, 37; *Neumann* in Pfennig/Neumann, VvB, Art. 66, 67, Rz. 10.

³² BerlVerfGH, LVerfGE 1, 33, 37.

³³ BerlVerfGH, LVerfGE 6, 32, 41.

Abs. 2 VvB ausdrücklich genannt sind. Der Verfassungsgerichtshof hat auch nicht zu erkennen gegeben, dass er nach der zweiten Verfassungs- und Verwaltungsreform 1998 von seiner Rechtsauffassung abweichen will³⁴. Erst im Rahmen dieser Reform wurde die heutige Fassung von Art. 66 Abs. 2 VvB eingefügt.

In der *neueren Literatur* wird deshalb überwiegend ein verfassungskräftiges Recht der Bezirke auf Selbstverwaltung bejaht³⁵. Vor allem seit der Verfassungs- und Verwaltungsreform von 1994 stünden den Bezirken weitgehende Selbstverwaltungsrechte zu. Teilweise wird davon gesprochen, die bezirkliche Selbstverwaltung erreiche zuweilen annähernd den Umfang der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG³⁶.

Dem VerfGH ist zuzustimmen, wenn er nicht nur die Anwendung des in Art. 28 Abs. 2 GG enthaltenen Rechts auf kommunale Selbstverwaltung auf die Bezirke, sondern auch ein mit der Wehrfähigkeit des Art. 28 Abs. 2 GG vergleichbares "Recht auf bezirkliche Selbstverwaltung" ablehnt. Die Verfassung von Berlin kennt ein solches abstraktes und umfassendes Recht, das gegen beschränkende Maßnahmen des Senats oder des Gesetzgebers umfassend Rechtsschutz bieten könnte, nicht. Mangels Rechtsfähigkeit und im Interesse der Einheitsgemeinde sind die Bezirke als Organe des Landes Berlin in die Verwaltungshierarchie eingebunden. Eine Selbstverwaltung der Bezirke kann deshalb weder vom Umfang her noch insbesondere im Hinblick auf die Wehrfähigkeit mit der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG vergleichbar sein. Von einem "Recht auf bezirkliche Selbstverwaltung" sollte deshalb nicht gesprochen werden.

c) Der Bezirk als Kontrastorgan im Falle eines Eingriffs

Gleichwohl schließt dies nicht aus, dass den Bezirken in einzelnen Teilbereichen ihrer durch die Verfassung organisationsrechtlich zugewiesenen Aufgaben und Zuständigkeiten bereits eine subjektive Rechtsposition verliehen wird und sie sich so gegen Übergriffe anderer Organe zur Wehr setzen können. Als Voraussetzung ist zu fordern, dass die Kompetenz zu dem Zweck der Schaffung eines Kontrastorgans, das der innerkörperschaftlichen Machtbalance dient, verliehen wurde. Der Bezirk möchte sich vorliegend dagegen wehren, dass der Senator einen Eingriff gem. § 13a

³⁴ Beschl. v. 15.6.2000, VerfGH 47/99, n.v., S. 5.

³⁵ Vor allem *Haafß*, LKV 1996, S. 84; *Deutelmöser*, LKV 1999, S. 350 f.; *Neumann* in Pfennig/Neumann, VvB, Art. 66/67, Rz. 8 ff., insbes. Rz. 17; auch schon *Machalet*, Die Berliner Bezirksverwaltung, S. 56; anders *Sender*, ABl. 1979, S. 509 ff., 511.

³⁶ *Haafß*, LKV 1996, S. 86.

AZG vorgenommen und die Baugenehmigung an seiner Stelle erteilt hat. Hier muss eine bezirkliche Klagebefugnis bejaht werden. Die Bezirke haben ein verfassungskräftiges Recht darauf, dass die gesetzlich vorgesehene Zuständigkeitsabgrenzung beachtet wird (vgl. Art. 84 Abs. 2 Nr. 3 VvB). Das Eingriffsrecht ermöglicht es der Hauptverwaltung, in allen Aufgabenbereichen, für die die Bezirke zuständig sind, auf bezirkliche Entscheidungen Einfluss zu nehmen. Um die Bezirke vor einer zu weitreichenden Beeinflussung durch die Hauptverwaltung zu schützen, hängt das Eingriffsrecht von einschränkenden Voraussetzungen ab. Damit diese ihre Schutzwirkung entfalten können, muss ihre Handhabung durch die eingreifenden Senatsmitglieder gerichtlicher Überprüfung zugänglich sein. Die Bezirke müssen zumindest überprüfen lassen können, ob die Voraussetzungen eines Eingriffs vorlagen. Eine Klagebefugnis ist gegeben.

Wegen der Wiederholungsgefahr steht die Erledigung der Maßnahme dem Feststellungsinteresse nicht entgegen.

Eine Wiederholungsgefahr kann auch abgelehnt werden, dann muss allerdings hilfsgutachterlich weitergeprüft werden.

5. Beteiligte des Rechtsstreits

§ 61 VwGO gilt für Außenrechtsstreitigkeiten, nicht aber unmittelbar bei Innenrechtsstreitigkeiten. Jedoch besteht Einigkeit, dass zur Durchsetzung wehrfähiger Rechtspositionen auch die Möglichkeit einer Beteiligung an einem Rechtsstreit bestehen muss. Analog § 61 Nr. 2 VwGO ist damit der Bezirk als Kläger beteiligtenfähig³⁷. Der Senator für Stadtentwicklung handelte hier nicht als Person, sondern als Organ. Seine Beteiligtenfähigkeit ergibt sich deshalb aus § 61 Nr. 1 VwGO analog.

6. Ergebnis

Die Klage des Bezirks ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn im Falle der Baugenehmigung für den Hi-Flyer die Voraussetzungen für einen Eingriff gem. § 13a AZG nicht vorlagen.

³⁷ Siehe Rz. 375.

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für einen Eingriff ist § 13a Abs. 1 AZG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Gem. § 13a Abs. 1 S. 1 AZG muss das zuständige Senatsmitglied gehandelt haben. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung ist für das Bauwesen zuständig. Die Senatsverwaltung für Inneres wurde informiert und ein Einigungsversuch mit dem Bezirksamt ist gescheitert. Damit lagen die Verfahrensvoraussetzungen des § 13a AZG für einen Eingriff vor. Im Laufe des weiteren Verfahrens hat der Senator zunächst eine Einzelweisung gem. § 8 Abs. 3 Buchst. b AZG erteilt und war nach deren Nichtbefolgung gem. § 8 Abs. 3 Buchst. c AZG berechtigt, die Genehmigung im Wege des Eintrittsrechts selbst zu erteilen. Im Ergebnis bestehen damit keine Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit des Eingriffs.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht ist erforderlich, dass die Versagung der Genehmigung durch das Bezirksamt Mitte nicht gegen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften verstieß und dringende Gesamtinteressen Berlins beeinträchtigte.

a) Rechtmäßigkeit der bezirklichen Entscheidung

Zunächst ist also die Rechtmäßigkeit der bezirklichen Versagung zu prüfen, da entgegenstehende Verwaltungsvorschriften nicht ersichtlich sind. Wie im Ausgangsfall gesehen, war die Baugenehmigung rechtswidrig. Damit lag bereits die erste Voraussetzung für die Ausübung des Eingriffsrechts nicht vor. Ist eine bezirkliche Maßnahme rechtswidrig, so kommt nur eine Maßnahme der Bezirksaufsicht nach den §§ 9 AZG in Betracht. Bereits unter diesem Aspekt war der Eingriff rechtswidrig. Es kommt nicht mehr darauf an, ob dringende Gesamtinteressen Berlins vorliegen.

An dieser Stelle kann die Prüfung enden. Wer entgegen der hier vorgeschlagenen Lösung die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung angenommen hat, muss demgegenüber noch auf die Frage des Vorliegens dringender Gesamtinteressen eingehen.

b) Dringende Gesamtinteressen Berlins

Da die in § 13a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 AZG genannten Beispielfälle nicht einschlägig sind, muss ein sonstiger Fall dringender Gesamtinteressen vorliegen. Ein Beurtei-

lungsspielraum des Senatsmitglieds besteht insoweit nicht. Ein Gesamtinteresse Berlins kann vorliegen, wenn durch die Maßnahme die Interessen der Gesamtstadt im Verhältnis zum Bezirksinteresse betroffen sind. Vorliegend geht es um einen zentralen Bereich der Stadt nahe der Oberbaumbrücke. In diesem Areal kommen naturgemäß bei Bauvorhaben eher Belange der Gesamtstadt zum tragen als in Außenbezirken. Hinzu kommen die erheblichen Ausmaße des Vorhabens. Diese Ausmaße sowie die provokative und neuartige Gestaltung sind es auch, die nicht nur die Bejahung eines Gesamtinteresses, sondern auch eines dringenden Gesamtinteresses angezeigt erscheinen lassen. Der Begriff „dringend“ ist nicht in zeitlicher, sondern in qualitativer Hinsicht zu verstehen. Ein derart qualitativ gesteigertes Gesamtinteresse Berlins ist wegen der genannten Aspekte anzunehmen.

c) Ergebnis

Im Ergebnis lassen sich dringende Gesamtinteressen bejahen. Ermessensfehler bei der Ausübung des Eingriffsrechts sind nicht ersichtlich.

Je nachdem, wie man sich bei der Frage der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung entschieden hat, fällt auch die Frage der Begründetheit der Klage aus.

Zusatzfrage

Die Schaffung eines solchen Amtes ist verfassungsrechtlich möglich, wenn sie nicht gegen Verfassungsnormen verstößt.

Art. 66 Abs. 2. S. 2 VvB kann vorliegend außer Betracht bleiben, da die Aufgaben der Bauaufsicht, verglichen mit den Flächenländern, nicht zu den „örtlichen Verwaltungsaufgaben“ zählen und mithin auch nicht zu den gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben. Es kommt daher darauf an, ob die Zuweisung der Bauaufsicht inklusive aller Baugenehmigungsverfahren an das Landesbauamt mit der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung in Art. 67 Abs. 1 und 2 VvB vereinbar ist. Insbesondere muss die Aufgabe gem. Art. 67 Abs. 1 VvB von gesamtstädtischer Bedeutung sein. Der Begriff der gesamtstädtischen Bedeutung wird in Art. 67 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 VvB näher ausgestaltet. Da weder Nr. 1 noch Nr. 2 einschlägig sind, kann sich eine Zuständigkeit der Hauptverwaltung nur ergeben, wenn die Aufgabe gem. Art. 67 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VvB zwingend einer Durchführung in unmittelbarer Regierungsverantwortung bedarf. Der Verfassungsgerichtshof hat zu der alten Fassung der Vorschrift, die die Formulierung noch nicht enthielt, entschieden, bei der Beurteilung der gesamt-

städtischen Bedeutung komme dem Abgeordnetenhaus ein weiter, nur bedingt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu³⁸. Die Beurteilung des Gesetzgebers sei nur dahingehend überprüfbar, dass sie nachvollziehbar und vertretbar ist.

Fraglich ist nun, ob dieser weite Spielraum auch hinsichtlich der geltenden Fassung von Art. 67 Abs. 1 VvB besteht. Hiergegen könnte man einwenden, dass der Begriff der gesamtstädtischen Bedeutung durch die Formulierung der Nr. 1 bis 3 konkretisiert werden sollte. Damit könnte eine Einengung des gesetzgeberischen Spielraums einhergehen. Außerdem könnte der Begriff „zwingend“ für eine Begrenzung gesetzgeberischer Entscheidungsfreiheit sprechen. Indes macht auch die Frage, ob eine Aufgabe zwingend einer Durchführung in unmittelbarer Regierungsverantwortung bedarf, komplizierte fachliche, aber auch politische Wertungen erforderlich. Diese vorzunehmen, ist in einer Demokratie ureigenste Aufgabe der Volksvertretung. Insofern haben sich die Verfassungsgerichte bei der Einengung gesetzgeberischer Entscheidungsprärogativen immer zurückgehalten. So muss es auch vorliegend sein. Da Nr. 3 eine Ausgestaltung des Merkmals "gesamtstädtische Bedeutung" darstellt, muss man auch bei der Anwendung dieser Alternative einen Beurteilungsspielraum zugrundelegen. Der Beurteilungsspielraum beinhaltet aber gleichzeitig - wie bisher - eine Darlegungslast des Gesetzgebers, die durch die Neuformulierung verschärft ist. Es muss nachvollziehbar und vertretbar erscheinen, dass die Aufgabe zwingend einer Durchführung in unmittelbarer Regierungsverantwortung bedarf.

Der Gesetzentwurf führt für die Bündelung der Bauaufsicht zunächst Kostenargumente an. Ließe man solche Argumente für die Begründung einer Aufgabenverlagerung genügen, so liefe die Begrenzungsfunktion des Art. 67 Abs. 1 VvB für die Zuständigkeiten der Hauptverwaltung weitgehend leer. Eine zentrale Aufgabenwahrnehmung wird in der Regel billiger sein als die dezentrale in den Bezirken. Durch die Neufassung von Art. 67 Abs. 1 VvB hat der Verfassungsgeber aber deutlich gemacht, dass er den Aufgabenentzug gegenüber den Bezirken an engere Voraussetzungen geknüpft wissen wollte. Vor diesem Hintergrund ist die Bündelung von Aufgaben nicht schon dann "zwingend", wenn sich eine Kostenersparnis realisieren lässt. Es müssen noch andere Aspekte angeführt werden können, die eine Verlagerung rechtfertigen. Dies lässt die Gesetzesbegründung vermissen. Insbesondere erscheint die pauschale Behauptung, eine Aufgabenbündelung werde generell zu einer Beschleunigung von Genehmigungsverfahren führen, als nicht schlüssig. Es ist nicht nachvoll-

³⁸ BerlVerfGH (Fn. 61), S. 31 f.

ziehbar, warum alleine eine Zentralisation den nach wie vor den gleichen Vorschriften unterliegenden Entscheidungsprozess im Zusammenhang mit einem Bauantrag beschleunigen sollte. Im Gegenteil ist eher mit Verfahrensverzögerungen zu rechnen, da im Baugenehmigungsverfahren verschiedene andere bezirkliche Fachämter wie das Stadtplanungsamt, das Wohnungsamt und das Tiefbauamt zu beteiligen sind. Durch ein zentrales Bauamt ist diese Beteiligung zeitaufwendiger als durch ein bezirkliches Bauamt.

Der Gesetzgeber hat somit seinen Beurteilungsspielraum überschritten. Die Zentralisierung der Bauaufsicht verstößt gegen Art. 67 Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 Nr. 3 VvB. Das Gesetz ist verfassungswidrig und damit nichtig.

Die Gegenauffassung ist mit guter Begründung vertretbar.