

## Der Neue Mensch (Lösungsvorschlag)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger  
Stand der Bearbeitung: August 2015

Da der Kläger einen Hauptantrag und einen Hilfsantrag stellt, ist es wegen des sich danach ergebenden Eventualverhältnisses geboten, beide Anträge getrennt auf ihre Zulässigkeit und Begründetheit zu untersuchen.

*Anmerkung:* Siehe zum Aufbau des Gutachtens bei Klagehäufung im Verwaltungsprozess diesen Hinweis.

### Erster Teil: Feststellungsantrag

Der Feststellungsantrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

#### A) Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO erfüllt sind.

*Anmerkung:* Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe diesen Hinweis.

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, für die keine Sonderzuweisung besteht. Um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt es sich dann, wenn die für die Streitentscheidung maßgebliche Norm eine des öffentlichen Rechts ist. Hier sind die **§§ 29 ff. BauGB** und **§§ 60 ff BauO Bln** für die Streitentscheidung maßgeblich, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Trotz der - möglicherweise zu beachtenden - verfassungsrechtlichen Garantie der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, weil darunter lediglich Streitigkeiten von Verfassungsorganen über ihre verfassungsrechtlich verbürgten Kompetenzen verstanden werden. und der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet ist.

### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). *Dr. Kunstinnig* beantragt die Feststellung, dass er für sein Vorhaben keiner Baugenehmigung bedarf. Für diesen Antrag könnte die **(negative) Feststellungsklage** nach § 43 Abs. 1 VwGO die statthafte Klageart sein. Gemäß § 43 Abs. 1 VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. Danach muss die Feststellungsklage sich auf einen konkreten,

gerade den Kläger betreffenden Sachverhalt beziehen. Unter einem Rechtsverhältnis in diesem Sinne sind die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von natürlichen oder juristischen Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft derer eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht<sup>1</sup>. Eine Norm, die für ein bestimmtes Verhalten eine Genehmigung anordnet, begründet ein Rechtsverhältnis zwischen demjenigen, der sich in bestimmter Weise verhalten will, und der Genehmigungsbehörde. Geht also jemand davon aus, eine Maßnahme sei nicht genehmigungsbedürftig, so kann er diese Auffassung mit einer (negativen) Feststellungsklage klären lassen.<sup>2</sup>

Die Feststellungsklage ist auch nicht gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO ausgeschlossen:

- Als speziellere Klageart käme in Fällen wie dem vorliegenden zwar als eine Form der Leistungsklage die **Verpflichtungsklage** nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO auf Erteilung der Genehmigung in Betracht, aber diese Klage würde dem Begehren des Klägers nicht gerecht; sollte sich herausstellen, dass tatsächlich keine Genehmigung erforderlich ist, wäre die Klage sogar abzuweisen, weil dann auch kein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung bestünde.
- Die Aufhebung der ablehnenden Entscheidung der Genehmigungsbehörde im Wege der **Anfechtungsklage** nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO würde dem Kläger ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. Wenn das Vorhaben genehmigungsfrei war, hätte auch keine positive Entscheidung des Antrags auf Erteilung der Genehmigung erfolgen können.

Die erhobene Feststellungsklage ist somit statthaft.

### III. Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1 VwGO)

Der Kläger müsste weiterhin nach § 43 Abs. 1 VwGO ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung haben. Dies liegt vor, wenn die Entscheidung des Gerichts geeignet ist, die Position des Klägers in rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Hinsicht zu verbessern.<sup>3</sup> Ein solches Interesse ist hier gegeben, weil *Dr. Kunstinnig* schon durch eine bestehende Genehmigungspflicht in seiner verfassungsrechtlich verbürgten Baufreiheit (Art. 14 GG), darüber hinaus auch möglicherweise in seiner Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), betroffen ist.

### IV. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

In der Rechtsprechung wird zunehmend die Ansicht vertreten, auch bei der Feststellungsklage sei § 42 Abs. 2 VwGO (analog) anzuwenden.<sup>4</sup> Das vermag zwar im Hinblick auf das Erfordernis des Feststellungsinteresses nicht zu überzeugen,<sup>5</sup> aber aus den zuvor genannten Gründen (Einschränkung der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Baufreiheit bzw. der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Kunstfreiheit)

<sup>1</sup> [BVerwG, 3 C 26/13 v. 20.11.2014, Abs. 12](#) = NVwZ-RR 2015, 420, Abs. 12; ferner: [BVerwG, 6 A 1/13 v. 28.5.2014, Abs. 20](#) = BVerwGE 149, 359, Abs. 20; [Hufen](#), § 18 Rn. 4.

<sup>2</sup> [BVerwG, VII C 240.59 v. 25.5.1962, Abs. 20](#) = BVerwGE 14, 202, 203.

<sup>3</sup> [Kopp/Schenke](#), § 43 Rn. 23.

<sup>4</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 1991, 470, 471.

<sup>5</sup> S. auch [Hufen](#), § 18 Rn. 17; [Schmitt Glaeser/Horn](#), Rn. 341.



ist eine Rechtsverletzung jedenfalls möglich.

#### **V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog)**

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog gegen das Land Berlin als Behördenträger zu richten.

#### **VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)**

Der Kläger ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO.

#### **VII. Prozessfähigkeit (§ 62 VwGO)**

Der Kläger ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ein Vertreter.

#### **VIII. Ergebnis zu A**

Die Feststellungsklage ist zulässig.

#### **B) Begründetheit**

Die Klage ist begründet, wenn das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht (§ 43 Abs. 1 VwGO), *Dr. Kunstinnig* für sein Vorhaben also keiner Baugenehmigung bedarf.

#### **I. Voraussetzungen des § 60 BauO Bln**

Eine Genehmigungspflicht könnte sich aus § 60 Abs. 1 BauO Bln ergeben. Hiernach bedürfen bauliche Anlagen grundsätzlich der Baugenehmigung. Fraglich ist also, ob das Vorhaben von *Dr. Kunstinnig* eine bauliche Anlage darstellen wird. Bauliche Anlagen sind nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 BauO Bln mit dem Erdboden verbundene, aus Baustoffen und Bauteilen hergestellte Anlagen. Die Statue und ihr Sockel sollen mit dem Erdboden verbunden werden. Der Sockel selbst besteht auch aus Baustoff (Granitstein), so dass - selbst wenn man der Ansicht sein sollte, dass die Statue als solche nicht aus Baustoffen und Bauteilen hergestellt ist - eine bauliche Anlage vorliegt, weil Sockel und Statue eine Einheit bilden.

*Anmerkung:* Zum bauordnungsrechtlichen Begriff der baulichen Anlage siehe auch den [Himmelsstrahler-Fall](#).

Das Vorhaben ist auch nicht nach § 62 BauO Bln genehmigungsfrei: Die Befreiung des § 62 Abs. 1 Nr. 15 lit. d BauO Bln betrifft nur Denkmäler und Plastiken bis zu 4 m Höhe, während die *Dr. Kunstinnig* gehörende Statue allein schon 6 m - und zusammen mit dem Sockel sogar 13 m - misst. Schließlich kommt auch ein Freistellungsverfahren gemäß § 63 BauO Bln nicht in Betracht. Dies scheidet schon an § 63 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BauO Bln da die Statue im Außenbereich, mithin außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans, aufgestellt werden soll und kein Hinweis auf die erforderlichen Befreiungen und Ausnahmen nach § 31 BauGB oder einen planungsrechtlichen Bescheid gem. § 74 Abs. 2 BauO Bln im Sachverhalt existiert.

Somit ist nach dem Wortlaut des § 60 Abs. 1 BauO Bln für das Vorhaben des Klägers eine Baugenehmigung erforderlich, wenn auch nur im vereinfachtem Verfahren nach

§ 64 BauO Bln.

## II. Einschränkung des § 60 BauO Bln durch Art. 5 Abs. 3 GG

Hiergegen könnten jedoch Bedenken bestehen. *Dr. Kunstinnig* beruft sich nicht - wie sonst nahezu jeder Bauherr - primär auf die in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Baufreiheit, sondern auf die in Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährte Kunstfreiheit. Die Baufreiheit als Teil des grundgesetzlich geschützten Eigentums kann nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG eingeschränkt werden, soweit die Sozialbindung des Eigentums dies zulässt. Demgegenüber ließe sich die Auffassung vertreten, die Kunstfreiheit werde durch das Erfordernis einer Genehmigung für das Aufstellen von Kunstwerken verletzt, mit der Folge, dass § 60 Abs. 1 BauO Bln "verfassungskonform" auszulegen wäre und deshalb z.B. Kunstwerke generell nicht unter den Begriff der baulichen Anlage des § 2 Abs. 1 BauO Bln fielen. Dies setze jedoch voraus, dass der Schutzbereich der Kunstfreiheit betroffen wäre, das Genehmigungserfordernis einen Eingriff darstellte und dieser Eingriff sich nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen ließe.

### 1. Betroffenheit des Schutzbereiches der Kunstfreiheit

Fraglich ist daher zunächst, ob das Vorhaben des Klägers überhaupt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG fällt. Die Kunstfreiheit schützt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht nur die eigentliche künstlerische Tätigkeit, den sog. "**Werkbereich**", sondern auch die Vermittlung des Kunstwerks an Dritte, den sog. "**Wirkbereich**".<sup>6</sup> In dieser Ausprägung verbürgt die Kunstfreiheit das Recht, Kunstwerke der Öffentlichkeit darzubieten und zu verbreiten. Ob es sich hierbei um eigene oder fremde Kunstschöpfungen handelt, spielt keine Rolle.<sup>7</sup> Kunstfreiheit umfasst auch sog. "Baukunstwerke", so dass es auch das grundgesetzlich geschützte Recht gibt, derartige Baukunstwerke an einem bestimmten Ort aufzustellen,<sup>8</sup> worauf sich *Dr. Kunstinnig* beruft.

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei der Statue überhaupt um ein Kunstwerk i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG handelt. Hieran könnten wegen ihrer Größe und ihres Charakters als nationalsozialistischer "Auftragsarbeit" Zweifel bestehen. Jedoch kann die Statue einem bestimmten Werktyp zugeordnet werden (Bildhauerei) und erfüllt somit den sog. formalen Kunstbegriff; auch stellt sie sich wegen ihrer Einzigartigkeit nicht als reines Kunstgewerbe dar. Es kann ebenfalls davon ausgegangen werden, dass der Künstler selbst ein Kunstwerk schaffen wollte und versuchte, seine individuellen Erfahrungen und Erkenntnisse - mögen sie auch nationalsozialistischer Prägung gewesen sein - umzusetzen. Dass "Nazi-Kunst" als solche in einem hochproblematischen politischen Kontext steht, hindert nicht, sie dennoch als Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG anzusehen.<sup>9</sup>

Darüber hinaus müsste auch das Aufstellen der Statue durch *Dr. Kunstinnig* in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen. *Dr. Kunstinnig* möchte diese "zur Erbauung der Reinickendorfer Bevölkerung" auf seinem Grundstück aufstellen, strebt also ihre Ausstellung zu dem Zwecke an, der Öffentlichkeit den Zugang zu dem Kunstwerk zu

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 30, 173, 189; BVerfGE 67, 213, 224; BVerfGE 77, 240, 251; BVerfGE 30, 173, 189; BVerfGE 119, 1, 22 f.

<sup>7</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Rn. 663.

<sup>8</sup> BVerwG, 4 B 70/95 v. 13.4.1995 = NJW 1995, 2648.

<sup>9</sup> BVerfGE 119, 1, 20 f.

ermöglichen. Dieses Verhalten ist dem Wirkungsbereich der Kunst zuzurechnen und fällt daher ebenfalls in den Schutzbereich der Kunstfreiheit.

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit ist demnach betroffen.

## 2. Eingriff in den Schutzbereich

In den Wirkungsbereich der Kunstfreiheit müsste durch den Umstand, dass das Aufstellen von (Bau-) Kunstwerken einer (baurechtlichen) Genehmigung unterworfen wird, eingegriffen werden. Ein solcher Eingriff ergibt sich schon aus den zahlreichen formellen Vorschriften über das Baugenehmigungsverfahren nach den §§ 60 ff. BauO Bln sowie insbesondere den materiellen Baurechtsvorschriften, deren Einhaltung Voraussetzung für die Erteilung einer Baugenehmigung ist (vgl. § 64 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, § 65 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BauO Bln) und die im Einzelfall auch dazu führen können, dass Baukunstwerke nicht, nicht so wie beabsichtigt oder nicht am vorgesehenen Ort errichtet werden dürfen. Ein Eingriff liegt somit vor.

## 3. Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff in die Kunstfreiheit könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Zwar steht die Kunstfreiheit - im Gegensatz zu den in Art. 5 Abs. 1 GG gewährten Grundrechten - nicht unter einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt, aber das bedeutet nicht, dass dieses Grundrecht schrankenlos gewährleistet wäre. Vielmehr findet es seine Grenzen dort, wo die Grundrechte anderer oder sonstige Verfassungsgüter eine Einschränkung des Grundrechts erfordern (sog. immanente Schranken). Gesetze, die solchen Zwecken dienen, können daher auch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte einschränken.<sup>10</sup>

Das Erfordernis der Baugenehmigung für die Errichtung von Werken der Baukunst stellt eine solche zulässige Einschränkung dar. Es gewährleistet, dass bei Errichtung eines Bauwerks bauordnungs- und bauplanungsrechtliche Vorgaben berücksichtigt werden. Diese Vorgaben dienen u.a. auch dem Schutz von Rechtsgütern mit Verfassungsrang. So dient zum Beispiel § 3 BauO Bln auch dem Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Andere Vorschriften haben den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen zum Ziel, einem Rechtsgut, das durch Art. 20 a GG mit Verfassungsrang ausgestattet wird. Die Vorschriften zur Baugestaltung schützen darüber hinaus den Wirkungsbereich von Baukunstwerken der Nachbarn, die nicht durch eine besonders auffällige Gestaltung eines anderen Bauwerks erdrückt werden dürfen.<sup>11</sup>

Wenn aber solche Vorschriften materiell-rechtlich die Kunstfreiheit einschränken dürfen, so muss es auch verfahrensrechtlich möglich sein, ihre Einhaltung zu sichern. Es lässt sich daher nicht generell sagen, dass das Erfordernis einer Baugenehmigung für Werke der Baukunst mit der Kunstfreiheit nicht vereinbar sei. Das Baugenehmigungsverfahren ist vielmehr ein geeignetes, erforderliches und auch zumutbares Mittel, um die **widerstreitenden Interessen** und die (mit Verfassungsrang ausgestatteten) Rechte zum Ausgleich zu bringen. Dies bedeutet nicht, dass jede Vorschrift des Baurechts die Errichtung von Baukunstwerken ausschließen darf, sondern es ist im Einzelfall sicherzustellen, dass bei Erteilung einer Baugenehmigung für Baukunstwerke - unter Umständen auch durch Ausschöpfung von Ausnahmetatbeständen - die Kunstfreiheit angemessen

<sup>10</sup> BVerfGE 119, 1, 23.

<sup>11</sup> BVerwG NVwZ 1991, 983, 984.

berücksichtigt und sie nur durch solche Vorschriften eingeschränkt wird, die Konkretisierungen der grundrechtsimmanenten Schranken darstellen.<sup>12</sup> Hierbei sind allerdings weiterreichende Einschränkung der Kunstfreiheit möglich, als dies der Fall wäre, wenn es sich nicht um Baukunst handeln würde. Baukunst ist nämlich in weit stärkerem Maße als sonstige Kunstformen durch einen Gemeinschaftsbezug gekennzeichnet. Sie wird maßgeblich durch die Sozialbindung des Eigentums mitgeprägt. Ihre Ausübung setzt Grundeigentum voraus, dessen Nutzung an strengere rechtliche Vorgaben geknüpft ist als das bewegliche Eigentum. Werke der Baukunst werden auch stets in das gegebene Orts- oder Landschaftsbild eingefügt. Sie üben schon deshalb eine gesteigerte Wirkung auf die Umwelt aus, weil sich ihrem Eindruck keiner, der mit ihrer Wirkung konfrontiert wird, entziehen kann.<sup>13</sup>

*Anmerkung:* Siehe zu diesen Überlegungen auch den [Straßenkunst-Fall](#).

Im Ergebnis ist deshalb der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

### III. Ergebnis zu B

Das Vorhaben *Dr. Kunstinnigs* ist somit nach § 60 Abs. 1 BauO Bln genehmigungspflichtig und auch der Umstand, dass der Kläger ein Kunstwerk aufstellen will, steht dem nicht entgegen. Der Feststellungsantrag ist daher unbegründet.

### C) Ergebnis des Ersten Teils

Der Klageantrag zu 1) ist somit zulässig, jedoch unbegründet.

### Zweiter Teil: Verpflichtungsantrag

Da der Hauptantrag nach alledem keinen Erfolg haben wird, ist über den Hilfsantrag zu entscheiden. Dieser Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

#### A) Zulässigkeit

Der Hilfsantrag ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO erfüllt sind.

*Anmerkung:* Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe diesen Hinweis.

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, weil die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen auch hier baurechtliche Vorschriften sind, welche dem öffentlichen Recht angehören, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

### II. Statthafte Klageart

Der Kläger beantragt, das Bezirksamt Reinickendorf als Bauaufsichtsbehörde zu verpflichten, ihm entsprechend seinem Antrag eine Baugenehmigung zu erteilen.

<sup>12</sup> BVerwG NVwZ 1991, 983, 984.

<sup>13</sup> BVerwG, 4 B 70/95 v. 13.4.1995 = NJW 1995, 2648, 2649.

Hierfür ist die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO die statthafte Klageart, da es sich bei der begehrten Baugenehmigung nach § 60 Abs. 1 BauO Bln um einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition des § 35 VwVfG, des § 31 SGB X, des § 118 AO und der entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder handelt, die als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch für die Auslegung der VwGO maßgeblich ist.<sup>14</sup> Die Verpflichtungsklage ist somit die statthafte Klageart.

### III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

*Dr. Kunstinnig* müsste geltend machen können, durch die Ablehnung der Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies ist der Fall, wenn er einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung haben könnte. Ein solcher Anspruch könnte sich hier aus § 71 Abs. 1 BauO Bln und Art. 5 Abs. 3 GG ergeben.

*Anmerkung:* Falsch wäre es hier, die Klagebefugnis auf die Adressatentheorie zu stützen, siehe hierzu diesen Hinweis. Auch aus Art. 14 Abs. 1 GG ergibt sich allenfalls ein Anspruch darauf, sein Grundstück bebauen zu können, nicht jedoch ein Anspruch gerade auf Erteilung einer Baugenehmigung: Dies zeigen deutlich die §§ 60 ff. BauO Bln, die nicht für jedes Bauvorhaben die Erteilung einer Baugenehmigung vorschreiben.

### IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Das Vorverfahren nach § 68 Abs. 1 VwGO wurde form- und fristgerecht durchgeführt.

### V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als Behördenträger zu richten.

### VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Der Kläger ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 1. Alt. VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO.

### VII. Klagefrist

Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO ist eingehalten.

### VIII. Ordnungsgemäße Klageerhebung (§§ 81 ff. VwGO)

Schließlich müsste die Klage ordnungsgemäß erhoben worden sein. Hier könnten Bedenken bestehen, weil der **Antrag unter einer Bedingung** steht, nämlich dass der Hauptantrag keinen Erfolg hat. Grundsätzlich kann eine Klage nicht unter einer Bedingung erhoben werden, da dies dem Erfordernis der Rechtssicherheit im Prozess nicht entspricht. Jedoch ist eine eventuelle Klagehäufung zulässig, da der Hilfsantrag nicht von dem Eintritt eines außerhalb des Prozesses liegenden ungewissen Ereignisses abhängt. Die Entscheidung über den Hauptantrag stellt vielmehr eine innerprozessuale Bedingung dar, deren Eintritt das Gericht selbst herbeiführt. Der Prozessgegner kann demnach nicht einwenden, das Vorgehen des Klägers belaste ihn mit einer nicht zumutbaren Ungewissheit. Dies gilt jedenfalls

<sup>14</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 und 15.

dann, wenn **derselbe Beklagte** betroffen ist. Da hier jedenfalls das Land Berlin als Behördenträger verklagt ist, ist die eventuelle Klagehäufung zulässig. Eine ordnungsgemäße Klageerhebung liegt vor.

## IX. Ergebnis zu A

Der Verpflichtungsantrag ist somit insgesamt zulässig.

### B) Begründetheit

Die Verpflichtungsklage ist - entgegen dem insoweit zumindest ungenauen Wortlaut des § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO - nicht schon dann begründet, soweit die Ablehnung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist und der Kläger hierdurch in seinen Rechten verletzt wird (§ 113 Abs. 5 VwGO). Vielmehr kommt es nach einhelliger Auffassung (s. zuletzt [BVerwG, 4 C 33/13 v.4.12.2014, Abs. 18](#) = NVwZ 2015, 986 Abs. 18) darauf an, ob der Kläger (jetzt noch) einen Anspruch auf den unterlassenen oder versagten Verwaltungsakt hat. Daher ist im vorliegenden Fall Klage begründet, wenn *Dr. Kunstinnig* einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung hat.

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 71 Abs. 1 BauO Bln ergeben. Das Vorhaben des Klägers ist nach § 60 BauO Bln genehmigungsbedürftig (s.o. Erster Teil B I). Fraglich ist jedoch, ob es auch genehmigungsfähig ist. Dies ist gegeben, wenn es den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, die im bauaufsichtsrechtlichen Verfahren zu prüfen sind. Im vereinfachten Verfahren ist nach § 64 S. 1 BauO Bln die Zulässigkeit des Vorhabens insbesondere nach den Vorschriften der §§ 29 bis 38 BauGB und den §§ 4 bis 6, 68 Abs. 1 und 2 S. 2 BauO Bln zu prüfen.

Anmerkung: Beim **vereinfachten Baugenehmigungsverfahren** wird die Zulässigkeit des Bauvorhabens nicht mehr umfassend, sondern nur am Maßstab der abschließend aufgezählten Vorschriften geprüft. Daher ist eine solche Baugenehmigung nicht rechtswidrig (und kann deshalb auch nicht nach [§ 48 VwVfG](#) zurück genommen werden), wenn das Bauvorhaben mit Vorschriften unvereinbar ist, die im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen sind ([OVG Hamburg, 2 Bf 405/05 v. 30.3.2011, Abs. 27 ff.](#) = NordÖR 2011, 338 ff.). Wenn das Bauvorhaben gegen baurechtliche Regelungen verstößt, die im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen sind, kann dementsprechend eine erteilte Baugenehmigung Abrissverfügungen und sonstigen bauordnungsrechtlichen Maßnahmen aber auch nicht entgegengehalten werden (deutlich OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2010, 794, 795). Die durch die Genehmigung vermittelte Legalisierungswirkung ist also auf den Umfang des gesetzlichen Prüfprogramms beschränkt (s. hierzu [sehr lesenswert] Sauthoff, BauR 2013, 415 ff.). § 60 Abs. 2 formuliert dies letztlich unmissverständlich: "Die [...] Beschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung nach [...] § 64 entbinde[t] nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Anforderungen, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften an Anlagen gestellt werden **und lassen die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse unberührt.**"

Das Vorhaben könnte den bauplanungsrechtlichen Vorgaben der §§ 29 ff. BauGB widersprechen.

### I. Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB

Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften ist zunächst, dass es sich



bei dem Vorhaben um eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB handelt. Dieser Begriff deckt sich grundsätzlich mit dem des § 2 BauO Bln, jedoch muss hinzukommen, dass das Vorhaben eine gewisse städtebauliche Relevanz aufweist, dass es die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berührt oder berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.<sup>15</sup> Dies ist bei der von *Dr. Kunstinnig* geplanten Statue der Fall, da diese eine Größe aufweist, die das Landschaftsbild (nachteilig) beeinflussen kann.<sup>16</sup>

*Anmerkung:* Keine bauliche Anlage i.S.d. § 29 BauGB, wohl aber i.S.d. Bauordnungsrechts, soll nach OVG Hamburg<sup>17</sup> etwa eine "klassische" Litfasssäule auf einem öffentlichen Weg sein.

## II. Vereinbarkeit mit § 35 BauGB

Da es sich um ein Vorhaben im Außenbereich handelt, ist § 35 BauGB einschlägig, der allerdings im Lichte des Art. 5 Abs. 3 GG auszulegen ist (s.o. Erster Teil B II 3). Bei dem Vorhaben handelt es sich nicht um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB, so dass es nach § 35 Abs. 2 BauGB nur zugelassen werden kann, wenn es öffentliche Belange, insbesondere solche des § 35 Abs. 3 BauGB, nicht beeinträchtigt. Bei der erforderlichen Abwägung ist die Bedeutung des Art. 5 Abs. 3 GG angemessen zu berücksichtigen, doch folgt daraus nicht, dass Werke der Baukunst auch im Außenbereich regelmäßig zulässig sind. Vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn dem kein öffentlicher Belang mit Verfassungsrang entgegensteht, wobei es entscheidend auf den Einzelfall ankommt.<sup>18</sup> Als beeinträchtigter öffentlicher Belang ist im vorliegenden Fall die **Verhinderung der Verunstaltung des Landschaftsbildes** und der **Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft** und ihrer **Aufgabe als Erholungsgebiet** in Betracht zu ziehen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB).

Zumindest der letztgenannte Aspekt steht dem von *Dr. Kunstinnig* geplanten Vorhaben entgegen. Nach dem Sachverhalt handelt es sich um eine besonders schöne Landschaft, die auch als Naherholungsgebiet dient, und die Errichtung einer 13 Meter hohen Anlage führt - unabhängig von ihrem Gegenstand - zu einer Beeinträchtigung einer derartigen Landschaft. Dem steht nicht entgegen, dass einige Bürger die Errichtung der Statue auch als Gewinn ansehen mögen, weil es nicht unbedingt auf die Ästhetik des in Frage stehenden Vorhabens ankommt, sondern auf die Funktion des Außenbereichs allgemein. Entscheidend ist, dass das Baugesetzbuch das Bauen im Außenbereich grundsätzlich nur ausnahmsweise zulässt, weil mit Grund und Boden sparsam und schonend umgegangen werden muss, so dass dessen Fläche als Lebensgrundlage des Menschen erhalten bleibt, ihrer natürlichen Bestimmung gemäß für die Land- und Forstwirtschaft genutzt werden sowie dem Menschen für Erholung und Naturgenuss zur Verfügung stehen soll. Diese Notwendigkeit der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen ist zumindest teilweise Ausfluss der aus Art. 2 Abs. 2 GG erwachsenden Pflicht des Staates, die Gesundheit seiner Bürger zu schützen, und darüber hinaus auch in

<sup>15</sup> Siehe hierzu *Muckel/Ogorek*, § 7 Rn. 14 ff.

<sup>16</sup> Siehe hierzu BVerwGE 114, 206, 209 f.

<sup>17</sup> OVG Hamburg, NVwZ-RR 1998, 616 ff.

<sup>18</sup> BVerwG, 4 B 70/95 v. 13.4.1995 = NJW 1995, 2648, 2649.

**Art. 20 a GG** als Staatsziel festgeschrieben. Sie ist demnach grundsätzlich mit Verfassungsrang ausgestattet und daher geeignet, die an sich vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit einzuschränken.

Baukunst ist somit nur dann im Außenbereich zulässig, wenn sie dessen Funktion nicht beeinträchtigt, wobei aber nicht zu strenge Maßstäbe aufzustellen sind. So dürften Plastiken bis zu vier Metern Höhe, deren Errichtung nach Berliner Baurecht keiner Baugenehmigung bedarf (§ 61 Abs. 1 Nr. 15 lit. d BauO Bln), auch im Außenbereich unbeschränkt zulässig sein, weil sie nicht über ihren unmittelbaren Umkreis hinaus wirken und wegen der Bedeutung der Kunstfreiheit eine einschränkende Auslegung des § 35 Abs. 3 BauGB geboten ist. Das zulässige Maß ist aber bei Monumentalstatuen der vorgesehenen Größe von 13 m überschritten, die bereits von weitem als (künstlicher und künstlerischer) Fremdkörper in der Landschaft zu erkennen sind. Entscheidend für die Unzulässigkeit des Vorhabens ist also nicht die Kunstrichtung, die in der Statue verkörpert wird – dies wäre eine unzulässige staatliche Geschmackszensur –, sondern allein die Größe des Kunstwerks.

Die Statue beeinträchtigt die natürliche Eigenart der Landschaft, so dass das Vorhaben nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB bauplanungsrechtlich unzulässig ist.

### III. Ergebnis zu B

Das Vorhaben verstößt somit gegen bauplanungsrechtliche Vorschriften des BauGB, so dass eine Baugenehmigung nach § 71 Abs. 1 i.V.m. § 64 S. 1 BauO Bln nicht erteilt werden kann. Die Ablehnung des Antrags erfolgte demnach zu Recht, und die Verpflichtungsklage ist somit nicht begründet.

### C) Ergebnis des Zweiten Teils

Auch der Hilfsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

### Dritter Teil: Gesamtergebnis

Beide Anträge sind somit zulässig, jedoch nicht begründet, so dass sie abzuweisen sind. Über beide Begehren kann das Gericht in einem gemeinsamen Verfahren entscheiden, weil insoweit eine **objektive Klagehäufung** nach § 44 VwGO zulässig ist (siehe oben Zweiter Teil A IX).

*Siehe hierzu:* BVerwG, 4 B 70/95 v. 13.4.1995 = NJW 1995, 2648 ff.; Schütz, JuS 1996, 498 ff.; vgl. auch die Fallbearbeitung von Brohm, in: Jus 1999, 1097 ff.