

A. Anwaltlicher Vermerk

I. Mandantenbegehren

Die Mandantin begehrt eine positive Bescheidung ihres Bauantrags, soweit dieser abgelehnt worden ist (Ausbau des Dachgeschosses). Dies kann grundsätzlich mit der Erhebung einer Verpflichtungsklage auf Erlass einer Baugenehmigung erreicht werden. Ein weiterer Widerspruch ist hier nicht erforderlich und auch nicht statthaft, weil der Widerspruchsbescheid von einer obersten Landesbehörde stammt, vgl. §68 Abs. 1 S.2 Nr.1 2. Alt. VwGO. Die Zuständigkeit der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen zum Erlass des Widerspruchsbescheides ergibt sich wegen der geplanten Größe von mehr als 1.500m² aus §88 Nr.2 BauOBl.

Die Erhebung einer Verpflichtungsklage führt allerdings nur dann zum gewünschten Ergebnis, wenn das Verwaltungsgericht ein Verpflichtungsurteil erlassen und das Land Berlin zum Erlass einer Baugenehmigung verpflichten kann. Andernfalls wird der Ausgangs- und Widerspruchsbescheid aufgehoben, so dass über den Bauantrag erneut entschieden wird.

Aufgrund des Wunsches der Mandantin, möglichst schnell eine Baugenehmigung zu erhalten, kann auch daran gedacht werden, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO, gerichtet auf vorläufigen Erlass einer Baugenehmigung, zu stellen.

B. Gutachtliche Würdigung

I. Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO

Ein Antrag auf Erlass einer vorläufigen Baugenehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung ist aus mehreren Gründen unzulässig:

Zum einen liegen weder die **Voraussetzungen einer Sicherungs- noch einer Regelanordnung** vor. Für den Erlass einer Sicherungsanordnung ist schon deshalb kein Raum, weil es nicht um die Frage der Verwirklichung eines Rechts der Mandantin geht. Die Verwirklichung eines Anspruchs aus § 71 Abs. 1 BauO Bln wird ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung weder vereitelt noch wesentlich erschwert. Der Anspruch kann auch noch durch eine Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren verwirklicht werden. Der Mandantin wird durch die Versagung der Baugenehmigung nichts entzogen, was sie bisher innehatte, sondern allenfalls wird ihr etwas vorenthalten.

Auch für den Erlass einer Regelungsanordnung ist kein Raum. Die Bauordnung kennt die Erteilung einer vorläufigen Baugenehmigung nicht. Die Bauaufsichtsbehörde müsste bei Stattgabe des Eilantrags die Baugenehmigung erteilen. Die im Baugenehmigungsverfahren zu beurteilende Baufreigabe könnte ihrer rechtlichen Struktur nach nur endgültig sein. Dies widerspricht § 29 BauGB, nach dem ein Vorhaben nicht freigegeben werden darf, solange die städtebaulichen Voraussetzungen nicht „abschließend“ geklärt sind (BVerwG, NVwZ 1989, 863). Die Baugenehmigung kann demgemäß nicht als vorläufiger Verwaltungsakt erteilt werden (OVG Berlin, NVwZ 1991, 1198; OVG Bautzen, NVwZ 1994, 81; VGH Kassel, VSpr. 25 Nr. 214; krit. Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 24. Aufl. 2018, § 123 Rn. 14).

Im Übrigen dürften auch Zweifel am Vorliegen eines hinreichenden **Anordnungsgrundes** bestehen. In aller Regel ist es dem Bauherrn zumutbar, dass er das Hauptsacheverfahren abwartet. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO macht den Erlass einer Regelungsanordnung von der Abwehr wesentlicher Nachteile für den Antragsteller abhängig. Hieran sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Tatsache, dass jeder Prozess lange Zeit währen kann und die Ungewissheit über seinen Ausgang belastend sein kann, begründet noch keinen wesentlichen Nachteil (OVG Berlin, BRS 49 Nr. 162; OVG Lüneburg, BRS 25 Nr. 174; VGH München, BayVBl. 1976, 402). Es ist weder vorgetragen noch sonst etwas dafür ersichtlich, dass die Mandantin ohne Erlass einer einstweiligen Anordnung einen unzumutbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Insbesondere kann nicht auf den Investitionsaufwand in Höhe von 2 Mio. € verwiesen werden, da sich für die Mandantin bei Verweigerung der einstweiligen Anordnung lediglich ein Verzögerungsschaden in deutlich geringerer Höhe ergibt.

Schließlich ist der Erlass einer vorläufigen Baugenehmigung auch unzulässig, da ein solcher Antrag auf eine **Vorwegnahme der Hauptsache** hinausläufe (OVG Berlin, NVwZ 1991, 1198, Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 24. Aufl. 2018, §123 Rn. 14). Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG es ausnahmsweise rechtfertigen kann, dass die Hauptsache vorweggenommen wird. Gleichwohl sind hieran strenge Anforderungen zu stellen (BVerwGE 63, 110, 111 f.; BVerwG, Buchholz 310 § 123 Nr. 15, Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 24. Aufl. 2018, §123 R. 14/14a). Die Mandantin kann nicht glaubhaft machen, dass sie einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung hat, mithin hinsichtlich der notwendigen Befreiung für das Maß der baulichen Nutzung (Geschossfläche) eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt (s. unter II. 2. b cc). Demgegenüber entstehen der Mandantin durch die Verweisung auf das Hauptsacheverfahren auch keine unzumutbaren und irreparablen Nachteile. Der Fall unterscheidet sich nicht von einem „üblichen“ Bauvorhaben.

II. Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung

1. Zulässigkeit

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken.

Die Mandantin hat möglicherweise einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung aus § 71 Abs. 1 BauO Bln. Das Vorverfahren ist erfolglos durchgeführt worden. Die Mandantin hat form- und fristgerecht Widerspruch am 12.7.2017 eingelegt. Wie bereits eingangs erwähnt, ist ein weiterer Widerspruch nicht statthaft.

Sachlich und örtlich zuständig ist das Verwaltungsgericht Berlin.

2. Begründetheit der Verpflichtungsklage

Die Klage ist jedenfalls in der Form der Verpflichtungsklage unbegründet, da die Mandantin einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Baugenehmigung nicht hat. Die Voraussetzungen des § 71 Abs. 1 BauO Bln liegen z.Zt. nicht vor, da die Bauaufsichtsbehörde über die erforderliche Ausnahme von den Festsetzungen des Bebauungsplans noch nicht entschieden hat.

a) Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht

Der allein noch in Streit stehende Dachgeschossausbau verstößt nicht gegen Bauordnungsrecht. Die vom Bezirksamt vorgetragene Einwände hinsichtlich der Herstellung eines Kinderspielplatzes und von Stellplätzen greifen nicht durch.

aa) Herstellung eines Kinderspielplatzes

Aus § 8 Abs. 2 BauO Bln folgt keine Pflicht zur Herstellung eines Kinderspielplatzes auf dem Baugrundstück.

§ 8 Abs. 2 Satz 1 BauO Bln greift schon deshalb nicht ein, weil es sich bei dem Dachgeschossausbau nicht um die **Errichtung** eines Gebäudes handelt. In der Terminologie der Bauordnung wird strikt zwischen **Errichtung** und **Änderung** von baulichen Anlagen unterschieden (vgl. z.B. § 59 Abs. 1 BauO Bln für die Reichweite der Genehmigungspflicht). Bei dem Dachgeschossausbau handelt es sich nicht um die Errichtung einer baulichen Anlage, sondern um eine bauliche Änderung im Wege des Umbaus.

Nach § 8 Abs. 2 Satz 6 BauO Bln soll allerdings auch bei bestehenden Gebäuden die Herstellung von Kinderspielplätzen gefordert werden, wenn nicht im Einzelfall schwerwiegende Belange des Eigentümers entgegenstehen. Bei Vorliegen der tatbe-

standlichen Voraussetzungen hat die Bauaufsichtsbehörde ein (eingeschränktes) Ermessen: Für den Regelfall ist die Herstellung eines Kinderspielplatzes zu fordern.

§ 8 Abs. 2 Satz 6 BauO Bln verstößt nicht gegen den **verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz** aus Art. 14 GG. Zwar stellt die Herstellungspflicht als Beschränkung der Baufreiheit und der Nutzung des Grundeigentums einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG dar. Es handelt sich hierbei aber um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung. Gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung rechtmäßig, wenn sie als Ausprägung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt, insbesondere die Belange der Allgemeinheit und die Individualinteressen in ein ausgewogenes Verhältnis bringt (st. Rspr. des BVerfG – vgl. nur BVerfGE 58, 81, 114; 72, 66, 77f.; 87, 114, 138). Dabei ist für die Intensität der Beeinträchtigung von Grundeigentum auch auf die Situationsgebundenheit abzustellen. Jedes Grundstück wird durch seine Lage und Beschaffenheit sowie seine Einbettung in die Umwelt geprägt (BVerwGE 49, 359, 368; 67, 84, 87).

Das OVG Berlin hat dementsprechend entschieden, dass die Pflicht zur nachträglichen Herstellung von Kinderspielplätzen mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist. Die Pflicht gehe zwar über die im Bauordnungsrecht übliche Gefahrenabwehr hinaus und fordere im Interesse der Jugendwohlfahrtspflege die Schaffung von Kinderspielplätzen. Dies sei aber noch von der sozialen Bindung des Eigentums umfasst. Mit der Schaffung von Kinderspielplätzen werde dem natürlichen Bewegungsdrang von Kindern genüge getan, dem in Ballungsräumen und Großstädten wie Berlin ohnehin enge Grenzen gesetzt seien. Es falle in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die Schaffung ausreichender Spielplätze nicht nur als Aufgabe der öffentlichen Hand, sondern als Pflicht des privaten Grundeigentümers anzusehen. Dies folge aus der Situationsgebundenheit des Grundeigentums. Allerdings bedürfe es aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit stets einer sorgfältigen Abwägung zwischen dem Gewicht des öffentlichen Interesses an der nachträglichen Schaffung einerseits und dem Privatinteresse des Grundstückseigentümers an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung der bisherigen rechtmäßigen Grundstücksnutzung andererseits. Eine Herstellungspflicht entfalle dann, wenn entweder kein aktuelles Bedürfnis für die Herstellung eines Kinderspielplatzes bestehe oder aber auf dem Baugrundstück keine geeignete Freifläche vorhanden sei (OVG Berlin, BRS 30 Nr. 97; BRS 35 Nr. 115).

§ 8 Abs. 2 Satz 6 BauO Bln trägt diesen Vorgaben Rechnung. Er sieht eine Herstellungspflicht für Kinderspielplätze nur dann vor, wenn nicht im Einzelfall schwerwiegende Belange des Eigentümers entgegenstehen. Dies ermöglicht die verfassungs-

rechtlich gebotene Abwägung und das Entfallen der Herstellungspflicht in Fällen der Unzumutbarkeit.

Im vorliegenden Fall ist die Forderung nach Herstellung eines Kinderspielplatzes unzumutbar. Zum einen handelt es sich bei dem Bauvorhaben um eine Seniorenwohnanlage. Es ist nicht damit zu rechnen, dass Kinder im Haus wohnen, die einen Spielplatz nutzen. Insoweit ist auch unbeachtlich, dass sich die Nutzung der Häuser in Zukunft ändern könnte, ohne dass es einer Baugenehmigung bedarf. Der Übergang zu einer „üblichen“ Wohnnutzung würde zwar keine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung darstellen. Gleichwohl könnte seitens der Bauaufsichtsbehörde bei einem späteren Bedarf immer noch die Herstellung eines Kinderspielplatzes gefordert werden. § 8 Abs. 2 Satz 6 BauO Bln bietet hierfür unabhängig von einer genehmigungspflichtigen Änderung eine geeignete Rechtsgrundlage.

Schließlich ist zu beachten, dass auf dem Baugrundstück nach Angaben der Mandantin keine geeignete Freifläche besteht. Das Bezirksamt hat dem nicht widersprochen. Der Innenhof ist begrünt und dient den Bewohnern der Wohnanlage zu Erholungs- und Ruhe Zwecken. Die Senioren sind wegen ihres hohen Alters in besonderer Weise auf die Nutzung dieser Grünflächen angewiesen (vgl. OVG Berlin, BRS 30 Nr. 97). Die Anlage eines Kinderspielplatzes widerspräche damit der Zweckbestimmung des Innenhofes.

bb) Herstellung von Stellplätzen

Die Voraussetzungen einer Stellplatzpflicht gemäß § 49 Abs. 1 BauO Bln liegen nicht vor.

(1) § 49 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln greift schon deshalb nicht ein, weil es sich bei dem Bauvorhaben der Mandantin nicht um eine **Errichtung** eines Gebäudes, sondern um bauliche Änderungen handelt (s. unter aa)). § 48 Abs. 1 Satz 3 BauO Bln sieht aber auch für die Änderung baulicher Anlagen eine Stellplatzpflicht vor.

(2) Aus dem Wortlaut des § 49 Abs. 1 Satz 3 BauO Bln ergibt sich aber eindeutig, dass es sich für die Begründung einer Stellplatzpflicht um eine „Anlage nach Satz 1 und 2“ handeln muss. § 49 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln stellt für die Stellplatzpflicht (insoweit anders als § 49 Abs. 2 Satz 1 BauO Bln für die Herstellung von Fahrradabstellmöglichkeiten) auf „**öffentlich zugängliche Gebäude**“ ab. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Sinngehalt mangels Definition in § 2 BauO Bln durch Auslegung zu ermitteln ist. Öffentlich zugänglich ist ein Gebäude im Gegensatz zu privaten Gebäuden, wenn es der Öffentlichkeit bestimmungsgemäß zum Betreten offen steht. Die Zweckbestimmung des Gebäudes bzw. dessen Wid-

mung überlagert das Hausrecht des Eigentümers und führt dazu, dass das bloße Betreten des Gebäudes durch Fremde nicht unterbunden werden kann. Erfasst werden daher öffentlich zugängliche Büro- und Verwaltungsgebäude, Verkaufsstätten, Versammlungsstätten, Krankenhäuser, Beherbergungsbetriebe, Sportstätten etc.

Bei dem Gebäude der Mandantin handelt es sich nicht um ein öffentlich zugängliches Gebäude. Vorherrschend ist die private Wohnnutzung, die sich insoweit nicht von anderen Wohngebäuden unterscheidet. Dass ein gewisser Besucherverkehr zu erwarten ist (Angehörige, Freunde), macht das Gebäude nicht zu einem öffentlich zugänglichen, da insoweit kein Unterschied zu einem Mehrfamilienwohnhaus besteht. Das Betreten der Wohnanlage ist anders als bei Krankenhäusern für Fremde nicht gestattet.

Das Argument der Mandantin, es sei fraglich, ob durch den Dachgeschossausbau ein **zusätzlicher Stellplatzbedarf** entstehe, dürfte dagegen nicht beachtlich sein. Zwar ist für den Stellplatzbedarf auch die konkrete Nutzung des Gebäudes in den Blick zu nehmen. Der überwiegende Anteil von älteren Personen könnte in der Tat erwarten lassen, dass der konkrete Stellplatzbedarf geringer ausfällt als bei „üblichen“ Wohngebäuden. Rechtlich unterscheidet sich eine seniorengerechte Wohnanlage jedoch nicht von üblichen Wohngebäuden. Insbesondere ist nicht durch eine bindende Zweckbestimmung dauerhaft gesichert, dass der Seniorenanteil dauerhaft gleich bleibt.

b) Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht

Der Dachgeschossausbau verstößt gegen § 30 Abs. 1 BauGB, da eine Ausnahme gemäß § 31 Abs. 1 BauGB notwendig ist, die bislang noch nicht erteilt worden ist.

aa) Wirksamkeit des Bebauungsplans

Der Bebauungsplan ist wirksam.

(1) Der Bebauungsplan ist nicht aufgrund **Zeitablaufs außer Kraft getreten**. Das BauGB kennt eine Befristung von Bebauungsplänen nicht. Um einen Bebauungsplan aufzuheben, bedarf es der Durchführung eines förmlichen Planaufhebungs- oder Planänderungsverfahrens (vgl. § 1 Abs. 8 BauGB). Ein solches hat auch nach Vortrag der Mandantin nicht stattgefunden.

(2) Die Festsetzungen des Bebauungsplanes sind auch nicht **funktionslos** geworden, weil sich seit Erlass des Bebauungsplanes der Charakter des festgesetzten Baugebietes derart verändert hat, dass die Festsetzungen auf unabsehbare Zeit nicht

mehr verwirklicht werden können (zu den Voraussetzungen grdl. BVerwG, BauR 1977, 248 ff.; BVerwG, NVwZ 2001, 1055f., zur Funktionslosigkeit bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit VGH München NVwZ-RR 2005,776). Zwar deutet die Beschreibung der Nutzungsarten im Widerspruchsschreiben der Mandantin darauf hin, dass sich das Gebiet zu einem allgemeinen Wohngebiet (§ 4 BauNVO) entwickelt haben könnte. Allerdings reicht für die Annahme einer Funktionslosigkeit das bloße Vorhandensein von Nutzungen aus dem jeweiligen Zulässigkeitskatalog der BauNVO für die einzelnen Baugebietsarten nicht aus. Abzustellen ist vielmehr auf die Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets. Nur wenn die festgesetzte Zweckbestimmung nicht mehr feststellbar und eine Wiederaufnahme der betreffenden Nutzungen ausgeschlossen ist, wandelt sich der Gebietscharakter, so dass die Festsetzung der Baugebietsart funktionslos wird (BVerwG 4 B 60.17 mwN).

Die strengen Anforderungen an eine Funktionslosigkeit sind hier nicht erfüllt. Auch wenn sich – wie die Mandantin ausführt – in der Umgebung einzelne Läden und Dienstleistungsbetriebe (Ärzte, Rechtsanwälte, Apotheker) befinden, kann doch davon ausgegangen werden, dass weiterhin die Zweckbestimmung Wohnen dominiert. Im Übrigen lässt § 13 BauNVO auch in reinen Wohngebieten Räume für freiberuflich Tätige zu. Bei den Läden handelt es sich lediglich um die Wohnnutzung ergänzende Funktionen für den Bedarf des täglichen Lebens. Kleinere Beherbergungsbetriebe können gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO zugelassen werden und stehen dem Charakter eines reinen Wohngebiets nicht entgegen.

bb) Art der baulichen Nutzung

Ein Verstoß gegen § 3 BauNVO ist nicht ersichtlich.

Gemäß § 3 Abs. 2 BauNVO sind in einem reinen Wohngebiet Wohngebäude uneingeschränkt zulässig. Bei der Seniorenanlage handelt es sich um ein solches Wohngebäude. Die Bedenken des Bezirksamtes greifen nicht durch. Die Krankenstation darf nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist Bestandteil und Ergänzung der Seniorenwohnanlage. Unabhängig von einer genaueren Einordnung der Seniorenwohnanlage zu typischen Erscheinungsformen (Altenwohnheim, Altenheim, Altenpflegeheim, Alten-Wohngemeinschaften, betreutes Wohnen etc.) kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich bei der Seniorenwohnanlage um Wohnen im Sinne von § 3 Abs. 2 BauNVO handelt. Der **Begriff des Wohnens** setzt danach eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthalts voraus (BVerwG, BRS 58 Nr. 56, BVerwG 4 B 302.95).

Diese Merkmale erfüllt die hier in Rede stehende Seniorenwohnanlage. Die Senioren bewohnen eigene seniorengerecht ausgestattete Wohnungen. Auch wenn eine Gemeinschaftsverpflegung angeboten wird, lässt dies nicht die Eigengestaltung der Haushaltsführung entfallen. Das Essensangebot ist freiwillig. Ebenso handelt es sich bei der Krankenstation nur um eine Ergänzung der Wohnnutzung, die von § 3 Abs. 2 BauNVO mitumfasst wird. Die Einrichtung ist dem Alter der Bewohner und der zunehmenden Gebrechlichkeit geschuldet. Die Station steht auch nur den Bewohnern der Seniorenwohnanlage offen. Nach dem Aufenthalt sollen die Senioren möglichst wieder in ihre Wohnungen zurückkehren. Die Krankenstation weist daher nicht die Merkmale einer selbständigen Anlage für soziale oder gesundheitliche Zwecke (wie z.B. Krankenhäuser) auf. Selbst wenn man die Krankenstation als selbständig ansehen wollte, würde sie jedenfalls unter § 3 Abs. 4 BauNVO fallen, nach der auch Einrichtungen zur Betreuung und Pflege als Wohngebäude im Sinne von § 3 Abs. 2 BauNVO anzusehen sind.

cc) Maß der baulichen Nutzung

Der Dachgeschossausbau verstößt aber gegen die Festsetzungen des Bebauungsplans über das Maß der baulichen Nutzung. Insoweit setzt der Bebauungsplan für das Baugrundstück eine maximal zulässige Geschossfläche von 1.700 qm fest. Eine solche Festsetzung ist gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO zulässig.

Der Dachgeschossausbau umfasst eine Geschossfläche von 377 qm. Zusammen mit der bereits genehmigten Nutzungsänderung umfasst das Bauvorhaben eine Gesamtgeschossfläche von 1.771 qm. Damit widerspricht der Dachgeschossausbau den Festsetzungen des Bebauungsplans. Unzutreffend ist insoweit auch der Einwand der Mandantin, dass die Dachgeschossfläche bei der **Berechnung der Geschossfläche** nicht mitgerechnet werde. Nach § 20 Abs. 3 Satz 1 BauNVO ist die Geschossfläche nach den Außenmaßen der Gebäude in allen Vollgeschossen zu errechnen. § 20 Abs. 1 BauNVO verweist für den Begriff der Vollgeschosse in die Landesbauordnungen. Gemäß § 2 Abs. 12 Satz 2 BauO Bln sind Geschosse im Dachraum nur dann Vollgeschosse, deren Oberkante im Mittel mehr als 1,40m über die Geländeoberfläche hinausragt und wenn sie eine lichte Höhe von mind. 2,30 Meter über mind. Zwei-drittel der Grundfläche des darunterliegenden Geschosses haben. Dies ist hier nach Angaben der Mandantin der Fall.

Die Mandantin kann sich allerdings auf die im Bebauungsplan vorgesehene Möglichkeit einer **Überschreitung der Geschossfläche** berufen. Danach ist eine Überschreitung in Ausnahmefällen von 10 Prozent möglich. Für die Realisierung des Dachgeschossausbaus wäre eine Überschreitung von knapp 5 Prozent erforderlich.

Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Festsetzung bestehen nicht. § 31 Abs. 1 BauGB und § 16 Abs. 6 BauNVO lassen Ausnahmen vom festgesetzten Maß der baulichen Nutzung zu, wenn diese nach Art und Umfang bestimmt sind. Dies ist hier der Fall. Die Ausnahme enthält Art (Geschossfläche) und Umfang (max. 10 Prozent). Hinsichtlich des Umfangs genügt die Angabe einer Obergrenze den Vorgaben des Bestimmtheitsgebots. Weitere Tatbestandsausnahmen sieht der Bebauungsplan nicht vor; sie sind auch nicht durch Vorschriften der BauNVO geboten.

Der Mandantin steht gleichwohl ein **Anspruch** auf Gewährung der Ausnahme **nicht** zu. Gemäß § 31 Abs. 1 BauGB **können** Ausnahmen von den Festsetzungen des Bebauungsplan zugelassen werden. Die Vorschrift räumt der Bauaufsichtsbehörde demnach zur Sicherung der Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit ein **Ermessen** ein. Ermessenserwägungen hat das Bezirksamt bislang noch keine angestellt und damit die Baugenehmigung zwar ermessensfehlerhaft abgelehnt. Gleichwohl folgt daraus nur ein Bescheidungsanspruch auf (erneute) Ausübung des Ermessens. Das Verwaltungsgericht darf nicht anstelle der Bauaufsichtsbehörde das Ermessen ausüben. Dies ergibt sich sowohl aus § 114 VwGO als auch aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass vorliegend ein Fall der **Ermessensreduzierung auf Null** – im Sinne der Gewährung einer Ausnahme – vorläge. Im Rahmen der Ermessensausübung kann die Bauaufsichtsbehörde verschiedene städtebauliche Gründe in ihr Ermessen einstellen. Es ist nicht von vornherein gesagt, dass die Ablehnung einer Ausnahme in jedem Fall ermessensfehlerhaft wäre. Das Bauvorhaben der Mandantin hebt sich nicht so deutlich von anderen Bauvorhaben ab, dass aus öffentlichen Interessen die Zulassung zwingend geboten erschiene.

Ergebnis: Eine Verpflichtungsklage ist zulässig, aber nur in der Form der Bescheidungsklage begründet.

C. Taktik, Schriftsatz

Da die Verpflichtungsklage lediglich auf Neubescheidung der Mandantin erfolgreich ist, wäre es denkbar, dass nach Aufhebung des Ausgangs- und des Widerspruchsbescheides das Bezirksamt erneut den Bauantrag (jedenfalls teilweise) ablehnen würde. Darauf sollte die Mandantin hingewiesen werden. Zudem besteht bei der Erhebung einer unbeschränkten Verpflichtungsklage die Gefahr, dass der für die Mandantin günstige Teilabhilfebescheid wieder aufgehoben würde. Um dies zu vermeiden, sollte die Klage auf die Versagung des Dachgeschossausbaus beschränkt werden. Zweifel an der Teilbarkeit des Bescheides dürften nicht bestehen.

Die Klage ist gemäß §78 Abs.1 Nr.1 VwGO gegen das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg von Berlin, zu richten. Die Klage sollte daher (Rubrum und Antrag) wie folgt lauten:

An das Verwaltungsgericht Berlin

Kirchstraße 7

10557 Berlin

Klage

der Immoba GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Stefan Nertens, Fasanenstraße 57, 10719 Berlin,

Klägerin,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Kathrin Marx, Kurfürstendamm 51, 10707 Berlin,

gegen

das Land Berlin, vertreten durch Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg von Berlin, Amt für Planen, Genehmigungen und Denkmalschutz, Tempelhofer Damm 165, 12099 Berlin,

Beklagter,

wegen: Erteilung einer Baugenehmigung.

Namens und unter Vorlage der Originalvollmacht der Klägerin erhebe ich hiermit Klage gegen den Beklagten und beantrage, wie folgt zu erkennen:

1. Der Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheid des Bezirksamtes Tempelhof-Schöneberg vom 22.09.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung vom 10.11.2017 verpflichtet, über den Bauantrag der Klägerin hinsichtlich des Dachgeschossausbaus unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

2. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

3. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird jedoch nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.