



Bebauungstiefe nach Baunutzungsplan: In der Regel Ausnahme

Muss der Nachbar immer gefragt werden?

Es klingt wie ein Spezialthema weltabgewandter Planungsrechtler, vor allem weil es gewissermaßen im Hinterhof spielt: Die Ausnahme von den Festsetzungen der zulässigen Bebauungstiefe im Baunutzungsplan¹⁾. Doch ist das Thema im vormaligen Westen von Berlin wegen des immer noch geltenden Baunutzungsplans fast alltäglich und von enormer praktischer Bedeutung für die vermutete Mehrzahl der Bauvorhaben. Praktisch und oft entscheidend ist die Frage, ob die Behörde für ihre Entscheidung über die Ausnahme von den Festsetzungen eine Zustimmung des Eigentümers des benachbarten Grundstücks (= Nachbarn) verlangen kann oder muss. Einige Bezirksämter machen die Erteilung der Ausnahme – manchmal – von der Zustimmung des Nachbarn abhängig. In anderen Bezirken wird der Nachbar nicht gefragt. Allein diese unterschiedliche Handhabung der Sachverhalte gibt Anlass, näher hinzuschauen. Durch diese Behördenpraxis erhält das Thema aber auch eine erhebliche faktische Bedeutung: Die Einholung der nachbarlichen Zustimmung stellt für viele Vorhaben eine große Hürde dar. Der Nachbar kann eine WEG, eine (zerstrittene) Erbengemeinschaft, schlicht desinteressiert oder im Ausland schwer aufzufinden und nicht zu erreichen sein. In jedem Fall kann das Vorhaben in der geplanten Form an der fehlenden Zustimmung scheitern oder zumindest schmerzhaft verzögert werden. In der Regel kostet die Zustimmung Geld, je nach Zeitdruck auch viel Geld. Praxis und Rechtslage sind verschwommen, was in einem Rundschreiben der zuständigen Senatsverwaltung beginnt, durch eine entgegenstehende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht befriedigend geklärt wird und schließlich zu einer uneinheitlichen Behördenpraxis gerinnt. Daher hier ein Versuch, die Problematik zu erfassen und zu bewerten.

1. Warum betrifft das Thema so viele Bauvorhaben im Westteil der Stadt?

Hier gilt der Baunutzungsplan²⁾ als übergeleitetes Planungsrecht. Zusammen mit den förmlich festgesetzten Straßen- und Baufluchtlinien und den Bestimmungen der Bauordnung von 1958 (BO 58)³⁾ gilt der Baunutzungsplan als qualifizierter Bebauungsplan⁴⁾.

§ 8 Nr. 1 BO 58 setzt im Wohngebiet die zulässige Bebauungstiefe in der geschlossenen Bauweise auf 13 m und in der offenen Bauweise auf 20 m fest, im gemischten Gebiet auf 20 m und im Kerngebiet auf 30 m. Bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Baunutzungsplans hielt die vorhandene Bebauung dieses Maß vielfach nicht ein. Allerdings ging der Plangeber damals von einer rückläufigen Bevölkerungsentwicklung und der Notwendigkeit einer stadträumlichen Durchgrünung der bereits geteilten und wenige Monate später von der Mauer umschlossenen Stadt aus⁵⁾. Diese Zielsetzungen haben sich geändert: Die Insellage der Stadt ist Geschichte, Nach-

verdichtung ist das Gebot der Stunde. Mit den geringen Bebauungstiefen ist dieses Ziel vielerorts nicht zu erreichen.

Mangels ausreichender personeller Ausstattung der Bezirksämter fehlen jedoch aktuelle Bebauungspläne, so dass flächendeckend weiterhin der Baunutzungsplan gilt und damit dessen Festsetzungen zur Bebauungstiefe (und die weiteren Festsetzungen zum Maß der Nutzung wie Geschossflächenzahl und überbaubare Grundstücksfläche) verbindlich sind. Wer jenseits der festgesetzten Bebauungstiefe bauen will, benötigt daher eine Ausnahme. Das gilt im Baugenehmigungsverfahren und im vereinfachten Genehmigungsverfahren, in denen das Bauplanungsrecht zum Prüfprogramm der Genehmigungsbehörde gehört, wo also die Genehmigungsbehörde die Bauvorlagen auf Übereinstimmung mit den Festsetzungen zu prüfen hat⁶⁾. Es gilt auch im Genehmigungsfreistellungsverfahren und bei verfahrensfreien Vorhaben. Auch Letztere müssen allen öffentlich-rechtlichen Anforderungen genügen, also planungsrechtlich zulässig sein. Nötigenfalls⁷⁾ muss ein isolierter Befreiungsantrag gestellt werden⁸⁾.

2. Rechtliche Grundlagen der Ausnahme

a) Eine Ausnahme von den Festsetzungen des Baunutzungsplans ist in § 8 Abs. 2 BO 58 ausdrücklich vorgesehen⁹⁾. § 8 Nr. 2 BO 58 weist die Besonderheit auf, dass er für die Ausnahme von der Bebauungstiefe nur ein einziges Tatbestandsmerkmal formuliert:

Es dürfen keine städtebaulichen Gründe entgegenstehen. Weitere Tatbestandsmerkmale, insbesondere die des § 31 Abs. 2 BauGB, sind nicht zu prüfen. Das vereinfacht eigentlich vieles, denn sonst scheitert die Befreiung in vielen Fällen daran, dass sie den Grundzügen der Planung widerspricht, was gem. § 31 Abs. 2 BauGB ein Versagungsgrund ist. Dieser öffentliche Belang kann hier nicht betroffen sein, weil der Plangeber selbst die Ausnahme ausdrücklich zugelassen hat, es also nicht per se ein Grundzug der Planung ist, dass die Bebauungstiefe immer eingehalten wird.¹⁰⁾ Städtebaulich vertretbar ist in der Regel das, was mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im Sinne des § 1 BauGB vereinbar ist, was also ohne Abwägungsfehler planbar ist¹¹⁾. Vereinfacht gesagt geht es dabei immer um die Frage, ob durch den tieferen Baukörper ein bisher von Bebauung freigehaltener Blockinnenbereich beeinträchtigt würde. Eine Ausnahme wird

1) Auf den unbeplanten Innenbereich gem. § 34 BauGB und den Geltungsbereich anderer Bebauungspläne lassen sich die nachfolgenden Überlegungen nicht übertragen, das betrifft also auch den ehemaligen Osten der Stadt.

2) in der Fassung vom 28. Dezember 1960 (ABl. Bl. 1961 S. 742)

3) in der Fassung vom 21.11.1958 (GVBl. S. 1087/1104)

4) Das möge der Leser an dieser Stelle bitte als gegeben hinnehmen. Wer es nachlesen will, findet hier eine ausführliche Herleitung: Rau, Bauordnung für Berlin, 7. Aufl. 2021, S. 1407 ff., und hier eine erschöpfende Darstellung: von Feldmann/Möller, Berliner Planungsrecht, 4. Aufl. 2021, S. 11 ff. Für den Ostteil der Stadt gibt es keine Überleitungsregelungen; dort richtet sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach den Bebauungsplänen bzw. wenn solche fehlen, nach § 34 BauGB, vgl. dazu Fn. 1.

5) VG Berlin, Urt. v. 1.11.2018, 19 K 69/18; Drs. 17/16 051 Schriftliche Anfrage der Abgeordneten Katrin Lompscher (LINKE) vom 22. April 2015, Antwort auf Frage 2

6) Das jeweilige Prüfprogramm ist in den §§ 63 und 64 BauO geregelt.

7) Nötig ist das, wenn die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nicht im Genehmigungsverfahren geprüft wird und dennoch eine Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplanes erforderlich ist.

8) Für das Genehmigungsfreistellungsverfahren OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.9.2020, OVG 2 B 11/17, Rn. 56 bei juris

9) Das Verfahren richtet sich nach § 31 Abs. 2 BauGB: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.12.2013, OVG 10 N 90.10

10) Einen weiteren Fall, in dem für die Befreiungsentcheidung die Grundzüge der Planung nicht relevant sind, regelt neuerdings § 31 Abs. 3 BauGB (eingeführt durch das Baulandmobilisierungsgesetz), der in Berlin anwendbar ist: Im Einzelfall kann von den Festsetzungen eines Bebauungsplans zugunsten des Wohnungsbaus befreit werden, wenn dies mit den öffentlichen Belangen unter Berücksichtigung der nachbarlichen Interessen vereinbar ist. Die Grundzüge der Planung fallen nicht ins Gewicht. Dazu interessant: OVG Hamburg, Beschl. v. 16.8.2021, 2 Bs 182/21

11) OVG Magdeburg, Beschl. v. 30.5.2023, 2 L 103/21 (im entschiedenen Fall bejaht)



Die Autorin
Christiane Columbus
ist Rechtsanwältin in
der Kanzlei Seldeneck
und Partner und auf
Verwaltungsrecht sowie
Bau- und Architekten-
recht spezialisiert.



versagt, wenn durch die hinzukommende Bebauung z. B. eine zusammenhängende Grünfläche im Blockinnenbereich gestört würde¹²⁾, oder wenn eine intensivere Nutzung über die zulässige Bebauungstiefe hinaus zu einer übermäßigen Belastung der umliegenden Grundstücke führte¹³⁾. Umgekehrt ist eine Bebauung jenseits der festgesetzten Bebauungstiefe unbedenklich, wenn bereits die vorhandene Bebauung dem Prinzip der Freihaltung des Blockinnenbereichs nachhaltig widerspricht¹⁴⁾.

b) Durch die A-Bebauungspläne wurde die BauNVO 1968¹⁵⁾ u. a. für die Berechnung des Maßes der Nutzung und auch für die Überschreitung der Bebauungstiefe maßgeblich¹⁶⁾. Für die Überschreitung der zulässigen Bebauungstiefe gilt nunmehr neben § 8 Abs. 2 BO 58 auch § 23 Abs. 3 BauNVO 1968. Danach kann ein Vortreten von Gebäudeteilen in geringfügigem Ausmaß zugelassen werden. Außerdem können gem. § 23 Abs. 5 BauNVO Anlagen zugelassen werden, die in den Abstandsflächen anderer Gebäude zulässig sind, z. B. Grenzgaragen. Beide Vorschriften sind nebeneinander anwendbar, sodass die Genehmigungsbehörde beide Ausnahmetatbestände zu prüfen und ihr Ermessen auszuüben hat¹⁷⁾.

c) Exkurs: Die Festsetzung der Bebauungstiefe kann funktionslos geworden sein¹⁸⁾, weil sie sich in einem bestimmten Gebiet (Baublock oder Baustufe¹⁹⁾) nicht mehr realisieren lässt und die Festsetzung daher auf absehbare Zeit keinen Regelungsgehalt mehr hat. Das soll nicht Gegenstand dieser Betrachtung sein, da sich dann die planungsrechtliche Zulässigkeit der Bebauungstiefe nach § 34 BauGB und dem Gebot des Sich-Einfügens richtet. Im un- beplanten Innenbereich sind Ausnahmen und Befreiungen nicht vorgesehen, sodass sich die Frage nach dem Erfordernis einer nachbarlichen Zustimmung dort so nicht stellt²⁰⁾. Es kommt bei Funktionslosigkeit der Festsetzung darauf an, ob es eine faktische hintere Baugrenze gibt, in die sich das Vorhaben einfügen müsste. Theoretisch mag es eine Erleichterung sein, nicht auf eine Befreiungsentscheidung der Behörde angewiesen zu sein, sondern sich schlicht auf das Fehlen einer faktischen hinteren Baugrenze berufen zu können; in der Praxis wird man für diesen Weg viel Zeit mitbringen müssen, weil die Genehmigungsbehörde eine Festsetzung des Baunutzungsplans nicht selbst als funktionslos verwirft, sondern es insoweit nur weiterhilft, wenn das Verwaltungsgericht die Funktionslosigkeit feststellt.

3. Koppelungsvorschrift mit Ermessen auf der Rechtsfolgenseite

Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzung besteht noch kein Anspruch auf die Erteilung der Ausnahme. Es handelt sich um eine Kann-Vorschrift, die ein Ermessen der Behörde eröffnet²¹⁾. Der Bauherr hat daher nur Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung²²⁾. Damit handelt es sich bei § 8 Nr. 2 BO 58 i.V.m. § 31 Abs. 2 BauGB um eine sogenannte Koppelungsvorschrift, bei der im Tatbestand ein unbestimmter Rechtsbegriff verwendet wird („städtebaulich vertretbar“) und auf der Rechtsfolgenseite Ermessen eröffnet wird²³⁾.

Es ist ein Unterschied, ob wir es mit einem unbestimmten Rechtsbegriff oder mit Ermessen zu tun haben: Die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ist gerichtlich voll überprüfbar. Das Verwaltungsgericht kann also im Rahmen einer auf Erteilung der begehrten Befreiung gerichteten Verpflichtungsklage prüfen, ob die geplante Bebauungstiefe städtebaulich vertretbar ist, und seine Bewertung an die Stelle der Bewertung durch das Bezirksamt setzen. Das auf der Rechtsfolgenseite eröffnete Ermessen führt dazu, dass das Gericht die behördliche Entscheidung nur auf Ermessensfehler überprüfen kann, also Ermessensausfall oder Ermessensfehlergebrauch²⁴⁾. Wenn keine städtebaulichen Gründe der Ausnahme entgegenstehen, ist für die Ausübung des Ermessens nur wenig Raum, wenn es nicht gar auf null reduziert ist²⁵⁾, also keine andere Entscheidung als die Erteilung der begehrten Ausnahme von der Bebauungstiefe richtig wäre.

Bei der Ermessensausübung gemäß § 31 Abs. 1 BauGB kommt es generell vor allem auf städtebauliche Gründe an²⁶⁾, die im Fall des § 8 Nr. 2 BO 58 schon auf tatbestandlicher Ebene zu prüfen sind²⁷⁾. Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen soll die Bauaufsichtsbehörde nach gebührender Ermittlung und Einstellung aller wesentlichen Belange in Ausübung des ihr eingeräumten intendierten Ermessens daher gehalten sein, die beantragte Ausnahme zu erteilen²⁸⁾.

4. Erforderlichkeit der Nachbarzustimmung

Vom Nachbarn ist in der Vorschrift also nicht die Rede. Wo ist die Grundlage für die Forderung der Genehmigungsbehörde, der Nachbar müsse zustimmen? Die Bauordnung sieht eine nachbarliche Zustimmung für das Baugenehmigungsverfahren generell nicht vor. Immerhin sieht § 70 BauO die Möglichkeit vor, den Nachbar in bestimmten Fällen an-

zuhören. Das ist jedoch kein Zustimmungserfordernis im engeren Sinne, weil das Unterbleiben der Anhörung keinen Einfluss auf die Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung hat²⁹⁾. Das Verfahren hat eher den Zweck, frühzeitig Planungssicherheit zu schaffen, indem die Haltung des Nachbarn zu dem Vorhaben abgefragt

12) VG Berlin, Urt. v. 9.6.2022, 19 K 664/17

13) VG Berlin, Urt. v. 22.5.2019, VG 19 K 136/18 gegen ein mehrgeschossiges Wohnhaus in einem Blockinnenbereich, in dem sich schon eine Garagenanlage und eine Schwimmhalle befanden.

14) OVG Berlin, Urt. v. 11.2.2003, 2 B 16/99; VG Berlin, Urt. v. 9.6.2022, 19 K 664/17; VG Berlin, Beschl. v. 10.5.1995, 19 A 159/95

15) Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung 1968 - BauNVO 1968-) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. November 1968 (BGBl. I S. 1237, BGBl. 1969 I S. 11)

16) 1971 wurden in allen westlichen Bezirke diese Textbebauungspläne als Änderungsbebauungspläne erlassen, dazu ausführlich: Rau, Bauordnung für Berlin, 7. Aufl. 2021, S. 1412 ff.

17) Rau, aaO. wie Fn. 11, S. 1505 Rn. 7

18) Bejaht VG Berlin, Urt. v. 12.6.2020, 19 K 403/17

19) Ein weiteres Thema rechtlicher Uneinigkeit, diesmal beim Berliner Verwaltungsgericht und dem OVG Berlin-Brandenburg, wo die 19. Kammer des VG und der zuständige 2. Senat des OVG den Umgriff für die Prüfung der Funktionslosigkeit einzelner Festsetzungen anders definieren als die 13. Kammer mit dem 10. Senat des OVG, nämlich - grob gesprochen - Baustufe versus Baublock. Auch insoweit dürfen die Rechtssuchenden eine Vereinheitlichung der Handhabung beanspruchen.

20) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.3.2013, OVG 10 B 4/12, Rn. 60 bei juris; VG Berlin, Urt. v. 12.6.2020, 19 K 403/17; VG Berlin, Urt. v. 1.11.2018, 19 K 69/18

21) Das Ermessen kann sich u. U. dahin verdichten, dass die Genehmigungsbehörde zur Erteilung der Befreiung verpflichtet ist, Ermessensreduzierung auf null, bejaht z. B. in OVG Rheinl.-Pfalz, Urt. v. 2.7.2015, 1 A 10031/15.OVG und nochmal bejaht in VGH München, Urt. v. 28.3.2006, 14 B 05.3051 und von VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 6.10.2015, 3 S 1695/15

22) Zu denkbaren Ermessenserwägungen nach Bejahung aller Tatbestandsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB: BVerwG, Urt. v. 19.9.2002, 4 C 13/01 (bejaht für die Absicht einer Gemeinde, einen bestehenden Bebauungsplan zu ändern, wenn die Befreiung mit der vorgesehenen Planänderung nicht vereinbar wäre)

23) VG Berlin, Urt. v. 9.6.2022, 19 K 664/17 - Rn. 61 bei juris

24) Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum verkannt, wird sie verurteilt, den Befreiungsantrag unter Berücksichtigung der Auffassung des Gerichts erneut zu beschließen, so geschehen in VG Hamburg, Urt. v. 24.2.2011, 19 K 224/09 und in VG Berlin, Urt. v. 15.8.2018, 19 K 154/16

25) Bejaht in VG Berlin, Urt. v. 9.6.2022, 19 K 664/17 und VG Berlin, Urt. v. 15.8.2018, 19 K 154/16

26) VG Berlin, Urt. v. 15.8.2018 - 19 K 154.16; VG Berlin, Urt. v. 9.6.2022, 19 K 664/17; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 31 Abs. 1 BauGB

27) VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.10.2015, 3 S 1695/15, wonach im Rahmen des § 31 Abs. 1 BauGB generell für eine ablehnende Ermessensentscheidung kein Raum bleiben soll, wenn es keine städtebaulichen Gründe gibt, die gegen die Zulassung eines Vorhabens im Wege einer Ausnahme sprechen könnten.

28) Das gilt übrigens auch für die Zulassung von Abweichungen von den erforderlichen Abstandsflächen, § 6 BauO; VG Berlin, Beschl. v. 12.9.2019, 19 L 334/19

29) BVerwG, Beschl. v. 17.11.2015, 4 B 35/15



wird und ggf. eine Präklusion nachbarlicher Einwendungen bewirkt wird.

Für die Bebauungstiefe ist das Verfahren nach § 70 BauO nicht einmal eine Option, weil es nur dann greift, wenn eine Abweichung oder Befreiung von einer nachbarschützenden Norm beabsichtigt ist (§ 70 Abs. 1 BauO). Die Bebauungstiefe regelt die überbaubare Grundstücksfläche und betrifft damit das Maß der Nutzung. Festsetzungen zum Maß der Nutzung sind nicht drittschützend. Etwas anderes gilt ausnahmsweise, wenn der Plangeber ausdrücklich bestimmt hat, dass eine Festsetzung auch nachbarlichen Interessen dient³⁰. Die Festsetzungen des Baunutzungsplans zum Maß der Nutzung dienen nicht dem Interesse der Nachbarn und sind grundsätzlich nicht drittschützend³¹. Da § 8 Nr. 2 BO 58 Ausnahmen von der Bebauungstiefe ausdrücklich vorsieht, muss der Nachbar mit der möglichen Zulassung einer solchen rechnen. Steht eine Festsetzung unter Ausnahmeverbehalt, hat sie in der Regel keinen drittschützenden Charakter, da jedes dem Bebauungsplan unterworfen Grundstück mit der Möglichkeit einer plankonformen Ausnahme vorbelastet ist. Vor einer Ausnahme gem. § 8 Nr. 2 BO 58 i.V.m. § 31 Abs. 2 BauGB findet eine Nachbarbeteiligung nach § 70 BauO daher nicht statt.

Das bedeutet: Die Behörde muss ihr Ermessen ausüben und kann nicht grundsätzlich eine nachbarliche Zustimmung verlangen. Der Bauherr hat einen Rechtsanspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung und muss sich nicht darauf verlassen lassen, eine Nachbarzustimmung beizubringen.

5. Nachbarschutz am Maßstab der Rücksichtslosigkeit

Bei der Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplans ist für den Nachbarschutz also maßgebend, ob die Festsetzung, von der abgewichen werden soll, nach dem Willen des Plangebers den Schutz des Nachbarn bezweckt. Falls ja, führt das Fehlen einer der objektiven Voraussetzungen (= Tatbestandsmerkmale) für die Gewährung der Befreiung zur Verletzung von Nachbarrechten. Die Entscheidung der Behörde wird auf den Widerspruch eines Nachbarn hin also in vollem Umfang überprüft. Wird hingegen von einer nicht drittschützenden Festsetzung befreit, kommt Nachbarschutz nur im Rahmen des Rücksichtnahmegebots in Betracht³². Da Festsetzungen zum Maß der Nutzung nicht drittschützend sind, ist bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Befreiung ein eher selten erfülltes Kriterium maßgeblich: Die

Befreiung ist gegenüber dem Nachbarn nur rechtswidrig, wenn sie rücksichtslos ist³³ und die Realisierung des geplanten Vorhabens für ihn daher unzumutbar ist. Dazu gibt es die klassischen Beispiele, dass ein bestehendes Gebäude durch das genehmigte Vorhaben eingemauert oder erdrückt wird, oder das Entstehen einer Gefängnissituation³⁴. Wenige Meter Höhenunterschied begründen im Allgemeinen keine Rücksichtslosigkeit³⁵. Das Interesse des Bauherrn an der Verwirklichung des Vorhabens einerseits und das Interesse des Nachbarn am Schutz³⁶ vor nachteiligen Folgen durch das Vorhaben andererseits sind im Einzelfall gegeneinander abzuwägen³⁷. Für die Abwägung ist auch von Bedeutung, in welchem Umfang in der Baugenehmigung Ausnahmen und Befreiungen zugelassen worden sind.³⁸ Nur wenn eine Rücksichtslosigkeit des Vorhabens überhaupt in Betracht kommt, kann es auf die Zustimmung des Nachbarn zur Ausnahme von der zulässigen Bebauungstiefe ankommen. In allen anderen Fällen ist der Nachbar ohnehin nicht betroffen und kann die Verletzung eigener Rechte nicht mit Erfolg geltend machen. Bis zu diesem Punkt muss die Behörde zumindest ermitteln, welche Belange gegeneinander abzuwägen sind und wie sie diese bewertet. Erst wenn das Interesse des Bauherrn an der Verwirklichung seines Vorhabens die Nachbarbelange nicht überwiegt, kann es aus Sicht der Behörde darauf ankommen, dass der Nachbar der Ausnahme zustimmt. Die Zustimmung ist dann das Zünglein an der Waage zugunsten des Vorhabens. Ist das Vorhaben jedoch rücksichtslos, wird ohnehin kein Nachbar zustimmen. Interessant dürften die Grenzfälle sein, in denen eine Rücksichtslosigkeit in Betracht kommt und der Nachbar durch seine Zustimmung die Bedenken der Behörde ausräumen kann. Als

Zwischenergebnis halten wir fest, dass für die Erteilung einer Ausnahme von der zulässigen Bebauungstiefe die Zustimmung des Nachbarn nicht erforderlich ist. Im Zweifel muss die Befreiung auch erteilt werden, wenn keine Zustimmung des Nachbarn vorliegt, in der Regel sogar auch, wenn er sie verweigert.

6. Das große „Aber“: Die Abstandsflächen

Unklar scheint der Umgang mit den Abstandsflächen grenzständiger Gebäude jenseits der zulässigen Bebauungstiefe zu sein. Die Vermessungsingenieure tragen die Abstandsflächen in den amtlichen Lageplan ein³⁹. Die Frage ist, ob alle Abstandsflächen

30) Bejaht in VGH München, Beschl. v. 15.6.2021, 9 CS 21/817

31) BVerwG, Beschl. v. 23.6.1995, 4 B 52/95; VG Berlin, Beschl. v. 27.11.2019, 19 L 539/19

32) BVerwG, Beschl. v. 8.7.1998, 4 B 64/98; systematische Darstellung der Grundsätze VG Würzburg, Beschl. v. 1.3.2021, W 5 S 21.74; VGH München, Beschl. v. 15.6.2021, 9 CS 21.817 (in dieser Entscheidung wurde drittschützende Funktion einer Festsetzung zum Maß der Nutzung bejaht, weil Plangeber die Festsetzung subjektiv-rechtlich aufgeladen habe)

33) VG Berlin, ausdrücklich zur Festsetzung der Bebauungstiefe in § 8 Nr. 1 BauO 58: Beschl. v. 27.11.2019, 19 L 539/19

34) Ein rücksichtsloses Missverhältnis ist vom Bundesverwaltungsgericht im Fall eines zwölfgeschossigen Wohn- und Geschäftshauses neben einem vorhandenen zweigeschossigen Wohnhaus angenommen worden (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.3.1981, 4 C 1/78, juris Rn. 34 u. 38)

35) SächsOVG, Beschl. v. 17.12.2014, 1 B 216/14

36) Hier sind Vorbelastungen der Grundstückssituation zu berücksichtigen: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.2.2021, OVG 10 S 69/20

37) Sehr gründlich mit vielen Hinweisen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung durchdekliniert: VG Würzburg, Beschl. v. 13.12.2013 - W 4 S 13.1090

38) OVG Berlin-Brandenburg aaO., wie vor

39) Das verlangt § 7 Abs. 3 Nr. 14 der Verordnung über Bauvorlagen und das Verfahren im Einzelnen (Bauverfahrensverordnung - BauVerfV) vom 15. November 2017, GVBl. 2017, 636; 2018, 147



eingetragen werden, oder nur die, die übrigbleiben, nachdem das Planungsrecht das Abstandsflächenrecht verdrängt hat. Das wird nach hiesiger Wahrnehmung von den Vermessungsingenieuren unterschiedlich gehandhabt. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen beantwortet diese Frage in einem Rundschreiben: Wenn nach Planungsrecht keine Abstandsflächen erforderlich sind, also in der geschlossenen Bauweise, und bei Baukörperfestsetzungen, ist insoweit keine Abstandsfläche einzutragen⁴⁰⁾. Ist eine Ausnahme erforderlich, ist die Abstandsfläche zunächst einzutragen; diese soll nach Erteilung der Ausnahme von der Bauaufsichtsbehörde grün durchkreuzt und als nicht erforderlich vermerkt werden. In der Praxis trifft man auf Varianten mit Eintragungen von Abstandsflächen sowohl bei geschlossener Bauweise als auch beantragter Ausnahme von der Bebauungstiefe. Das ist häufig mit dem Zusatz des Vermessungsingenieurs verbunden, dass diese Abstandsfläche entfällt, wenn planungsrechtlich an die Grenze gebaut werden darf. Das kann nur so gelesen werden, dass der Ersteller des amtlichen Lageplans der Auffassung ist, dass die Befreiung von der Bebauungstiefe zum Wegfall des Erfordernisses einer Abstandsfläche führt. Das wird aber nicht einheitlich so gesehen: Klar ist die Rechtslage noch, soweit der Baunutzungsplan eine geschlossene Bauweise festsetzt⁴¹⁾: Hier muss an die Grundstücksgrenze gebaut werden, Abstandsflächen sind nicht erforderlich. Ist die Bauweise nicht geschlossen, sind Abstandsflächen erforderlich. Die Regelungen des § 6 BauO über die erforderlichen Abstandsflächen sind drittsschützend. Die Zulassung einer Abweichung vom Abstandsflächenanfordernis wird daher häufig von der Zustimmung des betroffenen Nachbarn abhängig gemacht. Die grundsätzliche Frage ist, ob die Befreiung von der Festsetzung der Bebauungstiefe zu einer Verlängerung der geschlossenen Bauweise führt. Das hätte zur Folge, dass auch insoweit keine Abstandsflächen erforderlich wären. Eine Nachbarzustimmung wäre dann auch unter diesem Gesichtspunkt nicht erforderlich. Für eine „Verlängerung“ der geschlossenen Bauweise bei Befreiung von der festgesetzten Bebauungstiefe spricht der Wortlaut des § 6 Abs. 1 BauO, wonach Abstandsflächen nicht erforderlich sind, wenn planungsrechtlich an die Grundstücksgrenze gebaut werden muss oder darf. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen hat die Bezirksämter mit dem oben genannten Rundschreiben vom 10. Juli 2018 über den

Umgang im Einzelfall informiert und auf den Vorrang des Bauplanungsrechts gegenüber dem bauordnungsrechtlichen Abstandsflächenrecht hingewiesen. Das Rundschreiben befasst sich u. a. mit planungsrechtlichen Ausnahmen und Befreiungen nach § 31 BauGB. Im Geltungsbereich des Baunutzungsplans sei zu beachten, dass die festgesetzte geschlossene Bauweise auf die Flächen innerhalb der zulässigen Bebauungstiefe beschränkt ist. Werde für eine Grenzbebauung die Überschreitung der Bebauungstiefe ausnahmsweise zugelassen, verdränge diese Entscheidung das Abstandsflächenrecht. Die Ausnahmeentscheidung verlängere die geschlossene Bauweise in den hinteren Grundstücksbereich. In diesen Fällen bedürften die nachbarlichen Belange jedoch einer besonderen Würdigung, obwohl die Ausnahmeentscheidung zur Überschreitung der zulässigen Bebauungstiefe selbst keine nachbarschützende Festsetzung betreffe. Das OVG Berlin hat das in einer älteren Entscheidung anders gesehen und befunden, dass im übergeleiteten Baunutzungsplan die Ausweisung der geschlossenen Bauweise in engem Zusammenhang mit der überbaubaren Grundstücksfläche stehe, wie die in § 8 Nr. 1a BO 58 getroffene Regelung über die Bebauungstiefe von 13 m zeige. Nur im Einklang mit diesen Festsetzungen über die überbaubare Grundstücksfläche sei ein Vorhaben i.S.v. (damals noch) § 30 BBauG zulässig, nur „so weit“ müsse i.S.v. § 7 Abs. 1 Halbs. 2 BO 58 planungsrechtlich an die Grundstücksgrenze gebaut werden. Im Übrigen bleibe es bei dem bauordnungsrechtlichen Grundsatz der Einhaltung von Grenzabständen. Der Auffassung, dass eine ausnahmsweise zugelassene Überschreitung des durch die Bebauungstiefenregelung festgelegten Bereichs auch den von der Ausnahme erfassten weiteren Grundstücksbereich in vollem Umfang überbaubar macht, erteilte das OVG damit eine Absage⁴²⁾. An dieser Rechtsprechung halten die Verwaltungsgerichte fest⁴³⁾. Das würde bedeuten, dass hinter den in § 8 Nr. 1 BO 58 festgesetzten Bebauungstiefen jedenfalls wieder die offene Bauweise gilt, unabhängig von der Erteilung einer planungsrechtlichen Ausnahme⁴⁴⁾.

Nach hier vertretener Ansicht ist die Rechtsauffassung der Senatsverwaltung der Vorzug zu geben: Sie ist rechtlich überzeugender, in der Praxis für die Genehmigungsbehörde und die am Bau Beteiligten unkomplizierter und sie führt zu sachgerechten Ergebnissen (und Gebäuden):

■ Die Begründung des OVG, die Festset-

zung der Bebauungstiefe stehe in engem Zusammenhang mit der Festsetzung der Bauweise, weil beide Festsetzungen zusammen die überbaubare Grundstücksfläche definierten, überzeugt nicht. Die offene oder geschlossene Bauweise knüpft in § 7 Nr. 16 BO 58 an die Baustufen⁴⁵⁾ an, während sich die Bebauungstiefe nach der Art der Nutzung richtet. Ist eine andere als die in § 8 Nr. 1 BO 58 ausdrücklich benannte Nutzungsart festgesetzt (z. B. Dorfgebiet oder Arbeitsgebiet), ist keine Bebauungstiefe festgesetzt und es soll das gesamte Grundstück bebaubar sein⁴⁶⁾. Das spricht dafür, dass die Regelungen über die Baustufen und die Bauweise einerseits und die Art der Nutzung und die Bebauungstiefe andererseits nicht in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen, sondern dass in der jeweiligen Baustufe unabhängig von der Bebauungstiefe insgesamt die geschlossene oder offene Bauweise gilt.

■ In anderem Zusammenhang hat das OVG entschieden, dass der Baunutzungsplan keinen einheitlichen Festsetzungsverbund⁴⁷⁾ mit mehreren Festsetzungsparametern enthalte, der die Annahme einer Funktionslosigkeit erst dann rechtfertige, wenn alle Parameter ihre Steuerungsfunktion verloren hätten. Ein Festsetzungsverbund lasse sich weder dem Wortlaut des § 7 Nr. 13 Satz 1 BO 58 noch dem Wortlaut des § 7 Nr. 15 Satz 1 BO 58 entnehmen. Auch das Regelungssystem zum Maß der Nutzung gebe für einen einheitlichen Festsetzungsverbund nichts her. Die den Baustufen II/1 bis V/3 zugeordneten Nutzungsmaße würden in § 7 Nr. 15 Satz 1 BO 58 durch die Geschosshöhe, die bebaubare Fläche (GRZ), die Geschossflächenzahl und die Baumassenzahl bestimmt. Nach § 7 Nr. 14 BO 58 könne jedoch abweichend von § 7 Nr. 13 Satz 2 BO 58 eine bauliche Nutzung

40) Rundschreiben SenStadtWohn II E Nr. 51/2018 vom 10.7.2018, S. 3, Ziff. 3

41) Baustufen II/3 bis 6 gem. § 7 Nr. 16 BauO 58

42) OVG Berlin, Beschl. v. 28.1.1981, 2 S 194/80

43) OVG Berlin, Urt. v. 22.5.1992, 2 B 22/90, juris Rn. 26; VG Berlin, Urt. v. 9.6.2022, 19 K 664/17, juris Rn. 35

44) Das finden richtig: von Feldmann/Möller: Berliner Planungsrecht, 4. Aufl. 2021, Rn. 239 und wohl auch von Alven-Döring in: Bauordnung für Berlin, 7. Aufl. 2021, § 6 Rn. 45, 49 (jedenfalls hat sie ohne Kritik die Entscheidung des OVG zitiert); so auch VG Berlin, Urt. v. 20.4.1990, 13 A 196/88

45) Die Baustufe bestimmt das Maß der Nutzung nach der bebaubaren Fläche des Baugrundstücks sowie der zulässigen Zahl der Vollgeschosse.

46) von Feldmann/Möller, Berliner Planungsrecht, 4. Aufl. 2021, Rn. 248

47) OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.9.2020, OVG 2 B 10/17

Fortsetzung Seite 993



Fortsetzung von Seite 992

im Rahmen der Geschossflächenzahl zugelassen werden. Das Vorhandensein dieser Ausnahmeregelung stehe einem zwingend durch vier Parameter geregelten einheitlichen Maß der baulichen Nutzung entgegen. Wenn nicht einmal die Festsetzungen zum Maß der Nutzung in § 7 BO 58 einen einheitlichen Festsetzungsverband bilden, ist nicht nachvollziehbar, warum das Maß der Nutzung mit der jeweils zugeordneten Bauweise an die Bebauungstiefe gekoppelt werden soll.

■ In der pauschalen Verknüpfung von Nutzungsart und Bebauungstiefe zeigt sich der Charakter des Baunutzungsplans als vorbereitender Plan. Der Plangeber hat in den einzelnen Baublöcken mit dem gewählten Maßstab 1 : 25.000 keine parzellengenauen Planungsabsichten verfolgt, sondern lediglich Baugebiete in der Größe ganzer Stadtgebiete festgesetzt, wobei sich die aus der Gebietsausweisung folgenden Festsetzungen nicht aus dem Baunutzungsplan selbst, sondern aus der BO 58 ergeben. Die Festsetzungen können als Ausgangspunkt für sachgerechte Anpassungen gesehen werden und weniger als strikte Zielvorgaben. Dazu passt die sehr offene Anpassungsregelung des § 8 Nr. 2 BO 58, der es für die Ausnahme ausreichen lässt, dass keine städtebaulichen Gründe entgegenstehen⁴⁸⁾. Auch das spricht gegen den vom OVG seinerzeit behaupteten engen Festsetzungszusammenhang. § 8 Nr. 2 Bau 58 lässt für den Fall, dass städtebauliche Gründe nicht entgegenstehen, ausdrücklich eine Ausnahme zu. Die Festsetzung über die geschlossene Bauweise erstreckt sich dann nach hiesiger Auffassung auf die im Einzelfall zugelassene weitere überbaubare Grundstücksfläche.

■ Außerdem lässt sich einwenden, dass es keinen grundsätzlichen planungsrechtlichen Vorrang der offenen vor der geschlossenen Bauweise gibt⁴⁹⁾. So bezieht sich die Festsetzung der Bauweise immer auf das gesamte Grundstück und nicht nur auf die nach anderen Vorschriften überbaubare Grundstücksfläche⁵⁰⁾; jedenfalls lebt die offene Bauweise jenseits der zulässigen Bebauungstiefe nicht einfach auf⁵¹⁾. In der BO 58 und ihren Regelungen zur Bauweise einerseits und der Bebauungstiefe andererseits findet sich hierfür kein Anhaltspunkt.

■ Im unbeplanten Innenbereich sind bis zu einer faktischen hinteren Baugrenze keine Abstandsflächen erforderlich⁵²⁾. Wenn sich ein Baukörper hinsichtlich der Bebauungstiefe einfügt (§ 34 BauGB) oder städtebaulich vertretbar ist (§ 8 Nr. 2 BO 58),

bedeutet das bereits, dass in der näheren Umgebung ebenso gebaut worden ist und das Vorhaben gegenüber dem Nachbarn nicht rücksichtslos ist. Das Erfordernis von Abstandsflächen jenseits der festgesetzten Bebauungstiefe bedeutet, dass der städtebaulich vertretbare Baukörper mindestens 3 m von der Grundstücksgrenze zurückspringen muss, wofür es in der näheren Umgebung wohl keine Beispiele geben wird, weil das im Innenstadtbereich und bei ansonsten geschlossener Bauweise nicht vorkommt.

■ Besteht auf dem Nachbargrundstück bereits eine Grenzbebauung jenseits der festgesetzten Bebauungstiefe, so gilt Folgendes: Die Berufung auf Nachbarrechte aus § 6 BauO kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn der rechtsschutzsuchende Nachbar seinerseits die erforderliche Tiefe der Abstandfläche nicht einhält. Dabei ist es unerheblich, ob das betreffende Gebäude seinerzeit bauordnungskonform errichtet wurde oder Bestandsschutz genießt. Allerdings muss die wechselseitige Verletzung der Abstandsflächenvorschriften annähernd vergleichbar sein. Gefordert wird keine zentimetergenaue quantitative Entsprechung, sondern eine in Bezug auf die Qualität der mit der Verletzung der Abstandsflächenvorschriften einhergehenden Beeinträchtigungen wertende Betrachtung⁵³⁾. In der geschlossenen Bauweise darf der Bauherr im vorderen Bereich innerhalb der festgesetzten Bebauungstiefe im Rahmen des Zumutbaren höher bauen, auch mehrere Meter höher als sein Nachbar. Jenseits der Bebauungstiefe darf er dann ungefähr so bauen wie der Nachbar. Das dürfte städtebaulich zu eher zweifelhaften Ergebnissen führen. Die Genehmigungsbehörde neigt in diesen Fällen dazu, eine Nachbarzustimmung zu verlangen, weil im Einzelfall nie ganz klar ist, wann die Verletzung der Abstandsflächenvorschriften „annähernd vergleichbar“ ist.

Es führt aber nichts daran vorbei, dass es eine entgegenstehende Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg gibt. Es ist den Genehmigungsbehörden nicht vorzuwerfen, dass sie sich in ihrer Entscheidungspraxis an dieses Urteil halten wollen. Sie müssen sich zwar an dem Rundschreiben der Senatsverwaltung orientieren; sie wissen allerdings, dass dieses Rundschreiben für die Verwaltungsgerichte nicht bindend ist und sie insbesondere bei der Nichteinhaltung der Abstandsflächen damit rechnen müssen, im Anfechtungsprozess zu unterliegen. Das führt zu einer uneinheitlichen Praxis, in der bei völlig vergleichbarem Sachverhalten von dem einen Bauherrn

die nachbarliche Zustimmung verlangt wird, von dem anderen nicht. Merkwürdig ist auch, dass nicht immer Abweichungsanträge für die Abstandsflächen verlangt werden, sondern die Stadtplanungsämter diesen Belang irgendwie mitprüfen und dabei vorsorglich die Nachbarzustimmung verlangen, obwohl bei konsequenter Anwendung der OVG-Rechtsprechung ein Antrag auf Zulassung einer Abweichung von § 6 BauO gestellt werden müsste, über den die Bauaufsichtsbehörde zu entscheiden hätte. Im oben genannten Rundschreiben

48) Darauf weisen v. Feldmann/Möller zur Bebauungstiefe hin: Berliner Planungsrecht, 4. Aufl. 2021, Rn. 246, vertreten aber im Übrigen den Standpunkt, jenseits der festgesetzten Bebauungstiefe gelte die offene Bauweise: aaO. Rn. 239

49) König: König/Roeser/Stock, § 23 Rn. 10

50) Knaup/Stange; § 22 Rn. 14 ff.

51) König in: König/Röser/Stock, § 23 BauNVO, Rn. 10; Knaup/Stange, § 22 Rn. 14, 16, 35 und § 23 Rn. 18 f.

52) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.3.2013, OVG 10 B 4/12

53) OVG Berlin, Urt. v. 11.2.2003, 2B 16.99; VG Augsburg, Urt. v. 11.7.2019 - Au 5 K 19/54; VGH Bayern, Beschl. v. 11.8.2023, 15 ZB 22/1617

der Senatsverwaltung heißt es, dass die Entscheidung über die Ausnahme unter „besonderer Würdigung“ der nachbarlichen Belange erfolgen soll. Ist damit der Maßstab der Rücksichtslosigkeit gemeint oder ein weniger strenger? Gilt letztlich § 6 BauO, wo wenige Zentimeter bei der Berechnung der Abstandsfläche Nachbarrechte verletzen? In der Rechtsprechung ist dazu nichts zu finden, und die behördlichen Entscheidungen werden insoweit nicht ausdrücklich begründet, was auch entbehrlich wird, wenn einfach die Nachbarzustimmung verlangt wird.

Fazit: Für eine Ausnahme von der im Baunutzungsplan festgesetzten Bebauungstiefe allein ist eine Zustimmung des Nachbarn nicht erforderlich, die Behörde kann mutig entscheiden, weil ihre Entscheidung im Hinblick auf nachbarliche Belange gerichtlich nur auf Ermessensfehler überprüfbar ist und der Maßstab der Rücksichtslosigkeit sehr weit ist.

Abstandsflächen sind nach der Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg bei einer Grenzbebauung über die festgesetzte Bebauungstiefe hinaus erforderlich. Seit der Entscheidung des OVG Berlin im Jahr 1981 sind wiederum mehr als 40 Jahre vergangen. Der Baunutzungsplan ist mit seinen Festsetzungen hier und da⁵⁴⁾ funktionslos geworden. Die Senatsverwaltung distanziert sich bewusst von der Rechtsauffassung des OVG. Sie zitiert das Urteil in ihrem Rundschreiben und vertritt ausdrücklich eine andere Auffassung, die nach unserer Meinung der des OVG Berlin-Brandenburg vorzuziehen ist. Leider hat das nicht zu der gewünschten Klärung geführt, sondern zu einer Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte. Das VG Berlin hat kürzlich die alte Rechtsprechung bestätigt: Es spricht von „einzuhaltenden Abstandsflächen“, nach dem Leitsatz der Entscheidung sind damit die jenseits der festgesetzten Bebauungstiefe erforderlichen Abstandsflächen gemeint⁵⁵⁾. Wo ist der Bauherr, der die Zeit und die Energie mitbringt, an der Rechtsprechung zu rütteln und die von der Senatsverwaltung vorgeschlagene Praxis durchzusetzen?

54) Nützlich wäre eine Rubrik im FIS-Broker, die für jedermann kenntlich macht, in welchem Gebiet welche Festsetzung vom VG für funktionslos erklärt wurde.

55) VG Berlin, Urt. v. 9.6.2022, 19K664/17, Rn. 60 bei juris und Leitsatz Nr. 2; hier Verdichtung des behördlichen Ermessens auf einen Anspruch auf Befreiung von der Bebauungstiefe

Zahlreiche Der Bau

Die Abnahme
Rechtswirkung
sind: Der Ver
den Erwerb
Mängelanspr

Zum Ende
die Zahlung
grund. Die
verstellt me
Bauträger v
der Beginn
te ist. Denn
sieht sich de
Problem au
– verheerer
Bauträger e
jekte nicht
die Bauleist
Projekten h
ßeren Proje
ralunterneh
der Einzelve
dass die ein
früheren Z
von den E
Abnahme i
langen kör
Beider Bau
mern ist die
lich günstig
steht der B
er gegenüber
länger der
kann, als
Bauträger
Das kann d
Mängel, die
nehmer zu
den Erwerb
Generalun
können.

Von beson
dann, wer
eigentum
etwa auf
schränkt is
gelbeseitig
tum verlan
die Mängel
tümer gem
ebenfalls
Miteigent
Auch bei
werberr
Erwerb
geltend m
eigentüm
schaft für s